

Schenkungen aus dem Vermögen Betreuer

**unter rechtsvergleichender Betrachtung der
Erwachsenenschutzrechte und deren Entwicklung
in Österreich und der Schweiz**

**Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität Göttingen**

**vorgelegt von
Florian Schiefer
Bad Bramstedt/Holstein**

Göttingen 2008

Erstgutachter: Professor Dr. jur. Volker Lipp

Zweitgutachter: Professor Dr. jur. Barbara Veit

Dekan: Professor Dr. Alexander Bruns

Tag der mündlichen Prüfung: 05. März 2008

Danksagung

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Professor Dr. Volker Lipp, der diese Arbeit anregte und während des relativ langen Entstehenszeitraumes stets konstruktiv begleitete. Frau Professor Dr. Barbara Veit danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Die Arbeit widme ich meiner Familie für die jahrelange Unterstützung.

Bad Bramstedt, im Juni 2008

Florian Schiefer

§ 1 Einleitung	1
§ 2 Zum Gang der Untersuchung	5
§ 3 Erwachsenenschutz vor den Reformen	7
I. Deutschland	7
1. Entmündigung und Vormundschaft	7
Wunsch und Wohl des Betroffenen	8
2. Pflegschaft.....	9
3. Schutz des Betroffenen	10
a. Aufsicht und Genehmigungsvorbehalt des Vormundschaftsgerichts	10
b. Verbot von Inschlaggeschäften.....	12
c. Haftung des Vormunds	12
4. Schenkungen	12
a. Die Regelung des § 1804 BGB	13
(1) Begriff der „Schenkung“	13
(2) Vertretungshandlung i.S.d. § 1804 BGB.....	14
(3) „Sitten-“ und „Anstandsschenkungen“ i.S.d. § 1804 BGB.....	15
(4) Rechtsfolge des Verstoßes gegen § 1804 BGB.....	16
(5) Anwendbarkeit des Schenkungsverbots auf die Pflegschaft.....	17
b. Möglichkeiten einer Schenkung aus dem Mündelvermögen.....	17
c. Sinn und Zweck des Schenkungsverbots	18
5. Zwischenergebnis	20
II. Österreich	22
1. Vormundschaft.....	22
Wunsch und Wohl des Betroffenen	23
2. Schutz des Betroffenen vor Missbrauch der Vertretungsmacht	23
3. Schenkungen	24
Die Regelung des § 154 III ABGB	24
a. Vermögensangelegenheiten	24
b. Ordentlicher Wirtschaftsbetrieb	25
c. Rechtsfolge eines Verstoßes gegen § 154 III ABGB.....	26
d. Prüfungsgegenstand bei der gerichtlichen Genehmigung.....	26
e. Schenkungen	27
4. Zwischenergebnis	28

III. Schweiz	29
1. Vormundschaft.....	29
Wunsch und Wohl des Betroffenen	32
2. Beistandschaft	33
a. Beiratschaft	35
(1) Verwaltungsbeiratschaft.....	36
(2) Mitwirkungsbeiratschaft.....	36
(3) Kombinierte Beiratschaft	37
b. Beistandschaft im engeren Sinn.....	37
3. Schutz des Betroffenen vor Missbrauch der Vertretungsmacht	38
4. Schenkungen (Art. 408 ZGB).....	38
a. Begriff der Schenkung	39
b. Erheblichkeit	40
c. Rechtsfolge des Verstoßes gegen Art. 408 ZGB	41
(1) Im Rahmen einer Vormundschaft	41
(2) Im Rahmen einer Beiratschaft.....	42
aa. Mitwirkungsbeiratschaft, Art. 395 I ZGB	42
bb. Verwaltungsbeiratschaft	43
cc. Kombinierte Beiratschaft	44
dd. Beiratschaft auf eigenes Begehren.....	44
(3) Im Rahmen einer Beistandschaft.....	45
aa. Vertretungsbeistandschaft	45
bb. Verwaltungsbeistandschaft, Art. 393 ZGB	47
cc. Beistandschaft auf eigenes Begehren	48
5. Zwischenergebnis: Schenkungen aus dem Mündelvermögen nach geltendem Schweizer Recht.....	48
IV. Vergleich.....	50
1. Die einzelnen fürsorglichen Maßnahmen.....	50
2. Die Grundsätze des Vertreterhandelns.....	52
3. Schutz vor Missbrauch der Vertretungsmacht	53
4. Schenkungen nach altem Recht	54
§ 4 Reformen der Vormundschaftsrechte.....	58
I. Deutschland	58
1. BtG, Ziele der Reform	58

2. Umsetzung	60
a. Voraussetzungen und Grenzen des Betreuerhandelns – Der Erforderlichkeitsgrundsatz	62
b. Wunsch und Wohl des Betroffenen	63
(1) „Wunsch“ des Betreuten	63
(2) Begriff des „Wohls“	64
aa. Objektive Bestimmung	65
bb. Subjektive Bestimmung	68
c. Schutz des Selbstbestimmungsrechts des Betroffenen durch das Betreuungsrecht	69
(1) Schutz vor sich selbst – der Einwilligungsvorbehalt	69
(2) Schutz vor Fremdbestimmung	70
aa. Der vormundschaftsgerichtliche Genehmigungsvorbehalt	71
bb. Das Verbot von Inschlagäften und Geschäften mit Verwandten	71
cc. Schadensersatzansprüche des Betroffenen, Strafbarkeit des Betreuers	71
3. Schenkungen nach neuem Recht	72
a. Gelegenheitsschenkung	72
b. Üblichkeit nach den Lebensverhältnissen	73
c. Wunsch des Betroffenen	74
d. Die „vorsichtige Erweiterung“ der Schenkungsmöglichkeit	74
e. Rechtsfolge des Verstoßes gegen § 1908i BGB	76
f. Praktische Möglichkeiten von Schenkungen aus dem Betroffenenvermögen	76
(1) Schenkungen durch den Betreuten, der nicht unter Einwilligungsvorbehalt steht	77
(2) Schenkungen des Betroffenen an seinen Betreuer	77
aa. Annahmeverbot durch §§ 1908i I 1, 1795 II, 181 BGB?	77
bb. Annahmeverbot durch § 14 I, V HeimG?	78
cc. Annahmeverbot durch Öffentliches Dienstrecht	80
dd. Sittenwidrigkeit	81
ee. Zwischenergebnis	82
(3) Schenkungen durch den Betreuten, der unter	

Einwilligungsvorbehalt steht	82
(4) Schenkungen durch den Betreuer.....	83
g. Sinn und Zweck des Schenkungsverbots	84
4. Zwischenergebnis	85
II. Österreich	86
1. Ziele des Sachwalterrechts.....	86
2. Grundzüge des Sachwalterrechts	87
a. Der Sachwalter als Vertreter des Betroffenen.....	87
b. Gerichtlich eingeräumte Handlungsfähigkeit	88
c. Wunsch und Wohl des Betroffenen	89
d. Geringfügige Angelegenheit des täglichen Lebens	91
e. Schutz der Betroffeneninteressen im Sachwalterrecht.....	91
(1) Interessenkollision.....	91
(2) Vormundschaftsgerichtlicher Genehmigungsvorbehalt.....	92
(3) Schadensersatzansprüche des Betroffenen, Strafbarkeit des Sachwalters	92
3. Schenkungen nach neuem Recht	92
a. Schenkungen durch den Betroffenen	93
b. Schenkungen durch den Sachwalter	94
c. Praktische Möglichkeiten von Schenkungen aus dem Betroffenenvermögen	95
(1) Schenkungen durch den Betroffenen selbst	95
(2) Schenkungen durch den Sachwalter.....	96
4. Zwischenergebnis	97
III. Schweiz.....	98
1. Bisheriges Gesetzgebungsverfahren	98
2. Ziele des neuen Rechts.....	99
3. Grundzüge des neuen Beistandschaftsrechts	99
a. Die Beistandschaften.....	100
(1) Begleitbeistandschaft (Art. 393 ZGB-E).....	100
(2) Vertretungsbeistandschaft (Art. 394, 395 ZGB-E)	100
(3) Mitwirkungsbeistandschaft (Art. 396 ZGB-E).....	101
(4) Umfassende Beistandschaft (Art. 398 ZGB-E).....	102
b. Einflussmöglichkeiten des Betroffenen	102

c. Schutz des Betroffenen im neuen Recht	103
(1) Interessenkollision.....	103
(2) Genehmigungsvorbehalte.....	103
(3) Schadensersatzansprüche des Betroffenen, Strafbarkeit des Beistandes	104
4. Schenkungen nach neuem Recht	104
a. Übliche Gelegenheitsgeschenke.....	105
b. Betroffener Personenkreis.....	106
c. Praktische Möglichkeiten von Schenkungen aus dem Betroffenenvermögen	109
(1) Begleitbeistandschaft	109
(2) Mitwirkungsbeistandschaft	110
(3) Vertretungsbeistandschaft	110
(4) Umfassende Beistandschaft.....	111
5. Zwischenergebnis	111
IV. Vergleich.....	112
1. Die neuen Systeme des Erwachsenenschutzes	112
2. Schenkungen nach neuem Recht	115
3. Zwischenergebnis	116
§ 5 Kritische Würdigung des Schenkungsverbots Deutschlands	118
I. Betreuungsrechtlicher Systembruch durch das Schenkungsverbot ?	119
1. Das Schenkungsverbot im Lichte der Ziele des BtG	119
a. Stärkung der Selbstbestimmung der Betroffenen	119
b. Subsidiaritätsgrundsatz	120
c. Abschaffung der rechtlichen Gleichbehandlung mit Kindern	121
2. Vereinbarkeit des Schenkungsverbots mit dem Grundsatz der subjektiven Wohlbestimmung	124
II. Systematische Begründung des Schenkungsverbots.....	125
1. Verstoß gegen den Zweck der Vermögensverwaltung	125
2. Verstoß gegen das Betroffenenwohl.....	126
3. Schutz des Betroffenen	127
III. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen das Schenkungsverbot.....	129
IV. Positivistische Lösungsansätze	131
§ 6 Vereinbarkeit von §§ 1804, 1908i II 1 BGB mit Art. 14 GG.....	134

I. Schutzbereich des Art. 14 GG	134
II. Eingriff in den Schutzbereich.....	134
III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	137
1. Verfolgung eines legitimen Zwecks	138
2. Eignung des Verbots für die Erreichung des Zwecks	140
3. Verhältnismäßigkeit	141
a. Notwendiger Sicherungsumfang	141
b. Schutz durch Einwilligungsvorbehalt	143
c. Schutz durch gerichtlichen Genehmigungsvorbehalt.....	144
(1) Geschäfte, die einem gerichtlichen Genehmigungsvorbehalt unterliegen.....	144
(2) Geschäfte, die keinem gerichtlichen Genehmigungsvorbehalt unterliegen.....	146
d. Zwischenergebnis	148
§ 7 Vereinbarkeit von §§ 1804, 1908i II 1 BGB mit dem allgemeinen und dem speziellen Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 I und 3 III 2 GG	150
I. Rechtliche Ungleichbehandlung.....	150
II. Sachlicher Grund für Ungleichbehandlung.....	151
1. Höchstpersönlichkeit von Schenkungsgeschäften?	151
2. Schutz vor Fremdbestimmung	152
III. Verhältnismäßigkeit des Schenkungsverbots	152
1. Schutz durch § 1795 BGB	153
2. Gerichtlicher Genehmigungsvorbehalt	153
3. Schutz durch Schadensersatzpflicht und Strafgesetze	155
4. Zwischenergebnis	155
§ 8 Folgen der Verfassungswidrigkeit des Schenkungsverbots	156
I. Eigene Schenkungen des Betroffenen	156
II. Schenkungen durch den Betreuer.....	159
§ 9 Zusammenfassung der Ergebnisse	161

Literaturverzeichnis

- Bachmann, Brigitte*, Die Beiratschaft (Art. 395 ZGB) de lege lata und de lege ferenda, unter rechtsvergleichender Betrachtung der Vormundschaftsrechte und deren Entwicklung von Nachbarstaaten der Schweiz (Frankreich, Österreich und Bundesrepublik Deutschland), Zürich 1990
- Battis, Ulrich / Gusy, Christoph*, Einführung in das Staatsrecht, 4. Aufl., Heidelberg 1999
- Benz, J.*, „Die Mitwirkung der vormundschaftlichen Behörden“, in: „Vormundschaftsrecht“, Veröffentlichungen der Schweizerischen Verwaltungskurse an der Handelshochschule St. Gallen, Einsiedeln 1943
- Bienwald, Werner / Sonnenfeld, Susanne / Hoffmann, Birgit*, Betreuungsrecht, Kommentar, 4. Auflage, Bielefeld 2005 (zit.: Bearbeiter, in: Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann)
- Bleuler, M.*, Zur Bedeutung der ‚Geistesschwäche, und der ‚Gefährdung der Sicherheit anderer, im Vormundschaftsrecht“, SJZ 1957, S. 1
- Bobenhausen, Dieter*, Konkurrenzen zwischen dem Willen des Betreuten und des Betreuers: Gesetzliche Vertretung – Kontosperrung – Schenkung, BtPrax 1994, S. 158
- Böhmer, Martin*, Verfügungen des Betreuers im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge, MittBayNot 1996, S. 405
- ders.*, Anmerkung zum Beschluss des OLG Stuttgart, MittBayNot 2005, 229 und LG Traunstein, MittBayNot 2005, 231, MittBayNot 2005, S. 232
- Bucher, Eugen*, Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich 1988
- Canaris, Claus-Wilhelm*, Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht, JZ 1987, S. 993
- Caviezel, Christoph*, Die Vermögensverwaltung durch den Vormund, Freiburg/Schweiz 1988
- Coepplius, Rolf*, Die Betreuung mit dem Aufgabenkreis der Aufenthaltsbestimmung, das Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen und ihr Wohl, FamRZ 1992, S. 741
- Curti-Forrer, Eugen*, Schweizerisches Zivilgesetzbuch mit Erläuterungen, Zürich 1911
- Damrau, Jürgen / Zimmermann, Walter*, Betreuungsrecht, Kommentar, 3. Aufl., Stuttgart 2001 (zit.: Bearbeiter, in: Damrau/Zimmermann)
- Diercks, Thomas*, Die persönliche Betreuung, Baden-Baden, 1997
- Dölle, Hans*, Familienrecht, Band 2, Karlsruhe 1965
- Dröge, Michael*, Die Zwangsbetreuung, Hamburg 1997
- Egger, August*, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Dritte Abteilung: Die Vormundschaft (Art. 360-456 ZGB), 2. Auflage, Zürich 1948
- Ehrenzweig, Armin / Ehrenzweig, Adolf*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts,

3. Buch, Das Familienrecht, 3. Auflage, Wien 1984
- Ent, Herbert / Hopf, Gerhard*, Das Sachwalterrecht für Behinderte, mit Hinweisen zur Auslegung, den Materialien und den Bestimmungen über die Anhaltung, Wien 1983
- Epping, Volker*, Grundrechte, 3. Aufl., Berlin 2007
- Erman, Walter*, Bürgerliches Gesetzbuch, hrsg. Harm Peter Westermann, 8. Aufl. (zit.: Erman/Bearbeiter [8. Aufl.]; 11. Auflage, München 2004 (zit.: Erman/Bearbeiter)
- Fegeler, Susanne*, Der Maßstab des Wohls des Kindes, des Mündels, des Pfleglings und des Betreuten bei der gerichtlichen Kontrolle ihrer Interessenvertreter, Münster 2000
- Feil, Erich*, ABGB Band II – Personen- und Familienrecht (§§ 15-284 ABGB), Eisenstadt 1978
- Fick, Heinrich / Schneider, A.* Das schweizerische Obligationenrecht, Titel 1-22, Kommentar, Hrsg.: F. Fick, A. v. Morlot, 4. Aufl., Zürich 1915
- Forster, Rudolf / Pelikan, Jürgen M.*, Rechtsfürsorge für psychisch Kranke und geistig Behinderte, Schriftenreihe des Bundesministeriums für Justiz Nr. 20, Sozialwissenschaftliche Beiträge 1978-1984, Wien 1982 (zit.: Forster/Pelikan)
- Frei, Rudolf*, Die Beiratschaft nach Schweizerischem Zivilgesetzbuch (Art. 395 ZGB), Basel 1942
- Geiser, Thomas*, Die Aufsicht im Vormundschaftswesen, ZVW 1993, S. 201
- ders.*, Erwachsenenschutzrecht – Die Revision im Überblick, ZVW 2003, S. 227
- ders.*, Demenz und Recht – Regulierung – Deregulierung, ZVW 2003, S. 97
- Gernhuber, Joachim / Coester-Waltjen, Dagmar*, Lehrbuch des Familienrechts, 5. Auflage, München 2006
- Giesen, Dieter*, Familienrecht, 2. Auflage, Tübingen 1997
- Guhl, Theo / Koller, Alfred / Schnyder, Anton K. / Druey, Jean Niclas*, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, Zürich 2000 (zit.: Guhl/Bearbeiter)
- Häfeli, Christoph*, Wegleitung für vormundschaftliche Organe, 4. Auflage, Zürich 2005
- Hattenhauer*, Europäische Rechtsgeschichte, 4. Auflage, Heidelberg 2004
- Hefti, Hans*, Die vormundschaftliche Amtsführung nach dem Schweizerischen Zivilgesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der prinzipiellen Selbständigkeit des Vormundes in seiner Amtstätigkeit, Bern 1916
- Holzhauser, Heinz*, Schenkungen aus dem Vermögen Betreuer, FamRZ 2000, S. 1063
- ders. / Reinicke, Michael*, Betreuungsrecht, Kommentar, Hrsg.: Wolfgang Harms, Dirk Ehlers, Münster 1993
- Honsell, Heinrich / Nedim, Peter Vogt / Geiser, Thomas (Hrsg.)*, Basler Kommentar zum

- Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I (Art. 1-456 ZGB), 3. Auflage, Basel 2006 (zit.: Honsell/Bearbeiter)
- Jauernig, Othmar*, BGB-Kommentar, 5. Aufl., München 1990
- John, Uwe*, Die organisierte Rechtsperson. System und Probleme der Personifikation im Zivilrecht, Berlin 1977
- Josef, Eugen*, Die Selbständigkeit des Vormunds und das Aufsichtsrecht des Vormundschaftsgerichts, AcP 97 (1905), S. 108
- Jürgens, Andreas* (Hrsg.), Betreuungsrecht, Kommentar, 3. Auflage, München 2005
- ders. / Kröger, Dieter / Marschner, Rolf / Winterstein, Peter*, Betreuungsrecht kompakt, 6. Auflage, München 2007 (zit.: Bearbeiter, in: Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein)
- Jurgeleit, Andreas* (Hrsg.), Betreuungsrecht, Baden-Baden 2006 (zit.: Jurgeleit/Bearbeiter)
- Kaser, Max / Knütel, Rolf*, Römisches Privatrecht, 18. Auflage, München 2005 (zit.: Kaser/Knütel)
- Kaufmann, Josef*, Kommentar zum Zivilgesetzbuch; Bd. II: Das Familienrecht; 3. Abteilung: Die Vormundschaft (Art. 360-456 ZGB); 2. Auflage; Bern 1924
- Kerkloh, Werner*, Das Wohl des Betreuten im Rahmen des § 1908i I 1 i.V.m. §§ 1821, 1822 Nr. 1 bis 4, 8 bis 13 BGB: Ermittlung durch den Betreuer, Kontrolle durch das Vormundschaftsgericht, Diss. Münster 1993
- Klang, Heinrich / Gschnitzer, Franz*, Kommentar zum ABGB, 2. Auflage, Wien 1962 (zit.: Klang/Bearbeiter)
- Knell, Heribert*, Die Kuratoren im Österreichischen Recht, Wien 1974
- Kober, Ernst*, Die beschränkte Handlungsfähigkeit des urteilsfähigen Minderjährigen, Basel 1938
- Koepfel, Marcel*, Verbotene Geschäfte (insbesondere Art. 408 ZGB) – ein Beitrag zum Handlungsfähigkeitsrecht, Freiburg/Schweiz 1989
- Kollmer, Norbert*, Selbstbestimmung im Betreuungsrecht, Regensburg 1992
- Krahmer, Utz / Richter, Ronald* (Hrsg.), Heimgesetz, Kommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2006 (zit.: Bearbeiter, in: Krahmer/Richter)
- Kremzow, Friedrich Wilhelm*, Österreichisches Sachwalterrecht, Eisenstadt 1984
- Kunz, Eduard / Butz, Manfred / Wiedemann, Edgar*, Heimgesetz, Kommentar, 10. Aufl., München 2004 (zit.: Bearbeiter, in: Kunz/Butz/Wiedemann)
- Langenfeld, Andrea*, Vorsorgevollmacht, Betreuungsverfügung und Patiententestament nach dem

- neuen Betreuungsrecht, Konstanz 1994
- Lardelli, A.*, „Beirat und obervormundschaftliche Mitwirkung“, SJZ 1915, S. 105
- Link, Fritz*, „Maßnahmen zum Schutze des Kindsvermögens“, ZVW 1965, S. 1
- Lipp, Volker*, Freiheit und Fürsorge: Der Mensch als Rechtsperson. Zu Funktion und Stellung der rechtlichen Betreuung im Privatrecht, Tübingen 2000
- Lüscher, Alice*, Die beiden Arten der Beiratschaft, Bern 1944
- Maurer, Ewald*, Sachwalterrecht in der Praxis, Kommentar, Wien 1984
- Mees-Jacobi, Jutta / Stolz, Konrad*, Rechtliche und psychologische Aspekte einer Betreuung entsprechend den Wünschen und Vorstellungen des Betreuten, BtPrax 1994, S. 83
- Meier, Philippe*, Le consentement des autorités de tutelle aux actes du tuteur, Freiburg/Schweiz 1994
- Mitko, Bernhard*, Der Einwilligungsvorbehalt, Voraussetzungen, Wirkungen, Probleme, Regensburg 1993
- Möhring, Oskar*, Vermögensverwaltung in Vormundschafts- und Nachlasssachen, 6. Aufl., München 1981
- Müller, Gabriele*, Zur Wirksamkeit lebzeitiger und letztwilliger Zuwendungen des Betreuten an seinen Betreuer, ZEV 1998, S. 219
- Müller, P.*, „Die leitenden Gesichtspunkte des Vormundschaftsrechtes“, in: „Vormundschaftsrecht“, Veröffentlichungen der Schweizerischen Verwaltungskurse an der Handels-Hochschule St. Gallen, Einsiedeln 1943 (zit.: Müller, P.)
- Müller, Stefan*, Die persönliche Fürsorge für unmündige Bevormundete (Art. 405 / 405a ZGB), Freiburg/Schweiz 1996 (zit.: Müller, St.)
- Münch, Ingo von / Kunig, Philip*, Grundgesetz-Kommentar, 5. Auflage, München 2000 (zit.: v. Münch/Bearbeiter)
- Münchener Kommentar*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. von Kurt Rebmann, Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker; Band 8, Familienrecht II, §§ 1589-1921, 2. Auflage, München 1987 (zit.: Bearbeiter, in: MünchKommBGB [2. Aufl.]); 4. Auflage, München 2002 (zit.: Bearbeiter, in: MünchKommBGB)
- Nehrwein, Fritz*, Die Vertretung des Mündels durch seinen Vormund; Vortrag an der Tagung der Vereinigung schweizerischer Amtsvormünder in Zug, Zug 1943
- Oser, Hugo / Schönenberger, Wilhelm*, Das Obligationenrecht, 2. Teil: Art. 184-418, 2. Auflage, Zürich 1936
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, 50. Aufl., München 1991 (zit.: Palandt/Bearbeiter [50.

- Aufl.]); 66. Auflage, München 2007 (zit.: Palandt/Bearbeiter)*
- Pfander, Helene, Die Beistandschaft nach Art. 392 und 393 ZGB, Bern 1932*
- Pieroth, Bodo / Schlink, Bernhard, Grundrechte, 21. Auflage, Heidelberg 2005*
- Prütting, Hanns / Wegen, Gerhard / Weinreich, Gerd, BGB-Kommentar, 2. Aufl., Köln 2007 (zit.: Prütting/Bearbeiter)*
- Reusser, Ruth, Vom Vormundschaftsrecht zum Erwachsenenschutzrecht, ZVW 2003, S. 179*
- RGRK, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, herausgegeben von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes, 12. Aufl., Berlin und New York 1974ff. (zit.: Bearbeiter, in: RGRK [Aufl.]*
- Riemer, Hans Michael, Personenrecht des ZGB, Bern 1995 (zit.: Riemer, PersR)*
- ders., Grundriss des Vormundschaftsrechts, 2. Auflage, Bern 1997 (zit.: Riemer, VormR)*
- Röthel, Anne, Erwachsenenschutz in Europa: Von paternalistischer Bevormundung zu gestaltbarer Fürsorge, FamRZ 2004, S. 999*
- Rossak, Erich, Letztwillige Verfügungen von Heimbewohnern zugunsten des Heimträgers oder von Heimmitarbeitern, ZEV 1996, S. 41*
- Rossel, Virgine / Mentha, F.H., Manuel de droit civil suisse, Bd. I, 2. Auflage, Lausanne 1922*
- Rummel, Peter (Hrsg.), Kommentar zum ABGB, 1. Band, 2. Auflage, Wien 1990 (zit.: Rummel/Bearbeiter)*
- Sauter, Karl, „Über die analoge Anwendung der Bestimmungen des schweizerischen Zivilgesetzbuches über die Vormundschaft auf Beistandschaft und Beiratschaft“, Referat anlässlich der Konferenz der kantonalen Vormundschaftsdirektoren am 23. April 1948 in Lugano, Zürich 1949*
- Schauer, Martin, Anmerkungen zum neuen Sachwalterrecht, ÖNotZ 1983, S. 49*
- Schmalz, Dieter, Grundrechte, 4. Auflage, Baden-Baden 2001*
- Schmid, Hans, Die Schenkung nach dem Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich 1909*
- Schnyder, Bernhard, Vormundschaft und Erbrecht, ZVW 1999, S. 93*
- ders., Die Stufenfolge vormundschaftlicher Maßnahmen und die Verhältnismäßigkeit des Eingriffes, ZVW 1971, S. 41*
- ders., Zur Revision des schweizerischen Vormundschaftsrechts, ZVW 1992, S. 156*
- ders., Vom Vormundschaftsrecht zum Betreuungsrecht, ZVW 1995, S. 171*
- ders. / Murer, Erwin, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Familienrecht,*

- Band II, 3. Abteilung – Das Vormundschaftsrecht, 1. Teilband: Systematischer Teil und Kommentar zu den Art. 360-397 ZGB, 3. Auflage, Bern 1984 (zit.: Schnyder/Murer)
- ders.* / *Schmid, Jörg* / *Rumo-Jungo, Alexandra*, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Auflage, Zürich 2002 (zit.: Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo)
- Schwab, Dieter*, Referat anlässlich des 57. Deutschen Juristentages in Mainz zu dem Thema: „Empfiehl es sich, das Entmündigungsrecht, das Recht der Vormundschaft und der Pflegschaft sowie das Unterbringungsrecht neu zu ordnen?“, München 1988 (zit.: Schwab, Referat)
- ders.*, Das neue Betreuungsrecht, FamRZ 1990, S. 681
- Schwimann, Michael* (Hrsg.), Praxiskommentar zum ABGB samt Nebengesetzen, Band 1 (§§ 1-284 ABGB), 3. Auflage, Wien 2005 (zit.: Schwimann/Bearbeiter)
- Schwind, Fritz*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 3. Buch – Das Familienrecht, 3. Aufl., Wien 1984
- Soergel, Hans Theodor*, (*Begr.*) Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Kommentar, neu hrsg. von Wolfgang Siebert, Band 20: Familienrecht 4 (§§ 1741-1921 BGB), 13. Auflage, Stuttgart 2000 (zit.: Soergel/Bearbeiter); §§ 1589-1921 BGB, 12. Auflage, Stuttgart 1987 (zit.: Soergel/Bearbeiter [12. Aufl.]
- Sonnenfeld, Susanne*, Bericht über die Rechtsprechung zum Betreuungsrecht, FamRZ 2004, S. 1685
- Specker, Karl*, „Erfüllung sittlicher Pflichten des Bevormundeten“, ZVW 1949, S. 81
- Staudinger, Julius v.*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Viertes Buch, Familienrecht, §§ 1773-1985, 10./11. Auflage, Berlin 1969 (zit.: Staudinger/Bearbeiter [10./11. Aufl.]); Neubearbeitung 2006, Berlin 2006 (zit.: Staudinger/Bearbeiter)
- Stein, Ekkehart* / *Frank, Götz*, Staatsrecht, 19. Auflage, Tübingen 2004
- Steinbauer, Peter*, Die Handlungsfähigkeit geistig Behinderter nach dem neuen Sachwalterrecht, ÖJZ 1985, S. 385
- Stern, Klaus*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band II, München 1980
- Süß, A.*, „Die vormundschaftlichen Organe“, in: „Vormundschaftsrecht“, Einsiedeln 1943
- Tuhr, Andreas von*, Bemerkungen zur Schenkungslehre des schweizerischen Obligationenrechts, SJZ 1918, S. 201
- Trüb, Theodor*, Die Beistandschaft des Schweizerischen Zivilgesetzbuches mit

- Berücksichtigung der kantonalen Rechte, Diss. Bern 1912
- Tuor, Peter / Piconi, Vito*, Kommentar zum Zivilgesetzbuch, Bd. III: Das Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang, 2. Auflage, Bern 1964
- Verwaltungskommission der Obergerichts des Kantons Zürich*, Anlage und Hinterlegung von Mündelvermögen, ZVW 2000, S. 60
- Vischer, Frank*, Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse, 1. Halbband, Basel 1977
- Vyslouzil, Monika / Forster, Rudolf*, Sachwalterschaftsgesetz und gerichtliche Praxis aus der Sicht von Sachwalterschaftsrichter/innen, Wien 1988
- Waters, Jörg*, Das österreichische Sachwalterrecht und die Reform des Entmündigungs-, Vormundschafts- und Pflegschaftsrechts, Diss. Bonn 1991
- Wille, L.*, „Die Verantwortlichkeit aus der Vormundschaft und ihre Geltendmachung“, in: „Vormundschaftsrecht“, Einsiedeln 1943
- Windel, Peter*, Zur elterlichen Sorge bei Familienpflege, FamRZ 1997, S. 713

Gesetzgebungsmaterialien

- Mugdan, Benno*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 4, Familienrecht, Berlin 1899 (zit.: Mot., in: Mugdan IV)
- Stenographische Berichte* der 1., 2. und 3. Beratung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches im Reichstage, Berlin 1896 (zit.: Stenographische Berichte)
- Zur Revision des Schweizerischen Vormundschaftsrechts*, Bericht der vom Bundesamt für Justiz im Hinblick auf die Revision des Vormundschaftsrechts eingesetzten Expertengruppe vom Juli 1995 (zit.: Bericht 1995)
- Revision des Vormundschaftsrechts*, Begleitbericht mit Vorentwurf für eine Änderung des ZGB (Betreuungsrecht)
<http://www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/gesellschaft/gesetzgebung/vormundschaft.Par.0018.File.tmp/vn-veber-d.pdf>, Juni 1998 (zit.: Bericht 1998)
- Erwachsenenschutz*, Bericht zum Vorentwurf für eine Revision des Zivilgesetzbuchs,
<http://www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/gesellschaft/gesetzgebung/vormundschaft.Par.0015.File.tmp/vn-ber-d.pdf>, Juni 2003, (zit.: Bericht 2003)

Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht),

Vorentwurf

<http://www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/gesellschaft/gesetzgebung/vormundschaft.Par.0001.File.tmp/entw-zgb-d.pdf>, Juni 2003 (zit.: VE ZGB)

Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht), Entwurf

<http://www.admin.ch/ch/d/ff/2006/7139.pdf>, BBl 2006, 7139, Juni 2006 (zit.: ZGB-E)

Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches

(Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht)

<http://www.admin.ch/ch/d/ff/2006/7001.pdf>, BBl 2006, 7001, Juni 2006 (zit.:

Botschaft)

§ 1 Einleitung

Schenkungen aus dem Vermögen eines Betreuten erscheinen auf den ersten Blick stets ausschließlich mit Nachteilen für den Betroffenen behaftet, wird sein Vermögen doch ohne entsprechende Gegenleistung vermindert. Bei näherem Hinsehen wird jedoch deutlich, dass nicht nur ein persönliches, ideelles und praktisches Bedürfnis der Betroffenen an der Möglichkeit zu Schenkungen besteht, sondern dass diese darüber hinaus auch wirtschaftlich von Vorteil für den Schenker selbst sein können.

So sei zunächst der Abschluss einer schenkweise vorgenommenen Überlassung des Eigenheims¹ oder landwirtschaftlichen Hofes² an die nächste Generation im Wege der vorweggenommenen Erbfolge genannt. Hierbei wird regelmäßig etwa ein Nießbrauchsrecht vorbehalten und eine Vereinbarung einer Pflegepflicht³ und/oder einer monatlichen Ratenzahlung geschlossen („Altenteil“), wodurch die persönliche und wirtschaftliche Versorgung des Betroffenen sichergestellt wird⁴. Hierdurch reduzieren sich die vom Überlasser zu tragenden laufenden Kosten, was zu einem wirtschaftlichen Vorteil beim Schenker selbst führt. Im Übrigen können durch die lebzeitige Überlassung die Vermögensverhältnisse bereits vor Eintritt des Erbfalls für alle Beteiligten geklärt werden. Darüber hinaus lassen sich auftretende Ungleichheiten durch die Vereinbarung von Zahlungen an weichende Erben ausgleichen. Dies zusammen trägt zum Schutz des familiären Zusammenhalts bei. Hinzu kommen noch etwaige steuerliche Vorteile dadurch, dass ggf. ein Steuerfreibetrag mehrfach genutzt werden kann⁵.

Aber es sind auch Fälle denkbar, in denen der erkennbare Wille des Betroffenen auf die Vornahme bestimmter Schenkungen gerichtet ist, auch

¹ vgl. BayObLG FamRZ 1996, 1359f.

² vgl. etwa OLG Stuttgart v. 04.10.2000 – 8 W 590/99, BWNNotZ 2001, 64f.; OLG Stuttgart v. 30.06.2004 – 8 W 495/03, FamRZ 2005, 62f.; LG Traunstein v. 07.04.2004 – 4 T 1365/04, MittBayNot 2005, 231f.

³ LG Kiel, MDR 1955, 37

⁴ Böhmer, MittBayNot 1996, 405ff.

⁵ Böhmer, MittBayNot 1996, 405ff.

wenn er aufgrund einer inzwischen eingetretenen Erkrankung diese nicht mehr selbst vornehmen kann⁶. Etwa wenn jemand für den Fall seiner erforderlich werdenden Betreuung vor deren Anordnung eine Reihe von Entscheidungen schriftlich fixiert hatte – darunter auch der Hinweis, dass im Falle einer notwendigen Heimunterbringung sein Eigenheim schenkweise einer dritten Person überlassen werden soll. Auch Anordnungen, dass im vorgenannten Fall etwa wertvolle Gemälde oder das Tafelsilber an eine bestimmte Person zu schenken seien, sind genauso denkbar wie schriftliche Schenkungsversprechen, die zwar den eigenverantwortlichen Willen des Betroffenen zur Vornahme der Schenkungen eindeutig erkennen lassen, in ihrer Wirksamkeit jedoch an der fehlenden notariellen Form scheitern (§ 518 I BGB)⁷.

In solchen Fällen kann der Betroffene häufig wegen mittlerweile eingetretener Geschäftsunfähigkeit im Sinne von § 104 Nr. 2 BGB die Schenkung nicht mehr selbst vornehmen. Die Tatsache, dass der Betroffene ggf. die Schenkung nicht mehr selbst vornehmen kann, ändert aber nichts daran, dass sie seinem eigenverantwortlichen Willen entsprechen würde und somit nicht sein Selbstbestimmungsrecht verletzen kann. Die Möglichkeit, diese Schenkung im Rahmen einer angeordneten Betreuung zu vollziehen, erscheint nicht von vornherein unbillig, sondern vielmehr wünschenswert, weil sie im Sinne des Betroffenen ist.

Ein ähnliches Beispiel ließe sich für jemanden anführen, der zeitlebens alljährlich großzügige Spenden an gemeinnützige Vereine oder Kirchen getätigt hatte, später jedoch so hochgradig an Demenz erkrankt, dass er zu eigenen freien Entschlüssen nicht mehr in der Lage ist⁸. Auch hier erscheint die Fortführung seiner bisherigen Spendenpraxis als wünschenswert, da sie offenkundig dem Wunsch des Betroffenen entspricht, auch wenn dieser einen entsprechenden eigenverantwortlichen Willen oder möglicherweise nicht einmal mehr einen solchen Wunsch äußern kann. Ebenso kommen in der Praxis Fälle vor, in denen die

⁶ für das Schweizer Recht: Sauter, S. 16

⁷ vgl. Bobenhausen, BtPrax 1994, 158, 160

⁸ vgl. Canaris, JZ 1987, 993, 998; Holzhauser, FamRZ 2000, 1063, 1065

Betroffenen – zum Teil über Jahre hinweg – Freunde oder Angehörige regelmäßig finanziell unterstützt haben⁹. Schließlich ist an den Fall zu denken, in dem die einzige Verwandte des Betroffenen Geld zur Finanzierung eines Kfz benötigt, um damit regelmäßig den Betroffenen zu besuchen¹⁰.

Aber natürlich ergibt sich auch ein persönliches Bedürfnis der Betroffenen, insbesondere Weihnachts- und Geburtstagsgeschenke vornehmen zu können, da diese so allgemein üblich sind, dass deren Ausbleiben das soziale Ansehen des Betroffenen beschädigen könnte¹¹.

Seit Anfang der 80er Jahre des letzten Jahrhunderts wurde zunächst in Österreich und dann in Deutschland das Rechtsinstitut der Entmündigung abgeschafft und durch flexiblere Lösungen ersetzt. Gleiches soll nun auch in der Schweiz geschehen. Nach übereinstimmender Vorstellung in Rechtswissenschaft und Politik war vor allem der Selbstbestimmung der Betroffenen wesentlich breiterer Raum zu lassen¹². An die Stelle der pauschalen Entmündigung wurden daher Rechtsinstitute gesetzt, die eine Betreuung nach den individuellen Bedürfnissen der Betroffenen gewährleisten sollte. Ziel war es, auf diese Weise insbesondere die Wünsche und Vorstellungen der Betroffenen zu berücksichtigen und dadurch deren Selbstbestimmungsrecht zu sichern¹³.

⁹ vgl. OLG Karlsruhe, BtPrax 2000, 177f.; Bobenhausen, BtPrax 1994, 158, 161; BayObLG, FamRZ 2004, 1229f.

¹⁰ Jurgeleit/Meier, § 1908i BGB Rn. 8

¹¹ Staudinger/Engler, § 1804 BGB Rn. 16

¹² Deutschland: BT-Drs. 11/4528, S. 49; Schwab, Referat, K 9, K 42-43, Kollmer, S. 6; Österreich: Schauer, ÖNotZ 1983, 49, 50; Ent/Hopf, Einführung, S. 25; Schwind, in: Ehrenzweig, S. 207; Schweiz: Botschaft, S. 7011f.; Bericht 2003, S. 2; vgl. auch Art. 21 ZGB-VE 1998; Bericht 1995, S. 49; Reusser, ZVW 2003, 179, 180; Schnyder, ZVW 1992, 156, 165

¹³ Deutschland: BT-Drs. 11/4528, S. 67; Lipp, S. 14, 17; Damrau, in: Damrau/Zimmermann, Vor § 1896 BGB Rn. 11; Schwab, in: MünchKommBGB Vor § 1896 BGB Rn. 12; Österreich: EB 19 zu § 273a ABGB; Kremzow, S. 66; Schweiz: vgl. Art. 406 ZGB-E und hierzu Botschaft, S. 7052; Bericht 2003, S. 47; Bericht 1998, S. 26; Bericht 1995, S. 107

Nur bei den Regelungen zu Schenkungen aus dem Vermögen der Betroffenen des Erwachsenenschutzes blieb anscheinend alles beim Alten: Deutschland ordnete weiterhin die Anwendbarkeit des § 1804 BGB an (§ 1908i II 1 BGB n.F.), der einen Großteil möglicher Schenkungen ausschloss. In Österreich blieb es bei der Regelung des § 154 III ABGB. Die Schweiz will bislang ebenfalls inhaltlich die bisherige Regelung des Art. 408 ZGB ins neue Recht übernehmen, Art. 412 I ZGB-E.

Es ist nicht auszuschließen, dass ein solches Festhalten an alten Regelungen bei einem Wechsel des übrigen Systems des Erwachsenenschutzes zu Problemen führt. Im Rahmen dieser Arbeit soll daher untersucht werden, ob und inwieweit sich tatsächlich ein Systemwechsel in Bezug auf die Vermögensverwaltung der Betroffenen ergeben hat und welche Möglichkeiten der Schenkungen aus dem Vermögen der Betroffenen nach altem und nach neuem Recht möglich waren bzw. sind. Darüber hinaus sollen etwaige Wertungswidersprüche sowie systematische und verfassungsrechtliche Probleme im Zusammenhang mit Schenkungen im deutschen Betreuungsrecht, die sich aus der Beibehaltung der alten Schenkungsvorschriften ergeben, aufgezeigt werden. Schließlich sollen aus der vergleichenden Betrachtung der Erwachsenenschutzrechte der deutschsprachigen Nachbarländer Österreich und Schweiz Lösungswege für die im deutschen Recht aufgezeigten Probleme herausgearbeitet werden.

§ 2 Zum Gang der Untersuchung

Um eine rechtliche Regelung richtig interpretieren zu können, ist es nicht nur erforderlich, ihre Stellung innerhalb des übrigen Rechtssystems zu beleuchten, sondern auch die historische Entwicklung zu untersuchen, die zu dieser Regelung geführt hat.

Für eine vollständige systematische Darstellung der Schenkungsmöglichkeiten innerhalb der nationalen Erwachsenenschutzrechte ist somit zunächst eine Darstellung der vor den Reformen existierenden Rechtslagen erforderlich. In einem ersten Schritt werden daher die nationalen Erwachsenenschutzrechte vor den Reformen dargestellt und untersucht¹⁴. Nach einer Aufarbeitung der Gesetzessystematik schließt sich jeweils eine konkrete Prüfung an, welche Möglichkeiten der Vornahme von Schenkungen aus dem Vermögen der Betroffenen bestanden bzw. wo und aus welchen Gründen solchen Schenkungen Grenzen gesetzt waren. Von diesen so gewonnenen Erkenntnissen ausgehend wird dann in einem zweiten Schritt dargestellt, welche Mängel und Unzulänglichkeiten des alten Rechts schließlich zu den durchgeführten Reformen geführt haben bzw. welche Ziele und Leitbilder mit den Reformen verwirklicht werden sollten¹⁵.

Auf diese Weise soll aufgezeigt werden, welche strukturellen Veränderungen gegenüber der bisherigen Rechtslage eingetreten sind und welche Folgen dies für die rechtlichen und tatsächlichen Handlungsmöglichkeiten der Betroffenen und ihrer Betreuer insbesondere im Hinblick auf Schenkungen hat. In dem dann folgenden Schritt wird untersucht, inwieweit die neue Gesetzeslage diese Handlungsmöglichkeiten auch tatsächlich eröffnet¹⁶. So weit hier Diskrepanzen auftreten, führt dies schließlich in einem letzten Schritt zu einer kritischen Überprüfung der jeweiligen Regelung im Hinblick auf die

¹⁴ § 3

¹⁵ § 4

¹⁶ § 5

Wahrung der Grundrechte der Betroffenen¹⁷. Diese Überprüfung soll sich jedoch nicht in einer reinen Kritik an der geltenden Rechtslage erschöpfen, sondern Wege aufzeigen, wie den o.g. Verstößen rechtlich begegnet werden kann. Ziel soll insbesondere sein, aus dem Vergleich der verschiedenen Rechtssysteme Lösungsmöglichkeiten für die Probleme, die für das deutsche Recht aufgezeigt wurden, herauszuarbeiten. Zum Abschluss werden die so erarbeiteten Ergebnisse noch einmal zusammenfassend dargestellt.

¹⁷ §§ 6, 7

§ 3 Erwachsenenenschutz vor den Reformen

I. Deutschland

Vor Einführung des Betreuungsrechts in Deutschland im Jahre 1992 standen an seiner Stelle zum einen die Entmündigung und die Vormundschaft über Erwachsene, auf die gem. § 1897 BGB a.F. im wesentlichen die Vorschriften über die Vormundschaft über Minderjährige Anwendung fanden, sowie zum anderen die Gebrechlichkeitspflegschaft.

1. Entmündigung und Vormundschaft

Voraussetzung für eine Vormundschaft über einen Erwachsenen war dessen vorherige Entmündigung, § 1896 BGB a.F.. Gem. § 6 BGB a.F. konnte entmündigt werden, wer infolge von Geisteskrankheit oder Geisteschwäche, Trunk- oder Rauschgiftsucht seine Angelegenheiten nicht zu besorgen vermochte oder durch Verschwendung sich oder seine Familie der Gefahr des Notstandes aussetzte. Wer als Erwachsener entmündigt war, bekam einen Vormund bestellt, § 1896 BGB a.F.. Der Vormund war dann gemäß §§ 1897, 1793 BGB a.F. der gesetzliche Vertreter des Mündels und somit insbesondere zur Vermögenssorge berufen. Dem Mündel hingegen war durch die Entmündigung die ihm dem Alter nach zustehende Geschäftsfähigkeit entzogen, wenn diese wegen Geisteskrankheit erfolgt war, § 104 Nr. 3 BGB a.F.. Mit der Entmündigungsentscheidung und der daraus resultierenden Geschäftsunfähigkeit konnte der voll Entmündigte somit keinerlei Rechtsgeschäfte mehr abschließen, §§ 6, 104 Nr. 3 BGB a.F.. Ansonsten war er fortan nur noch beschränkt geschäftsfähig, § 114 BGB a.F.. Hieraus folgte, dass die von ihm geschlossenen Rechtsgeschäfte bis zur Genehmigung durch den Vormund schwebend unwirksam waren.

Dem beschränkt Entmündigten war dies immerhin noch möglich. Allerdings bedurften seine Rechtsgeschäfte für ihre Wirksamkeit der Genehmigung durch den Vormund, soweit sie ihm nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil brachten, §§ 114, 107 BGB a.F..

Der Vormund handelte bei der ihm obliegenden Sorge für die Person und das Vermögen des Mündels selbstständig¹⁸, wobei er vor allem bei der Vermögensverwaltung gewisse Vorschriften zu beachten hatte (§§ 1804ff.)¹⁹.

Wunsch und Wohl des Betroffenen

Der Vormund musste Wünsche und Vorstellungen des Betroffenen bei seinen Entscheidungen nicht berücksichtigen, auch wenn er gehalten war, Mündelwünsche anzuhören und möglichst zu respektieren²⁰. Allerdings war durch die Anordnung der Entmündigung dem Betroffenen die Fähigkeit zu eigenverantwortlichen Entscheidungen konstitutiv abgesprochen worden²¹, so dass letztlich jegliche Entscheidungen nunmehr ausschließlich der Vormund für ihn traf²².

Dabei war oberster Grundsatz jeder Vormundstätigkeit die Wahrung des „Mündelwohls“²³, welches vom Standpunkt und der Person des jeweiligen Mündels aus gesehen bestimmt wurde²⁴. Trotz der begrifflichen Übereinstimmung mit dem Begriff des „Kindeswohls“ des Minderjährigenrechts waren die beiden Begriffe jedoch nicht deckungsgleich, da dem Vormund insbesondere keine Erziehungsaufgabe zukam²⁵. Der Inhalt des Betroffenenwohls wurde vielmehr anhand des jeweiligen Entmündigungsgrundes bestimmt²⁶. Wie bei einer

¹⁸ Palandt/Diederichsen [50. Aufl.] § 1837 BGB Rn. 1; Staudinger [10./11. Aufl.] Vorbem. § 1900 ff. Rn. 14

¹⁹ Staudinger [10./11. Aufl.] Vorbem. § 1900 ff. Rn. 15

²⁰ Möhring, S. 56

²¹ Kollmer, S. 28

²² Mot., in: Mugdan IV, 1235, 1238; Erman/Holzhauer [8. Aufl.], § 1901 BGB Rn. 2; Kollmer, S. 88; Staudinger/Engler [10./11. Aufl.] § 1901 BGB Rn. 1, § 1793 BGB Rn. 14; Soergel/Damrau [12. Aufl.] 1901 BGB Rn. 4

²³ Schwab in: MünchKommBGB [2. Aufl.] § 1793 Rn. 1

²⁴ Erman/Holzhauer [8. Aufl.] § 1901 BGB Rn. 2; Soergel/Damrau [12. Aufl.] § 1901 BGB Rn. 4

²⁵ Erman/Holzhauer [8. Aufl.] § 1901 BGB Rn. 1

²⁶ Erman/Holzhauer [8. Aufl.] § 1901 BGB Rn. 2; Soergel/Damrau [12. Aufl.] § 1901 BGB Rn. 4

Geschäftsführung i.S.d. § 675 BGB sollte das objektive Interesse des Mündels entscheidendes inhaltliches Kriterium sein²⁷. Beim Geisteskranken oder süchtigen Mündel standen bei der Tätigkeit des Vormunds somit Sicherung, Pflege, Heilung und Integration im Vordergrund, beim Verschwender demgegenüber die Vermögenssorge²⁸. Die Vormundschaft über Erwachsene diene also in erster Linie dem Zweck, den Mündel gegen die ihm infolge seines Zustandes drohenden Gefahren zu schützen. Beim Verschwender und Rauschgiftsüchtigen galt der Schutz auch seiner Familie gegen die Gefahr des Notstandes²⁹. Ferner sollten beim Trunk- und Rauschgiftsüchtigen Dritte gegen die vom Entmündigten ausgehenden Gefahren geschützt werden³⁰.

Dem Vormund kam daher stets die Aufgabe zu, den Mündel zu überwachen³¹.

2. Pflegschaft

Solange die Schutzbedürftigkeit des Betroffenen nicht so weit ging, dass eine Entmündigung, also der Entzug oder die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit für alle Angelegenheiten, notwendig erschien, bestand weiterhin die Möglichkeit, eine sog. Pflegschaft anzuordnen. Hier erhielten die Betroffenen zwar durch vormundschaftsgerichtliche Anordnung für einen fest umschriebenen Wirkungskreis einen Pfleger zur Seite gestellt, waren selbst aber nicht in ihrer Geschäftsfähigkeit beschränkt³². Eine solche Pflegschaft war für den Fall, dass es sich um eine sog. Gebrechlichkeitspflegschaft handelte, nur unter der Bedingung zulässig, dass der Betroffene in die Anordnung einwilligte; es sei denn,

²⁷ Möhring, S. 56

²⁸ Erman/Holzhauser [8. Aufl.] § 1901 BGB Rn. 6; Scheffler, in: RGRK [10./11. Aufl.] § 1901 BGB Anm. 1

²⁹ Soergel/Fahse [12. Aufl.], § 6 BGB Rn. 24; Jauernig, § 6 BGB Rn. 1

³⁰ Palandt/Heinrichs [50. Aufl.] § 6 BGB Rn. 1; Soergel/Fahse [12. Aufl.] § 6 BGB Rn. 33

³¹ Erman/Holzhauser [8. Aufl.] § 1901 BGB Rn. 3; Scheffler, in: RGRK [10./11. Aufl.] § 1901 BGB Anm. 4

³² BVerfGE 19, 83, 98; RGZ 145, 284, 288; BGHZ 35, 1, 5

eine Verständigung mit ihm war nicht oder nicht mehr möglich, § 1910 III BGB a.F.. Eine solche Gebrechlichkeitspflegschaft bedeutete daher im Allgemeinen eine sog. „Zwangspflegschaft“. Denn bei ganz oder partiell geschäftsunfähigen Geisteskranken und Geistesschwachen, deren Willenserklärungen schon gem. § 105 I BGB nichtig waren, schloss sich zumindest für den Bereich, in dem die geistigen Defizite vorlagen, in der Regel eine Verständigung aus³³. Die Einwilligung der Betroffenen in die Einrichtung der Pflegschaft wurde daher für entbehrlich erachtet und die Pflegschaft erforderlichenfalls zwangsweise angeordnet³⁴. So weit eine Zwangspflegschaft bestand, war der Pflegling damit in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkt, da die Anordnung einer solchen seine Geschäftsunfähigkeit bereits voraussetzte³⁵.

Der Pfleger übernahm innerhalb seines ihm übertragenen Wirkungskreises die Aufgabe des gesetzlichen Vertreters des Betroffenen³⁶. Im Gegensatz zum Vormund oblag dem Pfleger jedoch nicht die Fürsorge in allen Angelegenheiten des Betroffenen, sondern lediglich für einzelne oder einen beschränkten Kreis von Angelegenheiten³⁷. Soweit seine Bestellung reichte, entsprachen seine Rechte und Pflichten dabei im Wesentlichen denen eines Vormunds, § 1915 I BGB a.F.. Die diesbezüglichen Ausführungen zur Vormundschaft gelten somit ebenso für Pflegschaften.

3. Schutz des Betroffenen

a. Aufsicht und Genehmigungsvorbehalt des Vormundschaftsgerichts

Um die Wahrung des Mündelwohls auch gegenüber dem Vormund sicherzustellen, unterstand dieser der Aufsicht des Vormundschaftsgerichts, das auf die Wahrung der Interessen des Mündels achtete und das den Vormund bei Pflichtwidrigkeiten mit Geboten und Verboten belegen konnte, § 1837 BGB a.F.. Dabei war das

³³ Soergel/Damrau [12. Aufl.] § 1910 BGB Rn. 6

³⁴ BVerfGE 19, 95, 98f.

³⁵ BGHZ 35, 1, 6; 48, 147, 159; 70, 252, 258f.

³⁶ BGHZ 48, 147, 159

³⁷ Erman/Holzhauser [8. Aufl.] Vor § 1909 BGB Rn. 1

Vormundschaftsgericht aber nicht befugt, sich über die Entscheidungen des Vormundes hinwegzusetzen³⁸, in Zweckmäßigkeitsfragen bindende Anordnungen zu erteilen oder seine eigene Ansicht an die Stelle der Ansicht des Vormundes zu setzen³⁹. Es durfte daher auch nicht etwa selbst anstelle des Vormunds handeln⁴⁰. Dem Vormund allein waren Vertretungshandlungen für den Mündel vorbehalten.

Diese Freiheit in der Amtsführung barg selbstverständlich die Gefahr, dass ein Vormund in bestimmten Angelegenheiten missbräuchlich das Mündelwohl hintanstellte, um sich oder seine Angehörigen auf Kosten des Betroffenen zu bereichern. Der Gesetzgeber hatte daher eine Reihe von Schutzmechanismen gegen den Missbrauch der Vertretungsmacht durch den Vormund vorgesehen. So wurde für bestimmte, von ihm als gefährlich eingestufte Geschäfte die Wirksamkeit der Vormundshandlung von der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts abhängig gemacht⁴¹. Hierunter fielen z.B. das Anlegen von Mündelgeld, § 1810 i.V.m. §§ 1806-1808 BGB a.F., die Verfügungen über Forderungen und Wertpapiere des Mündels, § 1812 BGB a.F., und insbesondere Grundstücksgeschäfte, § 1821 BGB⁴².

Das Gericht überprüfte in solchen Fällen nicht etwa die Zweckmäßigkeit des jeweiligen Geschäfts, da ein solches Vorgehen gegen die Selbstständigkeit des Vormunds verstoßen hätte⁴³; sondern es prüfte für die Genehmigungsentscheidung lediglich, ob das jeweilige Geschäft mit den gesetzlichen Vorschriften übereinstimmte, also dem Mündelinteresse

³⁸ Mot., in: Mugdan IV, 1025; Staudinger [10./11. Aufl.] Vorbem. § 1901 BGB Rn. 14

³⁹ Mot., in: Mugdan IV, 1025; BayObLG Recht 1902 Nr. 2585; BayObLGZ 19, 285; LG Berlin JR 1963, 346; Josef, AcP 97, 108, 116

⁴⁰ BayObLG Recht 1903 Nr. 2297

⁴¹ z.B. §§ 1810, 1812, 1821, 1822 BGB a.F.; Soergel/Damrau [12. Aufl.] Vor §§ 1821, 1822 BGB Rn. 1

⁴² wobei die Aufzählung in den Fällen der §§ 1821, 1822 BGB a.F. nicht erschöpfend war. Es bestanden eine ganze Reihe weiterer genehmigungsbedürftiger Geschäfte, vgl. Soergel/Damrau [12. Aufl.] vor §§ 1821, 1822 BGB Rn. 1 m.w.N.

⁴³ Mot., in: Mugdan IV, 1025; BayObLG Recht 1902 Nr. 2585; BayObLGZ 19, 285; LG Berlin JR 1963, 346; Josef AcP 97, 108, 116

entsprach und in körperlicher, geistiger und moralischer Hinsicht dem persönlichen Wohl des Betroffenen zu dienen geeignet war⁴⁴.

b. Verbot von Insichgeschäften

Da aber auch die enumerativ aufgeführten vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungsvorbehalte die Gefahr von Missbrauch der Vertretungsmacht durch den Vormund bei Geschäften außerhalb dieser genehmigungspflichtigen Geschäfte nicht verhindern konnten, war der weitgehenden Selbstständigkeit des Vormunds eine zusätzliche Grenze gesetzt: Für Insichgeschäfte und Geschäfte mit nahen Angehörigen und dem Ehegatten des Vormunds war dem Vormund die Vertretungsmacht durch § 1795 BGB entzogen. Hierdurch sollten Interessenkonflikte des Vormunds wegen mittelbaren oder unmittelbaren Eigeninteresses verhindert werden⁴⁵.

c. Haftung des Vormunds

Den Kreis von Schutzmechanismen gegen den Missbrauch der Vertretungsmacht schlossen schließlich die §§ 1833, 1848 BGB a.F. und §§ 266, 246 StGB. Sie sahen eine Haftung des Vormunds und des Vormundschaftsrichters bei schuldhaften Pflichtverletzungen und eine Strafbarkeit bei Untreue und Unterschlagungen vor.

4. Schenkungen

Für Schenkungen aus dem Mündelvermögen hatte der Gesetzgeber eigens ausdrückliche Sondervorschriften geschaffen. Gem. §§ 1897, 1804 BGB a.F. waren dem Vormund in Vertretung des Mündels Schenkungen nur möglich, so weit durch diese einer „sittlichen Pflicht“ oder einer „auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht“ entsprochen wurde.

⁴⁴ Staudinger/Engler [10./11. Aufl.] §§ 1821, 1822 BGB Rn. 151

⁴⁵ Schwab, in: MünchKommBGB [2. Aufl.] § 1795 Rn. 1

Die Vorschrift ging auf das römische Recht zurück. Schon nach klassischem Recht durfte der Vormund⁴⁶ Schenkungen aus dem Mündelvermögen weder vornehmen noch genehmigen. Ausgenommen hiervon waren Schenkungen, die gesellschaftlich oder sittlich geboten waren⁴⁷. Vom gemeinen Recht⁴⁸ über das Recht der Vormundschaft über Erwachsene und Kinder, §§ 1897, 1804 BGB a.F., erhielt sich die Regelung bis heute⁴⁹.

a. Die Regelung des § 1804 BGB

(1) Begriff der „Schenkung“

Von dem Begriff der Schenkung i.S.d. § 1804 BGB sollten nicht jegliche Formen von Freigebigkeiten⁵⁰ oder etwa das Unterlassen eines Erwerbs⁵¹ erfasst sein. Gegen einen Missbrauch der Vertretungsmacht des Vormundes bei „sonstigen Liberalitäten“ wie der Ausschlagung einer Erbschaft, des Erbverzichts, der Aufgabe oder Minderung einer Sicherheit⁵² und der Aufhebung eines vertragsmäßigen Erbrechts sei

⁴⁶ das römische Recht sah zwei Arten der Vormundschaft vor, die tutela (Schutzgewalt über einen Unmündigen) und die cura (Schutzgewalt über einen pflegebedürftigen Mündigen), vgl. Kaser/Knütel, § 62 I 1; Staudinger/Engler [10./11. Aufl.] Vorbem. § 1901 BGB a.F. Rn. 1

⁴⁷ Kaser/Knütel, § 62 III 3

⁴⁸ Die Motive zu § 1661 des BGB-Entwurfes verweisen insoweit u.a. auf das preußische (vgl. § 38 preuß. VormO), sächsische und bayerische Recht, Mot., in: Mugdan IV, S. 1106. Das Vormundschaftsrecht des BGB war in der Hauptsache der preußischen Vormundschaftsordnung vom 5.7.1875 nachgebildet, vgl. Staudinger/Engler [10./11. Aufl.] Vorbem. § 1901 BGB a.F. Rn. 7

⁴⁹ Holzhauser FamRZ 2000, 1063, 1066; Im Gesetzgebungsverfahren wurde § 1804 BGB ohne Diskussion angenommen, vgl. Stenographische Berichte, S. 712

⁵⁰ Mot., in: Mugdan IV, S. 1106; Soergel/Damrau [12. Aufl.] § 1804 BGB Rn. 1; Meyer in: RGRK [10./11. Aufl.] § 1641 BGB Anm. 1;

⁵¹ Soergel/Damrau [12. Aufl.] § 1804 BGB Rn. 1; Erman/Holzhauser [8. Aufl.] § 1804 BGB Rn. 2;

⁵² Die Aufhebung oder Minderung einer für eine Forderung des Mündels bestehenden Forderung kann Schenkung sein, KG JW 37, 2597; über den Verzicht auf den Rang einer Hypothek als Schenkung s. KG DNotZ 27, 530; OLG Celle, OLGE 8, 75

nämlich der Betroffene ausreichend dadurch geschützt, dass die Wirksamkeit jener Rechtsgeschäfte von der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts abhängig sei⁵³, so dass ein Verbot solcher Geschäfte vom Gesetzgeber für unnötig gehalten wurde.

Von § 1804 BGB sollten deshalb nur Schenkungen im juristischen Sinne erfasst sein⁵⁴. Nach einhelliger Meinung galten für den Begriff der „Schenkungen“ in diesem Zusammenhang somit keine Besonderheiten: Hierunter waren ausschließlich Schenkungen i.S.d. § 516 BGB zu verstehen⁵⁵. Danach bestand eine Schenkung aus der Bereicherung des Empfängers durch die Zuwendung aus dem Vermögen des Schenkers und der Einigung der beiden über die Unentgeltlichkeit dieser Zuwendung⁵⁶. Hierunter fielen auch gemischte Schenkungen⁵⁷.

Demgegenüber stellte die Zuwendung einer Ausstattung aus dem Elternvermögen an das Kind keine Schenkung dar, § 1624 BGB, so dass § 1804 BGB auf sie auch nicht anwendbar war. Auch Verzichte fielen nicht unter das Verbot des § 1804 BGB⁵⁸.

(2) Vertretungshandlung i.S.d. § 1804 BGB

Nach dem Wortlaut des § 1804 BGB sollte der Vormund „in Vertretung“ des Mündels keine Schenkungen vornehmen können. Dies spricht auf den ersten Blick dafür, dass hiermit nur Geschäfte gemeint waren, die der Vormund für das Mündel vornahm, dass also Genehmigungshandlungen des Vormundes zu Geschäften des Betroffenen hiervon nicht erfasst waren. Im Vorentwurf zum BGB war in der dem § 1804 BGB

⁵³ so ausdrücklich: Mot., in: Mugdan IV, S. 1106

⁵⁴ Soergel/Damrau [12. Aufl.] § 1804 BGB Rn. 1; Staudinger/Engler [10./11. Aufl.] § 1804 BGB Rn. 3

⁵⁵ Mot., in: Mugdan IV, S. 1106f.; Meyer in: RGRK [10./11. Aufl.] § 1804 BGB; Soergel/Damrau [12. Aufl.] § 1804 BGB Rn. 1; Erman/Holzhauer [8. Aufl.] § 1804 Rn. 2

⁵⁶ Palandt/Putzo [50. Aufl.] § 516 BGB Rn. 1

⁵⁷ Schwab, in: MünchKommBGB [2. Aufl.] § 1804 Rn. 8

⁵⁸ Meyer, in: RGRK [10./11. Aufl.] § 1641 BGB Anm. 1; Soergel/Damrau [12. Aufl.] § 1804 BGB Rn. 1; Erman/Holzhauer [8. Aufl.] § 1804 Rn. 2

entsprechenden Norm (§ 1661 VE-BGB⁵⁹) diese Frage noch ausdrücklich geklärt, indem dort „von dem Vormunde für den Mündel oder von dem Mündel mit Einwilligung oder Genehmigung des Vormundes“ vorgenommene Schenkungen untersagt waren⁶⁰. § 38 der preußischen Vormundschaftsordnung, dem der § 1804 BGB nachgebildet war, hatte insoweit nämlich zu Zweifeln Anlass geboten⁶¹. Da aber im BGB der gesetzlichen Vertretungsmacht das Prinzip zugrunde liegen sollte, dass sie auch das Recht des gesetzlichen Vertreters, zu Rechtsgeschäften des Vertretenen die erforderliche Einwilligung oder Genehmigung zu erteilen, umfasst⁶², wurde die ausdrückliche Klarstellung nicht für erforderlich gehalten und durch die kürzere Form des § 1804 BGB ersetzt. Die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur geht deshalb seither davon aus, dass sich § 1804 BGB auf beides bezieht: auf Geschäfte des Vormundes für den Betroffenen und auf Genehmigungen des Vormundes zu eigenen Geschäften des Betroffenen⁶³.

(3) „Sitten-“ und „Anstandsschenkungen“ i.S.d. § 1804 BGB

Die einhellige Meinung⁶⁴ legte bei der Frage, was unter „Sitte“ und „Anstand“ zu verstehen war, ausschließlich einen objektiven Maßstab, den Maßstab der „Normalität“⁶⁵, an.

Der Begriff der Anstandsschenkung sollte daher auf kulturelle und soziale Schenksitten verweisen. Hierzu gehörten vor allem die Jahresgaben zu allgemeinen (Weihnachten, Ostern) und persönlichen (Geburtstag) Feiertagen sowie zu Lebenshöhepunkten wie Taufe, Firmung,

⁵⁹ Entwurf zur ersten Lesung des BGB

⁶⁰ Staudinger/Engler [10./11. Aufl.] § 1804 BGB Rn. 1

⁶¹ vgl. Mot., in: Mugdan IV, S. 1106 m.w.N.

⁶² Mot., in: Mugdan IV, S. 1106

⁶³ RGZ 91, 40; OLG Stuttgart, FamRZ 1969, 39, 40; Schwab, in: MünchKommBGB [2. Aufl.] § 1804 BGB Rn. 7; Soergel/Damrau [12. Aufl.] § 1804 BGB Rn. 1; Staudinger/Engler [10./11. Aufl.] § 1804 BGB Rn. 1 m.w.N.; a. A.: OLG Colmar, OLGE 24, 35

⁶⁴ Schwab, in: MünchKommBGB [2. Aufl.] § 1804 Rn. 10; Staudinger/Engler [10./11. Aufl.] § 1804 BGB Rn. 17

⁶⁵ Fegeler § 13 B IV 2 d

Konfirmation, Hochzeit, etc.⁶⁶. Einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht sollte die Schenkung entsprechen, wenn ihr Unterbleiben nach den Anschauungen der mit dem Schenkenden sozial gleichgestellten Kreise nicht unterbleiben konnte, ohne dass der Schenkende eine Einbuße in der Achtung und Anerkennung dieser Kreise erleiden würde⁶⁷.

Der Begriff der sittlichen Pflicht sollte auf die Moral verweisen, wobei jedoch einschränkend entweder gefordert wurde, dass das allgemeine Gebot der Nächstenliebe nicht ausreichte, sondern vielmehr eine besondere Pflicht des Schenkers gegenüber dem Beschenkten vorliegen musste⁶⁸ oder aber dass nicht nur die Schenkung sittlich aner kennenswert war, sondern darüber hinaus ihr Ausbleiben eine sittliche Pflicht verletzte⁶⁹. Als Beispiele für Pflichtschenkungen wurden vor allem Unterstützungszahlungen an nahe Angehörige, die keinen rechtlichen Unterhaltsanspruch gegen den Betroffenen hatten, angeführt⁷⁰.

Wohltätige Spenden oder die Schenkung im Wege vorweggenommener Erbfolge fielen ebenso wenig unter den Tatbestand der Sitten- oder Anstandsschenkungen wie größere Schenkungen aus dem Vermögen des Betroffenen.

(4) Rechtsfolge des Verstoßes gegen § 1804 BGB

Solange bei einer Schenkung aus dem Vermögen des Mündels durch den Vormund nicht einer der Ausnahmetatbestände des § 1804 S. 2 BGB griff, war die Schenkung gem. § 1804 S.1 BGB unheilbar nichtig⁷¹ und zwar sowohl die schuldrechtliche Abrede (§§ 516, 518 BGB), als auch das

⁶⁶ Holzhauser, FamRZ 2000, 1063, 1064

⁶⁷ BGH NJW 1981, 111

⁶⁸ Staudinger/Engler [10./11. Aufl.] § 1804 BGB Rn. 10; Erman/Seiler [8. Aufl.] § 534 Rn. 2, m. w. N.

⁶⁹ BGHZ 91, 273, 277 = FamRZ 1984, 580, 581; FamRZ 1986, 1079, 1080 = NJW 1986, 1926

⁷⁰ BGH NJW 1986, 1926; BayObLG OLGE 32, 19; Schwab in: MünchKommBGB [2. Aufl.] § 1804 Rn. 10

⁷¹ Staudinger/Engler [10./11. Aufl.] § 1804 BGB Rn. 20; Erman/Holzhauser [8. Aufl.] § 1804 BGB Rn. 1; Soergel/Damrau [12. Aufl.] § 1804 BGB Rn. 1

dingliche Vollzugsgeschäft⁷². Das bedeutete, dass die jeweilige Schenkung von Anfang an unwirksam war. Ebenso unwirksam waren Genehmigungshandlungen des Vormunds, die sich auf eine Schenkung außerhalb des § 1804 BGB bezogen. Die Genehmigung einer Schenkung des Mündels durch den Vormund und somit die Schenkung selbst waren damit ebenfalls nichtig⁷³.

(5) Anwendbarkeit des Schenkungsverbots auf die Pflegschaft

Gem. § 1915 I BGB a.F. waren die für die Vormundschaft geltenden Vorschriften auch auf die Pflegschaft anzuwenden, so dass insbesondere § 1804 BGB auch für die Tätigkeit eines Pflegers galt⁷⁴. Da der Betroffene durch die Anordnung der Pflegschaft nicht in seiner Handlungsfähigkeit eingeschränkt wurde, konnte er selbst somit weiterhin Schenkungen beliebigen Umfangs tätigen. Etwas anderes galt allerdings bei der Zwangspflegschaft. Da für deren Anordnung das Vorliegen der Geschäftsunfähigkeit in dem anzuordnenden Wirkungskreis des Pflegers Voraussetzung war, konnte der Betroffene hier keinerlei Rechtsgeschäfte tätigen; der Pfleger konnte Schenkungen jedoch nur innerhalb der von § 1804 BGB vorgegebenen Grenzen vornehmen.

b. Möglichkeiten einer Schenkung aus dem Mündelvermögen

Mit der Entmündigung des Betroffenen hatte dieser seine volle Geschäftsfähigkeit verloren und konnte somit allenfalls mit Hilfe des Vormunds wirksam Rechtsgeschäfte tätigen. Der Vormund wiederum war an die Vorschrift des § 1804 BGB gebunden, sodass Schenkungen aus dem Mündelvermögen nur wirksam getätigt werden konnten, wenn und soweit es sich um Pflicht- oder Anstandsschenkungen handelte.

An diesen Ergebnissen änderte sich auch nichts, wenn der Entmündigte noch beschränkt geschäftsfähig war, da die Wirksamkeit der von ihm

⁷² Staudinger/Engler [10./11. Aufl.] § 1804 BGB Rn. 7; Erman/Holzhauer [8. Aufl.] § 1804 BGB Rn. 1; Soergel/Damrau [12. Aufl.] § 1804 BGB Rn. 1

⁷³ Mot., in: Mugdan IV, 1106; Erman/Holzhauer [8. Aufl.] § 1804 BGB Rn. 1

⁷⁴ Erman/Holzhauer [8. Aufl.] § 1804 BGB Rn. 1

getätigten Geschäfte von der Genehmigung des Vormunds abhing. Ohne die Zustimmung des Vormunds konnte er keine wirksamen Rechtsgeschäfte vornehmen. Dieser wiederum war auch bei der Erteilung von Genehmigungen an die Vorschrift des § 1804 BGB gebunden⁷⁵, so dass auch in diesen Fällen keine Schenkungen über das Maß des § 1804 BGB hinaus wirksam getätigt werden konnten.

Wenn also etwa eine Hofübergabe zu Lebzeiten an den Sohn erfolgen sollte oder im Wege der vorweggenommenen Erbfolge sonstige größere Vermögensgegenstände auf die künftigen Erben übertragen werden sollten, etwa um den gesetzlichen Freibetrag bei der Erbschaft- und Schenkungsteuer mehrfach auszunutzen, so war der entmündigte Übergeber hieran gehindert. Er konnte weder selbst noch mit Hilfe seines Vormundes diese Geschäfte tätigen. Selbst wenn man eindeutige Hinweise darauf hatte, dass der selbstbestimmte eigenverantwortliche Wille des Betroffenen auf Vornahme des jeweiligen Geschäfts gerichtet gewesen wäre, etwa in dem Eingangsbeispiel der schriftlichen Schenkungsanordnung, verhinderte § 1804 BGB die Vornahme solcher Schenkungen.

Auch karitative Schenkungen oder Parteispenden waren somit nicht mehr möglich. Hierbei war es auch irrelevant, dass der Betroffene möglicherweise zeitlebens entsprechende Geschenke regelmäßig getätigt hatte. § 1804 BGB stand derartigen Schenkungen unabhängig vom Vorleben des Betroffenen ab dem Moment der Entmündigung bzw. der Anordnung einer Zwangspflegschaft entgegen.

c. Sinn und Zweck des Schenkungsverbots

Nach allgemeiner Auffassung bestand die Aufgabe bei der Verwaltung fremden Vermögens darin, dieses zu erhalten und zu vermehren⁷⁶. Dieses Grundprinzip müsse auch bei der Verwaltung des Mündelvermögens

⁷⁵ siehe oben, § 3 I 4 a (2)

⁷⁶ Möhring, S. 72; Dölle, § 124 II, S. 699f.; Meyer, in: RGRK [10./11. Aufl.] § 1641 BGB Anm. 1

durch den Vormund angewendet werden⁷⁷ und die Verkleinerung des Vermögens des Betroffenen lag grundsätzlich nicht in seinem wohlverstandenen Interesse⁷⁸. Sie verletzte damit sein Wohl⁷⁹. Schenkungsgeschäfte gingen stets mit solchen Vermögensminderungen einher, ohne dass ein entsprechender vermögensrechtlicher Gegenwert zurückfließe, so dass sie letztlich stets eine Verletzung des Mündelwohls darstellten. Die Regelung des § 1804 BGB sollte somit das Mündelwohl sicherstellen, indem sie ein Verbot von Schenkungen anordnete. Der Vormund sollte das Vermögen des Betroffenen erhalten und vermehren und es nicht etwa durch unentgeltliche Zuwendungen vermindern⁸⁰. Etwas anderes gelte freilich für die im Rahmen des § 1804 BGB zulässigen Ausnahmen, da Schenkungen, welche durch eine sittliche Pflicht oder die auf den Anstand zu nehmende Rücksicht gerechtfertigt werden, nicht außerhalb des Zwecks der Vermögensverwaltung und auch im eigenen Interesse des Mündels lägen⁸¹. Denn eine unterbleibende Anstandsschenkung hätte für das Mündel nach der Definition⁸² einen Ansehensverlust innerhalb seiner sozial gleichgestellten Kreise zur Folge. Gleiches gälte im Falle einer ausbleibenden Schenkung trotz entsprechender sozialer Pflicht. Eine Verletzung von sittlichen Pflichten oder auf den Anstand zu nehmenden Rücksichtnahmen hätte somit dem Ansehen des Betroffenen geschadet und somit wiederum sein Wohl gefährdet und damit insbesondere gegen den Schutzgedanken des Vormundschaftsrechts⁸³ verstoßen.

⁷⁷ Erman/Holzhauer, § 1804 BGB [8. Aufl.] Rn. 1

⁷⁸ Meyer, in: RGRK [10./11. Aufl.] § 1641 BGB Anm. 1

⁷⁹ zum Wohlbegriff, siehe oben, § 3 I 1

⁸⁰ Hinz, in: MünchKommBGB [2. Aufl.] § 1641 Rn. 1; Möhring, S. 72; Dölle, § 124 II, S. 699f.

⁸¹ Mot., in: Mugdan IV, S. 1107; KG JW 1936, 393; Meyer, in: RGRK [10./11. Aufl.] § 1641 BGB Anm. 1

⁸² oben, § 3 I 4 a (3)

⁸³ oben, § 3 I 1

In den Gesetzesmaterialien⁸⁴ findet sich noch ein weiterer Gesichtspunkt für die Anordnung des Verbots: Der Vormund war – wie bereits gesehen – bei seiner Amtsführung weitgehend selbständig und es bestand deshalb die Gefahr, dass er diese Stellung unter Missbrauch seiner Vertretungsmacht für eigene Zwecke ausnutzte⁸⁵. Der Betroffene war daher mithilfe des Schenkungsverbots vor einem möglichen Missbrauch der Vertretungsmacht durch den Vormund zu schützen⁸⁶. Wie bereits gesehen hielt das Vormundschaftsrecht für den Schutz des Mündels zwar eine Reihe von Schutzmechanismen wie Genehmigungsvorbehalte und Schadensersatzansprüche bereit⁸⁷, bei Schenkungen wurden diese Schutzmechanismen jedoch nicht für ausreichend gehalten⁸⁸.

Das Schenkungsverbot diente somit im Wesentlichen zwei Zielen: dem Schutz der Vermögensinteressen des Mündels und dem Schutz des Mündels vor Missbrauch der Vertretungsmacht durch den Vormund. Mit anderen Worten betrachtete man Schenkungen, die über die Grenzen des § 1804 BGB hinausgingen, als einen Verstoß gegen das Mündelwohl und hielt sie überdies für gefährlich im Hinblick auf möglichen Missbrauch der Vertretungsmacht durch den Vormund.

5. Zwischenergebnis

Wer aufgrund geistiger Defizite seine Angelegenheiten nicht (mehr) eigenverantwortlich wahrnehmen konnte, wurde ganz oder teilweise

⁸⁴ Mot., in: Mugdan IV, S. 1106

⁸⁵ oben, § 3 I 3 a

⁸⁶ so auch indirekt: Staudinger/Engler [10./11. Aufl.] § 1804 BGB Rn. 3

⁸⁷ oben, § 3 I 3

⁸⁸ Staudinger/Engler [10./11. Aufl.] § 1804 BGB Rn. 3; Die Motive weisen ausdrücklich darauf hin, dass in den Fällen der „Aufgabe oder Minderung der für einen Anspruch des Mündels bestellten Sicherheit, des Erbverzichtes, der Aufhebung eines vertragsmäßigen Erbrechtes, sowie der Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses“ dem Schutz des Mündel bereits ausreichend durch die Anordnung eines Genehmigungsvorbehaltes Rechnung getragen worden sei. Eine Ausdehnung des Schenkungsverbots auf diese Geschäfte sei aus Gründen der Verkehrssicherheit abzulehnen (Mugdan IV, S. 1106f.)

entmündigt und erhielt einen Vormund⁸⁹. Dieser handelte künftig anstelle des Betroffenen als dessen Vertreter. Nur dem teilweise Entmündigten blieb noch die Möglichkeit, selbst Rechtsgeschäfte zu tätigen; für deren Wirksamkeit benötigte er dann jedoch die Genehmigung des Vormunds.

Wenn der Entzug der Geschäftsfähigkeit des Betroffenen nicht für notwendig erachtet wurde, konnte zum Schutz des Betroffenen auch eine Pflugschaft⁹⁰ angeordnet werden, die sich dann nur auf das jeweilige Geschäft bzw. den jeweiligen Geschäftskreis bezog und den Betroffenen nicht in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkte. Etwas anderes galt nur bei der „Zwangspflugschaft“, deren Anordnung die fehlende Geschäftsfähigkeit voraussetzte.

Mit der Entmündigung wurde dem Betroffenen die Fähigkeit zu eigenverantwortlichen Entscheidungen konstitutiv abgesprochen⁹¹. Der Vormund seinerseits war bei der Führung seines Amtes weitgehend selbstständig und nur bei einigen wichtigen und gefährlichen Geschäften zum Schutz des Betroffenen auf die zusätzliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes angewiesen⁹². Insihgeschäfte waren dem Vormund nicht möglich⁹³.

Der Vormund hatte die objektiven Interessen des Betroffenen zu wahren; er hatte dessen Vermögen zu erhalten und zu vermehren. Schenkungen aus dem Vermögen des Mündels durfte der Vormund deshalb nur tätigen, soweit es sich hierbei um Pflicht- oder Anstandsschenkungen handelte. Gleiches galt für Genehmigungen des Vormunds zu eigenen Schenkungen des Betroffenen⁹⁴.

⁸⁹ oben, § 3 I 1

⁹⁰ oben, § 3 I 2

⁹¹ oben, § 3 I 1

⁹² oben, § 3 I 3 a

⁹³ oben, § 3 I 3 b

⁹⁴ oben, § 3 I 4

II. Österreich

I. Vormundschaft

Vor Einführung der Sachwalterschaft im Jahre 1983 galt in Österreich die kaiserliche Entmündigungsordnung aus dem Jahre 1916⁹⁵. Danach konnten Personen wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche beschränkt oder voll entmündigt werden, § 1 EntmO. Weiter konnte entmündigt werden, wer durch Verschwendung oder gewohnheitsmäßigem Missbrauch von Alkohol oder Nervengiften sich oder seine Familie der Gefahr des Notstandes preisgab oder die Sicherheit anderer gefährdete, § 2 EntmO.

Wer voll entmündigt war, stand rechtlich Kindern unter sieben Jahren gleich und erhielt einen Kurator, § 3 EntmO. Das bedeutete, dass der Betroffene selbst keine Geschäfte mehr tätigen konnte; er war vielmehr geschäftsunfähig. Wer hingegen beschränkt entmündigt war, erhielt einen Beistand und wurde rechtlich Minderjährigen zwischen dem 14. und 19. Lebensjahr gleichgestellt, § 4 I EntmO. Dies hatte zur Folge, dass der Betroffene für nur berechtigende Geschäfte voll, ansonsten beschränkt geschäftsfähig war. Für die Vornahme solcher Geschäfte benötigte der beschränkt Entmündigte jeweils die Genehmigung des Vormunds. Darüber hinaus durfte der Betroffene selbstständig wirksam Arbeitsverträge (aber keine Ausbildungsverträge!) abschließen, § 152 ABGB a.F.. Über die ihm vom Vormund zur freien Verfügung überlassenen Sachen und über sein Arbeitseinkommen konnte er verfügen. Beim Arbeitseinkommen galt dies allerdings nur so weit, wie dadurch nicht die Befriedigung seiner Lebensbedürfnisse gefährdet wurde, § 151 II ABGB a.F.. Es bestand jedoch die Möglichkeit, dass das Pflegschaftsgericht dem Vormund auch das Verfügungsrecht über das Arbeitseinkommen des Betroffenen übertrug, § 4 III EntmO, und der Betroffene dann hierüber nicht mehr verfügen konnte.

⁹⁵ Kaiserliche Verordnung vom 28.06.1916 über die Entmündigung (Entmündigungsordnung), RGBl. 1916, Nr. 207, im folgenden: EntmO

Wunsch und Wohl des Betroffenen

Sowohl Kurator als auch Beistand waren gesetzliche Vertreter des Betroffenen. Sie hatten im Wesentlichen die gleichen Rechte und Pflichten. Beide waren - wie der deutsche Vormund - in ihrer Amtsführung selbstständig. Dies galt insbesondere bei der Entscheidung, was im Einzelfall im Mündelinteresse lag und was nicht. Kurator und Beistand waren dem Mündelwohl verpflichtet. Was im Einzelnen vom Mündelwohl umfasst war, wurde nicht über eine allgemeine Definition des Begriffs hergeleitet, sondern jeweils anhand des Entmündigungsgrundes und des Zwecks der Entmündigung bestimmt. Hierbei war ein objektiver Maßstab des „wohlverstandenen Interesses“ des Betroffenen anzulegen⁹⁶. Vorrangige Aufgabe der Kuratel und der Beistandschaft war dabei der Schutz des Betroffenen, wobei auch der jeweilige Schutzbedarf primär aus den Gründen für seine Unterschutzstellung abzuleiten war⁹⁷. In diesem Rahmen oblag es ausschließlich dem Vormund bzw. Beistand, einem Wunsch des Betroffenen nachzukommen oder nicht⁹⁸.

2. Schutz des Betroffenen vor Missbrauch der Vertretungsmacht

Auch das österreichische Vormundschaftsrecht sah vor, dass zum Schutz des Mündelwohls Vormund und Beistand bei der Vornahme bestimmter Geschäfte⁹⁹ auf die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts angewiesen waren. Das Vormundschaftsgericht prüfte dabei allerdings lediglich, ob das Geschäft zu genehmigen war oder nicht¹⁰⁰. Es durfte die Erteilung seiner Genehmigung jedoch nicht von Änderungen abhängig

⁹⁶ Knell, S. 158

⁹⁷ Knell, S. 157

⁹⁸ Knell, S. 158

⁹⁹ Diese waren in §§ 154 II und III ABGB a. F. aufgeführt. Hierzu zählten insbesondere der Eintritt in eine Religionsgesellschaft und der Austritt aus einer solchen, die vorzeitige Lösung eines Ausbildungs- oder Dienstvertrages, Anerkennung einer Vaterschaft zu einem unehelichen Kind sowie alle Vermögensangelegenheiten, die nicht zum „ordentlichen Wirtschaftsbetrieb“ gehörten.

¹⁰⁰ OGH EvBl. 1971 Nr. 33; EFSlg 22.445; Feil, S. 256

machen¹⁰¹ oder eigene Entscheidungen für den Betroffenen fällen¹⁰². Bei seiner Tätigkeit war auch das Vormundschaftsgericht wie der Vormund und der Beistand ausschließlich dem Wohl des Betroffenen verpflichtet¹⁰³. Ein Selbstkontrahieren (Insichgeschäft) war sowohl dem Vormund als auch dem Beistand verboten¹⁰⁴.

Bei schuldhaften Pflichtverletzungen des Vormunds haftete dieser gegenüber dem Betroffenen, § 228 ABGB a.F.¹⁰⁵. Darüber hinaus machte er sich ggf. strafbar, §§ 133, 134 II StGB.

3. Schenkungen

Eine spezielle Vorschrift, die sich ausdrücklich auf Schenkungen bei einer angeordneten Vormundschaft bezog, gab es im österreichischen Recht nicht. § 154 III ABGB ordnete vielmehr allgemein an, dass der Kurator für alle Entscheidungen in „Vermögensangelegenheiten“, die nicht zum „ordentlichen Wirtschaftsbetriebe“ gehörten, der gerichtlichen Genehmigung bedurfte. Hierunter konnten auch Schenkungen fallen¹⁰⁶.

Die Regelung des § 154 III ABGB

a. Vermögensangelegenheiten

¹⁰¹ OGH JBl. 1973, S. 214, 215

¹⁰² Klang/Wentzel-Piegler, noch zu § 233 ABGB a.F. IV, S. 411; § 154 III ABGB hat den Begriff des „ordentlichen Wirtschaftsbetriebes“ dem 1977 ersatzlos aufgehobenen § 233 ABGB a.F. entnommen, vgl. Kremzow, S. 102; für die Auslegung des Begriffs des „ordentlichen Wirtschaftsbetriebes“ kann die frühere Rechtsprechung und Lehre hierzu herangezogen werden, Rummel/Pichler, §§ 154, 154a ABGB Rn. 13

¹⁰³ Kremzow, S. 96

¹⁰⁴ Entsch. MietSlg. 26002

¹⁰⁵ Beispiele für die Haftung eines Kurators: Mangelhafte Überwachung des Wertpapierbesitzes, Entsch. GIU. 15104; unwirtschaftliche Führung des Unternehmens der behinderten Person, Entsch. 2 Ob 153/53; Unterlassung der grundbuchlichen Sicherung einer Forderung, Entsch. GIU. 613; Prozessverlust infolge mangelhafter Rechtskenntnis, Entsch. RIZ. 1956, S. 171; Entsch. EvBl. 1972, Nr. 124

¹⁰⁶ Klang/Wentzel-Piegler, noch zu § 233 ABGB a.F., S. 414

„Angelegenheit“ bezeichnete einen bestimmten Lebensbereich, der für ein Handeln oder Unterlassen der betroffenen Person rechtlich oder tatsächlich erheblich war¹⁰⁷. Vermögensangelegenheiten waren diejenigen Angelegenheiten, die sich auf das Vermögen, nicht aber auf das Einkommen des Betroffenen bezogen¹⁰⁸.

b. Ordentlicher Wirtschaftsbetrieb

Die Regelung des § 154 III ABGB hatte den Begriff des „ordentlichen Wirtschaftsbetriebes“ dem ersatzlos gestrichenen § 233 ABGB a. F. entnommen¹⁰⁹. Zum „Wirtschaftsbetrieb“ gehörten nicht nur der landwirtschaftliche Betrieb, sondern vor allem auch der Betrieb eines jeden Unternehmens und die Führung einer Hauswirtschaft¹¹⁰ oder Vermögensverwaltung¹¹¹. Wirtschaftsbetrieb war danach insbesondere jede selbstständige, regelmäßig ausgeübte, gewinnorientierte Tätigkeit¹¹². Aber es sollte bei der Auslegung des § 154 III ABGB letztlich nicht auf die Frage ankommen, ob der Betroffene einen solchen Betrieb besaß oder betrieb, sondern der Begriff des „ordentlichen Wirtschaftsbetriebes“ sollte lediglich einen objektiven und einheitlichen Maßstab dafür abgeben, welche Geschäfte des Kurators unter den Genehmigungsvorbehalt des Vormundschaftsgerichts fielen¹¹³. Für die Frage, ob die jeweilige Angelegenheit zum „ordentlichen Wirtschaftsbetrieb“ gehörte, wurde eine Betrachtung des jeweiligen Gegenstands und seines Umfanges angestellt. Als ordentlich galt das der „Regel des Lebens entsprechende“, das Normale, Gewöhnliche im Gegensatz zum Außergewöhnlichen¹¹⁴. Ordentlich war die Tätigkeit jedenfalls dann, wenn sie üblicherweise im

¹⁰⁷ Kremzow, S. 35

¹⁰⁸ Kremzow, S. 102

¹⁰⁹ Kremzow, S. 102

¹¹⁰ Klang/Wentzel-Piegler, noch zu § 233 ABGB a.F. IV, S. 411

¹¹¹ Knell, S. 197; Schwimann, § 154 ABGB Rn. 18

¹¹² Kremzow, S. 103

¹¹³ Kremzow, S. 103

¹¹⁴ Knell, S. 197; Klang/Wentzel-Piegler, noch zu § 233 ABGB a.F. IV, S. 411 Fn. 6 unter Hinweis auf weitere vergleichbare Gesetzesstellen

Rahmen eines Wirtschaftsbetriebes vorgenommen wurde¹¹⁵. Hierzu zählten insbesondere der Betrieb eines Unternehmens¹¹⁶, die Eröffnung eines Girokontos, soweit dieses der Zahlungsabwicklung diene¹¹⁷, die Ausschlagung einer Erbschaft geringen Werts¹¹⁸ und Unterhaltsvereinbarungen im Rahmen der in der Rechtsprechung üblichen Sätze¹¹⁹.

Als Beispiele für genehmigungspflichtige Geschäfte nannte § 154 III 2 ABGB ausdrücklich insbesondere die Annahme einer mit Belastungen verbundenen Schenkung, die Ablehnung eines Schenkungsangebots, die Veräußerung oder Belastung von Liegenschaften, den Verzicht auf ein Erbrecht, die unbedingte Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft und die Anlegung von Geld außerhalb der gesetzlich vorgesehenen Anlegungsarten.

c. Rechtsfolge eines Verstoßes gegen § 154 III ABGB

Eine Vertretungshandlung eines Kurators, die nicht zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb gehörte und die sich auf Vermögensangelegenheiten des Betroffenen bezog, bedurfte zu ihrer Wirksamkeit der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Solange eine Entscheidung des Gerichts noch nicht vorlag, war das Geschäft schwebend unwirksam¹²⁰.

d. Prüfungsgegenstand bei der gerichtlichen Genehmigung

Bei der gerichtlichen Entscheidung über die Genehmigung hatte das Gericht eine Einzelfallbetrachtung anzustellen. Es prüfte, ob die Erteilung der Genehmigung im wohlverstandenen Interesse des Mündels lag¹²¹ oder ob das beabsichtigte Geschäft dem Wohl des Betroffenen zuwiderliefe¹²².

¹¹⁵ Kremzow, S. 103

¹¹⁶ Klang/Wentzel-Piegler I/2, 411

¹¹⁷ Rummel/Pichler §§ 154, 154a ABGB Rn. 13

¹¹⁸ EF 48.365

¹¹⁹ Rummel/Pichler §§ 154, 154a ABGB Rn. 13

¹²⁰ Rummel/Pichler § 154 ABGB Rn. 17

¹²¹ OGH 18.06.1986, 3 Ob 563/86; Knell, S. 210; Kremzow, S. 97

¹²² EF 51.231

Bei einer beabsichtigten Klagführung etwa waren die rechtlichen und wirtschaftlichen Erfolgsaussichten abzuschätzen¹²³.

Das Gericht konnte das jeweilige Geschäft sodann lediglich genehmigen oder nicht genehmigen, aber nicht etwa abändern¹²⁴. Sollte das Gericht also nach seiner Prüfung zu der Auffassung gelangt sein, dass ein beabsichtigter Vertrag dem Betroffenenwohl zuwiderliefe, so hatte es keine Möglichkeit, einzelne Klauseln des Vertrags abzuändern, sondern konnte nur die gesamte gerichtliche Genehmigung verweigern¹²⁵.

e. Schenkungen

Ob Schenkungen aus dem Vermögen des Betroffenen in den Anwendungsbereich des § 154 III ABGB fielen, hing aufgrund des Vorstehenden insbesondere von ihrem Umfang und von der Frage ab, ob es sich bei den zu verschenkenden Gütern um solche handelte, die der Betroffene aus seinem Arbeitseinkommen erworben hatte¹²⁶. Solange sich Schenkungen ansonsten im Rahmen des beim Bevormundeten Üblichen bewegten, zählten sie noch zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb und unterlagen somit nicht dem Zustimmungserfordernis des Vormundschaftsgerichts¹²⁷. Geschenke des Betroffenen bzw. im Namen des Betroffenen wie z.B. Weihnachtsgeschenke an die Ehefrau oder die Kinder, Trinkgelder und ähnliches bedurften daher keiner Genehmigung¹²⁸. Eine Schenkung eines größeren Vermögensgegenstands wie etwa eines Grundstücks im Wege der vorweggenommenen Erbfolge war aber schon wegen der ausdrücklichen Nennung in § 154 III 2 ABGB¹²⁹ genehmigungsbedürftig.

¹²³ LGZ Wien EF 43.298; 45.802; weiter zum Inhalt der Prüfungspflicht: EF 51.231; 53.975; LGZ Wien EF 51.232; 51.233; 51.237

¹²⁴ EF 33.556; LGZ Wien EF 1304; 22.445

¹²⁵ Rummel/Pichler §§ 154, 154a ABGB Rn. 16

¹²⁶ denn über sein Arbeitseinkommen konnte der Betroffene selbst verfügen, so dass § 154 II ABGB keine Anwendung fand, vgl. oben, § 3 II 1

¹²⁷ Knell, noch zu § 233 ABGB a.F., S. 208

¹²⁸ ebenda

¹²⁹ vgl. oben, § 3 II 3 b

4. Zwischenergebnis

Je nachdem ob der Betroffene voll oder beschränkt entmündigt war, hatte er die Möglichkeit, ggf. auch ohne den Kurator bzw. Beistand wirksam Rechtsgeschäfte zu tätigen. So weit er nämlich nur beschränkt entmündigt war, konnte er noch über die Dinge, die ihm zur freien Verfügung überlassen waren, und über sein Arbeitseinkommen frei verfügen, über letzteres aber nur insoweit, als die Befriedigung seiner Lebensbedürfnisse nicht gefährdet wurde¹³⁰. Ihm waren daher im Rahmen dieser Grenzen jegliche Geschäfte grundsätzlich möglich. Es konnte daher auch Schenkungen an beliebige Empfänger vornehmen, sogar an den Vormund selbst¹³¹. Denn dieser nahm bei der Annahme der Schenkung keinerlei Vertreterbefugnisse wahr, die eingeschränkt oder ihm entzogen werden konnten. Da dem Betroffenen für derartige Geschäfte die Geschäftsfähigkeit nicht entzogen war, musste auch nicht etwa ein Kollisionskurator bestellt werden¹³².

Auch der Vormund konnte wie das Mündel – im Rahmen der Üblichkeit – kleinere Schenkungen in Vertretung für den Betroffenen aus dessen Vermögen vornehmen, ohne dass er einem gerichtlichen Genehmigungsvorbehalt unterworfen gewesen wäre¹³³. Diese mussten sich allerdings im Rahmen des Üblichen halten¹³⁴, wobei hierzu auf die individuellen Verhältnisse des Betroffenen abgestellt wurde¹³⁵.

Wie oben gesehen¹³⁶, konnte der Betroffene über sein Arbeitseinkommen innerhalb gewisser Grenzen verfügen und er konnte vom Vormund einzelne Gegenstände zur freien Verfügung erhalten. Jedoch umfasst das Arbeitseinkommen gerade nicht das Stammvermögen und auch der Vormund konnte dem Betroffenen nur insoweit Verfügungsrechte

¹³⁰ § 151 II ABGB, vgl. oben, § 3 II 1

¹³¹ Knell, S. 239

¹³² Knell, S. 33

¹³³ Knell, noch zu § 233 ABGB a.F., S. 208

¹³⁴ Knell, a.a.O.

¹³⁵ Klang/Wentzel-Piegler, noch zu § 233 ABGB a.F., S. 412

¹³⁶ oben, § 3 II 1

einräumen, als ihm selbst diese grundsätzlich als Vormund zustanden¹³⁷. Größere Schenkungen aus dem Stammvermögen konnte der Bevormundete somit nicht tätigen, da ihm insoweit die Geschäftsfähigkeit fehlte. Daher schieden auch größere Schenkungen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge, Hofübergaben und ähnliches durch den Bevormundeten allein aus. Er war hierfür auf die Genehmigung durch Kurator oder Beistand oder auf die Vornahme dieser Schenkungen durch dieselben angewiesen¹³⁸.

Sowohl Kurator als auch Beistand waren aber wiederum an § 154 III ABGB gebunden: So weit die Schenkungen also nicht zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb gehörten, waren sie vom Genehmigungserfordernis des § 154 III ABGB erfasst; die Zustimmung des Vormundschaftsgerichts war also erforderlich. Dieses wiederum war – wie der Kurator auch – dem Betroffenenwohl verpflichtet, so dass es noch einmal eigenständig prüfte, ob dieses vorliegend gewahrt war oder nicht¹³⁹.

Gänzlich rechtlich unmögliche Schenkungsgeschäfte gab es somit im Österreichischen Entmündigungsrecht nicht.

III. Schweiz

In der Schweiz gilt seit dem 1. Januar 1912 weitgehend unverändert das Vormundschaftsrecht der Artikel 360-455 ZGB¹⁴⁰. Danach kann alternativ entweder die Entmündigung einhergehend mit der Vormundschaft oder aber die Beistandschaft bzw. – als Unterfall derselben¹⁴¹ – die Beiratschaft angeordnet werden.

1. Vormundschaft

Eine Vormundschaft wird insbesondere angeordnet, wenn der Betroffene infolge Geisteskrankheit oder Geistesschwäche seine Angelegenheiten

¹³⁷ Klang/Wentzel-Piegler, S. 448f.

¹³⁸ Klang/Wentzel-Piegler, S. 445, 542; Knell, S. 253

¹³⁹ LGZ Wien EFSIlg 38.308; EFSIlg 51.232

¹⁴⁰ Riemer, VormR, § 1 I Rn. 2

¹⁴¹ Riemer, VormR, § 3 III C Rn. 15

nicht zu besorgen vermag, zu seinem Schutz dauernd des Beistandes und der Fürsorge bedarf oder die Sicherheit anderer gefährdet, Art. 369 ZGB¹⁴². Dabei ist unter Geisteskrankheit und Geistesschwäche jeder abnormale Geisteszustand dauernder Art zu verstehen¹⁴³, wobei es sich bei der Geistesschwäche um eine psychische Störung minderer Art im Vergleich zur Geisteskrankheit handelt¹⁴⁴.

Die gesetzlichen Tatbestände der Entmündigung (Entmündigungsgründe) geben auch indirekt den Zweck der Entmündigung nach dem Schweizer Recht wieder: Schutz des Betroffenen, Schutz von dessen Familie und der Schutz Dritter¹⁴⁵. Entsprechend sind in der Schweiz mit der Entmündigung vor allem zwei Rechtsfolgen verbunden: Der Entzug der rechtlichen Handlungsfähigkeit einerseits und die Unterstellung unter ein besonderes Schutz- und Abhängigkeitsverhältnis andererseits¹⁴⁶. Eine Entmündigung darf daher nur angeordnet werden, wenn sowohl einer der Entmündigungsgründe als auch eines der beschriebenen Schutzbedürfnisse vorliegt¹⁴⁷.

Wer entmündigt ist, verliert die Möglichkeit, selbstständig am Rechtsverkehr teilzunehmen. Seine Geschäftsfähigkeit ist ihm mit der Entmündigung entzogen. Er gilt von Gesetzes wegen als handlungsunfähig, Art. 17 ZGB. An seine Stelle tritt ein Vormund, der künftig gesetzlicher Vertreter des Betroffenen ist und statt seiner rechtlich

¹⁴² Weitere Entmündigungsgründe sind Verschwendung, Trunksucht und „lasterhafter Lebenswandel“, Art. 370 ZGB, sowie die Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr, Art. 371 ZGB. Schließlich kann einer mündigen Person auf ihr Begehren ein Vormund gegeben werden, wenn sie dartut, dass sie infolge von Altersschwäche oder anderen Gebrechen oder von Unerfahrenheit ihre Angelegenheiten nicht gehörig zu besorgen vermag, Art. 372 ZGB.

¹⁴³ BGE 62 II 263, 264; 85 II 457, 460; 117 II 231, 234

¹⁴⁴ Bleuler SJZ 57 (1961), 1ff.; BGE v. 24.3.1959 in ZVW 15 (1960) Nr. 19 S. 148

¹⁴⁵ Schnyder/Murer, Vorbem. zu Art. 369-375 ZGB Rn. 7

¹⁴⁶ Müller, P., S. 12; Schnyder/Murer, Vorbem. zu Art. 369-375 ZGB Rn. 1, 6

¹⁴⁷ Schnyder/Murer, Art. 369 ZGB Rn. 94

handelt, Art. 367 I, 407 ZGB¹⁴⁸. Dieser Grundsatz wird dadurch abgemildert, dass urteilsfähige Betroffene sich gem. Art. 19 I, 410 I ZGB vorbehaltlich der Zustimmung des Vormundes rechtsgültig verpflichten können. Weiterhin kann gem. Art. 412 ZGB dem Bevormundeten die Ausübung eines selbstständigen Berufes oder Gewerbes durch die Vormundschaftsbehörde genehmigt werden; in diesem Bereich ist der Bevormundete dann handlungsfähig¹⁴⁹. Außerdem kann der Bevormundete über sein sog. „freies Vermögen“ selbstständig verfügen¹⁵⁰. Hierbei handelt es sich um solches Vermögen, welches der Bevormundete durch eigene Arbeit erworben hat und um solches, welches ihm die Vormundschaftsbehörde zur freien Verfügung zugewiesen hat, Art. 414 ZGB.

Grundsätzlich vertritt der Vormund dabei das Mündel in allen rechtlichen Angelegenheiten, Art. 407 ZGB. Die Vertretungsbefugnis erstreckt sich jedoch nicht auf höchstpersönliche Rechtsgeschäfte, auch wenn der Vormund teilweise solchen Geschäften zu deren Wirksamkeit seine Zustimmung erteilen muss¹⁵¹.

Auch im Schweizer Recht ist der Vormund in seiner Amtsführung grundsätzlich selbstständig, wobei er dabei ebenfalls unter Aufsicht der Vormundschaftsbehörde steht¹⁵². Bestimmte Geschäfte bedürfen darüber hinaus für ihre Wirksamkeit der Genehmigung durch die Vormundschaftsbehörde, Art. 421, 422 ZGB¹⁵³.

¹⁴⁸ Süß, S. 23; Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich, ZVW 2000, 60, 63

¹⁴⁹ Riemer, PersR, § 3 B 2 d

¹⁵⁰ BGE 106 III 9/10

¹⁵¹ z.B. bei der Eheschließung, Art. 94 ZGB, oder bei der Vaterschaftsanerkennung, Art. 260 II ZGB

¹⁵² Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo § 46 I

¹⁵³ Hierzu gehören insbesondere Grundstücksgeschäfte, Veräußerung von Vermögenswerten, soweit dies nicht unter die Führung der „gewöhnlichen Verwaltung und Bewirtschaftung“ fällt, Gewährung und Aufnahme von Darlehen, Prozessführung und Abschluss eines Vergleichs und Ausbildungsverträge. Zusätzlich zur Genehmigung der Vormundschaftsbehörde ist die Genehmigung der Aufsichtsbehörde insbesondere

Wunsch und Wohl des Betroffenen

Der Vormund hat bei seiner Amtsführung das Mündelwohl, also die gesamten persönlichen und vermögensrechtlichen Interessen des Mündels, zu wahren, Art. 367 I ZGB. Er hat somit in allen Fragen, bei denen es in der vormundschaftsrechtlichen Rechtsanwendung um die Interessen des Mündels geht, das Mündelwohl zu berücksichtigen¹⁵⁴.

Bei der Auslegung des Wohlbegriffs ist vor allem auf die Schutzfunktion des Vormundschaftsrechts abzustellen¹⁵⁵: Die persönliche Fürsorge hat erst dort einzusetzen wo dies auch erforderlich ist; nämlich dort, wo das Mündel zur Selbstständigkeit unfähig ist¹⁵⁶. Sämtliche vormundschaftlichen Maßnahmen sollen die Freiheit des Betroffenen nicht mehr, aber auch nicht weniger beschränken als nötig¹⁵⁷. Es findet somit der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und damit insbesondere der Erforderlichkeitsgrundsatz Anwendung. Dieser ist nicht nur bei der Anordnung und Auswahl der geeigneten vormundschaftlichen Maßnahme und bei der Aufhebung derselben zu beachten, sondern auch bei der Führung der amtsgebundenen Maßnahme durch den Amtsträger im Rahmen der Mitwirkung bei der Führung durch die vormundschaftlichen Behörden¹⁵⁸. Das Mündelwohl zeigt insoweit das Ausmaß auf, in dessen Umfang der Vormund die Interessen des ihm anvertrauten Unmündigen wahren muss¹⁵⁹.

Es ist Aufgabe des Vormunds, Umfang und Inhalt des Mündelwohls auszulegen, so weit der Betroffene zu selbstbestimmten Entscheidungen nicht (mehr) in der Lage ist. Dabei erfolgt die Bestimmung des

erforderlich bei der Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft und bei Verträgen zwischen Mündel und Vormund.

¹⁵⁴ Honsell/Langenegger, Vor Art. 360-456 ZGB Rn. 3

¹⁵⁵ Müller, St., § 6 II D

¹⁵⁶ Müller, St., § 10 II C

¹⁵⁷ BGE 96 II 369ff.; 97 II 302ff.; 108 II 94; 113 II 389; Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich, ZVW 1990, 35; Riemer, VormR, § 3 II A; Bachmann, S. 78

¹⁵⁸ BGE 106 Ia 35ff. E 4; Honsell/Langenegger, Vor Art. 360-456 ZGB Rn. 7

¹⁵⁹ Müller, St., § 10 II B

Mündelwohls jeweils anhand der konkret betroffenen Person¹⁶⁰. Dem Betroffenen soll nur so viel Fremdbestimmung zugemutet werden, wie zur Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins nötig ist¹⁶¹.

Darüber hinaus ist der Vormund gesetzlich verpflichtet, das Mündel beizuziehen, bevor „wichtige Angelegenheiten“¹⁶² entschieden werden, Art. 409 I ZGB¹⁶³, so weit es urteilsfähig, also in der Lage ist, Sinn und Bedeutung der vorzunehmenden Handlungen zu erkennen und zu verstehen¹⁶⁴. Das Mündel darf seine eigenen Vorstellungen einbringen und muss insoweit an den Entscheidungen des Vormunds beteiligt werden. Es hat somit in solchen Fällen einen Anspruch auf Anhörung gegenüber dem Vormund¹⁶⁵. Zwar soll der Vormund, soweit dies tunlich ist, auf die Meinungen des Mündels Rücksicht nehmen¹⁶⁶, eine Verpflichtung des Vormunds, den Wünschen des Mündels zu entsprechen, besteht gleichwohl nicht¹⁶⁷. Der Vormund entscheidet vielmehr allein¹⁶⁸.

2. Beistandschaft

Neben der Entmündigung sieht das ZGB noch die Möglichkeit der Einrichtung einer sog. Beistandschaft, Art. 392f. ZGB vor. Hierbei handelt es sich um ein Rechtsinstitut, das je nach Ausgestaltung im konkreten Fall weniger einschneidend auf die Handlungsfähigkeit des Betroffenen wirkt.

¹⁶⁰ Müller, St., § 10 C

¹⁶¹ Häfeli, N. 6.1.3

¹⁶² wichtige Angelegenheiten sind jene, die gem. Art. 421 und 433 ZGB die Zustimmung der Vormundschafts- oder Aufsichtsbehörde erfordern, Entscheidungen über die Berufswahl und allgemein Entscheidungen von großer persönlicher Tragweite für den Betroffenen, Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, § 54 I a Fn. 2; Honsell/Leuba, Art. 409 ZGB Rn. 4; Egger, Art. 409 ZGB Rn. 6

¹⁶³ darüber hinaus ausdrücklich auch bei der Inventarerrichtung, Art. 398 II ZGB sowie bei der Rechnungslegung, Art. 413 III ZGB

¹⁶⁴ Riemer, PersR, § 3 B 1

¹⁶⁵ Honsell/Leuba, Art. 409 ZGB Rn. 7

¹⁶⁶ Häfeli, N. 6.1.3

¹⁶⁷ Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, § 54 I b; Honsell/Leuba, Art. 409 ZGB Rn. 7; Egger, Art. 409 ZGB Rn. 2; Hefti, 178

¹⁶⁸ Honsell/Leuba, Art. 409 ZGB Rn. 7

Hierdurch soll dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung getragen werden, damit Einschränkungen der Rechte des Betroffenen nur so weit wie unbedingt nötig angeordnet werden¹⁶⁹.

Die Beistandschaft stellt im ZGB jedoch kein einheitliches Rechtsinstitut dar. Sie ist vielmehr vielfach unterteilt, als Beistandschaft im engeren Sinn (nämlich als „Verwaltungs-“ und „Vertretungsbeistandschaft“) und als sog. „Beiratschaft“ (nämlich als Vertretungs-, Verwaltungs- und kombinierte Beiratschaft). Je nach Typ der angeordneten Beistandschaft ist die Handlungsfähigkeit des Betroffenen mehr oder weniger eingeschränkt bzw. die Vertretungsmacht des Beistandes ausgeweitet.

Aufgabe eines jeden Beistandes wie auch Vormundes ist die Wahrung der Betroffeneninteressen. Gem. Art. 419 I ZGB hat der Beistand, soweit er die Aufgabe der Vermögensverwaltung- oder -überwachung des Betroffenen übertragen bekommen hat (also im Rahmen einer Verwaltungsbeistandschaft¹⁷⁰), das Betroffenenvermögen lediglich zu verwalten und zu erhalten. Die Zielvorgabe für die Verwaltung des Betroffenenvermögens liegt somit in der wirtschaftlichen Sicherheit und der konservierenden Bewahrung der Vermögenssubstanz: das Vorhandene soll nach Möglichkeit ungeschmälert erhalten bleiben, jede Schädigung des Vermögens ist nach Möglichkeit zu verhindern¹⁷¹. Hierbei soll allerdings in die Abwägung „auch eine gewisse individuelle, d.h. am konkreten Fall resp. der Persönlichkeit des Betroffenen orientierte, Anlage bzw. Verwaltung“ hineinspielen¹⁷². Für Geschäfte, die über die Verwaltung und die Fürsorge für die Erhaltung des Vermögens hinausgehen, sog. außerordentliche Verwaltungshandlungen¹⁷³, bedarf der Beistand der Genehmigung des urteilsfähigen Betroffenen oder, falls der Betroffene hierzu nicht fähig ist, das der Vormundschaftsbehörde, Art. 419 II ZGB. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass der Verbeiständete

¹⁶⁹ Schnyder, ZVW 1971, 41, 43; Häfeli, N. 5.2.1.; Geiser, ZVW 2003, 227, 228

¹⁷⁰ Riemer, VormR, S. 145

¹⁷¹ Honsell/Biderbost, Art. 419 ZGB Rn. 9

¹⁷² so ausdrücklich: Honsell/Biderbost, Art. 419 ZGB Rn. 9

¹⁷³ Vgl. Honsell/Biderbost, Art. 419 ZGB Rn. 10

seinen Beistand gem. Art. 419 II ZGB zur Vornahme solcher außerordentlicher Vertretungshandlungen ermächtigen kann, wenn er insoweit urteilsfähig und mündig ist. Unter diese „außerordentlichen Vertretungshandlungen“ fallen z. B. eine Wohnungsliquidation, mit allen Folgegeschäften, der Kauf und Verkauf von Liegenschaften¹⁷⁴ sowie die dingliche Belastung derselben und insbesondere die Gewährung und Aufnahme von Darlehen und dergleichen¹⁷⁵.

a. Beiratschaft

Wenn die Voraussetzungen für eine Entmündigung nicht vorliegen, zum Schutze des Betroffenen jedoch eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit notwendig ist¹⁷⁶, so besteht die Möglichkeit, eine Beiratschaft einzurichten, Art. 395 ZGB. Dabei kennzeichnet alle drei Unterarten der Beiratschaft, dass im Falle ihrer Anordnung dem Betroffenen die Handlungsfähigkeit grundsätzlich belassen und nur in bestimmten Bereichen beschränkt wird¹⁷⁷.

Art. 395 ZGB zählt zwar nicht ausdrücklich Verbeiratungsgründe auf, nennt aber als Voraussetzung für die Anordnung einer Beiratschaft zum einen das Vorliegen eines Entmündigungsgrundes, welcher aber für eine Entmündigung nicht ausreicht, und zum anderen die zusätzliche Notwendigkeit einer (partiellen) Handlungsfähigkeitsbeschränkung des Betroffenen. Hierdurch wird deutlich, dass es sich bei der Beiratschaft um die im Vergleich zur Entmündigung weniger einschneidende Maßnahme handelt¹⁷⁸. Denn im Gegensatz zur Entmündigung verbleibt hier dem Betroffenen ein mehr oder weniger großer Bereich – abhängig von der Art der angeordneten Beiratschaft – innerhalb dessen er noch rechtlich handlungsfähig ist.

¹⁷⁴ BGE 59 II 103; 60 II 11

¹⁷⁵ Honsell/Biderbost, Art. 419 ZGB Rn. 10

¹⁷⁶ Hierbei hat der Gesetzgeber vor allem an den Anordnungsgrund der Verschwendung gedacht, vgl. Bachmann, S. 64

¹⁷⁷ Lardelli, SJZ 1915, 105f.; Bachmann, S. 5

¹⁷⁸ Bachmann, S. 76

(1) Verwaltungsbeiratschaft

Im Falle der Anordnung einer Verwaltungsbeiratschaft wird dem Betroffenen die Verwaltung seines Kapitalvermögens entzogen und dem Verwaltungsbeirat übertragen. Dieser ist sodann gesetzlicher Vertreter des Betroffenen¹⁷⁹. Der Verbeiratete behält jedoch das Verfügungsrecht über seine Einkünfte. Die Durchführung einer Einkommensverwaltung im Rahmen einer Verwaltungsbeiratschaft ist daher unzulässig¹⁸⁰.

(2) Mitwirkungsbeiratschaft

Bei Anordnung einer Mitwirkungsbeiratschaft ist der Verbeiratete in seiner Handlungsfähigkeit insoweit beschränkt, als er eine Reihe von Rechtsgeschäften nur noch unter Mitwirkung des Beirates vornehmen kann¹⁸¹. Dabei ist der Mitwirkungsbeirat nicht etwa gesetzlicher Vertreter des Betroffenen, denn eigenmächtig kann er kein Geschäft abschließen¹⁸². Der Betroffene schließt das Geschäft vielmehr selbst ab, der Beirat wirkt hieran nur durch Ermächtigung oder Genehmigung mit.

Der schweizerische Gesetzgeber hat im Falle einer Mitwirkungsbeiratschaft eine ganze Reihe von Rechtsgeschäften, die er als wichtig und ökonomisch gefährlich angesehen hat, unter das Mitwirkungserfordernis des Beirates gestellt¹⁸³. Das Schweizer Bundesgericht nennt daher die Mitwirkungsbeiratschaft auch „Quasi-Bevormundung“¹⁸⁴.

¹⁷⁹ BGE 80 II 14, 17f.; BGE 43 III 211; Egger, Art. 395 ZGB Rn. 24, 79; Riemer, VormR, § 5 Rn. 28

¹⁸⁰ BGE 108 II 92, 94; Riemer, VormR, § 5 Rn. 27

¹⁸¹ Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, § 44 III b 1

¹⁸² BGE 119 V 264, 268; Honsell/Langenegger, Art. 395 ZGB Rn. 7; Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, § 44 III b 1; anders als im deutschen Recht (vgl. oben § 3 I 4 a 2) werden Zustimmungshandlungen hier somit nicht als Vertretungshandlungen gesehen.

¹⁸³ Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, § 44 III b 1; vgl. Art. 395 ZGB: darunter fallen insbesondere die Prozessführung und der Abschluss von Vergleichen, Grundstücksgeschäfte, Wertpapiergeschäfte, Darlehensgeschäfte und Schenkungen

¹⁸⁴ BGE 54 II 77, 81

(3) Kombinierte Beiratschaft

Bei der kombinierten Beiratschaft werden die beiden Arten der Beiratschaft miteinander verbunden: Dem Verbeirateten wird die Vermögensverwaltung vollständig entzogen, bezüglich der Einkünfte kann er nur diejenigen Geschäfte ohne Mitwirkung des Beirates selbständig vornehmen, die nicht Art. 395 I ZGB unterfallen¹⁸⁵, also insbesondere alle Geschäfte des täglichen Lebens.

b. Beistandschaft im engeren Sinn

Auch die Beistandschaft im engeren Sinn bildet Unterarten, nämlich die Verwaltungs- und die Vertretungsbeistandschaft. Beiden ist gemein, dass sie an der Geschäftsfähigkeit des Betroffenen nichts ändern, er bleibt vielmehr neben dem Beistand rechtlich voll handlungsfähig¹⁸⁶. Eine Vertretungsbeistandschaft wird für die Besorgung einer oder mehrerer bestimmter Angelegenheiten angeordnet, wenn nämlich der Betroffene weder selbst noch durch einen Vertreter in diesen Angelegenheiten in der Lage ist, seine Interessen wahrzunehmen, Art. 392 Nr. 1 ZGB, der gesetzliche Vertreter in der Angelegenheit Interessen hat, die denen des Vertretenen widersprechen, Art. 392 Nr. 2 ZGB, oder wenn der gesetzliche Vertreter an der gesetzlichen Vertretung gehindert ist, Art. 392 Nr. 3 ZGB. Sobald die Angelegenheiten, für die der Beistand bestellt wurde, erledigt sind, endet die Beistandschaft, ohne dass es hierzu eines weiteren Rechtsaktes o.ä. bedarf¹⁸⁷.

Demgegenüber wird gem. Art. 393 ZGB die Verwaltungsbeistandschaft für die Verwaltung eines ganzen Vermögens angeordnet, wenn diesem die nötige Verwaltung fehlt. Dies soll entsprechend Art. 393 Nr. 2 ZGB insbesondere dann der Fall sein, wenn der Betroffene hierzu nicht in der Lage ist, ohne dass im Übrigen die Voraussetzungen für eine Entmündigung vorliegen.

¹⁸⁵ Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, § 44 III b 3

¹⁸⁶ Honsell/Langenegger, Art. 392 ZGB I 3 Rn. 1, Riemer, PersR, § 3 Rn. 106; Geiser, ZVW 2003, 97, 103; Süß, S. 25

¹⁸⁷ Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, § 44 II a

3. Schutz des Betroffenen vor Missbrauch der Vertretungsmacht

Das Schweizer Recht sieht für eine Reihe von Geschäften, die der Gesetzgeber für besonders wichtig, über die Grenzen der gewöhnlichen Verwaltung hinausgehend, gehalten hat, eine Kontrolle des gesetzlichen Vertreters durch die Vormundschafts- (Art. 421 ZGB) und durch die Aufsichtsbehörde (Art. 422 ZGB) vor¹⁸⁸.

Weiterhin besteht gegen vormundschaftliche Organe, die ihre Fürsorgepflichten verletzen, ein Schadensersatzanspruch des Betroffenen, Art. 426 ZGB¹⁸⁹. Außerdem macht sich der Vormund bzw. Beistand ggf. strafbar, Art. 137, 138 StGB.

4. Schenkungen (Art. 408 ZGB)

Man findet bei näherer Betrachtung des Schweizer Rechts eine Reihe von Rechtsgeschäften, die der Gesetzgeber als gefährdend oder „ganz unnötig“ eingestuft hat und die daher überhaupt nicht – weder vom Vormund noch vom Bevormundeten – vorgenommen werden dürfen¹⁹⁰. Bei diesen verbotenen Geschäften handelt es sich um die Eingehung von Bürgschaften, die Vornahme erheblicher Schenkungen und die Errichtung von Stiftungen, Art. 408 ZGB.

In älteren schweizerischen Gesetzbüchern war eine derartige Vorschrift nicht enthalten. Auch das kantonale Recht sah für die aufgezählten Geschäfte lediglich die Mitwirkung der Vormundschaftsbehörde vor¹⁹¹. Erstmalig mit Einführung des ZGB wurden diese Geschäfte dem Vormund vollständig untersagt.

¹⁸⁸ Benz, S. 97; Die Aufzählung in den Art. 421, 422 ZGB ist abschließend; ein weiterer Fall des Zustimmungserfordernisses durch die Aufsichtsbehörde findet sich noch in Art. 404 III ZGB, vgl. Häfeli, N. 6.4.2.; für die Vertretungsbeistandschaft vgl. außerdem Art. 418 ZGB und für die Verwaltungsbeistandschaft und die Beistandschaft auf eigenes Begehren Art. 419 ZGB

¹⁸⁹ Wille, S. 130

¹⁹⁰ Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo § 46 III b 2; Link, ZVW 1965, 1, 3

¹⁹¹ Egger, Art. 408 ZGB, Rn. 1

a. Begriff der Schenkung

Schenkungen sind nach Schweizer Recht Zuwendungen, durch die jemand aus seinem Vermögen einen anderen unentgeltlich bereichert, Art. 239 I OR, und Schenker und Beschenkter sich darüber einig sind, dass die Zuwendung eine unentgeltliche sein soll¹⁹². Unentgeltlichkeit liegt vor, wenn für die Leistung keine oder keine entsprechende Gegenleistung zu gewähren ist¹⁹³. Unter den Begriff der Schenkung in diesem Sinne fallen auch Schenkungen mit Rückfallklausel, Art. 247 OR, Schenkungen auf den Todesfall, Art. 245 II ZGB¹⁹⁴, und gemischte Schenkungen¹⁹⁵. Ob auch der unentgeltliche Verzicht auf eine Forderung gegen einen Dritten hierunter fällt, ist dagegen strittig¹⁹⁶.

Von dem Begriff der Schenkung wird jedoch die „Erfüllung einer sittlichen Pflicht“ ausgenommen, Art. 239 III OR¹⁹⁷. Hierbei handelt es sich um Pflichten, die nicht auf dem Gesetz, sondern auf Recht und Billigkeit beruhen, z.B. auf einer familien- oder arbeitsrechtlichen Beziehung zwischen zwei Personen, die der einen eine besondere Rücksichtnahme, eine Hilfeleistung oder einen Ausgleich auferlegt¹⁹⁸. Hierfür wird etwa der außereheliche Vater angeführt, der ohne rechtliche Pflicht, zum Beispiel weil seine Anerkennung des Kindes sich als ungültig erwiesen hat, Unterhaltsleistungen übernimmt¹⁹⁹. Zum Schutz der Mündelinteressen ist der Begriff der „sittlichen Pflichterfüllung“ im Rahmen des Art. 408 jedoch eng auszulegen²⁰⁰. So werden die

¹⁹² Oser/Schönenberger, Art. 239 OR Rn. 23

¹⁹³ Koeppel S. 115

¹⁹⁴ Oser/Schönenberger Art. 239 OR Rn. 7

¹⁹⁵ Oser/Schönenberger Art. 239 OR Rn. 31

¹⁹⁶ dafür: Egger, Art. 408 ZGB Rn. 5; wohl ablehnend: Obergericht des Kantons Zürich in SJZ 14, 194, 195

¹⁹⁷ Specker, ZVW 1949, 81f.; Honsell/Leuba, Art. 408 ZGB Rn. 16

¹⁹⁸ BGE 45 II 291, 297f.; Oser/Schönenberger Art. 239 OR Rn. 13; Hefti S. 157 f.; Bucher S. 155; Guhl/Koller § 43 Rn. 4; Schmid S. 36ff.; v. Tuhr, SJZ 18, 201, 202; Kober S. 67; Nehrwein S. 8; Fick vor Art. 239 OR Rn. 49ff.; Vischer, S. 186

¹⁹⁹ Egger, Art. 408 ZGB Rn. 8, Art. 319 Rn. 30/31

²⁰⁰ Egger, Art. 408 ZGB Rn. 8

Aussteuerung der Tochter bei der Heirat sowie die berufliche Ausstattung der Kinder nach Maßgabe der elterlichen Leistungsfähigkeit als sittliche Pflichten anerkannt, regelmäßige jährliche Zuschüsse, die darüber hinausgehen, jedoch nicht²⁰¹. Auch die Zahlung der Schulden der verstorbenen Eltern durch das unmündige Kind fällt nicht mehr unter den Begriff der sittlichen Pflicht, vielmehr muss in einem solchen Fall für das Kind die Erbausschlagung erklärt werden²⁰².

b. Erheblichkeit

Erheblich sind Schenkungen nur dann, wenn es sich nicht um kleine, durch Sitte und Anstand geforderte Gaben des täglichen Lebens handelt, wie Beiträge an Spendensammlungen, Weihnachts-, Neujahrs- und sonstige Gelegenheitsgeschenke²⁰³. Dabei wird bei der Erheblichkeit auf die finanzielle Situation und die Leistungsfähigkeit des Mündels abgestellt²⁰⁴: Die Größe des Geschenks muss sich innerhalb der „üblichen Grenzen“ bewegen²⁰⁵. Es muss für die Gelegenheit vorgenommen sein und sowohl seinen Grund als auch seinen Zweck in der Gelegenheit haben²⁰⁶. So bezwecken Gelegenheitsgeschenke in erster Linie nicht die Verbesserung der wirtschaftlichen und finanziellen Situation des Beschenkten, sondern sind vielmehr Ausfluss der persönlichen Zuneigung oder Aufmunterung²⁰⁷.

Von dem Schenkungsverbot ausgenommen sind auch übliche sog. Anstandsschenkungen, also solche Schenkungen, bei deren Unterbleiben der Schenker gegen das Empfinden der sozial Gleichgestellten verstoßen würde, so dass er bei diesen eine Einbuße in der Achtung und Anerkennung erfahren würde²⁰⁸.

²⁰¹ BIZR 15 N. 175

²⁰² BGE in SJZ 14, 256 N. 207

²⁰³ Egger, Art. 408 ZGB Rn. 6; Bachmann, S. 117; Curti-Forrer, Art. 408 ZGB Rn. 5

²⁰⁴ Häfeli, N. 6.4.3.

²⁰⁵ Koeppl, S. 127

²⁰⁶ Tuor/Picenoni, Art. 632 ZGB Rn. 3

²⁰⁷ BGE 76 II 188 ff., 194

²⁰⁸ Koeppl, S. 129

Vom Tatbestand des Art. 408 ZGB wäre somit der Betroffene, der sein Eigenheim oder den Hof im Wege der vorweggenommenen Erbfolge zu Lebzeiten auf seinen gesetzlichen Erben übertragen wollte, erfasst – und zwar unabhängig davon, ob der Betroffene eine anders lautende eigene selbstbestimmte Entscheidung getroffen hat. Auch größere Schenkungen aus dem Vermögen des zeitweilig geistig Behinderten fallen unter den Tatbestand des Art. 408 ZGB. Gleiches gilt für die Schenkung von Geld an die einzige Verwandte, damit diese sich ein Auto für Besuchszwecke kaufen kann.

Kleinere Gelegenheitsgeschenke, Sittenschenkungen und kleine karitative Spenden sind demgegenüber nicht vom Schenkungsverbot umfasst.

c. Rechtsfolge des Verstoßes gegen Art. 408 ZGB

(1) Im Rahmen einer Vormundschaft

Die ganz überwiegende Rechtsmeinung geht davon aus, dass Schenkungen nach Art. 408 ZGB unheilbar nichtig seien, unabhängig davon, ob die Schenkung vom Mündel selbst oder vom Vormund vorgenommen wurde²⁰⁹, eine solche Rechtshandlung könne auch weder vom Mündel²¹⁰, vom Vormund noch durch die vormundschaftlichen Behörden genehmigt werden²¹¹. Es wird aber auch vertreten, dass solche Schenkungen „einseitig unverbindlich“ seien²¹². Der Mündel könne demnach das Rechtsgeschäft anfechten oder aber auch nach (wieder-)erlangter Mündigkeit genehmigen²¹³. Schließlich wird vertreten, dass die Wirkung des Schenkungsverbotes davon abhängt, wer das Geschäft getätigt habe: Nähme das Mündel die Schenkung selbst vor, so hänge deren Wirksamkeit von der Genehmigung des Vormunds ab; eine erhebliche Schenkung durch den Vormund hingegen sei generell nichtig,

²⁰⁹ Kober S. 69ff.; v. Tuhr in SJZ 18, 203ff.; Hefti S. 153; Oser/Schönenberger, Art. 492 OR Rn. 80; Koeppl S. 236; Caviezel, S. 114

²¹⁰ Curti-Forrer, Art. 408 ZGB Rn. 9

²¹¹ BGE 41 II 555f.; 69 II 65, 70; 63 II 129, 130-132

²¹² Egger, Art. 408 ZGB Rn. 2

²¹³ Koeppl S. 234

denn der Wortlaut des Art. 408 ZGB beziehe sich auf die Vertretungsmacht des Vormundes, nicht aber auf das eigene rechtsgeschäftliche Handeln des urteilsfähigen Mündels²¹⁴.

(2) Im Rahmen einer Beiratschaft

aa. Mitwirkungsbeiratschaft, Art. 395 I ZGB

Auf die Mitwirkungsbeiratschaft findet der Art. 408 ZGB keine Anwendung. Denn wie bereits festgestellt, ist der Verbeiratete bei einer Mitwirkungsbeiratschaft grundsätzlich in seiner Handlungsfähigkeit nicht beschränkt, abgesehen von den in Art. 395 I Ziff. 1-9 ZGB genannten Geschäften. Nur für solche bedarf er zur wirksamen Vornahme der Genehmigung des Beirats. Die Schenkung ist hierbei in Art. 395 I Ziff. 7 ZGB ausdrücklich auch genannt. Sie ist dem Betroffenen somit nicht verboten, sondern bedarf vielmehr für ihre Wirksamkeit der Zustimmung des Beirats²¹⁵. Schenkungsgeschäfte sind dem Verbeirateten hier also nicht verwehrt, sondern lediglich unter Vorbehalt der Zustimmung des Beirats gestellt. Das Schenkungsverbot des Art. 408 ZGB wird somit durch die Regelung des Art. 395 I Ziff. 1-9 ZGB als Spezialvorschrift verdrängt. Dabei wird die Vorschrift des Art. 395 I Ziff. 7 ZGB aufgrund des Art. 408 ZGB einschränkend dahingehend ausgelegt, dass unter den Begriff der Schenkungen hier nur diejenigen Schenkungen fallen, die den Rahmen des „Unerheblichen“ sprengen²¹⁶, zulasten des Verbeirateten gehen²¹⁷ und nicht in Erfüllung einer sittlichen Pflicht erfolgen²¹⁸. Für sonstige Schenkungen bedarf der Betroffene somit nicht einmal der Zustimmung des Beirats. Da der Mitwirkungsbeirat ohnehin keine eigenen

²¹⁴ Kaufmann, Art. 408 ZGB Rn. 11; Rossel/Mentha S. 317

²¹⁵ Koeppel S. 200

²¹⁶ Schnyder/Murer, Art. 395 ZGB Rn. 94; Egger, Art. 395 ZGB Rn. 64; Kaufmann, Art. 395 ZGB Rn. 62; Frei S. 56; Bachmann, S. 117

²¹⁷ Frei S. 56; Schnyder/Murer, Art. 395 ZGB Rn. 94

²¹⁸ Kaufmann, Art. 395 ZGB Rn. 62; Schnyder/Murer, Art. 395 ZGB Rn. 94; Egger, Art. 395 ZGB Rn. 64; Lüscher S. 68; Trüeb S. 107; Frei S. 55 f.

Vertretungsbefugnisse besitzt, kann er von dem Schenkungsverbot nicht erfasst sein.

bb. Verwaltungsbeiratschaft

Anders ist dies bei der Verwaltungsbeiratschaft zu beurteilen. Denn der Verbeiratete ist hier im Rahmen der Verwaltung seines Vermögens einem Entmündigten gleichgestellt, und somit für diesen Bereich handlungsunfähig²¹⁹. Der Beirat tritt hier an seine Stelle und ist wie ein Vormund alleiniger gesetzlicher Vertreter des Betroffenen²²⁰. Da sich sowohl die rechtliche Stellung des Verwaltungsbeirats als auch die des Verbeirateten nach den Regeln über die Führung der Vormundschaft richtet²²¹, greift somit insbesondere auch Art. 408 ZGB mit seinem Schenkungsverbot²²².

Soweit die Schenkung hingegen Vermögenserträge und das Einkommen des Verbeirateten betreffen, kann das Schenkungsverbot nicht greifen. Denn in dieser Hinsicht ist der Betroffene durch die Errichtung einer Verwaltungsbeiratschaft nicht in seiner rechtlichen Handlungsfähigkeit beschränkt. Insoweit hat der Verwaltungsbeirat keinerlei Vertretungsbefugnisse²²³. Gem. Art. 395 II ZGB behält der Verbeiratete die volle Verfügungsgewalt über die Erträge, so dass er hierüber frei verfügen und somit auch Schenkungen tätigen kann, ohne

²¹⁹ BGE 60 II 507, 509; 80 II 14, 17; 102 II 138, 139; Egger, Art. 395 ZGB Rn. 67; Lüscher S. 71

²²⁰ BGE 56 II 239, 243; 58 III 85, 89f.; 80 II 14, 17; 85 II 464, 468; 96 II 369, 376; Schnyder/Murer, Art. 395 ZGB Rn. 117; Egger, Art. 395 ZGB Rn. 67

²²¹ BGE 60 II 11; 80 II 14; Schnyder/Murer Art. 395 ZGB Rn. 124

²²² BGE in ZVW 23 [1968] Nr. 38 S. 116; Koeppl, S. 204; Schnyder/Murer, Art. 395 ZGB Rn. 124; Honsell/Leuba, Art. 408 ZGB Rn. 4 (a.A.: Riemer, VormR, § 5 Rn. 19: Die in Art. 395 Nr. 2 ZGB inhärente Beschränkung der Handlungsfähigkeit reiche nicht aus, um auch die gesetzliche Grundlage für den Sonderfall des Art. 408 ZGB – Beschränkung der Rechtsfähigkeit – zu bilden.)

²²³ BGE 56 II 243; Kaufmann, Art. 395 ZGB Rn. 68; Häfeli, N. 6.4.3.

dass er hierbei in seiner rechtlichen Handlungsfähigkeit beschränkt wäre²²⁴.

cc. Kombinierte Beiratschaft

Bei der kombinierten Beiratschaft handelt es sich um eine Kombination aus der Beiratschaft gem. Art. 395 I ZGB und der gem. Art. 395 II ZGB²²⁵. Ihre Wirkungen setzen sich entsprechend aus denen der Mitwirkungsbeiratschaft einerseits und denen der Verwaltungsbeiratschaft andererseits zusammen²²⁶, so dass sich die Frage nach der Geltung des Schenkungsverbots des Art. 408 ZGB im Bereich der kombinierten Beiratschaft danach beantwortet, welche der jeweiligen Beiratschaftsarten jeweils Anwendung findet²²⁷.

Da im Bereich der Vermögensverwaltung die Regeln über die Verwaltungsbeiratschaft und somit auch die über die Entmündigung gelten, greift das Schenkungsverbot des Art. 408 ZGB hier Platz. Zu Lasten der Vermögenssubstanz kann somit keine erhebliche Schenkung getätigt werden²²⁸. Schenkungen aus den Vermögenserträgen und dem übrigen Einkommen²²⁹ sind demgegenüber zwar möglich, es bedarf hierfür jedoch der Mitwirkung des Beirats.

dd. Beiratschaft auf eigenes Begehren

Da bei der Beiratschaft auf eigenes Begehren eine der drei oben genannten Beiratschaften angeordnet wird, richtet sich die Antwort auf die Frage der Anwendbarkeit des Schenkungsverbots danach, welche Beiratschaft angeordnet wird. Dass die Einleitung des Verfahrens auf ein eigenes Begehren des Betroffenen zurückgeht, ändert nichts an den rechtlichen Wirkungen der sodann angeordneten Beiratschaft²³⁰.

²²⁴ Schnyder/Murer, Art. 395 ZGB Rn. 119; Lüscher, S. 73f.; Frei, S. 70, 77f.

²²⁵ BGE 66 II 12; 81 II 264

²²⁶ BGE ZVW 23 S. 115 Nr. 38

²²⁷ Koepfel, S. 205

²²⁸ Koepfel, S. 206

²²⁹ Schnyder/Murer, Art. 395 ZGB Rn. 120

²³⁰ Schnyder/Murer Art. 395 ZGB Rn. 158; Riemer, VormR, § 5 N 6

(3) Im Rahmen einer Beistandschaft

Gem. Art. 417 I ZGB hat die Verbeiständung keinen Einfluss auf die rechtliche Handlungsfähigkeit des Betroffenen, so dass er selbst weiterhin beliebig mit seinem Vermögen verfahren und insbesondere Schenkungen vornehmen kann. Dies setzt selbstverständlich die natürliche Handlungsfähigkeit des Betroffenen voraus, da mangels einer solchen der Betroffene schon deshalb nicht zu rechtserheblichen Handlungen in der Lage ist. Wenn der Betroffene bereits vor Anordnung einer Beistandschaft rechtlich handlungsunfähig war, wird er durch die Anordnung einer solchen nicht plötzlich handlungsfähig²³¹.

aa. Vertretungsbeistandschaft

Ob das Schenkungsverbot auch im Rahmen einer Vertretungsbeistandschaft Anwendung findet, ist umstritten.

Nach der überwiegenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur kommt Art. 408 ZGB bei sämtlichen Formen der Beistandschaft nicht zur Anwendung, da der Wortlaut der Vorschrift gegen eine solche Anwendung spreche. Denn der Verbeiständete sei weder unmündig noch entmündigt, so dass er erst recht nicht bevormundet sei, wie es der Wortlaut des Art. 408 ZGB voraussetze. Bei der Verbeiständung komme noch hinzu, dass hierdurch nicht einmal die Handlungsfähigkeit des Betroffenen beschränkt werde und somit das Schenkungsverbot erst recht nicht greifen könne²³².

Nach einer Gegenauffassung sollen jedenfalls die Handlungsunfähigen und die beschränkt Handlungsunfähigen sowie deren gesetzliche Vertreter generell unter das Schenkungsverbot fallen, da anderenfalls entsprechenden Umgehungsgeschäften Tür und Tor geöffnet und der Schutzzweck des Art. 408 ZGB konterkariert würde²³³. So weit der

²³¹ BGE 60 II 11; Egger, Art. 417 ZGB Rn. 3; Kaufmann, Art. 417 ZGB Rn. 1, 4

²³² BGE in ZVW 1952, 154, 155; BGE in SJZ 1955, 61; Riemer, VormR, § 5 Rn. 19, § 6 Rn. 59; Kaufmann Art. 419 ZGB Rn. 17; Häfeli, N. 6.4.3.; Honsell/Leuba Art. 408 ZGB Rn. 6; Egger, Art. 408 ZGB Rn. 2, Art. 417 ZGB Rn. 7

²³³ Sauter, S. 16; Koeppel, S. 220

Beistand als gesetzlicher Vertreter des in diesem Bereich handlungsunfähigen Betroffenen handele, müsse für ihn auch Art. 408 ZGB gelten.

Diese Auffassung hätte zur Folge, dass bei Vertretungsbeistandschaften nach Art. 392 Nr. 2 und 3 ZGB stets das Schenkungsverbot des Art. 408 ZGB zur Anwendung käme, denn in diesen Fällen ist der Betroffene stets handlungsunfähig oder zumindest beschränkt handlungsunfähig²³⁴.

Die weitere Frage, ob Art. 408 ZGB auch auf den Vertretungsbeistand eines handlungsfähigen Betroffenen Anwendung findet, ist ebenfalls umstritten. Der größte Teil der Vertreter, die eine Anwendbarkeit des Art. 408 ZGB auf die Beistandschaften nicht grundsätzlich ablehnen, bejaht dies²³⁵, wobei vor allem mit der Missbrauchsgefahr argumentiert wird. Wenn der Gesetzgeber die Möglichkeit der Vornahme solcher Geschäfte durch den Beistand gewollt hätte, so die Befürworter, hätte er zumindest ein Zustimmungserfordernis der Vormundschaftsbehörde (Art. 421 ZGB) vorgesehen, da anderenfalls die Gefahr drohe, dass der Beistand im Wege von Schenkungen das Vermögen des Betroffenen schädige, ohne dass dies im Interesse des Betroffenen liege. Denn von erheblichen Schenkungen gehe eine noch größere Gefahr aus als von den Geschäften nach Art. 421 ZGB, so dass der Gesetzgeber nicht nur ein Zustimmungserfordernis, sondern sogar ein vollständiges Verbot angeordnet habe. Die Möglichkeit von erheblichen Schenkungen sogar ohne Zustimmungserfordernis der Vormundschaftsbehörde könne daher nicht im Sinne des Gesetzgebers gewesen sein²³⁶.

Demgegenüber argumentiert die Gegenmeinung, dass Art. 419 II ZGB²³⁷ Anwendung finde, soweit der Betroffene aufgrund von Art. 392 Ziff. 1 ZGB zur Mitwirkung in der Lage sei. Nach Art. 419 II ZGB kann nämlich der handlungsfähige Verbeiständete Geschäften des Beistandes, die über die Verwaltung und Erhaltung des Vermögens hinausgehen, zustimmen

²³⁴ Koeppel, S. 220

²³⁵ Schnyder/Murer Art. 392 ZGB Rn. 65; Egger Art. 417 ZGB Rn. 9; Pfander, S. 45/46

²³⁶ Schnyder/Murer Art. 392 ZGB Rn. 65; Egger Art. 417 ZGB Rn. 9; Pfander, S. 45/46

²³⁷ siehe hierzu: oben, § 3 III 2

und damit zur Wirksamkeit verhelfen²³⁸. Erhebliche Schenkungen durch den Beistand wären somit bei Mitwirkung des handlungsfähigen Betroffenen möglich. Denn wenn der handlungsfähige Betroffene an dem Geschäft mitwirke, sei der Verwaltungsbeistand in genau derselben Rolle wie ein privater Bevollmächtigter, der unstreitig ebenfalls dem Schenkungsverbot des Art. 408 ZGB nicht unterliege²³⁹.

bb. Verwaltungsbeistandschaft, Art. 393 ZGB

Auch bei der Verwaltungsbeistandschaft ist strittig, ob das Schenkungsverbot des Art. 408 ZGB Anwendung findet. Bei handlungsunfähigen Betroffenen soll nach einer Auffassung das Verbot des Art. 408 ZGB generell voll durchgreifen, mit der Folge, dass erhebliche Schenkungen aus deren Vermögen weder durch sie selbst (mangels rechtlicher Handlungsfähigkeit) noch durch den Beistand (Art. 408 ZGB) möglich wären²⁴⁰. Der Gesetzgeber habe mit Art. 408 ZGB deutlich gemacht, dass er sowohl dem gesetzlichen Vertreter als auch den Vormundschafts- und Aufsichtsbehörden im Hinblick auf erhebliche Schenkungen Grenzen setze. Erhebliche Schenkungen dürften danach nur unter Mitwirkung der Betroffenen²⁴¹ vorgenommen werden. Somit wären auch bei der Verwaltungsbeistandschaft erhebliche Schenkungen nur im Falle der Mitwirkung des handlungsfähigen Verbeiständeten möglich. Wenn dieser nicht mitwirke oder aber handlungsunfähig sei, seien Schenkungen aus seinem Vermögen weder durch ihn selbst noch unter Mithilfe des Beistands möglich²⁴².

²³⁸ Vgl. oben, § 3 III 2

²³⁹ Koepfel S. 222;

²⁴⁰ Koepfel S. 225

²⁴¹ entweder durch besondere Ermächtigung des Beistands durch den Betroffenen gem. Art. 419 II ZGB oder durch eigene Vornahme des Betroffenen, wenn er insoweit urteilsfähig und mündig ist

²⁴² Koepfel S. 225

Die Gegenauffassung verneint – wie bereits gesehen – die Anwendbarkeit des Art. 408 ZGB auf jegliche Form der Beistandschaft, da der Wortlaut der Vorschrift gegen eine solche Anwendung spreche²⁴³.

cc. Beistandschaft auf eigenes Begehren

Nach herrschender Auffassung ist die Beistandschaft auf eigenes Begehren wie die Vormundschaft nach Art. 372 ZGB zu behandeln, mit dem Unterschied jedoch, dass die rechtliche Handlungsfähigkeit des Betroffenen nicht beschränkt ist²⁴⁴. Ob aus dem Vermögen des Verbeiständeten erhebliche Schenkungen vorgenommen werden können, hängt somit – ebenso wie bei der Verwaltungsbeistandschaft - davon ab, ob der Betroffene in der Lage ist, die aufgrund von Art. 419 II ZGB²⁴⁵ erforderliche Ermächtigung abzugeben oder nicht. Ist er etwa handlungsunfähig, sind erhebliche Schenkungen aus seinem Vermögen somit nicht mehr möglich. Ist er jedoch handlungsfähig, kann er entweder die Schenkungen selbst vornehmen oder den Beistand hierzu gem. Art. 419 II ZGB ermächtigen. Der darf dann die Schenkung vornehmen, da er behandelt wird wie ein rechtsgeschäftlich Bevollmächtigter²⁴⁶.

5. Zwischenergebnis: Schenkungen aus dem Mündelvermögen nach geltendem Schweizer Recht

Sobald der Betroffene entmündigt ist, kann er ohne die Genehmigung durch den Vormund keine wirksamen Rechtsgeschäfte mehr tätigen, es sei denn, er ist urteilsfähig und verfügt über sein Arbeitseinkommen oder das Vermögen, das die Vormundschaftsbehörde ihm zur freien Verfügung belassen hat²⁴⁷. Der Vormund wiederum ist bei jeglichen Vertretungshandlungen an Art. 408 ZGB gebunden, so dass er erhebliche

²⁴³ oben, § 3 III 4 c (3) aa

²⁴⁴ BGE in ZVW 7 S. 71 Nr. 21; Egger Art. 394 ZGB Rn. 2f.; Schnyder/Murer Art. 394 ZGB Rn. 12; Lüscher, S. 16; a.A.: Kaufmann Art. 394 ZGB Rn. 12; Trüb, S. 43

²⁴⁵ zu Art. 419 II ZGB siehe oben, § 3 III 2

²⁴⁶ Pfander, S. 80

²⁴⁷ oben, § 3 III 1

Schenkungen aus dem Mündelvermögen nicht selbst vornehmen kann²⁴⁸. Das Verbot gem. Art. 408 ZGB gilt darüber hinaus auch für die Vormundschaftsbehörden²⁴⁹. Selbst wenn diese eine erhebliche Schenkung aus dem Mündelvermögen genehmigen, bleiben solche Rechtsgeschäfte unwirksam²⁵⁰. Ist der Betroffene entmündigt, sind erhebliche Schenkungen somit nur noch möglich, wenn der Betroffene sie selbst aus seinem Arbeitseinkommen oder dem freien Vermögen vornimmt²⁵¹.

Im Rahmen der Mitwirkungsbeiratschaft gilt das Verbot des Art. 408 ZGB nicht. Schenkungen bleiben hier somit möglich²⁵². Der Verbeiratete bedarf für die Vornahme erheblicher Schenkungen jedoch der Mitwirkung des Beirats in Form einer Genehmigung²⁵³.

So weit eine Verwaltungsbeiratschaft angeordnet ist, wird der Betroffene wie ein Entmündigter behandelt, mit der Folge dass erhebliche Schenkungen aus der Vermögenssubstanz des Betroffenen weder durch ihn selbst noch durch den Beirat möglich sind²⁵⁴. Bei einer kombinierten Beiratschaft ist ebenfalls eine Schenkung aus der Vermögenssubstanz weder durch den Betroffenen noch durch den Beirat möglich. Schenkungen aus den Vermögenserträgen und dem übrigen Einkommen darf der Verbeiratete zwar selbst vornehmen, die Schenkungen bedürfen für ihre Wirksamkeit jedoch ebenfalls der Genehmigung des Beirats²⁵⁵.

Ist der Betroffene handlungsunfähig und wurde lediglich eine Beistandschaft angeordnet, können Schenkungen weder durch den

²⁴⁸ Koeppl, S. 185

²⁴⁹ oben, § 3 III 4 a

²⁵⁰ Nehrwein, S. 8; Oser/Schönenberger Art. 492 OR Rn. 80; Bucher Art. 19 OR Rn. 17; Kaufmann Art. 408 ZGB Rn. 1

²⁵¹ oben, § 3 III 1

²⁵² Koeppl, S. 201

²⁵³ oben, § 3 III 4 c 2 aa

²⁵⁴ Lüscher, S. 78; Schnyder/Murer Art. 395 ZGB Rn. 124; Egger Art. 408 ZGB Rn. 2; BGE in ZVW 23, S. 115 Nr. 38; a.A.: Riemer, VormR, § 5 N 49

²⁵⁵ oben, § 3 III 4 c (2) cc

Betroffenen noch durch den Beistand aus dem Betroffenenvermögen vorgenommen werden²⁵⁶. Soweit der Verbeiständete jedoch noch zu selbstbestimmten Entscheidungen in der Lage ist, kann er selbst beliebige Schenkungen aus seinem Vermögen vornehmen. Strittig ist hingegen jeweils, ob dies auch durch den Beistand möglich ist. Zum Teil wird bei den einzelnen Beistandschaften vertreten, dass der Beistand mit Genehmigung des Betroffenen gem. Art. 419 II ZGB erhebliche Schenkungen vornehmen könne²⁵⁷. Ohne diese Genehmigung ist ihm jedoch nach einhelliger Auffassung eine erhebliche Schenkung aus dem Betroffenenvermögen nicht möglich²⁵⁸.

IV. Vergleich

1. Die einzelnen fürsorgerischen Maßnahmen

Alle hier untersuchten Vormundschaftsrechte verfolgten bzw. verfolgen den Zweck, die Betroffenen vor den Folgen ihrer fehlenden Eigenverantwortung zu schützen. Dieser Schutz sollte dadurch gewährleistet werden, dass man wirksame Rechtsgeschäfte der Betroffenen unterband, indem man ihnen die Geschäftsfähigkeit entzog. Die Betroffenen verloren somit ihre rechtliche Handlungsfähigkeit. Um diesen Verlust an rechtlicher Handlungsfähigkeit auszugleichen, wurde ein entsprechender Vertreter in die Lage versetzt, rechtlich für den Betroffenen dort handeln zu können, wo dies dem Bevormundeten versagt blieb²⁵⁹. Nach den Entmündigungsrechten war deshalb dort, wo zum Schutz des Betroffenen die Anordnung einer Entmündigung erforderlich war, dies auch stets mit dem Verlust der rechtlichen Handlungsmöglichkeit verbunden. Wer entmündigt war, konnte selbstständig keine Rechtsgeschäfte mehr wirksam vornehmen²⁶⁰.

²⁵⁶ oben, § 3 III 4 c (2) cc

²⁵⁷ oben, § 3 III 4 c 3

²⁵⁸ oben, § 3 III 4 c 3

²⁵⁹ Deutschland: § 3 I 1; Österreich: § 3 II 1; Schweiz: § 3 III 1

²⁶⁰ Deutschland: § 3 I 1; Österreich: § 3 II 1; Schweiz: § 3 III 1

Um dem Grundsatz des geringst möglichen Eingriffs in die Freiheitsrechte des Betroffenen gerecht zu werden, waren jeweils neben der vollständigen Entmündigung weitere Rechtsinstitute vorgesehen, die den Betroffenen zwar Schutz gewährten, aber nicht so stark in ihre Freiheitsrechte eingreifen sollten.

Besonders die Schweiz hält neben der Entmündigung eine Vielzahl abgestufter Maßnahmen bereit, die eine möglichst individuelle Lösung für die jeweiligen Probleme des Betroffenen ermöglichen sollten. Hier sei etwa das Rechtsinstitut der Mitwirkungsbeiratschaft genannt²⁶¹. In seinen Wirkungen ist dieses mit der beschränkten Entmündigung nach den Entmündigungsrechten Deutschlands²⁶² und Österreichs²⁶³ vergleichbar: Rechtsgeschäfte des Betroffenen waren nur noch mit Genehmigung des gesetzlichen Vertreters wirksam, der jeweils sicherstellen sollte, dass die Betroffeneninteressen gewahrt wurden.

Die Verwaltungsbeiratschaft²⁶⁴ hingegen, wonach der Betroffene nur noch über sein Einkommen, nicht aber über sein Stammvermögen verfügen kann, findet ihre Entsprechung im alten österreichischen Recht, wonach der beschränkt Entmündigte über sein Arbeitseinkommen frei verfügen konnte, solange die Befriedigung seiner Lebensbedürfnisse gesichert war²⁶⁵. Die Beistandschaft im engeren Sinne²⁶⁶ wiederum fand in der Pflegschaft²⁶⁷ deutschen Rechts ihre Entsprechung: Der Betroffene erhielt zwar einen Vertreter, der für ihn Geschäfte tätigen und ihn so unterstützen konnte, jedoch wurde ihm nicht automatisch die Handlungsfähigkeit entzogen, so dass er weiterhin auch neben dem Beistand Rechtsgeschäfte tätigen konnte. Dies gilt im deutschen Recht freilich nicht, so weit eine Zwangspflegschaft angeordnet war, da diese mit der Geschäftsunfähigkeit

²⁶¹ oben, § 3 III 2 a (2)

²⁶² oben, § 3 I 1

²⁶³ oben, § 3 II 1

²⁶⁴ oben, § 3 III 2 a (1)

²⁶⁵ oben, § 3 II 1

²⁶⁶ oben, § 3 III 2 b

²⁶⁷ oben, § 3 I 2

des Betroffenen einherging, so dass er keine Geschäfte mehr selbst tätigen konnte²⁶⁸.

Somit verfügten die Entmündigungsordnungen über mehr oder weniger differenzierte vormundschaftliche Maßnahmemöglichkeiten neben der Entmündigung, welche es erlaubten, je nach Bedarf die Handlungsfähigkeit des Betroffenen mehr oder weniger deutlich zu beschneiden oder ihm diese sogar ganz zu belassen. Hierbei verfügt die Schweiz über das mit Abstand am weitesten abgestufte Bündel möglicher Maßnahmen. Anders als es in Deutschland und Österreich der Fall war, besteht hier die Möglichkeit, trotz typisierter Eingriffsarten die Fürsorgemaßnahmen individuell an die jeweiligen Bedürfnisse des Betroffenen anzupassen.

Allen diesen Rechtssystemen gemein war aber die Typisierung der jeweiligen Maßnahmen in den Rechtsfolgen. Eine individuelle Anpassung der Maßnahmen, etwa durch Anordnung eines Genehmigungsvorbehalts des gesetzlichen Vertreters für bestimmte einzelne Geschäfte, war nicht vorgesehen. Die einzelnen Rechtsinstitute ließen insoweit keinen Handlungsspielraum. Eine individuelle Anpassung der Maßnahmen an die jeweiligen individuellen Bedürfnisse des einzelnen Betroffenen war daher nicht möglich.

2. Die Grundsätze des Vertreterhandelns

Die Wünsche und Meinungen der Betroffenen wurden im Rahmen der gesetzlichen Schutzinstrumente durch die Rechtssysteme Deutschlands und Österreichs nicht als rechtlich bedeutsam anerkannt. So stand es dem Vormund grundsätzlich frei, auf diese Rücksicht zu nehmen oder nicht. Denn er bestimmte selbstständig, welche Maßnahme im Interesse des Mündels lag und stand dabei nur eingeschränkt unter behördlicher oder gar gerichtlicher Aufsicht²⁶⁹. Dies fand seine Begründung insbesondere darin, dass mit der Entmündigung auch konstitutiv die

²⁶⁸ vgl. oben, § 3 I 2

²⁶⁹ Deutschland: § 3 I 1; Österreich: § 3 II 1

Entscheidungsunfähigkeit des Betroffenen festgestellt worden war. Auf die Entscheidungen des Bevormundeten kam es somit nicht an.

Das geltende Schweizer Recht bewertet demgegenüber die Wünsche und Ansichten des Betroffenen nicht von vornherein als irrelevant. Vormund und Beistand sind vielmehr gehalten, den Betroffenen die größtmögliche persönliche Freiheit zu belassen und entsprechend ihren Vorstellungen und Wünschen möglichst nachzukommen, soweit diese deren Wohl nicht zuwiderlaufen. Der Begriff des Betroffenenwohls wird in allen hier untersuchten Rechtssystemen anhand des konkret Betroffenen ausgelegt²⁷⁰. Der Inhalt des Betroffenenwohls bestimmte sich allerdings nach allgemeinen Kriterien. Hier wurde danach gefragt, was im „wohlverstandenen Interesse“ des Betroffenen läge, was also ein „durchschnittlich Vernünftiger“ an dessen Stelle getan hätte²⁷¹. Im Schweizer Recht ist bei wichtigen Entscheidungen des Beistandes von diesem zunächst das Mündel insoweit an der Entscheidungsfindung zu beteiligen, als es zuvor angehört werden soll. Nach Möglichkeit soll der Vormund auf die Meinungen des Betroffenen sodann Rücksicht nehmen, ohne dass hieraus freilich ein Anspruch des Mündels auf Befolgung seiner Wünsche erwächst²⁷².

3. Schutz vor Missbrauch der Vertretungsmacht

In allen drei Ländern waren diverse Schutzmechanismen gegen den Missbrauch der Vertretungsmacht vorgesehen. Denn die weitgehende Selbstständigkeit der gesetzlichen Vertreter beinhaltete stets auch die Gefahr des Missbrauchs der Vertretungsmacht durch die Vertreter. Alle Vormundschaftsrechte sahen daher einen vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungsvorbehalt für wichtige oder gefährliche Geschäfte des Vormunds vor²⁷³. Bei drohenden Interessenkonflikten des Vormunds, etwa bei Insichgeschäften oder Geschäften mit seinen Verwandten, waren

²⁷⁰ oben, § 3 III 1

²⁷¹ Deutschland: § 3 I 1; Österreich: § 3 II 1

²⁷² oben, § 3 III 1

²⁷³ Deutschland: § 3 I 3 a; Österreich: § 3 II 2; Schweiz: § 3 III 3

dem Vormund kraft Gesetzes die Vertretungsbefugnisse entzogen²⁷⁴. In solchen Fällen musste ein weiterer Vertreter bestellt werden, der in dieser Angelegenheit für den Betroffenen handeln konnte. Es reichte dabei bereits die abstrakte Gefahr einer Interessenkollision beim Vertreter aus, um die Vertretungsmacht des Vormunds entfallen zu lassen²⁷⁵.

Weiterhin ist in allen drei Rechtssystemen eine Schadensersatzpflicht des Vertreters gegenüber dem Vertretenen für den Fall vorgesehen, dass er schuldhaft seine Pflichten verletzte und dem Betroffenen dadurch ein Schaden entstand²⁷⁶. Im Übrigen sahen die nationalen Rechte weiterhin eine Strafbarkeit des Vertreters vor, wenn dieser sich aus dem Vermögen des Betroffenen unrechtmäßig bereicherte²⁷⁷.

4. Schenkungen nach altem Recht

Das alte deutsche²⁷⁸ und das (noch) geltende Schweizer Recht²⁷⁹ weisen im Hinblick auf Schenkungen aus dem Vermögen der Betroffenen viele Ähnlichkeiten auf. Denn in beiden Kodifikationen gab es jeweils eine Spezialvorschrift, die Schenkungen aus dem Betroffenenvermögen weitestgehend ausschloss.

Da der deutsche, der schweizerische und auch der österreichische Vormund den Inhalt des Betroffenenwohls weitgehend selbstständig bestimmen konnten, waren ihnen Grenzen zu setzen, um auch sicherzustellen, dass die Betroffeneninteressen gesichert waren. In

²⁷⁴ Deutschland: § 3 I 3 b; Österreich: § 3 II 2; Schweiz: § 3 III 3

²⁷⁵ Die schweizerische Rechtsprechung sieht bereits in der Geltendmachung des Versorgerschadens eines tödlich verunfallten Vaters durch die Mutter für sich und das Kind einen möglichen Interessenkonflikt, weil möglicherweise die Mutter versucht sein könnte, für das Kind einen relativ geringen Schadensersatz geltend zu machen, um für sich mehr herauszuholen, BGE 99 II 367; vgl. auch BGE 107 II 105; 118 II 101, 104f.; Riemer, VormR, § 6 Rn. 9; Schnyder, ZVW 1999, 93, 96

²⁷⁶ Deutschland: § 3 I 3 c; Österreich: § 3 II 3; Schweiz: § 3 III 3

²⁷⁷ Deutschland: § 3 I 3 c; Österreich: § 3 II 2; Schweiz: § 3 III 3

²⁷⁸ oben, § 3 I 4

²⁷⁹ oben, § 3 III 4

Deutschland²⁸⁰ und der Schweiz²⁸¹ erfolgte dieser Schutz nicht nur durch die Anordnung eines gerichtlichen oder behördlichen Genehmigungsvorbehalts für bestimmte Vertretungshandlungen des Vormunds, sondern auch durch das generelle Verbot bestimmter als unnötig oder zu gefährlich angesehener Geschäfte. Hierzu wurden insbesondere Schenkungen aus dem Vermögen der Betroffenen gezählt.

Während in Deutschland lediglich „Sitten- und Anstandsschenkungen“ möglich (und alle anderen Schenkungen somit verboten) waren, § 1804 BGB, erlaubte das Schweizer Recht nur „unerhebliche“ Schenkungen, Art. 408 ZGB, wobei Sittenschenkungen nicht unter den Begriff der Schenkung fielen und somit weiterhin möglich waren. Nach der Auffassung der Gesetzgeber der Vormundschaftsrechte Deutschlands und der Schweiz verletzten demnach gerade größere Schenkungen generell die wohlverstandenen Interessen des Betroffenen. Sie sollten nicht vertretungsweise durch den Vormund vorgenommen werden können. Denn dieser hatte das Vermögen des Betroffenen zu verwalten und zu erhalten²⁸², nicht aber durch Schenkungen zu dezimieren.

Die Schenkungsverbote fanden nicht nur bei der Entmündigung selbst, sondern auch bei den weniger einschneidenden Maßnahmen wie Beirat- und Beistandschaft²⁸³ sowie der Pflegschaft²⁸⁴ Anwendung, indem auch die Pfleger bzw. Beistände und Beiräte dem Verbot unterfielen. Allerdings konnte im Schweizer Recht in einem solchen Fall der mündige urteilsfähige Betroffene seinen Beistand ermächtigen, auch erhebliche Schenkungen vorzunehmen, Art. 419 II ZGB. In Deutschland²⁸⁵ wurden – im Gegensatz zur Schweiz²⁸⁶ – Genehmigungen des Vormunds zu eigenen

²⁸⁰ oben, § 3 I 3

²⁸¹ oben, § 3 III 3

²⁸² So ausdrücklich Art. 419 I ZGB

²⁸³ oben, § 3 III 4 a (3)

²⁸⁴ oben, § 3 I 4 a (4)

²⁸⁵ oben, § 3 I 4 a (2)

²⁸⁶ oben, § 3 III 2 a (2)

Geschäften des Betroffenen als eigene Vertretungshandlungen angesehen, die somit ebenfalls dem Schenkungsverbot unterfielen.

In Österreich hingegen war keine ausdrückliche Regelung für Schenkungen vorgesehen. Lediglich im Rahmen einer Generalklausel²⁸⁷ war die Vornahme von ungewöhnlichen Schenkungen aus dem Mündelvermögen durch den Vormund unter Genehmigungsvorbehalt des Vormundschaftsgerichtes gestellt²⁸⁸. Somit blieben alle denkbaren Formen der Schenkung aus dem Mündelvermögen im Grundsatz möglich, auch wenn hier eine weitere Prüfung durch das Vormundschaftsgericht dahingehend stattfand, ob die jeweilige Schenkung im Mündelinteresse lag oder nicht.

Dies hatte zur Folge, dass in Deutschland und der Schweiz nach Verlust der Geschäftsfähigkeit Schenkungen nur noch in sehr engen Grenzen möglich waren, während sie in Österreich grundsätzlich weiterhin unbeschränkt getätigt werden konnten, wenn auch das Vormundschaftsgericht die Schenkung jeweils genehmigen musste. Verlor also beispielsweise jemand in Deutschland oder der Schweiz seine Geschäftsfähigkeit (z.B. wegen Altersdemenz oder aufgrund von Krankheit oder eines Unfalls) oder war er zu solchen noch nie in der Lage (etwa bei von Geburt an geistig Behinderten), so hinterließ er sein Vermögen unweigerlich seinen gesetzlichen Erben. Aber auch eine lebzeitige Übertragung des Besitzes an die künftigen Erben zum Zwecke der Steuerersparnis war nicht (mehr) möglich. Anders lag die Sache beim österreichischen Recht: Hier wurde in solchen Fällen die Wahrung des Mündelwohls zusätzlich durch das Vormundschaftsgericht geprüft und die Genehmigung hiervon abhängig gemacht. Wenn jedoch kein Zweifel an der Wahrung des Mündelwohls bei der Schenkung vorlag, war diese zulässig.

²⁸⁷ In § 154 III 2 ABGB waren ausdrücklich insbesondere die Annahme einer mit Belastungen verbundenen Schenkung und die Ablehnung eines Schenkungsangebots als konkrete Beispiele von Geschäften genannt, die vom Genehmigungsvorbehalt umfasst sein sollten, vgl. oben, § 3 II 3 b

²⁸⁸ oben, § 3 II 3

Das österreichische Recht pflegte somit einen weit großzügigeren Umgang mit Schenkungen aus dem Vermögen entmündigter Erwachsener als das schweizerische oder das deutsche Recht. Grundsätzlich hatte das Mündel weiterhin die Möglichkeit, entweder selbst oder über die Person seines Kurators bzw. Beistands, Schenkungen vorzunehmen. Vor dem Missbrauch der Vertretungsmacht durch den Kurator sah das österreichische Recht daher eine Reihe von Schutzmechanismen wie insbesondere einen gerichtlichen Genehmigungsvorbehalt bei allen außergewöhnlichen Geschäften vor.

Durch die Verbotsregeln in Deutschland und der Schweiz waren solche Schenkungsgeschäfte nicht möglich. Wer entmündigt war, konnte keine Schenkungen über die Grenzen des § 1804 BGB bzw. Art. 408 ZGB hinaus vornehmen. Nicht einmal eine gerichtliche oder vormundschafts- bzw. aufsichtsbehördliche Genehmigung konnte den verbotenen Schenkungen²⁸⁹ zur Wirksamkeit verhelfen. Zwar waren auch in Deutschland und der Schweiz zusätzliche Schutzmechanismen gegen Missbrauch der Vertretungsmacht vorgesehen, wie gerichtliche und aufsichtsbehördliche Genehmigungsvorbehalte. Die verbotenen Schenkungen wurden jedoch ganz allgemein als unnötig²⁹⁰ und schädlich²⁹¹ angesehen, was neben dem Betroffenenenschutz als zusätzliche Begründung für das generelle Verbot herangezogen wurde.

²⁸⁹ Für das deutsche Recht: BayObLG OLGE 32, 19; BayObLG RPfleger 1988, 22; für das Schweizer Recht: Oser/Schönenberger Art. 492 OR Rn. 80; Egger Art. 408 ZGB Rn. 11; Koeppl S. 236

²⁹⁰ Meier, S. 559

²⁹¹ Hinz, in: MünchKommBGB [2. Aufl.] § 1641 Rn. 1

§ 4 Reformen der Vormundschaftsrechte

I. Deutschland

1. BtG, Ziele der Reform

Am 1. 1. 1992 wurde in Deutschland das neue Rechtsinstitut der Betreuung eingeführt, das die Entmündigung und Vormundschaft über Erwachsene ablöste. Es sollte die „persönlichen Integritäts- und Entfaltungsinteressen des Betreuten“ in den Vordergrund rücken²⁹², mit dem Ziel, dass die einseitigen Bestimmungsbefugnisse des Betreuers auf das „Erforderliche“ beschränkt blieben und die „Selbstbestimmung“ des Betroffenen „maximal“ geachtet werde²⁹³.

Wenn Freiheit und Gleichheit in einer Rechtsordnung garantiert werden sollen, ist es erforderlich, dass alle in ihr lebenden Menschen den gleichen Zugang zum Rechtsverkehr eröffnet bekommen²⁹⁴. Ist aber ein Mensch aus tatsächlichen Gründen, wie z. B. körperlicher oder geistiger Defizite, am Zugang gehindert, so hat dies zur Folge, dass bei ungehindertem Lauf der Dinge aus der tatsächlichen Benachteiligung dieser Menschen eine rechtliche Benachteiligung erwächst²⁹⁵. Wenn nämlich jemand aus tatsächlichen Gründen nicht in der Lage ist, sein Leben nach seinen Wünschen und Interessen zu gestalten, ist er zwar nicht rechtlich, aber doch tatsächlich darin beschränkt, seine Entscheidungen entsprechend seinen Rechtsverhältnissen zu treffen und am Rechtsverkehr teilzunehmen²⁹⁶. Soll eine Rechtsordnung alle Menschen rechtlich gleich behandeln, muss sie deshalb tatsächlich vorhandene Zugangsbeschränkungen zum Rechtsverkehr kompensieren, da sonst tatsächliche Ungleichheit zu rechtlicher Ungleichheit führen würde²⁹⁷. Ist

²⁹² Schwab, Referat, K 9, K 42-43

²⁹³ Schwab a.a.O.; Prütting/Bauer, § 1896 BGB Rn. 1

²⁹⁴ Lipp, S. 51; Dröge, S. 207

²⁹⁵ Windel, FamRZ 1997, 713, 717; John, S. 97; Lipp, S. 51

²⁹⁶ Lipp, S. 50

²⁹⁷ Kremzow, S. 87

also jemand etwa durch gesundheitliche Gründe persönlich in seiner Entscheidungsfreiheit beschränkt, so ist es Aufgabe des Rechtssystems, hierfür einen Ausgleich zu schaffen und seine Defizite im Bereich der Fähigkeit zu rechtserheblichen Handlungen dort ausgleichen, wo sie im Verhältnis zum Mündigen gemindert sind. Um die rechtliche Gleichbehandlung eines in seiner Eigenverantwortlichkeit Beschränkten zu gewährleisten, ist also sicherzustellen, dass die Person wie jeder Mündige am Rechtsverkehr teilnehmen kann.

Beim Entscheidungsunfähigen kann ein anderer sich für eine sofort zu erledigende einzelne Entscheidung in die Dienste des Betroffenen stellen, indem er zum Beispiel im Rahmen einer echten „Geschäftsführung ohne Auftrag“ seine eigenen Fähigkeiten für den Betroffenen einbringt, §§ 677ff. BGB. Hierfür ist allerdings Voraussetzung, dass der Betroffene selbst überhaupt nicht mehr entscheiden kann und ohne das Eingreifen des anderen die Möglichkeit zur eigenen Entscheidung verliert. Weiterhin ist grundsätzlich Voraussetzung für die Tätigkeit des anderen, dass der Betroffene mit dessen Handeln einverstanden ist, §§ 677, 683 S. 1, 684 S. 2 BGB²⁹⁸. In Ermangelung eines erklärten eigenen Willens des Betroffenen gilt dessen mutmaßlicher Wille²⁹⁹. Die Frage, worin dieser mutmaßliche Wille besteht, wird danach beantwortet, wie der Betroffene selbst entschieden hätte, wobei die früheren Äußerungen und Einstellungen des Betroffenen heranzuziehen sind³⁰⁰. Hierdurch werden im Rahmen der Tätigkeit des Dritten die Interessen des Betroffenen gewahrt.

Soweit eine solche Tätigkeit eines Dritten aber nicht vorliegt, bleiben die Möglichkeiten des Betroffenen zu rechtserheblichem Handeln ungenutzt. So lange seine Entscheidungsunfähigkeit andauert, kann der Betroffene nicht selbstständig am Rechtsverkehr teilnehmen³⁰¹. Gleiches gilt für den

²⁹⁸ Staudinger/Bergmann, Vorbem. zu §§ 677ff. BGB Rn. 52

²⁹⁹ Staudinger/Bergmann, Vorbem. zu §§ 677ff. BGB Rn. 52; Soergel/Beuthien, § 682 BGB Rn. 5

³⁰⁰ OLG Stuttgart NJW 1947/48, 227, 228; BGH JZ 1972, 163, 164

³⁰¹ Lipp, S. 50

beschränkt Entscheidungsunfähigen. Solange und so weit er tatsächlich nicht in der Lage ist, eigenverantwortliche Entscheidungen zu treffen und somit sein Leben nach seinen Interessen und Wünschen zu gestalten, ist ihm der gleichberechtigte Zugang zum Rechtsverkehr tatsächlich verwehrt.

Es ist demnach eine Organisation erforderlich, die dort, wo der Betroffene nicht selbst handeln kann, für ihn handelt. Auf diese Art wird die rechtliche Handlungsfähigkeit der Person (wieder) hergestellt. Der Betroffene kann dann mit Hilfe dieser **Handlungsorganisation** am Rechtsverkehr wie ein Mündiger teilnehmen.

Die Aufgabe des Betreuungsrechts liegt somit in der Herstellung einer solchen Handlungsorganisation, die dem jeweiligen Menschen den Zugang zum Rechtsverkehr als eigenverantwortlicher Entscheidungsträger – unabhängig von seinem tatsächlichen Zustand – eröffnet³⁰². Zwar „ist“ dann nicht der konkrete Mensch die Rechtsperson wie der Mündige, aber Zentrum und Bezugspunkt dieser für ihn geschaffenen Rechtsperson. In Form dieser Rechtsperson kann der Betroffene dann wie ein Mündiger am Rechtsverkehr uneingeschränkt teilnehmen.

Ziel eines Betreuungsrechtes ist also zunächst die Herstellung einer freien und gleichberechtigten Rechtsperson durch Errichtung dieser Handlungsorganisation, also kurz gesagt: Sicherung des Selbstbestimmungsrechts des Betroffenen und Hilfe bei seiner Ausübung³⁰³.

2. Umsetzung

Das neue Betreuungsrecht sieht daher vor, dass vom Vormundschaftsgericht dann ein Betreuer bestellt wird, wenn ein Volljähriger auf Grund einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung seine Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht besorgen kann, § 1896 I BGB. Dies kann entweder auf seinen Antrag hin oder von Amts wegen erfolgen.

³⁰² Lipp, S. 59

³⁰³ Giesen, FamR, Rn. 757; Langenfeld, S. 108

Der Betroffene muss also aufgrund seines Krankheitsbildes ganz oder teilweise außerstande sein, die eigenen Angelegenheiten zu besorgen; sein Krankheitsbild muss dafür einen solchen Grad erreicht haben, dass die Fähigkeit des Betroffenen zur Wahrnehmung seines Selbstbestimmungsrechts ausgeschlossen oder so eingeschränkt ist, dass er zu eigenverantwortlichen Entscheidungen nicht mehr in der Lage ist³⁰⁴.

Der Betreuer wird dabei nicht etwa automatisch für sämtliche Angelegenheiten des Betroffenen bestellt, sondern nur für einzelne Aufgabenkreise bzw. Aufgaben, für die die Bestellung eines Betreuers erforderlich ist, § 1896 II BGB. Der Umfang der zu errichtenden Betreuung kann somit flexibel an das Maß der Beeinträchtigung und dem Schutzbedürfnis des Betroffenen angepasst werden.

Gemäß § 1902 BGB ist der Betreuer dann in seinem jeweiligen Aufgabenkreis gesetzlicher Vertreter des Betreuten. Er kann also Willenserklärungen mit Wirkung für den Betroffenen abgeben. Er kann aber auch sonstige Tätigkeiten für den Betroffenen vornehmen, soweit diese erforderlich sind, um dessen rechtliche Angelegenheiten zu besorgen, § 1901 I BGB. Allerdings geht die Betreuerbestellung nicht wie bei der Vormundschaft automatisch mit einer Beschränkung der Geschäftsfähigkeit des Betroffenen einher. Die Bestellung des Betreuers hat vielmehr grundsätzlich keinerlei Auswirkungen auf die Geschäftsfähigkeit des Betroffenen³⁰⁵. Dieser bleibt daher grundsätzlich neben dem Betreuer handlungsfähig. Er kann weiterhin eigene wirksame Willenserklärungen abgeben, so weit er die nötige natürliche Geschäftsfähigkeit besitzt. Die §§ 104ff. BGB bleiben anwendbar. Der Betroffene muss somit für die Wirksamkeit seiner Erklärungen im Zeitpunkt der Abgabe der jeweiligen Willenserklärung geschäftsfähig gewesen sein.

Es besteht allerdings die Möglichkeit, durch Anordnung eines sog. Einwilligungsvorbehalts die Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte des

³⁰⁴ OLG Hamm FamRZ 1995, 433, 435; Schwab, in: MünchKommBGB, § 1896 Rn. 20

³⁰⁵ OLG Ffm FamRZ 96, 635

Betroffenen von der Einwilligung des Betreuers abhängig zu machen, § 1903 BGB.

a. Voraussetzungen und Grenzen des Betreuerhandelns – Der Erforderlichkeitsgrundsatz

§ 1896 II BGB stellt klar, dass ein Betreuer nur dort bestellt werden darf, wo dies erforderlich ist (Erforderlichkeitsgrundsatz). Dieser Erforderlichkeitsgrundsatz ist Ausdruck des verfassungsmäßigen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (Art. 20 III GG)³⁰⁶: Die Handlungsorganisation darf nur dort errichtet werden, wo der Betroffene aufgrund von tatsächlich vorhandenen Defiziten nicht selbst eigenverantwortlich handeln kann³⁰⁷. Das bedeutet wiederum, dass dem Erforderlichkeitsgrundsatz in zweierlei Hinsicht zentrale Bedeutung zukommt: Zum einen bei der Frage, ob überhaupt eine Betreuung eingerichtet werden darf, zum anderen im Hinblick auf den dem Betreuer zu übertragenden Aufgabenkreis³⁰⁸. Es muss also bereits bei Errichtung der Betreuung geprüft werden, ob und in welchem Umfang dem Betroffenen durch eine Handlungsorganisation geholfen werden muss³⁰⁹. Die Erforderlichkeit liegt jedenfalls dann nicht vor, wenn der Betroffene selbst im Stande ist, sich eine ausreichende Handlungsorganisation zu schaffen. So ist die Anordnung der Betreuung nicht erforderlich, wenn der Betroffene wirksam eine Vorsorgevollmacht errichtet hat, § 1896 II BGB. Die Entscheidung ob und ggf. in welchem Umfang eine Handlungsorganisation erforderlich ist, trifft der Betroffene selbst in Form

³⁰⁶ BVerfGE 19, 342, 348f.; BayObLGZ 1994, 209=FamRZ 1994, 1551, 1552; BtPrax 1995, 64; FamRZ 1996, 897; Jürgens, § 1896 BGB Rn. 15; Waters, S. 78; Kollmer, S. 47

³⁰⁷ BayObLG FamRZ 1995, 1085; 1996, 897; 1997, 901, 902; 1997, 902, 903; FamRZ 2004, 1229, 1230;

³⁰⁸ Holzhauser/Reinicke, § 1896 BGB Rn. 48; Schwab, in: MünchKommBGB, § 1896 Rn. 38; Waters, S. 78

³⁰⁹ BayObLG FamRZ 1995, 1085 = BtPrax 1995, 64; Damrau, in: Damrau/Zimmermann, § 1896 BGB Rn. 40

der Vollmacht oder der Staat als Träger der Rechtsordnung und Garant der Rechtsgleichheit³¹⁰.

Übertrüge man jedoch den Erforderlichkeitsgrundsatz nicht auch auf die *Ausübung* der Betreuertätigkeit, so würde eben dieser Erforderlichkeitsgrundsatz leerlaufen. Denn Zweck desselben ist es, dass der Betroffene dort selbst handelt, wo er auch dazu im Stande ist und die Handlungsorganisation nur dort ins Spiel kommt, wo der Betroffene aufgrund seiner Defizite dies gerade nicht kann. Um dem Erforderlichkeitsgrundsatz also gerecht zu werden, darf der Betreuer nur dann handeln, wenn der Betroffene dazu aufgrund seiner fehlenden Eigenverantwortlichkeit nicht in der Lage ist. Der Betreuer muss sich insofern bei seinen Entscheidungen stets fragen, ob der Betroffene die vorzunehmende Handlung nicht auch selbst vornehmen kann. Handelt er dennoch, so stellt dies eine Überkompensation der beim Betroffenen vorhandenen Nachteile dar. Tätigkeiten des Betreuers sind demnach gegenüber eigenen Maßnahmen durch den Betroffenen subsidiär³¹¹.

b. Wunsch und Wohl des Betroffenen

Um sicherzustellen, dass ausschließlich die Interessen des Betreuten verwirklicht werden, ist der Betreuer an das „Wohl“ des Betroffenen gebunden, § 1901 II 1 BGB. Darüber hinaus bestimmt § 1901 III BGB, dass der Betreuer an die „Wünsche“ des Betroffenen gebunden ist, „soweit dies dessen Wohl nicht zuwiderläuft“. Zu klären sind daher der Inhalt der Begriffe „Wunsch“ und „Wohl“ sowie deren Verhältnis zueinander und somit letztlich die Frage, wann und wie der Betreuer überhaupt für den Betroffenen handeln darf; wann der Betreuer Wünsche des Betroffenen zu beachten und wann er deren Beachtung zu verweigern hat.

(1) „Wunsch“ des Betreuten

§ 1901 III BGB bestimmt, dass der Betreuer an die „Wünsche“ des Betroffenen gebunden ist, „soweit dies dessen Wohl nicht zuwiderläuft“.

³¹⁰ Lipp, S. 142

³¹¹ Bienwald, in: Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann, Einf. Rn. 10

Nach allgemeiner Auffassung sind diese „Wünsche“ nicht als Willenserklärungen im technischen Sinne zu verstehen, denn auf die Geschäftsfähigkeit kommt es hierbei nicht an, sondern nur auf Äußerungsfähigkeit des Betroffenen³¹². Es handelt sich also um den „natürlichen“ bzw. „psychologischen“ Willen³¹³ des Betreuten. Da der Betreuer an diesen natürlichen bzw. psychologischen Willen des Betroffenen gebunden ist, kommt dem Wunsch des Betroffenen somit grundsätzlich Vorrang vor allen anderen Gesichtspunkten zu, soweit er nicht dem Wohl des Betroffenen zuwiderläuft. Dabei kann bei fortgeschrittenem geistigen Verfall – so weit der Betroffene mittlerweile nicht mehr äußerungsfähig ist – ein ggf. früher geäußelter Wunsch ausreichen, § 1901 III 2 BGB.

(2) Begriff des „Wohls“

Der Begriff des „Wohls“ wird vom Gesetzgeber auch in anderen Zusammenhängen verwendet, so etwa auch im Minderjährigenrecht (z.B. § 1697a BGB: „Kindeswohl“). Trotz der begrifflichen Übereinstimmung des Wohls des Betreuten gem. § 1901 BGB mit dem Wohl des Kindes i.S.d. § 1697a BGB können die beiden Begriffe nicht gleichgesetzt werden, denn der Betreute ist, anders als das Kind, nicht minderjährig und somit nicht erziehungsbedürftig³¹⁴.

Auch im alten Vormundschafts- und Pflegschaftsrecht war der Begriff des Betroffenenwohls bereits der Handlungsmaßstab für die gesetzlichen Vertreter³¹⁵. Nach einhelliger Meinung wird das Wohl des Betroffenen stets anhand der konkret betroffenen Person bestimmt³¹⁶. Wie der genaue Inhalt des Wohls jedoch im Einzelfall bestimmt wird, wann der Betreuer den Wünschen des Betroffenen somit nachkommen muss und wann er die

³¹² Bienwald, in: Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann, Anh. zu § 1908i Rn. 74

³¹³ BT-Drucks. 11/4528, 67, 133; Schwab, in: MünchKommBGB, § 1901 Rn. 11

³¹⁴ Fegeler § 13

³¹⁵ oben, § 3 I 1

³¹⁶ BGH Beschl. v. 17.03.2003, XII ZB 2/03; Schwab in: MünchKommBGB, § 1901 Rn. 10; Jürgens, in: Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein, § 1901 BGB Rn. 160

Befolgung der Wünsche verweigern darf oder sogar muss, ist nach wie vor in Rechtsprechung und Literatur heftig umstritten.

aa. Objektive Bestimmung

Zweck der Vormundschaft über Minderjährige ist die Erziehung und Steuerung der Persönlichkeitsentwicklung des unselbstständigen Mündels, so dass der Kindeswohlbegriff objektiv bestimmt wird. Der erwachsene Betreute hingegen hat keinen Entwicklungsbedarf mehr, da seine Persönlichkeit in der Regel bereits voll ausgeprägt ist. Entsprechend hat der Betreuer – im Gegensatz zum Vormund Minderjähriger – keine Erziehungsaufgabe³¹⁷. Zum Teil wird dennoch versucht, auch das Wohl des Betreuten objektiv zu bestimmen, als „auf den Betreuten bezogenen Inbegriff seiner Integritäts-, Entfaltungs- und Vermögensinteressen gemäß seiner jeweiligen Lebenssituation“³¹⁸. Dem so verstandenen Betroffenenwohl stünde der subjektive Wunsch des Betroffenen gegenüber, so dass der Betreuer zwischen diesen beiden Alternativen abzuwägen habe³¹⁹: Selbstbestimmung des Betroffenen auf der einen, Schutz der betroffenen Rechtsgüter des Betreuten auf der anderen Seite³²⁰. Führt der Wunsch zu einer Selbstschädigung³²¹ oder gefährdet er höherrangige Rechtsgüter³²², sei er danach unbeachtlich.

Gegen diese objektive Bestimmung des Wohls wird eingewandt, dass durch diese Definition nicht deutlich werde, wann der Betreuer Wünsche des Betroffenen zu beachten habe und wann er deren Befolgung

³¹⁷ Palandt/Diederichsen, § 1837 Rn. 15

³¹⁸ Schwab, in: MünchKommBGB, § 1901 BGB Rn. 4; Diercks, S. 62; Erman/Holzhauser § 1901 BGB Rn. 12; Kollmer, S. 124ff.; Coepicus, FamRZ 1992, 741, 746

³¹⁹ Damrau, in: Damrau/Zimmermann, § 1901 BGB Rn. 2; Kerkloh, S. 54ff.; Kollmer, S. 142; Schwab, in: MünchKommBGB, § 1901 BGB Rn. 8

³²⁰ Jürgens, § 1901 BGB Rn. 6; Mees-Jacobi/Stolz, BtPrax 1994, 85

³²¹ Jürgens, § 1901 BGB Rn. 7; ders., in: Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein, Rn. 167; Mees-Jacobi/Stolz, BtPrax 1994, 85; auch die amtliche Begründung des BtG verweist darauf, dass eine Betreuung nicht Hilfe zur Selbstschädigung leisten dürfe, BT-Drs. 11/4528, S. 67

³²² Schwab, in: MünchKommBGB, § 1901 BGB Rn. 10

verweigern dürfe. Es fehlten klare rechtliche Kriterien für die Grenzen der Beachtlichkeit von Wünschen des Betroffenen³²³, denn ein so verstandener Wohlbegriff sei inhaltlich unscharf. Es bleibe völlig offen, wie die objektiven Interessen des Betroffenen im konkreten Einzelfall zu bestimmen seien und nach welchen Kriterien der Betreuer abzuwägen habe³²⁴. Ein objektiver Wohlbegriff sei somit für die zu beantwortende Frage nach der Beachtlichkeit von Wünschen des Betroffenen ungeeignet. Es kommt aber noch ein weiterer Punkt hinzu, der ebenfalls gegen eine solche objektive Bestimmung des Wohlbegriffs spricht: Ein Verbot einer „Selbstschädigung“ oder der Gefährdung höherrangiger Rechtsgüter durch den Betreuer setzt die Überprüfung des objektiven Inhalts des jeweiligen Geschäfts voraus. Der Betreuer muss also für die Frage, ob er dem jeweiligen Wunsch des Betroffenen nachkommen darf bzw. muss, überprüfen, ob das jeweilige Geschäft den objektiven Interessen des Betroffenen zuwiderläuft. Jedoch liegt der Zweck der Betreuung darin, die rechtliche Handlungsfähigkeit und damit die Entfaltung der Persönlichkeit des Betreuten herzustellen³²⁵, nicht jedoch objektive Interessen des Betroffenen sicherzustellen. Der Betreuer ist dafür bestellt, den Betroffenen vor den Folgen seiner eingeschränkten Eigenverantwortlichkeit zu schützen und nicht dafür, fremde (objektive) Vorstellungen von „vernünftigen“ oder „vertretbarem“ Handeln dem Betreuten aufzuzwingen³²⁶. Schließlich hat der Betreute wie jeder andere Mensch auch das Recht, unvernünftige Dinge zu tun, sich einen aufwendigen Lebensstil zu leisten, in seiner Wohnung Unordnung zu halten und sein Vermögen oder die eigene Gesundheit zu gefährden und sogar zu schädigen. Nicht die Eigengefährdung oder Selbstschädigung,

³²³ Lipp, S. 150ff.

³²⁴ Lipp, S. 151

³²⁵ oben, § 4 I 2; Lipp, S. 59

³²⁶ „Vernunftthoheit“ bzgl. des Wohls des Betreuten kraft derer sich der Betreuer oder das Vormundschaftsgericht über die Vorstellungen des Betreuten hinwegsetzen können, gibt es nicht (zutreffend: Giesen, Fn. 82; Lipp, S. 150 ff.)

sondern eine darin liegende fehlende Eigenverantwortlichkeit rechtfertigt den Betreuer, einem Wunsch des Betroffenen nicht nachzukommen³²⁷.

Nötigte man einem Betreuten eine „objektiv richtige“ Entscheidung trotzdem auf, so stellte dies nicht nur einen Eingriff in die Gleichheitsrechte des Betroffenen dar, da im Gegensatz hierzu einem nicht Betreuten eine solche (unvernünftige) Entscheidung offen stünde, sondern auch eine Verletzung des Grundsatzes der geringst möglichen Beeinträchtigung. Denn in der Regel hat jeder Betroffene eine eigene Biographie, ein selbstbestimmtes Leben vor der Betreuung, in dem er deutlich gemacht hat, wie er sein Leben zu gestalten wünscht. Nur weil ihm nun (möglicherweise nur zum Teil) die Fähigkeit fehlt, einen freien Willen zu bilden, darf der Gesetzgeber ihm nicht vorschreiben, wie sein Leben nunmehr zu gestalten sei. Bestimmte man das Wohl nach den Vorstellungen des Betreuers, des Vormundschaftsgerichts oder gar nach denen eines „durchschnittlich Vernünftigen“ (nämlich gerade im Sinne des „wohlverstandenen Interesses“³²⁸), so würden daher nicht die Vorstellungen und Interessen des Betroffenen durchgesetzt, sondern die anderer.

Nicht der objektiv schädliche Inhalt eines Geschäfts darf dem Betreuer Anlass geben, dem Wunsch des Betroffenen nicht nachzukommen, sondern allenfalls die in dem Wunsch liegende fehlende Eigenverantwortlichkeit des Betroffenen.

Ein objektiver Ansatz ist daher ungeeignet, das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen zu gewährleisten. Bei der Frage, wie sich das Wohl des Betroffenen bestimmt, ist deshalb vielmehr ein rechtsdogmatischer Ansatz nötig, bei dem von den Funktionen der Betreuung ausgegangen wird: Herstellung der rechtlichen Handlungsfähigkeit des Betroffenen und der

³²⁷ So darf der Betreuer dem aufgrund seiner Alkoholsucht unter Betreuung stehenden Alkoholiker den Wunsch nach Alkohol, nicht aber automatisch den nach Zigaretten abschlagen, Lipp, S. 157 m.w.N.

³²⁸ so aber Erman/Holzhauser § 1901 BGB Rn. 9

Schutz des Betroffenen vor seiner eingeschränkten Eigenverantwortlichkeit³²⁹.

bb. Subjektive Bestimmung

Wie bereits gesehen³³⁰ ist beim Handeln für einen Entscheidungsunfähigen im Rahmen seines mutmaßlichen Willens oder im Rahmen der Geschäftsführung ohne Auftrag der mutmaßliche Wille des Betroffenen zu erforschen. Diese Grundsätze sind beim Äußerungsunfähigen ohne weiteres auf das Betreuerhandeln übertragbar³³¹. Es ist also danach zu fragen, wie der Betroffene selbst entschieden hätte, wenn er denn könnte. Erst dann, wenn hieraus keine eindeutige Entscheidung abzuleiten ist, sind allgemeine Kriterien heranzuziehen³³².

Wenn und soweit der Betroffene jedoch in der Lage sein sollte, sich zu äußern, und eine eigene Entscheidung zu treffen bzw. er dies bereits getan hat, § 1901 III 2 BGB, so bleibt zunächst für ein entgegenstehendes Betreuerhandeln kein Raum. Gem. § 1901 II 2, IV, V BGB hat der Betreuer die Betreuung nämlich so zu führen, dass dem Betroffenen die tatsächliche Möglichkeit zum Handeln erhalten oder wieder verschafft wird. Der Betreuer muss die Entscheidungen des Betroffenen lediglich daraufhin kontrollieren, ob sie Folge und Ausdruck seiner fehlenden Eigenverantwortung sind. Nur in diesem Fall darf er den Entscheidungen des Betroffenen seine Anerkennung versagen und seine eigene Entscheidung an die Stelle der des Betroffenen setzen. Dass er dabei auch gegen den natürlichen Willen bzw. Wunsch des Betroffenen entscheiden darf, leitet sich aus seiner Verpflichtung auf das Wohl des Betroffenen her, § 1901 III 1 BGB. § 1901 II 2 BGB sagt nämlich nichts über die rechtliche Bedeutung aktueller Wünsche des Betreuten aus, sondern stellt

³²⁹ Lipp, S. 152

³³⁰ oben § 4 I 2

³³¹ Staudinger/Bienwald, § 1901 BGB Rn. 24

³³² BGH, Beschl. v. 17.03.2003, XII ZB 2/03

eine normative Zielvorgabe für den Fall dar, dass er keinen Wunsch äußert oder äußern kann³³³.

c. Schutz des Selbstbestimmungsrechts des Betroffenen durch das Betreuungsrecht

Soll das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen gesichert werden, so ist der Betroffene sowohl vor Fremdbestimmung durch Dritte als auch vor Selbstschädigungen infolge fehlender Eigenverantwortlichkeit zu schützen. Dieser Schutz erfolgt zunächst durch die Person des Betreuers, der den Wünschen des Betroffenen nach entsprechender Prüfung nachkommt oder deren Umsetzung verweigert³³⁴. Die Betreuerbestellung hat jedoch wie gesehen grundsätzlich keinen Einfluss auf die Geschäftsfähigkeit des Betroffenen; er bleibt neben dem Betreuer rechtlich voll handlungsfähig³³⁵. Außerdem kann, selbst wenn eine Geschäftsunfähigkeit des Betroffenen gem. § 104 Nr. 2 BGB vorliegen sollte, diese nur auf den Einzelfall bezogen und nicht mit Wirkung für zukünftige Rechtsgeschäfte festgestellt werden. Sie wird erst im Streitfalle rückblickend vom Gericht festgestellt³³⁶.

(1) Schutz vor sich selbst – der Einwilligungsvorbehalt

Es besteht somit die Gefahr, dass der Betroffene sich über die Entscheidungen des Betreuers hinwegsetzt und sich durch seine eigenen Handlungen selbst schädigt. Ließe das Rechtssystem derartige – auf der fehlenden Eigenverantwortlichkeit der Betroffenen beruhende – selbstschädigende Handlungen rechtlich bestehen, so führte die tatsächliche Ungleichheit abermals zu rechtlicher Ungleichheit. Daher ist ein Schutz des Betroffenen „vor sich selbst“, also vor seinen eigenen rechtlichen Handlungen, die er aufgrund seiner eingeschränkten Eigenverantwortlichkeit vornimmt, nötig³³⁷. Das deutsche

³³³ Lipp, S. 155

³³⁴ Lipp, S. 89

³³⁵ oben, § 4 I 3

³³⁶ Lipp, S. 146, 173f.; Palandt/Heinrichs, § 104 BGB Rn. 8

³³⁷ Mitko, S. 81; Lipp, S. 89

Betreuungsrecht geht dabei ebenfalls den Weg über die im Rahmen der Betreuung errichtete Handlungsorganisation, indem es die rechtliche Wirksamkeit der Handlungen von der Zustimmung des Betreuers abhängig macht: der sog. Einwilligungsvorbehalt, § 1903 BGB. Dieser wird (so weit seine Anordnung überhaupt erforderlich ist³³⁸) ebenfalls vom Vormundschaftsgericht angeordnet. Ein Geschäft des Betroffenen, das unter den Wirkungsbereich des Einwilligungsvorbehalts fällt, ist sodann gem. §§ 108 I, 1903 BGB bis zur Bestätigung durch den Betreuer schwebend unwirksam³³⁹. Dies gilt freilich nicht für geringfügige Geschäfte des täglichen Lebens, § 1903 III 2 BGB. Für höchstpersönliche Rechtsgeschäfte darf ein Einwilligungsvorbehalt gar nicht erst angeordnet werden, § 1903 II BGB. Wie der Aufgabenkreis des Betreuers kann auch die Reichweite des Einwilligungsvorbehalts flexibel und individuell an den Grad der Beeinträchtigung der Eigenverantwortlichkeit und das Schutzbedürfnis des Betroffenen angepasst werden³⁴⁰, wobei je nach Bedarf auch Schenkungsgeschäfte erfasst werden können, entweder weil sie ausdrücklich genannt sind, oder weil die Grenzen des Einwilligungsvorbehalts so weit gezogen wurden, dass das jeweilige Schenkungsgeschäft erfasst wird.

(2) Schutz vor Fremdbestimmung

Da eine staatliche Organisation der Rechtsperson automatisch die Gefahr einer staatlichen Fremdbestimmung des Betroffenen in sich birgt, eine privatrechtliche Organisation die Gefahr privater Fremdbestimmung, versucht das deutsche Betreuungsrecht, dieses Problem dadurch zu lösen, dass die Handlungsorganisation so aufgeteilt wird, dass eine vom Staat unabhängige Person (Betreuer) die konkreten Entscheidungen für den Betroffenen trifft, hierbei aber staatlicher Kontrolle und Überwachung ausgesetzt ist.

³³⁸ Mitko, S. 27

³³⁹ Palandt/Diederichsen, § 1903 BGB Rn. 15

³⁴⁰ BT-Drucks. 11/4528, 52, 63, 163; Damrau, in: Damrau/Zimmermann, § 1903 BGB Rn. 6; vgl. auch § 69 I Nr. 4 FGG

aa. Der vormundschaftsgerichtliche Genehmigungsvorbehalt

Damit diese staatliche Kontrolle aber von politischen und vor allem von der Wahrnehmung anderer staatlicher Interessen unabhängig ist, wird sie von einem unabhängigen Vormundschaftsgericht in justizförmiger Weise vorgenommen³⁴¹. So steht der Betreuer in seiner gesamten Tätigkeit gem. §§ 1908i, 1837 II BGB unter Aufsicht des Vormundschaftsgerichts, welches gegen Pflichtwidrigkeiten des Betreuers durch geeignete Ge- und Verbote einzuschreiten hat. Nötigenfalls kann das Vormundschaftsgericht auch den Betreuer entlassen und durch einen anderen ersetzen, §§ 1908i, 1837 II 1, 1908b I BGB.

Für die Vornahme bestimmter, vom Gesetzgeber als besonders wichtig oder gefährlich angesehener Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen, hat der Betreuer dabei die vorherige Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einzuholen³⁴². Dabei hat der Gesetzgeber zum Zwecke der Rechtssicherheit die entsprechenden Fälle enumerativ aufgeführt, anstatt eine entsprechende Generalklausel zu verwenden³⁴³.

bb. Das Verbot von Insichgeschäften und Geschäften mit Verwandten

Weiterhin hat der Gesetzgeber mit § 1795 BGB das Verbot des Selbstkontrahierens und der Vertretung in Geschäften mit Ehegatten und Verwandten des Betreuers beibehalten. Interessenkonflikten des Betreuers wegen mittelbaren oder unmittelbaren Eigeninteresses sollte hierdurch weiterhin vorgebeugt werden.

cc. Schadensersatzansprüche des Betroffenen, Strafbarkeit des Betreuers

Um den Betroffenen vor schuldhaften Pflichtwidrigkeiten des Betreuers (und damit auch vor Fremdbestimmung) zu schützen, sieht das Betreuungsrecht weiterhin in einem solchen Fall einen Schadensersatzanspruch des Betroffenen gegen seinen Betreuer vor,

³⁴¹ Lipp, S. 57

³⁴² §§ 1904 – 1907, 1908i, 1810, 1811, 1812 III, 1814 – 1816, 1819-1821, 1822 Nr. 1-4, 6-13, 1823, 1825 BGB

³⁴³ Palandt/Diederichsen, § 1821 BGB Rn. 2

§§ 1908i I, 1837, 1833 BGB. Eine mögliche Strafbarkeit des Betreuers nach dem StGB³⁴⁴, wenn er wegen Beeinträchtigung des Betreutenwohls pflichtwidrig handelt, sowie eine daraus resultierende Schadensersatzpflicht gem. § 823 II BGB runden die vorhandenen Schutzmechanismen gegen Fremdbestimmung ab.

3. Schenkungen nach neuem Recht

Das Schenkungsverbot des § 1804 BGB wurde bei Schaffung des Betreuungsrechts als zu eng empfunden³⁴⁵. Anstatt jedoch auf ein solches Verbot gänzlich zu verzichten, sollte der Kreis möglicher Schenkungen „vorsichtig erweitert“ werden³⁴⁶.

Es wurde daher in § 1908i II BGB bestimmt, dass der unveränderte § 1804 BGB weiterhin auch für den Betreuer Anwendung findet. Darüber hinaus kann der Betreuer in Vertretung des Betreuten „Gelegenheitsgeschenke“ auch dann machen, wenn „dies dem Wunsch des Betreuten entspricht und nach seinen Lebensverhältnissen üblich ist“. Wann ein Wunsch des Betroffenen vorliegt und wann dieser grundsätzlich beachtet werden muss, wurde bereits erörtert³⁴⁷.

a. Gelegenheitsschenkung

Augenscheinlich muss sich eine „Gelegenheitsschenkung“ auf bestimmte „Gelegenheiten“ beziehen. Im Einzelnen wird der Begriff der „Gelegenheitsgeschenke“ dennoch unterschiedlich definiert: teilweise werden darunter die unter Verwandten und Freunden üblichen Gaben zu bestimmten Gelegenheiten (z.B. Geburtstag, Namenstag, Festtage, Silberhochzeit, Betriebszugehörigkeit, Dienstjubiläum) verstanden, die keine Wertgegenstände sind³⁴⁸. Teilweise werden zu solchen Gelegenheitsgeschenken aber nicht nur die allgemein üblichen Geschenke

³⁴⁴ etwa §§ 266, 246 oder 242 StGB

³⁴⁵ BT-Drucks. 11/4528, S. 160

³⁴⁶ BT-Drucks. 11/4528, S. 160; Palandt/Diederichsen § 1908i BGB Rn. 18

³⁴⁷ oben, § 4 I 3 b

³⁴⁸ Staudinger/Bienwald, § 1908i BGB Rn. 123; Schwab, in: MünchKommBGB, § 1908i Rn. 41; Jurgeleit/Meier, § 1908i BGB Rn. 7

gezählt, sondern auch Zuwendungen, die zu einem besonderen Anlass wie einem besonderen Ereignis im Leben des Schenkers oder Beschenkten erfolgen (z. B. Examensgeschenk, eigene Erbschaft oder Lotteriegewinn³⁴⁹) oder als kleine Anerkennung für geleistete freiwillige Dienste. Weiterhin werden hierunter insbesondere Zuwendungen an fürsorgliche Bekannte, Nachbarn oder Pflegepersonal verstanden³⁵⁰. Der Wortlaut setzt letztendlich lediglich eine besondere Situation voraus, die ein Geschenk als angebracht erscheinen lässt, eine Gelegenheit zum Schenken eben.

Feste Wertgrenzen lassen sich demgegenüber weder aus dem Wortlaut noch aus dem sonstigen Zusammenhang ersehen. Als Empfänger der Schenkungen ergeben sich ebenfalls aus dem Wortlaut der Vorschrift keine Einschränkungen: neben Freunden, Verwandten und Bekannten kommen auch Pflegepersonal und Dienstleister³⁵¹ sowie Arbeitskollegen, Mitarbeiter und andere Personen in Betracht³⁵².

b. Üblichkeit nach den Lebensverhältnissen

Ob eine Schenkung nach den Lebensverhältnissen des Betroffenen üblich ist, wird allgemein danach bemessen, ob sie sich im Rahmen dessen hält, was sich der Betroffene für diesen Zweck leisten konnte und leisten kann und was bei seinem Einkommen und Vermögen sowie seinem Lebenszuschnitt typisch ist³⁵³. Ausgangspunkt ist demnach das bisherige Schenkungsverhalten des jeweiligen Betroffenen selbst. Die Lebensverhältnisse des Betroffenen bilden somit nicht nur den Maßstab für den Gegenstand und die Höhe des Werts des Geschenkten, sondern sind auch bei der Beurteilung des Anlasses von Bedeutung³⁵⁴.

³⁴⁹ Bienwald, in: Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann, Anh. zu § 1908i BGB Rn. 66

³⁵⁰ Palandt/Diederichsen, § 1908i BGB Rn. 18

³⁵¹ Jurgeleit/Meier, § 1908i BGB Rn. 7

³⁵² Staudinger/Bienwald, § 1908i BGB Rn. 123

³⁵³ Schwab in: MünchKommBGB, § 1908i Rn. 41; Staudinger/Bienwald, § 1908i BGB Rn. 124

³⁵⁴ Staudinger/Bienwald, § 1908i BGB Rn. 124

c. Wunsch des Betroffenen

Weiterhin muss die Schenkung dem Wunsch des Betroffenen entsprechen. Der Begriff des Wunsches entspricht dabei dem des § 1901 III BGB³⁵⁵.

d. Die „vorsichtige Erweiterung“ der Schenkungsmöglichkeit

Durch § 1908i II 1 BGB sollte der Kreis der möglichen Schenkungen vorsichtig erweitert werden. Es fragt sich aber, worin diese beabsichtigte Erweiterung gegenüber den Schenkungsmöglichkeiten des § 1804 BGB liegen soll. Denn in aller Regel sind bei Vorliegen einer „Gelegenheitsschenkung“ ohnehin schon die Voraussetzungen einer Anstandsschenkung gegeben³⁵⁶, schließlich sind Geschenke zu Festtagen so allgemein üblich, dass bei Ausbleiben eines derartigen Geschenks eine „Einbuße an Achtung in den sozial gleichgestellten Kreisen“ iSd. § 1804 BGB kaum zu vermeiden sein wird³⁵⁷. Auch Geschenke an fürsorgliche Bekannte, Nachbarn oder Pflegepersonal dürften in aller Regel hierunter fallen³⁵⁸.

Die Erweiterung der Schenkungsmöglichkeiten dürfte sich jedoch daraus ergeben, dass Schenkungen nicht größtmäßig durch allgemeine Sittlichkeitsmaßstäbe wie bei § 1804 BGB beschränkt sind und sich somit jedenfalls nicht der Wert des Geschenks nach objektiven, von der Person des Betroffenen losgelösten, Kriterien richtet³⁵⁹. Denn nach dem Wortlaut

³⁵⁵ Erman/Holzhauser, § 1908i BGB Rn. 37; zum Begriff des Wunsches siehe oben, § 4 I 2 b (1)

³⁵⁶ Jürgens/Klüsener, § 1804 BGB Rn. 11; Schwab in: MünchKommBGB, § 1908i Rn. 41; Jurgeleit/Meyer, § 1908i BGB Rn. 7

³⁵⁷ Kollmer (§ 8 B I 1) sieht die größere Spannweite des § 1908i II 1 BGB schon darin, dass die Schenkung auf Veranlassung des Betreuten vorgenommen wird. Diese Einschätzung kann jedoch nicht überzeugen, da der Wunsch des Betroffenen i.R.d. § 1908i II 1 BGB (im Gegensatz zu § 1804 BGB) ein zusätzliches Tatbestandserfordernis darstellt und den Anwendungsbereich des § 1908i BGB insofern schwerlich erweitern kann – das Gegenteil ist der Fall. Grundsätzlich skeptisch, ob der Begriff umfassender ist, als der der Anstandsschenkung: Bobenhausen, BtPrax 1994, 158, 160

³⁵⁸ a.A. Palandt/Diederichsen, § 1908i BGB Rn. 18

³⁵⁹ ebenfalls in diesem Sinne: Böhmer, MittBayNot 1996, 405, 406; Soergel/Zimmermann, § 1908i BGB Rn. 17

des § 1908i II BGB ist in dieser Hinsicht nur die Üblichkeit nach den Lebensverhältnissen des konkret Betroffenen notwendig. Wenn die Bestimmung der Üblichkeit nach den Lebensverhältnissen des konkret Betroffenen ergibt, dass eine sehr großzügige Schenkung sich hier im Rahmen des beim Betroffenen Üblichen hält, so ist die Vornahme einer solchen Schenkung jedenfalls vom neugeschaffenen § 1908i II 1 BGB gedeckt.

Für die eingangs genannten Beispielfälle³⁶⁰ ändert sich jedoch mit der „vorsichtigen Erweiterung“ der Schenkungsmöglichkeiten durch § 1908i II 1 BGB nichts. Denn sowohl bei Schenkungen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge³⁶¹ als auch bei anlasslosen karitativen Schenkungen handelt es sich nicht um Gelegenheitsschenkungen. Selbst die Fälle, in denen der Betroffene für den Fall seiner notwendigen Heimunterbringung die Schenkung von Tafelsilber oder Bildern angeordnet hat, sind von § 1908i II 1 BGB nicht umfasst. Denn sie könnten zwar mit etwas gutem Willen unter den Begriff der Gelegenheitsschenkungen subsumiert werden. Da die Heimunterbringung jedoch in der Regel ein einmaliges Ereignis darstellt, dürfte hier – jedenfalls in aller Regel – das Merkmal der Üblichkeit nach den Lebensverhältnissen fehlen, so dass dem Betreuer die Schenkungen gem. §§ 1908i II 1, 1804 BGB untersagt wären. Auch die Schenkung von Geld an die einzige Verwandte, damit diese sich für Besuchszwecke ein Auto kaufen kann, dürfte wohl schwerlich als Gelegenheitsschenkung anzusehen sein.

Der Kreis der möglichen Schenkungen wurde somit durch die Einführung des § 1908i II 1 BGB in der Tat nur sehr vorsichtig, nämlich für nur sehr wenige Fälle erweitert.

³⁶⁰ oben, § 1

³⁶¹ BayObLG FamRZ 2003, 1967; Sonnenfeld FamRZ 2004, 1685, 1691

e. Rechtsfolge des Verstoßes gegen § 1908i BGB

Sollte der Ausnahmetatbestand des § 1908i II 1 BGB nicht greifen, so ist die Schenkung gem. § 1804 S.1 unheilbar nichtig³⁶² und zwar sowohl die schuldrechtliche Abrede (§§ 516, 518 BGB), als auch das dingliche Vollzugsgeschäft³⁶³.

f. Praktische Möglichkeiten von Schenkungen aus dem Betroffenenvermögen

Die Frage, wann und wie innerhalb einer eingerichteten Betreuung Schenkungen aus dem Betreutenvermögen rechtlich vorgenommen werden dürfen, hängt davon ab, welche Person handelt – der Betreute selbst oder der Betreuer –, ob der Betroffene geschäftsfähig i.S.d. § 104 Nr. 2 BGB ist und ob ein Einwilligungsvorbehalt angeordnet wurde.

Gem. § 1897 V BGB sind bei der Auswahl des Betreuers verwandtschaftliche und sonstige persönliche Bindungen des Betroffenen zu berücksichtigen. Wenn der Betroffene niemanden als Betreuer vorschlägt, sind somit Eltern, Kinder, Ehegatten bzw. Lebenspartner und andere Personen, zu denen der Betroffene besondere persönliche Beziehungen unterhält, wie Lebensgefährten³⁶⁴, Nachbarn³⁶⁵, Bekannte³⁶⁶ und Freunde³⁶⁷, als Betreuer vorrangig in Betracht zu ziehen³⁶⁸. Nun liegt es aber in der Natur der Sache, dass der Betroffene regelmäßig gerade Verwandte und solche Personen, zu denen er besondere persönliche Bindungen unterhält, beschenken möchte. Durch die Übernahme des Betreueramtes ändert sich im Regelfall nichts daran, dass der Betroffene dieser – nunmehr als Betreuer eingesetzten – ihm nahe stehenden Person ebenfalls Schenkungen machen möchte. Der Wunsch des Betroffenen,

³⁶² Staudinger/Engler, § 1804 BGB Rn. 20; BayObLG, FamRZ 1996, 1359, 1360, FamRZ 1999, 47

³⁶³ Jürgens/Klüsener, § 1804 BGB Rn. 2; Schwab, in: MünchKommBGB, § 1908i Rn. 39

³⁶⁴ OLG Köln FamRZ 2000, 116f.

³⁶⁵ Staudinger/Bienwald, § 1897 BGB Rn. 28

³⁶⁶ Soergel/Zimmermann, § 1897 BGB Rn. 44

³⁶⁷ Schwab, in: MünchKommBGB, § 1897 BGB Rn. 26

³⁶⁸ Palandt/Diederichsen, § 1897 BGB Rn. 22

solche Personen zu beschenken, wird vielmehr größer werden, wenn diese ihm aufgrund des übernommenen Betreueramtes zusätzliche Fürsorge zuteil werden lassen.

Es ist daher zu untersuchen, innerhalb welcher Grenzen solche Schenkungen an den Betreuer möglich sind. Dabei ist zu unterscheiden, welche der Personen die Schenkung vornimmt: der Betroffene selbst oder der Betreuer. Weiterhin ist zu untersuchen, ob bei Schenkungen des Betroffenen an seinen Betreuer dieser eine evtl. erforderliche Genehmigung erteilen darf.

(1) Schenkungen durch den Betreuten, der nicht unter Einwilligungsvorbehalt steht

Ein Betreuer ist grundsätzlich in seiner Geschäftsfähigkeit nicht beschränkt³⁶⁹. Soweit er nicht unter Einwilligungsvorbehalt steht oder geschäftsunfähig im Sinne des § 104 Nr. 2 BGB ist, kann er daher rechtlich über sein gesamtes Vermögen frei verfügen, ohne dass er irgendwelchen Einschränkungen unterworfen wäre. Auch kann er Dritten Vollmachten erteilen, die das Recht zur Schenkung außerhalb der §§ 1804, 1908i II 1 BGB beinhalten³⁷⁰.

(2) Schenkungen des Betroffenen an seinen Betreuer

Von Seiten des Betroffenen werden daher Schenkungen an den Betreuer nicht scheitern. Fraglich ist allerdings, ob auch der Betreuer frei ist, solche Geschenke anzunehmen, oder ob er aufgrund seines Betreueramtes hieran gehindert ist.

aa. Annahmeverbot durch §§ 1908i I 1, 1795 II, 181 BGB?

Eine spezialgesetzliche Regelung innerhalb des Betreuungsrechts findet sich zu dieser Frage nicht. Insbesondere ist der Betreuer nicht aufgrund der §§ 1908i I 1, 1795 II, 181 BGB an der Annahme der Schenkung gehindert³⁷¹. Denn durch § 1795 BGB wird dem Betreuer die

³⁶⁹ oben, § 4 I 3

³⁷⁰ BayObLG, FamRZ 2004, 1229, 1231; Bobenhausen, BtPrax 1994, 158, 160 Fn. 22

³⁷¹ Müller, ZEV 1998, 219, 220; Schwab, FamRZ 1990, 681, 688

Vertretungsmacht für Insichgeschäfte, also solche, bei denen der Betreuer auf beiden Seiten des Rechtsgeschäfts handelt, entzogen³⁷². Wenn der Betroffene aber auf seiner Seite des Rechtsgeschäfts dieses wirksam vorgenommen hat, benötigt der Betreuer keinerlei Vertretungsbefugnisse für die Annahme der Schenkung, die ihm durch § 1795 BGB entzogen werden könnten³⁷³. Er handelt bei der **Annahme** der Schenkung nämlich im eigenen Namen und nicht im Namen des Betroffenen³⁷⁴.

Mit anderen Worten kann die Regelung des § 1795 BGB keine Wirkung entfalten, da hierdurch lediglich dem Betreuer die Vertretungsmacht entzogen wird, für den Betroffenen zu handeln. Diese benötigt er für die Annahme einer solchen Schenkung aber gar nicht, da der Betroffene selbst alles auf seiner Seite Notwendige getan hat. § 1795 BGB bezieht sich nicht auf Eigengeschäfte des Betreuers, sondern auf Vertretungsgeschäfte des Betreuers für den Betroffenen.

bb. Annahmeverbot durch § 14 I, V HeimG?

Nach § 14 I HeimG ist es Heimträgern untersagt, sich vom Bewohner Geld oder geldwerte Leistungen über das Heimentgelt hinaus versprechen oder gewähren zu lassen. Gleiches gilt gem. § 14 V HeimG ebenfalls für die Heimleitung, die Beschäftigten und sonstige Mitarbeiter des Heims. Unter dieses Verbot fallen neben Verträgen³⁷⁵ auch letztwillige Verfügungen³⁷⁶.

Eine direkte Anwendung dieses Schenkungsannahmeverbots scheidet schon deshalb aus, weil gem. § 1897 III BGB ein Mitarbeiter eines Heimes, in dem der Betroffene wohnt, nicht zum Betreuer bestellt werden darf. Hinzu kommt, dass der Heimbegriff des § 14 HeimG eine

³⁷² Wagenitz, in: MünchKommBGB, § 1795 BGB Rn. 10

³⁷³ Klüsener, in: Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein, § 1804 BGB Rn. 3; Schwab, FamRZ 1990, 681,688

³⁷⁴ Schwab in: MünchKommBGB, § 1908i Rn. 44

³⁷⁵ BGHZ 110, 235ff. = NJW 1990, 1603; zu Schenkungen: BVerwGE 78, 357, 363 = NJW 1988, 984

³⁷⁶ BVerwG, NJW 1990, 2268; KG, Beschl. v. 29.10.1979 – AR [B] 103/79 – 2 Ws [B] 121/79; OVG Berlin v. 28.3.1989 – 4 B 7/89

Einrichtung voraussetzt, die in ihrem Bestand unabhängig von Wechsel und Zahl der Bewohner ist³⁷⁷, so dass die rechtliche Betreuung innerhalb der Familie oder sonstigen persönlichen Bezugspersonen schon begrifflich nicht unter den Anwendungsbereich des HeimG fällt³⁷⁸. Es stellt sich aber die Frage, ob die Vorschrift analog auf Schenkungen des Betroffenen an seinen Betreuer angewandt werden kann.

Eine analoge Anwendung einer Vorschrift setzt aber neben dem Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke³⁷⁹ voraus, dass entweder sich aus mehreren Rechtssätzen ein allgemeines Prinzip ergibt, das auf weitere Regelungen angewandt werden kann (Rechtsanalogie)³⁸⁰ oder dass vergleichbare Interessenlagen bestehen und somit die Rechtsfolge einer Regelung auf einen vergleichbaren Fall übertragen wird (Einzelanalogie)³⁸¹.

Schon das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke wird jedoch von der Rechtsprechung verneint³⁸², da § 1897 III BGB einerseits den Heimmitarbeiter von einer Betreuerbestellung ausschließe, jedoch der Betreuungsgesetzgeber bewusst davon abgesehen habe, die Erbberechtigung generell als Ausschlussgrund zu normieren³⁸³. Hinzu komme aber noch, dass eine analoge Anwendung des § 14 HeimG zu einer unzulässigen Einschränkung der Testierfreiheit des Betroffenen führe, da allein der Gesetzgeber deren Inhalt und Schranken bestimme³⁸⁴.

³⁷⁷ BayObLGZ 1998, Nr. 6 = ZEV 1998, 234; Kraher, in: Kraher/Richter, § 1 HeimG Rn. 6; Kunz, in: Kunz/Butz/Wiedemann, § 1 HeimG Rn. 2

³⁷⁸ Müller, ZEV 1998, 219, 221

³⁷⁹ BGHZ 149, 165, 174; NJW 2003, 1932; 2005, 2142; BAG NJW 2003, 2473; BFH NJW 2006, 1837

³⁸⁰ vgl. Palandt/Heinrichs, Vor § 1 BGB Rn. 48

³⁸¹ BGHZ 105, 140, 143

³⁸² BayObLGZ 1998, Nr. 6 = ZEV 1998, 234

³⁸³ BayObLGZ, a.a.O.

³⁸⁴ BayObLGZ, a.a.O.

Die insofern notwendige enge Auslegung³⁸⁵ der Norm des § 14 I, V HeimG stünde daher einem erweiterndem Analogieschluss entgegen.

Es kommt aber noch ein weiteres Argument gegen eine analoge Anwendung des § 14 I, V HeimG auf Schenkungen zwischen Betreutem und Betreuer hinzu: Die Vorschrift des § 14 I, V HeimG dient vor allem dem Zweck, eine Gleichbehandlung der Heimbewohner sicherzustellen³⁸⁶. Dieser Gesetzeszweck ist im Betreuungsrecht überhaupt nicht berührt, so dass es jedenfalls an einer vergleichbaren Interessenlage fehlt³⁸⁷. Bei § 14 HeimG handelt es sich somit um eine Sonderregelung, die auf das Betreuungsrecht nicht entsprechend angewandt werden kann³⁸⁸.

cc. Annahmeverbot durch Öffentliches Dienstrecht

Weiterhin kommt ein Annahmeverbot für den Betreuer aufgrund öffentlichen Dienstrechts gem. § 70 BBG bzw. § 43 BRRG i.V.m. den jeweiligen Landesbeamtengesetzen in Betracht. Danach dürfen Beamte Belohnungen und Geschenke in Bezug auf das Amt nur mit Zustimmung der Dienstbehörde annehmen. Ähnliches gilt für Angestellte im öffentlichen Dienst gem. § 10 I BAT bzw. § 3 II TVöD. Allerdings gelten diese Regelungen nur, wenn der Betreuer einerseits Beamter oder Angestellter im öffentlichen Dienst ist und das Geschenk in Bezug auf das Amt des Beamten oder in Bezug auf die dienstliche Tätigkeit des Angestellten erfolgt³⁸⁹. Der Betreuer müsste sein Amt also als Beamter oder Angestellter des öffentlichen Dienstes führen, was nur bei Behördenbetreuern der Fall ist³⁹⁰. Eine solche Dienstbezogenheit des Geschenks liegt aber schon dann nicht vor, wenn die Zuwendung auch ohne das Bestehen des Dienstverhältnisses erbracht worden wäre, etwa

³⁸⁵ BGH, ZEV 1996, 145, 146; BayObLG, NJW 1992, 55, 56; Kunz, in: Kunz/Butz/Wiedemann, § 14 HeimG Rn. 3; Rossak, ZEV 1996, 41, 44

³⁸⁶ Müller, ZEV 1998, 119, 222

³⁸⁷ Müller, a.a.O.

³⁸⁸ BayObLG FamRZ 1998, 702, 703; Damrau, in: Damrau/Zimmermann, § 1908i BGB Rn. 18; Schwab, in: MünchKommBGB, § 1908i Rn. 44 m.w.N.

³⁸⁹ Müller, ZEV 1998, 219, 223

³⁹⁰ Bienwald, in: Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann, Vor § 1 BtBG Rn. 36

weil die Schenkung aufgrund daneben bestehender privater Beziehungen der Beteiligten erfolgte³⁹¹. In aller Regel ist der Betreuer somit auch nicht aufgrund öffentlichen Dienstrechts an der Annahme einer Schenkung gehindert.

dd. Sittenwidrigkeit

Schließlich kann die Wirksamkeit einer Schenkung des Betreuten an seinen Betreuer an § 138 I BGB³⁹² scheitern. Die Sittenwidrigkeit der Schenkung muss sich dabei aus dem Gesamtcharakter der Zuwendung ergeben, also aus einer zusammenfassenden Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck der Schenkung³⁹³. Dabei sind die jeweiligen Umstände des Einzelfalls maßgebend. Die Rechtsprechung hat nämlich darauf hingewiesen, dass eine Zuwendung eines Betroffenen an seinen Betreuer nicht per se sittenwidrig sei³⁹⁴, da es zum einen an einer entsprechenden Wertung des Gesetzgebers fehle und es zum anderen keine allgemeine Auffassung gebe, wonach eine Schenkung nur deshalb nichtig wäre, weil der Betreuer vom Gericht zur Wahrung der Betroffeneninteressen eingesetzt sei³⁹⁵. Die Sittenwidrigkeit bemesse sich vor allem nach den Motiven des Beschenkten und der Art und Weise seines Vorgehens³⁹⁶.

Die Rechtsprechung hat vor allem solche Schenkungen für sittenwidrig erachtet, die den Zweck verfolgten, die Vermögensverhältnisse des Betroffenen zu Lasten eines Dritten – insbesondere des Sozialhilfeträgers – zu regeln³⁹⁷.

³⁹¹ BayObLG, RPfleger 1990, 56; NJW 1995, 3260; BVerwG, ZEV 1996, 343, 344

³⁹² Eine Unwirksamkeit aufgrund von § 138 II BGB scheidet schon deshalb aus, weil dieser nur Austauschgeschäfte betrifft, BGHZ 106, 269, 271; NJW 1982, 2767, 2768; FamRZ 1990, 1343, 1344

³⁹³ BGHZ 86, 82, 88; 107, 92, 97

³⁹⁴ so auch: Damrau/Zimmermann, § 1908i BGB Rn. 10

³⁹⁵ BayObLGZ 1998, Nr. 6 = ZEV 1998, 234

³⁹⁶ BGH FamRZ 1990, 1343, 1344

³⁹⁷ BGHZ 86, 82, 86ff.; NJW 1992, 3164, 3165; VGH Mannheim, NJW 1993, 2953; OVG Münster, NJW 1997, 2901, 2902

ee. Zwischenergebnis

Der Betreute, der nicht unter Einwilligungsvorbehalt steht, ist somit weitgehend frei, beliebige Schenkungen – auch an den Betreuer³⁹⁸ – eigenhändig vorzunehmen, soweit er insoweit geschäftsfähig ist³⁹⁹. Die Möglichkeiten des Betreuers, solche Schenkungen wirksam anzunehmen, finden ihre Grenzen jedoch vor allem in der Sittenwidrigkeit, welche jedoch nur ausnahmsweise gegeben sein dürfte⁴⁰⁰.

Dieses Ergebnis darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass in der Praxis die Möglichkeiten eines Betreuten, Schenkungen vorzunehmen, in faktischer Hinsicht begrenzt sind. Denn schließlich dürfen Betreuungen nur dann angeordnet werden, wenn dieses erforderlich ist. Das bedeutet, dass die körperlichen und geistigen Fähigkeiten eines Betreuten häufig bereits erheblich eingeschränkt sind. Wenn der Betroffene aber aufgrund körperlicher Gebrechen nicht mehr äußerungsfähig ist, kann er jegliche Rechtsgeschäfte einschließlich Schenkungen nicht mehr selbst tätigen. Das gleiche gilt für Betroffene, die sich in einem die freie Willensbildung ausschließenden Zustand befinden. Denn in diesem Fall sind sie nicht in der Lage, wirksam Willenserklärungen abzugeben, da ihnen gem. § 104 Nr. 2 BGB die Geschäftsfähigkeit fehlt. Über diese Hindernisse aufgrund körperlicher bzw. geistiger Gebrechen kann ihnen der Betreuer jedoch aus vorstehenden Gründen in Bezug auf Schenkungen nur begrenzt hinweghelfen, da er in seiner Tätigkeit an die §§ 1804, 1908i II 1 BGB gebunden ist, über deren Rahmen hinaus – wie gesehen⁴⁰¹ – keine Schenkungen möglich sind.

(3) Schenkungen durch den Betreuten, der unter Einwilligungsvorbehalt steht

³⁹⁸ Schwab, FamRZ 1990, 681, 688; Klüsener, in: Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein, § 1804 BGB Rn. 3

³⁹⁹ LG Ansbach, NJW 1988, 2387

⁴⁰⁰ Müller, ZEV 1998, 219, 223

⁴⁰¹ oben, § 4 I 4 c

Ein Betreuer, der unter Einwilligungsvorbehalt steht, kann für Geschäfte, die vom Einwilligungsvorbehalt erfasst sind, ohne die Genehmigung des Betreuers keine wirksamen Willenserklärungen abgeben⁴⁰². Ein solches Geschäft des Betroffenen ist demnach gem. §§ 108 I, 1903 BGB schwebend unwirksam. Eine Schenkung durch den Betroffenen wäre also von der Zustimmung des Betreuers abhängig. Die Wirksamkeit einer Zustimmung des Betreuers wiederum ist nach §§ 1804, 1908i II 1 BGB zu beurteilen. Diese dürfte sich also nur auf Sitten-, Anstands- oder Gelegenheitsschenkungen beziehen.

Darüber hinaus ist zu beachten, dass gem. § 1908i I 1 i.V.m. § 1795 BGB die Genehmigung einer Schenkung vom Betreuten an den Betreuer nicht zulässig ist⁴⁰³. Jegliche Schenkung des geschäftsfähigen Betreuten an den Betreuer ist im Rahmen eines angeordneten Einwilligungsvorbehalts somit ausgeschlossen⁴⁰⁴.

Somit beschränkt sich die „Schenkungsfähigkeit“ auch eines unter Einwilligungsvorbehalt stehenden Betreuten, der imstande ist, (schwebend unwirksame) Willenserklärungen abzugeben, auf die von §§ 1908i II 1, 1804 BGB zugelassenen Ausnahmen. Die für ihn geschaffene Handlungsorganisation vermag ihm über diese Einschränkung seiner Handlungsfreiheit nicht hinwegzuhelfen.

(4) Schenkungen durch den Betreuer

Die Wirksamkeit einer Schenkung eines Betreuers richtet sich nach den §§ 1804, 1908i II 1 BGB, einerlei ob der Betroffene unter Einwilligungsvorbehalt steht oder nicht. Der Betreuer kann daher allenfalls Sitten-, Anstands- und Gelegenheitsschenkungen für den Betreuten vornehmen.

⁴⁰² oben, § 4 I 3 c (1)

⁴⁰³ Erman/Holzhauer § 1902 BGB Rn. 12

⁴⁰⁴ Hierfür wäre die Bestellung eines Ergänzungsbetreuers notwendig, für den die Erteilung der Genehmigung dann kein Inschlag wäre (Palandt/Diederichsen, § 1795 BGB Rn. 1). Bei der Erteilung dieser Genehmigung ist der Ergänzungsbetreuer dann aber ebenfalls an die §§ 1908i II 1, 1804 BGB gebunden.

So weit der Betroffene demnach nicht selbst Schenkungen, die nicht Pflicht-, Anstands- oder Gelegenheitsschenkungen sind, vornehmen kann, sei es weil er hierzu aus körperlichen oder geistigen Defiziten heraus nicht in der Lage ist oder weil er unter Einwilligungsvorbehalt steht, ist ihm die Vornahme dieser Schenkungen aus seinem Vermögen verwehrt. Auch der Betreuer kann ihm aus diesem Dilemma nicht heraushelfen, da für jegliche seiner Handlungen im Rahmen seines Betreueramtes die §§ 1804, 1908i II 1 BGB greifen.

g. Sinn und Zweck des Schenkungsverbots

Im Rahmen der Reform des Vormundschaftsrechts wurde eine Begründung für die Beibehaltung der Regelung des § 1804 nicht gegeben. Es wurde vielmehr eingeräumt, dass die Regelung für Erwachsene als zu eng empfunden werde und daher nunmehr gelockert würde⁴⁰⁵. Dies lässt darauf schließen, dass man im Übrigen der Ansicht war, dass Sinn und Zweck des Schenkungsverbots auch innerhalb des neuen Rechts unverändert weiter bestünden. Nach altem Recht widersprachen Schenkungen dem wohlverstandenen Interesse des Betroffenen, weil sie sein Vermögen verminderten. Aufgabe der Vermögensverwaltung bestand darin, das Vermögen zu erhalten und zu vermehren⁴⁰⁶.

In den Materialien zum BtG findet sich kein Hinweis darauf, dass sich im neuen Recht Sinn und Zweck des Schenkungsverbots gegenüber dem alten Recht ändern sollten. Es ist auch ansonsten nicht ersichtlich, dass im neuen Recht mit dem Schenkungsverbot mehr bezweckt wird, als die Sicherung des Betroffenenwohls und der Schutz des Betroffenen vor Missbrauch der Vertretungsmacht durch den Betreuer⁴⁰⁷.

Im Hinblick auf den Sinn und Zweck des Schenkungsverbots kann daher auf die Ausführungen zum alten Recht verwiesen werden⁴⁰⁸.

⁴⁰⁵ BT-Drucks. 11/4528, S. 160

⁴⁰⁶ zum Sinn und Zweck des Schenkungsverbots im alten Recht, siehe oben, § 3 I 4 c

⁴⁰⁷ Böhmer betont ausdrücklich, dass es auch nach neuem Recht Sinn des Schenkungsverbots sei, den Bestand des Betroffenenvermögens zu schützen (MittBayNot 2005, 232, 232)

⁴⁰⁸ oben, § 3 I 4 c

4. Zwischenergebnis

Das neue Betreuungsrecht bezweckt die Sicherung des Selbstbestimmungsrechts des Betroffenen und die Hilfe bei seiner Ausübung⁴⁰⁹. Wenn und soweit ein Betroffener somit aufgrund körperlicher oder geistiger Defizite nicht in der Lage ist, eigenverantwortlich am Rechtsverkehr teilzunehmen, wird für ihn eine Handlungsorganisation errichtet, vermittels derer er in die Lage versetzt wird, vollumfänglich am Rechtsverkehr teilzunehmen⁴¹⁰. Es wird ihm somit ein Betreuer zur Seite gestellt, der dort, wo es erforderlich ist und der Betroffene aufgrund seiner eingeschränkten Eigenverantwortlichkeit nicht selbst handeln kann, für ihn tätig wird. Dabei hat der Betreuer das (subjektiv zu bestimmende⁴¹¹) Betroffenenwohl sicherzustellen und in diesem Rahmen auch die Wünsche des Betroffenen zu beachten.

Zum Schutz des Betroffenen hält das Betreuungsrecht eine Reihe von Schutzinstrumenten bereit, die ihn vor Fremdbestimmung und Selbstschädigungen infolge seiner eingeschränkten Eigenverantwortlichkeit schützen sollen. Eine Reihe von Geschäften des Betreuers bedarf deshalb für ihre Wirksamkeit der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung⁴¹². Selbstschädigungen des Betroffenen werden dadurch verhindert, dass ein Einwilligungsvorbehalt angeordnet wird, der bewirkt, dass die Wirksamkeit von Eigengeschäften des Betroffenen von der Einwilligung des Betreuers abhängt⁴¹³.

Am Schenkungsverbot hält auch das Betreuungsrecht fest, sieht allerdings eine „vorsichtige Erweiterung“ vor. Über die zulässigen Sitten- und Anstandsschenkungen des § 1804 BGB hinaus sind nunmehr auch Gelegenheitsschenkungen zulässig, soweit sie dem Wunsch des Betroffenen entsprechen und nach seinen Lebensverhältnissen üblich sind, § 1908i II 1 BGB. Schenkungen des Betroffenen selbst, so weit er nicht

⁴⁰⁹ oben, § 4 I 1

⁴¹⁰ oben, § 4 I 1

⁴¹¹ oben, § 4 I 2 b (2) bb

⁴¹² oben, § 4 I 2 c (2) aa

⁴¹³ oben, § 4 I 2 c (1)

unter Einwilligungsvorbehalt steht und auch insoweit die nötige Geschäftsfähigkeit besitzt, sind im Betreuungsrecht unbeschränkt möglich⁴¹⁴. Soweit er aber unter Einwilligungsvorbehalt steht, bedarf der Betroffene für die Wirksamkeit seiner Schenkungen der Einwilligung des Betreuers, der wiederum bei der Erteilung der Genehmigung – genau wie bei eigenen Schenkungen im Namen des Betroffenen – an das Schenkungsverbot gebunden ist⁴¹⁵. Das Schenkungsverbot erfasst somit alle Fälle, in denen entweder der Betreuer selbst im Namen des Betroffenen handelt oder in denen der Betroffene unter Einwilligungsvorbehalt steht.

II. Österreich

1. Ziele des Sachwalterrechts

Österreich hat am 1. Juli 1984 durch das am 2. Februar 1983 vom Nationalrat verabschiedete „Bundesgesetz über die Sachwalterschaft für behinderte Personen“ die alte EntmO aus dem Jahr 1916 aufgehoben und durch ein neues Sachwalterrecht ersetzt. Ziel war die Verwirklichung eines möglichst stufenlosen, jeweils auf den Einzelfall abgestimmten Systems der Beschränkung der Hilfe für die betroffenen Personen⁴¹⁶. „Entmündigung“ und „Unter-Kuratel-gestellt-Werden“ wurde als stigmatisierend und diskriminierend empfunden. Schon die im alten Recht verwendeten Begriffe wie „Entmündigung“, „Geisteskrankheit“, „Geistesschwäche“ und „Kuratel“ seien geeignet, den Betroffenen in der Einschätzung durch seine Umgebung herabzusetzen und sein Fortkommen zu erschweren⁴¹⁷. Gerade die Entmündigung alter und gebrechlicher Menschen habe sich als untaugliches Mittel der Fürsorge erwiesen, es helfe den Betroffenen wenig und werde vielmehr als peinlich empfunden⁴¹⁸.

⁴¹⁴ oben, § 4 I 3 d (1)

⁴¹⁵ oben, § 4 I 3 d (2), (3)

⁴¹⁶ Ent/Hopf, Einführung, S. 25

⁴¹⁷ Forster/Pelikan, S. 159

⁴¹⁸ Ent/Hopf, § 273 ABGB S. 33; Forster/Pelikan, S. 311

Stattdessen sollte deshalb ein stufenloses System geschaffen werden, das die Freiheit der Betroffenen nicht mehr als nötig beschränkt, also ein System, in dem vor allem die Hilfestellung für die Betroffenen im Mittelpunkt stünde und nicht die Beschränkung ihrer Geschäftsfähigkeit⁴¹⁹.

2. Grundzüge des Sachwalterrechts

Ein Betreuer, das ABGB nennt ihn „Sachwalter“, muss bestellt werden, wenn und soweit eine volljährige Person, die an einer psychischen Krankheit leidet oder geistig behindert ist⁴²⁰, nicht im Stande ist, alle oder einzelne ihrer Angelegenheiten ohne Gefahr eines Nachteils für sich selbst zu besorgen, § 273 I ABGB⁴²¹. Im Hinblick auf den Begriff „Angelegenheiten“ knüpft das Gesetz an die Formulierung der alten Entmündigungsordnung an⁴²². Es sind auch hier die rechtlichen Angelegenheiten gemeint⁴²³. Die Gerichte haben den Wirkungskreis des Sachwalters im einzelnen nach den konkreten Bedürfnissen des Betroffenen festzulegen; der Sachwalter kann demnach mit der Besorgung einzelner Angelegenheiten, eines bestimmten Kreises von Angelegenheiten oder aller Angelegenheiten des Betroffenen betraut werden, § 273 III ABGB.

a. Der Sachwalter als Vertreter des Betroffenen

Der Sachwalter ist innerhalb seines Wirkungskreises gesetzlicher Vertreter des Betroffenen⁴²⁴. Auch nach dem neuen Sachwalterrecht wird dabei die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit des Betroffenen als zwangsläufige

⁴¹⁹ Ent/Hopf, Einführung, S. 25; Maurer, Einführung, S. 11

⁴²⁰ Wenn im folgenden beim Sachwalterrecht von „Behinderten“ oder „behinderter Person“ die Rede ist, bezieht sich dies lediglich auf die psychische Krankheit oder geistige Behinderung, nicht auf die körperliche Behinderung, die durch die Streichung des § 273b der Regierungsvorlage vom Sachwalterrecht nicht erfasst wird.

⁴²¹ Vyslouzil/Forster, S. 21

⁴²² siehe oben, § 3 II 1

⁴²³ JAB 1420 BlgNR 15. GP zu § 273 ABGB

⁴²⁴ Schauer, ÖNotZ 1983, 49

Folge der Sachwalterschaft betrachtet: Der Betroffene ist innerhalb des Wirkungskreises des Sachwalters daher nur noch beschränkt geschäftsfähig⁴²⁵. Im Wirkungskreis des Sachwalters kann der psychisch Kranke oder Behinderte ohne Genehmigung des Sachwalters gem. § 273a I 1 i.V.m. § 865 ABGB weder verfügen noch sich verpflichten. Hier obliegt es somit dem Sachwalter zu entscheiden, ob einem Geschäft des Betroffenen zur rechtlichen Wirksamkeit verholfen werden soll oder nicht.

Die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit soll bei der gerichtlichen Entscheidung jedoch nicht im Vordergrund stehen, sondern die Bestellung eines Sachwalters und die Umschreibung seines Aufgabenkreises. Auch die Sachwalterschaft soll nämlich nur so weit gehen, wie das Wohl des Betroffenen es erfordert⁴²⁶. Der Betroffene untersteht somit in all seinen rechtlichen Handlungen innerhalb des Aufgabenkreises des Sachwalters einem Genehmigungsvorbehalt.

b. Gerichtlich eingeräumte Handlungsfähigkeit

Allerdings sieht das Sachwalterrecht vom Genehmigungserfordernis des Sachwalters zwei Ausnahmen vor: Das Vormundschaftsgericht kann schon bei der Anordnung der Sachwalterschaft der betroffenen Person – soweit ihr Wohl dem nicht entgegensteht – innerhalb des Wirkungskreises des Sachwalters die rechtliche Handlungsfähigkeit „hinsichtlich bestimmter Sachen oder ihres Einkommens oder eines bestimmten Teiles davon“ einräumen, § 273a I 2 ABGB. Insoweit hat sich das Sachwalterrecht zum Teil an die entsprechende Regelung aus dem alten Recht angelehnt, wonach ein beschränkt Entmündigter über sein Arbeitseinkommen eigenständig verfügen konnte, solange die Befriedigung seiner Lebensbedürfnisse gesichert war (§ 151 II ABGB a.F.)⁴²⁷.

⁴²⁵ Ent/Hopf, Einführung, S. 26

⁴²⁶ Röthel, FamRZ 2004, 999, 1001

⁴²⁷ oben, § 3 II 1

Der österreichische Gesetzgeber ging diesbezüglich im Verhältnis zu Deutschland den umgekehrten Weg: Grundsätzlich geht mit der Anordnung der Sachwalterschaft die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit einher, hiervon kann das Vormundschaftsgericht jedoch Ausnahmen machen.

c. Wunsch und Wohl des Betroffenen

Der Sachwalter ist bei der Führung seines Amtes und somit bei all seinen Handlungen dem Wohl des Betroffenen verpflichtet⁴²⁸. Was dem Wohl der betroffenen Person entspricht, wird anhand der konkret betroffenen Person selbst bestimmt. Die sachwalterischen Maßnahmen müssen sich darauf beschränken, die aus der psychischen Störung resultierende schwächere Stellung des Betroffenen gegenüber nicht behinderten Personen gerecht auszugleichen⁴²⁹. Eine Maßnahme darf somit nur dann vom Sachwalter getroffen werden, wenn diese für die Beseitigung eines auf der psychischen Störung basierenden Nachteils erforderlich ist⁴³⁰. Der Sachwalter hat hierbei danach zu urteilen, welche Handlungen im Sinne des Betroffenen liegen und sich entsprechend zu entscheiden⁴³¹. So darf der Sachwalter ein Grundstück des Betroffenen nicht nur deshalb veräußern, weil hierfür ein günstiger Preis geboten wird⁴³². Auch hat der Sachwalter bei der Frage von Anschaffungen oder Auslagen danach zu urteilen, ob sie dem Betroffenen Freude bereiten und somit seinem Wohl dienen, und nicht etwa danach, ob sie – bei objektiver Beurteilung – überflüssig oder unnötig sind⁴³³.

Der Betroffene hat darüber hinaus das Recht, über alle wichtigen Angelegenheiten seine Person und sein Vermögen betreffend informiert zu werden; er kann sich zu sämtlichen Maßnahmen des Sachwalters äußern, § 273a III 1. HS ABGB. Der vom Betroffenen geäußerte Wunsch ist vom

⁴²⁸ Ent/Hopf, § 281 ABGB RV 20

⁴²⁹ Kremzow S. 87

⁴³⁰ Schwind, S. 207

⁴³¹ Kremzow S. 121

⁴³² Entsch. NotZ 1977, 57

⁴³³ Kremzow S. 121

Sachwalter zu befolgen, wenn der Wunsch seinem Wohl nicht weniger entspricht, § 273a III 2. HS ABGB. Dies bedeutet, dass der Sachwalter schon dann verpflichtet ist, dem Wunsch des Betroffenen nachzukommen, wenn dessen Ansicht – vom Wohl des Betroffenen aus gesehen – ebenso viel für sich hat wie die des Sachwalters⁴³⁴. Dieser Vorrang des Wunsches des Betroffenen bezieht sich dabei auf alle Angelegenheiten. Hierbei sind sowohl wichtige als auch unwichtige Angelegenheiten gemeint⁴³⁵, denn die Beschränkung auf „wichtige Angelegenheiten“ im ersten Halbsatz des § 273a III ABGB bezieht sich lediglich auf die Verständigungspflicht des Sachwalters, also seine Pflicht, den Betroffenen vor Durchführung der Maßnahme zu informieren⁴³⁶. Der Betroffene kann sich somit zu beliebigen Maßnahmen des Sachwalters äußern und eine bestimmte Vorgehensweise bei von ihm zu besorgenden Angelegenheiten verlangen, soweit diese in seinen Wirkungskreis fallen. Auf die Gewichtigkeit der Maßnahme oder Angelegenheit kommt es hierbei nicht an. Differieren somit der Wunsch des Betroffenen und die „objektive“ Interessenlage, so ist dennoch i.S.d. Vorstellungen des Betroffenen vorzugehen, wenn die Erfüllung des Wunsches nicht seinem Wohl zuwiderläuft und seinen subjektiven Interessen entspricht⁴³⁷. Der Sachwalter hat beispielsweise den Wunsch des Betroffenen nach Beschaffung einer bequemeren Wohnungseinrichtung stets zu befolgen, wenn die finanziellen Möglichkeiten des Betroffenen dies ohne weiteres zulassen. Demgegenüber muss der Wunsch des Betroffenen abgelehnt werden, wenn die Gefahr besteht, dass sich die Lebens- und Vermögensverhältnisse des Betroffenen objektiv und subjektiv hierdurch verschlechtern könnten⁴³⁸.

⁴³⁴ Waters, S. 184; Steinbauer, ÖJZ 1985, 385, 392

⁴³⁵ Kremzow S. 63

⁴³⁶ Kremzow S. 65

⁴³⁷ Kremzow S. 66

⁴³⁸ Kremzow S. 66

d. Geringfügige Angelegenheit des täglichen Lebens

Weiterhin können „geringfügige Angelegenheiten des täglichen Lebens“ vom Betroffenen selbst getätigt werden, § 273a II ABGB, sie werden mit der Erfüllung durch ihn rückwirkend wirksam⁴³⁹. Eine geringfügige Angelegenheit des täglichen Lebens ist dabei ein Rechtsgeschäft, das von einem Durchschnittsmenschen bei Besorgung der eigenen Angelegenheiten, üblicherweise im Alltagsverlauf, insbesondere zur Bestreitung der gewöhnlich das Durchschnittsmaß nicht übersteigenden eigenen oder der Lebensbedürfnisse seiner Familie, getätigt wird⁴⁴⁰. Dabei wird die Frage, ob eine „geringfügige Angelegenheit“ vorliegt, nicht nach objektiven Wertmaßstäben oder festen Wertgrenzen beurteilt, sondern richtet sich nach den individuellen Verhältnissen des Betroffenen, insbesondere nach der Höhe der für den Lebensunterhalt zur Verfügung stehenden Mittel⁴⁴¹.

e. Schutz der Betroffeneninteressen im Sachwalterrecht

Auch nach dem neuen Sachwalterrecht sieht das ABGB einige Instrumente zum Schutz des Betroffenen vor Fremdbestimmung vor. Sie kann insbesondere daraus resultieren, dass der Sachwalter aufgrund von Interessenkonflikten nicht ausschließlich das Wohl des Betroffenen verfolgt.

(1) Interessenkollision

Widerstreiten in einer bestimmten Angelegenheit die Interessen des Betroffenen mit denen des Sachwalters, etwa bei Insichgeschäften oder bei Geschäften mit nahen Angehörigen oder Freunden des Sachwalters, so hat das Vormundschaftsgericht in dieser Angelegenheit einen Kollisionssachwalter zu bestellen, § 271 I ABGB. Er vertritt den Betroffenen in dieser Angelegenheit. Dem Sachwalter selbst ist in dieser Angelegenheit die Vertretungsmacht entzogen, der Wirkungsbereich

⁴³⁹ Schauer, ÖNotZ, 1983, 49, 50

⁴⁴⁰ Knell, S. 239

⁴⁴¹ Kremzow, S. 62

scheidet aus seiner Vertretungsbefugnis aus⁴⁴². Gleiches gilt für Genehmigungen solcher Geschäfte.

(2) Vormundschaftsgerichtlicher Genehmigungsvorbehalt

Gem. §§ 282 I, 154 III ABGB kann der Sachwalter jegliche Geschäfte, die außerhalb des ordentlichen Wirtschaftsbetriebes fallen, nur mit Genehmigung des Gerichtes vornehmen, so dass bei allen außergewöhnlichen Geschäften eine zusätzliche gerichtliche Kontrolle stattfindet. Das Gericht überprüft die Rechtmäßigkeit des beabsichtigten Geschäfts und ist hierbei selbstverständlich in seiner Entscheidung ebenfalls an das Betroffenenwohl gebunden⁴⁴³.

(3) Schadensersatzansprüche des Betroffenen, Strafbarkeit des Sachwalters

Sollte der Sachwalter schuldhaft seine Pflichten verletzen, so haftet er dem Betroffenen für den entstandenen Schaden, § 264 ABGB⁴⁴⁴.

Weiterhin macht sich der Sachwalter bei vorsätzlichen Pflichtverstößen ggf. strafbar, §§ 133, 134 II StGB.

3. Schenkungen nach neuem Recht

Bezüglich Schenkungen existiert auch nach reformiertem ABGB keine ausdrückliche Regelung. Vielmehr ist die Regelung des § 154 III ABGB auch nach Einführung des Sachwalterrechts beibehalten worden⁴⁴⁵. Sie findet über § 282 I ABGB auch auf den Sachwalter Anwendung. Der Sachwalter bedarf somit für Geschäfte und Genehmigungen außerhalb des ordentlichen Wirtschaftsbetriebs der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

⁴⁴² SZ 25/242; 36/163; EF 45.921; 51.375; Rummel/Pichler § 271 ABGB Rn. 4

⁴⁴³ EFSIg 22.445; JBl 1993, 106; Feil, S. 256; Schwimann, § 154 ABGB Rn. 22

⁴⁴⁴ Insoweit ist gegenüber dem alten Entmündigungsrecht keine Veränderung eingetreten, so dass die bisherige Rechtsprechung vollständig übertragbar ist, Kremzow, S. 126f., vgl. daher zum Schadensersatzanspruch: oben, § 3 II 2

⁴⁴⁵ Vgl. oben, § 3 II 3

In der österreichischen Rechtsprechung und Literatur werden die Fragen, ob und in welchem Rahmen Schenkungen aus dem Vermögen des Betroffenen vorgenommen werden dürfen, nur sehr spärlich behandelt. Dies dürfte vor allem daran liegen, dass in § 154 III ABGB als Regelbeispiele für genehmigungspflichtige Geschäfte sogar die Annahme einer mit Belastungen verbundenen Schenkung und die Ablehnung eines Schenkungsangebots aufgeführt werden. Wenn aber schon die Ablehnung der Annahme einer Schenkung genehmigungspflichtig ist, so muss der umgekehrte Fall der Vornahme einer Schenkung aus dem Betroffenenvermögen erst recht genehmigungspflichtig i.S.d. § 154 III ABGB sein.

a. Schenkungen durch den Betroffenen

Selbstverständlich kann der Betroffene *außerhalb des Wirkungskreises des Sachwalters* selbst Schenkungen vornehmen, da er insofern in seiner Geschäftsfähigkeit nicht beschränkt ist⁴⁴⁶. Schenkungen durch den Betroffenen sind weiterhin im Rahmen der Ausnahmen der §§ 273a I 2 und 273a II ABGB möglich: Soweit das Pflegschaftsgericht gem. § 273a I 2 ABGB dem Betroffenen innerhalb des Wirkungskreises des Sachwalters die rechtliche Handlungsfähigkeit eingeräumt hat und die vorgesehene Schenkung von dem Sachbereich der gerichtlichen Anordnung umfasst ist, kann der Betroffene nämlich selbst Schenkungen vornehmen. Darüber hinaus kann der Betroffene Schenkungen alleine vornehmen, soweit es sich hierbei um eine geringfügige Angelegenheit des täglichen Lebens i.S.d. § 273a II ABGB handelt⁴⁴⁷. Vor allem Geschenke an Freunde und Verwandte zu Geburtstagen oder Weihnachten dürften, soweit sie das eigene Durchschnittsmaß des Betroffenen nicht überschreiten, unter diese Regelung fallen.

⁴⁴⁶ Es sei denn seine Geschäftsunfähigkeit ergibt sich aus der allgemeinen Regel des § 865 S.1 ABGB

⁴⁴⁷ siehe oben, § 3 II 3 b

Der Betroffene dürfte sogar – außerhalb des Wirkungskreises des Sachwalters und im Rahmen der §§ 273a I 2 und 273a II ABGB – Schenkungen an den Sachwalter selbst vornehmen⁴⁴⁸.

Der Betroffene selbst kann also alle kleineren Gelegenheitsschenkungen selbst vornehmen, ohne auf die Mitwirkung des Sachwalters angewiesen zu sein, da solche Geschenke sofort vollzogen werden, § 273a II ABGB. Auch große Schenkungen außerhalb des Wirkungskreises des Sachwalters kann der Betroffene wirksam vornehmen, da er insoweit in seiner Geschäftsfähigkeit nicht beschränkt ist, § 273a ABGB e contrario. Sobald eine Schenkung jedoch nicht mehr zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb gehört und außerdem in den Wirkungskreis des Sachwalters fällt, bedarf sie auch der Genehmigung des Sachwalters und weiterhin der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, § 154 III ABGB. Denn innerhalb des Wirkungskreises des Sachwalters ist der Betroffene nicht mehr uneingeschränkt geschäftsfähig, § 273a I 1 ABGB. Der Sachwalter wiederum ist insbesondere an die Vorschriften der §§ 282 I, 154 III ABGB gebunden.

b. Schenkungen durch den Sachwalter

Da der Sachwalter innerhalb seines Wirkungskreises gesetzlicher Vertreter des Betroffenen ist, kann er in diesem Bereich wirksam für ihn handeln. Der Sachwalter darf somit grundsätzlich auch Schenkungen aus dem Vermögen des Betroffenen tätigen. Dies findet allerdings seine Grenze insbesondere in § 154 III ABGB, wonach er sowohl für Vertretungshandlungen als auch für Einwilligungen in Vermögensangelegenheiten außerhalb des ordentlichen Wirtschaftsbetriebes der Zustimmung des Vormundschaftsgerichtes bedarf.

⁴⁴⁸ vgl. insoweit die Ausführungen zum Deutschen Recht: oben, § 4 I 3 d (1); die dortigen Argumente dürften im Österreichischen Recht ebenso greifen, zumal gem. § 281 I ABGB zum Sachwalter nach Möglichkeit ein naher Angehöriger (Kinder, Eltern, etc., vgl. RV 20 zu § 281 ABGB) bestellt werden soll. Auch hier wäre es widersinnig, den Sachwalter in Bezug auf Schenkungen gegenüber den übrigen nahen Verwandten schlechter zu stellen und dem Betroffenen selbst kleine Weihnachtsgeschenke an ihn zu untersagen.

Gewöhnliche Weihnachts- und Geburtstagsgeschenke an Freunde und Verwandte des Betroffenen gehören zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb, da sie üblicherweise im Alltagsverlauf alljährlich getätigt werden⁴⁴⁹. Eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung ist für deren Wirksamkeit daher nicht erforderlich. Selbst die Ausschlagung einer Erbschaft geringen Werts ist genehmigungsfrei⁴⁵⁰. Außergewöhnliche Schenkungen, insbesondere wenn es sich um Grundstücksgeschäfte und ähnliches handelt, bedürfen hingegen stets einer solchen Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes.

c. Praktische Möglichkeiten von Schenkungen aus dem Betroffenenvermögen

Die Möglichkeiten von Schenkungen aus dem Betroffenenvermögen richten sich insbesondere nach den handelnden Personen.

(1) Schenkungen durch den Betroffenen selbst

Für die in der Einleitung genannten Beispielfälle ergibt sich nach österreichischem Recht für Schenkungen durch den Betroffenen innerhalb des Wirkungskreises des Sachwalters folgendes:

Kleine karitative Schenkungen kann der Betroffene wirksam tätigen, ohne dass er einer Genehmigung des Sachwalters bedarf. Denn hierbei handelt es sich um geringfügige Angelegenheiten des täglichen Lebens gem. § 273a II ABGB, die sofort vollzogen werden, so dass sie sofort wirksam sind⁴⁵¹. Auch kleinere Schenkungen an den Sachwalter selbst kann der Betroffene aus vorgenannten Gründen wirksam vornehmen.

Größere Schenkungen hingegen unterliegen nicht mehr dem § 273a II ABGB. Die Schenkungen bedürfen demnach für ihre Wirksamkeit der Genehmigung durch den Sachwalter. Dieser wiederum ist nunmehr bei seiner Genehmigung an § 154 III ABGB gebunden, was bedeutet, dass nicht nur seine Zustimmung erforderlich ist, sondern auch die des

⁴⁴⁹ vgl. Knell, S. 239

⁴⁵⁰ Rummel/Pichler, § 154 ABGB Rn. 13

⁴⁵¹ siehe oben, § 3 II 3 b

Vormundschaftsgerichts. Dies ist insbesondere der Fall bei größeren Schenkungen im Rahmen vorweggenommener Erbfolge und den sonstigen Beispielen, die in der Einleitung aufgeführt wurden.

(2) Schenkungen durch den Sachwalter

Bei kleinen karitativen Schenkungen und sonstigen Gelegenheitschenkungen, die sich im Rahmen des beim Betroffenen üblichen halten, handelt es sich um Vermögensangelegenheiten, die noch zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb iSd. § 154 III ABGB gehören, so dass kein Genehmigungserfordernis durch das Vormundschaftsgericht gegeben ist. Der Sachwalter kann diese daher in Vertretung des Betroffenen vornehmen. Sämtliche übrigen Schenkungen fallen jedoch – wie bereits dargestellt – stets unter den Regelungsbereich des § 154 III ABGB. Dies hat zur Folge, dass die Schenkungen für ihre Wirksamkeit zusätzlich der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedürfen.

Der Sachwalter kann keinerlei Schenkungen aus dem Vermögen des Betroffenen an sich selbst vornehmen, da für solche Insichgeschäfte gem. § 271 I ABGB ein Kollisionskurator zu bestellen ist. Hierbei kommt es auch nicht darauf an, ob es sich um kleine oder große Schenkungen handelt oder ob diese zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb zu zählen sind oder nicht. Denn § 271 I ABGB trifft hier keinerlei Unterscheidung: So weit widerstreitende Interessen bestehen, wie beim Insichgeschäft stets der Fall, ist dem Sachwalter die Vertretungsmacht entzogen. Soll eine solche Schenkung in Vertretung des Betroffenen getätigt werden, ist dies somit nur über die Bestellung eines Kollisionssachwalters möglich. So weit dieser dann die beabsichtigte Schenkung aus dem Vermögen des Betroffenen vornimmt, gelten hierfür wiederum die gleichen Voraussetzungen wie für alle sonstigen Schenkungen durch Sachwalter. Stellt die Schenkung somit einen Fall des ordentlichen Wirtschaftsbetriebes dar, kann der Kollisionssachwalter die Schenkung ohne weiteres vornehmen, wenn nicht, ist auch er auf die Genehmigung

des Vormundschaftsgerichtes angewiesen, welches überprüft, ob die Schenkung dem Wohl des Betroffenen dient oder nicht⁴⁵².

4. Zwischenergebnis

Der österreichische Gesetzgeber bezweckte mit der Einführung des Sachwalterrechts, den einzelnen Betroffenen nicht über das notwendige Maß hinaus zu beschränken. Die fürsorgerischen Maßnahmen sollten sich möglichst auf jeden Einzelfall individuell anpassen lassen⁴⁵³. Wenn und soweit der Betroffene geistig oder körperlich nicht in der Lage ist, seine eigenen Angelegenheiten ohne Schaden für sich zu besorgen, ist für ihn ein Sachwalter zu bestellen⁴⁵⁴. So weit der Aufgabenkreis des Sachwalters reicht, ist der Betroffene fortan in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkt⁴⁵⁵. Der Sachwalter hat bei seiner Tätigkeit die Wünsche des Betroffenen zwingend zu beachten, soweit diese dem Wohl des Betroffenen nicht weniger entsprechen, § 273a III ABGB. Um den Betroffenen zu schützen, wird bei Interessenkonflikten des Sachwalters diesem die Vertretungsmacht durch die Bestellung eines Kollisionssachwalters entzogen⁴⁵⁶. Außerdem bedarf der Sachwalter für alle Geschäfte, die nicht zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb gehören, der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, § 154 III ABGB.

„Verbotene Geschäfte“ sieht das Sachwalterrecht nicht vor, so dass auch Schenkungen grundsätzlich uneingeschränkt getätigt werden können. Außerhalb des Wirkungskreises des Sachwalters kann der Betroffene selbst Schenkungen beliebigen Umfangs vornehmen; innerhalb des Wirkungskreises bedarf er der Genehmigung des Sachwalters oder dieser muss die Schenkung vornehmen⁴⁵⁷. Bei solchen Schenkungen innerhalb des Wirkungskreises des Sachwalters bedürfen jedoch Schenkungen, die

⁴⁵² vgl. oben, § 4 II 3 b

⁴⁵³ oben, § 4 II 1

⁴⁵⁴ oben, § 4 II 2

⁴⁵⁵ oben, § 4 II 2 a

⁴⁵⁶ oben, § 4 II 2 e (1)

⁴⁵⁷ oben, § 4 II 3 c

nicht zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb gehören, für ihre Wirksamkeit der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

III. Schweiz

1. Bisheriges Gesetzgebungsverfahren

Das Schweizer Vormundschaftsrecht wird zurzeit noch revidiert. Der Bundesrat hatte das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) ermächtigt, den durch eine Expertenkommission gefertigten Vorentwurf und Bericht in die Vernehmlassung zu schicken, wo die Reform von einer großen Mehrheit begrüßt wurde⁴⁵⁸. Neben der grundsätzlichen Zustimmung wurde hier jedoch auch vielfältige Kritik an einzelnen Punkten geübt, weshalb der Bundesrat das EJPD beauftragte, bis 2006 eine Botschaft zu erarbeiten. Diese wurde am 28.06.2006 vom Bundesrat verabschiedet und an den National- und Ständerat übergeben.

Ziel der Totalrevision soll nach deutschem und österreichischem Vorbild die Abkehr von der Fixierung auf bestimmte Typen behördlicher Maßnahmen (Entmündigung, Beiratschaft, Beistandschaft) und die Hinwendung zu einem System „maßgeschneiderter Maßnahmen“ sein⁴⁵⁹. Die Selbstbestimmung der Betroffenen soll einen möglichst breiten Raum einnehmen⁴⁶⁰.

Da das Gesetzgebungsverfahren noch nicht abgeschlossen ist, beziehen sich die folgenden Ausführungen auf den Entwurf und den Bericht aus dem Jahre 1995⁴⁶¹, den Vorentwurf und Bericht der o.g. Expertenkommission aus dem Juni 2003⁴⁶², die Ergebnisse des

⁴⁵⁸ <http://www.ofj.admin.ch/bj/de/home/dokumentation/medieninformationen/2004/7.html>, Pressemitteilung vom 27.10.2004, Eidg. Justiz- und Polizeidepartement

⁴⁵⁹ ebenda

⁴⁶⁰ Geiser, ZVW 2003, 227, 231

⁴⁶¹ im folgenden: „Bericht 1995“

⁴⁶² <http://www.ofj.admin.ch/etc/medialib/data/gesellschaft/gesetzgebung/vormundschaft.Par.0015.File.tmp/vn-ber-d.pdf>; im folgenden: „VE-ZGB“ bzw. „Bericht ZGB“

Vernehmlassungsverfahrens⁴⁶³ sowie die Botschaft⁴⁶⁴ nebst Gesetzesentwurf⁴⁶⁵ des Schweizerischen Bundesrates.

2. Ziele des neuen Rechts

Ähnlich wie schon bei dem österreichischen und dem deutschen Reformvorhaben soll einerseits das Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen stärker als bisher geachtet⁴⁶⁶ und zum anderen stigmatisierende Wirkungen von fürsorgerischen Maßnahmen vermieden werden⁴⁶⁷. So versucht man insbesondere, Begriffe wie „Geisteskranke“, „Entmündigung“ und „Bevormundung“ aus dem Recht zu eliminieren⁴⁶⁸. Ein flexibles Maßnahmenpaket soll an die Stelle der als zu starr empfundenen Rechtsinstitute des bisherigen Rechts treten⁴⁶⁹.

3. Grundzüge des neuen Beistandschaftsrechts

Der neue Entwurf unterscheidet vier Arten von Beistandschaften: Die Begleitbeistandschaft, die Vertretungsbeistandschaft, die Mitwirkungsbeistandschaft und die umfassende Beistandschaft, Art. 393 - 398 ZGB-E. Diese neuen Beistandschaften knüpfen in modernisierter Form an die bisherigen behördlichen Maßnahmen an⁴⁷⁰, wobei die Begleit-, die Vertretungs- und die Mitwirkungsbeistandschaft miteinander kombiniert werden können, Art. 397 ZGB-E.

⁴⁶³ http://www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/gesellschaft/gesetzgebung/vormundschaft_Par.0004.File.tmp/ve-ber.pdf; im folgenden: „Vernehmlassung“

⁴⁶⁴ BBl 2006, 7001; im folgenden: „Botschaft“

⁴⁶⁵ BBl 2006, 7139; im folgenden: „ZGB-E“

⁴⁶⁶ Schnyder, ZVW 1995, 171, 174

⁴⁶⁷ Bericht ZGB, S. 12, 15; Reusser, ZVW 2003, 179, 180

⁴⁶⁸ In Anlehnung an das deutsche Betreuungsrecht wollte der Vorentwurf von 1995 stattdessen die Begriffe „Betreuer“, „Betreuung“, etc. verwenden. Da es jedoch keine befriedigende Übersetzung hierfür ins Italienische und Französische gibt, hat die Expertenkommission den Begriffen Beistandschaft, Beistand und Beiständin des bisherigen Rechts den Vorzug gegeben, Bericht 1998, S. 15

⁴⁶⁹ Bericht ZGB, S. 13; Botschaft, S. 7016f.

⁴⁷⁰ Bericht ZGB, S. 12

Anordnungsvoraussetzung ist danach, dass eine volljährige Person wegen einer geistigen Behinderung, einer psychischen Störung oder eines ähnlichen in der Person liegenden Schwächezustands ihre Angelegenheiten nur teilweise oder gar nicht besorgen kann oder wegen vorübergehender Urteilsunfähigkeit oder Abwesenheit in Angelegenheiten, die erledigt werden müssen, weder selber handeln noch eine zur Stellvertretung befugte Person bezeichnen kann, Art. 390 I ZGB-E. Dabei soll die Erwachsenenschutzbehörde eine Maßnahme nur anordnen dürfen, wenn die Unterstützung durch die Familie, andere nahe stehende Personen oder private oder öffentliche Dienste nicht ausreicht oder von vornherein als ungenügend erscheint, Art. 389 I ZGB-E.

a. Die Beistandschaften

Wie bereits im geltenden Schweizer Recht, sind auch nach dem Vorentwurf eine Reihe unterschiedlicher Beistandschaften vorgesehen, die jeweils unterschiedliche Auswirkungen auf die Handlungsfähigkeit des Betroffenen haben und den Beiständen unterschiedlichste Kompetenzen einräumen.

(1) Begleitbeistandschaft (Art. 393 ZGB-E)

Durch die Begleitbeistandschaft würde die betroffene Person nicht in ihrer Handlungsfähigkeit beschränkt, Art. 393 II ZGB-E⁴⁷¹. Ihr würde lediglich zur Unterstützung ein Beistand zur Seite gestellt, der jedoch keinerlei eigene Vertretungs-, Verwaltungs- oder Mitwirkungskompetenzen hätte⁴⁷². Er unterstützte und begleitete den Betroffenen und schaute ihm lediglich „über die Schultern“⁴⁷³. Die Begleitbeistandschaft ist somit die niedrigste Stufe der fürsorglichen Maßnahmen des ZGB-E.

(2) Vertretungsbeistandschaft (Art. 394, 395 ZGB-E)

Wenn eine hilfsbedürftige Person bestimmte Angelegenheiten nicht erledigen kann und daher vertreten werden muss, würde gem. Art. 394 I

⁴⁷¹ Geiser, ZVW 2003, 227, 231

⁴⁷² Bericht ZGB, S. 35; Botschaft, S. 7045

⁴⁷³ Bericht ZGB, S. 35

ZGB-E für diese Angelegenheiten eine Vertretungsbeistandschaft angeordnet. Im Rahmen der Vertretungsbeistandschaft wäre der Beistand der gesetzliche Vertreter des Betroffenen, ohne dass automatisch eine Einschränkung der Handlungsfähigkeit desselben mit der Anordnung einhergehen müsste⁴⁷⁴. Die Erwachsenenschutzbehörde könnte jedoch gem. Art. 393 II ZGB-E die Handlungsfähigkeit des Betroffenen entsprechend punktuell einschränken. Der Betroffene wäre sodann für diese Geschäfte nicht mehr handlungsfähig, er hätte keine Verpflichtungs- oder Verfügungsbefugnis mehr⁴⁷⁵. Gem. Art. 395 ZGB-E soll sich die Vertretungsbeistandschaft insbesondere auf Vermögenswerte beziehen können, wobei „Vermögen“ in einem weiten Sinn zu verstehen sein soll und auch das Einkommen umfasste⁴⁷⁶. Die Begleit- und die Vertretungsbeistandschaft sollen insoweit die nach momentan geltendem Recht bestehende Beistandschaft modifizieren. Während bislang die Verwaltungsbeistandschaft das gesamte Vermögen betrifft, Art. 393 Ziff. 2 ZGB⁴⁷⁷, soll sich die Vertretungsbeistandschaft des geplanten Rechts nur auf einzelne Teile des Einkommens oder Vermögens oder auch auf deren Gesamtheit beziehen⁴⁷⁸.

(3) Mitwirkungsbeistandschaft (Art. 396 ZGB-E)

Die Mitwirkungsbeistandschaft wäre eng an das geltende Recht zur Mitwirkungsbeiratschaft angelehnt⁴⁷⁹. Im Gegensatz zu dieser, nach der sämtliche unter Art. 395 Ziffern 1-9 ZGB genannten Geschäfte fortan nur noch mit Genehmigung des Beirates wirksam werden, hätte die Erwachsenenschutzbehörde nunmehr die Möglichkeit, je nach Schutzbedürftigkeit einzelne Geschäfte unter das Zustimmungserfordernis zu stellen⁴⁸⁰. Die verbeiständete Person wäre dann für diese Geschäfte

⁴⁷⁴ Geiser, ZVW 2003, 227, 232

⁴⁷⁵ Bericht ZGB, S. 36; Botschaft, S. 7046

⁴⁷⁶ Bericht ZGB, S. 37; Botschaft, S. 7046

⁴⁷⁷ vgl. oben, § 3 III 2 b

⁴⁷⁸ Bericht ZGB, S. 37; Botschaft, S. 7047

⁴⁷⁹ Bericht ZGB, S. 39; Botschaft, S. 7048

⁴⁸⁰ Bericht ZGB, S. 39; Botschaft, S. 7048; Geiser, ZVW 2003, 227, 232

insoweit in ihrer Handlungsfähigkeit beschränkt, als sie nicht mehr ohne den Beistand wirksam handeln könnte, Art. 396 II ZGB-E. Angeordnet würde die Mitwirkungsbeistandschaft in den Fällen, in denen bestimmte Handlungen des Betroffenen zu seinem Schutz der Zustimmung des Beistands bedürften. Der Beistand wäre dabei jedoch nicht etwa Vertreter der verbeiständeten Person, denn er könnte eigenständig keine Geschäfte für den Betroffenen tätigen. Seine Handlungsfähigkeit beschränkte sich auf die Befugnis, den Geschäften des Betroffenen durch Erteilung der Genehmigung bzw. Einwilligung zur Wirksamkeit zu verhelfen⁴⁸¹.

(4) Umfassende Beistandschaft (Art. 398 ZGB-E)

Die umfassende Beistandschaft wäre das Nachfolgeinstitut und Äquivalent zur Entmündigung. Sie bezöge sich auf alle Angelegenheiten der Personen- und Vermögenssorge und hätte die völlige Handlungsunfähigkeit des Betroffenen zur Folge⁴⁸². Der Beistand wäre dann in allen Angelegenheiten gesetzlicher Vertreter des Betroffenen, Art. 398 II ZGB-E. Die umfassende Beistandschaft soll nur als ultima ratio angeordnet werden, wenn entweder nicht verantwortet werden könnte, dass eine Person Rechtshandlungen vornähme, oder wenn die Person ohnehin aufgrund ihres Zustandes nicht mehr handeln könnte und der somit eigentlich die Handlungsfähigkeit gar nicht entzogen werden müsste⁴⁸³.

b. Einflussmöglichkeiten des Betroffenen

Der Beistand soll gehalten sein, die ihm übertragenen Aufgaben im Interesse der verbeiständeten Person zu erfüllen⁴⁸⁴ und möglichst auf deren Meinung Rücksicht zu nehmen. Weiterhin hätte er den Willen des Betroffenen zu achten, sein Leben entsprechend dessen Fähigkeiten und eigenen Wünschen bzw. Vorstellungen zu gestalten, Art. 406 I ZGB-E.

⁴⁸¹ Bericht ZGB, S. 39; Botschaft, S. 7048

⁴⁸² Bericht ZGB, S. 40; Botschaft, S. 7048

⁴⁸³ Botschaft, S. 7048

⁴⁸⁴ Die „Interessen der verbeiständeten Person“ sollen letztlich nur ein anderer Begriff für „Betroffenenwohl“ sein, vgl. Bericht ZGB zu Art. 394 VE ZGB; Botschaft, S. 7052

Gem. Art. 388 I ZGB-E hätten die Maßnahmen des Erwachsenenschutzes das Wohl und den Schutz des Betroffenen sicherzustellen. Die Selbstbestimmung der Betroffenen wäre zu erhalten und zu fördern, Art. 388 II ZGB-E. Das Wohl des Betroffenen, wozu insbesondere sein Selbstbestimmungsrecht gehörte, stünde somit im Mittelpunkt aller Bemühungen und Tätigkeiten der Organe des Erwachsenenschutzes⁴⁸⁵. Wo immer Entscheidungen zu treffen wären, müssten die Lösungen am Wohl des Betroffenen ausgerichtet sein⁴⁸⁶. Wie sich aus Art. 406 I und 388 II ZGB-E ergibt, wäre auch im neuen Schweizer Recht der Wohlbegriff anhand der jeweils betroffenen Person auszulegen, denn ebenso wie im deutschen Recht⁴⁸⁷ würde auch im geplanten Schweizer Recht dem Betreuer ausdrücklich aufgegeben, die Interessen des Betroffenen zu wahren und, soweit tunlich, auf dessen Meinungen Rücksicht zu nehmen und seinen Willen zu achten.

Höchstpersönliche Rechte könnte der Betroffene weiterhin – unabhängig davon, ob ihm die Handlungsfähigkeit entzogen wurde oder nicht – allein wahrnehmen, vorausgesetzt er wäre urteilsfähig, Art. 407 ZGB-E.

c. Schutz des Betroffenen im neuen Recht

Auch im neuen Beistandschaftsrecht wäre eine Reihe von Schutzmechanismen vorgesehen, die den Betroffenen vor Fremdbestimmung schützen soll.

(1) Interessenkollision

Der Beistand könnte keinerlei Geschäfte in Vertretung des Betroffenen mit sich selbst vornehmen, da ihm Art. 403 II ZGB-E insoweit jegliche Vertretungsmacht entzöge. Hier wäre nötigenfalls ein Ersatzbeistand zu bestellen, Art. 403 I ZGB-E.

(2) Genehmigungsvorbehalte

⁴⁸⁵ Bericht ZGB zu Art. 394 VE ZGB; Botschaft, S. 7042

⁴⁸⁶ Bericht 1995, S. 38; Botschaft, S. 7042

⁴⁸⁷ oben, § 4 I 3 b 2

Gem. Art. 416 ZGB-E bedürfte der Beistand für eine Reihe von Geschäften der Genehmigung der Erwachsenenschutzbehörde⁴⁸⁸. Die Vorschrift entspräche im Wesentlichen den bisherigen Art. 421, 422 ZGB⁴⁸⁹. Dabei wäre eine Mitwirkung der Erwachsenenschutzbehörde dann nicht erforderlich, wenn der urteilsfähige Betroffene, dessen Handlungsfähigkeit nicht durch die Beistandschaft eingeschränkt ist, dem Geschäft zustimmte, Art. 416 II ZGB-E.

(3) Schadensersatzansprüche des Betroffenen, Strafbarkeit des Beistandes

Weiterhin stünde dem Betroffenen ein Schadensersatzanspruch gegen den Beistand und gegen den Kanton zu, wenn er durch widerrechtliches Handeln oder Unterlassen des Beistandes oder der Erwachsenenschutzbehörde in seinen Rechten verletzt würde, Art. 454, 455 ZGB-E. Hinzu kommt eine mögliche Strafbarkeit bei vorsätzlichem Handeln, Art. 137, 138 StGB.

4. Schenkungen nach neuem Recht

Auch die Schweiz wird aller Voraussicht nach inhaltlich ihre bisherige Regelung hinsichtlich der Schenkungsmöglichkeit des gesetzlichen Vertreters beibehalten. Gem. Art. 412 I ZGB-E dürfte ein Beistand in Vertretung des Betroffenen keine Bürgschaften eingehen, keine Stiftungen errichten und keine Schenkungen vornehmen, mit Ausnahme der „üblichen Gelegenheitsgeschenke“.

⁴⁸⁸ Hierzu sollen insbesondere Grundstücksgeschäfte, Veräußerung und Erwerb von Vermögenswerten, wenn dies nicht unter die „gewöhnliche Verwaltung und Bewirtschaftung“ fällt, Aufnahme und Gewährung von Darlehen, Prozessführung und Abschluss eines Vergleichs, u.a. gehören. Ein Geschäft zwischen Beistand und Betroffenen bedürfte immer der Genehmigung der Erwachsenenschutzbehörde, es sei denn es handelte sich um einen unentgeltlichen Auftrag des Verbeiständeten, Art. 416 III ZGB-E

⁴⁸⁹ Bericht ZGB, S. 51; Botschaft S. 7056

a. Übliche Gelegenheitsgeschenke

Im Gegensatz zur bisherigen Regelung wären nach Art. 412 ZGB-E sämtliche Schenkungen vom Schenkungsverbot erfasst, mit Ausnahme von „üblichen Gelegenheitsgeschenken“. Die Abkehr vom Begriff der „erheblichen“ Schenkung des alten Rechts erfolgte erst im Vernehmlassungsverfahren auf Anregung des Schweizerischen Anwaltverbandes⁴⁹⁰; der vorhergehende Entwurf untersagte lediglich „erhebliche“ Schenkungen⁴⁹¹. Durch diese Änderung wurden ausdrücklich nur klarstellende Ziele verfolgt, denn mit der bisherigen Regelung seien auch schon nur solche Schenkungen vom Verbot ausgenommen gewesen, die nach ihrer Natur und ihrem Umfang üblich waren, z.B. Weihnachts- und Geburtstagsgeschenke. Der Entwurf solle dies nun stärker zum Ausdruck bringen⁴⁹².

Ein Gelegenheitsgeschenk würde seinem Begriff nach bei Gelegenheiten gemacht, welche die Überreichung eines Geschenks als angebracht erscheinen lassen. Hierunter fielen also neben allgemeinen Feiertagen wie Ostern und Weihnachten auch persönliche Festtage wie Taufe, Geburts- oder Hochzeitstage⁴⁹³. Aber auch persönliche Lebenshöhepunkte wie z.B. bestandene Prüfungen dürften darunter zu subsumieren sein.

Zweifelhaft könnte sein, ob karitative Schenkungen noch unter den Begriff des Gelegenheitsgeschenks fielen. Nach dem bisherigen Schweizer Recht werden sie hierzu gezählt, soweit sie anlässlich von Feiertagen erfolgen⁴⁹⁴. Durch die Abkehr vom Begriff der „erheblichen“ Schenkung soll sich aber inhaltlich nichts an der bisherigen Praxis ändern, so dass diese auch weiterhin möglich bleiben dürften, auch wenn der Wortlaut dies nicht unbedingt nahe legt. Anlasslose karitative Schenkungen oder gar

⁴⁹⁰ Vernehmlassung, S. 228

⁴⁹¹ Vgl. Art. 399 VE-ZGB

⁴⁹² Botschaft, S. 7054

⁴⁹³ Die Botschaft erwähnt ausdrücklich Weihnachts- und Geburtstagsgeschenke, Botschaft, S. 7054; vgl. Stellungnahme des Schweizerischen Seniorenrats im Vernehmlassungsverfahren (Vernehmlassung, S. 229)

⁴⁹⁴ oben, § 3 III 4 a (1)

Parteispenden fielen aber wohl nicht mehr unter den Begriff der Gelegenheitsschenkung, sodass diese künftig ausgeschlossen sind.

Die „Üblichkeit“ richtete sich auch im geplanten Schweizer Recht nach den persönlichen Verhältnissen des jeweiligen Betroffenen. Zwar ergibt sich diese Auslegung hier – im Gegensatz zum deutschen § 1908i II 2 BGB („nach seinen Lebensverhältnissen üblich“) – nicht zwingend aus dem Wortlaut der Regelung, aber der Grundsatz des Betroffenenwohls, der für sämtliche Handlungen des Beistandes anzuwenden wäre⁴⁹⁵, legte eine solche Auslegung nahe. Gem. Art. 406 ZGB-E hätte der Beistand nämlich seine Aufgaben ausschließlich im Interesse der betroffenen Person wahrzunehmen. Da der Beistand überhaupt nur dann für den Betroffenen handeln dürfte, wenn dies zu seinen Aufgaben gehört und diese Aufgaben dann nur im Interesse des Betroffenen erledigt werden dürften, dürfte zwangsläufig auch eine Schenkung nur dann erfolgen, wenn sie dem Betroffenenwohl dienlich wäre. Dies bedeutet aber gleichzeitig, dass der Begriff der Üblichkeit ebenfalls nach den persönlichen Verhältnissen des Betroffenen bestimmt werden müsste. So wird auch in der Gesetzesbegründung darauf verwiesen, dass mit der Vorschrift den individuellen Verhältnissen der verbeiständeten Person optimal Rechnung getragen werden solle⁴⁹⁶, so dass sich der Begriff der „Üblichkeit“ nur anhand der persönlichen Verhältnisse des jeweils Betroffenen bestimmen ließe.

b. Betroffener Personenkreis

Die Möglichkeiten des Betroffenen, selbstständig wirksam (Schenkungs-) Geschäfte zu tätigen, hingen davon ab, inwieweit seine Handlungsfähigkeit eingeschränkt würde. Dies wiederum hinge davon ab, für welche Rechtskreise die Beistandschaft angeordnet und welche Form der Beistandschaft gewählt würde. Wenn die Handlungsfähigkeit des Betroffenen in Bezug auf die vorzunehmende Schenkung nicht eingeschränkt würde, wäre auch kein Grund ersichtlich, warum ein

⁴⁹⁵ oben, § 4 III 3 b

⁴⁹⁶ Botschaft zu Art. 412, S. 7054

solches Geschäft dann an Art. 412 ZGB-E scheitern sollte. Denn dieser Artikel bezöge sich nach dem Wortlaut ausschließlich auf den Beistand und nicht auf den Betroffenen selbst. Auch die Fassung des Art. 399 II des Vorentwurfs, der nur deshalb nicht in den Botschaftsentwurf übernommen wurde, weil er für überflüssig gehalten wurde, spricht für eine solche Auslegung. Hiernach sollte im Rahmen einer Mitwirkungsbeistandschaft angeordnet werden können, dass die „verbotenen Geschäfte“⁴⁹⁷ der Zustimmung des Beistands unterliegen⁴⁹⁸. Denn wenn angeordnet werden könnte, dass die in § 412 ZGB-E genannten Geschäfte unter den Wirkungsbereich der Mitwirkungsbeistandschaft fallen sollten, muss dies im Umkehrschluss bedeuten, dass dies ohne eine solche ausdrückliche Anordnung nicht der Fall wäre⁴⁹⁹. Der Betroffene selbst wäre somit, soweit seine Handlungsfähigkeit nicht beschränkt sein sollte, auch in Bezug auf die Tätigkeit beliebiger Schenkungen frei.

Bei der Begleit- und bei der Vertretungsbeistandschaft, soweit bei dieser nicht die Handlungsfähigkeit des Betroffenen eingeschränkt wird, könnte der Betroffene weiterhin selbst über sein Vermögen bestimmen. Der Betroffene könnte somit wirksam – soweit seine Handlungsfähigkeit nicht beschränkt wurde – uneingeschränkt Schenkungen tätigen, ohne hierfür der Zustimmung des Beistandes zu bedürfen.

Gem. Art. 416 III ZGB-E bedürften allerdings alle Verträge zwischen der verbeiständeten Person und ihrem Beistand – mit Ausnahme unentgeltlicher Aufträge an den Beistand – der Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde. Schenkungen an den Beistand selbst wären somit nur mit Genehmigung der Erwachsenenschutzbehörde möglich, denn das Zustimmungserfordernis würde auch unentgeltliche Verträge

⁴⁹⁷ so ausdrücklich der Bericht ZGB, S. 49

⁴⁹⁸ Botschaft, S. 7054; dies war noch im Vorentwurf ausdrücklich in Art. 399 II festgehalten, wurde jedoch aufgrund der Kritik des Schweizerischen Anwaltsverbandes im Vernehmlassungsverfahren gestrichen, da eine ausdrückliche Regelung für überflüssig gehalten wurde (vgl. Vernehmlassung, S. 228).

⁴⁹⁹ Anderenfalls wäre die Vorschrift des Art. 399 II VE ZGB ohne Relevanz, wie bereits im Vernehmlassungsverfahren vom Schweizer Anwaltsverein bemängelt, vgl. Vernehmlassung, S. 228

umfassen⁵⁰⁰ wie Schenkungen, da es sich bei diesen schon begrifflich nicht um Aufträge handelte. Andererseits wäre der Beistand nicht etwa durch Art. 403 II ZGB-E an der Annahme einer solchen Schenkung gehindert. Denn bei der Annahme der Schenkung handelte er nicht in seiner Eigenschaft als Beistand, da er hierbei keinerlei Erwachsenenschutzaufgaben wahrnehme. Außerdem bedürfte er für die Annahme einer Schenkung keiner Befugnisse als Beistand, die ihm durch Art. 403 II ZGB-E entzogen werden könnten⁵⁰¹.

Der Beistand wäre seinerseits bei Geschäften, die er vertretungsweise für den Betroffenen vornimmt, in vollem Umfang an Art. 412 I ZGB gebunden, so dass er nur übliche Gelegenheitsschenkungen wirksam vornehmen könnte.

Die Frage, ob sich auch Art. 412 ZGB-E nur auf Vertretungshandlungen oder zusätzlich auch auf Zustimmungserklärungen zu Geschäften des Betroffenen bezieht, stellt sich im neuen Recht nicht mehr. Denn im neuen Recht ist ein Zustimmungserfordernis des Beistandes lediglich im Rahmen einer Mitwirkungsbeistandschaft vorgesehen. Bei allen anderen Formen der Beistandschaft könnten entweder der Betroffene selbst oder der Beistand an seiner Stelle allein handeln, so dass eine Mitwirkungshandlung des Beistandes hier nicht notwendig wäre.

Wie sich aus Art. 399 II des Vorentwurfs ausdrücklich ergab und woran sich auch durch dessen Streichung in der Sache nichts ändern sollte⁵⁰², könnten im Rahmen einer solchen Mitwirkungsbeistandschaft Geschäfte nach Art. 412 ZGB-E durch einen entsprechend gefassten Maßnahmebescheid unter Zustimmungsvorbehalt des Beistandes gestellt werden. Die an sich verbotenen Geschäfte sollten dem Betroffenen damit durch einen entsprechend gefassten Maßnahmebescheid ermöglicht werden⁵⁰³. E contrario bedeutet dies aber, dass der Beistand solchen Geschäften nach entsprechender Prüfung auch seine Zustimmung erteilen

⁵⁰⁰ Bericht ZGB zu Art. 404 VE-ZGB, S. 54

⁵⁰¹ vgl. zum dt. Recht: oben, § 4 I 3 d (1) aa

⁵⁰² Botschaft, S. 7054

⁵⁰³ Bericht 1998, S. 36

dürfte, denn anderenfalls wären die – nach dem Maßnahmebescheid und der Regelung des Art. 399 II VE ZGB, wenn auch mit Zustimmung des Beistandes erlaubten – Geschäfte faktisch doch nicht möglich, da die für ihre Wirksamkeit notwendige Genehmigung des Beistandes von diesem nicht erteilt werden könnte.

Wenn die jeweilige Mitwirkungsbeistandschaft sich also auch auf die verbotenen Geschäfte bezöge, könnte der der Beistand diesen zustimmen; wenn sich die Beistandschaft jedoch nicht darauf bezöge, stellt sich die Frage nach der Erlaubnis zur Mitwirkung nicht, weil der Beistand hier gar nicht zustimmen müsste, damit das Geschäft wirksam würde. Das Verbot des Art. 412 ZGB-E bezöge sich somit nur auf Vertretungshandlungen des Beistandes, nicht jedoch auf seine Genehmigungen.

c. Praktische Möglichkeiten von Schenkungen aus dem Betroffenenvermögen

Der Beistand wäre bei der Vornahme einer Schenkung insbesondere an die Grenzen des Art. 412 I ZGB-E gebunden. Hieraus resultiert, dass er unübliche Schenkungen oder solche, die keine Gelegenheitsschenkungen sind, aus dem Vermögen des Betroffenen nicht wirksam tätigen könnte. Dies hat zur Folge, dass aus dem Vermögen des Betroffenen nur dann Schenkungen über die Grenzen des Art. 412 I ZGB-E hinaus getätigt werden könnten, wenn der Betroffene hierzu selbst in der Lage sein sollte.

(1) Begleitbeistandschaft

Der äußerungsfähige Betroffene, der zu eigenverantwortlichem Handeln in der Lage ist, könnte sämtliche Geschäfte und damit auch Schenkungen tätigen, die ihm beliebten. Selbst umfangreiche Schenkungen an seinen Beistand wären rechtlich möglich, allerdings müsste dann die Erwachsenenschutzbehörde ihre Zustimmung erteilen, Art. 416 III ZGB. Soweit der Betroffene allerdings nicht äußerungsfähig oder nicht in der Lage ist, eigenverantwortlich zu handeln, böte die Begleitbeistandschaft keinerlei Hilfestellung; eine Schenkung, gleich welchen Umfangs und welcher Natur, wäre schlicht nicht (mehr) möglich. Für solche Fälle wäre dann allerdings eine andere Form der Beistandschaft anzuordnen, da der Betroffene sonst nicht mehr am Rechtsverkehr teilnehmen könnte.

(2) Mitwirkungsbeistandschaft

Soweit eine vorzunehmende Schenkung dem Anordnungsbereich der Mitwirkungsbeistandschaft unterfiele, wäre diese nur noch mit Hilfe des Beistandes möglich. Wie der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung noch einmal klargestellt hat⁵⁰⁴, könnte sich nämlich die Mitwirkungsbeistandschaft auch auf Geschäfte nach Art. 412 I ZGB-E beziehen. Wenn der Maßnahmebescheid sich somit auch auf die vorzunehmende Schenkung bezöge, wäre der Beistand nicht daran gehindert, auch unüblichen Schenkungen oder solchen Schenkungen, die keine Gelegenheitsschenkungen sind, durch seine Genehmigung zur Wirksamkeit zu verhelfen⁵⁰⁵; es sei denn, ihm wäre wegen Interessenkollision durch Art. 403 II ZGB-E die Handlungsbefugnis entzogen. Zusammen mit seinem Beistand könnte der Betroffene somit grundsätzlich beliebige Schenkungen tätigen, ohne dass er etwa durch Art. 412 ZGB-E daran gehindert wäre.

Wäre der Betroffene jedoch urteilsunfähig oder könnte er aus tatsächlichen Gründen keine Rechtsgeschäfte vornehmen, könnte auch der Mitwirkungsbeistand nicht für die Vornahme einer Schenkung sorgen. Seine Vertretungsbefugnis beschränkte sich nämlich auf Zustimmungshandlungen zu Geschäften des Betroffenen. Eine eigene Vertretungsbefugnis besäße er nicht⁵⁰⁶. Auch in diesem Fall wäre jedoch eine andere Form der Beistandschaft anzuordnen, da anderenfalls der Betroffene nicht (mehr) am Rechtsverkehr teilnehmen könnte.

(3) Vertretungsbeistandschaft

Auch im Rahmen der Vertretungsbeistandschaft wäre der Betroffene nicht in seiner Handlungsfähigkeit beschränkt, so dass er grundsätzlich selbst alle ihm beliebenden Schenkungen wirksam vornehmen könnte, soweit er

⁵⁰⁴ Botschaft, S. 7054

⁵⁰⁵ vgl. oben § 4 III 4 c; auch erhebliche Schenkungen sollen dem Betroffenen zugänglich sein, wenn dies im Maßnahmebescheid ausdrücklich vorgesehen ist, vgl. Bericht 1998, S. 36

⁵⁰⁶ vgl. oben § 4 III 3 a (3)

hierzu tatsächlich in der Lage sein sollte. Fehlte dem Betroffenen jedoch die notwendige Fähigkeit, eigenverantwortlich zu handeln, so müsste insoweit der Beistand für ihn tätig werden. Dieser wäre jedoch an Art. 412 I ZGB-E gebunden.

Kleine karitative Schenkungen etwa oder unerhebliche Gelegenheitsschenkungen könnte der Beistand dabei jederzeit vornehmen, da hierin lediglich eine kleine, durch Sitte und Anstand geforderte Gabe des täglichen Lebens zu sehen wäre, die nicht unter das Verbot des Art. 412 I ZGB-E fiel. Große karitative Schenkungen (so weit sie beim Betroffenen nicht üblich waren), Hofübergaben und sonstige größere Schenkungen im Wege vorweggenommener Erbfolge wären jedoch nicht möglich, da dem das Schenkungsverbot entgegenstünde. Auch könnte der Beistand keinerlei Schenkungen – auch keine üblichen Gelegenheitsschenkungen – aus dem Vermögen des Betroffenen an sich selbst vornehmen, da ihm Art. 403 II ZGB-E insoweit jegliche Befugnisse entzöge. Hier wäre nötigenfalls ein Ersatzbeistand zu bestellen, Art. 403 I ZGB-E.

(4) Umfassende Beistandschaft

Bei der umfassenden Beistandschaft wären nur noch Schenkungen innerhalb der Grenzen des Art. 412 I ZGB-E möglich. Denn die verbeiständete Person selbst wäre kraft Gesetzes handlungsunfähig, Art. 398 III ZGB-E, nur noch der Beistand könnte wirksam für sie handeln. Dessen Handlungsspielraum wäre aber durch das Schenkungsverbot beschränkt. Es bliebe daher allenfalls die Möglichkeit von üblichen Gelegenheitsschenkungen durch den Beistand.

5. Zwischenergebnis

Auch der schweizerische Gesetzgeber will mit der Reform seines Vormundschaftsrechts der Selbstbestimmung der Betroffenen möglichst breiten Raum lassen. Es soll daher ein flexibles Maßnahmenpaket an die Stelle starrer Rechtsinstitute treten⁵⁰⁷. Im neuen Recht sind vier Arten der

⁵⁰⁷ oben, § 4 III 2

Beistandschaft vorgesehen, die die rechtliche Handlungsfähigkeit der Betroffenen unterschiedlich stark beschränken: die Begleitbeistandschaft, die Vertretungsbeistandschaft, die Mitwirkungsbeistandschaft und die umfassende Beistandschaft. Der Beistand hätte die Aufgabe, das Wohl und den Schutz des Betroffenen sicherzustellen. Dabei hätte er möglichst auf die Meinungen und die Wünsche des Betroffenen Rücksicht zu nehmen⁵⁰⁸.

Wie im Deutschen und im Österreichischen Recht bedürfte auch der Beistand – zum Schutz des Betroffenen vor Missbrauch – für die Wirksamkeit einer Reihe von Geschäften der zusätzlichen Genehmigung der Aufsichtsbehörde⁵⁰⁹. Auch Rechtsgeschäfte zwischen Betroffenen und Beistand bedürften einer solchen Genehmigung, Art. 416 III ZGB-E. In sich Geschäfte wären dem Beistand verboten⁵¹⁰. Auch Schenkungen wären dem Beistand untersagt, soweit es sich nicht um übliche Gelegenheitsschenkungen handelte⁵¹¹.

Dies hätte zur Folge, dass Schenkungen aus dem Vermögen des Verbeiständeten nur vorgenommen werden könnten, wenn es übliche Gelegenheitsschenkungen sein sollten oder der Betroffene insoweit rechtlich handlungsfähig wäre und sie selbst vornähme⁵¹².

IV. Vergleich

1. Die neuen Systeme des Erwachsenenschutzes

Die Beweggründe für die Abschaffung der Vormundschaft und Einrichtung neuer Rechtsinstitute an ihrer Stelle waren in Deutschland, Österreich und der Schweiz übereinstimmend vor allem die diskriminierende und stigmatisierende Wirkung der Entmündigung insbesondere aufgrund der rechtlichen Gleichbehandlung der erwachsenen Betroffenen mit Kindern und die fehlende Flexibilität dieses

⁵⁰⁸ oben, § 4 III 3 b

⁵⁰⁹ oben, § 4 III 3 c

⁵¹⁰ oben, § 4 III 3 c

⁵¹¹ oben, § 4 III 4

⁵¹² oben, § 4 III 4 c

Rechtsinstituts. Statt individueller Maßnahmen, die sich an den Problemen, aber auch an den verbliebenen Fähigkeiten der Betroffenen orientierten, standen lediglich die Beschränkung der Handlungsfähigkeit der Entmündigten und Bestellung eines Vormunds, der künftig mehr oder weniger selbstständig anstelle der Betroffenen für diese handelte. Gerade im Hinblick auf die Freiheits- und Menschenrechte der Betroffenen wurde diese weitgehende Entrechtung der Betroffenen als nicht mehr zeitgemäß und damit als unhaltbar erkannt.

Die neuen Rechtsinstitute sollten daher der persönlichen Freiheit der Betroffenen möglichst breiten Raum lassen und nur dort deren Rechte beschneiden, wo es im Hinblick auf deren eingeschränkte Eigenverantwortlichkeit zu deren Schutz unvermeidlich war⁵¹³. Anstatt dem Vormund weitgehende Bestimmungsbefugnisse einzuräumen, sollte den Wünschen der Betroffenen wesentlich breiterer Raum gelassen werden. Wo ein eigener Wille⁵¹⁴ des Betroffenen feststellbar war, sollte kein Platz für entgegenstehendes Betreuerhandeln sein. Der Betreuer hatte selbst Wünsche des Betroffenen stets zu beachten, soweit das Betroffenenwohl einem solchen Vorgehen nicht entgegenstand. Dabei sollte in Deutschland das Betroffenenwohl künftig subjektiv bestimmt werden. Der Betreuer musste den Betroffenenwünschen somit nachkommen, so lange diese nicht Folge und Ausdruck der eingeschränkten Eigenverantwortlichkeit des Betroffenen waren. Nur wenn das so verstandene Betroffenenwohl dem Wunsch entgegenstand, durfte der Betreuer sich über diesen hinwegsetzen und eine andere Entscheidung treffen. An die Stelle der weitgehenden Selbstständigkeit des Vormunds

⁵¹³ Deutschland: BT-Drs. 11/4528, S. 49; Schwab, Referat, K 9, K 42-43, Kollmer, S. 6; Österreich: Schauer, ÖNotZ 1983, 49, 50; Ent/Hopf, Einführung, S. 25; Schwind, in: Ehrenzweig, S. 207; Schweiz: Botschaft, S. 7011f.; Bericht 2003, S. 2; vgl. auch Art. 21 ZGB-VE 1998; Bericht 1995, S. 49; Reusser, ZVW 2003, 179, 180; Schnyder, ZVW 1992, 156, 165

⁵¹⁴ nicht zu verwechseln mit dem „Wunsch“ des Betroffenen, der möglicherweise gerade nicht dem eigenverantworteten Willen des Betroffenen entspricht und deshalb nicht in jedem Fall beachtet zu werden braucht, für das deutsche Recht: § 1901 III BGB, für das österreichische Recht: § 273a III ABGB und für das schweizer Recht: Art. 406 I ZGB-E

trat somit die Bindung des Betreuers an den Willen und die Wünsche des Betroffenen.

Der Betroffene hat somit nunmehr grundsätzlich auch das Recht, unvernünftige Dinge zu tun, da sein Handeln nicht mehr auf seinen Inhalt hin überprüft wird, sondern nur noch im Hinblick auf die Frage, ob es seinem selbstbestimmten Willen entspricht.

Während in Deutschland und der Schweiz mit der Einrichtung einer Betreuung nicht automatisch der Verlust der Handlungsfähigkeit verbunden ist - diese muss erst durch zusätzliche Anordnungen beschränkt werden - geht in Österreich mit der Anordnung der Sachwalterschaft auch stets die Einschränkung der Handlungsfähigkeit einher. Begründet wird diese Regelung mit dem Sicherheitsbedürfnis des Rechtsverkehrs⁵¹⁵. Die Schweiz sieht demgegenüber ähnlich wie das deutsche Recht die Möglichkeit vor, dem Betroffenen trotz Anordnung eines Beistandes die Handlungsfähigkeit vollständig oder teilweise zu belassen.

Das deutsche und das geplante Schweizer Recht belassen den Betroffenen trotz angeordneter Betreuung daher grundsätzlich den weitesten Handlungsspielraum: Solange kein Einwilligungsvorbehalt (§ 1903 BGB) bzw. die Einschränkung der Handlungsfähigkeit (Art. 394 II ZGB-E bzw. Art. 396 II, 398 III ZGB-E) ausdrücklich angeordnet ist, kann der Betroffene, soweit er nicht natürlich handlungsunfähig ist, in vollem Umfang wirksam neben dem Betreuer Rechtsgeschäfte tätigen. Wenn aber ein Einwilligungsvorbehalt bzw. die Beschränkung der Handlungsfähigkeit angeordnet ist, so ergeben sich praktisch keine Unterschiede mehr zwischen den hier untersuchten nationalen Erwachsenenschutzrechten.

Weitere Gemeinsamkeit der drei Rechtsordnungen sind die übrigen Kontrollinstrumente, mit denen ein Missbrauch der Vertretungsmacht verhindert werden soll. Für Geschäfte, die als wichtig oder gefährlich eingestuft werden, ist ein zusätzlicher gerichtlicher bzw. aufsichtsbehördlicher Genehmigungsvorbehalt angeordnet⁵¹⁶. Ein

⁵¹⁵ Ent/Hopf, § 273a ABGB RV 18f.

⁵¹⁶ Deutschland: § 4 I 3 c (2) aa; Österreich: § 4 II 2 e (2); Schweiz: § 4 III 3 c

Kontrahieren mit sich selbst oder nahen Angehörigen ist den Betreuern jeweils untersagt⁵¹⁷, Schadensersatzansprüche des Betroffenen gegen den Betreuer bei dessen Pflichtverletzungen und dessen mögliche Strafbarkeit runden den Kreis der Schutzinstrumente ab⁵¹⁸.

2. Schenkungen nach neuem Recht

So großzügig Deutschland und die Schweiz den Betroffenen im Gegensatz zu Österreich Handlungsspielräume zubilligen, so streng sind beide Länder bei der Behandlung von Schenkungen. Im Grunde haben nämlich diesbezüglich alle hier untersuchten Rechtsordnungen ihre bisherigen Regelungen im Wesentlichen beibehalten. In Österreich ist für Schenkungen außerhalb des ordentlichen Wirtschaftsbetriebes weiterhin lediglich die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich, während in Deutschland und der Schweiz die Schenkungsverbote des § 1804 BGB und Art. 408 ZGB mit leichten Abwandlungen ins neue Recht übernommen wurden bzw. werden. Allerdings ergäbe sich in der Schweiz ein Unterschied zur alten Rechtslage. Denn nunmehr wäre, so weit durch den Maßnahmebescheid ein Zustimmungserfordernis des Beistands begründet wird, dieser nicht mehr an das Schenkungsverbot gebunden, sondern könnte jeglichen Schenkungsgeschäften seine Zustimmung erteilen. Der Spielraum für Schenkungen aus dem Vermögen der Betroffenen würde somit in der Schweiz größer, während er in Deutschland im Wesentlichen gleich geblieben ist. Während der deutsche Betreuer auch bei Genehmigungshandlungen im Rahmen eines angeordneten Einwilligungsvorbehalts an die §§ 1804, 1908i II BGB gebunden ist und somit Schenkungen, die keine Gelegenheits-, Sitten oder Anstandsschenkungen sind, nicht zur Wirksamkeit verhelfen kann, wäre es dem Schweizer Beistand auch bei beliebigen Schenkungen möglich, seine Zustimmung zu erteilen, ohne insoweit durch das Schenkungsverbot betroffen zu sein.

⁵¹⁷ Deutschland: § 4 I 3 c (2) bb; Österreich: § 4 II 2 e (1); Schweiz: § 4 III 3 c

⁵¹⁸ Deutschland: § 4 I 3 c (2) cc; Österreich: § 4 II 2 e; Schweiz: § 4 III 3 c

In Österreich sind dagegen grundsätzlich sämtliche denkbaren Schenkungsgeschäfte möglich. Diese⁵¹⁹ bedürfen allenfalls der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, so weit sie über den ordentlichen Wirtschaftsbetrieb hinausgehen. In der Schweiz wären Schenkungen aus dem Vermögen Betreuer nur dann uneingeschränkt möglich, wenn sie von den urteilsfähigen Betroffenen selbst vorgenommen würden. Gegebenenfalls wäre zusätzlich die Genehmigung des Beistands erforderlich und bei einigen – vom Gesetzgeber als wichtig oder gefährlich angesehenen – Geschäften außerdem die weitere Genehmigung der Vormundschaftsbehörde einzuholen. Schenkungen allein durch den Beistand, die keine üblichen Gelegenheitsschenkungen sind, wären demgegenüber nicht möglich.

In Deutschland schließlich sind Schenkungen aus dem Betroffenenvermögen nur dann möglich, wenn die Betroffenen hierfür die notwendige Geschäftsfähigkeit besitzen und kein Einwilligungsvorbehalt angeordnet ist. Sobald jedoch ein solcher Einwilligungsvorbehalt angeordnet ist, die Handlungsfähigkeit des Betroffenen also beschränkt wurde, sind aus seinem Vermögen nur noch Gelegenheits-, Anstands- und Sittenschenkungen möglich. Gleiches gilt für den Fall, dass der Betroffene nicht mehr äußerungsfähig oder aus sonstigen Gründen daran gehindert ist, die Schenkungen selbst vorzunehmen.

3. Zwischenergebnis

Die persönliche Freiheit der Betroffenen wird in den untersuchten Rechtssystemen bei Anordnung einer Fürsorgemaßnahme unterschiedlich stark beschränkt. Während in Österreich mit der Anordnung einer Sachwalterschaft stets die Beschränkung der Handlungsfähigkeit des Betroffenen einhergeht, ist dies in der Schweiz nicht automatisch vorgesehen, sondern bedürfte der ausdrücklichen Anordnung, wobei dies sogar so weit gehen könnte, dass dem Betroffenen die rechtliche Handlungsfähigkeit durch Anordnung einer umfassenden Beistandschaft

⁵¹⁹ und auch die Genehmigungen des Sachwalters zu solchen des Betroffenen selbst, vgl. § 154 III 1 ABGB

gänzlich entzogen wird. In Deutschland hingegen ist allenfalls die Beschränkung der Handlungsfähigkeit durch gesonderte Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts möglich. Ein vollständiger Entzug ist hier nicht vorgesehen. Verkürzt gesagt sind die Betroffenen in den drei Rechtsordnungen somit unterschiedlich stark in ihrer allgemeinen rechtlichen Handlungsfähigkeit beschränkt, in Österreich am stärksten, in Deutschland am schwächsten.

Die Regelungen zu Schenkungen aus dem Vermögen der Betroffenen erfolgten demgegenüber genau in die jeweils umgekehrte Richtung. Österreich gewährt hier insoweit den größten Spielraum, indem es zwar dem Betroffenen bei Anordnung einer Sachwalterschaft stets die Handlungsfähigkeit beschränkt, aber im Hinblick auf Schenkungen sowohl durch den Betroffenen selbst als auch durch den Sachwalter nur für bestimmte Schenkungen einen gerichtlichen Genehmigungsvorbehalt anordnet. Demgegenüber zieht Deutschland den Kreis möglicher Schenkungen am engsten, indem es den Großteil erheblicher Schenkungen durch den Betreuer gänzlich verhindert. Je großzügiger die Rechtsordnungen somit den Betroffenen ihre allgemeine rechtliche Handlungsfähigkeit belassen, desto rigider sind die Verbotsvorschriften im Hinblick auf Schenkungen aus ihrem Vermögen durch die gesetzlichen Vertreter. Es stellt sich somit die Frage, ob das Festhalten des deutschen Gesetzgebers am bisherigen Schenkungsverbot eine systembedingte Notwendigkeit oder lediglich ein überflüssiges Beibehalten einer überholten Regelung darstellt.

§ 5 Kritische Würdigung des Schenkungsverbots Deutschlands

Seit einiger Zeit wird an dem Schenkungsverbot von verschiedenen Seiten Kritik geübt. Es sei unnötig und überholt und werde den Interessen der Betroffenen nicht gerecht⁵²⁰. Holzauer⁵²¹ verweist darauf, dass es wegen des Rückgangs und des Funktionsverlusts der Familie nicht mehr so selbstverständlich wie früher mit der Familienerbfolge gerechtfertigt werden könne, wenn der alte Mensch, der rechtlich an Dispositionen über sein Vermögen gehindert sei, es aufgrund des Schenkungsverbot es unabänderlich seinen gesetzlichen Erben hinterlasse. Die Vermutung, dass die gesetzliche Erbfolge dem Willen des Erblassers entspreche, sei mit zunehmender verwandtschaftlicher Entfernung außerdem immer weniger begründet. Das Verbot müsse daher etwa dadurch gelockert werden, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen des Schenkungsverbots enger ausgelegt werden⁵²².

Canaris⁵²³ sieht vor allem beim Verbot von karitativen oder religiösen Spenden einen Verstoß gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht als gegeben an. Auch in geschichtlicher Hinsicht bilde dieses Verbot einen Kontrast zur früheren europäischen Rechtssitte des Seelgeräts⁵²⁴, wonach ein Teil des Nachlasses ad pias causas bestimmt wurde⁵²⁵.

Lipp⁵²⁶ sieht in seiner Kritik am Schenkungsverbot vor allem einen Verstoß gegen das Gleichheitsgrundrecht als gegeben an, da das Schenkungsverbot dem Betroffenen sein durch Art. 1 I 2, 3 I GG

⁵²⁰ Böhmer, MittBayNot 1996, 405, 410

⁵²¹ Holzauer, FamRZ 2000, 1063, 1065

⁵²² Erman/Holzauer, § 1908i BGB Rn. 38; dieser schlägt hierzu vor, Schenkungen im Rahmen der vorweggenommene Erbfolge sowie Zuwendungen an Angehörige und karitative Zuwendungen vom Schenkungsverbot auszunehmen. Dies soll insbesondere dann erfolgen, wenn der geschäftsunfähige Betroffene das jeweilige wirtschaftliche Ziel seinem Betreuer deutlich machte. Wie diese Auslegung jedoch mit dem Wortlaut der §§ 1804, 1908i II 1 BGB in Einklang gebracht werden soll, wird nicht erläutert.

⁵²³ Canaris, JZ 1987, 993, 999

⁵²⁴ Hattenhauer, S. 132

⁵²⁵ Holzauer, FamRZ 2000, 1063, 1065; Erman/Holzauer, § 1908i BGB Rn. 38

⁵²⁶ Lipp, S. 163f.

garantierten Anspruch auf vollständige Herstellung seiner Rechtsperson verwehre.

Das Schenkungsverbot der §§ 1804, 1908i II BGB nimmt innerhalb des übrigen Betreuungsrechts eine Sonderstellung ein. Denn dieses entzieht dem Betroffenen im Falle der Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts die Möglichkeit, einen bestimmten Kreis von Geschäften überhaupt noch vornehmen zu können – weder durch eigenes Handeln, noch durch eine Vertretungshandlung seines Betreuers sind diese Geschäfte fortan möglich. Schenkungen aus seinem Vermögen, die keine Pflicht-, Anstands- oder Gelegenheitsschenkungen sind, sind gänzlich verboten. Es stellt sich daher zunächst die Frage, inwieweit ein solches Verbot mit der Gesetzessystematik des neuen Betreuungsrechtes im Einklang steht. Dies wird daher im Folgenden zuerst untersucht.

Darüber hinaus stellt ein solches Verbot bestimmter Geschäfte zweifelsfrei einen erheblichen Eingriff in die Freiheitsrechte des Betroffenen dar. Dieser Eingriff soll daher in einem zweiten Schritt auf seine verfassungsrechtliche Zulässigkeit überprüft werden. Im Rahmen der Prüfung wird dabei insbesondere auf die Frage einzugehen sein, warum ausgerechnet die Schenkung einer solchen Sonderbehandlung des Gesetzgebers bedarf, während sämtliche anderen denkbaren Rechtsgeschäfte nicht mit einem derartigen Verbot belegt sind.

I. Betreuungsrechtlicher Systembruch durch das Schenkungsverbot ?

Das Schenkungsverbot wurde unverändert aus dem alten Vormundschaftsrecht übernommen. Die unveränderte Beibehaltung einer solchen Regelung bei einem umfassenden Systemwechsel im Übrigen führt naturgemäß zu Problemen. Denn die dogmatische Struktur der Betreuung unterscheidet sich – wie gesehen – nicht unerheblich von der der Vormundschaft.

1. Das Schenkungsverbot im Lichte der Ziele des BtG

a. Stärkung der Selbstbestimmung der Betroffenen

Mit dem Schenkungsverbot wird einem Teil der Betroffenen weiterhin die Möglichkeit vorenthalten, Schenkungen aus ihrem Vermögen

vorzunehmen. Soweit nämlich ein Einwilligungsvorbehalt angeordnet ist, sind Schenkungen über die Grenzen der §§ 1908i I 2, 1804 BGB hinaus nicht möglich, selbst wenn die Betroffenen – z.B. im Zuge eines sog. „lichten Moments“ – einen entsprechenden selbstbestimmten Willen äußern⁵²⁷.

Aber auch wenn die Betroffenen den – an sich beachtlichen – Wunsch nach der Vornahme der Schenkung äußern oder bereits vor der Anordnung der Betreuung geäußert haben, ist der Betreuer daran gehindert, diesem Wunsch über die Grenzen der §§ 1908i II 1, 1804 BGB hinaus nachzukommen. Bestimmte Rechtsgeschäfte (Schenkungen, die keine Sitten-, Anstands- oder Gelegenheitsschenkungen sind) sind den Betroffenen auch im neuen Betreuungsrecht verwehrt.

Vor dem Hintergrund, dass das Hauptziel der Reform die Stärkung der Selbstbestimmung der Betroffenen war, überrascht das Festhalten am Verbot einer bestimmten Form von Rechtsgeschäften. Für die Betroffenen geht die Reform somit in punkto Schenkungsgeschäften nicht mit einer Stärkung ihrer Selbstbestimmung einher. Denn das Recht auf Selbstbestimmung muss selbstverständlich auch das Recht umfassen, beliebige Rechtsgeschäfte vornehmen zu dürfen. Das Recht der Betroffenen auf Selbstbestimmung wird aber weiterhin dadurch beschränkt, dass ihnen in vielen Fällen weiterhin Schenkungsgeschäfte nicht offen stehen.

Das Hauptziel der Reform, der Stärkung der Selbstbestimmung, wird in punkto Schenkungen somit nicht erreicht.

b. Subsidiaritätsgrundsatz

Ein weiteres Ziel des neuen Betreuungsrechts war die Einführung des Subsidiaritätsprinzips. Betreuung sollte nicht an die Stelle noch vorhandener Fähigkeiten treten, sondern vielmehr auf den jeweiligen Hilfe- bzw. Betreuungsbedarf flexibel reagieren⁵²⁸.

⁵²⁷ oben, § 4 I 3 d (2)

⁵²⁸ Bienwald, in: Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann, Einführung Rn. 6

Das Schenkungsverbot ist in seiner Anwendung jedoch weitestgehend starr, da unabhängig von den jeweiligen individuellen Verhältnissen des konkret Betroffenen ein Großteil grundsätzlich möglicher Schenkungen untersagt wird. Hierüber vermag auch die neu eingeführte Regelung des § 1908i II 1 BGB nicht hinwegzuhelfen, da diese lediglich Gelegenheitsschenkungen vom Verbot ausnimmt⁵²⁹. Das Schenkungsverbot vermag mithin nicht, auf den konkreten Hilfebedarf des jeweils Betroffenen flexibel zu reagieren.

Aber auch im Hinblick auf die Achtung verbliebener Fähigkeiten des Betroffenen stellt das Schenkungsverbot eine problematische Regelung dar. Denn nicht einmal ein eigenverantwortlicher Wille des Betroffenen kann bei gleichzeitiger Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts etwas am Verbot einer Schenkung ändern, die keine Pflicht-, Anstands- oder Gelegenheitsschenkung ist. Nun ist aber erkennbar bei Vorliegen eines eigenverantwortlichen Willens des Betroffenen allenfalls Hilfebedarf bei der *Durchführung* der Schenkung vorhanden, nicht aber bei ihrer Vornahme. Die Verhinderung einer solchen Schenkung stellt demgegenüber nicht die Kompensation eines tatsächlich vorhandenen Hilfe- oder Betreuungsbedarfs dar, sondern deren Gegenteil. Die noch vorhandene Fähigkeit des Betroffenen zur Vornahme der gewollten Schenkung läuft vielmehr leer. Betreuung tritt nicht nur an die Stelle noch vorhandener Fähigkeiten, sie unterbindet vielmehr Geschäfte gänzlich, zu denen der Betroffene eigentlich noch fähig ist.

Das Schenkungsverbot ist mithin im Wesentlichen unflexibel und schneidet noch vorhandene Fähigkeiten der Betroffenen ab.

c. Abschaffung der rechtlichen Gleichbehandlung mit Kindern

Die betreuungsrechtliche Vorschrift des § 1908i II 1 BGB verweist auf § 1804 BGB – der unverändert gebliebenen Schenkungsvorschrift für die Vormundschaft über Minderjährige⁵³⁰.

⁵²⁹ oben, § 4 I 3

⁵³⁰ oben, § 3 I 4 a

Ein weiteres Reformziel war die Abschaffung der im Entmündigungsrecht praktizierten rechtlichen Gleichbehandlung von hilfebedürftigen Erwachsenen mit erziehungsbedürftigen Kindern, da diese von den Betroffenen als entwürdigend empfunden wurde. Mit dem Verweis des § 1908i II 1 BGB auf den § 1804 BGB, der Schenkungsvorschrift des Vormundschaftsrechts über Minderjährige, behält auch das reformierte Recht in dieser Hinsicht die Gleichstellung von erwachsenen Hilfebedürftigen mit erziehungsbedürftigen Kindern bei – und dies obwohl im Minderjährigenrecht bei der Vermögenssorge die Grundsätze von Vermögenserhaltung und -mehrung im Vordergrund stehen⁵³¹. Denn im Sinne des Förderungsprinzips gilt es, die Schaffung bestmöglicher Startchancen des Minderjährigen beim Eintritt in die Volljährigkeit zu gewährleisten; sein Vermögen soll dem Vertretenen dann möglichst ungeschmälert zur Verfügung stehen⁵³². Schließlich ist bei einem Kind absehbar, dass es eines Tages im Hinblick auf vermögensrechtliche Fragen zu selbstbestimmten Entscheidungen in der Lage ist – aus Sicht des Gesetzgebers mit der Volljährigkeit. Entscheidungen gerade in vermögensrechtlicher Hinsicht sollen dem Kind – dem später zur Selbstbestimmung fähigen Erwachsenen – möglichst nicht aus der Hand genommen, sondern für die spätere Zeit der Selbstbestimmung aufgehoben werden, so dass es dann die ihm beliebenden Entscheidungen frei treffen kann. Anders liegt die Sache nur bei den von § 1804 BGB vorgesehenen Ausnahmen. Denn hier gebietet die Erziehungs- und Förderungsfunktion gerade die Schenkung, da anderenfalls – im Fall der nicht erfolgenden Schenkung - dem Mündel ein Nachteil erwachsen würde. Denn etwa im Fall der nicht erfolgenden Anstandsschenkungen wäre für das Mündel ein Ansehensverlust seiner sozial gleichgestellten Kreise die drohende Folge. Das Mündel würde also eines Tages mit geringem öffentlichen Ansehen in die Volljährigkeit entlassen.

Alle diese Gründe für die Einführung eines Schenkungsverbots im Rahmen der Altersvormundschaft gelten jedoch nicht für die

⁵³¹ RGZ 137, 320, 323

⁵³² Staudinger/Engler § 1793 BGB Rn. 17

Vermögensverwaltung im Rahmen einer Betreuung. Denn im Gegensatz zum Minderjährigen muss der Erwachsene nicht mehr erzogen werden. Er hat häufig bereits ein selbstbestimmtes Leben hinter sich, eine eigene Biographie sowie eigene Ansichten und Vorstellungen davon entwickelt, wie er sein Leben gestalten möchte. Ob er Wert auf Achtung und Anerkennung innerhalb seiner sozial gleichgestellten Kreise legt, hängt allein von ihm und seiner Persönlichkeit ab.

Es entspricht vielmehr regelmäßig dem Willen und dem Wunsch gerade der älteren Betroffenen, ihren Lebensabend zu genießen. In Anbetracht dessen, dass die verbliebene Lebenserwartung in solchen Fällen nicht übermäßig groß ist, besteht überhaupt kein Grund, das Vermögen um jeden Preis zu verwalten und zu mehren. Der Betroffene hat vielmehr allen Grund, sein eigenes Vermögen für sich so zu verwenden, wie es ihm beliebt. Gute Gründe für die Vornahme von Schenkungen wurden außerdem bereits in der Einleitung genannt⁵³³. So weit der mögliche Pflegebedarf des älteren Betroffenen gesichert ist, ist somit kein Grund ersichtlich, warum sein Vermögen ihm um jeden Preis erhalten werden muss⁵³⁴.

So sinnvoll und notwendig das Schenkungsverbot innerhalb einer *Vormundschaft* über Erwachsene und einer solchen über Minderjährige daher auch war bzw. immer noch ist, so wenig taugen die hierfür gefundenen Begründungen im Rahmen einer *Betreuung* über einen Erwachsenen.

Obwohl bei der Einführung des Betreuungsrechts erkannt wurde, dass die Gleichbehandlung von erwachsenen Hilfebedürftigen mit erziehungsbedürftigen Kindern von ersteren als demütigend empfunden wird, behielt man eine solche rechtliche Gleichbehandlung von Erwachsenen und Kindern bei Schenkungen weiterhin bei.

⁵³³ oben, § 1

⁵³⁴ Erman/Holzhauer, § 1908i BGB Rn. 38

2. Vereinbarkeit des Schenkungsverbots mit dem Grundsatz der subjektiven Wohlbestimmung

Es tritt hier noch ein weiterer, schwererwiegender Systembruch hinzu. Denn die (objektive) Regelung des Schenkungsverbots der §§ 1908i II, 1804 BGB steht im Widerspruch zu den bereits dargestellten⁵³⁵ Grundsätzen der subjektiven Bestimmung des Betreutenwohls. Während nämlich ansonsten bei allen Maßnahmen des Betreuers auf das subjektiv zu bestimmende Betreutenwohl abzustellen ist, entscheiden bei der Zulässigkeit von Schenkungen weiterhin objektive Kriterien wie „Sitte“ und „Anstand“. Auf den ausdrücklich geäußerten oder mutmaßlichen Wunsch des Betroffenen kommt es insoweit nicht an. Es ist schlicht irrelevant, ob der Betroffene die vorzunehmende Schenkung selbst vorgenommen hätte, wenn er denn könnte⁵³⁶. Selbst der frei bestimmte Wille, der in einem lichten Moment vom Betroffenen geäußert wird, spielt bei einem angeordneten Einwilligungsvorbehalt keine Rolle mehr.

Daran vermag auch die Lockerung des Schenkungsverbots durch die Regelung des § 1908i II 1 BGB nichts zu ändern, wonach der Wunsch des Betroffenen immerhin bei Gelegenheitsgeschenken Beachtung findet. Wie oben gesehen⁵³⁷ ist nämlich der Kreis möglicher Gelegenheitsgeschenke objektiv begrenzt, so dass der Wunsch des Betroffenen lediglich dann beachtet wird, wenn er sich innerhalb des objektiven Rahmens des § 1908i II 1 BGB hält. Geht er darüber hinaus – indem er auf ein Geschenk, welches kein Gelegenheitsgeschenk ist, oder welches den Rahmen der beim Betroffenen üblichen Lebensverhältnisse sprengt – so ist er unbeachtlich.

Die Wirksamkeit der Schenkung des Betreuers aus dem Betreutenvermögen bzw. dessen Zustimmung zu einer solchen des Betroffenen selbst hängt somit nur davon ab, ob es sich um eine Sitten-, Anstands- oder Gelegenheitschenkung handelt. Liegt eine solche nicht vor, ist die Schenkung unheilbar nichtig. Die vom Betreuten

⁵³⁵ oben, § 4 I 3 b (2) bb

⁵³⁶ Bobenhausen, BtPrax 1994, 158, 161

⁵³⁷ oben, § 4 I 3 b

möglicherweise im Laufe seines Lebens entwickelten Vorstellungen von Sitte und Anstand sind dabei ebenfalls unbeachtlich.

Das Selbstbestimmungsrecht, welches mit Einführung des Betreuungsrechts gesichert werden sollte, wird durch das Schenkungsverbot somit eingeschränkt.

II. Systematische Begründung des Schenkungsverbots

Solche Ausnahmen bzw. Systembrüche durch die Beibehaltung des Schenkungsverbots wird der Gesetzgeber des BtG zweifelsfrei nicht grundlos in Kauf genommen haben. Eine ausdrückliche Begründung des Schenkungsverbots im Rahmen des Erwachsenenschutzes liefern die Gesetzesmaterialien zum BtG gleichwohl nicht. Vielmehr wird eingeräumt, dass das Schenkungsverbot bereits unter dem alten Entmündigungsrecht vielfach als zu eng empfunden wurde⁵³⁸. Anstatt es jedoch abzuschaffen, entschied man sich für eine „vorsichtige Erweiterung“ der Schenkungsmöglichkeiten⁵³⁹. Es muss daher zunächst auf den Normzweck innerhalb des alten Vormundschaftsrechts zurückgegriffen werden.

Schenkungen lägen zum einen außerhalb des Zwecks der Vermögensverwaltung des Mündels, zum anderen gälte es, den Mündel zu schützen⁵⁴⁰. Für das Betreuungsrecht wird über diese Gründe hinaus vertreten, dass die fraglichen Schenkungen generell gegen das Wohl der Betroffenen verstießen⁵⁴¹.

1. Verstoß gegen den Zweck der Vermögensverwaltung

Für das Vormundschaftsrecht wurde begründet, dass es Aufgabe des gesetzlichen Vertreters sei, das Betroffenenvermögen zu erhalten und nicht zu verschenken⁵⁴². Diese Begründung wird zum Teil auch für das Betreuungsrecht aufrechterhalten⁵⁴³.

⁵³⁸ BT-Drucks. 11/4528, S. 160

⁵³⁹ ebenda

⁵⁴⁰ Mot., in: Mugdan IV, S. 1106f.

⁵⁴¹ Böhmer MittBayNot 1996, 405

⁵⁴² Mot., in: Mugdan IV, S. 1106f.

Im Betreuungsrecht kann der Zweck der Vermögensverwaltung jedoch nicht losgelöst vom Zweck der Betreuung selbst gesehen werden. Oberstes Ziel der Betreuung ist die Sicherung des Selbstbestimmungsrechts des Betroffenen und Hilfe bei seiner Ausübung⁵⁴⁴. Die Vermögensverwaltung dient somit ebenfalls diesen Zielen. Nun kann jedoch nicht gesagt werden, dass Schenkungen generell das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen gefährdeten oder gar verletzen und deshalb außerhalb des Zwecks der Vermögensverwaltung des Betroffenen lägen. Wenn der selbstbestimmte Wille des Betroffenen auf die Vornahme einer Schenkung gerichtet ist, entspricht deren Vornahme gerade der Verwirklichung seines Selbstbestimmungsrechts. Wenn mit einer Maßnahme aber das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen verwirklicht wird, so kann dies nicht außerhalb des Zwecks der Vermögensverwaltung liegen. Denn die Vermögensverwaltung hat ebenfalls lediglich die Aufgabe, dem Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen zu dienen. Nur wenn eine Schenkung eine Verletzung des Selbstbestimmungsrechts des Betroffenen darstellt – etwa wenn der wirkliche oder der mutmaßliche Wille des Betroffenen entgegensteht – entspricht die Nichtvornahme der Schenkung dem Zweck der Vermögensverwaltung.

Die verbotenen Schenkungen widersprechen somit nicht per se dem Zweck der Vermögensverwaltung, so dass diese Begründung hier ausscheidet.

2. Verstoß gegen das Betroffenenwohl

Da das Wohl des Betroffenen subjektiv bestimmt wird, kann auch die Frage, ob ein bestimmtes Geschäft seinem Wohl dient oder nicht, schwerlich generell und objektiv nach der Rechtsnatur des Geschäfts beantwortet werden. Während eine objektive Wohlbestimmung sich im Vormundschaftsrecht noch damit begründen ließ, dass mit der Entmündigung konstitutiv festgestellt worden war, der Betroffene sei entscheidungsunfähig und es käme somit auf seinen Willen nicht mehr an,

⁵⁴³ Gernhuber/Coester-Waltjen, FamR, § 61 II 1 (982)

⁵⁴⁴ oben, § 4 I 2

liegt die Sache im Betreuungsrecht deutlich anders. Denn eine konstitutive, generell für die Zukunft geltende Entscheidung, wonach der Wille des Betroffenen unbeachtlich sei, wird nun nicht mehr getroffen. Es ist vielmehr individuell für jeden Einzelfall zu prüfen, ob ein bestimmtes Geschäft vorzunehmen ist. Die Beantwortung dieser Frage richtet sich jedoch – wie gesehen⁵⁴⁵ –wiederum nach subjektiven Kriterien anhand der Person des jeweils Betroffenen. Dies bedeutet aber wiederum, dass pauschale Verbote von bestimmten Geschäften nicht in das übrige System des Betreuungsrechts passen und schon gar nicht dem Betroffenenwohl dienen.

Auch ein Verstoß gegen das Betroffenenwohl scheidet somit als Begründung für das Schenkungsverbot aus.

3. Schutz des Betroffenen

Als mögliche Begründung verbleibt somit nur noch die Schutzfunktion, die seit jeher zur Begründung des Schenkungsverbots angeführt wurde⁵⁴⁶. Ein Verbot der fraglichen Schenkungen diene dem Schutz des Betroffenen und seines Vermögens und damit letztlich seinen Interessen⁵⁴⁷. Der Betroffene wird insbesondere vor einem Missbrauch der Vertretungsmacht durch den Betreuer geschützt⁵⁴⁸.

Dem ist zwar zugute zu halten, dass das Verbot von Schenkungsgeschäften ausschließt, dass bei deren Vornahme der Betreuer gegen seine Pflichten verstößt. Auch wird stets das Vermögen des Betroffenen erhalten. Allerdings wurde bereits festgestellt, dass der Erhalt des Betroffenenvermögens nicht stets dessen Wohl entspricht⁵⁴⁹. Zweck des Betreuungsrechts ist es gerade nicht, das Betroffenenvermögen möglichst zu erhalten und zu vermehren, sondern das Betroffenenwohl zu

⁵⁴⁵ oben, § 4 I 3 b (2) bb

⁵⁴⁶ Mot., in: Mugdan IV, S. 1106f.

⁵⁴⁷ Mot., in: Mugdan IV (nicht Protokolle, wie Holzhauser, FamRZ 2000, 1063, 1066, zu Unrecht bei Böhmer, MittBayNot 1996, 405, 409, bemängelt), S. 1107; Prütting/Bauer, § 1804 BGB Rn. 1

⁵⁴⁸ BayObLG FamRZ 1996, 1359, 1360; Böhmer, MittBayNot 1996, 405, 410 Fn. 71

⁵⁴⁹ oben, § 5 II 2

sichern, indem insbesondere das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen geachtet wird.

Der Missbrauch der Vertretungsmacht wird zwar durch das Verbot bestimmter Geschäfte ausgeschlossen, dies erfolgt aber um den Preis, dass das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen nicht unerheblich eingeschränkt wird, da aus seinem Vermögen keine Schenkungen mehr vorgenommen werden können. Wollte man jegliche Gefahr durch Missbrauch von Vertretungsmacht ausschließen müsste man letztlich jegliche gesetzliche Stellvertretung abschaffen. Dies könnte freilich nur um den Preis erfolgen, dass eine rechtliche Betreuung nicht mehr möglich wäre, so dass die Teilhabe kranker und behinderter Menschen am Rechtsverkehr nicht mehr gewährleistet wäre. Ein Verbot eines bestimmten Rechtsgeschäfts darf daher nur als ultima ratio dienen, wenn der beabsichtigte Schutz vor einem Missbrauch der Vertretungsmacht nicht anders erreicht werden kann.

Das Betreuungsrecht hält aber wie gesehen⁵⁵⁰ eine Fülle an Schutzmechanismen bereit, die die Betroffenen vor einem Missbrauch der Vertretungsmacht durch den Betreuer schützen. Es wäre insbesondere denkbar, anstelle des Verbots einen vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungsvorbehalt vorzusehen.

Vorliegend ist der Schutz des Betroffenen vor einem Missbrauch der Vertretungsmacht darüber hinaus bereits bei einem Großteil der verbotenen Schenkungen durch die übrigen Schutzmechanismen des Betreuungsrechts ausreichend gesichert. Denn dem Betroffenen stehen Schadensersatzansprüche gegen den Betreuer zu, wenn dieser seine Pflichten verletzt, ganz zu schweigen von der Strafbarkeit des Betreuers gem. § 265 StGB. Darüber hinaus kann der Betreuer ohnehin alle vom Gesetzgeber für gefährlich oder wichtig gehaltenen Rechtsgeschäfte nicht allein vornehmen, da hierfür ein vormundschaftsgerichtlicher Genehmigungsvorbehalt angeordnet ist⁵⁵¹. Es sind nur wenige Fälle denkbar, bei denen die Gefahr von größeren Vermögensnachteilen beim

⁵⁵⁰ oben, § 4 I 2 c

⁵⁵¹ oben, § 4 I 3 c (2) aa

Betreuten gegeben ist und gleichwohl kein vormundschaftsgerichtlicher Genehmigungsvorbehalt besteht: so etwa bei der Schenkung größerer Summen Bargelds oder von wertvollen Kunstgegenständen. Es wäre aber für den Schutz des Betroffenen völlig ausreichend, auch diese Geschäfte unter einen vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungsvorbehalt zu stellen, anstatt sie gänzlich zu untersagen⁵⁵². Bei Lichte betrachtet stellt der Schutz des Betroffenen vor Missbrauch der Vertretungsmacht zwar einen Schutz vor Fremdbestimmung dar⁵⁵³, nimmt aber gleichzeitig stets rechtliche Handlungsmöglichkeiten und stellt somit eine Einschränkung der Selbstbestimmung dar. Der beabsichtigte Schutz ließe sich jedoch ohne weiteres auch durch andere Mittel herbeiführen, die nicht ihrerseits zu einer Verletzung des Selbstbestimmungsrechts des Betroffenen führen. Der beabsichtigte Schutz des Betroffenen vor einem Missbrauch der Vertretungsmacht durch den Betreuer bildet somit zusammenfassend zwar eine legitime systematische Begründung für das Schenkungsverbot, überzeugen kann diese Begründung gleichwohl nicht. Die Sicherung des Selbstbestimmungsrechts des Betroffenen wird – unnötigerweise – rechtlich mit der Einschränkung eben dieses Selbstbestimmungsrechts an anderer Stelle bezahlt, obwohl ebenso wirksame Schutzmechanismen bereitstehen, die das Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen nicht so stark einschränken wie das Verbot.

III. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen das Schenkungsverbot

Es mag grundsätzlich noch unproblematisch sein, dass die Schenkungsverbote sowohl Systembrüche innerhalb der neuen Erwachsenenschutzrechte darstellen als auch gegen den Grundsatz der subjektiven Wohlbestimmung verstoßen und somit das Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen beschränken.

Während die ersten beiden Einwände gegen das Schenkungsverbot noch rechtspolitischer Art sein mögen, ist allerdings zu beachten, dass gerade

⁵⁵² Bobenhausen, BtPrax 1994, 160f.; Canaris, JZ 1987, 999; Lipp, S. 163; Böhmer, MittBayNot 1996, 410

⁵⁵³ oben, § 4 I 2 c (2)

der dritte Einwand auch verfassungsrechtliche Qualität hat⁵⁵⁴. Denn Einschränkungen des Selbstbestimmungsrechts des Betroffenen berühren ihn in seinen Grundrechten. Somit ist im Folgenden die Frage zu klären, ob und in welcher Hinsicht das Schenkungsverbot in seiner jetzigen Form möglicherweise gegen das Grundgesetz verstößt.

Wie bereits gesehen, hat ein Betroffener, der zu selbstbestimmten Entscheidungen nicht (mehr) in der Lage ist oder unter Einwilligungsvorbehalt steht, keine Möglichkeit mehr, zu Lebzeiten über sein Vermögen außerhalb der Grenzen der §§ 1804, 1908i II 1 BGB unentgeltlich zu verfügen. Denn der geschäftsunfähige Betroffene kann ohne die Hilfe des Betreuers keine wirksamen Geschäfte tätigen, dieser vermag Schenkungen jedoch nur innerhalb der Grenzen der §§ 1804, 1908i II 1 BGB vorzunehmen. Auch ein angeordneter Einwilligungsvorbehalt führt dazu, dass der Betroffene insoweit nur noch unter Mithilfe des Betreuers Rechtsgeschäfte tätigen kann. Dass der Betroffene in diesem Fall möglicherweise – etwa in sog. „lichten Momenten“ – zu selbstbestimmten und selbstverantworteten Entscheidungen in der Lage ist oder diese vor Anordnung des Einwilligungsvorbehalts bzw. vor Eintritt seiner Geschäftsunfähigkeit getroffen hat, ändert hieran – wie dargestellt – nichts. Der Betreuer wiederum ist auch bei der Erteilung der Zustimmung an das Schenkungsverbot gebunden, so dass auch hier wesentliche Schenkungen ausscheiden. Der Betroffene ist in seiner Verfügungsgewalt über sein Vermögen beschränkt, so dass sein Grundrecht aus Art. 14 I GG betroffen sein könnte.

Ein Einwilligungsvorbehalt kann sich gem. § 1903 II BGB nicht auf Verfügungen von Todes wegen erstrecken. So weit der Betroffene aber wegen psychischer Krankheit oder wegen geistiger oder seelischer Behinderung unter Betreuung gestellt wurde, wird aufgrund der Überschneidungen in den Tatbeständen der §§ 104 Nr. 2 BGB bzw. § 2229 IV BGB und § 1896 I BGB häufig auch Geschäfts- und

⁵⁵⁴ OLG Karlsruhe, BtPrax 2000, 177

Testierunfähigkeit vorliegen⁵⁵⁵, so dass er selbst weder durch Testament noch durch Erbvertrag seine Rechtsnachfolge regeln kann. Auch sein Betreuer hat nicht die Möglichkeit, ihm zu helfen, führen doch die §§ 2064, 2275 BGB dazu, dass eine letztwillige Verfügung durch den Betreuer unwirksam ist. In solchen Fällen kann über größere Vermögensgegenstände damit auch nicht im Wege der letztwilligen Verfügung unentgeltlich verfügt werden. Derjenige, der bis zum Verlust seiner Fähigkeit zu selbstbestimmten Handlungen keine letztwillige Verfügung getroffen hat, hinterlässt sein Vermögen somit unweigerlich seinen gesetzlichen Erben. Durch das Verbot der lebzeitigen Schenkungen über die Grenzen der §§ 1804, 1908i II 1 BGB steht damit schon zu seinen Lebzeiten fest, wer im Todesfall sein Vermögen erhalten wird, ohne dass der Betroffene durch lebzeitige oder letztwillige Verfügungen hieran etwas ändern könnte. Er ist somit letztlich auch in der letztwilligen Verfügungsgewalt beschränkt. Hieraus folgt, dass auch sein Grundrecht aus Art. 14 III GG betroffen sein könnte.

Schließlich ist zu beachten, dass der Betreute gem. Art. 1 I 2, 3 I GG Anspruch auf vollständige Herstellung seiner Rechtsperson hat, also Anspruch auf vollständigen Zugang zum Rechtsverkehr. Wenn ihm aber bestimmte Geschäfte, nämlich Schenkungen außerhalb der §§ 1804, 1908i II BGB, verwehrt sind, so ist seine Rechtsperson gerade nicht vollständig hergestellt und sein Gleichheitsgrundrecht betroffen⁵⁵⁶. Denn im Gegensatz zu ihm steht es Gesunden frei, derartige Geschäfte zu tätigen.

IV. Positivistische Lösungsansätze

Einzelne Gerichte haben daher versucht, dieses Ergebnis dadurch abzuwenden, dass sie den Anwendungsbereich der Sittenschenkung erheblich erweiterten, indem sie diese für den Fall bejahten, dass die Schenkung „im Sinne des Betreuten“ liege⁵⁵⁷. Zwar hat das LG Traunstein hierbei zutreffend festgestellt, dass anderenfalls die übliche

⁵⁵⁵ Müller, ZEV 1998, 219, 220

⁵⁵⁶ vgl. oben, § 4 I 2

⁵⁵⁷ LG Traunstein MittBayNot 2005, 231, 232; OLG Hamm FamRZ 1987, 751

Nachfolgeregelung für landwirtschaftliche Betriebe unmöglich gemacht würde und daher ein praktisches Bedürfnis für Schenkungen außerhalb des Schenkungsverbots bestünde. Jedoch kann diese Interpretation des § 1804 BGB schon deshalb nicht überzeugen, weil sie am Wortlaut der Norm vorbei geht⁵⁵⁸. Das Betroffenenwohl wird in § 1804 BGB ebenso wenig erwähnt wie die Interessen des Betroffenen. Entsprechend kann auch nicht der Begriff der sittlichen Pflicht derartig ausgedehnt werden. Denn es besteht keine sittliche Pflicht, wirtschaftlich vernünftige Geschäfte vorzunehmen⁵⁵⁹. Das OLG Hamm und das LG Traunstein sind mit ihrer Auffassung daher allein geblieben⁵⁶⁰.

Einen anderen Weg, die Folgen des Schenkungsverbots abzumildern ist das OLG Stuttgart gegangen, indem es bei Hofübergabeverträgen den Begriff der „angemessenen Ausstattung“ gem. §§ 1624, 1908 BGB dadurch ausdehnte, dass Angemessenheit bereits dann vorläge, wenn die Übergabe dem Betroffeneninteresse entspräche⁵⁶¹. Dem ist zuzugeben, dass sich diese Auslegung im Rahmen des Gesetzeswortlauts hält und somit keine grundsätzlichen Bedenken entgegenstehen⁵⁶². Allerdings stellen Hofübergabe- bzw. Ausstattungsverträge nur einen sehr kleinen Teil der Geschäfte dar, in denen unentgeltlich Vermögen übertragen wird. Soweit aber klassische Schenkungen vorliegen, ist dieser Lösungsweg nicht gangbar. Damit ist das grundsätzliche Problem, dass diverse Rechtsgeschäfte Kranken und Behinderten – im Gegensatz zu Gesunden – nicht offen stehen, nicht beseitigt. Hinzu kommt, dass auch nach der vorgenannten Auslegungsvariante der Grat zwischen erlaubtem Hofübergabevertrag und verbotener Schenkung sehr schmal ist⁵⁶³. Denn jedenfalls liegt die Angemessenheit der Ausstattung nur dann vor, wenn zumindest die Altersversorgung des Übergebers entsprechend seinen

⁵⁵⁸ Dies kritisiert zutreffend Böhmer, MittBayNot 2005, 232, 233

⁵⁵⁹ BayObLG NJW-RR 1997, 452

⁵⁶⁰ BayObLG, RPflegler 2003, 643, 650f.; Böhmer, MittBayNot 2005, 232, 233

⁵⁶¹ OLG Stuttgart, MittBayNot 2005, 229, 231

⁵⁶² ebenfalls zustimmend: Böhmer, MittBayNot 2005, 232, 233

⁵⁶³ Böhmer, MittBayNot 2005, 232, 233

konkreten Vermögensverhältnissen möglichst umfassend durch die im Gegenzug erhaltenen Leistungen und Rechte abgedeckt sind⁵⁶⁴. Sollte dies – auch nur teilweise – nicht der Fall sein, so liegt eine (ggf. gemischte) Schenkung vor, deren Wirksamkeit sich wiederum nach den §§ 1908i II 1, 1804 BGB richtet.

⁵⁶⁴ BGH NJW 1995, 1349; OLG Hamm, NJW-RR 1992, 1170; OLG Stuttgart, MittBayNot 2005, 229, 231

§ 6 Vereinbarkeit von §§ 1804, 1908i II 1 BGB mit Art. 14 GG

Es stellt sich daher die Frage nach der Vereinbarkeit von §§ 1804, 1908i II 1 BGB mit dem Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 GG. Denn die Freiheit des Betroffenen, mit seinem Eigentum nach Belieben zu verfahren, ist – zumindest faktisch – eingeschränkt. Denn auch wenn das Schenkungsverbot sich nur auf den Betreuer bezieht, so wirkt es sich gleichwohl unmittelbar beschränkend auf den Betroffenen selbst aus, da er weder durch eigene Handlungen noch mit Hilfe seines Betreuers die fraglichen Geschäfte vornehmen kann. Aus seinem Vermögen können keinerlei Schenkungen mehr über die Grenzen des Schenkungsverbots hinaus getätigt werden. Der Betroffene hat somit seine „Schenkungsfähigkeit“ insoweit verloren. Er hat damit auch nicht die Freiheit, mit seinem Eigentum in vollem Umfang nach Belieben zu verfahren.

I. Schutzbereich des Art. 14 GG

Das Grundrecht aus Art. 14 I GG schützt nicht nur den Bestand des Eigentums, sondern insbesondere auch das Nutzungsrecht des Eigentümers am Eigentum⁵⁶⁵. Der Eigentümer hat die Freiheit, sein Eigentum nicht nur schlicht zu behalten, sondern auch es nach Belieben zu verwenden⁵⁶⁶. Bei der Frage, ob aus dem Vermögen eines Betroffenen Schenkungen vorgenommen werden können oder nicht, ist dieses Nutzungsrecht betroffen, steht doch gerade in Frage, ob der Betroffene – selbst oder durch seinen Betreuer – sein Eigentum uneingeschränkt verschenken darf oder nicht. Der Schutzbereich des Art. 14 I GG ist somit grundsätzlich betroffen.

II. Eingriff in den Schutzbereich

In den Schutzbereich von Art. 14 GG kann wie bei allen anderen Freiheitsgrundrechten konkret nur dann eingegriffen sein, wenn der jeweilige Grundrechtsinhaber überhaupt in der Lage ist, sein grundsätzlich

⁵⁶⁵ v. Münch/Bryde, Art. 14 GG Rn. 13; Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 1007

⁵⁶⁶ BVerfGE 42, 229, 232; Stein, StaatsR, § 42 III 1 a

bestehendes Grundrecht überhaupt auszuüben. Denn als spezielles Freiheitsgrundrecht dient Art. 14 GG dem Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen⁵⁶⁷. Ein Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht kann jedoch nur dann vorliegen, wenn und so weit der Betroffene überhaupt in der Lage ist, von seinem Freiheitsrecht selbstbestimmt Gebrauch zu machen. Denn Selbstbestimmung setzt Selbstbestimmungsfähigkeit voraus⁵⁶⁸.

Das Schenkungsverbot schränkt aber nur vordergründig den Betreuer, und nicht den Betreuten ein, denn es muss hierbei berücksichtigt werden, dass es sich auch unmittelbar beschränkend auf den Betreuten selbst auswirkt. Denn so weit ein **Einwilligungsvorbehalt** angeordnet wurde, hängt die Wirksamkeit der eigenen Rechtsgeschäfte des Betreuten von der Genehmigung des Betreuers ab, der wiederum bei der Erteilung der Genehmigung an das Schenkungsverbot gebunden ist. Dadurch hängt letztlich die Wirksamkeit der Schenkung, die vom Betroffenen vorgenommen wurde, davon ab, ob sie sich innerhalb oder außerhalb der Grenzen der §§ 1908i II 1, 1804 BGB bewegt. Der eigenverantwortliche Betroffene selbst wird somit durch das Schenkungsverbot in seiner Freiheit eingeschränkt. Das Schenkungsverbot stellt folglich bei eigenen Geschäften des Betroffenen, der unter Einwilligungsvorbehalt steht, einen Eingriff in sein Eigentumsgrundrecht dar, wenn der Betroffene bei Vornahme der Schenkung eigenverantwortlich und selbstbestimmt handelte, hieran aber durch das Schenkungsverbot gehindert wird. Denn wie gesehen stellt eine Einschränkung ohne oder gegen seinen Willen nur dann keinen Eingriff in seine Freiheit dar, soweit und solange ihm die Eigenverantwortlichkeit tatsächlich fehlt⁵⁶⁹, was im vorgenannten Fall aber gerade nicht gegeben ist. Dem steht auch nicht entgegen, dass der Einwilligungsvorbehalt nur dann angeordnet werden darf, wenn der Betroffene aufgrund seiner fehlenden Eigenverantwortlichkeit sich zu schädigen droht, mithin also die fehlende Eigenverantwortlichkeit bei Errichtung des Einwilligungsvorbehalts geprüft werden muss. Denn bei

⁵⁶⁷ BVerfGE 70, 191, 201; Stein, StaatsR, § 42 II 2 d

⁵⁶⁸ BVerfG FamRZ 1999, 985, 987

⁵⁶⁹ Lipp, S. 131

der Errichtung eines Einwilligungsvorbehalts wird nicht etwa für die Zukunft konstitutiv festgestellt, dass dem Betroffenen für die fraglichen Geschäfte stets die nötige Eigenverantwortlichkeit fehlt. Die Frage, ob sie ihm bei Vornahme des jeweils geschlossenen Geschäfts gefehlt hat und ihm aufgrund dessen ein Schaden droht, soll gerade durch den Betreuer überprüft werden. Es ist ohne weiteres möglich, dass ein Betroffener, der unter Einwilligungsvorbehalt steht, etwa im Zuge eines lichten Moments, die volle Tragweite des vorzunehmenden Geschäfts überblickt und daher über die nötige Eigenverantwortlichkeit verfügt. Gerade bei Krankheiten, die schubweise verlaufen, kann zum Schutz der Betroffenen die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts notwendig sein, obgleich ihnen nicht ständig und dauerhaft die Eigenverantwortlichkeit fehlt⁵⁷⁰.

Zwar stellt nach dem oben Gesagten streng genommen die Anordnung des Einwilligungsvorbehalts den eigentlichen Grundrechtseingriff für die momentan untersuchten Fälle dar. Gegenstand der Prüfung bleibt aber gleichwohl das Schenkungsverbot der §§ 1908i II 1, 1804 BGB, da die Geltung desselben nach allgemeiner Auffassung mit der Anordnung des Einwilligungsvorbehalts einhergeht, so dass sich hier auch die weitere Prüfung auf die Verfassungsmäßigkeit des Schenkungsverbots beschränken kann.

Soweit Vertretungshandlungen des Betreuers vom Schenkungsverbot erfasst sind, kann nach dem oben Gesagten ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 14 GG nur dann vorliegen, wenn der eigenverantwortliche Wille des Betroffenen auf die Vornahme der Schenkung gerichtet ist. Denn anderenfalls, wenn kein eigenverantwortlicher Wille des Betroffenen vorliegt, ist es ausschließlich der Betreuer, der durch das Schenkungsverbot beschränkt wird. Zwar wirkt sich das Verbot in diesem Zusammenhang auch beschränkend auf den Betroffenen selbst aus, denn soweit er entsprechende Geschäfte insbesondere aufgrund seines gesundheitlichen Zustands nicht selbst vornehmen kann, wird ihm mit der Beschränkung des Betreuers auch die letzte Möglichkeit zur Vornahme entsprechender Schenkungen

⁵⁷⁰ Mitko, S. 27

genommen. Hieraus resultiert, dass keine Schenkungsmöglichkeit über die Grenzen der §§ 1908i II 1, 1804 BGB aus seinem Vermögen besteht. Allerdings liegt hier die Ursache der Unmöglichkeit zur Vornahme der Schenkung im gesundheitlichen Zustand des Betroffenen. Der Betreute wird durch seine eingeschränkte tatsächliche Fähigkeit zu rechtserheblichen Handlungen an der Schenkung gehindert. Mit dem Schenkungsverbot stellt der Gesetzgeber lediglich keine Kompensation für diese tatsächliche Beschränkung zur Verfügung. Die Frage, ob der Gesetzgeber zur Schaffung einer solchen Kompensation verpflichtet wäre, ist eine Frage der Herstellung der Rechtsperson des Betroffenen. Also geht es um die Frage seiner Rechtsgleichheit gegenüber Gesunden und daher ist sie im Zusammenhang mit einem möglichen Verstoß gegen seine Gleichheitsrechte zu stellen. Ein Eingriff in die Freiheitsrechte des Betroffenen kann durch die Beschränkung des Betreuers hierbei jedoch aus vorgenannten Gründen nicht eintreten. Aus dem gleichen Grund scheidet auch ein Eingriff in die Erbrechtsfreiheit aus.

Lediglich so weit ein eigenverantwortlich handelnder Betroffener, der unter Einwilligungsvorbehalt steht, durch das Schenkungsverbot an eigenen Schenkungen gehindert wird, liegt also ein Eingriff in sein Grundrecht aus Art. 14 I GG vor.

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Gem. Art. 14 I 2 GG legt der Gesetzgeber den Inhalt und die Schranken des Eigentums fest. Hierbei muss es sich um generelle abstrakte Festlegungen der Rechte und Pflichten des Eigentümers handeln⁵⁷¹, wobei dem Gesetzgeber ein weiter Gestaltungsspielraum zur Verfügung steht⁵⁷². Bei den §§ 1804, 1908i II 1 BGB handelt es sich um solche generellen abstrakten Festlegungen, die für eine unbestimmte Zahl von Personen gelten, so dass es sich beim Schenkungsverbot um eine solche Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums handelt.

⁵⁷¹ BVerfGE 52, 1, 27; 58, 137, 144; 58, 300, 330; 70, 191, 200; 72, 66, 76; 100, 226, 240

⁵⁷² BVerfGE 8, 71, 80; 21, 73, 83; 53, 257, 293; v. Münch/Bryde, Art. 14 GG Rn. 63

Diesem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers sind allerdings Grenzen gesetzt, denn er muss sich innerhalb des grundlegenden Gehalts der verfassungsrechtlichen Gewährleistung bewegen und darf sich nicht in Widerspruch zu anderen Verfassungsnormen setzen⁵⁷³. Insbesondere darf der Gesetzgeber Elemente des Eigentumsrechts, die Bestandteile der verfassungsrechtlichen Gewährleistung sind, nur in Verfolgung eines verfassungsrechtlich legitimen Zwecks und nur unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit einschränken⁵⁷⁴. Die Inhalts- und Schrankenbestimmung muss somit ihrerseits geeignet, erforderlich und angemessen sein, um den beabsichtigten Zweck zu erreichen⁵⁷⁵. Insbesondere darf sie damit nicht etwa schlechthin ungeeignet⁵⁷⁶, eindeutig nicht erforderlich⁵⁷⁷ oder auch bei Anerkennung eines Bewertungsspielraums unzumutbar⁵⁷⁸ sein.

1. Verfolgung eines legitimen Zwecks

Die Zwecke, die mit dem Schenkungsverbot verfolgt werden, wurden im Rahmen dieser Arbeit bereits erarbeitet⁵⁷⁹: Schenkungen aus dem Vermögen Betreuer außerhalb der §§ 1804, 1908i II BGB sollen grundsätzlich deren Wohl widersprechen⁵⁸⁰ und außerhalb des Zwecks der Vermögensverwaltung und daher nicht im Interesse des Mündels liegen⁵⁸¹. Der Betreute soll vor Missbrauch der Vertretungsmacht des Betreuers und das Betreutenvermögen vor Verlusten geschützt werden⁵⁸².

⁵⁷³ BVerfGE 31, 229, 242; 70, 191, 201; 100, 226, 240; FamRZ 1999, 985, 988

⁵⁷⁴ BVerfGE 52, 1, 29; 91, 346, 360; FamRZ 1999, 985, 987

⁵⁷⁵ BVerfGE 8, 71, 80; 21, 150, 155; 74, 203, 214f.

⁵⁷⁶ BVerfGE 47, 109, 117

⁵⁷⁷ BVerfGE 53, 135, 145

⁵⁷⁸ BVerfGE 77, 84, 111f.

⁵⁷⁹ oben, § 3 I 4 c; § 4 I 4 e

⁵⁸⁰ Böhmer, MittBayNot 1996, 405

⁵⁸¹ Mot., in: Mugdan IV, S. 1106;

⁵⁸² Staudinger/Engler, § 1804 BGB Rn. 1; Boehmer, MittBayNot 1996, 405, 409

Wie bereits erörtert wurde⁵⁸³, ist das Verbot jedoch schon nicht geeignet, das Wohl der Betroffenen sicherzustellen. Schenkungen widersprechen nicht per se dem Wohl der Betroffenen, da dieses nur subjektiv für den Einzelfall bestimmt wird. Schenkungen verstoßen daher auch nicht gegen den Zweck der Vermögensverwaltung im Rahmen einer Betreuung.

Zum Teil wird für das Schweizer Recht vertreten, dass der Gesetzgeber Schenkungen aus dem Vermögen der Betroffenen generell für „unnötig“ gehalten habe⁵⁸⁴, so dass ihr Verbot zu keinerlei Nachteil beim Betroffenen führen würde. Die Einstufung der fraglichen Schenkungen als „unnötige Rechtsgeschäfte“ vermag jedoch nichts daran zu ändern, dass das Recht der Betroffenen, nach Belieben mit ihrem Eigentum zu verfahren, beschnitten wird. Schenkungen mögen zwar das Vermögen des Schenkers verkleinern und wirtschaftlich somit ggf. nachteilig sein, aber der grundgesetzliche Schutz des Eigentums umfasst gerade auch das Recht, mit seinem Eigentum nach Belieben zu verfahren, ohne dass der Gesetzgeber ohne verfassungsrechtliche Rechtfertigung diese Rechte beschneiden dürfte. Der Grundrechtsinhaber hat das Recht, auch „Unnötiges“ mit seinem Eigentum anzufangen. Die Begründung, dass der Gesetzgeber ein bestimmtes Geschäft für „unnötig“ hält, genügt den Anforderungen an eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung somit nicht. Einzig der Zweck des Schutzes des Betroffenen vermag daher einen legitimen Zweck für einen Eingriff in den grundrechtlichen Schutzbereich zu liefern. Allerdings ist hierbei darauf hinzuweisen, dass nur die Erhaltung von Vermögen für sich allein genommen keine legitime Begründung zur Rechtfertigung eines rechtlichen Eingriffs in die Freiheitsrechte darstellen kann. Es ist vielmehr auch hier die Freiheit des Vermögensinhabers, mit seinem Vermögen nach eigenem Gutdünken zu verfahren, auf die abzustellen ist. Nicht das Vermögen ist Träger von Grundrechten, sondern sein Inhaber. Zu schützen ist demnach allenfalls der Inhaber des Vermögens und sein Recht, über dieses frei verfügen bzw. es erhalten zu können. Legitimer Schutzzweck im Hinblick auf das

⁵⁸³ oben, § 4 V 1 b

⁵⁸⁴ Meier, S. 559

Betreutenvermögen kann also allenfalls lauten, den Betroffenen vor Schäden zu schützen, die aufgrund seiner fehlenden Eigenverantwortlichkeit entstehen. Darüber hinaus gilt es, ihn auch vor Fremdbestimmung zu schützen.

Ein solcher Schutz des Betroffenen vor fehlender Eigenverantwortlichkeit und vor Fremdbestimmung ist nicht nur rechtspolitisch wünschenswert, sondern auch verfassungsrechtlich geboten, da jedenfalls Fremdbestimmung wiederum die Freiheitsrechte des Betroffenen verletzen würde.

2. Eignung des Verbots für die Erreichung des Zwecks

Da durch die §§ 1804, 1908i II 1 BGB letztlich ein Großteil eigentlich möglicher Schenkungen rechtlich gänzlich unterbunden wird, stellen sie ein geeignetes Mittel dar, um die Vermögensinteressen des Betroffenen vor seiner eingeschränkten oder fehlenden Eigenverantwortlichkeit zu schützen. Denn wenn ein Betroffener bestimmte Schenkungen weder selbst noch mit Hilfe seines Betreuers vornehmen kann, werden insoweit auch nicht seine Vermögensinteressen verletzt. Vereinfacht gesagt: Wo keine Handlungsfähigkeit vorliegt, kann diese auch nicht zu Schäden führen. Für die Erreichung dieses Zwecks ist das Schenkungsverbot somit geeignet. Die Gefahren, die dem Betroffenen durch seine eingeschränkte oder fehlende Eigenverantwortlichkeit drohen, werden durch das Schenkungsverbot im Hinblick auf die untersagten Geschäfte somit gebannt.

Ein Schutz vor Fremdbestimmung durch Pflichtverletzungen des Betreuers kann demgegenüber bei eigenen Schenkungen des Betroffenen mit einem Schenkungsverbot nur für einen Teil der denkbaren Geschäfte erreicht werden. Denn die Vertretungsmacht des Betreuers beschränkt sich in solchen Fällen auf die Erteilung oder Versagung der Genehmigung zur Schenkung. Da sich das Schenkungsverbot nur auf die Erteilung der Genehmigung, nicht aber auf deren Versagung bezieht, können hierdurch auch nur die Gefahren gebannt werden, die aus einer pflichtwidrigen Genehmigungserteilung des Betreuers resultieren.

Das Schenkungsverbot ist somit geeignet, den Betroffenen, der unter

Einwilligungsvorbehalt steht, vor Schäden zu bewahren, die darauf beruhen, dass er im Zustand eingeschränkter oder fehlender Eigenverantwortlichkeit dem Schenkungsverbot unterliegende Schenkungen vornimmt. Gleichzeitig ist es damit geeignet, einen solchen Betroffenen vor Schäden zu bewahren, die darauf beruhen, dass der Betreuer solchen Schenkungen unter Verletzung des Betroffenenwohls pflichtwidrig seine Zustimmung erteilt.

3. Verhältnismäßigkeit

Weiterhin müsste das Schenkungsverbot aber auch erforderlich sein, um den Schutz des Betroffenen vor solchen Schäden sicherzustellen. Ein ausdrückliches Schenkungsverbot kann insbesondere nur dann erforderlich sein, wenn es für die Sicherung der Betroffeneninteressen notwendig ist, wenn also die übrigen Schutzmechanismen des Betreuungsrechts nicht ausreichend sind. Anders betrachtet ist es gerade nicht Aufgabe des Schenkungsverbots – und auch nicht des übrigen Betreuungsrechts –, den Betroffenen vor jedweden Schäden zu schützen. Soweit nämlich Schäden auf Entscheidungen beruhen, die im subjektiven Betroffeneninteresse liegen und damit von seinem „Wohl“ umfasst sind, so müssen diese Schäden als notwendige Folge hingenommen werden⁵⁸⁵. Der Schutz kann erst dort einsetzen, wo die zugrunde liegenden Entscheidungen nicht im subjektiven Betroffeneninteresse liegen, wo sein Wohl verletzt wird. Es fragt sich also, welcher Umfang von Sicherungsmaßnahmen überhaupt notwendig ist, um den Betroffenen ausreichend zu schützen.

a. Notwendiger Sicherungsumfang

Der Betreuer hat bei Geschäften des Betroffenen, der unter Einwilligungsvorbehalt steht, die Möglichkeit, diesen zuzustimmen, oder die Zustimmung zu verweigern und eine andere Entscheidung als gesetzlicher Vertreter vorzunehmen. Bei dieser Entscheidung ist der Betreuer aber nicht etwa frei. Denn anders als noch im

⁵⁸⁵ oben, § 4 I 3 b (2) bb

Vormundschaftsrecht mit der Entmündigung⁵⁸⁶ wird durch die Anordnung einer Betreuung gerade **nicht** konstitutiv für die Zukunft festgestellt, dass es auf eigene Entscheidungen des Betroffenen nicht mehr ankomme und der Betreuer dessen Wohl selbstständig zu konkretisieren habe⁵⁸⁷. Betreuung soll nicht an die Stelle eigener Fähigkeiten des Betroffenen treten, und ist somit nicht als disqualifizierendes sondern unterstützendes Rechtsverhältnis konzipiert⁵⁸⁸. Im Rahmen des Betreuungsrechts soll der Betreuer den Betroffenen lediglich vor den negativen Folgen seiner **eingeschränkten oder fehlenden** Eigenverantwortlichkeit schützen. So weit der Betreute jedoch eigenverantwortlich entschieden hat oder entscheiden kann, ist für eigene Entscheidungen des Betreuers kein Raum mehr.

Wie gesehen ist bei eigenen Rechtsgeschäften des Betroffenen der durch das Schenkungsverbot beabsichtigte Zweck des Schutzes vor seiner eingeschränkten oder fehlenden Eigenverantwortlichkeit somit bereits dann vollständig erreicht, wenn sichergestellt ist, dass der Betroffene auch wirklich eigenverantwortlich gehandelt hat. Dann nämlich bedarf er keines weiteren Schutzes mehr. Mit anderen Worten: der Betroffene bedarf keines Schutzes vor seiner fehlenden Eigenverantwortlichkeit, wenn sichergestellt ist, dass er eine eigenverantwortliche Entscheidung getroffen hat.

Es ist also im Folgenden zu untersuchen, ob auch durch weniger einschneidende Maßnahmen sichergestellt werden kann, dass die Schenkung des Betroffenen auf seinem eigenverantwortlichen Entschluss beruht oder ob sie gerade Ausdruck bzw. Folge seiner eingeschränkten Eigenverantwortlichkeit ist. So weit somit anders als durch ein Verbot sichergestellt werden kann, dass der Betroffene zum Zeitpunkt der Vornahme der Schenkung – z.B. im Zuge eines „lichten Moments“ – in der Lage ist, hierüber eine eigenverantwortliche Entscheidung zu treffen,

⁵⁸⁶ oben, § 3 I 1

⁵⁸⁷ oben, § 4 I 3; Lipp, S. 163

⁵⁸⁸ Staudinger/Coester, § 1673 Rn. 8; Bienwald, in: Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann, Einf. Rn. 6

so ist für ein Verbot des Geschäfts nach dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgebot kein Raum. Es ist somit vorliegend zu prüfen, ob gegenüber dem Schenkungsverbot der §§ 1908i II 1, 1804 BGB alternative Regelungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen, die auf der einen Seite die Freiheitsrechte der Betroffenen weniger beschränken, auf der anderen Seite aber mindestens genauso wirksam sicherstellen, dass die Schenkung durch den Betroffenen auf seinem eigenverantwortlichen Entschluss beruht. Denn wenn eine solche eigenverantwortliche Entscheidung des Betroffenen vorliegt, besteht weder ein betreuungsrechtlicher noch ein verfassungsrechtlicher Grund, ihn (z.B. über die §§ 1908i II 1, 1804 BGB) hieran zu hindern. Die Anordnung eines solchen Verbots wäre in diesen Fällen nicht erforderlich, um den beabsichtigten Schutzzweck zu erreichen, sie wäre vielmehr eine Überkompensation seiner Defizite, die nicht mehr von Art. 14 I 2 GG gedeckt ist.

b. Schutz durch Einwilligungsvorbehalt

So weit die konkrete Schenkung vom Betroffenen im Zustand fehlender Eigenverantwortlichkeit vorgenommen wurde, ist diese bereits gem. § 105 I BGB bzw. gem. § 105 II BGB nichtig. Die Rechtsordnung versagt solchen Geschäften somit bereits unabhängig von den §§ 1908i II 1, 1804 BGB die Wirksamkeit, wobei damit allerdings keine Entscheidung über die Rechtsstellung des Betroffenen für die Zukunft verbunden ist. Im Streitfall kann eine solche Nichtigkeitsfeststellung daher verbindlich erst rückblickend vom Gericht für das jeweils betroffene Geschäft getroffen werden. Dabei liegt die Beweislast für das Nichtvorliegen der Geschäftsfähigkeit bei dem Betroffenen⁵⁸⁹. Die Anordnung des Einwilligungsvorbehalts erfolgt daher zu dem Zweck, den Betroffenen künftig vor den Folgen seiner eingeschränkten bzw. fehlenden Eigenverantwortlichkeit zu schützen. Der gerichtlich bestellte Betreuer überprüft fortan, ob das Rechtsgeschäft des Betroffenen auf einem eigenverantwortlich getroffenen Entschluss basiert, falls nicht, ob es

⁵⁸⁹ Lipp, S. 45

seinem Wohl zuwiderläuft⁵⁹⁰. Ein Einwilligungsvorbehalt stellt somit sicher, dass der Betroffene sein eigenes Wohl nicht durch Geschäfte selbst verletzt, die er im Zustand eingeschränkter bzw. fehlender Eigenverantwortlichkeit vornimmt.

Über die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts hinaus ist allenfalls noch sicherzustellen, dass dieser Kontrollmechanismus auch einwandfrei funktioniert, dass also der Betreuer weder bewusst noch unbewusst eine pflichtwidrige Zustimmung bzw. Zustimmungsverweigerung abgibt. Verkürzt gesagt ist eine Überwachung des Kontrolleurs vorzusehen. Für die Gefahren, die dem Betroffenen durch ein solches pflichtwidriges Verhalten des Betreuers drohen, sind im Betreuungsrecht daher noch weitere Schutzvorkehrungen vorgesehen.

c. Schutz durch gerichtlichen Genehmigungsvorbehalt

Das Betreuungsrecht hat dem Vormundschaftsgericht die allgemeine Aufgabe zugewiesen, den Betreuer zu beaufsichtigen und zu beraten⁵⁹¹. Gegen Pflichtwidrigkeiten hat das Gericht durch geeignete Gebote und Verbote einzuschreiten, § 1837 BGB. Darüber hinaus hat der Gesetzgeber für die Geschäfte, die er für besonders wichtig oder gefährlich hielt, einen gerichtlichen Genehmigungsvorbehalt angeordnet⁵⁹².

(1) Geschäfte, die einem gerichtlichen Genehmigungsvorbehalt unterliegen

Da für einen Großteil der vom Schenkungsverbot der §§ 1804, 1908i II 1 BGB erfassten Geschäfte schon ein solcher vormundschaftsgerichtlicher Genehmigungsvorbehalt besteht, und auch die Genehmigung des Betreuers zu solchen Geschäften dann diesem Genehmigungsvorbehalt unterliegt, ist insoweit bereits ein ausreichender Schutz des Betroffenen gegeben. Denn auch ohne die Regelung der §§ 1804, 1908i II 1 BGB müsste der Betreuer bei den hier behandelten

⁵⁹⁰ oben, § 4 I 3 b (2) bb

⁵⁹¹ BayObLG FamRZ 1994, 1550. 1551

⁵⁹² oben, § 4 I 3 c (2) aa

eigenen Schenkungen des Betroffenen dem Vormundschaftsgericht darlegen, dass die Schenkung seinem Wohl nicht zuwider läuft, weil sie entweder auf seiner eigenverantwortlichen Entscheidung beruht oder zwar nur auf einer eingeschränkt eigenverantwortlichen Entscheidung basiert, aber im übrigen seinem Wohl entspricht. Bei den Schenkungen, die dem vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungsvorbehalt unterliegen, ist somit bereits ein doppelter Schutz vorgesehen: Das Schenkungsgeschäft des Betroffenen wird vom Betreuer daraufhin untersucht, ob es auf einer eigenverantwortlichen Entscheidung des Betroffenen beruht bzw. falls es auf einer nur eingeschränkt eigenverantwortlichen Entscheidung des Betroffenen beruht, ob es dem Wohl des Betroffenen zuwider läuft. Sodann wird eine darauf beruhende Zustimmung des Betreuers vom Vormundschaftsgericht noch einmal nach denselben Maßstäben überprüft. Es ist nicht ersichtlich, dass eine solche doppelte Kontrolle des Betroffenen nicht ausreichend sein sollte, um die Betroffeneninteressen sicherzustellen. Auch nach dem neuen schweizer Recht darf der Beistand daher, wenn die beabsichtigte Schenkung einer Mitwirkungsbeistandschaft unterfällt, jeglichen Schenkungen seine Zustimmung erteilen⁵⁹³. Der schweizerische Gesetzgeber hat somit zu erkennen gegeben, dass er die allgemein geltenden Kontrollmechanismen, die – wie gesehen – den deutschen sehr ähnlich sind⁵⁹⁴, für ausreichend hält. Er hat sein Schenkungsverbot nach neuem Recht daher nicht auf Genehmigungshandlungen bezogen. Weder im schweizerischen Beistandschaftsrecht noch im österreichischen Sachwalterrecht wurde somit die Notwendigkeit eines Verbots von Genehmigungen, die sich auf Schenkungen beziehen, für erforderlich gehalten. In Österreich hat sich sogar der völlige Verzicht auf ein Schenkungsverbot seit annähernd 100 Jahren – sowohl im alten Entmündigungsrecht als auch im neuen Sachwalterrecht – bewährt. Es ist nicht ersichtlich, dass in Deutschland den Betroffenen eine größere Gefahr vor Fremdbestimmung als in den Nachbarländern Österreich und Schweiz droht. Bei

⁵⁹³ oben, § 4 III 4 a

⁵⁹⁴ oben, § 4 IV 1

Schenkungsgeschäften, die ohnehin nach den allgemeinen Regeln einem zusätzlichen vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungsvorbehalt unterliegen, ist das Schenkungsverbot somit nicht erforderlich.

(2) Geschäfte, die keinem gerichtlichen Genehmigungsvorbehalt unterliegen

Aber auch bei den Schenkungen, die nicht zusätzlich einem vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungsvorbehalt unterfallen (hier ist etwa an Schenkungen wertvoller Bilder, der Münzsammlung oder des Tafelsilbers zu denken), ist bereits nach der eigenen Wertung des Gesetzgebers auch ohne Schenkungsverbot ein ausreichender Schutz gewährleistet, wie sich aus einem Vergleich mit letztwilligen Verfügungen ergibt. Denn im Gegensatz zur lebzeitigen Verfügung über die Grenzen des Schenkungsverbots hinaus, steht es dem Betroffenen frei, beliebige letztwillige Verfügungen über sein Vermögen zu treffen. Wegen der Regelung des § 1903 II BGB kann sich ein Einwilligungsvorbehalt nämlich nicht auf letztwillige Verfügungen erstrecken⁵⁹⁵. Für letztwillige Verfügungen wie Testament oder Erbvertrag richtet sich die Frage der Wirksamkeit derselben lediglich danach, ob der Betroffene im Zeitpunkt deren Vornahme testierfähig war, ob er also insoweit eigenverantwortlich handelte. Ob dies der Fall ist, wird jedoch gerade nicht durch einen Betreuer überprüft. Erst recht darf der Betroffene letztwillige Verfügungen beliebigen Umfangs tätigen und ist hierbei nicht wie bei Schenkungen auf solche Verfügungen beschränkt, die sittlich geboten sind oder die einer Rücksichtnahme auf den Anstand entsprechen.

Wenn der Betroffene jedoch in der Lage ist, die Reichweite einer letztwilligen Verfügung zu überblicken, wird er in aller Regel gleichzeitig auch in der Lage sein, eine solche Verfügung bereits lebzeitig eigenverantwortlich zu tätigen. Hierauf kommt es jedoch für die Wirksamkeit seiner lebzeitigen Verfügung nicht an. Denn wie gesehen ist er, so weit das vorzunehmende Geschäft einem angeordneten

⁵⁹⁵ Jurgleit/Deusing, § 1903 BGB Rn. 40; Bienwald, in: Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann, § 1903 BGB Rn. 56

Einwilligungsvorbehalt unterfällt, an die Grenzen der §§ 1908i II 1, 1804 BGB gebunden, da er insoweit nur noch eingeschränkt geschäftsfähig ist. Es stünde dem Betroffenen somit nach der Wertung des Gesetzgebers zwar frei, über den betreffenden Vermögensgegenstand letztwillig zu verfügen. An einer lebzeitigen Verfügung wird er jedoch durch den Einwilligungsvorbehalt im Zusammenwirken mit dem Schenkungsverbot der §§ 1804, 1908i II 1 BGB gehindert. Es bestehen aber keine Unterschiede zwischen Rechtsgeschäften unter Lebenden und Verfügungen von Todes wegen von solcher Art und solchem Gewicht, die rechtfertigten, dass Kranke und Behinderte im einen Fall am Rechtsleben beteiligt und im anderen Fall bis auf wenige Ausnahmen ausgeschlossen werden⁵⁹⁶. Im Gegenteil – es besteht gerade bei testamentarischen Verfügungen ein erhöhter Bedarf an Rechtssicherheit, da nach Eintritt des Erbfalls der rechtsgeschäftliche Wille des Betroffenen nicht mehr mit seiner Hilfe ermittelt werden kann, während dies bei lebzeitigen Verfügungen häufig noch der Fall ist⁵⁹⁷. Ein vormundschaftsgerichtlicher Genehmigungsvorbehalt ist somit zwar nicht erforderlich, um für die fraglichen Schenkungen einen ausreichenden Schutz zu gewährleisten. Die Anordnung eines solchen unterliegt aber damit dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers. Ein gerichtlicher Genehmigungsvorbehalt wäre jedoch allemal ausreichend, um einen genügenden Schutz des Betroffenen sicherzustellen. Es gilt auch hier das bereits im Hinblick auf die Gesetzeslage in Österreich gesagte: hier verzichtet man seit annähernd 100 Jahren auf ein Schenkungsverbot – zugunsten eines gerichtlichen Genehmigungsvorbehalts. Schon zu Zeiten des alten Entmündigungsrechts, in dem aufgrund der Selbstständigkeit des Vormunds die Gefahr des Missbrauchs der Vertretungsmacht deutlich größer war, reichte dem österreichischen Gesetzgeber ein solcher Genehmigungsvorbehalt aus, um die drohenden Gefahren abzuwehren. An dieser Regelung hat Österreich auch bei Einführung des Sachwalterrechts festgehalten, ohne dass die Einführung eines Verbots auch nur angedacht

⁵⁹⁶ BVerfG FamRZ 1999, 985, 989

⁵⁹⁷ ebenda

wurde. Vor diesem Hintergrund ist es nicht ersichtlich, dass ein solcher gerichtlicher Genehmigungsvorbehalt für die fraglichen Schenkungen auch in Deutschland nicht ausreichend sein sollte, um die Betroffeneninteressen sicherzustellen, zumal die übrigen Sicherungsinstrumente annähernd deckungsgleich mit denen in Österreich sind. Wie dargestellt verfügt nämlich das deutsche Betreuungsrecht weiterhin über zusätzliche Mechanismen, die den Betroffenen vor Pflichtwidrigkeiten des Betreuers schützen. So macht sich der Betreuer, der gegen seine Pflichten verstößt und nicht das Wohl des Betroffenen sicherstellt, nicht nur schadensersatzpflichtig, sondern ggf. auch strafbar⁵⁹⁸.

Ein vollständiges Verbot der Genehmigung von Schenkungen, die keine Pflicht-, Anstands- oder Gelegenheitschenkungen sind, ist somit nicht erforderlich. Die Anordnung eines vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungsvorbehalts reicht aus, um den Schutz des Betroffenen sicherzustellen.

d. Zwischenergebnis

Bei eigenen Schenkungsgeschäften des Betroffenen besteht auch im Rahmen eines Einwilligungsvorbehalts keine Notwendigkeit, diese auf Sitten-, Anstands- und Gelegenheitsgeschenke zu beschränken. Das Betreuungsrecht stellt gerade durch die Anordnung des Einwilligungsvorbehalts ein Instrument zur Sicherstellung der Betroffeneninteressen zur Verfügung. Darüber hinaus sieht das Betreuungsrecht mit dem vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungsvorbehalt eine weitere Möglichkeit vor, die Betroffeneninteressen zu sichern und den Betreuer ebenfalls zu überwachen und zu kontrollieren. Dieser Genehmigungsvorbehalt ist bereits für eine Vielzahl von Geschäften, nämlich jene, die der Gesetzgeber für wichtig oder gefährlich hielt, angeordnet. Es stünde dem Gesetzgeber frei, sämtliche Eigengeschäfte des Betroffenen einem solchen Genehmigungsvorbehalt zu unterstellen, statt sie zu verbieten. Weiterhin

⁵⁹⁸ oben, § 4 I 3 c (2) cc

stellen Schadensersatz- und Regressmöglichkeiten sicher, dass der Betreuer pflichtgemäß handelt. Wie der Vergleich mit letztwilligen Verfügungen zeigt, ist eine vollständige Unterbindung von Schenkungen, die über jene der §§ 1908i II 1, 1804 BGB hinausgehen, unnötig. Österreich hat mit seiner Regelung, wonach lediglich ein gerichtlicher Genehmigungsvorbehalt angeordnet ist, gezeigt, dass ein Verbot von einzelnen Geschäften der Betroffenen unnötig ist und die Betroffenen daher übermäßig einengt. Auch die Schweiz verzichtet im neuen Beistandschaftsrecht auf ein Verbot von Genehmigungshandlungen des Beistands.

Wenn aber durch die allgemeinen Instrumente des Betreuungsrechts sichergestellt wird bzw. sichergestellt werden kann, dass die fraglichen Schenkungsgeschäfte auf eigenverantwortlichen Entscheidungen des Betroffenen beruhen und ist das Schenkungsverbot somit zum Schutz der Betroffeneninteressen nicht erforderlich, so stellt das Schenkungsverbot einen übermäßigen und damit rechtswidrigen Eingriff in die Freiheitsrechte des Betroffenen dar.

Bei eigenen Schenkungsgeschäften des Betroffenen, der unter Einwilligungsvorbehalt steht und nicht geschäftsunfähig i.S.d. § 104 Nr. 2 BGB ist (also ohne Schenkungsverbot eine Schenkung vornehmen könnte), ist das Schenkungsverbot der §§ 1908i II 1, 1804 BGB somit nicht erforderlich und verstößt daher gegen das verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip und damit gegen das Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 I GG.

§ 7 – Vereinbarkeit von §§ 1804, 1908i II 1 BGB mit dem allgemeinen und dem speziellen Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 I und 3 III 2 GG

§ 7 Vereinbarkeit von §§ 1804, 1908i II 1 BGB mit dem allgemeinen und dem speziellen Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 I und 3 III 2 GG

So weit der Betroffene, der unter Einwilligungsvorbehalt steht, an eigenen Schenkungen über die Grenzen des Schenkungsverbots hinaus in verfassungswidriger Weise gehindert wird, liegt hierin zugleich auch ein Eingriff in das spezielle Gleichheitsgrundrecht aus Art. 3 III 2 GG. Denn im Gegensatz zu gesunden Menschen stehen ihm solche Geschäfte fortan nicht mehr offen. Da die Einschränkung nicht erforderlich und somit unverhältnismäßig ist, stellt sie automatisch auch gleichzeitig einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz dar.

I. Rechtliche Ungleichbehandlung

Eine weitere Frage ist jedoch die, ob die Beschränkung von Vertretungshandlungen des Betreuers, wenn sie schon nicht in die Freiheitsrechte des Betroffenen eingreifen⁵⁹⁹, jedenfalls einen Eingriff in seine Gleichheitsrechte darstellen. Wie gesehen⁶⁰⁰ erscheint nämlich fraglich, ob die §§ 1804, 1908i II 1 BGB einer rechtlichen Prüfung im Hinblick auf den verfassungsrechtlichen Anspruch des Betroffenen aus Art. 1 I 2, 3 I GG auf vollständige Herstellung seiner Rechtsperson standhalten. Denn hiernach besteht ein Anspruch auf die vollständige Herstellung einer gleichberechtigten Rechtsperson, die vollen Zugang zum Rechtsverkehr hat. Die Rechtsordnung muss die Defizite des Betroffenen im Bereich der Fähigkeit zu rechtserheblichen Handlungen dort ausgleichen, wo sie im Vergleich zum Mündigen gemindert sind⁶⁰¹. Das Schenkungsverbot wirkt sich aber letztlich auch beschränkend auf den Betroffenen selbst aus, da dieser die fraglichen Schenkungen weder selbst noch mit Hilfe des Betreuers vornehmen kann. Das Schenkungsverbot führt somit dazu, dass dem Betroffenen die untersagten

⁵⁹⁹ oben, § 5 II

⁶⁰⁰ oben, § 4 I 2; § 4 V 3

⁶⁰¹ siehe Lipp S. 45

§ 7 – Vereinbarkeit von §§ 1804, 1908i II 1 BGB mit dem allgemeinen und dem speziellen Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 I und 3 III 2 GG

Schenkungs­geschäfte nicht offen stehen, während ein Gesunder demgegenüber frei ist, auch solche Schenkungen zu tätigen. Die Rechtsperson des Betreuten ist somit nicht vollständig hergestellt. Das diesbezügliche verfassungsrechtliche Gebot aus Art. 1 I 2, 3 I und III 2 GG wird durch die Regelung der §§ 1804, 1908i II 1 BGB somit berührt. Soweit die Rechtsperson des Betroffenen für Schenkungen außerhalb von Pflicht-, Anstands- und Gelegenheits­schenkungen nicht vollständig hergestellt ist, während diese Geschäfte einem gesunden Nichtbehinderten offen stehen, liegt eine Ungleichbehandlung vor, die der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedarf. Dies gilt zum einen für den Fall, dass ein Betroffener, der die Vornahme einer bestimmten Schenkung, die seinem Wohl nicht zuwiderliefe, wünscht, diese aber aufgrund seiner Geschäftsunfähigkeit iSd. § 104 Nr. 2 BGB nicht selbst vornehmen kann. Zum anderen gilt dies auch dann, wenn der Betroffene die Schenkung zwar selbst vornehmen könnte, hieran aber durch die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts gehindert ist.

Es ist somit zunächst zu prüfen, ob ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung vorliegt.

II. Sachlicher Grund für Ungleichbehandlung

1. Höchstpersönlichkeit von Schenkungs­geschäften?

Wie Lipp⁶⁰² zutreffend feststellt, sind Schenkungen jedenfalls keine höchstpersönlichen Rechtsgeschäfte, so dass dies als Begründung für die Ungleichbehandlung ausscheidet. Denn zum einen hat der Gesetzgeber kein Verbot von gewillkürter Stellvertretung bei Schenkungen erlassen und hierdurch deutlich gemacht, dass er selbst nicht von deren Höchstpersönlichkeit ausgeht. Zum anderen dürften dann Sitten-, Anstands- und Gelegenheits­schenkungen nicht ausdrücklich vom Verbot ausgenommen werden. Im Übrigen dürften Schenkungs­geschäfte, wenn

⁶⁰² Lipp, S. 163

§ 7 – Vereinbarkeit von §§ 1804, 1908i II 1 BGB mit dem allgemeinen und dem speziellen Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 I und 3 III 2 GG

sie denn höchstpersönlicher Natur wären, auch nicht in den Geltungsbereich eines Einwilligungsvorbehaltes fallen⁶⁰³.

2. Schutz vor Fremdbestimmung

Im Hinblick auf die Vertretungshandlungen durch den Betreuer kommt nur der Schutzzweck des Schutzes vor Fremdbestimmung in Betracht. Da dem Betreuer seine Vertretungsbefugnis nicht vom Betroffenen selbst eingeräumt wurde, besteht bei seinen Vertretungshandlungen stets die Gefahr, einer Verletzung des Selbstbestimmungsrechts des Betroffenen. Denn wie bereits festgestellt⁶⁰⁴ hat der Betreuungsgesetzgeber nicht mehr wie noch bei der Entmündigung eine konstitutive Feststellung der Entscheidungsunfähigkeit des Betroffenen vorgesehen, aufgrund derer es auf die Entscheidung des Betroffenen nicht mehr ankäme. Das Betreuungsrecht stellt die Wahrung des Selbstbestimmungsrechts des Betroffenen vielmehr dadurch sicher, dass es den selbstbestimmten Willen des Betroffenen, der nunmehr im Einzelfall festzustellen ist, für stets beachtlich erklärt und darüber hinaus den Betreuer dazu verpflichtet, auch Wünsche des Betroffenen zu beachten, wenn diese nicht dem subjektiven Betroffenenwohl zuwider laufen.

Der Betroffene soll also davor geschützt werden, dass die fragliche Schenkung seinem Wohl widerspricht.

III. Verhältnismäßigkeit des Schenkungsverbots

Es ist somit weiterhin zu prüfen, ob andere, weniger beschränkende Schutzinstrumente als ein Schenkungsverbot ausreichen, um den Betreuten ebenso wirksam vor Fremdbestimmung durch die vorgenannten Pflichtverletzungen des Betreuers zu schützen.

⁶⁰³ Deshalb nimmt § 1903 II BGB höchstpersönliche Rechtsgeschäfte von der Anwendbarkeit eines Einwilligungsvorbehalts aus; Schenkungen sind nicht hierunter.

⁶⁰⁴ oben, § 4 I 3

§ 7 – Vereinbarkeit von §§ 1804, 1908i II 1 BGB mit dem allgemeinen und dem speziellen Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 I und 3 III 2 GG

1. Schutz durch § 1795 BGB

Der deutsche Gesetzgeber hat mit § 1795 BGB eine Vorschrift geschaffen, die, wie Holzauer⁶⁰⁵ zutreffend festgestellt hat, sich weitgehend mit dem Anwendungsbereich der §§ 1804, 1908i II BGB deckt. Für Geschenke des Betreuers an sich selbst oder an einen seiner nahen Angehörigen ist ihm durch § 1795 BGB die nötige Vertretungsmacht entzogen. Die Gefahr vor einem Missbrauch der Vertretungsmacht durch den Betreuer dürfte daher weitestgehend schon allein durch diese Regelung gebannt sein. Denn mangels Eigeninteresses des Betreuers an den sonstigen ihm noch möglichen Schenkungen, dürfte es regelmäßig bereits an der Versuchung fehlen, das Vermögensinteresse des Betreuten hintanzusetzen⁶⁰⁶. Für Schenkungen, die § 1795 BGB unterfallen, ist das Verbot somit unnötig, da diese bereits insofern unzulässig sind.

2. Gerichtlicher Genehmigungsvorbehalt

Wie bereits gesehen⁶⁰⁷, besteht für einen Großteil der Schenkungen, die dem Schenkungsverbot der §§ 1908i II 1, 1804 BGB unterliegen, ein vormundschaftsgerichtlicher Genehmigungsvorbehalt.

Gründe, warum ein solcher Genehmigungsvorbehalt noch nicht ausreichend sein sollte, um Pflichtverletzungen des Betreuers wirksam zu verhindern, sind nicht ersichtlich⁶⁰⁸. Selbst der BGB-Gesetzgeber hat in der amtlichen Begründung des BGB darauf hingewiesen, dass jedenfalls vor Missbrauch der Vertretungsmacht durch die Anordnung eines solchen vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungsvorbehalts ausreichender Schutz gewährleistet sei⁶⁰⁹. Dass ein vormundschaftsgerichtlicher Genehmigungsvorbehalt für die Sicherstellung der Betroffeneninteressen ausreichend ist, zeigt sich weiterhin darin, dass Österreich auf ein

⁶⁰⁵ Holzauer, FamRZ 2000, 1063, 1067

⁶⁰⁶ Holzauer, FamRZ 2000, 1063, 1067; Erman/Holzauer, § 1908i BGB Rn. 38

⁶⁰⁷ oben, § 4 I 3 c (2) aa; § 4 V 2 b

⁶⁰⁸ so ausdrücklich Böhmer MittBayNot 1996, 410; Bobenhausen BtPrax 1994, 160, 161; Canaris JZ 1987, 999; Lipp S. 163

⁶⁰⁹ Mot., in: Mugdan IV, S. 1106

§ 7 – Vereinbarkeit von §§ 1804, 1908i II 1 BGB mit dem allgemeinen und dem speziellen Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 I und 3 III 2 GG

ausdrückliches Schenkungsverbot seit jeher verzichtet und anstelle eines Verbotes schon unter der alten Vormundschaftsordnung auf einen solchen Genehmigungsvorbehalt des Vormundschaftsgerichts bei allen Geschäften außerhalb des „ordentlichen Wirtschaftsbetriebs“ setzt, § 154 III ABGB⁶¹⁰. Auch bei Einführung des neuen Sachwalterrechts wurde hieran festgehalten, ein Schenkungsverbot wurde weiterhin nicht für erforderlich gehalten. Im Gegensatz hierzu sieht das neue Schweizer Recht zwar auch einen Genehmigungsvorbehalt vor, es ist jedoch nicht verbindlich festgeschrieben, welche Organisationsform die Genehmigungsstelle hat; insbesondere ob sie gerichtlich organisiert ist. Denn im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens haben die Kantone durchgesetzt, dass eine gerichtliche – und somit vor staatlicher Einflussnahme sichere – Genehmigungsbehörde im Gegensatz zu Deutschland und Österreich nicht festgeschrieben wird⁶¹¹. Ein den Genehmigungsvorbehalten dieser Staaten gleichwertiger Schutz wäre somit in der Schweiz nicht erreichbar.

Für die Geschäfte, für die ohnehin ein vormundschaftsgerichtlicher Genehmigungsvorbehalt gilt, ist die Anordnung eines Verbotes somit unnötig, da der Schutz der Betroffenen bereits ausreichend gesichert ist.

⁶¹⁰ oben, § 3 II 3; § 4 II 2 e (2)

⁶¹¹ In den Kantonen bestehen drei Arten der Behördenorganisation: In den Westschweizer Kantonen hat sich eine ausschließlich gerichtliche Organisation entwickelt, in den Deutschschweizer Kantonen hat traditionell eine ausschließlich verwaltungsbehördliche Organisation bestanden, in einzelnen Kantonen gibt es aber auch eine zweiteilige Organisation, bei der auf der ersten Stufe Administrativbehörden und erst auf der oberen Stufe gerichtliche Behörden tätig sind. Vgl. hierzu: Geiser, ZVW 1993, 201, 206ff.. Im laufenden Gesetzgebungsverfahren stieß der Vorschlag, die Vormundschafts- und Aufsichtsbehörden zwingend als gerichtliche Fachbehörden zu organisieren, auf breite Ablehnung, vgl. Vernehmlassung, S. 11

§ 7 – Vereinbarkeit von §§ 1804, 1908i II 1 BGB mit dem allgemeinen und dem speziellen Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 I und 3 III 2 GG

3. Schutz durch Schadensersatzpflicht und Strafgesetze

Wie bereits oben gesehen⁶¹², steht dem Betroffenen darüber hinaus ein Schadensersatzanspruch gegen den Betreuer zu, der gegen seine Pflichten verstößt und nicht das Wohl des Betroffenen sicherstellt. Hinzu kommt, dass sich der Betreuer ggf. auch strafbar macht⁶¹³. Im Übrigen steht dem Betreuten über § 816 I S. 2 BGB noch eine zusätzliche Rückgriffsmöglichkeit auf den Beschenkten selbst zur Verfügung. Zusammen mit dem vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungsvorbehalt ist somit hierdurch ein ausreichender Schutz gegeben, der ebenso effektiv ist, wie das Schenkungsverbot.

4. Zwischenergebnis

Somit greift das Schenkungsverbot auch bei Schenkungen, die der Betreuer in Vertretung des Betroffenen vornimmt, übermäßig in die Grundrechte des Betroffenen ein. Während Gesunden alle Formen der lebzeitigen Schenkung offen stehen, ist diese Möglichkeit dem kranken oder behinderten Betroffenen verwehrt, ohne dass diese weite Einschränkung erforderlich wäre, um den Betroffenen vor Fremdbestimmung zu schützen. Die verfassungsrechtlich gebotene vollständige Herstellung der Rechtsperson des Betroffenen erfolgt nicht, ohne dass dies auf der Höchstpersönlichkeit der Schenkung beruhte. Die Rechtsgleichheit des Betroffenen ist somit verletzt, das Schenkungsverbot der §§ 1908i II 1, 1804 BGB verfassungswidrig.

⁶¹² oben, § 4 I 3 c (2) cc

⁶¹³ ebenda

§ 8 Folgen der Verfassungswidrigkeit des Schenkungsverbots

Es fragt sich, welche Folgen mit der Verfassungswidrigkeit des Schenkungsverbots verbunden sind. In Betracht kommt hier anstelle eines ersatzlosen Wegfalls der Norm eine verfassungskonforme Interpretation. Denn diese hat Vorrang vor einer Verwerfung der Norm durch das Bundesverfassungsgericht⁶¹⁴.

I. Eigene Schenkungen des Betroffenen

Zum Teil wird daher versucht, die Verfassungswidrigkeit auf die Rechtsfolgen zu beschränken, indem die §§ 1804, 1908i II BGB verfassungskonform interpretiert werden und eine teleologische Reduktion des Schenkungsverbots auf eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigungspflicht hinsichtlich aller Schenkungen, die keine Pflicht-, Anstands- oder übliche Gelegenheitsschenkungen sind, vorzunehmen⁶¹⁵.

In Bezug auf die hier untersuchten Fälle, in denen die Schenkung von den Betroffenen selbst vorgenommen wird, lässt der Wortlaut der §§ 1908i II 1, 1804 BGB auch durchaus die hierfür notwendigen Auslegungsspielräume offen. Denn es sind ausdrücklich lediglich Schenkungen verboten, die „in Vertretung“ vorgenommen werden. Zwar hat der Gesetzgeber hiermit auch Genehmigungshandlungen erfassen wollen⁶¹⁶, der Wortlaut zwingt jedoch nicht zu dieser Auslegung. Denn Genehmigungshandlungen sind gerade keine Vertretungshandlungen⁶¹⁷. Der Wortlaut erlaubte also in Bezug auf Genehmigungshandlungen eine vom Schenkungsverbot abweichende Interpretation etwa durch Anwendung eines solchen vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungsvorbehalts.

⁶¹⁴ BVerfGE 2, 266, 282; Battis/Gusy, Rn. 325; Stern, § 44 II 3 a; Schmalz, Rn. 224

⁶¹⁵ so ausdrücklich Lipp, S. 164; schon für die alte Rechtslage: Canaris, JZ 1987, 993, 999

⁶¹⁶ Mot., in: Mugdan IV, S. 1106

⁶¹⁷ Im Schweizer Recht werden seit jeher Genehmigungen nicht als Vertretungshandlungen angesehen. Vgl. oben, § 3 III 2 a (2), Fn. 182

Gegen eine solche verfassungskonforme Reduktion des Schenkungsverbots wird eingewandt, dass die §§ 1821, 1822 BGB die Geschäfte mit Genehmigungsvorbehalt enumerativ aufgezählt hätten und daher Ausnahmenvorschriften darstellten, die nicht analogiefähig seien⁶¹⁸. Hinzu komme, dass ein eventueller vollständiger Wegfall des Schenkungsverbots allenfalls eine rechtspolitische, aber keine verfassungsrechtliche Lücke reißen würde⁶¹⁹.

Diese Einwände vermögen jedoch nicht zu überzeugen. Denn auch wenn der Gesetzgeber die Fälle vormundschaftsgerichtlicher Genehmigungsvorbehalte enumerativ aufgezählt hat, anstatt hierfür eine Generalklausel zu schaffen⁶²⁰, lässt sich hieraus allein jedenfalls kein zwingender Schluss auf die Rechtsnatur des Genehmigungsvorbehalts ziehen. Denn schon aus der ungeheuren Vielzahl der aufgeführten Geschäfte lässt sich ablesen, dass ein solcher Genehmigungsvorbehalt keine Ausnahmerecheinung ist, sondern ein solcher bei nahezu allen größeren und bedeutenderen Geschäften angeordnet ist. Darüber hinaus verbietet sich eine Analogie auf den gerichtlichen Genehmigungsvorbehalt nur dann, wenn hierdurch die Rechte des Einzelnen beschnitten würden, wenn also an sich mögliche Rechtsgeschäfte durch die analoge Anwendung des Genehmigungsvorbehalts zusätzlich erschwert würden. Hier wird aber kein Geschäft durch einen Analogieschluss zusätzlich erschwert, indem es zusätzlichen Wirksamkeitserfordernissen ausgesetzt wird, sondern es werden lediglich bestehende Einschränkungen in Form eines Schenkungsverbots auf einen Genehmigungsvorbehalt reduziert. Es findet somit letztlich keine Erweiterung des Anwendungsbereichs des Genehmigungsvorbehalts statt, sondern vielmehr eine Einschränkung des Schenkungsverbots. Es geht somit nicht um die Frage eines erweiternden Analogieschlusses, sondern vielmehr um die verfassungskonforme Reduzierung eines zu weitgehenden Verbots.

⁶¹⁸ Böhmer, MittBayNot 1996, Fn. 83

⁶¹⁹ Holzhauser, FamRZ 2000, 1063, 1068

⁶²⁰ wie etwa das österreichische Recht, vgl. § 154 III ABGB

Eine solche Umdeutung des Schenkungsverbotes in einen gerichtlichen Genehmigungsvorbehalt erscheint dabei nicht nur betreuungsrechtlich – rechtspolitisch – wünschenswert, sondern auch verfassungsrechtlich geboten. Denn durch die Anordnung eines Schenkungsverbots hat der Gesetzgeber deutlich gemacht, dass er Schenkungen, die keine Sitten-, Anstands- oder Gelegenheitsschenkungen sind, für noch gefährlicher hielt als diejenigen Rechtsgeschäfte, für die er lediglich einen vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungsvorbehalt angeordnet hatte. Dieser deutliche Wille des Gesetzgebers darf bei der Frage der Auslegung der Normen nicht einfach ignoriert werden, sondern muss so weit wie möglich in die rechtliche Auslegung mit einbezogen werden.

Ließe man demgegenüber das Schenkungsverbot vollständig entfallen, wie Holzauer dies offenbar als Konsequenz vorschlägt⁶²¹, wären die Betroffenen entgegen der klaren Zielsetzung des Gesetzgebers bei solchen Schenkungen weniger geschützt als bei anderen, schon nach allgemeinen Regeln unter Genehmigungsvorbehalt stehenden, Geschäften. Der Weg in solchen Fällen über eine teleologische Reduktion des Schenkungsverbots auf einen vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungsvorbehalt ist somit vorzuziehen.

Anstelle des Schenkungsverbots tritt somit im Wege der verfassungskonformen Reduktion ein vormundschaftsgerichtlicher Genehmigungsvorbehalt für die Genehmigung des Betreuers von allen Schenkungen des Betroffenen, die nicht Sitten-, Anstands- oder übliche Gelegenheitsschenkungen sind. Soweit der Betroffene, der unter Einwilligungsvorbehalt steht, solche Schenkungen somit vornimmt, bedarf er aufgrund des Einwilligungsvorbehalts stets⁶²² zunächst der Genehmigung des Betreuers. Dessen Genehmigung bedarf sodann stets der weiteren vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung.

⁶²¹ Holzauer, FamRZ 2000, 1063, 1068

⁶²² Selbstverständlich nur soweit das Schenkungsgeschäft auch vom Einwilligungsvorbehalt umfasst ist – sonst wäre der Betroffene uneingeschränkt allein handlungsfähig.

II. Schenkungen durch den Betreuer

Auch bei Schenkungen, die der Betreuer in Vertretung des Betroffenen vornimmt, stellt sich natürlich die Frage nach einer verfassungskonformen Interpretation des Schenkungsverbots. Eine Interpretation bzw. Auslegung des Inhalts einer Norm findet jedoch ihre Grenzen in ihrem Wortlaut⁶²³. Auch eine verfassungskonforme Interpretation setzt nämlich voraus, dass das Gesetz mehrere Auslegungsalternativen zulässt⁶²⁴. Hier besteht aber das Problem, dass der Wortlaut der §§ 1908i II 1, 1804 BGB sich ausdrücklich auf Vertretungshandlungen des Betreuers bezieht. Der Wortlaut des Schenkungsverbots lässt somit – anders als noch bei der Genehmigungshandlung des Betreuers zu einer eigenhändigen Schenkung des Betroffenen im Rahmen eines Einwilligungsvorbehalts⁶²⁵ – keinen Interpretationsspielraum zugunsten einer irgendwie gearteten verfassungskonformen Auslegung. Denn bei der Eigenvornahme der Schenkung durch den Betreuer handelt es sich dem Wortlaut nach ganz eindeutig um eine Handlung „in Vertretung“ des Betroffenen. Die Verfassungswidrigkeit des Schenkungsverbots führt hier daher unweigerlich zu seiner Nichtigkeit und damit zum ersatzlosen Wegfall der Norm.

Dies bedeutet in der Konsequenz, dass bei Schenkungen, die der Betreuer in Vertretung des Betreuten vornimmt, nicht automatisch ein zusätzlicher gerichtlicher Genehmigungsvorbehalt Anwendung findet, wie dies bei Eigengeschäften des unter Einwilligungsvorbehalt stehenden Betroffenen der Fall ist⁶²⁶. Der Schutzzumfang bei Schenkungsgeschäften des Betreuten selbst ist also geringfügig umfassender, als bei Vertretungsgeschäften des Betreuers. Dies mag auf den ersten Blick widersprüchlich erscheinen; wie Holzhauser aber zutreffend feststellt⁶²⁷, führt der Wegfall des

⁶²³ BVerfGE 8, 28, 34; 88, 203, 333; Epping, Rn. 61

⁶²⁴ Battis/Gusy, Rn. 208

⁶²⁵ oben, § 8 I

⁶²⁶ oben, § 5 IV

⁶²⁷ Holzhauser, FamRZ 2000, 1066

Schenkungsverbots bei Vertretungsgeschäften des Betreuers nicht etwa zu einer völligen Schutzlosigkeit der Betroffenen, da wie gesehen⁶²⁸ das Betreuungsrecht bereits eine ganze Reihe von Schutzmechanismen vorsieht, die den Betroffenen ausreichend vor Missbrauch der Vertretungsmacht schützt. Denn allenfalls für Schenkungen, die keine Sitten-, Anstands- oder Gelegenheitsschenkungen sind und die nicht an Personen erfolgen, die in § 1795 BGB genannt sind, und für die außerdem nicht in den übrigen Vorschriften des Betreuungsrechts ein vormundschaftsgerichtlicher Genehmigungsvorbehalt angeordnet ist, verbliebe ein Bedürfnis für zusätzliche Schutzmaßnahmen, so weit man weiterhin die Strafvorschrift des § 266 StGB und die zivilrechtlichen Regressmöglichkeiten auf Betreuer und Beschenkten für unzureichend hielte. Es stünde dem Gesetzgeber frei, hier etwa einen vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungsvorbehalt anstelle des Verbots anzuordnen, da ein solcher keinen verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet. Eine verfassungsrechtliche Notwendigkeit für die Einführung eines solchen Genehmigungsvorbehalts besteht freilich nicht, da die vorhandenen Schutzmaßnahmen verfassungsrechtlich ausreichend sind, um den Betroffenen zu schützen.

Wenn der Gesetzgeber hier also zusätzlichen Schutzbedarf sehen sollte, wäre es an ihm, entsprechende Regelungen zu treffen, die der verfassungsrechtlichen Kontrolle standhalten.

⁶²⁸ oben, § 4 I 3 c

§ 9 Zusammenfassung der Ergebnisse

Das Schenkungsverbot des deutschen BGB verstößt in seiner jetzigen Form gegen die Eigentums- und Gleichheitsrechte der Betroffenen und ist daher verfassungswidrig. Wo bislang die §§ 1804, 1908i II 1 BGB für eigene Schenkungen des Betroffenen, der unter Einwilligungsvorbehalt steht, ein Verbot vorgesehen haben, tritt vielmehr im Wege der verfassungskonformen Gesetzesauslegung ein vormundschaftsgerichtlicher Genehmigungsvorbehalt an dessen Stelle. Dies ergibt sich daraus, dass ein solches Schenkungsverbot gegen das Übermaßverbot und den speziellen Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 III 2 GG verstößt. Durch eine Reduktion des Schenkungsverbot auf einen vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungsvorbehalt wird einerseits den verfassungsrechtlichen Anforderungen Genüge getan und andererseits der gesetzgeberische Wille zum besonderen Schutz der Betroffenen vor der eigenen eingeschränkten Eigenverantwortlichkeit und vor Missbrauch der Vertretungsmacht durch die Betreuer beachtet.

Für Schenkungen, die der Betreuer in Vertretung des Betroffenen vornimmt, ist das Schenkungsverbot der §§ 1908i II 1, 1804 BGB jedoch wegen Verstoßes gegen das verfassungsrechtliche Gebot der vollständigen Herstellung der Rechtsperson des Betroffenen aus Art. 1 I 2, 3 I GG nichtig. Da der Wortlaut der Norm einer verfassungskonformen Auslegung entgegensteht, besteht hier auch nicht die Möglichkeit einer Reduktion des Verbots etwa auf einen vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungsvorbehalt. Soweit der Gesetzgeber nach einer entsprechenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts hierdurch eine Lücke im Schutzsystem sehen sollte, steht es ihm frei, eine verfassungskonforme Regelung, etwa in Form eines gerichtlichen Genehmigungsvorbehalts, zu schaffen. Die österreichische Vorschrift des § 154 III ABGB kann insoweit als Vorbild dienen.