



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

XII ZB 93/21

vom

22. September 2021

in der Betreuungssache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

FamFG §§ 68 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3, 278 Abs. 1

Wird in einem Betreuungsverfahren die nach § 278 Abs. 1 Satz 1 FamFG zwingend erforderliche persönliche Anhörung des Betroffenen vom Amtsgericht erst im Abhilfeverfahren nachgeholt, darf das Beschwerdegericht nicht von der auch im zweitinstanzlichen Verfahren grundsätzlich gebotenen persönlichen Anhörung des Betroffenen absehen.

BGH, Beschluss vom 22. September 2021 - XII ZB 93/21 - LG Braunschweig  
AG Goslar

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 22. September 2021 durch den Vorsitzenden Richter Dose und die Richter Schilling, Dr. Günter, Dr. Nedden-Boeger und Guhling

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde des Betroffenen wird der Beschluss der 8. Zivilkammer des Landgerichts Braunschweig vom 2. Februar 2021 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.

Wert: 5.000 €

Gründe:

I.

- 1 Der Betroffene wendet sich gegen die für ihn eingerichtete Betreuung.
- 2 Das Amtsgericht hatte mit Beschluss vom 5. Juni 2020 für den Betroffenen, der an einer schweren psychischen Krankheit in Form einer Angststörung mit dem Verdacht auf eine schizoide Persönlichkeitsstörung leidet, zunächst eine vorläufige Betreuung eingerichtet.
- 3 Am 26. Juni 2020 hat das Amtsgericht ein Sachverständigengutachten zur Frage der Betreuungsbedürftigkeit des Betroffenen in Auftrag gegeben, welches

am 1. Juli 2020 bei Gericht eingegangen ist. Am 22. und am 30. Juni 2020 hat das Amtsgericht den Betroffenen persönlich angehört. Am 26. Oktober 2020 hat es einen Verfahrenspfleger bestellt, dem am 23. November 2020 das Sachverständigengutachten per Telefax übersandt worden ist.

4 Mit Beschluss vom 25. November 2020 hat das Amtsgericht die Beteiligte zu 1 zur Betreuerin bestellt und ihr den Aufgabenkreis Gesundheitsorge, Aufenthaltsbestimmung, Vermögenssorge, Wohnungsangelegenheiten, Vertretung gegenüber Einrichtungen, Behörden, Gerichten, Kostenträgern und ambulanten Diensten sowie Entgegennahme, Öffnen und Anhalten der den Aufgabenkreis betreffenden Post übertragen. Gegen diese Entscheidung hat der Betroffene Beschwerde eingelegt. Das Amtsgericht hat den Betroffenen im Abhilfeverfahren in Anwesenheit des Verfahrenspflegers ein weiteres Mal angehört. Dabei ist ausweislich des Anhörungsprotokolls „die vollständige Bekanntgabe und Schluss-erörterung des Gutachtens“ erfolgt.

5 Das Landgericht hat ohne erneute Anhörung des Betroffenen dessen Beschwerde zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich der Betroffene mit der Rechtsbeschwerde.

## II.

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

7 1. Die Rechtsbeschwerde rügt im Ergebnis zu Recht, dass das Beschwerdegericht unter Verstoß gegen §§ 278 Abs. 1 Satz 1, 68 Abs. 3 Satz 1 FamFG ohne persönliche Anhörung des Betroffenen über dessen Beschwerde gegen den amtsgerichtlichen Beschluss vom 25. November 2020 entschieden hat.

- 8 a) Gemäß § 278 Abs. 1 FamFG hat das Gericht den Betroffenen vor der Bestellung eines Betreuers oder der Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts persönlich anzuhören und sich einen persönlichen Eindruck von ihm zu verschaffen. Die Pflicht zur persönlichen Anhörung des Betroffenen besteht nach § 68 Abs. 3 Satz 1 FamFG grundsätzlich auch im Beschwerdeverfahren. Zwar räumt § 68 Abs. 3 Satz 2 FamFG dem Beschwerdegericht auch in einem Betreuungsverfahren die Möglichkeit ein, von einer erneuten Anhörung des Betroffenen abzusehen. Dies setzt jedoch voraus, dass die Anhörung bereits im ersten Rechtszug ohne Verletzung zwingender Verfahrensvorschriften vorgenommen worden ist und von einer erneuten Anhörung im Beschwerdeverfahren keine neuen Erkenntnisse zu erwarten sind (Senatsbeschluss vom 4. Dezember 2019 - XII ZB 392/19 - NJW 2020, 852 Rn. 5 mwN).
- 9 b) Danach durfte das Beschwerdegericht nicht ohne persönliche Anhörung des Betroffenen über dessen Beschwerde gegen den Beschluss des Amtsgerichts vom 25. November 2020 entscheiden. Denn das vom Amtsgericht durchgeführte Verfahren war fehlerhaft, weil es den Betroffenen angehört hat, ohne ihm vorher das Sachverständigengutachten in ausreichender Weise bekanntzugeben.
- 10 aa) Nach ständiger 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 (Senatsbeschluss vom 10. März 2021 - XII ZB 462/20 - NJW-RR 2021, 653 Rn. 12 mwN). Wird das Gutachten dem Betroffenen nicht ausgehändigt, verletzt

das Verfahren ihn grundsätzlich in seinem Anspruch auf rechtliches Gehör gemäß Art. 103 Abs. 1 Satz 1 GG (Senatsbeschluss vom 12. Februar 2020 - XII ZB 179/19 - FamRZ 2020, 786 Rn. 7 mwN).

11 bb) Dem wird das amtsgerichtliche Verfahren nicht gerecht.

12 (1) Vor Erlass der angefochtenen Entscheidung hat das Amtsgericht den Betroffenen am 22. und 30. Juni 2020 und damit zu einem Zeitpunkt angehört, als das Sachverständigengutachten noch nicht bei Gericht eingegangen war.

13 (2) Anders als die Rechtsbeschwerde behauptet, ist dem Betroffenen das vollständige Sachverständigengutachten allerdings rechtzeitig vor der im Abhilfeverfahren durchgeführten Anhörung überlassen worden. Wie sich aus den Verfahrensakten ergibt, wurde es ihm am 6. Oktober 2020 in vollständiger Kopie übersandt. Im Übrigen hat sich der Betroffene in seiner Beschwerdebegründung vom 4. Januar 2021 inhaltlich mit dem Sachverständigengutachten vom 30. Juni 2020 auseinandergesetzt und dabei einzelne Punkte des Sachverständigengutachtens unter Nennung von konkreten Seitenzahlen des Gutachtens kritisiert.

14 (3) Hierauf kommt es jedoch in rechtlicher Hinsicht nicht an. Denn eine fehlerhafte oder unterbliebene erstinstanzliche Anhörung des Betroffenen in einem Betreuungsverfahren kann im Abhilfeverfahren regelmäßig weder geheilt noch nachgeholt werden, was vom Senat bislang offengelassen wurde (vgl. Senatsbeschlüsse vom 3. Februar 2021 - XII ZB 415/20 - FamRZ 2021, 889 Rn. 7, vom 21. Oktober 2020 - XII ZB 183/20 - NJW-RR 2021, 3 Rn. 9 und vom 30. September 2020 - XII ZB 327/20 - FamRZ 2021, 144 Rn. 7).

15 Dies folgt bereits aus dem Wortlaut des § 68 Abs. 3 Satz 2 FamFG, wonach das Beschwerdegericht unter anderem nur dann von der Durchführung ei-

nes Termins, einer mündlichen Verhandlung oder einzelner Verfahrenshandlungen absehen kann, wenn diese bereits im ersten Rechtszug vorgenommen wurden. Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt, wenn die nach § 278 Abs. 1 Satz 1 FamFG zwingend notwendige Anhörung des Betroffenen erst im Abhilfeverfahren (verfahrensfehlerfrei) durchgeführt wird. Das Abhilfeverfahren ist bereits Bestandteil des Beschwerdeverfahrens und gehört deshalb nicht mehr zum ersten Rechtszug, der mit dem Erlass der angefochtenen Entscheidung endet (Senatsbeschlüsse vom 15. Februar 2017 - XII ZB 462/16 - FamRZ 2017, 755 Rn. 13 und vom 20. November 2014 - XII ZB 86/14 - FamRZ 2015, 572 Rn. 11 mwN).

16 Eine erstmals im Abhilfeverfahren verfahrensfehlerfrei durchgeführte Anhörung des Betroffenen wird auch dem Regelungsgehalt des § 278 Abs. 1 Satz 1 FamFG nicht gerecht, der anordnet, dass die persönliche Anhörung des Betroffenen vor der Bestellung eines Betreuers oder der Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts und damit vor der abschließenden Entscheidung im ersten Rechtszug erfolgen muss.

17 Gegen die Möglichkeit, eine im erstinstanzlichen Verfahren unterbliebene oder verfahrensfehlerhaft durchgeführte Anhörung des Betroffenen im Abhilfeverfahren zu korrigieren, spricht zudem der Zweck des Abhilfeverfahrens. Durch diesen Teil des Beschwerdeverfahrens soll dem erstinstanzlichen Gericht die Möglichkeit einer inhaltlichen Nachprüfung der getroffenen Entscheidung eröffnet werden (vgl. Senatsbeschluss vom 15. Februar 2017 - XII ZB 462/16 - FamRZ 2017, 755 Rn. 13), damit es gegebenenfalls bei entscheidungsrelevanten Veränderungen der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse seine Entscheidung zeitnah zurücknehmen oder korrigieren kann (MünchKommFamFG/A. Fischer 3. Aufl. § 68 Rn. 2). Das Abhilfeverfahren dient damit vornehmlich der Entlastung des Beschwerdegerichts, weil es nicht mit Entscheidungen befasst wird, deren materielle Fehlerhaftigkeit das Gericht der ersten Instanz bereits selbst erkannt

hat (vgl. BT-Drucks. 16/6308 S. 207). Deshalb ist das Ausgangsgericht nach § 68 Abs. 1 Satz 1 FamFG dazu verpflichtet, im Rahmen der Abhilfeentscheidung seine Entscheidung sachlich zu ändern, also sie durch eine anderweitige Regelung zu ersetzen, sie ganz oder teilweise ersatzlos aufzuheben oder zu ergänzen (Keidel/Sternal FamFG 20. Aufl. § 68 Rn. 13), wenn es zu einer gegenüber der angefochtenen Entscheidung abweichenden Rechtsauffassung gelangt, es die tatsächlichen Grundlagen nun anders würdigt oder dem Gericht schon vor seiner ersten Entscheidung vorhandene, aber wegen unzureichender Ermittlungen unbekannt gebliebene tatsächliche Umstände nachträglich bekannt werden (verdeckte Tatsachen) und diese zu einer anderen tatsächlichen und damit auch rechtlichen Beurteilung der Angelegenheit führen (Keidel/Sternal FamFG 20. Aufl. § 68 Rn. 7; Prütting/Helms/Abramenko FamFG 5. Aufl. § 68 Rn. 5). Eine Abhilfepflicht besteht insbesondere auch dann, wenn neue Tatsachen oder Beweismittel mit der Beschwerdeschrift (vgl. § 65 Abs. 3 FamFG) vorgebracht werden, die eine abweichende Entscheidung rechtfertigen (Schulte-Bunert/Weinreich/Roßmann FamFG 6. Aufl. § 68 Rn. 10; BeckOK FamFG/Obermann [Stand: 1. April 2021] § 68 Rn. 9; Althammer in Johannsen/Henrich/Althammer Familienrecht 7. Aufl. § 68 FamFG Rn. 3). Da der Zweck des Abhilfeverfahrens somit nur auf eine inhaltliche Prüfung der angefochtenen Entscheidung durch das Ausgangsgericht abzielt, können Verfahrenshandlungen wie die persönliche Anhörung des Betroffenen nach § 278 Abs. 1 FamFG, die im erstinstanzlichen Verfahren unterblieben oder fehlerhaft vorgenommen worden sind, im Abhilfeverfahren nicht mit der Wirkung nachgeholt oder korrigiert werden, dass das Beschwerdegericht nach § 68 Abs. 3 Satz 2 FamFG von der Vornahme dieser Verfahrenshandlungen absehen kann.

18           Dafür spricht auch, dass nach § 68 Abs. 1 Satz 1 FamFG das Erstgericht der Beschwerde nur dann abhelfen kann, wenn es sie für begründet hält; andernfalls hat es die Beschwerde unverzüglich dem Beschwerdegericht vorzulegen. In

Betreuungs- und Unterbringungssachen führt jedoch eine vor Erlass der erstinstanzlichen Entscheidung unterbliebene oder verfahrensfehlerhaft durchgeführte Anhörung des Betroffenen allein nicht zur Aufhebung der angegriffenen Entscheidung und damit auch nicht zur Begründetheit der Beschwerde. Dieser Verfahrensfehler hat vielmehr nur zur Folge, dass das Beschwerdegericht nicht gemäß § 68 Abs. 3 Satz 2 FamFG von der nach § 68 Abs. 3 Satz 1 iVm § 278 Abs. 1 FamFG auch im zweitinstanzlichen Verfahren grundsätzlich gebotenen persönlichen Anhörung des Betroffenen absehen kann und den Verfahrensfehler durch eine eigene Anhörung heilen muss.

19 Würde man die Möglichkeit anerkennen, im Abhilfeverfahren eine unterbliebene oder verfahrensfehlerhaft durchgeführte Anhörung des Betroffenen mit der Wirkung des § 68 Abs. 3 Satz 2 FamFG nachzuholen, hätte das zudem zur Konsequenz, dass in keiner der Tatsacheninstanzen das jeweils zur Entscheidung berufene Gericht eine (verfahrensordnungsgemäße) Anhörung des Betroffenen durchgeführt hätte.

20 2. Der angefochtene Beschluss ist auch deshalb rechtsfehlerhaft, weil das Landgericht keine ausreichenden Feststellungen zum Ausschluss der freien Willensbestimmung iSv § 1896 Abs. 1a BGB getroffen hat.

21 a) Nach § 1896 Abs. 1a BGB darf gegen den freien Willen des Volljährigen ein Betreuer nicht bestellt werden. Wenn der Betroffene der Einrichtung einer Betreuung nicht zustimmt, ist neben der Notwendigkeit einer Betreuung stets zu prüfen, ob die Ablehnung durch den Betroffenen auf einem freien Willen beruht. Das fachärztlich beratene Gericht hat daher festzustellen, ob der Betroffene trotz seiner Erkrankung noch zu einer freien Willensbestimmung fähig ist. Die Feststellungen zum Ausschluss der freien Willensbestimmung müssen durch ein



Sachverständigengutachten belegt sein (Senatsbeschluss vom 30. Oktober 2019 - XII ZB 144/19 - FamRZ 2020, 282 Rn. 13 mwN).

- 22            b) Die vom Landgericht getroffenen Feststellungen werden diesen Anforderungen nicht gerecht. Während die amtsgerichtliche Entscheidung keinerlei Feststellungen zum freien Willen enthält, hat sich das Landgericht darauf beschränkt, aus dem Sachverständigengutachten zu zitieren, in dem es hierzu heißt, der Betroffene sei „nur bedingt“ in der Lage, seinen Willen frei und unbeeinflusst von seinen Zwangsgedanken zu bilden; nach den gewonnenen Erkenntnissen könne er „kaum“ handeln. Damit ist der Ausschluss der freien Willensbildung weder ausreichend sachverständig belegt noch nimmt das Landgericht eine eigene ausreichende Auseinandersetzung mit den Voraussetzungen des § 1896 Abs. 1a BGB vor (vgl. Senatsbeschluss vom 31. Oktober 2018 - XII ZB 552/17 - FamRZ 2019, 239 Rn. 6).

23                    3. Der Senat kann nicht abschließend in der Sache entscheiden, weil das Landgericht noch weitere Feststellungen zu treffen haben wird. Deshalb ist der angefochtene Beschluss aufzuheben und die Sache an das Landgericht zurückzuverweisen, § 74 Abs. 6 Satz 2 FamFG.

24                    4. 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 Goslar, Entscheidung vom 25.11.2020 - 29 XVII 15856 -

LG Braunschweig, Entscheidung vom 02.02.2021 - 8 T 39/21 (024) -