

Das Urteil des BGH zum Verhältnis von Wunsch und Wohl betreuter Menschen ist in der Fachliteratur bisher wenig diskutiert worden¹. Das hat einen Grund sicherlich in der vom Gericht zu beurteilenden Fallkonstellation, die eher eine komplexe Ausnahmesituation darstellt und die damit wenig praxisrelevant für die Mehrzahl von Betreuungen ist. Es weist aber auch eine Reihe von Problemen zu grundlegenden Struktur- und Begriffsfragen der rechtlichen Betreuung auf, die hier thematisiert werden sollen. Ich möchte im Folgenden zunächst die gerichtlichen Prämissen und Hypothesen beschreiben. Daran schließt sich eine Bestimmung der Verwendungsweisen der Begriffe durch das Gericht und die Beschreibung der von ihm getroffenen rechtlichen Maßstäbe an. Daraus ergeben sich dann Auswirkungen auf die Bedingungen, die Betreuung zukünftig bei Entscheidungen zu bedenken haben wird. Die Ausführungen sollen mit dazu beitragen, die Urteilsimplikationen nicht zur „herrschenden Meinung“ werden zu lassen².

Die Ausgangslage, die das Urteil beschreibt, ist durchaus zutreffend: bisher war höchststrichterlich weder der Begriff des Wohls noch der mit ihm verwandte des wohlverstandenen Interesses definiert. Betreuung konnte sich auf allen Ebenen (Praxis, Rechtsprechung und theoretische Fundierung) bislang an keinem verbindlichen rechtlichen oder sozialen Rahmen, an keiner gültigen Definition für das orientieren, was im Ausgangspunkt von Betreuung als zentraler Auftrag des Betreuers benannt wird: einzig dem Wohl des betreuten Menschen verpflichtet zu sein³. Der BGH benennt fünf in Kommentierungen erscheinende mögliche Ansatzpunkte für eine inhaltliche Bestimmung von Wohl:

- das Kriterium der Maßgabe, wie der betreute Mensch sein Leben gestaltet hätte, besäße er noch die dazu erforderlichen Fähigkeiten;
- das Kriterium des Schadens, in den die Erfüllung von Wünschen voraussichtlich mündet;
- der Vergleich mit Lebensvorstellungen nichtbetreuter Menschen, die „(noch) als Wahrnehmung der Selbstbestimmungsrechte im gesellschaftlich vertretbaren Rahmen angesehen“ werden können;
- der Maßstab der Rangabwägung von Rechtsgütern des betreuten Menschen;
- die drohende Verschlechterung der gesamten Lebens- und Versorgungsstruktur des betreuten Menschen.

Schon aus der Aufzählung dieser fünf Ansatzpunkte wird deutlich, dass der BGH von der Hypothese ausgeht, dass *Wohl* in der Betreuung gleichbedeutend mit einem *objektiven Betreutenwohl* ist. Neben dieser Einengung eines offenen Wohlbegriffes geht der BGH weiter davon aus, dass in allen vier möglichen Konstellationen zwischen den „drei W's“ der Betreuung: Wille, Wohl und Wunsch sowohl Widersprüche wie Gegensätze möglich sind (zwischen Wunsch und Wille, Wunsch und Wohl, Wohl und Wille, damit notwendig auch zwischen allen dreien). Anhand der im Urteil getroffenen Aussagen soll nun dargelegt werden, welche Implikationen die jeweiligen Begriffsverwendungen

¹ Bundesgerichtshof-Entscheidung XII ZR 77/06; Anmerkungen von: Kierig, Otto, Anmerkung zum BGH-Urteil XII ZR 77/06 v. 22.07.2009, Familie, Partnerschaft, Recht, 2009, S. 476-477; Marschner, Rolf, Anmerkung zum BGH-Urteil XII ZR 77/06 v. 22.07.2009, Recht und Psychiatrie, 2009, S. 209; Thar, Jürgen, Zum Vorrang der Wünsche des Betreuten vor dessen objektivem Wohl, BtPrax, 19. Jg., 2010, S. 12-15; Dagmar Brosey: Der Wunsch des Betreuten – Umsetzung mit Einschränkung, BtPrax, 19. Jg., 2010, S. 16-18. Die folgenden Ausführungen beziehen sich nur auf den Leitsatz b und die Abschnitte 16-23. Auf eine inhaltliche Darstellung des Urteils wird hier verzichtet, ebenso auf einzelne Zitatnachweise innerhalb der genannten Abschnitte.

² Wesel, Uwe, hM, in: Enzensberger, Hans M. (Hg.), Unser Rechtsstaat, Kursbuch 56, Berlin, 1979, S. 88-109 S. 91.

³ BGB § 1901, 2; Staudinger, J. v.; Löwenfeld, Th. (Hg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 4 §§ 1896-1921, Bearbeiter Werner Bienwald, München, 1999, 13. Aufl., S. 233.

enthalten, welchen Inhalt der BGH also den Begriffen Wunsch, Wohl und Wille zumisst.

Wunsch scheint das Gericht zunächst einmal in seiner umgangssprachlichen Verwendung zu verstehen, Wunsch also im Sinne des common sense, wobei weder Bezug genommen wird auf mögliche Formen, in denen sich ein Wunsch manifestieren kann (mündlich, schriftlich, gestisch o.a.), noch inhaltliche Vorgaben, worauf sich ein Wunsch bezieht, noch Fragen der Intensität oder der Beziehung zu anderen Wünschen thematisiert werden. Wunsch bleibt also in diesem Urteil eine offene, weder formal noch inhaltlich bestimmte Kategorie. Gleichzeitig allerdings existiert Wunsch für das Gericht als begrifflicher Gegenpart zu den objektiven Interessen des betreuten Menschen. Daraus lässt sich implizit entnehmen, dass Wunsch synonym verwandt wird zur Charakterisierung eines subjektiven Interesses⁴. Der Begriff des Interesses (obwohl der BGH ja selbst von einer nicht existenten Begriffsklärung ausging) wird nicht definiert, sondern gleichermaßen als umgangssprachliche Formulierung und zu beachtender Rechtsbegriff eingeführt. MARSCHNER weist auf die nicht akzeptable Gleichsetzung des Wunsches mit dem natürlichen Willen hin⁵. Das Urteil bildet eine Begriffskette Wunsch, subjektives und objektives Interesse als Ausgangspunkt einer Reihe weiterer Festlegungen, ohne dass deutlich würde, welche rechtlichen (und auch sozialen) Implikationen eigentlich gemeint sind.

Es ermangelt dem Urteil sodann an einer näheren Bestimmung, was mit dem *Willen* eines betreuten Menschen im Urteilszusammenhang gemeint ist. Der Wille könnte in seiner rechtlichen Bedeutung als Willenserklärung gemeint sein, was sich implizit aus der Bezugnahme auf Kommentierungen zur Einschränkung einer freien Willensbildung ergibt. Allerdings wird dies nicht in einer die Besonderheiten rechtlicher Betreuung würdigenden Weise behandelt. Schließlich ist ein Wille, der als rechtliches Institut einer Willenserklärung gedeutet wird, gerade in seiner Bindungswirkung im Innenverhältnis zwischen Betreuer und betreutem Menschen und außerdem in seiner Umsetzung ins Außenverhältnis zu differenzieren⁶. Wille ist nicht per se derjenige des ihn äußernden Menschen, sondern ein in einem sozialen Anerkennungsverhältnis reflektierter und geformter sozialer Gegenstand. Dessen Beziehung zur rechtlichen Kategorie der Willensäußerung und dies innerhalb einer rechtlichen Betreuung ist eine noch ungeklärte Frage⁷.

Unter *Wohl* versteht der BGH das objektive Interesse, das zugleich das wohlverstandene Interesse des betreuten Menschen sein soll. Da aber der Interessenbegriff ungeklärt ist, existiert auch für das Wohl keine inhaltliche Füllung. Die spärlichen Hinweise – das Wohl dürfe nicht losgelöst von subjektiven Vorstellungen und Wünschen des betreuten Menschen bestimmt werden und orientiere sich an der Möglichkeit, im Rahmen seiner Fähigkeiten sein Leben nach seinen eigenen Wünschen und Fähigkeiten zu gestalten – permutieren die Gesetzesbegriffe ohne erkennbare definitorische Absicht. Nun ist von einem Urteil keine sozialtheoretische Begründung zu erwarten, es wird aber die Diskrepanz des Umgangs mit „großen Worten“ wie Wille und Wohl und einer auf die Rechtssphäre eingeschränkten Verwendungsweise deutlich. Das Betreuungsrecht ist prädestiniert als Austragungsort dieser Problematiken.

Allerdings wäre es nun gerade im Hinblick auf das diesem Urteil zu Grunde liegende Problem der

⁴ zur Abgrenzung von Wunsch s. Krüger, Michael, Wille, Wohl und Anerkennung. Eine subjektorientierte Auseinandersetzung mit Grundkategorien der rechtlichen Betreuung. Köln, 2012, S. 103.

⁵ Marschner, s. Anm. 1, S. 209.

⁶ Der Wille des betreuten Menschen wird durch eine bestehende Betreuung reflektiert und gewichtet, sicherlich auch gewertet und unterliegt damit einer je nach individueller Konstellation erfolgenden Brechung, Verstärkung, Umwandlung oder Umsetzung.

⁷ anders Damrau, Jürgen; Zimmermann, Walter, Betreuungsrecht, Stuttgart, 2001, 3. Aufl., BGB § 1901 RZ

Bestimmung des Wohls zugute gekommen, wenigstens eine Beziehung zu – sicherlich ebenso unbestimmten aber dem Leben näheren – Begriffen wie Glück oder dem guten Leben oder auch zum Fähigkeitsansatz Nussbaums herzustellen. So verbleibt die Rechtsprechung zum Wohl innerhalb rechtlicher Kategorien. Die theoretische Annahme, der Begriffskern eines unbestimmten Rechtsbegriffes werde sich im Zuge der Rechtsprechung konkretisieren lassen und damit eine definitorische Grenzziehung zwischen Begriffskern und -hof gestatten⁸, ist jedenfalls für den Begriff des Wohles des betreuten Menschen mit diesem Urteil des BGH nicht realisiert worden. Ein Ergebnis dieses Urteils ist allerdings, dass die oben genannte These, wegen seiner vollständigen Unbestimmtheit mangle es dem Wohlbegriff an der Qualität eines Rechtsbegriffes, zugunsten einer eindeutigen gerichtlichen Festlegung als Rechtsbegriff aufgegeben werden muß.

Zwar erkennt das Gericht an, dass auch ein Widerspruch zwischen Wunsch und objektivem Interesse nicht unbedingt dem Wohl des betreuten Menschen widerspricht. Aber aus dem Umstand, dass zwar der Begriff des objektiven Wohls (synonym mit objektiven Interessen verwendet) mehrfach im Urteil genannt wird, der komplementäre des subjektiven Wohls hingegen nicht, wird sehr deutlich, dass dieses letztere eben keine Kategorie des Subjektes ist, sondern eine des Rechtes. Damit verwandeln sich aber auch alle Bezüge auf subjektiv-innere Vorstellungen in Kategorien, die von außen als Maßstab angelegt werden. Das (nicht genannte, aber unterstellte) subjektive Wohl des BGH ist demnach das zu einer subjektiven Eigenschaft deklarierte objektive Wohl.

Daraus folgend entwickelt der BGH dann rein rechtliche Kriterien zur Regelung des Verhältnisses zwischen Wunsch, Wille und Wohl: „Vielmehr entsteht ein beachtlicher Gegensatz zwischen Wohl und Wille des Betreuten erst dann, wenn die Erfüllung der Wünsche höherrangige Rechtsgüter des Betreuten gefährden oder seine gesamte Lebens- und Versorgungssituation verschlechtern würde.“⁹ Auf die Problematik dieser Abwägung von Rechtsgütern verweist BROSEY, indem „die Bewahrungsinteressen den Entfaltungsinteressen des Betroffenen vorgezogen und in ein Stufenverhältnis zu Lasten der Entfaltungsinteressen gesetzt [werden], obwohl diese verfassungsrechtlich gleich stehen.“¹⁰ Zudem bleibt völlig offen, welche höherrangigen Rechtsgüter überhaupt in welcher Reihenfolge in die Situationswürdigung einzubeziehen sind: selbst die Abwägung einzelner Grundrechte gegeneinander ist durchaus schon im Ansatz strittig, ein Bedenken aller möglichen Rechtsgüter eines betreuten Menschen rein faktisch nicht durchführbar. Umgekehrt erforderte der Urteilstenor eine logische Konstruktion eines immer umfassenderen Aufbaus einer „gesamten Lebens- und Versorgungssituation“ – wobei schon zwischen Leben und Versorgung unüberbrückbare Gegensätze entstehen können, geschweige denn eine Antwort, was „Leben“ in diesem Satz bedeutet, möglich ist. Eine zusätzliche Erschwernis ergibt sich aus der Oder-Formulierung, dass nämlich sowohl die Rechtsgüterabwägung als auch die Situationsverschlechterung je für sich ausreichend zur Beschränkung des Wunsches sein sollen. BROSEY verweist auf die nicht zutreffende Gleichsetzung von Schaden und entgegengesetztem Wohl¹¹.

Als Maß für die Wunschberücksichtigung gilt also: der Wunsch des betreuten Menschen – genauer sollte man hier sagen: der Wille des betreuten Menschen – hat grundsätzlich Vorrang, es sei denn,

⁸ Jesch, Dietrich, Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, Archiv des öffentl. Rechts Bd. 82, 1957, S. 163-249, S. 176.

⁹ so auch Schwab, Dieter, Probleme des materiellen Betreuungsrechts, Familienrechtszeitung FamRZ, 1992, S. 493-507, S. 502.

¹⁰ Brosey, Dagmar, Wunsch und Wille des Betreuten bei Einwilligungsvorbehalt und Aufenthaltsbestimmungsrecht, Hamburg, 2009, S. 54; dies., Der Wunsch des Betreuten, s. Anm. 1, S.17.

¹¹ Brosey: Wunsch und Wille, S. 8.

die Realisierung gefährde höherrangige Rechtsgüter oder die gesamte Lebens- und Versorgungssituation oder die Willensäußerung (s. o.) beruht krankheitsbedingt nicht auf einer freien Entscheidung oder auf einer Verkennung von Tatsachen. Ohne direkt auf die Entscheidung des BGH von 1995 zur Willensfreiheit in Bezug auf die Geschäftsfähigkeit einzugehen, erscheinen doch die einzelnen Elemente über den Weg der Verweise im Urteil wieder. [„Ein Ausschluss der freien Willensbestimmung liegt vor, wenn jemand nicht imstande ist, seinen Willen frei und unbeeinflusst von der vorliegenden Geistesstörung zu bilden und nach zutreffend gewonnenen Einsichten zu handeln. Abzustellen ist dabei darauf, ob eine freie Entscheidung nach Abwägung des Für und Wider bei sachlicher Prüfung der in Betracht kommenden Gesichtspunkte möglich ist oder ob umgekehrt von einer freien Willensbildung nicht mehr gesprochen werden kann, etwa weil infolge der Geistesstörung Einflüsse dritter Personen den Willen übermäßig beherrschen.“¹²]

Auf dem verschlungenen Weg über Wunsch und Wille gilt letztlich also auch für die Beurteilung des Wohls der sachlich-rationale Rechtsstandpunkt, an dem sich das individuelle Wollen eines betreuten Menschen messen lassen muß, obwohl doch die Betreuerbestellung gerade dazu dienen sollte, dem individuellen Wollen Durchsetzungskraft zu verleihen.

Das Urteil weist auch noch ein höchst problematisches normatives Problem zum Verhältnis von Zweck und Mittel auf: „Der Vorrang des Willens des Betreuten gilt im übrigen nur für solche Wünsche, die Ausfluss des Selbstbestimmungsrechts des Betreuten sind; sie dürfen sich nicht nur als bloße Zweckmäßigkeitserwägungen erklären lassen, die der Betreute angestellt hat, um über diese Vorstufe sein eigentliches - weitergehendes - Ziel zu erreichen.“ Es widerspricht aller Lebenserfahrung, dass sich Zweck und Mittel einer Absicht des praktischen Lebens auseinanderdividieren lassen, beides ist ohne einander sinnlos: ein Zweck bedarf der Mittel, um ihn zu realisieren, und komplexere Ziele bedürfen einer schrittweisen Annäherung und eines entsprechenden Mitteleinsatzes. Schon HEGEL polemisierte gegen diese Trennung: zwar steht ein Zweck einer Wertung oder Beurteilung durch andere offen, dies darf aber weder zur Spaltung von objektiven und subjektiven Wollensanteilen im Individuum noch zum vermeintlichen Vorrang eines an und für sich geltenden Zwecks führen. Andersherum ist es unzulässig und „wird zu etwas Schlechtem“, wenn dem Individuum unterstellt wird, es habe die subjektive Befriedigung als eigentlichen Zweck mit einem objektiven Zweck kaschiert und diesen nur als Mittel verwendet¹³. Das Urteil stellt das Verhältnis von Zweck und Mittel auf den Kopf und stuft Zwecke, die immerhin Ausfluß eines individuellen Willens sind, zu „bloßen Zweckmäßigkeitserwägungen“ herab. Das ist

¹² BGH vom 05.12.1995 (XI ZR 70/95), zit. n.

<http://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=05.12.1995&Aktenzeichen=XI%20ZR%2070%2F95> [Zugriff 19.11.10]. Das Urteil verweist auf Urteile vom 14. Juli 1953 (V ZR 97/52) zur Gleichberechtigung, vom 19. Juni 1970 (IV ZR 83/69) zur Abwägung geistiger Beeinträchtigung {Eine Person, die zwar die einfachen Geschäfte des täglichen Lebens zu besorgen vermag, aber wegen eines angeborenen Schwachsinnns leichten bis mittleren Grades nicht in der Lage ist, schwierige Rechtsgeschäfte, insbesondere einen schwierigen Ehescheidungsstreit zu führen, ist deswegen für die Vornahme dieser Rechtsgeschäfte und die Führung dieses Rechtsstreits noch nicht geschäfts- und prozessunfähig.“ Zit. n. <http://www.reference-global.com/doi/abs/10.1515/juru.1971.1971.1.19b> [Zugriff 20.11.10] [k. M.K.]} und vom 20. Juni 1984 (IVa ZR 206/82) zur Geschäftsunfähigkeit {„Geschäftsunfähig ist, wer sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden (nicht nur vorübergehenden) Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet. Dabei kommt es neben einer Störung der Geistestätigkeit vornehmlich darauf an, ob der Erblasser imstande war, seinen Willen frei und unbeeinflusst von der vorliegenden Störung zu bilden und nach zutreffend gewonnen Einsichten zu handeln.“ Zit. n. http://www.rechtsportal.de/familienrecht/Gesamt/Gesetze--Rechtsprechung/Rechtsprechung/1984/BGH/2114559/D0000_1997_003052/BGH,-vom-20.06.1984--Aktenzeichen-IVa-ZR-20682.html [Zugriff 20.11.10]}.

¹³ Hegel, Georg W. F., Grundlinien der Philosophie des Rechts, Werke Bd. 7, Frankfurt/M., 1986, S. 232.

mit dem Geist des Betreuungsrechtes nicht vereinbar und verhindert gerade die gebotene Auseinandersetzung mit dem Zweck, den sich ein betreuter Mensch setzt¹⁴.

Das Urteil des BGH trägt somit nicht nur nicht zur Aufklärung darüber, was als Wohl in der rechtlichen Betreuung verstanden werden kann, bei, es führt in eine Sackgasse, da es die grundlegende Intention des Betreuungsrechtes und zudem grundlegende sozialwissenschaftliche Erkenntnisse nicht bedenkt. Eine Beschäftigung des Rechtes mit so komplexen Gegebenheiten, mit denen es Betreuung zu tun, die sich ausschließlicly auf rechtliche Parameter stützt, führt notwendig zu Widersprüchen zur Realität, auf die sie doch anwendbar sein soll.

¹⁴ vgl. Kierig, s. Anm. 1; die Argumentation des Gerichtes negiert zudem Erkenntnisse der Emotionsforschung, die unter dem Begriff des Internalismus diskutiert werden und auf das Handeln des Subjekts aus eigenen normativen Gründen verweist; Döring, Sabine A., Allgemeine Einleitung: Philosophie der Gefühle heute, in: dies. (Hg.), Philosophie der Gefühle, Frankfurt/M., 2009, S. 12-65, S. 44. Schon vor 150 Jahren formulierte Griesinger zum Willen: „...wo immer dies ein wirkliches Wollen und kein blosses Drandenken ist, da ist mit dem Begriff eine dunkle Masse noch verschmolzener Bewegungsanschauungen gemischt, die dann bei der Ausführung in ein sehr mannigfaltiges, einzelnes Wollen sich auflösen muss. Das Wollen des Zwecks breitet sich auseinander in das Wollen einzelner Mittel und dieses endlich löst sich in zahllose einzelne Bewegungen auf.“ Griesinger, zit. nach Lasar, Michael, Wille, Handlungskontrolle und chronische Schizophrenie, Lengerich, 1998, S. 13.