

Dieter Bobenhausen, Dipl. Rechtspfleger, Amtsgericht Bremen

## Konkurrenzen zwischen dem Willen des Betreuten und des Betreuers: Gesetzliche Vertretung – Kontosperrung – Schenkung

### I. Zum Thema

Gemäß § 1902 BGB vertritt der Betreuer den Betreuten im Bereich seines Aufgabenkreises gerichtlich und außergerichtlich. Punktum! Die Handlungsfähigkeit des Betreuten spielt dabei keine Rolle. Hat die Position des Betroffenen sich damit gegenüber dem früheren Recht bei angeordneter Gebrechlichkeitspflegschaft verschlechtert?

Die Vorschriften für den Vormund über die Sperrung von Konten (§ 1809 BGB), Wertpapierdepots (§ 1814 BGB) und Buchforderungen gegen Bund und Länder (§ 1816 BGB) gelten gemäß § 1908 I BGB entsprechend auch für Betreuer. Wie vertragen sich solche Sperrabreden mit dem Verfügungsrecht des Betreuten?

Die geringen Ausnahmen zum Schenkungsverbot des Vormunds gemäß § 1804 BGB werden für den Betreuer gemäß §§ 1908, 1908 II BGB nur geringfügig erweitert. Die Grenzen können auch auf Verlangen des Betroffenen nicht überschritten werden. Verträgt sich das mit der Verpflichtung des Betreuers, im Rahmen des Wohls des Betreuten und des Zumutbaren dessen Wünsche zu erfüllen (§ 1901 II BGB)?

Drei Fragen, die sowohl für die praktische Arbeit des Vormundschaftsgerichts und des Betreuers als auch für die Rechte des Betreuten von erheblicher Bedeutung sind und die sich zusammenfassen lassen: Wird das neue Betreuungsrecht dem Anspruch gerecht, die Rechte des Betroffenen auch außerhalb des Verfahrens über die Betreuerbestellung zu stärken?<sup>1</sup> Die Fragen klingen in vielen kritischen Ausführungen zum Betreuungsrecht an<sup>2</sup>, während es an praktischen Lösungsvorschlägen mangelt. Bei der Suche danach spielt das Ziel, den Wünschen der Betreuten mehr Gewicht zu verleihen, eine große Rolle, keineswegs aber die einzige. Vor allem der Schutz des Betroffenen (der primär die Betreuung erforderlich macht) muß gewahrt werden. Da ferner Fragen der Praktikabilität und der Ökonomie zu berücksichtigen sind, ist der Gefahr zu begegnen, daß das Ziel der Erhaltung der im Einzelfall vertretbaren Handlungsfähigkeit des Betroffenen dem untergeordnet wird.

### II. Die Probleme

#### 1 Die gesetzliche Vertretung

Nach überwiegender Ansicht in Rechtsprechung und Schrifttum hatte der Gebrechlichkeitspfleger im Rahmen seines Wirkungskreises nur dann die Stellung eines gesetzlichen Vertreters, wenn der Betroffene (damals Pflegling) geschäftsunfähig nach den Kriterien des § 104 Nr. 2 BGB war. Andernfalls sollte er die Stellung eines "staatlich bestellten Bevollmächtigten" haben.<sup>3</sup> Ob diese Unterscheidung jemals sinnvoll war<sup>4</sup>, kann

jetzt dahin stehen. Nach der klaren Regelung des § 1902 BGB ist der Betreuer jetzt im Bereich seiner Aufgaben gesetzlicher Vertreter des Betreuten. Teilweise wird kritisiert, daß diese Regelung sogar für (nur) körperlich Behinderte gilt, viele halten die Regelung generell bei Geschäftsfähigkeit des Betreuten für mißlungen.<sup>5</sup>

Die Kritik geht m. E. fehl. Wenn ein Betreuer nur bestellt werden darf, wenn ein gesetzlicher Vertreter erforderlich ist (§ 1896 II 2 BGB)<sup>6</sup>, ist es nur konsequent, dem Betreuer das Recht der Vertretung einzuräumen.<sup>7</sup> Reine Unterstützungsleistungen, bei denen keine Vertretung erforderlich ist, können ohne Betreuer (insbesondere durch soziale Dienste) erledigt werden. Im übrigen war ja auch der Gebrechlichkeitspfleger im Rahmen seines Wirkungskreises immer berechtigt, den Betroffenen zu vertreten, gleichgültig, ob er das als "staatlich bestellter Bevollmächtigter" oder als "gesetzlicher Vertreter" tat. Die unterschiedlichen Bezeichnungen haben keine unterschiedliche Qualität des Vertretungsrechts angezeigt<sup>8</sup>, sondern verklausuliert die Frage beantwortet, ob der Betroffene (auch) selbst wirksame Willenserklärungen abgeben konnte.<sup>9</sup> Natürlich wirkt sich die eigene Handlungsfähigkeit des Betroffenen indirekt auch auf das Vertretungsrecht aus, weil Entscheidungen des Betroffenen und des Betreuers sich gegenseitig blockieren können<sup>9a</sup>; das bleibt aber selbstverständlich auch künftig so. So kann z. B. der Betreuer für den Bereich der Aufenthaltsbestimmung Aufenthaltsänderungen gegen den Willen des Betroffenen nur dann wirksam bestimmen, wenn dessen Geschäftsunfähigkeit (evtl. partiell für diesen Bereich) feststeht oder insoweit ein Einwilligungsvorbehalt gemäß § 1903 I BGB angeordnet worden ist.<sup>10</sup>

Bedeutsamer kann die Einschränkung des Betreuten durch das Vertretungsrecht des Betreuers dagegen bei Rechtsgeschäften sein.<sup>10a</sup> Verkauft der Vermögensbetreuer z. B. ein Auto des Betreuten, ist der Kaufvertrag auch dann wirksam, wenn der Betreute dem widerspricht. Auch das war allerdings bei Gebrechlichkeitspflegschaften schon so. Der ohnehin wichtige Kontakt des Betreuers zum Betreuten vor Entscheidungen ist daher auch zur Vermeidung solcher Überraschungen wichtig. Das Recht der gesetzlichen Vertretung bürdet dem Betreuer also erhebliche Verantwortung auf<sup>11</sup>, die er allerdings bei solchen Erklärungen nicht allein trägt, die zu ihrer Wirksamkeit der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürfen. Auch das Gericht kann und muß durch die persönliche Anhörung<sup>12</sup> dann dafür Sorge tragen, daß die Beteiligung des Betroffenen nicht unterbleibt. In der Regel geht der Wunsch des Betroffenen vor (§ 1901 II 1, 2 BGB).

An den Rechten des Betroffenen hat sich im Vergleich zur Gebrechlichkeitspflegschaft durch § 1902 BGB also nichts geändert. Es fehlt künftig nur die Möglichkeit, durch den Hinweis auf "gesetzliche Vertretung" indirekt etwas über die Geschäftsfähigkeit des Betreuten zu sagen. Das war schon früher nicht unbedenklich, wurde aber verbreitete Praxis, um sonst not-

1 Bt-Drucksache 11/4528, 52, Grundzüge des Entwurfs

2 z. B. Pardey, Rpfleger 1989, 229; ferner sein Buch: Betreuung Volljähriger, Hilfe oder Eingriff

3 BGH FamRZ 1967, 620

4 Kritisch dazu z. B. Gernhuber, FamRZ 1976, 189; Bobenhausen, Rpfleger 1986, 248

5 z. B. Klüsener, Rpfleger 1989, 220; Damrau/Zimmermann, Rdn. 2, 3 zu § 1902 BGB

6 So auch Schwab, FamRZ 1992, 495

7 Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein, Rdn. 61

8 Gernhuber, § 70 VI 4; Klüsener, a. a. O.

9 Bobenhausen, a. a. O.

9a Gernhuber/Coester-Waltjen, § 76 V 2

10 Bobenhausen, Rpfleger 1994, 14

10a Für die Wirksamkeit kollidierender Willenserklärungen gilt dann der allgemeine Prioritätsgrundsatz (Gernhuber/Coester-Waltjen, a. a. O.)

11 Es gelten die Regeln über den Mißbrauch der Vertretungsmacht aus § 164 BGB (Schwab, FamRZ 1992, 503)

12 § 69 d I FGG

wendige Entmündigungen auch dann durch die Gebrechlichkeitspflegschaft zu ersetzen, wenn die Handlungsunfähigkeit des Betroffenen klargestellt werden mußte. Enthielt der Beschluß über die Anordnung der Gebrechlichkeitspflegschaft dann den Vermerk: "Der Pfleger ist im Rahmen des Wirkungskreises gesetzlicher Vertreter", war das der eindeutige Hinweis auf die Geschäftsunfähigkeit des Pflinglings. Die Klausel bewirkte die Geschäftsunfähigkeit zwar nicht konstitutiv (wie die Entmündigung die beschränkte Geschäftsfähigkeit oder die Geschäftsunfähigkeit konstitutiv zur Folge hatte), hatte letztlich aber dieselbe Wirkung, weil sie faktisch als verbindlich angesehen wurde.

Diese "indirekte Entmündigung" ist künftig nicht mehr möglich, aber auch nicht mehr nötig, weil das Betreuungsrecht die Möglichkeit des Einwilligungsvorbehalts gemäß § 1903 BGB bei Gefahr für die Person oder das Vermögen des Betreuten einräumt. Im Gegensatz zur früheren "Feststellung der Geschäftsunfähigkeit" gibt es dafür auch ein klar geregeltes Verfahren, in dem die Rechte des Betroffenen gewahrt werden. Zwar ist der Einwilligungsvorbehalt im Prinzip bei geschäftsunfähigen Betreuten überflüssig, weil diese ohnehin nicht handeln können; die Grenzen zwischen Geschäftsfähigkeit und Geschäftsunfähigkeit sind aber oft unscharf, ein Problem, daß durch die in der Rechtsprechung entwickelte partielle Geschäftsunfähigkeit noch verschärft wird.<sup>13</sup> Gerade in Grenzfällen kann der Einwilligungsvorbehalt wenigstens für eine halbe Klärung sorgen. Von halber Klärung spreche ich daher, weil der Einwilligungsvorbehalt nur klarstellt, daß der Betroffene in diesem Bereich nicht allein handeln kann; ob er es mit Zustimmung des Betreuers kann, bleibt dagegen unentschieden und ist im Einzelfall an §§ 104 Nr. 2, 105 BGB zu messen. Dabei gehe ich mit der herrschenden Meinung davon aus, daß die Rechte des im Sinne von § 104 Nr. 2 BGB geschäftsunfähigen Betreuten durch den Einwilligungsvorbehalt nicht dahin aufgewertet werden, daß er dann mit Einverständnis des Betreuers handeln kann.<sup>14</sup> Nur der bis dahin geschäftsfähige Betreute erhält durch den Einwilligungsvorbehalt eine der beschränkten Geschäftsfähigkeit ähnliche Position.<sup>15</sup>

Die gesetzliche Vertretung ist also keine Einschränkung des Betreuten, sondern Konsequenz daraus, daß Betreuungen nur bei notwendiger gesetzlicher Vertretung zulässig sind. Sie besagt nichts über die eigene Handlungsfähigkeit des Betroffenen. Besteht die Gefahr, daß ein (nicht offensichtlich geschäftsunfähiger) Betreuer Entscheidungen trifft, vor denen er geschützt werden muß, geschieht das durch Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts. Dieser ist zwar ein erheblicher Eingriff in die Rechte des Betroffenen und wird nur selten nötig sein<sup>16</sup>; es bleibt dennoch zu hoffen, daß er zu seiner Vermeidung nicht durch neue indirekte Hinweise auf Geschäftsunfähigkeit ersetzt wird.

Im Bereich der gerichtlichen Vertretung wird der Betroffene durch die Betreuung allerdings auch ohne Einwilligungsvorbehalt eingeschränkt: Wird er in einem Rechtsstreit durch einen Betreuer vertreten, steht er dort gemäß § 53 ZPO einer nicht prozeßfähigen Person gleich.

## 2 Sperrabreden

Die Diskussion um das neue Betreuungsrecht und über die Wahrung der durch die Bestellung des Betreuers unberührt bleibenden Verfügungsrechte des Betroffenen hat Zweifel an der Berechtigung (und damit auch an der Verpflichtung) des Betreuers aufkommen lassen, Sparkonten, Wertpapierdepots und Buchforderungen gegen ein Land oder den Bund gemäß §§ 1809, 1814, 1816 BGB sperren zu lassen. Die Bedenken richten sich gegen die Einschränkung der Verfügungsrechte des Betreuten, soweit er weder geschäftsunfähig im Sinne von § 104 Nr. 2 BGB ist, noch ein Einwilligungsvorbehalt gemäß § 1903 I BGB angeordnet ist, dessen Bereich die gesperrten Werte erfaßt. Dieselben Bedenken hätten zwar bereits bei

früheren Gebrechlichkeitspflegschaften bestehen müssen, da durch sie die Handlungsfähigkeit des Pflinglings ebenfalls nicht beeinträchtigt wurde; im Zuge der Einführung des neuen Rechts ist jedoch für solche Fragen die allgemeine Sensibilität gewachsen.

Klar ist zunächst, daß das Verfügungsrecht des Betroffenen nur durch gerichtliche Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts, nicht jedoch durch Vereinbarungen eingeschränkt werden darf, die der Betreuer ohne Zustimmung des Betroffenen mit Dritten (z. B. der Bank) trifft. Damrau<sup>17</sup> hält deshalb Sperrvermerke nur für zulässig, wenn der Betroffene zustimmt oder Geschäftsunfähigkeit nachgewiesen bzw. ein Einwilligungsvorbehalt angeordnet ist. Offen bleibt dabei, wie in den übrigen Fällen der durch die Sperrabreden gewollte Schutz des Vermögens gewahrt werden kann, ohne die Rechte des Betroffenen zu beeinträchtigen.

Gemäß § 1908 I BGB sind für den Betreuer die für den Vormund geschaffenen Vorschriften über die versperrte Anlegung von Geld entsprechend anzuwenden. Die "entsprechende" Anwendung gibt Auslegungsspielraum zur Anpassung an die Besonderheiten des Betreuungsrechts; ignorieren darf man diese Schutzvorschriften aber nicht. Der Betreuer leitet im Gegensatz zum Bevollmächtigten seine Rechte nicht vom Berechtigten her, sondern aus der Ermächtigung durch das Vormundschaftsgericht. Die daraus resultierende Verantwortung des Gerichts erfordert die Sicherung seiner Mitwirkung durch die Sperrabreden. Das gilt für den Betreuer ebenso wie für den Pfleger und den Vormund. Wie können also die Rechte des Betroffenen und sein Schutz in gleicher Weise gewahrt werden?

Die Sperrabreden bewirken, daß der Betreuer ohne Mitwirkung des Gerichts nicht wirksam über die angelegten Werte verfügen kann. Darüber hinaus hat man sich bei Sparguthaben an die durchaus praktische Auslegung gewöhnt, daß auch das Leistungsrecht der Bank oder Sparkasse aus § 808 BGB an den Inhaber des Sparbuchs ("hinkendes Inhaberpapier") durch die Sperrabrede entfällt.<sup>18</sup> Beide Wirkungen haben auch im Betreuungsrecht ihre Berechtigung. Dagegen darf die ohne Zustimmung des Betroffenen vereinbarte Sperre diesem nicht entgegeng gehalten werden, wenn er verfügen will. Daß eine solche Verfügung ausgeschlossen ist, wenn der Betroffene geschäftsunfähig ist, und daß er nicht ohne Zustimmung des Betreuers verfügen kann, wenn ein Einwilligungsvorbehalt angeordnet worden ist, hat nichts mit der Sperrabrede zu tun, gilt also auch ohne sie. Beim Einwilligungsvorbehalt hat die Sperrabrede allerdings die Wirkung, daß der Betreuer dem Betroffenen die Verfügungsermächtigung nicht ohne Mitwirkung des Vormundschaftsgerichts (gegebenenfalls des Gegenbetreuers) geben kann.

Sparkasse und Bank (und die entsprechenden Stellen bei Sperrungen gemäß §§ 1814, 1816 BGB) müssen also zwischen Sperrabreden mit dem Betreuer einerseits und Verfügungsbeschränkungen des Betreuten aus § 104 Nr. 2 oder § 1908 BGB andererseits unterscheiden. Selbstverständlich muß der Betreuer einen Einwilligungsvorbehalt dem Kreditinstitut mitteilen. (Er ergibt sich auch aus dem Betreuerausweis, den der Betreuer zu seiner Legitimation vorlegen muß.)<sup>19</sup> Das Risiko der richtigen Bewertung der Geschäftsfähigkeit liegt dagegen bei der Bank oder Sparkasse. Das ist aber auch ohne Betreuung so und wird durch diese nicht beeinflusst.

13 MünchKomm/Schwab, Rdn. 12 zu § 1903 BGB

14 Schmidt/Böcker, Rdn. 51; Klüsener, a.a.O.; Damrau/Zimmermann, Rdn. 8 zu § 1903 BGB; a. A. Bienwald, Vormundschafts-, Pfllegschafts- und Betreuungsrecht in der sozialen Arbeit, S. 197; Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein, Rdn. 185; kritisch Canaris, JZ 1987, 993

15 MünchKomm/Schwab, Rdn. 1 zu § 1903 BGB

16 Bt-Drucksache 11/4528, 137

17 Soergel/Damrau, Nachträge zu § 1809 BGB

18 Palandt/Diederichsen, Rdn. 1 zu § 1809 BGB

19 § 69 b II Nr. 4 FGG

Wenn nun – wie ausgeführt – auch Betreuer grundsätzlich zu Sperrabreden verpflichtet sind, sich diese aber nicht auf das Verfügungsrecht des Betreuten auswirken (wenn dieser nicht zugestimmt hat), führt das allerdings zu praktischen Schwierigkeiten: Die Mitarbeiter der Kreditinstitute werden bei bestehender Betreuung (die ihnen jedenfalls bei getroffener Sperrabrede bekannt ist) aus Unkenntnis oder wegen des Risikos der richtigen Einschätzung der Geschäftsfähigkeit im Zweifel Zahlungen an den Betroffenen verweigern.<sup>20</sup> Seine theoretischen Rechte werden ihm also faktisch oft nichts nützen. Das zweite praktische Problem besteht darin, daß der Betreuer über von ihm verwaltete Konten abrechnen und Einnahmen und Ausgaben belegen muß (§ 1840 II, III, IV, § 1841 BGB in Verbindung mit § 1908 I BGB). Wie soll das geschehen, wenn auch der Betroffene über die Konten verfügt? Bei Sparkonten kommt als weiteres Problem dazu, daß nur einer – Betreuer oder Betreuer – das Sparbuch in den Händen haben kann.

Zur Vermeidung dieser praktischen Schwierigkeiten ist in allen Fällen, in denen der Betreute über Konten verfügen kann und will, eine klare Trennung zwischen den von ihm verwalteten Konten (auf die dann Beträge in abgesprochener Höhe gezahlt werden) und den vom Betreuer verwalteten Konten (die dann zu sperren sind, soweit keine Befreiung vorliegt oder nur Verfügungsgeld darauf gebucht wird) erforderlich. Einigen sich Betreuer und Betreuer insoweit, liegt darin auch die Zustimmung des Betreuten zu den Sperrabreden. Einführungsgespräche gemäß § 69 b III FGG zwischen Rechtspfleger, Betreuer und Betreutem bilden in den genannten Fällen das geeignete Forum, entsprechende Absprachen anzustreben und zu dokumentieren.

Ist eine Einigung nicht möglich (weil der Betroffene z. B. über alle Konten verfügen will), hilft nur ein Einwilligungsvorbehalt, der den Betroffenen einschränkt, soweit das Gericht das für angebracht hält, oder die Aufhebung der Betreuung als nicht erforderlich.

### 3 Schenkungen

Da die Betreuerbestellung die Geschäftsfähigkeit des Betreuten nicht beeinträchtigt, sind von ihm gewünschte Schenkungen grundsätzlich auch dann unproblematisch, wenn der Aufgabenkreis (auch) die Vermögenssorge umfaßt.<sup>21</sup> Nur bei Geschäftsunfähigkeit des Betroffenen oder bei angeordnetem Einwilligungsvorbehalt für den Bereich der Vermögenssorge oder einen Teil, der den Schenkungsgegenstand umfaßt, entfällt die Möglichkeit, eine Schenkung (allein) durch den Betreuten zu bewirken. Gelegentlich kann es sogar geboten sein, eine vom Betreuten geplante Schenkung durch Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts zu verhindern, wenn einerseits die Geschäftsunfähigkeit des Betroffenen nicht feststeht, er andererseits aber durch diese Schenkung sein Vermögen krankheitsbedingt in nicht vertretbarer Weise gefährdet. Solange Versprechungen des Betroffenen noch nicht vollzogen sind, ist dieser Eingriff ohne weiteres möglich, wenn dieses Versprechen nicht ausnahmsweise beurkundet worden ist (§ 518 I BGB). Nach Erfüllung hilft wegen § 518 II BGB (Heilung des Formmangels durch Erfüllung) nur der Nachweis der Geschäftsunfähigkeit.

Hier soll jetzt jedoch von Schenkungen die Rede sein, die der Betreuer als gesetzlicher Vertreter des Betroffenen tätigt. Weil diese nur eng begrenzt möglich sind, sind Schenkungen direkt durch den Betroffenen allemal vorzuziehen, wenn dem die obengenannten Hindernisse nicht entgegenstehen. Natürlich muß auch der Betreuer etwaige Schenkungen so weit wie möglich mit dem Betroffenen abstimmen; wegen der unterschiedlichen Verantwortung sollte jedoch immer klar zwischen Schenkungen durch den Betreuten selbst<sup>22</sup> oder durch den Betreuer als den gesetzlichen Vertreter unterschieden werden. Die dritte Möglichkeit – Schenkungen durch den Betreuten mit Zustimmung des Betreuers wegen eines angeordneten Einwilligungsvor-

vorbehalts – bedarf keiner gesonderten Betrachtung, weil der Betreuer auch bei einer solchen Zustimmung die nachfolgend aufgezeigten Grenzen seines Vertretungsrechts nicht überschreiten kann.<sup>23</sup>

Der Betreuer kann (wie der Vormund und der Pfleger) sogenannte Anstandsschenkungen machen (§§ 1804, 1908 I II BGB). Das sind Schenkungen zu besonderen Anlässen (Weihnachten, Geburtstag usw.).<sup>24</sup> Der Wert der Schenkung muß in einem angemessenen Verhältnis zum Vermögen des Schenkers stehen und sich auch am Anlaß und an der Beziehungsnähe zwischen Schenker und Beschenktem orientieren. Gemäß § 1908 I II BGB kann der Betreuer bei diesen Gelegenheitsgeschenken auch die Wünsche des Betreuten erfüllen, soweit sie nach seinen Lebensverhältnissen üblich sind. Das soll eine vorsichtige Erweiterung der Schenkungsmöglichkeiten darstellen<sup>25</sup>, wird dem aber kaum gerecht, weil die im § 1908 I II BGB genannten Kriterien natürlich auch vom Vormund und Pfleger berücksichtigt werden müssen.

Der Betreuer kann ferner schenken, wenn eine sittliche Verpflichtung dazu besteht. Dieser recht unbestimmte Begriff läßt einigen Spielraum. Als Beispiel mag der Fall dienen, daß der vermögende Betreute zu Zeiten eindeutiger Geschäftsfähigkeit jemandem formlos (und damit ohne Verpflichtung – § 518 I BGB –) die Finanzierung seiner Ausbildung versprochen hat, die dieser jetzt ohne weitere Zahlungen abbrehen mußte. Schenkung durch den Betreuer aus "sittlicher Verpflichtung" kommt also immer dann in Betracht, wenn eine Leistung aus moralischen Gründen geboten ist, es aber ohne Schenkung an einer Rechtsgrundlage fehlt.

Eine der Schenkung ähnliche Möglichkeit des Betreuers bringt § 1908 BGB: Er kann in Vertretung des Betreuten eine Ausstattung aus dem Vermögen des Betreuten versprechen und gewähren. Ausstattungen sind Zuwendungen an Kinder des Zuwendenden mit Rücksicht auf seine Verheiratung oder auf die Erlangung einer selbständigen Lebensstellung. Sie sind durch den Betreuer zulässig, soweit sie das den Umständen, insbesondere den Vermögensverhältnissen des Zuwendenden entsprechende Maß nicht übersteigen (§ 1624 I BGB). Der Betreuer kann das allerdings nicht allein entscheiden, sondern benötigt die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Der Gesetzgeber hat diese Möglichkeit des Betreuers auch nicht als weitere Ausnahme vom Schenkungsverbot ausgestaltet, sondern bestimmt, daß Ausstattungen in dem oben beschriebenen Rahmen eben nicht als Schenkungen anzusehen sind.

Soweit die Bestandsaufnahme. Sind die Regelungen praktisch, und kann den Wünschen des Betroffenen mit diesen Regeln ausreichend entsprochen werden? Ich meine, daß der Gesetzgeber im Bereich der Schenkungen noch nicht die beste Lösung gefunden hat. Mich stört vor allem, daß – von den in § 1908 I II BGB genannten Gelegenheitsgeschenken abgesehen – der Wille des Betreuten völlig ohne Einfluß auf die Grenzen der Schenkungsmöglichkeiten des Betreuers ist. Die allgemeine Verpflichtung des Betreuers, Wünsche des Betreuten in den Grenzen des § 1901 II BGB zu entsprechen, nützt hier nichts, weil dadurch nur das "Innenverhältnis" geregelt, nicht aber die Vertretungsgrenzen der §§ 1804, 1908 I II BGB berührt werden.<sup>26</sup> Bedenklich sind die Grenzen dieses Rechts vor allem dann, wenn der Betreute früher (zur Zeit klarer Entscheidungs-

20 Soergel/Damrau, Nachträge zu § 1896, Rdn. 5

21 Schwab, FamRZ 1990, 688

22 Soweit das gesetzliche Vertretungsrecht reicht, ist eine Bevollmächtigung des Betreuers durch den Betreuten unzulässig, damit notwendige vormundschaftsgerichtliche Genehmigungen nicht umgangen werden (Bt-Drucksache 11/4528, 135). Denkbar ist aber eine Bevollmächtigung, soweit das gesetzliche Vertretungsrecht gemäß §§ 1804, 1908 I II BGB ausgeschlossen ist.

23 Damrau/Zimmermann, Rdn. 10 zu § 1908 I BGB

24 Palandt/Putzo, Rdn. 3 zu § 534 BGB

25 Bt-Drucksache 11/4528, 160

26 Palandt/Diederichsen, Rdn. 1 zu § 1902 BGB

fähigkeit) eindeutige Schenkungsabsichten bekundet hat (§ 1901 II 2 BGB). Wenn er das nicht in beurkundeter Form (§ 518 I BGB) erklärt hat (und wer tut das schon?), kann der Betreuer diesen Wunsch nicht erfüllen, wenn keine der oben genannten Gründe durchgreifen. Eine "sittliche Verpflichtung" gegenüber dem Betreuten, seine Wünsche zu erfüllen, rechtfertigt keine Überschreitung des Schenkungsverbots. Der Betreute muß schon selbst "sittlich verpflichtet" sein. Selbst eine über Jahre praktizierte finanzielle Unterstützung eines Dritten durch den Betreuten kann bei dessen Geschäftsunfähigkeit vom Betreuer nicht fortgesetzt werden, wenn man nicht aus besonderen Gründen eine sittliche Verpflichtung annehmen kann oder es sich um Gelegenheitsgeschenke handelt.

Gäbe es die Möglichkeit für den Betreuer, allein aufgrund (evtl. früherer) Wünsche des Betreuten zu schenken, wäre natürlich besondere Vorsicht geboten. Nicht jede entsprechende Äußerung ist ernst gemeint, und der Gesetzgeber hat das Schenkungsversprechen nicht umsonst der Beurkundung unterworfen. Außerdem kann die Grundlage der Schenkung (z. B. die Vermögensverhältnisse des Schenkers oder sein eigener Bedarf) sich geändert haben. Die Möglichkeit der Erfüllung solcher Wünsche sollte aber nicht ausgeschlossen sein.

Ein zweiter Punkt gefällt mir an den Schenkungsregelungen nicht: Überschreitet der Betreuer die manchmal doch recht unklaren und von subjektiven Wertungen geprägten Grenzen der Schenkungsmöglichkeiten, sind Schenkungsversprechen nichtig (§ 134 BGB).<sup>27</sup> Bleibt er dagegen innerhalb der Grenzen, ist nicht einmal eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erforderlich. Das Gericht kann u. U. zwar indirekt eingreifen, indem gesperrte Gelder nicht freigegeben werden oder durch kritische Feststellungen bei der Prüfung der Jahresabrechnung; zu einer verbindlichen Klarstellung der Frage, ob die Vertretungsgrenzen eingehalten sind, kommt es jedoch nicht (von der theoretisch möglichen Klärung in einem Prozeß einmal abgesehen). Das Risiko einer evtl. nichtigen Schenkung tragen der Beschenkte und der u. U. regreßpflichtige Betreuer, auch wenn das Vormundschaftsgericht die Schenkung nicht beanstandet. Das ist kaum zumutbar. Klare Verhältnisse gäbe es dagegen, wenn das Schenkungsverbot für den Betreuer in eine Sollvorschrift umgewandelt und dafür die Wirksamkeit von Schenkungen wie bei der Ausstattung von einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung abhängig gemacht würde. Bei dieser Ausgestaltung würde die Wirksamkeit der Schenkung durch Erteilung oder Versagung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung eindeutig geklärt.

### III. Zusammenfassung

1. Die gesetzliche Vertretung des Betreuten durch den Betreuer, unabhängig von der Handlungsfähigkeit des Betreuten (§ 1902 BGB), ist die logische Konsequenz daraus, daß Betreuung nur zulässig sind, wenn gesetzliche Vertretung nötig ist (§ 1896 II 2 BGB). Sie schränkt die Rechte des Betroffenen nicht unnötig ein, wenn der Betreuer den Betroffenen vor Entscheidungen einbezieht, soweit sein Gesundheitszustand das möglich macht. Das Gericht hat die Einhaltung dieser Pflicht zu überwachen (§§ 1837 I, II, III, 1908 i I BGB) und hat im Falle einer erforderlichen vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung ohnehin direkten Einfluß. Der Wegfall der früheren Praxis, durch Hinweis auf "gesetzliche Vertretung" die Geschäftsunfähigkeit des Betroffenen "festzustellen", ist ein Fortschritt. Die Möglichkeit des Eingriffs in die Handlungsfähigkeit des Betroffenen durch das Gericht ist durch den Einwilligungsvorbehalt (§ 1903 BGB) ausreichend gegeben.

2. Das Gebot der Sperrabreden gemäß §§ 1809, 1814, 1816 BGB zugunsten des Vormundschaftsgerichts gilt auch für Betreuer. Die Vereinbarungen schränken das Verfügungsrecht des Betreuers ein und schließen bei Sparkonten zusätzlich das Recht der Bank (bzw. Sparkasse) gemäß § 808 BGB aus, an jeden Sparbuchinhaber zu leisten. Das Verfügungsrecht des Be-

treuten (Kontoinhabers) wird durch die Sperrabreden nur eingeschränkt, wenn er zugestimmt hat. Daneben gelten unabhängig von Sperrvermerken die Verfügungseinschränkungen des Betreuten bei angeordnetem Einwilligungsvorbehalt oder bei Geschäftsunfähigkeit.

Zur Umsetzung dieser Grundsätze ist in der Praxis in allen Fällen, in denen auch der Betreute über Konten verfügen kann und will, eine Trennung der von ihm einerseits und vom Betreuer andererseits verwalteten Konten erforderlich, damit das Verfügungsrecht des Betreuten nicht an faktischen Schwierigkeiten scheitert und der Betreuer seiner Abrechnungs- und Belegpflicht genügen kann.

3. Der Betreuer kann als Vertreter nur Gelegenheitsgeschenke oder Schenkungen aus sittlicher Verpflichtung machen (§§ 1804, 1908 i II BGB). Dazu kommt die schenkungsähnliche Ausstattung an Kinder des Betroffenen gemäß §§ 1624 I, 1908 BGB. Zwar bleibt das Recht des geschäftsfähigen Betroffenen, selbst zu schenken, unberührt; bedenklich ist aber, daß bei Geschäftsunfähigkeit die Möglichkeit der Schenkung durch den Betreuer auch auf Wunsch des Betreuten nur bei Gelegenheitsgeschenken geringfügig erweitert wird. Der Gesetzgeber sollte darüber hinaus diese Möglichkeit jedenfalls dann einräumen, wenn der Betroffene früher (zur Zeit eindeutiger Geschäftsfähigkeit) einen Schenkungswunsch klar zu erkennen gegeben hat.

Da die unscharfen Grenzen der Schenkungsmöglichkeiten zu Unsicherheiten hinsichtlich der Wirksamkeit führen, wäre es ferner sinnvoll, das Schenkungsverbot aus §§ 1804, 1908 i II BGB in eine Sollvorschrift umzuwandeln und dafür Schenkungen von einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung abhängig zu machen.

<sup>27</sup> Palandt/Diederichsen, Rdn. 1 zu § 1641 BGB