

Roland Rosenow

EINGLIEDERUNGSHILFE UND RECHTLICHE BETREUUNG

► Die rechtliche Betreuung wird durch das Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts¹ reformiert. Der Reform liegt u.a. der Befund zugrunde, dass in einem erheblichen Umfang rechtliche Betreuungen eingerichtet werden, die nicht erforderlich sind. Dabei ist das Sozialleistungssystem (insbesondere die Eingliederungshilfe) besonders im Fokus. Dieser Aufsatz zeichnet die Entwicklung des Verhältnisses von rechtlicher Betreuung und Eingliederungshilfe nach, geht dann auf die Neuregelungen ein und befasst sich zum Schluss mit der Frage, was von der Reform für das Verhältnis von rechtlicher Betreuung und Eingliederungshilfe zu erwarten ist.

DAS RECHTLICHE VERHÄLTNIS DER RECHTLICHEN BETREUUNG ZUR EINGLIEDERUNGSHILFE

Schon nach alter Rechtslage stand außer Frage, dass eine rechtliche Betreuung nur dann angeordnet werden darf, wenn die Angelegenheiten des Betroffenen nicht auf andere Weise, z.B. durch ein sozialpädagogische Einzelfallhilfe oder eine Assistenz besorgt werden können. Da die Betreuung wie die Eingliederungshilfe eine erhebliche Behinderung voraussetzt, gehören Personen, für die ein Betreuer bestellt werden kann, nahezu stets auch zum leistungsberechtigten Personenkreis der Eingliederungshilfe.

Wenn ein Betreuer einmal bestellt ist, dann erschöpft sich seine Aufgabe keineswegs in rechtsgeschäftlicher Vertretung. Sein „schwächstes und zugleich vornehmstes Mittel“² liegt vielmehr darin, den Betroffenen im gebotenen Umfang zu beraten und zu unterstützen. Der rechtliche Betreuer verfügt zwar über Vertretungsmacht (§ 1902 BGB). Aber nicht nur die Bestellung eines Betreuers ist nachrangig, auch seine Tätigkeit selbst unterliegt einem Subsidiaritätsprinzip. Das bedeutet, dass er sowohl in Bezug auf den Umfang, in dem er sich engagiert, als auch in Bezug auf den Handlungsmodus, dessen er sich bedient, immer nur insoweit tätig zu werden hat, in dem das erforderlich ist.

Dem Betreuer stehen grundsätzlich drei Handlungsmodi zur Verfügung. Wenn Beratung und Unterstützung nicht ausreichen, dann ist es geboten, vom Mittel der Stellvertretung Gebrauch zu machen. Wenn auch das nicht ausreicht, kann es geboten sein, Zwang auszuüben. Zum Zwang werden hier sowohl der Einwilligungsvorbehalt (§ 1903 BGB) als auch die Unterbringung (§ 1906 BGB) und die Zwangsbehandlung (§ 1906a BGB) gezählt. Dies sind Zwangsmittel, mit denen der Betreuer nicht nur mit Wirkung für den Betroffenen handelt, sondern seine Entscheidungen auch gegen den Betroffenen durchsetzt.

Beratung und Unterstützung sind nicht nur der wichtigste Handlungsmodus des Betreuers. Sie legitimieren auch erst weitergehende Eingriffe.³ Sie sind also zum einen die wichtigste Handlungsform des Betreuers und zum Zweiten ggf. die legitimatorische Grundlage von weitergehenden Eingriffen in die Autonomie der Betroffenen. Man kann die drei Handlungsmodi des Betreuers als Pyramide darstellen (siehe Abbildung 1).

Der wichtigste Handlungsmodus des rechtlichen Betreuers überschneidet sich mit der Eingliederungshilfe. Das bedeutet: Immer dann, wenn Beratung und Unterstützung ausreichen, ist eine Betreuung nicht erforderlich, denn es besteht zugleich ein Anspruch auf Eingliederungshilfe für die erforderliche Unterstützung. Dennoch wurde die Ein-

gliederungshilfe lange Zeit nicht als „andere Hilfe“ i.S.v. § 1896 Abs. 2 S. 2 BGB erkannt.

DOMINANZ DER AUSGABEN- DEBATTE

Im Rückblick kann man sich nicht genug darüber wundern, dass die Eingliederungshilfe nach §§ 39 ff. BSHG a.F., ab 2005 §§ 53 ff. SGB XII a.F., in den ersten 15 Jahren nach Inkrafttreten des Betreuungsgesetzes von niemandem als eine *andere Hilfe* wahrgenommen wurde, die eine Betreuung entbehrlich machen kann (§ 1896 Abs. 2 S. 2 BGB). Die rechtliche Betreuung ersetzte zum 1.1.1992 die Vormundschaft für Erwachsene, die sich seit Inkrafttreten des BGB kaum verändert hatte.⁴ Die Reformdiskussion hatte „in den 70er Jahren begonnen und mit der Veröffentlichung der Psychiatrie-Enquête im Jahre 1975 einen ersten Höhepunkt erreicht“. 1987 legte eine vom Bundesjustizminister eingesetzte Arbeitsgruppe einen ersten Diskussionsentwurf vor.⁵ Das Betreuungsgesetz, das daraus hervorging, schaffte die Entmündigung Erwachsener ab und stellte die Betroffenen und ihre subjektiven Wünsche und Vorstellungen (§ 1901 Abs. 2 BGB) ins Zentrum. Das waren radikale Schritte hin zu einem Recht, das Menschen mit starken Beeinträchtigungen den Genuss ihrer Grundrech-

ABBILDUNG 1: Handlungsmodi des rechtlichen Betreuers



te nicht mehr vorenthalten wollte. Daher wurde das Betreuungsgesetz oft als „Jahrhundertreform“ gepriesen.

Eine der größten Sorgen galt zu Anfang der Frage, ob sich eine hinreichende Anzahl von Betreuerinnen und Betreuern, insbesondere beruflich tätigen, finden würde. Doch bald erwies sich, dass das kein Problem war. Die Zahl der Betreuungen stieg rasch an, mit ihr die Zahl der freiberuflich tätigen Betreuerinnen und Betreuer. Ebenso rasch entwickelte sich damit ein neuer freier Beruf,⁶ wengleich dieser nur widerwillig hingenommen und lange Zeit nicht akzeptiert wurde.⁷ Es war ein schönes Beispiel für die Erfolge eines freien Dienstleistungsmarktes. Bereits 1999 bestanden eine Million Betreuungen. Der Höhepunkt war 2012 mit mehr als 1,3 Millionen erreicht. Diese Entwicklung konnte als „Katastrophe“⁸ oder als Erfolg des Betreuungsgesetzes⁹ verstanden werden. Jedenfalls führte sie dazu, dass die Kosten der rechtlichen Betreuung, die die Justizressorts der Länder zu tragen haben, rapide anstiegen. Das führte dazu, dass die Jumiko¹⁰ das ganze Betreuungswesen beständiger Schelte unterzog¹¹ und nachdrücklich Gesetzesänderungen zur Reduktion der Ausgaben forderte. So kam es zunächst zu dem Betreuungsrechtsänderungsgesetz

vom 25.6.1998¹² und einige Jahre später zum Zweiten Betreuungsrechtsänderungsgesetz vom 21.5.2005.¹³ Beide hatten in erster Linie die Begrenzung der Kosten der Betreuung zum Ziel. Dabei entwickelten sich im Wesentlichen drei strategische Stränge, die sich bereits in der Diskussion um das BtÄndG vom 25.6.1998 abzeichneten:

1. Betreuungsvermeidung durch gewillkürte Vertretung (Vorsorgevollmachten) oder durch andere Formen gesetzlicher Vertretung (wechselseitige gesetzliche Vertretungsmacht für Ehegatten)
2. Begrenzung des Umfangs der Tätigkeit und der Vergütung der Berufsbetreuer
3. Betreuungsvermeidung durch Inanspruchnahme vorrangiger Hilfen, insbesondere vorrangiger Sozialleistungen

EINGLIEDERUNGSHILFE? NIE GEHÖRT!

Dominant waren zunächst die beiden zuerst genannten Strategien,¹⁴ was sich dann auch in den Gesetzen vom 25.6.1998 und 21.5.2005 niederschlug. Dass der dritte Strang erst viele Jahre

nach dem ersten BtÄndG an Bedeutung gewann, hat wohl vor allem zwei Ursachen. Zum ersten lag die Begrenzung der Ausgaben der rechtlichen Betreuung im Interesse der Länder. Auch wenn unterschiedliche Ressorts nicht unbedingt Rücksicht aufeinander nehmen,¹⁵ war den Ländern nicht daran gelegen, die Kosten der rechtlichen Betreuung durch einen Ausbau sozialer Leistungen zu bewirken, deren Kosten sie ebenfalls tragen müssen.

Zum zweiten war die Praxis der Eingliederungshilfe so sehr auf Hilfen in Anstalten¹⁶ fixiert, dass die Akteure der damaligen Diskussionen sie einfach nicht „auf dem Zettel“ hatten. Dass Eingliederungshilfe in Form von Assistenz erbracht wurde, kam nur sehr vereinzelt vor. Doch der Gedanke, dass die rechtliche Handlungsfähigkeit in vielen Fällen durch Beratung und Unterstützung und damit ohne rechtsgeschäftliche Vertretung hergestellt werden kann, war jedenfalls noch nicht en vogue. Der an sich naheliegende Gedanke, dass die Eingliederungshilfe eine solche Beratung und Unterstützung zu finanzieren hat, findet sich in den Dokumenten der damaligen Diskussionen nirgends. Die Träger der Eingliederungshilfe waren genauso wie die Justizministerien der Länder mit durchaus erheblichen Steigerungsraten der Ausgaben konfrontiert.¹⁷ Nichts lag ihnen ferner, als danach zu fragen, ob es Bereiche gab, in denen sie ihren Sicherstellungsauftrag aus § 17 SGB I nicht erfüllten.

Ein nennenswerter Ausbau ambulanter Leistungen der Eingliederungshilfe begann, maßgeblich vorangetrieben durch die Akteure der Gemeindepsychiatrie und zunächst vor allem für deren Zielgruppe, erst Mitte der 90er Jahre. Für das Jahr 1994 weist die Sozialhilfestatistik Ausgaben i.H.v. 6,317 Mrd. € für Leistungen der Eingliederungshilfe aus. Davon entfielen nur 287 Mio. € – ein Anteil von 4,5% – auf Leistungen außerhalb von Einrichtungen.¹⁸ Diese Praxis stand in krassm Gegensatz zur Rechtslage. Nach der ersten Fassung des Bundessozialhilfegesetzes (BSHG) vom 30.6.1961¹⁹ stand es im Ermessen

des Sozialhilfeträgers, Menschen mit einer seelischen Behinderung Leistungen der Eingliederungshilfe zu bewilligen. Doch bereits durch das 2. BSHGÄndG vom 14.8.1969²⁰ wurde auch dieser Gruppe ein gebundener Rechtsanspruch zuerkannt. Mit dem 3. BSHGÄndG vom 25.4.1974²¹ wurde § 40 Abs. 1 BSHG um eine Nr. 8 ergänzt, die erstmals „Hilfe zur Teilnahme am Leben in der Gemeinschaft“ ausdrücklich aufführte.²² Durch Art. 26 des Haushaltsbegleitgesetzes vom 22.12.1983²³ wurde mit § 3a BSHG der „Vorrang der offenen Hilfe“ normiert. Ambulanten Hilfen sollte „stärker als bisher“ der Vorrang vor teilstationären und stationären Hilfen eingeräumt werden.²⁴ Doch tatsächlich spielten Leistungen der Eingliederungshilfe außerhalb von Einrichtungen noch Mitte der 90er Jahre nur eine marginale Rolle.²⁵

Nur so dürfte zu erklären sein, dass *Schulte* in dem Eröffnungsvortrag zum Vormundschaftsgerichtstag 1999 zwar die rechtliche Notwendigkeit sozialrechtlich garantierter Leistungen für Menschen mit Behinderungen, die im Verhältnis zur rechtlichen Betreuung vorrangig sind, klar formulierte – aber die sozialhilferechtliche Eingliederungshilfe mit keinem Wort erwähnte. *Schulte* weist zu Eingang sogar auf § 1 Abs. 2 S. 1 BSHG hin, wonach es Aufgabe der Sozialhilfe ist, „dem Empfänger der Hilfe die Führung eines Lebens zu ermöglichen, das der Würde des Menschen entspricht“. Wie das Recht der Sozialhilfe sei auch das Betreuungsrecht „konkretisiertes Verfassungsrecht“.²⁶ Er stellte heraus, dass „sowohl die Betreuerbestellung als auch das Betreuerhandeln“ den Grundsätzen der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit zu folgen hat.²⁷ Daraus ergibt sich die „Subsidiarität der Betreuung gegenüber anderen Hilfen“ und damit insbesondere gegenüber sozialen Diensten.²⁸ Daher sei „verstärktes Augenmerk [zu legen] auf die ‚Schwachstellen‘, die der Behindertenschutz heute insbesondere darin aufweist, dass das Hilfeangebot zu wenig bedürfnisadäquat angeboten und ausgerichtet ist, Fragen des ‚Assessments‘,

d.h. der Feststellung der Hilfs- und Betreuungsbedürftigkeit nur unzureichend behandelt werden, und dass es vor allem an rechtlichen Qualitätsstandards u.ä. auf der und für die Leistungserbringerseite fehlt“.²⁹

Schulte wies nicht nur auf den für das ganze Sozialgesetzbuch geltenden Sicherstellungsauftrag aus § 17 Abs. 1 SGB I hin,³⁰ sondern auch auf das in § 10 SGB I normierte Recht auf Teilhabeleistungen im Fall einer Behinderung.³¹ Doch die Eingliederungshilfe, die das in § 10 SGB I sehr abstrakt kodifizierte Recht erst mit den erforderlichen Normierungen von leistungsberechtigtem Personenkreis, Anspruchsgegner, anspruchsbegründendem Tatbestand und konkreten Inhalten der Leistung ausstattete,³² würdigte er mit keinem Wort.

Stattdessen nahm er Bezug auf die damals aktuelle Debatte um ein „sog. ‚Betreuungshilferecht‘ als Teil des Sozialgesetzbuchs“,³³ die im Rahmen des 6. Vormundschaftsgerichtstags 1999 geführt wurde. Die Teilnehmenden dieser Diskussion kamen u.a. zu folgenden Ergebnissen:

- „1. Die Arbeiten zur Vorbereitung einer Reform ‚Von der justizförmigen zur sozialen Betreuung‘ sollten sofort aufgenommen werden. [...]
- 4. [...] Alle Sozialleistungsgesetze sind – soweit möglich – auf antragsunabhängige Leistungen umzustellen. Dadurch werden Betreuerbestellungen überflüssig. [...]
- 10. Die Vorbereitung einer solchen Reform erfordert die Zusammenarbeit von Bund, Ländern und Gemeinden, unter Einbeziehung von Praxis und Wissenschaft. Sie ist nur ressortübergreifend denkbar. Da es im Schwerpunkt um die Gestaltung von Sozialrecht und Sozialleistungen gehen wird, sollte die Federführung in diesen Bereichen liegen.“³⁴

Die Naivität, mit der hier angenommen wurde, man müsse nur die Antragserfordernisse im Sozialrecht streichen, um Betreuung zu vermeiden, hat etwas Rührendes. Tatsächlich bestand

für die Eingliederungshilfe (anders als heute) kein Antragserfordernis.³⁵ Doch niemand dachte daran, zwei und zwei zusammenzählen und in der Eingliederungshilfe den gesuchten Rechtsanspruch auf von Amts wegen zu bewilligende „betreuungsvermeidende“ Hilfen zu erkennen. Wie so oft wurde die Auffassung, was die Rechtslage sei, wohl auch hier nicht aus dem Gesetz, sondern aus der Praxis gewonnen: In der Praxis der Eingliederungshilfe gab es keine Assistenz zur Herstellung der rechtlichen Handlungsfähigkeit.

Die Debatte in der Szene der Akteure des Betreuungswesens war von einem romantisierenden Blick auf die Welt der Sozialleistungen geprägt. Auf der einen Seite wurden die Reformdiskussionen, die das Betreuungsrecht fast von Anfang an begleiteten, weitgehend vom Widerstand der Landesjustizministerien gegen den Anstieg der Ausgaben für das Betreuungswesen bestimmt. Auf der anderen Seite nahm man offenbar an, dass die Praxis der Sozialverwaltung (deren Ausgabenvolumina sich in einer ganz anderen Dimension bewegen und bewegen) sich vom Grundsatz der optimalen Verwirklichung der sozialen Rechte aus § 2 Abs. 2 SGB I leiten lasse und voller Leidenschaft (§ 20 Abs. 2 SGB X(!)) aus dem Gesetz heraus hole, was für die Leistungsberechtigten herauszuholen ist. Doch wenn man Sachgebietsleiter der Eingliederungshilfe fragte, wie sich die Eingliederungshilfe zur rechtlichen Betreuung verhalte, fiel die Antwort eindeutig aus: Sozialhilfe sei immer nachrangig, auch im Verhältnis zur rechtlichen Betreuung.³⁶ Die damalige Diskussion in der „Betreuungsszene“ war insofern widersprüchlich, als sie einerseits nicht nur von einer engagierten Parteinahme für die Interessen der Betroffenen, sondern in hohem Maß vom fiskalischen Interesse der Justizressorts der Länder geprägt war, andererseits aber auf der Annahme zu beruhen schien, dass Sozialleistungsträger die Leistungen, die sie schulden, unabhängig davon zur Verfügung stellen, ob Leistungsberechtigte in der Lage sind, ihre Ansprüche geltend zu machen

und durchzusetzen. Es reiche, so dachte man, von einem Antragserfordernis abzusehen, das zu allem Überfluss für die Leistung, die besonders in Betracht kam, gar nicht existierte.

VOM ERSTEN BTÄNDG VOM 25.6.1998 ZUM 2. BTÄNDG VOM 21.5.2005

Das BtÄndG vom 25.6.1998 entfaltete eine eher geringe Wirkung auf Entwicklung der Ausgaben des Betreuungswesens. Das führte dazu, dass die 72. Jumiko vom Juni 2001 eine Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Betreuungsrecht“ einsetzte, der sie den Auftrag erteilte, „konkrete Lösungsvorschläge zu Änderungen des Betreuungsrechts zu erarbeiten, die dazu beitragen, die Zahl der Betreuungsfälle zu reduzieren, fehlgeleitete Ressourcen im Interesse der eigentlichen Betreuungsarbeit zu bündeln und die Eingriffe in das Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen auf das Notwendige zu beschränken.“³⁷ Wenn man nicht so direkt sagen möchte, dass es ums Geld geht, werden die Sätze länger. Zur 74. Jumiko im Juni 2003 legte die Arbeitsgruppe ihren Abschlussbericht vor. Neben den Vorschlägen, die dann überwiegend in das 2. BtÄndG vom 21.5.2005 eingingen,³⁸ sprach sich die Arbeitsgruppe für eine „Reform der Betreuungsstruktur“³⁹ aus, die im Wesentlichen das Ziel verfolgte, Verantwortung für Aufgaben, die die rechtliche Betreuung – sei es zu Recht, sei es zu Unrecht – übernimmt, auf Kommunen und Sozialleistungsträger zu verlagern. Zur Begründung führte die Arbeitsgruppe u.a. aus: „In einer nicht unerheblichen Zahl von Fällen dürfte das Fehlen oder der Abbau vorhandener sozialer Dienste und Strukturen in den Kommunen durch die Bestellung eines Betreuers ausgeglichen werden. Wenn betreuungsvermeidende Alternativen nicht vorhanden sind, wird die Bestellung eines Betreuers angeregt, der diejenigen Aufgaben wahrnimmt, die auch ein sozialer Dienst für den Betroffenen wahrzunehmen in der Lage wäre.

Für die Kommune stellt sich damit die Bestellung eines Betreuers als echte Alternative zur Schaffung betreuungsvermeidender sozialer Dienste dar.“⁴⁰ Dass dieser Befund richtig war, steht aus heutiger Sicht nicht in Frage.⁴¹

Die Arbeitsgruppe versuchte zunächst, Daten zu erheben: „Da der inhaltliche Disput nicht von der Frage getrennt werden kann, welche Auswirkungen eine Aufgabenverlagerung auf den personellen und sachlichen Ausstattungsbedarf der Kommunen hat und wie dieser zu finanzieren ist, hat die Arbeitsgruppe versucht, eine tatsächliche Grundlage zu schaffen [...] und] sämtliche Betreuungsbehörden angeschrieben und um Übermittlung aussagekräftiger Daten zur Feststellung des status quo gebeten.“ Doch die kommunalen Spitzenverbände zogen ihre Verteidigungsringe weit: Der Deutsche Landkreistag und der Deutsche Städtetag empfahlen ihren Mitgliedern, nicht an der Befragung teilzunehmen.⁴²

NACH EINFÜHRUNG DER BESTELLUNGSGEBÜHR

Nach dem 2. BtÄndG waren die Karten neu gemischt. Die aufwandsbezogene Vergütung des Berufsbetreuers war durch eine pauschale Bestellungsgebühr ersetzt worden:

„Während bislang in den Grenzen der Plausibilität die tatsächlich aufgewandte Zeit vergütungsfähig war und sich der Betreuer allenfalls mit dem Vorwurf auseinandersetzen musste, er habe durch Gewährung sozialer Hilfen und persönlicher Betreuung in der Praxis Tätigkeiten erbracht, die nicht zu seinen Aufgaben gehören, hat der Betreuer seit der jüngsten Reform des Vergütungsrechtes ein – prinzipiell verständliches – Interesse daran, sein Tun auf das gesetzliche Minimum zu beschränken.“⁴³

Man kann es auch anders sagen: Die beruflich tätigen Betreuer/innen konnten es sich nicht mehr leisten, die Aufgaben, deren Erfüllung die Sozialhilfe verweigerte, kurzerhand selbst zu übernehmen.⁴⁴ So begann eine rechts-

wissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem Verhältnis von Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch zur Betreuung gemäß § 1896 BGB.⁴⁵

Auch der Deutsche Verein für öffentliche und private Fürsorge griff das Thema nun auf und legte 2007 eine Handreichung zur „Abgrenzung von rechtlicher Betreuung und Sozialleistungen“ vor. Danach müssen „Ziele und vertragliche beziehungsweise gesetzliche Verpflichtungen von rechtlichen Betreuern/Betreuerinnen einerseits beziehungsweise Sozialleistungsträgern und -erbringern andererseits ausgelegt werden. Um eine Abgrenzung hinsichtlich der Zuständigkeit für eine bestimmte Hilfe zu treffen, müssen Sinn und Zweck der Tätigkeit mit den Zielen und vertraglichen beziehungsweise gesetzlichen Verpflichtungen von Leistungsträgern und -erbringern abgeglichen werden.“⁴⁶ Es gelte: „Bei rechtlicher Betreuung ist das Ziel die Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts der betreuten Person, die einen rechtlichen Bezugspunkt haben muss. [...] Bei der Betreuung als Sozialleistung [nach dem SGB] werden jeweils Ziele und Verpflichtungen aus vertraglichen beziehungsweise gesetzlichen Regelungen ausgelegt.“⁴⁷ Klarheit wurde hier nicht angestrebt. Natürlich dienen soziale Leistungen auch der Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts, auch wenn das damals nicht ganz so deutlich im Recht der Eingliederungshilfe formuliert war wie jetzt in § 90 Abs. 1 S. 2 SGB IX: „Die Leistung soll [die Leistungsberechtigten] befähigen, ihre Lebensplanung und -führung möglichst selbstbestimmt und eigenverantwortlich wahrnehmen zu können.“⁴⁸ Doch vor dem Hintergrund der durch die Vergütungsreform veränderten Interessenlage der beruflich tätigen Betreuerinnen und Betreuer mochte der Deutsche Verein wohl nicht aussprechen, dass Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch zu den anderen Hilfen i.S.v. § 1896 Abs. 2 S. 2 BGB gehören, die vorrangig zur Verfügung zu stellen sind: „Eine Entlastung der rechtlichen Betreuer/Betreuerinnen durch die Sozialleistung kommt nur in den weni-

gen Fällen in Betracht, in denen für den Schwerpunkt der Tätigkeit eine Doppelzuständigkeit besteht“,⁴⁹ heißt es in der Empfehlung.

In der Rechtsprechung schließlich spielte das Verhältnis von rechtlicher Betreuung zu Sozialleistungen ebenfalls erst nach dem 2. BtÄndG eine Rolle, soweit das der veröffentlichten Rechtsprechung zu entnehmen ist. Am 2.12.2010 entschied der BGH, dass die für den Aufgabenbereich der Vermögenssorge eingerichtete Betreuung den Betreuer nicht zu tatsächlichen Hilfeleistungen für den Betroffenen, sondern nur zu deren Organisation verpflichtet.

„Tätigkeiten außerhalb der Besorgung rechtlicher Angelegenheiten gehören insbesondere dann nicht zum Aufgabenbereich eines Betreuers, wenn deren Vergütung durch andere Kostenträger – etwa die Sozialhilfe – geregelt ist [...]. Die faktische Führung des Betroffenen durch Heimpersonal stellt eine ‚andere Hilfe‘ im Sinne des § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB dar, für die ein gesetzlicher Vertreter nicht notwendig ist [...]. Für die hier in Rede stehende Verwaltung der Barbeträge durch das Heim gilt nichts anderes [...].“⁵⁰ Obwohl es in diesem Verfahren ausdrücklich um das Verhältnis der rechtlichen Betreuung zu den Leistungen zur Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft (§ 5 Nr. 4 SGB IX a.F.) ging, blieb der Einfluss dieses Urteils auf die Praxis gering. 2016 schloss sich das BSG der Rechtsprechung des BGH an, ließ aber durch die Bezugnahme auf die vagen Ausführungen des Deutschen Vereins eine Hintertür offen, was der Beachtung des BGH-Urteils kaum förderlich war.⁵¹

ART. 12 UN-BEHINDERTEN-RECHTSKONVENTION

Im März 2009 trat die UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK) in Deutschland in Kraft. Art. 12 (Legal Capacity/rechtliche Handlungsfähigkeit) löste eine Debatte darüber aus, ob die rechtliche Betreuung mit der Konvention vereinbar ist.⁵² Infolge dessen

entwickelte sich ein Bewusstsein dafür, dass die Anordnung einer rechtlichen Betreuung ein verfassungswidriger Grundrechtseingriff sein kann, wenn die betroffene Person lediglich Beratung und Unterstützung, nicht aber rechtsgeschäftliche Vertretung benötigt, um praktisch von ihrer rechtlichen Handlungsfähigkeit Gebrauch zu machen. In der Abschlusserklärung des 12. Betreuungsgerichtstag fand man dafür eine vorsichtige Formel: „Assistenz als Hilfe zur Selbstbestimmung hat Vorrang vor dem rechtlichen Stellvertreterhandeln.“⁵³ Die Vorsicht liegt darin, dass damit noch nicht gesagt war, wer diese Assistenz leisten sollte. *Lipp* griff die Debatte um die Strukturreform der Betreuung auf und sprach sich dafür aus, die Zuständigkeit der Justiz beizubehalten. Denn die Betreuung sei „keine Sozialleistung, die je nach Kassenlage mehr oder weniger umfangreich ausfallen“ könne.⁵⁴ *Lipp* hielt den Vortrag im November 2010 und damit ein dreiviertel Jahr nach dem „Hartz IV“-Urteil des BVerfG.⁵⁵ Dass auch Sozialleistungen, jedenfalls manche, verfassungsrechtlich geschuldet sind und nicht je nach Kassenlage mehr oder weniger umfangreich ausfallen können, jedenfalls de jure, war zu diesem Zeitpunkt gerade besonders präsent. Als rechtsdogmatisches war das Argument falsch. Die drastische Diskrepanz, die zwischen Recht und Praxis der Eingliederungshilfe bestand, spricht dafür, dass es als rechtstatsächliches zumindest nahelag.

Doch zunächst zurück zu einer rechtlichen Betrachtung – Art. 12 Abs. 3 und Abs. 4 UN-BRK lauten:

„(3) 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.

(4) Die Vertragsstaaten stellen sicher, dass zu allen die Ausübung der Rechts- und Handlungsfähigkeit betreffenden Maßnahmen im Einklang mit den internationalen Menschen-

rechtsnormen geeignete und wirksame Sicherungen vorgesehen werden, um Missbräuche zu verhindern. Diese Sicherungen müssen gewährleisten, dass bei den Maßnahmen betreffend die Ausübung der Rechts- und Handlungsfähigkeit die Rechte, der Wille und die Präferenzen der betroffenen Person geachtet werden, es nicht zu Interessenkonflikten und unangemessener Einflussnahme kommt, dass die Maßnahmen verhältnismäßig und auf die Umstände der Person zugeschnitten sind, dass sie von möglichst kurzer Dauer sind und dass sie einer regelmäßigen Überprüfung durch eine zuständige, unabhängige und unparteiische Behörde oder gerichtliche Stelle unterliegen. Die Sicherungen müssen im Hinblick auf das Ausmaß, in dem diese Maßnahmen die Rechte und Interessen der Person berühren, verhältnismäßig sein.“⁵⁶

Einige Jahre zuvor hatte *Lipp* herausgearbeitet, dass Beratung und Unterstützung das „wichtigste, wenngleich unscheinbarste Mittel des Betreuers zur Erfüllung seiner Aufgabe“ sind. „Erst wenn diese schwachen Formen der Rechtsfürsorge nicht genügen, darf der Betreuer zu Mitteln greifen, die stärker in das Selbstbestimmungsrecht des Betreuten eingreifen wie zum Beispiel zu Stellvertretung, Einwilligungsvorbehalt oder Bestimmungsbefugnis.“⁵⁷ Doch diese rechtswissenschaftliche Erkenntnis ist noch keine Sicherung, wie Art. 12 Abs. 4 S. 2 UN-BRK sie verlangt. § 1902 BGB (ab 1.1.2023 § 1823 BGB) räumt dem Betreuer gesetzliche Vertretungsmacht im Rahmen seines Aufgabenkreises ein. Das Betreuungsrecht kennt keine irgendwie geartete Sicherung, die gewährleisten könnte, dass gesetzliche Betreuerinnen und Betreuer von dieser Möglichkeit erst dann Gebrauch machen, wenn die „schwachen Formen der Rechtsfürsorge nicht genügen“. Auch die aktuelle Reform hat eine solche Sicherung nicht geschaffen. Damit kommt man nicht darum herum, dass die Einrichtung einer gesetzlichen Betreuung dann gegen Art.

12 UN-BRK verstoßen kann, wenn die betreute Person in keiner Situation einer gesetzlichen Vertretung (oder gar weitergehender Eingriffe, §§ 1903, 1906 BGB) bedarf.⁵⁸ Das gilt erst recht, wenn man beachtet, dass das Recht der Eingliederungshilfe spätestens seit dem Inkrafttreten des 2. BSHGÄndG vom 14.8.1969 einen Anspruch auf eine solche Assistenz enthält. In der Praxis allerdings war dieser Anspruch allenfalls dann zu realisieren, wenn er mit erheblichem Aufwand durchgesetzt wurde.⁵⁹

Auch nach dem 2. BtÄndG vom 21.5.2005 stiegen die Betreuungszahlen weiter an, „wenn auch tendenziell abflachend“.⁶⁰ Daher wurde 2009 erneut eine Arbeitsgruppe eingesetzt, deren Tätigkeit schließlich zum Gesetz zur Stärkung der Funktion der Betreuungsbehörde vom 28.8.2013⁶¹ führte. Mit diesem Gesetz griff der Gesetzgeber erstmals den zu Eingang genannten dritten strategischen Strang auf und fügte u.a. § 4 Abs. 2 Betreuungsbehördengesetz (BtBG) zum 1.7.2014 ein, der lautet:

„(2) Wenn im Einzelfall Anhaltspunkte für einen Betreuungsbedarf nach § 1896 Absatz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestehen, soll die Behörde der betroffenen Person ein Beratungsangebot unterbreiten. Diese Beratung umfasst auch die Pflicht, andere Hilfen, bei denen kein Betreuer bestellt wird, zu vermitteln. Dabei arbeitet die Behörde mit den zuständigen Sozialleistungsträgern zusammen.“

Hier nahm das Betreuungsrecht erstmals ausdrücklich Bezug auf die Träger der Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch. In der Begründung ihres Gesetzentwurfs weist die Bundesregierung in der Problembeschreibung zu Anfang auf die gestiegenen Ausgaben hin. Sodann nimmt sie Bezug auf die Debatte um eine Strukturreform des Betreuungsrechts, die sie nun in den Kontext der UN-BRK stellt.⁶² Art. 12 UN-BRK war ein willkommenes Argument, änderte aber nichts an den Zielen, die die Justizministerien verfolgten.

Im Frühjahr 2014 gaben der Deutsche Landkreistag und der Deutsche Städte- tag gemeinsam „Empfehlungen zur Ver-

mittlung anderer Hilfen“ als neue Aufgabe der örtlichen Betreuungsbehörde“ heraus.⁶³ Die Eingliederungshilfe wird dort nur einmal erwähnt: Die Empfehlung umfasst eine Anlage in Form einer Tabelle, in der „andere Hilfen“ i.S.v. § 1896 Abs. 2 S. 2 BGB, unterteilt nach Aufgaben einer rechtlichen Betreuung, aufgeführt werden. In der Zeile mit der Aufgabe „Gesundheitsfürsorge“ findet sich der Hinweis auf „Ambulantes betreutes Wohnen nach SGB XII und andere Eingliederungshilfen“.⁶⁴

Die Empfehlung nimmt damit Bezug auf die Leistungen der Eingliederungshilfe, die in der Praxis anzutreffen waren – und nicht auf die Ansprüche, die sich aus dem Recht der Eingliederungshilfe ergaben. Die Frage, ob das Gesetz weitere Leistungen vorsah, die die Träger aber nicht zur Verfügung stellten, wurde nicht gestellt. Auch die Geldleistungen, die die Eingliederungshilfe kennt, insbesondere das persönliche Budget, wurden nicht erwähnt. Da es sich um eine Empfehlung kommunaler Spitzenverbände handelt, kann das nicht überraschen.

Die Leistung, die in den meisten Bundesländern als *Ambulant betreutes Wohnen* (ABW) oder einfach als *Betreutes Wohnen* (BeWo) bezeichnet wird, ist zwar sicher nicht die einzige, aber doch bei weitem die wichtigste Leistung der Eingliederungshilfe, die außerhalb von stationären oder teilstationären Einrichtungen erbracht wird. Zumeist handelt es sich um aufsuchende sozialpädagogische Einzelfallhilfen. Oft stellen die Leistungserbringer zugleich den Wohnraum zur Verfügung und verbinden die soziale Betreuung damit.⁶⁵ So hat auch diese Leistung bis heute oft Züge einer Leistung in einer Einrichtung.⁶⁶ Bis heute wird vertreten, dass eine eigene Wohnung Voraussetzung für den Anspruch auf Eingliederungshilfe sei,⁶⁷ obwohl das mit dem durchgängig anerkannten Bedarfsdeckungsprinzip⁶⁸ ganz offensichtlich nicht vereinbar ist. Im Ergebnis wurde die Eingliederungshilfe nicht nur in der Praxis, sondern auch in Wissenschaft und Politik als ein Leistungssystem wahrgenommen,

das auf das beschränkt ist, was es in der Praxis leistet.

REFORM DER EINGLIEDERUNGSHILFE

Im Zentrum des Bundesteilhabegesetzes (BTHG) vom 23.12.2016⁶⁹ steht die umfassende Reform der Eingliederungshilfe. Das Recht der Eingliederungshilfe wurde aus der Sozialhilfe herausgelöst und durch ein neues und eigenständiges Leistungsgesetz, das als 2. Teil in das SGB IX eingefügt wurde, ersetzt.⁷⁰ „Leitgedanke für die rechtliche Konzeption [des BTHG] war die Personenzentrierung.“⁷¹ Ob das alte Recht der Eingliederungshilfe die starke Institutionenzentrierung, von der die Praxis bis zuletzt geprägt war, tatsächlich verlangte (oder auch nur erlaubte), kann man mit guten Gründen bezweifeln.⁷² Allerdings hat das BSG⁷³ unter der Geltung der sozialhilferechtlichen Vorschriften über die Eingliederungshilfe die Institutionenzentrierung mit Haken und Ösen verteidigt.⁷⁴

In Bezug auf Beratung und Unterstützung zur Herstellung der rechtlichen Handlungsfähigkeit sind insbesondere die folgenden Neuerungen relevant:

1. Der Grundsatz der Personenzentrierung ist an zentraler Stelle normiert. Der in § 95 SGB IX (ergänzend zu § 17 SGB I) normierte Sicherstellungsauftrag verpflichtet die Träger, personenzentrierte Leistungen sicherzustellen. Zugleich unterstellt er das Leistungsvereinbarungsrecht der §§ 123 bis 134 SGB IX dem Zweck, den so spezifizierten Sicherstellungsauftrag umzusetzen. § 131 SGB IX (Rahmenverträge) enthält jedoch Vorschriften, die aus dem alten Recht übernommen wurden und den Grundsatz der Personenzentrierung konterkarieren,⁷⁵ was man als Einladung verstehen kann, die vorrangige Vorgabe aus § 95 SGB IX zu übergehen, wenn man das will.

2. Die Bezeichnung der bisherigen Leistungsgruppe „Leistungen zur Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft“ wurde durch den umfassenderen Be-

griff „Leistungen zur sozialen Teilhabe“ ersetzt. Die Vorschriften zur Konkretisierung dieser Leistungen, §§ 76 ff. SGB IX, weisen einen deutlich höheren Konkretisierungsgrad auf als die vormaligen §§ 55 ff. SGB IX, und sind zugleich weitaus umfassender gesetzlich gefasst. Hier kommt es besonders auf § 78 SGB IX – Assistenzleistungen – an. § 78 Abs. 1 S. 1 SGB IX unterstellt die Assistenz dem Zweck der „selbstbestimmten und eigenständigen Bewältigung des Alltags einschließlich der Tagesstrukturierung“. § 78 Abs. 1 S. 2 SGB IX stellt klar, dass diese Leistungen sehr weit zu fassen ist. Zu ihnen gehören u.a. Leistungen der Teilhabe am kulturellen Leben, zur Freizeitgestaltung und zur persönlichen Lebensplanung.

Die gesetzliche Grundlage für den Anspruch auf Leistungen, die eine große Zahl rechtlicher Betreuungen ersetzen könnte, ist damit wohl nicht erst geschaffen worden (weil sie bereits sie langem bestand!), doch sie tritt sehr viel klarer hervor. Dazu kommt, dass die Eingliederungshilfe nach dem 2. Teil des SGB IX in Bezug auf die Eigenbeteiligung der Leistungsberechtigten weitaus großzügiger ist als die gesetzliche Betreuung.⁷⁶ Im Jahr 2021 ist ein Barvermögen von bis zu 59.220 € geschützt (§ 139 S. 2 SGB IX); in der Sozialhilfe beträgt das geschützte Barvermögen lediglich 5.000 €.⁷⁷

Doch die rechtstatsächliche Entwicklung seit Inkrafttreten des 2. Teils des SGB IX (1.1.2020) macht keine Hoffnung auf Veränderungen. Sowohl die Träger der Eingliederungshilfe als auch die Leistungserbringer zeigen bislang ein Beharrungsvermögen, das kaum zu übertreffen ist. Sie machen weiter wie bisher und lassen wenig Zweifel daran, dass die gesetzlichen Vorgaben sie nur kümmern, wo sie gezwungen werden, das Gesetz zu beachten. Weber formuliert am Ende seines Buches über die neue Eingliederungshilfe: „Möglicherweise ist sozialleistungsrechtlich Vieles anders und neu geregelt worden, tatsächlich ändert dies am Leistungsgehehen womöglich wenig.“⁷⁸

UNTERSUCHUNG ZUR UMSETZUNG DES ERFORDERLICHKEITSGRUNDSATZES

2018 erschien der Abschlussbericht der Untersuchung zur „Umsetzung des Erforderlichkeitsgrundsatzes in der betreuungsrechtlichen Praxis im Hinblick auf vorgelagerte ‚andere Hilfen‘ unter besonderer Berücksichtigung des am 1.7.2014 in Kraft getretenen Gesetzes zur Stärkung der Funktionen der Betreuungsbehörde“, die das BMJV in Auftrag gegeben hatte. Ziele des Forschungsvorhabens waren vor allem, die Wirksamkeit des Gesetzes zur Stärkung der Betreuungsbehörden zu untersuchen und „einem grundlegenden Mangel an Daten und Informationen über den Umfang potenziell betreuungsvermeidender ‚andere Hilfen‘ und Unterstützungen“ abzuwehren.⁷⁹

Bereits 2014 hatte die Jumiko betont, dass der Reformprozess im Betreuungswesen mit dem Gesetz zur Stärkung der Funktion der Betreuungsbehörden nicht abgeschlossen war: „Die von der UN-Behindertenrechtskonvention intendierte Stärkung des Selbstbestimmungsrechts hilfebedürftiger Erwachsener erfordert strukturelle Verbesserungen des Zugangs zu den sozialen Leistungssystemen im Vorfeld der rechtlichen Betreuung.“⁸⁰ Die Jumiko wollte dasselbe wie bereits zehn Jahre zuvor. Doch mit Art. 12 UN-BRK stand ihr nun ein sehr viel eleganteres Argument zur Verfügung, um den dritten strategischen Strang weiter zu verfolgen. Das rief die Konferenz der Arbeits- und Sozialminister/innen (ASMK) auf den Plan, die sich wenig beeindruckt zeigte und die Jumiko wissen ließ:

„Das sozialrechtliche Instrumentarium ist nicht speziell auf die Verhinderung von rechtlicher Betreuung zugeschnitten. Soweit § 1896 Absatz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs regelt, dass die rechtliche Betreuung nur angeordnet werden darf, wenn ‚andere Hilfen‘ nicht verfügbar sind, ist dies allumfassend und nicht nur mit Blick auf das sozialrechtliche Hilfespektrum zu verstehen. [...] Zudem liegen keine empirisch

hinreichend gesicherten Erkenntnisse vor, die belegen, dass vorgelagerte ‚sozialrechtliche‘ Leistungen in besonderem Maße zur Vermeidung von rechtlicher Betreuung geeignet sind.“⁸¹

Hier wird mit harten Bandagen gestritten. Nachdem die Sozialleistungsträger – ganz besonders die Träger der Eingliederungshilfe⁸² – die Betreuung 25 Jahre lang als eine „Leistung“ behandelt hatten, die vorrangig in Anspruch zu nehmen sei, war es natürlich keine Überraschung, dass empirische Erkenntnisse dieser Art nicht vorlagen.

Hier tritt deutlich zu Tage, dass beide Systeme, die rechtliche Betreuung und die Systeme der steuerfinanzierten Sozialleistungen, an erster Stelle die Eingliederungshilfe, konsequent und langfristig das Interesse verfolgen, ihre Ausgaben, gerne auch zu Lasten eines anderen Systems, zu begrenzen. Die Eingliederungshilfe war dabei in den vergangenen Jahrzehnten sehr erfolgreich, die rechtliche Betreuung dagegen eher erfolglos. Die Folge sind verfassungswidrige Grundrechtseingriffe – nicht erforderliche Einrichtungen einer Betreuung – in großer Zahl, was durch die Untersuchung zum Erforderlichkeitsgrundsatz bestätigt worden ist (s.u.).

Wenn man den Konflikt zwischen Justiz und Sozialverwaltung aus der Sicht der Justiz betrachtet, stellt sich die Frage, wie die strikte Subsidiarität der Betreuung herzustellen ist. Betrachtet man den Konflikt aber aus einer anwaltlichen Perspektive, ist die Frage eine andere: Was ist zu tun, um zu verhindern, dass dieser Konflikt auf dem Rücken der Betroffenen ausgetragen wird?

Die Untersuchung zum Erforderlichkeitsgrundsatz verzichtete auf eine rechtsdogmatische Untersuchung der Eingliederungshilfe. Sie stellte nicht die Frage, was die Eingliederungshilfe leisten muss, sondern untersuchte, was sie tatsächlich leistet. Die Darstellung der als „andere Hilfen“ in Betracht kommenden Sozialleistungen beginnt mit dem Gesamtplan nach § 58 SGB XII a.F., der hier als ‚eine Hilfe‘ missverstanden wird.⁸³ Doch gleich an zweiter Stelle geht es dann um die Eingliederungshilfe.⁸⁴

Die Untersuchung setzt die Eingliederungshilfe (außerhalb von Einrichtungen) weitgehend mit der etablierten Leistung des Ambulant Betreuten Wohnens gleich; eine notwendige Folge des Verzichts auf eine rechtliche Perspektive. Doch auch mit der Beschränkung auf das etablierte Ambulant Betreute Wohnen stellt die Studie „zwei zentrale Problemkomplexe“ fest. Zum ersten kämen die Leistungserbringer ihren Verpflichtungen nicht nach. Zum zweiten gebe es zu wenig Angebote.⁸⁵ Damit sind in der Tat zwei zentrale Probleme der Eingliederungshilfe angesprochen, die allerdings aus einer rechtlichen Perspektive anders zu beschreiben sind, als der Bericht das tut:

1. Ein grundlegendes Problem der Eingliederungshilfe ist, dass die Leistungsverpflichtung der Leistungserbringer nicht hinreichend genau bestimmt wird. Zwar schreibt das Leistungsvereinbarungsrecht – auch das vormalige nach dem SGB XII – Mindestbestandteile der Leistungsvereinbarung vor (§ 21 SGB IX a.F., § 76 Abs. 1 S. 1 SGB XII a.F. bzw. §§ 38, 125 Abs. 2 SGB IX n.F.). Doch diese werden wohl nie vollständig eingehalten; mitunter existieren nur Vergütungsvereinbarungen. Diesen Leistungsvereinbarungen (soweit sie überhaupt existieren), die das zivilrechtliche Verhältnis zwischen leistungsberechtigter Person und Leistungserbringer determinieren, ist nicht genau zu entnehmen, was der Leistungserbringer der leistungsberechtigten Person schuldet. Daher überrascht es nicht, dass der Umfang der Leistungspflicht häufig umstritten ist. Leistungsträger und Leistungserbringer haben beide ein Interesse an dieser Unschärfe. Der Leistungserbringer kann den Umfang seiner Leistungspflicht recht frei definieren.⁸⁶ Der Leistungsträger kann seine Ausgaben (und damit die Leistungen, die er erbringen muss) begrenzen, indem er seine Verpflichtung, über die Leistung zu verhandeln und diese zu fixieren, umgeht und stattdessen den Umfang der Leistungen nur inzident im Zuge der Vergütungsverhandlung bestimmt.

2. Die Träger der Eingliederungshilfe sind bis heute weit davon entfernt, ihren Sicherstellungsauftrag aus § 17 SGB I, seit 1.1.2020 i.V.m. § 95 SGB IX zu erfüllen. Ambulante Leistungen für Menschen mit einer psychischen Erkrankung wurden seit Mitte der 90er Jahre (und damit rund 25 Jahre nach Schaffung eines Rechtsanspruchs) nach und nach etabliert. Aber für viele andere Gruppen wie z.B. Menschen mit Autismus oder Menschen, die chronisch und mehrfach abhängigkeitgeschädigt (CMA) sind, stehen nur vereinzelt bedarfsdeckende Leistungen zur Verfügung. Man muss kein Forschungsprojekt durchführen, um zu erkennen, dass eine an dem in § 2 Abs. 2 SGB I normierten Grundsatz der möglichst weitgehenden Verwirklichung der sozialen Rechte ausgerichtete Praxis eine drastische Steigerung der Ausgaben der Eingliederungshilfe zur Folge haben müsste. Die gesellschaftlichen Kräfte, die die Begrenzung der Ausgaben betreiben, sind ganz offensichtlich stärker als die, die die möglichst weitgehende Verwirklichung der sozialen Rechte forcieren.

Die Untersuchung war so angelegt, dass sie die Hintergründe der Probleme der Eingliederungshilfe, auf die sie stieß, nicht ausleuchten konnte. Das führte dazu, dass sie das Potential der Eingliederungshilfe als Leistung, die in einer großen Zahl von Fällen rechtliche Betreuungen überflüssig machen kann, nicht erkannte.⁸⁷ Doch ohne die Eingliederungshilfe ausdrücklich zu nennen,⁸⁸ bestätigte die Untersuchung deren Eigenschaft. Sie entwickelte Kriterien, die andere Hilfen „in besonderem Maße für die Vermeidung von rechtlichen Betreuungen qualifizieren“, nämlich:

- Personenzentriertheit des Aufgabenzuschnitts und der Aufgabenwahrnehmung
- aufsuchende und nachgehende Arbeitsweise
- Kontinuität der Hilfe und Ansprechpartner
- umfangreiche (sozial-)rechtliche Kenntnisse sowie Vertrautheit mit den regionalen Hilfestrukturen.⁸⁹

All dies ist vom Leistungsspektrum der Eingliederungshilfe umfasst – auch wenn die Träger der Eingliederungshilfe das nicht gerne hören. Die Eingliederungshilfe ist eine personenzentrierte Leistung, die dem Bedarfsdeckungsgrundsatz unterliegt und damit grundsätzlich alle im Einzelfall erforderlichen Leistungen zur Kompensation einer Behinderung, die § 4 SGB IX übergreifend beschreibt, zu erbringen hat.

Unabhängig von der Frage, welche Leistungen in diesem Zusammenhang im Einzelnen angesprochen sind, bestätigte die Untersuchung den Vorwurf, dass das Sozialleistungssystem sich einen schlanken Fuß mache, sobald ein Problem in die rechtliche Betreuung verschoben werden kann, eindrucksvoll.⁹⁰ Die 89. Jumiko (Juni 2018) griff diesen Befund auf und forderte nun nachdrücklich, dass „ausschließlich soziale Hilfeleistung erfordernde Sachverhalte [...] nicht mehr systemwidrig Ursache von Betreuerbestellungen werden [dürfen]“.⁹¹ Dieser Beschluss wurde durch eine Stellungnahme ergänzt, mit der die Jumiko auf die rüde Abfuhr, die die ASMK ihr vier Jahre zuvor erteilt hatte, reagierte. Die Jumiko beklagt, dass ein „nicht unerheblicher Teil an Betreuungen“ nur deshalb angeordnet werde, weil, so im Ergebnis, die Sozialleistungsträger ihren Aufgaben nicht ausreichend nachkommen und führt aus: „Diese Ergebnisse sind sowohl vor dem Hintergrund des Erforderlichkeitsgrundsatzes des deutschen Rechts als auch der UN-BRK bedenklich, da sie deutlich werden lassen, dass ein nicht unerheblicher Anteil an Betreuungen letztlich nur aufgrund eines unübersichtlichen und im Ergebnis – mangels für die Betroffenen gegebener Verständlichkeit – unzureichenden Sozialsystems angeordnet wird. In all diesen Fällen ist die Bestellung eines Betreuers nicht die rechtlich gebotene ‚ultima ratio‘, sondern äußerst fragwürdiges Ergebnis unzureichender alternativer Hilfsangebote der Sozialverwaltung.“⁹²

Die Forderungen, die die Jumiko daraus ableitete, setzte der Gesetzgeber insbesondere mit § 8 BtOG (s.u.) um.

GESETZ ZUR REFORM DES VORMUNDSCHAFTS- UND DES BETREUUNGSRECHTS

Das Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und des Betreuungsrechts soll unter anderem hier ansetzen und den „Vorrang sozialrechtlicher Hilfen vor rechtlicher Betreuung“ stärken.⁹³ In unmittelbarem Zusammenhang mit diesem Zweck stehen die Formulierungen von § 1814 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 BGB, die Einfügung von § 17 Abs. 4 SGB I und § 8 BtOG.

§ 1814 Abs. 3 S. 1 BGB normiert den Erforderlichkeitsgrundsatz, der durch § 1814 Abs. 3 S. 2 BGB konkretisiert wird. Die Betreuung ist danach u.a. nicht erforderlich, soweit die Angelegenheiten des Betroffenen „durch andere Hilfen, bei denen kein gesetzlicher Vertreter bestellt wird, erledigt werden können, insbesondere durch solche Unterstützung, die auf sozialen Rechten oder anderen Vorschriften beruht“.

§ 17 Abs. 4 S. 1 SGB I schreibt vor, dass die Leistungsträger mit den Betreuungsbehörden zusammenarbeiten. Satz 2 lautet: „Soziale Rechte dürfen nicht deshalb abgelehnt, versagt oder eingeschränkt werden, weil ein rechtlicher Betreuer nach § 1814 Absatz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestellt worden ist oder bestellt werden könnte.“ Die Formulierung „soziale Rechte“ nimmt Bezug auf § 2 Abs. 2 SGB I und stellt den Zusammenhang zum Grundsatz der möglichst weitgehenden Verwirklichung der sozialen Rechte her. Wegen § 37 S. 2 SGB I gilt § 17 SGB I vorrangig für alle Teile des Sozialgesetzbuchs.⁹⁴

Beide Vorschriften ändern nichts an der bisherigen Rechtslage, stellen diese aber in Bezug auf das Verhältnis der rechtlichen Betreuung zu Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch klarer heraus. Um dem Nachrang der Betreuung tatsächlich Geltung zu verschaffen, werden die Aufgaben der Betreuungsbehörde erweitert. Das Betreuungsbehördengesetz (BtBG) wird durch das Betreuungsorganisationsgesetz (BtOG) ersetzt. § 8 BtOG greift die Regelungen aus § 4 BtBG auf, geht aber deutlich weiter.

Die Betreuungsbehörde soll den Betroffenen mit dem Ziel der Vermeidung einer Betreuung beraten, unterstützen und, mit dessen Zustimmung, andere Hilfen vermitteln. Dabei ist insbesondere ein Kontakt mit dem „Beratungs- und Unterstützungsangebot des sozialen Hilfesystems herzustellen“. Der Betroffene ist auch dabei zu unterstützen, notwendige Anträge zu stellen (nicht aber, die Mitwirkungspflichten aus §§ 60 ff. SGB I zu erfüllen, was meist das größere Problem ist). Die Betreuungsbehörde kooperiert mit den Sozialleistungsträgern. All dies geht nur unwesentlich über die vormalige Vorschrift aus § 4 Abs. 2 BtBG hinaus.

Eine weiter reichende Neuerung enthält § 8 Abs. 2 BtOG. Nach dieser Vorschrift kann die Betreuungsbehörde „in geeigneten Fällen“ die Beratung und Unterstützung „im Wege einer erweiterten Unterstützung“ durchführen. Der Begriff der erweiterten Unterstützung wird durch § 8 Abs. 2 S. 2 BtOG definiert: „Diese umfasst weitere, über Absatz 1 hinausgehende Maßnahmen, die geeignet sind, die Bestellung eines Betreuers zu vermeiden, und die keine rechtliche Vertretung des Betroffenen durch die Behörde erfordern.“ Es handelt sich um eine finale Definition. Der Gesetzgeber bestimmt nur den Zweck der erweiterten Unterstützung, nicht die Mittel, mit denen dieser Zweck erreicht werden soll. Lediglich die rechtliche Vertretung des Betroffenen wird ausgeschlossen, die nur aufgrund einer Vollmacht möglich wäre.

Die Betreuungsbehörde muss die erweiterte Unterstützung nicht selbst durchführen. Gem. § 8 Abs. 4 BtOG kann sie einen anerkannten Betreuungsverein oder einen selbstständigen Berufsbetreuer⁹⁵ damit beauftragen. Die Beauftragung erfolgt durch Vertrag, der auch die Finanzierung regeln soll. Der Beauftragte ist nicht befugt, hoheitliche Akte durchzuführen.⁹⁶ Eine Beleihung ist mit der Beauftragung nicht verbunden. Die Verantwortung für die Durchführung der erweiterten Unterstützung soll „vollumfänglich bei der Betreuungsbehörde“ verbleiben.⁹⁷ Der Beauftrag-

te dürfte damit als Verwaltungshelfer zu klassifizieren sein, der im Auftrag der Behörde handelt. Das bedeutet zugleich, dass sein Verhältnis zum Betroffenen ein öffentlich-rechtliches bleibt⁹⁸ und dass die Beauftragung ein öffentlicher Auftrag i.S.v. § 103 GWB ist. Das Vergaberecht der §§ 97 ff. GWB ist dennoch nicht einschlägig, weil die Schwellenwerte aus § 106 GWB kaum erreicht werden können. Damit kommt die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) i.V.m. mit dem jeweiligen Landesgesetz zur Anwendung. Bis zu einem Wert von 1.000 € (ohne USt.) ist das Vergabeverfahren nicht anzuwenden (Direktauftrag gem. § 14 UVgO). Wenn der Wert der Beauftragung 1.000 € übersteigt, wird eventuell zu prüfen sein, ob § 49 oder § 50 UVgO anzuwenden ist. Für § 50 UVgO spricht, dass der Beruf des Berufsbetreuers zu den freien Berufen gehört. Dagegen spricht die Weisungsgebundenheit, die für freie Berufe gerade atypisch ist.

AUSBLICK

Die erweiterte Unterstützung, verbunden mit der Möglichkeit, Dritte damit zu beauftragen, ist eine Chance, dem Nachrang der Betreuung im Verhältnis zur Eingliederungshilfe Geltung zu verschaffen. Die Betreuungsbehörden selbst werden da nur wenig ausrichten können. Jedenfalls ist nicht erkennbar, dass das Gesetz zur Stärkung der Funktion der Betreuungsbehörden in Bezug auf die Aktivierung der Eingliederungshilfe als vorrangige Leistung diesbezüglich etwas bewirkt hätte. Wenn sie jedoch das Mittel der erweiterten Unterstützung engagiert nutzen und von der Möglichkeit der Beauftragung Dritter Gebrauch machen, können sie vielleicht etwas bewirken.

Doch in Bezug auf die Eingliederungshilfe besteht aller Grund zur Skepsis. Die Träger der Eingliederungshilfe haben die Möglichkeit und die Verpflichtung, die Versorgungslandschaft nach Maßgabe von § 17 Abs. 1 Nr. 1 SGB I (jetzt i.V.m. § 95 SGB IX) zu gestalten.

Das wichtigste Instrument, das der Gesetzgeber ihnen dafür in die Hände gegeben hat, sind Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen nach §§ 123 ff. SGB IX.⁹⁹ Aber die Eingliederungshilfe hat es über Jahrzehnte vermocht, große Bereiche von Leistungen für Menschen mit Behinderungen, zu denen das Gesetz die Träger verpflichtet, gar nicht erst aufkommen zu lassen. Wenn für eine bestimmte Leistung eine Leistungs- und Vergütungsvereinbarung nicht existiert, wird sie gar nicht als Leistung der Eingliederungshilfe wahrgenommen. Die Studie zum Erforderlichkeitsgrundsatz bestätigt das. Die allermeisten Akteure verfahren wie die Studie zum Erforderlichkeitsgrundsatz: Sie schauen nicht in das Gesetz, um herauszufinden, was Eingliederungshilfe sei, sondern sie finden heraus, was tatsächlich unter dem Namen der Eingliederungshilfe angeboten wird – und nehmen an, dies entspreche der Rechtslage.

Die Eingliederungshilfe sucht nicht nach Aufgaben. Sie hat, als sie mit dem BSHG zum 1.6.1962 geschaffen wurde, ein System von Einrichtungen der Behindertenhilfe übernommen und hat über Jahrzehnte keinerlei Anstalten gemacht, um ihren gesetzlichen Verpflichtungen, die über die Finanzierung dieser Einrichtungen hinausgingen, nachzukommen. Nur so ist zu erklären, dass die o.g. Änderungen des BSHG von 1969, 1974 und 1984 viele Jahre weitgehend folgenlos blieben. Wenn die Eingliederungshilfe sich schließlich doch weiterentwickelte, dann nicht aus Initiative der Leistungsträger, sondern stets auf Druck von außen. Der Aufbau des Ambulant Betreuten Wohnens dauerte viele Jahre und wäre ohne die gemeindepsychiatrische Bewegung nicht zustande gekommen.

Natürlich lässt sich das Recht auf Eingliederungshilfe im Einzelfall durchsetzen, auch wenn keine Leistungs- und Vergütungsvereinbarung existiert.¹⁰⁰ Doch das ist aufwändig und erfordert die Hilfe hochspezialisierter Unterstützung, i.d.R. auch durch auf diesem Gebiet sehr versierte Rechtsanwälte und Rechtsanwältinnen. Diejenigen, für die

die Bestellung eines Betreuers in Betracht kommt, verfügen in aller Regel nicht über die Ressourcen, derer es bedarf, um einen Anspruch auf eine Leistung der Eingliederungshilfe durchzusetzen, die nicht zum Standardkatalog des Leistungsträgers gehört.

Akteure, die gegen die Träger der Eingliederungshilfe eine substantielle Erweiterung ihrer Aufgaben (die das Gesetz entschieden verlangt) durchsetzen könnten, sind derzeit nicht in Sicht. Das wahrscheinlichste Szenario ist, dass die Justiz immer weniger Betreuungen einrichtet, ohne dass die Lücke, die das reißt, durch (vorrangige) Leistungen gefüllt wird. Das klingt abstrakt. Für Betroffene kann es den Tod auf der Straße bedeuten.

¹ Vom 4. Mai 2021 BGBl. I, 882 vom 12. Mai 2021. Der Gesetzestext entspricht dem Regierungsentwurf, BT-Drs. 19/24445, ergänzt durch die aus der BT-Drs. 19/27287 ersichtlichen Änderungen. Sehr hilfreich sind die von Deinert erstellten Synopsen: <https://www.horstdeinert.de/downloads>.

² Lipp, Volker, *Betreuung: Rechtsfürsorge im Sozialstaat aus betreuungsrechtlicher Perspektive*, S. 26, in: *Betrifft: Betreuung* Nr. 8, S. 15–28 (z.T. auch veröff. in: *BtPrax* 05, S. 6–10).

³ BVerfG, 23.3.2011, 2 BvR 882/09: Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Verhältnis zu Zwangsmaßnahmen, erforderliche vorbereitende Maßnahmen.

⁴ Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige (Betreuungsgesetz) vom 12.9.1990, BGBl. I, S. 2002.

⁵ Schulte, Bernd: Grundrechtsgarantien und ihre Einlösung. Ein Blick zurück und nach vorn auf die Entwicklung des Betreuungsrechts im Spannungsfeld von Rechtsfürsorge und Sozialstaat, in: *Vormundschaftsgerichtstag e.V. (Hg): Betrifft: Betreuung* Nr. 1, Recklinghausen 1999, 8–18 <9>, *Psychiatrie-Enquête: BT-Drs. 7/4200*.

⁶ Die Frage, ob die Tätigkeit des Berufsbetreuers zu den freien Berufen (§ 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG) gehört, wurde vom BFH zunächst verneint, BFH, 4.11.2004, IV R 26/03. Sechs Jahre später korrigierte sich das Gericht und entschied, dass die

Tätigkeit des Berufsbetreuers eine sonstige Tätigkeiten nach § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG ist, BFH, 15.6.2010, VIII R 14/09.

⁷ „Der neue ‚freie Beruf‘ des Berufsbetreuers wurde widerwillig geschaffen, aber weder rechtlich noch finanziell definiert und abgesichert.“ (Margot von Renesse, *Thesen*, abgedruckt unter: Winterstein/Laaser: *Von der justizförmigen zur sozialen Betreuung. Überlegungen und Perspektiven zur Weiterentwicklung des Betreuungsrechts durch ein Betreuungshilfegesetz*, in: *Vormundschaftsgerichtstag e.V. (Hg): Betrifft: Betreuung* Nr. 1, Recklinghausen 1999, 31–32.

⁸ Bienwald, Werner: *Die betreute Republik*, *BtPrax* 2002, 3–7.

⁹ Rosenow, Roland: *Warum es jedes Jahr mehr Betreuungen gibt*, *BtPrax* 2002, 111–113.

¹⁰ Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder.

¹¹ Es lag aber weder am Betreuungsgesetz, noch an Akteuren in der Praxis, was ein Blick über den Rhein zeigt: In Frankreich entwickelten sich die Zahlen unter vollkommen anderen Bedingungen ganz ähnlich; Rosenow, *Die rechtliche Betreuung als Seismograph gesellschaftlicher Veränderungen*, Vortrag 2013, https://sozialrecht-rosenow.de/files/alle/Downloads/4adac_27._rosenow_betreuung_als_seismograph.pdf.

¹² BGBl. I, S. 1580.

¹³ BGBl. I, S. 1073.

¹⁴ Zu 1. und 2. Knittel, Bernhard: *Die Stellungnahme des Bundesrates zum BtÄndG*, *BtPrax* 1997, 53–56.

¹⁵ Der Bundestagsabgeordnete Jerzy Montag, *Berichterstatter der GRÜNEN für das 2. BtÄndG*, sagte dem Autor im Rahmen eines ausführlichen Gesprächs im Dezember 2004: *Das laufe so: Vor ihm sitze ein Vertreter eines Landesjustizministers und sage, er habe den Auftrag, in seinem Ressort 10 Mio. € einzusparen. Wenn er, Jerzy Montag, dem entgegenhalte, dass mit dem Vorschlag, der diese Einsparung bewirken sollte, 20 Mio. € Mehrkosten im Sozialressort entstehen könnten, antworte der Vertreter, das möge so sein, berühre aber seinen Auftrag nicht.*

¹⁶ Der Begriff der Anstalt wurde erst mit der Einordnung des Sozialhilferechts in das

- SGB v. 27.12.2003 zum 1.1.2005 aus dem Recht der Eingliederungshilfe gestrichen, BGBl. I, S. 3022; vgl. §§ 3 Abs. 2 S. 2, 3a S. 1, 21 Abs. 3 S. 1, 27 Abs. 3 S. 1 40 Abs. 2, 43 Abs. 1 S. 1 BSHG in der vom 1.1.2004 bis zum 31.12.2004 in Kraft befindlichen Fassung.
- ¹⁷ Netto-Ausgaben der Eingliederungshilfe: 2005 – 10,1 Mrd. €; 2012 – 13,7 Mrd. €; 2019 – 19,3 Mrd. €; <https://www-genesis.destatis.de/genesis/online>.
- ¹⁸ S. Fn. 17.
- ¹⁹ § 39 Abs. 2 BSHG idF vom 30.6.1961, BGBl. I, S. 815.
- ²⁰ BGBl. I, S. 1153.
- ²¹ BGBl. I, S. 777.
- ²² Es ist interessant, dass die Ergänzung noch lange Zeit kritisiert wurde: Schellhorn/Jirasek/Seipp: BSHG Kommentar, 15. Aufl. 1997, § 40 Rn 43.
- ²³ BGBl. I, S. 1532.
- ²⁴ So die damalige Bundesregierung zur Begründung, BT-Drs. 10/335, S. 103.
- ²⁵ Ein Fallbeispiel ist hier dargestellt: Rosenow, Gemeindepsychiatrie und Eingliederungshilfe: Rechte realisieren sich nicht von selbst, Vortrag 2018, https://sozialrecht-rosenow.de/files/alle/Veroeffentlichungen_ab_2016/Rosenow_Rechtsverwirklichung_Eingliederungshilfe.pdf; zur Reichweite des Anspruchs auf Eingliederungshilfe nach dem BSHG: OVG Lüneburg, 24.5.2000, 15 B 3502/99 (Eingliederungshilfe in Form von Hilfe zum Lebensunterhalt).
- ²⁶ Schulte a.a.O., S. 8.
- ²⁷ Ebd.
- ²⁸ A.a.O., S. 12 f.
- ²⁹ Ebd.
- ³⁰ Von § 17 SGB I kann im gesamten SGB nicht abgewichen werden, § 37 S. 2 SGB I.
- ³¹ Schulte a.a.O., S. 14.
- ³² Schellhorn/Jirasek/Seipp: BSHG Kommentar, 15. Aufl. 1997, § 39 Rn. 4 BSHG.
- ³³ Schulte a.a.O., S. 15.
- ³⁴ Winterstein/Laaser: Von der justizförmigen zur sozialen Betreuung. Überlegungen und Perspektiven zur Weiterentwicklung des Betreuungsrechts durch ein Betreuungshilfegesetz, in: Vormundschaftsgerichtstag e.V. (Hg): Betrifft: Betreuung Nr. 1, Recklinghausen 1999, 31–32.
- ³⁵ 1.6.1962 bis 31.12.2004: § 5 BSHG, 1.1.2005 bis 31.12.2019: § 18 SGB XII. Ein Antragserfordernis wurde erst mit dem BTHG zum 1.1.2020 geschaffen, § 108 Abs. 1 SGB IX.
- ³⁶ Ergebnis einer telefonischen Umfrage des Autors 2007, Rosenow: Die Funktionalisierung der rechtlichen Betreuung durch den Sozialstaat, BtPrax 2007, 195–200 <196>.
- ³⁷ Vormundschaftsgerichtstag e.V. (Hg): Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Betreuungsrecht“ Abschlussbericht. Betrifft: Betreuung 6, 2003, S. 25.
- ³⁸ Eine Ausnahme ist die gesetzliche Vertretungsmacht für Ehegatten (a.a.O., S 14), die durchzusetzen den Ländern erst im Zuge des aktuellen Reformgesetzes gelang, § 1358 BGB i.d.F. ab 1.1.2023. Allerdings könnte der Bundestag das wohl auch ohne die Zustimmung des Bundesrates rückgängig machen.
- ³⁹ A.a.O., S. 23.
- ⁴⁰ A.a.O., S. 247.
- ⁴¹ So war und ist es z.B. in der Kinder- und Jugendhilfe üblich, im Hilfeplan (§ 36 SGB VIII) den „Übergang in die rechtliche Betreuung“ zum 18. Geburtstag zu planen, als sei die Betreuung nach § 1896 BGB eine Leistung, die die Hilfen zur Erziehung nach § 27 SGB VIII mit Eintritt der Volljährigkeit ersetzen könne. So konnte man vermeiden, Leistungen nach § 41 SGB VIII zu erbringen, die für den Fall eines Bedarfes nach dem 18. Geburtstag vorgesehen sind, vgl. Fazekas / Kroworsch: Risiko 18 – Junge Volljährige an der Schnittstelle von Jugendhilfe und Betreuungsrecht, NDV 2017, 151–154; iÜ s.u.
- ⁴² Abschlussbericht 2003, S. 25.
- ⁴³ Felix, Dagmar: Sachverhaltsermittlung durch Sozialleistungsträger und Aufgabe des Betreuers, BtPrax 2006, 199–203.
- ⁴⁴ Rosenow, Chancen der Reform – zum 2. Betreuungsrechtsänderungsgesetz, BtMan 2005, 35–36.
- ⁴⁵ Felix, Dagmar, a.a.O.; Schulte, Bernd: Betreuungsrecht und soziale Grundversicherung, BtPrax 2006, 210–214; Schütte, Wolfgang: Sozialstaatliche Humandienstleistungen und Rechtliche Betreuung, BtPrax 2006, 214–219; Rosenow, Roland: Vertretung im Sozial- und Betreuungsrecht – Abgrenzungen, BtPrax 2007, 108–113 (hier auch zum Verhältnis zur Eingliederungshilfe).
- ⁴⁶ Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V. (Hg): Abgrenzung von rechtlicher Betreuung und Sozialleistungen, Berlin 2007, S. 13.
- ⁴⁷ A.a.O., S. 14.
- ⁴⁸ Siehe auch § 76 Abs. 1 S. 2 SGB IX, § 113 Abs. 1 S. 2 SGB IX; § 55 Abs. 2 Nr. 6 SGB IX i.d.F. ab 1.7.2001 lautete „6. Hilfen zu selbstbestimmtem Leben in betreuten Wohnmöglichkeiten“.
- ⁴⁹ A.a.O., S. 15.
- ⁵⁰ BGH, 2.12.2010, III ZR 19/10, Rn. 19.
- ⁵¹ BSG, 30.6.2016, B 8 SO 7/15 R: „Zielt die Hilfe auf die rein tatsächliche Bewältigung des Alltags, kommt eine Leistung der Eingliederungshilfe in Betracht; zielt sie indes auf das Ersetzen einer Rechtshandlung, ist der Aufgabenbereich des rechtlichen Betreuers betroffen. Dies gilt bei Leistungen der Beratung und Unterstützung (als Hilfen zur Entscheidung) gleichermaßen (vgl. dazu auch Empfehlung des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge, Abgrenzung von rechtlicher Betreuung und Sozialleistungen, 2008, S. 38 f.): Sind diese auf das Ob und Wie der Erledigung rechtlicher Belange ausgerichtet, sind sie der rechtlichen Betreuung zuzuordnen, ansonsten ist der Aufgabenbereich Eingliederungshilfe betroffen.“ (Rn. 21) Bei der Bewertung der Rechtsprechung des Sozialhilfesenates des BSG sollte die besondere Zusammensetzung des Senats nicht vergessen werden. Diesem gehören drei Berufsrichter/innen und zwei ehrenamtliche Richter/innen an. Die Besonderheit liegt darin, dass beide Ehrenamtlichen von den kommunalen Spitzenverbänden und damit von den Agenturen der Sozialhilfeträger vorgeschlagen werden die zu meist Beklagte sind, § 46 Abs. 4 SGG; vgl. BSG, 6.12.2017, B 8 SO 10/16 R; BVerfG, 23.5.2018, 1 BvR 2792/17, Ohne Autor: Regeln für die Auswahl ehrenamtlicher Richter in Sozialhilfesachen sind korrekt, SozSichplus 2018, 3.
- ⁵² Aichele/von Bernstorff: Das Menschenrecht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht: Zur Auslegung von Art. 12 der UN-Behindertenrechtskonvention, BtPrax 2010, 199–203; Lipp, Volker: Behindertenrechtskonvention und Betreuungsrecht, BtPrax 2010, 263–267.
- ⁵³ Diekmann/Oeschger (Hg.): Menschen

und Rechte – Behindertenrechtskonvention und Betreuung. Berichte vom 12. Vormundschaftsgerichtstag 4.–6. November 2010 in Brühl, Bochum 2011, S. 277; zitiert von Winterstein im Editorial von Heft 6/2010 der BtPrax (S. 249).

⁵⁴ Lipp a.a.O. (Fn. 52), S. 267.

⁵⁵ BVerfG, 9.2.2010, 1 BvL 1/09.

⁵⁶ Amtliche Übersetzung Österreichs, BGBl. für die Republik Österreich 2016, 105. Kundmachung vom 15.6.2016. Die amtliche Übersetzung Deutschlands übersetzt „undue“ in Abs. 4 mit „missbräuchlich“ anstatt mit „unangemessen“. (Rechtlich verbindlich ist der Text in den sechs UNO-Sprachen).

⁵⁷ Lipp, Volker: Rechtsfürsorge im Sozialstaat aus betreuungsrechtlicher Perspektive, BtPrax 2005, 6–10 <9>.

⁵⁸ Ein solcher Konventionsverstoß bedeutet zugleich einen Verstoß gegen Art. 2 Abs. 1 und Art 3 Abs. 3 S. 2 GG, vgl. BVerfG, 14.10.2004, 2 BvR 1481/04 (Görgülü) i.V.m. BVerfG, 23.3.2011, 2 BvR 882/09; i. Einzelnen s. Rosenow, Roland: Die UN-BRK in der anwaltlichen Praxis, ASR 2015, 93–98.

⁵⁹ Wenn man in juris nach Entscheidungen zu § 39 BSHG sucht, die einen Anspruch auf Assistenz zum Gegenstand haben, datiert die älteste Entscheidung, die man findet, vom 19.3.2003: VG Stuttgart, 19.3.2003, 10 K 2399/01 – Anspruch auf Schulbegleitung (zugesprochen); vgl. BVerfG, 4.4.1997, 1 BvR 9/97. Zum Anspruch auf Assistenz i.S.v. Art 12 UN-BRK im Rahmen der Eingliederungshilfe s. Rosenow: Auswirkungen der UN-Behindertenrechtskonvention für die Eingliederungshilfe nach dem SGB XII, 2012, https://www.bgt-ev.de/fileadmin/Medien-datenbank/Tagungen/Badischer_BGT/09/Rosenow_UN-BRK_Eingliederungshilfe.pdf; vgl. auch SG Freiburg, 24.10.2019, S 9 SO 4039/19 ER: „Auf eine Erweiterung der Betreuung für die Unterstützung bei Post und Schriftverkehr kann der Antragsteller wohl ebenfalls nicht verwiesen werden. Denn der Umstand, dass der Kläger aufgrund seiner körperlichen Einschränkungen die Post nicht mehr vom Briefkasten holen, öffnen, bearbeiten bzw. beantworten und abheften kann, rechtfertigt die Bestellung eines Betreuers für ei-

nen diesbezüglichen Aufgabenkreis nicht. [...] Aus der Zusammenschau dieser Vorschriften [des BGB] ergibt sich, dass eine Betreuung nur insoweit eingerichtet werden darf, als die zu betreuende Person zur rechtlichen Besorgung ihre Angelegenheiten nicht in der Lage ist, nicht aber, soweit die Person lediglich in tatsächlicher Hinsicht der Unterstützung bedarf [...]. Soweit ersichtlich, ist der Antragsteller objektiv nicht darin eingeschränkt, seine Angelegenheiten im Hinblick auf Post und Schriftverkehr rechtlich zu besorgen, also z.B. eingehende Korrespondenz zu verstehen und über deren eventuelle Beantwortung oder sonstige Behandlung frei von Willensmängeln zu entscheiden. Er benötigt lediglich faktische Hilfe bei den o.g. Tätigkeiten [...] .Dabei handelt es sich aber um eine geradezu typische Aufgabe der Eingliederungshilfe.“ Rn. 11 f. Auch das Projekt „Betreuungsoptimierung durch soziale Leistungen“ (BEOPS), dessen Abschlussbericht breit rezipiert wurde, führt nicht dazu, dass das Potential der Eingliederungshilfe erkannt worden wäre. Hier wurde schließlich die alte Idee eines „Betreuungshilfegesetzes“ wieder aufgegriffen (Bericht S. 429); Projektlaufzeit 2008 bis 2009, Bericht veröffentlicht in Diekmann/Oeschger (Hg.): Menschen und Rechte – Behindertenrechtskonvention und Betreuung. Berichte vom 12. Vormundschaftsgerichtstag 4.–6. November 2010 in Brühl, Bochum 2011, S. 283–429.

⁶⁰ BT-Drs. 17/13419, S. 1.

⁶¹ BGBl. I., S. 3393.

⁶² BT-Drs. 17/13419, S. 1.

⁶³ Deutscher Landkreistag, Empfehlungen zum Betreuungsrecht, 3. Aufl., S. 1–10; https://landkreistag.de/images/stories/publikationen/121_Betreuungsempf%203.%20Aufl.pdf.

⁶⁴ A.a.O., S. 8.

⁶⁵ Das führt zur Geltung des WBVG, § 1 Abs. 2 WBVG. Dennoch werden selten schriftliche Verträge geschlossen, die erkennen lassen, dass das WBVG einschlägig ist.

⁶⁶ Wie stark die Institutionenzentrierung der Eingliederungshilfe ungeachtet der Reformen der 70er Jahre wirkte, zeigt, dass Sozialhilfeträger noch vor zehn Jahren vertreten haben, dass die Verknüpfung

von Wohnraum und Betreuungsangebot konstitutiv für das ABW sei, BSG, 25.8.2011, B 8 SO 7/10 R.

⁶⁷ So auch das LSG Baden-Württemberg in einer unveröffentlichten Entscheidung vom 16.10.2013 (L 2 SO 3505/12): Ein Zimmer im elterlichen Haushalt sei kein „eigener Wohn- und Lebensbereich“. Daher bestehe kein Anspruch auf ambulante Leistungen der Eingliederungshilfe.

⁶⁸ Conradis, in: Rothkegel, Sozialhilferecht 2005, S. 448; für das SGB IX 2. Teil BT-Drs. 18/10523, S. 42.

⁶⁹ BGBl. I., S. 3234.

⁷⁰ Zur Herauslösung aus der Sozialhilfe Fuchs/Ritz/Rosenow, SGB IX, 7. Aufl. (im Folgenden: FRR) Vor § 90, Rn 22 ff.

⁷¹ Schmachtenberg, Rolf: Das Bundesteilhabegesetz: Vom Koalitionsvertrag zum Gesetz, NZS 2018, 337–349 <338>.

⁷² Vgl. den 1984 eingeführten Vorrang der offenen Hilfe in § 3a BSHG, s.o.

⁷³ Die Sozialgerichtsbarkeit wurde zum 1.1.2005 zuständig, § 51 Nr. 61 SGG i.d.F. Art. 38 Gesetz zur Einordnung des Sozialhilferechts vom 27.12.2003, BGBl. I, S. 3022.

⁷⁴ BSG, 25.9.2014, B 8 SO 8/13 R; BSG, 6.12.2018, B 8 SO 9/18 R; BSG, 6.12.2018, B 8 SO 11/18 R.

⁷⁵ FRR § 131 SGB IX Rn. 47–50.

⁷⁶ In der Betreuung gilt über die Verweisung aus § 1836c BGB bislang Sozialhilferecht. Mit der Reform wird der Einsatz des Einkommens abgeschafft. Die Bundesregierung verspricht sich davon vor allem eine Entlastung der Gerichte, BT-Drs. 19/24445, S: 314. Es bleibt aber beim Einsatz des Vermögens nach § 90 SGB XII, § 1880 BGB nF.

⁷⁷ § 1 Verordnung zur Durchführung des § 90 Abs. 2 Nr. 9 des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch; für die Eingliederungshilfe galt in den Jahren 2017 und 2018 ein erhöhter Betrag (25.000 €). In der Rechtsprechung war umstritten, ob dieser Betrag für die Betreuung gilt (dagegen: LG Bielefeld, 31.7.2018, 23 T 386/18; dafür: LG Magdeburg, 20.8.2018, 9 T 279/18 (065), LG Karlsruhe, 19.4.2018, 11 T 58/18, LG Kassel, 6.6.2018, 3 T 141/18, LG Chemnitz, 8.6.2017, 3 T 231/17). Der BGH entschied gegen die Anwendung des erhöhten Freibetrags aus § 60a SGB XII

- aF., BGH, 20.3.2019, XII TB 290/18.
- ⁷⁸ Weber, Sebastian: Die neue Eingliederungshilfe für Menschen mit Behinderungen, München 2020, S. 84.
- ⁷⁹ Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (Hg): Umsetzung des Erforderlichkeitsgrundsatzes in der betreuungsrechtlichen Praxis im Hinblick auf vorgelagerte „andere Hilfen“, 2018, http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Abschlussbericht_BandI+II_Forschungsvorhaben_Erforderlichkeitsgrundsatz.pdf?__blob=publicationFile&v=1.
- ⁸⁰ Zitiert nach a.a.O., S. 22.
- ⁸¹ A.a.O., S. 23.
- ⁸² Ein Beispiel: Teilnehmer/innen sozialrechtlicher Fortbildungen berichten dem Autor seit einigen Jahren immer wieder, dass Landschaftsverband Rheinland ist, dass er die Stundenbudgets für ambulant betreutes Wohnen regelmäßig um einige Stunden kürzt, wenn eine rechtliche Betreuung eingerichtet wird; s.a. Fn. 41.
- ⁸³ BMJV a.a.O. (Fn. 79), S. 212. Der Gesamtplan nach § 58 SGB XII war (wie der Gesamtplan nach § 121 SGB IX) ein Steuerungsinstrument, und keine Hilfe oder Leistung.
- ⁸⁴ A.a.O., S. 215 ff.
- ⁸⁵ A.a.O., S. 220 f.
- ⁸⁶ Es bestehen große Unterschiede. In Baden-Württemberg wird für ABW lediglich ein Personalschlüssel vereinbart, nicht aber der Umfang der Leistungen. In Nordrhein-Westfalen wird ABW über Fachleistungsstunden finanziert, deren Erbringung zu dokumentieren ist.
- ⁸⁷ BMJV (Fn. 79) a.a.O., S. 91; vgl. a. a.a.O., S. 68.
- ⁸⁸ Immerhin wird das ABW in diesem Zusammenhang erwähnt – aber damit eben nur eine etablierte Leistung der Eingliederungshilfe. Das weit darüber hinaus reichende Potential wird nicht wahrgenommen.
- ⁸⁹ A.a.O., S. 150.
- ⁹⁰ A.a.O., S. 148 ff.
- ⁹¹ Beschluss der 89. Jumiko zu TOP I.6., S. 2.
- ⁹² Anlage zum Beschluss s. Fn. 91, S. 2; vgl. dazu Rosenow, Die Funktionalisierung der rechtlichen Betreuung durch den Sozialstaat, BtPrax 2007, 195–200.
- ⁹³ BT-Drs. 19/24445, S. 1 mit ausdrücklichem Bezug auf die Untersuchung zum Erforderlichkeitsgrundsatz.
- ⁹⁴ Der Bundesrat, wenig überraschend, monierte die Vorschrift; BT-Drs. 19/24445, S. 473 f. Doch § 37 S. 2 SGB I nahm er nicht wahr (a.a.O., S. 474). Entgegen der Auffassung des Bundesrates ist es nicht erforderlich, in den besonderen Teilen des SGB Parallelvorschriften einzufügen, da abweichende Vorschriften § 17 SGB I nicht nach dem Grundsatz des Vorrangs der spezielleren Norm verdrängen können, weil das Rangverhältnis bereits gesetzlich geregelt ist; vgl. Vranes, Erich: Lex Superior, Lex Specialis, Lex Posterior – Zur Rechtsnatur der „Konfliktlösungsregeln“, ZaöRV 2005, 391–405.
- ⁹⁵ Der Begriff des beruflichen Betreuers wird durch § 19 Abs. 2 BtOG erstmals gesetzlich definiert. Zugleich wird mit §§ 24 ff. BtOG die behördliche Registrierung der Berufsbetreuer eingeführt.
- ⁹⁶ BT-Drs. 19/24445, S. 354.
- ⁹⁷ Ebd.
- ⁹⁸ Anders als z.B. bei Beratungsstellen nach dem SGB VIII oder nach § 32 SGB IX.
- ⁹⁹ Funktionen der Leistungs- und Vergütungsvereinbarung s. FRR § 123 Rn. 10 ff.
- ¹⁰⁰ FRR § 123 Rn. 42 ff.

Der Autor:



ROLAND ROSENOW
Referent für Migrationsrecht bei der
Diakonie Deutschland