

- Diekmann/Lipp/Winterstein
im Auftrag des BGT e.V. (Hrsg.)

Betreuungsrecht im internationalen Kontext Aktuelle Aspekte in Deutschland

4. Weltkongress Betreuungsrecht – 15. Betreuungsgerichtstag

14. – 17. September 2016 in Erkner



Betreuungsgerichtstag e.V.

Betreuungsrecht im internationalen Kontext

–

Aktuelle Aspekte in Deutschland

Betreuungsrecht im internationalen Kontext Aktuelle Aspekte in Deutschland

Berichte und Beiträge vom 4. Weltkongress Betreuungsrecht –
15. Betreuungsgerichtstag vom 14. – 17. September 2016 in Erkner

herausgegeben von
Dr. Andrea Diekmann
Prof. Dr. Volker Lipp
Peter Winterstein

im Auftrag des BGT e.V.



Betreuungsgerichtstag e.V.

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.de> abrufbar.

ISBN: 9783-936644-04-8

© 2017 Eigenverlag Betreuungsgerichtstag e.V. Bochum

Alle Rechte vorbehalten. Das Werk einschließlich seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlages. Dies gilt auch für fotomechanische Vervielfältigungen (Fotokopie/Mikrokopie) und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Schriftleitung und Herausgeber: Dr. Andrea Diekmann, Berlin; Gerold Oeschger, Radolfzell
Herstellung und Satz: Max Karadeniz (max@karadeniz.io), Bochum
Druck und buchbinderische Verarbeitung: Digitaldruckhaus Konstanz, 78467 Konstanz



Vorwort	8
Eröffnung <i>Peter Winterstein</i>	9
Grußwort des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend <i>Dr. Matthias von Schwanenflügel</i>	11
Grußwort des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz <i>Beate Kienemund</i>	15
Betreuungsrecht im internationalen Kontext	
Die Entwicklung des deutschen Betreuungs- und Unterbringungsrechts <i>Hans-Joachim Dose</i>	20
Erwachsenenschutz, Vormundschaft und Betreuung aus menschenrechtlicher Behinderungsperspektive <i>Prof. Dr. Theresia Degener</i>	38
Erwachsenenschutzrecht im internationalen Vergleich <i>Adrian Ward</i>	50
Herausforderungen und Reform des Erwachsenenschutzes im internationalen Vergleich <i>Prof. Dr. Michael Ganner</i>	71
Stellung und Rolle der UN-Behindertenrechtskonvention im Gefüge des universellen Menschenrechtsschutzsystems <i>Prof. Dr. Stefanie Schmahl</i>	82
Die Kritik des UN-Fachausschusses am deutschen Betreuungsrecht <i>Prof. Yu-Zu Tai</i>	90
Die Erklärung von Yokohama <i>überarbeitet durch den 4. Weltkongress Betreuungsrecht</i>	93

Aktuelle Aspekte in Deutschland

Aktuelle Aspekte des deutschen Betreuungsrechts <i>Dr. Andrea Diekmann</i>	99
Aktuelle Aspekte der deutschen Teilhabediskussion <i>Ulrich Wöhler</i>	111
Sozialbericht der Behörde <i>Lars Mückner, Klaus Gölz</i>	128
Begleitung von Angehörigen- und Bevollmächtigten <i>Roberta Rigamonti, Axel Bauer, Stephan Sigusch</i>	132
Die Auswahl des Betreuers <i>Brunhilde Ackermann, Axel Bauer, Klaus Gölz</i>	136
Angehörigenvertretungsrecht <i>Maren Dobberthien, Dr. Andrea Diekmann, Dr. Robert Kleber</i>	141
Berichte der Betreuerinnen und Betreuer an das Betreuungsgericht <i>Oliver Renner, Roland Schlitt</i>	145
Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Betreuervergütung <i>Hartmut Guhling</i>	151
Perspektiven eines zukünftigen Vergütungssystems <i>Thorsten Becker, Sönke Wimmer, Peter Winterstein</i>	167
Aktuelle Entwicklungen im Recht der Zwangsbehandlung <i>Dr. Rolf Marschner, Annette Loer</i>	173
Betreuung im Maßregelvollzug <i>Dr. Rolf Marschner, Jürgen Thar</i>	177
Örtliche Arbeitsgemeinschaften im Betreuungswesen / Vernetzung <i>Monika Schneckenburger, Brunhilde Ackermann</i>	183
Beschwerdekultur – Kontrolle außerhalb der gerichtlichen Aufsicht <i>Prof. Dr. Werner Bienwald, Prof. Dr. Wolf Crefeld, Petra Rossmannith</i>	186
Mitwirkende/Referentinnen und Referenten	190



Vorwort

Vom 14. – 17. September 2016 fand in Erkner der 4. Weltkongress Betreuungsrecht statt. Deutschland war zum ersten Mal Gastgeber dieser bedeutenden Tagung.

Die internationalen Aspekte des Erwachsenenschutzes wurden vorrangig im ersten Teil des Kongresses beleuchtet. Dem schlossen sich die nationalen Erörterungen im zweiten Part an, der zugleich den 15. Betreuungsgerichtstag darstellte.

Tagungsmaterialien zum deutsch-englischsprachigen Teil sind im Internet unter <http://www.wcag2016.de> veröffentlicht.

In dieser Ausgabe der Reihe „Betrifft: Betreuung“ sind zum einen Vorträge sowie Ergebnisse der Plenen und Arbeitsgruppen abgedruckt, die sich mit nationalen Aspekten des Betreuungswesens beschäftigen. Da das deutsche Recht aber nicht isoliert zu betrachten ist, haben zum anderen Beiträge zu internationalen Themen hier Eingang gefunden. Das gilt z.B. zu den im Weltkongress vielfach und aus unterschiedlichen Perspektiven beleuchteten Herausforderungen des Erwachsenenschutzrechts.

Zudem wird die Entwicklung des deutschen Betreuungsrechts nachgezeichnet. Es werden schließlich aktuelle Aspekte betrachtet. Lediglich beispielhaft seien aufgeführt: die Begleitung von Angehörigen und Bevollmächtigten, die Erstellung von Sozialberichten, die Vernetzung im Betreuungswesen, die Diskussion um die Vergütung von Betreuerinnen und Betreuern, Berichte an die Betreuungsgerichte sowie Zwangsbehandlungsfragen. Auch diese Themen werden häufig in einen internationalen Bezug gesetzt. Hier ist die Diskussion hinsichtlich der Kritik des UN-Fachausschusses am deutschen Betreuungsrecht zu nennen.

Allen Autorinnen und Autoren sei an dieser Stelle herzlich dafür gedankt, dass die Arbeitsergebnisse der Tagung durch diese Publikation einer interessierten Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt werden können. Es wird darauf hingewiesen, dass die unterschiedliche Handhabung bei den Hinweisen auf Fundstellen beibehalten worden ist. Außerdem ist davon abgesehen worden, ein Gendering aller Textpassagen vorzunehmen.

Berlin, im April 2017

Für den Betreuungsgerichtstag e.V.:
Dr. Andrea Diekmann, Berlin

Eröffnung

Peter Winterstein

Herzlich willkommen zum 4. Weltkongress Betreuungsrecht 2016!

Zunächst möchte ich besonders unsere ausländischen Gäste begrüßen, insbesondere Herrn Professor Makoto Arai, Präsident der japanischen Vereinigung für Erwachsenenschutzrecht, Tokio, und Herrn Adrian Ward, Rechtsanwalt, Glasgow, stellvertretend auch für alle unsere Referenten, die ehrenamtlich mit ihren Vorträgen überhaupt diese Veranstaltung ermöglichen.

Besonders begrüßen möchte ich Herrn Richter am Bundesverfassungsgericht Prof. Dr. Andreas Paulus und Herrn Hans Joachim Dose, Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof, Karlsruhe.

Schön, dass Sie aus den Hallen des Rechts zu uns an die Nahtstelle von Wissenschaft und Praxis herabgestiegen sind. Wir müssen mit dem arbeiten, was Sie sich theoretisch-juristisch ausdenken.

Ganz besonders begrüße ich als Vizepräsidentin des Ausschusses der Vereinten Nationen für die Rechte von Menschen mit Behinderungen Frau Professor Dr. Theresia Degener aus Bochum.

Besonders begrüßen möchte ich auch Herrn Dr. von Schwanenflügel, der für unsere Schirmherrin, die Bundesministerin für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Frau Manuela Schwesig, als Leiter der Abteilung Demografischer Wandel, Ältere Menschen, Wohlfahrtspflege, ein Grußwort zu uns sprechen wird. Wir freuen uns, dass Sie da sind.

Das Grußwort aus dem Hause des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, unserem weiteren Schirmherrn, wird uns am Freitag überbracht werden.

Last but not least möchte ich Herrn Jochen Exler-König begrüßen, den Vorsitzenden des International Guardianship Network, mit dem der Betreuungsgerichtstag in Kooperation diesen Kongress ausrichtet, und Frau Prof. Dr. Dagmar Brosey als Vizepräsidentin sowie Prof. Dr. Volker Lipp als Präsidenten des 4. Weltkongresses.

Seien Sie uns alle herzlich willkommen!

Wir freuen uns, dass nach Yokohama, Melbourne und Arlington in diesem Jahr der 4. Weltkongress vom 14. bis 17. September 2016 in Deutschland stattfindet.

Die Leitgedanken von Selbstbestimmung, individueller und personenzentrierter Unterstützung und Schutz für Menschen mit Handicaps und ihre ständige Weiterentwicklung sind gemeinsame Anliegen der Betreuungsgerichtstage und der Weltkongresse. Wir freuen uns, mit Ihnen und über 500 Teilnehmerinnen und Teilnehmern aus fast 30 Ländern gemeinsam in den nächsten Tagen über die Weiterentwicklung eines modernen Rechtes für die Unterstützung und den Schutz verletzlicher Erwachsener diskutieren und die Erklärung von Yokohama zu einem wirksamen Reforminstrument entwickeln zu können.

In Deutschland haben wir - nach meiner persönlichen Meinung- ein gutes Gesetz mit dem flexiblen und personenzentrierten Institut der rechtlichen Betreuung, aber es fehlt der politische Wille - besonders auf der Ebene der Bundesländer -, ausreichende Rahmenbedingungen für die ehrenamtliche wie die berufliche Betreuung zu schaffen, und damit zu garantieren, dass auch die Praxis den Zielen des Gesetzes entsprechen kann. Ich bin sicher, dass wir uns z.B. im Bereich der Organisation und einer auf Kontinuität ausgerichteten Finanzierung bei Betreuungsvereinen z.B. von Österreich immer noch Einiges abschauen könnten, und bei der Frage der Sicherstellung von Qualität beruflicher Betreuer aus den Systemen und der Praxis anderer Länder viel Interessantes hören werden.

Wir hoffen, in den nächsten Tagen viel von Ihren Erfahrungen zu lernen und gemeinsam Ideen zu einer Verbesserung der rechtlichen und sozialen Lage betroffener Erwachsener entwickeln zu können.

Hiermit eröffne ich den 4. Weltkongress on adult guardianship und zugleich den 15. Betreuungsgerichtstag in Deutschland.

Grußwort des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend „Erwachsenenschutzrechte unter besonderer Berücksichtigung von Seniorinnen und Senioren“

Dr. Matthias von Schwanenflügel

Sehr geehrter Herr Bundesverfassungsrichter, Professor Paulus
Sehr geehrter Herr Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof Dose,
Sehr geehrter Herr Professor Arai,
Sehr geehrter Herr Exler König,
Sehr geehrter Herr Winterstein,
sehr geehrter Herr Prof. Lipp,
sehr geehrte Damen und Herren, liebe Kolleginnen und Kollegen,

ich begrüße Sie alle zunächst einmal sehr herzlich – auch im Namen der deutschen Bundesministerin für Familie, Senioren, Frauen und Jugend – Frau Manuela Schwesig, die die Schirmherrschaft für diesen **4. Weltkongress zur Rechtlichen Betreuung** gerne mit übernommen hat und es bedauert, dass Sie heute nicht selbst hier sein kann.

„Selbstbestimmung und Teilhabemöglichkeiten gehören zu einem menschenwürdigen Leben – bis ins höchste Alter. Wer einen anderen Menschen rechtlich betreut, übernimmt eine verantwortungsvolle Aufgabe: Rechtliche Betreuung sorgt dafür, dass Menschen trotz einer Krankheit oder Behinderung teilhaben und ihre Rechte wahrnehmen können.“ (*Zitat wird mit Foto der Ministerin in engl. Sprache eingeblendet*) Vielleicht haben einige von Ihnen dieses Zitat von Frau Bundesministerin Schwesig bereits auf der Homepage zum Weltkongress gelesen.

Es unterstreicht, warum auch wir im Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend es sehr begrüßen, dass dieser 4. Weltkongress uns allen gemeinsam die Gelegenheit bietet, ein breites Fachpublikum ebenso wie auch Betroffene und deren Angehörige auf die Chancen einer rechtlichen Betreuung als Teilhabeinstrument und zum Erwachsenenschutz aufmerksam zu machen.

Ich freue mich, dass ich von hier aus heute mehr als 400 Experten des Betreuungsrechts aus 30 Ländern und aus fünf Kontinenten begrüßen darf.



Die Leitgedanken von Selbstbestimmung und individueller und personenzentrierter Unterstützung und Fürsorge und ihre ständige Weiterentwicklung waren gemeinsame Anliegen aller bisherigen Weltkongresse.

Wir freuen uns deshalb sehr, dass nach Japan (2010), Australien (2012) und USA (2014) in diesem Jahr der 4. Weltkongress vom 14. bis 17. September 2016 in Deutschland stattfindet.

Er steht auch unter der Schirmherrschaft des Bundesministers der Justiz und für Verbraucherschutz Heiko Maas und wird vom Betreuungsgerichtstag e. V. in Zusammenarbeit mit dem International Guardianship Network ausgerichtet und von einem internationalen Beirat unterstützt.

Auch allen hier Mitwirkenden möchte ich daher an dieser Stelle herzlich danken. Sie alle haben es ermöglicht, dass dieser 4. Weltkongress heute hier in der Bildungsstätte Erkner bei Berlin eröffnet werden kann.

In Deutschland sind Entmündigung und Vormundschaft sowie Pflegschaft für Erwachsene seit mehr als 20 Jahren abgeschafft und durch Vorsorgevollmacht und Betreuung ersetzt worden, dennoch bestehen immer noch Ängste von direkt Betroffenen wie Angehörigen vor rechtlicher Betreuung. Diese gilt es zu nehmen und auch hierzu leistet dieser 4. Weltkongress einen wichtigen Beitrag.

Wir haben daher gerne die Vorfeld-Kampagne „Keine Angst vor rechtlicher Betreuung!“ und den Projekt-Poster-Wettbewerb mit unterstützt, dessen neun Gewinner übrigens am Freitagvormittag durch meine Referatsleiterin, Frau Barbara Wurster, vorgestellt werden.

Rechtliche Betreuung in ihrer praktischen Umsetzung betrifft uns alle vielleicht irgendwann einmal auch persönlich.

Aktuell – Sie kennen die weltweiten Zahlen – geht es in Deutschland konkret um die Sicherung der Selbstbestimmung und Interessenlage von etwa 1,3 Millionen betreuten Menschen und ihren Angehörigen und die einer mehr als doppelt so großen Anzahl von Menschen mit einer Vorsorgevollmacht – wir wissen, dass diese Bedarfe und Zahlen in einer alternden Gesellschaft wie Deutschland aber auch weltweit weiter und schnell wachsen werden.

Im Jahr 2050 wird es erstmalig weltweit mehr ältere Menschen als Kinder unter 15 Jahren geben. Das stellte zuletzt die UN Sonderbeauftragte Frau Kornfeld-Matte in Ihrem Bericht zu den Menschenrechten Älterer fest - den sie übrigens heute in Genf dem 33. Menschenrechtsrat vorstellt - fest.

Der Anteil älterer Menschen nimmt auch in Deutschland stetig zu. Er wird sich bei den über 67-Jährigen bis 2030 auf 23,8 % erhöhen (2013 rund 18,7 %) – und damit ändert sich das Gesicht der Gesellschaft! – Der Anteil der über 80-Jährigen an der Gesamtbevölkerung wird von 5,4 % im Jahr 2013 auf 7,7 % im Jahr 2030 ansteigen. Laut aktuellen Schätzungen des Statistischen Bundesamts wird er im Jahr 2050 **9,9** Millionen betragen. Wie wir gut alt werden mit Unterstützung wird daher ein zunehmend wichtiges Thema für die meisten von uns werden.

Wir gehen derzeit davon aus, dass sich bis zum Jahr 2050 allein die Demenzerkrankungen weltweit von etwa 47 Millionen Menschen auf annähernd 140 Millionen fast verdreifachen könnten, und sich die Menschen mit Demenz in Deutschland allein voraussichtlich von derzeit etwa 1,6 Millionen auf etwa 3 Millionen mehr als verdoppeln werden – wenn zwischenzeitlich nicht ein Blockbuster gefunden wurde.

Zwei Drittel der Alzheimer-Patienten in Deutschland sind über 80 Jahre alt, während weniger als 2 % noch nicht ihr 65. Lebensjahr vollendet haben.

Die UN-Behindertenkonvention gibt uns klar auf, dass auch Menschen mit Demenz – um bei dieser beispielhaften Gruppe mal zu bleiben – es gilt aber ebenso für Menschen mit anderen Pflege- und Unterstützungsbedarfen – bis zuletzt möglichst mitten in der Gemeinschaft selbstbestimmt ihr Leben führen, sich aufgehoben fühlen und sich auf Bedarfsgerechte Unterstützung verlassen dürfen.

Wir haben uns mit der Ratifizierung der UN- Behindertenrechtskonvention alle dem Leitbild der Inklusion verpflichtet. Dazu gehören auch der Schutz und die Unterstützung der Familien und der Familienangehörigen, die sich um Menschen mit Behinderung oder Beeinträchtigung und daraus resultierende Hilfebedarfe kümmern.

Unsere Gesellschaften werden somit auch in Zukunft auf eine wachsende Zahl ausreichend qualifizierter ehrenamtlicher wie auch professioneller Betreuender angewiesen sein.



Gerade die Unterstützung der ehrenamtlichen rechtlich Betreuenden, also häufig der Angehörigen und Menschen aus dem sozialen Nahfeld, liegt uns sehr am Herzen. Auch die ehrenamtlich Betreuenden benötigen eine gute Qualifizierung, auf die die Betreuten sich verlassen können müssen. Die ehrenamtlich Betreuenden benötigen also einerseits zunehmend häufig vermehrt gute, verfügbare professionelle Unterstützung, auf der anderen Seite werden die professionellen Betreuenden in Zukunft diese so wichtige gesamtgesellschaftliche Aufgabe auch nicht alleine – ohne das Engagement der immer noch mehrheitlichen ehrenamtlich Betreuenden stemmen können.

Dieser Aspekt, die sogenannten „Schnittstellen“ der rechtlichen Betreuung, interessieren uns im Bundesfamilienministerium besonders, insbesondere auch mit Blick auf die laufende im Lichte der UN- Behindertenrechtskonvention avisierte zukunftsgerichtete Weiterentwicklung des Betreuungsrechts, für die in Deutschland das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz federführend zuständig ist.

Wir haben nun in den nächsten Tagen die Gelegenheit zum internationalen Austausch über Konzeptionen und Praxis des Schutzes von Erwachsenen mit Hilfebedarfen,

- die Gelegenheit, aktuelle Entwicklungen und Fortschritte darzustellen und zu diskutieren,
- das Ziel (die Gelegenheit), zur gemeinsamen Formulierung rechts- und sozialpolitischer Ziele – in einer Abschluss-Erklärung,
- die Chance (die Gelegenheit), weiter daran mitzuwirken, dass weltweit Entmündigung und Bevormundung durch die Orientierung an Autonomie und Fürsorge ersetzt werden,

das alles sind wichtige Chancen und Ziele dieser kommenden 3-4 Tage.

Ich wünsche diesem 4. Weltkongress in diesem Sinne viel Erfolg!

Grußwort des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz

Beate Kienemund

Sehr geehrte Damen und Herren,

ich freue mich sehr, dass ich Sie – auch im Namen des deutschen Bundesministers der Justiz und für Verbraucherschutz Heiko Maas – zu Beginn des dritten und letzten Tages des 4. Weltkongresses Betreuungsrecht in Erkner begrüßen darf. Herr Bundesminister Maas, der bedauert, dass er heute selbst nicht teilnehmen kann, hat die Schirmherrschaft für den Weltkongress übernommen, denn es ist ihm daran gelegen, dass das Erwachsenenschutzrecht national und international weiter entwickelt und das Selbstbestimmungsrecht hilfebedürftiger Erwachsener weltweit gestärkt wird. Hierfür ist der Weltkongress Betreuungsrecht ein außerordentlich gewinnbringendes Forum. Denn der Weltkongress ermöglicht es auf in diesem Rechtsgebiet einzigartige Weise, dass Expertinnen und Experten sowie Vertreterinnen und Vertreter von Betroffenen aus vielen Ländern zusammenkommen, um sich über die rechtliche und tatsächliche Situation von hilfebedürftigen Erwachsenen in ihren Ländern auszutauschen und gemeinsam zu überlegen, wie das Recht zum Schutz der Betroffenen und zu ihrer gleichberechtigten Teilhabe am gesellschaftlichen Leben verbessert werden kann.

Für die Betroffenen, aber auch für alle an der rechtlichen Betreuung beteiligten Akteure hat das Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, welches von über 160 Staaten ratifiziert wurde, eine große Bedeutung. Das Übereinkommen ist auf die Sicherung der Autonomie von Menschen mit Behinderungen, auf ihre gleichberechtigte Teilhabe und auf ihre Inklusion gerichtet. Auch das nationale Betreuungsrecht ist im Sinne dieses Übereinkommens auszulegen und fortzuentwickeln. Die Betreuung darf sich nicht auf die Stellvertretung der schutzbedürftigen Person beschränken. Die Stellvertretung ist nur eines unter mehreren Instrumenten zur Unterstützung von hilfebedürftigen Erwachsenen und zur Umsetzung ihres tatsächlichen Willens bzw. ihres mutmaßlichen Willens, wenn ein tatsächlicher Wille nicht mehr gebildet werden kann. Vorrangig muss die Unterstützung dadurch erfolgen, dass der Betroffene in die Lage versetzt wird, selbst eine Entscheidung zu treffen und diese – ggf. mit Hilfe seines Betreuers oder Bevollmächtigten – umzusetzen.



Um diesen Vorgaben des internationalen Rechts und den Vorgaben des nationalen Rechts gerecht zu werden, wonach für die Betroffenen ihre größtmögliche Selbstbestimmung und gleichzeitig der erforderliche Schutz im Rechtsverkehr gewährleistet sein muss, bedarf es einer qualitätsvollen Betreuung. Ich freue mich deshalb, dass sich der Weltkongress unter anderem auch mit Fragen der Qualität beschäftigt hat, so z.B. das Panel 6 zur Qualifikation von Berufsbetreuern. Es geht bei der Qualitätsdebatte aber nicht nur um die Berufsbetreuung, sondern auch um die ehrenamtliche Unterstützung im Erwachsenenschutz, insbesondere durch Familienangehörige. Ohne das ehrenamtliche Engagement von zahlreichen Freiwilligen wäre ein funktionierendes System des Erwachsenenschutzes nicht denkbar. In Deutschland wurden im letzten Jahr in 55 % der Betreuungen ehrenamtliche Personen zu Betreuerinnen und Betreuern bestellt. Die meisten davon sind Familienangehörige. Hinzu kommen die Frauen und Männer, die ihre Angehörigen im Rahmen von Vorsorgevollmachten unterstützen und vertreten.

Um die Qualität der rechtlichen Betreuung systematisch zu untersuchen, führt das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz derzeit eine umfassende rechtstatsächliche Untersuchung durch. Dabei geht es sowohl um die berufliche als auch um die ehrenamtliche Betreuung. Es soll insbesondere empirisch untersucht werden, ob strukturelle Qualitätsdefizite bestehen, worin etwaige Mängel begründet sind und durch welche Maßnahmen erforderlichenfalls die Qualität der Betreuer Tätigkeit verbessert werden kann.

Um das Selbstbestimmungsrecht hilfebedürftiger Erwachsener und um ihre Unterstützung bei der Ausübung ihrer Handlungsfähigkeit geht es auch in dem von meinem Ministerium in Auftrag gegebenen zweiten Forschungsvorhaben. Hintergrund dieses Forschungsvorhabens ist, dass eine rechtliche Betreuung nicht eingerichtet zu werden braucht, wenn eine rechtliche Vertretung nicht erforderlich ist und der Unterstützungsbedarf des Betroffenen durch andere Hilfen ebenso gut wie durch einen Betreuer erfüllt werden kann. Es handelt sich dabei um ehrenamtliche Hilfen, aber auch um solche Leistungen, auf die der Betroffene einen gesetzlichen Anspruch hat, vor allem aus dem sozialrechtlichen Bereich. Es soll untersucht werden, welche „anderen Hilfen“ tatsächlich vorhanden sind und ob und inwieweit diese Hilfen den Betroffenen tatsächlich vermittelt werden. Ziel ist es, Vorschläge und Ansätze für mögliche Maßnahmen zur effektiveren Vermittlung dieser „anderen Hilfen“ durch die betroffenen Akteure zu erarbeiten. Ich begrüße sehr, dass sich der Weltkongress auch mit diesem

Thema, vor allem im Panel 4 (Feststellung des Unterstützungsbedarfs), beschäftigt hat.

Zum Schluss möchte ich aus aktuellem Anlass noch eine Thematik ansprechen, die auf dem Weltkongress im Panel 8 (Unterbringung und Zwangsbehandlung) behandelt wurde. Es geht um ärztliche Zwangsmaßnahmen bei einwilligungsunfähigen Erwachsenen. Das Bundesverfassungsgericht hat in Deutschland gerade entschieden, dass der Staat gegenüber Erwachsenen, die einen freien Willen nicht bilden können, die Pflicht hat, für sie bei drohenden erheblichen gesundheitlichen Beeinträchtigungen einschließlich einer Lebensgefahr eine ärztliche Behandlung als letztes Mittel auch gegen ihren natürlichen Willen – und damit zwangsweise – vorzusehen. Diese Schutzpflicht wird hergeleitet aus dem Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit nach Artikel 2 Absatz 2 Satz 1 des Grundgesetzes. Da es sich hierbei um einen schwerwiegenden Eingriff in die Grundrechte des Betroffenen handelt, darf eine solche ärztliche Zwangsbehandlung nur unter strengen, gesetzlich genau zu bestimmenden Voraussetzungen erfolgen. Es muss sicher festgestellt sein, dass der Betroffene tatsächlich zu einer freien Willensentscheidung nicht fähig ist. Bei einem nicht entscheidungsfähigen Patienten bleiben die Festlegungen in einer Patientenverfügung für eine ärztliche Behandlung maßgeblich, wenn sie mit freiem Willen getroffen wurden und auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutreffen. Im Übrigen darf die ärztliche Zwangsmaßnahme dem früher geäußerten freien Willen bzw. dem mutmaßlichen Willen, der aufgrund konkreter Anhaltspunkte zu ermitteln ist, nicht widersprechen. Außerdem muss gewährleistet sein, dass die drohenden erheblichen gesundheitlichen Beeinträchtigungen mit hohen Erfolgsaussichten durch eine nicht zu eingriffsintensive Behandlung abgewehrt werden können. Der zu erwartende Nutzen muss die zu erwartenden Beeinträchtigungen damit deutlich überwiegen. Schließlich darf nach dem Ultima-Ratio-Gebot eine ärztliche Zwangsmaßnahme nur durchgeführt werden, wenn andere weniger einschneidende Mittel nicht zur Verfügung stehen. Ärztliche Zwangsmaßnahmen sind auf das unabwendbare Maß zu begrenzen.

Das Bundesverfassungsgericht hat damit die grundsätzliche Zulässigkeit von ärztlichen Zwangsmaßnahmen, wie sie derzeit in § 1906 des Bürgerlichen Gesetzbuchs geregelt sind, bestätigt, allerdings in der bestehenden Regelung eine Schutzlücke insoweit ausgemacht, als sie die Zulässigkeit einer ärztlichen Zwangsmaßnahme zwingend an eine gerichtlich genehmigte freiheitsentziehende Unterbringung knüpft. Das Bundesverfassungs-

gericht hat nämlich festgestellt, dass für diejenigen hilfebedürftigen Personen eine Schutzlücke besteht, die nicht freiheitsentziehend untergebracht sind und auch nicht freiheitsentziehend untergebracht werden dürfen, weil sie sich der ärztlichen Zwangsmaßnahme körperlich nicht entziehen können oder räumlich nicht entziehen wollen, aber dennoch zur Abwendung eines erheblichen gesundheitlichen Schadens einer stationären Behandlung bedürfen. Das Bundesverfassungsgericht hat dem Gesetzgeber aufgegeben, für diese Fallgruppe eine Regelung zu treffen. Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz hat sich bereits vor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts mit der Problematik auseinandergesetzt und hierzu mit Expertinnen und Experten sowie mit Vertreterinnen und Vertretern der Betroffenenverbände Gespräche geführt. Es wird in naher Zukunft ein Gesetzgebungsverfahren einleiten und die Bundesländer und Verbände zu einem Referentenentwurf anhören.

In die Überlegungen, die wir derzeit und zukünftig zur Verbesserung des deutschen Betreuungsrechts anstellen, möchten wir - gerade vor dem Hintergrund der Vorgaben der UN-Behindertenrechtskonvention - die Erfahrungen und Diskussionen aus anderen Ländern einfließen lassen. Deshalb sind wir sehr froh, dass der Weltkongress als Forum für einen internationalen Austausch im Erwachsenenschutz hier in Erkner stattfindet. Ich freue mich über das gute Gelingen der Veranstaltung und möchte mich bei allen Mitwirkenden herzlich dafür bedanken!

Betreuungsrecht im internationalen Kontext



Die Entwicklung des deutschen Betreuungs- und Unterbringungsrechts

Hans-Joachim Dose¹

Zum 1. Januar 1992 hat das in den §§ 1896 ff. BGB geregelte Betreuungsrecht die früheren Vorschriften über die Entmündigung mit anschließender Anordnung einer Vormundschaft und die Gebrechlichkeitspflegschaft abgelöst.² Das gerichtliche Verfahrensrecht ist seit dem 1. September 2009 in den §§ 271 ff. FamFG geregelt.³ Das materielle Betreuungsrecht ist seit dem Inkrafttreten durch sechs weitere Gesetze nicht unerheblich geändert und präzisiert worden.⁴ In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) sind inzwischen viele anfängliche Zweifels- und Auslegungsfragen geklärt. Auf der Grundlage der höchstrichterlichen Rechtsprechung des BGH und des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) zeichnen sich zudem weitere Änderungen ab, insbesondere hinsichtlich der Notwendigkeit bestimmter Formen ambulanter ärztlicher Zwangsmaßnahmen.

1. Notwendigkeit der Gesetzesreform 1992

Das Recht der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige war schon seit jeher geprägt von dem Spannungsverhältnis zwischen Fürsorge und Entrechtung.⁵ Seit Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs waren die gesetzlichen Bestimmungen über die Vormundschaft nach Entmündigung und über die Gebrechlichkeitspflegschaft weitgehend unverändert geblieben. Allerdings hatte sich die Anwendung dieser Rechtsinstitute in der gerichtlichen Praxis im Laufe der Jahre nicht unerheblich gewandelt. Die ursprünglich als Regelfall des Erwachsenenschutzes vorgesehene Vormundschaft nach einer Entmündigung, unter anderem wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche, Verschwendung,

¹ Der Beitrag ist in *BtPrax* 2017, 6 ff. veröffentlicht. Für die freundliche Genehmigung des Bundesanzeiger-Verlags zum Abdruck in diesem Band wird gedankt.

² BGBl. I 1990, 2002, vgl. dazu BT-Drs. 11/4528 und BT-Drs. 11/6949.

³ BGBl. I 2008, 2586, 2635 ff., vgl. dazu BT-Drs. 16/6308 S. 264 ff. und BT-Drs. 16/9733 S. 108 ff.

⁴ BtÄndG vom 25.6.1998 BGBl. I 1998, 1580, vgl. dazu BT-Drs. 13/7158 und BT-Drs. 13/10331; 2. BtÄndG vom 21.4.2005 BGBl. I 2005, 1073, vgl. dazu BT-Drs. 15/2494 und BT-Drs. 15/4874; 3. BtÄndG vom 29.7.2009 BGBl. I 2009, 2286, vgl. dazu BT-Drs. 16/8442, BT-Drs. 16/11360, BT-Drs. 16/11493, BT-Drs. 16/13262 und BT-Drs. 16/13314; Gesetz vom 29.6.2011 BGBl. I 2011, 1306, vgl. dazu BT-Drs. 17/3617 und BT-Drs. 17/5512; Gesetz zur Regelung der betreuungsrechtlichen Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme vom 18.2.2013 BGBl. I 2013, 266, vgl. dazu BT-Drs. 17/11513 und BT-Drs. 17/12086; Gesetz zur Stärkung der Funktion der Betreuungsbehörde vom 28.8.2013 BGBl. I 2013, 3393, vgl. dazu BT-Drs. 17/13419, BR-Drs. 220/13, BT-Drs. 17/13619 und BT-Drs. 17/13952.

⁵ BT-Drs. 11/4528 S. 44.

Trunk- oder Rauschgiftsucht, war – regional unterschiedlich – erheblich zurückgegangen. Stattdessen waren vermehrt Gebrechlichkeitspflegschaften gegen den Willen der Betroffenen mit zum Teil umfassenden Wirkungskreisen angeordnet worden.⁶ Denn die Entmündigung führte stets zur Geschäftsunfähigkeit oder zur beschränkten Geschäftsfähigkeit des Betroffenen, unabhängig davon, ob dieser im natürlichen Sinn geschäftsunfähig war oder nicht. Die Anordnung der Gebrechlichkeitspflegschaft hatte hingegen keinen Einfluss auf die Geschäftsfähigkeit. Unabhängig von dieser früheren Zweiteilung des Erwachsenenschutzes enthielt das Recht der Vormundschaft über Volljährige und das Recht der Gebrechlichkeitspflegschaft in weiten Bereichen keine eigenen Regelungen, sondern verwies auf das Recht der Vormundschaft über Minderjährige. Wegen dieser und vieler anderer Gründe⁷ erschienen die überkommenen Regelungen dringend reformbedürftig. Diese grundlegende Reform erfolgte mit dem Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige (Betreuungsgesetz – BtG) vom 12. September 1990.⁸

2. Voraussetzungen einer rechtlichen Betreuung

Die rechtliche Betreuung nach den §§ 1896 ff. BGB hat die frühere Entmündigung mit nachfolgender Vormundschaft und die Gebrechlichkeitspflegschaft als einheitliches Institut des Erwachsenenschutzes zusammengeführt und deren Voraussetzungen nunmehr ausdrücklich geregelt. Sie kann nur angeordnet werden, wenn ein Volljähriger – nach § 1908a BGB auch eine Minderjähriger, der das 17. Lebensjahr vollendet hat – aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung seine Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht besorgen kann (§ 1896 Abs. 1 Satz 1 BGB). Aufgrund körperlicher Behinderung darf ein Betreuer nur auf Antrag des Volljährigen bestellt werden, es sei denn, dass dieser seinen Willen nicht kundtun kann.

Weil auch nach der Rechtsprechung des BVerfG niemand zum Objekt staatlichen Handelns werden darf und jeder das Recht hat, sein Leben nach seinen Vorstellungen zu gestalten, soweit nicht Rechte Dritter oder andere, mit Verfassungsrang ausgestaltete Rechtsgüter betroffen sind, hat der Staat nicht das Recht, den zur freien Willensbestimmung fähigen Betroffenen zu erziehen, zu bessern oder zu hindern, sich selbst zu schädigen.

⁶ BT-Drs. 11/4528 S. 43, 46.

⁷ Vgl. insoweit BT-Drs. 11/4528 S. 38ff.

⁸ BGBl. I 1990, 2002; vgl. dazu BT-Drs. 11/4542 (BReg) und BT-Drs. 11/6949 (Rechtsausschuss).

Soweit der Betroffene zur freien Willensbestimmung fähig ist, darf gegen seinen Willen kein Betreuer bestellt werden. Dies hat den Gesetzgeber veranlasst, zum 1. Juli 2005 in § 1896 BGB einen Abs. 1a neu einzuführen, in dem dies nun ausdrücklich geregelt ist.⁹

Nach der Rechtsprechung des BGH ist der Begriff der freien Willensbestimmung im Sinne des § 1896 Abs. 1a BGB mit dem der Geschäftsfähigkeit in § 104 Nr. 2 BGB im Kern deckungsgleich. Die beiden entscheidenden Kriterien sind die Einsichtsfähigkeit des Betroffenen und dessen Fähigkeit, nach dieser Einsicht zu handeln. Fehlt es an einem dieser beiden Elemente, liegt kein freier, sondern nur ein natürlicher Wille vor. Im Unterschied zur umfassenden Geschäftsunfähigkeit ist das Fehlen eines freien Willens speziell für den Wirkungskreis der Betreuung oder die Unterbringungs Voraussetzungen festzustellen. Dabei setzt die Einsichtsfähigkeit die Fähigkeit des Betroffenen voraus, die für und wider eine Betreuerbestellung sprechenden Gesichtspunkte zu erkennen und gegeneinander abzuwägen, wobei an die Auffassungsgabe des Betroffenen keine überspannten Anforderungen gestellt werden dürfen. Auch der an einer Erkrankung im Sinne des Paragraphen 1896 Abs. 1 BGB leidende Betroffene kann in der Lage sein, einen freien Willen zu bilden und ihn zu äußern. Der Betroffene muss allerdings Grund, Bedeutung und Tragweite einer Betreuung intellektuell erfassen können, was denkbare Voraussetzung, dass er seine Defizite im Wesentlichen zutreffend einschätzen und auf der Grundlage dieser Einschätzung die für oder gegen eine Betreuung sprechenden Gesichtspunkte gegeneinander abwägen kann. Ist der Betroffene zur Bildung eines klaren Urteils zur Problematik der Betreuerbestellung in der Lage, muss es ihm weiter möglich sein, nach diesem Urteil zu handeln und sich dabei von den Einflüssen interessierter Dritter abzugrenzen. Im Rahmen einer geschlossenen Unterbringung nach 1906 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BGB schließt eine fehlende Krankheitseinsicht des Betroffenen dessen freie Willensbestimmung hinsichtlich der Unterbringungs Voraussetzungen regelmäßig aus.¹⁰ Die zugrundeliegenden Feststellungen zum krankheitsbedingten Ausschluss der freien Willensbestimmung müssen nach ständiger Rechtsprechung des BGH durch ein Sachverständigengutachten belegt sein¹¹ und im Rahmen einer persönlichen Anhörung des Betroffenen verifiziert werden.¹²

⁹ BGBl. I 2005, 1073; vgl. BT-Drs. 15/2494 S. 17, 27 f. und BT-Drs. 15/4874.

¹⁰ BGH Beschluss vom 13. April 2016 - XII ZB 236/15 - FamRZ 2016, 1065.

¹¹ BGH Beschluss vom 16. Dezember 2015 - XII ZB 381/15 - FamRZ 2016, 456 Rn. 10.

¹² BGH Beschluss vom 2. Dezember 2015 - XII ZB 227/12 - FamRZ 2016, 300 Rn. 9.

3. Erforderlichkeit der rechtlichen Betreuung und Subsidiarität gegenüber einer Vorsorgevollmacht

Das gesamte Betreuungs- und Unterbringungsrecht ist vom Prinzip der Erforderlichkeit geprägt.¹³ Ein Betreuer darf nach § 1896 Abs. 2 Satz 1 BGB nur für einen Aufgabenkreis bestellt werden, in dem die Betreuung erforderlich ist. Eine Betreuung ist nach § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht erforderlich, soweit die Angelegenheiten des Volljährigen durch einen Bevollmächtigten oder durch andere Hilfen ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können. Der Grundsatz der Erforderlichkeit verlangt für die Bestellung eines Betreuers mithin die konkrete tatrichterliche Feststellung, dass sie – auch unter Beachtung der Verhältnismäßigkeit – notwendig ist, weil der Betroffene auf entsprechende Hilfen angewiesen ist und weniger einschneidende Maßnahmen nicht in Betracht kommen.

Die Erforderlichkeit der Betreuung ergibt sich also nicht allein aus der subjektiven Unfähigkeit des Betroffenen, seine Angelegenheiten selbst regeln zu können, seiner Betreuungsbedürftigkeit. Hinzutreten muss ein konkreter Bedarf für die Bestellung eines Betreuers mangels anderer Hilfen. Ob und für welche Aufgabebereiche ein solcher objektivere Betreuungsbedarf besteht, ist aufgrund der konkreten gegenwärtigen Lebenssituation des Betroffenen zu beurteilen. Dabei ist allerdings das Vorliegen eines aktuellen Handlungsbedarfs nicht zwingend erforderlich; es genügt, dass dieser Bedarf jederzeit auftreten kann und für diesen Fall die begründete Besorgnis besteht, dass ohne die Einrichtung einer Betreuung nicht das Notwendige veranlasst wird.¹⁴

Bei der Frage, ob faktische Hilfen durch Verwandte, Freunde oder soziale Dienste eine Betreuung entbehrlich machen, kommt es darauf an, ob der festgestellte Betreuungsbedarf die Vornahme rechtlicher Handlungen im Namen des Betroffenen einschließt. Sobald rechtsgeschäftliche Willenserklärungen oder Einwilligungen zu ärztlichen Heileingriffen abzugeben sind, kann nur eine Person für den Hilfebedürftigen handeln, die mit entsprechender Vertretungsmacht ausgestattet ist. Ist der Betreute geschäftsunfähig und fehlt es bislang an einem Bevollmächtigten, so kommt als gesetzlicher Vertreter nur ein Betreuer im Rahmen seines Aufgabenkreises in Betracht.¹⁵ Hat der Betroffene in Zeiten seiner Geschäftsfähigkeit eine wirksame Vorsorgevollmacht erteilt, steht diese der Erforderlichkeit einer Betreu-

¹³ BT-Drs. 15/2494 S. 13.

¹⁴ BGH Beschluss vom 20. Mai 2015 - XII ZB 96/15 - FamRZ 2015, 1378 Rn. 10.

¹⁵ BGH Beschluss vom 20. Mai 2015 - XII ZB 96/15 - FamRZ 2015, 1378 Rn. 11.

ung grundsätzlich entgegen. Streiten die Beteiligten allerdings darüber, ob eine Vorsorgevollmacht wirksam erteilt ist oder ob sie später wirksam widerrufen wurde, kann gleichwohl eine Betreuung erforderlich sein, wenn der Streit die Akzeptanz der vorhandenen Vorsorgevollmacht im Rechtsverkehr einschränkt, weil berechtigte Zweifel an der Wirksamkeit verbleiben.¹⁶

Übt der Bevollmächtigte die Vollmacht entgegen den Interessen des Vollmachtgebers aus, kann eine Kontrollbetreuung, eine Ausweitung des Umfangs der Betreuung auf die Geltendmachung von Rechten des Betreuten gegenüber seinem Bevollmächtigten gemäß § 1896 Abs. 3 BGB oder die Anordnung einer Widerrufsbetreuung in Betracht kommen. Dabei ist allerdings zu beachten, dass die Ermächtigung des Betreuers zum Vollmachtwiderruf einen gewichtigen staatlichen Eingriff in das von Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG garantierte Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen darstellt, weshalb sich der Eingriff am Grundrechtsschutz messen lassen muss und es einer gesonderten gerichtlichen Feststellung der Notwendigkeit der Maßnahme bedarf.¹⁷ Ein solcher Grundrechtseingriff ist besonders weitreichend, weil die Auswirkungen nach Ausübung der Befugnis irreversibel sind. Ein Vollmachtwiderruf durch den diesem Aufgabenkreis betrauten Betreuer führt zum Erlöschen der Vollmacht, ohne dass dies rückgängig gemacht werden kann. Denn hat ein Betreuer die Vollmacht widerrufen, kommt eine neue Erteilung regelmäßig wegen der inzwischen eingetretenen Geschäftsunfähigkeit nicht mehr in Betracht. Die Schwere des in der Ermächtigung zum Vollmachtwiderruf liegenden Grundrechtseingriffs erfordert deswegen zur Wahrung des aus Art. 2 Abs. 1 GG folgenden Selbstbestimmungsrechts des Vollmachtgebers eine gesonderte gerichtliche Feststellung der Notwendigkeit der Maßnahme. Die Ermächtigung ist daher weder in allgemein zugewiesenen Aufgabenkreisen eines Regelbetreuers noch in dem Aufgabenkreis eines Kontrollbetreuers nach § 1896 Abs. 3 BGB enthalten. Sie bedarf vielmehr einer besonderen Zuweisung als eigenständiger Aufgabenkreis.¹⁸ Gerechtfertigt ist eine gerichtliche Ermächtigung zum Vollmachtwiderruf allein zu dem Zweck, eine Gefährdungslage für den Betroffenen abzuwenden. Der Aufgabenkreis Vollmachtwiderruf kann daher einem Betreuer nur dann übertragen werden, wenn das Festhalten an der erteilten Vorsorgevollmacht eine künftige Verletzung des Wohls des Betroffenen mit hinreichender Wahr-

¹⁶ BGH Beschluss vom 19. August 2015 - XII ZB 610/14 - FamRZ 2015, 2047 Rn. 27.

¹⁷ BGH Beschlüsse vom 6. Juli 2016 - XII ZB 131/16 - Juris Rn. 25 f. und vom 28. Juli 2015 - XII ZB 674/14 - FamRZ 2015, 1702 - BGHZ 206, 321 Rn. 11 ff.

¹⁸ BGH Beschluss vom 28. Juli 2015 - XII ZB 674/14 - FamRZ 2015, 1702 - BGHZ 206, 321 Rn. 18.

lichkeit in erheblicher Schwere befürchten lässt, was im Regelfall zunächst im Rahmen einer Kontrollbetreuung zu klären ist.¹⁹

4. Bestellung einer natürlichen Person

Zum Betreuer ist nach § 1897 Abs. 1 BGB grundsätzlich eine natürliche Person zu bestellen, die geeignet ist, in dem gerichtlich bestimmten Aufgabenkreis die Angelegenheiten des Betreuten rechtlich zu besorgen und ihn in dem hierfür erforderlichen Umfang persönlich zu betreuen. Dabei sind sowohl die Vorschläge des Betroffenen als auch seine verwandtschaftlichen Bindungen zu berücksichtigen (§ 1897 Abs. 4 und 5 BGB).

Hat der Betroffene eine bestimmte Person zum Betreuer vorgeschlagen, räumt die Vorschrift des § 1897 Abs. 4 Satz 1 BGB dem Tatrichter bei der Auswahl des Betreuers kein Ermessen ein. Es ist die Person zum Betreuer zu bestellen, die der Betroffene wünscht. Der Wille des Betroffenen kann nur dann unberücksichtigt bleiben, wenn die Bestellung der vorgeschlagenen Personen seinem Wohl zuwiderläuft. Das setzt voraus, dass sich aufgrund einer umfassenden Abwägung aller relevanten Umstände Gründe von erheblichem Gewicht ergeben, die gegen die Bestellung der vorgeschlagenen Person sprechen. Es muss die konkrete Gefahr bestehen, dass der Vorgeschlagene die Betreuung des Betroffenen nicht zu dessen Wohl führen kann oder will.²⁰ Hat der Betroffene niemanden als Betreuer vorgeschlagen, sind bei der Auswahl des Betreuers nach § 1897 Abs. 5 Satz 1 BGB die verwandtschaftlichen Beziehungen des Betroffenen, insbesondere dessen persönliche Bindungen zu berücksichtigen.²¹ Ist eine vom Betroffenen vorgeschlagene Person für einzelne Aufgabenkreise nicht geeignet, ist sie damit noch nicht unbedingt vollständig als Betreuer ausgeschlossen. Denn § 1899 BGB sieht ausdrücklich die Möglichkeit der Bestellung mehrerer Betreuer, entweder für denselben Aufgabenkreis oder für verschiedene Aufgabenkreise vor.²²

Wie der Gesetzgeber inzwischen mit Wirkung zum 1. Januar 1999 ausdrücklich klargestellt hat, ist die Bestellung eines Berufsbetreuers im Hinblick darauf subsidiärer.²³ Wer Betreuungen im Rahmen seiner Berufs-

¹⁹ BGH Beschluss vom 28. Juli 2015 - XII ZB 674/14 - FamRZ 2015, 1702 - BGHZ 206, 321 Rn. 33ff.

²⁰ BGH Beschluss vom 25. März 2015 - XII ZB 621/14 - FamRZ 2015, 1178 Rn. 28.

²¹ BGH Beschluss vom 15. Dezember 2010 - XII ZB 165/10 - FamRZ 2011, 285 Rn. 15, 18.

²² Vgl. BGH Beschluss vom 22. April 2015 - XII ZB 577/14 - FamRZ 2015, 1103 Rn. 8.

²³ BGBl. I 1998, 1580; vgl. BT-Drs. 13/10331 S. 19 f., 25 f.

ausübung führt, soll nur dann zum Betreuer bestellt werden, wenn keine andere geeignete Person zu Verfügung steht, die zur ehrenamtlichen Führung der Betreuung bereit ist. Und nur dann, wenn auch keine natürliche Person als Berufsbetreuer zur Verfügung steht, bestellt das Gericht einen Betreuungsverein oder die Betreuungsbehörde zum Betreuer. Eine solche Betreuerbestellung, bei der sich der Verein oder die Behörde ihrer Mitarbeiter zur Durchführung der Betreuung bedient, ist folglich äußerst subsidiär (vgl. § 1900 BGB).

5. Umfang der Betreuung

Mit Einführung des neuen Betreuungsrechts hat der Gesetzgeber den Umfang der Betreuung und die Pflichten des Betreuers in § 1901 BGB geregelt. Durch den zum 1. Januar 1999 in Kraft getretenen neuen Abs. 1 wollte der Gesetzgeber die Abgrenzung zwischen den einem Betreuer vom Gesetz zugewiesenen Amtsgeschäften und dessen darüberhinausgehendem faktischen Engagement für den Betreuten verdeutlichen. Die für die Prüfung der Erforderlichkeit gebotene Ermittlung von Willen und Wünschen des Betreuten wird dem Betreuer vielfach nur auf der Grundlage eines Vertrauensverhältnisses zum Betreuten gelingen, das durch Maßnahmen persönlicher Zuwendung aufgebaut und erhalten werden will. Auch solche vertrauensbildenden und -erhaltenden Maßnahmen können deshalb zur Tätigkeit des Betreuers gehören, wenn sie zur Willenserforschung und damit zu einer persönlichen Interessenwahrnehmung durch den Betreuer erforderlich, das heißt geeignet und notwendig sind und zu dem angestrebten Zweck nicht außer Verhältnis stehen.²⁴

Eine weitere Ergänzung hat der Gesetzgeber mit Wirkung zum 1. Juli 2005 vorgenommen. Nach § 1901 Abs. 4 Satz 2 und 3 BGB hat der Betreuer in geeigneten Fällen auf Anordnung des Gerichts zu Beginn der Betreuung einen Betreuungsplan zu erstellen, wenn die Betreuung berufsmäßig geführt wird. In diesem Betreuungsplan sind die Ziele der Betreuung und die zu ihrer Erreichung zu ergreifenden Maßnahmen darzustellen. Der Berufsbetreuer soll sich zu Beginn der Betreuung mit den zu erreichenden Zielen in der Betreuung gedanklich auseinandersetzen. Der Betreuungsplan gewährleistet ferner, dass das Betreuungsgericht eine objektivierbare Grundlage zur Beurteilung der Effektivität des Betreuerhandelns erhält. Auf ehrenamtliche Betreuer hat der Gesetzgeber diese Verpflichtung allerdings nicht erstreckt, weil sie auf diese potenziell abschreckend wirken könnte.²⁵

²⁴ BT-Drs. 13/7158 S. 33.

²⁵ BT-Drs. 15/2494 S. 29.

Werden dem Betreuer Umstände bekannt, die eine Aufhebung der Betreuung, eine Ausweitung oder Einschränkung seines Aufgabenkreises oder die Anordnung oder Aufhebung eines Einwilligungsvorbehalts gebieten, hat er dies dem Gericht mitzuteilen (1901 Abs. 5, 1903 Abs. 5 BGB).

6. Patientenverfügung und Genehmigungspflicht des Betreuungsgerichts bei schwerwiegenden ärztlichen Maßnahmen

Mit der zum 1. Juli 2005 in Kraft getretenen²⁶ und zum 1. September 2009 grundlegend umgestalteten²⁷ Vorschrift des § 1901a BGB hat der Gesetzgeber die Grundsätze einer wirksamen Patientenverfügung in das Gesetz übernommen. Diese Vorschrift steht in engem Zusammenhang mit § 1904 BGB über die Genehmigung des Betreuungsgerichts bei schwerwiegenden ärztlichen Maßnahmen.

Nach § 1904 Abs. 1 BGB bedarf die Einwilligung des Betreuers in eine Untersuchung des Gesundheitszustands, eine Heilbehandlung oder einen ärztlichen Eingriff der Genehmigung des Betreuungsgerichts, wenn die begründete Gefahr besteht, dass der Betreute aufgrund der Maßnahme stirbt oder einen schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet. Ohne die Genehmigung darf die Maßnahme nur durchgeführt werden, wenn mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist. Mit Wirkung zum 1. September 2009 ist diese Vorschrift durch die Absätze 2 bis 5 ergänzt worden.²⁸ Nach § 1904 Abs. 2 BGB bedarf auch die Nichteinwilligung oder der Widerruf der Einwilligung des Betreuers in eine solche Maßnahme der Genehmigung des Betreuungsgerichts, wenn die Maßnahme medizinisch angezeigt ist und die begründete Gefahr besteht, dass der Betreute aufgrund des Unterbleibens oder des Abbruchs der Maßnahme stirbt oder einen schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet.²⁹ Die Genehmigung nach den Absätzen 1 und 2 ist vom Betreuungsgericht zu erteilen, wenn die Maßnahme dem Willen des Betreuten entspricht (§ 1904 Abs. 3 BGB). Einer gerichtlichen Genehmigung bedarf es allerdings dann nicht, wenn bereits zwischen Betreuer und dem behandelndem Arzt Einvernehmen darüber besteht, dass die beabsichtigte Maßnahme dem Willen des Betreuten entspricht. Das ist immer dann der Fall, wenn der Betroffene einen entsprechenden eigenen Willen in einer wirksamen Patien-

²⁶ BGBl. I 2005, 1073, 1073.

²⁷ BGBl. I 2009, 2286.

²⁸ BGBl. I 2009, 2286 f.

²⁹ vgl. BGH Beschluss vom 17. September 2014 - XII ZB 202/13 - FamRZ 2015, 1909 - BGHZ 202, 226 Rn. 14.

tenverfügung gemäß § 1901a Abs. 1 BGB niedergelegt hat und dieser auf die konkret eingetretene Lebens- und Behandlungssituation noch zutrifft.³⁰

Die gleichen Grundsätze gelten gemäß § 1904 Abs. 5 BGB auch dann, wenn ein wirksam Bevollmächtigter in eine entsprechende ärztliche Maßnahme einwilligen, die Einwilligung ablehnen oder diese widerrufen will. Allerdings ermächtigt die erteilte Vollmacht den Bevollmächtigten nur dann zu solchen Maßnahmen, wenn sie diese ausdrücklich umfasst und schriftlich erteilt ist.³¹ Die einen Bevollmächtigten treffenden Pflichten etwa bei der Entscheidung darüber, ob lebensverlängernde Maßnahmen erfolgen sollen, folgen mithin der Systematik der §§ 1901a, 1901b, 1904 BGB.

Sowohl ein Betreuer als auch ein wirksam Bevollmächtigter muss also zunächst prüfen, ob eine eigene, in einer Patientenverfügung im Sinne der Legaldefinition des § 1901a Abs. 1 BGB niedergelegte Entscheidung des Betroffenen vorliegt, und ob diese auf die aktuell eingetretene Lebens- und Behandlungssituation des Betroffenen zutrifft. Dabei ist auch zu hinterfragen, ob die Patientenverfügung noch dem Willen des Betroffenen entspricht, was die Prüfung einschließt, ob das aktuelle Verhalten des nicht mehr entscheidungsfähigen Betroffenen konkrete Anhaltspunkte dafür liefert, dass er unter den gegebenen Umständen den zuvor schriftlich geäußerten Willen nicht mehr gelten lassen will, und ob er bei seiner Festlegung diese Lebenssituation mit bedacht hat. Liegt eine wirksame und auf die aktuelle Situation zutreffende Patientenverfügung vor, hat der Betroffene seine Entscheidung für diese Lebenssituation selbst getroffen. Dem Betreuer oder dem Bevollmächtigten obliegt es dann gemäß § 1901a Abs. 1 Satz 2, Abs. 5 BGB nur noch, dem in der Patientenverfügung niedergelegten Willen des Betroffenen Ausdruck und Geltung zu verschaffen.³² Er hat sodann gemäß § 1901b Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 BGB die beabsichtigte Maßnahme unter Berücksichtigung des Patientenwillens mit dem behandelnden Arzt zu erörtern. Nach § 1901b Abs. 2, 3 BGB soll nahen Angehörigen und sonstigen Vertrauenspersonen des Betroffenen Gelegenheit zur Äußerung gegeben werden, wenn dies ohne erhebliche Verzögerung möglich ist.³³

Unmittelbare Bindungswirkung entfaltet eine schriftliche Patientenverfü-

30 BGH Beschluss vom 17. September 2014 - XII ZB 202/13 - FamRZ 2015, 1909 = BGHZ 202, 226 Rn. 13.

31 BGH Beschluss vom 6. Juli 2016 - XII ZB 61/16 - Juris Rn. 17 f.

32 BGH Beschluss vom 17. September 2014 - XII ZB 202/13 - FamRZ 2015, 1909 = BGHZ 202, 226 Rn. 14.

33 BGH Beschluss vom 6. Juli 2016 - XII ZB 61/16 - Juris Rn. 35; vgl. auch BT-Drs. 16/8442 S. 14 f.

gung also nur dann, wenn ihr konkrete Entscheidungen des Betroffenen über die Einwilligung oder Nichteinwilligung in bestimmte, noch nicht unmittelbar bevorstehende ärztliche Maßnahmen entnommen werden können. Von vornherein nicht ausreichend sind allgemeine Anweisungen, wie die Aufforderung, ein würdevolles Sterben zu ermöglichen oder zuzulassen, wenn ein Therapieerfolg nicht mehr zu erwarten ist. Die Anforderungen an die Bestimmtheit einer Patientenverfügung dürfen allerdings auch nicht überspannt werden. Vorausgesetzt werden kann nur, dass der Betroffene umschreibend festlegt, was er in einer bestimmten Lebens- und Behandlungssituation will und was nicht. Maßgeblich ist nicht, dass der Betroffene seine eigene Biografie als Patient vorausahnt und die zukünftigen Fortschritte in der Medizin vorwegnehmend berücksichtigt. Die Äußerung, keine lebenserhaltenden Maßnahmen zu wünschen, enthält jedenfalls für sich genommen keine hinreichend konkrete Behandlungsentscheidung. Die insoweit erforderliche Konkretisierung kann aber gegebenenfalls durch die Benennung bestimmter ärztlicher Maßnahmen oder die Bezugnahme auf ausreichend spezifische Krankheiten oder Behandlungssituationen erfolgen.³⁴

Liegt keine wirksame Patientenverfügung im Sinne des § 1901a Abs. 1 BGB vor, hat ein Betreuer oder ein Bevollmächtigter eventuelle Behandlungswünsche oder den mutmaßlichen Willen des Betreuten festzustellen und auf dieser Grundlage zu entscheiden.

Behandlungswünsche können etwa alle Äußerungen eines Betroffenen sein, die Festlegungen für eine konkrete Lebens- und Behandlungssituation enthalten, aber den Anforderungen an eine Patientenverfügung nicht genügen, weil sie nicht schriftlich abgefasst wurden, keine antizipierenden Entscheidungen treffen oder von einem minderjährigen Betroffenen verfasst wurden. Ebenso wie beim Vorliegen einer schriftlichen Patientenverfügung genügt allerdings ein ermittelter Behandlungswunsch nicht, wenn sich dieser auf allgemein gehaltene Inhalte beschränkt.³⁵

Auf den mutmaßlichen Willen des Betroffenen ist schließlich abzustellen, wenn sich ein auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation bezogener Wille des Betroffenen nicht feststellen lässt. Der mutmaßliche Wille ist anhand konkreter Anhaltspunkte zu ermitteln, insbesondere anhand

34 BGH Beschluss vom 6. Juli 2016 - XII ZB 61/16 - Juris Rn. 46 f.

35 BGH Beschluss vom 17. September 2014 - XII ZB 202/13 - FamRZ 2015, 1909 = BGHZ 202, 226 Rn. 25, 28.

früherer mündlicher oder schriftlicher Äußerungen, ethischer oder religiöser Überzeugungen und sonstiger persönlicher Wertvorstellungen des Betroffenen. Der Betreuer stellt letztlich eine These auf, wie sich der Betroffene selbst in der konkreten Situation entschieden hätte, wenn er noch über sich selbst bestimmen könnte.³⁶

7. Genehmigung einer geschlossenen Unterbringung und einer ärztlichen Zwangsmaßnahme

Mit der Neuregelung des Betreuungsrechts zum 1. Januar 1992 hat der Gesetzgeber die Voraussetzungen einer zivilrechtlichen Unterbringung des Betroffenen durch den Betreuer in § 1906 Abs. 1 bis 3 BGB geregelt. Nach § 1906 Abs. 4 BGB gelten die genannten Vorschriften entsprechend, wenn dem Betreuten, der sich in einer Anstalt, einem Heim oder einer sonstigen Einrichtung aufhält, ohne untergebracht zu sein, durch mechanische Vorrichtungen, Medikamente oder auf andere Weise über einen längeren Zeitraum oder regelmäßig die Freiheit entzogen werden soll (sog. unterbringungsähnliche Maßnahme). Mit Wirkung zum 1. Januar 1999 hat der Gesetzgeber die Genehmigungspflicht auch auf eine Unterbringung durch einen Bevollmächtigten des Betroffenen erstreckt.³⁷ Mit dieser Regelung ist der Gesetzgeber einerseits dem Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen entgegengekommen und hat ausdrücklich geregelt, dass auch Bevollmächtigte im Falle einer konkret präzisierten Vollmacht über ärztliche Heilbehandlungen und Unterbringungen des Vollmachtgebers entscheiden dürfen. Zum Schutz des Betroffenen hat es solche Entscheidungen durch Bevollmächtigte allerdings den gleichen Voraussetzungen wie entsprechende Entscheidungen eines Betreuers unterworfen.³⁸

Nach der genannten Vorschrift ist eine Unterbringung des Betreuten durch den Betreuer oder einen Bevollmächtigten, die mit Freiheitsentziehung verbunden ist, nur zulässig, solange sie zum Wohl des Betreuten erforderlich ist, weil entweder aufgrund einer psychischen Krankheit oder geistigen oder seelischen Behinderung des Betreuten die Gefahr besteht, dass er sich selbst tötet oder erheblichen gesundheitlichen Schaden zufügt, oder weil zur Abwendung eines drohenden erheblichen gesundheitlichen Schadens eine Untersuchung des Gesundheitszustandes, eine Heilbehandlung oder ein ärztlicher Eingriff notwendig ist, ohne die Unterbringung des Betroffe-

36 BGH Beschlüsse vom 17. September 2014 - XII ZB 202/13 - FamRZ 2015, 1909 = BGHZ 202, 226 Rn. 26 und vom 6. Juli 2016 - XII ZB 61/16 - Juris Rn. 56 ff.

37 BGBl. I 1998, 1580, 1592.

38 BT-Drs. 13/7158 S. 34.

nen nicht durchgeführt werden kann und der Betroffene aufgrund einer psychischen Krankheit oder geistigen oder seelischen Behinderung die Notwendigkeit der Unterbringung nicht erkennen oder nicht nach dieser Einsicht handeln kann. Auch unter diesen Voraussetzungen ist eine Unterbringung allerdings nur mit Genehmigung des Betreuungsgerichts zulässig.³⁹

Im Gegensatz zur öffentlich-rechtlichen Unterbringung verlangt die zivilrechtliche Unterbringung durch einen Betreuer oder einen Bevollmächtigten nach § 1906 Abs. 1 Nr. 1 BGB keine akute, unmittelbar bevorstehende Gefahr für den Betreuten. Notwendig ist allerdings eine ernstliche und konkrete Gefahr für Leib oder Leben des Betreuten. Der Grad der Gefahr ist in Relation zum möglichen Schaden ohne Vornahme der freiheitsentziehenden Maßnahme zu bemessen. Die Gefahr für Leib oder Leben setzt kein zielgerichtetes Verhalten des Betreuten voraus, so dass auch eine völlige Verwahrlosung ausreichen kann, wenn damit eine Gesundheitsgefahr durch körperliche Verelendung oder Unterversorgung verbunden ist.⁴⁰ Das erfordert allerdings objektivierbare und konkrete Anhaltspunkte für den Eintritt eines erheblichen Gesundheitsschadens. Die Genehmigung der Unterbringung nach § 1906 Abs. 1 Nr. 1 BGB muss zudem erforderlich sein. Wenn die Gefahr durch andere Mittel als die freiheitsentziehende Unterbringung abgewendet werden kann, kommt eine Unterbringung als unverhältnismäßig nicht in Betracht. Die Prognose einer nicht anders abwendbaren Suizidgefahr oder einer Gefahr erheblicher gesundheitlicher Schäden baut auf dem Ergebnis der Anhörung des Betreuten und der weiteren Beteiligten nach § 319 f FamFG und dem nach § 321 FamFG einzuholenden Sachverständigen-gutachten auf, ist im Wesentlichen aber Sache des Tatrichters.⁴¹ Alkoholismus für sich gesehen ist keine psychische Krankheit beziehungsweise geistige oder seelische Behinderung im Sinne von § 1906 Abs. 1 Nr. 1 BGB, so dass allein darauf die Genehmigung der Unterbringung nicht gestützt werden darf. Ebenso wenig vermag die bloße Rückfallgefahr eine Anordnung der zivilrechtlichen Unterbringung zu rechtfertigen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Alkoholismus entweder in ursächlichem Zusammenhang mit einem geistigen Gebrechen, insbesondere einer psychischen Erkrankung steht, oder ein auf den Alkoholismus zurückzuführender Zustand eingetreten ist, der das Ausmaß eines geistigen Gebrechens erreicht hat.⁴²

39 BT-Drs. 11/4528 S. 145 ff.

40 Vgl. aber BVerfG FamRZ 2015, 565 Rn. 29 ff.

41 BGH Beschluss vom 13. Januar 2010 - XII ZB 248/09 - FamRZ 2010, 365 Rn. 14 f.

42 BGH Beschluss vom 13. April 2016 - XII ZB 95/16 - FamRZ 2016, 1068 Rn. 8 f.

Eine Unterbringung zur Behandlung des Betroffenen ist nach § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB nur dann zulässig, wenn eine Heilbehandlung notwendig ist, die ohne die Unterbringung nicht durchgeführt werden kann und der Betreute aufgrund einer psychischen Krankheit die Notwendigkeit der Unterbringung nicht erkennen oder nicht nach dieser Einsicht handeln kann. Da die Unterbringung nach dieser Vorschrift nicht an die engen Voraussetzungen des § 1906 Abs. 1 Nr. 1 BGB gebunden ist, kommt dem Verhältnismäßigkeitsprinzip bei der Anwendung dieser Regelung als notwendigem Korrektiv für Eingriffe in das Freiheitsrecht besondere Bedeutung zu. Für eine die Unterbringung rechtfertigende Heilbehandlung muss deshalb im Einzelfall eine medizinische Indikation bestehen und der mögliche therapeutische Nutzen der Behandlung gegen die Gesundheitsschäden abgewogen werden, die ohne die Behandlung entstehen würden.⁴³ Erforderlich für eine Zustimmung des Betreuers in eine Unterbringung zur Behandlung des Betroffenen nach § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB ist außerdem, dass sich sein Aufgabenkreis zum einen auf die Aufenthaltsbestimmung allgemein oder speziell auf die Befugnis zur Unterbringung und außerdem auf die Gesundheitsfürsorge erstreckt.⁴⁴ Schließlich ist eine Unterbringung des Betroffenen zur Heilbehandlung gemäß § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB nur genehmigungsfähig, wenn eine erfolgversprechende Heilbehandlung durchgeführt werden kann. Dies setzt entweder einen die Heilbehandlung deckenden entsprechenden natürlichen Willen des Betroffenen oder die rechtlich zulässige Überwindung seines entgegenstehenden natürlichen Willens mittels ärztlicher Zwangsbehandlung voraus. Die Genehmigung der Unterbringung zu Heilbehandlung nach § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB ist daher möglich, wenn von vornherein zumindest nicht ausgeschlossen ist, dass sich der Betroffene in der Unterbringung behandeln lassen wird, sein natürlicher Wille also nicht bereits der medizinisch notwendigen Behandlung entgegensteht, er aber die Notwendigkeit der Unterbringung nicht einsieht. Davon kann so lange ausgegangen werden, wie sich die Weigerung des Betroffenen, sich behandeln zu lassen, nicht manifestiert hat. In diesen Fällen scheidet eine Einwilligung nach § 1906 Abs. 3 BGB schon deshalb aus, weil die ärztliche Maßnahme dem natürlichen Willen des Betroffenen nicht widerspricht.⁴⁵

Ob und unter welchen Voraussetzungen eine ärztliche Zwangsmaßnahme gegen den Willen des Betroffenen zulässig ist, war auch nach Einführung des Betreuungs- und Unterbringungsrechts zum 1. September 2009 umstrit-

43 BGH Beschluss vom 23. Juni 2010 - XII ZB 118/10 - FamRZ 2010, 1432 Rn. 7.

44 BGH Beschluss vom 14. August 2013 - XII ZB 614/11 - FamRZ 2013, 1726 Rn. 22 f.

45 BGH Beschluss vom 30. Juli 2014 - XII ZB 169/14 - FamRZ 2014, 1694 Rn. 21 f.

ten. Der BGH hatte dies zunächst aus § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB hergeleitet. Wenn der Betroffene zu Heilbehandlung geschlossen untergebracht werden könne, müsse auch eine Zwangsbehandlung gegen seinen Willen möglich sein. Da eine medizinische Maßnahme nur dann als im Sinne des § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB notwendig angesehen werden könne, wenn sie rechtlich zulässig sei, könne der Betroffene auf dieser Rechtsgrundlage nur dann freiheitsentziehend untergebracht werden, wenn er während der Unterbringung auch behandelt werden dürfe. Sähe man die zwangsweise Überwindung eines der Behandlung entgegenstehenden Willens des Betroffenen auch im Rahmen einer freiheitsentziehenden Unterbringungsmaßnahme als unzulässig an, würde der Anwendungsbereich des § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB von vornherein auf die seltenen Fälle beschränkt, in denen der Betroffene zwar die Notwendigkeit der medizinischen Maßnahme bejahe oder jedenfalls trotz fehlender Behandlungseinsicht keinen dieser Maßnahme entgegenstehenden natürlichen Willen manifestiere, in denen er aber nicht die Notwendigkeit der Unterbringung einsehe. § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB könne deshalb sinnvoll nur dahin ausgelegt werden, dass der Betroffene die notwendigen medizinischen Maßnahmen, in die der Betreuer zu seinem Wohl eingewilligt habe und derentwegen der Betroffene mit Genehmigung des Betreuungsgerichts vom Betreuer freiheitsentziehend untergebracht werden dürfe, unabhängig von seinem möglicherweise entgegenstehenden natürlichen Willen während der Unterbringung zu dulden habe.⁴⁶ Diese Rechtsprechung hat der BGH später allerdings im Hinblick auf entgegenstehende Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR)⁴⁷ und des BVerfG⁴⁸ aufgegeben. Im Jahre 2012 hat der BGH entschieden, dass es an einer den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügenden gesetzlichen Grundlage für eine betreuungsrechtliche Zwangsbehandlung fehle. Zwar sei der Gesetzgeber nach der Rechtsprechung des BVerfG berechtigt, unter engen Voraussetzungen Behandlungsmaßnahmen gegen den natürlichen Willen des Grundrechtsträgers ausnahmsweise zu ermöglichen, wenn dieser zur Einsicht in die Schwere seiner Krankheit und die Notwendigkeit von Behandlungsmaßnahmen oder zum Handeln gemäß solcher Einsicht krankheitsbedingt nicht fähig sei. In materieller Hinsicht folge aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit jedoch, dass Maßnahmen der Zwangsbehandlung nur eingesetzt werden dürften, wenn sie im Hinblick auf das Behandlungsziel, das ihren Einsatz rechtfertige, Erfolg versprächen. Zwangsmaßnah-

46 BGH Beschluss vom 23. Januar 2008 - XII ZB 185/07 - FamRZ 2008, 866 Rn. 22.

47 EGMR NJW-RR 2006, 308 und vom 8. April 2014 - 75095/11 - juris.

48 BVerfG FamRZ 2011, 1927 und 2016, 886.

men dürften ferner nur als letztes Mittel eingesetzt werden, wenn mildere Mittel keinen Erfolg versprechen. Zudem müsse der Zwangsbehandlung, soweit der Betroffene gesprächsfähig sei, der ernsthafte, mit dem nötigen Zeitaufwand und ohne Ausübung von unzulässigem Druck unternommene Versuch vorausgegangen sein, seine auf Vertrauen gegründete Zustimmung zu erreichen. Ferner sei es notwendig, die Zwangsbehandlung zu dokumentieren.⁴⁹

Weder die Vorschriften des Betreuungs- und Unterbringungsrechts noch die entsprechenden verfahrensrechtlichen Vorschriften genügten diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine ärztliche Zwangsmaßnahme. Denn nach der Rechtsprechung des BVerfG muss eine solche Vorschrift so bestimmt gefasst sein, wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist. Für den aktuell oder potenziell betroffenen Untergebrachten sowie für die zur Normanwendung in erster Linie berufenden Entscheidungsträger, also die Betreuer, die Unterbringungseinrichtung und die behandelnden Ärzte, müssen die wesentlichen Voraussetzungen für eine Zwangsbehandlung unmittelbar aus dem Gesetz erkennbar sein.

In Folge dieser Entscheidung hat der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Regelung der betreuungsrechtlichen Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme vom 18. Februar 2013⁵⁰ mit Wirkung zum 19. Februar 2013 die materiellen und formellen Voraussetzungen für eine ärztliche Zwangsmaßnahme geschaffen. Nach der neu eingeführten Vorschrift des § 1906 Abs. 3 BGB darf der Betreuer nur dann in eine ärztliche Zwangsmaßnahme einwilligen, die dem natürlichen Willen des Betreuten widerspricht, wenn dieser aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer geistigen oder seelischen Behinderung nicht die Notwendigkeit der Maßnahme erkennen oder nach dieser Einsicht handeln kann, zuvor versucht wurde, den Betreuten von der Notwendigkeit der ärztlichen Maßnahmen zu überzeugen, die ärztliche Zwangsmaßnahme im Rahmen der Unterbringung nach § 1906 Abs. 1 BGB zum Wohle des Betreuten erforderlich ist, um einen drohenden erheblichen gesundheitlichen Schaden abzuwenden, der erhebliche gesundheitliche Schaden durch keine andere dem Betreuten zumutbare Maßnahme abgewendet werden kann und der zu erwartenden Nutzen der ärztlichen Zwangsmaßnahme die zu erwartenden Beeinträchtigungen deutlich überwiegt. Nach § 1906 Abs. 3a BGB bedarf auch die

⁴⁹ BGH Beschluss vom 20. Juni 2012 – XII ZB 99/12 – FamRZ 2012, 1366 – BGHZ 193, 337 Rn. 21 f.

⁵⁰ BGBl. I 2013, 266.

Einwilligung in die ärztliche Zwangsmaßnahme der Genehmigung durch das Betreuungsgericht. Der Betreuer hat die Einwilligung in die ärztliche Zwangsmaßnahme zu widerrufen, wenn ihre Voraussetzungen weggefallen sind. Er hat den Widerruf dem Betreuungsgericht anzuzeigen.⁵¹ Entsprechend sind auch die Verfahrensvorschriften im FamFG angepasst worden.

Auf der Grundlage dieser gesetzlichen Regelung hat der BGH inzwischen die Voraussetzungen einer ärztlichen Zwangsmaßnahme weiter geklärt. Danach setzt die Zulässigkeit einer zeitlich eng begrenzten zwangsweisen Behandlung unter anderem voraus, dass vor der Einwilligung in die ärztliche Zwangsmaßnahme versucht wurde, den Betroffenen von der Notwendigkeit der ärztlichen Maßnahmen zu überzeugen und seine auf Vertrauen gegründete Zustimmung zu erreichen. Dieser Versuch muss ernsthaft, mit dem nötigen Zeitaufwand und ohne Ausübung unzulässigen Drucks durch eine überzeugungsfähige und -bereite Person unternommen worden sein, was das Gericht in jedem Einzelfall festzustellen und in seiner Entscheidung in nachprüfbarer Weise dazulegen hat.⁵²

8. Ambulante ärztliche Zwangsmaßnahmen

Neben den genannten ärztlichen Zwangsmaßnahmen im Rahmen einer geschlossenen Unterbringung sieht das Gesetz keine Möglichkeit einer ambulanten Zwangsbehandlung, also keine ärztliche Zwangsbehandlung ohne geschlossene Unterbringung des Betroffenen vor. Auf daraus folgende Lücken im Erwachsenenschutz hatte der BGH schon in der Vergangenheit wiederholt hingewiesen. Denn die gesetzliche Vorschrift des § 1906 BGB geht von einem engen Begriff der mit Freiheitsentziehung verbundenen Unterbringung aus und erfasst deswegen keine ambulanten Zwangsmaßnahmen.⁵³ Trotz dieser deutlichen Hinweise auf die Notwendigkeit einer Regelung zu bestimmten Formen ambulanter Zwangsbehandlung hat der Gesetzgeber solche bewusst nicht ermöglicht. Auch im Zusammenhang mit der Änderung des § 1906 BGB mit Wirkung zum 26. Februar 2013 hat er ausdrücklich davon abgesehen.⁵⁴ Mit der Verankerung der ärztlichen Zwangsmaßnahmen in § 1906 Abs. 3 BGB sollte der Zusammenhang mit der betreuungsrechtlichen Unterbringung erhalten bleiben. Die Einwilligung des Betreuers in eine ärztliche Zwangsmaßnahme

⁵¹ Vgl. BT-Drs. 17/11513 S. 5 ff.

⁵² BGH Beschluss vom 2. September 2015 – XII ZB 226/15 – FamRZ 2015, 2050 Rn. 26.

⁵³ BGH Beschlüsse vom 20. Juni 2012 – XII ZB 99/12 – FamRZ 2012, 1366 – BGHZ 193, 337 Rn. 48; vom 23. Januar 2008 – XII ZB 185/07 – FamRZ 2008, 866, 868 und vom 11. Oktober 2000 – XII ZB 69/00 – FamRZ 2001, 149, 152 – BGHZ 145, 297, 310.

⁵⁴ BGBl. I 2013, 266.

me solle weiterhin nur im Rahmen einer Unterbringung nach § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB möglich sein.⁵⁵

Nachdem in der Folgezeit Fälle rechtshängig geworden waren, in denen allein die stationäre Zwangsbehandlung den verfassungsrechtlichen Anforderungen an einen effektiven Erwachsenenschutz nicht gerecht werden konnte, hat der BGH mit Beschluss vom 1. Juli 2015⁵⁶ ein solches Verfahren dem BVerfG vorgelegt. Eine 63-jährige Betroffene litt unter einer schizoaffektiven Psychose. Seit 2014 war deswegen eine Betreuerin bestellt. Ihr Aufgabenkreis umfasste unter anderem die Sorge für die Pflege und Gesundheit einschließlich der Zustimmung zu ärztlichen Maßnahmen und Behandlungen sowie die Aufenthaltsbestimmung einschließlich der Entscheidung über eine Unterbringung oder unterbringungsähnliche Maßnahme. Im Jahre 2014 wurde bei der Betroffenen Brustkrebs festgestellt. Weitere Untersuchungen und eine Behandlung der Erkrankung lehnte sie, beeinflusst durch ihre psychotische Erkrankung, ab. Die Voraussetzungen einer geschlossenen Unterbringung waren nach der Rechtsprechung des BGH zum engen Unterbringungs-begriff nicht gegeben, weil sie bereits nicht mehr in der Lage war, die Abteilung des Krankenhauses zu verlassen. Die Betroffene selbst war allerdings wegen ihrer schizoaffektiven Psychose auch nicht in der Lage, mit freiem Willen über die medizinisch notwendige Behandlung zu entscheiden. Weil das Gesetz für solche Fälle keine ärztlichen Zwangsmaßnahmen gegen den Willen der Betroffenen zuließ, hat der BGH darin einen Verstoß gegen einen verfassungsrechtlich gebotenen effektiven Erwachsenenschutz erblickt und das Verfahren dem BVerfG vorgelegt.

Auf diesen Vorlagebeschluss hat das BVerfG kürzlich unter anderem entschieden,⁵⁷ dass das in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG garantierte Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit nicht nur ein subjektives Abwehrrecht, sondern auch staatliche Schutzpflichten begründet. Hinsichtlich nicht einsichtsfähiger Menschen, für die ein Betreuer bestellt ist, verpflichtet das Grundgesetz den Gesetzgeber, ein System der Hilfe und des Schutzes vorzusehen. Ärztliche Untersuchungs- und Heilmaßnahmen müssen dann in gravierenden Fällen als ultima ratio auch unter Überwindung des entgegenstehenden natürlichen Willens solcher Betreuer vorgenommen werden dürfen. Die staatliche Schutzpflicht gegenüber den Hilflosen

⁵⁵ BT-Drs. 17/11513 S. 6.

⁵⁶ BGH Beschluss vom 1. Juli 2015 - XII ZB 89/15 - FamRZ 2015, 1484.

⁵⁷ BVerfG Beschluss vom 26. Juli 2016 - 1 BvL 8/15 - juris; FamRZ 2016, 1738 ff, BtPrax 2016, 182 ff.

überwiegt dann im Verhältnis zum Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen und deren körperlicher Integrität, wenn mit der zur Abwehr der Gefahr notwendigen medizinischen Maßnahme keine besonderen Behandlungsrisiken einhergehen und es auch keine tragfähigen Anhaltspunkte dafür gibt, dass gerade die Behandlungsverweigerung dem ursprünglichen freien Willen der Betreuten entspricht. Auf dieser verfassungsrechtlichen Grundlage wird der Gesetzgeber jetzt die Voraussetzungen für eine ärztliche Zwangsbehandlung neu zu regeln haben.

Erwachsenenschutz, Vormundschaft und Betreuung aus menschenrechtlicher Behinderungsperspektive

Prof. Dr. Theresia Degener⁵⁸

Ich bedanke mich bei den Veranstalterinnen und Veranstaltern des 4. Weltkongresses für die Einladung, die ich gerne angenommen habe.

1. Einführung

Die UN Behindertenrechtskonvention von 2006 stellt in vielerlei Hinsicht eine Weiterentwicklung des internationalen Menschenrechtsschutzes dar. So gehört die UN BRK zu den modernen Völkerrechtsquellen, mit denen das nationale Monitoring als neues Instrument der Implementierung und der Überwachung von Menschenrechten eingeführt wird. Auch die EU konnte erstmals als regionale Organisation einem Menschenrechtsübereinkommen beitreten und ist seit 2010 Mitglied der UN BRK. Als drittes Beispiel sei die Zusammenführung von Entwicklungszusammenarbeit und Menschenrechtspolitik genannt, die in der UN BRK wie in keinem anderen Kernmensenrechtsvertrag der Vereinten Nationen seinen Ausdruck gefunden hat. Die Liste der Innovationen, die mit der UN BRK verabschiedet wurden, ließe sich fortführen. Dass die UN BRK das internationale und nationale Recht verändert bzw. vor neue Reformaufgaben stellt, ist nicht verwunderlich. Denn der Blick nach vorn, die Vision in die Zukunft, das ist der Normzweck jeder Menschenrechtskonvention. Wenn nichts verändert werden muss, braucht es keinen neuen Menschenrechtsakt.

Menschenrechte sind die normative Antwort auf kollektive Unrechtserfahrungen. Um kollektive Unrechtserfahrung zu überwinden, braucht es Werte und Normen, die das Bestehende transzendieren, braucht es subjektive Rechte, die Verletzte in die Lage versetzen, als Personen ihre Menschenwürde zu verteidigen. Menschenrechtsquellen dienen immer der gesellschaftlichen Transformation. Sie setzen immer einen gesellschaftlichen Bewusstseinswandel voraus und sollen weitere anstoßen. Das zeigt deutlich die Geschichte der internationalen Menschenrechte der Vereinten Nationen. So entstand die Anti-Rassismuskonvention durch den Prozess der Dekolonialisierung in den 1960er Jahren und hat die Auseinandersetzung mit Rassismus weltweit befördert. Mit der Frauenrechtskonvention hat die internationale Frauenbewegung die Frage der Geschlechtergerechtigkeit in die internationale und nationale Politik getragen. Mit der Kinderrechts-

⁵⁸ Der Beitrag ist in BtPrax 2016, 205 ff. veröffentlicht. Für die freundliche Genehmigung des Bundesanzeiger-Verlags zum Abdruck in diesem Band wird gedankt.

konvention wurden überkommene Vorstellungen von elterlicher Gewalt und der Rechtsunfähigkeit von Kindern in Frage gestellt. Gerade die Menschenrechtskonventionen, die Ende des 20. Jahrhunderts verabschiedet wurden, nahmen immer differenzierter einzelne Menschengruppen in den Fokus. Dieser Prozess wird im Völkerrecht als Pluralisierung oder Personifizierung der Menschenrechte bezeichnet. Dahinter steht die Erkenntnis, dass die Väter und Mütter der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948 nur ein sehr eindimensionales Bild von dem Menschen als Rechtssubjekt hatten. Man könnte auch sagen, der Prototyp des Rechtssubjekts war ein weißer, gesunder, europäischer Mann. Lebenslagen von Menschen anderer Hautfarbe, anderer ethnischer Herkunft, von Frauen, von Kindern wurden nicht mitgedacht. Menschenrechte waren eurozentristische Männerrechte. Erst die verschiedenen sozialen Bewegungen haben dieses Menschenrechtsverständnis verändert.

Mit der UN Behindertenrechtskonvention hat sich nun die Behindertenbewegung einen Platz am Tisch der Menschenrechte erkämpft. Die Behindertenfrage wurde damit aus der Einbahnstraße der Fürsorge und der Wohltätigkeit herausgeführt. Mit der UN Behindertenrechtskonvention soll das medizinische Modell von Behinderung durch das menschenrechtliche Modell von Behinderung ersetzt werden. Dahinter verbirgt sich mehr als eine Kritik an der Medizin oder an Therapie und Rehabilitation. Neben der Kritik am medizinischen Modell von Behinderung als eindimensionale, essentialistische Beschränkung von Behinderung als defizitärer Gesundheitsstatus, zielt das menschenrechtliche Modell von Behinderung auf ein neues Verständnis von fundamentalen Konzepten wie Diskriminierung, Autonomie und Solidarität.

Der Diskriminierungsbegriff des Völkerrechts wird durch die UN Behindertenrechtskonvention erweitert. Als Diskriminierung gilt nicht nur jede Unterscheidung, Ausschließung oder Beschränkung aufgrund von Behinderung, die zum Ziel oder zur Folge hat, dass Menschenrechte beeinträchtigt oder vereitelt werden. Auch die so genannte "Verweigerung angemessener Vorkehrungen" gilt als Diskriminierung aufgrund einer Behinderung. Damit ist die Verweigerung der Beseitigung von Barrieren gemeint, seien sie physikalischer oder kommunikativer Art. Etwa Zugänge nur über Treppen, Information nur durch Schwarzschrift oder Oralsprache oder in schwer verständlicher Sprache. Die Tatsache, dass auf dieser Konferenz keine Gebärdendolmetscher eingesetzt werden, schließt z.B. gehörlose Menschen aus. Der Umstand, dass keine Schriftdolmetscher eingesetzt werden,

errichtet Barrieren für die Menschen, die darauf angewiesen sind, mitlesen zu können, um zu verstehen. Das Gleiche gilt für die Übersetzung in leichter Sprache. Die Verweigerung angemessener Vorkehrungen als neue Form der Diskriminierung zu kodifizieren, bedeutet, ein Konzept von Gleichheit zu haben, das die Bedürfnisse aller Menschen als gleichberechtigte Bedürfnisse in den Blick nimmt und bei Planungen bei der Verteilung von Ressourcen berücksichtigt.

Auch das Konzept von Autonomie wird durch die UN Behindertenrechtskonvention verändert. Autonomie bedeutet nicht mehr nur Freiheit für einige Menschen, die zum Mainstream gehören. Autonomie im Sinne der Behindertenrechtskonvention bedeutet nicht nur, das Recht in Ruhe gelassen zu werden, um selbstständig und autark private Freiheit zu genießen. Autonomie im Sinne der Behindertenrechtskonvention bedeutet vor allem die Freiheit, eigene Entscheidungen zu treffen auch dann, wenn ich dazu Unterstützung benötige. Autonomie im Sinne der Behindertenrechtskonvention ist nicht mehr ausgeschlossen oder eingeschränkt, wenn ich ein bestimmtes Maß an Vernunft oder Gesundheit nicht erfülle. Autonomie im Sinne des menschenrechtlichen Modells von Behinderung bedeutet, Anerkennung und Respekt gegenüber Entscheidungen und Verhaltensweisen, die nicht unbedingt der Normalität entsprechen. Ein solches Verständnis von Autonomie ist eigentlich nicht wirklich neu. Denn dass die Vorstellung von der autarken Person, die in vollkommener Isolation ihre Entscheidung trifft, eine Illusion ist, hat die feministische Theorie schon längst aufgedeckt. Kein Mensch trifft wichtige Entscheidungen alleine und ohne Hilfen. Ob wir heiraten, ein Haus kaufen, Kinder bekommen oder keine, zu Weihnachten die Gans oder den Fisch zubereiten, ob wir uns auf diesen oder jenen Job bewerben, ob wir diese oder eine andere medizinische Therapie in Anspruch nehmen, immer und überall beraten wir uns mit Personen aus unseren sozialen Netzwerken, d.h. wir nehmen Unterstützung und Hilfe in Anspruch. Das menschenrechtliche Modell verbietet es, das Recht auf Autonomie aufgrund einer Behinderung zu beschränken oder gar abzuerkennen. Das menschenrechtliche Modell von Behinderung basiert auf der Kenntnis, dass Menschenrechte qua Geburt, qua Menschsein anerkannt sind und nicht wieder aberkannt werden können. Deshalb ist es ein grundlegender Fehler, anzunehmen, eine Behinderung oder eine chronische Krankheit könne die Menschenrechtsfähigkeit einschränken.

Auch das Konzept der Solidarität erfährt durch die UN Behindertenrechtskonvention eine neue Prägung. Soziale Rechte, wie Bildung, Soziale Sicher-

heit, Arbeit, Teilhabe in der Gemeinschaft, dürfen nicht mehr von einer bestimmten Funktionsfähigkeit abhängig gemacht werden. Sie sind als Menschenrechte jedem Menschen qua Menschsein zuzugestehen. Sie sind Menschenrechte und keine Wohltätigkeit. Sie sind zwar als so genannte progressiv zu verwirklichende Menschenrechte von der Existenz ausreichender Ressourcen abhängig, aber sie sind Teil dessen, was wir den allgemein anerkannten Katalog der internationalen Menschenrechte nennen. Ein Mensch, dem soziale Rechte gewährt werden, verliert darüber nicht seinen Personenstatus. Er darf nicht um den Preis der Gewährung sozialer Rechte in so genannte Parallel- oder Sonderwelten abgeschoben werden. Eine Person, die soziale Rechte in Anspruch nimmt, darf vor allen Dingen nicht ihre Freiheitsrechte verlieren. Das aber ist in vielen Ländern der Fall. Behindertenpolitik in vielen Staaten ist geprägt durch ein hohes Maß an entmündigender Fürsorge, Aussonderung in Institutionen, die als Schonräume präsentiert werden, tatsächlich aber menschenrechtliche Gefährdungslagen darstellen. Behindertenpolitik in den meisten Staaten bedeutet immer noch, soziale Leistungen um den Preis der Entrechtung, um den Preis der Abschiebung in Sonderwelten oder gar um den Preis der Zwangsbehandlung zu erhalten. Die UN Behindertenrechtskonvention setzt dagegen ein Konzept von Solidarität, das sowohl auf Gleichheit als auch auf Freiheit basiert. Die Umsetzung erfordert ein erhebliches Umdenken gerade im Bereich der Behindertenhilfe bei den Leistungserbringern.

2. Das Recht auf Anerkennung als Person als Menschenrecht

Das Recht auf Anerkennung als Person als Menschenrecht ist bereits in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948 enthalten. Auch der internationale Zivilrechtspakt von 1966 und die Frauenrechtskonvention von 1979 enthalten das Recht auf gleiche Anerkennung als Person als Menschenrecht. Im Internationalen Zivilrecht gilt das Menschenrecht auf Anerkennung als Person überall und kann nicht-auch nicht im Notstand-außer Kraft gesetzt werden. Die Frauenrechtskonvention war das Vorbild für Art. 12 der UN BRK, der das Menschenrecht nicht nur auch für behinderte Menschen verbriefte, sondern darüber hinaus auch innovativ fortentwickelt. Denn mit der UN BRK wurde erstmals unmissverständlich geklärt, dass das Recht auf Anerkennung als Person vor dem Recht nicht nur die Rechtsfähigkeit, sondern auch die Handlungsfähigkeit beinhaltet. Diese Unterscheidung kennen nicht alle Rechtsordnungen, aber die, die sie kennen, unterscheiden zwischen der Fähigkeit, Rechte zu haben, und der Fähigkeit, Rechte auszuüben. Diese zweite Komponente, die Fähigkeit rechtsverbindlich zu handeln, wurde in der Vergangenheit und wird in der Gegenwart



bestimmten Gruppen aberkannt: Sklaven, Frauen, Personen mit anderer oder ohne Staatsbürgerschaft und natürlich behinderten Menschen.

Art. 12 Abs. 1 und 2 UN BRK klären unmissverständlich, dass alle behinderten Menschen als rechtlich handlungsfähig anzuerkennen sind. Die rechtliche Handlungsfähigkeit gehört somit zum Wesensbestandteil dieses Menschenrechts. Das Recht, als Rechtssubjekt anerkannt zu werden, ist eines der grundlegenden Menschenrechte, ganz im Sinne von Hannah Arendt, die den Ausdruck: das Recht, Rechte zu haben, prägte. Nur wer als Rechtssubjekt anerkannt ist, kann den gesamten Katalog der Menschenrechte in Anspruch nehmen. Diese beiden Absätze des Art. 12 markieren daher den Freiheitsaspekt des Rechts auf Anerkennung als Person vor dem Recht.

Art. 12 Abs. 3 UN BRK führt als weitere Innovation das Konzept der assistierten Handlungsfähigkeit in das Völkerrecht ein. Er lautet: »Die Vertragsstaaten treffen geeignete Maßnahmen, um Menschen mit Behinderungen Zugang zu der Unterstützung zu verschaffen, die sie bei der Ausübung ihrer Rechts- und Handlungsfähigkeit gegebenenfalls benötigen.« Damit sind zwei wichtige Kernelemente des Menschenrechtsmodells von Behinderung gemeint: Erstens: Behinderung und Autonomie sind keine Gegensätze. Auch wer aufgrund einer Behinderung Unterstützung benötigt, behält das Recht, autonom zu handeln. Zweitens: das Recht auf Anerkennung als Person vor dem Recht ist auch ein Gleichheitsrecht. Behinderte Menschen, die für rechtserhebliche Handlungen Unterstützung benötigen, haben das gleiche Recht wie nicht behinderte Menschen, in ihrem Leben eigene Entscheidungen zu treffen. Ein Leben zu führen, das ihren eigenen Vorstellungen entspricht. Darin liegt eine klare Absage an das Rechtsinstitut der Einwilligungsunfähigkeit bzw. rechtlichen Handlungsunfähigkeit. Mit diesen rechtlichen Konstrukten wurde und wird behinderten Menschen weltweit, insbesondere, wenn sie kognitiv oder psychosozial beeinträchtigt sind, das Recht auf Rechtssubjektivität genommen bzw. sie werden darin beschränkt. Die Dichotomie zwischen freiem und unfreiem Willen im Kontext von Behinderung ist in den meisten Fällen eine Fiktion. Damit sei nicht behauptet, behinderte Menschen könnten nicht auch in den Zustand der Willenlosigkeit, der Unzurechnungsfähigkeit, oder der rechtlichen Handlungsunfähigkeit gelangen. Alle Menschen erfahren diese Zustände im Leben: Etwa als Kleinkind, im Zustand der Bewusstlosigkeit oder des Komas, während des Schlafs, eventuell aufgrund des Konsums von Alkohol oder Drogen. Aber obwohl kein Mensch stets wach, kognitiv auf der Höhe, zurechnungsfähig, mithin unverletzlich ist, wird das Menschenrecht auf

Anerkennung als Person nur bestimmten Menschen verwehrt bzw. eingeschränkt gewährt. Dazu gehören in der heutigen Zeit Kinder, in bestimmten Rechtskulturen Frauen, und fast überall Menschen mit Behinderungen. Indem einigen behinderten Menschen, basierend auf ihrer gesundheitlichen Beeinträchtigung, ein unfreier Wille attestiert wird, werden sie zugleich auf ein anderes rechtliches Gleis geschoben. Fürsorgeunterstützung wird gewährt, durch Vormundschaft oder Betreuungsrecht, durch Einweisung in Sonderinstitutionen und oder durch Zwangsbehandlung aufgrund von Psychiatriegesetzen oder anderen Sondergesetzen.

Fremd bestimmte Stellvertretung, Aussonderung, Institutionalisierung, und Zwangsbehandlung würden nicht behinderte Menschen jedoch niemals als Hilfeleistung akzeptieren. Ihrer Schutzbedürftigkeit wird auf dem ersten rechtlichen Gleis entsprochen; etwa durch Konsumentenschutzrecht, durch Notstandsrecht, durch Sozialversicherung, durch Menschenrechtsschutz. Über allem schwebt die Autonomie als Ausfluss der Menschenwürde, die oberflächlich universal anerkannt ist, jedoch tatsächlich nur jenen zuerkannt wird, die ein Mindestmaß an Mainstream-Normalität erfüllen. Insgeheim gilt der Vorbehalt der Nichtbehinderung für die volle Anerkennung der Menschenrechte. Die zu Grunde liegende Ideologie für diese Form der Diskriminierung wird in den Disability Studies als „ableism“ bezeichnet. Ableism ist vergleichbar mit Rassismus oder Sexismus, also vergleichbar mit Formen der Diskriminierung, die auf einer Dominanzideologie beruhen. Mit ableism werden behinderte Menschen abgewertet. Ihr Leben erscheint als weniger wertvoll, weil leidend, ihnen wird Unfähigkeit zugeschrieben, und weitere Differenzen, aufgrund derer die Verweigerung des gleichberechtigten Genusses der Menschenrechte als legitim erscheint. Ableism kann in Behindertenfeindlichkeit ausarten, es ist jedoch auch durchaus möglich, dass ableism unter dem Deckmantel der Fürsorge daher kommt. In jedem Fall aber ist mit ableism die Vorstellung verbunden, dass nicht behinderte Menschen ganz genau wissen, was für behinderte Menschen gut ist. Als Ausdruck von Dominanzkultur bedeutet ableism die Dominanz von nichtbehinderten gegenüber behinderten Menschen.

Mit dem medizinischen Modell von Behinderung ist ableism vereinbar. Nach dem medizinischen Modell werden rechtliche Handlungsfähigkeit und die geistige Fähigkeit, „vernünftige“ Entscheidung zu treffen, miteinander vermischt. Jedoch sind dies zwei unterschiedliche Institute. Darauf haben wir in unserer ersten allgemeinen Bemerkung zu Art. 12 UN BRK hingewiesen. Ich zitiere: »Rechtliche Handlungsfähigkeit und geistige Fähigkeit

sind unterschiedliche Konzepte. Rechtliche Handlungsfähigkeit ist sowohl die Fähigkeit, Inhaber von Rechten und Pflichten zu sein (...) als auch diese Rechte und Pflichten auszuüben (...). Sie ist der Schlüssel für den Zugang zu einer wirksamen Partizipation an der Gesellschaft. Geistige Fähigkeit bezieht sich auf die Fähigkeit eine Person, Entscheidungen zu treffen; diese Fähigkeit ist naturgemäß von Person zu Person verschieden und kann auch beim einzelnen Menschen variieren, abhängig von vielen Faktoren, einschließlich umweltbedingter und sozialer Faktoren. (...) Das Konzept geistige Fähigkeit ist höchst umstritten. Entgegen den üblichen Darstellungen handelt es sich hier nicht um ein objektives, wissenschaftliches und naturgegebenes Phänomen. Geistige Fähigkeit hängt vom sozialen und politischen Kontext ab; dies gilt ebenso für die Fachbereiche, Berufe und Praktiken, die bei der Beurteilung geistiger Fähigkeit eine beherrschende Rolle spielen.« Mit dem medizinischen Modell ist auch der Unfähigkeitansatz (incapacity approach) vereinbar. Das menschenrechtliche Modell von Behinderung ist jedoch eine Absage an ableism. Seitdem das menschenrechtliche Modell von Behinderung, mit der UN BRK kodifiziert wurde, gilt im Kontext von Behinderung der Fähigkeitsansatz.

Die Umsetzung des Art. 12 UN BRK, das zeigen die bisherigen Staatenberichtsprüfungen, ist weltweit die größte Herausforderung im Kontext der Implementierung der UN BRK. Obwohl wir mit 166 Ratifikationen auf dem Weg zu universaler Akzeptanz sind, zeigen die bisherigen knapp 50 Staatenüberprüfungen, dass die meisten Länder große Schwierigkeiten bei der Umsetzung des Art. 12 haben. Viele Staaten haben in ihrem Zivilrecht noch sehr altmodische Vormundschaftsregelungen. Es gibt Länder, in denen dürfen noch nicht einmal blinde oder gehörlose Menschen Bankkonten führen. Nicht selten treffen wir auf Gesetze, nach denen der Heimleiter oder die Heimleiterin einer Einrichtung zugleich die Vormundschaft über die Insassen innehat. Aber auch weniger paternalistische Betreuungsgesetze setzen immer noch auf das Prinzip der ersetzenden Entscheidungsfindung durch fremdbestimmte Stellvertretung. Zudem gilt: Wahlgesetze schließen oft Menschen mit kognitiven oder psychosozialen Beeinträchtigungen vom Wahlrecht aus. In vielen Ländern dürfen behinderte Menschen nicht heiraten.

Wir im Fachausschuss für die Umsetzung der UN BRK stellen weiter fest, dass es gerade in Bezug auf Art. 12 noch sehr viele Unklarheiten gibt. Zwar ist durch unsere ständige Rechtsprechung nun inzwischen klar, dass Art. 12 die Abschaffung von Regelwerken der ersetzenden Entscheidungsfindung

durch unterstützte Entscheidungsfindung fordert. Doch fragen sich viele, wann Unterstützung aufhört und Stellvertretung anfängt? Eine andere Frage ist, ob Stellvertretung und Unterstützung im Hinblick auf Art. 12 Abs. 3 und 4 nicht miteinander vereinbar sind. Und schließlich die Gretchenfrage: Was ist, wenn der Wille der betroffenen behinderten Personen nicht erkennbar ist oder auf Selbst- oder Fremdgefährdung gerichtet ist? Ist auch dann keine fremdbestimmte Stellvertretung möglich? Insbesondere im Hinblick auf Abs. 4 von Art. 12 stellt sich darüber hinaus die Frage, welche Sicherungssysteme erforderlich sind, um Menschen, die Unterstützung in ihrer rechtlichen Handlungsfähigkeit benötigen, vor Missbrauch zu schützen. Mit unserer ersten allgemeinen Bemerkung (General Comment No 1) zu Art. 12 haben wir versucht, auf all diese Fragen Antworten zu geben. Diese mögen vielleicht nicht immer und in jeder Hinsicht hinreichend detailliert sein. Die Allgemeine Bemerkung Nr. 1 ist jedoch Maßstab für die Umsetzung des Art. 12. Sie basiert auf unseren gesammelten Erkenntnissen aus den abschließenden Bemerkungen zu Staatenberichtsprüfungen, für die der Fachausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen durch die UN BRK rechtlich legitimiert ist.

Zur Frage, ob Unterstützung und Stellvertretung miteinander vereinbar sind, und wie sie voneinander abzugrenzen sind, heißt es in Abs. 17 der Allgemeinen Bemerkung: »Die Unterstützung zur Ausübung der rechtlichen Handlungsfähigkeit muss die Rechte, den Willen und die Präferenzen von Menschen mit Behinderungen achten und sollte nie auf eine ersetzte Entscheidungsfindung hinauslaufen. Artikel 12 Absatz 3 legt die Form einer solchen Unterstützung nicht fest. "Unterstützung" ist ein weit gefasster Begriff, der sowohl informelle als auch formelle Arrangements zu Unterstützung in unterschiedlicher Art und Intensität umfasst.«

Für den seltenen Ausnahmefall, dass der Wille der betroffenen behinderten Personen nicht erkennbar ist, heißt es in Absatz 21: »Wenn es auch nach erheblichen Bemühungen praktisch nicht möglich ist, den Willen und die Präferenzen des betreffenden zu erkennen, muss" bestmögliche Interpretation des Willens und der Präferenzen" an die Stelle der Vorgabe "zum Wohl" treten. Damit werden die Rechte, der Wille und die Präferenzen des betreffenden gemäß Art. 12 Absatz 4 geachtet.«

Während der Maßstab des Wohls des Betroffenen, wie er in den meisten Vormundschafts- und Betreuungsgesetzen anzufinden ist, dem medizinischen Modell von Behinderung entspricht, orientiert sich der Maßstab des ver-

mutlichen Willens und der Interessen des Betroffenen am menschenrechtliche Modell von Behinderung. Ausschlaggebend sind ehemalige oder gegenwärtige Willensbekundungen des Betroffenen, die gegebenenfalls mit Unterstützung geäußert werden. Nicht statthaft ist die Bewertung des Willens nach Kriterien der Vernunft oder scheinbar objektiven Kriterien. Das Recht, eigene Entscheidungen zu treffen, beinhaltet auch das Recht, Risiken einzugehen und Fehler in Kauf zu nehmen.

Zur Frage, wann Unterstützung aufhört und ersetzende Entscheidungsfindung anfängt, heisst es in der Allgemeinbemerkung Nr. 1: »Regelwerke der ersetzenden Entscheidungsfindung können unterschiedliche Formen annehmen, einschließlich umfassender Vormundschaft, gerichtlicher Verbote und Teilungsvormundschaft. Diese Regelwerke haben jedoch bestimmte Gemeinsamkeiten: sie können definiert werden als Systeme, bei denen eine Person die rechtliche Handlungsfähigkeit entzogen wird, selbst wenn dies nur für eine einzige Entscheidung geschieht, und a) eine rechtliche Vertretung nicht durch die betroffene Person selbst, sondern von jemand anderen ernannt wird und dies gegen den Willen der betroffenen Person erfolgen kann, oder b) alle Entscheidung einer Vertretung aufgrund dessen getroffen werden, was als objektives "Wohl" des Betroffenen erachtet wird, im Gegensatz zu einer Entscheidung, die auf dem eigenen Willen und den eigenen Präferenzen des Betroffenen selbst beruht.«

Zudem werden neun Kernelemente aufgeführt, die ein System der unterstützten Entscheidungsfindung ausmachen. Diese sind in Kurzform:

1. Unterstützte Entscheidungsfindung muss allen offenstehen, auch wenn der Umfang hoch ist.
2. Alle Formen der Unterstützung müssen auf dem Willen und den Präferenzen der betroffenen Person beruhen, nicht auf dem, was für ihr objektives Wohl erachtet wird.
3. Der Kommunikationsmodus einer Person darf kein Hindernis sein, selbst wenn diese Kommunikation nur von wenigen Menschen verstanden wird.
4. Die rechtliche Anerkennung der Unterstützungsperson, die von der betroffenen Person ausgewählt wurde, muss möglich und zugänglich sein, insbesondere für Personen, die isoliert leben. Ein rechtsstaatliches Verfahren zur Überprüfung der Unterstützungsperson durch Dritte ist notwendig.
5. Fehlende finanzielle Mittel dürfen kein Hindernis für den Zugang zur Unterstützung darstellen.

6. Unterstützung bei der Entscheidungsfindung darf nicht als Rechtfertigung für die Einschränkung anderer Rechte benutzt werden, insbesondere des Wahlrechts, des Rechts, eine Ehe oder eine Partnerschaft einzugehen und eine Familie zu gründen, des Rechts auf Zustimmung zu intimen Beziehungen und medizinischer Behandlung sowie des Rechts auf Freiheit.
7. Die betroffene Person muss das Recht haben, Unterstützung abzulehnen bzw. sie zu beenden.
8. Für alle Prozesse i.V.m. der rechtlichen Handlungsfähigkeit und Unterstützung bei ihrer Ausübung muss sichergestellt werden, dass jederzeit der Wille und die Präferenzen der betreffenden Person geachtet werden.
9. Die Gewährung von Unterstützung sollte nicht von der Beurteilung der geistigen Fähigkeit abhängen. Für die Feststellung des Unterstützungsbedarfs sind neue, diskriminierungsfreie Indikatoren erforderlich.

Die Umsetzung dieser Kernelemente, die Schaffung menschenrechtsorientierter Systeme der unterstützten Entscheidungsfindung ist eine der größten Herausforderungen unserer Zeit. Aufgrund der demographischen Entwicklung unserer Gesellschaft, aber auch aus rechtlicher Sicht ist die sofortige Umsetzung des Art. 12 UN BRK für alle Vertragsstaaten dringende Pflicht. Bei dem Menschenrecht auf gleichberechtigte Anerkennung als Person vor dem Recht handelt es sich nämlich um ein Bürgerrecht, für den der so genannte Progressionsvorbehalt nach Art. 4 Abs. 2 UN BRK nicht gilt. Eine schrittweise Umsetzung des Art. 12, z.B. durch Abschaffung überkommener Vormundschaftsgesetze, bei gleichzeitiger Beibehaltung partieller Stellvertretungssysteme, sowie Angebote nur modellhafter, einzelner Unterstützungssysteme wäre konventionswidrig. Die sofortige Umsetzung des Art. 12 UN BRK erfordert selbstverständlich auch ein sofortiges Verbot jeglicher Zwangsbehandlung zum Zwecke der Heilung oder Korrektur. Medizinische Zwangsbehandlungen, die zeigen moderne Studien, erfüllen weder ihren medizinischen Zweck, noch sind sie mit rechtsstaatlichen Grundsätzen vereinbar. Sowie Gewalt immer wieder auch zu Gewalt führt, führt Zwangsbehandlung zu weiterer Verletzung. In unseren Richtlinien zu Art. 14 UN BRK sowie in unserer Rechtsprechung zu Art. 14, 15, 16 und 17 hat sich der Fachausschuss deutlich und mehrfach gegen jegliche Form der Zwangsbehandlung ausgesprochen. Wer Art. 12 UN BRK und das Menschenrechtsmodell von Behinderung richtig versteht, muss konsequenterweise das Verbot der medizinischen Zwangsbehandlung als *ius cogens*, also als zwingendes Völkerrecht, fordern. Davon, das weiss auch

der Fachausschuss, sind wir im Völkerrecht noch weit entfernt. Auch gibt es zu dieser Frage unterschiedliche Auffassungen innerhalb der verschiedenen Fachausschüsse. Aber auch das ist nicht unüblich im internationalen Menschenrecht. Gerade dieses Rechtsgebiet ist geprägt von dem, was Juristen und Juristinnen „living instruments“ nennen. Wie kaum ein anderes Rechtsgebiet ist das Völkerrecht und hier insbesondere das internationale Menschenrecht ein sich entwickelndes Rechtsgebiet. Auch der Frauenrechtsausschuss stand anfangs mit seinen Rechtsauffassungen isoliert dar. Wer die Rechtsprechung der Fachausschüsse über die letzten vier Dekaden hinweg analysiert, kann erkennen, wie sich die Fachausschüsse immer mal wieder widersprochen haben, sich aber auch gegenseitig inspiriert und voneinander gelernt haben. Welche Rechtsmeinung sich letztendlich im internationalen Menschenrecht durchsetzt, das hängt nicht zuletzt von den politischen, kulturellen und wirtschaftlichen Verhältnissen ab. Die Zivilgesellschaft spielt in dem Rechtsdiskurs eine tragende Rolle. Menschenrechte müssen visionär sein, damit sie Veränderungen anschieben können. Soziale Bewegungen, wie die Frauen- oder Behindertenbewegung, sind oft der Motor für diese Veränderungen, die dann mit Fachkenntnis und wissenschaftlicher Begleitforschung in die Praxis umgesetzt werden müssen. Den Paradigmenwechsel zu einem menschenrechtlichen Modell von Behinderung werden wir ohne die Abschaffung der Sondersysteme, insbesondere auch der rechtlichen Sondersysteme nicht vollziehen können. Auch das stete Nachdenken über und die rechtliche Konzentration auf Ausnahmefälle (das berühmte Beispiel des Komapatienten) wird die notwendige Veränderung im Umgang mit erwachsenen behinderten oder alten Menschen, die kognitiv beeinträchtigt sind, nicht herbeiführen. Die modernen Betreuungs- und Psychiatriegesetze – die schon menschenrechtliche Aspekte enthalten – werden in der Praxis ja kaum umgesetzt. Der Grund dafür liegt nicht nur in mangelnder Gesetzeskenntnis. Das System wird sich erst verändern, wenn wir die Hintertüren zuschlagen.

Die rechtlichen Probleme, die sich dann ergeben, sollten wir nicht ohne die Einbeziehung der Betroffenen zu lösen versuchen. Denn erst, wenn bei der Rechtsentwicklung die Perspektive aller Betroffenen einbezogen wird, werden wir adäquate Antworten finden. Dazu braucht es menschenrechtsbasierte partizipative Forschung, die in den meisten Ländern noch recht unterentwickelt ist. Das gilt insbesondere für die Erforschung von rechtlichen und sozialen Fragen im Kontext kognitiver Beeinträchtigungen. Dort, wo dieser Pfad partizipativen Forschung jedoch beschritten wird, lassen sich erstaunliche Entwicklungen feststellen. So wird z.B. unter der Federführung

von Eilionóir Flynn vom Zentrum für Behindertenrecht und-Politik in Galway an der nationalen Universität Irlands gerade ein europäisches Projekt zu diesem Thema durchgeführt, an dem Menschen aktiv beteiligt sind, die jahrzehntlang in abgeschiedenen Institutionen lebten, die Psychiatrieerfahrung machten, denen aufgrund ihrer kognitiven oder psychosozialen Beeinträchtigung die rechtliche Handlungsfähigkeit aberkannt wurde. Das Projekt mit dem Namen VOICES (Voices of Individuals: Collectively Exploring Self-determination) zielt auf Rechtsreformen im Bereich rechtlicher Handlungsfähigkeit. Der radikale Ansatz von VOICES besteht darin, diese behinderten Menschen in Forschungsstandems mit rechts- oder sozialwissenschaftlichen Experten und Expertinnen zusammen fundierte Empfehlungen für Reformen entwickeln zu lassen. Wie kann menschenrechtliche Unterstützung im Vertragsrecht aussehen? Wie bei der medizinischen Behandlung in ethischen Konfliktsituationen? Wie kann Rechtssubjektivität im Strafrecht erhalten bleiben? Das Projekt VOICES ist eines der spannendsten Forschungsprojekte, an denen ich in meiner wissenschaftlichen Laufbahn bisher beteiligt sein durfte, und ich bin mir sicher, es wird innovative Lösungen hervorbringen. Das Gleiche erhoffe ich mir von den zahlreichen Projekten, die im Rahmen dieses vierten Weltkongresses vorgestellt werden.

Ich danke für Ihre Aufmerksamkeit!

Erwachsenenschutzrecht im internationalen Vergleich

Adrian Ward^{59, 60}

A. Einleitung

Um gute Antworten zu finden, müssen wir zunächst die richtigen Fragen stellen. Daher werde ich mich heute, zu Beginn unseres Treffens, im Wesentlichen auf die Fragen konzentrieren.

Wenn wir uns hier umschauen, sehen wir sowohl Einheit als auch Vielfalt.

Was uns vor allem verbindet, ist, dass wir alle Menschen sind. Unsere grundlegenden Bedürfnisse und Anliegen sind universell. Sie finden Ausdruck in den international anerkannten allgemeinen Menschenrechten, die wir mit allen Menschen auf dieser Welt teilen. Auch teilen wir die Pflicht, unseren eigenen Teil dazu beizutragen, dafür zu sorgen, dass jeder Mensch in den Genuss dieser Menschenrechte kommt.

Gleichzeitig gibt es eine wunderbare Vielfalt in diesem Raum: Ganz unterschiedlich sind unsere jeweiligen Ausgangspunkte, unsere beruflichen Werdegänge und die Reisen, die uns hierhergeführt haben. Und doch stehen wir schon beim Betreten einer Versammlung zum Thema Guardianship mitten in der ersten Frage. Das Flugzeug, mit dem ich angereist bin, war nichts weiter als ein Vehikel, das mich hierhergebracht hat. Und ganz ähnlich ist auch Guardianship bestenfalls ein Vehikel, dessen Aufgabe es ist, etwas zu überbringen – nur was? Zu welchem Ziel soll es seine Passagiere bringen? Und was ist überhaupt „Guardianship“? Wenn wir aus der kleinen vergleichenden Zusammenfassung, die ich hier in Kürze geben werde, eines lernen können, so ist es, dass der Begriff „Guardianship“ so viele Bedeutungen hat, wie es Länder gibt, die diesen Begriff verwenden, und dass es weiterhin Variationen in der Art und Weise der Umsetzung dieser unterschiedlichen Konzepte von Guardianship gibt.

Wir sollten nun nicht mit einem Begriff anfangen, der bestenfalls eine Antwort, und zudem eine ungewisse Antwort, auf eine Frage ist, bevor wir die Frage formuliert haben, bevor wir festgelegt haben, wohin die Reise gehen

⁵⁹ Es handelt sich um die erweiterte Fassung des auf dem Weltkongress gehaltenen Vortrags. Übersetzung aus dem Englischen: Anke Mai. Der Beitrag ist in BtPrax 2017, 12 ff., veröffentlicht. Für die freundliche Genehmigung des Bundesanzeiger-Verlags zum Abdruck in diesem Band wird gedankt.

⁶⁰ Zusatzmaterial und den englischen Originaltext finden Sie unter www.btprax.de.

soll, für die wir das – für jeden einzelnen Menschen – jeweils am besten geeignete Vehikel finden möchten.

Ich biete Ihnen folgende Formulierung dieser Frage an:

Wie können moderne, menschenrechtskonforme Rechtssysteme bestmöglich auf die Bedürfnisse von Menschen eingehen, die Unterstützung bei der Ausübung ihrer Rechts- und Handlungsfähigkeit benötigen, oder die nicht in der Lage sind, selbst wirksam zu handeln bzw. selbst Vorsorge zu treffen?

In dieser Formulierung bezieht sich der Ausdruck „Vorsorge treffen“ nicht nur auf die eigentliche Entscheidungsfindung, ein Thema, das bereits so ausgiebig diskutiert wurde, sondern auch auf die Fähigkeit, die Notwendigkeit zu handeln zu erkennen, zu handeln, und vorausschauend zu planen, welche Entscheidungen noch getroffen werden müssen. „Wirksam“ zu handeln heißt, so zu handeln, dass Dritten weder Anlass gegeben wird, die Wirksamkeit von Handlungen, Transaktionen oder Entscheidungen anzuzweifeln noch zu zögern oder sich gar zu weigern, diese anzuerkennen und ihnen zu entsprechen. Wir müssen auch sehr vorsichtig sein mit dem Wort „Unterstützung“. Art. 12 Abs. 4 der UN Behindertenrechtskonvention (UN-BRK) verlangt, dass bei einschlägigen Maßnahmen „die Rechte, der Wille und die Präferenzen der betreffenden Person geachtet werden.“ Wichtig ist, dass das Wort „Präferenz“ hier in den Plural gesetzt wurde. Wenn wir eine schwierige Entscheidung zu treffen haben, müssen wir oftmals mehrere möglicherweise widersprüchliche Präferenzen gegeneinander abwägen. Zudem können, was noch wichtiger ist, auch alle drei Elemente – Rechte, Wille und Präferenzen – miteinander in Konflikt geraten. Hier ein einfaches Beispiel aus meiner eigenen Erfahrung:

Ein junger Mann hatte eine schwere Lernbeeinträchtigung, und sein Verhalten war bisweilen herausfordernd. Kommunizieren konnte er nur über die Interpretation seines Verhaltens durch qualifizierte Betreuungspersonen, die ihn gut kannten. Sein Verhalten verschlechterte sich. Er weigerte sich aggressiv dagegen, irgendjemanden oder irgendetwas auch nur in die Nähe seines Mundes zu lassen. Sein unmissverständlicher Wille war es, jegliche Interferenz mit seinem Mund zu stoppen. Sein Wunsch (Präferenz) war, dass die immer stärker werdenden Zahnschmerzen aufhören. Sein Recht war es, eine angemessene zahnmedizinische Versorgung zu erhalten. Unterstützung bedeutete in diesem Fall, dafür zu sorgen, dass er eine Behandlung erhielt und legale Maßnahmen anzuwenden, um den behan-

delnden Zahnarzt zu versichern, dass er die Behandlung ordnungsgemäß ausführen konnte.

Diese Anekdote löste später zum Teil ganz unterschiedliche Reaktionen aus – die Kommentare reichten von Positionen wie dieser: „Ich hätte mich nach Kräften bemüht, ihn davon zu überzeugen, sich behandeln zu lassen, aber wenn mir das nicht gelungen wäre, hätte ich ihn nicht zu einer Behandlung gezwungen, sodass er gemäß seiner eigenen Entscheidung weiterhin an Zahnschmerzen leiden würde“ (ein Mitglied des UN-Fachausschusses) bis hin zu Stellungnahmen wie der Folgenden: „Wäre er nicht behandelt worden, hätte er sich bei dem Versuch, die Schmerzen loszuwerden, so lange sein Gesicht zerkrallt, bis er sich ernsthaften – bis hin zu lebensgefährlichem – Schaden zugefügt hätte“ (eine erfahrene examinierte Krankenpflegerin und fachkundige Juristin).

In den kommenden Tagen [des Weltkongresses: Anm. der Redaktion] wird sich zeigen, ob wir auch in den Fragen, auf welche unsere unterschiedlichen Systeme Antworten suchen, zu einer einheitlichen Haltung finden können.

B. Drei Arten von Diversität

Ich möchte an dieser Stelle auf drei Arten von Diversität etwas näher eingehen.

I. Grund für die Unterstützung

Die erste betrifft die Vielfalt der Gründe, warum eine Unterstützung benötigt wird, und die Vielfalt der Faktoren, die in diesem Zusammenhang eine Rolle spielen. In einem Bericht der Law Commission von Ontario, der vor weniger als einem Jahr veröffentlicht wurde, heißt es dazu:

Die Rechtsvorschriften zur rechtlichen Handlungs(un)fähigkeit, Entscheidungsfindung und Guardianship beziehen sich zwar nicht auf bestimmte Gruppen von Personen, dennoch ist die Wahrscheinlichkeit, für rechtlich handlungsunfähig befunden oder als handlungsunfähig eingeschätzt zu werden, für manche Menschen höher als für andere, dies gilt insbesondere für Menschen mit Entwicklungsbeeinträchtigungen, geistigen oder neurologischen Behinderungen, Beeinträchtigungen der psychischen Gesundheit oder Beeinträchtigungen im kognitiven Bereich. Die Unterschiedlichkeit der einzelnen Personen, die von den Rechtsvorschriften zur Handlungs(un)fähigkeit und Entscheidungsfindung unmittelbar betroffen sind,

ist kaum zu überschätzen. Unterschiede in der Art der Beeinträchtigung der Entscheidungsfindungsfähigkeit können jedoch signifikante Auswirkungen auf den spezifischen Bedarf der einzelnen Betroffenen haben. So wird eine Person mit episodisch auftretenden Beeinträchtigungen ganz andere im Recht zu berücksichtigende Bedürfnisse haben als etwa eine Person, deren Fähigkeiten stabil sind oder eine Person, deren Fähigkeiten abnehmen. Auch die Frage, in welcher Lebensphase ein Unterstützungsbedarf entsteht, spielt eine wichtige Rolle, insbesondere auch im Hinblick auf den Zugang zu sozialen und wirtschaftlichen Unterstützungsangeboten. Daneben gibt es eine Vielzahl weiterer Faktoren, wie etwa Geschlecht, Kultur, Familienstrukturen, geografische Situation und Wohnort, die einen Einfluss darauf nehmen, wie die Rechtslage im Einzelnen erfahren wird.

Angesichts dieser Vielfalt und angesichts der Vielfalt der unterschiedlichen Arten von Behinderung überhaupt, besteht die Gefahr, dass es zu einer „Diskriminierung innerhalb der Nichtdiskriminierung“ kommt, dass Konzepte zur Berücksichtigung von Menschen mit Behinderungen sich zu eng auf bestimmte Arten von Behinderungen konzentrieren. Tendenziell gibt es hier eine unausgesprochene Hierarchie, die angeführt wird von den körperlichen Behinderungen, gefolgt von den Behinderungen der Sinnesorgane, dann kommt die große Gruppe der geistigen Behinderungen, und innerhalb der Gruppe der geistigen Behinderungen gibt es weitere Hierarchien. Allein schon die Anzahl der Menschen, die altersbedingte Beeinträchtigungen haben oder fürchten, verdient unsere Aufmerksamkeit, ebenso wie der Protest all der Menschen, die sich dagegen wehren, wie psychiatrische Dienste sie behandeln oder behandelt haben. Es besteht die Gefahr, dass Menschen mit weniger prominenten geistigen Behinderungen vernachlässigt werden. Wenn wir unsere Systeme auf den Prüfstand stellen wollen, müssen wir uns anschauen, in welchem Maße sie die Bedürfnisse von marginalisierten Menschen berücksichtigen. Die Tauglichkeit eines Systems lässt sich am besten daran messen, inwieweit es für die Menschen, die am stärksten marginalisiert und mithin am stärksten darauf angewiesen sind, funktioniert.

Unterschiede in den Prioritäten der einzelnen Systeme kommen auch darin zum Ausdruck, dass die relevanten Rechtsvorschriften je nach Land auf unterschiedliche Zielgruppen zugeschnitten wurden: in Japan etwa auf ältere Menschen und in Neuseeland auf Menschen mit erheblichen Lernbeeinträchtigungen.

II. Historische Gründe

Zweitens möchte ich auf die Vielfalt der historischen Perspektive eingehen. Meine heutige Betrachtung ist komparativ, nicht historisch. Aber zwei historische Themen sind für ein komparatives Verständnis besonders wichtig: zum einen die Vielfalt der Auffassungen und Zielsetzungen, die die Gesetzgeber jeweils berücksichtigen wollten, zum anderen die wiederholte Anwendung von aus dem Kindesrecht entlehnten Konzepten auf Erwachsene. In Schottland haben wir im Jahr 1585 aus dem römischen Vormundschaftsrecht für Minderjährige das Konzept des Tutor-at-Law übernommen und auf Erwachsene übertragen. 1913 haben wir dann eine Form der Plenary Personal Guardianship, der uneingeschränkten persönlichen Vormundschaft, geschaffen, die die Befugnisse des Guardians in Anlehnung an die eines Guardians of young children, eines Vormunds von kleinen Kindern, definierte. Dies geschah in der Absicht, eine „dauerhafte Schädigung der Gemeinschaft“ durch lernbehinderte Menschen in der Bevölkerung abzuwenden. Diese Form der Vormundschaft wurde 1984 wieder abgeschafft. Stattdessen wurde eine Statutory Guardianship, eine gesetzliche Vormundschaft, eingeführt, mit gesetzlich festgelegten und eng eingegrenzten Interventionsbefugnissen, die den Betroffenen Schutz und Unterstützung zu sichern sollte – diese war jedoch nur in Problemsituationen und als ultima ratio anzuwenden. Damit entstand eine Lücke, die mit gesetzlich nicht geregelten Entwicklungen gefüllt wurde, bis im Jahr 2002 dann unser heutiges System eingeführt wurde, welches das aus dem Kindesrecht übernommene Konzept des „Best Interests“, des „(objektiven) Wohls“, explizit ablehnt.

Die Ablehnung eines „Best interests“-Tests wurde im Scottish Law Commission Report No 151 on Incapable Adults (Bericht Nr. 151 des Fachausschusses zum schottischen Recht betreffend Erwachsene mit beeinträchtigten Fähigkeiten) vom September 1995, in Abs. 2 Punkt 50 wie folgt begründet:

Unsere Allgemeinen Grundsätze stützen sich nicht auf den Begriff des objektiven Wohls eines Erwachsenen mit einer Beeinträchtigung der Fähigkeiten [...]. Wir sind der Auffassung, dass der Begriff „(objektives) Wohl“ selbst zu vage ist und durch eine Reihe weiterer Faktoren ergänzt werden müsste, die in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen sind. Wir sind außerdem der Auffassung, dass das Konzept des „(objektiven) Wohls“ den Ansichten der betroffenen erwachsenen Person und insbesondere ihren Wünschen und Gefühlen, die sie zum Ausdruck gebracht hat, als sie noch dazu fähig war, nicht den ihnen gebührenden Stellenwert einräumt. Das Konzept des

„(objektiven) Wohls“ bzw. des „Kindeswohls“ wurde im Kontext des Kindesrechts entwickelt. Es wurde ausgehend von der Annahme entwickelt, dass ein Kind möglicherweise noch nicht das für eine Entscheidung nötige Verständnis besitzt und dass es zu einem früheren Zeitpunkt vermutlich über ein noch geringeres Maß an Verständnis verfügte. Im Gegensatz dazu ist bei einem urteils-/handlungsunfähigen Erwachsenen (incapable adult), z.B. bei einer erwachsenen Person, die zu dem Zeitpunkt, da eine sie betreffende Entscheidung getroffen werden muss, an einer geistigen Krankheit, einer Kopfverletzung oder an einer Demenzerkrankung leidet, davon auszugehen, dass sie zu einem früheren Zeitpunkt, also vor ihrer gegenwärtigen Unfähigkeit, im Vollbesitz ihrer geistigen Kräfte gewesen ist. Es ist unserer Meinung nach falsch, solche Erwachsene mit Kindern gleichzusetzen, daher würden wir es vermeiden, Konzepte aus dem Kindesrecht auf sie anzuwenden. Bei der Formulierung der Allgemeinen Grundsätze, die wir im Folgenden darlegen, wurde entsprechend auf einen ausdrücklichen Bezug auf das objektive Wohl (best interests) verzichtet.

Die Allgemeinen Grundsätze, auf die hier verwiesen wird, wurden inzwischen in das schottische Erwachsenenschutzgesetz AWI 2000, Abschnitt 1 aufgenommen.

Heute stehen wir wieder vor ganz neuen Herausforderungen, doch sie sind willkommen, denn sie fordern uns dazu heraus, es besser zu machen. Eine treibende Kraft sind dabei oftmals die internationalen und regionalen Instrumente und die im Zusammenhang mit diesen geführten Debatten. In einer Welt der zunehmenden Mobilität, in der schutzbedürftige Menschen in grenzüberschreitenden Situationen mit endlosen Schwierigkeiten konfrontiert sind, ist es beschämend, dass das Haager Übereinkommen 35 über den internationalen Erwachsenenschutz aus dem Jahr 2000 bislang von nur neun Staaten ratifiziert wurde. In Europa stellt uns ferner die Einhaltung der Europäischen Menschenrechtskonvention, insbesondere des Art. 8 zur Achtung des Privat- und Familienlebens und des Art. 5 zur Freiheitsentziehung, vor eine Herausforderung. Wir haben das Problem, dass Art. 5 der Europäischen Menschenrechtskonvention mit Art. 14 der UN-BRK unvereinbar zu sein scheint. Und wir haben die Herausforderungen, die sich aus der UN-BRK selbst ergeben und auf die ich noch zurückkommen werde.

Art. 5 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) legt inter alia Folgendes fest:

„Jede Person hat das Recht auf Freiheit und Sicherheit. Die Freiheit darf nur

in den folgenden Fällen und nur auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise entzogen werden:

[...]

e) rechtmäßiger Freiheitsentzug mit dem Ziel, eine Verbreitung ansteckender Krankheiten zu verhindern sowie bei psychisch Kranken, Alkohol- oder Rauschgiftsüchtigen und Landstreichern; ... "

Wir werden an dieser Stelle nicht auf die zunehmend umfangreiche Rechtsprechung zur Frage eingehen, wann Vereinbarungen über die Pflege und Wohnform/Unterbringung von Menschen mit geistigen Behinderungen, die als unfähig erachtet werden, diesen Vereinbarungen zuzustimmen, mit den Bestimmungen des Art. 5 EMRK zu vereinbaren sind und wann nicht. Die UN-BRK lehrt uns, dass wir hier kreativer über neue Herangehensweisen nachdenken müssen, um es Menschen, die als unfähig erachtet werden, diesen Vereinbarungen zuzustimmen, zu ermöglichen, ihre Fähigkeit, ihre Zustimmung ggf. in anderer Form oder auf eine andere Weise zum Ausdruck zu bringen, zu realisieren. Festzustellen ist zum anderen, dass auf der einen Seite die EMRK einen Freiheitsentzug nach Art. 5 Abs. 1 Buchst. e insbesondere unter der Bedingung für rechtmäßig erklärt, dass es sich bei den betroffenen Personen um „psychisch Kranke“ handelt, während gleichzeitig die UN-BRK in Art. 14 eine Freiheitsentziehung aufgrund des Vorliegens einer Behinderung verbietet:

„(1) Die Vertragsstaaten gewährleisten,

a) dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen das Recht auf persönliche Freiheit und Sicherheit genießen;

b) dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen die Freiheit nicht rechtswidrig oder willkürlich entzogen wird, dass jede Freiheitsentziehung im Einklang mit dem Gesetz erfolgt und dass das Vorliegen einer Behinderung in keinem Fall eine Freiheitsentziehung rechtfertigt.“

III. Unterschiedlichkeit der Rechtssysteme der einzelnen Länder

Die dritte Art der Vielfalt betrifft die Unterschiedlichkeit der Rechtssysteme der einzelnen Länder. Bereits auf den Britischen Inseln treffen wir auf zum Teil ganz unterschiedliche Regelungen.

Als in diesem Zusammenhang relevante Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen von England & Wales auf der einen und dem schottischen Recht auf der anderen Seite sind insbesondere die Folgenden zu nennen:

England & Wales	Schottland
Common Law-Rechtsprechung	Rechtsordnung in der Tradition des Civil Laws (Hybrid)
Best Interests („objektives“ Wohl des Betroffenen)	Grundsätze für ein Konzept der konstruktiven Entscheidungsfindung („constructing decisions approach“)
Entscheidungsfindung	Handeln und Entscheiden
Automatischer gesetzlicher Schutz für Interventionen auf der Grundlage des Best-Interest-Prinzips ohne gesetzliche Bestellung	Nur Grundsatz der Notwendigkeit
Fachgericht: Court of Protection	Kein Fachgericht (aber Vorschlag, die Zuständigkeit an ein einheitliches Tribunal zu übertragen, dem auch die Bereiche geistige Gesundheit sowie Erwachsenenschutz und Unterstützung von Erwachsenen zugeordnet werden)
Zuständige Gerichtsbarkeit (keine gesetzliche Regelung)	Adult Support and Protection (Scotland) Act 2007 (schottisches Erwachsenenschutzgesetz von 2007)



Verbindliche Vorgaben und Formulare für die Ausstellung von Vollmachten	Gesetzliche Vorgaben für Vollmachten, aber keine formalen Vorgaben; die flexible Gestaltung ermöglicht es insbesondere, (1) die Vollmacht in einfacher Sprache zu verfassen; (2) Klauseln zur unterstützten Entscheidungsfindung und gemeinsamen Entscheidungsfindung aufzunehmen
Haager Übereinkommen 35 (über den internationalen Schutz von Erwachsenen) nicht ratifiziert	Haager Übereinkommen 35 ratifiziert

In Irland gibt es zwei weitere Jurisdiktionen, beide waren Gegenstand jüngerer Gesetzgebungen, in denen die UN-BRK berücksichtigt wurde.

Wenn wir uns nun von den Britischen Inseln fortbewegen und etwas weiter hinausschauen in die Welt, stellen wir fest: Wo immer es Raum für Diversität gibt, gibt es Diversität. Der folgende Kurzüberblick ist ein Extrakt aus den wertvollen Informationen, die ich Ihren Antworten auf die Fragebögen sowie den Antworten auf frühere Umfragen zu anderen Fragestellungen entnehmen konnte. Bei einem Vergleich der zentralen Merkmale zeigt sich eher ein komplexes Zusammenspiel verschiedener Schwerpunktthemen, als dass hier Gruppen von einheitlichen Systemen zu erkennen wären. Die Vergleiche, die ich im Folgenden anstelle, sind rein deskriptiv, sie sind weder evaluativ noch erschöpfend, könnten aber dazu beitragen, unsere Gedanken anzuregen.

1. Erwachsenenalter

Erstens: Ab welchem Alter gelten Menschen als Erwachsene? In Schottland ab 16 Jahren, auf dem Rest der Britischen Inseln und in vielen anderen Ländern ab 18 Jahren. In New South Wales in medizinischen Angelegenheiten ab 16 und in finanziellen Angelegenheiten ab 18 Jahren. In der Türkei ab 18 Jahren bzw. auf Gerichtsbeschluss und mit Einwilligung der Eltern ab 15 Jahren. In China ab dem Alter von 18 Jahren bzw. Personen, die ihren Lebensunterhalt selbst verdienen, frühestens ab 16 Jahren. In British Columbia ab 19 Jahren. In Japan ab 20 Jahren. In Singapur ab 21 Jahren. In einigen weiteren Staaten ebenfalls ab 21 Jahren. Nicht integrierte Indigene in Brasilien ab einem Mindestalter von 21 Jahren.

2. Unmittelbare Gleichsetzung von Erwachsenen mit Kindern

Nächste Frage: Werden Personen mit einer geistigen Behinderung als Erwachsene trotzdem in mancher Hinsicht wie Kinder behandelt? Dies ist zum Teil explizit vorgesehen. In Slowenien können die elterlichen Rechte ausgedehnt werden, ein Erwachsener kann hier mit einem Minderjährigen gleichgestellt werden, der älter ist als 15 Jahre. In Brasilien werden Personen, die für beschränkt rechts- und handlungsfähig befunden wurden, mit 16- bis 18-Jährigen gleichgestellt.

3. Ex-lege-Vertretung durch Familienangehörige

Dann gibt es eine Gruppe von Regelungen und Vorschriften, die man negativ als Instrumente einer Infantilisierung von Erwachsenen betrachten kann oder aber positiv als Ausdruck des Respekts der besonderen Bedeutung und Kraft der Familie. Da haben wir erstens die Ex-lege-Vertretung durch Familienangehörige in allen oder einzelnen Belangen in Argentinien, Österreich, der Tschechischen Republik, Japan, den Niederlanden, Norwegen, Südkorea, Spanien und der Schweiz sowie den Vorschlag für die Einführung einer entsprechenden Regelung in Schweden.

4. Nahe Angehörige bei der Bestellung von „Guardians“ bevorzugt

Zweitens haben wir die Vermutungen zugunsten naher Angehöriger bei der Bestellung von Guardians. Wichtig ist, dass in manchen Ländern hierbei der Wunsch des betroffenen Erwachsenen vorrangig zu berücksichtigen ist: Dies gilt in Österreich, Brasilien, China, Frankreich, den Niederlanden und der Türkei. In Schottland gibt es eine Vermutung zugunsten Angehöriger nur im Falle der Joint Appointments (Bestellung von mehreren Guardians für eine Person).

5. Übertragung der zweistufigen Gliederung der Kindheit im römischen Recht auf Erwachsene

Im Erwachsenenenschutzrecht finden sich immer wieder auch Einflüsse und Elemente aus dem Kindesrecht. So stand die zweistufige Gliederung der Kindheit im römischen Recht Modell für Konzepte der vollständigen bzw. teilweisen Einschränkung der Rechts- und Handlungsfähigkeit von Erwachsenen, wie sie etwa in Frankreich zu finden ist, wo im Erwachsenenenschutz unterschieden wird zwischen der „Tutelle“, die mit einem vollständigen Verlust der rechtlichen Handlungsfähigkeit einhergeht, und der „Curatelle“, die die Beratung und/oder Supervision beim Abschluss wichtiger Verträge oder Geschäfte vorschreibt, jedoch ohne dass eine Entmündigung erfolgt.

6. Entmündigung?

Dies bringt uns zu einer ganzen Gruppe von Fragen rund um das Konzept der „Incapacitation“, der „Entmündigung“. Manche Systeme sehen eine Entmündigung mit anschließender Bestellung eines Guardians (Vormunds) vor. In den folgenden Beispielen erfolgt die Entmündigung durch ein Gericht, die Bestellung des Vormunds jedoch, je nach Land, durch unterschiedliche Instanzen: in China durch das Nachbarschaftskomitee oder den Ausschuss der Dorfbewohner, in Hongkong und Malta durch ein Guardianship Board, in Russland durch die Regionale Behörde für Soziale Fürsorge und in Slowenien durch das Zentrum für Sozialarbeit. In Estland haben wir eine andere Aufteilung: entweder Beschränkung der Rechts- und Handlungsfähigkeit und Bestellung eines Vormunds durch ein Gericht oder aber Einrichtung einer Curatorship (Pflegschaft) durch die zuständige Munizipalität. In Norwegen wird unterschieden zwischen der Guardianship mit Entziehung der Rechts- und Handlungsfähigkeit durch ein Gericht und die Guardianship ohne Entziehung der Rechts- und Handlungsfähigkeit in der Zuständigkeit der Bezirksregierung.

Kombinierte Verfahren für die – vollständige oder partielle – Entmündigung und Bestellung eines Vormunds gibt es in Argentinien, Frankreich, Taiwan und in der Türkei.

In Finnland kann im Zusammenhang mit der Bestellung eines rechtlichen Vertreters die Rechts- und Handlungsfähigkeit der betroffenen erwachsenen Person eingeschränkt werden, wenn dies nötig ist, um die Interessen des/der Betroffenen zu schützen.

7. Keine explizite Entmündigung? Fachgerichte?

In vielen Staaten – es sind zu viele, um an dieser Stelle im Detail darauf einzugehen – gibt es keine explizite Entmündigung, zum Teil wurde sogar (wie hier in Deutschland) ausdrücklich festgelegt, dass die Bestellung eines Guardians keine Auswirkungen auf die Rechtspersönlichkeit und den Rechtsstatus der Betroffenen hat. Allerdings hat in vielen dieser Staaten aus mit Sicht auf den Schutz der Betroffenen nachvollziehbaren Gründen ein Erwachsener, für den ein Guardian bestellt wurde, zumindest in wirtschaftlichen Angelegenheiten und innerhalb des Zuständigkeitsbereichs des Guardians nicht die Kompetenz, ohne dessen Zustimmung zu handeln, was die Frage aufwirft, ob in der Praxis die Befugnisse der Guardians im Einzelnen auch tatsächlich akkurat auf die spezifische Unfähigkeit der Betroffenen abgestimmt werden. Man würde billigerweise erwarten, dass

Fachgerichte, wie es sie in England, Deutschland und den Niederlanden gibt, oder Instanzen, wie die Specialised Tribunals in Australien, besser in der Lage sind, die Unterstützung auf den spezifischen Bedarf der Betroffenen abzustimmen. Es könnte ferner hilfreich sein, wenn den zuständigen Gerichten explizit auch ein Untersuchungsauftrag zugewiesen wird, wie dies in Deutschland der Fall ist.

In manchen Gerichtsbarkeiten hat ein bestellter Guardian – z.B. eine Unterstützungsperson in der Tschechischen Republik – auch explizit die Befugnis, die Gültigkeit einer angeblichen Handlung des Erwachsenen anzufechten.

8. Guardianship-Konzepte in anderen Zusammenhängen

In manchen Staaten schließlich werden Guardianship-Konzepte nicht nur im Zusammenhang mit Menschen mit geistigen Behinderungen angewandt, sondern darüber hinaus auch in anderen Zusammenhängen. In der Türkei: als strafrechtliche Sanktion. In Brasilien: nicht integrierte (oder „isolierte“) indigene Völker. Niederlande und andere Staaten: finanzielle Inkompetenz und Verschwendung.

9. Nach welchen Kriterien müssen bestellte Guardians/Betreuer/andere bestellte Vertreter handeln?

- Argentinien: Schutz des Wohlergehens oder des Eigentums sowie Förderung der größtmöglichen Autonomie der betroffenen Person
- Australien, England, Neuseeland & Schweden: (objektives) Wohl der betroffenen Person
- China: Schutz
- Tschechische Republik: Unterstützungspersonen dürfen die Interessen der betroffenen Person nicht durch unzulässige Einflussnahme gefährden noch sich bereichern
- Hongkong: die Interessen der betroffenen Person fördern und schützen
- Italien: muss so handeln, wie ein „guter Familienvater“ handeln würde
- Japan: Sorgfaltspflicht, Fürsorge eines guten Verwalters, der entsprechend der Hauptaufgabe des Mandats handelt
- Malta: „Best Interests“ (Wohl des Betroffenen), die betroffene Person in der Ausübung der Rechts- und Handlungsfähigkeit so weit wie möglich unterstützen, beraten
- Niederlande: „keine eindeutigen Standards betreffend die Vertretung“, aber es gibt gesetzliche Anforderungen betreffend die Subsidiarität, Verhältnismäßigkeit und Wirksamkeit



- Norwegen: sich um die Angelegenheiten der betroffenen Person kümmern, ihre Meinung anhören, bevor wichtige Entscheidungen getroffen werden
- Polen: Wahren der im Interesse des Mündels und im Interesse der Gesellschaft gebotenen Sorgfaltspflicht
- Schottland: die Grundsätze befolgen (die zu einer Herangehensweise führen, die dem „Constructing Decisions“-Ansatz, dem Konzept der konstruktiven Entscheidungsfindung entsprechen)
- Slowenien: alle notwendigen Maßnahmen ergreifen, um die Interessen des Mündels zu schützen
- Südkorea: nach Treu und Glauben sowie Können dienen, Achtung des Wohlergehens und der Präferenzen oder Wünsche der betroffenen Person
- Taiwan: die Intention der betreffenden Person achten, die physische und geistige Verfassung der betroffenen Person berücksichtigen, die Sorgfalt eines guten Verwalters walten lassen

10. Achtung der Rechte, des Willens und der Präferenzen der betroffenen Person?

- Tschechische Republik: Die betroffene Person kann den Willen zum Ausdruck bringen, dass ihre Angelegenheiten auf eine bestimmte Weise, durch eine bestimmte Person verwaltet werden oder dass eine bestimmte Person als ihr gesetzlicher Vertreter bestellt wird.
- Estland: Einverständnis des Erwachsenen für die Bestellung des Kurators erforderlich
- Malta: Der Guardian muss die Rechte, den Willen und die Präferenzen berücksichtigen und diese „so weit wie möglich“ achten.
- Niederlande: Bei der Wahl des Guardians muss das Gericht die Präferenz der betroffenen Person achten und eine Erklärung abgeben, wenn dieser nicht entsprochen wird.
- Schottland: Das Gericht, Guardians, Attorneys (Bevollmächtigte/gesetzliche Vertreter) und andere müssen die früheren und gegenwärtigen Wünsche und Gefühle der betroffenen Person berücksichtigen, wenn diese auf irgendeinem Kommunikationsweg ermittelbar sind.
- Slowenien: Bei der Wahl des Guardians muss das Zentrum für Sozialarbeit „die Wünsche des Mündels achten“, wenn das Mündel fähig ist, diese zum Ausdruck zu bringen.

11. Wie werden Wille und Präferenzen und die Rechte der betroffenen Person gegeneinander abgewogen, wenn der Eindruck besteht, dass diese Elemente miteinander in Konflikt stehen?

- Tschechische Republik: Eine Unterstützungsperson ist explizit befugt, die Gültigkeit einer angeblichen Handlung des betroffenen Erwachsenen zu beanstanden.
- Deutschland: Ein Betreuer muss die Wünsche des betroffenen Erwachsenen entsprechen, es sei denn, diese liefern eindeutig dessen Wohl zuwider.
- Norwegen: Die bestellte Person muss gemäß dem Willen der betroffenen Person handeln, es sei denn, der Person wurde die Rechts- und Handlungsfähigkeit entzogen oder die Person ist nicht fähig, die Auswirkungen zu verstehen.
- Slowenien: Bei der Wahl des Guardians muss das Zentrum für Sozialarbeit „die Wünsche des Mündels achten“, wenn das Mündel fähig ist, diese zum Ausdruck zu bringen.
- Südkorea: Das Wohlergehen der betroffenen Person ist zu achten, wenn die Präferenzen oder Wünsche im Widerspruch stehen zu ihrem Wohl.

12. Aufsicht von und Unterstützung für bestellte Vertreter

- Tschechische Republik: Es kann ein gesetzlicher Vertretungsrat beantragt werden.
- Italien: regelmäßige (jährliche) schriftliche Berichterstattung an das Gericht
- Japan: Die lokale Regierung bietet Ausbildungs- und Unterstützungsprogramme für Unterstützungspersonen an.
- Niederlande: Regelmäßige Berichterstattung an das Vormundschaftsgericht (es gibt insgesamt elf spezialisierte Gerichte, davon soll sich ein mit entsprechendem Fachpersonal ausgestattetes Gericht auf die Aktivitäten im Bereich Aufsicht konzentrieren).
- Norwegen: Aufsicht durch die Bezirksregierung.
- Polen: Das Gericht führt die Aufsicht, es kann Empfehlungen aussprechen, in wichtigen Angelegenheiten ist die Zustimmung des Gerichts einzuholen.
- Schottland: örtliche Behörde in Angelegenheiten der Gesundheit und Fürsorge (persönliches Wohlergehen), Public Guardian in Vermögens- und finanziellen Angelegenheiten
- Slowenien: Rechenschaft oder Berichterstattung an das Zentrum für Sozialarbeit



- Südkorea: Das Gericht kann einen Aufsichtsbetreuer bestellen, sieht aber in der Regel davon ab, wenn es sich bei den Guardians um Familienangehörige oder um professionelle Betreuer handelt.
- Schweden: durch den Chief Guardian
- Taiwan: Das Gericht kann einen Bericht anfordern, Ermittlungen anstellen. Ein Guardian muss für größere Transaktionen die Genehmigung des Gerichts einholen.

13. Trusts for administration – Verfügungen für die treuhänderische Verwaltung

- Argentinien: „Living trust“ (lebenslängliche Treuhandverwaltung)
- Frankreich: „Fiducie“ (Trust, Treuhandvertrag)
- Japan: „Guardianship trust“
- Schottland: wurde weitgehend abgelöst durch das derzeitige System, aber noch relevant

14. Private Mandate/Vollmachten/Verfügungen?

Verfügbar in:

- Argentinien
- Tschechische Republik
- Finnland
- Frankreich – mandat de protection future
- Deutschland
- Hongkong (medizinisches Gutachten erforderlich, um zum Tragen zu kommen)
- Japan (Geschäftsbesorgungsvertrag – Vertragsbeginn entweder mit sofortiger Wirkung oder beim Eintreten einer Behinderung)
- Japan – auch: freiwilliger Guardianship-Vertrag, der mit der Bestellung eines Supervisors durch das Familiengericht in Kraft tritt
- Liechtenstein
- Niederlande – „Living Will“ (Patientenverfügung) – unterstützt von Notaren und Nachlassplanern, Eintragung in ein landesweites Zentralregister: eine gesetzliche Regelung steht noch aus
- Norwegen.

Vollmachten verlieren ihre Gültigkeit mit dem Eintreten der Rechts- und Handlungsunfähigkeit des Vollmachtgebers: Brasilien, Estland (wahrscheinlich), Italien, Russland, Türkei (es sei denn, es wurde explizit festgelegt oder ist implizit erforderlich, dass sie weiter gelten soll, dann aber nur für Vermögens- und finanzielle Angelegenheiten).

Mehr Informationen über private Verfügungen/Vollmachten in Europa werden im Laufe der derzeit vom Europarat durchgeführten Überprüfung der Umsetzung der „Recommendation CM/Rec (2009)11 of the Committee of Ministers to member states on principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity“ (Empfehlung des Ministerkomitees über Grundsätze betreffend Vorsorgevollmachten und Vorausverfügungen für den Fall der Rechts-, Geschäfts- und Handlungsunfähigkeit) verfügbar werden.

C. Universalität der Menschenrechte und die UN-BRK

Aber gestatten Sie mir nun, von meinem großen Bündel der Diversitäten wieder zurückzukommen zur Universalität der Menschenrechte. Wir alle freuen uns darauf, in Kürze den Vortrag von Theresia Degener⁶¹ zu hören, die den UN-Ausschuss zum Schutz der Rechte von Menschen mit Behinderungen vertritt. Ich habe manch deutliche Kritik an einigen Kommentaren des Ausschusses veröffentlicht. Lassen Sie mich dies nun ausgleichen durch eine kurze Zusammenfassung eines Teils meines eigenen Beitrags zum Abschlussbericht des „Essex Autonomy Three Jurisdictions Project“.

Der Ausschuss der Vereinten Nationen wurde dafür kritisiert, dass er weder präzise Definitionen der in Art. 12 formulierten Garantien und Maßnahmen noch präzise Anweisungen zu deren konkreter Umsetzung bietet. Das kann man bedauern, wir haben es als eine Chance betrachtet.

Art. 1 der UN-BRK besagt:

Zweck dieses Übereinkommens ist es, den vollen und gleichberechtigten Genuss aller Menschenrechte und Grundfreiheiten durch alle Menschen mit Behinderungen zu fördern, zu schützen und zu gewährleisten und die Achtung der ihnen innewohnenden Würde zu fördern.

Dieses Ziel kann nur erreicht werden, wenn wir es zu einem gemeinsamen Ziel der gesamten menschlichen Gesellschaft machen. Wir müssen es uns in jeder Gerichtsbarkeit zu eigen machen und nicht die Verantwortung dafür auf den UN-Ausschuss zurückschieben. Dessen Aufgabe ist es, Überlegungen anzustellen, Vorschläge zu machen und allgemeine Empfehlungen zu formulieren. Wir alle haben die Aufgabe, Unterstützungs- und Schutzmaßnahmen aufzubauen, die funktionieren können, und diese

⁶¹ Siehe in diesem Band: Prof. Dr. Theresia Degener, Erwachsenenenschutz, Vormundschaft und Betreuung aus menschenrechtlicher Behinderungsperspektive

auch in der Praxis verfügbar zu machen. Es wird auch weiterhin Vielfalt geben, aber eine Vielfalt, die gezielt auf das gemeinsame Projekt ausgerichtet ist, Art. 1 umzusetzen und nicht eine beliebige Vielfalt aus historischen Gründen.

Lassen Sie mich abschließend nun noch einmal auf die Kernaussage zurückkommen, dass „die Rechte, der Wille und die Präferenzen der betreffenden Person geachtet werden“ müssen. Inwieweit werden der Wille und die Präferenzen der Betroffenen tatsächlich geachtet? Selbstbestimmten Maßnahmen ist der Vorrang einzuräumen gegenüber Guardianship-Vormundschaftsregelungen (guardianship) und anderen reaktiven Maßnahmen, heißt es in den Empfehlungen des Ministerkomitees in Europa. Es besteht derzeit ein ernsthafter Mangel an selbstbestimmten Maßnahmen und eine zu geringe Inanspruchnahme der bestehenden autonomen Maßnahmen, die unbedingt zu beheben sind. Und selbst wo autonome Maßnahmen verfügbar sind und ergriffen werden, ist fraglich, inwieweit bei deren Umsetzung der Wille und die Präferenzen der Betroffenen tatsächlich geachtet werden. Insgesamt, quer durch alle Arten von Maßnahmen, konnte sich die Achtung der Wünsche der Betroffenen nur vereinzelt durchsetzen, wie Sonnenstrahlen in einem bewölkten Himmel. Ich könnte Beispiele anführen, die den zeitlichen Rahmen dieser Einführung bei Weitem sprengen würden, einige davon werden in der schriftlichen Fassung dieser Rede erwähnt und morgen noch eingehender besprochen werden. Wir müssen dafür Sorge tragen, dass die Wünsche der Betroffenen in der Praxis umfassend und effektiv respektiert werden. Wir müssen neue Techniken und Konzepte wie „Constructing Decisions“ (konstruktive Entscheidungsfindung) und „Reversed Jurisprudence“ (umgekehrte Rechtsprechung) entwickeln und auch anwenden.

„Constructing decisions“ (Entscheidungen konstruieren/konstruktive Entscheidungsfindung) ist ein Begriff, den ich verwendet habe, als ich versuchte, die Methodik zu beschreiben, nach der gemäß den neuen Regelungen, die mit dem (damals neuen) schottischen Erwachsenenschutzgesetz AWI 2000 eingeführt wurden, vorzugehen ist. Was den Titel dieses Gesetzes betrifft, so leitet sich, wie aus den Definitionen im Abschnitt 1 [des Gesetzes] hervorgeht, der Begriff „Incapacity“ („Unfähigkeit“) von dem Begriff „incapable“ („handlungsunfähig“) ab und nicht etwa von einem Konzept der „Incapacitation“ („Entmündigung“).

Der ursprüngliche Arbeitstitel lautete „Incapable Adults Act“ („Gesetz über handlungsunfähige Erwachsene“), wurde aber verworfen, um jeden impliziten Verweis auf eine vollständige Handlungsunfähigkeit zu vermeiden und so wurde schließlich der Titel „Adults with Incapacity“ (Erwachsene mit Handlungsunfähigkeit/en) angenommen, als eine Kurzform für „Adults with impairments of capacity“ – (Erwachsene mit beeinträchtigten Fähigkeiten oder Beeinträchtigungen der Fähigkeit, wobei der Begriff Capacity auch hier wiederum im Sinne von Capability – Fähigkeit – verwendet wird). Auf die Ablehnung eines „Best Interests“-Ansatzes und die Einführung der Anwendung einer Reihe von Grundsätzen bin ich bereits eingegangen. Was war nun gemäß diesen Grundsätzen zu beachten, wenn es darum ging, eine bestimmte Entscheidung zu treffen? Wenn andere Personen als der betroffene Erwachsene an einem Entscheidungsprozess beteiligt werden sollten, so sollte ihre Rolle darin bestehen, nicht das durchzusetzen, was sie für das Beste hielten. Es ging darum, einen Prozess einzuleiten, den ich beschrieben habe als den Prozess der Assistenz bei der Konstruktion dessen, was, sowohl rechtlich als auch tatsächlich, die Entscheidung dieses Erwachsenen sein würde und nicht die irgendeiner anderen Person. Alle Aspekte der Entscheidung sollten, soweit wie möglich, direkt auf den betroffenen Erwachsenen zurückgehen oder falls dies nicht möglich ist, indirekt auf diesen zurückzuführen sein, auf der Grundlage der besten verfügbaren Informationen.

Auf der internationalen Ebene hat sich das Denken im Laufe des darauffolgenden Jahrzehnts rapide weiterentwickelt und tut es noch. Mir scheint jedoch, dass der Ansatz der konstruktiven Entscheidungsfindung, der die paternalistische Herangehensweise der „Best Interests“-Methodik ablehnt und durch den Versuch ersetzt, die Konstruktion einer eigenen Entscheidung des Erwachsenen herbeizuführen, durchaus als ein früher Reisender auf demselben weiten Weg betrachtet werden kann, der dann auch zum Abs. 21 des General Comments des CRPD-Fachausschusses geführt hat:

Abs. 21

Wenn es auch nach erheblichen Bemühungen praktisch nicht möglich ist, den Willen und die Präferenzen des Betreffenden zu erkennen, muss „bestmögliche Interpretation des Willens und der Präferenzen“ an die Stelle der Vorgabe „zum Wohl“ treten. Damit werden die Rechte, der Wille und die Präferenzen des Betreffenden gem. Art. 12 Abs. 4 geachtet. Der Grundsatz des „Wohles“ ist keine Sicherung, die in Bezug auf Erwachsene mit Art. 12 im



Einklang steht. Das Paradigma „Wille und Präferenzen“ muss an die Stelle des Paradigmas „Wohl“ treten, damit sichergestellt ist, dass Menschen mit Behinderungen in den gleichberechtigten Genuss des Rechts auf rechtliche Handlungsfähigkeit kommen.

Und wo auf diesem weiten Weg befinde ich mich nun heute, nach dem [vierten] Weltkongress? Ich hörte sehr unterschiedliche Reaktionen auf die Entscheidung des BVerfG vom 26.7.2016. Ich habe über diesen Fall in dem britischen Mental Capacity Law Newsletter geschrieben. Wie aus diesem Bericht unmissverständlich hervorgeht, bin ich fasziniert von dem Potenzial, den der Schritt nach vorn bedeutet vom Konzept der Unterstützung der Entscheidungsfindung hin zu dem der Unterstützung der Willensbildung und der Mitteilung des Willens einer Person. Auf einmal war „Wille“ nicht mehr ein einzelnes Wort mit einer offensichtlichen Bedeutung. Die Entscheidung vom 26.7.2016 differenziert zwischen vier verschiedenen Arten von „Willen“. Die entscheidende Frage aber ist, was meinten die Verfasser des Art. 12 der UN-BRK mit diesem Wort, als sie vorschlugen, dass die Vertragsstaaten der UN-BRK sich zu Sicherungen verpflichten sollten, die „gewährleisten, dass bei den Maßnahmen betreffend die Ausübung der Rechts- und Handlungsfähigkeit die Rechte, der Wille und die Präferenzen der betreffenden Person geachtet werden ...“. Solange bis diese Frage geklärt ist, stehe ich auf meiner eigenen Reise auf diesem weiten Weg vor einer roten Ampel.

Das Konzept der „Reversed Jurisprudence“, der grundlegenden Umkehrung der Rechtsprechung, wiederum geht auf Bedenken und Überlegungen zurück, die ich bereits zehn Jahre zuvor in A New View zum Ausdruck gebracht hatte (siehe: „Postscript: A Contradiction and a Vision“ auf S. 198 der englischsprachigen Ausgabe). 20 Jahre später sollte ich dann erneut Gelegenheit erhalten, dieses Konzept zu beschreiben, diesmal im Kontext des Kindes- und Erwachsenenrechts (...). Wenn die Menschenrechte universell sind, warum sollte dann nicht auch das Recht universell sein? Der Widerspruch, wie ich 1993 schrieb, besteht darin, dass die Verwendung von Begriffen wie „Adult Incapacity Law“ oder „Mental Capacity Law“ implizieren könnte, dass wir alle Menschen mit einer geistigen Behinderung in eine feste Kategorie einordnen; dass dies „auch implizieren könnte, dass diese Kategorie sich von der ‚Norm unterscheidet‘; dass sich ähnliche Implikationen auch aus dem Verweis auf eine Kategorie von ‚geistiger Behinderung‘“ ergeben könnten; und dass „...es widersprüchlich wäre, zu argumentieren, dass das Recht von festen Kategorien abzurücken sollte; bei

der Beschreibung des Rechts gleichzeitig aber eben solche Kategorien zu schaffen“.

Ich schrieb dazu Folgendes:

Gesetze überall basieren auf bestimmten Annahmen – einer Norm –, die nicht auf jeden Menschen in jeder Situation passen. Demzufolge werden für manche Menschen in manchen Situationen spezielle gesetzliche Regelungen benötigt. Die Kategorie ‚die Norm‘ erfordert zwangsläufig die Kreation von anderen Kategorien, außerhalb der Norm. Die Schwierigkeit ergibt sich aus der Grenze, die um die Kategorie gezogen wird, die als die Norm beschrieben wird. Es ist eine Grenze, die verstärkt wird durch Stränge aus Ignoranz und Angst, überholt aber hartnäckig und ausdauernd. So wird Menschen, die sich außerhalb dieser Grenze befinden, womöglich unnötigerweise, die Teilnahme an dem, was normal ist, vorenthalten. Gleichzeitig erhalten Menschen, die sich innerhalb der Grenze befinden, womöglich keinen Zugang zu besonderen Hilfs- und Unterstützungsangeboten, obwohl sie diese benötigen würden.

Ich schlug vor, solche Grenzen aufzuheben und schlussfolgerte:

Dieser Ansatz erfordert eine Neuausrichtung einiger Rechtskonzepte und Sorgfalt in der Anwendung. Aber er hat das Potenzial, Rechtssysteme humaner zu gestalten, zum Nutzen aller und insbesondere jener, die das Recht eher als bedrohlich denn als hilfreich empfinden.

Natürlich müsste auch meine Formulierung aus dem Jahr 2013 einer – vielleicht könnte man es so beschreiben – „universellen Gestaltung“ von Recht heute schon wieder weiterentwickelt und aktualisiert werden.

Im Essex Autonomy Project sind wir zu dem Schluss gekommen, dass die in England & Wales und die in Schottland geltenden Regelungen in ihrer jetzigen Form nicht mit der UN-BRK vereinbar sind, aber sie können dahingehend verbessert werden, dass sie den Anforderungen der UN-BRK entsprechen. Unsere Empfehlungen bezogen sich insbesondere auf die folgenden Punkte: Einführung einer gesetzlichen Verpflichtung, den Willen und die Präferenzen der Betroffenen zu ermitteln und Regelung der Verfahrensweise und der Zuständigkeiten für die Umsetzung dieser Verpflichtung; Bereitstellung von angemessen finanzierten anwaltlichen Beratungsdiensten, die die Betroffenen unterstützen, indem sie ihnen helfen, Hindernisse

für die Ausübung ihrer rechtlichen Handlungsfähigkeit entweder selbst zu überwinden oder ihren Willen und ihre Präferenzen zu identifizieren und zu artikulieren; Unterstützung in sämtlichen Aspekten der Ausübung der rechtlichen Handlungsfähigkeit, nicht nur in den Bereichen Kommunikation und Entscheidungsfindung; Ausschöpfung des gesamten Potenzials an selbstbestimmten Maßnahmen sowie Entwicklung von klaren Definitionen und wirksamen Schutzmaßnahmen in Übereinstimmung mit Art. 12 Abs. 4; Ausdehnung der Konformität mit der UN-BRK auf sämtliche Bereiche der Rechtssysteme sowie Einführung einer regelmäßigen Überwachung und Überprüfung der einschlägigen Rechtsvorschriften. Ich schließe hier nun mit dem Wortlaut der Empfehlung, die wir in unserem Bericht an den Anfang der Liste gesetzt hatten:

Empfehlung Nr. 1: Die Achtung der gesamten Bandbreite der Rechte, des Willens und der Präferenzen jedes einzelnen Menschen muss im Mittelpunkt eines jeden Rechtssystems stehen. Sie muss unabhängig von jedweder etwaigen Behinderung verwirklicht werden. Die Achtung der Rechte und Wünsche des Einzelnen muss die vorrangige Aufgabe eines jeden Menschen sein, dem die Rolle zukommt, für eine andere Person rechtswirksam zu handeln oder eine Entscheidung zu treffen, insbesondere für eine Person, deren Fähigkeit, diese Handlung selbst vorzunehmen oder diese Entscheidung zu treffen, beeinträchtigt ist. Diese Rolle kann sich aus einer Ermächtigung oder aus einer Verpflichtung ergeben. Die Person, der diese Rolle zukommt, sollte verpflichtet sein, mit der widerlegbaren Vermutung zu operieren, dass dem hinreichend feststellbaren Willen und den hinreichend zu ermittelnden Präferenzen der betroffenen Person Folge geleistet werden sollte, insoweit dies möglich und nicht strafbar ist. Diese Vermutung sollte nur widerlegbar sein, wenn strenge Kriterien erfüllt sind. Eine Handlung, die gegen den bekannten Willen und die bekannten Präferenzen der betroffenen Person verstößt, sollte nur dann zulässig sein, wenn sie nachgewiesenermaßen ein verhältnismäßiges und notwendiges Mittel darstellt, das gesamte Spektrum der Rechte, Freiheiten und Interessen der betroffenen Person wirksam zu schützen.

Fast alle Rechtssysteme, die ich überprüft habe, scheinen nicht mit der UN-BRK vereinbar zu sein, sie können jedoch dahingehend verbessert werden. Wir haben viel zu tun.

Herausforderungen und Reform des Erwachsenenrechtes im internationalen Vergleich

Prof. Dr. Michael Ganner⁶²

I. Einleitung

Der Erwachsenenschutz unterliegt regelmäßig einer dynamischen Rechtsentwicklung. Das gilt ganz besonders für Zeiten, in denen – wie jetzt – der Anteil alter und damit oft auch kranker und pflegebedürftiger Menschen sowie der Anteil von an Demenz oder an psychischen Krankheiten leidenden Personen an der Gesamtbevölkerung kontinuierlich zunimmt.⁶³ Die **UN-Behindertenrechtskonvention** gibt dieser Entwicklung einen zusätzlichen Schub, indem sie die volle „Inklusion“ aller Menschen mit Behinderung in Recht und Praxis fordert.

Die aktuellen Herausforderungen im Erwachsenenschutz sind also wahrlich vielfältig. Hier kann jedoch nur auf einige grundlegende Aspekte eingegangen werden. Diese sind es aber auch, die uns in allen Ländern in ähnlicher Art und Weise mit dem Thema verbinden. Die rechtliche Basis für ein gemeinsames weltweit vergleichbares Verständnis des Erwachsenenschutzes bilden nämlich die **Menschenrechte** und die aus diesen hervorgegangenen internationalen Übereinkommen.

Simone de Beauvoir hat schon vor langer Zeit sinngemäß festgestellt, dass sich der Charakter einer Gesellschaft dadurch zeigt, wie sie mit den schwächsten Mitgliedern der Gemeinschaft umgeht.⁶⁴ Dem ist auch heute noch bedingungslos beizupflichten. Unseren Gesellschaften ist diesbezüglich schon einmal zugute zu halten, dass Menschen mit Behinderung bzw. jene, die vom Erwachsenenschutz profitieren oder davon erfasst werden, i.d.R. nicht mehr, wie zu Zeiten von *Beauvoir*, zu den schwächsten Mitgliedern der Gesellschaft zählen. Der weltweite Siegeszug des Individualismus nach dem zweiten Weltkrieg – insb durch die Erklärung der Menschenrechte 1948 – hat auch im Umgang mit Menschen mit Behinderungen zu einem Umdenken, zuerst in der Theorie und nach und nach auch in der Praxis geführt. Es kam zu einem Wandel, weg von der paternalistischen

⁶² Der Beitrag ist in BtPrax 2016, 209 ff. veröffentlicht. Für die freundliche Genehmigung des Bundesanzeiger-Verlags zum Abdruck in diesem Band wird gedankt.

⁶³ Das Ausmaß der Zunahme ist bei psychischen Krankheiten durchaus umstritten. Psychische Krankheiten werden eher diagnostiziert als früher und damit sichtbarer; vgl. http://www.who.int/mental_health/en/ (29.9.2016).

⁶⁴ Simone de Beauvoir, *Das Alter* (1977).



Bevormundung hin zu einer **Respektierung der individuellen Bedürfnisse und Wünsche** betroffener Personen. Davon ist nunmehr auch die UN-Behindertenrechtskonvention geprägt und daran müssen sich auch alle Entwicklungen im Erwachsenenschutz orientieren. Dieser Prozess ist aber keineswegs abgeschlossen.

Gerade die Beachtung der individuellen Wünsche von Menschen mit Behinderung und die gleichwertige Anerkennung ihrer Willenserklärungen wie bei Menschen „ohne“ vergleichbare Behinderung, stellt oft eine enorme Herausforderung dar. Es ist ungeheuer schwer, dabei zuzusehen, wie jemand eine (scheinbare?) Fehlentscheidung trifft und dafür eventuell erhebliche Nachteile erleiden wird, „wo man das doch selbst besser weiß und als Vertreter für die Person eine viel bessere Entscheidung treffen könnte“. **Respektierung der Selbstbestimmung** einer Person bedeutet aber, ihr auch beim Fehlermachen zuzuschauen und diese sowie die nachteiligen Folgen als Ausfluss der individuellen Persönlichkeit zu akzeptieren. Freilich hat auch das seine Grenzen. Ziel des Erwachsenenschutzes ist es ja unter anderem, Personen vor erheblichen Nachteilen zu schützen, die aus eigenen Handlungen resultieren. Die Beurteilung, wann der Schutz der Beachtung der eigenen Wünsche vorgeht, muss im Einzelfall unter Abwägung aller Vor- und Nachteile vorgenommen werden. Pauschalierungen sind dabei generell problematisch.

II. Handlungsfähigkeit

Tatsächlich behilft man sich in der Rechtsordnung aus Praktikabilitätsgründen aber oft mit Pauschalierungen, genannt **Rechtsvermutung** oder *presumptio iuris*. Das ist regelmäßig der Fall, wenn es um die Handlungsfähigkeit geht. So kennen wohl alle Rechtsordnungen die unwiderlegbare Rechtsvermutung, dass nicht volljährige Personen auch nicht voll geschäftsfähig sind. Diese Rechtsvermutung führt zu bewusst in Kauf genommenen Ungerechtigkeiten, weil damit einem noch nicht Volljährigen per Gesetz eine geringere geistige Reife attestiert wird als einem vielleicht nur eine Woche älteren Volljährigen, ohne dass dies zutreffen muss. Der Rechtssicherheit wird in diesen Fällen zu Recht der Vorrang vor der Gerechtigkeit eingeräumt, weil ohne solche Pauschalierungen der rechtliche Alltag ungeheuer kompliziert würde.

Solche Pauschalierungen sind aber gerade bei volljährigen Personen höchst problematisch und m.E. auch nach der UN-Behindertenrechtskonvention nicht zulässig. Viele Länder, so auch Österreich, sehen aber

immer noch vor, dass Personen, die einen Erwachsenenvertreter (Betreuer, Sachwalter etc.) haben, zumindest teilweise ihre Handlungsfähigkeit (i.d.R. Geschäftsfähigkeit) verlieren. In Österreich wird die entsprechende Bestimmung (§ 280 ABGB) mit der Reform 2016 voraussichtlich gestrichen, allerdings soll die Möglichkeit geschaffen werden, dass das Gericht einen Genehmigungsvorbehalt – das entspricht im Wesentlichen dem Einwilligungsvorbehalt nach deutschem Recht – anordnet.⁶⁵ Solche Beschränkungen führen offensichtlich zur Ungleichbehandlung mit anderen Personen und damit zu Ungerechtigkeiten. Denn die Bestellung eines Erwachsenenvertreters ist nicht ausschließlich von den geistigen Fähigkeiten einer Person abhängig, sondern von vielen Umständen, wie etwa dem Vorhandensein von Vermögen oder der Notwendigkeit, Entscheidungen in medizinischen Angelegenheiten oder über die Verlegung des Aufenthaltsortes zu treffen. Bei mehreren Personen mit der gleichen Beeinträchtigung der geistigen Fähigkeiten kann es also sein, dass für eine ein Erwachsenenvertreter bestellt wird, etwa weil eine Übersiedlung in ein Pflegeheim erforderlich ist und für die andere wird kein Erwachsenenvertreter bestellt wird, weil die familiäre Versorgung gut funktioniert und daher kein rechtlicher Handlungsbedarf besteht. Für die eine Person kommt es durch die Bestellung eines Erwachsenenvertreters in vielen Ländern zur Beschränkung der Handlungsfähigkeit – und auch die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts stellt eine Beschränkung dar –, für die andere Person nicht. Solche Beschränkungen führen nicht nur zu einer ungerechten Ungleichbehandlung, sie sind m.E. i.d.R. auch nicht geeignet, die gewünschte Rechtssicherheit zu schaffen.

Es stellt sich nämlich die Frage, für wen diese Rechtssicherheit geschaffen werden und wem der Rechtsschutz zugutekommen soll. Ist – zumindest nach kontinentaleuropäischem Recht – eine Person zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht geschäftsfähig, so kann sie – ohne Vertreter – keinen wirksamen Vertrag schließen. Allenfalls geleistete Zahlungen oder gelieferte Waren sind zurückzustellen. Die Personen, die einen Erwachsenenvertreter haben, profitieren durch gesetzliche Beschränkungen z.B. der

⁶⁵ § 243 Abs 2 ABGB nF: Soweit dies zur Abwendung einer ernstlichen und erheblichen Gefahr für die vertretene Person erforderlich ist, hat das Gericht im Wirkungsbereich der gerichtlichen Erwachsenenvertretung anzuordnen, dass die Wirksamkeit bestimmter rechtsgeschäftlicher Handlungen der vertretenen Person oder bestimmter Verfahrenshandlungen bei Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten wie nach § 865 Abs. 3 und Abs. 5 die Genehmigung des Erwachsenenvertreters und in den Fällen des § 258 Abs. 3 auch jene des Gerichts voraussetzt. Der Genehmigungsvorbehalt bleibt ungeachtet der Übertragung einer Erwachsenenvertretung im Sinn des § 246 Abs. 3 Z 2 bestehen; er ist vom Gericht jederzeit aufzuheben, wenn er nicht mehr erforderlich ist.

Geschäftsfähigkeit also höchstens insofern, als der ihnen im Streitfall obliegende Nachweis, dass sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht geschäftsfähig waren, dadurch erleichtert wird. Dieser Nachweis wird aber – zumindest in den gravierenden Fällen – auch sonst nicht schwer fallen. Eine entsprechende laufende Dokumentation der persönlichen Entwicklung der betroffenen Person durch den Erwachsenenvertreter kann dabei behilflich sein.

Kann dann zumindest für Dritte, also potenzielle Geschäftspartner, durch die mit einer Bestellung eines Erwachsenenvertreters verbundene Beschränkung der Handlungsfähigkeit die **Rechtssicherheit** maßgeblich erhöht werden? Wohl nur in den seltensten Fällen, weil diese nur dann die erforderlichen Auskünfte – bei Gericht oder einer entsprechenden Behörde – einholen, wenn besondere Indizien für das Fehlen der Geschäftsfähigkeit vorliegen. Häufig werden heutzutage Rechtsgeschäfte aber im elektronischen Rechtsverkehr (Internet, Telefon etc.) abgeschlossen und auch bei persönlichem Kontakt lässt das Verhalten von Kunden nur selten auf das Vorliegen oder Fehlen der Geschäftsfähigkeit schließen. Dass also in irgendeinem Register die Beschränkung der Handlungsfähigkeit einer Person niedergeschrieben ist, ist für die rechtsgeschäftliche Praxis wenig hilfreich.

Noch deutlicher zeigt sich aber die **Unverhältnismäßigkeit und Ungeeignetheit der konstitutiven Beschränkung der Handlungsfähigkeit** bei Bestellung eines Erwachsenenvertreters dadurch, dass davon immer nur ein kleiner Anteil der insgesamt zB Geschäftsunfähigen erfasst werden kann. Viele Menschen sind dauerhaft oder zeitweise geschäftsunfähig, ohne dass für sie ein Erwachsenenvertreter bestellt würde. Allein der enorme Unterschied in der Dichte der Erwachsenenvertretungen in den verschiedenen Ländern, obwohl aufgrund vergleichbarer Gesellschaftsstrukturen von einem vergleichbaren Ausmaß an geistigen Beeinträchtigungen in der Bevölkerung ausgegangen werden muss, belegt dies. Während in Deutschland jährlich ca. 230.000 BetreuerInnen bestellt werden, sind es in Japan, mit ca. 120 Mio Einwohnern nur 30.000. Aber auch im Vergleich mit Österreich hat Deutschland noch eine doppelt so hohe Betreuungsdichte.⁶⁶

Hinsichtlich dieser weit größeren Gruppe an Personen, die keinen Erwachsenenvertreter hat, aber dennoch aufgrund geistiger Beeinträchtigungen

⁶⁶ Ganner, Stand und Perspektiven des Erwachsenenschutzes in rechtsvergleichender Sicht (Teil 1), BtPrax 5/2013, S. 171 (172).

nicht voll handlungsfähig ist, kann es keine Rechtssicherheit in Bezug auf das Vorliegen der jeweiligen Form der Handlungsfähigkeit geben. Der geringfügige Gewinn an Rechtssicherheit in den relativ wenigen anderen Fällen der konstitutiven Beschränkung der Handlungsfähigkeit mit Bestellung eines Erwachsenenvertreters⁶⁷ rechtfertigt m.E. jedenfalls die damit einhergehende Stigmatisierung und Ungerechtigkeit nicht.

Die unterschiedliche Handhabung der konstitutiven Beschränkung der Geschäftsfähigkeit durch Bestellung eines Erwachsenenvertreters führt vielmehr zu einem skurrilen Ergebnis: viele deutsche Personen unter Betreuung können in Österreich Geschäfte abschließen, während die Österreicher unter Sachwalterschaft das nicht können.

Handlungsfähigkeit ist, wie die persönliche Befindlichkeit von Personen, **kein statischer Zustand**. Es handelt sich dabei um eine hinsichtlich der jeweiligen Angelegenheit spezifische geistige Fähigkeit, die auch zeitlich in unterschiedlichem Ausmaß vorliegt. Bei bestimmten Krankheiten kann zeitweise völlige Geschäftsunfähigkeit vorliegen und zwischendurch eine Phase der geistigen Orientiertheit eintreten. Es kann also sein, dass zwar im Zeitpunkt der Bestellung eines Erwachsenenvertreters die geistigen Erfordernisse nicht vorliegen, diese aber später wieder eintreten. Eine mit einer Bestellung eines Erwachsenenvertreters verbundene Beschränkung der Handlungsfähigkeit wird – im besten Falle – dann erst wieder nach einem förmlichen Verfahren aufgehoben.

Es kann also keine Rechtssicherheit hinsichtlich der künftigen Handlungsfähigkeit durch Gerichtsbeschluss im Rahmen der Bestellung eines Erwachsenenvertreters geben.

III. Formen der Handlungsfähigkeit

Je nach Angelegenheit, für die eine Entscheidung zu treffen ist, ist eine andere Form der Handlungsfähigkeit und damit auch eine spezifische geistige Fähigkeit erforderlich. Es geht immer um die **Erkenntnis- und Steuerungsfähigkeit** hinsichtlich der jeweiligen Angelegenheit: Für die Entscheidung über eine wichtige medizinische Maßnahme bedarf es anderer Fähigkeiten als für die Entscheidung über wichtige vermögensrechtliche Angelegenheiten.

⁶⁷ Der Einwilligungsvorbehalt nach deutschem Recht wird nur bei ca. 6 % aller Betreuten angeordnet; vgl. Brosey, Einwilligungsvorbehalt und Art. 12 der UN-BRK, BtPrax 6/2014, S. 243.

Zusätzlich sind auch die damit verbundenen Risiken zu beachten.

Die Grundpfeiler für die Verbindlichkeit einer Entscheidung sind die **Selbstbestimmung** und das damit verbundene **Risiko**. Demgegenüber steht der Schutz der betroffenen Person vor nachteiligen Entscheidungen und dem Missbrauch durch Dritte aufgrund von eigener geistiger Schwäche.

Bei **vermögensrechtlichen Angelegenheiten** bestehen in der Regel ein größerer Handlungsspielraum und ein größeres Risiko im Falle von Fehlentscheidungen als etwa bei medizinischen Maßnahmen. Bei vermögensrechtlichen Angelegenheiten bestehen häufig finanzielle Interessen Dritter, oft auch von Familienmitgliedern, und damit besteht hier auch eine beträchtliche Missbrauchsgefahr. Bei **medizinischen Angelegenheiten** ist der Handlungsspielraum zumeist gering. Der Arzt stellt die Diagnose und schlägt eine, allenfalls zwei Behandlungsarten vor. Er dominiert durch seine Art der Aufklärung den Entscheidungsfindungsprozess und in fast allen Fällen wird das gemacht, was der Arzt vorschlägt, egal ob der Patient, ein Laienvertreter (zB Familienmitglied) oder ein professioneller Vertreter (Betreuer/Sachwalter) die Entscheidung trifft. Auch beschränken die berufsrechtlichen Vorgaben für den Arzt und die damit verbundene Pflicht zur Behandlung *state of the art* risikoreiche oder nachteilige Behandlungsmöglichkeiten stark. Haftungsängste, seien es strafrechtliche oder zivilrechtliche, tun ihr Übriges.

Es besteht also je nach Angelegenheit, über die zu entscheiden ist, ein unterschiedlicher Schutzbedarf:

- ein höherer bei vermögensrechtlichen Angelegenheiten, weil risikoreichere Entscheidungen möglich und oft eine Missbrauchsgefahr wegen Eigeninteressen der handelnden Personen gegeben ist,
- ein geringerer z.B. bei medizinischen Angelegenheiten, weil hier der Handlungsspielraum meist gering und nur selten Missbrauchsgefahr wegen Eigeninteressen (von Arzt oder Angehörigen) vorliegt.

Es bedarf demnach bei der Frage, welche Entscheidung einer Person als verbindlich qualifiziert wird, einer Diversifikation nach der Art der Entscheidung.

Ähnlich ist es bei der **Testier- und Ehefähigkeit**, wobei es hier zu einer Vermischung von vermögensrechtlichen und höchstpersönlichen Angele-

genheiten kommt. Gerade bei Entscheidungen in Bezug auf die Eheschließung zeigt sich die Problematik der Beurteilung der Handlungsfähigkeit besonders gut. Eine solche Entscheidung über die Eheschließung ist für das Wohl der betroffenen Person von höchster Wichtigkeit. Erkenntnis- und Steuerungsfähigkeit sind dabei aber bei der Ehefähigkeit generell, also insb. auch oder gerade bei Menschen ohne Behinderung, stark eingeschränkt. Dennoch wird in diesen Fällen an der Verbindlichkeit – es handelt sich immerhin um eine lebenslängliche Verpflichtung – nicht gezweifelt.

Eine Besonderheit liegt bei allfälligen Beschränkungen des **Wahlrechts** vor. Eine solche sehen viele Länder automatisch bei Bestellung eines Erwachsenenvertreters oder durch zusätzlichen Gerichtsbeschluss im Rahmen dieser Bestellung vor.⁶⁸ Hier soll offensichtlich die Allgemeinheit vor „falschem“ Wahlverhalten von geistig beeinträchtigten Personen geschützt werden. Die Personen selbst tragen ja zumeist durch die Wahl einer Partei oder einer Person kein besonderes unmittelbares Risiko. Dabei stellt sich insgesamt die Frage, ob dieses Ziel erstrebenswert und daher gerechtfertigt sowie ob die Maßnahme geeignet und verhältnismäßig ist. Die Antwort kann nur „nein“ lauten. Erstens werden Personen unter „voller“ Betreuung dadurch diskriminiert, weil andere Personen mit vergleichbaren oder noch größeren Einschränkungen der geistigen Fähigkeiten mangels Bestellung eines Erwachsenenvertreters nicht vom Wahlrecht ausgeschlossen werden. Zweitens ist die Zahl der dadurch vom Wahlrecht Ausgeschlossenen regelmäßig so klein, dass dies im Wahlergebnis nur in Ausnahmefällen von Bedeutung sein dürfte. Zusätzlich ist ein Teil der betroffenen Personen ohnehin faktisch vom Wahlrecht ausgeschlossen, wenn es diesen Personen an den nötigen körperlichen Fähigkeiten (Aufsuchen des Wahllokals, Ankreuzen des Stimmzettels etc.) fehlt. Unterstützungsmaßnahmen sind zwar regelmäßig vorgesehen, bei bestimmten Personen ist eine Wahl aber dennoch faktisch nicht möglich (z.B. Komatöse). Ein Ausschluss vom Wahlrecht aufgrund einer Behinderung widerspricht auch Artikel 29 UN-Behindertenrechtskonvention. Dieser garantiert behinderten Menschen die gleichberechtigte Inanspruchnahme von politischen Rechten. Unabhängig davon ist aber der Ausschluss dieser Personengruppe zur Rettung der Demokratie in unseren Ländern nicht erforderlich und die Maßnahme daher auch nicht verhältnismäßig.

⁶⁸ S. dazu Ganner, Stand und Perspektiven des Erwachsenenschutzes in rechtsvergleichender Sicht (Teil 1), BtPrax 5/2013, S. 171 (174).



In Österreich wurde die Regelung, mit der Personen unter Sachwalterschaft für alle Angelegenheiten – das entspricht der „vollen“ Betreuung nach deutschem Recht – vom aktiven und passiven Wahlrecht ausgeschlossen waren, vom Verfassungsgerichtshof schon 1987 wegen Gleichheitswidrigkeit aufgehoben.⁶⁹ Eine Nachfolgeregelung wurde nie geschaffen, sodass seither in Österreich die Bestellung eines Sachwalters keinerlei wahlrechtlichen Konsequenzen hat. Unerfreuliche Wahlergebnisse sind jedenfalls nicht darauf zurückzuführen, dass Personen unter Sachwalterschaft nicht von der Wahl ausgeschlossen sind.

IV. Einzelaspekte

In der Folge will ich kurz auf weitere wichtige Einzelaspekte eingehen.

1. Koordination von Erwachsenenschutzrecht, Sozialrecht und Konsumentenschutz

Das Erwachsenenschutzrecht steht nicht allein auf weiter Flur, sondern ist Teil verschiedener kommunizierender Gefäße. Zu diesen gehören u.a. jedenfalls auch das Konsumentenschutz- und das Sozialrecht. Wenn also in einem Bereich Änderungen vorgenommen werden, wirkt sich das auch auf die anderen Bereiche aus. Ein starker Konsumentenschutz, etwa durch einfache Rückabwicklungsmöglichkeiten von Verträgen, reduziert die Notwendigkeit von Schutzmaßnahmen im Erwachsenenschutzrecht. Das Gleiche gilt für direkte Sachleistungen im Sozialrecht, während Geldleistungen ohne Zweckbindung zwar die Autonomie betroffener Personen, gleichzeitig aber auch die Missbrauchsgefahr erhöhen. Es bedarf also eines ausgewogenen Systems und der Beachtung angrenzender Rechtsbereiche, wenn Reformen vorgenommen werden.

2. Einbeziehung von Menschen mit Behinderung in alle Entwicklungen

Die Einbeziehung von Menschen mit Behinderung in die Weiterentwicklung des Erwachsenenschutzrechts ist von immenser Bedeutung, weil sich dabei die Sicht der Dinge für alle Beteiligten, und insbesondere für Personen „ohne“ Behinderung, ändert. Das konnte ich persönlich im ca. zweijährigen Reformprozess in Österreich feststellen. Durch die kontinuierliche, durchaus mit Aufwand verbundene, intensive Auseinandersetzung mit vom Erwachsenenschutzrecht betroffenen Personen werden auch für eingefleischte Rechtsdogmatiker neue und andere Lösungen vorstellbar. Leider muss dann aber – etwa in den Schlussdiskussionen zur Reform und

im Rahmen der Begutachtung – festgestellt werden, dass diejenigen, die nicht regelmäßig dabei waren, oft in ihren nunmehr überholten Ansichten verharren.

Auch viele andere Länder haben in den letzten Jahren gerade mit der Implementierung der UN-Behindertenrechtskonvention – oft erstmals – Erfahrungen mit der Einbindung betroffener Personengruppen in die Gesetzgebung gemacht: Deutschland beim Teilhabegesetz, Australien bei der Umsetzung des National Disability Insurance Scheme (NDIS 2013) und Neuseeland bei der besonders intensiven Einbindung von Menschen mit Behinderung in das Monitoringsystem zur UN-Behindertenrechtskonvention.⁷⁰

Die Einbindung dieser Personen wird nicht nur schon lange von ihnen selbst unter dem Motto: „nothing about us without us“, sondern auch ausdrücklich von der UN-Behindertenrechtskonvention (Art. 4) gefordert.

3. Unterstützte Entscheidungsfindung

Der Wechsel von der Vertreterentscheidung zur unterstützten Entscheidungsfindung ist vielleicht die größte Herausforderung für die Weiterentwicklung des Erwachsenenschutzrechts. Dabei geht es nämlich erstens um die für die Praxis besonders bedeutsame grundsätzliche Anerkennung der Handlungsfähigkeit betroffener Personen. Und zweitens um die Art und Weise, wie diese – in einer für alle Menschen oft schwer durchschaubaren rechtlichen Wirklichkeit – sichergestellt und gefördert werden kann.

Schon vor der Ratifizierung der UN-Behindertenrechtskonvention haben viele nationale Erwachsenenschutzrechte die Vertreterentscheidung nur als allerletztes Mittel vorgesehen. In der Praxis ist sie aber, weil für viele Beteiligte praktischer, oft das Regelmodell geblieben. Geschäftspartner (z.B. Banken) treffen lieber Vereinbarungen mit einem fachkundigen Erwachsenenvertreter als mit einer intellektuell eingeschränkten Person, bei der sie nie sicher sein können, ob diese den Inhalt der Vereinbarung versteht und ob die Vereinbarung am Ende des Tages auch hält.

Art. 12 der UN-Behindertenrechtskonvention sieht nunmehr ausdrücklich die Pflicht vor, alle möglichen Unterstützungsmaßnahmen zu ergreifen, um eine autonome Entscheidung der betroffenen Person zu erreichen. Das ist

⁶⁹ VfGH, 710/1987, G 109/87, ÖJZ VfGH 1988/14, 315 – ZfVB 1988/1210/1245/1335.

⁷⁰ Ausführlich dazu Lamplmayr/Nachtschatt, Observing Legislative Processes: Implementation of the CRPD (2016); Link zu open access unter: <https://www.uibk.ac.at/rif/unbrk/>.

personal-, zeit- und kostenintensiv und daher in vielen Fällen nicht leicht umzusetzen. Es gibt international bereits einige eingesetzte Modelle, die jedoch regelmäßig nicht großflächig angewendet werden.⁷¹ Hier bedarf es besonderer Anstrengungen in nächster Zeit, um situationsgerechte Unterstützungsmaßnahmen im Einzelfall zur Verfügung stellen zu können. Je nach Art der zu treffenden Entscheidung – handelt es sich um einen Vertragsabschluss, die Änderung des Wohnortes oder eine medizinische Behandlung – und auch je nach mentalem Zustand der betroffenen Person werden in Art und Ausmaß unterschiedliche Unterstützungsmaßnahmen erforderlich sein.

4. Sprache

Last but not least spielt auch die verwendete Sprache eine wichtige Rolle. Ohne hier näher auf die Grundsatzdiskussion des sprachlichen Determinismus, also die Frage, wieweit die verwendete Sprache auch das Denken beeinflusst, einzugehen, sei darauf hingewiesen, dass sehr unterschiedliche Begrifflichkeiten für das Gleiche oder für doch sehr Ähnliches verwendet werden. Das gilt sowohl für die deutsche als auch andere Sprachen. In Deutsch werden etwa die Begriffe „Menschen mit Behinderung“ und „Menschen mit Lernschwierigkeiten“, oder die Begriffe „Vormundschaft, Entmündigung, Sachwalterrecht, Betreuung und neuerdings Erwachsenenschutzrecht“ mehr oder weniger als Synonyme verwendet. In der englischen Sprache gilt dies für guardianship law und legal support and protection of adults. Ziel muss jedenfalls die Verwendung möglichst zeitgemäßer und diskriminierungsfreier Begriffe sein. Dazu gehört auch eine klare Trennung des Erwachsenenschutzes und seiner Begriffe vom Kindschaftsrecht.

Die verwendete Sprache beeinflusst auch das Ausmaß der Handlungsfähigkeit im konkreten Einzelfall entscheidend. Eine mit Fachbegriffen gespickte Aufklärung über einen bevorstehenden medizinischen Eingriff führt dazu, dass ein Patient, der nicht selbst Mediziner ist, keine informierte Entscheidung treffen kann. Nur wenn die erforderliche Information für einen „informed consent“ so aufbereitet ist, dass der Patient aufgrund seiner individuellen Erkenntnisfähigkeit die wesentlichen Aspekte erkennt, kann er auch eine informierte Entscheidung treffen.

Daher hat sich, vor allem seit der Ratifizierung der UN-Behindertenrechtskonvention, im Umgang mit Menschen mit Behinderung oder Lernschwierigkeiten, die Verwendung von „Leichter Sprache“ etabliert. Dies ist bereits eine sehr wichtige Maßnahme der „unterstützten“ Entscheidungsfindung.

⁷¹ S. Mayrhofer, Modelle unterstützter Entscheidungsfindung – Beispiele guter Praxis aus Kanada und Schweden, http://www.irks.at/assets/irks/IRKS_WP16_Unterstützte-Entscheidungsfindung.pdf.

V. Fazit

Die UN-Behindertenrechtskonvention hat weltweit eine Welle von Bestrebungen zur Verbesserung und Weiterentwicklung des Erwachsenenschutzes ausgelöst. Viele Länder – so auch Österreich und Deutschland – haben ihre anfängliche Position, wonach die bestehende Rechtslage ohnehin schon alle Forderungen erfüllt, revidiert und Reformen eingeleitet.

Diese müssen im Interesse der betroffenen Personen wohlüberlegt und behutsam durchgeführt werden. Die Autonomie betroffener Personen muss erweitert und sichergestellt werden, ohne ihnen den wirklich notwendigen Schutz zu verwehren. Ausbau und Verbesserung der unterstützten Entscheidungsfindung sind die Essenz eines besseren Erwachsenenschutzrechts. Die völlige Abschaffung jeder Form von Erwachsenenvertretung (Betreuung, Sachwalterschaft etc.) oder Unterbringung, wie dies auch nach den concluding observations des Ausschusses zur UN-Behindertenrechtskonvention zT gefordert wird, geht jedenfalls zu weit und ist nicht im Interesse der betroffenen Personen.⁷²

Die rechtlichen Vorgaben müssen praktikabel gestaltet werden, sonst kommt es zu einer großen Diskrepanz zwischen dem „law in books“ und „law in action“.

Diese Diskrepanz haben wir jetzt schon vielfach bei der Beachtung von Wille und Wünschen betroffener Personen.

Gleichzeitig müssen weitere Anstrengungen unternommen und notwendige Mittel zur Verfügung gestellt werden, damit die angestrebten Ziele erreicht werden können.

⁷² Universität Innsbruck (Hg), Gutachten über die aus dem UN-Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen erwachsenden Verpflichtungen Österreichs (2014) Rz 268 ff. (https://www.sozialministerium.at/cms/site/attachments/1/6/6/CH3434/CMS1457342264212/fakultaetsgutachten_pflichten_osterreichs_2014.pdf).

Stellung und Rolle der UN-Behindertenrechtskonvention im Gefüge des universellen Menschenrechtsschutzsystems

Prof. Dr. Stefanie Schmahl

I. Einleitung

Die Bedeutung der UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK) für die deutsche Rechtsordnung wird sowohl in der Rechtsprechung als auch im betreuungsrechtlichen Schrifttum mittlerweile vermehrt thematisiert. Dabei werden auch die Stellungnahmen des Ausschusses für die Rechte von Menschen mit Behinderungen intensiv zur Kenntnis genommen.⁷³ Weniger im Fokus stehen hingegen die Stellung und die Rolle, die die UN-BRK und ihr Überwachungsausschuss im Gefüge des universellen Menschenrechtsschutzsystems der Vereinten Nationen einnehmen. Zur Schließung dieser Lücke möchten die folgenden Überlegungen einen Beitrag leisten.

II. Entwicklung, Inhalt und Durchsetzung universeller Menschenrechtsgarantien

Die im Juni 1945 in Kraft getretene UN-Charta weist die Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten nicht nur in der Präambel, sondern auch in Art. 1 Ziff. 3, Art. 55 lit. c und Art. 62 Nr. 2 als Zielbestimmungen der Vereinten Nationen aus. Den entscheidenden Grund für diese Zielsetzung lieferten die bei der Ausarbeitung der UN-Charta unmittelbar zurückliegenden Erfahrungen von Krieg und Holocaust, denen man am wirkungsvollsten durch die Betonung von Würde und Rechten jeder Einzelperson zu begegnen glaubte.⁷⁴ Nie wieder sollten Menschen von einer Staatsgewalt zu „Unpersonen“ erklärt und einer (industriellen) Vernichtungsmaschinerie preisgegeben werden können.⁷⁵

1. Allgemeine Menschenrechtskonventionen

Angesichts des in der UN-Charta niedergelegten Auftrags hat die Generalversammlung der Vereinten Nationen am 10. Dezember 1948 die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (AEMR) verkündet.⁷⁶ Obwohl völker-

73 Vgl. z.B. aus der Rechtsprechung: BVerfGE 128, 282 (306); BVerfG, Beschl. v. 26.7.2016, 1 BvL 8/15, Rn. 90; BSG, NZS 2011, 263 ff.; aus der Literatur: Aichele, AnwBl. 2011, 727 ff.; Masuch, FS Jäger, 2011, 245 ff.; Lipp, FamRZ 2012, 669 ff.; Brosey, BtPrax 2014, 211 ff.

74 E. Klein, in: Kreuzer/Scheuing/Sieber (Hrsg.), Europäischer Grundrechtsschutz, 1998, 39 (41 f.).

75 Schmahl, AVR 45 (2007), 517 (518).

76 Resolution der UN-Generalversammlung vom 10.12.1948, Nr. 217 A (III), UN-Dok. A/811.

rechtlich unverbindlich, hat sich die Erklärung im Laufe der Zeit als ein rechtspolitisch wegweisendes Programm herauskristalliert.⁷⁷

Auf ihrer Grundlage konnten 1966 zwei universelle Menschenrechtspakte verabschiedet werden, die schließlich 1976 in Kraft traten und heute nahezu weltweite Bindungswirkung entfalten.⁷⁸ Während der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbpR) klassische liberale Abwehrrechte verbürgt, enthält der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPwskR) Menschenrechte der sog. zweiten Dimension.⁷⁹ Beiden Rechtstexten gemeinsam ist freilich, dass sie sich allgemein und diskriminierungsfrei auf den Menschen beziehen. Zusammen mit der AEMR bilden die beiden Pakte die „*International Bill of Rights*“, also das Herzstück des universellen Menschenrechtsschutzes.⁸⁰

Obgleich für die bis zu diesem Zeitpunkt staatenzentrierte Völkerrechtsordnung bahnbrechend,⁸¹ zeigte sich recht bald, dass die Anerkennung von Individualrechten in den beiden UN-Menschenrechtspakten nicht zwangsläufig dazu führt, dass alle Menschen als gleichberechtigte Teilhaber oder Inhaber dieser Rechte akzeptiert werden. Mit vermutlich dem besten Gewissen sprach man zu Beginn der Entwicklung des Menschenrechtsschutzes auf internationaler Ebene von Menschenrechten, nahm aber etwa Menschen weiblichen Geschlechts und Menschen mit Behinderungen hiervon jedenfalls in bestimmten Bereichen aus oder ordnete sie – eher als Schutzobjekte denn als Rechtsträger – anderen Rechtsgebieten wie der Sozial- oder Familienpolitik zu.⁸²

2. Ausarbeitung menschenrechtlicher Spezialkonventionen, einschließlich der UN-BRK

Erst im Laufe der Zeit ist die internationale Staatengemeinschaft für Un-

77 Vgl. nur Morsink, *The Universal Declaration of Human Rights. Origins, Drafting and Intent*, 1999.

78 Vgl. UNTS 999, 171 = BGBl. 1973 II, 1569; und UNTS 993, 3 = BGBl. 1973 II, 1553. Beide Übereinkommen weisen heute jeweils mehr als 160 Vertragsparteien auf.

79 Grundlegend zur Unterscheidung der Menschenrechtsdimensionen Vasak, *Les dimensions internationales des droits de l'homme*, 1978; Riedel, *Theorie der Menschenrechtsstandards*, 1986.

80 Tomuschat, *Human Rights. Between Realism and Idealism*, 3. Aufl. 2014, 30.

81 näher E. Klein, *Menschenrechte. Stille Revolution des Völkerrechts und Auswirkungen auf die innerstaatliche Rechtsanwendung*, 1997.

82 Vgl. z.B. E. Klein, in: *MenschenRechtsZentrum der Universität Potsdam (Hrsg.), 20 Jahre Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau*, 1999, 31; Dege-ner, KJ 2000, 425 ff.

rechtserfahrungen besonders verletzlicher Gruppen sensibel geworden. In den 1960er Jahren begannen erste Entwicklungen zum Erlass von ergänzenden Maßnahmen, die der beschleunigten Verwirklichung der Menschenrechte unter der Perspektive der Antidiskriminierung zu dienen bestimmt waren. Mehrere menschenrechtliche Spezialkonventionen zur Förderung der Rechte vulnerabler Gesellschaftsgruppen wurden ausgearbeitet, so etwa das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (1965),⁸³ das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (1979)⁸⁴ und das Übereinkommen über die Rechte des Kindes (1989).⁸⁵ Allerdings dauerte es noch mehr als ein Jahrzehnt, bis auch die Rechte von Menschen mit Behinderungen zum Gegenstand menschenrechtlicher Kodifizierungsüberlegungen auf der internationalen Ebene wurden.⁸⁶ Erst im Jahr 2001 verabschiedete die UN-Generalversammlung eine Resolution zur Ausarbeitung einer umfassenden internationalen Konvention zum Schutze und zur Förderung der Rechte von behinderten Menschen und setzte zu diesem Zweck einen Ad-hoc-Ausschuss ein.⁸⁷ Nach knapp fünf Jahren vorbereitender Arbeit⁸⁸ konnte der ausgearbeitete Rechtstext am 13. Dezember 2006 angenommen werden,⁸⁹ im März 2009 ist die UN-BRK schließlich auch für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten.⁹⁰

Als völkerrechtliches Antidiskriminierungsinstrument soll die Konvention vor allem dazu beitragen, gesellschaftliche Strukturen systematisch zu überwinden, die es Menschen mit Behinderungen erschweren, ein selbstbestimmtes Leben unter Anerkennung ihrer Würde zu führen. Deshalb werden die Aspekte der Menschenwürde, der menschlichen Vielfalt und der sozialen Inklusion in der Behindertenrechtskonvention im Vergleich mit anderen internationalen Menschenrechtsübereinkommen besonders häufig hervorgehoben.⁹¹ Darauf aufbauend und ergänzend besteht das Übereinkommen aus einer Mischung aus liberalen, beschützenden, leis-

83 Vom 21.12.1965, UNTS 660, 195 = BGBl. 1969 II, 961.

84 Vom 18.12.1979, UNTS 1249, 13 = BGBl. 1985 II, 648.

85 Vom 20.11.1989, UNTS 1577, 3 = BGBl. 1992 II, 121.

86 Zur langsamen Entwicklung und den diesbezüglichen Gründen vgl. Degener, VN 2006, 104 ff.; Weiß, MIRM 2006, 293 ff.

87 Vgl. UN-Dok. A/RES/56/168 v. 19.12.2001.

88 Hierzu v. Bernstorff, ZaöRV 67 (2007), 1041 ff.

89 UN-Dok. A/61/611, 4 ff.

90 UNTS 2515, 3 = BGBl. 2008 II, 1420.

91 Eingehend Bielefeldt, Zum Innovationspotenzial der UN-Behindertenkonvention, 3. Aufl. 2009.

tenden, teilhabenden, korrigierenden und nichtdiskriminierenden Rechtsstandards, die in einer engen Interdependenz zueinander stehen und verschiedene Lebensbereiche abdecken.⁹² Die UN-BRK geht damit über eine reine Antidiskriminierungskonvention hinaus, indem sie aus dem Blickwinkel von Menschen mit Behinderung umfassend alle Menschenrechte in ihren unterschiedlichen Dimensionen gewährleisten will. Diesen Ansatz teilt sie mit der UN-Kinderrechtskonvention.⁹³ Neben der Schlüsselnorm des Art. 12 UN-BRK, die vor allem im Betreuungs- und Erwachsenenschutzrecht relevant ist,⁹⁴ sind in Deutschland besonders die Vorschriften der UN-BRK über die Barrierefreiheit im öffentlichen Leben und die schulische Inklusion behinderter Kinder bekannt und wissenschaftlich durchdrungen.⁹⁵

3. Durchsetzungsmechanismen

Menschenrechtsverpflichtungen bleiben regelmäßig „Papiertiger“, soweit ihre Durchsetzung nicht von unabhängigen Kontrollorganen überwacht wird. Eine der wichtigsten Errungenschaften der universellen Menschenrechtsverträge ist deshalb die Verbindung der materiell-rechtlichen Garantien mit vertragsbasierten Gremien, die die Erfüllung der von den Staaten eingegangenen Verpflichtungen überwachen. Ebenso wie die anderen universellen Menschenrechtsverträge sieht auch die UN-Behindertenrechtskonvention einen Ausschuss mit (mittlerweile) achtzehn unabhängigen Experten als Vertragsorgan vor,⁹⁶ der regelmäßigen Staatenberichte der Vertragsstaaten entgegennimmt und prüft.

Das Staatenberichtsverfahren, das nach Maßgabe des Art. 35 Abs. 2 UN-BRK periodisch mindestens alle vier Jahre durchgeführt wird, soll eine kontinuierliche und Anlass unabhängige Kontrolle über die Einhaltung der Standards der UN-BRK in den Vertragsstaaten ermöglichen. Dieses Berichtssystem, das sich auch in anderen UN-Menschenrechtsabkommen findet und in „Allgemeine Empfehlungen“ des Ausschusses mündet,⁹⁷ hat sich zu einem entscheidenden Rückgrat der Überwachung menschenrechtlicher Verträge entwickelt, um systemische Probleme in einem Vertragsstaat auf-

92 Schmahl, AVR 45 (2007), 517 (527 ff.).

93 Näher Schmahl, Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen, 2013, Einl., Rn. 32 ff.

94 Vgl. dazu etwa die Beiträge in: Coester-Waltjen/Lipp/Schumann/Veit (Hrsg.), Perspektiven und Reform des Erwachsenenschutzes, 2013.

95 Dazu etwa Riedel/Arend, NVwZ 2010, 1346 ff.; Krajewski, JZ 2010, 120 ff.; v. Bernstorff, RdJB 2011, 203 ff.; Welti, NVwZ 2012, 725 ff.; ders., DÖV 2013, 795 ff.; ders., RdJB 2015, 34 ff.

96 Vgl. Art. 34 Abs. 2, 3 UN-BRK.

97 Vgl. Art. 36 Abs. 1 UN-BRK.

zudecken und künftig zu verhindern.⁹⁸ Bis Ende 2015 hat der Behindertenrechtsausschuss zu 41 Staatenberichten Stellung genommen; die ergangenen „Abschließenden Empfehlungen“ konzentrieren sich im Wesentlichen auf die Auflistung von bestehenden Konventionsverstößen und gebotenen Reformmaßnahmen.⁹⁹

Als zweites Schutzschild gegen Menschenrechtsverletzungen haben sich Individualbeschwerden erwiesen, da sie ein vom Staat unabhängiges Rechtsmittel eröffnen und dem Einzelnen zu einer subjektiven Rechtsposition verhelfen können.¹⁰⁰ Auch der UN-BRK ist ein Fakultativprotokoll (FP) beigegeben, das es Individuen und Gruppen ermöglicht, Mitteilungen und Beschwerden über mögliche Rechtsverletzungen einzureichen.¹⁰¹ Bis zum Sommer 2016 hat der Behindertenrechtsausschuss 13 Individualbeschwerden beschieden.¹⁰²

Zwar stellen die Auffassungen des Ausschusses im Individualbeschwerdeverfahren (vgl. Art. 5 FP) ebenso wie die „Allgemeinen Empfehlungen“ im Staatenberichtsverfahren rechtstechnisch bloß unverbindliche Empfehlungen dar. Sie sind weder für internationale noch für nationale Gerichte völkerrechtlich bindend.¹⁰³ Denn nach der – auch im Völkergewohnheitsrecht verankerten – Regel des Art. 31 Abs. 3 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge¹⁰⁴ kommt eine Kompetenz zur Fortentwicklung internationaler Abkommen nur den Vereinbarungen der Vertragsstaaten oder der von diesen ausgeübten Praxis zu.¹⁰⁵ Dem Behindertenrechtsausschuss ist weder in der Konvention noch im Fakultativprotokoll ein Mandat zur verbindlichen Interpretation des Vertragstextes übertragen worden.¹⁰⁶ Dennoch sind die Äußerungen des Behindertenrechtsausschusses nicht irrelevant; ganz im Gegenteil kommt ihnen wegen des unabhängigen Sachverstands der Ausschussmitglieder ein erhebliches argumentatives Gewicht

98 Schmahl, in: Pollmann/Lohmann (Hrsg.), Menschenrechte. Ein interdisziplinäres Handbuch, 2012, 390 (391).

99 Vgl. Uerpmann-Witzack, AVR 54 (2016), 181 (183 f).

100 Allgemeiner Überblick bei Weiß, AVR 42 (2004), 142 ff.

101 UNTS 2515, 3 = BGBl. II, 1453.

102 Darstellung und Würdigung bei Uerpmann-Witzack, AVR 54 (2016), 181 (182, 184 ff.).

103 BVerfG, Beschl. v. 26.7.2016, 1 BvL 8/15, Rn. 90, mit zahlreichen Hinweisen zur Rechtsprechungspraxis anderer Gerichte.

104 UNTS 1155, 331 = BGBl. II 1985, 926.

105 Vgl. Villiger, Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, 2009, Art. 31 Rn. 37.

106 Zutreffend: BVerfG, Beschl. v. 26.7.2016, 1 BvL 8/15, Rn. 90.

zu. Nationale wie internationale Gerichte sind zudem verpflichtet, sich mit den Auffassungen jedes menschenrechtlichen Kontrollorgans nach dem Prinzip von Treu und Glauben, das jeden völkerrechtlichen Vertrag überformt, auseinanderzusetzen, auch wenn sie das Ergebnis nicht übernehmen müssen.¹⁰⁷

III. Vorzüge und Schwächen der UN-BRK im Rahmen des universellen Menschenrechtsschutzsystems

Im Verhältnis zu den beiden generellen UN-Menschenrechtspakten (IPbpR und IPwskR) mit ihren jeweils eigenen menschenrechtlichen Kontrollinstanzen weist die UN-BRK verschiedene Vorzüge auf. Dadurch, dass sie erstmals bürgerliche, politische, wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte von Menschen mit Behinderungen in einem einheitlichen Dokument rechtsverbindlich zusammenfasst, signalisiert die Konvention eine Abkehr von einer Behindertenpolitik, die primär auf Fürsorge und Ausgleich von Defiziten abzielt. Die Konvention wählt einen „ganzheitlichen Menschenrechtsansatz“, der dem Prinzip der grundsätzlichen Interdependenz und Unteilbarkeit der Menschenrechte Rechnung trägt.¹⁰⁸ Zugleich gibt die Konvention über ihren „diversity-Ansatz“ positive Impulse für eine Weiterentwicklung des gesamten internationalen Menschenrechtsschutzes.¹⁰⁹ Die unbestrittene *raison d'être* der BRK besteht nämlich in der Gewährleistung des vollen und gleichberechtigten Genusses aller Menschenrechte für Menschen mit Behinderungen. Nach diesem dezidiert subjektorientierten Ansatz sollen Menschen mit Behinderungen in allen Lebenslagen in demselben Maße als Rechtssubjekte begriffen und behandelt werden wie Menschen ohne Behinderung.¹¹⁰

Den genannten Vorteilen stehen aber auch Nachteile und Schwächen gegenüber. So ist etwa die Frage der rechtlichen Definition von Behinderung in der UN-BRK nicht vollständig gelöst. Als problematisch erweist sich etwa, dass die Konvention nicht zwischen den sehr unterschiedlichen Formen von Gesundheitsschädigungen differenziert, die von körperlichen Beeinträchtigungen hinsichtlich der Gliedmaßen über Organ- und Sinnesschä-

107 BVerfG, ebd.; vgl. auch Tomuschat, Human Rights Committee, MPEPIL IV, 2012, 1058 (1061), Rn. 14; E Klein, FS Rauschnig, 2001, 301 (307 f.).

108 Schmahl, AVR 45 (2007), 517 (534); Aichele/v. Bernstorff, BtPrax 2010, 199 (200).

109 Bielefeldt, Zum Innovationspotenzial der UN-Behindertenkonvention, 3. Aufl. 2009, 8 ff.

110 Aichele, Die UN-Behindertenrechtskonvention und ihr Fakultativprotokoll, 2008, 4 f.; Schmahl, BtPrax 2016, 51.

den bis hin zu geistigen und seelischen Behinderungen reichen.¹¹¹ Auch setzt die Konvention keine Demarkationslinien hinsichtlich des Schweregrads und der Dauer einer Behinderung. Erst kürzlich hat der Behindertenrechtsausschuss eine dreimonatige Knieverletzung als körperliche Beeinträchtigung im Sinne des Art. 1 Abs. 2 UN-BRK angesehen.¹¹² Es erscheint fragwürdig, ob diese extensive Auslegung, die letztlich zu einer Nivellierung des persönlichen Anwendungsbereichs führt, dem Schutzzweck der Konvention dienlich ist.

Ein weiteres Manko stellt die Doppelung der auf der universellen Ebene verbürgten Menschenrechte in der UN-BRK dar. Der Anwendungsbereich der übrigen Menschenrechtsübereinkommen, die neben Freiheits- und Leistungsrechten stets auch Diskriminierungsverbote enthalten,¹¹³ erstreckt sich auch auf Menschen mit Behinderungen; vereinzelt wird in Menschenrechtskonventionen sogar ausdrücklich auf Menschen mit Behinderungen Bezug genommen.¹¹⁴ Mit der vertraglichen Normenfülle stehen zwar dem Einzelnen verschiedene menschenrechtliche „Auffangnetze“ zur Verfügung; zugleich steigt aber auch das Risiko der Desorientierung und damit des Regelverstoßes.¹¹⁵

Der rechtliche wie tatsächliche Mehrwert der UN-BRK gegenüber den generellen UN-Menschenrechtspakten ist freilich darin zu erblicken, dass mit den auf dieser Spezialkonvention basierenden Staatenberichten und Individualbeschwerden ein Expertengremium befasst wird, das behindertenspezifische Diskriminierungen besser kennt als die anderen menschenrechtlichen Kontrollinstanzen. Die Erfahrungen zeigen, dass ein Spezialkomitee mehr Sensibilität mitbringen und deshalb auch gehaltvollere Strategien zur Überwindung ursächlicher Strukturen entwickeln kann.¹¹⁶ Auch die nicht ausschließlich auf Juristen konzentrierte Zusammensetzung des Behindertenrechtsausschusses (vgl. Art. 34 Abs. 3 S. 1 UN-BRK) erlaubt möglicherweise einen angemesseneren Zugang zum einzelnen

¹¹¹ Degener, ZaöRV 65 (2005), 887 (907).

¹¹² Auffassung des Behindertenrechtsausschusses v. 2.10.2014, S. C./Brasilien, UN-Dok. CRPD/C/12/D/10/2013, Rn. 6.5.

¹¹³ Vgl. etwa Art. 26 IPbpR, Art. 2 Abs. 2 IPwskR.

¹¹⁴ Vgl. nur Art. 2 und Art. 23 der UN-Kinderrechtskonvention.

¹¹⁵ Schmahl, AVR 45 (2007), 517 (537 f.).

¹¹⁶ Vgl. Bustelo, in: Alston/Crawford (Hrsg.), The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring, 2000, 79 ff.; König, in: Rudolf (Hrsg.), Frauen und Völkerrecht, 2006, 81 (90 ff.).

Fall.¹¹⁷ Auf der anderen Seite werden hierdurch wohl die rechtstechnische Handhabung des Verfahrens und der präzise rechtsdogmatische Zugang zu und die Differenzierung zwischen den einzelnen Menschenrechtsgarantien erschwert.¹¹⁸ Das Risiko des speziellen Mandats des Behindertenrechtsausschusses besteht ferner darin, dass seine Perspektive zu einseitig wird und andere kollidierende Menschenrechte nicht hinreichend gewürdigt werden. Jedenfalls unter Heranziehung der Idee eines absoluten Diskriminierungsschutzes, die der Ausschuss verschiedentlich vertritt,¹¹⁹ gerät die Herstellung praktischer Konkordanz zwischen unterschiedlichen menschenrechtlichen Belangen sowie zwischen den mannigfaltigen Funktionen und Dimensionen der Menschenrechte tendenziell aus dem Blick.

IV. Fazit

Will der Ausschuss als quasi-richterliches Organ und nicht nur als eher interessenvertretendes, advokatorisches Gremium für die Rechte von Menschen mit Behinderungen wahrgenommen werden,¹²⁰ erscheint eine Überprüfung seiner gelegentlich kompromisslosen Haltung etwa in Bezug auf die Umsetzung von Art. 12 UN-BRK¹²¹ ratsam. Schon heute beklagt sich der Behindertenrechtsausschuss darüber, dass seine in der Sache weitgehenden Auffassungen zum Institut des „supported decision-making“ bei den Vertragsstaaten auf generelles Unverständnis stoßen.¹²² Können die Vertragsstaaten, die völkerrechtlich als „Herren der Verträge“ fungieren, aber nicht mehr nachvollziehen, was der Ausschuss aus der Konvention herleitet, besteht die Gefahr, dass seine Stellungnahmen in der Praxis ignoriert werden. Eine solche Konsequenz wäre nicht nur für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, sondern auch für den universellen Menschenrechtsschutz in Gesamtheit mehr als bedauerlich.

¹¹⁷ Ähnlich Wolfrum, Max Planck Yearbook of United Nations Law 3 (1999), 489 (494), in Bezug auf den UN-Anti-Rassendiskriminierungsausschuss.

¹¹⁸ Vgl. nur die Auffassungen des Behindertenrechtsausschusses v. 1.4.2016, Beasley/Australien, UN-Dok. CRPD/C/15/11/2013, Rn. 8.5-9, in denen die Schutzbereiche der Konventionsrechte weder klar definiert noch voneinander getrennt werden; zu Recht kritisch Uerpmann-Wittzack, AVR 54 (2016), 181 (209 f.).

¹¹⁹ Vgl. mit Beispielen: Uerpmann-Wittzack, AVR 54 (2016), 181 (200 ff.).

¹²⁰ Vgl. bereits Schmahl, AVR 45 (2007), 517 (538); ebenso Uerpmann-Wittzack, AVR 54 (2016), 181 (211).

¹²¹ Vgl. Behindertenrechtsausschuss, Concluding observations on the initial report of Germany, UN-Dok. CRPD/C/DEU/CO/1 vom 13.5.2015, Rn. 37 ff., insbes. Rn. 38b.

¹²² Vgl. die Kritik des Behindertenrechtsausschusses in seinem General comment No. 1 (2014), Article 12: Equal recognition before the law, CRPD/C/GC/2 vom 19.5.2014, Rn. 1, in dem er den Vertragsstaaten eine „general failure to understand“ vorwirft.

Die Kritik des UN-Fachausschusses am deutschen Betreuungsrecht

Prof. Yu-Zu Tai

Sehr geehrte Damen und Herren, ich bin Professorin Yu-Zu Tai und komme aus Taiwan. Es ist mir eine Ehre und zugleich eine große Freude, heute mit Ihnen über die Kritik des UN-Fachausschusses am deutschen Betreuungsrecht zu diskutieren, und zwar aus der Perspektive einer ausländischen Wissenschaftlerin.

Über die konkreten Vorschriften oder das Inhalt des deutschen Betreuungsrechts darf ich hier allein aus zeitlichem Grund nicht referieren. Es ist auch nicht notwendig, weil Sie alle als Fachleute in diesem Gebiet bestimmt besser als ich das deutsche System kennen. Ich komme direkt zur Sache:

In dogmatischer bzw. normativer Hinsicht möchte ich mich den Meinungen, die auch in Deutschland von Wissenschaft und Praxis mehrheitlich zu vertreten werden, anschließen, nämlich dass das deutsche Betreuungsrechtssystem die Kriterien der UN-Behindertenrechtskonvention (BRK) erfüllt hat, oder mindestens mit ihnen in Einklang steht. Bei der Kritik des Fachausschusses handelt sich eher um ein Missverständnis über das deutsche System.

Woher kommen solche Missverständnisse? Meiner Meinung nach geht es um die Begriffe, die wahrscheinlich aus gesetzgebungstechnischen Gründen weiterhin in das neue Gesetz übernommen sind. Ein Beispiel ist der Begriff der „gesetzlichen Vertretung“. Dieser Begriff wird auch für minderjährige Personen und weitere besondere Vertretungsfälle benutzt. In solchen Fällen kann es sich eher um Fremdbestimmung handeln. Das aktuelle deutsche Betreuungsrecht hat den Begriff der gesetzlichen Vertretung zwar übernommen, aber für dessen Anwendung die Selbstbestimmung als Maßstab hervorgehoben. Solch eine feine dogmatische Unterscheidung ist nicht selbstverständlich für die Nicht-Juristen bzw. ausländische Fachleute. Es ist nicht verwunderlich, wenn der UN-Fachausschuss das deutsche Betreuungsrecht als ein System von Fremdbestimmung angesehen und deswegen die Kritik am deutschen Betreuungsrecht geübt hat.

Ein anderes Beispiel: der Begriff „Wohl des Betroffenen“ in § 1901 BGB kann auch Verwirrung verursachen. Obwohl die Vorrangigkeit der Selbstbestimmung auch dort vorgeschrieben ist, wird der Begriff „Wohl“ oft inhaltlich

oder gewöhnlich mit objektiven Kriterien verstanden. Ob die Personen, die das Gesetz anwenden oder interpretieren müssen, den Geist der neuen Gesetzgebung immer verfolgen oder respektieren können, ist nicht unproblematisch.

Entscheidend ist nun, dass die normativen Vorgaben sich auch in die Rechtswirklichkeit verwandeln lassen müssen. Hier könnte aber die Kritik des Fachausschusses ihre Berechtigung finden, nämlich dort wo die Praxis des Betreuungswesens erhebliche Mängel bei seiner Verwirklichung aufweist. Wie und ob das Gesetz in der Tat im Sinne der Selbstbestimmung zu verwirklichen ist, hängt sowohl von den Personen, die das Gesetz anwenden, als auch von der Infrastruktur ab. Deshalb müssen die Möglichkeiten für Schulung und Fortbildung geschaffen werden. Wenn es notwendig ist, müssen die Betroffenen sogar dazu gezwungen werden. Hier geht es um einen Prozess der Wertewandelung, der noch eine Weile dauern wird. Außerdem muss man die Infrastruktur verbessern oder reformieren, um die Durchführung der Betreuungsaufgaben entsprechend unterstützen zu können. Zum Beispiel ist die Reform des Vergütungssystems in diesem Sinne zu verstehen.

Soviel zum deutschen Teil. Jetzt möchte ich als ausländische Juristin noch einige Gedanken mit Ihnen teilen. Meine Heimat Taiwan ist ein Land, dessen Rechtssystem sehr eng mit dem deutschen Modell verbunden ist. Bei uns haben viele Juraprofessoren in Deutschland promoviert. Austauschaktivität zwischen beiden Seiten ist gang und gäbe. Nicht nur in Taiwan, sondern auch in vielen anderen Ländern in Asien und Südamerika hat die deutsche Rechtswissenschaft einen nicht zu unterschätzenden Einfluss. Als taiwanische Juristin muss ich mir deswegen Gedanken darüber machen, welche Wirkung die Kritik des UN-Fachausschusses am deutschen Betreuungsrecht nach außen haben könnte. Die Auswirkung der Kritik des UN-Fachausschusses am deutschen Betreuungsrecht auf die Rechtssysteme, die sich am deutschen Modell orientieren, könnte in zwei total verschiedene Richtungen gehen.

Einerseits könnte es eine Abschreckungswirkung erzeugen, wenn das deutsche Betreuungsrecht als wider die BRK beurteilt worden wäre. Dadurch würde der Eindruck erweckt, dass die Hürde der BRK zu hoch und unüberwindbar sein könnte. Obwohl Taiwan kein Mitgliedstaat der UN ist, haben wir auf freiwilliger Basis die BRK ratifiziert. Wie unser Gesetzgeber darauf reagiert, ist immer noch unklar. Ein Fachausschuss vom Justizmi-

nisterium Taiwans arbeitet gerade an einem Gesetzentwurf. Als Mitglied dieses Ausschusses habe ich schon die Meinung von den zuständigen Behörden oder anderen Ausschussmitgliedern gehört, dass die ideale Vorstellung über Selbstbestimmung wie im deutschen Betreuungsrecht unrealistisch sei. Aber wenn die Bemühungen des deutschen Systems immer noch als unzureichend verurteilt worden sind, könnte unser Gesetzgeber davor zurückschrecken, die notwendigen Reformen durchzusetzen. Es ist noch abzuwarten und zu gucken, ob und wie das deutsche System auf solche Kritik reagieren würde.

Andererseits ist auch zu befürchten, dass ein Staat, der das deutsche Betreuungsrechtssystem nur formell imitiert, aber nicht auch inhaltlich rezipieren möchte, dennoch behauptet, dass die Kriterien der BRK eingehalten seien. Das deutsche Betreuungsrecht bedingungslos zu bejahen bzw. anzuerkennen, wäre nicht unproblematisch. In diesem Fall könnte das deutsche Modell als Alibi dienen, um sich den berechtigten Kritiken zu entziehen. Entscheidend ist nicht, was auf dem Papier geschrieben ist, sondern wie das Geschriebene in die Tat umgesetzt wird. Ich bin wirklich gespannt, bei der heutigen Gelegenheit Ihre Meinungen und Erfahrungen zu hören, ob das deutsche Betreuungsrechtssystem in dieser Hinsicht auch wirklich den Kriterien der BRK entspricht.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

Erklärung von Yokohama

Verabschiedet durch den 1. Weltkongress Betreuungsrecht, Yokohama, Japan, 4. Oktober 2010, überarbeitet und ergänzt durch den 4. Weltkongress Betreuungsrecht, Erkner/Berlin, Deutschland, 16. September 2016.

I. Präambel

Das Recht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht ist eine zentrale Voraussetzung, damit Menschen ihre Rechte und Freiheiten gleichberechtigt mit anderen ausüben können. Doch Menschen mit einer Krankheit oder einer Behinderung werden häufig gerade wegen ihrer Krankheit oder Behinderung in ihrer rechtlichen Handlungsfähigkeit eingeschränkt oder sie verlieren diese sogar völlig.

Die Weltkongresse Betreuungsrecht, die in Japan (2010), Australien (2012), den USA (2014) und Deutschland (2016) abgehalten wurden, fördern den internationalen Austausch von Ideen, Konzepten und der Praxis in Bezug auf die Unterstützung und den Schutz von vulnerablen Erwachsenen. Die Kongresse haben den Fortschritt und die Entwicklungen im Bereich der rechtlichen Unterstützung und des Schutzes von Erwachsenen dokumentiert und rechts- und sozialpolitische Ziele formuliert, die die Entmündigung ersetzen sollen und auf Selbstbestimmung und Sorge für den betroffenen Menschen Betreuung/Fürsorge ausgerichtet sind. Vor allem haben sie sich mit der Frage beschäftigt, wie moderne, menschenrechtskonforme Rechtssysteme bestmöglich auf die Bedürfnisse von Menschen eingehen können, die Unterstützung bei der Ausübung ihrer Rechts- und Handlungsfähigkeit benötigen oder die nicht in der Lage sind, selbst wirksam zu handeln bzw. selbst Vorsorge zu treffen.

Auf dem 1. Weltkongress, der 2010 im japanischen Yokohama stattfand, wurde die Erklärung von Yokohama erarbeitet, um die Bedeutung von Systemen der Unterstützung und des Schutzes von vulnerablen Erwachsenen sowie die internationale Rolle, die diese zukünftig spielen werden, hervorzuheben und gleichzeitig weltweit Empfehlungen zu verbreiten, wie solche Systeme richtig anzuwenden sind.

Zum 4. Weltkongress 2016 in Erkner/Berlin, Deutschland, wurde der internationale Teil der Erklärung von Yokohama überarbeitet und ergänzt, um die Notwendigkeit der Abschaffung der Entmündigung nachdrücklich zu



betonen und Systeme anzustreben, die ausschließlich der rechtlichen Unterstützung und dem rechtlichen Schutz von Erwachsenen dienen und auf Selbstbestimmung und Sorge für die betroffenen Menschen ausgerichtet sind.

Die Organisationskomitees der Kongresse von 2010 und 2016 möchten allen Mitwirkenden, die am Entwurf und der Überarbeitung dieser Erklärung von Yokohama beteiligt waren, ihren Dank aussprechen. Sie hoffen, dass diese überarbeitete Erklärung zur kontinuierlichen Weiterentwicklung von Systemen der Unterstützung und des Schutzes von vulnerablen Erwachsenen überall auf der Welt beiträgt und sie auch selbst weiter überarbeitet wird.

II. Internationaler Teil

1. **WIR ANERKENNEN** dass:

- (1) weltweit die Zahl von Erwachsenen, die zur Ausübung ihrer Rechts- und Handlungsfähigkeit gegebenenfalls der Unterstützung und/oder des Schutzes bedürfen, aufgrund des Zusammenwirkens demografischer Faktoren, sozialen Wandels, medizinischen Fortschritts und Verbesserung der Lebensbedingungen zunimmt;
- (2) diese Entwicklungen großen Einfluss auf die Ressourcen für Gesundheitswesen, Renten, sonstige Leistungen, Wohnen, Verkehrsmittel sowie Sozialdienstleistungen haben und in den kommenden Jahrzehnten ein ernstes sozioökonomisches Thema sein werden;
- (3) es mehr und mehr Belege und ein entsprechendes Bewusstsein gibt für Art und Ausmaß von Missbrauch, dem solche Menschen sowohl in der Familie als auch in Einrichtungen ausgesetzt sind; und
- (4) trotz einer allgemeinen Verbesserung des Schutzes der Menschenrechte die Ausübung der rechtlichen Handlungsfähigkeit in vielen Staaten vernachlässigt oder doch nicht so entwickelt worden ist, dass modernen Vorstellungen über autonome und vorausschauende Handlungen und Entscheidungen, optimale Verfahrensweisen bei der Ermittlung des Unterstützungsbedarfs zur Ausübung rechtlicher Handlungsfähigkeit und die Einrichtung von Verfahren zur Bereitstellung solcher Unterstützung und des notwendigen Schutzes Rechnung getragen wird.

2. **WIR BEKRÄFTIGEN** die Leitprinzipien und Regelungen:

- (1) der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen vom 10. Dezember 1948 und der darauf folgenden UN-Menschenrechtskonventionen, insbesondere des Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2006, welches die

Vertragsstaaten dazu verpflichtet zu bekräftigen, dass alle Menschenrechte und Grundfreiheiten allgemein gültig und unteilbar sind, einander bedingen und miteinander verknüpft sind, und dass der volle Genuss dieser Rechte und Freiheiten ohne Diskriminierung garantiert werden muss;

(2) des Haager Übereinkommens vom 13. Januar 2000 über den internationalen Erwachsenenschutz, das Gerichtszuständigkeit, anwendbares Recht, Anerkennung, Durchsetzung von Entscheidungen und Zusammenarbeit regelt; sowie

(3) innerhalb ihrer Anwendungsgebiete relevanter regionaler und nationaler Menschenrechtsinstrumente wie der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (1950), der Afrikanischen Charta der Rechte der Menschen und Völker (1981) und der Kanadischen Charta der Rechte und Freiheiten (1982).

3. **WIR ERKLÄREN**, dass im Zusammenhang mit der rechtlichen Unterstützung von Erwachsenen und dem Erwachsenenschutz:

- (1) davon ausgegangen werden muss, dass alle Erwachsenen fähig sind, ihre Rechts- und Handlungsfähigkeit ohne Unterstützung auszuüben, außer wenn feststeht, dass sie der Unterstützung bedürfen oder in Bezug auf eine bestimmte Handlung oder Entscheidung geschützt werden müssen;
- (2) Unterstützung und Schutz bedeutet, dass alle anwendbaren Schritte unternommen werden, um den Erwachsenen zur Ausübung seiner rechtlichen Handlungsfähigkeit zu befähigen.
- (3) die Gesetzgebung und die Praxis dem Umstand Rechnung tragen sollte, dass die Erfordernisse für Unterstützungs- und Schutzmaßnahmen sowohl „themenspezifisch“ als auch „zeitspezifisch“ sind, dass sie von unterschiedlicher Intensität und nach Art und Auswirkung der jeweiligen Handlung oder zu treffenden Entscheidung unterschiedlich ausfallen können und auch bei der einzelnen Person hin und wieder schwanken können.
- (4) die von einem Erwachsenen selbständig ergriffenen Maßnahmen Vorrang vor anderen Maßnahmen zur Ausübung der Rechts- und Handlungsfähigkeit haben sollten.
- (5) sich die Anordnung jeder Unterstützungs- und Schutzmaßnahme auf die Eingriffe beschränken sollte, die notwendig sind, um dem Zweck dieser Maßnahme gerecht zu werden.
- (6) Unterstützungs- und Schutzmaßnahmen in periodischen Abständen regelmäßig durch eine unabhängige Stelle überprüft werden müssen. Der Erwachsene sollte unabhängig von seiner Rechts- und Handlungsfähigkeit ein wirksames Recht auf die Durchführung einer solchen Prüfung

haben.

(7) Maßnahmen zur Ausübung der Rechts- und Handlungsfähigkeit nur dann angeordnet werden sollten, wenn feststeht, dass sie erforderlich sind und mit internationalen Menschenrechtsnormen übereinstimmen. Sie sollten nicht zum Schutz Dritter eingesetzt werden.

(8) jegliche Form der Entmündigung, die die Rechts- und Handlungsfähigkeit ungeachtet der vorhandenen Fähigkeiten des Erwachsenen einschränkt, abgeschafft werden sollte.

4. WIR ERKLÄREN FERNER, dass jeder Erwachsene, der zur Ausübung seiner Rechts- und Handlungsfähigkeit in irgendeiner Angelegenheit Unterstützung und/oder Schutz bedarf, wenn nötig Anspruch auf eine rechtliche Vertretungsperson hat. Ein solcher Vertreter und jede andere Person, die eine Rolle in Bezug auf die Ausübung der Rechts- und Handlungsfähigkeit einer anderen Person zukommt, ist verpflichtet:

(1) den betroffenen Erwachsenen in größtmöglichem Umfang in alle Entscheidungsfindungsprozesse mit einzubeziehen;

(2) Teilhabe zu ermöglichen und dem Erwachsenen dabei zu helfen, überall dort selbst und unabhängig zu handeln, wo ihm dies möglich ist;

(3) dem Erwachsenen Hilfe und Unterstützung zu bieten und Ansprüche durchzusetzen, die ihm zustehen, etwa im Hinblick auf Renten, Sozialleistungen oder sonstige Leistungen;

(4) den Erwachsenen aktiv dabei zu unterstützen, ein unabhängiges Leben allein oder gemeinsam mit anderen zu führen, wenn und wann immer das möglich ist;

(5) auf eine die Rechte und Wünsche des Erwachsenen respektierende Art und Weise zu handeln;

(6) die Wünsche, Wertvorstellungen und Überzeugungen des Erwachsenen in größtmöglichem Umfang zu respektieren und zu befolgen;

(7) die Bürger- und Menschenrechte des Erwachsenen zu achten und Maßnahmen zu ihrem Schutz zu ergreifen, wann immer diese Rechte bedroht werden;

(8) darauf zu achten, jeden Interessenkonflikt zwischen der eigenen Person und dem Erwachsenen, für den man handelt, zu vermeiden;

(9) keinen Vorteil aus der eigenen Position zu ziehen;

(10) ehrlich und vertrauenswürdig zu handeln;

(11) mit der gebotenen Sorgfalt und Umsicht vorzugehen, wenn Entscheidungen für den Erwachsenen getroffen werden;

(12) die Einmischung in die Lebensführung des Erwachsenen im größtmöglichen Umfang dadurch einzuschränken, dass die am wenigsten

einschneidende, einschränkende und möglichst allgemeine, d. h. für jedermann übliche Vorgehensweise gewählt wird;

(13) den Erwachsenen vor Misshandlung, Vernachlässigung, Missbrauch und Ausbeutung zu schützen;

(14) ihre Tätigkeit zu dokumentieren und die entsprechenden Unterlagen sofort bereitzustellen, wenn dies von (a) dem betroffenen Erwachsenen oder (b) dem Gericht, der Instanz oder der öffentlichen Behörde, die den Vertreter bestellt hat, verlangt wird;

(15) nur im Rahmen der ihm durch (a) den Erwachsenen oder (b) das Gericht, die Instanz oder die öffentliche Behörde übertragenen Zuständigkeit zu handeln; und

(16) stets zu kontrollieren, ob eine Unterstützungs- oder Schutzmaßnahme noch aufrechterhalten werden muss.

5. UND WIR ERKLÄREN DARÜBER HINAUS, dass

(1) Gesetzgebung und Praxis die Entwicklung professioneller Standards thematisieren, den von seiner Rechts- und Handlungsfähigkeit unabhängigen ungehinderten, persönlichen und rechtswirksamen Zugang des Erwachsenen zum Gericht, der Instanz oder der öffentlichen Behörde sicherstellen, angemessene Kontrollinstrumente bereitstellen und eine zufriedenstellende Infrastruktur gewährleisten sollten.

(2) eine solche Infrastruktur angemessen ausgestattete Maßnahmen zur Begleitung, Schulung, Ausbildung und Beratung von Angehörigen und Ehrenamtlichen, denen in Bezug auf die Rechts- und Handlungsfähigkeit anderer eine offizielle Rolle zukommt, umfassen sollte.

(3) diese überarbeitete und ergänzte Erklärung von Yokohama allgemein verbreitet und öffentlichen Stellen und nationalen Regierungen bekannt gemacht werden soll, um das Bewusstsein für die dort behandelten Anliegen zu stärken und die notwendige Unterstützung zu erhalten, um diese Regeln, die wir anerkannt, bekräftigt und erklärt haben, umzusetzen.

The World Congresses on Adult Guardianship Law/

Weltkongresse Betreuungsrecht 2010 und 2016

Organisationskomitees des WCAG2010 und des WCAG 2016

Alle Teilnehmenden des WCAG2010 und des WCAG 2016

Aktuelle Aspekte in Deutschland

Aktuelle Aspekte des deutschen Betreuungsrechts

Dr. Andrea Diekmann

Wir haben in den vergangenen zwei Tagen spannende internationale Impulse bekommen. Ich möchte Ihr Augenmerk nunmehr auf – wie ich meine – interessante Aspekte des deutschen Betreuungsrechts lenken. Diese will ich nicht isoliert beleuchten, sondern – gewissermaßen, um einen Bogen zum ersten Teil unserer Veranstaltung zu schlagen – in einen internationalen Kontext setzen.

A. Aufgaben der Betreuung nach deutschem Rechtsverständnis

Die Einführung des Rechtsinstituts der Betreuung gilt als eine der wichtigsten und tief greifendsten Reformen unseres Rechtssystems im letzten Jahrhundert.¹²³

Grundlegendes Ziel war es, die Maßnahmen staatlicher Fürsorge für Erwachsene auf das im Einzelfall erforderliche Maß zu beschränken und damit die Selbstbestimmung der Betroffenen zu achten.¹²⁴ Dem entsprechen die Grundprinzipien des Betreuungsrechts: der Erforderlichkeitsgrundsatz, die Wahrung des Selbstbestimmungsrechts, die Beachtung der Wünsche des Betroffenen,¹²⁵ soweit dies ihrem Wohl nicht widerspricht und den Betreuern¹²⁶ zuzumuten ist.

Betreuer vertreten die Betroffenen im festgelegten Aufgabenkreis gerichtlich und außergerichtlich.¹²⁷ Der Betreuer ist deren gesetzlicher Vertreter.¹²⁸

Was sind damit die Aufgaben des Betreuers?

In bestimmten Fällen versagt der Rechtsverkehr Erklärungen von Menschen, die krankheits- oder behinderungsbedingt nicht eigenverantwortlich handeln können, die rechtliche Anerkennung. Es ist verfassungsrechtlich geboten, dass hier eine Gleichstellung mit einem Mündigen erfolgt.¹²⁹ Aufgabe des Betreuers ist es insoweit, die rechtliche Handlungsfähigkeit des Betroffenen in Ausübung seines Selbstbestimmungsrechts herzustellen.

¹²³ Vgl. Schwab, Münchener Kommentar, 3. Aufl., 1992, vor § 1896 BGB Rdnr. 1, 3.

¹²⁴ Lipp, Freiheit und Fürsorge: Der Mensch als Rechtsperson, 2000, 15.

¹²⁵ Es wird im Text die männl. Bezeichnung nach dem gesetzlichen Terminus verwendet.

¹²⁶ S. vorherige Fn.

¹²⁷ § 1902 BGB.

¹²⁸ Vgl. § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB i.V.m. § 1902 BGB.

¹²⁹ Lipp, Freiheit und Fürsorge, 55.



Eine zweite Aufgabe kommt hinzu: wenn sich ein Betroffener aufgrund fehlender oder eingeschränkter Eigenverantwortlichkeit selbst schädigt oder zu schädigen droht, ist er jedenfalls rechtlich gegenüber demjenigen benachteiligt, der selbstbestimmt handeln kann; d.h. der tatsächlich entscheiden kann, ob er sich selbst schädigen möchte oder nicht. Auch hier bedarf er eines rechtlichen Schutzes, den die Betreuung ebenfalls gewährleisten soll.¹³⁰

Betrachtet man die Entwicklung des Betreuungsrechts seit dem Inkrafttreten am 1. Januar 1992 beherrschen diese beiden Aufgaben bzw. „Schlagwörter“ die Diskussion:

Selbstbestimmung und Schutz.

Ich möchte nachfolgend aufzeichnen, dass sie nicht nur zu den das Betreuungsrecht von Beginn an prägenden Gedanken zählen, sondern nach hiesiger Auffassung auch das „moderne“, heutige Verständnis leiten.

B. Änderungen im Betreuungsrecht

Nachfolgend sollen die Änderungen, die im Betreuungsrecht erfolgt sind, kurz skizziert werden.¹³¹ Sie bewegen sich im beschriebenen Spannungsfeld.

I. Das 1. BtÄndG

Durch das 1. Betreuungsrechtsänderungsgesetz vom 25. Juni 1998¹³² und die damit verbundenen Neuregelungen in § 1904 Abs. 2 BGB und § 1906 Abs. 5 BGB wurde die Erteilung von Vollmachten in gesundheitlichen Fragen und bei der Unterbringung für zulässig erachtet. Die Normierungen sollten – neben der Beendigung des steten Anstiegs der Kosten - der Stärkung des Selbstbestimmungsrechts des Einzelnen und dem Gedanken des Vorrangs der Privatautonomie Rechnung tragen.¹³³

II. Das 2. BtÄndG

Nachdrücklich diskutiert wurden das Selbstbestimmungsrecht und potenzielle Missbrauchsgefahren im Vorfeld des nächsten Änderungsgesetzes. Durch den Gesetzgeber war vorgeschlagen worden, eine „quasi automati-

¹³⁰ Lipp, Freiheit und Fürsorge, 73 und 75 ff.

¹³¹ Ausführlich: Diekmann, 20 Jahre Betreuungsrecht – Rückblick und Ausblick, BtPrax 2012, 5 ff.

¹³² BGBl. I, 1580

¹³³ Vgl. BR-Drcks. 960/96, 34.

sche“ Vertretungsbefugnis für Angehörige einzuführen.¹³⁴ Dieses Vorhaben wurde nach lebhafter Diskussion u.a. mit einem Verweis darauf, dass eine gesetzliche Vertretung mit dem Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen nicht im Einklang stehe, fallengelassen.¹³⁵ Im 2. Betreuungsrechtsänderungsgesetz vom 21. April 2005¹³⁶ wurde dann vorrangig die pauschalierte Vergütung der Berufsbetreuer geregelt.

III. Das 3. BtÄndG

Maßgeblich auf einer Entscheidung des Bundesgerichtshofes hinsichtlich der Anerkennung der Wirksamkeit von Patientenverfügungen¹³⁷ als Ausfluss des Selbstbestimmungsrechts und einer intensiven Diskussion unter dem häufig missverständlich verwendeten Titel „Sterbehilfe“ beruht die nächste Änderung. Im 3. Betreuungsrechtsänderungsgesetz vom 29. Juli 2009¹³⁸ wurden Ergänzungen in § 1901 a und b BGB zur Patientenverfügung und zur Feststellung des Patientenwillens vorgenommen. Zudem ist auf die Änderungen in § 1904 BGB (zur Genehmigungsbedürftigkeit nach Abs. 2 bei einer Nichteinwilligung in eine hoch riskante ärztliche Maßnahme und zur Entbehrlichkeit einer Genehmigung nach Abs. 3) zu verweisen.

IV. Gesetz zur Regelung der betreuungsrechtlichen Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme

Das Bundesverfassungsgericht hatte sich in einem Beschluss vom 23. März 2011 mit der Zulässigkeit von Zwangsbehandlungen im Maßregelvollzug befasst. Die einschlägige Regelung in Rheinland-Pfalz ist angesichts ihrer Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz für nichtig erklärt worden.¹³⁹ Der Bundesgerichtshof hat sodann unter Aufgabe seiner vorherigen Rechtsprechung die Auffassung vertreten, es fehle für eine (Einwilligung eines Betreuers in eine) Zwangsbehandlung an einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage.¹⁴⁰ Durch das Gesetz zur Regelung der betreuungsrechtlichen Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme vom 18. Februar 2013¹⁴¹ wurde eine Regelung zu deren Voraussetzungen und zur Genehmigung

¹³⁴ BR-Drcks. 865/03; BT-Drcks. 15/2494.

¹³⁵ Vgl. z.B. Brill (Hrsg.), Betreuungsrecht in Bedrängnis, Diskussionsbeiträge zum Entwurf eines 2. BtÄndG, Betrifft: Betreuung 7, 2004.

¹³⁶ BGBl. I, 1073.

¹³⁷ BGHZ 154, 205 ff. = BtPrax 2003, 123 ff.

¹³⁸ BGBl. I, 2286.

¹³⁹ BGBl. I 2011, 841 ff.

¹⁴⁰ BGH, BtPrax 2012, 156 ff.

¹⁴¹ BGBl. I, 266.

durch das Betreuungsgericht (s. § 1906 Abs. 3, 3a BGB) geschaffen. Vor diesem Hintergrund haben die Bundesländer Regelungen in den öffentlich-rechtlichen Unterbringungsgesetzen überarbeitet bzw. befinden sich in einem solchen Prozess.

V. Gesetz zur Stärkung der Funktionen der Betreuungsbehörde

Dem Erforderlichkeitsgrundsatz sollte durch das Gesetz zur Stärkung der Funktionen der Betreuungsbehörde vom 28. August 2013¹⁴² Rechnung getragen werden. Es wurde u.a. geregelt, dass die Behörde, wenn im Einzelfall Anhaltspunkte für einen Betreuungsbedarf bestehen, der betroffenen Person ein Beratungsangebot unterbreiten soll. Diese Beratung umfasst auch die Pflicht, andere Hilfen, bei denen kein Betreuer bestellt wird, zu vermitteln.¹⁴³

C. Aktuelle Rechtsprechung

Die Aspekte „Selbstbestimmung und Schutz“ ziehen sich „wie ein roter Faden“ durch die aktuelle Rechtsprechung. Ich möchte nur wenige Beispiele des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs nennen.

I. Selbstbestimmung - Privatautonomie

In einer Entscheidung vom 6. Juli 2016¹⁴⁴ führt der Bundesgerichtshof zu den Voraussetzungen einer wirksamen Patientenverfügung aus: „(...) Die Bevollmächtigte kann in eine der in § 1904 Abs. 1, Abs. 2 BGB genannten Maßnahmen nur einwilligen, nicht einwilligen oder die Einwilligung widerrufen, wenn der Vollmachtstext hinreichend klar umschreibt, dass sich die Entscheidungskompetenz des Bevollmächtigten auf die im Gesetz genannten ärztlichen Maßnahmen sowie darauf bezieht, sie zu unterlassen oder am Betroffenen vornehmen zu lassen.“¹⁴⁵ Die schriftliche Äußerung, „keine lebenserhaltenden Maßnahmen“ zu wünschen, enthalte für sich genommen nicht die für eine bindende Patientenverfügung notwendige konkrete Behandlungsentscheidung des Betroffenen. Die insoweit erforderliche Konkretisierung könne aber ggfls. durch die Benennung bestimmter ärztlicher Maßnahme oder die Bezugnahme auf ausreichend spezifizierte Krankheiten oder Behandlungssituationen erfolgen.¹⁴⁶

¹⁴² BGBl. I, 3393.

¹⁴³ § 4 BtBG.

¹⁴⁴ BGH, XII ZB 61/16, BtPrax 2016, 187 ff.

¹⁴⁵ Wie vorherige Fn., Leitsatz, zit. nach juris.

¹⁴⁶ Wie zuvor, juris Rdnr. 47.

II. Betreuung gegen den Willen des Betroffenen

Zur Problematik der Betreuung gegen den Willen des Betroffenen hat sich der Bundesgerichtshof in einer Entscheidung vom 16. März 2016 geäußert.¹⁴⁷ Dort führt das Gericht aus, dass nach § 1896 Abs. 1 a BGB gegen den freien Willen eines Volljährigen ein Betreuer nicht bestellt werden dürfe. Die beiden entscheidenden Kriterien seien dabei die Einsichtsfähigkeit des Betroffenen und dessen Fähigkeit, nach dieser Einsicht zu handeln.¹⁴⁸ Die Einsichtsfähigkeit setze „die Fähigkeit des Betroffenen voraus, im Grundsatz die für und wider eine Betreuerbestellung sprechenden Gesichtspunkte zu erkennen und gegeneinander abzuwägen“.¹⁴⁹ Dementsprechend müsse der Betroffene „seine Defizite im Wesentlichen zutreffend einschätzen und auf der Grundlage dieser Einschätzung die für oder gegen eine Betreuung sprechenden Gesichtspunkte gegeneinander abwägen“¹⁵⁰ können.

III. Voraussetzungen eines Einwilligungsvorbehaltes

In einer Entscheidung vom 27. Januar 2016¹⁵¹ hat der Bundesgerichtshof zu den Voraussetzungen eines Einwilligungsvorbehaltes nach § 1903 BGB Stellung genommen. Die Anordnung kommt nur dann in Betracht, wenn eine erhebliche Gefahr für das Vermögen des Betroffenen besteht. Das könne dann der Fall sein, wenn der Betroffene durch eine Vielzahl von unsinnigen Anträgen oder Rechtsstreitigkeiten zu seinen Lasten erhebliche Kosten zu verursachen drohe, wie etwa die Auferlegung von Verschuldungskosten bei missbräuchlicher Rechtsverfolgung in sozialgerichtlichen Verfahren.¹⁵²

IV. Zur sog. Unbetreubarkeit

Eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 28. Januar 2015 befasst sich mit der Frage, wann von der sog. Unbetreubarkeit auszugehen ist.¹⁵³ Davon könne „im Einzelfall ausgegangen werden, wenn der Betroffene jeden Kontakt mit seinem Betreuer verweigert und der Betreuer dadurch handlungsunfähig ist“.¹⁵⁴ Insoweit sei allerdings „Zurückhaltung geboten“.¹⁵⁵

¹⁴⁷ BGH, XII ZB 455/15, NJW-RR 2016, 643.

¹⁴⁸ Wie vorherige Fn., zit. nach juris Rdnr. 6.

¹⁴⁹ Wie zuvor, juris Rdnr. 7.

¹⁵⁰ Wie zuvor, juris Rdnr. 7.

¹⁵¹ BGH, XII ZB 519/15, BtPrax 2016, 117 f.

¹⁵² Wie vorherige Fn., zit. nach juris Rdnr. 18.

¹⁵³ BGH, XII ZB 520/14, BtPrax 2015, 62 ff.; s. auch BGH, Beschluss vom 11.05.2016, XII ZB 363/15, BtPrax 2016, 196 ff.

¹⁵⁴ BGH, XII ZB 520/14, zit. nach juris Rdnr. 11.

¹⁵⁵ Wie vorherige Fn., zit. nach juris Rdnr. 12.

Der Bundesgerichtshof bejaht bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen ein Recht des Betroffenen auf Betreuerbestellung. Das Gericht stellt darauf ab, „dass es sich bei dem Betreuungsrecht um ein Institut des Erwachsenenschutzes“ handele, „deren Anlass und Grundlage das öffentliche Interesse an der Fürsorge für den schutzbedürftigen Einzelnen ist“. „In Erfüllung dieses Auftrags stelle der Staat einem Betroffenen, der krankheits- oder behinderungsbedingt einer Hilfe bei der Erledigung seiner rechtlichen Angelegenheiten bedürfe, einen Betreuer mit der Aufgabe zur Seite, die genannten Einschränkungen auszugleichen“.¹⁵⁶

V. Unterbringungsrecht

Zum Unterbringungsrecht möchte ich zunächst auf eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 3. Februar 2016¹⁵⁷ hinweisen. Dort widmet sich das Gericht der Thematik des Alkoholismus. Nach den dortigen Ausführungen ist Alkoholismus für sich gesehen keine psychische Krankheit bzw. geistige oder seelische Behinderung im Sinne von § 1906 Abs. 1 Nr. 1 BGB, so dass allein darauf die Genehmigung der Unterbringung nicht gestützt werden könne.¹⁵⁸ Etwas anderes gelte, „wenn der Alkoholismus entweder im ursächlichen Zusammenhang mit einem geistigen Gebrechen, insbesondere mit einer psychischen Erkrankung“ stehe „oder ein auf den Alkoholismus zurückzuführender Zustand eingetreten“ sei, „der das Ausmaß eines geistigen Gebrechens erreicht“¹⁵⁹ habe.

In diesem Zusammenhang setzt sich der Bundesgerichtshof intensiv mit der Frage des Eingriffes in Grundrechte der Betroffenen und dem Schutzgedanken auseinander. Der Bundesgerichtshof führt aus: „Die Grundrechte eines psychisch Kranken schließen einen staatlichen Eingriff nicht aus, der ausschließlich den Zweck verfolgt, ihn vor sich selbst in Schutz zu nehmen. Die zivilrechtliche Unterbringung ist – wie das Betreuungsrecht insgesamt – ein Institut des Erwachsenenschutzes als Ausdruck der staatlichen Wohlfahrtspflege, deren Anlass und Grundlage das öffentliche Interesse an der Fürsorge für den **schutzbedürftigen** Einzelnen ist“¹⁶⁰ (...). Mithin setzt eine Unterbringung (neben den anderen gesetzlichen Voraussetzungen, Anm. d. Verf.) zur Verhinderung einer Selbstschädigung infolge einer psychischen Erkrankung voraus, dass der Betroffene aufgrund der Krankheit seinen Willen nicht frei bestimmen kann (...)“.¹⁶¹

¹⁵⁶ Wie vorherige Fn, zit. nach juris Rdnr. 13.

¹⁵⁷ BGH, XII ZB 317/15, FamRZ 2016, 807 f.

¹⁵⁸ Wie vorherige Fn., zit. nach juris Rdnr. 3.

¹⁵⁹ Wie vorherige Fn., zit. nach juris Rdnr. 3.

¹⁶⁰ Wie vorherige Fn., zit. nach juris Rdnr. 3.

¹⁶¹ Wie vorherige Fn., zit. nach juris Rdnr. 3.

Der Bundesgerichtshof hatte dem Bundesverfassungsgericht im Rahmen eines anderen Verfahrens mit Beschluss vom 1. Juli 2015¹⁶² die Frage vorgelegt, ob § 1906 Abs. 3 BGB mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar sei; nämlich soweit er für die Einwilligung des Betreuers in eine stationär durchzuführende ärztliche Zwangsmaßnahme auch bei Betroffenen, die sich der Behandlung räumlich nicht entziehen wollen oder hierzu körperlich nicht in der Lage sind, voraussetze, dass die Behandlung **im Rahmen einer Unterbringung** nach § 1906 Abs. 1 BGB erfolgt.

Das Bundesverfassungsgericht hat in der darauf ergangenen Entscheidung vom 26. Juli 2016¹⁶³ dargelegt: „Es ist mit der aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG folgenden Schutzpflicht des Staates unvereinbar, dass für Betreute, denen schwerwiegende erhebliche gesundheitliche Beeinträchtigungen drohen und die die Notwendigkeit der erforderlichen ärztlichen Maßnahme nicht erkennen oder nicht nach dieser Einsicht handeln können, eine ärztliche Behandlung gegen ihren natürlichen Willen unter keinen Umständen möglich ist, sofern sie zwar stationär behandelt werden können, weil sie sich der Behandlung räumlich nicht entziehen wollen oder hierzu körperlich nicht in der Lage sind“.¹⁶⁴ Zur Begründung stellt das Gericht darauf ab, dass der zur Einsicht in Krankheit und Behandlungsbedürftigkeit fähige Mensch selbst entscheide, ob er sich ärztlichen Maßnahmen unterziehe. Im „Falle derjenigen, die keine Einsicht in die gesundheitliche Bedrohung oder Behandlungsbedürftigkeit haben oder nicht nach dieser handeln“ könnten, gebiete „die grundrechtliche Schutzpflicht unter engen Voraussetzungen, dass der Staat auch gegen den erkennbaren natürlichen Willen Maßnahmen zum Schutz vor schwerwiegenden Gefährdungen“¹⁶⁵ ergreife.

Bis zu einer gesetzlichen Neuregelung ist § 1906 Abs. 3 BGB auch auf stationär behandelte Betreute anzuwenden, die sich einer ärztlichen Zwangsbehandlung räumlich nicht entziehen können.¹⁶⁶

D. Betreuungsrecht und UN-Behindertenrechtskonvention

Ich möchte nun auf die UN-Behindertenrechtskonvention eingehen.

¹⁶² BGH, XII ZB 89/15, FamRZ 2015, 1484 ff.

¹⁶³ BVerfG, 1 BvL 8/15, BtPrax 2016, 182 ff.

¹⁶⁴ Wie vorherige Fn., zit. nach juris – Tenor zu 1.

¹⁶⁵ Wie vorherige Fn., zit. nach juris Rdnr. 79

¹⁶⁶ Wie vorherige Fn., zit. nach juris – Tenor zu 3.; s. jetzt: Gesetzentwurf der Bundesregierung: Gesetz zur Änderung der materiellen Zulässigkeitsvoraussetzungen von ärztlichen Zwangsmaßnahmen und zur Stärkung des Selbstbestimmungsrechts von Betreuten vom 25.01.2017 unter: <https://bmjv.de/SharedDocs//Gesetzgebungsverfahren/DE/Gesetz>

Am 13. Dezember 2006 ist das Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen beschlossen worden. Seit März 2009 ist die Konvention in Deutschland in Kraft.¹⁶⁷

In der Diskussion befinden sich nach meinem Eindruck insbesondere Art. 12 und Art. 14 der Konvention.

Art. 12 Abs. 3 lautet: Die Vertragsstaaten treffen geeignete Maßnahmen, um Menschen mit Behinderungen Zugang zu der Unterstützung zu verschaffen, die sie bei der Ausübung ihrer Rechts- und Handlungsfähigkeit gegebenenfalls benötigen.

Art. 14 Abs. 1 lit. b) hat folgenden Wortlaut: Die Vertragsstaaten gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen die Freiheit nicht rechtswidrig oder willkürlich entzogen wird, dass jede Freiheitsentziehung im Einklang mit dem Gesetz erfolgt und dass das Vorliegen einer Behinderung in keinem Fall eine Freiheitsentziehung rechtfertigt.

Der UN-Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen hat im April 2015 zu dem von Deutschland vorgelegten ersten Staatenbericht Stellung genommen. Er hat hinsichtlich Art. 12 ausgeführt, dass er über die Unvereinbarkeit des im Bürgerlichen Gesetzbuch festgelegten und geregelten Instruments der rechtlichen Betreuung mit dem Übereinkommen besorgt sei.¹⁶⁸ Er hat Deutschland empfohlen, „alle Formen der ersetzenden Entscheidung abzuschaffen und ein System der unterstützten Entscheidung an ihre Stelle treten zu lassen“.¹⁶⁹

Er hat – im Hinblick auf Art. 14 – seine Besorgnis über die verbreitete Praxis der Zwangsunterbringung von Menschen mit psychosozialen Behinderungen in Einrichtungen zum Ausdruck gebracht und u.a. empfohlen, Maßnahmen zu ergreifen, um die Zwangsunterbringung zu verbieten und alternative Maßnahmen zu fördern.¹⁷⁰

Hingegen hat das Bundesverfassungsgericht in einer Entscheidung bereits 2011 ausgeführt, dass den Konventionsbestimmungen kein grundsätzli-

¹⁶⁷ BGBl. II, 1419 ff.

¹⁶⁸ zit. nach http://www.gemeinsam-einfach-machen.de/GEM/DE/AS/UN_BRK/Staatenpruefung/staatenpruefung_node.html - dort Nr. 25

¹⁶⁹ Wie vorherige Fn. – dort Nr. 16.

¹⁷⁰ Wie vorherige Fn. – dort Nr. 29, 30.

ches Verbot für Maßnahmen, die gegen den natürlichen Willen Behinderter vorgenommen werden und an eine krankheitsbedingt eingeschränkte Selbstbestimmung anknüpfen, entnommen werden könne.¹⁷¹

In der vorgenannten Entscheidung vom 26. Juli 2016¹⁷² wird dargelegt, dass den Äußerungen des Ausschusses für die Rechte von Menschen mit Behinderungen erhebliches Gewicht zukomme; sie seien aber für internationale und nationale Gerichte nicht völkerrechtlich verbindlich. Die Stellungnahmen stünden der nach deutschem Verfassungsrecht notfalls gebotenen ärztlichen Zwangsbehandlung nicht entgegen.

Hier kann der Frage der grundsätzlichen Vereinbarkeit des Betreuungsrechts mit der UN-Behindertenrechtskonvention schon aus Zeitgründen nicht vertieft nachgegangen werden. Betrachtet werden soll aber, welche Bedeutung auch der UN-Behindertenkonvention für die Rechtsanwendung im Spannungsfeld zwischen Selbstbestimmung und Schutz zukommt.

E. Rechtsanwendung

I. Unterstützung / Vertretung

Der Betreuungsgerichtstag hat in einer Stellungnahme zum Thema: „Unterstützen und Vertreten“ folgende Auffassung vertreten:

„(...) Als Unterstützung bei der Ausübung der rechtlichen Handlungsfähigkeit im Sinne des Art. 12 UN-BRK sind (...) alle Maßnahmen und Instrumente anzusehen, die Menschen mit Behinderung helfen, diese Hindernisse zu überwinden, um ihnen gleichberechtigt mit anderen Menschen rechtlich wirksames Handeln zu ermöglichen (supported decision making). (...) 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. (...) Der UN-BRK kann entnommen werden, dass eine ersetzende Entscheidung im Einzelfall nur gerechtfertigt ist, wenn sie als ultima ratio zur Wahrung der Rechte und

¹⁷¹ Vgl. BVerfG, 2 BvR 882/09, BVerfGE 128, 282 ff., zit. nach juris Rdnr. 51, 52.

¹⁷² BVerfG, 1 BvL 8/15, BtPrax 2016, 182 ff., zit. nach juris Rdnr. 90, 91.

des Schutzes besonders bedeutsamer Rechtsgüter des Betroffenen geboten ist und dieser gehindert ist, seine Rechte selbst wahrzunehmen (...).¹⁷³

II. Konkrete Rechtsanwendung

Was heisst das konkret?

1. Im Vorfeld einer Betreuung

Im Vorfeld einer Betreuung ist zu klären, ob andere Hilfen im Sinne des § 1896 Abs. 2 BGB ausreichend sind – also solche Hilfen, bei denen kein gesetzlicher Vertreter bestellt wird.

Das können sein:

- faktische Formen der Unterstützung – wie z.B. eine Beratung oder Begleitung;
- rechtliche Hilfen – wie z.B. Sozialleistungen, die einen barrierefreien Zugang gewährleisten;
- eine Unterstützung mit der Möglichkeit der Vertretung (Patientenverfügung, Vorsorgevollmacht).

2. Bei der Bestellung eines Betreuers

Vorab will ich für alle Verfahren die Verpflichtung der Gerichte benennen, die verfahrensmäßigen Rechte der Betroffenen zu wahren. Dazu gehören insbesondere: die Durchführung der gesetzlich vorgeschriebenen Anhörungen der Betroffenen (und der Beteiligten), die Bestellung eines Verfahrenspflegers, soweit dies erforderlich ist, die Beachtung des Erforderlichkeitsgrundsatzes und die strikte Ausrichtung der Entscheidungen am Wohl der Betroffenen.

Weiter sind notwendig:

- eine qualifizierte ärztliche Diagnose, die sich mit der Frage der Erkrankung oder Behinderung des Betroffenen und der Fähigkeit, einen freien Willen zu bilden, eingehend auseinandersetzt;
- die umfängliche Klärung, ob andere Hilfen existieren und eine Betreuung entbehrlich machen können;
- die Beachtung des Vorschlags der Betroffenen bei der Betreuerwahl.

3. Bei der Führung der Betreuung

Stellvertretung ist nicht zu verwechseln mit dem Begriff der ersetzenden Entscheidung. Tatsächlich ist Stellvertretung ein Mittel oder ein Vehikel. Stellvertretung ermöglicht den Transport der Entscheidung eines Men-

schen mit Wirkung nach außen. Stellvertretung ermöglicht zudem – soweit erforderlich – eine Entscheidung des Vertretenen auf der Basis der Wünsche bzw. des mutmaßlichen Willens der Betroffenen.¹⁷⁴

Nach § 1901 Abs. 4 Satz 1 BGB hat der Betreuer innerhalb seines Aufgabenkreises dazu beizutragen, dass Möglichkeiten genutzt werden, die Krankheit und Behinderung des Betreuten zu beseitigen, zu bessern, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder ihre Folgen zu mildern. Diesem Rehabilitierungsgedanken Rechnung tragen, bedeutet im Einzelnen:

Es ist immer zunächst zu fragen,

- ob Betroffene eigenständig eine Entscheidung treffen können,
- oder ob sie Unterstützung, Assistenz auf dem Weg zu einer eigenständigen Entscheidungsfindung benötigen:

Nur wenn das nicht der Fall ist, ist eine Entscheidung durch den Betreuer erforderlich,

- die an den aktuellen oder früheren Wünschen orientiert ist,
- oder, wenn diese nicht zu ermitteln sind, am mutmaßlichen Willen.

Werden diese Punkte beachtet, wird keine Entscheidung ersetzt, sondern Selbstbestimmung verwirklicht.

Nur wenn der Betroffene sich aktuell krankheitsbedingt schädigt, darf aus Schutzgründen und nur als ultima ratio eine Entscheidung gegen den Willen getroffen werden.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass auch für die Gerichte bei den Genehmigungsverfahren das Wohl der Betroffenen leitend sein muss.

Auch auf diesem Kongress ist schon dargestellt worden, dass es durchaus Defizite bei der Anwendung des Betreuungsrechts gibt. Vor diesem Hintergrund sind die Forschungsvorhaben zur Umsetzung des Erforderlichkeitsgrundsatzes und zur Qualität in der rechtlichen Betreuung zu begrüßen.

Lassen Sie mich mit einer persönlichen Bemerkung schließen. Viele von Ihnen wissen, dass mich die Frage eines Angehörigenvertretungsrechts seit längerer Zeit beschäftigt. Ich bin froh darüber, dass wir in der aktuellen

¹⁷³ Stellungnahme vom 15.09.2014, dort II.1. unter: <http://www.bgt-ev.de/stellungnahmen.html>.

¹⁷⁴ BGT-Stellungnahme vom 15.09.2014, dort II.3. – wie vorherige Fn.

Diskussion noch mehr als vor dem 2. Betreuungsrechtsänderungsgesetz das Augenmerk auf das Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen richten. Das ist auch ein Verdienst der UN-Behindertenrechtskonvention.

Aktuelle Aspekte der deutschen Teilhabediskussion

Ulrich Wöhler

I. Einstieg

Immer weiter daran zu arbeiten und mitzuwirken, dass die Gleichberechtigung und Teilhabe der Menschen, die noch nicht vollständig, wirkungsvoll und gleichberechtigt am Leben in der Gesellschaft und Gemeinschaft teilhaben können, immer mehr Wirklichkeit wird, dass ist – so glaube ich – unser aller Anliegen – Tag für Tag und in unserem alltäglichen Handeln. Ich nehme an, dass Sie vor allem auch deshalb an diesem BGT teilnehmen – und das trifft auch für mich zu. Es motiviert mich in meiner Arbeit und meinem Handeln. Deshalb freue ich mich, heute und hier zu diesem Thema vortragen zu dürfen.

Kurz vorweg zu mir:

Ich wohne in Hildesheim, das ist eine kleine Großstadt in Niedersachsen. Ich arbeite beim Landkreis Hildesheim – das ist ein Landkreis mit relativ großer Fläche und etwa 280.000 Einwohnern. Ich bin dort als Dezernent für die Bereiche Soziales, Jugend, Sport und Gesundheit zuständig. Zu meinem Dezernat gehört auch die örtliche Betreuungsbehörde, die ich selbst von 1992 bis 2002 geleitet habe. In dieser Zeit hat sich bei uns auch ein regionaler Kooperationsverbund gebildet mit dem Namen „die Machmits“. Hier werden mit vielfältigen Aktivitäten sozial engagierte Bürgerinnen und Bürger zum „Mitmachen“ gewonnen und hierbei unterstützt – das sind insbesondere auch ehrenamtliche Vormünder und Betreuer. Seit 1992 engagiere ich mich zudem in der Betreuungsvereinsarbeit – über die Jahre in insgesamt drei Vereinen. Der jüngste Verein wird gerade „abgewickelt“, da er unter den gegebenen Rahmenbedingungen keine Chance sieht, seine Arbeit in der als erforderlich angesehenen Qualität fortzusetzen. Seit 2002 bin ich Beisitzer im Vorstand des BGT.

Als Dezernent eines Landkreises liegt der Schwerpunkt meiner Tätigkeiten aber eindeutig im Sozialrecht – und hier in der Sozialrechtspraxis. Nun zu meinem Vortrag: „Aktuelle Aspekte der deutschen Teilhabediskussion“, den ich in sieben Abschnitte gegliedert habe – in sechs sehr kurze – und einen längeren Hauptteil.

1. Um welche Menschen geht es in der „deutschen Teilhabediskussion
Wenn in Deutschland über „Teilhabe“ diskutiert wird, dann geht es regelmäßig um „**Menschen mit Behinderung**“ sowie um „**Menschen, die davon**

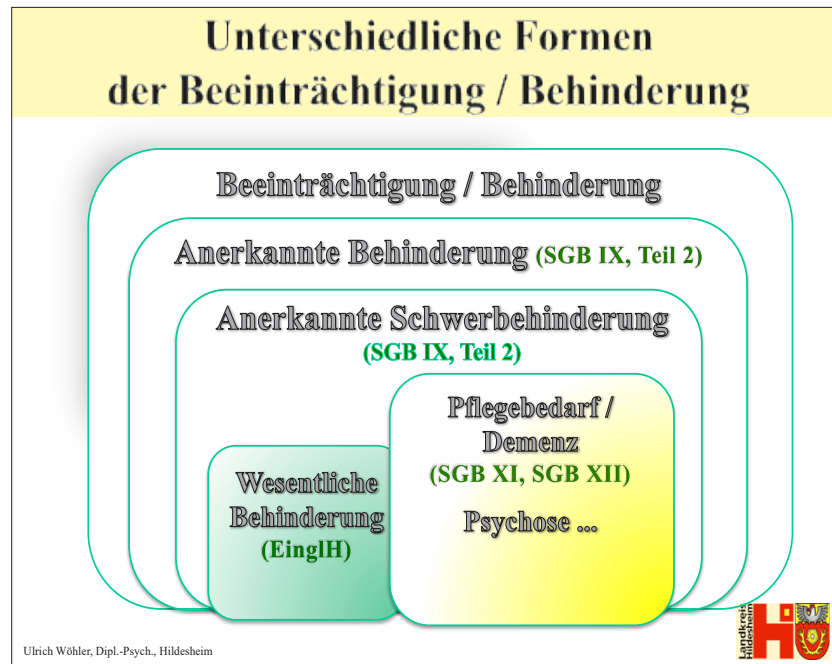


bedroht sind, behindert zu werden – das sind in Deutschland mehr als 16 Mio. Menschen.

Wenn ich fortan von „Menschen mit Behinderung“ spreche, dann schließe ich hierbei auch immer die Menschen mit ein, die davon bedroht sind, behindert zu werden.

Mehr als 10 Mio. Menschen in Deutschland sind als behindert „anerkannt“. Der größte Teil der Menschen mit amtlich anerkannter Behinderung ist schwerbehindert – das sind rund 7,5 Mio. Menschen. Obwohl die Voraussetzungen vorliegen, lassen sich bei weitem nicht alle hierzu Berechtigten ihre Behinderung „amtlich anerkennen“.

Das gilt auch für viele der rund 1,3 Mio. Menschen mit Demenz, der rund 2,6 Mio. Menschen mit Pflegebedarf, der rund 1,5 Mio. Menschen mit endogenen Psychosen und der gut 700.000 Menschen mit „wesentlicher“ Behinderung, die bisher Eingliederungshilfe nach dem SGB XII erhalten – mithin auch für viele der derzeit vermutlich rund 1,3 Mio. erwachsenen Menschen, die rechtlich betreut werden.



2. Was ist unter „Teilhabe“ zu verstehen?

Wenn über „**Teilhabe**“ diskutiert wird, geht es ganz überwiegend um „Menschen mit Behinderung“ und darum **ihre Selbstbestimmung und ihre volle, wirksame und gleichberechtigte Teilhabe am Leben in der Gesellschaft und in der Gemeinschaft** zu sichern (§ 1 SGB IX, RegE BTHG - Drucksache 18/9522)¹⁷⁵; und dies in allen Lebenssituationen (egal ob z.B. als Kleinkind, im Erwachsenenalter oder im hohen Alter) und in allen Lebensbereichen (also z.B. in den Kindertageseinrichtungen und der Schule, in der Ausbildungszeit, im erwerbsfähigen Alter und in der beruflichen Betätigung, in der Freizeit oder beim Wohnen). Es geht darum, das für alle geltende Recht auch für alle gleichermaßen anzuwenden und umzusetzen – auch für die Menschen mit Behinderung!

3. Um welche Rechtsgebiete geht es bei der „deutschen Teilhabediskussion“?

Die Rechte der Menschen sind sehr klar in den Konventionen der Vereinten Nationen und der Europäischen Gemeinschaft verankert. Dass Menschen mit Behinderung diese Rechte gleichermaßen haben und somit ihre gleichberechtigte Teilhabe rechtlich garantiert und praktisch zu realisieren ist, wird sehr gut durch die Konvention über die Rechte der Menschen mit Behinderung (**UN-BRK**) bestimmt – sie gilt in Deutschland seit dem 26.03.2009. Garantien gibt auch unser Grundgesetz durch die Grundrechte – und der ausdrücklichen Betonung im Artikel 3, wonach: „Niemand (...) wegen seiner Behinderung benachteiligt werden (darf).“ Das Verbot der Benachteiligung und das Recht auf Teilhabe von Menschen mit Behinderung ist durch unsere Gesetze und Rechtsregelungen spezifisch geregelt.

Das betrifft viele Rechtsgebiete, insbesondere: das Bürgerliche Recht, das Öffentliche Gesundheitsrecht, das Ordnungsrecht, das Schulrecht und ganz besonders auch unser Sozialrecht. Insbesondere in diesen Rechtsgebieten findet eine sehr intensive Diskussion zur Teilhabe von Menschen mit Behinderung statt. Schon seit langem – und mehr denn je seit Inkrafttreten der UN-BRK. Gleichwohl werde ich meine Ausführungen zur Teilhabe von Menschen mit Behinderung auf die Diskussion im Sozialrecht fokussieren. Allein schon aus Zeitgründen.

4. Zu den Aufgaben des Sozialrechts und zu den Sozialen Rechten

Die Aufgabenstellung des Sozialrechts ist im **§ 1 des SGB I** verankert: Das

¹⁷⁵ S. jetzt: Gesetz zur Stärkung der Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderungen vom 23.12.2016, BGBl. I, 3234 ff.

Sozialrecht „soll zur Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit und sozialer Sicherheit Sozialleistungen ... gestalten“. Es soll u. a. dazu beitragen, ein menschenwürdiges Dasein zu sichern, gleiche Voraussetzungen für die freie Entfaltung der Persönlichkeit (...) zu schaffen, den Erwerb des Lebensunterhalts durch eine frei gewählte Tätigkeit zu ermöglichen und besondere Belastungen des Lebens, auch durch Hilfe zur Selbsthilfe, abzuwenden und auszugleichen.

Um die Aufgaben des Sozialrechts zu erfüllen, hat der Gesetzgeber im SGB I zunächst die „Sozialen Rechte“ verankert, „Zielsetzungen“ vorgegeben und „Grundsätze“ formuliert, die für alle leistungsberechtigten Menschen gelten – und von den zuständigen Leistungsträgern und Leistungserbringern zu beachten sind.

Die „Sozialen Rechte“ auf „Teilhabe“, die speziell für Menschen mit Behinderung und für von Behinderung bedrohte Menschen gelten, ergeben sich aus § 10 des SGB I. Es sind auch im geltenden Recht bereits sehr umfassende Rechte und Teilhaberegeln normiert.

§ 10 SGB I (Teilhabe behinderter Menschen)

Menschen, die körperlich, geistig oder seelisch behindert sind oder denen eine solche Behinderung droht, haben unabhängig von der Ursache der Behinderung zur Förderung ihrer Selbstbestimmung und gleichberechtigten Teilhabe ein Recht auf Hilfe, die notwendig ist, um

- 1. die Behinderung abzuwenden, zu beseitigen, zu mindern, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder ihre Folgen zu mildern,*
- 2. Einschränkungen der Erwerbsfähigkeit oder Pflegebedürftigkeit zu vermeiden, zu überwinden, zu mindern oder eine Verschlimmerung zu verhüten sowie den vorzeitigen Bezug von Sozialleistungen zu vermeiden oder laufende Sozialleistungen zu mindern,*
- 3. ihnen einen ihren Neigungen und Fähigkeiten entsprechenden Platz im Arbeitsleben zu sichern,*
- 4. ihre Entwicklung zu fördern und ihre Teilhabe am Leben in der Gesellschaft und eine möglichst selbständige und selbstbestimmte Lebensführung zu ermöglichen oder zu erleichtern sowie*

5. Benachteiligungen auf Grund der Behinderung entgegenzuwirken.

5. Zu den Sozialleistungen für Menschen mit Behinderung

Nach der Benennung der Aufgaben des Sozialrechts und der Sozialen Rechte listet das SGB I als Einweisung in das Sozialrecht die einzelnen Sozialleistungen und die jeweils zuständigen Sozialleistungsträger auf. Die einzelnen Leistungen sind immer für die Menschen von Relevanz, die jeweils die Voraussetzungen hierfür erfüllen – immer sind das auch Menschen mit Behinderung! Hierüber hinaus sind Leistungsregelungen getroffen, die speziell für Menschen mit Behinderung gelten – um deren gleichberechtigte Teilhabe zu sichern. Im § 29 des SGB I sind diese speziellen „**Leistungen zur Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen**“ aufgelistet, das sind u. a.: Leistungen zur medizinischen Rehabilitation (insbesondere Frühförderung ..., Belastungserprobung und Arbeitstherapie), Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben ..., Leistungen zur Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft und unterhaltssichernde Leistungen.

Die Ausgestaltung der spezifischen Leistungen für Menschen mit Behinderung ergeben sich aus den weiteren Sozialgesetzbüchern und Sozialgesetzen. Um einen zusammenfassenden Überblick und Orientierung zu geben, sind diese spezifischen Regelungen für Menschen mit Behinderung seit 2001 in einem Sozialgesetzbuch zusammengefasst, dem SGB IX – unter dem (bisherigen) Titel: „**Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen**“.

§ 29 Leistungen zur Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen

(1) Nach dem Recht der Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen können in Anspruch genommen werden

1. Leistungen zur medizinischen Rehabilitation, insbesondere

- a) Frühförderung behinderter und von Behinderung bedrohter Kinder,*
- b) ärztliche und zahnärztliche Behandlung,*
- c) Arznei- und Verbandmittel sowie Heilmittel einschließlich physikalischer, Sprach- und Beschäftigungstherapie,*
- d) Körperersatzstücke, orthopädische und andere Hilfsmittel,*
- e) Belastungserprobung und Arbeitstherapie,*

2. Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben, insbesondere

- a) Hilfen zum Erhalten oder Erlangen eines Arbeitsplatzes,*
- b) Berufsvorbereitung, berufliche Anpassung, Ausbildung und Weiterbildung,*

c) sonstige Hilfen zur Förderung der Teilhabe am Arbeitsleben,

3. Leistungen zur Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft, insbesondere Hilfen

a) zur Entwicklung der geistigen und körperlichen Fähigkeiten vor Beginn der Schulpflicht,

b) zur angemessenen Schulbildung,

c) zur heilpädagogischen Förderung,

d) zum Erwerb praktischer Kenntnisse und Fähigkeiten,

e) zur Ausübung einer angemessenen Tätigkeit, soweit Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben nicht möglich sind,

f) zur Förderung der Verständigung mit der Umwelt,

g) zur Freizeitgestaltung und sonstigen Teilhabe am gesellschaftlichen Leben,

4. unterhaltssichernde und andere ergänzende Leistungen, insbesondere

a) Krankengeld, Versorgungskrankengeld, Verletztengeld, Übergangsgeld, Ausbildungsgeld oder Unterhaltsbeihilfe,

b) Beiträge zur gesetzlichen Kranken-, Unfall-, Renten- und Pflegeversicherung sowie zur Bundesagentur für Arbeit,

c) Reisekosten,

d) Haushalts- oder Betriebshilfe und Kinderbetreuungskosten,

e) Rehabilitationssport und Funktionstraining,

5. besondere Leistungen und sonstige Hilfen zur Teilhabe schwerbehinderter Menschen am Leben in der Gesellschaft, insbesondere am Arbeitsleben.

(2) Zuständig sind die in den §§ 19 bis 24, 27 und 28 genannten Leistungsträger und die Integrationsämter.

6. In welchen Bereichen des Sozialrechts wird über Teilhabe diskutiert?

Ich sehe vier Personengruppen bzw. Lebensbereiche und Rechtsbereiche des Sozialrechts, zu denen intensiv über Teilhabe diskutiert wird. Da sind die Kinder und Jugendlichen sowie deren Eltern, die Förderung, Unterstützung oder Hilfen benötigen – und bei Behinderung auch spezifische Leistungen zur gleichberechtigten Teilhabe. Hier wird schon lange über eine weitgehende Reform des SGB VIII, dem Kinder- und Jugendhilferecht, diskutiert. Die Diskussion ist weit vorangeschritten. Nach aktuellen Informationen (Stand: Sommer) ist eine umfassende Gesetzesänderung vorgesehen.

Die Leistungen sollen nicht nur zukunftsfest weiterentwickelt und qualitätsgesichert werden, vielmehr soll auch eine „inklusive Lösung“ umge-

setzt werden, bei der die bisher vier getrennt betrachteten Personen- bzw. Leistungsgruppen zusammengefasst werden: Kinder und Jugendliche mit (a.) erzieherischem Bedarf, (b.) mit körperlicher, (c.) mit geistiger und (d.) mit seelischer Behinderung. Kinder und Jugendliche werden einen Anspruch erhalten auf „Leistungen zur Entwicklung und Teilhabe am Leben“, Eltern einen Anspruch auf „Leistungen zur Stärkung der Erziehungskompetenz“.

„Teilhabe am Leben“ wird im § 1 SGB VIII/RegE wie folgt definiert: Ein junger Mensch hat Teil an der Gesellschaft, wenn er in alle ihn betreffenden Lebensbereiche einbezogen ist; dies ist der Fall, wenn er entsprechend seines Alters und seinen individuellen Fähigkeiten Zugang zu allen ihn betreffenden Lebensbereichen hat, die Möglichkeit hat, in diesen Lebensbereichen selbstbestimmt zu interagieren, sowie die Möglichkeit zur Interaktion in einem seinen Fähigkeiten entsprechendem Mindestmaß wahrnimmt.

Es wird keinen geschlossenen Leistungskatalog geben, die Unterstützungsleistungen sollen vielmehr bedarfsgerecht sein. Die Verfahren zur Bedarfsermittlung und Leistungsplanung werden differenziert beschrieben und somit weiter standardisiert. Die Ergebnisse werden in einem Leistungsplan festgehalten. Er soll der Steuerung und Wirkungskontrolle des Leistungsprozesses dienen. Es wird allgemeine Leistungselemente für alle Kinder und Jugendliche geben und zudem behinderungsspezifische Leistungselemente. Der Wechsel vom Leistungssystem SGB VIII in das Leistungssystem SGB XII erfolgt mit dem 18. Lebensjahr. Der Übergang soll unter Beibehaltung des zuletzt aufgestellten Leistungsplans fließend erfolgen. Es soll ein niedrigschwelliger Zugang zu sozialräumlichen Angeboten geschaffen werden. Der Rechtsanspruch auf Leistungen wird auch durch geeignete Infrastrukturangebote und Pooling (z.B. bei Schulbegleitung, Assistenzleistungen etc.) erfüllbar sein. Die sogenannte „inklusive Lösung“ soll zum 01.01.2023 in Kraft treten, die vielen anderen Änderungen bereits zum 01.01.2017.¹⁷⁶

Im Weiteren sind es die vielen geflohenen Menschen, die Asylbewerber und weitere Migranten, über die ebenfalls schon lange – und aktuell sehr intensiv diskutiert wird. Hier wird aber weniger der Begriff „Teilhabe“ benutzt, sondern regelmäßig der Begriff „Integration“. Es wird somit kaum von „Teilhablediskussion“ gesprochen, sondern über „Integration“ diskutiert. Gleichwohl geht es oft um ganz Ähnliches, und zwar um: adäquates Wohnen, ausreichende Gesundheitsleistungen und Krankenversorgung, gute

¹⁷⁶ S. jetzt: Gesetz zur Stärkung der Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderungen vom 23.12.2016, BGBl. I, 3234 ff.

Kinderbetreuung und Schulbildung, berufliche Qualifizierung und Teilhabe am Arbeitsleben. Kurzum: für die Menschen mit „Bleibeperspektive“ und für diejenigen, die im Asylverfahren eine Anerkennung oder einen Aufenthaltsstatus erhalten, sowie weitere Migranten geht es ebenfalls um eine vollständige Teilhabe am Leben in der Gesellschaft und Gemeinschaft. Da ganz viele geflohene Menschen schreckliche Erlebnisse zu verarbeiten haben, werden recht viele von ihnen – das wissen wir bereits von früheren Migrationswellen – Leistungen zur Rehabilitation und Teilhabe in Anspruch nehmen, also Leistungen für Menschen mit Behinderung, die im SGB IX zusammengefasst sind. Und somit werden nicht nur die unbegleiteten minderjährigen Ausländer (UMA) „Vormünder“ als Sorgeberechtigte erhalten, sondern sicherlich zunehmend auch erwachsene Migranten rechtliche Betreuer zur Seite gestellt bekommen.

Zum Dritten geht es um Menschen, die Anspruch auf Leistungen aus der Sozialen Pflegeversicherung (SGB XI) haben bzw. auf Hilfe zur Pflege nach dem SGB XII. Hier hat die Bundesregierung im Sommer den Entwurf des Dritten Gesetzes zur Stärkung der pflegerischen Versorgung eingebracht, das Dritte Pflegestärkungsgesetz – PSG III. Die Regelungen des PSG III sollen überwiegend schon zum 1.1.2017 in Kraft treten.¹⁷⁷ Mit dem PSG II, das überwiegend bereits seit 1.1.2016 in Kraft ist, wurden auch ein neuer Pflegebedürftigkeitsbegriff und ein neues Begutachtungsverfahren eingeführt. Hierdurch wird der Grad der Selbstständigkeit von Menschen mit Pflegebedarf ermittelt. Es wird eine Zuordnung in fünf Pflegegrade (anstelle der bisherigen Pflegestufen) erfolgen. Diese Neuregelung des PSG II wird ab 1.1.2017 wirksam sein.

Der neue Pflegebedürftigkeitsbegriff soll über das PSG III auch für die Hilfe zur Pflege nach dem SGB XII Gültigkeit bekommen. Bedeutsam ist, dass auch die Menschen mit Demenz einen gleichberechtigten Zugang zu den Leistungen der Pflegeversicherung erhalten sollen. Mit dem PSG III soll die Beratung von Pflegebedürftigen und ihren Angehörigen vor Ort verbessert werden. Die Kommunen erhalten ein Initiativrecht zur Einrichtung von Pflegestützpunkten und können Beratungsgutscheine der Versicherten für eine Pflegeberatung einlösen.

Es sind Modellvorhaben in 60 Landkreisen und kreisfreien Städten für die Dauer von fünf Jahren vorgesehen: „Pflegebedürftige und ihre Angehörige“

¹⁷⁷ S. jetzt: Drittes Gesetz zur Stärkung der pflegerischen Versorgung und zur Änderung weiterer Vorschriften vom 23.12.2016, BGBl. I, 3191 ff.

gen sollen dadurch eine Beratung aus einer Hand erhalten zu allen Leistungen, die sie in Anspruch nehmen können wie z.B. der Hilfe zur Pflege, der Eingliederungshilfe oder der Altenhilfe.“ (Pressemitteilungen Nr. 30 des BMG vom 28.06.2016)

Die Angebote zur Unterstützung von Pflegebedürftigen und ihren Angehörigen, sollen weiter ausgebaut werden – auch die Kommunen sollen hierzu aktiv werden können. Mit dem PSG III soll zudem Klarheit zur Schnittstelle zwischen Pflegeversicherung und Eingliederungshilfe geschaffen werden. Zudem sind zusätzliche Maßnahmen zur Qualitätssicherung und zur Verhinderung von Abrechnungsbetrug vorgesehen. Das Pflegerecht wird auch weiterhin ein starkes Handlungsfeld für rechtliche Betreuer bleiben.

Der vierte Rechtsbereich des Sozialrechts, in dem seit vielen Jahren intensiv über Teilhabe diskutiert wird, ist das SGB IX – in dem die sozialrechtlichen Regelungen zur „Rehabilitation und Teilhabe von Menschen mit Behinderung“ zusammengefasst sind. Hierauf möchte ich etwas näher eingehen:

Im besonderen Fokus der Diskussion stehen die Leistungen der **Eingliederungshilfe**, die bisher im SGB XII geregelt sind. Die Eingliederungshilfe ist (um es mit Schütte zu sagen) im Teilhabe- und Rehabilitationsrecht „das mit Abstand bedeutsamste Teilgebiet“. Sie tritt auch weiterhin – wie Schütte sagt – als „eine Art Ausfallbürgschaft“ ein, wenn die anderen vorrangigen Reha- und Leistungsträger nicht leisten bzw. die individuellen Rehabilitationsbedarfe von Menschen mit Behinderung durch deren Leistungen nicht hinreichend gedeckt sind. Insbesondere bei den „Leistungen zur Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft“ hat die Eingliederungshilfe (so Schütte) eine besonders weitgehende Funktion ... „denn sie ist hier für die meisten Anwendungsfälle erst- und letztzuständiges Leistungssystem“. Hierzu gehören auch die „Hilfen zum selbstbestimmten Leben in betreuten Wohnmöglichkeiten“.

Seit vielen Jahren wird über eine umfassende Weiterentwicklung des Rehabilitationsrechts diskutiert, um die gleichberechtigte Teilhabe von Menschen mit Behinderung rechtlich sicherzustellen und rechtspraktisch besser zu verwirklichen.

Die Ergebnisse dieser langjährigen Diskussionen sollen nunmehr – unter Zugrundelegung der seit 2007 gefassten Beschlüsse der jährlich tagenden Arbeits- und Sozialministerkonferenz (ASMK) und der von der CDU/CSU und

SPD im Koalitionsvertrag für die 18. Legislaturperiode des Bundestages getroffenen Vereinbarungen – im Bundesteilhabegesetz (BTHG) einmünden, dem Gesetz zur Stärkung der Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderung. Das BTHG soll die Ziele verfolgen, das Reha- und Teilhaberecht im Licht der UN-BRK weiterzuentwickeln und „die Lebenssituation von Menschen mit Behinderung im Sinne von mehr Teilhabe und mehr Selbstbestimmung zu verbessern“.

Hierzu wurde vom Bundeskabinett am 28. Juni 2016 ein Gesetzesentwurf beschlossen, der mit Datum vom 5. September 2016 als Drucksache 18/9522 verfasst wurde und am 22. September 2016 in erster Lesung im Bundestag debattiert wird. Die weiteren Lesungen und die Verabschiedung im Bundesrat sollen bis zum 16. Dezember 2016 abgeschlossen sein.¹⁷⁸ Es ist ein gestuftes Inkrafttreten vorgesehen: Die erste Stufe soll zum 01.01.2017 in Kraft treten, die zweite zum 01.01.2018 und die dritte mit den am weitesten gehenden Neuregelungen – das ist die Neugestaltung der Eingliederungshilfe und die Umsetzung der Personenzentrierung – zum 01.01.2020.

Durch das BTHG wird insbesondere das Neunte Buch des Sozialgesetzbuches, das SGB IX, neugefasst. Dazu wird die „Eingliederungshilfe“ zu (wie es in der BT-Drucksache 18/9522 heisst) „einem modernen Teilhaberecht weiterentwickelt“ und aus dem SGB XII, der Sozialhilfe, herausgelöst. Sie wird unter dem Titel: „Besondere Leistungen zur selbstbestimmten Lebensführung für Menschen mit Behinderungen“ als neuer Teil 2 in das SGB IX eingefügt.

Durch diesen neuen Teil 2 wird das SGB IX zu einem echten Leistungsgesetz. Das SGB IX wird den neuen Titel haben: Rehabilitation und Teilhabe von Menschen mit Behinderung. Auch der erste Teil des SGB IX, der den Titel haben wird: „Regelungen für Menschen mit Behinderungen und von Behinderung bedrohte Menschen“ und der dritte Teil, das Schwerbehindertenrecht, werden neu gefasst. Dort sind viele Änderungen enthalten.

Welche sind nun die wesentlichen Neuregelungen, die im BTHG vorgesehen sind? Ein wichtiger Aspekt ist, dass die Definition von Behinderung verändert wird und künftig der Definition entspricht, wie sie von der UN-BRK vorgenommen wurde:

¹⁷⁸ S. jetzt: Gesetz zur Stärkung der Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderungen vom 23.12.2016, BGBl. I, 3234 ff.

§ 2 Abs. 1 SGB IX (neu): Menschen mit Behinderungen sind Menschen, die körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, die sie in Wechselwirkung mit einstellungs- und umweltbedingten Barrieren an der gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate hindern können. Eine Beeinträchtigung ... liegt vor, wenn der Körper- und Gesundheitszustand von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweicht. Menschen sind von Behinderung bedroht, wenn eine Beeinträchtigung ... zu erwarten ist.

Die Teilhabeleistungen sollen die Sozialleistungen umfassen, die notwendig sind, um – unabhängig von der Ursache der Behinderung – die Behinderung (sowie Einschränkungen der Erwerbsfähigkeit und Pflegebedürftigkeit) abzuwenden (bzw. zu vermeiden), zu beseitigen (bzw. zu überwinden), zu mindern, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder ihre Folgen zu mildern. Sie sollen ferner: die Teilhabe am Arbeitsleben ... sichern, die persönliche Entwicklung fördern und die Teilhabe am Leben in der Gesellschaft sowie eine möglichst selbstständige und selbstbestimmte Lebensführung ermöglichen oder erleichtern.

Für viele rechtlich betreute Menschen ist bedeutsam, dass nunmehr klar geregelt ist, dass auch Leistungen für Eltern mit Behinderungen zu erbringen sind, um diese bei der Versorgung und Betreuung ihrer Kinder zu unterstützen.

Bisher gab es im SGB IX vier Leistungsgruppen. Diese werden auf fünf erweitert, um Teilhabe am Leben in der Gesellschaft zu ermöglichen. Die vierte Leistungsgruppe wird heißen: „Leistungen zur Teilhabe an Bildung“, die fünfte: „Leistungen zur sozialen Teilhabe“. Die Träger haben durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass die Reha-Bedarfe von Menschen mit Behinderung frühzeitig erkannt werden. Zu diesen Maßnahmen gehört auch eine von Leistungsträgern und Leistungserbringern unabhängige und ergänzende Beratung.

Es sollen niedrigschwellige Beratungsangebote sein, die vom BMAS aus Bundesmitteln – zunächst bis Ende 2022 – gefördert werden. Angebote „von Betroffenen für Betroffene“ sollen hierbei besonders berücksichtigt werden. Auch die rechtlichen Betreuer bzw. die von ihnen betreuten Menschen sollen diese Beratungsstellen in Anspruch nehmen (§ 33 SGB IX, neu). Zudem sollen Ärzte, medizinisches Personal, Lehrer, Sozialarbeiter, Hebammen, Entbindungspfleger und weitere die Menschen mit Behinderung bzw. ihre Sorgeberechtigten oder rechtlichen Betreuer auf die Beratungsmöglichkeiten hinweisen und hierüber informieren.

Die Rehabilitationsträger haben künftig unabhängig von ihrer Entscheidung über Leistungen zu prüfen, ob Leistungen zur Teilhabe voraussichtlich in Frage kommen und ob weitere Rehabilitationsträger zu beteiligen sind. Das gilt auch für Jobcenter im Rahmen ihrer Zuständigkeit für Leistungen zur beruflichen Teilhabe.

Zur einheitlichen und überprüfbaren Ermittlung des individuellen Rehabilitationsbedarfes entwickeln und verwenden die Träger systematische Arbeitsprozesse und standardisierte Arbeitsmittel (Instrumente). Durch diese Instrumente ist eine individuelle Bedarfsermittlung zu gewährleisten sowie die Dokumentation und Nachprüfbarkeit zu sichern. Das BMAS untersucht die Wirkung der Instrumente und veröffentlicht die Untersuchungsergebnisse bis zum 31.12.2019.

Die Reha-Leistungen sollen nicht länger institutionszentriert, sondern konsequent personenzentriert, also umfassend festgestellt und bereitgestellt werden. Sie sollen „wie aus einer Hand“ erbracht werden, ggf. durch den sogenannten „leistenden Rehabilitationsträger“.

Zeitintensive Zuständigkeitskonflikte der Träger untereinander sowie Doppelbegutachtungen sollen vermieden werden. Über die Teilhabeleistungen soll innerhalb von zwei Monaten entschieden werden. Wenn das nicht möglich ist, hat der Träger die Gründe hierfür vor Ablauf der Frist schriftlich mitzuteilen (begründete Mitteilung). In der begründeten Mitteilung ist auf den Tag genau zu bestimmen, bis wann über den Antrag entschieden wird. Es gibt nur drei Gründe, die eine Fristverlängerung erlauben (bis zu zwei bzw. vier Wochen im Zusammenhang mit noch einzuholenden Sachverständigengutachten sowie für die Dauer fehlender Mitwirkung, wenn schriftlich eine angemessene Frist zur Mitwirkung gesetzt wurde). Erfolgt keine begründete Mitteilung oder ist der in der Mitteilung genannte Zeitpunkt der Entscheidung abgelaufen, gilt die beantragte Leistung nach Ablauf der Frist als genehmigt.

Beschaffen sich Leistungsberechtigte eine als genehmigt geltende Leistung selbst, ist der „leistende Rehabilitationsträger“ zur Erstattung der Aufwendungen verpflichtet. Eigentlich eine ganz gute Regelung – wie ich finde. Wenn sie denn auch für die Träger der Eingliederungshilfe gelten würde. Die bleibt aber von den Regelungen zur Selbstbeschaffung von Leistungen – wie bisher schon – ausgenommen.

Wenn Leistungen mehrerer Rehabilitationsträger oder aus verschiedenen Leistungsgruppen erforderlich sind, ist der „leistende Rehabilitationsträger“ dafür verantwortlich, in Abstimmung mit den Leistungsberechtigten die nach dem individuellen Bedarf voraussichtlich erforderlichen Leistungen hinsichtlich Ziel, Art und Umfang funktionsbezogen festzustellen und schriftlich so zusammenzustellen, dass sie nahtlos ineinander greifen. Gegebenenfalls sind auch weitere öffentliche Stellen, wie z.B. die Pflegekasse, das Jobcenter oder das Integrationsamt, einzubeziehen. Zu erstellen ist ein Teilhabeplan, der u. a. zu enthalten hat:

- den Tag des Antragseingangs ...
- das Ergebnis der Zuständigkeitsklärung ...
- die Feststellungen über den individuellen Reha-Bedarf ...
- die zur Bedarfsermittlung ... eingesetzten Instrumente
- die erreichbaren und überprüfbaren Teilhabeziele und deren Fortschreibung
- die Berücksichtigung des Wunsch- und Wahlrechts und
- die Ergebnisse von Teilhabeplankonferenzen, die der „leistende Rehabilitationsträger“ mit Zustimmung des Leistungsberechtigten oder auf seinen Vorschlag hin durchführen kann.

Der Teilhabeplan wird nach Verlauf der Rehabilitation angepasst und darauf ausgerichtet, den Leistungsberechtigten – unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls – eine umfassende Teilhabe am Leben in der Gesellschaft zügig, wirksam, wirtschaftlich und auf Dauer zu ermöglichen. Das verbindliche Teilhabeplanverfahren wird für die Träger der Eingliederungshilfe durch eine bundesweit vergleichbare Gesamtplanung ergänzt.

Bestehen im Einzelfall Anhaltspunkte für einen Betreuungsbedarf nach § 1896 BGB, informiert der verantwortliche Rehabilitationsträger mit Zustimmung der Leistungsberechtigten die zuständige Betreuungsbehörde über die Erstellung des Teilhabeplans, soweit dies zur Vermittlung anderer Hilfen, bei denen kein Betreuer bestellt wird, erforderlich ist (§ 22 Abs. 5 SGB IX, neu).

Die Eingliederungshilfe, der neue zweite Teil im SGB IX, umfasst die Leistungsgruppen Medizinische Rehabilitation, Teilhabe am Arbeitsleben, Teilhabe an Bildung sowie Soziale Teilhabe. Eingliederungshilfe erhalten Personen, die in erheblichem Maße in ihrer Fähigkeit zur Teilhabe an der



Gesellschaft eingeschränkt sind. Eine solche Einschränkung in erheblichem Maße liegt vor, wenn die Ausführung von Aktivitäten in mindestens fünf von neun Lebensbereichen nicht ohne personelle oder technische Unterstützung möglich ist oder in mindestens drei Lebensbereichen auch mit personeller oder technischer Unterstützung nicht möglich ist. Die neun Lebensbereiche sind:

- (1.) Lernen und Wissensanwendung,
- (2.) allgemeine Aufgaben und Anforderungen
- (3.) Kommunikation,
- (4.) Mobilität,
- (5.) Selbstversorgung,
- (6.) häusliches Leben,
- (7.) interpersonelle Interaktionen und Beziehungen,
- (8.) bedeutende Lebensbereiche sowie
- (9.) Gemeinschafts-, soziales und staatsbürgerliches Leben.

Eingliederungshilfe erhält, wer die erforderliche Leistung nicht von anderen oder von Trägern anderer Sozialleistungen erhält. Die Eingliederungshilfe wird künftig eine reine Fachleistung sein.

Die Leistungen zum Lebensunterhalt einschließlich Wohnen werden – wie für Menschen ohne Behinderungen – nach dem SGB XII bzw. SGB II erbracht. Somit wird auch die Gliederung in ambulante, teilstationäre und vollstationäre Leistungen für erwachsene Menschen mit Behinderungen aufgegeben. Da die Leistungen nach individuellem Erfordernis und bedarfsdeckend zu erbringen sind, gibt es keinen abschließenden Leistungskatalog. Erbrachte Leistungen werden künftig einem Prüfungsrecht des Leistungsträgers und einer Wirkungskontrolle unterzogen. Die Regelungen über die Anrechnung von Einkommen und die Heranziehung von Vermögen sollen stufenweise „im Sinne der Betroffenen“ verbessert werden. Die Leistungen zur Teilhabe an Bildung sollen insbesondere auch im Hinblick auf studierende Menschen mit Behinderungen verbessert werden.

Die „Leistungen zur Sozialen Teilhabe“ werden erbracht, um eine gleichberechtigte Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft zu ermöglichen oder zu erleichtern. Hierzu gehört insbesondere, Leistungsberechtigte zu einer möglichst selbstbestimmten und eigenverantwortlichen Lebensführung im eigenen Wohnraum sowie in ihrem Sozialraum zu befähigen oder sie hierbei zu unterstützen. Hierzu werden auch Aufwendungen für Wohnraum oberhalb der ansonsten üblichen Angemessenheitsgrenze erstattet, soweit we-

gen des Umfangs von Assistenzleistungen ein gesteigerter Wohnraumbedarf besteht. Zur selbstbestimmten und eigenständigen Bewältigung und Gestaltung des Alltages werden Leistungen zur Assistenz erbracht; hierzu gehören z. B. Assistenz bei der Haushaltsführung, bei der Freizeitgestaltung oder Begleitung. Zur sozialen Teilhabe gehören viele weitere Leistungen.

Die Erwerbsfähigkeit von Menschen mit Behinderung soll durch spezielle Maßnahmen gesichert werden. Das BMAS soll hierzu auch Modellvorhaben fördern und deren Wirkung untersuchen.

Menschen mit Behinderungen, die Anspruch auf Leistungen in einer WfbM haben, können die Leistungen auch bei einem anderen Leistungsanbieter in Anspruch nehmen. Es besteht allerdings keine Pflicht des Leistungsträgers, Leistungen durch andere Leistungsanbieter zu ermöglichen. Wenn ein Anspruch auf Leistungen im Arbeitsbereich einer WfbM besteht, den Leistungsberechtigten aber ein sozialversicherungspflichtiges Arbeitsverhältnis angeboten wird, erhalten sie ein Budget für Arbeit. Dieses umfasst einen Lohnkostenzuschuss an den Arbeitgeber, der bis zu 75 % des Arbeitsentgeltes betragen kann. Der Leistungsträger ist allerdings (auch hier nicht) verpflichtet, entsprechende Arbeitsverhältnisse zu ermöglichen. Die lange Zeit diskutierte Einführung eines Bundesteilhabegeldes ist nicht mehr vorgesehen. Die im Koalitionsvertrag zugesagte Entlastung der Kommunen um jährlich 5 Mrd. erfolgt nicht bei der Eingliederungshilfe, sondern über andere Finanzströme. Soweit meine Ausführungen zu „aktuellen Aspekten“ bzw. „zum Stand der deutschen Teilhabediskussion“.

7. Zum Abschluss: Kurze, vorläufige Bewertung und ein erster Ausblick

Die Erwartungen an das BTHG waren riesengroß. Die Reform sollte dazu führen, dass sich die Lebenssituation der Menschen mit Behinderung tatsächlich verbessert – in allen Lebenslagen und allen Lebensbereichen – im Sinne von „gleichberechtigter und wirklicher Teilhabe“. Und zwar für alle anspruchsberechtigten Menschen, insbesondere aber für die Menschen, die Anspruch auf Eingliederungshilfe haben; mithin insbesondere für die Menschen, die ganz überwiegend sehr komplexe Assistenzbedarfe und vielfältige Leistungsansprüche haben.

Das bisherige Recht ist für sie schon heute eigentlich gut. Nur: das Recht funktioniert ganz oft nicht – oder nicht hinreichend – oder nicht rechtzeitig. Zwischen dem anspruchsvollen Recht und der Rechtspraxis / der Rechtswirklichkeit klaffen zum Teil riesige Lücken.

Die vielen schon heute bestehenden guten und eigentlich verbindlich zu beachtenden Rechtsgrundsätze werden oftmals nicht annähernd beachtet. Hier sollte eigentlich die Reform ansetzen. Ob das aber tatsächlich gelingt? Keine Frage, das BTHG enthält eine Reihe von Verbesserungen. Wird die Umsetzung des Rechts nun aber hierdurch tatsächlich einfacher? Hier bestehen vielerseits riesige Zweifel – auch bei mir. Der Hauptgrund: Es ist nicht zu erkennen, dass die Umsetzung des Rechts tatsächlich einfacher wird. So ist auch nicht wirklich zu erwarten, dass sich rechtliche Betreuungen in der Anzahl oder im Tätigkeitsumfang verringern werden.

Damit kompliziertes Recht auch Rechtspraxis wird, muss das Recht einfach umzusetzen sein. Vor allem müssen auch die oftmals sehr, sehr vielen Handlungsakteure aus den verschiedenen Handlungsfeldern – die für eine Person zuständig sind – dieses Recht verstehen. Bisher fehlt es hier oft am erforderlichen Wissen. Auch fehlt es an einer konsequenten Haltung, die weg führt von dem noch sehr verbreiteten „zuständigkeitsorientierten“ und „sektorenhafte“ Denken und Handeln – und hin führt zu einem Denken und Handeln, das konsequent personenorientiert ist, das das Bedarfsdeckungsprinzip und die Würde der Menschen beachtet und auf ein nahtloses Zusammenwirken aller Beteiligten ausgerichtet ist.

Von daher zum Abschluss (m)ein Fazit in drei kurzen Sätzen:

1. Die Reform wird bei weitem nicht der erhoffte „große Wurf“, daher wird die Teilhabediskussion fortzusetzen sein - auch nach Inkrafttreten des BTHG.
2. Es muss viel mehr als bisher diskutiert und darauf hin gearbeitet werden, dass die vielen Handlungsakteure im „Teilhabefeld“ über ein hinreichendes sozialrechtliches Wissen verfügen und sich in ihren Haltungen und Handlungen konsequent personenorientiert entwickeln.
3. An diesen beiden Punkten mitzuwirken – das sehe ich als weitere Herausforderung für mich an, ebenso als Herausforderung für alle Akteure des Betreuungsrechts.

Dabei wünsche ich uns allen viel Erfolg! Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

Quellen:

- Bundesamt für Statistik
- Wolfgang Schütte, Hamburg, NDV, Dez. 2012, S 576 ff
- Bundestagsdrucksache 18/9522
- Pressemitteilungen vom BMAS und BMG (u.a. BMG-Pressemitteilung 30 vom 28.06.2016)



Sozialbericht der Behörde

AG 6: Lars Mückner, Klaus Götz

I. Einleitung

Vor der Bestellung eines Betreuers oder der Anordnung eines Einwilligungsvorbehaltes hat das Gericht die zuständige Behörde anzuhören.

Wer das erste Wort hat, bestimmt das Verfahren. Die Gedanken der anderen Beteiligten kreisen um diese Worte, wie ein Schiff vor Anker, und entfernen sich nicht mehr weit davon. Der Bericht der Betreuungsbehörde prägt das Verfahren zur Bestellung eines Betreuers damit nachhaltig.

In subjektiver Hinsicht (Betreuungsbedürfnis) werden die Fähigkeit, eine Vollmacht zu erteilen, und die Freiheit des Willens geprüft, in objektiver Hinsicht (Betreuungsbedarf) wird ermittelt, welche anderen Hilfen es gibt, bestehende Defizite zu kompensieren. Dies erfordert teils detektivischen Spürsinn, viel Fantasie über familiäre und andere soziale Hilfen, aber auch große Sach- und Rechtskenntnisse über Sozialrecht und sonstige Hilfsmöglichkeiten.

Die Sachverhaltsaufklärung und der damit verbundenen Sozialbericht dienen der Beurteilung der Erforderlichkeit einer Betreuung. Die Beurteilung der Erforderlichkeit setzt Kenntnisse über die persönlichen Ressourcen des Betroffenen und über die sozialen Ressourcen im Umfeld voraus. Dies schließt die Bearbeitung ausschließlich nach Aktenlage aus. Die Beurteilung, ob ausreichende örtliche Hilfen zur Verfügung stehen und eingeleitet werden können, setzt wiederum Kenntnisse über das soziale Leistungssystem der Kommune bzw. der sozialen Dienste, der ambulanten Hilfen und der ambulanten und stationären Einrichtungen in einer Stadt / in einem Kreis voraus (andere Hilfen). Um diese Hilfen realisieren zu können, sind im Rahmen von Netzwerkarbeit mit den kommunalen wie den externen Sozialleistungsträgern Absprachen und Kooperationsvereinbarungen erforderlich.

Diese Aufgaben erfordern eine ausreichende personelle und fachliche Ausstattung bei den Betreuungsbehörden.

II. Anforderungen an Mitarbeiter der Betreuungsbehörden

- Technische Fertigkeiten: wie z. B. Führung von sozialdiagnostischen Gesprächen, Verhaltensbeobachtung, Fähigkeit zur Abfassung von Schriftsätzen an das Gericht, rhetorische Fähigkeiten, Verhandlungs-

geschick (mit Betroffenen, Angehörigen, Informanten) und anderes mehr.

- Kenntnisse der rechtlichen Grundlagen - sowohl betreuungsrechtliche wie auch diejenigen anderer Gebiete (mindestens partiell wie z.B. Sozialrecht, BGB, AktG).
- Im Rahmen betreuungsrelevanter Gesichtspunkte:
 - psychologische Kenntnisse
 - soziologische Kenntnisse
 - sozialmedizinische Kenntnisse
 - pädagogische Kenntnisse.
- Kenntnis der örtlich vorhandenen Hilfen/soziales Leistungssystem.

III. Zum Begriff „andere Hilfen“

Gemeint sind:

- alle am individuellen Bedarf orientierten Ansprüche und Hilfen aus den sozialen Sicherungssystemen (Sozialversicherung, Soziale Versorgung, Öffentliche Fürsorge);
- privatrechtliche Hilfen (z. B. Auftrag und Vollmacht für eine Vertrauensperson, Anwalt);
- sowie die Aktivierung von Ressourcen im Rahmen der Selbst- und Familienhilfe beziehungsweise des Umfeldes .

Gesetze im Sozialbereich, die an Antragsvoraussetzungen und Mitwirkungspflichten geknüpft wurden, machen es erforderlich, den in ihren Handlungsfähigkeiten eingeschränkten Betroffenen einen rechtlichen Betreuer zur Seite zu stellen; Vertreter werden zu selten von Amts wegen bestellt.

Erwähnenswert ist, dass viele Leistungen der Sozialhilfe ab Kenntnis einsetzen. Nach dem SGB I hat die Betreuungsbehörde die Träger der Sozialleistungen von sich aus zu informieren, es findet aber auch unabhängig davon eine Wissenszurechnung statt, wenn beide Teil derselben Kommune sind.

Weil auch psychisch kranke oder behinderte Menschen Freizügigkeit genießen, empfiehlt es sich, bundesweit auf eine Vereinheitlichung der Berichte hinzuwirken. Zielführend sind hier die BAGÜS-Empfehlungen zur Sachverhaltsaufklärung; sie sind umfassend, leiten die Ermittlung sachgerecht und sorgen bundesweit für eine leichtere Verständlichkeit des Vorgehens.

Auf eine notwendige rechtliche Betreuung kann auch in Ansehung von Art. 12 UN BRK nie ganz verzichtet werden – es gibt eine staatliche Fürsorgeverpflichtung zum Schutz durch Unterstützung, zur Kontrolle und notfalls auch zu Organisation einer Stellvertretung. Problematisch, aber derzeit nicht zu lösen, ist der Umstand, dass Regeln und andere Hilfen nach dem Gesetz (auf dem Papier) vorhanden sind, Betreuer aber oft (tatsächlich) bestellt werden müssen, um Ansprüche gegen die Leistungsverwaltung durchzusetzen, obwohl dort – eigentlich – Pflichten zur Unterstützung und Förderung vorhanden sind.

Bei fehlender Geschäftsfähigkeit bzw. Einwilligungsfähigkeit ist die Vermittlung anderer Hilfen nicht möglich. Der betroffene Mensch muss in der Lage sein, einen rechtsverbindlichen Willen zu bilden und ggf. mit Hilfeleistung der zuständigen Stellen die aufgezeigten Hilfen in Anspruch nehmen können oder davon abzusehen.

Während des Plenums stellte sich heraus, dass auch in Österreich und in der Schweiz die Stellen, welche die Eingangsermittlung übernehmen, ähnliche Verantwortung tragen.

Auch die Schwierigkeiten sind international identisch:

- „Anpassungsschwierigkeiten“ bei den Gerichten: die Betreuungsbehörde wird auch nach dem 01.07.2014 noch nicht in allen Verfahren beteiligt;
- ungenügende Personalausstattung bei den Behörden;
- keine Verpflichtung der Leistungsträger zur Zusammenarbeit mit der Behörde;
- soziale Dienste sind vor Ort nicht angemessen ausgestattet;
- es mangelt an Vernetzung;
- ungenügende soziale Infrastruktur.

Einigkeit wurde über folgende Feststellungen und Forderungen erzielt: Der Sozialbericht der Betreuungsbehörde hat eine zentrale Stellung. Um dieser wichtigen Aufgabe verantwortungsvoll gerecht zu werden, muss die Betreuungsbehörde sachlich und personell besser ausgestattet werden. Die Stellungnahme der Betreuungsbehörde wird unmittelbarer Anteil der gerichtlichen Entscheidung bei der Feststellung von Betreuungsbedürfnis und Betreuungsbedarf.

Vieles liegt dabei im Auge des Betrachters. *„Objektivität ist die Wahnvor-*

stellung, Beobachtungen könnten ohne Beobachter gemacht werden. Die Berufung auf Objektivität ist die Verweigerung der Verantwortung - daher auch ihre Beliebtheit.“ (Heinz von Förster). Dessen müssen sich alle Akteure bewusst sein.

Begleitung von Angehörigen- und Bevollmächtigten

AG 3: Axel Bauer, Roberta Rigamonti,

Moderation: Stephan Sigusch

Familienangehörige sind in allen Bereichen der Ausübung der rechtlichen Handlungsfähigkeit ihrer Angehörigen ein Fakt und der Kern der Tätigen, an dem keiner vorbeikommt - allein schon dadurch, dass die Zahl „in die Millionen geht“.

Aus unterschiedlichster Motivation heraus werden Angehörige in diesem Bereich tätig: in Wahrnehmung des ihnen vom Vollmachtgeber übertragenen Vertrauens, als „Weiterführung“ der Elternfunktion für nunmehr erwachsene Kinder mit Behinderung und auch aus der Not heraus mit der Einsetzung als ehrenamtlicher Betreuer für Partner oder Eltern. So unterschiedlich die Motivation zur Übernahme der Verantwortung ist, so differiert auch die Einstellung zur Ausübung ihrer Tätigkeit. Die Notwendigkeit einer qualifizierten Begleitung von Angehörigen und Bevollmächtigten erscheint unabdingbar. Zu klären sind u.a. Umfang, Verbindlichkeit, Anspruch und Anbindung - ach ja: auch klar herauszuarbeiten ist, wem die Verantwortung obliegt!

Ein Ergebnis der Arbeitsgruppe ist eine notwendige Unterscheidung der beiden Gruppen von Angehörigen. Die eine Aufgabe ist die Begleitung und Unterstützung von Angehörigen als gerichtlich bestellte Betreuer, und die andere die Begleitung und Unterstützung von Angehörigen als Bevollmächtigte. Beiden Gruppen ist gemeinsam, dass sie schwierig zu erreichen sind. Beide Gruppen haben Anspruch auf die Begleitung und darauf, dass die Wahrung des Selbstbestimmungsrechts als oberste Handlungsmaxime des Bevollmächtigten/ ehrenamtlichen Betreuers vermittelt wird. In diesem Bereich haben bereits hauptamtlich Tätige Umsetzungsprobleme. Die Auseinandersetzung mit typischen Konfliktstellungen in der Praxis kann Angehörigen beider Gruppen die nötige Handlungssicherheit geben.

I. Angehörige als ehrenamtliche Betreuer

1. Wer hat den Auftrag? Wer hat die Verantwortung?

Die Begleitung von ehrenamtlichen Betreuern ist eine Gemeinschaftsaufgabe aller Akteure des regionalen Netzwerks. Das ist eine eindeutige Antwort und ein Bekenntnis der Teilnehmer und Referenten.

Alle Akteure des örtlichen Betreuungswesens: das Betreuungsgericht, die Betreuungsbehörde und der Betreuungsverein haben diese Aufgabe gemeinsam zu erfüllen. Erforderlich dafür ist die konkrete Abstimmung der Maßnahmen zur Begleitung und zur Unterstützung von Angehörigen in einer örtlichen Arbeitsgemeinschaft. Die Rechtsgrundlagen dieser gemeinschaftlichen Begleitung finden sich für jeden Akteur im Gesetz. §§ 1837, 1908 i I 1 BGB regeln die Beratung und Unterstützung durch das Betreuungsgericht. §§ 4 III, 5 BtBG regelt die Aufgaben der Betreuungsbehörde und die Aufgaben der Betreuungsvereine sind im § 1908f BGB dargestellt. Daraus ergibt sich kein Recht eines der Akteure, sich aus der Verantwortung heraus zu nehmen. Im Gegenteil. Es ist eine Gemeinschaftsaufgabe aller Akteure im regionalen Netzwerk. Den Betreuungsvereinen diese Aufgabe allein zu überantworten, bedeutet eine Überforderung und legt die Vermutung nahe, dass in Regionen, wo dieses erfolgt, eine Stärkung des Ehrenamtes im örtlichen Betreuungswesen augenscheinlich unerwünscht ist. Um erfolgreich das Ehrenamt zu erhalten und zu stärken, ist es zwingend erforderlich, dass die Maßnahmen zur Begleitung und Unterstützung von Angehörigen gemeinsam abgestimmt werden - in der örtlichen Arbeitsgemeinschaft oder im Regionalen Fachkreis.

2. Wie und durch wenn kann ein Zugang zu den unterschiedlichen Gruppen erfolgen?

Der Zugang zur Gruppe der Angehörigen als ehrenamtliche Betreuer kann sowohl über die Betreuungsgerichte als auch über die Betreuungsbehörden erfolgen. Beide haben Zugang zu dieser Gruppe. Es ist verbindlich in der örtlichen Arbeitsgemeinschaft abzustimmen, **wer** verantwortlich ist für das Übermitteln der nötigen Angaben an die Betreuungsvereine.

3. Welche der bekannten oder neuen Begleitungskonzepte können eine Basis für die Begleitung sein?

Betreuungsrichter und Rechtspfleger beteiligen sich verbindlich an der Beratung und Schulung ehrenamtlicher Betreuer in den Betreuungsvereinen. Die entsprechenden Angebote der Betreuungsvereine liegen gut sichtbar und zugänglich im Gericht aus. Es erfolgen regelmäßig Hospitationen/ Besuche von Ehrenamtlichen im Betreuungsgericht (sowohl bei Richtern als auch bei Rechtspflegern) und in der Betreuungsbehörde.

Regelmäßige und verbindliche Angebote zur Einführung in die Aufgaben bilden die Grundlage für eine kontinuierliche Begleitung der Angehörigen.



gen. Veranstaltungen zu praktischen und relevanten Themen runden das Angebot ab. Hier werden örtliche Hilfs- und Unterstützungsmöglichkeiten vorgestellt. Erfolgreiche Modelle sind u.a. das Hessische Curriculum und das Lübecker Modell.

4. Auftrag, Verantwortung und Zugang über die Justiz?

Es erfolgt eine verbindliche Übermittlung der Adressen von ehrenamtlich bestellten Betreuern an die Betreuungsvereine zum Zwecke der Einladung und Kontaktaufnahme.

II. Angehörige als Bevollmächtigte

1. Wer hat den Auftrag? Wer hat die Verantwortung?

Bis zur Einleitung eines Betreuungserfahrens sind die Betreuungsgerichte bei dieser Gruppe erst einmal „außen vor“. Erst dann, wenn Bevollmächtigte genehmigungspflichtige Rechtsgeschäfte wie z.B. nach §§ 1904, 1906 BGB stellen, gibt es entsprechende Berührungspunkte.

Somit sind hier Betreuungsbehörden und Betreuungsvereine gefordert, sich verbindlich abzustimmen. Die Aufgaben der Beratung und Unterstützung von Bevollmächtigten ergeben sich für Betreuungsvereine aus § 1908 f Nr.2 BGB. Betreuungsbehörden haben nach §§ 4, 5 BtBG ebenfalls Bevollmächtigte zu beraten und zu unterstützen sowie für ein ausreichendes Angebot an entsprechender Begleitung zu sorgen. Gegen eine entsprechende Refinanzierung können Betreuungsbehörden diese Aufgaben an Betreuungsvereine delegieren.

2. Wie und durch wann kann ein Zugang zu dieser Gruppen erfolgen?

Der Zugang ist hier nicht so klar geregelt und gut möglich wie bei ehrenamtlichen Betreuern. Er kann über ein verbindliches und kontinuierliches Angebot an Veranstaltungen zu praxisrelevanten Themen gelingen. Dort, wo Betreuungsvereine bei der Abfassung von Vollmachten tätig sind, gibt es vielfach bereits einen Kontakt. Dieser kann genutzt werden für einen Verteiler zu Veranstaltungsangeboten.

Betreuungsbehörden können im Rahmen ihrer Beglaubigung von Vollmachten nach § 6 II BtBG bereits einen Kontakt zu Bevollmächtigten herstellen und ggf. durch die Aufnahme in einen Verteiler für Veranstaltungsangebote pflegen.

3. Welche der bekannten oder neuen Begleitungskonzepte können eine Basis für die Begleitung bilden?

Einziges bisher bekanntes Konzept ist das 2016 neu herausgegebene Hessi-

sche Curriculum der Vorsorgeverfügungen. Es ist eine in Module gegliederte Arbeitshilfe für Mitarbeiter in Betreuungsbehörden und Betreuungsvereinen. Das Modul versteht sich als Handbuch für die Praxis und erläutert alle Begrifflichkeiten zum Thema Vorsorgevollmacht, erläutert Abgrenzungen der Verfügungen zum Testament und zur Organspendeerklärung, gibt Hinweise zur Umsetzung der Vorsorgevollmacht, klärt über Nutzen und Grenzen auf.

III. Fazit

In der Arbeitsgruppe wurde auch festgestellt und diskutiert, dass jeder Akteur bei der Umsetzung seiner Aufgaben Probleme hat. Arbeitsüberlastung, das teilweise Verkennen der eigenen Verantwortung und ein geringes Interesse der Justizverwaltung sind Probleme, mit denen sich die engagierten Akteure der Justiz auseinandersetzen müssen. Auch bei Betreuungsbehörden sind fehlende Personal- und Sachausstattung ein vielfach benanntes Problem. Hinzu kommen teilweise eine unklare Verordnung in der kommunalen Verwaltung und fehlende Folgen für die Kommune bei nicht erfolgter Umsetzung der gesetzlichen Aufgaben.

Betreuungsvereine kämpfen mit dem Problem der fast vollständig fehlenden Planungssicherheit zur Erfüllung ihrer Aufgaben. „Fördermittel“ nach Haushaltslage sind vage und unsicher. Darauf kann keine verbindliche und kontinuierliche Planung erfolgen. Dieses ist aber die Grundvoraussetzung für lokale Angebote. Auch 24 Jahre nach Einführung des Betreuungsrechts fehlen der politische und der Verwaltungswille für eine Umsetzung des Ehrenamtes in der Rechtlichen Betreuung.

Die vielen Leuchttürme im Betreuungswesen, die es gibt, belegen, was vor Ort möglich ist, wenn die Akteure im Betreuungswesen gemeinsam ihrer Verantwortung nachkommen.

Die Auswahl des Betreuers

TP 6: Brunhilde Ackermann, Axel Bauer,

Moderation: Klaus Gölz

An dem Teilplenum haben ca. 30 Teilnehmerinnen und Teilnehmer aus allen Bereichen des Betreuungswesens mitgewirkt.

Beide Referenten äußerten zu Beginn ihre Verwunderung über das ihnen gestellte „einfache“ Thema. Ein Thema, das außerdem seit Beginn des Betreuungsrechts immer wieder diskutiert und bearbeitet worden war. War den Organisatoren nichts „Besseres“ eingefallen?

Brunhilde Ackermann begann ihr Impulsreferat mit einer PowerPoint-Präsentation unter dem Titel „Die Auswahl des Betreuers, jeder hat Anspruch auf einen qualifizierten Betreuer.“ Sie schilderte die Kriterien des § 1897 BGB, die hohe Verantwortung, die mit der Führung einer Betreuung verbunden ist, und dass es dennoch bis heute keine generelle, gesetzliche Füllung des Eignungsbegriffes gibt. Die unterschiedlichen Positionen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe, die das „Gesetz zur Stärkung der Funktionen der Betreuungsbehörde“ vorbereitet hatte, des Betreuungsgerichtstages, der Verbände im Betreuungswesen und der Betreuungsbehörden wurden vorgestellt.

Da der Gesetzgeber auch mit dem 4. Betreuungsrechtsänderungsgesetz keine Eignungs- bzw. Zulassungskriterien für die berufliche Betreuung geschaffen hatte, halfen sich die Verbände im Betreuungswesen, die sich mit dem Kasseler Forum eine gemeinsame Plattform geschaffen haben, mit gemeinsamen untergesetzlichen „**Eignungskriterien für beruflich tätige Betreuerinnen und Betreuer**“.

Die Kommunalen Spitzenverbände und die Bundesarbeitsgemeinschaft der ü. ö. Träger der Sozialhilfe (BAGüS) gaben 2013 die „**Empfehlungen für Betreuungsbehörden bei der Betreuerauswahl**“ heraus.

Ein Angebot des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz im Mai 2015, aufgrund der vorliegenden Papiere eine bundesweit einheitliche Empfehlung zur Betreuerauswahl an die Justiz herauszugeben, scheiterte an der Ablehnung der Arbeitsgruppe der Justizministerien der Länder und der Kommunalen Spitzenverbände.

Axel Bauer betonte in seinem Impulsreferat die **Interdisziplinarität** des Betreuungsverfahrens bis hin zur Auswahl des Betreuers: Betreuungsbehörde, Betreuungsgericht, Betroffene, Angehörige, Verfahrenspfleger, ärztliche Gutachter, alle diese Akteure eines Betreuungsverfahrens liefern wichtige Daten zur passgenauen Betreuerauswahl, die dem Wohl der Betreuten und dem Grundsatz des Vorranges des Ehrenamtes vor der Berufsbetreuung gerecht werden muss!

Dabei hat das Gericht den **Amtsermittlungsgrundsatz** zu beachten und zu steuern, wobei seit der Neufassung des FamFG durch das Gesetz zur Stärkung der Funktionen der Betreuungsbehörde die Betreuungsbehörde obligatorisch in das Verfahren der Betreuerauswahl einzubeziehen ist. In diesem Rahmen sind **Betreuungsverfügungen** und Auswahlpräferenzen der Betroffenen zu ermitteln und zu beachten.

Die zur passgenauen Betreuerauswahl erforderlichen **Anforderungsprofile** zur Eignung oder zum Ausschluss einzelner Betreuergruppen (Berufsbetreuer, ehrenamtliche Betreuer) sollen zwischen Betreuungsbehörde und Betreuungsgericht unter Beteiligung der Vertreter von Betreuungsvereinen und der Vertreter von freien Berufsbetreuern erstellt werden und im Einzelfall als Entscheidungshilfe bei der Betreuerauswahl dienen. In kritischen Einzelfallentscheidungen sind Anforderungsprofile dabei Diskussionsgrundlage zur Eignung der ins Auge gefassten Betreuer, dienen aber eher nicht als alleiniger Entscheidungsmaßstab.

Verpflichtende Anfragen der Betreuungsbehörden bei den **Betreuungsvereinen** zur Stärkung gerade auch des **Ehrenamtes in der Betreuung** könnten in örtlichen Arbeitsgemeinschaften zwischen den Akteuren des Betreuungswesens vereinbart werden. Dadurch könne auch Vorurteilen einzelner Richter/Innen und/oder Mitarbeiter/Innen der Betreuungsbehörde begegnet werden, die Ehrenamtliche voreilig für überfordert einschätzen. Ausschlusskriterien sollen in Anforderungsprofilen aber auch benannt und kontinuierlich überprüft werden, um eine Überforderung des Ehrenamtes zu vermeiden. Ob **Sprachprobleme** und momentane Überforderungen von Angehörigen generelle Ausschlusskriterien bei der Auswahlentscheidung sind, stellte Bauer ebenso zur Diskussion wie die Frage, ob **Tandembetreuungen** von Ehrenamtlichen und Berufsbetreuern in diesen Fällen als Lösung dienen können, wie sie in einem Modellprojekt in Hessen praktiziert wurden.

Über diese Fragen wurde engagiert diskutiert, ohne dass ein Konsens hergestellt werden konnte, da die einschlägigen Erfahrungen der Teilnehmer/Innen insoweit zu unterschiedlich waren. So wurde von einigen Teilnehmer/Innen resignierend berichtet, die Richter/Innen ihrer Gerichtsbezirke lehnten Tandembetreuungen ebenso wie Vertretungsbetreuungen generell ab.

Axel Bauer erwähnte sodann die Möglichkeit einer lokalen Vereinbarung in örtlichen Arbeitsgemeinschaften zur Festlegung von **Fallzahlen**, ab denen im Rahmen einer **Einzelfallprüfung** die Belastbarkeit ausgewählter Berufsbetreuer beurteilt wird. Eine Rechtsgrundlage dafür finde sich an zahlreichen Stellen des Betreuungsrechts, u. a. in den §§ 1837 II 2, 1840 I 2 BGB über die persönlichen Kontakte der Betreuer zu den Betreuten. Das Für und Wider einer solchen Vereinbarung wurde in der Arbeitsgruppe kontrovers diskutiert, wobei Einigkeit darüber bestand, dass eine Überlastung von Betreuern durch zu hohe Fallzahlen keinesfalls zu einer „Schlecht- oder Mangelbetreuung“ auf Kosten der Betreuten führen darf.

Zur **Stärkung des Ehrenamtes** stellte Axel Bauer die aus seiner Sicht notwendigen Maßnahmen des örtlichen betreuungsrechtlichen Netzwerkes dar:

- Statistische Erhebung vor Ort über Anteil des Ehrenamtes und Entwicklung der Berufsbetreuung
- Zielvereinbarung in der örtlichen Arbeitsgemeinschaft
- Maßnahmenkatalog zur Stärkung des Ehrenamtes wie
 - Tandembetreuung
 - EDV-gestützte Regelanfragen an Betreuer, ob die Berufsbetreuung noch erforderlich ist, spätestens bei anstehenden Verlängerungen von Betreuungen, sinnvollerweise aber auch schon zum Zeitpunkt der jährlichen Berichterstattung an das Gericht
 - zum Verlängerungsverfahren als Neubeginn der Betreuerauswahl (vgl. ständige Rechtsprechung des BGH, zuletzt Beschluss v. 30.09.2015, Az. XII ZB 53/15 in Rechtspfleger 2016, 97): § 1897 BGB zur Auswahl von Betreuern, **nicht** § 1908b Abs. 1 BGB über die Entlassung eines Betreuers ist insoweit die einschlägige Norm: Frage ist also allein, ob die Berufsbetreuung noch erforderlich, die Neubesetzung eines ehrenamtlichen Betreuers möglich ist und **nicht**, ob es Gründe für eine Entlassung des zuvor amtierenden Berufsbetreuers gibt!
 - Festschreibung der Prüfung der weiteren Erforderlichkeit der Berufs-

- betreuung innerhalb einer bestimmten Frist im Betreuerbeschluss;
- zwingende Einbeziehung der Betreuungsvereine in die Betreuerauswahl:
Anlass: Klagen vieler Betreuungsvereine über die Nichtberücksichtigung ihrer Betreuervorschläge durch die Gerichte/Betreuungsbehörden;
- eine Abstimmung zwischen Betreuungsgericht und Betreuungsbehörde über Verfahren zur Einbeziehung der Vereine in die Betreuerauswahl ist erforderlich!

Klaus Gölz informierte, dass die **BAGÜS-Empfehlungen für Betreuungsbehörden bei der Betreuerauswahl**, von der AG Örtlicher Behörden beim Deutschen Verein zur Qualitätssteigerung bzw.-sicherung und zur Herstellung von Transparenz in den Behörden überarbeitet und ergänzt wurden. Neu gefasst wurden u.a. die Themen:

Anforderungsprofil, Auswahlverfahren, Umfang der beruflichen Betreuung (Fallzahl) und Anforderungen an den Betreuervorschlag durch die Behörde.

Die Empfehlungen sind derzeit in der Abstimmung mit den Spitzenverbänden.

Bezüglich der **Tandembetreuung** zeige die Erfahrung in manchen Kommunen, dass sie durchaus in einigen ausgewählten Fällen geeignet sei, ehrenamtliche Betreuer - vor allem potenzielle Betreuer mit Migrationshintergrund - an die Betreuung heranzuführen, um sie nach einer gewissen Zeit allein weiterzuführen. Dort, wo dies gelingt, seien dann auch Richter/Innen geneigt, dem Vorschlag der Behörde in weiteren geeigneten Fällen zu folgen.

Zur **Stärkung des Ehrenamtes** schlug er die folgenden Ergänzungen zu dem von Herrn Bauer empfohlenen Maßnahmenkatalog vor:

- Möglichkeit der **Beteiligung der Behörde**
 1. bei Verfahren zu Verlängerung der Betreuung,
 2. bei Anträgen auf Betreuerwechsel, u.a. mit dem Auftrag der Klärung, ob die Betreuung ehrenamtlich weitergeführt werden kann.
- Frühzeitige **Einbeziehung der Vereine** bei der Sachverhaltsermittlung in Einzelfällen, wenn absehbar ist, dass eine Betreuung im Tandem bzw. ehrenamtlich geführt werden kann.
- Gemeinsame Entwicklung von Standards zur Gewinnung, Förderung

und Begleitung von ehrenamtlichen Betreuer/Innen durch Betreuungsbehörde und Betreuungsvereine (und Gerichte!?) bei Abstimmung dieser Maßnahmen in der örtlichen Arbeitsgemeinschaft.

Abschließend diskutierten die Teilnehmer/Innen der Arbeitsgruppe kontrovers, wie es zu verhindern sei, dass sich einzelne Betreuungsrichter/Innen nach wie vor nicht in ein interdisziplinäres Verfahren zur Auswahl von Betreuern mit Steuerung durch die Betreuungsbehörden einbinden lassen, sondern vielmehr gesetzeswidrig die Auswahl der Betreuer ohne jegliche Beteiligung der Betreuungsbehörden anhand ihrer eigenen Auswahllisten vornehmen. Auf die Möglichkeit der Einlegung von **Beschwerden durch die Betreuungsbehörden** gegen solcherart gefasste Betreuungsbeschlüsse wurde von den Referenten ausdrücklich verwiesen. Die Vor- und Nachteile dieses Vorgehens sowie Alternativen dazu (z.B. Einzelansprachen an die entsprechenden Richter/Innen durch die Mitarbeiter/Innen der Betreuungsbehörde) wurden in der Arbeitsgruppe eingehend erörtert.

Die intensiven, kontroversen und auch emotionalen Diskussionen im Plenum führten zu der Erkenntnis, dass die Auswahl des Betreuers den Grundstein für eine gelingende Betreuung legt und damit ausschlaggebend für das Wohl der Betreuten ist. Das Thema „Die Auswahl des Betreuers“ muss auch in Zukunft immer im Fokus und auf der Tagesordnung bleiben.

Angehörigenvertretungsrecht

AG 9: Maren Dobberthien, Dr. Andrea Diekmann, Dr. Robert Kleber

I. Skizzierung der früheren Diskussion

Frau Dr. Diekmann erläuterte zu Beginn der Arbeitsgruppe, dass die Einführung eines Angehörigenvertretungsrechts bereits früher diskutiert worden sei.

Ein Entwurf des Bundesrates¹⁷⁹ sah die Einführung einer gesetzlichen Vertretungsmacht durch Ehegatten (Lebenspartner) für die Vermögenssorge und die Gesundheitsvorsorge und für weitere nahe stehende Personen für die Gesundheitsvorsorge vor. Der Vorschlag war u.a. damit begründet worden, dass es allgemeiner Vorstellung entspreche, dass nahe Angehörige berechtigt seien, im Krankheitsfall entsprechende Maßnahmen zu ergreifen.¹⁸⁰ Mit der Einräumung der Befugnis, den anderen zu vertreten, könnten – so die damalige Auffassung – der Wille der Menschen und die von ihnen gelebte familiäre Realität abgebildet werden.¹⁸¹

Dabei war davon ausgegangen worden, dass die Verpflichtung zur gegenseitigen Verantwortung (vgl. §§ 1353 Abs. 1 Satz 2, 2. Hlfs., 1618 a BGB) auch das Recht begründe, die Interessen des Anderen nach außen wahrnehmen zu dürfen.

Gegen die Einführung einer entsprechenden Vertretungsbefugnis¹⁸² war angeführt worden, dass ein Erfordernis für entsprechende Regelungen fehle und das Institut der Vorsorgevollmacht gefährdet werde. Außerdem sei die Bindung an den Willen der Betroffenen nicht gesichert, so dass die Gefahr unkontrollierter Fremdbestimmung bestehe.

Gesetzliche Regelungen sind in der Folge nicht erfolgt.

II. Aktuelle Gesetzesinitiative

Frau Dobberthien legte dar, dass die 86. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder (Jumiko) 2015 eine Stärkung der Beistandsmöglichkeiten des Ehegatten und Lebenspartners auf dem Gebiet der Gesundheitsvorsorge und in damit eng zusammenhängenden Bereichen für

¹⁷⁹ BR-Drucks. 865/03.

¹⁸⁰ BR-Drucks. 865/03, 17.

¹⁸¹ BR-Drucks. 865/03, 18.

¹⁸² §§ 1358, 1358 a, 1618 b BGB des damaligen Entwurfs.



den Fall befürwortet habe, dass der Betroffene weder etwas anderes bestimmt noch einen entgegenstehenden Willen geäußert habe. Nach dem Beschluss der Konferenz solle der Ehegatte oder Lebenspartner dabei denselben Bedingungen unterliegen wie ein Vorsorgebevollmächtigter.

Ein Eckpunktepapier einer Arbeitsgruppe mehrerer Landesjustizverwaltungen wurde dabei zur Kenntnis genommen. Die Gruppe wurde gebeten, ausgehend von dieser Grundlage einen Regelungsvorschlag zu unterbreiten.¹⁸³ Ein Diskussionsentwurf wurde zur 87. Jumiko vorgelegt. Die Konferenz beschloss, dass auf dieser Grundlage eine Bundesratsinitiative vorbereitet werden solle.¹⁸⁴

Frau Dobberthien stellte sodann wesentliche Eckpunkte des nunmehr vorliegenden Gesetzentwurfs vor.¹⁸⁵

Der Anwendungsbereich des Entwurfs umfasst danach folgenden **Personenkreis**:

- Ehegatten;
- eingetragene Lebenspartner,
- nicht getrennt lebend (§ 1567 Abs. 1 BGB).

Voraussetzungen einer Vertretungsbefugnis nach § 1358 Abs. 1 BGB-E sind:

- Unfähigkeit des verhinderten Partners zur Besorgung der jeweiligen Angelegenheit (Voraussetzungen des § 1896 Abs. 1 BGB);
- keine ausdrückliche Vollmacht erteilt;
- keine Betreuerbestellung erfolgt;
- kein entgegenstehender Wille geäußert (weder früher noch in der konkreten Situation).

Liegen diese Voraussetzungen vor, **gilt** die Ehegattin / der Ehegatte, die Lebenspartnerin / der Lebenspartner **als bevollmächtigt**.

Hinsichtlich der **Anwendungsbereiche** sieht der Entwurf Folgendes vor:

- Einwilligung / Nichteinwilligung in medizinische Maßnahmen (bei entsprechender Anwendung der §§ 1901 a, 1901 b, 1904 BGB);
- Behandlungsverträge, Krankenhausverträge und sonstige Verträge, die der medizinischen Versorgung, Betreuung oder Rehabilitation

¹⁸³ Beschlüsse zu TOP I.2 – <https://www.justiz.nrw/JM/leitung/jumiko/beschluesse>

¹⁸⁴ TOP I.5.

¹⁸⁵ gl. jetzt: BR-Drucks. 505/16.

- dienen; Wahrnehmung der Rechte der Partnerin / des Partners gegenüber den Erbringern solcher Leistungen;
- Maßnahmen nach § 1906 Abs. 4 BGB (mit betreuungsgerichtlicher Genehmigung),
- Geltendmachung von Ansprüchen, die der Partnerin / dem Partner aus Anlass von Krankheit, Behinderung, Pflegebedürftigkeit oder damit einhergehender Hilfebedürftigkeit zustehen, einschließlich Abtretung / Zahlungsverlangen im rechtlich zulässigen Rahmen an Erbringer von medizinischen Leistungen, Pflege- oder Rehabilitationsleistungen;
- Entgegennahme und Öffnen der Post zur Wahrnehmung der vorgenannten Angelegenheiten;
- Entbindung von der ärztlichen Schweigepflicht zur Wahrnehmung der vorgenannten Angelegenheiten.

Angestrebt werden **Erleichterungen für den Rechtsverkehr** durch die Erklärung der / des handelnden Ehegattin / Ehegatten, Lebenspartnerin / Lebenspartners in Bezug auf das Bestehen der Ehe bzw. Lebenspartnerschaft, und die weitere Erklärung, dass die Personen nicht getrennt leben und sie keine Kenntnis von dem Vorliegen einer Vorsorgevollmacht, von einer bestehenden Betreuung oder einem entgegenstehenden Willen des anderen haben.

In Fällen, in denen die betreffende Stelle hierzu keine eigenen Informationen hat, ist die Vorlage eines ärztlichen Zeugnisses erforderlich, das nicht älter als sechs Monate ist.

Liegen die vorgenannten Voraussetzungen nach § 1358 Abs. 1 BGB-E vor, gelten diese gegenüber der jeweiligen Person oder Stelle als erfüllt, es sei denn, dass diese deren Fehlen kennt oder kennen muss. Bei Zweifeln besteht stets die Möglichkeit der Einschaltung des Betreuungsgerichts. Außerdem ist die Möglichkeit vorgesehen, einen isolierten Widerspruch im Zentralen Vorsorgeregister eintragen zu lassen.

Handelt eine Person auf der Grundlage der Vertretungsbefugnis, besteht angesichts dessen, dass es sich im Innenverhältnis um einen Auftrag handelt, eine strikte **Bindung an den Willen und die Wünsche** der / des Vertretenen (§ 665 BGB). Die §§ 1901 a und b BGB sollen nach dem Entwurf entsprechend gelten.

III. Diskussion in der Arbeitsgruppe

In der Arbeitsgruppe wurde über den Vorschlag kontrovers diskutiert. Das gilt zunächst hinsichtlich der Frage, ob ein Bedürfnis für die Einführung einer Vertretungsbefugnis für Ehegatten und Lebenspartner besteht.

Frau Dr. Diekmann wies darauf hin, dass ärztliches Handeln nur gerechtfertigt sei, wenn eine Diagnose bestehe, eine Aufklärung erfolgt sei und in die Maßnahme eingewilligt werde. In Akutfällen könne aufgrund einer mutmaßlichen Einwilligung gehandelt werden. Dadurch werde zwar das ärztliche Handeln gerechtfertigt. Es sei allerdings zu fragen, ob das Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen es nicht erfordere, dass ein Angehöriger insoweit vertreten könne. Denkbar sei dies im Wege einer vermuteten Vollmacht mit einer strikten Bindung an den Willen der betroffenen Person.¹⁸⁶

Das Erfordernis einer Notordnung wurde in der Gruppe in Frage gestellt, weil stets die Möglichkeit einer Betreuerbestellung bestehe.

Weitere Punkte in der Diskussion waren u.a.:

- die Vereinbarkeit der Einführung einer entsprechenden Vertretungsbefugnis mit der UN-BRK;
- Erfahrungen mit vergleichbaren Regelungen in anderen Ländern;
- der Umfang der Vertretungsbefugnis;
- die Möglichkeit eines Missbrauches der Vertretungsmacht;
- die mögliche Gefährdung des Institutes der Vorsorgevollmacht;
- die - insbesondere von **Herrn Dr. Kleber** aufgeworfene - Frage der Berechtigung zur Einsichtnahme in das Vorsorgeregister.

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass zwischenzeitlich eine „Formulierungshilfe der Bundesregierung für einen Änderungsantrag der Fraktionen der CDU/CSU und SPD“ zu dem Gesetzentwurf vorliegt. Darin ist eine auf die Gesundheitspflege begrenzte Vertretungsmöglichkeit vorgesehen.¹⁸⁷

¹⁸⁶ Vgl. Diekmann, Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten, 2009, S. 113 ff.

¹⁸⁷ BT-Drucks. 18/10485.

Berichte der Betreuerinnen und Betreuer an das Betreuungsgericht

AG 5: Oliver Renner, Roland Schlitt

I. Grundlagen der Berichtspflicht

In § 1840 Abs. 1 in Verbindung mit § 1908i Abs. 1 BGB ist erst seit 1992 die Berichtspflicht über die persönlichen Verhältnisse des Betreuten geregelt. In dem bis Ende 1991 geltenden Vormundschaftsrecht war zwar die Vermögenssorge ausführlich geregelt, die Personensorge stand allerdings weitgehend im Hintergrund. Die Neuregelungen des Betreuungsgesetzes verbesserten die Betreuung gerade auch im Bereich der Personensorge für Volljährige. Eine jährliche Berichterstattung erschien dem Gesetzgeber in der Regel ausreichend, um das Gericht über Stand und Entwicklung der Lebensumstände des Betreuten zu informieren. Weitere Informationen, so die Gesetzesbegründung, könnten über die Auskunftspflicht nach § 1839 BGB verlangt werden.¹⁸⁸

Gerade die Einführung einer Berichtspflicht ermöglichte dem damaligen Vormundschaftsgericht (heute Betreuungsgericht) ein Einschreiten bei Pflichtwidrigkeiten des Betreuers. Das Gesetz traf allerdings keine weiteren Regelungen hinsichtlich Form und Inhalt der Jahresberichte. Die einzige Gesetzesänderung erfolgte durch das Gesetz zur Änderung des Vormundschafts- und Betreuungsrechts vom 29. 6. 2011. § 1840 Abs. 1 BGB wurde um eine Regelung hinsichtlich der Angaben zum persönlichen Kontakt ergänzt.¹⁸⁹

Mittlerweile gibt es neben und im Zusammenhang mit der allgemeinen Diskussion über die Qualität der Betreuung auch Auseinandersetzungen über Umfang und Qualität der Berichte der Berufsbetreuer an das Betreuungsgericht.

Die Berichte, die anhand der durch die Landesjustizverwaltung zur Verfügung gestellten Formblätter an das Gericht übersandt werden, sind teilweise wenig aussagekräftig. Pauschale Formulierungen als Ankreuzmöglichkeit über Gesundheitszustand, Sozialleistungsbezug, Aufenthalte in Kliniken oder Einrichtungen etc. treffen zusammen mit eher nüchternem Zahlenwerk über Einkünfte und Vermögensverhältnisse. Wenig dokumentiert werden allerdings eine Betreuungsperspektive sowie Sachverhalte im

¹⁸⁸ BT-Drucks. 11/4528

¹⁸⁹ BTRÄndG vom 29.6.2011, BGBl I 2011, 1306

Zusammenhang mit der Kernvorschrift des § 1901 BGB oder auch der UN-BRK (gleiche Anerkennung vor dem Recht, Unterstützung bei Rechts- und Handlungsfähigkeit etc.).

Bis zur Einführung der pauschalierten Vergütung erfolgte zumindest mit den Vergütungsanträgen oft eine gewisse Dokumentation der Betreuertätigkeit, welche ansatzweise geeignet war, dem Gericht auch einen Überblick über den Stand des einzelnen Betreuungsverfahrens zu verschaffen. Ab Sommer 2005 entfiel dann dieser „Synergieeffekt“.

Es fehlen ausführliche gesetzliche Vorschriften über die Frage, welche Mindestanforderungen an einen guten Jahresbericht zu stellen sind. Mittlerweile arbeiten viele Gerichte mit entsprechenden Kriterienkatalogen, deren Verbindlichkeit gegenüber den Betreuern allerdings umstritten ist. Im Rahmen des Betreuungsgerichtstages in Erkner im September 2016 fand sich eine Arbeitsgruppe zu diesem Thema zusammen.

II. Funktionen des Berichts

Im Plenum wurde von Seiten der Referenten Oliver Renner (Betreuungsverein Kiel) und Roland Schlitt (Amtsgericht Kassel) erläutert, welche Funktionen der Bericht erfüllt: Das Betreuungsgericht kann seiner Aufsichtspflicht (§ 1837 Abs. 2) nur genügen, wenn es über entsprechende Informationen verfügt. Die Auskunftspflicht über die persönlichen Verhältnisse ist nicht an die Personensorge gebunden. Auch der Betreuer, dem nur die Vermögenssorge zugewiesen ist, hat über die persönlichen Verhältnisse zu berichten.¹⁹⁰

Der Inhalt des Berichts wird durch seinen Zweck bestimmt: Das Gericht soll sich ein Bild davon machen können, ob der Betreuer¹⁹¹ seiner Pflicht, das Wohl des Betreuten im persönlichen Bereich zu wahren und zu fördern, nachzukommen vermag.¹⁹² Das Gericht prüft in der Regel den Bericht auf Schlüssigkeit und gleicht Informationen mit früheren Berichten ab. Ggf. sind auch tatsächliche Gegebenheiten zu prüfen und der Betreute ist anzuhören. Schließlich ist zu prüfen, ob das Gericht tätig werden muss (Einschränkung oder Erweiterung der Aufgabenkreise, Aufhebung der Betreuung etc.).

¹⁹⁰ Jürgens, *Betreuungsrecht*, 5. Aufl. 2014, § 1839 BGB Rn 2 und 3.

¹⁹¹ Die Kommentierung ist für das Rechtsgebiet der Vormundschaft formuliert, Entsprechendes gilt für die Betreuung.

¹⁹² Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage 2012, § 1840 Rn. 3.

III. Diskussion

In der Arbeitsgruppe wurde ausführlich zu Form und Inhalt der Berichte diskutiert. Im Ergebnis bleibt zunächst festzuhalten, dass Einigkeit darüber bestand, dass die verschiedenen durch die Justizverwaltungen herausgegebenen Vordrucke nur eingeschränkt dazu geeignet sind, dem Gericht ein möglichst detailliertes Bild der Betreuungsführung zu verschaffen. Vertieft werden sollte die Frage, welche Anforderungen an einen guten Jahresbericht zu stellen sind. Dies sollte unter Beachtung der entsprechenden Vorschriften des BGB und der UN-BKR erfolgen. Als Teilnehmer vertreten waren in der Arbeitsgruppe unter anderem Betreuer (Berufs- und Vereinsbetreuer) sowie Rechtspfleger vertreten.

Aus der Sicht der **Betreuer** ergaben sich folgende Überlegungen:

- Fraglich ist, ob Rechtspfleger ausreichend Kenntnis im Sozialrecht haben. Ggf. wären manche Informationen für die Rechtspfleger nicht zu verwerten.
- Willkürliche Vorgaben für Form und Inhalt des Berichts werden abgelehnt.
- Die Erwartungen der Rechtspfleger sind sehr unterschiedlich.
- Wünschenswert wären eine gegenseitige Wertschätzung sowie mehr Unterstützung der Betreuer durch das Gericht.
- Es gibt Fälle, in denen das Gericht seine Kompetenz überschreitet.
- Bei Wechseln des zuständigen Rechtspflegers gibt es viel Unmut und Unsicherheit, weil jeder Rechtspfleger andere Maßstäbe anlegt.
- Eine Mustergliederung wäre hilfreich.
- Es fehlen konkrete Vorgaben, welche Belege zum Bericht verlangt werden.
- Rechtspfleger und Betreuer sollten Einvernehmen über Form und Inhalt der Berichte anstreben.

Folgende Aspekte ergaben sich im Verlauf der Diskussion aus der Sicht der **Rechtspfleger**:

- Eine mündliche Berichterstattung durch Berufsbetreuer wird abgelehnt. Bei „Ehrenamtlern“ kann das schon mal vorkommen.
- Das Gericht hat einen gesetzlichen Auftrag zur Kontrolle. Demzufolge können die Anforderungen an die Berichte nicht zu niedrig sein.
- Etwas mehr Vertrauen in die Fähigkeit der Betreuer wäre aber auch wünschenswert.
- Das Gericht ist selbst mit den amtlichen Formularen nicht zufrieden. Allerdings werden diese im Tagesgeschäft trotzdem weiter an die Betreuer ausgegeben.

- Die Anforderungen an den Bericht sind sehr individuell. Rechtspfleger sind sachlich unabhängig.
- Gesetzliche Rahmenbedingungen wären in geringem Umfang nötig.
- Die „Hamburger Mustergliederung“¹⁹³ ist hilfreich.
- Ärgerlich ist die Tatsache, dass die Betreuer gar zu oft an die Vorlage des Berichts erinnert werden müssen.

Erfreulicherweise gibt es zwischenzeitlich viele Berufsbetreuer, die die Jahresberichte ohne Verwendung der wenig aussagekräftigen Formulare (oder zusätzlich zu diesen Vordrucken) in „Prosa“ erstellen. Eine Verwendung der verschiedenen umfassenderen Kriterienkataloge wird weitgehend als sinnvoll anerkannt.

In diesem Zusammenhang wird neuerdings eine Diskussion darüber geführt, inwieweit die Jahresberichte letztlich auch wertende Äußerungen des Betreuers beinhalten dürfen. Es sollte deshalb auch der Frage nachgegangen werden, ob diese wertenden Äußerungen eine Missachtung der Persönlichkeit des Betreuten durch den Betreuer darstellen. Hier bestand Konsens in der Arbeitsgruppe, dass es grundsätzlich unproblematisch ist, wenn der Betreuer eigene subjektive Einschätzungen in seinem Bericht darstellt. Allerdings sollen keine Wertungen vorgenommen werden. Aussagen wie „Mein Betreuer ist faul“ sind zu vermeiden.

Ausgiebig wurde in der Arbeitsgruppe auch darüber gesprochen, ob der Betreuer dem Gericht Sachverhalte mitteilen darf oder muss, die ggf. unter eine Art „Datenschutz“ oder „Schweigepflicht“ fallen.

Aus **Betreuersicht** gilt hierzu folgendes:

§ 203 StGB¹⁹⁴ gilt nicht. Der Betreuer unterliegt nicht der Schweigepflicht. Das ist problematisch, da er Informationen über den Betreuten von Personen bekommen könnte, die selbst eigentlich die Schweigepflicht zu wahren haben. Grundsätzlich macht sich der Betreuer also nicht strafbar, wenn er „Geheimnisse“ des Betreuten „offenbart“. Im Ergebnis ist diese Regelung nicht zufriedenstellend.

¹⁹³ <http://www.hamburg.de/berufsbetreuer> Hamburger Mustergliederung zur Berichterstattung von Berufsbetreuern gegenüber dem Betreuungsgericht

¹⁹⁴ Der Betreuer gehört nicht zu den in § 203 StGB genannten Personen. Die Aufzählung in § 203 StGB soll abschließend sein (Popp in: Leipold/Tsambikakis/Zöller, Anwaltkommentar StGB, 2. Aufl. 2015, § 203 Verletzung von Privatgeheimnissen) M.E. ist diese gesetzliche Regelung problematisch, da in § 203 StGB einige Berufsgruppen genannt sind, die auch häufig als Berufsbetreuer tätig sind.

Zeugnisverweigerungsrecht im Strafverfahren

§§ 52 ff StPO regeln kein Aussageverweigerungsrecht des Betreuers.

Nach geltender Rechtslage hat der Betreute mittelbar durch seinen Betreuer keinerlei Datenschutz und keinerlei Intimsphäre. In Strafverfahren gegen den Betreuten muss der Betreuer als Zeuge aussagen.¹⁹⁵

Zeugnisverweigerungsrecht im Zivilprozess (§ 383 ZPO)

*Zeugnisverweigerung aus persönlichen Gründen
Zur Verweigerung des Zeugnisses sind berechtigt: (..)*

6. Personen, denen kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes Tatsachen anvertraut sind, deren Geheimhaltung durch ihre Natur oder durch gesetzliche Vorschrift geboten ist, in Betreff der Tatsachen, auf welche die Verpflichtung zur Verschwiegenheit sich bezieht.

Das OLG Köln hat in einer Nachlassangelegenheit entschieden, dass grundsätzlich vorstehende Regelung für den Betreuer Anwendung findet.¹⁹⁶

Das **Gericht** betreffend:

Mitteilungen zur Strafverfolgung (§ 311 FamFG)

Außer in den sonst in diesem Gesetz, in § 16 des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetz sowie in § 70 Satz 2 und 3 des Jugendgerichtsgesetzes genannten Fällen, darf das Gericht Entscheidungen oder Erkenntnisse aus dem Verfahren, aus denen die Person des Betroffenen erkennbar ist, von Amts wegen nur zur Verfolgung von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten anderen Gerichten oder Behörden mitteilen, soweit nicht schutzwürdige Interessen des Betroffenen an dem Ausschluss der Übermittlung überwiegen.

- Dies bedeutet zunächst, dass es eine Ermessensentscheidung des Betreuungsgerichtes ist, ob es entsprechende Erkenntnisse weitergibt.
- Im Rahmen einer Interessenabwägung ist zu prüfen, ob die schutzwürdigen Interessen des Betroffenen (= Betreuten) überwiegen.

¹⁹⁵ BtPrax online

¹⁹⁶ OLG Köln, Beschluss vom 01. März 1999 – 2 Wx 26/98 –, juris

- Betreffen die Erkenntnisse strafbares oder ordnungswidriges Verhalten anderer Personen (gegenüber dem Betroffenen), ist danach die Mitteilung regelmäßig zulässig.¹⁹⁷

Aktuelle Rechtsprechung des BGH zur Betreuervergütung

Hartmut Guhling¹⁹⁸

I. Einleitung

1. Betreuung als Massenphänomen

Betreuungsverfahren sind inzwischen ein Massenphänomen. Ende 2014 waren 1.306.589 von ihnen in Deutschland anhängig.¹⁹⁹ Auch wenn die Zahlen für die Erstbestellung von Betreuern leicht rückläufig sind - von fast 240.000 jährlich in den Jahren 2009 und 2010 auf „nur“ noch knapp unter 200.000 im Jahr 2015²⁰⁰ - und sich auch die Anzahl der anhängigen Verfahren geringfügig um rund 20.000 gegenüber dem Höchststand von 2013 verringert hat, ist von einem dauerhaft sehr hohen Niveau auszugehen. Die Bevölkerung wird immer älter und die Familie als soziales Sicherungssystem verliert an Kraft, so dass auch Vorsorgevollmachten die Betreuungsflut lediglich abmildern, aber keinesfalls eindämmen werden können.

Jeder Betreute braucht aber einen Betreuer, und bei immer weniger Privatpersonen aus dem persönlichen Umfeld der Betroffenen wird der Bedarf an Berufsbetreuern nicht kleiner. Im Gegenteil: Im Jahr 2015 wurden so viele Berufsbetreuer wie nie zuvor erstmals als Betreuer eingesetzt: Fast 16.500 Rechtsanwälte, mehr als 62.600 sonstige freiberufliche Berufsbetreuer und über 13.600 Vereinsbetreuer²⁰¹, insgesamt also für fast 93.000 oder fast 50 % der Erstbetreuungen. Die Fälle, in denen ein Betreuerwechsel weg vom Ehrenamtler hin zum Berufsbetreuer erfolgt ist, sind dabei noch unberücksichtigt.

Aus diesen Zahlen erhellt ohne weiteres, welche flächendeckende Bedeutung die Regelungen über die Vergütung von berufsmäßig tätigen Betreuern und deren Auslegung und Anwendung in der Rechtspraxis haben.

¹⁹⁸ Der Beitrag ist in BtPrax 2016, 212 ff. veröffentlicht. Für die freundliche Genehmigung des Bundesanzeiger-Verlages zum Abdruck in diesem Band wird gedankt.

¹⁹⁹ Abzurufen unter https://www.bundesanzeiger-verlag.de/fileadmin/BT-Prax/downloads/Statistik_Betreuungszahlen/2014/Betreuungszahlen2014_Gesamtzahlen.pdf

²⁰⁰ Vgl. die vom Bundesamt für Justiz herausgegebene Übersicht, abzurufen unter https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/Justizstatistik/Betreuungsverfahren.pdf?__blob=publicationFile.

²⁰¹ Vgl. vorherige Fn..

¹⁹⁷ So sinngemäß Jürgens, *Betreuungsrecht*, 5. Auflage 2014 (§ 311 FamFG)

2. Der XII. Zivilsenat und die Betreuervergütung

Als der beim Bundesgerichtshof für das Betreuungsrecht zuständige Senat hat sich der XII. Zivilsenat auch mit dem Betreuervergütungsrecht zu befassen. Bis zum Jahr 2009 bot sich allerdings wenig Gelegenheit, weil der Bundesgerichtshof nur bei der sog. Divergenzvorlage eines Oberlandesgerichts (§ 28 Abs. 2 FGG) zuständig war, also wenn das Oberlandesgericht von der Rechtsprechung eines anderen Oberlandesgerichts oder des Bundesgerichtshofs abweichen wollte. So kam es nur zu einer Handvoll höchstrichterlicher Entscheidungen zur Betreuervergütung.

Mit der Einführung des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG)²⁰² zum 1. September 2009 hat sich das grundlegend geändert. Jetzt sind nicht mehr die Oberlandesgerichte für die Rechtsbeschwerden (bzw. damals weitere Beschwerden) zuständig, sondern der Bundesgerichtshof entscheidet über sie. Anders als in den meisten Betreuungsverfahren, bei denen es einer Zulassung der Rechtsbeschwerde nicht bedarf (vgl. § 70 Abs. 3 FamFG), müssen zwar die Landgerichte als die in diesen Fällen zur Entscheidung berufenen Beschwerdegerichte die Rechtsbeschwerde zulassen, wenn sie eine zu klärende Rechtsfrage erkennen. Davon machen sie aber rege Gebrauch, so dass der Senat seit Herbst 2010 rund 100 mit Gründen versehene Beschlüsse zum Thema Betreuervergütung erlassen hat.

3. Exkurs

Mit Blick hierauf eine kurze Bemerkung abseits der Betreuervergütung: Diese Verfahrenszahl belegt, dass die Zulassungs-Rechtsbeschwerde ihren Zweck erfüllt und die Grundsatzfragen in relativ überschaubarer Zeit einer höchstrichterlicher Klärung zuführt. Das verdeutlicht, dass es der zulassungsfreien Rechtsbeschwerde aus rechtssystematischen Gründen keineswegs bedarf - und noch viel weniger einer Nichtzulassungsbeschwerde, die gerade von Teilen der Anwaltschaft nach wie vor für das Familienrecht gefordert wird.

II. Abriss der Gesetzesentwicklung

Aber zurück zum Thema: Um die zu beantwortenden Fragen sowie die hierauf vom Senat gegebenen Antworten richtig zu verstehen, muss man sich die Entwicklung vergegenwärtigen, die die gesetzlichen Grundlagen zur Betreuervergütung seit Anfang 1992 genommen haben.

²⁰² Vgl. BGBI. I 2008 S. 2586, 2587.

1. Ursprungsregelung

Ursprünglich waren Betreuer wie Vormünder zu vergüten, das hieß: Je nach Zeitaufwand und angefallenen Auslagen. Feste Stundensätze gab es nicht, vielmehr nahm der alte § 1836 BGB als Obergrenze den für den Verdienstausfall eines Zeugen zu ersetzenden Höchstsatz auf. Dieser konnte bis zum Dreifachen erhöht werden, soweit die Führung der Vormundschaft besondere Fachkenntnisse erforderte oder mit besonderen Schwierigkeiten verbunden war, und bis zum Fünffachen, wenn im Einzelfall Umstände hinzutraten, die die Besorgung bestimmter Angelegenheiten außergewöhnlich erschwerten. Der Höchststundensatz für Zeugen betrug anfänglich 20 DM und ab Mitte 1994 25 DM (§ 2 Abs. 2 ZSEG).

Eine erste Systematisierung erfolgte mit dem Gesetz über die Vergütung von Berufsvormündern (BVormVG)²⁰³, das von Mitte 1998 bis Mitte 2005 galt und in § 1 eine dem heutigen Rechtszustand vergleichbare Staffelung der Stundensatzhöhe nach der Ausbildung des Berufsbetreuers vorsah (zuletzt 18 € - 23 € - 31 €). Außerdem schrieb § 1836 Abs. 1 Satz 2 BGB nun fest, dass die Betreuung entgeltlich nur dann geführt wird, wenn die Feststellung der berufsmäßigen Führung erfolgt ist.²⁰⁴ Bei der stundengenauen Abrechnung blieb es jedoch erst einmal.

2. Gründe für die Systemänderung

Wie so oft waren es Kostengesichtspunkte, die den Gesetzgeber zu einem grundlegenden Umsteuern veranlassten. Die für die Vergütung der Betreuer aufzuwendenden Beträge erhöhten sich, wie die Haushaltspolitiker in den Ländern feststellten, „explosionsartig“, und zwar „ohne Bezug zur Entwicklung der Fallzahlen“.²⁰⁵ Gleichzeitig war der bei den Gerichten zu betreibende Aufwand für die Überprüfung der Betreuervergütungsabrechnungen ebenso aus dem Ruder gelaufen wie die Erstellung der Abrechnungen selbst unnötige Arbeitskraft der Betreuer band.²⁰⁶ Hinzu kam, was man in Anlehnung an Jaschinski als das „Schwarze-Schafe-Problem“ bezeichnen könnte:²⁰⁷ Eine echte inhaltliche Überprüfung der von den Betreuern geltend gemachten Zeiten war - von evidentem Missbrauch abgesehen - praktisch nicht möglich, obwohl auf der Hand lag, dass mitunter „Abrechnungsoptimierung“ erfolgte.

²⁰³ Vgl. BGBI. I 1998 S. 1580, 1586.

²⁰⁴ Vgl. BGBI. I 1998 S. 1580, 1581.

²⁰⁵ So die Gesetzesbegründung zum Entwurf des 2. Betreuungsrechtsänderungsgesetzes BT-Drucks. 15/2429 S. 1.

²⁰⁶ Vgl. BT-Drucks. 15/2429 S. 1.

²⁰⁷ Vgl. jurisPK-BGB/Jaschinski [Stand: 1. Oktober 2014] Vorbem. VBVG Rn. 6.

3. Aktuelle Gesetzeslage

Kurzum, der Gesetzgeber hatte Änderungsbedarf erkannt, den er mit dem 2. Betreuungsrechtsänderungsgesetz vom 21. Mai 2005 auch umsetzte.²⁰⁸ Mit Wirkung zum 1. Juli 2005 führte er das Gesetz über die Vergütung von Vormündern und Betreuern (VBVG) ein. Dieses enthält in §§ 4 ff. Sonderregelungen für die Vergütung von berufsmäßigen Betreuern.

§ 4 staffelt den Stundensatz je nach der betreuungsrelevanten Ausbildung des Betreuers in drei - seit Mitte 2005 unveränderte - Stufen (27 € - 33,50 € - 44 €). Immerhin sind seit 1. Juli 2013 Leistungen der Betreuer von Gesetzes wegen umsatzsteuerfrei (§ 4 Nr. 16 k UStG)²⁰⁹, was die Einkünfte der Berufsbetreuer wesentlich erhöht hat.²¹⁰ Außerdem ist inzwischen geklärt, dass freiberufliche Berufsbetreuer nicht der Gewerbesteuerpflicht unterliegen, was den Ertrag der Betreuertätigkeit etwas verbessert hat.²¹¹

In § 5 ist der Stundenansatz, also die abzurechnende monatliche Stundenzahl festgelegt, und zwar gestaffelt danach, in welchem zeitlichen Abschnitt sich die Betreuung befindet (bis 3 Monate, 4. bis 6. Monat, 7. bis 12. Monat, länger als ein Jahr), ob der Betroffene seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Heim oder woanders hat und ob er mittellos oder vermögend ist. Es ergeben sich Stundenansätze von zwei bis achteinhalb Stunden. Außerdem finden sich in §§ 6 bis 8 Bestimmungen zu Sonderfällen (Sterilisationsbetreuer; Verhinderungsbetreuer; Vereinsbetreuer; Behördenbetreuer). Mit den Pauschalsätzen sind im Übrigen nach § 4 Abs. 2 Satz 1 VBVG auch die Aufwendungen sowie anfallende Umsatzsteuer abgegolten.²¹²

Insgesamt liegt dem Gesetz die Konzeption einer sog. Mischkalkulation zugrunde.²¹³ Das heißt: Den im Einzelfall nicht vergüteten Zeitaufwand kann der Berufsbetreuer durch die weiteren von ihm übernommenen Betreuungen kompensieren. Denn die Mischkalkulation führt dazu, dass der pauschale Stundenansatz im Einzelfall geringer, aber auch höher als der tatsächlich angefallene Zeitaufwand sein kann.²¹⁴ Dass dieses System verfassungsgemäß ist, hat der Senat im März 2014 ausgesprochen.²¹⁵

²⁰⁸ BGBl. I 2005 S. 1073.

²⁰⁹ Vgl. das Amtshilferichtlinie-Umsetzungsgesetz (AmtshilferLUmsG) vom 26. Juni 2013, BGBl. I 2013 S. 1809, 1830.

²¹⁰ Zimmermann NJW 2014, 1812.

²¹¹ Zimmermann NJW 2014, 1812.

²¹² Vgl. auch Senatsbeschluss vom 26. März 2014 - XII ZB 346/13 - FamRZ 2014, 1013 Rn. 6.

²¹³ BT-Drucks 15/2494 S. 33.

²¹⁴ Vgl. etwa Senatsbeschlüsse vom 11. November 2015 - XII ZB 347/12 - BtPrax 16, 48 Rn. 8 und vom 9. Mai 2012 - XII ZB 481/11 - FamR 2012, 1211 Rn. 21.

²¹⁵ Senatsbeschluss vom 26. März 2014 - XII ZB 346/13 - FamRZ 2014, 1013 Rn. 9.

So weit, so einfach? Nein, rechtlichen Klärungsbedarf hat auch dieses Pauschalvergütungssystem zur Genüge aufgeworfen.

III. Einzelne Bereiche

Den Vorgaben des Gesetzes folgend beginnt die Darstellung der Senatsrechtsprechung bei den allgemeinen Vergütungsvoraussetzungen und kommt dann über Stundensatz, Stundenansatz und Vergütungszeitraum zu Ausnahmen von der Pauschalvergütung und schließlich zu Fragen der Vergütungsrückforderung und des Vertrauensschutzes.

1. Allgemeine Vergütungsvoraussetzungen

a) Betreuerbestellung

Um als Betreuer vergütet werden zu können, muss man natürlich erst einmal zum Betreuer bestellt worden sein. Was ist insoweit zu verlangen? Das illustriert ein vom Senat vor zwei Jahren entschiedener Fall.²¹⁶ Das Amtsgericht bestellte eine Betreuerin. Auf die Beschwerde der Betroffenen hob es die Betreuung nach rund drei Monaten im Abhilfeverfahren auf. Gegen die für die drei Monate festgesetzte Vergütung (rund 1.100 €) beschwerte sich die Betroffene mit dem Argument, es hätte gar keine Betreuung angeordnet werden dürfen. Ohne Erfolg: Die Bewilligung einer Vergütung für den Betreuer setzt lediglich die wirksame Bestellung voraus. Diese erfolgt regelmäßig (§ 287 Abs. 1 FamFG)²¹⁷ mit der Bekanntgabe des Beschlusses an den Betreuer. Eine gegen die Betreuung eingelegte Beschwerde ändert daran nichts. Denn sie hat in Betreuungssachen keine aufschiebende Wirkung.²¹⁸

Aufgrund wirksamer Bestellung ist der Betreuer berechtigt und verpflichtet, die Interessen des Betroffenen wahrzunehmen und in dem ihm zugewiesenen Aufgabenbereich tätig zu werden. Grundlage für den Vergütungsanspruch des Betreuers ist allein dieses Tätigwerden. Diese Grundlage wird weder durch formell-rechtliche oder materiell-rechtliche Mängel bei der Bestellung des Betreuers noch durch die nachträgliche Aufhebung der Bestellung wegen solcher Mängel beseitigt.²¹⁹

b) Feststellung der Berufsmäßigkeit

Die Betreuerbestellung allein reicht aber nicht aus. Vielmehr bedarf es ge-

²¹⁶ Senatsbeschluss vom 20. August 2014 - XII ZB 479/12 - FamRZ 2014, 1778.

²¹⁷ Ausnahme § 287 Abs. 2 FamFG: Anordnung der sofortigen Wirksamkeit, wenn Bekanntgabe nicht möglich oder Gefahr im Verzug.

²¹⁸ Senatsbeschluss vom 20. August 2014 - XII ZB 479/12 - FamRZ 2014, 1778 Rn. 10.

²¹⁹ Senatsbeschluss vom 20. August 2014 - XII ZB 479/12 - FamRZ 2014, 1778 Rn. 11.

mäß § 1908 i Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 1836 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB der Feststellung, dass sie berufsmäßig geführt wird. Nach dem Gesetzeswortlaut ist das grundsätzlich bei der Bestellung des Betreuers - also im Bestellungsbeschluss - zu klären. Hintergrund der gesetzlichen Regelung ist, dass das Verfahren über die Festsetzung der Vergütung (§ 168 FamFG) nicht mit einem Streit über die Berufsmäßigkeit der Betreuung belastet und die Klärung von Zweifelsfragen deshalb in das Bestellungsverfahren vorverlagert werden soll. Zugleich soll im Interesse der Rechtssicherheit und -klarheit für alle Beteiligten rechtzeitig feststehen, ob und welche Ansprüche dem Betreuer aus der Betreuung erwachsen und welche Lasten mit der Bestellung dieses Betreuers für den Betroffenen oder die Staatskasse verbunden sind.²²⁰

Was aber, wenn sich der Bestellungsbeschluss zur Berufsmäßigkeit ausschweigt? Damit hat sich der Senat in einem Beschluss vom Januar 2014 befasst.²²¹ Es ging um einen langjährigen ehrenamtlichen Betreuer, der im Herbst 2012 beantragte, die Betreuung auf „berufsmäßig“ umzustellen. Die Vorinstanzen hatten dies mit Verweis auf das Gesetz abgelehnt. Die Lösung des Senats ist differenzierter: Zwar ist die nachträgliche rückwirkende Feststellung der Berufsmäßigkeit - von den Fällen einer Beschlussberichtigung gemäß § 42 FamFG abgesehen - unzulässig,²²² Die nachträgliche Feststellung der Berufsmäßigkeit mit Wirkung für die Zukunft ab dem auf Abänderung gerichteten Antrag ist hingegen zulässig²²³, nachdem das Gesetz ohnehin von einer Abänderungsmöglichkeit im Zusammenhang mit der Überprüfung einer Betreuung ausgeht.

c) Vergütungsantrag

Schließlich ist erforderlich, innerhalb der Ausschlussfrist des § 2 VBVG - 15 Monate nach Entstehen des Anspruchs - die Vergütung geltend zu machen, weil der Anspruch anderenfalls erlischt. Wie der Senat im August 2015 entschieden hat, wahrn nicht nur die Geltendmachung des Anspruchs gegenüber der Staatskasse auch gegenüber dem Betreten die Frist. Vielmehr gilt das auch umgekehrt, so dass die Geltendmachung einer Festsetzung gegen den Betreten auch gegenüber der Staatskasse fristwährend wirkt, wenn sich später die Mittellosigkeit des Betroffenen herausstellt.²²⁴

Der Antrag ist jeweils erst nach Ablauf des entsprechenden Quartals möglich, so dass ein sog., auf quartalsweise Auszahlung gerichteter Dauerver-

²²⁰ Senatsbeschluss vom 8. Januar 2014 - XII ZB 354/13 - FamRZ 2014, 468 Rn. 11.

²²¹ Senatsbeschluss vom 8. Januar 2014 - XII ZB 354/13 - FamRZ 2014, 468.

²²² Senatsbeschluss vom 8. Januar 2014 - XII ZB 354/13 - FamRZ 2014, 468 Rn. 10.

²²³ Senatsbeschluss vom 8. Januar 2014 - XII ZB 354/13 - FamRZ 2014, 468 Rn. 17 ff.

²²⁴ Senatsbeschluss vom 19. August 2015 - XII ZB 314/13 - FamRZ 2015, 1880 Rn. 18 ff.

gütungsantrag unzulässig ist.²²⁵ Das hat der Senat im Juli dieses Jahres aus § 9 Satz 1 VBVG gefolgert, nach dem die Betreuervergütung nach Ablauf von jeweils drei Monaten für diesen Zeitraum geltend gemacht werden kann. In dem betreffenden Fall hatte der Betreuer sich zuerst an diese Vorgabe gehalten. Nachdem das Amtsgericht schriftlich mitgeteilt hatte, dass gegen Dauervergütungsanträge nichts einzuwenden sei, hat der Betreuer von diesem „Angebot“ Gebrauch gemacht. Der Senat hat darin ein staatliches Verhalten gesehen, das es ausnahmsweise gebietet, der Staatskasse die Berufung auf die Unzulässigkeit einer solchen Geltendmachung und auch auf die Verfristung nach § 2 VBVG wegen Treuwidrigkeit - oder anders gewendet: Vertrauensschutz des Betreuers - zu versagen.²²⁶

2. Stundensatzhöhe

Die meisten Verfahren zur Betreuervergütung spielen im Bereich des Stundensatzes. Ob die Ausbildung des Betreuers 44 €, 33,50 € oder „nur“ 27 € beträgt, scheint Betreuer und Gerichte also am heftigsten umzutreiben. Die rechtlichen Grundsätze hierzu dürften allerdings erschöpfend geklärt sein; Rechtsbeschwerden aus diesem Bereich in jüngerer Zeit sind regelmäßig eine Frage des Einzelfalls bzw. wie die rechtlichen Obersätze auf diesen anzuwenden sind.

Vorweg der Regelungsinhalt der Vergütungsstaffel des § 4 Abs. 1 VBVG: Nach dessen Satz 1 beläuft sich der Regelstundensatz auf 27 €. Erhöhte Stundensätze kommen dann zur Anwendung, wenn der Betreuer über besondere, für die Führung der Betreuung nutzbare Kenntnisse verfügt, die durch eine abgeschlossene Lehre oder eine abgeschlossene Hochschulbildung bzw. diesen vergleichbare Ausbildungen erworben sind. Also: Erforderlich sind besondere, für die Betreuungsführung nutzbare Kenntnisse, die durch eine spezielle Ausbildungsform vermittelt sind.

α) Besondere Kenntnisse

Besondere für die Betreuung nutzbare Kenntnisse sind über das jedermann zu Gebote stehende Wissen hinausgehende Kenntnisse, die den Betreuer in die Lage versetzen, seine Aufgaben zum Wohl des Betreten besser und effektiver zu erfüllen. Solche Kenntnisse sind im Hinblick darauf, dass es sich bei der Betreuung um eine rechtliche Betreuung handelt (§ 1901 Abs. 1 BGB), regelmäßig Rechtskenntnisse.²²⁷ Nicht gegeben ist die-

²²⁵ Senatsbeschluss vom 6. Juli 2016 - XII ZB 493/14 - juris Rn. 11 ff. - BtPrax 2016, 237 f.

²²⁶ Senatsbeschluss vom 6. Juli 2016 - XII ZB 493/14 - juris Rn. 19 ff.

²²⁷ Senatsbeschluss vom 21. Mai 2014 - XII ZB 98/14 - FamRZ 2014, 1361 Rn. 10 f.

ses Tatbestandsmerkmal etwa bei einem im Jahr 1989 an der Juristischen Hochschule Potsdam erworbenen Studienabschluss als Diplombjurist der DDR²²⁸, bei einem an der Fachschule für Ökonomie mit Studienabschluss „Ökonom“ in der Fachrichtung „Rechnungsführung und Statistik“ erworbenen Studienabschluss als „Diplom-Betriebswirt (FH)“, bei einer abgeschlossenen Ausbildung mit Anerkennung als Industriekaufmann mit der Spezialisierung „Statistik“²²⁹, beim Zusatzstudium als „Bachelor of Business Administration“²³⁰ oder bei dem an der Karl-Marx-Universität Leipzig erworbenen Studienabschluss als „Diplom-Agraringenieur“.²³¹

b) Kernbereich

Wie der Senat immer wieder entschieden hat, reicht es nicht aus, wenn die Ausbildung gleichsam am Rande die Vermittlung betreuungsrelevanter Kenntnisse zum Inhalt hat; sie muss vielmehr in ihrem Kernbereich hierauf ausgerichtet sein.²³² Indizien dafür sind etwa ein namhafter Anteil an der Ausbildungszeit und der Umstand, dass die Kenntnisse maßgeblicher und selbständiger Teil der Abschlussprüfung sind.²³³ Dazu müssen dann die konkreten Ausbildungsinhalte einer Überprüfung unterzogen werden.

c) Abgeschlossene Lehre

Einer abgeschlossenen Lehre vergleichbar ist eine Ausbildung, wenn sie staatlich reglementiert oder zumindest anerkannt ist, einen formalen Abschluss aufweist und der durch sie vermittelte Stand an Wissen und Fähigkeiten nach Art und Umfang dem einer Lehre entspricht. Für die Annahme der Vergleichbarkeit einer Ausbildung mit einer Lehre kann auch sprechen, wenn die durch die Abschlussprüfung erworbene Qualifikation Zugang zu beruflichen Tätigkeiten ermöglicht, deren Ausübung üblicherweise den so ausgebildeten Kräften vorbehalten ist. Bei der Prüfung der Vergleichbarkeit hat der Tatrichter strenge Maßstäbe anzulegen.²³⁴ Mangels ausreichender tatrichterlicher Feststellungen offen lassen musste das der Senat beispielsweise für den Abschluss als Diplom Gesellschafts-

228 Senatsbeschluss vom 16. März 2016 - XII ZB 685/13 - juris.

229 Senatsbeschluss vom 25. März 2015 - XII ZB 558/14 - BtPrax 2015, 155.

230 Senatsbeschluss vom 18. Februar 2015 - XII ZB 563/14 - FamRZ 2015, 845.

231 Senatsbeschluss vom 16. Januar 2014 - XII ZB 525/13 - FamRZ 2014, 471.

232 Senatsbeschlüsse vom 25. März 2015 - XII ZB 558/14 - BtPrax 2015, 155 Rn. 4; vom 15. Juli 2015 - XII ZB 123/14 - FamRZ 2015, 1794 Rn. 4; vom 16. März 2016 - XII ZB 685/13 - juris Rn. 5 und vom 6. April 2016 - XII ZB 43/16 juris Rn. 3; BtPrax 2016, 237 f.

233 Vgl. etwa Senatsbeschluss vom 6. April 2016 - XII ZB 43/16 juris Rn. 4; FamRZ 2016, 1153 (red. LS).

234 Senatsbeschluss vom 21. Mai 2014 - XII ZB 98/14 - FamRZ 2014, 1361 Rn. 12.

wissenschaftler an der Parteihochschule „Karl Marx“ beim Zentralkomitee der SED²³⁵ oder für die Einzelhandelskauffrau.²³⁶ Nicht der Fall ist es bei der an der Sächsischen Verwaltungs- und Wirtschaftsakademie abgeschlossenen Ausbildung zur „Verwaltungs-Betriebswirtin (VWA)“²³⁷, die bereits in ihrem zeitlichen Umfang nicht einer Lehre entsprach.

d) Abgeschlossene Hochschulausbildung

Einer Hochschulausbildung vergleichbar ist eine Ausbildung, die ihr in ihrer Wertigkeit entspricht und einen formalen Abschluss aufweist. Gleichwertig ist sie, wenn sie staatlich anerkannt ist und der durch sie vermittelte Wissensstand nach Art und Umfang dem eines Hochschul- oder Fachhochschulstudiums entspricht. Als Kriterien hierfür können insbesondere der mit der Ausbildung verbundene Zeitaufwand, Umfang und Inhalt des Lehrstoffes und die Zulassungsvoraussetzungen herangezogen werden. Bei der Prüfung der Vergleichbarkeit hat der Tatrichter strenge Maßstäbe anzulegen.²³⁸ Wichtig ist zudem, dass es auf den einzelnen Ausbildungsgang ankommt und nicht darauf, ob (erst) die Kombination verschiedener Ausbildungen zur Vergleichbarkeit führt, weil aus Gründen der einfachen Handhabbarkeit (nur) eine typisierte Betrachtungsweise vorzunehmen ist.²³⁹ Die allgemeine Lebenserfahrung hat als Quelle betreuungsrelevanter Kenntnisse insoweit ohnedies außen vor zu bleiben.

Verneint wurde die Vergleichbarkeit mit einer Hochschulausbildung beispielsweise für einen Betreuer, der berufsbegleitend an einem Studieninstitut für kommunale Verwaltung den „Angestelltenlehrgang II“ mit einem Gesamtaufwand von 1.050 Stunden und dem erfolgreichen Abschluss zum „Verwaltungsfachwirt“ absolviert hatte²⁴⁰, für die berufsbegleitend im Jahre 2005 an der Sächsischen Verwaltungs- und Wirtschaftsakademie abgeschlossene Ausbildung zur „Verwaltungs-Betriebswirtin (VWA)“ mit einem Gesamtaufwand von 956 Stunden²⁴¹ oder die „staatlich anerkannte Heilpädagogin“.²⁴² Weitere Beispiele sind aufgelistet in der aus dem Dezem-

235 Senatsbeschluss vom 21. Mai 2014 - XII ZB 98/14 - FamRZ 2014, 1361.

236 Senatsbeschluss vom 15. Juli 2015 - XII ZB 123/14 - FamRZ 2015, 1794.

237 Senatsbeschluss vom 16. Januar 2014 - XII ZB 525/13 - FamRZ 2014, 471.

238 Senatsbeschluss vom 14. Oktober 2015 - XII ZB 186/15 - FamRZ 2016, 119 Rn. 6.

239 Senatsbeschlüsse vom 16. März 2016 - XII ZB 685/13 - juris Rn. 7 und vom 14. Oktober 2015 - XII ZB 186/15 - FamRZ 2016, 119 Rn. 7.

240 Senatsbeschluss vom 14. Oktober 2015 - XII ZB 186/15 - FamRZ 2016, 119.

241 Senatsbeschluss vom 16. Januar 2014 - XII ZB 525/13 - FamRZ 2014, 471.

242 Senatsbeschluss vom 11. Dezember 2013 - XII ZB 151/13 - FamRZ 2014, 377.

ber 2013 stammenden Zurückverweisungsentscheidung im Fall des „Diplom-Geschichtslehrers“.²⁴³

e) Aufwendungen

Ein weiterer wichtiger Aspekt: Mit diesem Stundensatz sind auch die mit der Führung der Betreuung verbundenen Aufwendungen abgegolten, § 4 Abs. 2 Satz 1 VBVG. Deutlich wurde das in einem vom Senat im März 2014 entschiedenen Fall.²⁴⁴ Es ging um die Betreuung eines gehörlosen Betroffenen. Die Betreuerin beantragte die Beiordnung eines Gebärdendolmetschers, um einmal im Monat mit dem Betroffenen kommunizieren zu können. Dies haben die Gerichte nach Auffassung des Senats schon deshalb zu Recht abgelehnt, weil es sich dabei - unbeschadet sozialrechtlicher Ansprüche des Betroffenen - für die Betreuerin nur um eine mit den Pauschalsätzen abgegoltene Aufwendung handeln konnte, die diese dann aus ihrer Vergütung zu finanzieren hätte.

3. Stundenansatz

Wie viele Stunden pro Monat anzusetzen sind, richtet sich nach § 5 VBVG und damit nach den bereits genannten Parametern. Auch damit hat sich der Senat bereits verschiedentlich beschäftigt.

Erste Frage: Wonach bestimmt sich, in welchen Betreuungsmonaten man sich befindet? Nach der Erstbestellung eines Betreuers? Nach der Bestellung des aktuellen Betreuers? Und wie ist es bei einer Erweiterung der Betreuung? Maßgeblich wurde dies in einem im November 2015 entschiedenen Fall, in dem erst der Sohn des Betroffenen Betreuer war und nach einem knappen Jahr ein Berufsbetreuer bestellt wurde, dessen Aufgabenkreis dann einige Monate später noch eine Erweiterung erfuhr. Der Senat hat auch hier den Pauschalisierungsgedanken des Gesetzgebers aufgegriffen. Maßgeblich ist allein die Erstbestellung, die späteren Änderungen führen nicht zum erneuten „Zählbeginn“.²⁴⁵

Zweite Frage: Hat ein Häftling seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Heim i.S.d. § 5 VBVG, was zu einem geringeren Stundenansatz führt? Nach der Senatsrechtsprechung ist zu differenzieren: Grundsätzlich erfüllt die Justizvollzugsanstalt die Voraussetzungen für eine Einrichtung gemäß §

²⁴³ Senatsbeschluss vom 4. Dezember 2013 - XII ZB 252/13 - FamRZ 2014, 471.

²⁴⁴ Senatsbeschluss vom 26. März 2014 - XII ZB 346/13 - FamRZ 2013, 1013.

²⁴⁵ Senatsbeschluss vom 11. November 2015 - XII ZB 347/12 - BtPrax 2016, 78 Rn. 8; ebenso schon Senatsbeschluss vom 9. Mai 2012 - XII ZB 481/11 - FamRZ 2012, 1211 Rn. 11 ff.

5 Abs. 3 VBVG, die als Heim gilt. Denn sie dient dem Zweck, Volljährige aufzunehmen, ihnen Wohnraum zu überlassen sowie tatsächliche Betreuung und Verpflegung zur Verfügung zu stellen oder vorzuhalten, sie ist in ihrem Bestand von Wechsel und Zahl der Bewohner unabhängig und wird entgeltlich betrieben. Bei mehrjähriger Strafhaft ist der Betroffene daher im Heim aufhältig.²⁴⁶ Anders liegt es jedoch beim Untersuchungshäftling, weil die Untersuchungshaft jederzeit beendet werden kann. Ob das auch bei lang andauernder Untersuchungshaft gilt, hat der Senat in seinem Beschluss aus dem März 2014 offen gelassen.²⁴⁷

Dritte Frage: Auf welchen Zeitpunkt ist für die Beurteilung abzustellen, ob der Betroffene mittellos und der Stundenansatz daher reduziert ist - auf den Vergütungszeitraum oder auf den Festsetzungszeitpunkt? Das hat der Senat im Februar 2013 beantwortet: Für den Umfang des dem Betreuer zu vergütenden Zeitaufwands ist darauf abzustellen, ob der Betreute im Vergütungszeitraum mittellos war.²⁴⁸ Ob sich der Vergütungsanspruch des Betreuers gegen den Betroffenen oder - wegen dessen Mittellosigkeit - gegen die Staatskasse richtet, bestimmt sich danach, ob der Betreute im Zeitpunkt der letzten Tatsachenentscheidung mittellos ist.²⁴⁹ In dem zugrundeliegenden Fall hatte der Betroffene eine Lebensversicherung und erhielt Grundversicherung. Nach Ende des Vergütungszeitraums, aber vor dem Antrag auf Vergütungsfestsetzung, hatte der Landkreis wegen dieser Lebensversicherung Leistungen der Grundversicherung zurückverlangt.

4. Vergütungszeitraum

Nun zum Vergütungszeitraum, also der Zeitspanne, für die ein Anspruch des Betreuers auf Vergütung besteht. Für den gilt: Der Anspruch besteht allein für die Dauer der Betreuung.²⁵⁰ Diese beginnt mit der Bestellung des Betreuers, also im Regelfall mit der Bekanntgabe an diesen (§ 287 Abs. 1 FamFG; § 187 Abs. 1 BGB).²⁵¹ Das bereitet in der Praxis regelmäßig keine Probleme, anders als die Frage des Endzeitpunkts. Auch der ist nach der Senatsrechtsprechung aber eigentlich klar. Es handelt sich um den Zeitpunkt, in dem die Betreuung endet. Nach § 1908 d BGB ist das grundsätzlich erst

²⁴⁶ Senatsbeschluss vom 14. Dezember 2011 - XII ZB 521/10 - BtPrax 2012, 65 Rn. 15 ff.

²⁴⁷ Senatsbeschluss vom 26. März 2014 - XII ZB 256/13 - FamRZ 2014, 1015 Rn. 12 ff.

²⁴⁸ Senatsbeschluss vom 6. Februar 2013 - XII ZB 582/12 - FamRZ 2013, 620 Rn. 11.

²⁴⁹ Senatsbeschluss vom 6. Februar 2013 - XII ZB 582/12 - FamRZ 2013, 620 Rn. 17.

²⁵⁰ Senatsbeschluss vom 6. April 2016 - XII ZB 83/14 - FamRZ 2016, 1152 Rn. 5.

²⁵¹ Vgl. allerdings den Senatsbeschluss vom 12. September 2012 - XII ZB 27/12 - FamRZ 2012, 1867.

mit der entsprechenden ausdrücklichen gerichtlichen Aufhebungsentscheidung der Fall. Eine solche ist allerdings dann nicht erforderlich, wenn das Ende der Betreuung durch den Tod des Betreuten oder - bei der einstweiligen Anordnung (§ 302 FamFG) - den Ablauf der vom Gesetz oder vom Gericht festgesetzten Frist bereits feststeht.²⁵²

Ist erst per einstweiliger Anordnung eine vorläufige Betreuung errichtet, die wegen Zeitablaufs geendet hat, und wird dann später eine Betreuung in der Hauptsache eingerichtet, dann besteht für den Zwischenzeitraum kein Anspruch des Betreuers auf die Pauschalvergütung. Deshalb hatte die Rechtsbeschwerde eines Betreuers keinen Erfolg, mit der dieser für einen Zwischenzeitraum von rund fünf Wochen die Festsetzung einer Vergütung begehrt hatte und über die der Senat im März 2016 entschieden hat.²⁵³

Ob die Betreuung zu Unrecht angeordnet war, ist für den zu vergütenden Zeitraum ebenso ohne Belang wie die Frage, ob die Aufhebung früher hätte erfolgen können oder gar müssen.²⁵⁴ Es ist auch hinzunehmen, dass zwischen dem Ende der Notwendigkeit der Betreuung und ihrer Aufhebung eine gewisse noch zu vergütende Zeitspanne liegt, die auf gerichtlichen oder behördeninterne Abläufe und auf die Prüfung, ob die Voraussetzungen für die Aufhebung der Betreuung tatsächlich vorliegen, zurückzuführen ist.²⁵⁵ Der zu vergütende Zeitraum wird zudem nicht allgemein durch die „Erledigung“ der Betreueraufgabe begrenzt. Hierzu ein weiterer Fall aus unserer Praxis:²⁵⁶ Es war eine Kontrollbetreuung - also ein Betreuer, der die Rechte des Betroffenen gegenüber dem Bevollmächtigten geltend machen sollte (§ 1896 Abs. 3 BGB) - errichtet. Der Kontrollbetreuer widerrief die Vollmacht und übersandte dem Amtsgericht seinen Ausweis mit der Bemerkung, aus seiner Sicht sei die Betreuung beendet. Der Aufhebungsbeschluss erging jedoch erst rund neun Monate später. Für diese neun Monate beantragte der Kontrollbetreuer die Pauschalvergütung. Nach Auffassung des Senats dem Grundsatz nach zu Recht, weil der Vergütungszeitraum erst mit der Aufhebung sein Ende gefunden hatte.²⁵⁷ Eine Vergütung gab es insoweit

²⁵² Senatsbeschlüsse vom 6. April 2016 - XII ZB 83/14 - FamRZ 2016, 1152 Rn. 5 und vom 13. Januar 2016 - XII ZB 101/13 - FamRZ 2016, 706 Rn. 7.

²⁵³ Senatsbeschluss vom 2. März 2016 - XII ZB 196/13 - FamRZ 2016, 1072.

²⁵⁴ Senatsbeschlüsse vom 13. Januar 2016 - XII ZB 101/13 - FamRZ 2016, 706 Rn. 7 und vom 20. August 2014 - XII ZB 479/12 - FamRZ 2014, 1778 Rn. 9 ff.

²⁵⁵ Senatsbeschluss vom 7. August 2013 - XII ZB 233/13 - FamRZ 2013, 1883 Rn. 9.

²⁵⁶ Senatsbeschluss vom 28. Juli 2015 - XII ZB 508/14 - FamRZ 2015, 1709.

²⁵⁷ Senatsbeschluss vom 28. Juli 2015 - XII ZB 508/14 - FamRZ 2015, 1709 Rn. 8 ff.

gleichwohl nicht. Denn der Senat hat das Vergütungsbegehren als rechtsmissbräuchlich (§ 242 BGB) eingestuft.²⁵⁸

Der Todeszeitpunkt des Betroffenen stellt jedenfalls zugleich den Endzeitpunkt für die Pauschalvergütung dar. Das lässt sich schon den Gesetzesmaterialien zum Betreuungsrechtsänderungsgesetz entnehmen. Danach ist die Vergütung für den letzten Monat der Betreuung taggenau bis zum Tod des Betroffenen festzusetzen.²⁵⁹ Wird der Betreuer nach dem Tod des Betroffenen - in Unkenntnis desselben - tätig, besteht daher kein Anspruch auf die Pauschalvergütung.²⁶⁰

Noch eine Detailfrage zur korrekten Berechnung der zu vergütenden Monate: Das Gesetz sagt in § 5 Abs. 5 VBVG, dass beim Wechsel vom berufsmäßigen zum ehrenamtlichen Betreuer der Monat, in den der Wechsel fällt, und der Folgemonat zu vergüten sind. Maßgeblich sind bei einem Betreuerwechsel Betreuungsmonate, nicht Kalendermonate.²⁶¹ In dem vom Senat hierzu behandelten Fall war die ursprüngliche Betreuerbestellung am 7. Oktober 2010 erfolgt. Der Beschluss mit dem Betreuerwechsel wurde der entlassenen Berufsbetreuerin am 5. März 2012 bekannt gegeben. Sie wollte die Vergütung bis einschließlich 30. April 2012, zuerkannt wurde ihr richtiger Weise „nur“ die Vergütung für den Zeitraum bis einschließlich 7. April 2012.

5. Ausnahmen von System der Pauschalvergütung

Von dem System der Pauschalvergütung gibt es einige wenige Ausnahmen.

α) § 6 VBVG

Das Gesetz selbst erkennt in § 6 Satz 1 Halbsatz 1 VBVG zwei Sonderfälle an, für die sich die Vergütung nach dem tatsächlichem Aufwand richtet: Den Sterilisationsbetreuer nach § 1899 Abs. 2 BGB und den Verhinderungsbetreuer nach § 1899 Abs. 4 BGB, wobei sich bei letzterem die Vergütung nur dann nach tatsächlicher Arbeitszeit nebst Auslagen richtet, wenn die Verhinderung des eigentlichen Betreuers auf Rechtsgründen beruht (und es sich nicht um Gründe tatsächlicher Art - Krankheit, Urlaub o.ä. - handelt). In den vergangenen Jahren wurde mehrfach die Frage aufgeworfen, ob

²⁵⁸ Senatsbeschluss vom 28. Juli 2015 - XII ZB 508/14 - FamRZ 2015, 1709 Rn. 11 ff.

²⁵⁹ Senatsbeschluss vom 6. April 2016 - XII ZB 83/14 - FamRZ 2016, 1152 Rn. 6.

²⁶⁰ Senatsbeschluss vom 6. April 2016 - XII ZB 83/14 - FamRZ 2016, 1152 Rn. 7.

²⁶¹ Senatsbeschluss vom 27. Februar 2013 - XII ZB 543/12 - FamRZ 2013, 781.

die Vorschrift des § 6 VBVG auf andere Konstellationen entsprechend angewendet werden kann. Diskutiert wurde das etwa für einen Betreuer, der nur für eine ganz bestimmte Einzelaufgabe - Regelung einer einzelnen Erbschaftsangelegenheit²⁶² oder Führung eines bestimmten Zivilrechtsstreits²⁶³ - bestellt worden war. Der Senat hat hier eine Analogie abgelehnt und darauf verwiesen, dass der Gesetzgeber die Abrechnung nach Zeitaufwand auf die beiden explizit geregelten Fälle beschränken wollte, so dass es an einer Regelungslücke fehlt.²⁶⁴

Völlig ausgeschlossen ist eine Analogie gleichwohl nicht, wie ein Senatsbeschluss aus dem Juli 2015 zeigt.²⁶⁵ Die Betroffene hatte als Bevollmächtigte ihre Schwiegertochter eingesetzt. Diese war Eigentümerin eines Grundstücks, auf dem ein Nießbrauch für die Betroffene eingetragen war und gelöscht werden sollte. Die Schwiegertochter war nicht vom Verbot der Selbstkontrahierung (§ 181 BGB) befreit, so dass für den Aufgabenkreis „Bewertung und Ablösung des Nießbrauchs an dem Hausgrundstück“ ein Berufsbetreuer bestellt wurde. Der Betreuer wollte pauschal abrechnen (2.376 €), was der Senat aber abgelehnt hat. Denn der Sachverhalt ist mit dem Geregelter absolut vergleichbar - rechtliche Verhinderung des an sich berufenen Vertreters - und planwidrig vom Gesetz nicht erfasst.²⁶⁶ Auch bei der Tätigkeit des Betreuers in Unkenntnis des Todes des Betroffenen hat der Senat eine Analogie zu § 6 VBVG zumindest erwogen.²⁶⁷

Auf der anderen Seite greift die Sonderregelung des § 6 VBVG für den Verhinderungs-, Ersatz- oder Ergänzungsbetreuer auch dann ein, wenn dessen Tätigkeit sich über einen längeren Zeitraum erstreckt. Deshalb konnte der für die Wahrnehmung von Erbschaftsangelegenheiten bestellte Ergänzungsbetreuer - der eigentliche Betreuer war als Nacherbe und Testamentsvollstrecker rechtlich verhindert - nicht pauschal (wieder 2.376 €) abrechnen, obwohl er ein Jahr lang tätig war. Für eine teleologische Reduktion des § 6 VBVG war kein Raum.²⁶⁸

²⁶² Senatsbeschluss vom 20. März 2013 - XII ZB 231/12 - FamRZ 2013, 873.

²⁶³ Senatsbeschluss vom 7. August 2013 - XII ZB 233/13 - FamRZ 2013, 1883.

²⁶⁴ Senatsbeschlüsse vom 20. März 2013 - XII ZB 231/12 - FamRZ 2013, 873 Rn. 16 ff. und vom 7. August 2013 - XII ZB 233/13 - FamRZ 2013, 1883 Rn. 11.

²⁶⁵ Senatsbeschluss vom 8. Juli 2015 - XII ZB 494/14 - FamRZ 2015, 1710.

²⁶⁶ Senatsbeschluss vom 8. Juli 2015 - XII ZB 494/14 - FamRZ 2015, 1710 Rn. 12 ff.

²⁶⁷ Senatsbeschluss vom 6. April 2016 - XII ZB 83/14 - FamRZ 2016, 1152 Rn. 7.

²⁶⁸ Senatsbeschluss vom 4. Juni 2014 - XII ZB 625/13 - FamRZ 2014, 1449.

b) Berufsspezifische Betreuertätigkeit

Die zweite wichtige Ausnahme von der Pauschalvergütung sind die sog. berufsspezifischen Tätigkeiten des Betreuers, also die Fälle, in denen der Betreuer über berufliche Spezialkenntnisse - etwa als Rechtsanwalt, Steuerberater o.ä. - verfügt und diese zugunsten des Betroffenen einsetzt. Der Senat hatte sich im Mai 2014 mit einer zur Betreuerin bestellten Rechtsanwältin zu beschäftigen, die den Betroffenen beim Abschluss eines Erbaueinensetzungsvertrags vertrat und nach anwaltlichem Gebührenrecht abrechnen wollte.²⁶⁹ Er hat dabei ausgesprochen, dass nach § 1835 Abs. 3 BGB Aufwendungsersatz (und damit Anwaltsvergütung) geschuldet ist, wenn und soweit sich die zu bewältigende Aufgabe als eine für den Beruf des Rechtsanwalts spezifische Tätigkeit darstellt. Denn der Betreute bzw. die Staatskasse soll keinen Vorteil daraus ziehen, dass der Betreuer zufällig aufgrund einer besonderen beruflichen Qualifikation etwas verrichten kann, wozu ein anderer Betreuer berechtigterweise die entgeltlichen Dienste eines Dritten (eines Fachmanns) in Anspruch nehmen würde.²⁷⁰ Allerdings auch nur insoweit verdrängt die Anwalts- die Pauschalvergütung.²⁷¹ In dem konkreten Fall hatte die Betreuerin mit ihrem Begehren übrigen keinen Erfolg, weil der betreffende Vertragsschluss ohne jede rechtliche oder tatsächliche Schwierigkeiten und daher die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts nicht erforderlich war.²⁷²

6. Rückforderung/Vertrauensschutz

Schließlich noch zu Fragen der Rückforderung bereits gezahlter - und überzahlter - Betreuervergütung:

Hierzu ein immer wieder auftretender Fall: Dem Betreuer wird über Jahre hinweg durch die Staatskasse im vereinfachten Verwaltungsverfahren (§§ 292 Abs. 1, 168 Abs. 1 Satz 4 FamFG iVm den Bestimmungen des JVEG) auf der Basis eines erhöhten Stundensatzes eine Vergütung ausgezahlt. Irrendwann macht die Staatskasse geltend, dass der Stundensatz zu hoch ist, und beantragt förmliche Festsetzung (§ 168 Abs. 1 Satz 1 FamFG) einer niedrigeren als der ausgezahlten Vergütung, um die Überzahlung dann - im Wege des Justizbeitreibungsverfahrens gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 8, Abs. 2 JBeitrO²⁷³ - zurückzufordern. Wie der Senat im November 2015 entschieden

²⁶⁹ Senatsbeschluss vom 14. Mai 2014 - XII ZB 683/11 - FamRZ 2014, 1628.

²⁷⁰ Senatsbeschluss vom 14. Mai 2014 - XII ZB 683/11 - FamRZ 2014, 1628 Rn. 10.

²⁷¹ Senatsbeschluss vom 14. Mai 2014 - XII ZB 683/11 - FamRZ 2014, 1628 Rn. 11.

²⁷² Senatsbeschluss vom 14. Mai 2014 - XII ZB 683/11 - FamRZ 2014, 1628 Rn. 14 ff.

²⁷³ Vgl. Senatsbeschlüsse vom 25. November 2015 - XII ZB 261/13 - FamRZ 2016, 293 Rn. 14.

hat, steht dem die 15-Monatsfrist des § 2 Satz 1 VBVG nicht entgegen, weil sie dem Schutz der Staatskasse dient und durch eine entsprechende Anwendung in ihr Gegenteil verkehrt würde.²⁷⁴

In Betracht kommt aber, dass wegen des zugunsten des Betreuers zu berücksichtigenden Vertrauensschutzes die Festsetzung zum Zwecke der Rückforderung nach Treu und Glauben ausgeschlossen ist.²⁷⁵ Dabei kann man sich an der Regelung in § 20 Abs. 1 GNotKG orientieren, die eine Nachforderung von Kosten nur bis zum Ablauf des nächsten Kalenderjahres nach Absendung der Schlusskostenrechnung zulässt.²⁷⁶ Im Übrigen ist eine Einzelfallprüfung erforderlich.²⁷⁷ Die Bewilligung eines erhöhten Stundensatzes für einen früheren Zeitraum begründet jedenfalls insoweit keinen Vertrauensschutz für spätere Zeiträume.²⁷⁸

Die Rückforderung in einer anderen Konstellation war Gegenstand eines Senatsbeschlusses aus dem November 2014.²⁷⁹ Die Staatskasse hatte rund 14.500 € Betreuervergütung bezahlt, weil man aufgrund der Angaben der Betroffenen von deren Mittellosigkeit ausging. Als die Betreuerin auch die Vermögenssorge übernahm, stellte sich heraus, dass die Betroffene über ein nicht unerhebliches Vermögen verfügte. Die Staatskasse machte daher im Festsetzungsverfahren den nach §§ 1908 i Abs. 1, 1836 e Abs. 1 Satz 1 BGB auf sie übergegangenen Vergütungsanspruch der Betreuerin gegen die Betroffene geltend. Diese berief sich beim Landgericht mit teilweisem Erfolg (Reduzierung der Forderung auf rund 5.500 €) auf Verjährung. Der Senat hat die Sache an das Landgericht zurückverwiesen und diesem aufgegeben, sich mit der Frage zu beschäftigen, ob der Berufung auf die Verjährung²⁸⁰ nicht Treu und Glauben entgegenstehen.²⁸¹

und vom 6. November 2013 - XII ZB 86/13 - FamRZ 2014, 113 Rn. 15.

274 Senatsbeschlüsse vom 25. November 2015 - XII ZB 261/13 - FamRZ 2016, 293 Rn. 15 und vom 6. November 2013 - XII ZB 86/13 - FamRZ 2014, 113 Rn. 19 f.

275 Senatsbeschlüsse vom 25. November 2015 - XII ZB 261/13 - FamRZ 2016, 293 Rn. 16 ff. und vom 6. November 2013 - XII ZB 86/13 - FamRZ 2014, 113 Rn. 15.

276 Senatsbeschlüsse vom 25. November 2015 - XII ZB 261/13 - FamRZ 2016, 293 Rn. 19 f. und vom 6. November 2013 - XII ZB 86/13 - FamRZ 2014, 113 Rn. 31 f.

277 Senatsbeschlüsse vom 25. November 2015 - XII ZB 261/13 - FamRZ 2016, 293 Rn. 18; vom 18. Februar 2015 - XII ZB 563/14 - FamRZ 2015, 845 Rn. 19 und vom 6. November 2013 - XII ZB 86/13 - FamRZ 2014, 113 Rn. 25.

278 Senatsbeschlüsse vom 11. Dezember 2013 - XII ZB 205/13 - juris Rn. 4 und vom 30. Oktober 2014 - XII ZB 23/13 - FamRZ 2014, 117 Rn. 19.

279 Senatsbeschluss vom 5. November 2014 - XII ZB 186/13 - FamRZ 2015, 248.

280 Zur Verjährung des Regressanspruchs vgl. auch Senatsbeschluss vom 17. September 2014 - XII ZB 338/14 - FamRZ 2015, 45.

281 Senatsbeschluss vom 5. November 2014 - XII ZB 186/13 - FamRZ 2015, 248 Rn. 14 ff.

Perspektiven eines zukünftigen Vergütungssystems

AG I: Thorsten Becker, Sönke Wimmer,

Moderation: Peter Winterstein

I. Besteht Veränderungsbedarf?

Welcher Änderungen bedarf es im Vergütungssystem? Ist die Höhe der Stundensätze mit einem Inflationsausgleich anzupassen oder an Tarifen zu orientieren? Ist die Stundenzahl, die je nach Dauer der Betreuung, Wohnsituation und Vermögenslage für jeden Fall gesetzlich pauschal festgelegt ist, zu erhöhen?

Oder ist angesichts der seit März 2009 als Bundesgesetz geltenden UN-BRK eine Systemveränderung erforderlich, die den nach Art. 12 UN-BRK ausdrücklich normierten Vorrang der Unterstützung vor Vertretung als Maxime des Betreuerhandels abbildet?

Diesen und anderen Fragen sollte in der Arbeitsgruppe nachgegangen werden, um Ideen für eine Weiterentwicklung des Vergütungssystems zu sammeln. Unter den etwa 45 Teilnehmern waren 5 Juristen, die anderen etwa zur Hälfte Vereinsbetreuer und freiberufliche Betreuer.

Das gegenwärtige Vergütungssystem mit Pauschalen nach dem VBVG gilt seit 2005 unverändert. Die Stundensätze sind seither nicht angepasst worden, obwohl sich die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen inzwischen deutlich verändert haben. Die Verbände des Betreuungswesens, die im Kasseler Forum zusammengefasst sind, haben im März 2016 in Schreiben an das BMJV und die Landesjustizministerien sowie Landes- und Bundespolitiker als ersten Schritt eine Anhebung der Stundensätze im VBVG um 18% gefordert, um wenigstens für die tarifgebundenen Betreuungsvereine eine Refinanzierung der Kosten ihrer Arbeitnehmer wieder zu ermöglichen. Neben der höchsten Stufe müssten im ersten Schritt auch die weiteren Vergütungsstufen entsprechend angehoben werden.

Das BMJV hat eine rechtstatsächliche Untersuchung zur Qualität in der Betreuung in Auftrag gegeben, die auch Daten zum tatsächlichen Aufwand der beruflichen Betreuer erheben soll, um die gegenwärtigen Vergütungsregelungen auf ihre Praxisauswirkungen zu überprüfen. Erste Ergebnisse sollen Ende des Jahres vorliegen. Dann soll auch über Anpassungen der Vergütung entschieden werden.

II. Vorschläge

Thorsten Becker, Berufsbetreuer und Vorsitzender des Bundesverbandes der Berufsbetreuer/innen (BdB e.V.), stellte zunächst die Sicht seines Verbandes vor:

Der BdB e.V. setze sich für ein Vergütungssystem ein, dass Anreize für gute Qualität in der Betreuungsarbeit schaffe, gleichzeitig aber einfach in der Handhabung sei.

Das im Jahre 2005 eingeführte auf Pauschalen basierende Vergütungssystem sei in vielfacher Hinsicht dringend reformbedürftig, eine Reihe von Teilaspekten dieses Systems höchst kritikwürdig:

- bereits bei Einführung im Jahre 2005 habe es auf veraltetem Datenmaterial basiert,
- wegen der fragwürdigen Abstufung nach verwertbaren Kenntnissen werde gleiche Arbeit nicht gleich vergütet und eine Bestellung als Betreuer/in sei ohne jedwede Kenntnisse möglich,
- es enthalte eine nicht nachvollziehbare Differenzierung der Vergütung nach Aufenthaltsstatus (Heimbewohner/in oder zu Hause lebend) und Vermögenssituation,
- insbesondere die abrechenbare Zeit von durchschnittlich 3,13 Stunden stehe in keinem Verhältnis zur tatsächlich benötigten,
- der Stundensatz auch in der höchsten Vergütungsstufe sei nicht auskömmlich, geschweige denn angemessen.

Im Ergebnis führe dieses System zu Fehlanreizen. So verleite es dazu, die im Rahmen der Betreuung notwendigen Beziehungs-, Beratungs-, Vermittlungs- und Aushandlungsprozesse zu reduzieren und stattdessen eher stellvertretend zu handeln. Die chronische Arbeitsüberlastung führe auf Dauer zu Qualitätseinbußen. Da es sich aufgrund der Systematik letztlich um monatliche Fallpauschalen handele, verleite das derzeitige Vergütungssystem dazu, die Fallzahlen hochzuschrauben, was auf der anderen Seite ein hohes Maß an Professionalität der Arbeitsorganisation erfordere.

Daraus ergäben sich die Forderungen nach einer sofortigen Erhöhung der Zeit- und Vergütungspauschalen und mittelfristig nach einer grundlegenden Strukturreform des Vergütungssystems.

Kurzfristig hätten sich die im Kasseler Forum zusammen arbeitenden Verbände des Betreuungswesens auf eine Forderung nach Erhöhung des Stundensatzes in der obersten Vergütungsstufe von derzeit 44,- Euro auf 54,-

Euro und des Stundenansatzes (abrechenbare Zeit) von durchschnittlich 3,13 Stunden auf 5,0 Stunden verständigt. Der BdB e.V. fordere – gestützt auf Gutachten – eine mittelfristige Erhöhung des Stundensatzes auf 70,- Euro.

Es bleibe die Forderung nach einer mittelfristigen Strukturreform des Vergütungssystems,

- mit dem eine einheitliche Vergütung aufgrund eines transparenten Zugangs zum Beruf auf Basis einer einheitlichen Qualifikation geschaffen werde,
- in dem die nicht sachgerechte Differenzierung nach Vermögens- und Aufenthaltssituation aufgegeben werde zugunsten eines Systems, das die Komplexität und Schwierigkeit eines Falles abbilde und zugleich praktikabel bleibe,
- das Anreize zur Qualifizierung und Professionalisierung enthalte.

Gerade der Professionalisierung der beruflichen Betreuung, wie sie der BdB e.V. seit vielen Jahren fordere, komme hierbei besondere Bedeutung zu, damit Betreuung ihren gesellschaftlichen Auftrag als Vertrauensberuf erfüllen könne.

Er betonte, dass aus seiner Sicht Fallzahlbegrenzungen kein geeignetes Mittel der Steuerung seien, dass es dringend erforderlich sei, ein einheitliches Berufsbild mit einheitlichen Qualifikations- und Zugangsvoraussetzungen und einer einheitlichen Vergütung für den Vertrauensberuf des Berufsbetreuers zu schaffen.

Vom BdB e.V. eingeholte Gutachten mit 2081 Fallauswertungen hätten ergeben, dass nicht die medizinische Diagnose und nicht die Wohnform entscheidend für den Aufwand des Betreuers seien, wohl aber z.B. ein früherer Ortswechsel des Klienten. Man erwäge ein Fallgruppenmodell, das empirisch gestützt und ausgehend von der Methode des Case-Managements mit Fallprofilen je nach Zustand des Klienten, Rechtsinhalten der zu erledigenden Besorgungen und besonderer Komplexität als Grundeinteilung und sodann jeweils in Unterteilungen nach einfach/mittel/schwierig vorstellbar wäre. Auch für die Vergütung sei zunächst die Entwicklung einheitlicher Berufsstandards von grundlegender Bedeutung.

Sönke Wimmer, Vereinsbetreuer und Sprecher der Bundeskonferenz der Betreuungsvereine (BUKO), stellte Überlegungen der BUKO zu möglichen Veränderungen des Vergütungssystems vor, ausgehend von einer Schwachstellenanalyse der bisherigen Regelungen:

Beide bisher vorhandenen Systeme der Vergütung rechtlicher Betreuung hätten sich – aus verschiedenen Gründen – als ungeeignet herausgestellt.

Bis 2005: Vergütung nach Zeitaufwand:

- die Orientierung am tatsächlichen Zeitaufwand habe theoretisch für eine gewisse Gerechtigkeit gesorgt;
- häufig habe es Streit um abrechnungsfähige Arbeitsleistungen und Zeitansätze gegeben;
- die Arbeitskraft von Betreuer/innen, Rechtspfleger/innen und Bezirksrevisor/innen sei hierdurch gebunden worden;
- effizientes und professionelles Arbeiten sei bestraft worden, es sei der Anreiz geschaffen worden, Tätigkeiten durchzuführen, die nicht zum Kernbereich der Aufgaben eines rechtlichen Betreuers gehörten.

Seit 2005: Pauschalvergütung, orientiert an den Parametern der Dauer der Betreuung, der Vermögensverhältnisse und des Aufenthaltsortes (Heim oder Wohnung):

- die vorherigen Streitigkeiten seien praktisch verschwunden;
- höhere Planbarkeit und Verlässlichkeit der Einnahmen und eine relative Unabhängigkeit von kurzfristigen Personalausfällen seien ein Vorteil, gerade auch für Betreuungsvereine;
- die Belohnung wirtschaftlichen Verhaltens führe zu abnehmender Kontakthäufigkeit zu den betreuten Menschen;
- stellvertretendes anstatt unterstützendes Handeln werde durch geringeren Zeitaufwand belohnt, im Widerspruch zur UN-BRK;
- das Verwalten der Betreuungsfälle sei die wirtschaftlich vernünftige Art und Weise, eine Betreuung beruflich zu führen (im Gegensatz zum Grundsatz der persönlichen Betreuung);
- Qualitätsaspekte würden vom Pauschalssystem weitgehend ausgeblendet;
- keine Dynamisierung der Stundenansätze;
- die Parameter „Dauer, Aufenthaltsort und Vermögen“ hätten sich häufig als unzutreffend herausgestellt.

Die Frage, ob Qualität auch durch das Vergütungssystem (positiv) beeinflusst werden könne und solle, sollte diskutiert werden.

Die bisherigen Überlegungen der BuKo seien kein fertiges Konzept, sondern ein Ansatz, der versuche, streitvermeidend, planbar und unter Berücksichtigung der Ziele der UN-BRK unter Einbeziehung besonderer Einzelereignisse, die typischerweise besonderen Zeitaufwand erforderten, ein Punktesystem zu entwickeln. Über den Betreuungsplan solle künftiger Aufwand nachvollziehbar kalkuliert und so einvernehmlich die abrechenbare Zeit festgelegt werden.

1. Betreuungsjahr: Jede Vergütung für eine neu eingerichtete Betreuung sollte im 1. Jahr pauschal erfolgen, da eine Ermittlung des zu erwartenden individuellen Aufwandes mittels Betreuungsplanung für die Zukunft erst nach einem ausreichend langem Zeitraum erfolgen könne (alternativ sollten drei/ sechs/ neun Monate mit betrachtet werden).

Dieser Aufwand sei im Zeitpunkt der Betreuerbestellung weder für die Justiz noch für den Betreuer absehbar oder aus dem Sachbericht der Betreuungsbehörde erkennbar.

Bisher gebe es nach dem VBVG pauschal zwischen 67,5 und 82,5 Stunden (1,29 bzw. 1,58 Wochenstunden) im 1. Betreuungsjahr. Angestrebt werde eine Pauschale von 2 Wochenstunden im ersten Betreuungsjahr, mit der die Anforderungen an die unterstützende Entscheidungsfindung und der UN BRK umgesetzt werden sollten. Die bisherige Differenzierung des Betreuungsaufwandes nach der Vermögenslage sei nicht konventionskonform.

Ab dem 2. Betreuungsjahr solle ein pauschales Modulsystem eine personen- und bedarfsorientierte Vergütung gewährleisten. Es werde durch die Pauschalierung nach wie vor einen Ausgleichseffekt zwischen einfachem und aufwendigem Regelungsbedarf geben.

An Hand der Angaben im ersten Jahresbericht des Betreuers solle die Ermittlung der personenorientierten und individuellen Einstufung im modularen System für die Zukunft erfolgen. Die Einstufung bestehe mindestens bis zum nächsten Jahresbericht unverändert weiter.

Durch eine Verknüpfung des inhaltlichen Aufbaus des Jahresberichts mit den Merkmalen des modularen Vergütungssystems werde der Verwaltungsaufwand vertretbar gehalten. Der so erstellte Bericht spiegele gleichzeitig die qualitativen und quantitativen Leistungen des Betreuers wider und biete nachvollziehbar die Grundlage weiterer Betreuungsplanung. Ausreichende Planungssicherheit für die nächsten ein bis zwei Jahre sei gewährleistet. Trotzdem sei das System für die zukünftigen Jahre noch flexibel anpassungsfähig.

In Modelregionen sollten Erprobungen angestrebt werden.

III. Diskussion

Die Diskussionen in der Arbeitsgruppe machten deutlich, dass die derzeitige Höhe der Stundensätze für alle beruflichen Betreuer und für die Vereine als Arbeitgeber nicht mehr akzeptabel ist. Überall sei es zu Lasten der Zeit für den Einzelnen erforderlich, Fallzahlen zu erhöhen.

Weit überwiegend wurde dafür plädiert, auch in Zukunft bei einem einfachen Pauschalsystem zu bleiben, da dies Streitvermeidend sei. Die sinnvolle Arbeitsteilung im Büro (Stichwort: Verwaltungsassistenten) müsse ebenfalls berücksichtigt werden. Bei einem durchschnittlichen Ansatz von 5 Stunden je Fall werde eine Fallzahl von etwa 33 eine Monatsarbeitszeit (ca. 170 Stunden) ausfüllen.

Das Verhältnis zum Ehrenamt sei zu klären. Ein Wegfall der unteren Vergütungsstufen und eine Mindestqualifikation für den Zugang zum Beruf des Betreuers seien möglichst bald gesetzlich zu regeln. Jetzigen Berufsinhabern müsste bei einer Systemumstellung über die Möglichkeit einer Nachqualifikation ein Übergang ermöglicht werden.

Angeregt wurde, das bisherige „Tarifsystem“ um besondere Umstände zu ergänzen und dabei die Grundidee der Pauschale („im 1. Jahr viel, dann eine Absenkung vorzusehen“) wegen der Akzeptanz beizubehalten. Bei der Diskussion dürfe aber die „Schere im Kopf“ nicht zu früh eingesetzt werden.

Über die (bisherige) Pauschale hinaus sollten extra besondere Aufwandsituationen (z.B. Übernahme-Abgabe / Unterbringung / Zwangsbehandlung / Wohnungswechsel) vergütungsfähig sein.

Ein neues System müsse in jedem Fall die Qualität in der Arbeit und die von der UN-BRK geforderte Unterstützung bei der Entscheidungsfindung abbilden.

Allgemeine Meinung: Nicht noch mehr Studien!! Dolmetscherkosten sofort (noch gestern) regeln! Rat an Alle: Örtliche Abgeordnete ansprechen!

Kurz-Bericht von Sönke Wimmer im Plenum über die AG nach Max Weber:

„Die Politik bedeutet ein starkes, langsames Bohren von harten Brettern mit Leidenschaft und Augenmaß zugleich. Es ist ja durchaus richtig, und alle geschichtliche Erfahrung bestätigt es, dass man das Mögliche nicht erreichte, wenn nicht immer wieder in der Welt nach dem Unmöglichen gegriffen worden wäre.“

Aktuelle Entwicklungen im Recht der Zwangsbehandlung

TP2: Dr. Rolf Marschner,

Moderation: Annette Loer

I. Vorgeschichte

Umstritten war lange Zeit, ob auch das Betreuungsrecht eine gesetzliche Grundlage für eine Zwangsbehandlung enthält. Das Betreuungsrecht geht grundsätzlich davon aus, dass der rechtliche Betreuer seine Aufgaben im Dialog mit dem Betroffenen und ohne Zwangsbefugnisse erfüllt. Der Bundesgerichtshof hat daher konsequenterweise entschieden, dass das Betreuungsrecht keine Rechtsgrundlage für eine ambulante Zwangsbehandlung enthält und es daher nicht zulässig ist, einen Betroffenen alle zwei Wochen regelmäßig mit Gewalt zur Verabreichung der Dauermedikation mit Neuroleptika in eine psychiatrische Klinik zu bringen (BGH BtPrax 2001, 31). Auch von Seiten der Psychiatrie wurde überwiegend die Auffassung vertreten, dass eine rechtliche Grundlage für eine ambulante Zwangsbehandlung nicht erforderlich sei. Daher scheiterten auch Gesetzesvorhaben, entsprechende Vorschriften in das Betreuungsrecht oder die PsychKGs der Bundesländer aufzunehmen.

Nach ursprünglicher Auffassung des BGH konnte allerdings eine Behandlung des Betreuten während einer durch das Betreuungsgericht nach § 1906 Abs. 1 Nr. 2 (nicht nach Nr. 1) BGB genehmigten Unterbringung durch den Betreuer erforderlichenfalls ausnahmsweise unter Anwendung von Zwang gegen dessen körperlichen Widerstand durchgesetzt werden, da die erforderliche Behandlung sonst nicht durchgeführt werden könne (BGH BtPrax 2006, 145). Im Anschluss an die Rechtsprechung des BVerfG zur Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug (BtPrax 2011, 112) hat der BGH im Jahr 2012 unter Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung entschieden, dass es zum damaligen Zeitpunkt keine den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügende (insbesondere hinreichend bestimmte) gesetzliche Grundlage für eine betreuungsrechtliche Zwangsbehandlung gab und der Betreuer daher auch nicht im Rahmen einer geschlossenen Unterbringung eine Zwangsbehandlung veranlassen konnte (BGH BtPrax 2012, 145 und 253).

I. Neuregelung der Voraussetzungen für die Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme 2013

Der Gesetzgeber hat die Voraussetzungen für die Einwilligung des Betreuers in eine ärztliche Zwangsmaßnahme im Jahr 2013 in § 1906 Abs. 3 BGB

entsprechend den engen Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts neu geregelt. Danach kann der rechtliche Betreuer in eine ärztliche Zwangsmaßnahme nur im Rahmen einer Unterbringung nach § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB einwilligen, wenn

- der Betreute auf Grund einer psychischen Krankheit oder einer geistigen oder seelischen Behinderung die Notwendigkeit der ärztlichen Maßnahme nicht erkennen oder nicht nach dieser Einsicht handeln kann,
- zuvor versucht wurde, den Betreuten von der Notwendigkeit der ärztlichen Maßnahme zu überzeugen,
- die ärztliche Zwangsmaßnahme zum Wohl des Betreuten erforderlich ist, um einen drohenden erheblichen gesundheitlichen Schaden abzuwenden,
- der erhebliche gesundheitliche Schaden durch keine andere dem Betreuten zumutbare Maßnahme abgewendet werden kann und
- der zu erwartende Nutzen der ärztlichen Zwangsmaßnahme die zu erwartenden Beeinträchtigungen deutlich überwiegt.

Eine ambulante Zwangsbehandlung ist nach der gesetzlichen Neuregelung weiterhin nicht möglich.

Die Einwilligung in die ärztliche Zwangsmaßnahme bedarf der vorherigen Genehmigung des Betreuungsgerichts (§ 1906 Abs. 3a BGB). Das Verfahren der Genehmigung der Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme ist wie das Unterbringungsverfahren in §§ 312 ff. FamFG geregelt. Sachverständiger darf aber in der Regel nicht der zwangsbehandelnde Arzt sein (§ 321 Abs. 1 Satz 5 FamFG). Der Betreuungsrichter kann anders als bei der Unterbringung selbst keine Entscheidung über die Zwangsbehandlung vor Bestellung eines Betreuers treffen (§ 1906 Abs. 3 Satz 2 BGB). Es muss also immer erst eine Entscheidung des rechtlichen Betreuers vorausgehen, bevor es zu dem Genehmigungsverfahren und am Ende ggf. zu einer Zwangsbehandlung des Betroffenen kommt. Dem Betreuer (bzw. Bevollmächtigten) kommt daher bei der Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme eine besondere Bedeutung zu. In der Entscheidung des Betreuungsgerichts ist die beabsichtigte Behandlung hinsichtlich Arzneimittel, Wirkstoff, Dosis und Verabreichungshäufigkeit konkret festzulegen. Darüber hinaus muss die Entscheidung Angaben zu Zeitpunkt, äußerlichem Rahmen, Beteiligten, Umfang und Inhalt des Überzeugungsversuchs enthalten (BGH BtPrax 2014, 229 und 277).

II. Aktuelle Entscheidungen des BGH und des BVerfG

Eine Zwangsbehandlung in offenen Einrichtungen oder außerhalb einer geschlossenen Unterbringung zur Durchführung der Behandlung kommt nach der Neuregelung im Jahr 2013 nicht in Betracht. Allerdings hat das BVerfG auf Vorlagebeschluss des BGH am 26. 7. 2016 entschieden, dass

- aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG die Schutzpflicht des Staates folgt, für nicht einsichtsfähige Betreute bei drohenden erheblichen gesundheitlichen Beeinträchtigungen unter strengen Voraussetzungen eine ärztliche Behandlung als letztes Mittel auch gegen ihren natürlichen Willen vorzusehen,
- es ist mit der aus Artikel 2 Absatz 2 Satz 1 GG folgenden Schutzpflicht des Staates unvereinbar ist, dass für Betreute, denen schwerwiegende gesundheitliche Beeinträchtigungen drohen und die die Notwendigkeit der erforderlichen ärztlichen Maßnahme nicht erkennen oder nicht nach dieser Einsicht handeln können, eine ärztliche Behandlung gegen ihren natürlichen Willen unter keinen Umständen möglich ist, sofern sie zwar stationär behandelt werden, aber nicht geschlossen untergebracht werden können, weil sie sich der Behandlung räumlich nicht entziehen wollen oder hierzu körperlich nicht in der Lage sind (BVerfG BtPrax 2016, 182).

Das BVerfG hat den Gesetzgeber verpflichtet, unverzüglich eine Regelung für diese Fallgruppe zu treffen. Bis zu einer solchen Regelung ist § 1906 Absatz 3 BGB auch auf stationär behandelte Betreute anzuwenden, die sich einer ärztlichen Zwangsbehandlung räumlich nicht entziehen können.

III. (Geplante) Erneute Neuregelung der Voraussetzungen für die Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme

Der Gesetzgeber hat sich nunmehr entschieden, durch eine erneute Neuregelung der Voraussetzungen für die Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme den Vorgaben des BVerfG Rechnung zu tragen. Dies soll durch eine Entkoppelung der Vorschriften über die Unterbringung und der Vorschriften über die Einwilligung in ärztliche Zwangsmaßnahmen im Betreuungsrecht geschehen. Die Zwangsbehandlung soll in einem neuen § 1906a BGB geregelt werden. Darin werden die Regelungen des jetzigen § 1906 Abs. 3 BGB übernommen und konkretisiert. Die ärztliche Zwangsmaßnahme darf nur im Rahmen eines stationären Aufenthalts in einem Krankenhaus, in dem die gebotene medizinische Versorgung einschließlich einer erforderlichen Nachbehandlung sichergestellt ist, durchgeführt werden (§ 1906a Abs. 1 Nr. 7 BGB-E).²⁸² Außerdem wird der Vorrang des Patientenwil-

²⁸² S. jetzt: Gesetzentwurf der Bundesregierung: Gesetz zur Änderung der materiellen

lens im Sinn des § 1901a BGB nochmals ausdrücklich betont (§ 1906a Abs. 1 Nr. 3 BGB-E). Damit sind die von dem BVerfG angesprochenen Fälle erfasst, ohne die Möglichkeiten der Zwangsbehandlung mehr als erforderlich in den ambulanten Bereich oder den Heimbereich auszudehnen, wie es teilweise gefordert wurde. Dies ist sachgerecht.

Betreuung im Maßregelvollzug

AG 10: Dr. Rolf Marschner, Jürgen Thar

I. Rechtliche Rahmenbedingungen

1. Strafrecht

α. Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus

Eine Unterbringung nach § 63 StGB in einem psychiatrischen Krankenhaus wird angeordnet, wenn jemand eine rechtswidrige Tat im Zustand der Schuldunfähigkeit oder verminderten Schuldfähigkeit begangen hat und die Gesamtwürdigung des Täters und seiner Tat ergibt, dass von ihm infolge seines Zustands in Zukunft erhebliche rechtswidrige Taten, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich erheblich geschädigt oder erheblich gefährdet werden oder schwerer wirtschaftlicher Schaden angerichtet wird, zu erwarten sind und er deshalb für die Allgemeinheit gefährlich ist. Die Unterbringungs Voraussetzungen wurden durch eine Neuregelung im Jahr 2016 konkretisiert und enger gefasst. Eine Unterbringung nach § 63 StGB darf außerdem nicht angeordnet werden bei einer Anlasstat im Rahmen einer zivilrechtlichen Unterbringung (BGH R&P 1998, 204 = NSTZ 1998, 405).

Bei der Frage der Erheblichkeit der zu erwartenden Straftaten ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten (§ 62 StGB). Dies bedeutet nach der bisherigen Rechtsprechung, dass zumindest Straftaten aus dem Bereich der mittleren Kriminalität zu erwarten sein müssen. Insbesondere im Bereich der Vermögensdelikte kommt eine Unterbringung nur noch ausnahmsweise in Betracht. Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus kann für den Betroffenen aufgrund der ggf. unbestimmten Dauer schwerwiegender sein als eine Strafe. Allerdings werden die Voraussetzungen für die Verhältnismäßigkeit des Freiheitsentzuges umso strenger, je länger die Unterbringung dauert (BVerfG R&P 1986, 25). Auch insoweit hat der Gesetzgeber den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz konkretisiert. Eine Unterbringung ist nach Ablauf von sechs Jahren nicht mehr verhältnismäßig, wenn nicht die Gefahr besteht, dass durch die zu erwartenden Straftaten die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt bzw. in die Gefahr einer solchen Schädigung gebracht werden (§ 67d Abs. 6 Satz 2 StGB). Nach zehn Jahren muss die Gefahr bestehen, dass die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden (§ 67d Abs. 6 Satz 3 StGB). Wenigstens einmal jährlich hat das Gericht zu prüfen, ob die Unterbringungs vorausset-

Zulässigkeitsvoraussetzungen von ärztlichen Zwangsmaßnahmen und zur Stärkung des Selbstbestimmungsrechts von Betreuten vom 25.01.2017 unter: <https://bmjv.de/Shared-Docs//Gesetzgebungsverfahren/DE/Gesetz>

zungen noch vorliegen (§ 67e StGB). Die Unterbringung kann zugleich mit der Anordnung zur Bewährung ausgesetzt werden (§ 67b StGB).

Da die Betroffenen im Fall der Anordnung einer Maßregel der Besserung und Sicherung einen Freiheitsentzug erleiden müssen, obwohl sie krankheitsbedingt keine Verantwortung für ihr Handeln tragen und insoweit keine Schuld auf sich geladen haben, wird von einem Sonderopfer gesprochen, das sie für die Sicherheit der Allgemeinheit erbringen müssen. Dies bedeutet gleichzeitig, dass der Freiheitsentzug beendet werden muss, wenn seine Voraussetzungen weggefallen sind. Nach § 67d Abs. 2 StGB setzt das Gericht die weitere Vollstreckung der Unterbringung zur Bewährung aus, wenn zu erwarten ist, dass der Untergebrachte außerhalb des Maßregelvollzugs keine Straftaten mehr begehen wird.

Sowohl die Entscheidung über die Anordnung der Unterbringung als auch die Entscheidung über die Aussetzung der Unterbringung zur Bewährung setzen eine Prognoseentscheidung voraus. Hierfür bedarf das entscheidende Gericht der Hilfe eines Sachverständigen. Bei der Prognoseentscheidung spielen das Ausgangsdelikt, die Vorgeschichte (anamnestische Daten), die aktuelle Persönlichkeitsentwicklung sowie vor allem der soziale Empfangsraum eine Rolle.

b. Maßregelvollzug

Der Vollzug der Maßregel nach § 63 StGB ist in den Maßregelvollzugsgesetzen der Bundesländer geregelt, soweit diese über eigene Maßregelvollzugsgesetze verfügen, im Übrigen ist er Teil der PsychKG und Unterbringungsgesetze. Es geht in diesem Zusammenhang vor allem um die Behandlung einschließlich der Vorschriften über die Zwangsbehandlung, die Rehabilitation (Ausbildung, Beschäftigung), die Grundrechte der Untergebrachten und deren Einschränkungen bei Besuchen und Kontakten nach außen (Schriftwechsel, Telefongespräche), den Besitz von Gegenständen, besondere Sicherungsmaßnahmen und die Vollzugslockerungen. Der Maßregelvollzug dient dem Zweck, die Betroffenen durch Behandlung und Betreuung zu befähigen, ein in die Gemeinschaft eingegliedertes Leben zu führen, sowie die Allgemeinheit und das Personal der Einrichtung vor weiteren Straftaten zu schützen (so § 1 Abs. 1 MRVG-NRW). Diese Beschreibung folgt dem Grundsatz, dass die Sicherung der Allgemeinheit am besten durch Besserung (Therapie) zu erreichen ist.

Gerade die Vollzugslockerungen in Form von Ausführung, Ausgang, Freigang und Beurlaubung bis zum offenen Vollzug spielen für die Vorberei-

ung der Entlassung aus dem Maßregelvollzug neben der Behandlung eine entscheidende Rolle. Auch die Gewährung von Vollzugslockerungen setzt eine Prognoseentscheidung dahingehend voraus, ob eine vorübergehende Freilassung im Hinblick auf das Sicherheitsinteresse der Allgemeinheit verantwortet werden kann. Gleichzeitig sind Vollzugslockerungen wichtige Behandlungsmaßnahmen und dienen der Erprobung der Behandlungsfortschritte. Die Einzelheiten des Maßregelvollzugs sind in den Bundesländern zum Teil sehr unterschiedlich geregelt.

c. Entlassung und Nachsorge

Mit der Aussetzung der Unterbringung zur Bewährung tritt Führungsaufsicht ein, d. h. der Betroffene untersteht einer Aufsichtsstelle und bekommt einen Bewährungshelfer (§ 68a StGB). Im Rahmen der Führungsaufsicht können Weisungen erteilt werden. Von besonderer Bedeutung ist die Weisung, sich zu bestimmten Zeiten oder in bestimmten Abständen einem Arzt, Psychotherapeuten oder einer forensischen Ambulanz vorzustellen bzw. sich durch eine forensische Ambulanz betreuen und behandeln zu lassen (§ 68b Abs. 1 Nr. 11, Abs. 2 StGB). Dadurch kann auch nach der Entlassung eine Anbindung an die Maßregelklinik erreicht werden. Die forensischen Ambulanzen gewinnen in der Nachsorge psychisch erkrankter Straftäter eine zunehmende Bedeutung. Dies gilt auch für besondere Wohnformen für forensische Patienten, weil diese in den betreuten Wohneinrichtungen der allgemeinen psychiatrischen Versorgung häufig nicht aufgenommen werden.

Die Vorschrift des § 67h StGB ermöglicht eine befristete Wiederinvolzugsetzung der Unterbringung nach den §§ 63, 64 StGB zur Krisenintervention, wenn eine akute Verschlechterung des Zustands des Betroffenen eingetreten ist und die Maßnahme erforderlich ist, um einen Widerruf der Unterbringung zu vermeiden. Dadurch soll im Rahmen der forensischen Nachsorge Krisensituationen begegnet werden, ohne dass es zu einem Bewährungswiderruf und damit einem erneuten Maßregelvollzug mit unbestimmter Dauer kommt. Es muss in diesen Fällen nicht auf eine öffentlich-rechtliche oder zivilrechtliche Unterbringung zurückgegriffen werden. Da die Krisenintervention in der Maßregelklinik stattfindet, sind die Ärzte und Therapeuten in der Regel bereits mit der Krankheit und Vorgeschichte des Betroffenen vertraut. Außerdem können die Wohnung und die sozialen Kontakte des Betroffenen eher erhalten werden.

2. Betreuungsrecht

a. Voraussetzungen der Betreuerbestellung

Die Bestellung eines rechtlichen Betreuers setzt neben dem Vorliegen einer psychischen Krankheit oder geistigen oder seelischen Behinderung voraus, dass der volljährige Betroffene krankheitsbedingt seine Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht besorgen kann und deswegen für bestimmte Aufgabenkreise der gesetzlichen Vertretung durch einen rechtlichen Betreuer bedarf (§ 1896 BGB).

Gegen den freien Willen des Betroffenen darf ein Betreuer nicht bestellt werden (§ 1896 Abs. 1a BGB). Wegen des mit der Betreuerbestellung verbundenen Eingriffs in die Grundrechte, insbesondere das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen, entscheidet der Betroffene zunächst selbst, ob er die Bestellung eines Betreuers wünscht oder nicht. Nur bei einer krankheitsbedingten Aufhebung der freien Willensbestimmung ist die Betreuerbestellung auch gegen den freien Willen des Betroffenen im Sinn einer Zwangsbetreuung zulässig. In diesem Fall muss die Betreuung aber wieder aufgehoben werden, wenn der Betroffene seinen Willen wieder frei bestimmen kann. Der Betreuer muss die entsprechenden Umstände von sich aus dem Betreuungsgericht mitteilen (§ 1901 Abs. 5 BGB).

Weiterhin ist der Erforderlichkeitsgrundsatz zu beachten. Dies bedeutet, dass eine Betreuung nur erforderlich ist, wenn die in Betracht kommenden Angelegenheiten des Betroffenen nicht durch einen Bevollmächtigten oder durch andere Hilfen, bei denen kein gesetzlicher Betreuer bestellt wird, ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können (§ 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB). Zu den anderen Hilfen gehören insbesondere die im Bereich der psychiatrischen Versorgung bestehenden Hilfen. Diese sind vorrangig in Anspruch zu nehmen, bevor es zu einer rechtlichen Betreuung kommt. Dies entspricht auch dem Grundsatz des Art. 12 Abs. 3 UN-BRK (Assistenz vor Stellvertretung).

b. Aufgabenkreise

Der Erforderlichkeitsgrundsatz wirkt sich außerdem bei dem Umfang der Aufgabenkreise aus. Wegen des mit der Betreuerbestellung verbundenen Grundrechtseingriffs sind die dem Betreuer übertragenen Aufgabenkreise so eng wie möglich zu fassen. Soll durch die Betreuung die Unterbringung des Betroffenen in einem psychiatrischen Krankenhaus oder in einer geschlossenen Einrichtung ermöglicht werden, muss dem Betreuer der Aufga-

benkreis der Aufenthaltsbestimmung oder Unterbringung übertragen sein. Im Übrigen können die Aufgabenkreise alle Lebensbereiche betreffen (z.B. Vermögenssorge, Geltendmachung von Sozialleistungsansprüchen, Wohnungsangelegenheiten, Übersiedlung ins Heim). Soweit möglich, ist eine Differenzierung vorzunehmen.

II. Aufgaben des Betreuers im Maßregelvollzug

1. Betreuungsbedarf bei Unterbringung im Maßregelvollzug

Ein Betreuungsbedarf kann auch bei der bei Unterbringung im Maßregelvollzug bestehen (BGH BtPrax 2015, 206). Allerdings ist im Rahmen der Erforderlichkeit der Betreuung besonders zu prüfen, welche Aufgabenkreise in Betracht kommen und welche Hilfen durch den Maßregelvollzug erbracht werden. Als Aufgabenkreise kommen im Einzelfall sowohl die Aufenthaltsbestimmung, die Gesundheitsvorsorge als auch die Vermögenssorge sowie alle Aufgabenkreise in Betracht, die die Rehabilitation des Betroffenen in Zusammenhang mit einer möglichen Entlassung aus dem Maßregelvollzug betreffen. Insoweit geht der BGH davon aus, dass kein akuter Handlungsbedarf bestehen muss, sondern es genügt, dass dieser jederzeit auftreten kann und ohne Betreuung nicht das Notwendige veranlasst wird.

Eine Betreuung kann daher vor allem zur Vermeidung oder Verkürzung der Unterbringung erforderlich sein und die Aussetzung der Unterbringung zur Bewährung zugleich mit der Anordnung (§ 67b StGB) oder die Aussetzung der weiteren Vollstreckung der Unterbringung (§ 67d Abs. 2 StGB) ermöglichen. Dies kommt z. B. in Betracht, wenn für den Betroffenen ein Betreuer bestellt ist und durch Maßnahmen des rechtlichen Betreuers die von dem Betroffenen ausgehende Gefahr abgewendet oder so stark vermindert werden kann, dass auf den Vollzug der Maßregel verzichtet werden kann (BGH vom 12. 7. 2001 Az. 4 StR 154/01 in: R&P 2002, 192). Eine Betreuung gilt dann als besonderer Umstand im Sinn des § 67b StGB (BGH FamRZ 2009, 421 = NSTZ 2009, 260). Entsprechendes gilt für die Prognoseentscheidung bei der Aussetzung der weiteren Vollstreckung der Unterbringung zur Bewährung. Auch eine bereits angeordnete zivilrechtliche oder öffentlich-rechtliche Unterbringung kann in diesem Zusammenhang berücksichtigt werden und einer (weiteren) strafrechtlichen Unterbringung entgegenstehen. Allerdings ist dabei zu beachten, dass die Betreuung und die zivilrechtliche Unterbringung anderen Zwecken dienen als die strafrechtliche Unterbringung.

2. Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug

Regelungen für eine Zwangsbehandlung gegen den ausdrücklichen Willen und Widerstand des Betroffenen finden sich in allen Maßregelvollzugsgesetzen der Bundesländer. Diese Regelungen betreffen die Behandlung der Anlasskrankheit, also der Erkrankung, die der Unterbringung zugrunde liegt, teilweise auch die Behandlung sonstiger Erkrankungen. Allerdings erfüllen nicht alle Gesetze hinreichend die Vorgaben der Rechtsprechung des BVerfG zur Zulässigkeit einer Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug (BVerfG BtPrax 2011, 112).

Umstritten war lange die Frage, ob die zum Teil engen Grenzen für eine Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug durch die Bestellung eines rechtlichen Betreuers umgangen werden können. Nach der Neuregelung der Zwangsbehandlung im Betreuungsrecht im Jahr 2013 ist dies nicht möglich, weil eine Behandlung gegen den Widerstand des Betroffenen nur im Rahmen einer betreuungsrechtlichen Unterbringung zur Heilbehandlung in engen Grenzen zulässig ist. In der Praxis behalf man sich teilweise durch die Unterbrechung des Maßregelvollzugs zur Durchführung einer betreuungsrechtlichen Zwangsbehandlung (BGH BtPrax 2014, 277). Durch die geplante erneute Neuregelung der Zwangsbehandlung in einem neuen § 1906a BGB und die damit verbundene Entkoppelung von den Vorschriften der zivilrechtlichen Unterbringung wird die Behandlung der sonstigen Erkrankungen auch im Maßregelvollzug auf betreuungsrechtlicher Grundlage ermöglicht. Die Behandlung der Anlasserkrankung ist aber abschließend in den jeweiligen Maßregelvollzugsgesetzen der Bundesländer geregelt.

Örtliche Arbeitsgemeinschaften im Betreuungswesen/ Vernetzung

AG11: *Monika Schneckenburger,*

Moderation: *Brunhilde Ackermann*

I. Netzwerkarbeit

An der Arbeitsgruppe nahmen überwiegend Beschäftigte aus Betreuungsbehörden und Betreuungsvereinen teil, aber auch aus anderen Bereichen, z.B. aus psychiatrischen Kliniken und von überregionalen Trägern.

Zum Einstieg in das Thema referierte **Frau Ackermann** anhand einer PowerPoint-Präsentation über die allgemeinen Voraussetzungen, Motivationen und Ziele guter Netzwerkarbeit und zu den Phasen einer Netzwerkentwicklung. Anhand einer weiteren Präsentation unter der Überschrift „Die Betreuungsbehörde als Managerin des örtlichen Betreuungswesens“ schrieb sie die Aufgabe der Steuerung den örtlichen Betreuungsbehörden zu.

Auf dieser Grundlage erfolgte die Diskussion in der Gruppe unter folgenden Voraussetzungen:

Vernetzung bedeutet den Aufbau von verlässlichen Koordinations- und Kooperationsstrukturen mit einer übergreifenden gemeinsamen Zielsetzung (LAG Thüringen Juni 2006). Für den Aufbau von Netzwerken ist es unerlässlich, dass einer der Beteiligten die Steuerung übernimmt. Diese Aufgabe fällt der **Betreuungsbehörde** zu und ergibt sich vor allem auch aus den Gesetzesänderungen vom 01.07.2014 im „Gesetz zur Stärkung der Funktionen der Betreuungsbehörde“.

Die Betreuungsbehörde soll in alle Verfahren mit einbezogen werden, soll Betreuungen durch das Empfehlen vorrangiger Hilfen oder durch Beratung zu Vorsorgevollmachten vermeiden. Sie soll bürgerschaftliches Engagement fördern, aber auch für eine ausreichende und qualifiziert arbeitende Zahl an Berufsbetreuern sorgen.

Dazu ist eine Steuerungs-, Koordinierungs- und Qualitätssicherung unumgänglich. Diese Aufgabe der Betreuungsbehörde ist im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt, ergibt sich aber zwangsläufig aus den übrigen Aufgaben der Betreuungsbehörde.



Netzwerkarbeit geht über Kooperation hinaus, ist fallunabhängig und bringt allen Beteiligten unter anderem folgende Vorteile:

- Zusammenarbeit auf Augenhöhe;
- Bündeln von Interessen aufgrund eines gemeinsamen Ziels;
- Optimale Nutzung des vorhandenen Wissens
- Verlässlichkeit und Verbindlichkeit in der Zusammenarbeit

Für den Erfolg eines guten Netzwerkes ist es wichtig, zu Beginn abzuklären, worin die Motivation der einzelnen Netzwerkpartner zur Teilnahme am Netzwerk besteht. Wie ist das Verhältnis eingesetzter Ressourcen zum eigenen Nutzen? Das Verhältnis von Autonomie und Kooperation der einzelnen Partner sollte ausgewogen sein, um langfristigen Erfolg zu garantieren.

Frau Schneckenburger stellte – ebenfalls anhand einer PowerPoint-Präsentation- die in Freiburg seit einigen Jahren bestehende gute Vernetzung der Partner im Betreuungswesen vor:

1. Freiburger Arbeitsgemeinschaft Betreuungsrecht (FAB)

Teilnehmer:

Betreuungsbehörde

Richter/innen und Rechtspfleger/innen

Betreuungsvereine

Vertreter/innen der Berufsbetreuer/innen

Die FAB tagt zweimal jährlich, die Einladung und Organisation, wie z.B. die Tagesordnung, die Ladung von Referentinnen und Referenten etc. erfolgt durch die Betreuungsbehörde.

2. Regelmäßige Treffen Betreuungsbehörde und Betreuungsvereine

Teilnehmer: Leitung und Mitarbeiter/Mitarbeiterinnen der Betreuungsbehörde und der drei Freiburger Betreuungsvereine

Diese Treffen finden alle 2 Monate statt und beschäftigen sich mit einem gemeinsamen Jahresprogramm, mit der Öffentlichkeitsarbeit und der Rekrutierung, Ausbildung und Begleitung von ehrenamtlichen Betreuern/Betreuerinnen.

3. Runder Tisch der Berufsbetreuerinnen und -betreuer

Teilnehmer: ca. 40 Berufsbetreuer/innen und Vertreter der Betreuungsbe-

hörde. Die Sitzung wird gemeinsam durch eine Vertretung der Berufsbetreuer/innen und die Betreuungsbehörde vorbereitet. Die Organisation erfolgt überwiegend durch die Berufsbetreuerinnen und Berufsbetreuer. Es werden Referentinnen und Referenten zu verschiedenen Themen geladen, z.B. Jobcenter, Krankenkasse, Seniorenbüro etc.. Des Weiteren dient diese Runde dem Austausch und der Vernetzung der Berufsbetreuerinnen und Berufsbetreuer untereinander.

II. Diskussion

Anschließend fand eine rege Diskussion der Arbeitsgruppe zur Notwendigkeit der Vernetzung auf den verschiedenen Ebenen statt. Es wurde auf die unterschiedlichsten Gegebenheiten vor Ort, z.B. auf die Vernetzungsmöglichkeiten mit Erbringern der anderen Hilfen eingegangen. So gibt es einige positive Beispiele bei Landratsämtern oder Stadtverwaltungen, bei denen außer der Betreuungsbehörde ein allgemeiner Sozialdienst für Erwachsene, ein Sozialpsychiatrischer Dienst, ein Netzwerk Demenz oder ähnliche Dienste angegliedert sind. Eine Vernetzung der Betreuungsbehörden mit diesen Diensten ist gut machbar. Schwieriger wird das Unterfangen, wenn diese Hilfen bei freien Trägern oder kleinen Initiativen angeboten werden. Aber auch hier ist es Aufgabe der Betreuungsbehörde, ein Netzwerk zu schaffen und zu begleiten. Des Weiteren muss die Betreuungsbehörde bei ihren Verwaltungen auf fehlende Angebote zur Beratung und zur Unterstützung der Bevölkerung hinweisen.

Das abschließende gemeinsame Statement der Arbeitsgruppe:

1. Regionale und überregionale Aktivitäten in Arbeitsgemeinschaften und Kooperationsnetzwerken sind wichtig für die Qualitätssicherung und –entwicklung im Betreuungswesen.
2. Eine effektive Betreuungsvermeidung durch „andere Hilfen“ ist nur möglich, sofern diese existieren und nutzbar sind und bei den Beteiligten ausreichende Ressourcen für die Schnittstellenarbeit vorhanden ist.

Beschwerdekultur – Kontrolle außerhalb der gerichtlichen Aufsicht

AG4: Prof. Dr. Werner Bienwald, Petra Rossmann, Prof. Dr. Wolf Crefeld,
Moderation: Uwe Harm

In der Arbeitsgruppe wurde von den Referenten und den Teilnehmern festgestellt, dass die gerichtliche Aufsicht – eine Rechtsaufsicht, keine Fachaufsicht – nur einen Ausschnitt der Betreuer Tätigkeit im Blick hat. Darüber hinaus gibt es keine gesetzlich normierte Kontrolle.

Beschwerden im weitesten Sinne – also keine klassischen Rechtsmittel – erhalten Betreuungsvereine (hier insbesondere von ehrenamtlichen Betreuern aus der Familie), Betreuungsbehörden (häufig Angehörige gegen Berufsbetreuer) und verschiedene Beschwerdestellen (mit einem bunten Fächer von Beschwerden).

I. Vorschläge

Die Referenten in der Arbeitsgruppe nahmen dazu Stellung und brachten eigene Vorschläge zur Vermeidung unnötiger Beschwerden ein.

Prof. Dr. Werner Bienwald konzentrierte sich auf den „Gegenbetreuer“ (Gegenvormund gem. § 1792 BGB, der über § 1908i BGB für das Betreuungsrecht Anwendung findet). Dieses Rechtsinstitut ist weithin unbekannt und wird auch von den Gerichten selten in Anspruch genommen. Die Diskussion zeigte auch, dass ganz unterschiedliche Vorstellungen dazu bestanden. Prof. Dr. Bienwald erläuterte, dass der Gegenbetreuer kein gesetzlicher Vertreter ist, also auch nicht als „weiterer Betreuer“ gilt und nur bei größeren Vermögensverwaltungen vom Gericht als Kontrollorgan bestellt werden soll. Der Gegenbetreuer hat die Aufgabe, diverse Geldgeschäfte, Geldanlagen und einigen andere Rechtsgeschäfte, anstelle und zur Entlastung der Gerichte zu kontrollieren und zu genehmigen. Er zeichnet auch die Rechnungslegung vorab mit. Grundgedanke ist das sog. „Vier-Augen-Prinzip“, das sowohl Missbrauch wie auch Fehler wegen Unkenntnis verhindern kann.

In einem früheren Aufsatz hatte Prof. Dr. Bienwald auch die Idee vertreten, man könne den Gegenbetreuer mit weiteren Aufgaben versehen und auch als Begleiter für ehrenamtliche Betreuer bei wichtigen Rechtsgeschäften und anderen Rechtsakten bestellen.

Prof. Dr. Wolf Crefeld berichtete zunächst anschaulich über einen Fall in der Psychiatrie mit erheblichen Übergriffen aufgrund fehlerhaften Verhaltens des behandelnden Arztes und der Umsetzung bzw. Vollstreckung durch die Pflegekräfte, die zu einem unnötigen Gewalteingriff gegen die betroffene Person führte. Mangelnde Kommunikationsfähigkeit und Empathie konnten klar als Ursache festgestellt werden. Aber wichtig war die Feststellung, dass zwar ein Beschluss des Gerichts über die geschlossene Unterbringung vorgelegen hat, die Umsetzung aber keiner Kontrolle und keiner rechtlichen Begleitung unterlag.

Er machte deutlich, dass es im Betreuungswesen immer noch in vielen Bereichen an der nötigen Fachlichkeit fehlt. Auch die Berufsbetreuer haben keine einheitliche Fachlichkeit. Er plädierte für ein Kammer System mit Berufsaufsicht, das für die Zulassung und den Entzug der Zulassung klare fachliche Voraussetzungen bestimmen könnte.

Auch in der Psychiatrie fehle es häufig noch an der nötigen Kommunikationsfähigkeit, um mit psychisch kranken Menschen menschenwürdig umgehen zu können. Er erinnerte angesichts des von ihm vorgetragenen Falles an das gute Beispiel des Patientenanwalts nach österreichischem Recht.

Petra Rossmann von der Beschwerde- und Informationsstelle Psychiatrie (BIP) in Berlin trug dann mit entsprechenden Folien die Arbeit und die Ergebnisse nach Art der Beschwerden, nach Beschwerdeführern und den Möglichkeiten der Vermittlung vor. Es wurde deutlich, dass es unabhängig von den formalen Beschwerdemöglichkeiten (Rechtsmittel) und der Aufsicht der Gerichte eine niederschwellige Beschwerdemöglichkeit geben muss. Die Beschwerdestellen leisten insoweit gute Arbeit - angefangen von der Beratung bis zum Versuch der Vermittlung.

Nach ihrer Statistik kommen die meisten Beschwerden aus dem Bereich der Psychiatrie, gefolgt von Beschwerden über die Betreuer. Nicht immer sind die Beschwerden begründet. Dennoch zeigen auch die eher unbegründeten Beschwerden, wie undurchschaubar die Verfahren in der Betreuung für die Betroffenen sind.

Interessant waren auch die Beschwerden, die bei Gericht erhoben werden. Hier fiel auf, dass die Beschlüsse und deren Begründungen weithin nicht verstanden werden. Formelhafte Begründungen, Überinformationen und

unverständliche Belehrungen werden immer wieder beklagt. Auch der Umgang mit Beschwerden an das Gericht, um die Aufsicht zu aktivieren, wird beklagt, da es häufig keine Rückmeldungen gibt.

Eine Analyse der Beschwerden könnte aufschlussreich sein, um kleine Reformen und Veränderungen in der Verfahrensweise der Gerichte auf den Weg zu bringen.

Aus der Arbeitsgruppe stellte schließlich noch der Bundesverband der Berufsbetreuer (BdB) seine eigene Beschwerdestelle vor. **Jochen Halbreiter** erläuterte die Verfahrensweise mit Schlichtungsangeboten. Allerdings sind hier nur Beschwerden über Berufsbetreuer, die auch Mitglied im Verband sind, angesprochen.



Mitwirkende / Referentinnen und Referenten

Ackermann, Brunhilde, Diplom-Verwaltungswirtin i.R., Immenhausen

Aebi-Müller, Regina, Prof. Dr. iur., Universität Luzern,

Juristische Fakultät, Luzern

Arai, Makato, Prof. Dr. iur., Chuo Universität, Juristische Fakultät,

Präsident der japanischen Vereinigung für Erwachsenenschutzrecht,

Tokio

Barth, Peter, LStA, Dr. iur., Abteilungsleiter Bundesministerium für

Justiz Österreich, Abteilung für Personen-, Familien- und Erbrecht, Wien

Bauer, Axel, Richter am Amtsgericht a.w.a.R, Amtsgericht Frankfurt / Main

Becker, Thorsten, Berufsbetreuer, Vorsitzender des Bundesverbandes

der Berufsbetreuer/innen (BdB), Gießen

Bienwald, Werner, Prof. Dr. iur., Kanzlei Dres. Bienwald, Oldenburg

Blankman, Kees, Prof. Dr. iur., Assistenzprofessor,

Universität Amsterdam, Juristische Fakultät, Amsterdam

Brose, Dagmar, Prof. Dr. iur., Technische Hochschule Köln, Institut für

Soziales Recht, Vizepräsidentin des Organisationskomitees des 4. Weltkongresses Betreuungsrecht, Köln

Brucker, Uwe, M.A., Fachgebietsleiter, Medizinischer Dienst des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen e.V. (MDS), Essen

Bouttier, Pierre, Präsident des ANDP, Paris

Dabove, María Isolina, Prof. Dr. iur., Universität Buenos Aires,

Universität Rosario, Forschungseinrichtung für Altenrecht, Buenos Aires

Dannhäuser, Barbara, Referentin, Arbeitsstelle Rechtliche Betreuung

der katholischen Betreuungsvereine, Düsseldorf

Davidson, Gavin, Dr. rer. Soc., Hochschullehrer, Universität Belfast, Fachbereich für Soziologie, Sozialpolitik und Sozialarbeit, Belfast

Degener, Theresia, Prof. Dr. iur., Stellvertretende Vorsitzende des Ausschusses der Vereinten Nationen für die Rechte von Menschen mit Behinde-

rungen, Evangelische Fachhochschule Rheinland-Westfalen-Lippe, FB

1: Soziale Arbeit, Bildung und Diakonie, Lehrgebiet: Recht und Disability

Studies, Bochum

Diekmann, Andrea, Dr. iur., Vizepräsidentin des Kammergerichts, Berlin

Dobberthien, Maren, Richterin am Landgericht, zZt. der Tagung Referentin

im Justizministerium Baden-Württemberg, Stuttgart

Dose, Hans-Joachim, Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof, 12. Zivil-

senat, Karlsruhe

Erickson, Yolande, Rechtsanwältin, Los Angeles

Exler-König, Jochen, Vorsitzender des

International Guardianship Network (IGN), Berlin

Eyraud, Benoît, Assistenzprofessor, Leiter des Collectif Contrast Forschungs-

programms, Universität Lyon, Zentrum Max Weber, Lyon

Ganner, Michael, Prof. Dr. iur., Universität Innsbruck,

Institut für Zivilrecht, Innsbruck

Gerloff, Volker, Rechtsanwalt, Anwaltsbüro Gerloff & Gilsbach, Berlin

Gözl, Klaus, Dipl. Sozialarbeiter,

Leiter der Betreuungsbehörde Stuttgart, Stuttgart

Grebe, Sibylle, Rechtsanwältin, Conover & Grebe LLP, Torrance

Grier, Kim, Vorstandsmitglied der NGA, NGA Board Member,

Abteilung für Altenhilfe, Atlanta

Guhling, Hartmut, Richter am Bundesgerichtshof, 12. Zivilsenat, Karlsruhe

Harm, Uwe, Dip. Rechtspfleger, Amtsgericht Bad Segeberg, Daldorf

Henking, Tanja, Prof. Dr. iur. LL.M., Fachanwältin für Medizinrecht, Vertrau-

ensanwältin, Hochschule für angewandte Wissenschaften Würzburg,

Bremen

Huang, Sieh-Chuen, Pro. Dr. iur., Assistenzprofessorin, Nationaluniversität

Taiwan, Juristische Fakultät, Taipei

Hurme, Sally, Expertin für Altenrecht, Bridgewater

Je, Cheolung, Prof. Dr. iur., Seoul

Johns, Frank A., Fachanwalt für Altenrecht, Vorsitzender des „National Guardianship Network“, Greensboro

Ketscher, Kirsten, Prof. Dr. iur., Universität Kopenhagen, Zentrum für rechtliche Studien zu Wohlfahrt und Markt, Kopenhagen

Kienemund, Beate, Abteilungsleiterin, Abteilung I: Bürgerliches Recht, Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Berlin

Kleber, Robert, Leiter Zentrale Register der Bundesnotarkammer, Berlin

Klie, Prof. Dr. habil., Evangelische Hochschule Freiburg, Freiburg

Koh, Daniel, Leiter der Vormundschaftsbehörde Singapur, Ministerium für Sozial- und Familienentwicklung, Singapur

Lang, Undine, Prof. Dr. med., Fachärztin für Psychiatrie, Universität Basel, Basel

Lenk, Christoph, Dr. med., Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, Hamburg

Lipp, Volker, Prof. Dr. Dr. h.c. iur., Präsident des 4. Weltkongresses zum Betreuungsrecht, Universität Göttingen, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht, Medizinrecht und Rechtsvergleichung, Göttingen

Loer, Annette, Richterin am Amtsgericht a.w.a.R., Amtsgericht Hannover, Hannover

Lush, Denzil, Vorsitzender Richter a.D., Gericht für Erwachsenenschutz, London

Marschner, Rolf, Dr. iur., Rechtsanwalt, Kanzlei Dr. Rolf Marschner, München

Marx, Holger, Fachbereichsleiter Unit Manager, Betreuungsstelle Kreis Mainz-Bingen, Ingelheim

May, Arnd T., Dr. phil., Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, Institut für Geschichte und Ethik der Medizin, Erlangen

Mückner, Lars, Richter am Amtsgericht, Duisburg

Müller, Robert, Mag., Vereinssachwalter, Verein für Sachwalterschaft, Ver-
tretungsNetz, Graz

Müller, Tanja, Dipl. Psychologin, Johann Wolfgang von Goethe Universität Frankfurt / Main, Interdisziplinäre Alterswissenschaft, Fachbereich Erziehungswissenschaften, Frankfurt / Main

Novack, Barbara, Prof. Dr. iur., Universität Ljubljana, Juristische Fakultät, Ljubljana

Odlöw, Torbjörn, Dr. iur., LL.M., Hochschullehrer für Privatrecht, Juristische Abteilung, Fachbereich Wirtschaft, Göteborg

Oeschger, Gerold, Dipl. Sozialarbeiter, Betreuer, Betreuungsbüro am See, Radolfzell

Ohlmeier, Martin, Prof. Dr. med., Facharzt für Neurologie, Psychiatrie und Psychotherapie, Klinikum Kassel, Kassel

Ohgaki, Hisashi, Prof. iur., Stellvertretender Direktor, Ritsumeikan Universität, Zentrum für wirtschaftliche Gerontologie, Rechts- und Wirtschaftswissenschaften, Tokio

Poetsch, Michael, Lehrer für Pflegeberufe, Verfahrenspfleger, Staufenberg

Renner, Oliver, Dipl. Sozialarbeiter, Betreuungsverein Kiel e.V., Kiel

Renner, Thomas, Dr. iur., Notar, Erfurt

Rigamonti, Roberta, Direktorin, Verein für Sachwalterschaft, Bolzano

Rosch, Daniel, Prof. iur., Hochschule Luzern, Luzern

Rossmannith, Petra, Projektleiterin der Beschwerde- und Informationsstelle Psychiatrie in Berlin (BIP), Berlin

Schlaffer, Peter, Dr., Geschäftsführer VertretungsNetz (Verein für Sachwalterschaft, Patientenanzwaltschaft, Bewohnervertretung (VSP)), Wien

Schlitt, Roland, Dipl. Rechtspfleger, Amtsgericht Kassel, Kassel

Schmahl, Stefanie; Prof. Dr. iur., Universität Würzburg, Lehrstuhl für deutsches und ausländisches öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht, Würzburg

Schneckenburger, Monika, Sachgebietsleiterin, Betreuungsbehörde Freiburg, Freiburg

Schnellenbach, Annette, LL.M., Referatsleiterin, Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Referat für Betreuungsrecht und Frauenpolitik, Berlin

Schvyens, Malcolm, Stellvertretender Präsident des Gerichts und Leiter der Abteilung für Vormundschaftssachen, Vorsitzender des „Australian Guardianship and Administration Council“, Sydney

Scholl, Sieglind, Referentin Recht, Assessorin, Diakonie Deutschland, Karlsruhe

Sigusch, Stephan, Geschäftsführer, Betreuungsverein Oschersleben, Oschersleben

Steen-Helms, Helga, Juristin, Sozialpädagogin, Referentin, Hessisches Ministerium für Soziales und Integration, Wiesbaden

Suga, Fumie, Prof. Dr. iur., Hosei Universität, Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät, Tokio

Tai, Yu-Zu, Associate Professor, Taipei City, Taiwan

Takahashi, Hiroshi, Rechtsanwalt, Geschäftsführer, Japan Adult Guardianship Law Corporate Association (JAGA), Tokio

Taylor, Joanne, Geschäftsführerin, Nidus Personal Planning Resource Centre, Vancouver

Thaler, Josef, Geschäftsführer, Betreuer, Executive Director, Sachwalterverein Liechtenstein (NGO), Association for Court-Appointed (Legal) Representatives Liechtenstein (NGO), Triesen

Thar, Jürgen, Dipl. Sozialarbeiter, Betreuer, Erftstadt-Köttingen

Türk, Ali, Geschäftsführer, Institut für transkulturelle Betreuung (Betreuungsverein), Hannover

von Schwänenflügel, Matthias, Dr., Abteilungsleiter, Abteilung 3: Demographischer Wandel, Ältere Menschen, Wohlfahrtspflege, Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Berlin

Ward, Adrian, Rechtsanwalt, TC Young LLP, TC Young Turnbull & Ward, Glasgow

Watts, Laura Tamblyn, Leitende Wissenschaftliche Mitarbeiterin, Kanadisches Zentrum für Altenrecht, Vancouver

Wimmer, Sönke, Dipl. Sozialarbeiter, Betreuungsverein Kiel, Kiel

Winterstein, Peter, Vizepräsident des OLG Rostock i.R., Vorsitzender des BGT e.V., Schwerin

Wöhler, Ulrich, Dezernent für Soziales, Jugend, Sport und Gesundheit beim Landkreis Hildesheim, Hildesheim

Wurster, Barbara, Referatsleiterin, Bundesministerium für Familie, Senioren und Jugend, Bonn

Zander, Karl-Heinz, Dipl. Sozialarbeiter, Geschäftsführer des BGT e.V., Sekretär des 4. Weltkongresses zum Betreuungsrecht, Bochum

Zinsmeister, Julia, Prof. Dr. iur., Technische Hochschule Köln, Fakultät für Angewandte Sozialwissenschaften, Zivil- und Sozialrecht, Köln



