

Budgetassistenz und rechtliche Betreuung

Gutachten und
Regelungsvorschlag

von

Prof. Dr. Felix Welti

im Auftrag des

Bundesverbands der
Berufsbetreuer/innen e.V.
(BdB)

Januar 2009

I. Einleitung und Problembeschreibung	3
1. Das Persönliche Budget	3
2. Die Budgetassistenz	4
3. Betreuung	5
II. Gutachten zur Rechtslage	7
1. Budgetassistenz	7
a. Budgetassistenz als Teil des Teilhabebedarfs	7
b. Budgetassistenz als Sozialleistung	7
aa. Beratungs- und Unterstützungsansprüche unmittelbar gegen Sozialleistungsträger nach §§ 14, 15 SGB I mit § 22 Abs. 2 SGB IX	7
bb. Beratungs- und Unterstützungsansprüche gegen den Träger der gemeinsamen Servicestelle, § 22 SGB IX	8
cc. Beratungs- und Unterstützungsansprüche gegen die Pflegekasse, §§ 7, 7a SGB XI ...	9
dd. Beratungs- und Unterstützungsansprüche gegen den Träger der Sozialhilfe, § 11 SGB XII.....	9
ee. Beratung und Unterstützung als Teil der medizinischen Rehabilitation, § 26 Abs. 3 SGB IX.....	10
ff. Beratung und Unterstützung als Teil der Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben, § 33 Abs. 6 SGB IX	11
gg. Zwischenergebnis.....	11
ff. Einbeziehung von Beratungs- und Unterstützungsbedarf in das Persönliche Budget.	11
c. Anforderungen an die Budgetassistenz	13
2. Betreuung und Persönliches Budget	13
a. Budgets für betreute Personen.....	13
b. Unterstützung des Budgets durch Betreuerinnen und Betreuer	14
c. Zulässigkeit der Budgetassistenz durch Betreuerinnen und Betreuer?	15
aa. Budgetassistenz im Rechtsverhältnis zum Sozialleistungsträger	15
bb. Budgetassistenz im Rechtsverhältnis zur betreuten Person	17
cc. Betreuungsrechtliche Problemlösung	17
dd. Sozialrechtliche Problemlösung	18
III. Ergebnis des Rechtsgutachtens de lege lata	19
IV. Regelungsvorschlag	20
1. Vorschlag für Regelungen im SGB IX	20
2. Vorschlag für eine Regelung in der Budgetverordnung.....	22

I. Einleitung und Problembeschreibung

1. Das Persönliche Budget

Mit dem Sozialgesetzbuch Neuntes Buch – Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen – (SGB IX) ist zum 1. Juli 2001 für alle Leistungen zur Teilhabe behinderter Menschen die Möglichkeit geschaffen worden, Leistungen als Persönliches Budget auszuführen¹. Mit Wirkung zum 1. Juli 2004 sind die Regelungen zum Persönlichen Budget neu gefasst und präzisiert worden (§ 17 Abs. 2-6 SGB IX). Die heutige Fassung haben diese Regelungen seit dem 30.3.2005. Auf der Grundlage von § 21a SGB IX ist die Budgetverordnung vom 27.5.2004 erlassen worden, die zum 1.7.2004 in Kraft getreten ist. Seit dem 1. Januar 2008 sind Leistungen zur Teilhabe auf Antrag als Persönliches Budget zu erbringen (§ 159 Abs. 5 SGB IX).

Das Persönliche Budget ist keine neue Sozialleistung, sondern eine besondere Form der Leistungserbringung. Ihr Zweck ist, den Leistungsberechtigten in eigener Verantwortung ein möglichst selbstbestimmtes Leben zu ermöglichen (§ 17 Abs. 2 Satz 1 SGB IX). Dies entspricht insgesamt den Zwecken der Leistungen zur Teilhabe, der Behinderung entgegenzuwirken, Einschränkungen der Erwerbsfähigkeit und Pflegebedürftigkeit entgegenzuwirken, die Teilhabe am Arbeitsleben zu sichern und die persönliche Entwicklung ganzheitlich zu fördern, die Teilhabe am Leben in der Gesellschaft sowie eine möglichst selbstständige und selbstbestimmte Lebensführung zu ermöglichen und zu erleichtern (§ 4 Abs. 1 SGB IX).

Das Persönliche Budget wird nur auf Antrag erbracht. Beim Persönlichen Budget werden von einer leistungsberechtigten Person zu beanspruchende Leistungen zur Teilhabe im Regelfall in einem Geldbetrag zusammengefasst, der zumeist monatlich ausgezahlt wird (§ 17 Abs. 3 Satz 1 SGB IX). In Ausnahmefällen können Gutscheine ausgegeben werden (§ 17 Abs. 3 Satz 2 SGB IX).

Das Persönliche Budget soll durch einen oder mehrere Sozialleistungsträger in dem in § 17 Abs. 4 SGB IX und § 3 BudgetV beschriebenen Verfahren bestimmt werden. Es ist auf der Grundlage der Bedarfsfeststellung (§ 10 Abs. 1 SGB IX) so zu bemessen, dass der festgestellte Bedarf gedeckt wird und die erforderliche Beratung und Unterstützung erfolgen kann (Budgetassistenz). Der leistungsberechtigten Person tritt auch beim trägerübergreifenden Persönlichen Budget ein Leistungsträger (Beauftragter) gegenüber, der im Namen der anderen

¹ Vgl. ausführlich Felix Welti/ Kerstin Rummel, Rechtsfragen des Persönlichen Budgets nach § 17 SGB IX BMAS-Forschungsberichte Bd. 367, 2007; Jonathan Fahlbusch, Rechtsfragen des Persönlichen Budgets, NDV 2006, 227; Harry Fuchs, Das Persönliche Budget – Sozialleistungen aus einer Hand, Betreuungsmanagement 2006, 92; Felix Welti, Das Persönliche Budget – Herausforderung an soziale Dienste, Einrichtungen und Berufe, Betreuungsmanagement 2007, 117.

beteiligten Leistungsträger den Verwaltungsakt erlässt und das Verfahren durchführt (§ 17 Abs. 4 Satz 1 SGB IX). Die leistungsberechtigte Person schließt mit diesem Sozialleistungsträger eine Zielvereinbarung (§ 4 BudgetV), in der mindestens Regelungen über die Ausrichtung der individuellen Förder- und Leistungsziele, über die Erforderlichkeit des Nachweises für die Deckung des Bedarfs und über die Qualitätssicherung enthalten sein müssen.

Am Persönlichen Budget können als Rehabilitationsträger die gesetzlichen Krankenkassen, die Träger der gesetzlichen Rentenversicherung, der gesetzlichen Unfallversicherung, der sozialen Entschädigung, der Sozialhilfe und der Kinder- und Jugendhilfe sowie die Bundesagentur für Arbeit beteiligt sein, außerdem die Integrationsämter und die Pflegekassen. Außer Leistungen zur Teilhabe können auch weitere Leistungen der Krankenkassen, der gesetzlichen Unfallversicherung und der Sozialhilfe zur Krankenversorgung und zur Pflege in das Persönliche Budget einbezogen werden (§ 17 Abs. 2 Satz 3 SGB IX). Über den Rehabilitationsträger Bundesagentur können auch Leistungen der Träger der Grundsicherung für Arbeitsuchende in ein Persönliches Budget einbezogen werden (§ 6a SGB IX; § 16 Abs. 1 Satz 3 SGB II mit § 103 Satz 2 SGB III).

Es können abweichende Regelungen in den Leistungsgesetzen der Rehabilitationsträger gelten (§ 7 Satz 1 SGB IX), dies ist jedoch kaum der Fall. Eine spezialgesetzliche Abweichung enthält § 35a SGB XI. Danach können stationäre Leistungen der Pflegeversicherung nicht und ambulante Leistungen nur als Gutscheine in ein Budget einbezogen werden, die zur Inanspruchnahme zugelassener Pflegedienste berechtigen. Besonderheiten können sich weiter aus dem Leistungserbringungsrecht der einzelnen Sozialleistungsträger ergeben. So können vertragsärztliche Leistungen nicht in das Budget einbezogen werden².

2. Die Budgetassistenz

Nach der Regelung in § 17 Abs. 3 Satz 3 SGB IX wird gesetzlich vorausgesetzt, dass für die Inanspruchnahme eines Persönlichen Budgets Beratung und Unterstützung notwendig ist oder jedenfalls notwendig sein kann. Das Persönliche Budget beruht darauf, dass die Leistungsberechtigten selbst eine Auswahl unter Leistungserbringern für Dienste und andere Leistungen zur Teilhabe treffen und mit diesen vertraglich vereinbaren, wie die Leistungen erbracht werden. Sie müssen dabei – nach Maßgabe der Zielvereinbarung – selbst darauf achten, dass ihr festgestellter Bedarf gedeckt wird und dass die Leistungen zur Teilhabe in hinreichender Qualität erbracht werden. Da das Persönliche Budget eine Alternative zur bisherigen Leistungserbringung durch Dienste und Einrichtungen schafft, mit denen der Leistungs-

² Fahlbusch, NDV 2006, 227, 229.

träger eine Vertragsbeziehung hat oder die Teil des Leistungsträgers sind, ergibt sich der Bedarf an Beratung und Unterstützung zum Teil schon durch die Umstellung aus der früheren Situation. Hinzu kommt, dass insbesondere geistig und seelisch behinderte Menschen durch ihre Behinderung im Vergleich zu nichtbehinderten Menschen unter erschwerten Bedingungen zwischen verschiedenen Leistungsanbietern auswählen. Ihre Fähigkeit zur Kommunikation und Kognition kann eingeschränkt sein und das geschäftliche Leben ist vielfach nicht auf ihre besondere Situation eingerichtet. Das Angebot an Leistungen zur Teilhabe ist oft nicht transparent und einfach aufzufinden. Wegen der geringen Anzahl betroffener Menschen stehen oft nur wenige Leistungsanbieter zur Verfügung. Da das Persönliche Budget noch nicht flächendeckend verbreitet ist, kann es auch erforderlich sein, Leistungsanbieter über den Umgang mit dem Persönlichen Budget aufzuklären, um ein hinreichendes Angebot zu ermöglichen.

Budgetassistenz ist im SGB IX nicht als gesonderte Sozialleistung ausgewiesen. Es erscheint jedoch möglich, dass sie zum Leistungsumfang der Leistungen zur Teilhabe der Rehabilitationsträger gehört³. Explizit wird dies in § 11 Abs. 2 Satz 4 SGB XII, wo eine gebotene Budgetberatung als Leistung des Trägers der Sozialhilfe genannt wird. Ob und wieweit die Budgetassistenz im Rahmen der Leistungsbemessung zu berücksichtigen ist, ist jedoch noch weiterhin ungeklärt. Auch sind die Anforderungen an die Budgetassistenz rechtlich noch nicht umfassend geklärt worden. Es ist jedoch nahe liegend, dass sie vor allem aus den gesetzlichen Zielen des Persönlichen Budgets zu entwickeln sind.

3. Betreuung

Mehr als 1,2 Millionen Personen in der Bundesrepublik Deutschland stehen unter rechtlicher Betreuung, weil sie auf Grund von Krankheit oder Behinderung ihre Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht besorgen können (vgl. § 1896 Abs. 1 BGB). Für sie sind durch das Vormundschaftsgericht natürliche Personen, Betreuungsvereine oder Behörden zu Betreuern bestellt (§§ 1897, 1900 BGB). Ziel des Betreuungsrechts ist es, die Angelegenheiten der betreuten Personen so zu besorgen, dass es ihrem Wohl und im Rahmen ihrer Fähigkeiten ihren eigenen Wünschen und Vorstellungen entspricht sowie der Krankheit oder Behinderung des Betreuten entgegenzuwirken und ihre Folgen zu mildern (§ 1901 Abs. 2 und 4 BGB). Damit hat die rechtliche Betreuung Ziele, die denjenigen der Leistungen zur Teilhabe und des Persönlichen Budgets entsprechen. Es ist festzuhalten, dass ein relevanter Teil der für ein Persönliches Budget in Frage kommenden behinderten oder von Behinderung bedrohten Menschen

³ Zweifelnd: Fahlbusch, NDV 2006, 227, 231 f.

rechtlich betreut wird, so dass das Verhältnis beider Regelungskreise zueinander klärungsbedürftig ist⁴.

Die Betreuung wird für bestimmte Aufgabenkreise angeordnet. In diesen vertritt der Betreuer den Betreuten gerichtlich und außergerichtlich (§ 1901 BGB). Zu den Angelegenheiten des Betreuten können der Umgang mit Behörden einschließlich Rehabilitationsträgern und mit Diensten und Einrichtungen der Rehabilitation sowie anderen Leistungserbringern gehören, die im Rahmen eines Persönlichen Budgets tätig werden. Sozialleistungen in Form eines Persönlichen Budgets zu erhalten kann für betreute Personen im Umgang mit den Rehabilitationsträgern ein erhöhtes Maß an Aktivität bedeuten, weil sie sich im Rahmen der Bedarfsbemessung und des Abschlusses der Zielvereinbarung mit den Rehabilitationsträgern auseinandersetzen müssen. Ist ein Budget bewilligt, müssen betreute Personen Verträge mit Leistungserbringern schließen. Soweit ihr Aufgabenkreis betroffen ist, sind also Betreuer bei der Leistungserbringung durch Persönliches Budget einbezogen.

In diesen Fällen stellen sich einige Fragen. Zunächst ist grundsätzlich zu klären, ob betreute Personen Sozialleistungen in Form eines Persönlichen Budgets erhalten können. Wird dies grundsätzlich bejaht, ist die Rolle des Betreuers zu diskutieren. Fraglich ist, ob die benötigte Beratung und Unterstützung des betreuten Budgetnehmers bereits durch die rechtliche Betreuung abgedeckt ist. Zu fragen ist auch, wie der erhöhte Zeitaufwand bei einem Persönlichen Budget mit dem pauschalierten Stundenansatz eines Betreuers (§ 5 VBVG) vereinbar sein kann. Kommt man zum Ergebnis, dass die Beratung und Unterstützung des betreuten Budgetnehmers nicht oder nicht immer durch die Betreuung gedeckt ist, ist zu fragen, ob der Betreuer über die Betreuung hinaus in der Budgetassistenz tätig sein kann. Dem könnte entgegenstehen, dass die betreute Person mit dem Betreuer nach § 181 BGB eine entsprechende Vereinbarung nicht abschließen kann, weil der Betreuer mit sich selbst kontrahieren müsste.

Die Rechtsfragen im Verhältnis zwischen dem Persönlichen Budget, insbesondere der bei seiner Inanspruchnahme nötigen Beratung und Unterstützung (Budgetassistenz), und dem Betreuungsrecht sollen im Weiteren aufgearbeitet werden, um Lösungsvorschläge bei bestehender Rechtslage (*de lege lata*) und zur systemgerechten Weiterentwicklung des Rechts durch den Gesetzgeber (*de lege ferenda*) zu entwickeln.

⁴ Dazu bisher: Werner Bienwald, Persönliches Budget und Rechtliche Betreuung, FamRZ 2005, 254; Jörg Tänzer, Budgetassistenz und rechtliche Betreuung, BtPrax 2008, 16.

II. Gutachten zur Rechtslage

1. Budgetassistenz

a. Budgetassistenz als Teil des Teilhabebedarfs

Der Bedarf an Leistungen zur Teilhabe ist nach § 10 Abs. 1 SGB IX zu bestimmen. Danach ist der individuelle Bedarf an voraussichtlich erforderlichen Leistungen funktionsbezogen festzustellen und schriftlich so zusammenzustellen, dass sie nahtlos ineinander greifen. Die Leistungen sind entsprechend dem Verlauf der Rehabilitation anzupassen und darauf auszurichten, den Leistungsberechtigten unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls die den Zielen nach §§ 1, 4 Abs. 1 SGB IX entsprechende umfassende Teilhabe am Leben in der Gesellschaft zügig, wirksam, wirtschaftlich und auf Dauer zu ermöglichen. Dabei haben die Rehabilitationsträger durchgehend das Verfahren entsprechend dem jeweiligen Bedarf zu sichern und zu gewährleisten, dass die wirksame und wirtschaftliche Ausführung der Leistungen nach gleichen Maßstäben und Grundsätzen erfolgt. § 17 Abs. 3 Satz 3 SGB IX verweist für die Bemessung des Persönlichen Budgets ausdrücklich auf § 10 Abs. 1 SGB IX und stellt weiter klar, dass das Budget so zu bemessen ist, dass die erforderliche Beratung und Unterstützung erfolgen kann.

Zu untersuchen ist, wie die erforderliche Beratung und Unterstützung gewährt werden und bei der Budgetbemessung berücksichtigt werden kann. Zunächst ist zu fragen, ob es sich bei der erforderlichen Beratung und Unterstützung bereits selbst um eine Leistung zur Teilhabe handelt oder ob diese zusätzlich zu den bestehenden Leistungsansprüchen zu berücksichtigen ist.

b. Budgetassistenz als Sozialleistung

aa. Beratungs- und Unterstützungsansprüche unmittelbar gegen Sozialleistungsträger nach §§ 14, 15 SGB I mit § 22 Abs. 2 SGB IX

Alle Sozialleistungsträger sind zur Beratung der Leistungsberechtigten über ihre Rechte und Pflichten nach dem Sozialgesetzbuch verpflichtet (§ 14 Satz 1 SGB I). Zuständig für die Beratung sind die Leistungsträger, denen gegenüber die Rechte geltend zu machen und die Pflichten zu erfüllen sind (§ 14 Satz 2 SGB I). Dieser Beratungsanspruch erstreckt sich auf alle sozialrechtlichen Fragen, die für den einzelnen zur Beurteilung seiner Rechte und Pflichten von Bedeutung sind oder in Zukunft von Bedeutung sein können⁵. Es handelt sich im Wesentlichen um eine Beratung über rechtliche Fragen im Verhältnis zwischen Bürgern und Sozialleistungsträgern. Damit ist nur ein Teilbereich der bei Inanspruchnahme von Persönlichen

⁵ Vgl. hierzu und zu den weiteren Beratungspflichten Reza F. Shafaei, Die gemeinsamen Servicestellen für Rehabilitation, 2008, 41 ff.

Budgets erforderlichen Beratung und Unterstützung erfasst. Zwar kann bei einem zutreffenden weiten Verständnis die Beratungspflicht nach § 14 SGB I nicht dann enden, wenn die Zuständigkeit eines anderen Trägers gegeben ist, so dass jedenfalls der beauftragte Träger im Verhältnis zum Leistungsberechtigten umfassend beratungspflichtig für alle Leistungen wird, die im Budget einbezogen sind oder einbezogen werden könnten, da diese Rechte auch ihm gegenüber geltend gemacht werden. Die Unterstützung bei der selbstverantwortlichen Inanspruchnahme von Leistungserbringern als zweiter Kernbereich der erforderlichen Beratung und Unterstützung ist jedoch von § 14 SGB I nicht erfasst.

Eine zusätzliche Auskunftspflicht besteht nach § 15 SGB I. Nach § 15 Abs. 1 SGB I sind die nach Landesrecht zuständigen Stellen, die Träger der gesetzlichen Krankenversicherung und der sozialen Pflegeversicherung verpflichtet, über alle sozialen Angelegenheiten nach dem SGB Auskünfte zu erteilen. Diese Auskunftspflicht erstreckt sich auf die Benennung der zuständigen Leistungsträger sowie auf alle Sach- und Rechtsfragen, die für die Auskunft Suchenden von Bedeutung sein können und zu deren Beantwortung die Auskunftsstelle in der Lage ist (§ 15 Abs. 2 SGB I). Nach Landesrecht sind zumeist die Kreise und kreisfreien Städte zu Auskunftsstellen bestimmt. Durch § 22 Abs. 2 Satz 2 SGB IX ist die Auskunftspflicht für Leistungen zur Teilhabe auf alle Rehabilitationsträger erweitert. Die Auskunftspflicht nach § 15 SGB I erscheint hilfreich vor Beantragung eines Budgets, umfasst jedoch ebenfalls nicht die weiter gehende Unterstützung, die bei Inanspruchnahme eines Budgets erforderlich sein kann.

bb. Beratungs- und Unterstützungsansprüche gegen den Träger der gemeinsamen Servicestelle, § 22 SGB IX

Eine bereichsspezifische Beratungs- und Unterstützungspflicht ist in der Regelung über die gemeinsamen Servicestellen der Rehabilitationsträger in §§ 22-25 SGB IX konstituiert. Diese Pflicht umfasst Beratung und Unterstützung für behinderte und von Behinderung bedrohte Menschen, ihre Vertrauenspersonen und Personensorgeberechtigten insbesondere über Leistungsvoraussetzungen, Leistungen der Rehabilitationsträger, besondere Hilfen im Arbeitsleben und Verwaltungsabläufe (§ 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB IX) sowie bei der Klärung des Rehabilitationsbedarfs, bei der Inanspruchnahme von Leistungen zur Teilhabe und bei der Inanspruchnahme eines Persönlichen Budgets (§ 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB IX). Sie sollen die Verbände behinderter Menschen einschließlich der Verbände der Freien Wohlfahrtspflege, der Selbsthilfegruppen und der Interessenvertretungen behinderter Frauen mit Einverständnis der behinderten Menschen an der Beratung beteiligen (§ 22 Abs. 1 Satz 5 SGB IX).

Es wird deutlich, dass als Kehrseite der Pflicht der Rehabilitationsträger ein Leistungsanspruch auf die erforderliche Beratung und Unterstützung bei Inanspruchnahme eines Persönlichen Budgets besteht⁶. Er richtet sich gegen den oder die Träger der jeweiligen örtlichen Servicestelle, die in jedem Kreis und jeder kreisfreien Stadt eingerichtet sein muss (§ 23 Abs. 1 Satz 1 SGB IX). Dieser Träger muss nicht in jedem Fall an dem Persönlichen Budget beteiligt sein, ist der Antrag jedoch bei der Servicestelle gestellt worden, so ist dieser Rehabilitationsträger beauftragter Träger (§ 3 Abs. 2 BudgetV). Auch diese Regelung deutet darauf hin, dass die Servicestellen eine wichtige Rolle bei Beratung und Unterstützung der Budgetnehmer übernehmen sollen.

cc. Beratungs- und Unterstützungsansprüche gegen die Pflegekasse, §§ 7, 7a SGB XI

Für pflegebedürftige Menschen besteht ein bereichsspezifischer Beratungsanspruch gegen die Pflegekasse bei der Auswahl und Inanspruchnahme von bundes- oder landesrechtlich vorgesehenen Sozialleistungen sowie sonstigen Hilfsangeboten, die auf die Unterstützung von Menschen mit Pflege-, Versorgungs- und Betreuungsbedarf ausgerichtet sind (§ 7a Abs. 1 Satz 1 SGB XI). Hierzu gehört die Erfassung und Analysierung des Hilfebedarfs, die Erstellung eines Versorgungsplans einschließlich der Hinwirkung auf dessen Durchführung (§ 7a Abs. 1 Satz 2 SGB XI). Die Pflegekassen müssen dabei eng mit den gemeinsamen Servicestellen zusammenarbeiten (§ 7a Abs. 1 Satz 6 SGB XI). Die Aufgaben der Pflegeberatung können die Pflegekassen auf Dritte übertragen (§ 7a Abs. 1 Satz 7 SGB XI). Diese Aufgaben der Pflegekassen können auch die Beratung und Unterstützung bei der Inanspruchnahme eines Persönlichen Budgets durch pflegebedürftige Menschen abdecken, zumal das Persönliche Budget auch Pflegeleistungen umfassen kann.

dd. Beratungs- und Unterstützungsansprüche gegen den Träger der Sozialhilfe, § 11 SGB XII

Das Sozialhilferecht sieht vor, dass die Leistungsberechtigten beraten und, soweit erforderlich, unterstützt werden (§ 11 Abs. 1 SGB XII). Die Beratung betrifft die persönliche Situation, den Bedarf sowie die eigenen Kräfte und Mittel sowie die mögliche Stärkung der Selbsthilfe (§ 11 Abs. 2 Satz 1 SGB XII). Dazu gehört auch, die Leistungsberechtigten für den Erhalt von Sozialleistungen zu befähigen (§ 11 Abs. 2 Satz 3 SGB XII) sowie eine gebotene Budgetberatung (§ 11 Abs. 2 Satz 4 SGB XII). Der Begriff der Budgetberatung wird nach der Regierungsbegründung für den Gesetzentwurf gleichgewichtig auf die Verankerung des Persönlichen Budgets im SGB XII und auf die Pauschalierung der Leistungen im Lebensunter-

⁶ Shafaei, 182 ff.

halt bezogen⁷. In jedem Fall ist die Beratung der Leistungsberechtigten beim Umgang mit zur Bedarfsdeckung zur Verfügung gestellten Geldmitteln gemeint.

Der Träger der Sozialhilfe ist nur nachrangig verpflichtet, die nach § 11 Abs. 1 und 2 SGB XII gebotene Beratung selbst durchzuführen. Er hat die Gewährleistungsverantwortung⁸. Er hat zunächst auf die Beratung und Unterstützung von Verbänden der freien Wohlfahrtspflege, von Angehörigen der rechtsberatenden Berufe und von sonstigen Stellen hinzuweisen und auf eine gebotene Inanspruchnahme von Schuldnerberatungsstellen und anderen Fachberatungsstellen hinzuweisen (§ 11 Abs. 5 Satz 1 und 2 SGB XII). Angemessene Kosten einer Beratung durch Fachberatungsstellen sollen übernommen werden, wenn eine Lebenslage, die Leistungen zur Hilfe zum Lebensunterhalt erforderlich macht oder erwarten lässt, sonst nicht überwunden werden kann; in anderen Fällen können Kosten übernommen werden (§ 11 Abs. 5 Satz 3 SGB XII). Die Budgetberatung und Budgetassistenz ist als Fachberatung einzuordnen, da sie eine erhebliche Spezialisierung und fachliche Kompetenz erfordert. Für die Kostenübernahme besteht Ermessen. Dieses Ermessen ist durch den Rechtsanspruch auf ein Persönliches Budget und durch den Hinweis auf die Budgetberatung in § 11 Abs. 2 Satz 4 SGB XII so gebunden, dass im Regelfall die Kosten durch den Träger der Sozialhilfe mindestens dann zu übernehmen sind, wenn die Inanspruchnahme des Budgets anders nicht erreicht werden kann. Der Anspruch auf entsprechende Ermessensbetätigung besteht, wenn die Voraussetzungen für einen Anspruch gegen den Träger der Sozialhilfe gegeben sind (vgl. § 2 SGB XII).

ee. Beratung und Unterstützung als Teil der medizinischen Rehabilitation, § 26 Abs. 3 SGB IX

Beratung und Unterstützung bei Inanspruchnahme eines Persönlichen Budgets könnte auch Bestandteil von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation sein. Nach § 26 Abs. 3 SGB IX umfassen die Leistungen zur medizinischen Rehabilitation auch medizinische, pädagogische und psychologische Hilfen soweit diese Leistungen geeignet sind, die Ziele der medizinischen Rehabilitation zu erreichen und zu sichern, insbesondere Hilfen zur Unterstützung bei der Krankheits- und Behinderungsverarbeitung, die Aktivierung von Selbsthilfepotenzialen sowie die Anleitung und Motivation zur Inanspruchnahme von Leistungen der medizinischen Rehabilitation (§ 26 Abs. 3 Nr. 1, 2 und 7 SGB IX). Insbesondere die Anleitung zur Inanspruchnahme von Leistungen der medizinischen Rehabilitation kann auch umfassen, die Leistungsberechtigten zu beraten und zu unterstützen, diese Leistungen durch ein Persönliches Budget in Anspruch zu nehmen. Die Leistungen nach § 26 Abs. 3 SGB IX sind Annex zu Leistungen

⁷ BR-Drucks. 559/03, 182; BT-Drucks. 15/1514, 56; vgl. Schellhorn in: Schellhorn/ Schellhorn/ Hohm, SGB XII, Rz 8 zu § 11; Berlit in: LPK-SGB XII, Rz 10 zu § 11.

⁸ Berlit in: LPK-SGB XII, Rz 25 zu § 11.

der medizinischen Rehabilitation, setzen also voraus, dass ein entsprechender Anspruch besteht, zum Beispiel auf ambulante medizinische Rehabilitation. Sind Hilfen zur Inanspruchnahme dieser Leistung – z.B. als Persönliches Budget – erforderlich, so sind die Leistungen zur Anleitung, Beratung und Unterstützung mit umfasst.

ff. Beratung und Unterstützung als Teil der Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben, § 33 Abs. 6 SGB IX

Beratung und Unterstützung bei Inanspruchnahme eines Persönlichen Budgets könnte auch Bestandteil von Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben sein. Nach § 33 Abs. 6 SGB IX umfassen die Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben auch medizinische, pädagogische und psychologische Hilfen soweit diese Leistungen geeignet sind, die Ziele der medizinischen Rehabilitation zu erreichen und zu sichern, insbesondere Hilfen zur Unterstützung bei der Krankheits- und Behinderungsverarbeitung, die Aktivierung von Selbsthilfepotenzialen sowie die Anleitung und Motivation zur Inanspruchnahme von Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben (§ 33 Abs. 6 Nr. 1, 2 und 7 SGB IX). Insbesondere die Anleitung zur Inanspruchnahme von Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben kann auch umfassen, die Leistungsberechtigten zu beraten und zu unterstützen, diese Leistungen durch ein Persönliches Budget in Anspruch zu nehmen. Die Leistungen nach § 33 Abs. 6 SGB IX sind Annex zu Beratung und Unterstützung bei Inanspruchnahme eines Persönlichen Budgets und könnten auch Bestandteil von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation sein. Diese Hilfen können auch durch Integrationsfachdienste erbracht werden (§§ 33 Abs. 6 Nr. 8, 110 SGB IX).

gg. Zwischenergebnis

Ansprüche auf Beratung und Unterstützung zur Inanspruchnahme eines Persönlichen Budgets gegen Sozialleistungsträger bestehen. Sie können sich gegen alle Leistungsträger richten, die an einem Persönlichen Budget beteiligt sein können. Insbesondere können Ansprüche auf Budgetassistenz nach § 22 Abs. 1 SGB IX gegen den Träger der örtlichen gemeinsamen Servicestelle, nach § 26 Abs. 3 SGB IX als Annex zu Leistungen der medizinischen Rehabilitation, nach § 33 Abs. 6 SGB IX als Annex zu Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben, nach § 7a SGB XI als Annex zu Leistungen der Pflegekasse und nach § 11 Abs. 2 Satz 4 SGB XII gegen den Träger der Sozialhilfe bestehen.

ff. Einbeziehung von Beratungs- und Unterstützungsbedarf in das Persönliche Budget

Zu prüfen ist, in welcher Form die Ansprüche auf Beratung und Unterstützung in das Persönliche Budget einzubeziehen sind. Nach § 17 Abs. 3 Satz 3 SGB IX ist die erforderliche Bearbeitung und Unterstützung bei der Bemessung des Budgets zu berücksichtigen. Daraus folgt,

dass Beratung und Unterstützung ein Bedarf ist, den Budgetnehmer aus dem Budget decken können und sollen. Es ist ein Anteil für Beratung und Unterstützung im Budget auszuweisen. Die Budgetnehmer sollen daher nicht darauf verwiesen werden, die Leistungen einer gemeinsamen Servicestelle der Rehabilitationsträger oder einer anderen Beratungsstelle der Sozialleistungsträger unmittelbar in Anspruch nehmen zu müssen. Die im Gesetz angeordnete Einbeziehung in das Persönliche Budget hat vielmehr den Sinn, dass die Leistungen der Beratung und Unterstützung – so wie die anderen Leistungen zur Teilhabe – selbstbestimmt nach den Vorstellungen des Budgetnehmers ausgewählt werden können. Dem steht die Eigenart der Beratung und Unterstützung nicht entgegen. Vielmehr können auch alle genannten Beratungs- und Unterstützungsansprüche von Diensten, Einrichtungen und Personen außerhalb der Verwaltung der Sozialleistungsträger erbracht werden. Für die Servicestellen ergibt sich dies aus § 22 Abs. 1 Satz 5 SGB IX, wenn auch begrenzt auf die Verbände behinderter Menschen, Verbände der freien Wohlfahrtspflege und der Selbsthilfe. Für die Pflegeberatung ergibt sich die mögliche Übertragung auf Dritte explizit aus § 7a Abs. 1 Satz 7 SGB XI. Die Leistungen der medizinischen Rehabilitation und die Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben können nach § 17 Abs. 1 SGB IX von den Rehabilitationsträgern selbst oder durch andere geeignete Dienste und Einrichtungen erbracht werden. Für die Fachberatung im Bereich der Sozialhilfe ist sogar ausdrücklich die Nachrangigkeit einer eigenen Beratung durch den Träger der Sozialhilfe in § 11 Abs. 5 SGB XII angeordnet.

Im Ergebnis sind die bestehenden Beratungs- und Unterstützungsbedarfe bei der Bedarfsfeststellung nach §§ 17 Abs. 3 Satz 3, 10 Abs. 1 SGB IX voll zu berücksichtigen. Der Wert bereits erbrachter oder zu erbringender Beratungs- und Unterstützungsleistungen ist darum auch bei der Obergrenze nach § 17 Abs. 3 Satz 4 SGB IX zu berücksichtigen, wonach die Höhe des Persönlichen Budgets die Kosten aller bisher festgestellten, ohne das Persönliche Budget zu erbringenden Leistungen nicht überschreiten soll. Dies ist systemgerecht, weil die Beratung und Unterstützung aus dem Budget finanziert werden soll und im Regelfall nicht mehr vom Sozialleistungsträger erbracht wird.

Will der Budgetnehmer aus dem Budget Beratungs- und Unterstützungsleistungen in Anspruch nehmen, so steht es ihm im Rahmen der geschlossenen Zielvereinbarung frei, ob er diese durch eine Servicestelle oder eine andere Stelle eines Rehabilitationsträgers erbracht haben möchte oder von einem anderen Dienst, einer Einrichtung oder einer Person. Dies ist insbesondere deshalb sinnvoll, weil das Persönliche Budget eine größere Unabhängigkeit vom Sozialleistungsträger ermöglichen soll und weil im Rahmen der Budgetassistenz auch die Auseinandersetzung mit dem beauftragten Träger erforderlich sein kann. Eine Bindung durch

Zielvereinbarung ist nur zulässig, wenn sie die Wahlfreiheit des Budgetnehmers nicht unangemessen einschränkt. Will der Budgetnehmer eine Servicestelle oder andere Beratungsstelle eines Sozialleistungsträgers für die Beratung und Unterstützung in Anspruch nehmen, kann hierfür ein Teil des Budgets verwendet werden.

c. Anforderungen an die Budgetassistenz

Anforderungen an die Beratung und Unterstützung (Budgetassistenz) ergeben sich aus ihrer Funktion. Sie soll den Budgetnehmer effektiv bei der Inanspruchnahme des Persönlichen Budgets unterstützen. Hierzu dürften sozialrechtliche und zivilrechtliche Kenntnisse sowie eine gewisse Fachkunde in dem Bereich des jeweiligen Teilhabebedarfs erforderlich sein. Diese Qualitätsanforderungen sind vor allem an der Ergebnisqualität auszurichten und dürfen im Interesse der Selbstbestimmung der Budgetnehmer nicht schematisiert und überspannt werden. Die jeweiligen Qualitätsanforderungen sind in der Zielvereinbarung individuell festzuschreiben (§ 4 Abs. 1 Nr. 3 BudgetV); hierdurch wird dem beauftragten Leistungsträger die Möglichkeit eröffnet, die sachgerechte Budgetassistenz nachzuvollziehen.

2. Betreuung und Persönliches Budget

a. Budgets für betreute Personen

Zunächst war teilweise strittig, ob Persönliche Budgets für Personen mit rechtlicher Betreuung zulässig sind⁹. Ablehnende Stimmen stützten sich darauf, dass bei diesen Personen das Ziel stärkerer Selbstbestimmung nicht erreicht werden könne. Zudem wurde angeführt, dass in § 17 in der Fassung des Gesetzes zur Einordnung des Sozialhilferechts in das Sozialgesetzbuch die Anforderung enthalten war, die leistungsberechtigte Person müsse regiefähig sein. Diese Formulierung ist jedoch durch das Verwaltungsvereinfachungsgesetz wieder aufgehoben worden. Heute ist in Theorie und Praxis anerkannt, dass auch betreute Personen ein Persönliches Budget in Anspruch nehmen können, da auch und gerade für sie das Ziel größtmöglicher Selbstbestimmung trotz Sozialleistungsbezugs anzustreben ist. Dies wird dadurch verdeutlicht, dass ein Beratungs- und Unterstützungsbedarf nach § 17 Abs. 3 Satz 3 SGB IX ausdrücklich in das Budget einzubeziehen ist, Personen mit Unterstützungs- und Beratungsbedarf also leistungsberechtigt sein können. Damit stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis rechtliche Betreuung und Persönliches Budget im Einzelnen stehen.

⁹ Vgl. zur Diskussion Bienwald, FamRZ 2005, 255; Tänzer BtPrax 2008, 17; Bieritz-Harder in: LPK-SGB XII, Rz 7-9.

b. Unterstützung des Budgets durch Betreuerinnen und Betreuer

Um Leistungen zur Teilhabe als Persönliches Budget in Anspruch zu nehmen, müssen behinderte Menschen verschiedene rechtliche Angelegenheiten besorgen. Sie müssen einen Antrag auf das Budget stellen, am Bedarfsbemessungsverfahren teilnehmen und eine Zielvereinbarung mit dem beauftragten Sozialleistungsträger abschließen. Insoweit ist das Rechtsverhältnis zwischen Budgetnehmer und Sozialleistungsträgern betroffen.

Erhalten sie das Budget bedürfen sie in der Regel einer Bankverbindung. Sie müssen zivilrechtliche Verträge mit Leistungserbringern und anderen Personen schließen, die ihren Unterstützungsbedarf in verschiedenen Bereichen der Rehabilitation und Teilhabe decken. Die Inanspruchnahme eines Persönlichen Budgets bringt mit sich, dass regelmäßig mehr rechtliche Angelegenheiten zu besorgen sind als bei der Inanspruchnahme im Sach- und Dienstleistungssystem des Sozialleistungsträgers. Möglicherweise macht die Inanspruchnahme des Budgets sogar eine rechtliche Betreuung erst notwendig. Die Pauschalierung der Vergütung von Betreuerinnen und Betreuern nach § 5 VBVG führt aber dazu, dass dieser Mehraufwand nicht mit einer erhöhten Vergütung verbunden ist. Dies könnte im schlechtesten Fall dazu führen, dass für Betreuerinnen und Betreuer kein Anreiz besteht, die Selbstbestimmung der betreuten Person durch Unterstützung der Antragstellung für ein Persönliches Budget zu fördern.

Die Beratung und Unterstützung im Zusammenhang mit einem Persönlichen Budget umfasst aber mehr als das Stellen von Anträgen, den Abschluss einer Zielvereinbarung und den Abschluss von Verträgen zur Verwendung des Budgets. Wäre dies nicht so, müsste im Gesetz nicht regelhaft vorgesehen werden, dass ein Teil des festzustellenden Bedarfs eines Budgetnehmers sich auf Beratung und Unterstützung bei der Inanspruchnahme des Budgets bezieht.

Dieser Beratungs- und Unterstützungsbedarf umfasst weiterhin die kritische Auseinandersetzung mit dem eigenen Bedarf und den eigenen Teilhabezielen als Voraussetzung von Bedarfsfeststellung und Zielvereinbarung und die den eigenen Zielen und Ansprüchen entsprechende Auswahl geeigneter Leistungserbringer und Vertragspartner sowie die Aushandlung der Umstände und Bedingungen mit ihnen. Diese Beratung und Unterstützung setzt nach den Umständen des Einzelfalls pädagogische, psychologische und medizinische Kompetenz voraus.

Der mit ihr verbundene Aufwand an Arbeitszeit und Qualifikation entspricht nicht dem, was in jedem Fall und ohne Weiteres von einem rechtlichen Betreuer erwartet werden kann. Dies gilt insbesondere, wenn man bedenkt, dass das Leitbild der Betreuung die ehrenamtliche Betreuung ist (§ 1897 Abs. 6 Satz 1 BGB). Familienangehörige und Freunde als Betreuer können die Inanspruchnahme eines Budgets unterstützen, sie können aber auch damit überfordert

sein, denn es sind Kenntnisse von Bedarfen und Angeboten erforderlich, die bei einer Leistungserbringung im Sachleistungssystem nicht beim Betreuer, sondern primär beim Sozialleistungsträger vorhanden sein müssen.

Aber auch im Rahmen der berufsmäßigen Betreuung ist der mit einer Budgetassistenz verbundene zusätzliche Aufwand in vielen Fällen aus zeitlichen oder fachlichen Gründen nicht zu leisten. Ist etwa ein Rechtsanwalt zum Betreuer bestellt, hat dieser regelmäßig keine pädagogischen und psychologischen Kenntnisse, die bei einer Budgetassistenz erforderlich sein können. Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass bei Budgetnehmern mit einer rechtlichen Betreuung keine Beratung und Unterstützung erforderlich ist. Eine entsprechende Nachrangigkeit der sozialrechtlichen Betreuung und Unterstützung ergibt sich weder aus dem Betreuungsrecht, in dem der sozialrechtlich induzierte Bedarf nicht angesprochen wird, noch aus dem Sozialrecht, in dem keine Nachrangigkeit der sozialrechtlichen Beratungs- und Unterstützungsansprüche im Verhältnis zu rechtlicher Betreuung angesprochen wird.

c. Zulässigkeit der Budgetassistenz durch Betreuerinnen und Betreuer?

Ist geklärt, dass rechtliche Betreuung und Beratung und Unterstützung eines Budgetnehmers bei der Inanspruchnahme eines Persönlichen Budgets nicht oder allenfalls zum Teil identische Aufgabenbereiche betreffen, stellt sich die Frage, ob und wie rechtliche Betreuer über die Betreuung hinaus in der Budgetassistenz tätig werden können, wenn sie dafür geeignet sind. Für eine solche Lösung kann im Einzelfall sprechen, dass keine weitere Person einzuschalten ist, sondern eine Person, die bereits das Vertrauen der betreuten Person genießt, weitere unterstützende Tätigkeiten übernehmen kann.

Berufliche wie auch ehrenamtliche Betreuerinnen und Betreuer verfügen zum Teil auch über die erforderlichen Kompetenzen, weil sie eine entsprechende Ausbildung haben oder weil sie sich die Kenntnisse und Fähigkeiten im Rahmen der Betreuung angeeignet haben. Sie kennen die persönlichen Verhältnisse und Teilhabebedarfe des Budgetnehmers besonders gut. Fraglich ist, ob Gründe des öffentlichen Rechts oder des Betreuungsrechts gegen eine solche Lösung sprechen.

aa. Budgetassistenz im Rechtsverhältnis zum Sozialleistungsträger

Im Verhältnis zum Sozialleistungsträger kann Budgetassistenz darin bestehen, über das Verfahren der Bedarfsfeststellung und den Abschluss der Zielvereinbarung zu beraten, bei den einzelnen Verfahrensschritten zu helfen und laufenden nicht nur rechtlichen, sondern auch fachlichen Kontakt zu den Mitarbeitern der Sozialleistungsträger zu halten. Die Unterstützung im Bedarfsfeststellungsverfahren durch eine Person nach Wahl der Antrag stellenden Person

ist ausdrücklich vorgesehen (§ 3 Abs. 3 Satz 2 BudgetV). Diese Person kann als Beistand im Sinne von § 13 Abs. 4 SGB X angesehen werden, wenn sie entsprechend auftritt. Eine rechtliche Schwierigkeit könnte darin gesehen werden, dass der Betreuer zugleich rechtlich für die Antrag stellende Person handelt, also den Antrag stellt und die Zielvereinbarung abschließt, und die betreute Person zugleich als Beistand unterstützt. Rechtliche Gründe, eine solche Konstellation abzulehnen, sind aber nicht ersichtlich. Vielmehr ist im Verhältnis zum Sozialleistungsträger die Funktion des Betreuers und des Budgetassistenten gleichgerichtet, die Interessen des betreuten Budgetnehmers zu vertreten und zu wahren.

Zu beachten ist allerdings, dass der Sozialleistungsträger auch gegenüber dem Budgetassistenten das Interesse des Budgetnehmers auf größtmögliche Selbstbestimmung zu beachten hat und deshalb den Beratungs- und Unterstützungsbedarf nicht übermäßig ansetzen darf, wenn selbstbestimmtes Handeln ohne Unterstützung möglich wäre. Diese Konstellation besteht aber zunächst im Verhältnis zu jedem behinderten Menschen, der mit Unterstützung anderer einen Antrag auf ein Persönliches Budget stellt. Immer wird der Sozialleistungsträger beachten müssen und können, dass auch Unterstützer, die etwa im Verfahren als Beistand auftreten, auch eigene Interessen vertreten könnten. Ist die unterstützende Person ein rechtlicher Betreuer, der ein Interesse am Antrag auf ein Persönliches Budget haben könnte, weil er selbst weitere Aufgaben der Budgetassistenz übernehmen könnte, wird dies vom Sozialleistungsträger bei der Erörterung des Bedarfs und dem Abschluss der Zielvereinbarung zu berücksichtigen sein. Ein solches mittelbares Eigeninteresse des Betreuers an Entscheidungen über Sozialleistungen ist aber bei der Betreuung nicht abschließend zu vermeiden. So kann ebenso befürchtet werden, dass ein Betreuer ein eigenes Interesse gegen das arbeitsintensive Budget und für eine arbeitssparende Heimunterbringung geltend macht.

Solange das Budget noch nicht bewilligt ist, bedürfen viele Antrag stellende Personen einer Beratung und Unterstützung im Hinblick auf das Persönliche Budget, um individuell Vor- und Nachteile eines Budgetantrags beurteilen zu können und entscheiden zu können, ob sie ihre Teilhabeziele mit Hilfe eines Budgets besser verwirklichen können als in einer anderen Form der Leistungserbringung. Die oben genannten Beratungs- und Unterstützungsansprüche der Sozialleistungsträger beziehen sich nicht nur auf die Situation, in der ein Budget bereits bewilligt ist, sondern auch auf die Situation vor dem Antrag und zwischen dem Antrag und der Entscheidung. Wie oben dargelegt müssen die Sozialleistungsträger diesen Anspruch nicht selbst erfüllen, sondern können Dritte damit beauftragen, etwa als Fachberatung nach § 11 Abs. 5 SGB XII, als Annex zur medizinischen Rehabilitation nach § 26 Abs. 3 SGB IX, als Teile von Wohlfahrtsverbänden nach § 22 Abs. 1 Satz 5 SGB IX oder als beauftragte

Pflegeberater nach § 7a Abs. 1 Satz 7 SGB XI. Ist die Aufgabenwahrnehmung durch Dritte möglich, regelt § 97 SGB X, dass der Dritte die Gewähr für eine sachgerechte, die Rechte und Interessen des Betroffenen wahrende Erfüllung der Aufgaben bieten muss. Ob Sozialleistungsträger Dritte beauftragen und welche Dritten dies sind, entscheiden die Sozialleistungsträger entsprechend den gesetzlichen Normen. Wesentlicher Gesichtspunkt ist die Geeignetheit der Beratung, die sich aus der fachlichen Geeignetheit und dem individuellen Vertrauensverhältnis ergibt. Berechtigten Wünschen der behinderten Menschen über die Form der Beratung ist nach § 9 Abs. 1 Satz 1 SGB IX zu entsprechen. Der Sozialleistungsträger kann sich zur Erfüllung seines Beratungsanspruchs geeigneter Dritter bedienen. Dies können auch Betreuer für die von ihnen betreuten Personen sein. Sieht der Sozialleistungsträger spezifische Interessenkonflikte, die der Geeignetheit entgegenstehen, wird er dies berücksichtigen.

bb. Budgetassistenz im Rechtsverhältnis zur betreuten Person

Ist das Budget durch Verwaltungsakt des beauftragten Trägers bewilligt, so ist ein bestimmter Teil des durch das Budget zu deckenden Bedarfs als Bedarf an Beratung und Unterstützung erkannt und ausgewiesen worden. Es steht dem Budgetnehmer grundsätzlich frei, wen er zur Deckung dieses Bedarfs heranzieht, soweit die Zielvereinbarung hierüber keine einschränkenden Maßgaben enthält. Es könnten aber zivilrechtliche Hindernisse bestehen, dass der Budgetnehmer seinen Betreuer mit der Budgetassistenz beauftragt. Ist der Abschluss eines Vertrages mit dem Budgetassistenten von der rechtlichen Betreuung umfasst, so müsste der Betreuer diesen Vertrag für die betreute Person mit sich selbst abschließen. Ein solches In-Sich-Geschäft wäre nach §§ 181, 1795 Abs. 2 BGB unzulässig¹⁰. Dieses Verbot dient auch dem Schutz der betreuten Person davor, vom Betreuer übervorteilt und ausgebeutet zu werden. Eine Ausnahme vom Verbot des In-Sich-Geschäfts ist nach bestehender Rechtslage nicht ersichtlich. Sie wäre auch rechtssystematisch und rechtspolitisch fragwürdig, da es sich um eine wichtige betreuungsrechtliche Schutzregelung handelt. Fraglich ist also, ob eine vergütete Budgetassistenz durch rechtliche Betreuer auf anderem Wege möglich ist.

cc. Betreuungsrechtliche Problemlösung

Das In-Sich-Geschäft könnte vermieden werden, wenn das Vormundschaftsgericht einen zweiten Betreuer bestellt (§ 1899 BGB) und dieser mit dem ersten Betreuer für die betreute Person einen Vertrag über die Budgetassistenz schließt¹¹. Die Bestellung eines weiteren Betreuers ist möglich, wenn die Angelegenheiten des Betreuten hierdurch besser besorgt werden

¹⁰ Vgl. Tänzer, BtPrax 2008, 16, 20.

¹¹ Tänzer, BtPrax 2008, 16, 20; Bienwald, Zur Frage der Bestellung eines weiteren Betreuers zwecks Abschlusses eines Budgetassistenzvertrags zwischen dem Betreuer und der von ihm betreuten Person, *Betreuungsmanagement* 2008, 79 f.

können (§ 1899 Abs. 1 Satz 1 BGB). Entspricht die Beauftragung des ersten Betreuers als Budgetassistent und seine Kontrolle durch den zweiten Betreuer dem Willen und Interesse des betreuten Budgetnehmers, so ist anzunehmen, dass die Angelegenheiten des Betreuten durch den erreichten Zuwachs an Selbstbestimmung besser besorgt werden können. Dies ist jedenfalls in den Fällen anzunehmen, in denen die Person des Budgetassistenten dem Betreuten nicht unwichtig ist, sondern dieser das Vertrauen für diese Aufgabe nur dem Betreuer entgegenbringt. Insofern wäre die Bestellung des zweiten Betreuers in solchen Fällen auch erforderlich. Der zweite Betreuer sollte im Regelfall ehrenamtlich und damit nicht vergütet tätig werden; im Übrigen könnte eine ermäßigte Vergütung für entsprechende Fälle in § 6 VBVG geregelt werden.

dd. Sozialrechtliche Problemlösung

Ein In-Sich-Geschäft läge dann nicht vor, wenn der Betreuer wegen der Budgetassistenz nicht im Rechtsverhältnis zum Budgetnehmer, sondern zum Sozialleistungsträger stünde. Entsprechend wäre der Bedarf für Unterstützung und Beratung nicht im Budget auszuweisen, sondern der Betreuer wäre vom Sozialleistungsträger als Budgetassistent zu beauftragen und zu vergüten.

Wie gezeigt entspricht es dem gesetzlichen Normalfall, dass der Bedarf an Beratung und Unterstützung bei der Bemessung des Budgets berücksichtigt wird und dann nach der Entscheidung des Budgetnehmers aus dem Budget gedeckt wird. Eine abweichende Lösung ist aber möglich. Das Persönliche Budget wird nur auf Antrag gewährt. Dem Antragsteller steht daher frei, seinen Antrag auf einen Teil seines Bedarfs an Leistungen zur Teilhabe, Krankenversorgung und Pflege zu beschränken und einen anderen Teil – z.B. die Beratung und Unterstützung – als Sach- oder Dienstleistung unmittelbar vom Sozialleistungsträger oder von durch ihn beauftragten Dritten zu erhalten. Auch die Freiheit, das Budget nicht oder nur zum Teil zu nutzen, schützt die Selbstbestimmung des Leistungsberechtigten. Der rechtliche Betreuer wäre für die Beratung und Unterstützung unmittelbar dem Sozialleistungsträger verantwortlich, so dass eine Interessenkollision und die Gefahr der Übervorteilung und Ausbeutung des betreuten Budgetnehmers gerade nicht bestünde, zugleich aber der Wunsch des Budgetnehmers erfüllt werden könnte, die Budgetassistenz dem mit seinen Verhältnissen vertrauten Betreuer zu übertragen. Voraussetzung wäre in jedem Fall, dass diese Lösung dem tatsächlichen Willen des betreuten Budgetnehmers entspricht.

Problematisch ist, welcher beteiligte Sozialleistungsträger für eine solche Budgetassistenz außerhalb des Budgets verantwortlich wäre, da bei trägerübergreifenden Budgets eine anteilige Finanzierung aus dem Budget gerade nicht in Betracht käme. In Betracht kommen insbe-

sondere der beauftragte Träger auf der Grundlage von § 14 SGB I, der Träger der örtlichen gemeinsamen Servicestelle nach § 22 Abs. 1 SGB IX oder der Träger der Sozialhilfe nach § 11 Abs. 2 mit Abs. 5 SGB XII. Hier wären je individuelle Lösungen zu finden. Einfacher und transparenter wäre insoweit eine gesetzgeberische Zuordnung der Budgetassistenz zum jeweils beauftragten Träger oder zum jeweiligen Träger der gemeinsamen Servicestelle.

III. Ergebnis des Rechtsgutachtens de lege lata

1. Ein Anspruch auf Budgetassistenz als Sozialleistung besteht je nach Konstellation gegen den beauftragten Träger nach § 14 SGB I, gegen den Träger der örtlichen gemeinsamen Servicestelle nach § 22 Abs. 1 SGB IX, gegen die Pflegekasse nach § 7a Abs. 1 SGB XI, gegen den Träger der medizinischen Rehabilitation nach § 26 Abs. 3 Nr. 7 SGB IX, gegen den Träger der Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben nach § 33 Abs. 6 Nr. 7 SGB IX und gegen den Träger der Sozialhilfe nach § 11 Abs. 2 Satz 4 SGB XII.

2. Diese Ansprüche bestehen vor dem Antrag auf ein Persönliches Budget und zwischen Antragstellung und Entscheidung. Die Sozialleistungsträger können nach Maßgabe der Beratungsnorm Dritte beauftragen, diese Ansprüche zu erfüllen, insbesondere gilt dies bei § 7a Abs. 1 Satz 7 SGB XI, § 26 Abs. 3 Nr. 7 SGB IX, § 33 Abs. 6 Nr. 7 SGB IX und § 11 Abs. 2 Satz 4 mit Abs. 5 SGB XII. Auch rechtliche Betreuer können beauftragt werden.

3. Diese Ansprüche bestehen auch nach Bewilligung des Budgets. Sie sind bei der Bemessung des Budgets nach § 17 Abs. 3 Satz 3 SGB IX in einem Geldbetrag zu berücksichtigen. Die bestehenden Beratungsansprüche sind bei der Feststellung der Obergrenze des Budgets nach § 17 Abs. 3 Satz 4 SGB IX zu berücksichtigen.

4. Von der Bewilligung des Budgets an bestimmt der Budgetnehmer über seine Beratung und Unterstützung selbst und stellt sie im Rahmen der Zielvereinbarung aus dem Budget sicher. Er darf nicht darauf verwiesen werden, die Beratung und Unterstützung in jedem Fall durch den Sozialleistungsträger oder die Servicestelle zu bekommen.

5. Betreute Budgetnehmer können – nach Maßgabe des Aufgabenbereichs des Betreuers – ihren Betreuer nicht aus dem Budget mit der Budgetassistenz beauftragen, da ein In-Sich-Geschäft vorläge.

6. Betreuungsrechtlich kann dieses Problem gelöst werden, indem ein zweiter Betreuer berufen wird, der für die betreute Person den ersten Betreuer mit der Budgetassistenz beauftragt.

7. Sozialrechtlich kann dieses Problem gelöst werden, indem der für die Beratung und Unterstützung verantwortliche Sozialleistungsträger den Betreuer mit Zustimmung des betreuten Budgetnehmers außerhalb des Budgets unmittelbar mit der Budgetassistenz beauftragt.

IV. Regelungsvorschlag

Nach der oben dargelegten Rechtsansicht ist die Budgetassistenz durch rechtliche Betreuer vor dem Antrag auf ein Persönliches Budget, zwischen Antrag und Bescheid sowie während des Bezugs eines Persönlichen Budgets möglich, wenn sie unmittelbar vom Sozialleistungsträger in Auftrag gegeben wird oder – während des Bezugs eines Budgets – auch dann, wenn ein zweiter Betreuer bestellt wird.

Diese Rechtsansicht ist in der Literatur umstritten und wird vermutlich von vielen Sozialleistungsträgern nicht geteilt. Ob auch für den allgemeinen Beratungsanspruch nach § 14 SGB I und den besonderen Beratungs- und Unterstützungsanspruch nach § 22 Abs. 1 SGB IX ein Auftrag an Dritte erteilt werden kann, ist ungeklärt. Über die Zulässigkeit der Budgetassistenz durch rechtliche Betreuer besteht Rechtsunsicherheit.

Es könnte daher sinnvoll sein, dass die zu Grunde liegenden Rechtsfragen vom Gesetzgeber im SGB IX oder von der Bundesregierung in der Budgetverordnung geklärt werden. Entsprechende Regelungsvorschläge werden hier unterbreitet:

1. Vorschlag für Regelungen im SGB IX

Sieht man die Budgetassistenz richtigerweise als Sozialleistung an, so ist wegen des Grundsatzes des Gesetzesvorbehalts (§ 30 SGB I) eine gesetzliche Regelung vorzugswürdig. Dieser ist trotz gleicher materieller Geltung auch eine höhere politische Wirkung und Autorität zuzusprechen als einer Regelung durch Verordnung.

Ziel einer gesetzlichen Regelung wäre, einheitliche Regelungen für die Zuordnung der Budgetassistenz zu einem Sozialleistungsträger zu schaffen, die zugleich ermöglichen, dass der Sozialleistungsträger in geeigneten Fällen die Budgetassistenz nicht selbst durchführt. Eine Regelung im SGB IX ist wegen der systematischen Einordnung des Persönlichen Budgets als allgemeinem trägerübergreifendem Recht für alle behinderten Menschen vorzugswürdig vor einer Regelung in einzelnen Leistungsgesetzen. Die Regelungen sind so gestaltet, dass nicht nur die Anliegen der betreuten Budgetnehmer und der Betreuer, sondern auch andere Zweifelsfragen im Kontext des Persönlichen Budgets und der Servicestellen gelöst werden können. Die Zuordnung der Verantwortung für Beratung und Unterstützung könnte systemgerecht so erfolgen, dass sie vom Antrag bis zur Entscheidung über das Budget dem Träger der gemeinsamen Servicestelle zugeordnet wird. Hier ist nur eine Klarstellung in § 22 Abs. 1 SGB IX erforderlich, dass geeignete Dritte auch außerhalb der Verbände behinderter Menschen und der Verbände der freien Wohlfahrtspflege einbezogen werden können, dass die Beratung und Unterstützung auch ganz an sie übertragen werden kann und dass dies geschehen muss, wenn

die Beratungs- und Unterstützungsberechtigten es verlangen. Mit der Differenzierung wird die Selbstbestimmung des Betroffenen gesichert, dem eine Beratung und Unterstützung durch Dritte nicht aufgedrängt werden sollte. Durch Verweis auf die allgemeinen Regelungen zur Beauftragung in § 97 SGB X wird klargestellt, dass in diesen Fällen eine Pflicht zur Kostenerstattung durch den Sozialleistungsträger an den Dritten besteht.

Für die Zeit des Bezugs eines Persönlichen Budgets ist eine Klarstellung in § 17 Abs. 3 SGB IX erforderlich, dass der jeweils für das Budget zuständige Leistungsträger für Beratung und Unterstützung verantwortlich ist und dass die Beratung und Unterstützung auch außerhalb des Budgets sichergestellt werden kann. Damit wird geklärt, dass im Regelfall Beratung und Unterstützung im Budget berücksichtigt werden und dass sie dem beauftragten Träger zugeordnet werden. Der beauftragte Träger hat im Regelfall hierfür einen Anteil am Budget zu leisten, der für Beratung und Unterstützung ausgewiesen wird. Auf Wunsch des Budgetnehmers oder jedenfalls mit seiner Zustimmung kann stattdessen die Beratung und Unterstützung unmittelbar durch den beauftragten Träger – z.B. den Träger der Sozialhilfe –, durch einen anderen Träger – z.B. den Träger der örtlichen Servicestelle – oder durch einen beauftragten Dritten – z.B. einen Selbsthilfeverband, einen Träger der freien Wohlfahrtspflege, einen Familienangehörigen oder einen rechtlichen Betreuer – erfolgen. Der Verweis auf § 88 SGB X gilt für den Fall, dass ein anderer Sozialleistungsträger beauftragt wird, derjenige auf § 97 SGB X für den Fall, dass ein Dritter beauftragt wird. In beiden Fällen muss auch eine Kostenerstattung erfolgen.

Daraus folgt dieser Vorschlag für eine Neuregelung:

„1. In § 17 Abs. 3 SGB IX werden als Sätze 4 und 5 angefügt:

Für die Beratung und Unterstützung des Leistungsberechtigten ist der für das Persönliche Budget zuständige Leistungsträger verantwortlich. Er leistet hierfür einen Anteil am Budget oder erbringt die Beratung und Unterstützung mit Zustimmung des behinderten Menschen selbst, durch einen anderen Leistungsträger oder durch geeignete Dritte. §§ 88, 97 des Zehnten Buches sind anzuwenden.

2. In § 22 Abs. 1 SGB IX werden Sätze 6-8 angefügt:

Ihnen und anderen geeigneten Dritten können Aufgaben der gemeinsamen Servicestelle übertragen werden. Auf berechtigten Wunsch der zu Beratung und Unterstützung berechtigten Menschen sollen Aufgaben im Einzelfall übertragen werden. § 97 des Zehnten Buches ist anzuwenden.“

2. Vorschlag für eine Regelung in der Budgetverordnung

Eine Regelung auf der Ebene der Budgetverordnung ist möglich, weil es sich bei den angestrebten Änderungen nicht um Änderungen des Leistungsrechts, sondern um Klarstellungen bestehenden Rechts handelt. Sie kann auf der Grundlage der Ermächtigung in § 21a SGB IX durch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales mit Zustimmung des Bundesrates erfolgen. Damit kann möglicherweise für eine Regelung noch im Jahr 2009 die Gefahr vermieden werden, dass ein Gesetzentwurf der Diskontinuität verfällt.

Die vorgeschlagene Regelung für die BudgetV soll weitgehend den gleichen Regelungsinhalt realisieren wie die oben vorgeschlagene Regelung für das SGB IX.

Eine Regelung könnte dann wie folgt lauten:

„1. In § 3 BudgetV wird folgender Absatz 2a eingefügt:

Bei der Antragstellung und im Verfahren wird der Antragsteller von der örtlichen gemeinsamen Servicestelle der Rehabilitationsträger unterstützt. Die Servicestelle kann diese Aufgabe auf geeignete Dritte übertragen. Auf berechtigten Wunsch des Antragstellers soll sie die Aufgabe auf geeignete Dritte übertragen. § 97 des Zehnten Buches ist anzuwenden.

2. An § 3 Abs. 4 BudgetV wird folgender Satz 2 angefügt:

Der beauftragte Leistungsträger stellt ein Teilbudget für Beratung und Unterstützung fest.

3. In § 3 BudgetV wird folgender Absatz 5a eingefügt:

Auf berechtigten Wunsch des Leistungsberechtigten kann die Beratung und Unterstützung auch vom beauftragten Leistungsträger, durch einen anderen Leistungsträger oder durch geeignete Dritte im Auftrag des beauftragten Leistungsträgers vorgenommen werden. §§ 88, 97 des Zehnten Buches sind anzuwenden.“