



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

XII ZB 462/20

vom

10. März 2021

in der Betreuungssache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

FamFG §§ 26, 68 Abs. 3 Satz 2, 278 Abs. 1 Satz 1, 280 Abs. 1 Satz 1

Die nach § 278 Abs. 1 Satz 1 FamFG erforderliche Anhörung des Betroffenen ist grundsätzlich durchzuführen, nachdem ihm das nach § 280 Abs. 1 Satz 1 FamFG einzuholende Sachverständigengutachten rechtzeitig bekanntgegeben worden ist (im Anschluss an Senatsbeschluss vom 12. August 2020 - XII ZB 204/20 - FamRZ 2020, 1770).

BGH, Beschluss vom 10. März 2021 - XII ZB 462/20 - LG Oldenburg  
AG Vechta

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 10. März 2021 durch den Vorsitzenden Richter Dose und die Richter Schilling, Dr. Günter, Dr. Nedden-Boeger und Guhling

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde des weiteren Beteiligten zu 2 wird der Beschluss der 8. Zivilkammer des Landgerichts Oldenburg vom 5. Oktober 2020 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Behandlung und Entscheidung, auch über die außergerichtlichen Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens, an das Landgericht zurückverwiesen.

Das Verfahren der Rechtsbeschwerde ist gerichtskostenfrei.

Beschwerdewert: 5.000 €

Gründe:

I.

1 Die Betroffene, die an einer Demenzerkrankung leidet, erteilte am 1. Juli 2018 dem Beteiligten zu 2, einem ihrer Söhne, eine Vorsorgevollmacht.

2 Mit Schreiben vom 10. September 2019 hat ein weiterer Sohn der Betroffenen, der Beteiligte zu 1, beim Amtsgericht die Einrichtung einer Betreuung angeregt, weil er Zweifel an der Gültigkeit der Vorsorgevollmacht und der Eignung des Vorsorgebevollmächtigten hatte.

3            Das Amtsgericht hat nach Einholung eines Sachverständigengutachtens im Hinblick auf die erteilte Vorsorgevollmacht die Einrichtung einer Betreuung abgelehnt.

4            Hiergegen hat der Beteiligte zu 1 Beschwerde eingelegt. Das Landgericht hat ein Sachverständigengutachten zur Frage der Geschäftsfähigkeit der Betroffenen im Zeitpunkt der Vollmachterteilung eingeholt und den Beteiligten zu 3 zum Verfahrenspfleger bestellt. Nach Anhörung der Betroffenen sowie ihrer Söhne durch den Berichterstatter als beauftragtem Richter hat das Landgericht den Beteiligten zu 4 zum Berufsbetreuer bestellt und ihm den Aufgabenkreis Vermögenssorge, Aufenthaltsbestimmung, Sorge für die Gesundheit, Rechts-, Antrags- und Behördenangelegenheiten sowie Entgegennahme, Öffnen und Anhalten der Post übertragen.

5            Gegen diese Entscheidung wendet sich der Beteiligte zu 2 mit der Rechtsbeschwerde.

## II.

6            Die Rechtsbeschwerde hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Beschwerdegericht.

7            1. Das Beschwerdegericht hat zur Begründung seiner Entscheidung Folgendes ausgeführt:

8            Die Bestellung eines Betreuers sei erforderlich, weil die Betroffene aufgrund ihrer Demenzerkrankung ihre Angelegenheiten nicht mehr selbst erledigen

könne. Die dem Beteiligten zu 2 erteilte Vorsorgevollmacht mache die Einrichtung einer Betreuung nicht entbehrlich. Denn diese sei nicht wirksam erteilt worden. Die Betroffene sei bereits im Juli 2018 nicht mehr in der Lage gewesen, wirksam eine Vorsorgevollmacht zu erteilen. Dies ergebe sich aus dem im Beschwerdeverfahren eingeholten Sachverständigengutachten und dem Eindruck von der Betroffenen anlässlich der Anhörung. Die Sachverständige habe ausgeführt, es sei davon auszugehen, dass die Betroffene mit großer Wahrscheinlichkeit schon am 1. Juli 2018 nicht mehr in der Lage gewesen sei, die für und wider die Einrichtung einer Vorsorgevollmacht sprechenden Gesichtspunkte zu erkennen, gegeneinander abzuwägen und unbeeinflusst von der vorliegenden Erkrankung nach den Erkenntnissen zu handeln. Den Ausführungen der Sachverständigen sei zu folgen. Bei der Anhörung im Juli 2020 sei deutlich geworden, dass die Demenzerkrankung bei der Betroffenen schon sehr stark ausgeprägt sei. Es sei mit der Sachverständigen bei einem langsam ablaufenden Demenzprozess davon auszugehen, dass dieser im Juli 2018 bereits so weit fortgeschritten gewesen sei, dass die Betroffene die Vorsorgevollmacht nicht mehr wirksam habe erteilen können. Soweit der Vorsorgebevollmächtigte mit Schriftsatz seiner Verfahrensbevollmächtigten vom 2. Oktober 2020 auf ein Gutachten des MDK Niedersachsen vom 26. September 2017 verweise, nach dem eine sinnvolle Kommunikation mit der Betroffenen möglich gewesen sei, sei zu berücksichtigen, dass diese Angaben einen wiederum zehn Monate zurückliegenden Zeitpunkt betreffen.

- 9 Für die Betroffene sei ein Berufsbetreuer zu bestellen, da insbesondere im Hinblick auf das vorhandene Immobilienvermögen erhebliche Verwaltungstätigkeiten zu erwarten seien. Die Einsetzung des Vorsorgebevollmächtigten als Betreuer komme nicht in Betracht. Dieser wohne mietfrei in der Immobilie der Betroffenen und verfüge lediglich über ein Einkommen in Höhe von 500 € monatlich. Damit wäre er zu Mietzahlungen nicht in der Lage. Die Frage, ob die von ihm

ausgeübten Verwaltungstätigkeiten gegebenenfalls eine Mietzahlung entbehrlich machten, sei durch einen unabhängigen Betreuer zu prüfen. Außerdem machten die Konflikte zwischen den Söhnen der Betroffenen ebenfalls die Einsetzung eines unabhängigen Betreuers erforderlich.

10            2. Die angefochtene Entscheidung ist in mehrfacher Hinsicht verfahrensfehlerhaft ergangen und hält deshalb einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

11            a) Die Rechtsbeschwerde rügt zu Recht als verfahrensfehlerhaft, dass der Betroffenen die der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverständigengutachten nicht ordnungsgemäß bekanntgegeben worden sind.

12            aa) Nach der Rechtsprechung des Senats setzt die Verwertung eines Sachverständigengutachtens als Grundlage einer Entscheidung in der Hauptsache gemäß § 37 Abs. 2 FamFG voraus, dass das Gutachten dem Betroffenen mit seinem vollen Wortlaut zur Verfügung gestellt wird. Davon kann nur unter den Voraussetzungen des § 288 Abs. 1 FamFG abgesehen werden (st. Rspr., vgl. etwa Senatsbeschluss vom 12. August 2020 - XII ZB 204/20 - FamRZ 2020, 1770 Rn. 11 mwN). Eine in erster Instanz verfahrensfehlerhaft unterbliebene ordnungsgemäße Bekanntgabe des Gutachtens ist gemäß § 68 Abs. 3 FamFG im Beschwerdeverfahren nachzuholen (Senatsbeschluss vom 11. März 2020 - XII ZB 496/19 - FamRZ 2020, 1124 Rn. 6).

13            bb) Diesen Anforderungen wird das vorliegende Verfahren nicht gerecht.

14            Das Amtsgericht hat das Sachverständigengutachten vom 27. September 2019 ausweislich seiner Verfügung vom 2. Oktober 2019 der Betroffenen nicht bekanntgegeben. Der darin liegende Verfahrensfehler ist im Beschwerdeverfahren nicht behoben worden. Weder aus den Feststellungen des Beschwerdegerichts noch aus den Gerichtsakten lässt sich entnehmen, dass der Betroffenen

das Sachverständigengutachten im Beschwerdeverfahren zur Verfügung gestanden hat. Das Beschwerdegericht hat für die Betroffene zwar einen Verfahrenspfleger bestellt und ihm Akteneinsicht gewährt, so dass der Verfahrenspfleger Kenntnis vom Inhalt des Sachverständigengutachtens erlangt haben dürfte. Die Bekanntgabe des Gutachtens an den Verfahrenspfleger ersetzt eine Bekanntgabe an die Betroffene jedoch nicht, denn der Verfahrenspfleger ist - anders als ein Verfahrensbevollmächtigter - nicht Vertreter des Betroffenen im Verfahren (vgl. Senatsbeschluss vom 12. Februar 2020 - XII ZB 179/19 - FamRZ 2020, 786 Rn. 8 mwN). Durch eine Bekanntgabe an den Verfahrenspfleger kann allenfalls dann ein notwendiges Mindestmaß rechtlichen Gehörs sichergestellt werden, wenn das Betreuungsgericht von der vollständigen schriftlichen Bekanntgabe eines Gutachtens an den Betroffenen entsprechend § 288 Abs. 1 FamFG absieht, weil zu besorgen ist, dass die Bekanntgabe die Gesundheit des Betroffenen schädigen oder zumindest ernsthaft gefährden werde, und zusätzlich die Erwartung gerechtfertigt ist, dass der Verfahrenspfleger mit dem Betroffenen über das Gutachten spricht (vgl. Senatsbeschluss vom 12. Februar 2020 - XII ZB 179/19 - FamRZ 2020, 786 Rn. 8 mwN). Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall jedoch nicht erfüllt.

15 Gleiches gilt für das im Beschwerdeverfahren zur Frage der Geschäftsfähigkeit der Betroffenen zum Zeitpunkt der Vollmachterteilung eingeholte Sachverständigengutachten vom 19. Februar 2020, das ausweislich der Verfahrensakte nur den Beteiligten zu 1 und 2, nicht aber der Betroffenen bekanntgegeben wurde.

16 b) Ebenfalls rechtsfehlerhaft ist das Landgericht zu dem Ergebnis gelangt, die Bestellung eines Betreuers sei erforderlich, weil die von der Betroffenen erteilte Vorsorgevollmacht unwirksam sei. Wie die Rechtsbeschwerde zu Recht

rügt, beruht auch dies auf unzureichenden Feststellungen und damit einer Verletzung von § 26 FamFG.

17           aa) Nach § 1896 Abs. 2 Satz 1 BGB darf ein Betreuer nur bestellt werden, soweit die Betreuerbestellung erforderlich ist. An der Erforderlichkeit fehlt es, soweit die Angelegenheiten des Betroffenen durch einen Bevollmächtigten ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können (§ 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB). Eine Vorsorgevollmacht steht daher der Bestellung eines Betreuers grundsätzlich entgegen. Bestehen Anhaltspunkte dafür, dass die Erteilung der Vollmacht unwirksam war, weil der Betroffene zu diesem Zeitpunkt geschäftsunfähig i.S.v. § 104 Nr. 2 BGB war, steht die erteilte Vollmacht einer Betreuerbestellung nur dann nicht entgegen, wenn die Unwirksamkeit der Vorsorgevollmacht positiv festgestellt werden kann (Senatsbeschluss vom 29. Juli 2020 - XII ZB 106/20 - FamRZ 2020, 1766 Rn. 13 mwN).

18           Zweifel an einer wirksamen Bevollmächtigung, die auch nach den vom Gericht anzustellenden Ermittlungen verbleiben, führen nur dann zur Erforderlichkeit der Betreuung, wenn die Akzeptanz der Vollmacht im Rechtsverkehr eingeschränkt ist, entweder weil Dritte die Vollmacht unter Berufung auf diese Bedenken zurückgewiesen haben oder weil entsprechendes konkret zu besorgen ist. Trotz Vorsorgevollmacht kann eine Betreuung zudem dann erforderlich sein, wenn der Bevollmächtigte ungeeignet ist, die Angelegenheiten des Betroffenen zu besorgen, insbesondere weil zu befürchten ist, dass die Wahrnehmung der Interessen des Betroffenen durch jenen eine konkrete Gefahr für das Wohl des Betroffenen begründet. Letzteres ist der Fall, wenn erhebliche Bedenken an der Geeignetheit oder Redlichkeit des Bevollmächtigten bestehen (vgl. Senatsbeschluss vom 19. Oktober 2016 - XII ZB 289/16 - FamRZ 2017, 141 Rn. 10 mwN).

19 Nach § 26 FamFG muss der Tatrichter zunächst die erforderlichen Ermittlungen durchführen, deren es zur Beurteilung der Geschäftsfähigkeit des die Vorsorgevollmacht erteilenden Betroffenen bedarf, diese Frage also ausermitteln (vgl. Senatsbeschluss vom 3. Februar 2016 - XII ZB 425/14 - FamRZ 2016, 701 Rn. 12).

20 bb) Entgegen dieser Anforderungen hat das Beschwerdegericht nicht ausreichend aufgeklärt, ob die Betroffene im Zeitpunkt der Erstellung der Vollmacht geschäftsunfähig war.

21 Das Beschwerdegericht hat angenommen, dass die Betroffene bereits im Juli 2018 aufgrund ihrer Demenzerkrankung die Vorsorgevollmacht nicht mehr habe wirksam erteilen können. Es hat sich dabei im Wesentlichen auf das im Beschwerdeverfahren eingeholte Sachverständigengutachten gestützt. Darin hat die Sachverständige jedoch die Geschäftsunfähigkeit der Betroffenen zum Zeitpunkt der Erteilung der Vorsorgevollmacht nicht positiv feststellen können. In ihrem schriftlichen Gutachten führt sie hierzu lediglich aus, dass die Betroffene mit großer Wahrscheinlichkeit schon am 1. Juli 2018 nicht mehr in der Lage gewesen sei, die für und wider die Einrichtung einer Vorsorgevollmacht sprechenden Gesichtspunkte zu erkennen, gegeneinander abzuwägen und unbeeinflusst von der vorliegenden Erkrankung nach den Erkenntnissen zu handeln. Zu einer genaueren Einschätzung der Geschäftsfähigkeit der Betroffenen war die Sachverständige unter anderem deshalb nicht in der Lage, weil keine ärztlichen Befunde aus dem Jahr 2018 vorhanden waren. Der Beteiligte zu 2 hat jedoch im Beschwerdeverfahren ein Gutachten des MDK Niedersachsen vorgelegt, das auf einer Begutachtung der Betroffenen vom 25. September 2017 beruht und aus dem sich ergibt, dass die Betroffene im September 2017 in kognitiver Hinsicht noch nicht wesentlich eingeschränkt war. Dieses Gutachten hätte das Beschwer-



degericht nicht allein mit dem Hinweis zurückweisen dürfen, dass diese Feststellungen zehn Monate vor dem Zeitpunkt der Vollmachterteilung erfolgt seien. Es war vielmehr im Rahmen der ihm obliegenden Amtsermittlungspflicht gehalten, im Hinblick auf dieses Gutachten eine ergänzende Stellungnahme der Sachverständigen einzuholen. Denn diese hat bereits in ihrem schriftlichen Gutachten darauf hingewiesen, dass Demenzprozesse im Alter zwar eher langsam ablaufen, aber nicht ausgeschlossen werden könne, dass sich bei der Betroffenen der Demenzprozess ab 2019 rasant beschleunigt habe. Unter diesen Umständen war es nicht von vornherein ausgeschlossen, dass die Sachverständige aufgrund der Untersuchungsbefunde in dem Gutachten des MDK Niedersachsen zu einer anderen Beurteilung der Geschäftsfähigkeit der Betroffenen zum Zeitpunkt der Vollmachterteilung gelangt.

22           Eine weitere Sachaufklärung der Geschäftsfähigkeit der Betroffenen war auch geboten, weil die angefochtene Entscheidung weder ausreichend tragfähige Feststellungen dazu enthält, dass etwaige Bedenken gegen die Wirksamkeit der Vorsorgevollmacht zu Akzeptanzproblemen im Rechtsverkehr führen, noch dazu, dass der Beteiligte zu 2 als Bevollmächtigter ungeeignet ist.

23                    3. Die Beschwerdeentscheidung ist daher aufzuheben und die Sache ist an das Landgericht zurückzuverweisen (§ 74 Abs. 5, Abs. 6 Satz 2 FamFG).

24                    Von einer weiteren Begründung der Entscheidung wird abgesehen, weil sie nicht geeignet wäre, zur Klärung von Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung, zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung beizutragen (§ 74 Abs. 7 FamFG).

Dose	Schilling	Günter
Nedden-Boeger	Guhling	

Vorinstanzen:

AG Vechta, Entscheidung vom 15.10.2019 - 14 XVII Q 14 -

LG Oldenburg, Entscheidung vom 05.10.2020 - 8 T 700/19 -