

Christine Wehrhahn

Entscheidungsproduktion, Markt und Lastenverteilung

Ökonomische Analyse
der rechtlichen Betreuung



PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Ausgangspunkt dieses Buches ist die Frage nach den Ursachen der Ausgabensteigerungen bei der rechtlichen Betreuung. Die Mechanismen im Betreuungswesen und die erwartbaren Folgen der betreuungsrechtlichen Arrangements werden mit der Methode der ökonomischen Analyse transparent gemacht. Es wird nachgewiesen, dass die tatsächlichen Möglichkeiten der Reduzierung der Staatsausgaben für Betreuer bei der gegenwärtigen Struktur eher begrenzt bleiben. Das Buch bietet darüber hinaus eine Fülle von Informationen zu den Wesenselementen des materiellen Betreuungsrechts und des Verfahrensrechts. Es enthält eine systematische Darstellung der Grundgedanken der ökonomischen Analyse. Ferner werden Einzelelemente aus der Informationsökonomik und der Institutionenökonomik dargelegt und für die Fragestellung fruchtbar gemacht.

Christine Wehrhahn wurde 1959 in den USA geboren. Sie hat an der Fachhochschule Hildesheim studiert, war mehrere Jahre als Rechtspflegerin am Amtsgericht tätig und nahm auch Lehrtätigkeiten wahr. Das rechtswissenschaftliche Hochschulstudium hat sie an der Universität Hannover absolviert, wo sie später promovierte. Parallel zur Promotion war sie Assessorin bei Landgericht, Landesjustizministerium, Staatsanwaltschaft und Amtsgerichten. Heute ist die Autorin Zivilrichterin am Landgericht Hannover.

Entscheidungsproduktion, Markt und Lastenverteilung

Christine Wehrhahn

Entscheidungsproduktion, Markt und Lastenverteilung

Ökonomische Analyse
der rechtlichen Betreuung



PETER LANG

Frankfurt am Main · Berlin · Bern · Bruxelles · New York · Oxford · Wien

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Zugl.: Hannover, Univ., Diss., 2009

Umschlaggestaltung:

Olaf Glöckler, Atelier Platen, Friedberg

Gedruckt auf alterungsbeständigem,
säurefreiem Papier.

D 89

ISBN 978-3-653-00408-3

© Peter Lang GmbH

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Frankfurt am Main 2010

Alle Rechte vorbehalten.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des

Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für

Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

www.peterlang.de

Vorwort

Meinem Doktorvater Professor Dr. Christian Wolf verdanke ich elementare Umstände für die Durchführung dieser Arbeit. Das sind insbesondere zwei entscheidende Weichenstellungen: zunächst hat er mich zum Promovieren (zurück-) geholt, später kam von ihm die initiale Idee zur interdisziplinären Bearbeitung der Fragestellung. Und er hat mir eine große Freiheit bei der Ausgestaltung gelassen.

Die Publikation ist mir durch ein Promotionsgeschenk meines Vaters erleichtert worden, er verband dieses mit einer Vorgeschichte. Es symbolisiert die 100 DM, die ihm meine Großmutter Anfang der '60er Jahre für meine Ausbildung übergeben hatte. Das war für sie ein hoher Betrag, ein Opfer. Ich bin außerordentlich dankbar für ein Umfeld, in dem Lernen und Wissbegierde, Neugierde und geistige Freiheit, gepaart mit Lebensfreude und Humor, einen hohen Stellenwert haben. Mein Vater hat uns diesen Geist hinterlassen, und noch mehr. Seine Originalität, seine philosophische und empathische Menschenkenntnis, sein hartnäckiger „Stehaufmännchen“-Charakter sind ansteckend. Ich bin auch sehr dankbar dafür, dieses erlebt zu haben. Die Veröffentlichung meiner Dissertation kann ich nicht mehr mit ihm teilen, er ist in diesem Monat verstorben.

Dieses Buch ist meinem Vater und allen gewidmet, die mich bei der Arbeit daran im obigen Sinne begleitet, angeregt oder unterstützt haben.

Hannover/Hamburg, im Mai 2010

Christine Wehrhahn geb. Schier

Ursachen erkennen, das eben ist Denken,
und dadurch allein werden Empfindungen zu Erkenntnissen
und gehen nicht verloren,
sondern werden wesenhaft und beginnen auszustrahlen.

Hermann Hesse

Inhaltsübersicht

Vorwort.....	5
§ 1 Einleitung	27
§ 2 Rechtstatsächliche Wahrnehmungen als Auslöser für eine analytische theoretische Untersuchung	31
A. Empirie als Entscheidungsgrundlage für eine Reform des Betreuungs- rechts	31
B. Ursachen der Ausgabensteigerung nach Einschätzungen aus der Praxis (Beispiele).....	39
C. Grobstruktur der Ergebnisse des rechtstatsächlich Wahrgenommenen	63
§ 3 Die Ökonomische Analyse des Rechts	65
A. Einführung in die ökonomische Analyse.....	65
B. Grundbegriffe	95
C. Der „Basis-Handwerkskasten“ der ökonomischen Analyse	167
D. Anwendung dieser Grundsätze auf die rechtliche Regelung des Betreuungswesens	203
§ 4 Analyse ökonomischer Maßstäbe im Betreuungsrecht.....	207
A. Die ‚ratio legis‘ des Betreuungswesens	208
B. Der allgemeine rechtliche Rahmen zur Anwendung ökonomischer Maßstäbe	234
C. Ökonomische Maßstäbe für den Rechtsanwender des Betreuungs- rechts	264
§ 5 Analyse des ökonomisch erwartbaren Verhaltens der Akteure des Betreuungswesens	433
A. Rechtliche Betreuung als öffentliches Gut	434
B. Der Betreuungsmarkt.....	475
C. Wohltätigkeit und Ehrenamt.....	535
D. Handeln staatlicher Entscheidungsträger.....	551

§ 6 Analyse des Prozesses der Produktion einer Entscheidung im Betreuungswesen.....	575
A. Informations- und Risikoprobleme.....	576
B. Arbeitsteilung im Produktionsprozess des Betreuungswesens	650
C. Prinzipien der Lastenverteilung.....	692
§ 7 Schlussbemerkung.....	725
Literaturverzeichnis	731

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	5
§ 1 Einleitung	27
§ 2 Rechtstatsächliche Wahrnehmungen als Auslöser für eine analytische theoretische Untersuchung	31
A. Empirie als Entscheidungsgrundlage für eine Reform des Betreuungs- rechts	31
I. Erstes BtÄndG trotz unzureichender Erfahrungsdaten	32
II. Rechtstatsächliche Untersuchung des BMJ zur Vorbereitung des zweiten BtÄndG	34
III. Arbeitsgruppen	34
1. Bündelung von Ländererfahrung auf bundespolitischer Ebene.....	35
2. Individuelle Initiativen	36
a) Z.B.: Berufsverbände der Betreuer	36
b) Z.B.: regionale gerichtliche Entscheidungsträger und justizielle Kontrollorgane	37
c) Z.B.: Erhebung durch die Landesjustizverwaltung.....	38
B. Ursachen der Ausgabensteigerung nach Einschätzungen aus der Praxis (Beispiele).....	39
I. Entstehung und Bestand einer rechtlichen Betreuung.....	39
1. Einrichtung einer Betreuung	39
a) Verteilung der betreuungsauslösenden Krankheiten und Behinderungen.....	40
b) Mögliche Ursachen für den Anstieg der Betreuungsfälle.....	40
c) Sachverständigengutachten und Sozialbericht als Einflussfaktor	41
d) Umfang der Betreuung (Aufgabenkreise).....	43
2. Verlängerung, Einschränkung oder Aufhebung einer Betreuung	44
II. Vermeidbarkeit zu bezahlender Betreuungen	44
1. Vorsorgevollmacht.....	45

2.	Abgrenzung, insbesondere zu anderen helfenden Tätigkeiten	46
a)	Vorrangigkeit anderer Hilfen	47
b)	Praktische Umsetzung und Überschneidungen	48
c)	Aufgabenverlagerungen	49
d)	Kenntnisse über Alternativen	49
3.	Verfügbarkeit und Gewinnung von Ehrenamtlichen	49
III.	Einsatz ehrenamtlicher Betreuer	52
1.	Auswahl des Betreuers	52
a)	Auswahlkriterien bei Ehrenamtlichen	52
b)	Bedeutung der Berufsbetreuer	52
c)	Auswahlpraxis	53
2.	Feststellung der Eignung	53
a)	Keine klaren Anforderungen	54
b)	Praxis der Eignungsfeststellung	55
3.	Nachträgliche Entscheidungen	56
a)	Wechsel von Berufsbetreuern zu Ehrenamtlichen	56
b)	Wechsel von Ehrenamtlichen zu Berufsbetreuern	57
c)	Entlassungen	57
4.	Unterstützung von Betreuern	57
IV.	Tätigkeitskontrolle und Vergütungsfestsetzung	58
1.	Gerichtliche Aufsicht	59
2.	Anlassprobleme für eine Änderung der Vergütungs- gesetzgebung	60
a)	Gerichtliche Entscheidung bei „spitzen“ Abrechnungen	60
b)	Systemausnutzungen durch Betreuer?	61
c)	Unterschied zwischen selbstständigen und Vereins- Betreuern?	62
d)	Individuelle und generalisierende Pauschalierung	62
C.	Grobstruktur der Ergebnisse des rechtstatsächlich Wahrgenommenen	63
§ 3	Die Ökonomische Analyse des Rechts	65
A.	Einführung in die ökonomische Analyse	65
I.	Ähnlichkeiten, Unterschiede und Verbindung zwischen Wirt- schafts- und Rechtswissenschaft	65
II.	Standort der ökonomischen Analyse	67
1.	Ökonomische Analyse als Teil der Wirtschaftswissenschaft	68
2.	Ausweitung der Wirtschaftswissenschaft	70
III.	Ökonomische Analyse als Begleitdisziplin der Rechtswissen- schaft	74

1.	Einführung in die ökonomische Analyse des Rechts	74
2.	Nutzbarkeit des interdisziplinären Ansatzes der ökonomischen Analyse.....	78
	a) Positive und normative Ansätze; Total- und Partialanalyse	79
	b) Handlungsalternativen und folgenorientiertes Entscheiden.....	83
	c) Anwendung in der Rechtsanwendungspraxis (bei der Rechtsfindung)	86
	d) Anwendung durch den Gesetzgeber (bei der Rechts-schöpfung).....	88
	e) Grenzen der ökonomischen Analyse	93
IV.	Nutzbarkeit für die Untersuchung der Betreuungskosten	94
B.	Grundbegriffe	95
I.	Rationalität, Optimierungsprinzip und Effizienz	96
	1. Allgemeines Verständnis.....	96
	2. Sprachgebrauch und Maßstäbe der Volkswirtschaft.....	97
	a) Überblick	97
	b) Allokations-Effizienz	100
	c) Bedeutung des Effizienzkriteriums in der ÖAR	102
	3. Einschränkungen des rationalen Verhaltens.....	103
	a) Verhaltensanomalien	103
	b) Begrenzte Rationalität	104
	c) Wahrscheinlichkeiten, Risiko und Unsicherheit.....	105
	4. Effizienz als einzig sinnvolles Ziel ?.....	106
	a) Konkurrierende Ziele.....	107
	b) Sicht des Staats	108
II.	Wohlfahrt.....	110
	1. Begriff.....	110
	2. Ziel der Wohlfahrtsökonomik	111
	3. Grundlegendes zu ihren Kriterien	112
	a) Ökonomischer Maßstab und Voraussetzung eines Wohlfahrtsoptimums	112
	b) Bedingungen (Analysekriterien) eines Wohlfahrts-optimums	114
III.	Bedürfnisse, Nutzen und Kosten.....	116
	1. Bedürfnisse.....	116
	a) Begriff	116
	b) Bedürfnisstruktur und Verbraucherverhalten	117
	2. Erstrebter Nutzen	118
	a) Güter und der ökonomische Wertbegriff.....	118
	b) Vorteilsbegriff in der Ökonomie und Eigennutzannahme	121

c) Präferenzen	124
d) Sonstige Einflüsse bei menschlichen Wahlhandlungen	126
e) Grenznutzen	128
f) Konsumentensouveränität und Nachfrage	129
3. Kosten der Bedürfnisbefriedigung	132
a) Produktionskosten	132
b) Opportunitätskosten (Alternativkosten)	134
c) Gütertausch und Transaktionskosten	137
d) Arbeitsteilung und Agency-Kosten	139
c) Grenzkosten	141
4. Externe Effekte	142
IV. Modus der Bedürfnisbefriedigung	145
1. Angebot und Markt	145
a) Angebot und seine Einflussfaktoren	145
b) Koordination von Wirtschaftsplänen und Markt	146
2. Preise	150
a) Preisbegriff und Preisfunktion	150
b) Preisbildung	151
c) Preiswirkung	153
3. Menge	154
4. Wettbewerb	155
a) Sinn und Ethik des Konkurrierens	155
b) Mittel des Wettbewerbs	159
c) „Antiwettbewerb“	160
5. Informationen	161
a) Bedeutung als Entscheidungsgrundlage	162
b) Kontrolle und Kontrollgleichgewicht	163
c) Informationskosten	164
d) Prinzipielle Grenzen des Wissens	166
C. Der „Basis-Handwerkskasten“ der ökonomischen Analyse	167
I. Zusammenfassung: allgemeine Annahmen	167
II. Zusammenfassung: ökonomisches Verständnis des menschlichen Verhaltens	169
III. Arbeit mit Modellbildung (Abstraktion in der Ökonomie)	170
1. Funktion von Modellen	171
2. Das Verhaltensmodell des homo oeconomicus	173
a) Herkömmliches Verständnis	174
b) Die moderne Konzeption	176
3. Modellgleichgewicht	177
4. Modelle zum Gütertausch	180

a)	Das Modell des vollkommenen Markts	181
b)	Das Modell der vollkommenen Konkurrenz	182
c)	Das Modell des vollständigen Vertrags	185
IV.	Verhaltenssteuerung und Zurechnung von Lasten	187
1.	Anreiz und Abschreckung, Belohnung und Sanktion	187
a)	Grundgedanken zur Wirkweise von positiven und negativen Anreizen	187
b)	Typische Regelungssysteme zur Verhaltenssteuerung	189
c)	Typische Anreizbedingungen	192
d)	Folgen falscher Anreizstrukturen	193
c)	Intrinsische Steuerung und Grenzen der Verhaltens- steuerung	195
2.	Elemente des vollständigen Vertrags und Zurechnung von Schäden	197
a)	Ökonomische Rationalität beim Vertrag und seine ökonomische Legitimation	197
b)	Fehlschlagen, Unvollständigkeit und externe Effekte	198
c)	Schäden als Bestandteile von Kosten im ökonomischen Sinn	199
d)	Rekonstruktion des vollständigen Vertrags (Zuordnung von Lasten)	201
D.	Anwendung dieser Grundsätze auf die rechtliche Regelung des Betreuungswesens	203
§ 4	Analyse ökonomischer Maßstäbe im Betreuungsrecht	207
A.	Die ‚ratio legis‘ des Betreuungswesens	208
I.	Betreuungswesen als Staatsaufgabe	208
1.	Staatsaufgaben im Überblick	209
a)	Legitimation staatlicher Zielsetzung	209
b)	Eingeschränkte Bedeutung der Ökonomie für die Bestim- mung von Gemeinwohlzielen	212
2.	Insbesondere: der Sozialstaat	213
a)	Nach allgemeinem Verständnis	213
b)	Nach juristischem Verständnis	214
c)	Nach ökonomischem Verständnis	218
d)	Grenzen ökonomischer Bewertbarkeit nach juristischem Verständnis	219
e)	Sorge für rechtliche Betreuung als eine (mindestens) sozialstaatliche Pflicht	221

II.	Der erstrebte Nutzen des Betreuungswesens aus staatlicher Sicht.....	224
1.	Die ‚ratio legis‘ des Betreuungswesens.....	224
a)	Klassische Ziele.....	224
b)	Ausgrenzende Absichten.....	227
c)	Eingrenzende, konkrete Zielbestimmungen.....	230
2.	Bewertung dieses erstrebten Nutzens aus ökonomischer Sicht?	232
B.	Der allgemeine rechtliche Rahmen	
	zur Anwendung ökonomischer Maßstäbe.....	234
I.	Anwendung ökonomischer Kriterien in der Rechtspraxis und ihre dogmatischen Grenzen.....	234
1.	Einführung zur juristischen Methode.....	234
a)	Rechtsanwendungssyllogismus.....	234
b)	Grundideen zu den Interpretationsmethoden der Rechtswissenschaft.....	235
c)	Typische juristische Argumentationsformen.....	237
d)	Juristische Dogmatik.....	238
2.	Normen, die eine Anwendung ökonomischer Kriterien „vorsehen“ können.....	239
a)	Normen mit eindeutiger Aussage.....	239
b)	Normen mit nicht eindeutiger Aussage (auslegungsbedürftige Normen).....	240
c)	Methoden und Inhalte der Auslegung; Schlussfolgerungen.....	242
3.	Einführung ökonomischer Kriterien im Einzelfall.....	248
a)	Normen mit unvollständiger Aussage.....	248
b)	Schlussfolgerungen.....	252
4.	Gesichtspunkte zur wertenden Erfassung des Sachverhalts.....	253
a)	Güter- und Interessenabwägungen.....	253
b)	Prognosen.....	254
II.	Begrenzender Außenrahmen.....	259
1.	Kritik an der juristischen Methode – Beliebigkeit der Begründung?.....	260
2.	Art. 20 III GG.....	261
C.	Ökonomische Maßstäbe für den Rechtsanwender des Betreuungsrechts.....	264
I.	Informationssystem zur Einrichtung und zum Umfang einer Betreuung.....	265
1.	Grundsätze zur Sachverhaltsermittlung im Betreuungswesen.....	266
a)	Amtsermittlung.....	266
b)	Mittel der Informationsbeschaffung in der freiwilligen Gerichtsbarkeit.....	268

c)	Rechtliches Gehör und Anhörung	270
d)	Umfang der Informationsbeschaffung	272
2.	Konkreter Betreuungsbedarf	273
a)	Konkreter Handlungsbedarf bei dem Betroffenen (§ 1896 II 1 i.V.m. § 1896 I 1 BGB).....	273
b)	Subsidiaritätsgrundsatz (§ 1896 II 2 BGB).....	275
c)	Speziell: Vollmachten	278
d)	(Insbesondere:) Abgrenzung zum SGB XII (bisher BSHG).....	282
e)	Konkrete regelungsbedürftige rechtliche Angelegenheiten (1. Vor. § 1896 I 1 BGB).....	289
3.	Abstrakte Betreuungsbedürftigkeit.....	290
a)	Behinderung oder psychische Krankheit (2. Vor. § 1896 I 1 BGB)	290
b)	Das Gutachten des medizinischen Sachverständigen	297
c)	Abstrakt-individuelle Handlungsunfähigkeit.....	302
4.	Konkrete Betreuungsbedürftigkeit	305
a)	Kausalität von medizinischem Befund für konkreten Betreuungsbedarf (3. Vor. § 1896 I 1 BGB).....	305
b)	Konkret-individuelle Handlungsunfähigkeit (4. Vor. § 1896 I 1 i.V.m. § 1896 II 1 BGB).....	307
c)	Schlussfolgerung: Bestimmung der erforderlichen Aufgabenkreise.....	310
II.	Rechtlicher Entscheidungsrahmen bei Tatbestand und Rechtsfolge im Übrigen	314
1.	Gerichtliche Wertungen, Verhältnismäßigkeit der Betreuung und Folgenorientierung	314
a)	Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsprinzips.....	315
b)	Teilgrundsatz der Geeignetheit.....	316
c)	Teilgrundsatz der Erforderlichkeit.....	317
d)	Teilgrundsatz der Angemessenheit.....	318
e)	Beachtlichkeit neben § 1896 BGB	320
f)	Ökonomisches Kalkül als Abwägungskriterium bei der Verhältnismäßigkeit?.....	320
2.	§ 12 FGG.....	321
a)	Pflichtgemäßes Ermessen	322
b)	Informationsverarbeitung in der freiwilligen Gerichts- barkeit.....	325
c)	Ökonomische Bewertung	328
3.	Prognose zukünftigen Handlungsbedarfs.....	331
4.	Bestellung des Betreuers.....	334

a) Wahl des Funktionsträgers	334
b) Eignung als Qualitätskriterium	336
c) Überlegungen zu Nutzenkalkülen.....	339
III. Der subjektiv-individuelle Bezug bei der Betreuung und seine Grenzen.....	341
1. Der Wille des Betroffenen.....	342
a) Grundsätzliche Beachtlichkeit des Willens	342
b) Eingriffsschwelle und Maßstab einer Betreuung gegen den Willen des Betroffenen.....	344
c) Keine individuelle Disponierbarkeit der kollektiv ent- schienenen Nutzenstiftung.....	349
2. Wünsche und eigene Vorstellungen des Betreuten (§ 1901 II 2, III BGB)	349
a) Beschreibung der Kriterien.....	350
b) Besprechungsgebot (§ 1901 III 3 BGB)	352
c) Grundsätze zur Ermittlungs- und Entsprechenspflicht im Übrigen	354
3. Grenzen	358
a) Fähigkeiten des Betroffenen als Rahmen	359
b) Rehabilitation, Milderung, Bewahrung (§ 1901 IV) als objektive Ziele	360
c) Das Wohl des Betreuten (§ 1901 II, III BGB).....	362
d) Zumutbarkeit für Betreuer (§ 1901 III BGB)	375
IV. Vergütungsregelung bei Mittellosen.....	385
1. Vergütungsanspruch des Betreuers gegen den Betreuten.....	385
a) Rechtliche Begründung für einen Vergütungsanspruch dem Grunde nach.....	386
b) Vorschuss für Betreuer aus der Staatskasse.....	387
2. Anspruch der Höhe nach / nutzbare Kenntnisse.....	389
3. Anspruch der Höhe nach / zeitlicher Umfang	391
a) Aufgewandte Zeit	392
b) Erforderliche Zeit	393
c) Qualität der erbrachten Leistung als Kriterium?.....	397
4. Limitierung und Pauschalierung als Mengenverhandlung?	399
a) Funktionsweise	400
b) Entwicklungen in der Rechtsprechungspraxis.....	402
c) Raum für ökonomische Erwägungen?.....	404
5. Orientierung am Durchschnitt.....	406
a) Rechtstatsächliche Grundlage.....	407

b) Verfassungsrechtliche Mindestanforderungen an eine Betreuervergütung (Exkurs)	411
c) Übersicht über das VBVG bei Mittellosen	423
§ 5 Analyse des ökonomisch erwartbaren Verhaltens der Akteure des Betreuungswesens	433
A. Rechtliche Betreuung als öffentliches Gut	434
I. Merkmale öffentlicher Güter aus ökonomischer Sicht	434
1. Abgrenzung zu Marktgütern	434
2. Kollektivbedürfnisse und das Entstehen öffentlicher Güter	435
3. Kennzeichen öffentlicher Güter	436
a) Nicht rivalisierender Konsum	436
b) Nichtausschluss von Nichtzahlern	437
4. Staatlich produzierte öffentliche Güter	438
II. Rechtliche Betreuung als öffentliches Gut	440
1. Kriterium Nichtrivalität im Konsum	441
2. Kriterium Nichtausschluss von Nichtzahlern	442
3. Finanzierung	443
4. Nutzen-Kosten-Rechnung für das öffentliche Gut der rechtlichen Betreuung	445
III. Wohlfahrtsökonomische Nachteile / Probleme öffentlicher Güter	446
1. Trittbrettfahrerverhalten als Ursache und Folge (staatlicher) öffentlicher Güter	446
a) Verschleierung wahrer Präferenzen beim Nutzer	446
b) Marktversagen wegen fehlender Produzenten	447
c) „Einbahnstraße“	448
2. Mehrproduktion als Folge staatlicher öffentlicher Güter	449
3. Wohlfahrtsverluste bei staatlichen öffentlichen Gütern	450
4. Vermeidbarkeit von Wohlfahrtsverlusten bei staatlichen öffentlichen Gütern?	453
IV. Typische Konsequenzen der rechtlichen Betreuung als ein öffentliches Gut	454
1. Marktversagen und externe Effekte bei rechtlicher Betreuung	455
a) Ehrenamtlich tätige Betreuer	455
b) Berufsmäßig tätige Betreuer	456
c) Externe Ersparnisse für Dritte und ‚andere Hilfen‘	457
2. Typische Anreizwirkungen des öffentlichen Guts rechtliche Betreuung	458
a) Betroffene	458

b) Nahestehende Personen	461
c) ‚Andere Hilfen‘	463
V. Grundproblem für den Justizhaushalt und Ansätze zur Bewertung der Kosten	464
1. Allgemeines Bewertungsproblem bei öffentlichen Gütern	465
a) Keine Wertgröße	465
b) Hilfsweise Bewertungsmöglichkeiten	465
2. Ein Aspekt zur Bewertung der rechtlichen Betreuung: Kosten der ‚Rechtsschutzindustrie‘	466
a) Volkswirtschaftliche Kosten und Nutzen des Rechts- schutzsystems im Allgemeinen.....	466
b) Produktionskosten der rechtlichen Betreuung	469
c) Alternativkosten und Fehlerkosten der rechtlichen Betreuung	471
3. Ein weiterer Aspekt zur Bewertung der rechtlichen Betreuung: Kosten ihrer Substitute	472
a) Beispiel Vorsorgevollmacht.....	472
b) Beispielhafte Abwägungsansätze zu anderen Substituten	474
B. Der Betreuungsmarkt.....	475
I. Der Betroffene	476
II. Nahestehende Personen und der Rechtsverkehr	480
1. Selbstverständlichkeit des Instituts der rechtlichen Betreuung	480
a) Wachsende Akzeptanz.....	481
b) Einfluss von Entscheidungsanomalien	481
c) Bedürfnis nach Rechtssicherheit	482
2. Zivilrechtliche Unsicherheiten	483
3. Strafrechtliche Unsicherheiten	486
4. Verwaltungsrechtliche Mitwirkungserfordernisse und ‚Kompetenzgerangel‘	487
5. Haftungsrisiko des Betreuers	490
a) Interaktionen des Betreuers mit Dritten.....	491
b) Aufsichtspflicht?.....	493
c) Schädigung des Betreuten	496
d) Risikomeidendes Verhalten als erwartbare Folge.....	501
III. Die berufsmäßig tätigen Betreuer	503
1. Die Entstehung des Betreuermarkts	504
2. Marktphasen (Lebenszyklus eines Produkts)	506
3. Schaffung weiterer Nachfrage.....	509
4. Wettbewerb der Betreuer	513
5. Zusammenfassung.....	516

IV.	Inbesondere: Anreize im Vergütungssystem.....	517
1.	Erwartbare Folgen einer Honorierung ohne Erfolgsbezug.....	518
2.	Erwartbare Folgen stundenweiser Tätigkeitshonorierung.....	520
3.	Erwartbare Folgen einer Honorierung ohne Tätigkeitskontrolle	522
4.	Prinzipal-Agent-Beziehung zwischen Staat und Betreuer.....	524
a)	Maximierung des Nettonutzens für den Staats-,Prinzipal‘	525
b)	Maximierung der Entlohnung für den Betreuer-Agenten.....	528
5.	Fallpauschalen und Referenztarife.....	529
a)	Feingliederung der Kompetenzen; Verbindung mit Referenztarifen	530
b)	Festpreissysteme.....	531
c)	Übereinstimmung mit Präferenzen und Gleichgewichts- preis?	532
d)	Marktgeschehen ohne Preisverhandlung?	534
C.	Wohltätigkeit und Ehrenamt.....	535
I.	Wohltätigkeit aus ökonomischer Sicht	536
1.	Gesellschaftlicher Nutzen	536
2.	Unmittelbarer individueller Nutzen.....	537
3.	Mittelbarer individueller Nutzen.....	538
II.	Hemmnisse wohltätigen Verhaltens.....	539
1.	Störungen intrinsischer Steuerung	540
2.	Störungen von Gemeinwohlorientierung	541
3.	„Sinnverlust“	542
III.	Verlässlichkeit wohltätigen Verhaltens?.....	543
IV.	Die ehrenamtlichen rechtlichen Betreuer.....	544
1.	Notwendigkeit von Anreizen im Betreuungswesen?.....	544
2.	Effektive Anreize im Betreuungsrecht?	546
3.	Sanktionierung durch Haftungssystem?	549
D.	Handeln staatlicher Entscheidungsträger.....	551
I.	Ökonomische Sichtweise.....	551
1.	Politisches Entscheidungsverhalten nach der ökonomischen Theorie der Politik.....	552
2.	Entscheidungsverhalten von Bürokraten.....	553
3.	Entscheidungsverhalten von gerichtlichen Rechtsanwendern.....	555
a)	Formelle und informelle Entscheidungsprogramme.....	556
b)	Einflüsse von Ressourcenknappheit	557
c)	Entscheidungsspielräume und Verfolgung eigener Bedürfnisse	558

d) Unterschiede zwischen Bürokraten und gerichtlichen Rechtsanwendern?	559
II. Einzelheiten zu staatlichen Akteuren des Betreuungswesens	561
1. Reformpolitik	561
2. Anreize für gerichtliche Entscheidungsträger	563
a) Sachverhaltsermittlung und Überzeugungsbildung	563
b) Beweisverfahren und „Befangenheit“ des Entscheidungs- trägers	566
c) Schutz gegen „Ausarten“?	571
 § 6 Analyse des Prozesses der Produktion einer Entscheidung im Betreuungswesen	 575
A. Informations- und Risikoprobleme	576
I. Ökonomische Grundsatzprobleme der Informationsbeschaffung	576
1. Surrogat für vollständige Information	576
2. Informationsasymmetrien – allgemein –	580
3. Shirking und Prinzipal-Agent Problem	582
a) Shirking	582
b) Kennzeichen und Folgen eines Prinzipal-Agent-Verhält- nisses	583
c) Ursachen des Agency-Problems	584
d) Beispiele	585
e) Lösungsansätze zur Überwindung des Agency-Problems	586
f) Weitere Probleme der Leistungsbewertung nach dem sichtbaren Ergebnis	589
4. Moral Hazard	590
5. Adverse Selection	592
6. Informierungskosten	596
II. Informationsprobleme im Betreuungsrecht und ihre Folgen	596
1. Probleme der Quellen der gerichtlichen Entscheidung	597
a) Medizinische Sachverständige	597
b) Sozialbericht und Angaben anregender Stellen	605
c) Anhörung	608
d) Betreuerauswahl und Kontrolle des Betreuernutzens	609
2. Probleme der Tätigkeitskontrolle	611
a) Rechtliche Gestaltung der Aufsicht durch das Gericht	612
b) Rechtliche Freiheit des Betreuers in der Ausführung	616
c) Insbesondere: keine Zweckmäßigkeitkontrolle	618
3. Unsicherheit und Risikoübernahme durch den Justizhaushalt	624

III.	Umgang mit Unsicherheit und Risiko beim Entscheidungsträger	626
1.	Durchschnittlich erwartbare Reaktionen nach der ökonomischen Theorie	626
2.	Einige analytische Aspekte zum Betreuungsrecht	628
a)	Regelungsbedürftige Angelegenheiten als Schwerpunkt.....	628
b)	Tendenz zu vorsorglicher Weite	629
c)	Verzicht auf Kontrolle	632
d)	Festsetzung ungeprüfter Tätigkeiten.....	633
IV.	Überwindung von Unsicherheit und Milderung von Risiken	636
1.	Abhilfe durch Erfahrungswerte und Grundsätze zum Risiko- Management.....	636
2.	Hat das Betreuungswesen Mechanismen zur Abhilfe bei Unsicherheit und Risiko?	637
a)	Empirisch ermittelte medizinische Gesetzmäßigkeiten	637
b)	Erfahrung	640
c)	Vernetzte Systeme	641
d)	Generelle Eignungskriterien	642
3.	Betreuungsplanung als Abhilfe?	644
B.	Arbeitsteilung im Produktionsprozess des Betreuungswesens	650
I.	Rechtliche Ausgestaltung	650
1.	Allgemeine verfahrensrechtliche Erwägungen.....	651
2.	Beschaffung der Entscheidungsgrundlagen	653
a)	Grenzen der Aufklärungspflicht	653
b)	Tatsachenfeststellung unter Zuhilfenahme der Fach- behörde	655
c)	Vermittlung von Fachkunde durch Sachverständige	659
3.	Ausführung der Betreuung durch Betreuer	670
II.	Ökonomische Bewertung.....	672
1.	Delegation von Entscheidungsmacht	672
2.	Erfüllen spezialisierter Teilaufgaben.....	674
a)	Minderung von Produktions- und Transaktionskosten	674
b)	Informationsasymmetrie.....	676
c)	Aufteilung von Verantwortlichkeiten durch Zielvorgaben?	677
d)	Arbeitsverbindung?	679
e)	Übernahme der Beiträge.....	680
3.	Betreuung durch externe Betreuer.....	681
a)	Klare und bekannte Anforderungen an die Auswahl?	681
b)	Transaktionskosten vorteilhaft gegenüber Produktionskosten?.....	683
c)	Agency-Probleme	686

4. Schlussbemerkung.....	691
C. Prinzipien der Lastenverteilung.....	692
I. Ansätze bei Arbeitsteilung und Kollektiventscheidung.....	693
1. Ausgangsproblem: Opportunismusgefahr zum Nachteil des Kostenträgers.....	693
a) Handlungsdefizit.....	693
b) Handlungsaliud.....	694
2. Steuerung der kostenbeeinflussenden Teilentscheidungs- prozesse durch den Kostenträger.....	694
3. Grundprinzip der Mitverantwortlichkeit.....	695
a) Gleichgerichtete Vorteile.....	696
b) Vermeidung von Nachteilen.....	696
c) Gemeinsame Verfügung über Ressourcen.....	697
II. Effiziente Verteilung von Schadenskosten und Risiken in der Ökonomie.....	697
1. Überblick zu den Prinzipien bei Risikoübernahme und bei Kostenauflegung.....	698
2. Kriterien der Vermeidung bei prinzipiell beherrschbaren Risiken.....	699
a) ‘Cheapest Cost Avoider’.....	699
b) Zumutbarkeit gem. der Learned Hand Formel.....	701
c) ‘Cheapest Risk Avoider’.....	702
3. Kriterien der Streuung bei nicht beherrschbaren Risiken.....	703
a) ‘Cheapest Insurer’ (Schadensstreuung).....	703
b) ‘Cheapest Risk Bearer’ (Risikostreuung) bei nicht Versicherbarem.....	705
4. Veranlassungsprinzip.....	706
III. Analyse der Verteilung von Lasten im Betreuungswesen.....	707
1. Folgen von Unsicherheit und Risiko im Betreuungswesen für den Justizhaushalt.....	708
a) Beschränkung der Betrachtung auf Ausgaben für Berufsbetreuer bei Mittellosen.....	708
b) Grundsystem der Kostentragungsverteilung im Haushalts- plan.....	709
c) Zuordnung nach dem Veranlassungsprinzip.....	709
2. Anlass zu abweichenden Kostenzuordnungserwägungen im Betreuungswesen?.....	711
a) Zusammenwirken zum Wohl des Betroffenen.....	712
b) Anreize für defizitäres Handeln.....	712

c) Keine wirksame Steuerung der Teilentscheidungsprozesse durch den Kostenträger.....	713
d) Möglichkeit zur Verfolgung eigener Interessen für die Teilnehmer am Entscheidungsprozess.....	714
e) Mitverursachung ohne Abschreckung	715
3. Beherrschbarkeit von Lasten und Anreize zur Vermeidung?.....	716
4. System der Lastenstreuung?.....	718
a) Schadensstreuung?	718
b) Risikostreuung?	720
5. Schlussfolgerung	721
 § 7 Schlussbemerkung	 725
 Literaturverzeichnis	 731

* * *

Abkürzungen folgen den Abkürzungsverzeichnissen I und II bei Palandt.

Eine Konkordanzliste der durch das FGG-Reformgesetz geänderten Standorte relevanter Regelungen für die Betreuungs- und Unterbringungssachen ist abgedruckt in BtPrax 4/2009, S. 1-12.

§ 1 Einleitung

Mit dem am 1.1.1992 in Kraft getretenen Betreuungsgesetz wurden die Rechtsinstitute der Entmündigung – mit der Rechtsfolge der Geschäftsunfähigkeit des Entmündigten –, der Vormundschaft über Volljährige und der Gebrechlichkeitspflegschaft abgeschafft. Die Gründe für diese Reform lagen u.a. in der massiven Entrechtung durch die Entmündigung, dem wenig differenzierten Wirkungskreis des Pflegers, der geringen Bedeutung des Willens des Betroffenen sowie den nur seltenen persönlichen Kontakten zwischen dem Betroffenen und dem Vormund bzw. Pfleger, welche vielfach Amtspersonen mit einer großen Zahl von Pflegelingen waren. An ihre Stelle trat das neue Rechtsinstitut der Betreuung, mit dem Ziel, die Mängel der Vormundschaft und Pflegschaft zu beheben.

Bereits wenige Jahre nach Einführung dieser veränderten Form von Fürsorge in Rechtsangelegenheiten ließ sich ein deutlicher Anstieg der Gesamtzahl von unter Betreuung stehenden Personen gegenüber derjenigen, die unter Vormundschaft oder Pflegschaft gestanden hatten, feststellen¹. Diese Tendenz hielt bei einer Gegenüberstellung von den rein unter den Bedingungen des neuen Betreuungsrechts zustande kommenden Fallzahlen an². Dieses wurde (und wird weiterhin) grundsätzlich mit der Erwägung akzeptiert, Betreuung sei auf einen entsprechenden Bedarf in der Gesellschaft gestoßen, das Betreuungsgesetz habe seinen Zweck als Instrument staatlicher Rechtsfürsorge gut erfüllt. Demgegenüber wurden die steigenden staatlichen Ausgaben für die berufsmäßig tätigen Betreuer zunehmend problematisiert. Diese Ausgaben entstehen, wenn das Amtsgericht eine Mittellosigkeit des Betreuten nach Kriterien, die an die wirtschaftliche Bedürftigkeit des Sozialhilferechts angelehnt sind, ermittelt, mit der Folge, dass er die Kosten der Betreuung nicht aus seinem eigenen Vermögen begleicht, sondern die Staatskasse sie zu übernehmen hat. Bundesweit wurde festgestellt, dass die den Justizhaushalt unmittelbar belastenden Ausgaben für „Entschädigungen aufgrund des Betreuungsgesetzes“ zunehmend in einem höheren Maße stiegen als die – steigende – Gesamtzahl der Betreuten³.

1 Besonders anschaulich dazu ist das Diagramm in BtPrax 2002, 26.

2 Bereits zum 31.12.1999 wurde bezogen auf das gesamte Bundesgebiet eine Steigerung der Gesamtfallzahlen um 97% seit Ende 1992 ermittelt (veröff in BtPrax 2001, 27).

3 So betreffen etwa in Nds die den Justizhaushalt unmittelb belastenden Ausgaben aus dem Haushaltstitel „Entschädigungen aufgrund des Betreuungsgesetzes“ Vergütungen u Auslagen für selbstständige Betreuer u Vereinsbetreuer, Aufwendersersatzpauschalen für ehrenamtl Betreuer sowie (seit 1999:) Vergütungen u Auslagen für VerfPfl. Die Ausgaben für die (unmittelb) Btangelegen

Diese seit Ende der neunziger Jahre in das Licht der Öffentlichkeit gerückte Tendenz löste den Wunsch nach einer Ermittlung der Ursachen aus und die Suche nach Möglichkeiten zur Reduzierung des Bedarfs an Betreuungen, dabei vor allem derjenigen vergütungspflichtiger Art; schließlich verstärkte sie den Drang nach einer nochmaligen Reform des Betreuungsrechts. Um die rechtstatsächliche Situation zu veranschaulichen, enthält Kapitel § 2 einen an beispielhaften Erwägungen orientierten Problemaufriss.

Auch mit dem zum 1.7.2005 in Kraft getretenen Zweiten Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts ist keine dauerhafte Ruhe eingeleitet⁴, dafür gab es bereits früh deutliche Anhaltspunkte. Die Kernfrage lautet weiter, ob die Kosten der Betreuung vermeidbar „zu hoch“ sind, ob der Aufwand hierfür nicht klein genug gehalten wird, und deswegen das Institut der rechtlichen Betreuung zu Lasten anderer politischer Zielsetzungen geht.

Der Schwerpunkt dieser Arbeit liegt darin, mittels einer deskriptiven Analyse einen Beitrag zur Diskussion der Kosten im Betreuungswesen und einer abermaligen Reform des Betreuungsrechts zu leisten. Es soll versucht werden, die Problematik der die Staatskasse belastenden Kosten für die Betreuer unter einem zusätzlichen Blickwinkel zu betrachten, der sowohl den charakteristischen Strukturmerkmalen des Betreuungswesens gerecht wird als auch nicht auf die Ausgaben eines einzelnen Haushalts eingeeignet ist. Ausgangspunkt ist die Überlegung, dass die Kosten des Betreuungswesens – genauer: die Ausgaben des Justizhaushalts für die Vergütungen der Betreuer – dann „zu hoch“ sind, wenn der Gesetzgeber einen Maßstab für die „richtige“ Höhe vorgegeben hat, und dieser von der Praxis überschritten wird. Mittels der von der ökonomischen Analyse des Rechts verwendeten Kriterien wird unter bestimmten Teilaspekten geprüft, ob diese Voraussetzungen vorliegen. Der Reiz des Untersuchungsthemas besteht in seiner Interdisziplinarität; der ökonomische Ansatz erscheint besonders angebracht, da das Betreuungswesen typischerweise geprägt ist von eher außerrechtlichen Anforderungen und dem Zusammenspiel einer Fülle von Verfahrensbeteiligten und -interessierten unterschiedlichen Hintergrunds.

betragen zB 1994 ca. 10,5 Mio. DM, 1997 ca. 38 Mio. DM, 2000 ca. 67,5 Mio. DM u 2001 knapp 80 Mio. DM. Coeppicus verdeutlichte die Entwickl: nach seiner Auswertg von statist Daten aus 7-8 Bundesländern kam es von 1994-1998 zu einer prozentualen Steigerg von 381% für die Zahlgen aus der Staatskasse ggü einer Steigerg von 42% Erstbestellgen von Betreuern bzw 39,6% am Ende des Jahres anhängiger Bten. Es geht an dieser Stelle nicht um die Überprüfg einer solchen Aufstellg im Detail, sondern um die Entwickl im Prinzip, welche die Politik bewegt u Reformbedarf auslöst.

4 Der Absatz war ursprünglich bei Abschluss dieser Arbeit im Herbst 2006 noch als Prognose formuliert worden.

Ausgehend von den entsprechend Kapitel § 2 bekannt gewordenen rechtstat-sächlichen (Einzel-) Problemen werden zur theoretischen Erklärung geeignete ökonomische Ansätze gesucht und dazu geprüft, was die Maßstäbe der Ökonomie aussagen und welchen Erkenntniswert sowie Nutzen sie hierfür haben. Es sind bei der sog. ökonomischen Analyse des Rechts zugrunde gelegte Kriterien herauszuarbeiten, um damit zur Beantwortung der Frage, ob die Betreuungskosten „zu hoch“ sind, beizutragen. Kapitel § 3 dient dazu, eine anwendungsorientierte Verbindung zwischen der Ökonomie und einem konkreten Erkenntnisinteresse aus dem Bereich der Rechtswissenschaft zu schaffen. Hier werden Grundsätze der Ökonomie und Prüfkriterien für die ökonomische Analyse dargestellt; Details folgen jeweils themenbezogen in den Folgekapiteln. Sie werden auf das zur Anwendung in den Kapiteln §§ 4-6 Erforderliche beschränkt und zur Vorbereitung darauf funktionalisiert. So liegt ein Teilschwerpunkt dieser Arbeit darin, „Licht in das Dunkel“ der ökonomischen Analyse aus der Sicht eines Nicht-Ökonomen für solche zu bringen. Der Reiz liegt in ihrer Klarheit. Große Vorsicht ist angezeigt, da die Verknüpfung von Nutzen-Kosten-Denken im Zusammenhang mit der Problemlage hilfebedürftiger kranker oder behinderter Menschen auf besondere Empfindlichkeiten stößt. Damit es nicht aufgrund vermeintlicher Unvereinbarkeit von vornherein nicht zu einer Auseinandersetzung mit diesem „Auch-Ansatz“ kommt, geht ein Bemühen mit dahin, Sensibilität und nüchterne Analyse sich nicht ausschließen zu lassen.

Es ist unmöglich, das gesamte System des Betreuungswesens zu behandeln, so dass die Herangehensweise mit einer Auswahl von Teilaspekten partialanalytisch ist. Die generelle Einschränkung besteht in dem o.g. Bezug zu den Ausgaben des Justizhaushalts für die Vergütungen der Betreuer; im Übrigen haben die Analysekapitel von ihrer Erkenntniszielrichtung her die folgenden Schwerpunkte: Das Kapitel § 4 behandelt vornehmlich das den Betreuungsnutzen und die Ausgaben unmittelbar steuernde materielle und formelle Betreuungsrecht aus der Perspektive des nutzendefinierenden Gesetzgebers und aus derjenigen des gerichtlichen Entscheidungsträgers als des rechtlich verantwortlichen „Produzenten“ der Anordnung einer Betreuung und der Festsetzung der Vergütung des Betreuers. Die Perspektive des Kapitels § 5 liegt bei dem vom individuellen Nutzenkalkül geprägten Entscheidungsverhalten der Akteure des Betreuungswesens, dabei u.a. in Bezug auf das Institut der rechtlichen Betreuung mit seinen vom Justizhaushalt bezahlten Dienstleistungen als dem Gut des Betreuermarkts. Kernthemen des Kapitels § 6 sind das Verständnis von der Entscheidung im Betreuungswesen als einem Produktionsprozess, in dem Teilentscheidungen zusammengeführt werden, und die „richtige“ Verteilung der aus der Endentscheidung resultierenden Lasten.

Die Grundlagen für die Untersuchung dieser anhand des in Kapitel § 2 dargestellten rechtstatsächlichen Materials entwickelten Schwerpunkte der Kapitel §§ 4-6 werden der ökonomischen Theorie entnommen. Ohne eine strikte Trennung vorzunehmen, denn die Analyse wird vornehmlich von den in Kapitel § 3 dargestellten Grundsätzen geleitet, ergeben sich anhand der Themenkomplexe wiederum gewisse Theorieschwerpunkte. So ist einer der Kapitel § 4 und § 6 am ehesten dem Bereich der Informationsökonomik zuzuordnen, soweit es um die Effizienz des rechtstechnischen Instrumentariums geht: Informationen als Grundlage für eine am Betreuungsnutzen orientierte Entscheidung zu beschaffen und zu verarbeiten; Handeln unter eingeschränkter Rationalität und eventuelle Möglichkeiten zur Überwindung struktureller Informationsdefizite. In Kapitel § 5 liegt er beim Entscheidungsverhalten nach dem ökonomischen Verhaltensmodell. Es wird nicht danach gesucht, wie sich die Akteure des Betreuungswesens verhalten sollen, um die Kosten niedrig zu halten. Vielmehr geht das Bemühen dahin zu erklären, warum sie sich so verhalten, wie sie es tun, ob und ggf. welche Störfaktoren unter Beachtung der menschlichen Verhaltensweisen das Ziel einer effizienten Nutzenstiftung zugunsten des Betreuten beeinträchtigen. Ein weiterer Schwerpunkt des Kapitels § 6 enthält Ansätze, die dem Gebiet der Institutionenökonomik entsprechen, indem der Prozess der Betreuungsentscheidung wegen der Beteiligung mehrerer Akteure sowie anschließend die Ausführung der Betreuung im Wege des ‚Outsourcens‘ als arbeitsteilige Einrichtungen begriffen werden. Es wird nicht untersucht, wie sich Menschen verhalten bzw. wie Institutionen beschaffen sein sollen. Vielmehr richtet sich die Analyse auf die Organisationsstruktur, ob es aufgrund von möglichen Interessengegensätzen zu einer ineffizienten Arbeitsteilung kommen kann bzw. suboptimale Entscheidungen getroffen werden können. Ob dabei auch die Kosten dem „richtigen“ Kostenträger auferlegt werden, ist eine Frage aus der Wohlfahrtsökonomie nach einer – effizienten – Internalisierung sozialer Kosten; sie bildet den Abschluss der Untersuchung.

§ 2 Rechtstatsächliche Wahrnehmungen als Auslöser für eine analytische theoretische Untersuchung

Diese – als eine theoretische Analyse ausgestaltete – Untersuchung hat ihren ursprünglichen Auslöser in rechtstatsächlichen Beobachtungen zu dem eingangs genannten Ausgabenproblem. Jene gilt es in diesem Kapitel § 2 darzustellen, um in die Untersuchung einzuführen. Solches rechtstatsächliches Material dient bereits zur Verdeutlichung bestimmter Problemlagen. Seine Funktion soll hier zugleich darin bestehen, die anschließend mit den Kapiteln § 4, § 5 und § 6 getroffene Auswahl analytischer Rahmenfragen plausibel zu machen.

* * *

A. Empirie als Entscheidungsgrundlage für eine Reform des Betreuungsrechts

Abhilfen zur Eindämmung der vor der Einführung des Betreuungsrechts generell-abstrakt (d.h. ohne konkrete Abschätzung eines möglichen Umfangs¹) vorhersehbaren² und sodann praktisch eingetretenen Ausgabensteigerung³ wurden immer

-
- 1 S. BT-Drs 11/4528 S. 103-105. Der BtGeber hatte angegeben, die Kosten für den Entw nur schätzen zu können, da rechtstatsächl Ausgangsdaten im Bereich der Vormsch u Pflgsch unzulängl erfasst seien. Die Mehrkosten für erhoffte zusätzl Berufsbetreuer wurden ausdrücl als nicht quantifizierb angegeben (BT-Drs 11/4528 S. 105).
 - 2 Der BtGeber hat es bei genauer Betrachtg sogar selbst vorhergesehen, denn er strebte eine Steigerg von berufsmäßig tätigen Betreuern an. Dieses lässt sich erschließen bei den Ausführngen des BtGebers zur persönl Bt u den Regelgen, die als Anreize zur Übernahme von Bten fungieren (vgl BT-Drs 11/4528 S. 68-70), also wurde mind nicht übersehen, dass generell höhere Kosten ausgelöst würden. Bes deutl wird das Erkennen einer Ausgabensteigerg bei den Ausführngen zu den Kosten des Entw (BT-Drs 11/4528 S. 103-105): „Mehrkosten könnten ... insoweit entstehen, als künftig zusätzliche ... Berufsbetreuer tätig werden, was wegen des gegenwärtigen Mangels an Betreuungspersonen grundsätzlich zu wünschen ist.“ Allerd deutet die weitere Feindifferenzierg, dass diese Mehrkosten nicht eine Folge des Entw, sondern der Rsrp des BVerfG (dazu näher bei § 4 C. IV. 5. b) ist, darauf hin, dass zwar eine Steigerg der von Berufsbetreuern anstelle von Behörden übernommenen Fälle abstrakt einkalkuliert worden war. Aber es ist anzunehmen, dass die mind aufgrund der Zielsetz der persönl Bt nahe liegende bzw mind denk b Folge eines erhöhten zeitl Aufwands pro BtFall bedacht worden ist, denn das sind gerade doch Mehrkosten eines mit dem Entw erstrebt gewesenene Ziele. Die von Coeppicus S. 50 (mwN auf Wojnar BtPrax

wieder gesucht. Diese und die Ursachen für das Ansteigen werden nach wie vor gesucht⁴.

I. Erstes BtÄndG trotz unzureichender Erfahrungsdaten

Zum 1.1.1999 wurde das Betreuungsgesetz erstmals reformiert. Die Reform zielte neben einzelnen Verfahrenserleichterungen und -modifikationen auf eine Förderung des Instituts der Vorsorgevollmacht, eine Stärkung der ehrenamtlichen Betreuung und eine Eingrenzung (sowie leichtere Ermittlung) der Berufsbetreuervergütung ab⁵. Angesichts der stetig überproportional ansteigenden Belastung der Staatskasse mit Betreuer- und Verfahrenspflegervergütungen, einer zersplitterten Rechtsprechung zur Vergütungshöhe und einer kontinuierlich wachsenden Belastung der Gerichte mit Vergütungsstreitigkeiten, sah der Gesetzgeber hier ein vorrangiges Regelungsbedürfnis⁶. Es galt, Höhe und Streitbelastetheit der den berufsmäßig tätigen Betreuern aus der Staatskasse zu zahlenden Vergütung zu begrenzen. Das 1. BtÄndG wird insoweit als ein Versuch bezeichnet; die Gründe

1992, 16) zitierte Prognose aus dem Jahr 1992, die Zahl der gesetzl Vertreten werde aufgrund der ausdrückl Aufnahme des Erforderlichkeits- u Subsidiaritätsprinzips in den Gesetzestext gar zurückgehen, stellt sich allerd eher als eine Einzelmeinung dar.

3 Vgl zB Coeppicus S. 50 zu den Zahlen einiger Bundesländer in den Jahren 1994-1998 mit einer absoluten Steigerg der Zahlgen aus der Staatskasse (gemeint dürfte der Justizhaush sein, da als Quelle Mitteilgen der Justizministerien der Länder angegeben ist) von 381% bzw nach einer Umrechng auf Zahlgen je am Ende des Jahres anhängiger Bt von 245%. Die Steigerg bei den Erstbestellgen von Betreuern (p.a.) ermittelte er für 1994-1998 mit 42% u die bei den am Ende des Jahres anhängigen Bten mit 39,6%. Hierbei kommt es nicht darauf an, ob exakt diese Zahlen zutreffen; von Interesse ist die Tendenz. Diese hielt an, so stiegen die am Ende eines Jahres anhängigen BtVerf zB in 1999 ggü dem Vorjahr im Bundesschnitt um 7,4% (u ggü 1992 um 97%; Zahlenangaben zitiert in BtPrax 2001, S. 27). Auffällig waren für Coeppicus teils erhebl Unterschiede zw den Bundesländern, etwa zum Anteil der Betreuten an der Gesamtbevölkerg einer Region, weshalb er eine rechtstatsächl Untersuchg für notw erachtete (S. 54).

4 Im Frühjahr 2009 ist eine vom BMJ beauftragte Evaluationsstudie zum 2. BtÄndG abgeschlossen worden, sodann hat auch die Bund-Länder-Arbeitsgruppe zur „Beobachtung der Kostenentwicklung im Betreuungsrecht und Handlungsempfehlungen zur Optimierung des Betreuungsrechts“ einen Abschlussbericht erstellt. Die BtZahlen insgesamt steigen weiter, überwiegend im Bereich der berufl geführten Bten, dabei ist die Ausgabensteigerg überproportional ggü der Steigergsrate. Es wird festgestellt (so etwa in Drs 14/9893 des Landtags NRW), dass Ursachen der Steigerg bzw abschließende Gründe für die Zunahme der Bten insgesamt nicht zu benennen seien. Auf der Justizministerkonferenz 2009 wurde der Einsatz einer Arbeitsgruppe beschlossen, die prüfen soll, ob sich aus dem Enderbericht gesetzgeber Handlungsbedarf ergibt. Es wurde an den 2005 getroffenen Beschluss zur Erarbeitg von Vorschlägen für eine strukturelle Reform des BtR erinnert. Ebenf im Jahr 2009 führten organisierte selbstständige Betreuer unter dem Motto „Betreuung ist mehr wert“ Kampagnen durch mit dem Ziel, eine Erhöhg der gesetzl Vergütungssätze zu erreichen.

5 BT-Drs 13/7158 S. 1-2.

6 Vgl aaO S. 11, 14.

für die eingetretene Entwicklung konnten nur unexakt beschrieben werden.⁷ Es war also ohne systematische rechtstatsächliche Grundlage beschlossen worden.

Die Reform wurde offenkundig als nicht ausreichend angesehen. Bereits anlässlich der Verabschiedung dieses Betreuungsrechtsänderungsgesetzes⁸ lag ein Antrag einer Gruppe von Abgeordneten vor zur „Reform des Betreuungsrechts: Von der justizförmigen zur sozialen Betreuung“⁹ u. a. mit dem Ziel, dafür zu sorgen, dass „die verwendeten Mittel der Sacharbeit in den Betreuungsverhältnissen und damit den Betreuten unmittelbar zugute kommen“, und u. a. mit Vorschlägen zur Neuordnung der Aufgabenverteilung zwischen Gericht und Betreuungsbehörde. Der Rechtsausschuss des Bundestags legte eine Beschlussempfehlung vor, „vor dem Hintergrund der gemachten Erfahrungen nach Wegen zu suchen, auf denen – nicht allein mit den Mitteln des bürgerlichen Betreuungsrechts, sondern unter Einbeziehung des sozialrechtlichen Instrumentariums – hilfsbedürftigen Menschen langfristig rechtliche Betreuung ebenso verbürgt werden kann wie tatsächliche Zuwendung und Fürsorge“; als Ziel war formuliert: „Im Lichte veränderter demographischer und finanzpolitischer Rahmenbedingungen sind zudem strukturelle Nachteile erkennbar geworden, denen mittelfristig durch strukturelle Änderungen begegnet werden muß“¹⁰.

Bundestag und Bundesrat fassten Beschlüsse zu einem – weiter gehenden – grundsätzlichen Reformbedarf des Betreuungsrechts¹¹. Zur Erarbeitung eines Reformkonzepts wurde im Herbst 1999 eine interfraktionelle Arbeitsgruppe des Rechtsausschusses des Bundestags eingesetzt. Ihre Reformideen enthielten – neben Überlegungen zu einer grundsätzlich veränderten Aufgabenverteilung zwischen Behörde und Gericht – unter anderem auch Überlegungen zu Möglichkeiten der Betreuungsvermeidung, etwa zur Verbesserung des Instituts der Vorsorgevollmacht, zu einer gesetzlichen Vertretungsmacht für Angehörige bzw. allgemeiner für nahestehende Personen und zur Vergütungspauschalierung. Die Arbeit der Gruppe wurde nicht fortgeführt, allerdings beeinflussten die Ideen aus ihrem „Eckpunktepapier zur Strukturreform des Betreuungsrechts“ vom Herbst 2000 – praxisnähere Gestaltung des Betreuungsrechts mit dem möglichst kostenneutral zu erreichenden Ziel, das Verfahren zu entbürokratisieren bei einer gleichzeitigen Verbesserung der Betreuungsstruktur, ohne dass der Grundrechtsschutz von hilfsbedürftigen Personen leidet – die weiteren Bestrebungen auf Bundesebene¹².

7 Probst S. 428.

8 Entw vom 11.3.1997, BT-Drs 13/7158; Beschlussempfehlung u Bericht des RAusschusses vom 1.4.1998, BT-Drs 13/10331; G vom 25.6.1998 (BGBl. I, S. 1580ff).

9 BT-Drs 13/10301 vom 1.4.1998.

10 AaO S. 4.

11 Vgl die Zusstellg in BT-Drs 14/5746 S. 1.

12 Ohne dass es explizit hierzu zu Anhörungsverf gekommen war, vgl aaO S. 2.

Einer der Eckpunkte war eine grundsätzliche Vergütungspauschale für Berufsbe- treuer.

II. Rechtstatsächliche Untersuchung des BMJ zur Vorbereitung des zweiten BtÄndG

Weil Tatsachengrundlagen in dem Bereich von Qualität und Kosten der Betreuung fehlten¹³, erteilte das Bundesministerium der Justiz Ende 2001 den Forschungsauftrag, eine „Rechtstatsächliche Untersuchung zur Qualität von Betreuungen, zur Aufgabenverteilung im Bereich der Betreuung und zum Verfahrensaufwand“ durchzuführen. Durch die Untersuchung sollten empirisch gesicherte Erkenntnisse als Grundlage für eine Diskussion über eine mögliche Reform des Betreuungsrechts gewonnen werden¹⁴. Angeknüpft wurde u.a. an das o.g. Eckpunktepapier. Ziel der rechtstatsächlichen Untersuchung war, ausreichendes¹⁵ Tatsachenmaterial zusammenstellen, welches belegt, dass mit den vorgeschlagenen Reformmaßnahmen die verfolgten Reformziele auch erreichbar sind, und wie eng sich die Reformvorschläge tatsächlich an den Bedürfnissen der Praxis und eventuell in der Vergangenheit aufgetretenen Defiziten orientieren. Schwerpunktbereiche waren Auswirkung und Kostenfolgen eventueller Qualitätsdefizite, Verfahrenseffektivierung und Kostenreduzierung durch Verbesserung von Aufgabenverteilung und Reduzierung des Verfahrensaufwands, Vor- und Nachteile des gegenwärtigen Vergütungssystems; eventuelle Qualitätsverbesserungen und Kostenersparnisse durch eine Verlagerung von Aufgaben.¹⁶

Die rechtstatsächliche Untersuchung des Instituts für Sozialforschung und Gesellschaftspolitik (ISG-GA) bildete sodann eine Grundlage für die zum 2. BtÄndG führende politische Entscheidung des Gesetzgebers¹⁷.

III. Arbeitsgruppen

Daneben gab es auf Bundes-, Landes-, regionaler und Verbands-Ebene Initiativen, die sich mit den Ursachen der Kostensteigerung und/oder Lösungsansätzen dazu

13 Die BReg am 2.4.2001, aaO S. 3.

14 Vgl aaO S. 3.

15 Unter Einbeziehung aller Beteiligten des BtVerf, teils mittels Leitfadengesprächen u repräsentativen schriftl Befraggen, iÜ durch Aktenauswertg (es wurden 1808 Stück, BT-Drs 15/2494 S. 32).

16 Aus der 100 Punkte umfassenden Ausschreibg vom 8.6.2001, BAnz S. 12044.

17 Vgl BT-Drs 15/2494 S. 31-35.

auseinandersetzen und sich dabei entweder mit Teilaspekten des Kostenproblems oder mit einem Teil der Verfahrensbeteiligten beschäftigen.

1. Bündelung von Ländererfahrung auf bundespolitischer Ebene

Auf der Grundlage einer Beschlussfassung der Justizministerkonferenz der Länder vom Juni 2001 wurde eine Bund-Länder-Arbeitsgruppe zur Erarbeitung von Lösungsvorschlägen zu Änderungen des Betreuungsrechts gebildet; sie legte ihren Abschlussbericht mit in den Ländern zusammengestellten Erfahrungsberichten sowie Gesetzesvorschläge und Handlungsempfehlungen im Juni 2003 vor¹⁸. Es war darum gegangen, unter Auswertung der Erfahrungen aus den Ländern „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 Notwendigste zu beschränken“¹⁹. Themen waren insbesondere: Vorsorgevollmacht / gesetzliche Vertretungsmacht; Erforderlichkeit; Betreuerbestellung und -überwachung; Verfahrensrecht und Kosten / Vergütungspauschalierung; Betreuungsstrukturen / Übertragung von Aufgaben²⁰. Der im November 2003²¹ in den Bundesrat eingebrachte und im Februar 2004 vom Bundesrat dem Bundestag vorgelegte Gesetzesentwurf zum 2. BtÄndG diente der Umsetzung der Empfehlungen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe²².

18 Die Reform des BtR bildete einen Schwerpunkt dieser 74. JuMikO (vgl ZRP 2003, 303).

19 Vgl Meldg in BtPrax 2001, 245 u Probst S. 426; BT-Drs 15/2494 S. 12.

20 Zusammenfassg vgl BT-Drs 15/2494 S. 12f, Edinger S. 359-361.

21 Nach Anhörehn durch die Bund-Länder-Arbeitsgruppe, mit denen den im BtWesen tätigen Institutionen, den Berufsverbänden u der RWiss Gelegenh zur schriftl StellgN u mündl Erörterg gegeben worden war (vgl ZRP 2003, 303; BT-Drs 15/2494 S. 13).

22 BT-Drs 15/2494 S. 12. Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe legte in der Herbstkonferenz der Justizminister Anfang November 2003 Entwürfe vor (vgl ZRP 2003, 303), sodann brachten die Bundesländer NRW, Bay u Sachs ihren Antrag zur Änderg des BtG (BR-Drs 865/03 vom 19.11.2003) Ende November 2003 in den BRat ein; nach Weiterleitg des Antrags an die Ausschüsse des BRats pasierte der Entw den BRat im Dezember 2003 durch gemeinsame Verabschiedg durch 16 Länder unter gleichzeitiger Veröff abweichender StellgN, u wurde an die BReg überwiesen (vgl BtPrax 2004, 17). Die StellgN der BReg in der ersten Lesg im BTag im Februar 2004 enthielt ua Bedenken zur gesetzl Vertretgsmacht u zur zwangsw Zufühhg zu ärztl Behandlgn sowie zur Überlegg, die Einholg eines Gutachtens in das Ermessen des Ger zu stellen (BT-Drs 15/2494 vom 12.2.2004, S. 46ff). Zum Thema der Vergütungspauschalierg gab die BMJ kurze Zeit später an (Rede am 4.3.2004 im BTag), „gute Argumente zur Gestaltg der Pauschalen im Einzelnen sollten wir aufgreifen“. Ua nach einer Überweisg in die Ausschüsse, einer erneuten Anhöreh durch den zust RAusschuss des BTag (vgl BtPrax 2004, 17) u Modifikationen des urspr Entw kam es schließl zur Verabschiedg des 2. BtÄndG vom 21.4.2005 (BGBl. I S. 1073ff).

2. Individuelle Initiativen

Das zum 2. BtÄndG geführte langjährige Gesetzesvorhaben rief diverse Einzelinitiativen hervor, von denen einige nachfolgend beispielhaft genannt seien. In der „Verdichtungsphase“ wurden die Veröffentlichungen dazu besonders häufig²³.

a) Z.B.: Berufsverbände der Betreuer

Der Verband freiberuflicher Betreuer e.V. (VfB) beschloss im Oktober 2001, sich mit einem eigenen Gesetzesentwurf in die Diskussion um die Reform des Betreuungsrechts einzuschalten. Als Grundlage hierfür sollte parallel zu der vom BMJ in Auftrag gegebenen Rechtstatsachenforschung eine kleine Auswertung von Betreuungsakten und Vergütungsabrechnungen in verschiedenen Amtsgerichtsbezirken durchgeführt werden. Aus der Aktenauswertung sollten statistische Angaben über Fallschwierigkeiten und abgerechneten Zeitaufwand abgeleitet werden, um bedarfsgerechte Zeitaufwandstypologien bilden und vorhandene Rationalisierungspotentiale benennen zu können. Die Hauptziele bestanden darin, ein künftiges Betreuervergütungssystem zu entwerfen, „das die Kriterien Bedarfsgerechtigkeit und Nachhaltigkeit erfüllen muss“, sowie ein berufsinternes Qualitätssicherungssystem für die Berufsbetreuung. Nebenziel war aus der Sicht der selbstständig tätigen Betreuer, aus dem Reformprozess als Berufsstand gestärkt hervorzugehen und akzeptable Vergütungs- und damit Arbeitsbedingungen sicherzustellen.²⁴

Später bildete diese rechtstatsächliche Untersuchung sowohl für den VfB als auch für den Bundesverband der Berufsbetreuer e.V. (BdB) eine fundierte Grundlage im Gesetzgebungsprozess für Kritik und insbesondere als Argumentationshilfe²⁵, wobei diese auch noch durch selbst in Auftrag gegebene Begutachtungen bzw. Modelle angereichert wurde²⁶. Das eigene, auf ihre rechtstatsächliche Untersuchung gestützte Pauschalierungsmodell schlugen sie vor, „um weiter politischen Einfluss wahrnehmen zu können“²⁷.

23 Vgl insb die Ausg der BtPrax Feb-April 2004. IÜ war das die Zeit der „Kampagnen“ (vgl zB Beschreibg in BtPrax 2004, 104).

24 Vgl bt-info S. 140-141.

25 So die Kritik der Berufsverbände BdB u VfB bspw: Die Erhebng des ISG datiere aus den Jahren 1999-2000, die der Berufsverbände aus den Jahren 1999-2002. Nur die letztere Untersuchg berücksichtige den inf sozpolit Entscheidgen wie „Hartz IV“, zum GesundhModernisiergsG, zu SGB II u IX erhöhten zeitl Aufwand.

26 ‚Sachverständigen-Gutachten zur Vergütungsermittlung für den BdB‘, BdB Konzeption, des Wirtschaftsprüfers Eberhard Schmädeke, vgl BtPrax 2004, S. 65, S. 144 Fn 5; ‚Wissenschaftliche Stellungnahme des Instituts für Freie Berufe zur Anwendung des Median im Auftrag des BdB e.V.‘ vom 22.8.2003, vgl BtPrax 2004, 143-145.

27 Vgl BtPrax 2004, 143-145. Es war differenzierter ausgestaltet als der Entw zum 2. BtÄndG. (So schlussfolgerten sie aus der rechtstatsächl Untersuchg das Erfordernis einer Berücksichtigg von

b) *Z.B.: regionale gerichtliche Entscheidungsträger und justizielle Kontrollorgane*

Unter dem Eindruck des vermehrt thematisierten Anstiegs der Betreuungskosten – genauer: der Ausgaben der Justizhaushalte vornehmlich für die Vergütungen der Berufsbetreuer – bildeten sich regionale Initiativen. So gab es beispielsweise eine Arbeitsgruppe im Bezirk des pfälzischen Oberlandesgerichts, die u.a. Aktenauswertungen vornahm, um den durchschnittlichen Zeitaufwand der Berufs- und Vereinsbetreuer zu ermitteln.²⁸

Die Bundesländer nutzten ihre Möglichkeit zu Ermittlungen im Wege der Stichprobe in Akten über den Landesrechnungshof²⁹. So beeinflussten beispielsweise nachweislich die „Prüfungsmittelung des Landesrechnungshofs Schleswig-Holstein zu der Kostenentwicklung in Betreuungssachen“³⁰ und Feststellungen des Bayerischen Obersten Rechnungshofes die Entscheidungsfindung und Argumentation des Betreuungsgesetzgebers³¹.

Krankbildern, u differenzierten in ihrem Vorschlag nach „geistig behindert/Demenz“; „psychisch-/suchtkrank“; „Persönlichkeitsstörungen (ICD F 60 Fallgruppen)“; u hins der Lebensumstände untergliederten sie außerhalb einer stationären Wohnumgebung noch nach „ambulant/Angehörige“ u „allein lebend“).

- 28 Edinger S. 362. Erwähnt wird ua eine Auswertg von rund 40% der bei einem AG des Bezirks anhängigen Vergütungsverf. Auf der Grdl ihrer Aktenauswertg kam die Arbeitsgruppe zu dem – konkr anhand ihrer Fälle begründb – Ergebnis, die von der Bund-Länder-Arbeitsgruppe vorgeschlagenen Stdsätze seien je nach den örtl Gegebenh zu hoch. Sie schlussfolgerten daraus, dass eine Öffngsklausel angezeigt sei, um eine Abweichg nach unten zu ermöglichen.
- 29 Demggü sind verfsrechtl Möglk, systemat Kontrollen am Einzelfall wirksam vorzunehmen, rechtstatsächl begrenzt. So sind zwar Untersuchgs- u Eingriffsmöglk des Vertreters der Staatskasse vorgesehen, er kann geltend machen, die Bt könne durch eine and geeignete Person anstelle des bestellten Berufsbetreuers geführt werden (§ 69 g I 2 FGG) u punktuell ist für den Vertreter der Staatskasse der Rechtsmittelweg gg die Entsch des Ger eröffnet, so bei der Feststellg einer Mittellosigk des Betreuten, bei der Entsch zur Höhe der Vergütg des Betreuers sowie des VerPfl (§§ 67 III 3, 56 g V FGG). Aber BezRevisoren bekommen nicht routinemäßig alle BtVerf zu sehen; erst nach einer äußerst aufwändigen Vorarbeit könnten zB die abgerechneten Gesamtstzdahlen eines einz Betreuers ermittelt werden. IÜ stießen nach der eigenen Einschätzg von BezRevisoren die dem Vertreter der Staatskasse eingeräumten Möglk häufig auf dieselben Grenzen, mit denen die Ger konfrontiert sind.
- 30 Hierbei habe sich ergeben, dass in einigen Fällen die Richtigk der Angaben zumindest zweifelh gewesen sei. In mehreren Fällen seien für einz Tage mehr als 24 Std abgerechnet worden. Das war eine Argumentationsgrdl dafür, dass das – damalige – Abrechngssystem Missbrauch nicht habe verhindern können (vgl BT-Drs 15/2494 S. 19).
- 31 Nach diesen Feststellgen habe das – damalige – Abrechngssystem dazu geführt, dass die von den Betreuern aufgewandten Zeiten – teilw – großzügig nach oben gerundet worden seien. Bei der einz Abrechng habe dies zwar nur ein geringes, in der Summe der Fälle aber ein finanziell bedeut-sames Problem dargestellt; betroffen gewesen seien ca. 12 % der Gesamtausgaben. Argumentationsgrdl dafür, dass es im Tatsächl den Ger im Regelfall nicht mögl sei, den angegebenen Zeitaufwand auf seine Richtigk zu überprüfen. (vgl BT-Drs 15/2494 S. 19).

c) *Z.B.: Erhebung durch die Landesjustizverwaltung*

Von dem Niedersächsischen Justizministerium wurde (ebenfalls seit dem Sommer 2001) die Idee verfolgt, ergänzend zu dem statistischen Material der Justizverwaltung³² aus der Rechtspraxis des Betreuungswesens erfahrungsgestützte Meinungen einzuholen zu den mutmaßlichen Ursachen der „Kostenexplosion“ im Betreuungswesen sowie Ideen zur Kosteneindämmung zu sammeln.

Dazu waren sechs Richter und sechs Rechtspfleger aus den drei Oberlandesgerichtsbezirken zu einer Arbeitsgruppe zusammengeführt worden. Unter Zuhilfenahme einer Liste der im Ministerium bekannt gewordenen³³ Probleme bestand das Ziel der Mitglieder der Arbeitsgruppe darin, unter Einbeziehung von rein exemplarischen Kollegenbefragungen bei Gerichten ihres Bezirks die Problembereiche zu definieren und plausibel erscheinende Ursachen für das Anschwellen der Betreuungskosten sowie Lösungsmöglichkeiten für eine Kosteneindämmung zusammenzutragen. Herangehensweise, Auswahl der Interviewpartner und Gesprächsinhalte waren nicht vorgegeben. Die Materialsammlung der Gerichtspraktiker der Arbeitsgruppe wurde³⁴ abgeglichen und ergänzt auf der Grundlage von informatorischen Gesprächen mit Bezirksrevisoren (Niedersachsen), vier selbstständigen Betreuern (Hannover und Frankfurt a.M.), zwei Betreuungsstellen (Hildesheim und Frankfurt a.M.), einem forensisch sowie klinisch und wissenschaftlich tätigen Psychiater (München), einem Sozialarbeiter (Frankfurt a.M.), Betreuungsvereinen bzw. Vereinsbetreuern (Hannover) und anhand der Ergebnisse eines Erfahrungsaustausches von Betreuungsvereinen und ehrenamtlichen Betreuern (Niedersachsen).

* * *

32 Der Haushaltsstatistik des Landes lassen sich die jährl Gesamtzahlgen zu dem Haushaltstitel „Entschädigungen aufgrund des Betreuungsgesetzes“ entnehmen. Diese Ausgaben betreffen die Summe der Vergütgen u Auslagen für selbstständige Betreuer u Vereinsbetreuer, Aufwendersersatzpauschalen für ehrenamtl Betreuer sowie (seit 1999:) Vergütgen u Auslagen für VerfPfl. Zu den Kosten der VerfPfl gehörten hierbei auch die Kosten für VerfPfl außerhalb der BtVerf, die aufgrund des BVormVG ausgezahlt wurden; das sind Nachlasspfl u in familiengerichtl Verf VerfPfl für Kinder. Ferner werden zZw statist Erhebgen „Zählblätter für Verfahren nach dem neuen Betreuungsgesetz“ geführt. Sie enthalten ua Angaben über Typen von Betreuern u eine Rubrik „Zahlung aus der Staatskasse“, welche unterscheidet nach Vergütg (§ 1836 BGB), Aufwendersersatz (§ 1835 BGB), Aufwandsentschädigg (§ 1835 a BGB). Bis 2001 einschließl beschränkten sich diese Angaben auf die Anzahl der erfolgten Zahlgen. Ab 2002 wurden in diese Rubrik außerdem die Gesamtbeiträge der Zahlgen aus der Staatskasse in Euro erhoben. Es wurden keine Statistiken geführt zu Krankh- bzw Behindergsbildern nebst Betreueraufwand u keine zur Quote der Mittellosen. Und schließl enthalten die Geschäftsübersichten der AG, geführt zur Personalbedarfsberechnung, ua die Gesamtzahlgen der am Ende des Berichtsjahres noch laufenden BtVerf.

33 Vgl auch zB die von Coeppicus S. 51-53 bereits Anfang 2000 veröff „Gründe für den Anstieg der Zahl der Betreuungen und der Zahlungen aus der Staatskasse“ u „Vorschläge für eine Reduzierung von Betreuungen und Zahlungen aus der Staatskasse“ (S. 53-54).

34 Von der später hinzugekommenen Verfasserin.

B. Ursachen der Ausgabensteigerung nach Einschätzungen aus der Praxis (Beispiele)

Die nachfolgende Materialsammlung setzt sich zusammen aus den Ergebnissen der von den o.a. niedersächsischen Gerichtspraktikern durchgeführten freien Befragungen sowie einigen punktuellen Einblicken in die gerichtsexternen Bereiche. Sie bildet die Grundlage für eine Problembeschreibung. Sie ist an beispielhaften Erfahrungen und Einschätzungen orientiert. Einer vollständigen Darstellung der Problemlage im Betreuungswesen bedarf es für den hier gewählten Rahmen der Untersuchung ebenso wenig wie der Zugrundelegung einer methodisch vollständigen Erhebung mit repräsentativen Ergebnissen. Vielmehr genügt das nachfolgende Meinungsbild aus der Praxis³⁵ in seiner Funktion als einem Aufhänger für eine theoretische Analyse.

Die Darstellung folgt in ihrem Aufbau überwiegend den Verfahrensschritten für gerichtliche Entscheidungen. Gesetzliche Grundlagen sind nur dort aufgeführt, wo es für das Vorverständnis erforderlich ist.

I. Entstehung und Bestand einer rechtlichen Betreuung

1. Einrichtung einer Betreuung

Rechtliche Betreuung ist staatlicher Beistand in Form von Rechtsfürsorge. Grundvoraussetzungen hierfür sind eine psychische Krankheit oder eine körperliche, geistige oder seelische Behinderung eines Volljährigen *und* hierdurch begründet eine Unfähigkeit, die eigenen Angelegenheiten ganz oder teilweise selbst zu besorgen (§ 1896 I 1 BGB). Es muss die Notwendigkeit eines gesetzlichen Vertreters bestehen, dieses ist das entscheidende Abgrenzungskriterium zu einem sozialen Betreuungsbedarf, d. h. zu einer allgemeinen, rein tatsächlichen Hilfsbedürftigkeit oder Pflegebedürftigkeit (§ 1896 II BGB).

Der Betreuungsrichter des Amtsgerichts wird von Amts wegen tätig, sobald Anhaltspunkte für eine rechtliche Betreuungsbedürftigkeit bestehen oder der Betroffene die Einrichtung einer rechtlichen Betreuung beantragt. Auch die Aufklärung des Sachverhalts erfolgt von Amts wegen. Gesetzlich vorgesehene Ermittlungsgrundlagen sind Sachverständigengutachten, Sachaufklärung unter Zuhilfenahme der Betreuungsbehörde, persönliche Anhörung und Verschaffung eines unmittelbaren Eindrucks von dem Betroffenen; das Gericht ist nicht auf diese Ermittlungsgrundlagen beschränkt.

35 Der Stand ist Januar 2002. Das 2. BtÄndG brachte in dem hier interessierenden Zshg eine Veränderg hins der GGeßg zur Vergütg; vgl dazu Abschnitt IV. 2.

a) *Verteilung der betreuungsauslösenden Krankheiten und Behinderungen*

Im Ergebnis gibt es bisher keine klare Beurteilungsgrundlage, ob und ggf. welche Typen von Krankheiten oder Behinderungen in welchem Umfang besonders kostenintensiv sind, sowie ob und ggf. bei welchen Konstellationen typischerweise eine Grenzziehung zwischen justizförmiger und sozialer Betreuung nicht stattfindet. Schon der Sprachgebrauch und das Bewusstsein um Unterschiede im Krankheitsbild bzw. seinen Auswirkungen erscheinen nicht einheitlich. Die Einordnung und Einschätzung wird zudem dadurch erschwert, dass es Mehrfacherkrankungen und Überschneidungen gibt.

Nur vereinzelte Praxisäußerungen beschäftigen sich mit einer Schätzung der anteilmäßigen Verteilung der betreuungsauslösenden Krankheiten und Behinderungen³⁶. Es gibt wenige Aussagen zu der Betreuungsintensität der aus verschiedenen Gründen Betreuten. Klarheit scheint darin zu bestehen, dass Altersdemente bei stationärer Unterbringung relativ wenig Aufwand bedeuten, junge „Trinker“ und junge Kranke, die sich nicht helfen lassen wollen, hingegen viel Zeit beanspruchen.

b) *Mögliche Ursachen für den Anstieg der Betreuungsfälle*

Immer wieder wird eine Ursache in dem gestiegenen durchschnittlichen Lebensalter gesehen. Teilweise wird eine Steigerung der psychischen Probleme, der Unfähigkeit, sich in der Gesellschaft zurechtzufinden, angenommen. Andererseits wird teilweise wieder bezweifelt, dass die Gesellschaft „immer psychisch kränker“ werde. Entsprechend der Zunahme der Zahl der alten Menschen aufgrund steigender Lebenserwartung wird überwiegend eine steigende Zahl der Betreuungsfälle für die Zukunft angenommen. Die Demenzen nähmen zu, weil die Bevölkerung durchschnittlich älter werde; ab dem 60. Lebensjahr steige die Wahrscheinlichkeit an einer Demenz zu erkranken linear mit dem Alter. Teilweise wird auch eine Zunahme der geistig Behinderten und Suchtkranken erwartet.

Im Übrigen werden Entwicklungen im sozialen und gesellschaftlichen Bereich als Ursachen für den Anstieg der Betreuungsfälle genannt, ferner seien generell viele Lebensbereiche diffiziler geworden. So habe sich der Rechtsverkehr verkompliziert, viele Lebensbereiche seien zunehmend „verrechtlicht“. Als Beispiele hierzu werden angeführt: Verrechtlichung der Daseinsfürsorge sozialer Einrich-

36 Die BtVerf „lassen sich in etwa dreiteilen in die Gruppe der alten Menschen, die Gruppe der psych Kranken u die Gruppe der leicht geistig Behinderten u Suchtstoffabhängigen“. Oder: „Der Anteil der Demenzen am Gesamtspektrum der Betreuungen kann grob geschätzt werden auf 2/3 aller Fälle; weitere Hauptkrankheitsfälle sind jüngere Patienten mit Psychosen, idR Schizophrenie“.

tungen, Einführung der Pflegeversicherung, Genehmigungspflicht unterbringungsähnlicher Maßnahmen, Heime verlangten für zu treffende Entscheidungen Rechtssicherheit, Krankenhäuser nahmen zunehmend Einwilligungsunfähigkeit an und verlangten eine rechtliche Betreuung zur Einwilligung in ärztliche Maßnahmen. Familien könnten sich nicht mehr so selbstverständlich wie früher um rechtliche Belange kümmern. Auch in anderen Bereichen wird festgestellt, dass man zwar früher ohne rechtliche Betreuung ausgekommen sei, aber eine rechtliche Betreuung nicht verweigert werden könne. Genannt wird auch ein Verlust familiärer Strukturen.

Als weitere bemerkbar gewordene Steigerungsursache wird ein Abbau der „anderen Hilfen“ angeführt (dazu näher unten).

Rückschlüsse lassen sich u.U. – auch – aus den bei der Anregung einer Betreuung erkennbar werdenden Vorstellungen ziehen. Teilweise werden die stationären Altenpflegeeinrichtungen als größte Gruppe genannt, daneben seien es vor allem auch die Krankenhäuser, von denen Betreuungsanregungen ausgingen. Teilweise heißt es, 50 % der Anregungen von Betreuungen kämen aus Sozialämtern. Aufgeführt werden weiter sozial-psychiatrische Dienste und sonstige Institutionen; ferner Angehörige, allerdings bei manchen mit dem Hinweis, dass diese teilweise wiederum von Einrichtungen dazu angehalten würden. Ein konkreter Handlungsbedarf für eine rechtliche Vertretung sei hierbei nicht immer erkennbar. Weit gehende Bestellungen würden gefordert. Als Ursache wird ein Problem mit dem Verständnis des Zwecks einer rechtlichen Betreuung angenommen, auch Vorstellungen in der Bevölkerung von einer umfassenden Dienstleistungspflicht des Staats („Rundum-sorglos-Paket“). Kommunen und Organisationen neigten mit steigender Tendenz dazu, die Gewährung eigener Hilfen von der Bestellung eines Betreuers abhängig zu machen. Motiv für die Anregung einer Betreuung sei manchmal, dass es einfacher sei, eine Unterbringung nach dem BGB als nach dem PsychKG zu erreichen. Im Rahmen von Eingliederungshilfen würden sehr selten, und wenn nur ausnahmsweise und vorübergehend rechtliche Betreuungen angeregt.

c) Sachverständigengutachten und Sozialbericht als Einflussfaktor

Aufgabe des Gutachtens ist die Verschaffung einer hinreichenden Sicherheit, dass eine krankheits- oder behinderungsbedingte rechtliche Betreuungsbedürftigkeit besteht in Abgrenzung von nicht betreuungsbedürftigen Bereichen. Das Sachverständigengutachten dient als Ermittlungsgrundlage zur Notwendigkeit der Betreuung sowie bejahendenfalls zum Umfang des Aufgabenkreises und zur voraussichtlichen Dauer der Betreuung (§ 68 b FGG). Entscheidend ist die Feststellung, welche Defizite sich für den Betroffenen aus seiner Krankheit oder Behinderung für die Besorgung seiner rechtlichen Angelegenheiten ergeben, aber umgekehrt auch, welche Fähigkeiten ihm hierfür trotz seiner Krankheit bzw. Behinderung verbleiben. Nach dem Umfang der Ausführungen eines Sachverständigen sind zu unterscheiden Gutachten, ärztliche Stellungnahme, Attest.

Vor der Bestellung eines Betreuers hört das Gericht die Betreuungsbehörde an, wenn es der Sachaufklärung dient oder der Betreute es verlangt (§ 68 a FGG).

Abweichend von der gesetzlichen Vorgabe legt die Gerichtspraxis teilweise lediglich eine ärztliche Bescheinigung oder eine Stellungnahme des Hausarztes bereits bei der Einrichtung einer Betreuung zugrunde. Die Qualität von hausärztlichen Stellungnahmen wird sehr unterschiedlich eingeschätzt. Eine befragte Betreuungsbehörde hält selbst Gutachten vielfach für miserabel, auch seien sie nicht nach aktuellen diagnostischen Kriterien erstellt; die Gerichte nähmen diese Gutachten hin. Von anderer Stelle heißt es, bei Einführung des Betreuungsrechts sei es gerade als Fortschritt angesehen worden, sich mit der begutachteten Diagnose auseinandersetzen zu müssen; nicht auf Psychiatrie spezialisierte Ärzte hätten keine ausreichende Sachkunde. Dagegen heißt es aus manchen Gerichtskreisen, Gutachten seien in der Masse der Fälle eher ein Bestandteil vollständiger Dokumentation als eine inhaltliche Entscheidungshilfe. Die Informationen aus der Gerichtspraxis enthielten vornehmlich eine Auseinandersetzung mit der Höhe der Auslagen für diese Entscheidungsgrundlage³⁷. Klare Aussagen zu inhaltlicher Ausgestaltung und Umfang der Sachverständigenäußerungen fanden sich nicht, in allgemeiner Form werden diese als ‚ausreichend‘ bezeichnet.

Den Angaben lässt sich entnehmen, dass der Einfluss des Gutachtens auf die gerichtliche Entscheidung tendenziell eher groß sein dürfte. Nur teilweise heißt es, der Richter beachte Erforderlichkeitskriterien; von anderen Stellen heißt es, sie würden nicht hinreichend beachtet, die Richter verließen sich in der Regel auf die Gutachten. Manche Ärzte bestätigten sehr schnell einen Betreuungsbedarf, durch die Gutachten werde ein zu weiter Handlungsspielraum eröffnet. Von anderer Seite heißt es dagegen, die Sachverständigen beachteteten die Erforderlichkeitskriterien. Gerichte stellten unterschiedliche Anforderungen an die Konkretisierung des Betreuungsbedarfs in Gutachten. Aus der Sicht eines Gutachters heißt es, die Gerichte stellten fast nie eingrenzende Fragen, anders als in anderen Rechtsgebieten kämen kaum Rückfragen zu den Gutachten. Der Blickwinkel von Ärzten und Juristen sei allerdings sehr unterschiedlich; dieses sei gerade dann problematisch, wenn die gerichtliche Praxis die Vorschläge der Sachverständigen vollständig übernehme.

Die Gerichte seien bei der Ermittlung der „anderen Hilfen“ auf die Betreuungsbehörden angewiesen, welche im Sozialbericht auf Alternativen hinweisen. Bei den Inhalten und der Ausführlichkeit dieser Berichte zeigen sich regionale Unterschiede. Es gibt keine inhaltlichen Vorgaben und keine Standardisierung durch Verwaltungsvorschriften. Teilweise heißt es, die Berichte der Betreuungsbehörde würden immer inhaltsleerer werden, der Grund wird in der schlechter werdenden personellen Besetzung gesehen.

37 Die Ausgaben für die Tätigkeit von Sachverst werden ohnehin bei einem and Hausstittel verbucht als der Problemstellg zugrunde liegt.

d) Umfang der Betreuung (Aufgabenkreise)

Vom Gericht ist festzustellen, ob und inwieweit Aufgaben bestehen, in denen eine Betreuung erforderlich ist. In dem Umfang, in dem gleichwertige Selbsthilfemöglichkeiten für den Betreuten aufgrund verbliebener Fähigkeiten oder durch Heranziehung eines Bevollmächtigten oder „anderer Hilfen“ bestehen, ist eine Betreuung nicht erforderlich.

Vielfach heißt es, die Sachverständigen neigten dazu, den Umfang der Aufgabenkreise weit zu stecken, sie sollten daran mitwirken, die Aufgabenkreise viel konkreter zu bestimmen. Dieses sei dann problematisch, wenn die gerichtliche Praxis die Vorschläge der Sachverständigen uneingeschränkt übernehme. Ein ausführliches Gutachten, in dem die bei einem Betroffenen noch vorhandene Fähigkeit zur Bewältigung von eingeübten Routineangelegenheiten gegenüber ausgefallenen Angelegenheiten, die der Betroffene nicht mehr regeln kann, deutlich differenziert wird, könne dazu beitragen, die Aufgabenkreise eng zu bestimmen. In der Gerichtspraxis komme es auch vor, dass einem Betreuer lediglich einzelne „Aufträge“ erteilt werden.

Die Gerichte legten die Aufgabenkreise nicht restriktiv fest, sie neigten dazu, eine intensive Betreuung mit der Gewährung von viel Hilfe zu ermöglichen. Teilweise heißt es, die Aufgabenkreise würden anfangs zu weit bestimmt werden, vornehmlich im Bereich der Vermögenssorge, selbst wenn Kontovollmachten ergäben, dass kein weiteres Regelungsbedürfnis bestehe. Teilweise ginge das Gericht von vornherein davon aus, dass sich die psychische Krankheit vertiefen werde, und dann werde die Betreuung bereits zu Beginn mit einem an sich erst später erforderlich werdenden Umfang eingerichtet. Zur Begründung der Bestimmung weiter Aufgabenkreise wird angeführt: enge, individuelle Aufgabenkreise überforderten häufig den Rechtsverkehr; sie führen zu Reibungsverlusten und kosten Betreuerzeit, wenn der Betreuer Auseinandersetzungen mit dem Rechtsverkehr über die Reichweite seiner Handlungs- und Vertretungsbeziehung führen müsse; Banken machten häufig Schwierigkeiten, wenn einem Betreuer nicht umfassend die Vermögenssorge übertragen worden ist. Teilweise wird die hohe Belastung der Gerichte aufgezeigt, ein weiter Umfang der Aufgabenkreise führe zu weniger Aktenumlauf. Wegen des Erfordernisses erneuter Begutachtung seien enge Aufgabenkreise nicht vorteilhaft, das gelte insbesondere bei einer raschen Verschlechterung der Krankheit; es gibt teilweise Klagen, dass kostenverursachende Erweiterungen entstünden, gerade weil die erforderlichen Aufgabenkreise zu Beginn des Verfahrens nicht vollständig durchdacht worden seien.

2. *Verlängerung, Einschränkung oder Aufhebung einer Betreuung*

Nach der gesetzlichen Grundregelung ist die Bestellung eines Betreuers eine von vornherein befristete Anordnung; Einschränkung, Aufhebung oder Verlängerung der Betreuung entscheiden sich wie bei der Einrichtung einer Betreuung nach dem Erforderlichkeitsgrundsatz. Das Gericht hat in Zeitabständen den weiteren Bestand bzw. den Umfang der Betreuung zu überprüfen (§ 69 I Nr. 5 FGG); zusätzlich ist eine Mitteilungspflicht des Betreuers gesetzlich vorgesehen (§ 1901 V BGB).

Die Belastungssituation führe zum Zwang, Maximalfristen auszunutzen; angesichts der Fülle der Verfahren seien Prüfungen von Amts wegen mit der Zielrichtung der Einschränkung oder Aufhebung der Betreuung nicht möglich. Davon abgesehen sei eine eingeschränkte oder weggefallene Erforderlichkeit nicht effektiv nachweisbar. Der Richter sei darauf angewiesen, sich darauf zu verlassen, dass die Betreuer von sich aus Mitteilungen machen, oder dass die Ausführungen im Jahresbericht entsprechende Hinweise enthalten, welche den Rechtspfleger zur Aktenvorlage veranlassen. Betreuer berichten von Kontaktproblemen innerhalb der Gerichte; es komme vor, dass sie als Betreuer mitteilten, der Aufgabenkreis müsse verändert werden, und sie erhielten vom Gericht keine Reaktion, weil die Akte nicht immer vorgelegt werde.

Hinsichtlich der Prüfung zur Verlängerung einer Betreuung erweise es sich als „kostentreibend“, dass teilweise bei jeder Überprüfung ein neues Gutachten angefordert werde. In nicht reversiblen Fällen (dazu werden genannt: z.B. Alzheimer/Demenz; frühkindliche Hirnschädigung) werde teilweise nur ein Attest des behandelnden Arztes eingeholt. „Schwierige Fälle“ (als solche bezeichnet: Betreute in psychiatrischen Krankenhäusern, Pflegeheimen) erweisen sich häufig als längerfristige Betreuungen.

II. *Vermeidbarkeit zu bezahlender Betreuungen*

Grundsätzlich können rechtliche Betreuungen durch Vorsorgevollmachten vermieden werden. Das Thema der Abgrenzung der rechtlichen Betreuung von sonstigen Betreuungen („anderen Hilfen“) betrifft die Frage, ob erstere einzurichten ist, ansonsten jedenfalls den Umfang der Bestimmung der Aufgabenkreise nebst vergütungsfähigen Tätigkeiten. Bei der Bestellung eines ehrenamtlich tätigen Betreuers sind die unmittelbaren Ausgaben für die Betreuung beschränkt auf eine vergleichsweise niedrige Pauschale³⁸.

38 §§ 1908 i, 1835 a BGB ggü (heute) den Regelgen nach dem VBVG.

1. *Vorsorgevollmacht*

Mit der sog. Vorsorgevollmacht ist die betreuungsvermeidende Bevollmächtigung nach §§ 164ff BGB i.S. des § 1896 II 2 BGB gemeint. Eine von einem Geschäftsfähigen erteilte Bevollmächtigung bleibt im Zweifel auch nach Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Betroffenen bestehen (§§ 168 S. 1, 672 S. 1 BGB). Seit dem 01.01.1999 gehört zu den Aufgaben der Betreuungsbehörde, die Aufklärung und Beratung über Vorsorgevollmachten zu fördern (§ 6 S. 2 BtBG), und seitdem ist vorgesehen, dass die Betreuungsvereine planmäßig über Vorsorgevollmachten informieren (vgl. § 1908 f I Nr. 2 a BGB). Das Gericht weist in geeigneten Fällen den Betroffenen im Anhörungsverfahren vor der Bestellung eines Betreuers auf die Möglichkeit der Vorsorgevollmacht und deren Inhalt hin (§ 68 I 3 FGG).

Nach Praxiseinschätzungen gibt es wenige Vorsorgevollmachten, die Möglichkeit werde nicht optimal genutzt. Beobachtet wird eine Scheu vor der Bevollmächtigung. Verschiedene Ursachen werden genannt: mangelnde Information, Angst, dem Bevollmächtigten ausgeliefert zu sein, die größere Rechtssicherheit einer gerichtlich angeordneten Betreuung gegenüber einer privatrechtlichen Vollmacht. Auf der anderen Seite steht die Beobachtung, das Institut Vorsorgevollmacht werde bekannter und sie werde gesteigert eingesetzt; das Interesse in der Bevölkerung sei groß. Angenommene Gründe dafür sind: Misstrauen gegenüber der Bestellung eines Betreuers, Empfinden, dass die Bestellung eines Betreuers ein Akt der Einmischung der Staats in die Privatsphäre sei, befürchtete negative Folgen einer Betreuung könnten durch eigene Initiative abgewendet werden. Es werde allerdings auch eine Zunahme der Missbrauchsfälle mit der Zunahme des Bekanntheitsgrads der Vorsorgevollmacht beobachtet.

Als grundsätzliches Problem der Vorsorgevollmacht wird hervorgehoben, dass diese keine eigene gesetzliche Regelung hat und somit den allgemeinen Bevollmächtigungsregelungen folgt. Bei der Vorsorgevollmacht entsteht die für rechtsgeschäftliche Vollmachten atypische Situation einer starken Position des Vollmachtnehmers ohne die Möglichkeit des Ausgleichs für den Vollmachtgeber: Er ist nach dem Eintritt der für das Wirksamwerden der Vorsorgevollmacht vorausgesetzten Bedingung – seiner Hilfsbedürftigkeit in der Regelung rechtlicher Angelegenheiten – tatsächlich nicht mehr in der Lage, den Vollmachtnehmer zu überwachen und ggf. die Vollmacht zu widerrufen. Es bestehen mit Ausnahme weniger Einzelfälle keine Formerfordernisse. Somit fehlt die Sicherheit, dass der Vollmachtgeber bei Erklärung der Bevollmächtigung auch tatsächlich noch geschäftsfähig war, und er wird zudem nicht über die Tragweite seiner Erklärung aufgeklärt.

Trotz erteilter Vorsorgevollmachten kommt es zu rechtlichen Betreuungen. Nach manchen Beobachtungen gilt das auch im Fall einer notariellen Bevollmächtigung und auch bei detaillierten Vollmachten. Häufige Praxispro-

bleme mit der Vorsorgevollmacht sind: teilweise eine allgemein fehlende Anerkennung der Vollmacht (etwa durch Banken), teilweise keine Anerkennung speziell bei fehlender Notareteiligung (Zweifel an der Geschäftsfähigkeit); Zweifel bei der Auslegung der Reichweite einer Vollmacht. Teilweise helfen (fortlaufende) Gespräche z.B. mit Heimen, um die Akzeptanz vorhandener Vollmachten zu erreichen.

Die kostensparende Wirkung von Vorsorgevollmachten wird eher als begrenzt gesehen:

- Man könne grundsätzlich diejenigen nicht erreichen, die innerlich nicht bereit seien, sich mit der Eventualität der späteren eigenen geistigen Hinfälligkeit zu beschäftigen;
- eine kostensparende Wirkung der Vorsorgevollmacht könne erst in ferner Zukunft eintreten;
- eine kostensparende Wirkung der Vorsorgevollmacht sei für die Staatskasse nicht besonders deutlich. Der Einsatz von Vorsorgevollmachten vermeide nur Betreuungen von Betroffenen mit Angehörigen oder sonst nahestehenden Personen, zu denen ein vollständiges Vertrauensverhältnis bestehe, und welche auch in der Lage und bereit seien, sich um die Betroffenen zu kümmern. Die Vorsorgevollmacht könne also nur solche rechtlichen Betreuungen vermeiden helfen, bei denen im Fall der Anordnung diese (bereitwilligen) Angehörigen oder sonstige Vertraute aus dem persönlichen Umfeld zu ehrenamtlichen Betreuern bestellt würden. Die Vorsorgevollmacht helfe nicht, die Bestellung von Berufsbetreuern zu vermeiden.

2. *Abgrenzung, insbesondere zu anderen helfenden Tätigkeiten*

Nach vereinzelt Äußerungen aus dem außergerichtlichen Bereich sollen ca. 30 % der Betreuungen von dem Thema der vorrangigen Hilfen betroffen sein. Auch aus dem gerichtlichen Bereich gibt es (teilweise) Äußerungen, dass Betreuer häufig Tätigkeiten ausübten, die nicht zu den eigentlichen Aufgaben der rechtlichen Betreuung gehörten; sie würden zunehmend Aufgaben erledigen, die auch von anderen sozialen Einrichtungen erledigt werden könnten. Hieraus wird die Schlussfolgerung gezogen, dass die Ursachen der Kostenentwicklung zum größten Teil an den außergerichtlichen Entwicklungen im sozialen Bereich lägen. Einsparungen im sozialen Sektor gingen zu Lasten der Betreuung.

a) *Vorrangigkeit anderer Hilfen*

Die (seit dem 1.1.1999) ausdrücklichen gesetzlichen Bezeichnungen „rechtliche Betreuung“ und „rechtliches Besorgen von Angelegenheiten“ sollen die Begrenzung der Betreuung nach dem BGB auf die Rechtsfürsorge in Abgrenzung zu den rein karitativen Tätigkeiten und dem rein tatsächlichen Hilfebedarf klarstellen. Eine über den Rahmen der Rechtsfürsorge hinausgehende tatsächliche Zuwendung gehört nicht zum Tätigkeitsbereich des Betreuers; der rein tatsächliche Hilfebedarf wird von dem Betreuer nur organisiert. Vorrangig vor der rechtlichen Betreuung sind die persönlichen Hilfen nach dem Sozialrecht, dabei insbesondere die Hilfen in besonderen Lebenslagen (Eingliederungshilfe für Behinderte, Altenhilfe, Hilfe zur Pflege, Hilfe zur Überwindung besonderer sozialer Schwierigkeiten).

Andererseits soll eine persönliche Betreuung die Betreuungsmethode sein. Deren Hauptmerkmal ist der persönliche Kontakt, um die Betreuung gemäß der gesetzlichen Vorgabe in Entsprechung von Wohl und Wünschen des Betreuten führen zu können. Bei der Beurteilung, welche Handlungen eines Betreuers erforderlich sind, ist nach der Gesetzesbegründung ein großzügiger Maßstab anzulegen. Die gebotene Ermittlung von Willen und Wünschen des Betreuten erfordert vertrauensbildende und -erhaltende Maßnahmen des Betreuers. Trotz der grundsätzlichen Verpflichtung zur Beschränkung auf diejenigen Hilfeleistungen, die für die Rechtsfürsorge des Betreuten erforderlich sind, kann das Wohl des Betreuten dem Betreuer auch zumutbare tatsächliche Verrichtungen abverlangen in Fällen, in denen notwendige Hilfe tatsächlicher Art für den Betreuten anderweitig nicht rechtzeitig zu erlangen ist.

Mithin hat sich das geltende Recht nicht eindeutig für eine nur rechtliche Betreuung entschieden.

Die Praxis gibt zu bedenken, selbst ein großes Angebot sozialer Hilfen stelle häufig keine allumfassende Alternative zur rechtlichen Betreuung dar. Die meisten Beratungsstellen müssten von den Betroffenen selber aufgesucht werden. Voraussetzung einer Beratung ist eine Freiwilligkeit. Leistungsgewährung nach dem Sozialrecht erfordert eine Antragstellung, dieses wiederum setzt eine Verfahrensfähigkeit des Betroffenen voraus. Auch Behandlungen setzen eine Freiwilligkeit voraus; Betreuungen werden erforderlich, wenn die Betroffenen aufgrund ihrer psychischen Erkrankung nicht in der Lage sind, die Notwendigkeit einer Behandlung einzusehen. Aus sozialarbeiterischer Sicht sei die Altersdemenz das klassische Feld für gesetzliche Betreuer.

Teilweise heißt es aus der Gerichtspraxis, die rechtlichen Tätigkeiten seien häufig nicht von der Ausübung tatsächlicher sozialer Betreuungstätigkeit zu trennen, eine strikte Grenzziehung sei kaum möglich. Es heißt aber auch wertend, sie sei nicht unbedingt im Interesse der Betroffenen. Rechtliche Betreuung ziehe viele sinnvolle „Annexstätigkeiten“ nach sich; sie führe auch zur Lösung sozialer Fragen. Als ein Problem – teilweise als das einzige – wird angesehen, dass die anfallenden Kosten allein dem Justizhaushalt zur Last fielen, obwohl die Tätigkeit des rechtlichen Betreuers in weiten Bereichen Aufgaben der staatlichen Daseinsfürsorge erfülle.

Andererseits mehren sich die Stimmen, dass viele Betreuungen – oder jedenfalls Teile der Aufgabenkreise – über Sozialarbeit zu regeln sein müssten.

b) Praktische Umsetzung und Überschneidungen

Die Durchsetzung von Abgrenzungen erfordert Kenntnisse im Sozialrecht und insbesondere Hilfeleistung bei der Ermittlung der jeweiligen örtlichen Einrichtungen, bei denen ihre Existenz und ihr Tätigkeitsbereich insbesondere im großstädtischen Raum sehr unübersichtlich ist.

Die fehlende – und nach manchen Einschätzungen auch unmögliche – Regelung einer strikten Trennung von rechtlicher und sozialer Betreuung sowie das Problem, dass der rechtlichen Betreuung nach der Gesetzesbegründung eine Art von Aufnahmefunktion zuzukommen scheint, führen bei der praktischen Umsetzung des Betreuungsrechts in der Praxis zu einer unterschiedlichen Auslegung des Ziels und der Grenzen der rechtlichen Betreuung nach dem BGB. Für die Meinung, teilweise erfolge eine weite Nutzung bzw. Randnutzung der Betreuung als Netz für sonst empfundene Defizite, gibt es auch bestätigende Indizien. Eines ist die jedenfalls teilweise Hinnahme von nicht anerkannten psychiatrischen Diagnosen oder von ärztlichen Stellungnahmen, aus denen sich nicht der Zusammenhang zwischen psychischer Erkrankung und anhaltender rechtlicher Hilfsbedürftigkeit ergibt. Indiz hierfür ist auch die teilweise eingenommene Haltung, eine weit angeordnete Betreuung spare gesamtwirtschaftlich betrachtet Kosten.

Gerichte richteten rechtliche Betreuungen ein, wenn die „anderen Hilfen“ nicht vorhanden seien, der Betreute keine tatsächliche Hilfe in Anspruch nehme oder diese aus unterschiedlichen Gründen bei den Betroffenen nicht greife. Bei solchen Betroffenen benötige der rechtliche Betreuer einen enormen Zeitaufwand, um den Betreuten überhaupt zu erreichen. Von außergerichtlicher Seite heißt es, Richter hätten kein Interesse an den vorrangigen Hilfen, es sei arbeitsaufwändig die entsprechenden Stellen zu zwingen, die von ihnen vorrangig zu erbringende Leistung auch tatsächlich zu erbringen.

Die Erfahrungen mit den Kommunen (den Sozialleistungsträgern), Heimen und Krankenhäusern sind nicht einheitlich: Im ambulanten Bereich werde in städtisch geprägten Gerichtsbezirken ein großes Angebot sozialer Einrichtungen im ambulanten Bereich für Geschäftsfähige vorgehalten. Manche Sozialämter setzten stundenweise bezahlte selbstständige Sozialarbeiter als ambulante Betreuer für sonstige Hilfeleistungen neben Betreuern nach dem BGB ein, zum Teil seien diese Sozialarbeiter auch parallel selbst als Berufsbetreuer tätig. Wenn bei Heimen und Krankenhäusern die institutsinternen Sozialdienste gut besetzt seien, könnten manche Betreuungen vermieden werden. Vielfach wird allerdings von Aufgabenverlagerungen berichtet (dazu nachfolgend lit. c).

Hinsichtlich der Durchführung einer Betreuung wird problematisiert, dass Betreuer die Abgrenzung zwischen der rechtlichen und der sozialen Betreuungstätigkeit nicht beachteten. Die rechtlichen Betreuer drängten teilweise in den Bereich der tatsächlichen Betreuung hinein. Die Einstellung hierzu ist unterschiedlich. Teilweise wird den Betreuern vorgeworfen, zu viele Tätigkeiten an sich zu ziehen; seitens der Einrichtungen würden immer mehr Aufgaben an rechtliche Betreuer abgegeben werden, da diese eigene Kapazitäten abbauten. Teilweise heißt es auch, die Betreuer hielten die Abgrenzung zur Sozialarbeit nicht ein, dass gelte insbesondere für rechtliche Betreuer mit einer sozialarbeiterischen Ausbildung. Von anderer Seite wiederum wird ein Betreuer gerade mit einer sozialarbeiterischen Ausbildung als sehr kompetent für die Betreuertätigkeit eingeschätzt.

c) Aufgabenverlagerungen

Weit überwiegend wird eine Verlagerung von sozialen Tätigkeiten auf rechtliche Betreuungen problematisiert; nach der Einschätzung vieler in einem Landgerichtsbezirk stelle diese Entwicklung einen wesentlichen Faktor der Kostensteigerung dar. Einsparungen im sozialen Bereich führten zu Verlagerungen der notwendigen Hilfestellung. Nicht selten führe das Sozialamt nicht mehr von Amts wegen Ermittlungen durch, sondern erlege diese dem Betreuer auf. Kommunen reduzierten ihre Leistungen auf die bloße Gewährung von Hilfe zum Lebensunterhalt. Stellen würden abgebaut bei karitativen Verbänden, bei den Sozialdiensten in Heimen, geriatrischen Einrichtungen sowie bei den sozialpsychologischen Diensten. Krisendienste würden fehlen, insbesondere für die Wochenenden.

d) Kenntnisse über Alternativen

Zum Zweck der Ermittlung der örtlich verfügbaren „anderen Hilfen“ seien die Gerichte auf die Betreuungsbehörden angewiesen, die ihnen die Alternativen aufzeigen könnten. Teilweise wird den Gerichtsangehörigen, Behörden und Ärzten der Vorwurf gemacht, keine klaren Kenntnisse in Bereichen außerhalb des eigentlichen Betreuungsrechts zu haben. Manchen Berufsbetreuern wird der Vorwurf gemacht, keine hinreichenden Kenntnisse von der Reichweite und den Grenzen der rechtlichen Betreuung zu haben.

3. Verfügbarkeit und Gewinnung von Ehrenamtlichen

Ob „genug“ ehrenamtliche Betreuer zur Verfügung stehen, wird sehr unterschiedlich beantwortet, wobei ein deutlicher Unterschied zwischen städtischen

und ländlichen Bezirken kaum feststellbar ist. Offensichtlich gibt es andere regionale Unterschiede, denn die Schwankungsbreite der Aussagen geht von einem ausreichenden bis zu einem nicht ausreichenden Zurverfügungstehen von Ehrenamtlichen. Teilweise wird differenziert dahin, dass speziell Fremde, d.h. außerfamiliäre bzw. nicht nahestehende ehrenamtliche Betreuer nicht ausreichend vorhanden seien. Teilweise wird bemängelt, es fehlten geschulte, routinierte ehrenamtliche Betreuer. Andererseits gibt es auch Berichte aus außergerichtlichen Bereichen, wonach verfügbare Ehrenamtliche nicht abgerufen worden und daraufhin abgesprungen seien. Es komme sogar vor, dass fast zu viele Ehrenamtliche verfügbar seien, problematisch sei manchmal die Eignung („Passung“) für den Betreuungsfall.

Nach Einschätzung der Gerichtspraxis habe die Bereitschaft der Menschen zur Übernahme eines Ehrenamts generell abgenommen. Eine Zunahme von Betreuungen durch fremde Personen wird allgemein damit erklärt, dass die Alleinstehenden, d. h. Personen ohne familiäre oder sonstige enge soziale Kontakte, zunähmen; das gelte selbst in ländlichen Bereichen mit alteingesessener Bevölkerung. Zu den Angehörigen und nahestehenden Personen gibt es im Wesentlichen drei Beobachtungen: sie seien in der Regel bereit, eine Betreuung zu übernehmen; einige erst dann, wenn die Anlaufschwierigkeiten durch einen berufsmäßig tätigen Betreuer aus dem Weg geräumt worden seien; einige wiederum hätten generell Angst vor Schwierigkeiten und wünschten den Einsatz eines Berufsbetreuers.

Teilweise wird der Erfolg einer Anwerbung weiterer Ehrenamtlicher für unwahrscheinlich angesehen, da sich die Einstellung zu dem Ehrenamt in weiten Teilen der Bevölkerung geändert habe, eine gesellschaftliche Wertschätzung wird durch die Übernahme speziell dieses Amtes eines Betreuers nicht erwartet. Teilweise wird differenziert danach, dass eher keine Bereitschaft bestehe, speziell für Fremde ehrenamtlich tätig zu werden; andererseits wird auch eine abnehmende Tendenz beobachtet, für Angehörige oder nahestehende Personen tätig zu werden. Teilweise wird noch feiner differenziert anhand des Krankheits-/Behinderungsbilds des Betreuten: die Bereitschaft zur Übernahme einer ehrenamtlichen Betreuung fehle bei Betreuungsfällen mit starker geistiger Behinderung, psychischer Krankheit, Behinderung mit massiven psychischen Zusatzproblemen, Suchtstoffabhängigkeit; auf der anderen Seite bestehe eine Bereitschaft bei solchen Betroffenen, die ansprechbar und dankbar für Hilfe seien, von denen Betreuer also eine Rückmeldung erhalten könnten.

Es obliegt der Betreuungsbehörde, die Tätigkeit einzelner Personen sowie von gemeinnützigen und freien Organisationen zugunsten Betreuungsbedürftiger anzuregen und zu fördern (§ 6 S. 1 BtBG). Als Anerkennungsvoraussetzung für Betreuungsvereine ist gesetzlich vorgesehen (§ 1908 I Nr. 2 BGB), dass sich die Betreuungsvereine planmäßig um die Gewinnung ehrenamtlicher Betreuer bemühen.

Welchen Einfluss die Betreuungsbehörde auf die Gewinnung und den Erhalt von ehrenamtlichen Betreuer-tätigkeiten hat, wird nicht einheitlich eingeschätzt. Teilweise heißt es, die Tätigkeit der Betreuungsbehörden sei von ausschlaggebender Bedeutung. In einigen Bezirken sei es überwiegend der Verein, der sich um die Anwerbung der Ehrenamtlichen bemühe, in anderen die Betreuungsstelle. Betreuungsbehörden sind tätig im eigenen Wirkungskreis, der Umfang der Ergriffung von Maßnahmen ist damit abhängig von der jeweiligen kommunalen Haushaltslage. Teilweise heißt es, Betreuungsbehörden engagierten sich wenig für die Gewinnung neuer Ehrenamtlicher. In einem Gerichtsbezirk erbrachte die personelle Neubesetzung einer Betreuungsbehörde die Gewinnung mehrerer neuer ehrenamtlicher Betreuer, die auch nicht mittelfristig das Ziel verfolgten, Berufsbetreuer zu werden.

Ebenso wird die Wirksamkeit des Bestehens und der Arbeit von Betreuungsvereinen unterschiedlich beurteilt. Teilweise heißt es auch hier, die Tätigkeit der Betreuungsvereine sei (bezirksabhängig, vgl. o.) von ausschlaggebender Bedeutung. Teilweise wird ein Zusammenhang zwischen den Erfolgsaussichten, geeignete ehrenamtliche Betreuer zu gewinnen, und dem Bestehen eines Betreuungsvereins im Gerichtsbezirk gesehen; an anderer Stelle wird wieder beobachtet, Betreuungsvereine seien wenig aktiv für die Gewinnung Ehrenamtlicher; vereinzelt heißt es, trotz Fehlens eines örtlichen Betreuungsvereins bestehe kein Mangel an ehrenamtlichen Betreuern. Teilweise wird angenommen, Betreuungsvereine hätten kein Interesse an der Gewinnung ehrenamtlich tätiger „Konkurrenz“. In manchen Gerichtsbezirken nimmt man an, dass die Betreuungsvereine mangels ausreichender staatlicher Förderung zu wenig Personal einstellen könnten, und daher die verbleibenden Mitarbeiter zu wenig Zeit hätten für die Erfüllung der ‚Querschnittsaufgaben‘ (begrifflich gehört zu diesen u.a. die Gewinnung Ehrenamtlicher).

Vereinzelt werben Gerichte selbst Ehrenamtliche an. In manchen Gerichtsbezirken findet eine enge Zusammenarbeit zwischen Gericht und Betreuungsbehörde sowie teilweise auch mit dem Betreuungsverein statt. So beteiligt sich das Gericht etwa an Veranstaltungen der Betreuungsbehörde zur Information und Fortbildung von Betreuern.

Einen seltenen Erfolg hat eine Privatinitiative aufzuweisen: im Bereich des Amtsgerichts Jever ist eine Stiftung gegründet worden; hier liege der Anteil der Ehrenamtlichen bei ca. 98 %. Zum Vergleich: Im Landesschnitt liegt der Anteil der ehrenamtlichen Betreuer bei geschätzten 70 – 85 %.

III. Einsatz ehrenamtlicher Betreuer

Nach den Bedingungen einer Verfügbarkeit und den Unterstützungsmaßnahmen zur Gewinnung von Ehrenamtlichen folgen nunmehr die Merkmale für den Einsatz von ehrenamtlich tätigen Betreuern. Erst wenn das Gericht auch tatsächlich eine hierauf gerichtete Entscheidung trifft, können die unmittelbaren Ausgaben der Staatskasse für rechtliche Betreuungen niedrig gehalten werden.

1. Auswahl des Betreuers

Der Betreuungsrichter ist zuständig für die Entscheidung über die Auswahl des Betreuers. Die Betreuungsbehörde unterstützt dabei das Gericht auf dessen Aufforderung hin (§ 8 S. 1, 3 BtBG).

Gesetzlich vorgesehen ist eine Rangfolge der Auswahl des zu bestellenden Betreuers (§ 1897 BGB): Natürliche Person vor einem anerkannten Betreuungsverein, dieser vor der zuständigen Betreuungsbehörde. Zu den natürlichen Personen in diesem Sinne zählen auch einzelne Mitarbeiter eines Betreuungsvereins oder der Betreuungsbehörde.

a) Auswahlkriterien bei Ehrenamtlichen

Unterschiedliche Kriterien und Einschätzungen beeinflussen die Entscheidung über die Auswahl des Betreuers. So heißt es teils, ehrenamtliche Betreuer machten weniger Arbeit für das Gericht, teils, sie machten mehr Arbeit. Differenzierter ist die Beobachtung, dass Ehrenamtliche, wenn sie mit schwierigen Fragen konfrontiert sind, mehr Beratung bräuchten als professionelle Betreuer. Teilweise übernehmen ehrenamtliche Betreuer erfolgreich nur eine Betreuung, teilweise bis zu 10 Betreuungen. Die Einschätzungen und Erfahrungen, inwieweit Ehrenamtliche auch für sogenannte „schwierige“ Fälle eingesetzt werden können, sind unterschiedlich. Unabhängig von der Eignungseinschätzung oder den insoweit eindeutigen Fällen, in denen einem Betreuer besondere Fachkenntnisse abverlangt werden, nennt die Praxis Situationen, in denen Betreuer mangels Durchsetzungsvermögens überfordert seien: so fühlen sich Ehrenamtliche von Einrichtungen und Krankenhäusern nicht als einen ernst zu nehmenden Gesprächspartner anerkannt, wenn es um Nachfragen und Anregungen zu der Behandlung des Betreuten geht.

b) Bedeutung der Berufsbetreuer

Einhellig ist die Auffassung, dass Berufsbetreuer insgesamt unverzichtbar seien. Sie seien notwendig für die sog. „schwierigen“ Fälle und als Auffangmöglichkeit für Fälle, in denen sich kein Ehrenamtlicher finde. Eine wichtige Basis für Sicherheit und Kostenmäßigkeit seien zuverlässige Betreuer, solche, denen Ver-

trauen entgegengebracht werden könne. Hohe Kosten entstünden, wenn sich ein Betreuer einarbeiten müsse.

Eine Steigerung des Anteils der Berufsbetreuer liege nicht an einer Steigerung des Umfangs oder der Schwierigkeiten der einzelnen Betreuungen. Teilweise wird auf die historische Entwicklung hingewiesen: Das neue Recht von 1992 brauchte eine Anlaufphase, erst ab ca. 1995 war die Zahl der Bewerbungsunterlagen von selbstständigen Sozialpädagogen bei Betreuungsbehörden stark steigend.

c) *Auswahlpraxis*

Betreuungsbehörden wird der Vorwurf gemacht, sie ermittelten zu wenig, ob geeignete familiäre Betreuer gewonnen werden könnten, und es entstehe der Eindruck, sie würden zu schnell die Bestellung eines Berufsbetreuers vorschlagen. Den Gerichten wird nachgesagt, es sei für sie leichter, solche Hauptamtlichen zu bestellen.

Teilweise heißt es zur Auswahlpraxis der Gerichte aber auch, regelmäßig prüften sie zunächst, ob Angehörige oder nahestehende Personen zur Verfügung stünden. Erst wenn ein möglicher Betreuer nicht bekannt sei, werde um einen Vorschlag der Betreuungsbehörde gebeten; allerdings machten hier nur wenige Richter der Behörde eine Vorgabe, ob sie den Vorschlag eines berufsmäßig oder ausdrücklich eines ehrenamtlich tätigen Betreuers wünschen. In anderen Bezirken heißt es, die Gerichte verlagerten viel Arbeit auf die Betreuungsbehörde; diese prüfe, ob Angehörige vorhanden seien. Selten finde eine Aufteilung der Aufgabenkreise eines Betreuten dergestalt statt, dass (als „Tandem-Betreuer“) eine berufsmäßige Betreuung für die schwierigen Teile mit ehrenamtlicher Betreuung für den Rest kombiniert werde.

Berufsbetreuer seien stark (bis hin zu existentiell) abhängig von der Betreuungsbehörde. Es gebe Betreuungsbehörden, die von vornherein die Zahlen der Berufsbetreuer steuerten; sie ließen neue erst bei Bedarf zu. Manchen Betreuungsbehörden und auch manchen Betreuungsvereinen wurde der Vorwurf gemacht, Ehrenamtswillige nicht zu vermitteln.

2. *Feststellung der Eignung*

Die Eignung ist ein wesentliches Tatbestandsmerkmal, von dem abhängt, ob die Wahl eines Betreuers auf einen Ehrenamtswilligen fallen darf. Nach der Vorgabe des § 1897 BGB muss eine natürliche Person geeignet sein, in dem gerichtlich bestimmten Aufgabenkreis die Angelegenheiten des Betreuten rechtlich zu besorgen und ihn in dem hierfür erforderlichen Umfang persönlich zu betreuen. Der auszuwählende Betreuer muss in der Lage sein, den Bedürfnissen des Betreuten nach diesen allgemeinen Kriterien gerecht zu werden, d.h. einen gewissen Grundstock an intellektuellen Fähig-

keiten und Charaktermerkmalen (etwa Empathie und Durchsetzungsfähigkeit) aufweisen. Eine nähere Umschreibung, wann eine natürliche Person geeignet oder ungeeignet ist, enthält das Gesetz nicht. Einige Grundsätze lassen sich zwar aus einzelnen Normen des Betreuungsrechts ableiten, aber im Wesentlichen ist das Ausfüllen des unbestimmten Rechtsbegriffs der „Eignung“ Gegenstand der gerichtlichen Entscheidung.

Die Betreuungsstelle hat die Pflicht, das Gericht bei der Gewinnung geeigneter Betreuer zu unterstützen (§ 8 S. 1, S. 2 BtBG). Im Einzelfall schlägt sie nach Aufforderung des Gerichts eine zum Betreuer geeignete Person vor (§ 8 S. 3 BtBG). Für Berufsbetreuer gilt, dass das Gericht vor der erstmaligen Bestellung eines Berufsbetreuers in seinem Bezirk die Betreuungsbehörde zu der Eignung des Betreuers anhören soll (§ 1897 I 1 BGB). Für Betreuungsvereine gilt, dass sie anerkannt sein müssen (§ 1908 f I BGB). Sie unterliegen einem Anerkennungsverfahren durch die Landkreise bzw. kreisfreien Städte (§ 1908 f III BGB). Die Anerkennung erfüllt mehrere Funktionen: ein Betreuungsverein erlangt den Status als ‚Betreuungsverein‘ i.S. des Betreuungsrechts, und Qualitätsstandards werden gesichert, bevor ein Vereinsbetreuer bestellt werden kann; ferner ist die Anerkennung Voraussetzung für eine staatliche Förderung des Betreuungsvereins.

a) Keine klaren Anforderungen

In etwa einheitlich wird gesehen, dass für die Bewohner eines Altersheims häufig eine Betreuung durch Ehrenamtliche ausreicht, jedenfalls nach einer Übergangszeit und Überwindung der ersten Anlaufschwierigkeiten. Auch wird in etwa einheitlich gesehen, dass Ehrenamtliche grundsätzlich ein hohes Maß an Engagement zeigten. Nicht einheitlich wird gesehen, dass – so nach manchen Auffassungen – Ehrenamtliche „zäh“ und in der Lage seien, über „Learning-by-Doing“ Schwierigkeiten zu überwinden. Vielfach heißt es, die Grenzen für die Bestellung von Ehrenamtlichen seien erreicht z.B. bei psychisch Auffälligen und bei Alkoholikern sowie bei gewaltbereiten Betreuten. Wo Spezialwissen erforderlich ist, müsse auf Berufsbetreuer zurückgegriffen werden. Anscheinend hängt die Einschätzung von relevanten Fähigkeiten eines Ehrenamtlichen im konkreten Einzelfall davon ab, was ihm abstrakt-generell zugetraut wird.

Dem stehen auf Berufsbetreuer bezogene Entwicklungen gegenüber, die inzwischen über eine bloße Differenzierung nach dem „berufsmäßigen“ Umfang von Betreuungstätigkeiten (§§ 1908 i, 1836 I 4 BGB a.F. bzw. § 1836 I 2 BGB, § 1 I 2 VBVG) hinausgehen, wobei nicht deutlich wird, ob damit erst die Anforderungen speziell an Berufsbetreuer oder gar bereits grundsätzlich diejenigen an eine Betreuertätigkeit überhaupt steigen (sollen). So gibt es Klagen aus der Praxis, dass Qualitätsstandards fehlten, eine fachspezifische Ausbildung für Berufsbetreuer fehle; es gebe viele, die in diesen Beruf drängten, ohne hierfür ausreichend qualifiziert zu sein. Es fehle den Betreuern an Durchsetzungsfähigkeit, und Rechtskenntnisse seien bei ihnen kaum vorhanden. Es erweise sich in der Praxis als

schwierig, dass eine Teilung besteht zwischen den Bereichen der praktischen Hilfestellungen und der Hilfestellung bei rechtlichen Angelegenheiten; das Problem bestehe in der Zusammenführung der Dienste, wofür der rechtliche Betreuer zwar zuständig sei, dieser aber vielfach nichts von dem verstehe, was andere machen. In der Praxis hieß es immer wieder in Bezug auf das bis zum 30.6.2005 für Berufsbetreuer gültige Vergütungsrecht: Bei einem Vergütungssystem, das nach Stunden vergütet, werde routiniertes, rationelles und effektives Arbeiten nicht gefördert.

b) Praxis der Eignungsfeststellung

Die Praxis der Auswahl deckt sich im rechtstatsächlichen Ergebnis nicht mit der rechtlichen Zuweisung der Entscheidung. Die formal letzte Entscheidung hat zwar der Richter zu treffen, die Betreuerbestellung erfolge aber in der Regel auf Vorschlag der Betreuungsbehörde. Richter folgten fast immer ihrem Vorschlag, ein ganz überwiegender Teil übernehme den Vorschlag ohne eigene Einflussnahme. Vereinzelt lautet der Vorwurf, Richter machten sich das Leben so leicht wie möglich. Von anderen Stellen heißt es, langjährig tätige Richter, die einen engen Kontakt zur Betreuungsbehörde hielten, würden häufig die Frage des geeigneten Betreuers mit ihr besprechen.

Die Erfahrungen mit der Tätigkeit der Betreuungsbehörde werden unterschiedlich bewertet: bei manchen sehr positiv, einigen fehlt die nötige Sorgfalt, andere meinen, sie könne ihren Aufgaben wegen personeller Unterbesetzung nicht gerecht werden.

Unterschiedlich wird gehandhabt, ob und ggf. mit welcher Intensität vorab eine Eignungsprüfung durch die Betreuungsbehörde stattfindet. Es gibt keine systematisierten Standards für die Feststellung der Eignung eines Betreuers und keine einheitlichen Verwaltungsvorschriften für die Betreuungsbehörden. Von Rechtspraktikern und Verfahrensbeteiligten werden die Anforderungen teilweise sehr unbestimmt definiert: Ein Betreuer sei gut bzw. geeignet, wenn er ausreichend geschult sei, wenn er besonders sorgfältig arbeite. Dann gibt es wiederum teilweise sehr detaillierte Vorstellungen dazu, welche Fähigkeiten und Qualifikationen ein Betreuer mitbringen müsse. Manche legen einen Schwerpunkt bei den Auswirkungen der psychischen Krankheit auf die Persönlichkeit des zu Betreuenden, hierfür sei eine besondere Qualifikation des Betreuers erforderlich. Manche zählen im Einzelnen auf, welche Kenntnisse und Fertigkeiten ein Betreuer haben müsse (dazu werden genannt: diverses rechtliches Grundlagenwissen, medizinische Grundkenntnisse, psychologische und pädagogische Fähigkeiten, Organisationsfähigkeit, Fähigkeiten in der Gesprächsführung, kaufmännische Kenntnisse). Teilweise werden nicht hohe einzelne Anforderungen gestellt, und es wird eher

auf generelle Persönlichkeitsmerkmale des Betreuers abgestellt (z.B. „nicht naiv, soziale Intelligenz, risikobereit“).

3. *Nachträgliche Entscheidungen*

Das Gericht kann unter bestimmten Voraussetzungen einen Betreuer entlassen. Ein Berufsbetreuer soll entlassen und ein neuer Betreuer bestellt werden, wenn der Betreute durch eine oder mehrere andere Personen außerhalb einer Berufsbetreuung betreut werden kann (§ 1908 b I 3 BGB). Den Berufsbetreuer trifft eine Pflicht zur Mitteilung solcher Umstände (§ 1897 VI 2 BGB).

a) *Wechsel von Berufsbetreuern zu Ehrenamtlichen*

Die Handhabungen der Überprüfung von Amts wegen, ob ein Wechsel zur ehrenamtlichen Betreuung möglich ist, sind unterschiedlich. Ob es im Verlauf eines Verfahrens zu einer Übertragung der Betreuung vom Berufsbetreuer auf einen Ehrenamtlichen kommt, sei abhängig von der Zusammenarbeit und Kontrolle von Gericht (Richter und Rechtspfleger), Betreuungsbehörde und Betreuungsverein. Erfolgreiche Zusammenarbeit und Kontrolle sei abhängig von der Dauer der Dezernatsführung.

Vielfach heißt es, eine Überprüfung finde faktisch nicht statt, nur wenige Richter achteten selbst darauf und setzten sich selbst entsprechende Fristen; die Belastungssituation führe zum Zwang, Maximalfristen auszunutzen. Teilweise legten Rechtspfleger die Akten vor, wenn sie beim jährlichen Jahresbericht oder beim Vergütungsantrag feststellen, dass sich der Aufwand deutlich verringert habe. Es komme auch vor, dass Gerichte erst nach Monaten auf einen von einem Berufsbetreuer vorgeschlagenen Wechsel reagierten. Bei manchen Gerichten fehle es an ehrenamtlichen Betreuern. Bei manchen Gerichten komme es nicht zu Wechseln, weil sie von vornherein nur Problemfälle auf Berufsbetreuer übertragen würden. Vereinzelt seien Berufsbetreuer von vornherein nur für eine begrenzte Zeit von ca. 6 Monaten eingesetzt. Ein Wechsel von berufsmäßig auf ehrenamtlich geführte Betreuung werde vereinzelt dem übernehmenden Ehrenamtlichen erleichtert, indem in einer Übergangszeit der bisherige Berufsbetreuer als Vertreter bestellt bleibe; so könne er vorübergehend den Ehrenamtlichen aus dem Hintergrund unterstützen (eine weitere Variante des „Tandem-Prinzips“).

Unterschiedlich ist auch das Verhalten der Berufsbetreuer: teilweise heißt es, es sei die Ausnahme, dass ein Wechsel angeregt werde; in anderen Bezirken erfolge ein solcher Vorschlag baldmöglichst. Berufsbetreuer hätten auch von sich aus ein Interesse, die einfachen Betreuungsfälle abzugeben. Diese Bereitschaft sei gefördert, wenn der Berufsbetreuer ausgelastet sei oder zumindest

damit rechnen könne, nach Meldung gleich ein neues Verfahren übertragen zu bekommen.

b) Wechsel von Ehrenamtlichen zu Berufsbetreuern

Auch in umgekehrter Richtung kann es zu einer Veränderung in der Auswahl des Betreuers kommen.

Teilweise heißt es, ehrenamtliche Betreuer geben nach kurzer Zeit auf. Als Gründe werden angeführt: bei der Bestellung werde zu wenig darauf geachtet, ob der Ehrenamtliche mit den sich in der Betreuung ergebenden Schwierigkeiten werde umgehen können; Begleitung, Unterstützung und Hilfe fehlten. Auch nachlassende Motivation wird genannt, wenn Ehrenamtliche keine zureichende Bestätigung aus der Tätigkeit erführen. Es gibt aber auch die Beobachtung, dass Ehrenamtliche in ihre Aufgaben bei einem „Training-on-the-Job“ hineinwachsen, dass sie Betreuungen auch unter Schwierigkeiten weiterführten. Letzteres gelte entweder, wenn sie aus dem familiären Umfeld stammen, oder wenn sie zu dem Betreuten soziale Bindungen entfaltet haben.

c) Entlassungen

Mit fehlender Eignung begründete Entlassungen bilden offenbar die Ausnahme: solche wegen fehlerhafter Abrechnungen kämen nur sehr selten vor; solche wegen angezweifelter Fähigkeiten des Betreuers seien sehr schwierig durchzusetzen.

4. Unterstützung von Betreuern

Gesetzlich vorgesehen sind für die Unterstützung und Fortbildung von Betreuern drei Institutionen mit unterschiedlich verteilten Aufgaben:

Das Gericht wirkt bei der Einführung von Betreuern in ihre Aufgaben mit (§§ 1908 i, 1837 I 2 BGB, § 69 b I 2 FGG). Die Betreuungsbehörde stellt ein ausreichendes Angebot zur Einführung von Betreuern in ihre Aufgaben sicher (§ 5 BtBG), wobei sie dazu u.a. auch Rahmenverträge etwa mit Betreuungsvereinen abschließen kann. Der Betreuungsverein – sofern vorhanden – führt speziell ehrenamtliche Betreuer in ihre Aufgaben ein (vgl. § 1908 b I Nr. 2 FGG).

Ferner sind gesetzlich vorgesehen: Beratung von Betreuern durch das Gericht (§§ 1908 i, 1837 I 1 BGB), Beratung und Unterstützung von Betreuern durch die Betreuungsbehörde sowie Sicherstellung eines ausreichenden Angebots zur Fortbildung von Betreuern durch die Betreuungsbehörde (§ 5 BtBG), Fortbildung und Beratung speziell von ehrenamtlichen Betreuern durch Betreuungsvereine (vgl. § 1908 b I Nr. 2 FGG). Da letztere zur Weiterbildung ihrer Mitarbeiter verpflichtet sind (vgl. § 1908 b I Nr. 1 FGG), ist damit u.a. die Fortbildung von Vereinsbetreuern geregelt.

Teilweise wird beobachtet, Ehrenamtliche hätten oft das Gefühl, allein da zu stehen. Häufig wird betont, eine Unterstützung und Begleitung der Ehrenamtlichen während der laufenden Betreuung sei wichtig. Es bestehe die Erfahrung, dass ein Betreuungsverein hilfreich sei für grundsätzlich bereitwillige Ehrenamtliche. Man habe beobachtet, dass mit dem Stoppen der Expansion von Betreuungsvereinen der Anteil der Berufsbetreuer steige. Ein Zusammenhang wird gesehen zwischen einem zu schnellen Aufgeben durch Ehrenamtliche und einer wenig ausgeprägten Zusammenarbeit aller Beteiligten. Die Zusammenarbeit zwischen Betreuungsverein, Gericht und Betreuungsbehörde wird für wichtig gehalten.

Grundsätzlich wiederholen sich hier in manchen Gerichtsbezirken die Probleme, die sich auch bei dem Umfang der Anwerbung von Ehrenamtlichen zeigen: Abhängigkeit der Ergreifung von Maßnahmen bei den Betreuungsbehörden von der jeweiligen kommunalen Haushaltslage und der Personalsituation, Abhängigkeit der Wahrnehmung der Querschnittsaufgaben durch die Betreuungsvereine von ihrer finanziellen Situation und damit von der Anzahl der Stellen. In manchen Gerichtsbezirken funktioniere die Zusammenarbeit zwischen der Betreuungsbehörde und den Betreuungsvereinen nicht, in anderen wiederum organisierten Betreuungsbehörden in Zusammenarbeit mit den Betreuungsvereinen Fortbildungs- und Informationsveranstaltungen, teilweise auch in Zusammenarbeit mit Betreuungsrechtspflegern des Gerichts, in manchen Gerichtsbezirken würden Betreuungsvereine überhaupt nicht tätig.

Es gibt Klagen über mangelnde Unterstützung: die Betreuungsbehörde verfüge nicht über Rechtskenntnisse; bei Richtern/Rechtspflegern sei zu beobachten, dass keine klaren Kenntnisse in Bereichen außerhalb des eigentlichen Betreuungsrechts vorhanden seien. Wissen etwa im Sozialrecht, Sozialversicherungsrecht, zu medizinischen Pflegebedürfnissen sei erforderlich, um Verständnis für die Anforderungen an die Tätigkeit eines Betreuers zu haben. Manche Ehrenamtliche klagen, bei Gerichten fehlten vielfach Belehrungen. Und schließlich kritisieren manche Betreuer den Umgangsstil der Rechtspfleger mit den Betreuern, manche Ehrenamtliche klagen gar über Kränkungen, spitze Nachfragen, schlechtes Klima bei Gerichten.

IV. Tätigkeitskontrolle und Vergütungsfestsetzung

Die Staatskasse ist unmittelbar benachteiligt, wenn Vergütungen an Betreuer mittelloser Betreuer gezahlt werden müssen, ohne dass der Festsetzung erforderliche pflichtgemäße Tätigkeiten des rechtlichen Betreuers zugrunde liegen.

1. Gerichtliche Aufsicht

Das Gericht hat die gesetzliche Pflicht, über die gesamte Tätigkeit des Betreuers die Aufsicht zu führen und gegen Pflichtwidrigkeiten einzuschreiten (§§ 1908 i, 1837 II 1 BGB). Es wird im Rahmen des Amtsermittlungsgrundsatzes tätig, wenn Anhaltspunkte für Kontrolle oder Ergreifung von Maßnahmen vorliegen. Im Übrigen erhält das Gericht Einblick in die Tätigkeit des Betreuers durch dessen Übernahmebericht und die Jahresberichte, nach dem bis zum 30.6.2005 geltenden Vergütungsrecht ggf. ferner durch eine Begründung zu Vergütungsanträgen. Unmittelbar vergütungsrelevant sind die Mitteilungspflichten des Betreuers zum Bestand der Betreuung insgesamt und zu einer Übertragbarkeit auf einen Ehrenamtlichen. Bis zum 30.6.2005 konnte auch eine Reduzierung der Betreuung den Umfang der Vergütung beeinflussen, im Übrigen verlangte die damalige Vergütung nach der aufgewandten Zeit (§ 1836 a BGB a.F. i.V.m. § 1 BVormVG³⁹) eine Tätigkeitskontrolle.

Letztlich ist man sich darüber einig, dass die wichtigste Basis für Sicherheit und Kostenmäßigkeit eine Zuverlässigkeit von Betreuern sei, solche, denen Vertrauen entgegengebracht werden könne. Denn in diesem System des Betreuungsrechts, in dem im Wesentlichen der Betreuer Selbstauskünfte erteilt und der Betroffene gerade häufig nicht in der Lage ist, seine Rechte wahrzunehmen, sei Betrug immer grundsätzlich möglich. Systematische Überprüfungen seien faktisch ausgeschlossen, effektive Kontrollmöglichkeiten fehlten. Es könne nur stichprobenartig ermittelt werden. Das liege auch an der sich verschlechternden Personalsituation.

Unter dem bis zum 30.6.2005 geltenden Vergütungsrecht seien speziell zur Kontrolle von Vergütungsanträgen Dritte herangezogen worden. Ein Gericht habe sich beholfen, indem es Vergütungsanträge durch einen Angestellten der Betreuungsbehörde prüfen ließ. Bei anderen Gerichten sei teilweise ein – allerdings ebenfalls zu vergütender – Verfahrenspfleger eingesetzt worden. Insgesamt recht häufig sei von der Möglichkeit Gebrauch gemacht worden, den Vertreter der Staatskasse (Bezirksrevisor) zur Stellungnahme zu Vergütungsanträgen aufzufordern⁴⁰. Bezüglich aller Möglichkeiten hieß es allerdings, auch hinzugezogene weitere Personen könnten kaum eine konkrete Kontrolle der bei den Vergütungsabrechnungen angesetzten Zeiten erreichen.

39 G über die Vergütg von Berufsvormündern (BerufsvormündervergütungsG, BVormVG) v 25.6.1998 (BGBl. I S. 1580/1586), geändert durch Art 7 Abs 10 des G v 27.6.2000 (BGBl. I S. 897) u Art 29 des G v 13.12.2001 (BGBl. I S. 3574).

40 Die Mögk seiner Beteiligg korrespondiert mit seinem BeschwerdeR. Dem Vertreter der Staatskasse steht nach allg Grundsätzen ein BeschwerdeR zu, wenn die Festsetzng zu Lasten der Staatskasse erfolgt, denn diese ist dann Beschwerde i.S. des § 20 FGG.

2. *Anlassprobleme für eine Änderung der Vergütungsgesetzgebung*

Eine Betreuung wird entgeltlich geführt, wenn die berufsmäßige Führung der Betreuung festgestellt wird (§§ 1908 i, 1836 I 2 BGB). Bei einer Mittellosigkeit des Betreuten i.S. der §§ 1908 i, 1836 d, e BGB richtet sich der Entgeltanspruch gegen die Staatskasse (§§ 1908 i, 1836 a BGB a.F., §§ 1908 i, 1835 IV 1 BGB n.F.). Vor dem 1.7.2005 hatten selbstständige Betreuer und Vereinsbetreuer einen Anspruch auf Vergütung nach der „aufgewandten und erforderlichen Zeit“. Der Stundensatz lag je nach Ausbildungstyp bei 18, 23 oder 31 Euro/Stunde (§ 1 des vom 1.1.1999 bis 30.6.2005 geltenden BVormVG. Dabei konnte das Gericht ab dem 01.01.1999 bei selbstständigen und Vereins- Betreuern die für die Führung der Geschäfte erforderliche Zeit begrenzen sowie unter bestimmten Voraussetzungen eine Vergütungspauschale zubilligen (§§ 1908 i, 1836 I 2 BGB).

Die nachfolgende Darstellung des an dem bis zum 30.6.2005 geltenden Vergütungsrecht orientierten Meinungsbilds dient sowohl zur Veranschaulichung der Motive für die zum 1.7.2005 eingeführten Gesetzesänderungen nach dem 2. BtÄndG sowie vornehmlich als ein konkreter Problemaufriss für die in der Untersuchung zu behandelnden weiterführenden Fragestellungen zu Entlohnungen von Dienstleistungen.

Die Diskussionen um die Probleme des früheren Vergütungssystems kann man grob wie folgt zusammenfassen: Aus der Sicht der Landesjustizverwaltungen konnten Berufsbetreuer den Umfang ihrer Tätigkeiten selbst definieren und daher Vergütungen in einem Maße abfordern und durchsetzen, das sich jeder haushaltspolitischen Kalkulierbarkeit entzog. Aus der Sicht der Berufsbetreuer galten Richter und Rechtspfleger als nicht kompetent, das notwendige Maß der fallbezogenen Betreuertätigkeit richtig einschätzen zu können, und entsprechend wurden diese ebenfalls nicht als legitimiert angesehen, pauschale Vergütungen zu vereinbaren. Ein etwas differenzierteres Bild zu der Vergütung der Betreuer aus der Staatskasse ergab sich bei der Betrachtung der nachfolgenden Schwerpunktthemen der in der Praxis vorherrschend gewesenen Beobachtungen und angestellten Überlegungen:

a) Gerichtliche Entscheidung bei „spitzen“ Abrechnungen

Hiermit sind Vergütungsanträge gemeint, bei denen im Unterschied zu Pauschalierungsvereinbarungen jede Tätigkeit minutenweise aufgeführt und jede Auslage einzeln belegt werden.

Aus der Praxis hieß es, die Rechtsprechung sei immer betreuerfreundlicher geworden; die Bemühungen der Amtsgerichte bzw. der Bezirksrevisoren um eine restriktive Auslegung seien von den Beschwerdeinstanzen vielfach wieder aufgehoben worden. Kritisiert wurde die obergerichtliche Rechtsprechung, wonach lediglich eine Plausibilitätskontrolle der Zeitangaben stattzufinden und die Beurteilung des für die Erledigung einzelner betreuungsrechtlicher Geschäfte erforderlichen Zeitaufwands grundsätzlich im Ermessen des Betreuers gestanden

habe. Damit sei den Gerichten in der Regel verwehrt gewesen, den notwendigen Zeitaufwand zu bewerten.

Als Grundproblem wurde angesehen, dass nicht das zu vergütet gewesen sei, was bei einer effektiven Organisation der Tätigkeit üblicherweise an Zeit aufgewendet werde. Überdurchschnittliche Zeiten hätten problemlos abgerechnet werden können, effektives Arbeiten sei nicht gefördert, umständlich arbeitende Betreuer seien belohnt worden. Nach Zeitaufwand vergütetes Arbeiten wurde als Gefahr dafür eingeschätzt, über das nach dem Aufgabenkreis notwendige Maß hinaus Tätigkeiten zu entfalten.

Eine Schwachstelle wurde in einer mangelnden Kontrollierbarkeit gesehen; es sei weder nachprüfbar gewesen, ob die angegebene Zeit tatsächlich angefallen, noch, ob die Tätigkeit in dem Umfang erforderlich war. Die Gründlichkeit, mit der Vergütungsanträge geprüft wurden, sei sehr unterschiedlich gewesen. Teilweise bzw. vielfach seien Anträge beanstandungslos durchgelaufen und im Wesentlichen nur auf rechnerische Richtigkeit geprüft worden, teilweise seien einzelne Positionen beanstandet oder Nachfragen gestellt worden, allerdings sei in den letzteren Fällen der Aufwand meist größer als das Ergebnis gewesen. Der Nachweis einer Unehrlichkeit im Einzelfall wurde als schwierig bezeichnet.

Betreuer kritisierten, zunächst seien Aufgabenkreise weit bestimmt worden, und sodann eine nachträgliche Eingrenzung über die Vergütung versucht worden.

b) Systemausnutzungen durch Betreuer?

Einhellig gab die Praxis an, es sei nicht auszuschließen gewesen, dass Betreuer ihrem Vergütungsantrag falsche Angaben zugrunde legten. Der überwiegenden Anzahl der Berufsbetreuer misstrauten Gerichtspraktiker dennoch grundsätzlich nicht. Bestehe ein enger persönlicher Kontakt zwischen Gericht und Berufsbetreuer, sei Vertrauen eher vorhanden. Wichtig sei, den Kreis der vorgeschlagenen Betreuer möglichst eng und überschaubar zu halten. Ein flächendeckender Vergütungsmissbrauch sei nicht feststellbar gewesen, ebenfalls nicht eine allgemeine Abrechnungsunehrlichkeit. Der Hauptteil der Berufsbetreuer sei verantwortungsbewusst; sie seien sich dessen bewusst, dass Missbrauch ihre Einkommensquelle verschließt. Strafrechtliche Verfahren wegen Betrugs bei der Vergütungsabrechnung schienen seltene Einzelfälle zu sein.

Förderlich sei ein guter Kontakt zwischen Richtern und Rechtspflegern; falle dem Rechtspfleger bei der Kontrolltätigkeit auf, dass ein Betreuer seine Aufgaben nicht ordnungsgemäß oder unvollständig erfüllt, so führe das nach Aktenvorlage an den Richter in manchen Gerichtsbezirken zum Wegfall der Bestellung eines solchen Betreuers. In anderen Bezirken fehle Resonanz bei den Richtern.

Es gibt Äußerungen aus der Praxis über den Eindruck, viele Betreuer nutzten unterhalb der Missbrauchschwelle systembedingte Schwächen konsequent aus. Hinsichtlich der damaligen Abrechnungspraxis der Betreuer hieß es: In der Anfangszeit sei noch sehr vorsichtig abgerechnet worden, sodann seien praktisch alle vorgenommenen Tätigkeiten geltend gemacht worden. Zudem habe durch geschickte Formulierung des Tätigkeitsnachweises eine nach der Rechtsprechung anzuerkennende Abrechnung erreicht werden können.

c) *Unterschied zwischen selbstständigen und Vereins- Betreuern?*

Die Erfahrungen und Einschätzungen zu der Kostenintensität von selbstständigen Betreuern im Vergleich zu Vereinsbetreuern waren unterschiedlich. Teilweise wurden die Gesamtvergütungshöhen für vergleichbar gehalten. Teilweise wurde angenommen, sie lägen bei Vereinsbetreuern niedriger, da sie wegen ihrer festgelegten Anzahl von Arbeitsstunden und wegen eines festen Gehalts kein Interesse daran gehabt hätten, durch zeitliche Streckung und Erweiterung von Tätigkeiten höhere Vergütungen zu erzielen. Danach rechneten Vereinsbetreuer in der Regel deutlich geringer ab. Es gab aber auch umgekehrte Äußerungen, wonach Vereinsbetreuer häufig – stillschweigend – arbeitsvertraglich verpflichtet gewesen seien, eine festgelegte Anzahl von abrechnungsfähigen Stunden in einem bestimmten Zeitraum zu erwirtschaften, um die Finanzierung des Vereins und damit des Arbeitsplatzes des Vereinsbetreuers sicherzustellen.

d) *Individuelle und generalisierende Pauschalierung*

Neben der Möglichkeit der Gerichte, die für die Führung der Geschäfte des Betreuers erforderliche Zeit zu begrenzen (§§ 1908 i, 1836 S. 1 Nr. 2 BGB a.F.), konnte einem Betreuer auf Antrag oder von Amts wegen für seine künftige Tätigkeit eine Vergütungspauschale zugewilligt werden, wenn die für die Führung des Geschäfts erforderliche Zeit voraussehbar und ihre Ausschöpfung durch den Betreuer gewährleistet waren (§§ 1908 i, 1836 S. 1 Nr. 1 BGB a.F.). Letzteres hatte einen Ausschluss weitergehender Vergütungsansprüche zur Folge.

Von dieser Möglichkeit sei geringer Gebrauch gemacht worden. Es wurde zwar als allgemeiner Vorteil einer Pauschalierung angesehen, dass es weniger gerichtlichen Aufwands bei der Vergütungsfestsetzung bedurfte. Allerdings habe diese Form der Pauschalierung nicht zu einer Verfahrensvereinfachung führen können, da im Vorfeld individuelle prognostische Erwägungen angestellt werden mussten. Einige hatten Bedenken geäußert, dass die Motivation, Gründlichkeit und Sorgfalt der Betreuer bei Ausübung ihrer Tätigkeiten sinken könnte.

In verschiedenen Bereichen Niedersachsens hatten sich Vergütungs- und Aufwands-Pauschalierungsmodelle nicht individueller Art, d. h. in einer für eine

Vielzahl von Betreuungen generalisierenden Form entwickelt. Sie wurden in unterschiedlichen Ausgestaltungen praktiziert; zusammengefasst entweder als Modell mit einer einheitlichen monatlichen Stundenzahl und Aufwandspauschale pro Betreuung oder mit monatlich feststehenden Pauschalen nur für Sachkosten und für den Zeitaufwand bezüglich allgemeiner Verwaltungstätigkeit (einschließlich Telefongesprächen) und Fahrten oder mit Pauschalierung in zeitlichen Stufen. Es bestanden Zweifel, inwieweit diese Modelle mit den seinerzeitigen gesetzlichen Regelungen in Einklang gebracht werden konnten. Das OLG Braunschweig hatte eines der Modelle für rechtswidrig erklärt mit der Begründung einer fehlenden Einzelfallbezogenheit der Pauschalierung.

Die Pauschalierungen führten zumindest zu einer enormen Arbeitsentlastung der Rechtspfleger, ferner zu einer Kostenkonstanz. Teilweise wurde der Ausgabenreduzierungseffekt für fraglich gehalten, teilweise hieß es, die Pauschalen seien zu hoch angesetzt und einer Kostenreduzierung eher gegenläufig gewesen. Ein Amtsgericht stellte eine fiktive Vergleichsrechnung an, und kam – bezogen auf die dortigen örtlichen Verhältnisse⁴¹ – zu der Schlussfolgerung, dass pauschalierte Vergütungen zu erheblichen Mehrkosten führten.

* * *

C. Grobstruktur der Ergebnisse des rechtstatsächlich Wahrgenommenen

Das Betreuungswesen ist gekennzeichnet durch eine Vielzahl von Verfahrensakteuren aus unterschiedlichen Bereichen und offenbar geprägt von einer besonderen Empfindlichkeit bei einem Einsparverhalten in außerjustiziellen Bereichen. Aus den oben dargestellten beispielhaften Meinungsäußerungen zu möglichen Ursachen für die Steigerungen der unmittelbaren Ausgaben im Betreuungswesen lassen sich strukturell folgende Problemkomplexe zusammenfassen:

- Unterschiedliche Interessen und ein verfahrensrechtlich vorgegebener Weg führen zur Anregung und Einrichtung, später zum Beibehalt (d.h. Nichtaufhebung) einer Betreuung.
- Ein spezifisches und möglicherweise interessengeleitetes Zusammenspiel von Informationen bildet die Grundlage für die Entscheidungen hierüber, wobei das Gesuchte nicht immer sicher benannt werden kann.

41 Die Verallgemeinerungsfähigkeit dieser Berechnung wurde von and Stelle in Zweifel gezogen.

Macht sich – wie hier – eine gewisse Struktur von Problemlagen bemerkbar und will man gesetzgeberische Entscheidungen nicht allein auf rechtstatsächliche Meinungen und statistische Erhebungen stützen, so bietet sich eine theoretische Analyse verfolgter Ziele und beschrittener Entscheidungswege an, um einen Handlungsbedarf zu belegen, wobei idealerweise eine Verifizierung dergestalt erfolgt, dass zugleich prinzipiell Unabänderliches – eine „Grenze der Machbarkeit“ – deutlich wird. Hierzu ist die sogenannte Ökonomische Analyse des Rechts herangezogen worden, von der die für die Untersuchung benötigten wesentlichen Grundideen weitgehend im nachfolgenden Kapitel § 3 dargestellt, und diese in den anschließenden Kapiteln § 4, § 5 und § 6 auf die o.a. Problemkomplexe angewendet werden.

§ 3 Die Ökonomische Analyse des Rechts

Im Kapitel § 2 wurde exemplarisch gezeigt, dass Anstrengungen unternommen werden, die Ursachen der „Kostenexplosion“ zu ergründen, seit geraumer Zeit werden Reformvorhaben diskutiert, es gab Gesetzesänderungen, zuletzt mit Wirkung zum 1.7.2005. Der Politik geht es in einem zunehmenden Maße um Ausgabenreduzierung, Rechtspraktiker befürchten eine Verschlechterung der rechtlichen und tatsächlichen Lage für Betroffene. Wie noch im Einzelnen darzustellen ist, geht es Ökonomen um eine Erhöhung der Effizienz – ein Ansatz, der möglicherweise eine Verbindung zwischen beiden Positionen schaffen kann.

* * *

A. Einführung in die ökonomische Analyse

Im Wege einer ökonomischen Analyse des Rechts kann untersucht werden, ob bzw. welche Probleme Folgen bestimmter rechtlicher Ausgestaltungen sind, ob politische Vorstöße notwendig bzw. sinnvoll sind¹, denn die ökonomische Theorie bietet einen analytischen Rahmen, innerhalb dessen spezifische Defizite aufgezeigt werden können².

I. Ähnlichkeiten, Unterschiede und Verbindung zwischen Wirtschafts- und Rechtswissenschaft

Die Wirtschaftswissenschaft – die Ökonomie – und die Rechtswissenschaft sind beides Handlungswissenschaften; der Jurist untersucht die Rechtmäßigkeit von Handlungen, der Ökonom die Nutzen und Kosten von Handlungen³. Der Jurist ist gewohnt, Gesetze als gegeben hinzunehmen und Verhalten nach Rechtsvorschriften zu beurteilen⁴. Der Ökonom nimmt – unter Zugrundelegung bestimmter

1 Vgl Rohleder S. 111.

2 Vgl Behrens S. 269 (verallgemeinert).

3 Schmidtchen in Schmidtchen/Weth S. 14; Morlok s. 9.

4 Kirchgässner S. 126.

Grundannahmen – das tatsächliche Verhalten der Menschen – im Übrigen – als gegeben hin und entdeckt darin Gesetzmäßigkeiten.

Ökonomie und Recht ist gemeinsam, dass sie entscheidungsgeleitete Systeme sind⁵. Rechtswissenschaft und Ökonomie (bzw. gemäß einem differenzierten Sprachgebrauch: Ökonomik) sind Entscheidungswissenschaften. Entscheidungen sind Wahlen zwischen verschiedenen Handlungsmöglichkeiten. Eine Entscheidung wird gesteuert durch das angestrebte Ziel oder durch ein normiertes Entscheidungsverfahren.⁶

In der – originären – Rechtswissenschaft geht es primär um Dogmatik und Exegese⁷. Die Rechtswissenschaft ist herkömmlich eine normative Disziplin; der Jurist betrachtet die Welt unter dem Blickwinkel, wie sie sein soll⁸. Juristen haben es mit Sollensvorschriften des positiven Rechts zu tun, deren Auslegung und Anwendung im Einzelfall sie nach den Regeln ihrer Kunst zu vertreten haben⁹. Die tatsächliche Rechtsanwendung geschieht durch Subsumieren und logisches Schließen; im Rechtsschutzstaat geht es in diesem Sinne um Wahrheitsurteile¹⁰, um Bewertungs- und Urteilsgrundlagen anhand objektiver, d.h. allgemein gültiger Maßstäbe. Einzelne Normen werden isoliert, ggf. erweiternd im rechtlichen Systemzusammenhang, untersucht sowie in Beziehung gebracht zu einem – vorab als einem solchen definierten – rechtlich erheblichen Verhalten der Menschen. Rechtsnormen dienen der Verwirklichung von Zielen, über deren – mehr oder weniger konkrete – Festlegung der Gesetzgeber entscheidet, sowie, mindestens innerhalb dieses Rahmens, der Verwirklichung von Gerechtigkeit im Einzelfall. Der Jurist entscheidet verfahrensgesteuert, weil er gesetzliche Regeln auf Lebenssachverhalte anwendet.

Der Ökonom entscheidet zielorientiert: angestrebt wird eine bestmögliche Zweck-Mittel-Relation¹¹. Dabei wird traditionell angenommen, dass die Interessen jedes Einzelnen am besten von ihm selbst wahrgenommen werden¹². In der – originären – Ökonomie geht es darum, allgemeine Gesetzmäßigkeiten im – tatsächlichen – Verhalten der Menschen zu finden, wie sie die Naturwissenschaften und insbesondere die Physik bei der Untersuchung der Natur gefunden haben¹³. Dabei

5 Schwintowski JZ 1998, 581; Morlok S. 7 (Entscheidungsorientiert beider).

6 Schäfer/Ott S. 13.

7 Kirchgässner S. 126.

8 Morlok S. 2.

9 Gröschner S. 47.

10 Vaubel S. 312; er meint das in Abgrenzung zur Ermittlung subj. d.h. ind. gültiger Präferenzen (worum es in dem ‚Leistungsstaat‘ geht; vgl. dazu unten im Kap § 4).

11 Vgl. Schäfer/Ott S. 14.

12 Vaubel S. 312 unter Hinweis auf Adam Smith.

13 Kirchgässner S. 205; auch Behrens S. 8.

werden Bedingungsbeziehungen und Wechselbeziehungen von – wirtschaftlichen – Systemen untersucht¹⁴.

Die zunächst beispielhaft dargestellten Gemeinsamkeiten bzw. Ähnlichkeiten mögen aufzeigen, weshalb ein Verständnis der jeweils anderen Disziplin im Ansatz durchaus gut vorstellbar ist. Interessanter i.S. einer gegenseitigen Anreicherung können die oben angedeuteten und in den jeweiligen Disziplinen teilweise selbstkritisch festgestellten Unterschiede¹⁵ sein: Zu den Ökonomen, die aufgrund ihrer deskriptiv-analytischen Wissenschaft Verhalten von einzelnen Menschen und Gruppen modellhaft erklären¹⁶, heißt es etwa, dass sie dazu neigen, Verbesserungen gemäß abstrakten Idealkonzepten zu entwerfen, ohne den Hintergrund für einen Status Quo erarbeitet zu haben. Über Juristen, die aufgrund ihrer präskriptiv-hermeneutischen Wissenschaft einzelne individuelle Fälle normativ entscheiden¹⁷, wird demgegenüber kritisch geäußert, sie seien stark auf den Status Quo fixiert, ohne eine konzeptionelle Vision für Verbesserungen bieten zu können.

Leitkriterium des ökonomischen Systems der Gesellschaft ist der rationale Umgang mit Knappheit, Leitkriterium des Rechtssystems ist die Gerechtigkeit¹⁸. Bei einer Verschmelzung der beiden Disziplinen würde sich das allen solchen Systemen immanente Ziel, dass Regeln mehr nützen als kosten müssen, automatisch durchsetzen¹⁹. Das sei nicht dahin verstanden, dass eine Interdisziplinarität zwischen der Wirtschafts- und der Rechtswissenschaft sich bei dem Bemühen um das „richtige“ Recht auf im ökonomischen Sinn effiziente Regelungen reduziert. Es ist vor allem der wirklichkeitswissenschaftliche Ansatz der ökonomischen Theorie, welcher der Rechtswissenschaft zur Vergewisserung über die tatsächlichen Umstände ihres Arbeitsfelds verhelfen soll²⁰.

II. Standort der ökonomischen Analyse

Die theoretische Verbindung zwischen der Wirtschafts- und der Rechtswissenschaft wird hergestellt unter dem Begriff der „ökonomischen Analyse des Rechts“. Es stellen sich die Fragen, was dahinter steckt, welches die Merkmale einer „ökonomischen Analyse“ sind, und wieso sich die Wirtschafts- und die Rechtswissenschaft dafür interessieren.

14 Vgl Behrens S. 7.

15 Zusstellg der Kritikpunkte bei Wolff S. 248.

16 Gröschner S. 47.

17 AaO.

18 Morlok S. 17.

19 Schwintowski JZ 1998, 581.

20 Morlok S. 2, 8f; auf S. 17 betont er, dass unter ‚Gerechtigkeit‘ auch and Gesichtspunkte zu verstehen sind als (nur) die möglichst rationale Bewältig von Knappheitsproblemen.

1. *Ökonomische Analyse als Teil der Wirtschaftswissenschaft*

Im deutschen Sprachraum wird die Wirtschaftswissenschaft traditionell je nach Untersuchungsgegenstand in die als eigenständige Wissenschaften angesehenen Hauptgebiete Volkswirtschaftslehre und Betriebswirtschaftslehre eingeteilt, daneben finden sich diverse Hilfswissenschaften; daher die auch anzutreffende Bezeichnung im Plural als Wirtschaftswissenschaften, was allerdings nichts daran ändert, dass sie zu einer einheitlichen wissenschaftlichen Disziplin gehören²¹.

Die Wirtschaftswissenschaft definiert sich über ihren Gegenstandsbereich und über ihre Methoden.

Sie ist Sozialwissenschaft, deren Erkenntnisobjekt die Wirtschaft ist, d.h. die Gesamtheit aller Einrichtungen und Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Befriedigung menschlicher Bedürfnisse an Gütern und Dienstleistungen in einer Gesellschaft. Sie beschäftigt sich mit Wesen, Ordnung, Aufbau, Ablauf und Ziel der Wirtschaft und hat zur Aufgabe die Beschreibung und Erklärung wirtschaftlicher Zustände und Abläufe, aus der wirtschaftlichen Wirklichkeit Regelmäßigkeiten bzw. Gesetzmäßigkeiten abzuleiten, die Vorhersage wirtschaftlicher Entwicklungen und die Untersuchung von Möglichkeiten, die Wirtschaft zu beeinflussen.²²

Der Ökonom interessiert sich für Kosten und Nutzen von Handlungen sowohl auf der gesellschaftlichen als auch auf der individuellen Ebene²³. Der – traditionelle – Gegenstandsbereich der Wirtschaftswissenschaft beschränkt sich dabei auf die Güterwirtschaft und umfasst die folgenden Untersuchungsfelder²⁴:

- Nutzererbringung von Gütern und Dienstleistungen,
- Produktion von Gütern und Dienstleistungen,
- knappe Ressourcen und ihre Konsequenzen: Verursachung von Kosten bei der Produktion und des Aufbringens von Zahlungen beim Übertragen von Gütern und Dienstleistungen,

21 Diese findet sich im engl. Sprachgebrauch nicht: dort lautet die Bezeichnung für die Wiss. 'economics'.

22 Vgl. Meyers Stw. Wirtschaftswissenschaften u. Wirtschaft. Die VWL hat die gesamte Wirtschaft einer Gesellschaft zum Gegenstand; neben der Analyse einzelwirtschaftlicher Phänomene untersucht sie v.a. gesamtwirtschaftliche Zusammenhänge u. Prozesse. Gegenstand der BWL ist die Beschreibung u. Erklärung von Unternehmen, d.h. des Betriebs als Institution, die Untersuchung der wirtschaftlichen Konsequenzen von Entscheidungen unter Berücksichtigung des unternehmerischen Umfelds; betriebswirtschaftliche Entscheidungen betreffen die Art u. Menge der zu beschaffenden Produktionsfaktoren (menschliche Arbeit, Investitionsgüter, Produktionsmittel u. monetäre Einheiten) u. deren Einsatz sowie die Verwertung der erbrachten Leistungen am Markt. Zu den Hilfswissenschaften der Wirtschaftswissenschaft zählen z.B. Wirtschaftsstatistik, -rechnung, Finanzwissenschaft. Enge Beziehungen bestehen z.B. zur Philosophie, Soziologie, Rechtswissenschaft, Psychologie, auf methodolog. Gebiet insb. zur mathematischen Theorie (etwa zur Spieltheorie).

23 Schmidtchen in Schmidtchen/Weth S. 14.

24 Vgl. McKenzie/Tullock S. 82; Kirchner in Engel/Morlok S. 319; Schäfer/Ott S. 49 (dort werden als Gegenstandsbereiche aufgezählt: Produktion u. Verteilung von Gütern, Handel, Wirtschaftswachstum, Analyse von Inflation u. Arbeitslosigkeit).

- Austausch und Handelsbeziehungen – Geben und Nehmen – (Angebot und Nachfrage),
- rationales Handeln des Individuums.

Die ökonomischen Methoden sind gekennzeichnet durch Modelle und statistische Tests, die auf Annahmen über die Art und Weise zwischenmenschlichen Verhaltens beruhen²⁵. In den letzten Jahrzehnten zeigt sich eine Entwicklung dahin, die ökonomischen Methoden einem größeren Anwendungsbereich als bisher zuzuführen.

Die moderne Wirtschaftswissenschaft versteht sich allgemeiner als eine Theorie der Wahlentscheidungen²⁶. Zur Verdeutlichung des Unterschieds wird dieser nunmehrige verallgemeinert gemeinte sozialwissenschaftliche Forschungsansatz in Anlehnung an die Abgrenzung zwischen ‚economics‘ und ‚economy‘ im englischen Sprachgebrauch auch als ‚Ökonomik‘ bezeichnet²⁷; dessen Kennzeichen ist die Verwendung des ökonomischen Paradigmas²⁸. Mit diesem sind die Ökonomik beherrschende Grundauffassungen zum methodischen Ansatz (dem sog. methodischen Individualismus) sowie zu Umweltbedingungen (Existenz von Ressourcenknappheit) und Verhaltensannahmen (Eigennutz; Rationalität) gemeint²⁹. Hinter der ökonomischen Analyse stehen eine Verpflichtung zum – kontroversen – Ziel der ökonomischen Effizienz und eine bestimmte – kontroverse – Annahme dazu, wie sich Menschen in der Wirklichkeit verhalten; bei der ökonomischen Analyse des Rechts entspricht das der Vision eines entsprechenden Rechtssystems und wie Menschen auf Rechtsnormen reagieren³⁰. Anliegen der ökonomischen Theorie ist es dabei nicht, das Verhalten eines bestimmten Individuums oder einer bestimmten einzelnen Institution in einer konkreten Situation zu analysieren. Vielmehr ist es das Anliegen der ökonomischen Analyse, generelle Aussagen, Hypothesen über das typische Verhalten von Individuen oder Institutionen zu machen.³¹

Die genannten Grundauffassungen werden nicht weiter begründet. Im Einzelnen mögen sie teils als aus sich selbst heraus einleuchtend gelten, so den Charakter von Axiomen haben oder als „assumptive Axiome“³² oder „nützliche Fiktionen“³³ zu

25 McKenzie/Tullock S. 9.

26 Kirchner in Engel/Morlok S. 319.

27 Die ‚economics‘ bezeichnen eher die Wiss der (National-) Ökonomie, die (Volks-) Wirtschaftslehre; die ‚economy‘ hingeg die Organisation bzw den Vorgang der Wirtsch sowie Wirtschaftflk, Sparsamk (Cassell’s). ‚Economy‘ kann in einem übertragenen Sinn von Effizienz aufgefasst werden, was so verstanden der abgegrenzten Bedeutg von ‚Ökonomik‘ entspricht.

28 Kirchner in Engel/Morlok S. 319.

29 AaO S. 318; Behrens S. 30f. Im Zshg mit der Rationalitätsann steht die Urbehauptg des ökonom Ansatzes, es sei ein sinnvolles Ziel, knappe Ressourcen effizient einzusetzen (vgl Schäfer/Ott S. 3).

30 Vgl Eidenmüller S. 96.

31 Ribhegge S. 64, dort zum Verhalten der Familie; Kirchgässner S. 21.

32 Gröschner S. 36.

33 AaO S. 39.

bezeichnen sein, eine wissenschaftliche Prämisse darstellen³⁴, teils eher heuristische Annahmen sein oder auch bereits empirisch überprüfbar Hypothesen entsprechen³⁵. Auf die genaue Einordnung kommt es hier nicht an. Es geht um analytische Brauchbarkeit³⁶, wobei sich für Ökonomen einiges seit bereits über 200 Jahren analytisch bewährt hat³⁷. Im Rahmen dieser Arbeit genügt es, auf eine wissenschaftslogische Überlegung zu verweisen: In den Sozialwissenschaften ist das Verstehen menschlichen Handelns erst möglich, wenn gewisse Annahmen akzeptiert werden, vergleichbar beispielsweise damit, dass in den Naturwissenschaften ein Reden über (Natur-) Gesetze erst möglich ist, wenn das Kausalitätsprinzip akzeptiert ist³⁸.

Wird der Differenzierung gefolgt, wonach die ‚Ökonomik‘ eine Methode der Sozialwissenschaft ist, die ‚Ökonomie‘ hingegen eines ihrer Gegenstandsbereiche³⁹, eröffnet das den Blick für den nächsten Schritt: die Ökonomik als ein allgemeines sozialwissenschaftliches Verfahren, das Anwendung in den verschiedensten Sozialwissenschaften findet.

2. *Ausweitung der Wirtschaftswissenschaft*

Die Wirtschaftswissenschaft hat eine Ausweitung erfahren, die zu einer zunehmenden Auflösung der deutlichen Grenzziehung zu den anderen Sozialwissenschaften führt⁴⁰. Das theoretische Instrumentarium der Ökonomie wird nicht mehr als beschränkt auf den sozialwissenschaftlichen Bereich der materiellen Bedürfnisbefriedigung – des Produzierens und des Konsumierens – angesehen. Der ökonomische Ansatz wird inzwischen bei neueren wirtschaftswissenschaftlichen Forschungen auf viele Bereiche, die bisher anderen Wissenschaften vorbe-

34 Morlok S. 16 (zum Modell des homo oeconomicus).

35 So meint etwa Engel (S. 177), die Ökonomie mache keine empirischen Aussagen, sondern heuristische. Auch Gröschner (S. 39) spricht von „heuristischer Fiktion“ in Abgrenzung zu nomologischen Hypothesen; für ihn geht es nicht um (empirische) Bestätigung durch Beobachtung und Experiment. Auch wenn Empirie nicht zur Wirtschaftswissenschaft gehören mag, schließt das nicht aus, dass manches überprüfbar und modifizierbar ist, so die Grundannahme des Eigennutzes, und das wäre einer empirischen Überprüfung von vornherein wegen zu großer Allgemeinheit nicht zugänglich, so die Verhaltensannahme der Rationalität.

36 Gröschner S. 39.

37 So etwa bei Gröschner S. 40 zur Eigennutzannahme.

38 Kirchgässner S. 18f.

39 AaO S. 2. Er führt die häufig nicht anzutreffende Unterscheidung v.a. auf historische Gründe zurück: Die Ökonomik sei in der (klassischen) Nationalökonomie entwickelt worden; bei der Anwendung dieses Verfahrens handele es sich insofern um einen Schritt ‚zurück‘ in Richtung auf eine (methodische) Einheit der Sozialwissenschaft. Mit dem Verweis auf die klassische Nationalökonomie ist demnach ein Zeitpunkt gemeint, zu dem es noch eine Einheit der Sozialwissenschaft in der alles umfassenden politischen Philosophie gegeben hat und sich der Gegenstandsbereich der Wirtschaftswissenschaft als eigenständiger Lehr- und Forschungsbereich daraus (heraus-) entwickelte. Laut Gröschner (S. 38) fange die Differenzierung in Ökonomik und Ökonomie an, sich einzubürgern, zwingend sei der Sprachgebrauch aber nicht.

40 McKenzie/Tullock S. 331f.

halten waren, angewendet⁴¹. Bei der Überwindung der Grenzen der traditionellen Ökonomie in Richtung auf eine allgemeine sozialwissenschaftliche Theorie wird der Mensch als ein Individuum gesehen, welches sich bei der Entscheidung politischer oder rechtlicher Fragen nicht prinzipiell anders verhält als bei der Regelung wirtschaftlicher Angelegenheiten⁴². So ist das Verhaltensmodell, welches der (modernen) ökonomischen Theorie zugrunde liegt, grundsätzlich anwendbar, wenn gesellschaftliche Makrophänomene mit Hilfe individueller Entscheidungen erklärt werden sollen⁴³. Und schließlich mag man rein pragmatisch auf die zunehmende Ökonomisierung von verschiedenen Lebensbereichen, auf den Zwang zum wirtschaftlichen Umgang mit knappen Ressourcen abstellen und feststellen, dass damit auch eine ökonomische Theorie des Handelns in diesen Lebensbereichen plausibler und erklärungsstärker wird⁴⁴.

Dabei wird methodisch im Wesentlichen so vorgegangen, dass Erscheinungen innerhalb einer außerwirtschaftswissenschaftlichen Disziplin an Bewertungsmaßstäben der Ökonomie gemessen und wirtschaftswissenschaftliche Erkenntnisse angewendet werden. Beispiele sind eine Ausrichtung am Prinzip „Eigennutz fördert Gemeinnutz“, eine Berücksichtigung vom Gesamtinteresse über Einzelinteressen hinaus oder einzelne Erkenntnisse etwa aus der betriebswirtschaftlichen Entscheidungstheorie, die sich mit Prognosen und Entscheidungen unter Ungewissheit beschäftigt⁴⁵.

Manche Repräsentanten dieser ausweitenden Entwicklung betrachten sogar solche Erscheinungen des gesellschaftlichen Lebens unter ihrem ökonomischen Blickwinkel, die an sich bereits etwa aus der Sicht der Soziologie, Politologie oder Sozialpsychologie als geklärt gelten, daher findet sich auch eine Umschreibung als „ökonomischer Imperialismus“⁴⁶. Mancher sieht darin ein Gleichziehen der modernen Ökonomie mit anderen „imperialistischen“ Wissenschaften: der Rechtswissenschaft, bei der sich rechtliche Regelungen für nahezu alle Lebensbereiche finden, und den Soziologien, die es bereits für praktisch alle Lebensbereiche gibt⁴⁷. Der ökonomische Ansatz entwickelt sich dahin, die bislang unterschiedlichen Disziplinen (wieder) in einen gemeinsamen sozialwissenschaftlichen Zu-

41 Schäfer/Ott S. 3; Ramb S. 21.

42 Kirchgässner S. 236; 98. Ähnl Eidenmüller S. 83: Nach Ansicht der ÖAR seien Menschen *homines oeconomici*, die sich „dem Recht gegenüber genauso verhielten wie im Kaufhaus“ (nutzenmaximierend).

43 Damit tritt der ökonom Ansatz in Konkurrenz zum soziolog Ansatz (Kirchgässner S. 98).

44 Morlok S. 1; ähnl wieder auf S. 20, dort mit der Ergänzung, dass die auch auf nicht systematisierten Antrieben lebende, moral-prakt Lebenswelt immer mehr verdrängt werde.

45 Salje S. 286-288.

46 Geleitwort Hans Albert in McKenzie/Tullock S. 5f. Behrens (S. 25) betont ebenf, dass der ökonom Ansatz zunehmend Verbreitg finde in der polit Wiss u Soziologie, mit Auswirkgen bis hinein in die Ethno-Soziologie u die moderne Soziobiologie.

47 Vgl Kirchgässner S. 139.

sammenhang zu stellen, indem er das menschliche Handeln (die „menschliche Praxis“) zum zentralen Bezugspunkt nimmt⁴⁸. Mit anderen Worten: man sucht in zunehmendem Maße nahezu alles menschliche Handeln unter dem einheitlichen Aspekt des rationalen Entscheidens über Alternativen zu betrachten⁴⁹. Noch einen Schritt weiter geht es, wenn ökonomische Modellansätze in der (Verhaltens-) Biologie angewendet werden, über die Menschen als „nackthäutige, zweibeinige Säugetierspezies“ hinaus auch auf das Verhalten anderer Lebewesen⁵⁰.

Der Diskussionsprozess dazu ist allerdings nicht abgeschlossen. Die Gegner legen nach wie vor Wert auf eine Autonomie der jeweils vertretenen Disziplin und ihre Abgrenzung gegenüber den anderen Disziplinen der Sozialwissenschaften, die Befürworter hingegen betonen den Nutzen für den Fortschritt der Erkenntnis⁵¹.

Zwei allgemein bekannte Phänomene umschreiben das Grundproblem in der Ökonomie: jeder Mensch möchte ein maximales Wohlbefinden erreichen, allerdings stehen dafür nur beschränkt Mittel zur Verfügung, was eine Auswahlentscheidung erzwingt. Das sog. ökonomische Prinzip benennt den grundsätzlichen Problemlösungsansatz: danach werden begrenzte Mittel vernünftigerweise zu einer höchstmöglichen Wohlbefindenssteigerung eingesetzt. Bei simpler Betrachtung zeigt sich dieses ökonomische Prinzip ohne weiteres als genauso zutreffend für alle Handlungen eines Menschen in alternativ entscheidbaren Situationen (Wahlhandlungsprobleme) über das Wirtschaften im traditionellen Sinn hinaus, wenn die „Mittel“ und das Wohlbefinden in einem weiten Sinn befreit von einem einengenden Bild der Ressourcen im güterwirtschaftlichen Sinn verstanden werden⁵². So kommt man zu einer Art von „allgemeinem soziologischen Paradigma“: Der Ansatz der theoretischen Ökonomie lässt sich überall dort berücksichtigen, wo Knappheit besteht, eine Handlungsentscheidung getroffen werden soll, alternative Handlungen möglich sind und diese zu bewerten sind, wobei keineswegs bewusste Entscheidungen vorausgesetzt werden⁵³.

Bekannt geworden und inzwischen ins populäre Bewusstsein übernommen ist beispielsweise insbesondere die Idee des Kosten-Nutzen-Kalküls bei Straftätern: der Bestrafung als ‚Kosten‘ von Kriminalität; die Vorteile aus der Tat abgewogen

48 Behrens S. 25f, der von einer sich hierauf gründb „allgemeinen Methodologie rationaler Praxis“ spricht bezogen auf ein als Problemlösgstätigk begriffenes menschl Handeln.

49 (Ökonom Ansatz des sog Rationalwahl – od ökonom Zugangs zur soz Realität) Kliemt S. 282. Er weist (auf S. 281) darauf hin, dass dieses nichts völlig Neues ist: Bereits für die Klassiker der neuzeitl Sozialtheorie – genannt Thomas Hobbes, David Hume, Adam Smith – habe ein Modell menschl Verhaltens gleichermaßen Gültigk gehabt, u die mehreren Disziplinen hätten deswg eine Einh bilden müssen.

50 Tietzel S. 387f mwN.

51 Geleitwort Hans Albert in McKenzie/Tullock S. 5.

52 Vgl zB Ramb S. 21, der ua dieses auf S. 3ff an dem Bsp einer Abendeinladg entwickelt.

53 Geleitwort Hans Albert in McKenzie/Tullock S. 6.

mit einer ins Verhältnis zum Straftatdeckungsrisiko gesetzten Strafhöhenprognose – ein den klassischen Bereich der Kriminologie bzw. Kriminalpsychologie verlassender ökonomischer Gedankengang, dessen Plausibilität man sich jedenfalls für den Bereich der Vermögensdelikte nicht entziehen kann. Bürokratien waren bisher bekanntlich eher ein Gegenstand organisationssoziologischer Untersuchungen. Leistungen und Fehlleistungen von Bürokratien werden inzwischen auch mit den ökonomischen Kriterien untersucht, die bisher in der Wirtschaftswissenschaft zur Analyse des Markts und von Marktversagen dienen⁵⁴. Diese Beispiele dienen der Veranschaulichung der Möglichkeit, menschliches Verhalten als das einer ökonomischen Wahlentscheidung zu erklären.

Der interdisziplinäre ökonomische Ansatz lässt sich akzeptieren, sobald und solange nicht der Anspruch erhoben wird, dass mit ihm die zu untersuchenden Phänomene restlos erklärt werden; auf mögliche Anwendungsgrenzen weisen Befürworter selbst hin⁵⁵. Beim Eintreten für das ökonomische Verhaltensmodell wird kaum ernsthaft angenommen, dass neben der Ökonomie keine andere Sozialwissenschaft Bestand habe. Zum einen müssen sich die Ergebnisse aus der Anwendung der ökonomischen Ansätze an denen anderer Ansätze messen lassen, zum anderen erfüllen andere Sozialwissenschaften (insbesondere Soziologie und Psychologie) zumindest komplementäre Funktionen.⁵⁶

Die Herangehensweise, unter Zuhilfenahme der ökonomischen Theorie Entscheidungsverhalten losgelöst von einem güterwirtschaftlichen Zusammenhang bis hin zu Alltagssituationen zu erklären, ist ein genauso viel oder wenig beliebiger Ansatz wie Erklärungsversuche menschlichen Verhaltens aus psychologischer oder soziologischer Perspektive unter Anwendung der dort gültigen Paradigmen. Bei dem oben beschriebenen Verständnis von Ökonomie als der Anwendung eines allgemeinen – also nicht wirtschaftswissenschaftsspezifischen – Modells menschlichen Verhaltens⁵⁷ bestehen keine (wissenschafts-) methodischen Bedenken, wirtschaftswissenschaftliche Modelle menschlichen Verhaltens bzw. die diesen zugrunde liegenden Annahmen und Hypothesen als ein – allgemeines – wissenschaftliches Handwerkszeug⁵⁸ zu verwenden. Die bei der in diesem Sinne erweiterten ökonomischen Analyse verwendeten Annahmen (z.B. insbesondere, dass Individuen ihren eigenen Nutzen verfolgen) sind Instrumente wissenschaftlicher Prognose; die Wissenschaft wird nicht an ihren Instrumenten, sondern vielmehr an ihren Ergebnissen, an der Treffsicherheit ihrer Prognose gemessen⁵⁹.

54 Schäfer/Ott S. 3.

55 Vgl zB den Hinw im Geleitwort von Hans Albert in McKenzie/Tullock S. 7.

56 Vgl Kirchgässner S. 141.

57 Kirchgässner S. 9.

58 Vgl auch Schäfer/Ott S. 3.

59 Schäfer/Ott S. 3.

Will man menschliches (Entscheidungs-) Verhalten versuchen mittels der Sichtweise der ökonomischen Theorie zu erklären, so kann es durchaus genügen, sich auf das o.a. grundlegende Verhaltensmodell und die o.a. Annahmen zu beschränken, welche die Basis für sämtliche wirtschaftswissenschaftlichen Teilgebiete sind. Im Detail kann es sich anbieten, sich auch einzelne Erkenntnisse und Gesetzmäßigkeiten aus diesen Teilgebieten zunutze zu machen⁶⁰.

Eine systematische Gesamtdarstellung der Gegenstandsbereiche, in denen die Ökonomie menschliches Verhalten und die Funktion von Institutionen analysiert, muss hier unterbleiben, um nicht den Rahmen der Arbeit zu sprengen. Nachfolgend werden in erster Linie Grundlagen und daneben einzelne ausgewählte Aspekte der ökonomischen Theorie dargestellt, soweit sie zur Vorbereitung und zum gemeinsamen Grundverständnis der Anwendung auf die Untersuchungsthemen in den Kapiteln § 4, § 5 und § 6 dienlich sind.

III. Ökonomische Analyse als Begleitdisziplin der Rechtswissenschaft

1. Einführung in die ökonomische Analyse des Rechts

Die in den USA aus der Zusammenarbeit von Juristen und Ökonomen entstandene „Economic Analysis of Law“ versucht, das Recht nach wirtschaftswissenschaftlichen Prinzipien zu erklären und zu entwickeln⁶¹. Diese – zu deutsch: – „ökonomische Analyse des Rechts“ (ÖAR) betrachtet es als Aufgabe der Rechtswissenschaft, Normen der Rechtsordnung nach den Kriterien der Ökonomie zu untersuchen und zu beurteilen⁶².

60 Nur zB: aus dem zur Mikroökonomie der VWL gehörenden Bereich der Haushaltstheorie, wenn es um Fragen zum Verh zw zunehmendem Konsum u Nutzenstiftg geht, od solche aus dem zur BWL gehörenden Bereich der Unternehmensführg, wenn es um Probleme der Organisation od Überwachg von Abläufen geht.

61 Burow S. 8; Als Begründer der ÖAR gelten Ronald H. Coase u Guido Calabresi. Der an engl u amerikan Universitäten lehrende brit Volkswirtschaftler Coase war insb bekannt geworden mit ‚The Nature of the Firm‘, 1937, zu der von ihm begründeten Transaktionskostentheorie; mit ‚The Problem of Social Cost‘, 1960, analysierte er den Einfluss des R auf das Funktionieren von Wirtschaftssystemen, ua die Auswirkg auf die Allokationseffizienz, u wie das ökonom Geschehen die Herausbildg rechtl Institutionen beeinflusst (vgl Gabler Stw. Coase). Coase gilt auch als Begründer der modernen Institutionenökonomik. Calabresi nahm mit ‚The Costs of Accidents‘ (1970) eine systemat u konsequente Analyse der Ziele des SchadensR vor (Schäfer/Ott S. 100-113). Richard A. Posner wird als der bedeutendste Protagonist der ÖAR bezeichnet; er veröff unter dem Titel ‚Economic Analysis of Law‘ (1. Aufl. 1972) eine sich über fast alle RGebiete erstreckende Untersuchung, in der erstmalig R konsequent unter einem ökonom Blickwinkel – der Effizienz – erklärt u bewertet wurde (Salje S. 278).

62 Vgl Schäfer/Ott S. 1.