Zur Qualitätssicherung und Strukturentwicklung in der rechtlichen Betreuung

Professor Dr. Tobias Fröschle*

Das Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz (BMJV) hat noch in der vergangenen Legislaturperiode zwei wissenschaftliche Studien in Auftrag gegeben, deren Ziel die bessere Umsetzung von Art. 12 II bis IV UN-BRK im deutschen Betreuungsrecht ist. Dieser Beitrag befasst sich mit den Ergebnissen der Studie zur besseren Vermeidung von Betreuungen durch den Einsatz anderer Hilfen (Nolting u.a., Umsetzung des Erforderlichkeitsgrundsatzes in der betreuungsrechtlichen Praxis, Zentrale Ergebnisse, 2017). Die andere der beiden Studien wird in ZRP 2018, 110 kommentiert.

I. Rechtliche Betreuung bedingt gesetzliche Vertretungsmacht

Was die Rechtliche Betreuung von allen anderen Formen der Unterstützung unterscheidet, die der Sozialstaat Menschen mit Beeinträchtigungen gewährt, ist die Ausstattung des Rechtlichen Betreuers mit gesetzlicher Vertretungsmacht in § 1902 BGB. Sie stellt sicher, dass Rechtshandlungen, die der Betreute – aus welchem Grunde auch immer – nicht selbst vornimmt, deren Vornahme aber zur Wahrung seiner Interessen erforderlich ist, in seinem Namen vorgenommen werden können. Darauf lässt sich schlecht verzichten. Dass das auch nicht an sich schon ein Verstoß gegen Art. 12 II UN-BRK ist, ist an anderer Stelle ausreichend klargestellt worden.[1] Ob eine Entscheidung als „stellvertretende" oder als „unterstützte" getroffen worden ist, lässt sich nicht an der äußeren Form festmachen, mit der sie im Rechtsverkehr kommuniziert wird. Dass für jemanden, der nicht handeln kann, ein anderer handeln können muss, wenn das Handeln zur Wahrung der Interessen des ersten erforderlich ist – vor allem nämlich: um seine Rechte, auch das auf Selbstbestimmung, verteidigen zu können – steht fest. Ob dieser andere das dann unter Nutzung der Fiktion des § 164 I BGB im Namen des Betroffenen tut oder – wie in den Fällen, in denen wir eine Partei kraft Amtes anerkennen – im eigenen Namen, betrifft die äußere Form. Für Art. 12 II UN-BRK entscheidend ist in diesem Zusammenhang, wie man die „Interessen" des Betroffenen definiert, die es dadurch zu wahren gilt.

Jedenfalls lässt sich hier festhalten: Im geltenden Recht ist die gesetzliche Vertretungsmacht das charakteristische Strukturelement der Rechtlichen Betreuung. Das wird in § 1896 II 2 Var. 2 BGB im Gesetzestext am deutlichsten: Dort werden die „anderen Hilfen", die der Betreuung vorgehen, gerade hierdurch abgegrenzt. „Andere Hilfe" ist jede Form der Unterstützung, bei der *keine* gesetzliche Vertretungsmacht begründet wird. Dazu gehört dann logischerweise auch die rechtsgeschäftlich – durch Vollmacht – begründete Vertretungsmacht.

Aus § 1896 II BGB folgt damit zwingend: Eine Rechtliche Betreuung darf nur angeordnet werden, wenn es *gerade* erforderlich ist, dass der Betroffene *gesetzlich vertreten* werden kann. Nach der Rechtsprechung zur sog. Vorratsbetreuung genügt es freilich auch, wenn der Bedarf dafür jederzeit auftreten kann und zu befürchten ist, dass das dann Notwendige andernfalls nicht (rechtzeitig) veranlasst würde, um Schaden von dem Betroffenen abzuwenden.[2]

II. Gesetzliche Vertretungsmacht als Grundrechtseingriff

Die Bestellung eines gesetzlichen Vertreters entzieht dem Betreuten einen Teil seiner durch Art. 2 I GG begründeten allgemeinen Handlungsfreiheit.[3] Das ist auch nicht etwa davon abhängig, dass der Betreuer tatsächlich im Rechtsverkehr als gesetzlicher Vertreter auftritt. Zwar hat die Anordnung einer Rechtlichen Betreuung keinen unmittelbaren Einfluss auf die Fähigkeit des Betreuten, im Rechtsverkehr selbst wirksam aufzutreten. Ob er das kann oder nicht, entscheidet sich allein anhand der für Betreute wie Nichtbetreute gleichermaßen geltenden §§ 104 bis 105 a BGB. Dennoch schränkt schon die Bestellung eines Betreuers den Betreuten in seiner Handlungsfreiheit ein – und zwar in gleich drei rechtlichen und in einer faktischen Dimension:

1. Verlust der negativen Handlungsfreiheit

Der Betroffene verliert durch die Rechtliche Betreuung die Freiheit, eine Rechtshandlung nicht vorzunehmen. Er kann weder verhindern, dass der Betreuer sein Hausgrundstück veräußert, noch kann er eine solche Veräußerung rückgängig machen. Er kann zwar selbst über sein Kontoguthaben verfügen, kann aber nicht verhindern, dass der Betreuer ihm diese Möglichkeit dadurch nimmt, dass er es zuerst tut. Der Betreuer ist vielmehr kraft Amtes zu gravierenden Eingriffen

in die Freiheiten des Betreuten *befugt*. Dass er das gegen den erklärten Willen des Betreuten nur unter den in § 1901 III BGB geregelten Voraussetzungen *darf*, ändert nichts daran, dass er es jederzeit *kann* und entsprechendes Handeln den Betreuten im Außenverhältnis bindet.

Erst jüngst hat das der *5. Strafsenat* des *BGH* in eindrücklicher Weise bestätigt.[4] Es ging dort um die Verfolgbarkeit einer von einem Neffen gegen seine Tante begangenen Untreue. Der dafür nach §§ 266 II, 247 StGB erforderliche Strafantrag, der aufgrund von § 77 III StGB vom Betreuer der Tante gestellt worden war, schaffte alle Verfolgungsvoraussetzungen für die Tat, ohne dass der Einwand des Angeklagten, seine Tante habe das so nicht gewollt, beachtlich wäre. Das sei ein Einwand, der – wie § 1901 BGB überhaupt – nur das Innenverhältnis der Tante zu ihrem Betreuer betreffe. Nur dort ist es von

Bedeutung, ob der Betreuer den Strafantrag nach Maßgabe von § 1901 II 2, III BGB stellen durfte. Das nützte aber weder dem Angeklagten noch seiner Tante etwas.

Hinzu kommt noch, dass der Betreute im Rahmen von Schuldverhältnissen, die sein Betreuer begründet, nach § 278 I Var. 1 BGB dessen stellvertretend begangene Pflichtverletzungen zu vertreten hat. Er kann demnach für eine Pflichtverletzung, die er nicht begangen hat, und die aus einem Vertrag herrührt, den er nicht abgeschlossen hat, zur Rechenschaft gezogen werden. Das kann ihn schlimmstenfalls die Wohnung kosten, wenn sein Betreuer den Vermieter beleidigt.[5]

2. Passive Vertretung

Selbst wenn der Betreuer sich entschließt, keine Rechtshandlung vorzunehmen, so sind doch immer noch alle Handlungen, die *dem Betreuten gegenüber* vorzunehmen sind, wirksam, wenn sie *dem Betreuer gegenüber* vorgenommen werden, denn die passive Vertretung erfordert kein Zutun des Betreuers. Er kann sich nicht weigern, Erklärungen entgegenzunehmen, nur weil der Betreute in der Lage wäre, sie auch selbst entgegenzunehmen. Soweit er nicht wegen §§ 1908 i I 1, 1812 BGB eine betreuungsgerichtliche Genehmigung für die Annahme einer Leistung benötigt, so kann er sich zwar unter Verweis auf die Geschäftsfähigkeit des Betreuten weigern, die Leistung entgegenzunehmen, aber nur um den Preis, dass der Betreute dadurch in Annahmeverzug gerät.

Entschließt sich der Vermieter, die Wohnungskündigung dem Betreuer zu übersenden, so wird sie damit wirksam. Entschließt sich die Bank, die Kontoauszüge dem Betreuer zuzusenden, so hat sie damit ihre Pflicht zur Rechnungslegung dem Betreuten gegenüber erfüllt.[6] Es liegt dann außerhalb der Macht des Betreuten, selbst dafür zu sorgen, dass ihm der Inhalt solcher Erklärungen ebenfalls bekannt wird. Er ist dafür auf den Betreuer angewiesen.

Noch einen Schritt weiter geht das Verwaltungsrecht. Nach den Verwaltungszustellungsgesetzen sind Zustellungen, die sich an einen Betreuten richten, *nur* wirksam, wenn sie dem Betreuer zugestellt werden (vgl. § 6 I 2 VwZG), ohne dass es dafür auf die Handlungsfähigkeit des Betreuten überhaupt ankäme.

3. Fiktion der verfahrensrechtlichen Handlungsunfähigkeit

Das Recht, sich in einem Zivilprozess selbst zu vertreten, kann der Betreuer dem Betreuten jederzeit dadurch nehmen, dass er den Prozess in dem Stadium, in dem er sich befindet, als sein gesetzlicher Vertreter übernimmt, denn nach § 53 ZPO gilt der Betreute von da an als prozessunfähig. Er kann die vom Betreuer erhobene Klage nicht zurücknehmen, keinem Anwalt Prozessvollmacht erteilen, gegen das ihm ungünstige Urteil kein Rechtsmittel einlegen, keinen Richter oder Sachverständigen ablehnen, keinem Dritten den Streit verkünden usw. In einem Passivprozess hängt auch das wiederum nicht von einer Entscheidung des Betreuers ab, denn eine gegen den vom Betreuer gesetzlich vertretenen Betreuten gerichtete Klage ist nicht deshalb unzulässig, weil sie auch gegen den Betreuten selbst hätte gerichtet werden können.

Auf § 53 ZPO verweisen zudem auch die meisten anderen Verfahrensordnungen, so dass in etwa dasselbe auch im Verwaltungs- und Sozialgerichtsverfahren und in den meisten Verwaltungsverfahren gilt (vgl. zB § 62 IV VwGO, § 71 VI SGG, § 12 III VwVfG, § 11 III SGB X). Auch in Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit gilt grundsätzlich nichts anderes (§ 9 V FamFG). Nur in Betreuungs- und Unterbringungssachen gilt der Betroffene stets als verfahrensfähig (§§ 275, 316 FamFG) und in Straf- und Bußgeldsachen kommt es hierauf gar nicht an.

4. Folgen der Unsicherheit des Rechtsverkehrs

Abgesehen von all dem schränkt die Betreuung die Handlungsfreiheit auch auf rein tatsächlicher Ebene ein: Das Gesetz schützt nämlich den guten Glauben an die Geschäftsfähigkeit eines Menschen nicht. Die aus §§ 105 I, 131 I BGB folgende Unwirksamkeit der aktiven wie passiven Teilnahme des Geschäftsunfähigen am Rechtsverkehr setzt sich mit allen negativen Konsequenzen auch gegen denjenigen durch, der das weder vorhersehen noch vermeiden konnte. Selbst rechtskräftige Urteile können, wenn sie gegen einen Prozessunfähigen ergangen sind, ohne absolute zeitliche Grenze mit der Nichtigkeitsklage wieder beseitigt werden (§§ 579 I Nr. 4, 586 III ZPO). Das ist ein Risiko, das die Rechtsordnung uns im Interesse eines möglichst umfassenden Schutzes beeinträchtigter Menschen vor selbstschädigendem Verhalten auferlegt.

Das *allgemeine* Risiko dieser Art ist gering. Die Voraussetzungen der sog. „natürlichen" Geschäftsunfähigkeit des § 104 Nr. 2 BGB sind nicht leicht zu erfüllen. Sie setzt die vollkommene Aufhebung entweder der Einsichts- oder der Steuerungsfähigkeit wegen der Art von Geschäften voraus, um die es konkret geht.[7] Hinzu kommt, dass die Beweislast dafür derjenige trägt, der sich auf die Nichtigkeitsfolge beruft.[8]

Sobald das Risiko aber aus Sicht des Rechtsverkehrs *signifikant erhöht* ist, wird er versuchen, sich dagegen zu wappnen. Von einem erhöhten Risiko, es mit einem Geschäftsunfähigen zu tun zu haben, wird der Rechtsverkehr wiederum ausgehen, sobald ihm die Betreuerbestellung für den entsprechenden Aufgabenkreis bekannt ist. Denn damit steht ja fest,

dass der Betreute eine psychische Krankheit oder eine Behinderung hat, die zu der Unfähigkeit führt, eigene Angelegenheiten selbst zweckentsprechend zu besorgen. Damit liegt aber auch Geschäftsunfähigkeit nicht völlig fern. Ein Notar, der trotz Kenntnis von der Betreuung die Geschäftsfähigkeit desjenigen, dessen Erklärung er beurkundet, nicht näher prüft, verstößt deshalb zB gegen seine Amtspflichten.[9]

Nun läuft der Rechtsverkehr aber *gar kein* Risiko, wenn er in solchen Angelegenheiten mit dem Betreuer verkehrt. Ihm gegenüber und von ihm vorgenommene Rechtshandlungen sind in jedem Falle wirksam, auch wenn sie dem Betreuten gegenüber oder vom Betreuten auch selbst hätten wirksam vorgenommen werden können. Das führt dann dazu, dass das Auftreten des bekanntermaßen Betreuten im Rechtsverkehr in einer für den letzteren hochriskanten Angelegenheit ohne Rückversicherung beim Betreuer nicht akzeptiert wird.

Das Bekanntwerden einer Betreuung bewirkt daher eine Verunsicherung des Rechtsverkehrs, die sich für Geschäfte, bei denen der andere Teil ein hohes Risiko eingeht, wie ein Einwilligungsvorbehalt auswirken kann.

Das ist auch nicht die Schuld des Rechtsverkehrs. Wenn ein Betreuter von seinem Konto 10.000 Euro abheben will und der Bankangestellte weiß, dass die Bank das Geld rückwirkend wieder gutschreiben muss, wenn sich später die Geschäftsunfähigkeit des Betreuten zu dieser Zeit belegen lässt,[10] verletzt er seine Arbeitnehmerpflichten, wenn er die Auszahlung ohne Rückversicherung beim Betreuer vornimmt.

III. Rechtfertigung eines solchen Eingriffs

Das alles ist nicht vollständig vermeidbar. Der Schutz des in seiner Willensbildungsfähigkeit Eingeschränkten vor Ausbeutung, sein Schutz vor der Einschränkung seiner Willensbetätigungsfreiheit und der Schutz des Rechtsverkehrs vor der Enttäuschung redlicher Erwerbserwartungen stehen in einem Spannungsverhältnis, das mit Hilfe einer Reform der Vorschriften über die Geschäftsunfähigkeit vielleicht besser, aber niemals vollständig wird aufgelöst werden können. Das kann hier nicht weiter vertieft werden, weil die Reform der §§ 104 ff. BGB und alles, was daran hängt, ein eigenständiges umfangreiches Thema ist,[11] das eine besondere Behandlung an anderer Stelle verdient. Eine isolierte Reform von § 53 ZPO, wie sie das ISG vorschlägt,[12] kommt da m. E. ebenso wenig in Frage wie eine von § 1903 BGB. Das würde die schwierigen Abgrenzungsfragen nur vergrößern, aber nicht lösen. Wie auch immer man diese Normen reformiert, bliebe aber doch auch dann noch die Bestellung eines Rechtlichen Betreuers stets immer auch ein Eingriff in die Handlungsfreiheit des Betreuten.

Eingriffe in die allgemeine Handlungsfreiheit sind bekanntlich dann gerechtfertigt, wenn sie auf einer hinreichend präzisen einfachgesetzlichen Eingriffsgrundlage beruhen, mit ihnen ein legitimer Zweck verfolgt wird und wenn sie ein geeignetes, erforderliches und angemessenes – kurz verhältnismäßiges – Mittel zur Zweckverfolgung bilden.

Im Lichte von Art. 12 II UN-BRK, der einem wesentlichen Teil der Menschen, für die eine Rechtliche Betreuung in Frage kommt, die volle Handlungsfähigkeit im Rechtsverkehr garantiert, kann der einzige legitime Zweck der Betreuerbestellung der sein, ihrem Anspruch auf Selbstbestimmung dadurch *besser* gerecht zu werden als wenn die Bestellung unterbliebe. Die Betreuung ist also ein verhältnismäßiger Grundrechtseingriff nur, wenn sie dazu führt, dass die Möglichkeiten des Betroffenen zur Verwirklichung seiner Selbstbestimmung im Rechtsverkehr *durch* einen gesetzlichen Vertreter signifikant höher sind als die, die er *ohne* einen gesetzlichen Vertreter hat.

Daraus folgt m. E. zwingend:

In Angelegenheiten, die der Betreute sicher selbst besorgen kann, wenn er hierbei ausreichend beraten und unterstützt wird, ist schon die *Bestellung* eines Betreuers unverhältnismäßig. Ihm ist die dazu erforderliche Beratung und Unterstützung in anderer Form zu gewähren.

Das Ziel von Strukturreformen im Betreuungswesen muss es sein, genau dies sicherzustellen.

IV. Vermeidung unverhältnismäßiger Betreuungen durch andere Hilfen

1. Vorsorgevollmacht und Vorsorgeauftrag (§ 1896 II 2 Var. 1 BGB)

Auch wenn das IGES in seiner Untersuchung die Vorsorgevollmacht nicht eingehender betrachtet hat, findet sich bei ihm der Hinweis, dass die auf einem Vorsorgeauftrag beruhende Vollmacht von vielen Betreuungsbehörden als wirksamste oder sogar einzig wirksame betreuungsvermeidende Maßnahme angesehen wird.[13] Zwar stellt die Vollmacht als gewillkürte Stellvertretung keinen staatlichen Eingriff in die Rechte des Betroffenen dar. Das die Notwendigkeit der Einrichtung einer Betreuung ersetzende Institut der Vorsorgevollmacht beruht auf einer privatautonomen Entscheidung, die darauf gerichtet ist, bei Verlust eigener Entscheidungsfähigkeit nicht unter staatliche Fürsorge gestellt, sondern durch (vertraute) Privatpersonen verantwortungsvoll versorgt zu werden.[14]

Ob die Beratung eines potentiell betreuungsbedürftigen Menschen mit dem Ziel der möglichst vollumfänglichen Vollmachtserteilung in möglichst jedem Fall zu mehr Selbstbestimmung des Betroffenen führt, ist indes fraglich:

Wird der Vollmachtgeber geschäftsunfähig, hat er nämlich keine Möglichkeit mehr zum Widerruf des Vorsorgeauftrags bzw. der Vollmacht. Einer entsprechenden Meinungsänderung kann er keinen rechtsverbindlichen Ausdruck mehr verleihen. Zudem liegt es in der Natur des Vorsorgeauftrags, dass der Vollmachtgeber den Bevollmächtigten in dem Moment, in dem dieser von der Vollmacht Gebrauch machen soll, nicht mehr überwachen kann. Eine Überwachung durch das Betreuungsgericht erfolgt aber ebenfalls nicht.

Das für die Überwachung zur Verfügung stehende Instrument des Kontrollbetreuers iSv § 1896 III BGB ist durch mehrere Entscheidungen des *BGH* – wiederum zur Stärkung der privatautonomen Entscheidung für die Vollmachtserteilung[15] – stark beschränkt worden: Die Kontrollbetreuung

erfordert danach ein Kontrollbedürfnis, das nur besteht, wenn konkrete Anhaltspunkte darauf hindeuten, dass der Bevollmächtigte entweder mit dem Umfang und der Schwierigkeit der vorzunehmenden Geschäfte überfordert ist, oder aber darauf, dass er den Vereinbarungen aus dem der Vollmacht zugrundeliegenden Vorsorgeauftrag oder den Interessen des Vollmachtgebers zuwiderhandelt.[16] Selbst der unter diesen Voraussetzungen bestellt Kontrollbetreuer kann den Vorsorgeauftrag oder die Vollmacht nur widerrufen, wenn ihm diese Befugnis als eigenständiger Aufgabenkreis ausdrücklich zugewiesen ist.[17] Dieser Aufgabenkreis darf ihm wiederum nur übertragen werden, wenn andernfalls eine künftige Verletzung des Wohls des Betroffenen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit und in erheblicher Schwere zu befürchten ist und mildere Maßnahmen nicht zur Abwehr eines Schadens für den Betroffenen geeignet erscheinen.[18] Eine effektive und rasche Kontrolle des Bevollmächtigten durch den Kontrollbetreuer ist so kaum möglich. Er ist ein Tiger, den der *BGH* in einen Käfig gesperrt und ihm zudem noch die Zähne gezogen hat.

Hinzu kommt, dass dem Bevollmächtigten weiter reichende Befugnisse übertragen werden können als einem Betreuer. Ihm können zB sowohl Insichgeschäfte[19] als auch Schenkungen[20] erlaubt werden, sogar Schenkungen an sich selbst sind davon nicht ausgeschlossen. Auch kann ihm zur Ausführung des Auftrags Vermögen des Auftraggebers übertragen werden, auf das dann nach Beendigung des Auftrags nur ein schuldrechtlicher Rückgewähranspruch aus § 667 BGB besteht.

Aber auch für den Vorsorgebeauftragten ist der Auftrag nicht risikolos. So hat er zwar – falls er darauf nicht verzichtet hat – einen Aufwendungsersatzanspruch (§ 670 BGB), der jedoch bei Mittellosigkeit des Auftraggebers ins Leere geht, denn anders als beim Betreuer tritt die Staatskasse nicht ein. Wenn der Beauftragte dann den Auftrag kündigen will, kann dem wegen § 131 I BGB die zwischenzeitlich eingetretene Geschäftsunfähigkeit des Betreuten im Wege stehen, falls er nicht entweder zu Insichgeschäften befugt ist oder der Auftraggeber bei Auftragserteilung auf den Zugang der Kündigungserklärung verzichtet hat.

Eine Vorsorgevollmacht sollte man daher nur jemandem erteilen, dem man nicht nur blind vertraut, sondern der sich die Ausübung auch leisten kann. Ob dies den Beteiligten bewusst bzw. in einer ergebnisoffenen Beratung durch die Betreuungsbehörde erläutert wird, kann derzeit angezweifelt werden. Dem Credo der „Betreuungsvermeidung um jeden Preis" folgend dürfte die Vorsorgevollmacht vielfach als schnellste und bequemste Lösung bevorzugt werden. Das weiter zu forcieren kann auf keinen Fall richtig sein. Stattdessen sollten die Betreuungsbehörden und Betreuungsvereine verpflichtet werden, im Rahmen ihrer Informationen und ihrer Beratung auch auf die Gefahren hinzuweisen, die mit einem Vorsorgeauftrag für beide Vertragsparteien verbunden sind.

2. Sicherstellung anderer Hilfen (§ 1896 II 2 Var. 2 BGB)

Wie bereits 1999 vom Vormundschaftsgerichtstag festgestellt wurde, kommt auch das IGES zu dem Ergebnis, das viele Betreuungen angeregt werden, damit Sozialleistungen beantragt oder Ansprüche auf sie durchgesetzt werden können. Die befragten Betreuer gaben an, dass in 24 % der Betreuungsverfahren auf die Beantragung und Durchsetzung von Sozialleistungsansprüchen mehr als 90 % der gesamten Betreuungstätigkeit entfielen.[21] Zudem liefert seine Untersuchung deutliche Hinweise darauf, dass Institutionen, die selber Hilfeträger sind, sich mittels der Anregung einer rechtlichen Betreuung von unliebsamen Aufgaben wie einer ausführlichen Beratung zu möglichen Sozialleistungsansprüchen, Hilfe bei der Antragstellung oder der Erläuterung von Bescheiden entlasten wollen.[22] Zwar nimmt die Studie keine direkte Quantifizierung der Häufigkeit dieser „Instrumentalisierungen" vor, jedoch gaben 60 % der befragten Betreuungsbehörden an, solche Aufgaben ihrerseits übernommen zu haben.[23]

Zudem ist durch steigende Mitwirkungspflichten bei der Beantragung bestimmter Sozialleistungen und den Mangel an aufsuchender Sozialarbeit der Bedarf an „Formularlotsen" und vergleichbaren, niedrigschwelligen Angeboten gestiegen. In den Abschlussberichten zu den Modellprojekten „Betreuungsoptimierung durch Sozialleistungen" (BEOPS I + II) wurde bereits auf die Befürchtung von Mitarbeitern in Pflegeeinrichtungen hingewiesen, dass eine umfangreiche Beratung von Bewohnern sich in den Heimkosten niederschlagen würde.[24]

Bei einer sachgerechten Beratung durch die Sozialbehörden nach §§ 13 ff. SGB I könnten also etliche Betreuungen vermieden werden. Eine Ursache für den fehlenden betreuungsvermeidenden Effekt stellt dabei sicherlich die Finanzierungslogik ar der Schnittstelle zwischen Betreuungswesen und Sozialleistungsrecht dar. Die Kosten, die durch eine umfangreiche Beratung entstehen würden, können von der Kommune durch die Anregung einer Betreuung in den Landeshaushalt verschoben werden. Es besteht derzeit kein finanzieller Anreiz für die Kommunen, ihr Beratungs- und Leistungsangebot auszubauen und zugunsten der Landeskasse betreuungsvermeidend zu agieren. Eine effektive Vermittlung betreuungsvermeidender Hilfen könnte durch einen entsprechenden Finanzausgleich begünstigt werden.

Wenn einem Betreuten ein gesetzlicher Vertreter nur deshalb bestellt wird, weil ihm die Hilfe, die er erhalten müsste, damit er ohne einen solchen auszukommen, nicht gewährt wird, ist das aber jedenfalls ein so klarer Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip aus Art. 12 IV 2 UN-BRK, dass dieser Vorrang anderer Hilfen auch für denjenigen, der den Anspruch darauf nicht selbst verfolgen kann, effektiv durchsetzbar sein muss. Dazu bietet sich m. E. zweierlei an:

a) Ausdrückliche Verankerung im Leistungskatalog der Eingliederungshilfe

§ 54 I 2 SGB XII enthält eine offene Aufzählung der Leistungen, auf die ein Mensch mit Behinderung nach § 53 SGB XII Anspruch hat. Es entspricht schon dem geltenden Recht, dass zB im Rahmen des Ambulant Betreuten Wohnens auch die Unterstützung bei der Erledigung von

Behördenangelegenheiten zum Leistungsumfang gehört. Dennoch besteht in der Praxis noch immer Unklarheit, ob das stets einer Betreuung vorgeht. Das *BSG* sieht hier eine gewisse Aufgabenüberschneidung, wobei der sozialrechtliche Bedarf aber auch daraus entstehen könne, dass ein Betreuer *pflichtwidrig* untätig bleibt.[25]

Eine *ausdrückliche* Aufnahme in den Leistungskatalog wäre jedenfalls nützlich. Es muss nur außerdem klar sein, dass das dem Betroffenen keineswegs den Zugang zu echten Rechtsdienstleistungen der Anwaltschaft abschneiden darf, so wie das durch § 18 SGB VIII – jedenfalls nach Auffassung einiger Gerichte – geschieht.[26] Mein Vorschlag lautet daher, in § 54 I 2 SGB XII folgende zusätzliche Nummer einzufügen:

§ 54. *Leistungen der Eingliederungshilfe*. (1) 1. Leistungen der Eingliederungshilfe sind ... insbesondere

...

6. Hilfen zur Unterstützung bei der Durchsetzung und Verteidigung von Rechten, soweit dies keine anwaltliche Tätigkeit erfordert.

...

Damit wäre zugleich klargestellt, dass das auch jenseits der Aufgaben des Ambulant Betreuten Wohnens oder einer stationären Hilfe als isolierte Hilfe in Betracht kommt.

Das IGES benennt im Abschlussbericht als zentrale Kriterien für eine wirksame andere Hilfe einen personenzentrierten Aufgabenzuschnitt und ein entsprechendes Aufgabenverständnis, eine weitläufige und entsprechend dem individuellen Hilfebedarf des Betroffenen angelegte Tätigkeit, Kapazitäten für eine aufsuchende und nachgehende Arbeitsweise, personelle Kontinuität sowie die Vertrautheit mit regionalen Hilfestrukturen.[27] All das gehört zu den Prinzipien, nach denen ambulante Eingliederungshilfen als sozialstaatliche Aufgaben zu organisieren sind.

Derselbe Effekt ließe sich zwar auch durch die Einführung eines reinen Unterstützungsbetreuers ohne Vertretungsmacht nach dem Muster des schweizerischen Begleitbeistandes (Art. 293 ZGB) erreichen. Damit würden aber originär sozialstaatliche Aufgaben, die mangels eines erheblichen Eingriffs in die Rechte des Betroffenen kein Tätigwerden der Justiz erforderlich machen, ganz auf die Justiz verlagert, was nicht nur systemwidrig wäre, sondern es auch zuließe, dass die Sozialbehörden ihre „problematischeren" Klienten auch weiterhin der Justiz überantworten.

b) Einführung eines Hilfenbetreuers

Der vom IGES als „andere Hilfe" klassifizierte[28] Vertreter im Sozialverwaltungsverfahren nach § 15 SGB X ist *de lege lata* keine betreuungsvermeidende Hilfe iSd § 1896 II 2 Var. 2 BGB, denn auch dieser besondere Vertreter ist nach § 15 IV SGB X iVm § 1902 BGB für das Verfahren, in dem er bestellt wird, mit gesetzlicher Vertretungsmacht ausgestattet. Wenn das so ist, geht seine Bestellung der eines Betreuers aber nicht vor, sondern steht als gleichwertige Möglichkeit neben ihr. Selbst wenn man das Gesetz dahin ändern würde, dass der besondere Vertreter von Amts wegen bestellt werden kann und dass das der Betreuerbestellung vorgeht, so hätte dies immer noch eine sehr begrenzte Reichweite, weil ein solcher Vertreter ein bereits eingeleitetes Verwaltungsverfahren voraussetzt, er also gerade nicht in der Lage wäre, eines mit dem Ziel einzuleiten, dem Betroffenen die Hilfen zu sichern, die er zur selbstbestimmten Teilnahme am Rechtsverkehr benötigt. Er ist eben letztlich doch nur eine Art *Verfahrenspfleger*, der ein bestimmtes Verfahren führt und für jedes neue Verfahren neu bestellt werden muss.

Was sich dagegen anbietet, ist die Bestellung eines gesetzlichen Vertreters für jemanden, dem nur die Unterstützung nicht gewährt wird, die er benötigt, um selbst am Rechtsverkehr teilnehmen zu können, auf das genau hierfür Notwendige zu beschränken, indem ihm nämlich ein Betreuer mit dem Aufgabenkreis der Wahrnehmung der Rechte des Betroffenen gegenüber den Trägern betreuungsvermeidender Hilfen bestellt wird. Das dürfte auch unter dem geltenden Recht nicht nur bereits möglich, sondern vom Erforderlichkeitsgrundsatz sogar geboten sein, wenn es ausreicht, um das Wohl des Betreuten zu sichern. Dass es tatsächlich schon einmal so vorgekommen wäre, ist dem Autor aber nicht bekannt. § 1896 III BGB scheint dem Autor der Ort, es ausdrücklich ins Gesetz aufzunehmen. Da der Eingriff in die Rechte des Betroffenen hier ähnlich gering bleibt wie beim Kontrollbetreuer (ohne Widerrufsrecht), ist es auch durchaus richtig, dass die im Verfahrensrecht für reine Kontrollbetreuungen geltenden Verfahrenserleichterungen (§ 15 I 2 RPflG: umfassende Zuständigkeit des Rechtspflegers, § 281 I Nr. 2 FamFG: Entbehrlichkeit eines förmlichen Sachverständigengutachtens) auch hierfür gelten.

Mein Vorschlag für die Neuformulierung von § 1896 III BGB lautet wie folgt:

§ 1896. *Voraussetzungen* ... (3) Als Aufgabenkreis kann auch die Geltendmachung von Rechten des Betreuten gegenüber seinem Bevollmächtigten oder gegenüber den Trägern anderer Hilfen iSv Abs. 2 Satz 2 BGB bestimmt werden.

...

c) Clearingverfahren vor Betreuerbestellung

Das IGES empfiehlt die Erprobung eines Modelles der begrenzten Fallverantwortung,[29] was im Wesentlichen dem im österreichischen Erwachsenenschutzrecht als „Clearing Plus" bekannten Verfahren entspricht. Problematisch ist hierbei insbesondere die Frage nach der Verortung der Fallverantwortung. In Österreich wird das Clearing Plus von den Sachwaltervereinen übernommen, die im Falle einer Bestellung auch die Sachwalterschaft (ab 1.7.2018: Erwachsenenvertretung) übernommen hätten. Eine hiervon abgekoppelte Instanz, wie in Deutschland die Betreuungsbehörden, gibt es im österreichischen System nicht. Hilfebedarfsermittlung und Organisation von Hilfeleistungen gehen dort Hand in Hand und werden nicht, wie es das

Modell des IGES vorschlägt, auf Betreuungsbehörde und Betreuungsvereine aufgeteilt, wobei Redundanzen und Reibungsverluste zu erwarten wären. Nach meiner Auffassung wäre es daher eher sinnvoll, die Funktion der Betreuungsbehörden selbst um eine solche Fallverantwortung zu erweitern.

Zu verankern wäre ein solches Clearing-Modell am ehesten im Betreuungsverfahrensrecht, wobei der Vorschlag des Autors dahin geht, nicht nur die Fallverantwortung klar bei der Betreuungsbehörde zu verankern, sondern dieser auch Durchsetzungskraft gegenüber den beteiligten Leistungsträgern zu geben. Die Betreuungsbehörde sollte für die Dauer des Clearingverfahrens die Befugnisse des oben beschriebenen Hilfenbetreuers erhalten, nämlich den Betroffenen den Leistungsträgern der anderen Hilfen gegenüber vertreten können.

Da das aber noch während des laufenden Betreuungsverfahrens geschehen sollte, also noch bevor das Gericht die Betreuungsbedürftigkeit und den Betreuungsbedarf verbindlich festgestellt hat, setzt es zwingend die Zustimmung des Betroffenen voraus. Eine entsprechende Vorschrift könnte lauten:

§ 279 a *Clearingverfahren*. (1) Das Gericht kann das Verfahren zur Bestellung eines Betreuers mit Zustimmung des Betreuten für bis zu sechs Monate aussetzen und der Betreuungsbehörde den Auftrag erteilen, in dieser Zeit abzuklären, ob sich andere Hilfen organisieren lassen, durch deren Unterstützung der Betroffene in die Lage versetzt wird, seine Angelegenheiten ohne einen gesetzlichen Vertreter zu besorgen.

(2) Die Entscheidung ergeht durch Beschluss, der der sofortigen Beschwerde (§ 21 II) nur insoweit unterliegt, als geltend gemacht wird, er sei ohne Zustimmung des Betroffenen ergangen. Der Beschluss wird mit der Bekanntgabe an die Betreuungsbehörde wirksam. Die Betreuungsbehörde erlangt dadurch die Rechtsstellung eines Betreuers mit dem Aufgabenkreis der Geltendmachung von Rechten des Betroffenen gegenüber den Trägern anderer Hilfen iSv § 1896 II 2 Var. 2 BGB.

(3) Die Aussetzung kann auf übereinstimmenden Antrag des Betroffenen und der Betreuungsbehörde bis zur Gesamtdauer von einem Jahr verlängert werden.

(4) Auf Antrag des Betroffenen oder seines Verfahrenspflegers ist das Verfahren jederzeit fortzusetzen. Mit dem Eingang des Antrags auf Fortsetzung des Verfahrens entfällt die in Abs. 2 Satz 3 beschriebene Wirkung.

Wegen § 10 S. 1 BtBG ist eine gesonderte, entsprechende Aufgabenzuweisung im Betreuungsbehördengesetz an und für sich entbehrlich. Sie ist aber dennoch sinnvoll, weil darin einerseits die Ausgestaltung des Clearingverfahrens näher geregelt werden kann und weil das andererseits die Möglichkeit eröffnet, ein solches Clearingverfahren auch ohne vorherige Einschaltung des Betreuungsgerichts durchzuführen. Eine solche Regelung könnte wie folgt aussehen:

§ 8 a. *Clearingverfahren*. (1) Ordnet das Betreuungsgericht ein Clearingverfahren (§ 279 a FamFG) an, so bestimmt die Behörde einen ihrer Bediensteten zum Fallverantwortlichen, der im Zusammenwirken mit dem Betroffenen den Unterstützungsbedarf ermittelt und die erforderlichen Schritte zu dessen Abdeckung unternimmt. Der Fallverantwortliche gilt zugleich als iSv § 1900 IV 1 iVm Abs. 2 Satz 1 BGB mit der Führung der Betreuung beauftragt.

(2) Die Behörde kann ein Clearingverfahren mit Zustimmung des Betroffenen auch durchführen, wenn noch kein Verfahren zur Bestellung eines Betreuers bei Gericht anhängig ist. Der Fallverantwortliche ist in diesem Falle berechtigt, sich vom Betroffenen eine jederzeit widerrufliche Vollmacht zu dessen Vertretung gegenüber den Trägern anderer Hilfen iSv § 1896 II 2 Var. 2 BGB erteilen zu lassen.

Wie praktikabel das ist und ob es dazu führt, dass am Ende tatsächlich Betreuungen vermieden werden, ist schwer zu sagen. Hier neige ich der Auffassung des IGES[30] zu, dass das zuerst in einem regional begrenzten Bereich als Modellversuch erprobt werden sollte. Die entsprechenden Vorschriften wären dann zunächst in einem Maßnahmegesetz unterzubringen, das den Landesgesetzgeber ermächtigt, sie für einzelne LG-Bezirke in Kraft zu setzen.

V. Zusammenfassung

Die Bestellung eines Betreuers stellt einen erheblichen Eingriff in das Grundrecht des Betroffenen aus Art. 2 I GG dar. Dieser Eingriff ist unverhältnismäßig, wenn der Betroffene in der Lage ist, mit der Unterstützung anderer selbst am Rechtsverkehr teilzunehmen. Damit ihm diese Unterstützung auch gewährt wird, sollte

- der Anspruch auf sie im Sozialrecht verankert,
- die Bestellung eines Betreuers mit der einzigen Aufgabe der Geltendmachung der Rechte des Betreuten auf diese Unterstützung und
- ein System der begrenzten Fallverantwortung mit dem Ziel, durch Organisation dieser Unterstützung einer Rechtliche Betreuung doch zu vermeiden, erprobt werden

---

* Der Autor ist Professor für Familienrecht an der Universität Siegen.

1 *Brosey*, BtPrax 2014, 143; *Lipp*, FamRZ 2012, 669 (675 ff.).

2 *BGH*, NJW-RR 2017, 1474 = FamRZ 2018, 54 Rn. 12; NJW-RR 2017, 641 = FamRZ 2017, 995 Rn. 7; NJW-RR 2016, 1093 = FamRZ 2016, 1668 Rn. 14; NJW-RR 2015, 449 = FamRZ 2015, 649 Rn. 9.

3 *BVerfG*, FamRZ 2008, 2260 (2261) = BeckRS 2008, 40026; NJW 2002, 206.

4

BGH, NJW 2014, 2968.

[5] Vgl. *BGH*, NJW-RR 2017, 134 = MDR 2017, 20, wo der Betreuten die Wohnung wegen außergewöhnlicher Härtegründe dann letztlich allerdings doch erhalten blieb.

[6] Die vom IGS – *Matta/Engels u. a.*, Qualität der Rechtlichen Betreuung, 2017, S. 583 – in Handlungsempfehlung 38 zur Verbesserung der Stellung des Betreuten letztlich vorgeschlagene Verdopplung der Rechnungslegungspflicht von Banken, kann hier vielleicht erwogen werden, verbietet sich aber jedenfalls für die meisten Leistungspflichten von selbst.

[7] *BGH*, NJW-RR 2016, 643 = FamRZ 2016, 970 Rn. 6; FGPrax 2014, 251 = FamRZ 2014, 1626 Rn. 12.

[8] *BGH*, NJW 1955, 1714; *BAG*, NJW 1994, 2501 (2502).

[9] *OLG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 6.12.2017 – 4 U 178/16, BeckRS 2017, 144536.

[10] So *BGH*, NJW 2015, 2497 zur Geldabhebung trotz Einwilligungsvorbehalts. Beim Geschäftsunfähigen kommt hinzu, dass er an den ausgezahlten Sorten noch nicht einmal Eigentum, sondern überhaupt nur Besitz erwirbt, so dass die Zahlungspflicht auch schon allein aus diesem Grunde nicht erfüllt ist, vgl. *BGH*, NJW 2014, 1095 Rn. 23.

[11] Genau deshalb wurde die Reform von § 104 Nr. 2 BGB aus dem Betreuungsgesetz ausgeklammert, s. BT-Drs. 11/4528, 38.

[12] *Matta/Engels u. a.*, Qualität der Rechtlichen Betreuung, S. 583 (Handlungsempfehlung 38).

[13] *Nolting/Zich/Tisch/Braeseke*, Umsetzung des Erforderlichkeitsgrundsatzes in der betreuungsrechtlichen Praxis im Hinblick auf vorgelagerte „andere Hilfen", S. 9.

[14] *BVerfG*, NJW-RR 2016, 193 = FamRZ 2015, 1365 Rn. 15.

[15] *BGH*, NJW 2015, 3575 = FamRZ 2015, 2162 Rn. 11.

[16] *BGH*, NJW 2014, 3237 = FamRZ 2014, 1693 Rn. 12; NJW 2015, 3575 = FamRZ 2016, 2162 Rn. 12.

[17] *BGH*, NJW 2015, 3572 = FamRZ 2015, 1702 Rn. 18 f.

[18] *BGH*, NJW 2015, 3572 = FamRZ 2015, 1702 Rn. 36.

[19] Selbst ein Kontrollbedürfnis folgt weder schon aus der Befreiung von § 181 BGB, noch allein daraus, dass der Bevollmächtigte ein Insichgeschäft tatsächlich vorgenommen hat, *BGH*, NJW-RR 2012, 834 = FamRZ 2012, 871.

[20] *BGH*, FGPrax 2013, 118.

[21] *Nolting/Zich/Tisch/Braeseke*, Umsetzung des Erforderlichkeitsgrundsatzes in der betreuungsrechtlichen Praxis im Hinblick auf vorgelagerte „andere Hilfen", S. 5.

[22] *Nolting/Zich/Tisch/Braeseke*, Umsetzung des Erforderlichkeitsgrundsatzes in der betreuungsrechtlichen Praxis im Hinblick auf vorgelagerte „andere Hilfen", S. 7.

[23] *Nolting/Zich/Tisch/Braeseke*, Umsetzung des Erforderlichkeitsgrundsatzes in der betreuungsrechtlichen Praxis im Hinblick auf vorgelagerte „andere Hilfen", S. 6.

[24] Caritas Mecklenburg e. V. (Hrsg.), BEOPS-II-Abschlussbericht, 2011, S. 16.

[25] *BSG*, SRa 2017, 72 = FamRZ 2016, 2012 (2013); ähnlich unklar zur Aufgabenabgrenzung auch *LSG Bayern*, Beschl. v. 27.4.2018 – L 11 AS 242/18 B ER, BeckRS 2018, 8123 Rn. 20, das annimmt, der Betreuer habe entweder eine Wohnung suchen oder für den Betreuten eine Hilfe nach § 68 SGB XII in Anspruch nehmen müssen.

[26] So *AG Hannover*, FamRZ 2006, 351 = BeckRS 2008, 26033; *AG Torgau*, FamRZ 2004, 1883; *AG Lahnstein*, NJOZ 2004, 1203; nur für „einfach gelagerte Fälle" sieht es das *AG Halle*, AGS 2011, 384 so; für die Abänderung von Unterhaltstiteln sieht es das *AG Vechta*, FamRZ 2012, 571 = BeckRS 2012, 07914 anders. Das ist ein Fass, das hier nicht erneut aufgemacht werden sollte.

[27] *Nolting/Zich/Tisch/Braeseke*, Umsetzung des Erforderlichkeitsgrundsatzes in der betreuungsrechtlichen Praxis im Hinblick auf vorgelagerte „andere Hilfen", S. 7 f.

[28] *Nolting/Zich/Tisch/Braeseke*, Umsetzung des Erforderlichkeitsgrundsatzes in der betreuungsrechtlichen Praxis im Hinblick auf vorgelagerte „andere Hilfen", S. 17.

[29] *Nolting/Zich/Tisch/Braeseke*, Umsetzung des Erforderlichkeitsgrundsatzes in der betreuungsrechtlichen Praxis im Hinblick auf vorgelagerte „andere Hilfen", S. 18 f.

[30] *Nolting/Zich/Tisch/Braeseke*, Umsetzung des Erforderlichkeitsgrundsatzes in der betreuungsrechtlichen Praxis im Hinblick auf vorgelagerte „andere Hilfen", S. 19.