

Klaus Lachwitz

# Auswirkungen der UN- Behindertenrechtskonvention auf das deutsche Geschäftsfähigkeits- und Betreuungsrecht

## Überlegungen aus der Perspektive von Menschen mit geistiger Behinderung

*Der Beitrag untersucht die Auswirkungen des Art. 12 UN-BRK auf das Recht der Geschäftsfähigkeit (§§ 104f. BGB) und das Betreuungsrecht (§§ 1896ff. BGB). Der Verfasser kommt zu dem Ergebnis, dass die Regelungen der §§ 104 und 105 BGB nicht mit den Verpflichtungen in Einklang stehen, die Deutschland durch die Ratifikation der Un- Behindertenrechtskonvention gemäß Art. 12 UN-BRK eingegangen ist. Artikel 12 Abs. 3 UN-BRK verpflichtet die Vertragsstaaten der BRK, Menschen mit Behinderungen bei der wirksamen Teilnahme am Rechtsverkehr zu unterstützen, ohne ihre Rechts- und Handlungsfähigkeit einzuschränken. Das Betreuungsrecht enthält Elemente der Unterstützung im Sinne des Art. 12 Abs. 3 UN-BRK, aber der Betreuer hat die Stellung eines gesetzlichen Vertreters inne. Insoweit bedarf auch das Betreuungsrecht der Änderung und Weiterentwicklung.*

Deutschland hat das von der Generalversammlung der Vereinten Nationen am 13. Dezember 2006 verabschiedete Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (Behindertenrechtskonvention – UN-BRK) mit Wirkung zum 26. März 2009 auf der Grundlage des Art. 59 Abs. 2 Grundgesetz (GG) ratifiziert.<sup>1</sup> Der Vertragsinhalt der UN-BRK ist damit Teil des geltenden Bundesrechts der Bundesrepublik Deutschland geworden, und zwar im Rang eines einfachen Bundesgesetzes.<sup>2</sup> Das Ratifikationsverfahren ist ohne Vorbehalt zu einzelnen Artikeln<sup>3</sup> oder Passagen der UN-Behindertenrechtskonvention abgeschlossen worden. Deutschland ist somit an den gesamten Vertragsinhalt des Übereinkommens der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen gebunden.

Welche Rechtsfolgen sich aus der vorbehaltlosen Ratifikation der UN-BRK für die deutsche Rechtsordnung ergeben, muss für jeden einzelnen Artikel im Vergleich mit dem geltenden deutschen Recht geprüft werden. Nachfolgend soll der Frage nachgegangen werden, wie sich der mit der Überschrift „Gleiche Anerkennung vor dem Recht“ versehene Art. 12 UN-BRK auf das insbesondere für Menschen mit geistiger oder psychosozialer Behinderung<sup>4</sup> zur Anwendung

1 BR-Drs. 760/08; BT-Drs. 16/10808; BT-Drs. 16/11234; BGBl. 2008 Teil II S. 1419 ff.

2 Vgl. BVerfG NJW 2010, 1943.

3 Vgl. Art. 46 UN-BRK.

4 Die Personengruppe von Menschen mit psychosozialer Behinderung wird im deutschen Recht überwiegend als psychisch krank oder seelisch behindert (vgl. § 1896 Abs. 1 BGB) bzw. auch als demenz bezeichnet, soweit die kognitive Beeinträchtigung im Alter auftritt.

kommende Recht der Geschäftsfähigkeit (§§ 104 f. BGB) und das Betreuungsrecht (§§ 1896 ff. BGB) auswirkt.

## 1. Die Stellung des Art. 12 UN-BRK im Kontext der UN-Behindertenrechtskonvention

### 1.1. Die Bedeutung des allgemeinen Grundsatzes des Art. 3 lit. a) UN-BRK für die Auslegung und Anwendung des Art. 12 UN-BRK

Die UN-Behindertenrechtskonvention will dazu verhelfen, Menschen mit Behinderungen zu gleichberechtigten Bürgerinnen und Bürgern ihres jeweiligen Landes zu machen. Wesentliche Voraussetzungen dafür sind aus menschenrechtlicher Sicht die in den allgemeinen Grundsätzen des Übereinkommens genannte „Achtung der dem Menschen innewohnenden Würde, seiner individuellen Autonomie einschließlich der Freiheit, eigene Entscheidungen zu treffen, sowie seiner Unabhängigkeit“ (Art. 3 lit.a) UN-BRK). Während die Achtung der Menschenwürde das oberste Gebot des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland ist (Art. 1 GG), findet der Begriff der „individuellen Autonomie“ in der deutschen Rechtsordnung nur selten Anwendung.<sup>5</sup> Demgegenüber steht die Achtung der individuellen Autonomie und die Achtung der Unabhängigkeit eines Menschen in Art. 3 lit.a) UN-BRK mit dem Schutz der dem Menschen innewohnenden Würde rechtlich auf der gleichen Stufe. Dabei ist zu beachten, dass die in Art. 3 lit.a) UN-BRK verankerte Achtung der individuellen Autonomie die Freiheit einschließt, „eigene Entscheidungen zu treffen“. Dies macht deutlich, dass die UN-Behindertenrechtskonvention den Menschen mit Behinderungen als ein Individuum ansieht, das nach Unabhängigkeit strebt und dessen Unabhängigkeit u.a. dadurch gewährleistet wird, dass der Vertragsstaat, der die UN-BRK ratifiziert, die seiner Rechtsordnung zugeordneten Staatsangehörigen mit Behinderungen als mündige Bürgerinnen und Bürger anerkennt, die ihren Lebensalltag selbst bestimmen.

### 1.2. Die Ausstrahlung des Buchstaben n) der Präambel der UN-BRK auf Art. 12 UN-BRK

Die Begriffe „individuelle Autonomie“ und „Unabhängigkeit“ werden bereits in der Präambel der UN-BRK verwendet, denn dort heißt es unter Buchstabe n), dass die Vertragsstaaten anerkennen, „*wie wichtig* die individuelle Autonomie und Unabhängigkeit für Menschen mit Behinderungen ist, einschließlich der Freiheit, eigene Entscheidungen zu treffen.“ Die Präambel der UN-BRK ist zwar rechtlich unverbindlich; sie gibt jedoch einen menschenrechtsspezifischen Auslegungsmaßstab vor (vgl. Art. 31 Nr. 2 Wiener Vertragsrechtskonvention – WVK).<sup>6</sup>

5 Der Begriff wird weder im Grundgesetz noch im Betreuungsrecht verwendet, spielt jedoch eine wesentliche Rolle im Bereich der Sterbehilfe; vgl. Eric Hilgendorf, Sterbehilfe und individuelle Autonomie. Erkundungen und Klärungsversuche auf vermintem Gelände, Textarchiv TA-2006-8. Die individuelle Autonomie eines Menschen wird allerdings teilweise vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht i.S.d. Art. 2 Abs. 1 GG erfasst. So wird das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit z.B. durch die Anordnung einer Betreuung beeinträchtigt, vgl. BVerfGE 78, 77 (84).

6 Vgl. dazu Kotzur, Theorieelemente des internationalen Menschenrechtsschutzes, Berlin 2000, S. 105 ff.

### 1.3. *Art. 12 UN-BRK und der gemäß Art. 1 Satz 2 UN-BRK von der Behindertenrechtskonvention erfasste Personenkreis*

Die Achtung der individuellen Autonomie einschließlich der Freiheit, eigene Entscheidungen zu treffen, gilt für alle Menschen mit Behinderungen, also auch für Menschen mit schwerer geistiger Behinderung, psychosozialen Problemen, Demenzerkrankungen usw.. Dies folgt aus Art. 1 Satz 2 UN-BRK, wonach „zu den Menschen mit Behinderungen Menschen zählen, die langfristige körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben ...“.

Aus völkerrechtlicher Sicht wird damit deutlich, dass die UN-BRK keinen Menschen mit Behinderungen von der Einordnung ausschließen will, als Individuum, als mündige Bürgerin bzw. mündiger Bürger geachtet zu werden. Anders ausgedrückt: Aus menschenrechtlicher Perspektive gibt es keine Menschen mit Behinderungen erster und zweiter Klasse in dem Sinne, dass bestimmte Gruppen von Menschen mit Behinderungen – z.B. körperbehinderte, blinde oder gehörlose Menschen – alle Menschenrechte geltend machen können, während Menschen mit schweren geistigen und/oder psychosozialen Behinderungen die persönliche Ausübung einzelner Menschenrechte, z.B. das aktive und passive Wahlrecht (vgl. Art. 29 UN-BRK), das Recht der freien Wahl des Aufenthaltsorts (vgl. Art. 18 Abs. 1 UN-BRK) oder das Recht der freien Meinungsäußerung (vgl. Art. 21 UN-BRK) abgesprochen oder nur eingeschränkt zuerkannt werden soll.

### 1.4. *Die rechtliche Stellung von Menschen mit geistiger Behinderung im internationalen Vergleich*

Die Lebensrealität ist in vielen Staaten dieser Erde allerdings eine völlig andere. So hat z.B. der Commissioner for Human Rights des Council of Europe darauf hingewiesen, dass in zahlreichen Mitgliedstaaten des insgesamt 47 Länder umfassenden Europarats vielen Menschen mit geistiger und/oder psychosozialer Behinderung die rechtliche Handlungsfähigkeit aberkannt wird. Stattdessen stehen sie unter Vormundschaft und werden einem gesetzlichen Vertreter (Vormund) zugeordnet, der an ihrer Stelle häufig alle rechtlich relevanten Entscheidungen trifft.<sup>7</sup>

Unter diesen Voraussetzungen musste sich die Generalversammlung der Vereinten Nationen entscheiden, ob sie allen Menschen mit Behinderungen das Recht zusprechen will, eigene Entscheidungen zu treffen, oder ob sie einigen Personengruppen von Menschen mit Behinderungen unter bestimmten Voraussetzungen dieses Recht gar nicht oder nur eingeschränkt zukommen lassen will. Sie hat sich für die erste Alternative entschieden und – wie nachfolgend gezeigt wird – Einzelheiten dazu insbesondere in der Vorschrift des Art. 12 UN-BRK geregelt.

## 2. *Inhalt des Art. 12 Abs. 1 und des Art. 12 Abs. 2 UN-BRK*

### 2.1. *Rechtsfähigkeit gemäß Art. 12 Abs. 1 UN-BRK*

Menschen mit Behinderungen sind nach Art. 12 Abs. 1 und Abs. 2 UN-BRK berechtigt, als Rechtssubjekte anerkannt zu werden, d.h. als Personen, die die Fähigkeit besitzen, Träger von Rechten und Pflichten zu sein. Sie sind rechtsfähig,

7 Thomas Hammberg, Persons with mental disabilities should be assisted but not deprived of their individual human rights, [http://www.coe.int/t/commissioner/veewpoints/090921\\_en.asp](http://www.coe.int/t/commissioner/veewpoints/090921_en.asp) (abgerufen am 30.8.2012).

und zwar „gleichberechtigt mit anderen“. Auf das deutsche Recht übertragen bedeutet dies, dass behinderte Menschen wie Menschen ohne Behinderungen gemäß § 1 BGB ab Vollendung der Geburt rechtsfähig sind. Dies gilt gemäß Art. 12 Abs. 2 UN-BRK für „alle Lebensbereiche“.

## 2.2. Handlungsfähigkeit gemäß Art. 12 Abs. 2 UN-BRK

Die Vertragsstaaten erkennen darüber hinaus gemäß Art. 12 Abs. 2 UN-BRK an, dass Menschen mit Behinderungen nicht nur rechtsfähig sind, sondern „in allen Lebensbereichen gleichberechtigt mit anderen Handlungsfähigkeit“ genießen.

## 2.3. Auslegung des Begriffs „Legal Capacity“ gemäß Art. 12 Abs. 2 UN-BRK

Der englische Originaltext der UN-BRK, der gemäß Art. 50 UN-BRK im Gegensatz zur amtlichen deutschen Übersetzung<sup>8</sup> verbindlich ist, unterscheidet nicht zwischen Rechts- und Handlungsfähigkeit, sondern verwendet den Begriff „legal capacity“, der in allen Rechtsordnungen, die dem angelsächsischen Sprachraum unterfallen, als ein die Rechts- und Handlungsfähigkeit gleichermaßen umfassender Begriff verstanden wird und zur Anwendung kommt. Die in Art. 12 Abs. 2 UN-BRK genannte „Legal Capacity“ schließt damit nicht nur die Fähigkeit eines Menschen mit Behinderungen ein, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, sondern erstreckt sich auch auf die Fähigkeit, durch eigenes Handeln Rechtswirkungen hervorzurufen. Gemeint ist damit jedwedes Handeln, das Rechtswirkungen erzeugt.

## 2.4. Handlungsfähigkeit im deutschen Recht

Im deutschen Recht wird der Begriff der Handlungsfähigkeit in der Regel aufgefächert in Geschäftsfähigkeit (§§ 104 ff. BGB), Deliktsfähigkeit (§§ 827 f. BGB) und die Verantwortlichkeit für die Verletzung von Verbindlichkeiten (§ 276 Abs. 1 Satz 2 BGB).<sup>9</sup> Der Begriff „legal Capacity“ umfasst jedoch auch die Einwilligungsfähigkeit eines Menschen, d.h. die Fähigkeit, z.B. in ärztliche Eingriffe einzuwilligen. Dies folgt daraus, dass nach h.M. im deutschen Recht die Einwilligungsfähigkeit eines Menschen nicht schematisch mit der Geschäftsfähigkeit gleichgesetzt werden darf. Entscheidend ist stattdessen, „ob der Handelnde ein solches Maß an Verstandesreife erreicht hat, dass er die Tragweite seiner Entscheidung zu übersehen vermag“.<sup>10</sup>

## 2.5. Der vom Begriff „Legal Capacity“ gemäß Art. 12 Abs. 2 UN-BRK erfasste Personenkreis

„Legal Capacity“ i.S.v. Art. 12 Abs. 2 UN-BRK genießen alle Menschen mit Behinderungen, d.h. alle Personen, die „körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, welche sie in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können“ (Art. 1 Satz 2 UN-BRK). Damit wird deutlich, dass die „gleiche Anerkennung vor dem Recht“, die mit Hilfe des Art. 12 UN-BRK erreicht werden soll, nicht nur auf bestimmte Gruppen von Menschen mit Behinderungen zielt, sondern für alle behinderten Menschen gilt, also auch für

8 Vgl. BT-Drs. 16/10808.

9 Palandt/Ellenberger, Bürgerliches Gesetzbuch, 71. Auflage 2012, Überblick vor § 1 BGB Rdnr. 3.

10 Palandt/Ellenberger (Fn. 9), Überblick vor § 104 BGB Rdnr. 8 m.w.N.

Menschen mit geistiger oder seelischer Behinderung, Demenz u.a.<sup>11</sup> Dies ist schon deshalb bemerkenswert, weil das deutsche Recht davon ausgeht, dass es geschäftsunfähige (vgl. §§ 104 ff. BGB), einwilligungsunfähige (vgl. z.B. §§ 1901a, 1905 BGB) und deliktsunfähige (§§ 827 f. BGB) Menschen gibt, die nicht rechtswirksam handeln können und damit in aller Regel Menschen mit schweren geistigen Behinderungen, schweren psychosozialen Beeinträchtigungen (z.B. manische Depression, Schizophrenie) und Demenz (z.B. Alzheimer) erfasst.

## 2.6. Der Begriff „gleichberechtigt mit anderen“ in Art. 12 Abs. 2 UN-BRK

Art. 12 Abs. 2 UN-BRK kennt diese Einschränkungen nicht, sondern enthält lediglich den Hinweis, dass Menschen mit Behinderungen „gleichberechtigt mit anderen“, d.h. gleichberechtigt mit nichtbehinderten Menschen, „Rechts- und Handlungsfähigkeit genießen.“

Schließt ein Vertragsstaat also z.B. alle Kinder, die das siebente Lebensjahr noch nicht vollendet haben, von der Teilnahme am Rechtsverkehr aus, wie dies gemäß § 104 Nr. 1 BGB, § 105 Satz 1 BGB im deutschen Recht der Fall ist, so ist auch für Kinder mit Behinderungen bis zur Vollendung des siebenten Lebensjahres die Teilnahme am Rechtsverkehr ausgeschlossen. Gesteht der Vertragsstaat hingegen einem volljährigen Menschen die rechtliche Handlungsfähigkeit zu, so gilt dies für einen volljährigen behinderten Menschen gleichermaßen, denn die Rechts- und Handlungsfähigkeit i.S.d. Art. 12 Abs. 2 UN-BRK orientiert sich nicht an bestimmten individuellen Fähigkeiten des behinderten Menschen, sondern an der Gleichberechtigung mit nicht behinderten Menschen bei der Zuerkennung der Rechts- und Handlungsfähigkeit.

## 3. Die Unterstützung („Support“) in Art. 12 Abs. 3 UN-BRK als Leitbegriff zur Verwirklichung der gleichen Anerkennung von Menschen mit Behinderungen vor dem Recht

### 3.1. Anknüpfung des Art. 12 Abs. 3 UN-BRK an Art. 15 Nr. 2 CEDAW

Die UN-Behindertenrechtskonvention führt keine neuen Menschenrechte ein, sondern baut auf den bereits bestehenden Menschenrechten auf (vgl. dazu insbesondere die Präambel unter den Buchstaben a) bis d) und entwickelt sie weiter.<sup>12</sup> Art. 12 Abs. 3 UN-BRK ist dafür ein Beispiel: In dieser Vorschrift wird statuiert, dass Menschen mit Behinderungen nicht nur die Rechts- und Handlungsfähigkeit gleichberechtigt mit anderen innehaben, sondern diese auch ausüben können. Damit wird an die in Art. 15 Nr. 2 der Konvention zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women - CEDAW)<sup>13</sup> enthaltene Regelung angeknüpft, wonach „die Vertragsstaaten in zivilrechtlichen Angelegenheiten Frauen dieselbe Rechtsfähigkeit wie Männern gewähren und ihnen dieselbe Gelegenheit zur Ausübung dieser Rechtsfähigkeit“ einräumen, sowie ihnen „insbesondere das gleiche Recht“ zuerkennen, „Verträge abzuschließen und Vermögen zu verwalten.“ Die Weiterentwicklung dieses in Art. 15 Nr. 2 CEDAW enthaltenen Grundgedankens in Art. 12 Abs. 3 UN-BRK besteht darin, dass Maßstab für die gleichberechtigte Ausübung der Rechts- und Handlungsfähigkeit

11 So auch O. Tolmein, Art. 12 Gleiche Anerkennung vor dem Recht, in: A. Welke (Hrsg.), UN-Behindertenrechtskonvention mit rechtlichen Erläuterungen, Berlin 2012, S. 136 ff. (138).

12 Degener, Die Behindertenrechtskonvention als Inklusionsmotor, RdJB 2009, 200 ff. (207).

13 BGBl. 1985 Teil II S. 648.

durch Menschen mit Behinderungen nicht die Männer, sondern die nichtbehinderten Menschen in den Vertragsstaaten sind und die Ausübung der Handlungsfähigkeit nicht auf den Abschluss von Verträgen und die Verwaltung von Vermögen beschränkt ist, sondern alle Handlungen erfasst, die Rechtswirkungen hervorrufen.

### 3.2. *Regelungen zum rechtlichen Schutz von Menschen mit geistigen Behinderungen in den UN-Vertragsstaaten*

Diese Erweiterung der Ausübung der Rechts- und Handlungsfähigkeiten eines Menschen führt allerdings nicht nur zu Vorteilen, sondern ist auch mit Risiken verbunden. Wer Verträge abschließt, muss für die übernommene Leistung einstehen (vgl. z.B. § 276 BGB); wer ein Delikt begeht, haftet in aller Regel für den eingetretenen Schaden (§ 823 BGB). Dies erklärt, warum in den meisten Ländern dieser Erde gesetzliche Vorschriften in Kraft sind, die insbesondere Menschen mit geistigen und/oder psychosozialen Behinderungen vor derartigen Risiken schützen wollen. Häufig handelt es sich dabei um Regelungen, die bei den Beratungen der UN-Behindertenrechtskonvention als „full or limited guardianship laws“ bezeichnet worden sind und bewirken, dass Menschen mit Behinderungen, die ihren freien Willen nicht selbst bestimmen können, einen gesetzlichen Vertreter („guardian“) erhalten, der an ihrer Stelle Entscheidungen trifft. Der einem gesetzlichen Vertreter unterstellte Mensch mit Behinderungen wird auf diese Weise vom Rechtsverkehr ausgeschlossen. Er ist geschäftsunfähig und kann keine rechtswirksamen Erklärungen abgeben bzw. rechtswirksame Handlungen vornehmen.

### 3.3. *„Support“ (Unterstützung) gemäß Art. 12 Abs. 3 UN-BRK im Unterschied zu „Substitute-Decision Making“ (ersetzte Entscheidung)*

Bei den Beratungen der UN-Behindertenrechtskonvention in der Zeit zwischen Januar 2004 und 2006 wurde lange darüber verhandelt, ob es weiterhin möglich sein sollte, Sonderregelungen der Vertragsstaaten zum Schutz insbesondere von Menschen mit geistiger und/oder psychosozialer Behinderung aufrechtzuerhalten. Einigkeit bestand darin, dass viele Menschen mit kognitiven Beeinträchtigungen unterschiedlicher Ursache schutzbedürftig sind, weil die Gefahr besteht, dass sie benachteiligt oder im Rechtsverkehr manipuliert werden. Streitig war jedoch, ob es weiterhin möglich sein sollte, Menschen mit Behinderungen unter bestimmten Voraussetzungen von der Teilnahme am Rechtsverkehr auszuschließen und einem für sie handelnden gesetzlichen Vertreter zu unterstellen. Deutlich wurde dieser Streit durch die von verschiedenen Seiten immer wieder ins Gespräch gebrachten unterschiedlichen Begriffe: „support“ und „substitute decision-making“. Während einige Regierungsdelegationen das Argument vorbrachten, die Anordnung einer Vormundschaft für Volljährige und die damit verknüpfte volle oder eingeschränkte Geschäftsfähigkeit (full or partial guardianship) führe zu einer Entrechtung der betroffenen behinderten Menschen, erfülle damit den Tatbestand der Diskriminierung i.S.d. Art. 2, Art. 3 lit. c und Art. 5 Abs. 2 UN-BRK und müsse deshalb aus menschenrechtlicher Sicht durch einen Schutzmechanismus ersetzt werden, der Menschen mit Behinderungen bei der Ausübung ihrer Rechts- und Handlungsfähigkeit unterstütze, ohne ihnen ihre Rechts- und Handlungsfähigkeit zu nehmen (supported decision making), beharrten andere Vertragsstaaten darauf, dass es weiterhin möglich sein müsse,

unter eng begrenzten Bedingungen Entscheidungen durch Dritte als gesetzliche Vertreter der behinderten Menschen zuzulassen (substitute decision making).<sup>14</sup>

### 3.4. Entscheidung der UN-Generalversammlung zugunsten des Begriff „Support“ im Sinne des Art. 12 UN-BRK

Durchgesetzt hat sich der Begriff „support“, der in der deutschen Fassung der UN-Behindertenrechtskonvention<sup>15</sup> mit dem Begriff „Unterstützung“ übersetzt wird, aber auch den Gedanken der Assistenz und Begleitung beinhaltet. In den mehrfach geänderten Vorentwürfen der UN-BRK waren als Alternative oder Ergänzung zum Begriff „support“ auch die Formulierungen „substituted decision making“ und/oder „appointment of legal representation“ enthalten.<sup>16</sup> Doch in der Endfassung der UN-Behindertenrechtskonvention ist auf diese Begriffe verzichtet worden. Noch kurz vor der endgültigen Abstimmung der Konvention in der UN-Generalversammlung im Dezember 2006 war in dem zur Vorlage vorgesehenen Text des Art. 12 Abs. 3 UN-BRK eine Fußnote enthalten, in der darauf hingewiesen wurde, dass der Begriff „legal capacity“ im arabischen, chinesischen und russischen Sprachraum nur die Rechtsfähigkeit, nicht aber die rechtliche Handlungsfähigkeit eines Menschen erfasst.

Auf diese Fußnote hat die Generalversammlung der Vereinten Nationen in der Endfassung der UN-Behindertenrechtskonvention jedoch bei der Endabstimmung verzichtet.<sup>17</sup> All dies spricht dafür, den Begriff „support“ in Art. 12 Abs. 3 UN-BRK so auszulegen, dass behinderten Menschen eine Unterstützung angeboten werden soll, die es ihnen ermöglicht, die Rechts- und Handlungsfähigkeit selbst auszuüben, ohne auf einen gesetzlichen Vertreter zurückgreifen zu müssen, der an Stelle der von der persönlichen Ausübung der Rechts- und Handlungsfähigkeit ausgeschlossenen behinderten Menschen rechtswirksam tätig werden soll.

### 3.5. Auslegung des Begriffs „Support“ gemäß Art. 12 Abs. 3 UN-BRK

Nicht zu bestreiten ist allerdings, dass die Entstehungsgeschichte einer völkervertragsrechtlichen Norm gemäß Art. 32 WVK bei der Auslegung nur eine nachrangige Rolle spielt.<sup>18</sup> Dennoch bleibt festzuhalten, dass die Begriffe „substituted decision making“ oder „appointment of legal representation“ vor allem deshalb in der Endfassung des Art. 12 Abs. 3 keine Berücksichtigung gefunden haben, weil allen an den Beratungen der Vorentwürfe zur UN-Behindertenrechtskonvention Beteiligten bewusst war, dass es ein vergebliches Unterfangen ist, auf internationaler Ebene verbindliche Kriterien festschreiben zu wollen, die in einer konkreten Situation eine klare Abgrenzung von Menschen mit Behinderungen, die noch selbst rechtswirksam handeln können, und behinderten Menschen, die eine Stellvertretung benötigen, ermöglichen. Die Gefahr der willkürlichen Zuordnung ist deshalb groß, und die Folgen einer falschen Zuordnung können fatal sein, denn die Unterstellung eines Menschen mit geistiger oder psychosozialer Behinderung unter einen „guardian“ (Vormund, gesetzlichen Vertreter) führt in einigen Ländern noch immer dazu, dass dieser Personenkreis in großen, häufig

14 Der Meinungsstreit ist dargestellt bei A. Dhanda, Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the past or Lodestar for the future?, Syracuse Journal of International Law and Commerce, 2007, 429 ff.

15 Vgl. Fn. 8.

16 Ausführlich dazu Dhanda (Fn. 14).

17 Siehe auch dazu bei Dhanda (Fn. 14).

18 V. Aichele/v. Bernstorff, Das Menschenrecht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht: Zur Auslegung von Art. 12 der UN-Behindertenrechtskonvention, BtPrax 2010, 199 ff.

abseits gelegenen Einrichtungen untergebracht, von der Teilhabe am allgemeinen gesellschaftlichen Leben weitgehend ausgeschlossen und ohne Anspruch auf Bildung und Beschäftigung verwahrt wird.<sup>19</sup>

### 3.6. Die Auffassung des UN-Ausschusses für die Rechte von Menschen mit Behinderungen (Art. 34 UN-BRK) zur Auslegung des Begriffs „Support“ gemäß Art. 12 UN-BRK

Der Begriff „support“ ist deshalb auch im Hinblick auf das in den allgemeinen Prinzipien gemäß Art. 3 lit.a UN-BRK beschriebene – dem Art. 12 UN-BRK übergeordnete – Ziel, die individuelle Autonomie von Menschen mit Behinderung zu achten, und zwar einschließlich der Freiheit, *eigene* Entscheidungen zu treffen, dahin auszulegen, dass damit ausschließlich das Ziel verfolgt werden soll, behinderten Menschen zur Ausübung *ihrer* rechtlichen Handlungsfähigkeit („exercising their legal capacity“) zu verhelfen. Gestützt wird diese Auslegung durch den Ausschuss der Vereinten Nationen für die Rechte von Menschen mit Behinderungen (Art. 34 UN-BRK), der die rechtliche Beurteilung des von Tunesien gemäß Art. 35 UN-BRK vorgelegten Staatenberichts mit der Aufforderung verknüpft hat, „to replace the regimes of substituted decision-making (nämlich „guardianship“ und „trusteeship“) by supported decision-making in the exercise of legal capacity“.<sup>20</sup>

### 3.7. Zugangsverschaffungspflicht der UN-Vertragsstaaten zur Unterstützung („Support“) gemäß Art. 12 Abs. 3 UN-BRK

Art. 12 Abs. 3 UN-BRK enthält kein individuelles Menschenrecht auf Unterstützung eines Menschen mit Behinderungen bei der Ausübung seiner Rechts- und Handlungsfähigkeit, sondern eine vertragsstaatliche Gewährleistungsverpflichtung in der Form einer Zugangsverschaffungspflicht, die auf die Unterstützung bei der Ausübung der Rechts- und Handlungsfähigkeit behinderter Menschen ausgerichtet ist. Dabei wird offengelassen, wie der jeweilige Vertragsstaat sicherstellt, dass die erforderliche Unterstützung i.S.d. Art. 12 Abs. 3 UN-BRK im Einzelfall tatsächlich zur Verfügung steht. Der Vertragsstaat kann die Unterstützung selbst organisieren und anbieten; er kann aber auch Dritte – z.B. gemeinnützige Leistungsanbieter – mit der Durchführung der notwendigen Unterstützungsleistungen beauftragen.<sup>21</sup> Er darf dies allerdings nicht dem Zufall überlassen, denn er ist gemäß Art. 12 Abs. 3 UN-BRK verpflichtet, alle „geeigneten Maßnahmen“ zu ergreifen, um die Zielsetzung zu verwirklichen, dass jeder Mensch mit Behinderungen, der bei der Ausübung seiner Rechts- und Handlungsfähigkeit auf Unterstützung angewiesen ist, diese auch erhält.

### 3.8. Zur Bedeutung des Begriffs „gegebenenfalls“ gemäß Art. 12 Abs. 3 UN-BRK

Zu beachten ist jedoch, dass die UN-Behindertenrechtskonvention nicht jeden Menschen mit Behinderungen mit unterstützenden Maßnahmen gemäß Art. 12 Abs. 3 UN-BRK überziehen will. Die Vertragsstaaten sind verpflichtet, geeignete Hilfen abrufbar zur Verfügung zu stellen; sie sollen dieser Gewährleistungsver-

19 Rosenthal/Jehn/Galvan, Abandoned and Disappeared: Mexico's Segregation and Abuse of Children and Adults with Disabilities, 2010; Human Rights Watch, Futures Stolen – Barriers to Education for Children with Disabilities in Nepal, 2011.

20 UN-Fachausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen: Concluding observations of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities (zum Staatenbericht Tunesiens), Ziffer 22.

21 So auch Tolmein (Fn. 11), S. 138 Rdnr. 5.

pflichtung jedoch nur nachkommen, wenn dies im Einzelfall erforderlich ist. Der Wortlaut des Art. 12 Abs. 3 UN-BRK bringt dies zum Ausdruck, indem es dort heißt, dass Zugang zu der Unterstützung verschafft werden soll, die Menschen mit Behinderungen bei der Ausübung ihrer Rechts- und Handlungsfähigkeit *gegebenenfalls* benötigen.<sup>22</sup>

In der Praxis sind entsprechende Unterstützungsmaßnahmen häufig nicht notwendig. Eine erwachsene querschnittsgelähmte oder blinde Person kann wie jeder nichtbehinderte Mensch jederzeit wirksame Verträge abschließen. Es bleibt der behinderten Frau bzw. dem behinderten Mann selbst überlassen, ob z.B. vor Vertragsabschluss die Beratung durch eine dritte Person eingeholt werden soll oder nicht. Die Notwendigkeit einer Unterstützung tritt eigentlich erst dann hervor, wenn der Mensch mit Behinderungen selbst um entsprechende Hilfe nachsucht, z.B. weil er die Seiten eines Vertragstextes nicht umblättern oder nicht lesen kann. Grundsätzlich gilt bei einer geistigen oder psychosozialen Behinderung nichts anderes. So gibt es z.B. Menschen mit Down Syndrom, die lesen und schreiben können, einfache Kaufverträge abzuschließen vermögen, wissen, welche medizinischen Maßnahmen sie vertragen usw.

Viele Menschen mit geistigen Behinderungen verfügen allerdings nicht oder nur eingeschränkt über derartige Möglichkeiten der Meinungsbildung und Entscheidungsfindung. Zahlreiche Eltern, Verwandte, Ärzte, mögliche Vertragspartner usw. folgern daraus, dass Personen mit geistiger Behinderung nicht die Fähigkeit haben, rechtlich wirksame Handlungen vorzunehmen. Sie wenden sich deshalb an das Gericht, um die Einrichtung einer Vormundschaft („guardianship) oder – soweit das in in Deutschland geltende Recht zur Anwendung kommt –, die Einrichtung einer rechtlichen Betreuung für einzelne Aufgabenkreise oder für alle Angelegenheiten, die rechtliches Handeln bedingen, durchzusetzen.

### 3.9. *Auslegung und Anwendungsbereich des Begriffs „geeignete Maßnahme“ gemäß Art. 12 Abs. 3 UN-BRK*

Art. 12 Abs. 3 UN-BRK fordert an dieser Stelle ein Umdenken ein: Bevor nach Maßnahmen gerufen wird, die mit einer gesetzlichen Vertretung verknüpft sind oder einer gesetzlichen Vertretung nahekommen, muss geprüft werden, ob es möglich ist, Menschen mit geistigen Behinderungen auf der Grundlage des Art. 12 Abs. 3 UN-BRK in die Lage zu versetzen, ihre Rechts- und Handlungsfähigkeit, die sie gemäß Art. 12 Abs. 2 UN-BRK „gleichberechtigt mit anderen genießen“, zu praktizieren, d.h. so auszuüben, dass eine gesetzliche Vertretung durch Dritte nicht erforderlich ist.

Art. 12 Abs. 3 UN-BRK eröffnet dazu zahlreiche Möglichkeiten, denn alle in dieser Vorschrift enthaltenen Begriffe, mit denen die Zugangsverschaffungspflicht der Vertragsstaaten beschrieben wird, sind unbestimmt und müssen mit Leben gefüllt werden. Dies gilt insbesondere für den Begriff der „geeigneten Maßnahme“, für die der Vertragsstaat einzustehen hat. Es handelt sich dabei nicht nur um Maßnahmen, die bereits verfügbar sind. Dies folgt schon daraus, dass der Wortlaut des Art. 12 Abs. 3 UN-BRK keine Einschränkung etwa dergestalt enthält: „to provide access to the *available* support required“, sondern die offene Formulierung verwendet: „to provide access to the support they *may require*.“ Notfalls muss ein Vertragsstaat, der sich bisher vor allem darauf konzentriert hat, Menschen mit geistiger Behinderung unter Vormundschaft zu stellen, für neue Formen der Unterstützung i.S.d. Art. 12 Abs. 3 UN-BRK sorgen, indem er seine

22 Deutlicher der englische Wortlaut des Art. 12 Abs. 3 UN-BRK: „... to provide access ... to the support they *may* require ...“.

soziale Infrastruktur erweitert. Unzulässig wäre es jedenfalls, die Ausübung der rechtlichen Handlungsfähigkeit einer dritten Person als gesetzliche Vertreterin bzw. gesetzlichem Vertreter des behinderten Menschen mit der Begründung zu übertragen, eine Unterstützung zur persönlichen Ausübung der rechtlichen Handlungsfähigkeit durch den behinderten Menschen selbst stehe nicht zur Verfügung.

### 3.10. Zur unmittelbaren Anwendbarkeit des Art. 12 Abs. 3 UN-BRK im deutschen Recht

Die Umsetzung des Art. 12 Abs. 3 UN-BRK kann also in einigen Vertragsstaaten mit erheblichen sozialen Anstrengungen verbunden sein und damit zu finanziellen Belastungen führen. Dies wirft die Frage auf, ab wann die Vertragsstaaten verpflichtet sind, Menschen mit Behinderungen Zugang zur Unterstützung gemäß Art. 12 Abs. 3 UN-BRK zu verschaffen. Grundsätzlich gilt, dass die UN-Behindertenrechtskonvention aufgrund der Ratifikation durch Deutschland die Geltung eines einfachen Bundesgesetzes hat<sup>23</sup> und damit wie jedes andere deutsche Gesetz ab seinem Inkrafttreten rechtsverbindlich ist. Es wäre jedoch verfehlt, daraus abzuleiten, dass jeder in der UN-Behindertenrechtskonvention enthaltene Artikel unmittelbar anwendbar ist. Dies ist vielmehr nach h.M. nur dann der Fall, wenn die in den einzelnen Artikeln enthaltenen Regelungen nach Wortlaut, Zweck und Inhalt geeignet und hinreichend bestimmt sind, wie innerstaatliche Vorschriften rechtliche Wirkung zu entfalten, also dafür keiner weiteren normativen Ausfüllung bedürfen (sog. self-executing norms).<sup>24</sup> Überträgt man diesen Grundsatz auf Art. 12 UN-BRK, so wird man angesichts des im angelsächsischen Sprachraum klar umrissenen und gemäß Art. 50 auch für die deutsche Rechtsordnung maßgeblichen Begriffs „legal capacity“ sagen können, dass die beiden ersten Absätze des Art. 12 UN-BRK keiner weiteren Umsetzung durch das nationale Recht bedürfen.<sup>25</sup> Dies gilt hingegen nur eingeschränkt für Art. 12 Abs. 3 UN-BRK, denn diese Norm enthält Rechtsbegriffe, die aufgrund ihrer Unbestimmtheit nicht unmittelbar anwendbar erscheinen.<sup>26</sup> Ein auf den ersten Blick unbestimmter Rechtsbegriff wie der Begriff der „geeigneten Maßnahme“ erhält jedoch eindeutige Konturen dann, wenn mit Hilfe der Unterstützung gemäß Art. 12 Abs. 3 UN-BRK erreicht werden soll, dass ein Mensch mit geistigen oder psychosozialen Behinderungen ein in der UN-Behindertenrechtskonvention als Individualrecht ausgestaltetes, inhaltlich klar umrissenes Menschenrecht geltend machen will, dessen unmittelbare Anwendung im Vertragsstaat schon deshalb unbestritten ist, weil dieser z.B. den Internationalen Pakt der Vereinten Nationen über bürgerliche und politische Rechte von 1966 (IPbpR) ratifiziert hat. Benötigt also ein Mensch mit Behinderungen bei der Ausübung seiner bereits im IPbpR garantierten Rechte auf freie Wahl des Aufenthaltsorts (Art. 12 IPbpR) oder auf Meinungsfreiheit (Art. 19 IPbpR) Unterstützung, um diese Rechte unter Berücksichtigung der behindertenspezifischen Ergänzungen in den Art. 18 Abs. 1 UN-BRK (Freizügigkeit und Staatsangehörigkeit) und 21 UN-BRK (Recht der freien Meinungsäußerung, Meinungsfreiheit und Zugang zu Informationen) geltend machen zu können, so ist der Vertragsstaat verpflichtet, ihm

23 M. Kotzur/C. Richter, Anmerkungen zur Geltung und Verbindlichkeit der Behindertenrechtskonvention im deutschen Recht, in: Welche (Hrsg.) siehe Fn. 11, S. 83 ff. m.w.N. aus der Rechtsprechung.

24 Kotzur/Richter (Fn. 23) S. 84. J. Schneider, Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Menschenrechte, Studie, Deutsches Institut für Menschenrechte, Berlin 2004.

25 So auch Tolmein (Fn. 11), S. 141 Rdnr. 17.

26 Kotzur/Richter (Fn. 23), S. 84.

die erforderliche Hilfe sofort zu gewähren.<sup>27</sup> Etwas anderes könnte allerdings gelten, wenn ein Mensch mit Behinderungen z.B. Unterstützung i.S.d. Art. 12 Abs. 3 UN-BRK anfordert, um ein soziales Menschenrecht geltend zu machen, denn Art. 4 Abs. 2 UN-BRK grenzt die Verpflichtung der Vertragsstaaten zur Umsetzung derartiger Rechte ein, indem in dieser Norm die Formulierung verankert worden ist, dass jeder Vertragsstaat „hinsichtlich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte verpflichtet ist, unter Ausschöpfung seiner *verfügbaren Mittel* Maßnahmen zu treffen, um *nach und nach* die volle Verwirklichung dieser Rechte zu erreichen.“ Auch bezüglich der in Art. 4 Abs. 2 UN-BRK aufgeführten Rechte hat sich im Völkerrecht jedoch inzwischen die Meinung durchgesetzt, dass die staatliche Gewährleistungspflicht sofort einsetzt, wenn sie den einschränkungsfesten Kernbereich<sup>28</sup> eines sozialen Menschenrechts betrifft. Dazu zählt z.B. die in Art. 25 lit.d UN-BRK enthaltene Regelung, wonach die Angehörigen der Gesundheitsberufe durch die Vertragsstaaten zu verpflichten sind, Menschen mit Beeinträchtigungen „auf der Grundlage der freiwilligen Einwilligung nach vorheriger Aufklärung“ zu behandeln.

Eine sofortige Gewährleistungspflicht des Vertragsstaats besteht auch dann, wenn das Vorenthalten einer erforderlichen Unterstützung i.S.d. Art. 12 Abs. 3 UN-BRK den Tatbestand der Diskriminierung gemäß Art. 2 UN-BRK („Diskriminierung aufgrund von Behinderung“), Art. 3 lit. b UN-BRK und Art. 5 Abs. 2 UN-BRK erfüllt, denn ein Verhalten oder Unterlassen, das gegen das Diskriminierungsverbot im Sinne der UN-Behindertenrechtskonvention verstößt, muss von den betroffenen Menschen nicht hingenommen werden.<sup>29</sup>

### 3.11. Geeignete Maßnahmen der Unterstützung gemäß Art. 12 Abs. 3 UN-BRK für Menschen mit geistiger Behinderung

Zu den im Rahmen der Umsetzung des Art. 12 Abs. 3 UN-BRK noch weitgehend unbearbeiteten Problemfeldern zählt die konkrete Beschreibung von Unterstützungsmaßnahmen, die erforderlich sind, um Menschen mit geistiger Behinderung in die Lage zu versetzen, ihre Rechts- und Handlungsfähigkeit auszuüben. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit soll an dieser Stelle auf zwei Besonderheiten hingewiesen werden, die bei der Erarbeitung geeigneter Unterstützungsmaßnahmen für diesen Personenkreis beachtet werden müssen:

– Rechtliches Handeln i.S.d. Art. 12 Abs. 3 UN-BRK kann eigentlich nur einsetzen bzw. für Dritte erkennbar werden, wenn ein Mensch Handlungsmöglichkeiten wahrnimmt, im Anschluss daran einen Willen ausbildet und in einem weiteren Schritt auf der Grundlage dieser Willensbildung eine Entscheidung trifft. Wer keine Handlungsoptionen erkennt, verhält sich zumeist passiv. Er handelt nicht, auch wenn Dritte meinen, dass eine Handlung, die rechtliche Wirksamkeit erzeugen soll, angezeigt ist. Es gibt Menschen mit geistigen Behinderungen, die sich z.B. zu ihren Wohn- und Lebensbedingungen in Einrichtungen der Behindertenhilfe nicht äußern, keine Regungen zeigen, auf Aufforderungen nicht reagieren, weil sie nicht wissen und auch nicht in angemessener Weise darüber aufgeklärt worden sind, dass es möglicherweise Alternativen zu ihrer bisherigen Lebensform gibt. Ein Mensch mit geistigen Behinderungen, der sein ganzes Le-

27 In Deutschland wird dies in der Regel schon deshalb nicht zu Rechtsstreitigkeiten führen, weil die genannten Menschenrechte auch im Grundgesetz enthalten sind: vgl. Art. 5 und 11 GG.

28 Vgl. dazu den General Comment No. 3 UN Dok. E/1991/23 des UN-Ausschusses über Wirtschaftliche, Soziale und Kulturelle Rechte vom 14.12.1990.

29 Vgl. dazu Positionen Nr. 5 des Deutschen Instituts für Menschenrechte, Monitor-Stelle zur UN-Behindertenrechtskonvention, Barrieren im Einzelfall überwinden: Angemessene Vorkehrungen gesetzlich verankern, Berlin 2012.

ben im Mehrbettzimmer einer krankenhausähnlichen Institution untergebracht war, wird sein in Art. 19 UN-BRK beschriebenes Wahlrecht zwischen dem für ihn von staatlichen Stellen oder privaten Leistungsanbietern organisierten Leben in einer vollstationären Einrichtung und einer möglichst unabhängigen Lebensführung in einer mitten in einer Gemeinde oder Stadt befindlichen Wohnung nur ausüben, wenn ihm diese alternative Wohnmöglichkeit gezeigt und erläutert wird bzw. wenn ihm ein Probewohnen z.B. mit Hilfe der in Art. 19 lit. b UN-BRK genannten persönlichen Assistenz ermöglicht wird. Wenn Dritte aus dem passiven Verhalten des Menschen mit geistiger Behinderungen folgern, dass eine gesetzliche Vertretung eingerichtet werden muss, um den Menschen z.B. in einer anderen vollstationären Einrichtung unterzubringen, so liegt ein klarer Verstoß gegen Art. 12 Abs. 3 UN-BRK vor, weil auch nicht der Anstrich eines Bemühens erkennbar wird, dem Menschen mit geistiger Behinderung neue, bisher nicht erfahrene Handlungsoptionen zur eröffnen, die häufig unabdingbare Voraussetzung dafür sind, dass sich eine zunächst nur rudimentär vorhandene Handlungsfähigkeit entwickelt und ausgeübt werden kann.

– Viele Menschen mit schweren geistigen Behinderungen können nicht sprechen. Sie kommunizieren auf andere Weise mit ihrer Umwelt, z.B. mit Hilfe einfacher Laute, unterschiedlicher Töne, Weinen, Lachen, Zeichen von Freude oder Verärgerung, sonstigen Stimmungsäußerungen, Gesten, körperlichen Reaktionen der Abwehr oder des Annehmens, durch Auffälligkeiten, die bei genauer Beobachtung als positive oder negative Reaktionen auf bestimmte Fragen, Erlebnisse, Erfahrungen usw. gedeutet werden können. Wer nicht gelernt hat, mit geistig behinderten Menschen umzugehen, wer nicht die Geduld aufbringt, sich auf Menschen mit geistigen Behinderungen einzulassen, die sich nicht auf herkömmliche Weise mündlich oder schriftlich verständlich machen können, der vermag häufig nicht zu erkennen, dass sich auch aus ganz unterschiedlichem non-verbalen Verhalten Handlungen ableiten lassen, die der Ausübung der rechtlichen Handlungsfähigkeit i.S.d. Art. 12 Abs. 3 UN-BRK zugeordnet werden können. Die in Art. 12 UN-BRK normierte Ausübung der Rechts- und Handlungsfähigkeit setzt in aller Regel voraus, dass der Mensch mit geistigen Behinderungen Zugang zu Informationen erhält und diese Informationen abwägen kann. Häufig scheitert die Wahrnehmung und Verarbeitung von Informationen schon daran, dass mit dem geistig behinderten Menschen in einer Weise kommuniziert wird, die ihn überfordert und seine Sprach- und Verständnisprobleme ausblendet. Es ist deshalb wichtig, dass in Art. 21 UN-BRK nicht nur das Recht der freien Meinungsäußerung verankert, sondern zugleich geregelt worden ist, dass für die Allgemeinheit bestimmte Informationen oder Informationen, die sich auf den Umgang mit Behörden beziehen, in zugänglichen Formaten, Technologien, alternativen Kommunikationsformen usw. zur Verfügung gestellt werden müssen, die für „unterschiedliche Arten der Behinderung“ (Art. 21 lit. a UN-BRK), also auch für Menschen mit schweren geistigen Behinderungen, geeignet sind. Art. 21 UN-BRK schließt ausdrücklich alle Formen der Kommunikation i.S.d. Art. 2 UN-BRK ein und verpflichtet damit beispielsweise zur Verwendung von „in einfache Sprache übersetzte“ und andere „alternative Formen, Mittel und Formate“ der Kommunikation. Im Hinblick auf die in Art. 12 Abs. 3 UN-BRK geregelte Zugangsverschaffungspflicht der Vertragsstaaten bedeutet dies, dass nur die Maßnahmen der Unterstützung als „geeignet“ angesehen werden können, die sich an den breit gefächerten Katalog der in Art. 2 UN-BRK beschriebenen unterschiedlichen Kommunikationsformen anlehnen und den Menschen mit geistigen Behinderungen zu erreichen vermögen.

### 3.12. *Unzureichende Ausschöpfung des Begriffs der Unterstützung („Support“) gemäß Art. 12 Abs. 3 UN-BRK*

Diese Hinweise machen deutlich, dass Art. 12 Abs. 3 UN-BRK von einer flexiblen Form der Unterstützung ausgeht, deren Potentiale in der Rechtspraxis fast aller Vertragsstaaten bisher überhaupt noch nicht ausgeschöpft worden sind. Im Mittelpunkt steht der behinderte Mensch mit seinem ganz unterschiedlichen Bedarf an Unterstützung zur Ausübung seiner Rechts- und Handlungsfähigkeit. Handelt es sich um eine Person mit geistigen Behinderungen, so kann diese Form der Unterstützung nur funktionieren, wenn es gelingt, Menschen für die Unterstützung zu gewinnen, die ein Vertrauensverhältnis zu einer geistig behinderten Frau bzw. zu einem geistig behinderten Mann aufzubauen in der Lage sind, die ungewöhnliche Zeichen der Willensbekundung wahrnehmen und deuten können und sich nicht in der Rolle des gesetzlichen Vertreters sehen, sondern als Begleiter, Helfer, Assistenten daran mitwirken, dass Menschen mit geistigen Behinderungen ihre Handlungsfähigkeiten entfalten und sich darauf verlassen können, dass ihre Wünsche erforscht und ernst genommen werden.

### 4. *Vereinbarkeit der Regelungen zur Geschäftsunfähigkeit (§§ 105 ff. BGB) mit Art. 12 UN-BRK*

In Deutschland ist die Entmündigung mit dem Inkrafttreten des Betreuungsrechts zum 1.1.1992 abgeschafft worden. Erhalten geblieben sind jedoch die §§ 104 und 105 BGB, die u.a. die Regelung enthalten, dass ein Mensch, der „sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet“, geschäftsunfähig ist (§ 104 BGB), sofern der Zustand der krankhaften Störung „seiner Natur nach nicht ein vorübergehender ist“. Die in § 104 BGB statuierte Geschäftsunfähigkeit hat den völligen Ausschluss der Person, die die Voraussetzungen des § 104 Nr. 2 BGB erfüllt, vom Rechtsverkehr zur Folge, denn die Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen ist gemäß § 105 Abs. 1 BGB nichtig. Der Ausschluss vom Rechtsverkehr gilt auch dann, wenn eine geschäftsfähige Vertragspartei, mit der ein Geschäftsunfähiger einen Vertrag abschließen will, gegenüber der geschäftsunfähigen Person eine Willenserklärung abgibt, denn nach § 131 Abs. 1 BGB wird diese Erklärung erst wirksam, wenn sie dem gesetzlichen Vertreter des Geschäftsunfähigen zugeht. Verfügt der Geschäftsunfähige über keinen gesetzlichen Vertreter, so kann kein rechtsgültiger Vertrag zustande kommen.

#### 4.1. *Die Rechtsauffassung der Bundesregierung zur Vereinbarkeit der §§ 104 ff. BGB mit Art. 12 UN-BRK*

Die Bundesregierung vertritt die Auffassung, dass diese Regelungen mit Art. 12 UN-BRK zu vereinbaren sind, und sieht keinen Anlass, die §§ 104 und 105 BGB aufzuheben oder zu verändern.<sup>30</sup> Die dazu vorgetragenen Argumente vermögen nicht zu überzeugen. Dies gilt insbesondere für die in der Denkschrift der Bundesregierung<sup>31</sup> enthaltene Behauptung, dass Menschen mit Behinderungen „wie Menschen ohne Behinderungen aufgrund ihres jugendlichen Alters oder wegen

30 Vgl. dazu die in der BT-Drs. 16/10808 vom 8.11.2008 ab den Seiten 45 ff. enthaltene Denkschrift der Bundesregierung zum Entwurf der UN-Behindertenrechtskonvention, S. 51 f. und den Ersten Staatenbericht der Bundesrepublik Deutschland vom 3.8.2011, S. 31 ff. (abrufbar über die website des BMAS unter dem Suchbegriff: Erster Staatenbericht zur UN-Behindertenrechtskonvention).

31 S. Fn. 30.

*fehlender Willens- oder Einsichtsfähigkeit* in ihrer Handlungsfähigkeit beschränkt sind.“ Offensichtlich soll mit dieser Behauptung begründet werden, dass die Vorschrift des § 104 Nr. 2 BGB unter Art. 12 Abs. 2 UN-BRK subsumiert werden kann, nämlich in dem Sinn, dass die rechtliche Handlungsfähigkeit von Menschen mit Behinderungen von den Vertragsstaaten nicht uneingeschränkt, sondern nur „gleichberechtigt mit anderen“ anzuerkennen ist, d.h. gleichberechtigt mit den Menschen *ohne* Behinderungen, die vom Rechtsverkehr ausgeschlossen werden können, weil sie ihren Willen i.S.v. § 104 Nr. 2 BGB nicht frei bestimmen können. Verkannt wird, dass ein Mensch, der gemäß § 104 Nr. 2 BGB nicht zur Willensbildung in der Lage ist, nach allen einschlägigen Vorschriften – vgl. hierzu insbesondere Art. 1 Satz 2 UN-BRK, § 2 Abs. 1 SGB IX, §§ 2 und 3 Eingliederungshilfe-Verordnung<sup>32</sup> – kein Mensch ohne Behinderung sein kann, sondern immer ein Mensch mit Behinderung ist.<sup>33</sup> Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Ausschluss der freien Willensbestimmung – wie in § 104 Nr. 2 BGB statuiert – seiner Natur nach nicht nur ein vorübergehender, sondern ein dauerhafter Zustand ist<sup>34</sup> und damit die Definition des § 104 Nr. 2 BGB der Bestimmung des Begriffs der Behinderung in § 2 Abs. 1 SGB IX sehr nahe kommt, wonach eine Behinderung vorliegt, wenn die geistige Fähigkeit eines Menschen von dem für das Lebensalter typischen Zustand für einen Zeitraum *von mindestens sechs Monaten* abweicht und die Teilhabe am Leben der Gesellschaft beeinträchtigt ist.

Unzutreffend ist auch die Behauptung im Staatenbericht der Bundesrepublik Deutschland zur UN - Behindertenrechtskonvention,<sup>35</sup> dass ein Mensch, der „dauerhaft bewusstlos“ ist, zwar der Vorschrift des § 104 Nr. 2 BGB unterfallen könne, aber nicht als Mensch mit Behinderung, sondern als Mensch ohne Behinderung, oder dass es „sonstige Krankheiten“ gibt, die zu einem nicht nur vorübergehenden Ausschluss der freien Willensbildung führen, aber keine Behinderungen sind. Der Fall der Bewusstlosigkeit ist in § 105 Abs. 2 BGB gesondert geregelt. Danach sind die Willenserklärungen eines Bewusstlosen nichtig. Der Bewusstlose gilt jedoch nicht als geschäftsunfähig nach Maßgabe der §§ 104 Nr. 2 i.V.m. § 105 Abs. 1 BGB, und zwar auch dann nicht, wenn eine länger dauernde Bewusstlosigkeit vorliegt, denn § 105 Abs. 2 BGB umfasst nach seinem eindeutigen Wortlaut alle Fälle von Bewusstlosigkeit, unabhängig von ihrer Dauer.<sup>36</sup> Und dass es sonstige Krankheiten gibt, welche die freie Willensbildung dauerhaft ausschließen, aber keine Behinderungen sind, wird nicht mit konkreten Krankheitsbildern hinterlegt und widerspricht aller Lebenserfahrung und der Praxis, die sich zum Behinderungsbegriff gemäß § 2 Abs. 1 SGB IX und zum Begriff der wesentlichen Behinderung gemäß § 53 SGB XII herausgebildet hat. Offensichtlich sind die Verfasserinnen und Verfasser der Denkschrift der Bundesregierung bzw. des Staatenberichts der Bundesrepublik Deutschland der Auffassung, dass im Bürgerlichen Gesetzbuch ein engerer Begriff der Behinderung gilt. Sie bleiben jedoch den Nachweis schuldig, wie dieser Begriff zu definieren

32 In der Fassung vom 1.2.1975 (BGBl. I S. 433), zuletzt geändert durch das Gesetz zur Einordnung des Sozialhilferechts in das Sozialgesetzbuch vom 27.12.2003 (BGBl. I S. 3022).

33 So auch Tolmein (Fn. 11), S. 144 Rdnr. 28.

34 Nach § 2 Abs. 1 SGB IX ist z.B. eine Störung der seelischen Gesundheit, die von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweicht und die Teilhabe am Leben der Gemeinschaft beeinträchtigt, eine Behinderung, soweit sie länger als sechs Monate andauert.

35 Vgl. Fn. 30, S. 32.

36 Abzulehnen ist deshalb die Auffassung, bei wochenlanger Bewusstlosigkeit nach einem Unfall sei § 104 Nr. 2 BGB anwendbar (Palandt/Ellenberger (Fn. 9) § 104 Rdnr. 4 m.w.N. aus der Rspr.): Wenn der Gesetzgeber in § 105 Abs. 2 BGB nur die vorübergehende Bewusstlosigkeit hätte erfassen wollen, so hätte er formulieren müssen: „... im Zustand *vorübergehender* Bewusstlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistestätigkeit“.

ist und warum er von § 2 Abs. 1 SGB IX und Art. 1 Satz 2 UN-BRK abweichen soll.

Als *Zwischenergebnis* lässt sich somit festhalten, dass die §§ 104 ff. BGB die Geschäftsfähigkeit als Teil der rechtlichen Handlungsfähigkeit für einen Kreis von Menschen mit Behinderungen, die ihren Willen nicht frei bestimmen können, in einer Weise einschränken, die nicht mit Art. 12 Abs. 3 UN-BRK zu vereinbaren ist.

#### 4.2. Kritik am diskriminierenden Wortlaut des § 104 Nr. 2 BGB

Die §§ 104 ff. BGB gehören deshalb auf den Prüfstand.<sup>37</sup> Dies auch deshalb, weil der Wortlaut des § 104 Nr. 2 BGB in Verbindung mit der Praxis und Rechtsprechung, die sich zu dieser Vorschrift entwickelt hat, Menschen mit Behinderungen *diskriminiert* und damit Art. 5 Abs. 2 UN-BRK verletzt: So werden z.B. in Einzelfällen auch Menschen mit Down Syndrom und Menschen mit Autismus unter den Begriff der „krankhaften Störung der Geistestätigkeit“ gemäß § 104 Nr. 2 BGB subsumiert, weil diese Vorschrift nach h.M. „nicht nur Geisteskrankheit, sondern auch Geistesschwäche umfasst“.<sup>38</sup> Down Syndrom und Autismus sind jedoch keine Krankheiten oder krankhaften Störungen, sondern ein Beispiel für die menschliche Vielfalt und die Unterschiedlichkeit von Menschen mit Behinderungen gemäß Art. 3 lit. d der allgemeinen Grundsätze der UN-Behindertenrechtskonvention.

#### 4.3. Der Einfluss des Betreuungsrechts auf die Regelungen der §§ 104 f. BGB

Diese Einwände lassen sich auch nicht mit dem Hinweis entkräften, dass die §§ 104 und 105 BGB durch die Einführung der rechtlichen Betreuung (§§ 1896 ff. BGB) im Jahr 1992 keine praktische Bedeutung mehr hätten. Richtig ist, dass ein Mensch, für den „aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung“ (vgl. § 1896 Abs. 1 BGB) ein Betreuer bestellt worden ist, nicht automatisch geschäftsunfähig wird: „Die Anordnung einer Betreuung ist auf die Geschäftsfähigkeit des Betreuten ohne Einfluss“.<sup>39</sup> Nach den Vorschriften des Betreuungsrechts ist der Betreute weiterhin befugt, auch in den Angelegenheiten, die dem Aufgabenkreis des Betreuers unterfallen, wirksame Willenserklärungen abzugeben, es sei denn, das Betreuungsgericht hat zur Abwendung einer erheblichen Gefahr für die Person oder das Vermögen des Betreuten einen Einwilligungsvorbehalt nach § 1903 BGB angeordnet. Allerdings ändern weder die Bestellung eines Betreuers für den Betreuten durch das Betreuungsgericht nach § 1896 Abs. 1 BGB noch die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts nach § 1903 Abs. 1 BGB etwas daran, dass Willenserklärungen, die der Betreute abgibt, wegen natürlicher Geschäftsunfähigkeit nach „§ 104 Nr. 2 BGB in Verb. mit § 105 Abs. 1 BGB nichtig“ sein können.<sup>40</sup> „Dem Geschäftsunfähigen spricht § 105 BGB mit der aus § 105 a BGB

37 Dies hat C.W. Canaris bereits im Jahr 1987 mit der Begründung gefordert, dass die Regelungen zur Geschäftsunfähigkeit gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot verstoßen; C.W. Canaris, Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht, JZ 1987, 993 ff.

38 Palandt/Ellenberger (Fn. 9), § 104 BGB Rdnr. 3 m.w.N. aus der Rechtsprechung.

39 Palandt/Ellenberger (Fn. 9), Einführung § 104 BGB Rdnr. 2a.

40 Palandt/Diederichsen, Einführung § 1896 BGB Rdnr. 13: „Befindet sich ...bei Vornahme des Rechtsgeschäfts jemand im Zustand der natürlichen Geschäftsunfähigkeit (§ 104 Nr. 2 BGB), so ist das Rechtsgeschäft unabhängig davon unwirksam, ob für ihn zu diesem Zeitpunkt eine Betreuung bestand oder nicht (OLG Saarbrücken FGPrax 1999, 108).“.

ersichtlichen Einschränkung *jeden*<sup>41</sup> rechtsgeschäftlich bedeutsamen Willen ab“.<sup>42</sup> Dies gilt z.B. auch für die Abgabe einer Vorsorgevollmacht zur Vermeidung der Anordnung einer Betreuung, mit der eine Person vom Vollmachtgeber bevollmächtigt wird, im Namen und für den Vollmachtgeber Erklärungen abzugeben, zu denen der Vollmachtgeber selbst infolge des Verlusts der Geschäftsfähigkeit nicht mehr in der Lage ist.<sup>43</sup> „Die wirksame Erteilung einer Vorsorgevollmacht setzt grundsätzlich Geschäftsfähigkeit voraus“.<sup>44</sup>

Ob bei einem Betreuten i.S.d. § 1896 BGB die Voraussetzungen des § 104 Nr. 2 BGB vorliegen, ist eine Frage des Einzelfalles<sup>45</sup> und muss von demjenigen bewiesen werden, der sich darauf beruft.<sup>46</sup> Steht allerdings ein allgemeiner Zustand nach § 104 Nr. 2 BGB „fest, sind lichte Augenblicke“ des Geschäftsunfähigen „vom Gegner zu beweisen“.<sup>47</sup>

Auch dies zeigt, dass die Regelungen der Geschäftsfähigkeit in den §§ 104 f. BGB nach dem Inkrafttreten des Betreuungsrechts durchaus noch praktische Bedeutung erlangen können.

#### 4.4. Die Schutzfunktion der §§ 104 ff. BGB im Rechtsverkehr

Die Subsumtion von Menschen mit einer angeborenen geistigen Behinderung (Beispiel: Down Syndrom) unter den Begriff der „krankhaften Störung der Geistestätigkeit“ lässt sich auch nicht mit dem Hinweis rechtfertigen, dass § 104 Nr. 2 BGB ausschließlich den Schutz der Menschen im Blick habe, die gemäß § 104 Nr. 2 BGB für geschäftsunfähig erklärt werden sollen. Der Wortlaut der §§ 104 ff. BGB enthält nicht die Einschränkung, dass diese Vorschriften ausschließlich dem Schutz des geschäftsunfähigen Menschen dienen. Die Willenserklärungen eines Geschäftsunfähigen sind sämtlich nach § 105 Abs. 1 BGB nichtig, „auch die objektiv vernünftigen“ und für den geschäftsunfähigen Menschen „rechtlich lediglich vorteilhaften“.<sup>48</sup> Solange eine Person, die die Voraussetzungen der §§ 104 Nr. 2 i.V.m. § 105 Abs. 1 BGB erfüllt, keinen gesetzlichen Vertreter hat, kann sich beispielsweise ein Vermieter, der erfährt und beweisen kann, dass die Person, mit der er gerade einen Mietvertrag abgeschlossen hat, die Voraussetzungen des §§ 104 Nr. 2 BGB erfüllt und deshalb geschäftsunfähig ist, vom Mietvertrag lösen, weil die von ihm – dem Vermieter – abgegebene Willenserklärung gemäß § 131 Abs. 1 BGB mangels Zugangs zu einem gesetzlichen Vertreter nicht wirksam ist. In einem derartigen Fall bevorteilt die Rechtsfolge der Geschäftsunfähigkeit den Vermieter und benachteiligt den geschäftsunfähigen Mieter, sofern dieser am Mietvertrag festhalten will.

#### 5. Vereinbarkeit des Rechtsinstituts der Betreuung (§§ 1896 ff. BGB) mit Art. 12 UN-BRK

Das im Jahr 1992 eingeführte Betreuungsgesetz, das an die Stelle des Vormundschaftsrechts über Volljährige getreten ist und zu einer völligen Neugestaltung der §§ 1896 ff. BGB geführt hat, gilt nicht nur in Deutschland, sondern auch im

41 Hervorhebung vom Verf.

42 Palandt/Ellenberger (Fn. 9), Einführung § 104 BGB Rdnr. 2.

43 Palandt/Diederichsen, Einführung vor § 1896 BGB Rdnr. 5.

44 Palandt/Diederichsen #§/Rn?# m.w.N. aus der Rechtsprechung.

45 Palandt/Ellenberger (Fn. 9), § 104 BGB Rdnr. 2.

46 Palandt/Ellenberger (Fn. 9), § 104 BGB Rdnr. 8 m.w.N. aus der Rechtsprechung.

47 Palandt/Ellenberger (Fn. 9), m.w.N. aus der Rechtsprechung.

48 Palandt/Ellenberger (Fn. 9), § 105 BGB Rdnr. 1.

internationalen Rechtsvergleich als fortschrittlich. Maßgeblich dafür ist insbesondere die Tatsache, dass die Anordnung der Betreuung auf die Geschäftsfähigkeit, Ehefähigkeit oder Testierfähigkeit des unter rechtliche Betreuung gestellten Menschen keine unmittelbaren Auswirkungen hat.<sup>49</sup> Wer unter Betreuung steht, ist nicht automatisch vom Rechtsverkehr ausgeschlossen. Der oder die Betreute bleibt grundsätzlich neben dem Betreuer bzw. der Betreuerin rechtlich handlungsfähig, es sei denn das Betreuungsgericht ordnet für bestimmte Aufgabenkreise einen Einwilligungsvorbehalt nach § 1903 BGB an. Ein tatsächlich geschäftsunfähiger Betreuer bzw. eine tatsächlich geschäftsunfähige Betreute ist auch nicht verpflichtet, dem Geschäftsgegner seine bzw. ihre Geschäftsunfähigkeit zu offenbaren.<sup>50</sup>

Dennoch hat der Bundesgerichtshof in einem Beschluss vom 9.2.2011 festgestellt, dass „die Einrichtung einer Betreuung für den Betroffenen stigmatisierende Wirkung hat“, weil sie mit der „Einschätzung verbunden“ sei, der „Betreute könne einen freien Willen nicht bilden“ und „hierdurch das Persönlichkeitsbild des Betroffenen negativ geprägt und beeinträchtigt“ werde.<sup>51</sup>

Auf der Grundlage dieser Bewertung drängt sich die Frage auf, ob das geltende Betreuungsrecht mit Art. 12 UN-BRK übereinstimmt. Dies auch deshalb, weil die Zahl der Betreuten von 624.695 Personen im Jahr 1995 bis zum Jahr 2009 auf 1.291.410 Personen angewachsen ist, sich also innerhalb von 14 Jahren mehr als verdoppelt hat.<sup>52</sup>

### 5.1. Die Rechtsauffassung der Bundesregierung zur Vereinbarkeit des Betreuungsrechts mit Art. 12 UN-BRK

Die Bundesregierung hat in ihrer Antwort vom 1.4.2011 auf eine Große Anfrage von Bündnis 90/DIE GRÜNEN („Personenzentrierte und ganzheitliche Reform des Betreuungsrechts“) mehrfach festgestellt, das deutsche Betreuungsrecht gelte „als eines der fortschrittlichsten Rechtsinstrumente dieser Art in Europa“ und entspreche den Anforderungen der UN-Behindertenrechtskonvention.<sup>53</sup> Dementsprechend ist im Staatenbericht der Bundesrepublik Deutschland<sup>54</sup> ohne nähere Begründung nachzulesen, dass das deutsche Betreuungsrecht „konventionkonform“ ist und „kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf“ besteht. Dem ist jedoch insbesondere seitens der Behindertenverbände, aber auch in Fachbeiträgen widersprochen worden.<sup>55</sup>

### 5.2. Argumente gegen die Vereinbarkeit der rechtlichen Betreuung mit der Unterstützung („Support“) gemäß Art. 12 Abs. 3 UN-BRK

Nach der hier vertretenen Auffassung muss geprüft werden, ob der Betreuer bzw. die Betreuerin i.S.d. §§ 1896 ff. BGB eine Funktion einnimmt, die der des Unterstützers bzw. der Unterstützerin gemäß Art. 12 Abs. 3 UN-BRK entspricht, d.h. dem Menschen mit Behinderungen bei entsprechendem Bedarf bei der Ausübung seiner Rechts- und Handlungsfähigkeit hilft. Dafür spricht, dass der Be-

49 Palandt/Ellenberger (Fn. 9), Einführung vor § 1896 BGB Rdnr. 13 m.w.N. aus der Rechtsprechung.

50 Palandt/Ellenberger (Fn. 9), Einführung vor § 1896 BGB Rdnr. 13.

51 BGH, Beschluss vom 9.2.2011 – XII ZB 526/10.

52 Köller/Engels, Aufgabenmonitoring und Expertisen zum Betreuungsrecht, in: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Rechtstatsachenforschung, BtPrax Sonderheft 2011, 7.

53 BT-Drs. 17/5323 vom 1.4.2011.

54 Staatenbericht (Fn. 30), S. 33.

55 Vgl. dazu z.B. die Forderungen des Deutschen Behindertenrats (DBR) für einen Nationalen Aktionsplan zur Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention vom 10.5.2012, S. 33 ff.; Tolmein (Fn. 11), S. 146 ff.

treuer im Rahmen des ihm übertragenen Aufgabenkreises (vgl. § 1896 Abs. 2, § 1901 Abs. 4 BGB) „die Angelegenheiten des Betreuten so zu besorgen hat, wie es dessen Wohl entspricht“ und dabei berücksichtigen muss, dass „zum Wohl des Betreuten auch die Möglichkeit gehört, im Rahmen seiner Fähigkeiten sein Leben nach seinen eigenen Wünschen und Vorstellungen zu gestalten“ (§ 1901 Abs. 2 BGB). Allerdings wird die Ausübung und Beachtung des Wunschrechts der betreuten Person durch den Betreuer in § 1901 Abs. 3 Satz 1 BGB dahin eingegrenzt, dass der Betreuer den Wünschen des Betreuten nur zu entsprechen hat, „soweit dies dessen Wohl nicht zuwiderläuft und dem Betreuer zuzumuten ist“. Eine derartige Einschränkung ist Art. 12 Abs. 3 BRK nicht zu entnehmen. Wenn außerdem berücksichtigt wird, dass der Betreuer im Rahmen des ihm übertragenen Aufgabenkreises „die Stellung eines gesetzlichen Vertreters innehat“<sup>56</sup> und den Betreuten gemäß § 1902 BGB gerichtlich und außergerichtlich vertritt sowie bei einem zusätzlich vom Betreuungsgericht angeordneten Einwilligungsvorbehalt gemäß § 1903 BGB das Recht hat, „zur Abwendung einer erheblichen Gefahr für die Person oder das Vermögen des Betreuten“ die Einwilligung in eine Willenserklärung, die der Betreute abgeben will, zu verweigern, so wird deutlich, dass die Rolle, die der Betreuer nach deutschem Recht einnimmt, eine andere ist als die des Unterstützers gemäß Art. 12 Abs. 3 UN-BRK. Sie vereinigt die Aufgaben, die ein Unterstützer wahrzunehmen hat, mit denen des gesetzlichen Vertreters, denn die Betreuung soll – wie ausgeführt – einerseits gemäß § 1901 BGB dazu beitragen, dem Betreuten zur Ausübung seiner Rechts- und Handlungsfähigkeit zu verhelfen, indem auf seine Wünsche und Vorstellungen Rücksicht genommen wird; sie ermöglicht andererseits aber auch ein umfassendes gesetzliches Alleinvertretungsrecht des Betreuers, wenn das Betreuungsgericht z.B. eine Betreuung zur Besorgung aller Angelegenheiten des Betreuten eingerichtet und zusätzlich unter den Voraussetzungen des § 1903 Abs. 1 BGB einen Einwilligungsvorbehalt für alle dem Betreuten zugewiesenen Aufgabenkreise angeordnet hat.

### 5.3 *Der Einfluss des Erforderlichkeitsgrundsatzes bei der Bestellung eines Betreuers auf die Frage der Vereinbarkeit des Betreuungsrechts mit Art. 12 Abs. 3 UN-BRK*

All dies gilt jedoch nur, soweit die Einrichtung einer Betreuung für einen bestimmten Aufgabenkreis oder für mehrere Aufgabenkreise tatsächlich *erforderlich* ist. § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB regelt, dass eine Betreuung „nicht erforderlich ist, soweit die Angelegenheiten des Volljährigen durch einen Bevollmächtigten, der nicht zu den in § 1897 Abs. 3 bezeichneten Personen gehört, oder durch *andere Hilfen, bei denen kein gesetzlicher Vertreter bestellt wird, ebenso gut wie durch einen Betreuer* besorgt werden können“.

§ 1896 BGB verweist auf diese Weise auf Hilfen, die der Unterstützung i.S.d. Art. 12 Abs. 3 UN-BRK sehr nahe kommen können, ja möglicherweise gleichen, denn eine Hilfe, die nicht mit der Bestellung einer gesetzlichen Vertretung, d.h. nicht mit der Möglichkeit der Ersetzung einer Entscheidung durch einen Dritten, verknüpft ist, wird häufig gerade darauf zielen, dem Menschen mit Behinderungen bei der Ausübung seiner Rechts- und Handlungsfähigkeit i.S.d. Art. 12 Abs. 3 UN-BRK behilflich zu sein. Andererseits überlässt es § 1896 Abs. 2 BGB weitgehend dem Zufall, ob andere Hilfen, bei denen kein gesetzlicher Vertreter bestellt wird, im konkreten Fall tatsächlich zur Verfügung stehen. In den §§ 1896 ff. BGB werden Kriterien für die „anderen Hilfen“ nicht benannt. Das

56 Palandt/Ellenberger (Fn. 9), § 1902 BGB Rdnr. 2.

Betreuungsgericht hat auch nicht die Befugnis, die „anderen Hilfen“ konkret anzuordnen oder auf die Qualität dieser Hilfen Einfluss zu nehmen. Es kann lediglich prüfen und sich z.B. durch die Betreuungsbehörde gemäß § 8 Betreuungsbehördengesetz beraten lassen, ob und gegebenenfalls welche „anderen Hilfen“ zur Verfügung stehen. Kommt es zu dem Ergebnis, dass diese Hilfen „ebenso gut“ wie eine gerichtlich angeordnete Betreuung geeignet sind, die Angelegenheiten des Volljährigen zu besorgen, so wird das Betreuungsgericht auf die Anordnung einer Betreuung verzichten. Über weitergehende Befugnisse verfügt das Betreuungsgericht nicht. Es kann dem Volljährigen raten, die anderen Hilfen, die es geprüft und für ebenso gut geeignet gehalten hat, in Anspruch zu nehmen und, falls es Zweifel hat, dass der Volljährige diesem Rat Folge leistet, andeuten bzw. androhen, dass es möglicherweise eine Betreuung von Amts wegen anordnen wird, wenn der Volljährige die Annahme der anderen Hilfe verweigert. Die Möglichkeiten der Einflussnahme des Betreuungsgerichts auf den strukturierten Aufbau anderer Hilfen sind jedoch begrenzt. Deshalb besteht die Gefahr, dass zu früh nach der Einrichtung einer Betreuung gerufen bzw. seitens des Betreuungsgerichts mangels ausreichender Kenntnisse über „andere Hilfen“ i.S.d. § 1896 Abs. 2 BGB vorschnell eine Betreuung angeordnet wird.

#### 5.4. Reformbestrebungen der Bundesregierung im Betreuungsrecht

Das Bundesministerium der Justiz will diesen Mangel beseitigen, indem es die Befugnisse der Betreuungsbehörden erweitern und ihnen insbesondere die Aufgabe übertragen will, dem Volljährigen, für den möglicherweise die Anordnung einer Betreuung in Betracht kommt, andere Hilfen i.S.d. § 1896 Abs. 2 BGB zu vermitteln und zu diesem Zweck mit den für andere Hilfen zuständigen Sozialleistungsträgern zusammenzuarbeiten. Zusätzlich sollen die Betreuungsgerichte verpflichtet werden, die Betreuungsbehörde vor Bestellung eines Betreuers zur Aufklärung des Sachverhalts im betreuungsgerichtlichen Verfahren anzuhören.<sup>57</sup>

Es ist jedoch zweifelhaft, ob auf diese Weise tatsächlich erreicht werden kann, das Betreuungsrecht in seiner praktischen Anwendung den Bedingungen des Art. 12 Abs. 3 UN-BRK anzupassen. Dagegen spricht vor allem, dass es letztlich den Ländern und Kommunen überlassen bleibt, die Betreuungsbehörden so auszustatten, dass es tatsächlich gelingt, den in § 1896 Abs. 2 BGB benannten „anderen Hilfen“ die Bedeutung zukommen zu lassen, die den Anforderungen des Art. 12 Abs. 3 UN-BRK entspricht. Zu befürchten ist außerdem, dass der Absichtserklärung, künftig die Zusammenarbeit der Betreuungsbehörden mit den für „andere Hilfen“ zuständigen Sozialleistungsträgern verbessern zu wollen, nur wenige konkrete Taten folgen werden, denn der äußerst schleppend verlaufende – in einigen Städten und Gemeinden Deutschlands gescheiterte – Aufbau der Gemeinsamen Servicestellen gemäß §§ 22 f. SGB IX ist ein Beleg dafür, dass die Zusammenarbeit unterschiedlicher Leistungsträger kein Selbstläufer ist, sondern mit klaren Vorgaben durch den Gesetzgeber verbindlich geregelt werden muss.

57 Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz eines Gesetzes zur Stärkung der Funktionen der Betreuungsbehörde (Bearbeitungsstand: 18.7.2012).

### 5.5. *Notwendigkeit der Durchführung von Pilotprojekten für die Weiterentwicklung der rechtlichen Betreuung zur unterstützten Entscheidungsfindung gemäß Art. 12 Abs. 3 UN-BRK*

Es bedarf deshalb zusätzlicher Initiativen, um Art. 12 UN-BRK in Deutschland umzusetzen. Dazu zählt der Vorschlag, die rechtliche Betreuung zu einem *Modell der unterstützten Entscheidungsfindung* weiter zu entwickeln, d.h. zu prüfen, wie Personen gewonnen und ausgebildet werden können, die in der Lage sind, die komplexen Aufgaben der Unterstützung wie sie im Abschnitt 3 dieses Beitrags für den Personenkreis von Menschen mit geistiger Behinderung beschrieben worden sind, zu erfüllen, und wie es gelingen kann, die Menschen, die bisher als rechtliche Betreuer tätig sind, zu Unterstützern i.S.d. Art. 12 Abs. 3 UN-BRK fortzubilden.

Das Bundesministerium der Justiz sollte ersucht werden, Pilotprojekte in mehreren Bundesländern zur unterstützten Entscheidungsfindung als Weiterentwicklung des Betreuungsrechts vorzusehen und durchzuführen und entsprechende finanzielle Mittel zur Verfügung zu stellen.<sup>58</sup>

## 6. *Gesamtergebnis*

Die § 104 und 105 BGB in ihrer geltenden Fassung verletzen Art. 12 Abs. 3 UN-BRK und müssen aufgehoben bzw. durch Neuregelungen ersetzt werden, die Menschen mit Behinderungen im Rechtsverkehr unterstützen und schützen, ohne ihre Rechts- und Handlungsfähigkeiten einzuschränken. Dabei ist auf Maßnahmen der Unterstützung i.S.d. Art. 12 Abs. 3 UN-BRK zurückzugreifen. Derartige Unterstützungsmaßnahmen müssen in Deutschland durch entsprechende Pilotprojekte entwickelt, erprobt, wissenschaftlich begleitet und ausgewertet werden.

Das deutsche Betreuungsrecht bedarf der Weiterentwicklung und Anpassung an die Herausforderungen des Art. 12 UN-BRK. Es muss insbesondere geprüft werden, wie es gelingen kann, die Betreuerinnen und Betreuer, die bisher in der Praxis eher die Stellung von gesetzlichen Vertreterinnen und Vertretern eingenommen haben, zu rechtlichen Begleiterinnen und Begleitern, Assistentinnen und Assistenten, Unterstützerinnen und Unterstützern zu machen. Voraussetzung dafür ist eine umfassende Rechtstatsachenforschung, die ermittelt, wie die rechtlichen Betreuerinnen und Betreuer ihre Funktionen heute tatsächlich ausüben, ob es ihnen gelingt, mit den von ihnen betreuten Menschen mit geistigen oder psychosozialen Behinderungen ein Vertrauensverhältnis aufzubauen, zu kommunizieren, ihre Wünsche zu ermitteln und umzusetzen.

58 Ein entsprechender Entschließungsantrag ist in Österreich zur Weiterentwicklung des Sachwalterchaftsrechts am 14. Juni 2012 durch die Abgeordneten Dr. Franz-Joseph Huainigg und Ulrike Königsberger-Ludwig unter dem Aktenzeichen 1995/A(E) XXIV.GP bereits in das Parlament eingebracht worden. Zur Diskussion in Österreich zur Umsetzung des Art. 12 UN-BRK vgl. Buchner/Lidon, Artikel 12 der UN-Konvention: Legal Capacity, supported decision-making und die Herausforderungen für Österreich, *Behinderte Menschen* 2009, 51 ff.