



## **Unterstützen und Vertreten**

Positionspapier des Betreuungsgerichtstages e. V.

### **I. Vorgaben der UN-BRK**

#### **1. Grundsätze der UN-BRK**

Art. 12 UN-BRK sieht vor, dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen Menschen Rechts- und Handlungsfähigkeit in allen Lebensbereichen genießen. Sie verpflichtet die Vertragsstaaten, geeignete Maßnahmen zu treffen, die Menschen mit Behinderungen den Zugang zu der Unterstützung verschaffen, die diese bei der Ausübung ihrer rechtlichen Handlungsfähigkeit ggf. benötigen.

Es gibt Umstände, die Menschen mit Behinderungen daran hindern, ihre Rechte wahrzunehmen und rechtlich zu handeln. Diese Hindernisse können rechtlicher oder tatsächlicher Art sein. Die UN-BRK verpflichtet deshalb die Mitgliedstaaten dazu, Menschen mit Behinderung eine geeignete Unterstützung zur Verfügung zu stellen, mit denen sie diese Hindernisse bei der Ausübung ihrer rechtlichen Handlungsfähigkeit überwinden können (Art. 12 Abs. 3 UN-BRK).

Als Unterstützung bei der Ausübung der rechtlichen Handlungsfähigkeit im Sinne des Art. 12 UN-BRK sind damit alle Maßnahmen und Instrumente anzusehen, die Menschen mit Behinderungen helfen, diese Hindernisse zu überwinden, um ihnen gleichberechtigt mit anderen Menschen rechtlich wirksames Handeln zu ermöglichen (supported decision making).<sup>1</sup> Die UN-BRK gibt nicht vor, welche Maßnahmen zu ergreifen sind. Sie verlangt aber ausreichende Sicherungsvorkehrungen zum Schutz des Selbstbestimmungsrechts (Art. 12 Abs. 4 UN-BRK).

Der Gegenbegriff zur Unterstützung ist die ersetzende Entscheidung (substitute decision). Eine ersetzende Entscheidung zeichnet sich dadurch aus, dass weder nach dem Willen noch den Vorstellungen eines Menschen gefragt und diese verwirklicht werden, sondern eine andere Person nach eigenem oder einem objektiven Maßstab anstelle der betroffenen Person handelt.

Art. 12 UN-BRK will den Vorrang der Unterstützung bei der Ausübung der Handlungsfähigkeit vor einer ersetzenden Entscheidung, die – sollte sie notwendig werden – einer besonderen Rechtfertigung bedarf.

Die UN-BRK verlangt aber auch, dass die Rechte der Betroffenen geschützt werden (z.B. Art. 12 Abs. 4, Art 16, Art 17). Der UN-BRK kann entnommen werden, dass eine ersetzende Entscheidung im Einzelfall nur dann gerechtfertigt ist, wenn sie als ultima ratio zur Wahrung der

---

<sup>1</sup> General Comment No. 15.

Rechte und des Schutzes besonders bedeutender Rechtsgüter des Betroffenen geboten ist und dieser gehindert ist, seine Rechte selbst wahrzunehmen<sup>2</sup>.

## 2. General Comment des Fachausschusses zur UN-BRK

Der Fachausschuss zur UN-BRK hat diese Aussagen der UN-BRK in seinem General Comment zu Art. 12 UN-BRK im Hinblick auf „interdiction“ (Entmündigung), „guardianship“ und „curatorship“ (Vormundschaft) konkretisiert. Auch wenn diese Maßnahmen in Deutschland im Jahre 1992 abgeschafft und durch die Betreuung ersetzt worden sind, müssen das deutsche Betreuungsrecht und seine Praxis im Lichte der UN-BRK überprüft werden.

Der Fachausschuss fordert im General Comment die volle Rechts- und Handlungsfähigkeit aller Menschen unabhängig von einer etwaigen Behinderung oder von ihrer Entscheidungsfähigkeit<sup>3</sup> und lehnt „substitute decision making regimes“ (Systeme von ersetzender Entscheidung) ab.<sup>4</sup> Darunter versteht er ein „regime“, das einem Menschen mit Behinderung die rechtliche Handlungsfähigkeit konstitutiv entzieht (denial of legal capacity). Er kann dann nicht mehr rechtlich handeln; auf seine tatsächlichen Fähigkeiten und Ressourcen für eine eigene Entscheidung im konkreten Fall kommt es nicht an. Der Fachausschuss wendet sich damit gegen alle Formen der vollständigen oder teilweisen Entmündigung („interdiction“, „guardianship“, „conservatorship“). Weitere Merkmale eines „substitute decision making regime“ bestehen darin, dass die Wünsche („will and preference“) des behinderten Menschen bei der Auswahl des „substitute decision maker“ und der Beendigung des „regime“ rechtlich keine Rolle spielen und dass Entscheidungsmaßstab für einen substitute decision maker das objektive Wohl („best interest“) des behinderten Menschen oder gar das Interesse Dritter ist.

Der Fachausschuss fordert daher, stattdessen „support decision making regimes“ einzuführen.<sup>5</sup> Ein solches „regime“ zeichnet sich u.a. dadurch aus, dass es nicht an die rechtliche Handlungsunfähigkeit eines behinderten Menschen anknüpft, sondern seine Wünsche („will and preference“) bzw. seinen mutmaßlichen Willen („best interpretation of will and preference“) beachtet und umsetzt, sowie für alle behinderten Menschen diskriminierungsfrei und unabhängig von Art und Ausmaß ihres Unterstützungsbedarfs und von ihren finanziellen Verhältnissen zugänglich ist. Es muss darüber hinaus die Sicherungen des Art. 12 Abs. 4 UN-BRK zum Schutz der Rechte und des Selbstbestimmungsrechts des behinderten Menschen enthalten.<sup>6</sup>

---

<sup>2</sup> Art. 12 Abs. 4 UN-BRK sieht als einen Maßstab der Unterstützung auch die „Rechte“ des behinderten Menschen, die im Einzelfall – wenn es um vorrangigen Schutz gehen muss – mit dem „Willen“ differieren können.

<sup>3</sup> General Comment No. 21.

<sup>4</sup> General Comment No. 23.

<sup>5</sup> General Comment No. 24, 25.

<sup>6</sup> General Comment No. 18 – 18ter.

## **II. Umsetzung in Deutschland**

### **1. Anerkennung der rechtlichen Handlungsfähigkeit, „substitute decision-making regime“**

In Deutschland erwirbt jeder Mensch mit Eintritt der Volljährigkeit kraft Gesetzes die volle rechtliche Handlungsfähigkeit (Geschäftsfähigkeit, Ehegeschäftsfähigkeit, Testierfähigkeit, Einwilligungsfähigkeit, Deliktsfähigkeit usw.). Seit der Abschaffung der Entmündigung gibt es im deutschen Recht keinen gerichtlichen oder behördlichen Entzug der rechtlichen Handlungsfähigkeit mehr, weder vollständig noch für bestimmte Bereiche oder eine bestimmte Entscheidung. Sowohl die Erteilung einer Vorsorgevollmacht als auch die Bestellung eines Betreuers lassen die rechtliche Handlungsfähigkeit des behinderten Menschen unberührt. Sie besteht uneingeschränkt weiter.

Bei der Vorsorgevollmacht bestellt der Vollmachtgeber selbst einen Bevollmächtigten und kann die Vollmacht auch wieder beenden. Der rechtliche Betreuer wird demgegenüber vom Betreuungsgericht bestellt. Allerdings ist der Wille des behinderten Menschen sowohl für die Bestellung und Auswahl eines Betreuers als auch für die Beendigung der Betreuung von Rechts wegen maßgeblich (§§ 1896 Abs. 1 und 1a, 1897 Abs. 4, 1908d Abs. 2 BGB). Bei ihrer Tätigkeit haben der Vorsorgebevollmächtigte und der Betreuer den Willen bzw. mutmaßlichen Willen des behinderten Menschen zu beachten (§§ 1901 Abs. 2 und 3, 1901a BGB).

Vorsorgevollmacht und Betreuung erlauben zwar im Einzelfall eine Entscheidung gegen den aktuellen Willen des behinderten Menschen, d.h. eine substitute decision, wenn sie als ultima ratio zur Wahrung der Rechte und des Schutzes besonders bedeutender Rechtsgüter des Betroffenen geboten ist und dieser gehindert ist, seine Rechte selbst wahrzunehmen (etwa freiheitsentziehende Maßnahmen oder ärztliche Zwangsmaßnahmen nach § 1906 BGB). Weder die Vorsorgevollmacht noch die rechtliche Betreuung sind jedoch ein „substitute decision making regime“ im Sinne des General Comment, da der Bevollmächtigte und der Betreuer auch in diesen Fällen verpflichtet sind, den früher erklärten Willen bzw. den mutmaßlichen Willen des behinderten Menschen zu befolgen.

### **2. Formen und Maßnahmen der Unterstützung zur Ausübung der rechtlichen Handlungsfähigkeit**

Unterstützung zur Ausübung der rechtlichen Handlungsfähigkeit kann in ganz unterschiedlichen Formen erfolgen:

#### **a. Faktische Unterstützung informeller Art im sozialen Umfeld oder Sozialraum**

Vielfach wird ein Mensch bei der Ausübung seiner rechtlichen Handlungsfähigkeit dadurch unterstützt, dass er von Personen aus seinem sozialen Umfeld (Familie, Freunde, Nachbarn, Selbsthilfegruppen etc.) beraten und unterstützt wird. Teilweise begleiten sie ihn auch, wenn er Rechtsgeschäfte vornimmt. Diese faktische und informelle Unterstützung ermöglicht es diesem Menschen, seine rechtliche Handlungsfähigkeit ungeachtet seiner Behinderung selbst auszuüben.

#### **b. Unterstützungen formalisierter Art, sozialstaatliche Maßnahmen**

Die Unterstützung bei der Ausübung der rechtlichen Handlungsfähigkeit durch Beratung, Begleitung und andere Formen der Unterstützung kann des Weiteren auch durch Behörden oder staatlich (kommunale) (mit-)finanzierte Angebote erfolgen. Sie ermöglichen es einem behinderten Menschen, seine Rechte in gleicher Weise wie andere Menschen barrierefrei

auszuüben. Derartige Unterstützungsangebote bieten z.B. die Schuldnerberatung, Rentenberatung oder die Beratungshilfe der Gerichte, sie finden sich in vielfältiger Form auch im Sozialrecht oder im öffentlichen Gesundheitswesen (z.B. in Gestalt der sozialpsychiatrischen Dienste).

### **3. Unterstützung mit Vertretungsmöglichkeit**

Stellvertretung auch in Form der „gesetzlichen Vertretung“ ist nicht zu verwechseln mit dem Begriff des „substitute decision making regime“. Der General Comment bezeichnet damit bestimmte Rechtsinstitute wie die Entmündigung oder Vormundschaft und stellt entscheidend darauf ab, ob dem behinderten Menschen die rechtliche Handlungsfähigkeit entzogen und sein Wille für unbeachtlich erklärt wird (oben I.2.). Die Frage der Stellvertretung spielt dabei überhaupt keine Rolle.

Stellvertretung ist auch nicht zu verwechseln mit dem Begriff der ersetzenden Entscheidung („substitute decision“). Stellvertretung ist lediglich ein Mittel; entscheidend ist der Zweck, zu dem sie eingesetzt wird. Stellvertretung ermöglicht den Transport der Entscheidung eines Menschen mit Wirkung nach außen und, soweit erforderlich, eine Entscheidung des Vertreters auf der Basis der Wünsche („will and preference“) bzw. des mutmaßlichen Willens („best interpretation of will and preference“) des Menschen mit Behinderung. Die Stellvertretung ist in diesen Fällen ein Mittel der Unterstützung des behinderten Menschen bei der Ausübung seiner rechtlichen Handlungsfähigkeit. Das ist für die Vorsorgevollmacht unbestritten, obwohl auch sie im Einzelfall eine ersetzende Entscheidung gegen den Willen des Vollmachtgebers ermöglicht. Gleiches gilt aber auch für die rechtliche Betreuung.

Das deutsche Recht sieht zwei Instrumente der Unterstützung mit Vertretungsmöglichkeit vor:

#### **a. Auftrag und Vollmacht**

Das deutsche Recht kennt die Vorsorgevollmacht schon lange, spätestens seit 1999 auch für Gesundheitsangelegenheiten und andere personale Angelegenheiten. Jeder Erwachsene kann eine solche Vollmacht an eine Person seines Vertrauens oder einen Rechtsanwalt erteilen. Grundlage ist ein Auftrag, der die Aufgaben und Pflichten des Bevollmächtigten regelt. Besondere Anforderungen an Form und rechtliche Handlungsfähigkeit werden nicht gestellt. Mit Hilfe von Beratung können etwaige Hindernisse bei der Erstellung i.d.R. überwunden werden. Die Vorsorgevollmacht ist in ihrem Bestand unabhängig von der rechtlichen Handlungsfähigkeit des Vollmachtgebers. Der Vollmachtgeber verliert weder seine rechtliche Handlungsfähigkeit noch seine Entscheidungszuständigkeit. Die Unterstützung kann erfolgen in Form von Beratung, Begleitung, Entscheidungshilfe, Übermittlung einer Entscheidung des Vollmachtgebers oder einer Entscheidung des Bevollmächtigten nach dem mutmaßlichen Willen des Vollmachtgebers. Auftrag und Vollmacht können jederzeit durch Widerruf und Kündigung beendet werden.

Die Rechte des Vollmachtgebers werden gesichert durch die Pflicht des Bevollmächtigten, in bestimmten gravierenden Fällen die Genehmigung des Betreuungsgerichts einzuholen (§§ 1904 Abs. 4, 1906 Abs. 5 BGB), und die Möglichkeit des Betreuungsgerichts, bei der Gefahr des Missbrauchs mittels eines Kontrollbetreuers oder unmittelbar selbst zu intervenieren.

Die Vorsorgevollmacht erfüllt damit die Kriterien des General Comment für ein „support decision making regime“.

Eine Vorsorgevollmacht kann allerdings eine ersetzende Entscheidung zum Schutz des Vollmachtgebers ermöglichen, wenn der Vollmachtgeber dies so bestimmt (vgl. z.B. § 1906 Abs. 5 BGB). Auch dann wird die Vorsorgevollmacht jedoch nicht zu einem „substitute decision making regime“, da der Bevollmächtigte in jedem Fall verpflichtet ist, den früher erklärten Willen bzw. den mutmaßlichen Willen des Vollmachtgebers zu befolgen.

#### **b. Rechtliche Betreuung und gesetzliche Vertretungsmacht des Betreuers**

Mit der Bestellung eines Betreuers wird dem Menschen mit Behinderung seine Entscheidungszuständigkeit nicht abgenommen. Seine rechtliche Handlungsfähigkeit wird auch nicht, wie vielfach behauptet, in Frage gestellt oder gar aufgehoben. Vielmehr ist es die Aufgabe des Betreuers, Unterstützung zur Ausübung der Handlungsfähigkeit zu leisten, damit der Wille des Menschen mit Behinderung zur Geltung gebracht wird. Dies ist gesetzlich als Rechtspflicht durch § 1901 Abs. 2 und 3 und § 1901a BGB vorgegeben. Diese Orientierung am Willen des Menschen führt zu einer Personenzentrierung der Betreuung und berücksichtigt die Vielfalt und Unterschiedlichkeit von Menschen mit Behinderungen.

Die Verwirklichung von Selbstbestimmung und Teilhabe am Rechtsverkehr ist vorrangig in Form von Beratung und Begleitung vorzunehmen. Nur soweit erforderlich, darf der Betreuer das Mittel der Stellvertretung nutzen (§ 1901 Abs. 1 BGB). Auch hier ist Stellvertretung grundsätzlich nicht als „substitute decision making“ zulässig, sondern als Mittel zum Transport und Umsetzung einer Entscheidung des Menschen mit Behinderung. Der Betreuer ist rechtlich verpflichtet, dem Willen und den Wünschen des betreuten Menschen zu entsprechen und dessen Fähigkeiten zu berücksichtigen (§§ 1901 Abs. 3 S. 1 und 2, 1901a Abs. 1 und 2 BGB). Dazu hat er den betreuten Menschen persönlich zu betreuen und wichtige Angelegenheiten mit ihm zu besprechen (§ 1901 Abs. 3 Satz 3 BGB). Ist der Betroffene nicht in der Lage, sich zu äußern, hat der Betreuer seine Entscheidungen immer am mutmaßlichen Willen und gerade nicht am objektiven Wohl oder Interesse des betreuten Menschen auszurichten (§§ 1901 Abs. 2, 1901a Abs. 2 BGB). Eine ersetzende Entscheidung ist wie bei der Vollmacht nur als ultima ratio zulässig.

Das Betreuungsgericht hat zu kontrollieren, ob der Betreuer rechtmäßig handelt und seine Pflichten einhält. Bei einer Verletzung dieser Pflichten hat das Gericht einzuschreiten und den Betreuer ggf. zu entlassen. Für wichtige Rechtshandlungen sieht das Gesetz darüber hinaus eine präventive Kontrolle durch ein gerichtliches Genehmigungsverfahren vor (z. B. §§ 1904, 1906, 1907, 1908i i. V. mit §§ 1821, 1822 BGB). Soweit erforderlich, wird in diesen Verfahren dem Betroffenen ein Verfahrenspfleger zur Unterstützung zur Seite gestellt, der auf die Einhaltung der Verfahrensgarantien achtet und Wünsche des Betroffenen in das Verfahren einbringt.

Der rechtliche Betreuer wird vom Betreuungsgericht bestellt. Allerdings ist der Wille des behinderten Menschen sowohl für die Bestellung und Auswahl eines Betreuers als auch für die Beendigung der Betreuung von Rechts wegen maßgeblich (§§ 1896 Abs. 1 und 1a, 1897 Abs. 4, 1908d Abs. 2 BGB). Anträge auf Bestellung eines Betreuers und auf Aufhebung der Betreuung können jederzeit von einem behinderten Menschen gestellt werden. Da der Betroffene immer verfahrensfähig ist (§ 275 FamFG), kann jeder Mensch unabhängig von Art und Ausmaß seiner Behinderung einen derartigen Antrag stellen. Der Zugang zum Betreuungsgericht und die Bestellung eines Betreuers sind für alle Menschen unabhängig von ihren finanziellen Verhältnissen gewährleistet.

Auch die rechtliche Betreuung erfüllt damit die Kriterien des General Comment für ein „support decision making regime“.

### III. Reformbedarf

Vor diesem Hintergrund sieht der Betreuungsgerichtstag e.V. dringenden Reformbedarf in den folgenden Punkten:

1. Unterstützungsmaßnahmen im sozialen Umfeld, Peer Counseling und Selbsthilfe müssen stärker gefördert werden.
2. Andere Formen der Unterstützung bei der Ausübung der rechtlichen Handlungsfähigkeit haben Vorrang vor der Betreuung (§ 1896 Abs. 2 BGB). Eine Stärkung dieser Formen und Instrumente ist daher geboten. Bei der Reform des Teilhaberechts und der Eingliederungshilfe muss darauf geachtet werden, dass die Menschen mit Behinderungen ihre Rechte effektiv wahrnehmen können und dass sie die erforderliche Unterstützung beim Zugang zu diesen Leistungen und ihrer Durchführung erhalten. Gleiches gilt für die Reform der Pflegeversicherung (z.B. bei den Service-Stellen, den Pflegestützpunkten u. ä.).
3. Die Vermittlung anderer Hilfen durch die Betreuungsbehörde ist ein wichtiges Mittel, den Vorrang anderer Hilfen vor der Betreuung und damit den Assistenzgedanken der UN-BRK besser zu verwirklichen. Es kommt daher entscheidend darauf an, dass und wie diese gesetzliche Aufgabe von den Betreuungsbehörden umgesetzt wird.
4. Die Einführung einer gesonderten Berufsbevollmächtigung wird abgelehnt. Bevollmächtigung ist ein Vertrauensakt und setzt ein Vertrauensverhältnis zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem voraus. Ohne ein persönliches Vertrauensverhältnis ist die Missbrauchsgefahr zu groß. Berufsmäßige Unterstützung sollte in Form der Betreuung geleistet werden. Dort sind die von Art. 12 Abs. 4 UN-BRK geforderten Sicherungen vorhanden. Ferner besteht die Gefahr einer zusätzlichen Stigmatisierung derjenigen Menschen, die für eine solche mandatierte Hilfe nicht geeignet sind und deshalb in die rechtliche Betreuung „fallen“.
5. Eine Betreuung ohne Vertretungsbefugnis (wie z. B. die Begleitbeistandschaft in der Schweiz) sollte nicht eingeführt werden. Es ist zu befürchten, dass dies zu einer erheblichen Zunahme von Betreuungen führen wird. Zudem ist eine Betreuung mit unterschiedlichen Schwellen dem Unterstützungsgedanken im Betreuungsrecht nicht zuträglich, da dies zu einer Beibehaltung bzw. Verstärkung der Fehlvorstellung führt, Betreuung habe Auswirkungen auf die rechtliche Handlungsfähigkeit eines Menschen mit Behinderung. Das Erforderlichkeitsprinzip bestimmt ohnehin den Vorrang von Beratung und Begleitung in jedem Einzelfall. Verschiedene Formen und Anordnungsschwellen der Betreuung vergrößern die Gefahr eines schematisierten Vorgehens, welches die Fähigkeiten des behinderten Menschen im Einzelfall nicht berücksichtigt.
6. Alle Akteure des Betreuungswesens müssen das Assistenzprinzip beachten:
  - Der Betreuer ist Garant dafür, dass das Assistenzprinzip im Rahmen der Betreuung verwirklicht wird. Er muss den betreuten Menschen primär bei seiner eigenen Entscheidung unterstützen und darf auf das Mittel der Stellvertretung nur zurückgreifen, wenn dies erforderlich ist. In jedem Fall hat er den Willen und die

Wünsche, ggf. den mutmaßlichen Willen des betreuten Menschen zu beachten, ihn persönlich zu betreuen und wichtige Angelegenheiten mit ihm zu besprechen.

- Das Gericht muss das Assistenzprinzip durch strikte Beachtung des Erforderlichkeitsgrundsatzes und der Pflicht zur Befolgung des Willens und der Wünsche des Betreuten fördern, insbesondere bei der Prüfung der Eignung des Betreuers, in einem obligatorischen Einführungsgespräch, im Rahmen der Berichts- und Dokumentationspflicht, bei der Entlassung des Betreuers und im Rahmen einer Haftung nach § 1833 BGB.
- Der Verfahrenspfleger muss nicht nur die Interessen, sondern vor allem den Wunsch und den Willen des betreuten Menschen in das Verfahren einbringen, sie in einem persönlichen Gespräch mit dem Betroffenen ermitteln und im Verfahren auf die Einhaltung des Assistenzprinzips achten sowie dieses selbst praktizieren. Diese Aufgaben müssen allen Verfahrenspflegern durch Schulung und Fortbildung vermittelt werden.
- Die Betreuungsbehörde muss bei ihren Vorschlägen darauf achten, dass zur „Eignung“ von beruflich tätigen Betreuern auch deren Fähigkeit gehört, das Assistenzprinzip zu beachten und der Selbstbestimmung der betreuten Menschen den Vorrang einzuräumen.

7. Der Gesetzgeber muss zur Verwirklichung des Assistenzprinzips darüber hinaus

- a. das derzeitige Vergütungssystem für berufliche Betreuungen ändern, da es Fehlanreize setzt und die notwendige Zeit für die Beratung und Begleitung sowie die Befähigung zur Ausübung der rechtlichen Handlungsfähigkeit außer Acht lässt.
- b. gezielt Anreize für die Beratung und Unterstützung ehrenamtlicher Betreuer schaffen, insbesondere auch von Angehörigen, die mithilfe von Betreuungen und Vollmachten Unterstützung leisten.
- c. die hinreichende Qualifikation und die Fortbildung aller berufsmäßig im Betreuungswesen Tätigen sicherstellen (Betreuer/innen, Querschnittsmitarbeiter/innen in Vereinen, Mitarbeiter/innen in Betreuungsbehörden, Richter/innen und Rechtspfleger/innen in Betreuungsgerichten, Gutachter/innen).

Bochum, den 15.09.2014