

**Ambulant betreute Wohngemeinschaften
unter dem
Wohn- und Teilhabegesetz NRW**

Gutachten erstattet für Wohnen in Gemeinschaft NRW e.V.

**von
Rechtsanwalt Dr. Lutz H. Michel MRICS
Hürtgenwald**

0. Gutachtauftrag

Mit dem Inkrafttreten der Art. 1 und Art. 2 des Gesetzes zur Umsetzung der Föderalismusreform auf dem Gebiet des Heimrechts und zur Änderung von Landesrecht vom 18. November 2008¹ am 10. Dezember 2008 traten mit dem „Gesetz über das Wohnen mit Assistenz und Pflege in Einrichtungen (Wohn- und Teilhabegesetz - WTG)“ als Art. 1 und der „Durchführungsverordnung zum Gesetz das Wohnen mit Assistenz und Pflege in Einrichtungen (Wohn- und Teilhabegesetz - WTG)“ als Art. 2 das (Bundes-) HeimG und die dazu ergangenen (Bundes-) Durchführungsverordnungen außer Kraft und das gesamte Heimrecht in Nordrhein - Westfalen erfuhr eine landesrechtliche Neuregelung.

Mit dem WTG wurde der klassische „Heimbegriff“ abgelöst und durch den Begriff der „Betreuungseinrichtung“ ersetzt. Nach der Legaldefinition des § 2 Abs. 1 WTG sind Betreuungseinrichtungen alle „Einrichtungen, die den Zweck haben, ältere Menschen, Volljährige mit Behinderung oder pflegebedürftige Volljährige aufzunehmen, ihnen entgeltlich Wohnraum zu überlassen und damit verbunden

verpflichtend Betreuung zur Verfügung zu stellen oder vorzuhalten und die in ihrem Bestand vom Wechsel der Bewohner unabhängig sind (Betreuungseinrichtungen)“.

Dies und das Fehlen einer ausdrücklichen gesetzlichen Definition und ordnungsrechtlichen Einordnung ambulant betreuter Wohngemeinschaften² veranlaßte Wohnen in Gemeinschaft NRW e.V. als Fachverband der Altenhilfe mit den satzungsgemäßen Aufgabenstellungen,

- > Begleitung von Vereinsmitgliedern, insbesondere pflegebedürftiger Menschen und deren Angehörige gegenüber Kommunen und Kostenträgern im Rahmen einer Unterstützungsplanung bei der Gründung und Etablierung von Wohngemeinschaften;
- > übergeordnete und gezielte Öffentlichkeitsarbeit für die Belange von Wohngemeinschaften, die Verständnis für pflegebedürftige Personen insbesondere für die Situation alter und demenzkranker Menschen weckt;
- > Interessenvertretung und Mitwirkung in politischen Gremien (z.B. Landespflegekonferenz) auf Landesebene;
- > neutrale und trägerunabhängige Beratung pflegebedürftiger und/oder demenzkranker Menschen und ihrer Angehörigen,

diese neue Rechtssituation gutachterlich bearbeiten zu lassen mit dem Ziel, folgende Fragen rechtlich zu beleuchten und zu klären:

1. Welche rechtliche Gestaltungen von Lebens- und Wohnformen für Senioren sind nach dem WTG „Betreuungseinrichtungen“? Welche rechtlichen

Konsequenzen knüpfen sich hieran für den ordnungsrechtlichen Status abWGen? Unterfallen abWGen als „Betreuungseinrichtungen“ grundsätzlich dem WTG?

2. Erfahren abWGen für demenziell erkrankte Menschen eine gesonderte rechtliche Beurteilung?
3. Welche rechtlichen und „interpretatorischen“ Wirkungen hat der Erlaß des Ministeriums für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein – Westfalen vom 05.02.2009 – V A 3 – 5401.1, der sog. „GeneralErlaß“ zum Geltungsbereich des Wohn- und Teilhabegesetzes (WTG)³, auf die Einordnung abWGen in den Geltungsbereich des WTG?

Das hier erstattete Gutachten soll einen Beitrag zur Aufhellung der bestehenden rechtlichen Unklarheiten und Zweifelsfragen mit dem Ziel der Schaffung von größerer Rechtssicherheit für Bewohner, ihre Vertreter und Angehörigen, Vermieter und „Caregiver“ sowie sonstige Leistungserbringer im Bereich abWGen leisten.

Es baut auf der Darstellung der Gesetzes- und Erlaßlage zu den „Betreuungseinrichtungen“ für ältere Menschen auf (unten Abschn. 1), klärt sodann die Frage der Einbeziehung abWGen in das WTG (unten Abschn. 2), um als zusammenfassendes Ergebnis die Frage der grds. Anwendung des WTG auf abWGen sowie – als Ausnahmen – auf „WTG - schädliche“ Gestaltungen zu beantworten (unten Abschn. 3).

1. Ausgangslage: WTG und „MAGS – Generalerlaß“ vom 05.02.2009

Die maßgebliche und der nachfolgenden Betrachtung zugrunde zu legende gesetzliche Regelung ist das Gesetz über das Wohnen mit Assistenz und Pflege in Einrichtungen (Wohn- und Teilhabegesetz - WTG) und die Durchführungsverordnung zum Gesetz das Wohnen mit Assistenz und Pflege in Einrichtungen (Wohn- und Teilhabegesetz - WTG) nebst des Erlasses des Ministeriums für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein - Westfalen vom 05.02.2009.

1.1 Das WTG als landesrechtlicher Nachfolger des Heimgesetzes und die landesgesetzliche Neuregelung des „Rechts der Betreuungseinrichtungen“

Das WTG füllt die wieder gewonnene Gesetzgebungskompetenz des Landes Nordrhein - Westfalen infolge des Inkrafttretens des Art. 1 Ziffer 7 a) dd) des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes vom 28.08.2006⁴ mit der Änderung von Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG zum 01.09.2007, das den Bundesländern die Gesetzgebungskompetenz nach Artikel 70 Abs. 1 GG für das Heimrecht zurückgegeben hatte, aus.

1.1.1 Entwicklung eines neuen Rechts der Betreuungseinrichtungen

Die Gesetzgebungsaktivitäten im Land Nordrhein - Westfalen begannen mit der Einbringung des Entwurfs eines Gesetzes zur Umsetzung der Föderalismusreform auf dem Gebiet des Heimrechts⁵ durch die Landesregierung, dessen Art. 1 das „Gesetz über das Wohnen mit Assistenz und Pflege in Einrichtungen“, das sog. Wohn- und Teilhabegesetz - WTG umfaßt. Der vorgelegte Gesetzentwurf basierte

dabei auf einer bereits Mitte 2006 eingeleiteten Diskussion unter der politischen Leitlinie „Mehr Zeit für die Pflege – bürokratischen Aufwand vermeiden“ – Heimgesetz zeitgemäß neu ausrichten“⁶ und der Leitlinie der stärkeren Berücksichtigung der Interessen der Pflegebedürftigen⁷.

Voran gegangen war der Abschlussbericht der vom Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Sozialordnung eingerichteten Arbeitsgruppe zum Thema „Entbürokratisierung in der Pflege“⁸. Diese Arbeitsgruppe mit dem Auftrag, unter Berücksichtigung der Vorarbeiten im Bund und im Land Nordrhein - Westfalen praxisorientierte Vorschläge zur Entbürokratisierung des Pflegegeschehens zu entwickeln, hatte unter dem Entbürokratisierungsaspekt im Zusammenhang mit der Kritik zu § 1 Heimgesetz bereits klare petita bezüglich selbst gewählter und selbst organisierter Wohnformen formuliert⁹: selbst gewählte und selbst organisierte Wohnformen pflegebedürftiger Menschen sollten nicht den Bestimmungen des Heimgesetzes unterliegen. Nur Angebote, in denen Vereinbarungen über das Wohnen und den erforderlichen Service (Hilfe- und Betreuungsleistungen) kombiniert werden, sollten dem Heimgesetz unterliegen. Zwar wurde eingeräumt, daß die Vielzahl unterschiedlich organisierter Wohnformen in diesem Bereich die Schaffung allgemein verbindlicher Regelungen erschwere, jedoch wurden die damals auch schon anderweitig artikulierten Forderungen nach einer Ausgrenzung derartiger Wohn- und Lebensformen aus dem Heimrecht ausdrücklich unterstützt und zwar unter der Prämisse des Rückzugs des Ordnungsrechts und der Stärkung des Betreuungsrechts und des Mietrechts.

Entsprechend der im politischen Raum artikulierten Zielsetzung des Schutzes tatsächlich Schutzbedürftiger gehen sodann die im März 2007 von der Landesregierung vorgelegten „Eckpunkte für ein Landesheimgesetz NRW“¹⁰ vom Leitgedanken aus, daß der Kernauftrag eines solchen neuen Heimgesetzes darin bestehen müsse, den Schutz der Menschenwürde von Heimbewohnerinnen und

Heimbewohnern zu sichern. Geschützt werden sollten – vor allem mit ordnungsrechtlichen Mitteln – die Interessen älterer und behinderter Menschen während ihrer Unterbringung in einem Heim, wobei ausdrücklich das Subsidiaritätsprinzip angezogen wurde: „Individuelle Freiheit und Verantwortung sind vorrangig vor staatliches Handeln zu stellen. Für ein Gesetzgebungsverfahren bedeutet dies: So wenig Regulierung wie nötig, so viel Eigenverantwortung wie möglich“¹¹. Hier wurde auch in Ziffer 17 der Grundsatz definiert, Rechtssicherheit für neue Wohnformen zu schaffen, indem im Gesetz klargestellt werden solle, daß es für selbstbestimmte ambulant betreute Wohnformen nicht gelte.

1.1.2 Das WTG als neues „Gesetz zur Regelung des Rechts der Betreuungseinrichtungen“

Nach diesen konzeptionellen Vorarbeiten brachte die Landesregierung am 11.06.2008 ihren Entwurf eines „Gesetz über das Wohnen mit Assistenz und Pflege in Einrichtungen (Wohn- und Teilhabegesetz - WTG)“ als Art. 1 des „Gesetz zur Umsetzung der Föderalismusreform auf dem Gebiet des Heimrechts“¹² ein.

Der Regierungsentwurf basierte auf dem - politischen - Befund, daß das Heimgesetz des Bundes nicht mehr den geänderten Vorstellungen vom Leben älterer, behinderter oder pflegebedürftiger Menschen in stationären Einrichtungen der Betreuung entspreche: „Es trägt nur unzureichend dazu bei, mit den ordnungsrechtlichen Mitteln des Heimrechts ihre Teilhabemöglichkeiten am „Leben im Heim“ zu schützen und zu gewährleisten.“¹³

Die Begründung des Regierungsentwurfs, stützte sich dabei auf folgende gestalterische Leitgrundsätze:

- > Schutz älterer, behinderter und pflegebedürftiger Menschen, die in stationären Betreuungseinrichtungen leben, als Zweck, der auch bisher vom Heimgesetz verfolgt wurde,
- > Weiterentwicklung dieses Schutzzwecks durch Abstellen auf den Grad des jeweiligen Schutzbedürfnisses des Einzelnen und damit seine Möglichkeiten, in einer „Heimsituation“ selbstbestimmt handeln und entscheiden zu können,
- > Erneuerung des als „veraltet“ bezeichneten Begriffes „Heim“ durch den der „Betreuungseinrichtung“,
- > Herleitung und Begründung des für eine gesetzliche Regelung erforderlichen Schutzbedarfs aus der Abhängigkeit der Bewohner durch vertragliche Regelungen - im klassischen Fall innerhalb eines einzigen Vertrages -, die neben der Wohnraumüberlassung zugleich verpflichtend die Abnahme von Leistungen der allgemeinen, sozialen oder pflegerischen Betreuung vorsehen, aus dem Gedanken der erheblichen Einschränkung der rechtlichen Wahlmöglichkeiten, wenn insbesondere bei Schlecht- oder Nichterfüllung vertraglich vereinbarter allgemeiner Betreuungsleistungen kein anderer Anbieter gewählt werden kann, ohne daß (die Wohnung), also der Lebensmittelpunkt, aufgegeben werden muss¹⁴,
- > Förderung der Bewohner, indem diejenigen, die sich in einer strukturellen Abhängigkeit befinden, unter den Schutz des Gesetzes gestellt werden, wobei strukturell abhängig und damit als schutzbedürftig Menschen immer dann gelten, wenn ihnen aus einer Hand verpflichtend Wohnraum überlassen und Betreuung angeboten werden, wobei es darauf ankommt, daß der Anbieter „faktisch eine umfassende Versorgung“ übernimmt¹⁵.

Im Zuge der weiteren parlamentarischen Beratungen wurde sodann am 10. und 11.09.2008 von dem zuständigen Landtags - Ausschuss für Arbeit, Gesundheit und Soziales eine öffentliche Anhörung von Sachverständigen zum Gesetzentwurf der Landesregierung durchgeführt, aus der der für die weitere Beratung des Gesetzes relevante Änderungsantrag der Fraktionen der CDU, SPD und FDP resultierte, der insbesondere gravierende Änderungen im Bereich des Geltungsbereich des Gesetzes beinhaltete¹⁶ und sodann die für die in der zweiten Lesung erfolgte Beschlussfassung relevante Gesetzesfassung bildete¹⁷.

1.2 Der Generalerlaß des MAGS: Vorgabe von „Auslegungsregeln“ zum Geltungsbereich des WTG

Der Befund, daß das WTG, was im Übrigen schon in den parlamentarischen Beratung voraus gesehen wurde¹⁸, in Hinblick auf den Geltungsbereich diverse, für die Gesetzesanwendung überaus bedeutende Fragestellungen aufwirft, und die in einer landesweiten Veranstaltungsreihe des zuständigen Ministers Laumann¹⁹ aufgetretenen kritischen Fragen mit interpretatorischem Inhalt veranlassten das Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Sozialordnung auch vor dem Hintergrund der Verlagerung der Heimaufsicht auf die Kreise und kreisfreien Städte weg von den Bezirksregierungen zur Sicherstellung einheitlicher Rechtsanwendung, unter dem 05.02.2009 einen Erlaß zum Geltungsbereich des neuen Wohn- und Teilhabegesetzes²⁰ zu veröffentlichen, mit dem Ziel, eine einheitliche Rechtsanwendung zu gewährleisten und eine Auslegungshilfe zu geben, wobei einschränkend bereits in dem Schreiben des zuständigen Ministers Laumann an die Präsidentin des Landtags von Nordrhein - Westfalen klargestellt wurde, daß es sich dabei um eine „lernende Arbeitsgrundlage“ handele²¹.

Überschrieben mit „Auslegungsregeln“ werden allerdings in dem Anschreiben des Ministeriums an die zuständigen Behörden zur Durchführung des Wohn- und Teilhabegesetzes teils das WTG und die Diskussionen im parlamentarischen Verfahren aufnehmend, teils aber auch davon abweichend zwei „Kernbegriffe“ aufgegriffen, die zur Eingrenzung des Geltungsbereichs verwandt werden sollen: einerseits der Begriff der „Einrichtung“ und andererseits der Begriff der „strukturellen Abhängigkeit“²², wobei sich allerdings der Begriff der „strukturellen Abhängigkeit“ nicht im Gesetz selbst, sondern nur in der Begründung des Regierungsentwurfs des WTG findet²³.

1.3 Das WTG als auslegungsbedürftiges Normensystem

Die Beantwortung der Gutachtenfragestellung hat im Licht der Auslegung der hier vornehmlich relevanten Regelungen der §§ 1 bis 3 und 4 WTG in den Blick zu nehmen die Zielsetzungen des Landesgesetzgebers, wie sie im WTG ihren Niederschlag finden, und das systematische Zusammenspiel der Regelungen zum Geltungsbereich vor dem Hintergrund des Wortlaut des Gesetzes.

1.3.1 Auslegung - Grundsätze und Ziele

Die Auslegung des WTG unter der Prämisse der Klärung seiner Geltung in Bezug auf abWGen hat sich daran auszurichten, daß einerseits die Grundsätze für die Auslegung ordnungsrechtlicher Bestimmungen vor dem Hintergrund der grundgesetzlichen Freiheitsgewährleistungen gelten und andererseits primär die sich am Wortlaut der gesetzlichen Regelungen orientierende teleologische Betrachtung maßgeblich ist in Hinblick auf die in dem Gesetz zum Ausdruck kommenden

(historischen) Zielsetzungen und Motivationen des Gesetzgebers, wobei die Auslegungsgrenzen des Wortlauts des Gesetzes zu beachten sind.

Vorausgeschickt sei ein Überblick über die insofern heute anerkannten Interpretationsmethoden und damit relevanten Auslegungsmethoden, die hier anzuwenden sind:

- die grammatische Interpretation: der allgemeine und juristische Wortsinn wird bei der Ermittlung des Normgehalts zugrunde gelegt, um den Sinn der Vorschrift zu ermitteln,
- die logisch-systematische Interpretation: betrachtet werden die Logik der Regelung im gesetzlichen und sonstigen Norm – Kontext und die Stellung der Norm im Gesamtsystem des Rechtskreises und der Rechtsordnung,
- die historische (subjektiv-teleologische) Interpretation: ermittelt wird der Regelungszweck, den der historische Gesetzgeber konstituiert hat und der durch historische Forschung, i.d.R. durch die Anziehung von Gesetzesmaterialien, gewonnen wird,
- die objektiv - teleologische Interpretation: ermittelt wird der objektive Normzweck (die „*ratio legis*“), so wie er in der Gesetzesregelung dokumentiert ist, unter der Beachtung der Vermeidung von Wertungswidersprüchen, und der Berücksichtigung von Rangordnungen in der Normenhierarchie bei Wahrung der Konformität mit Verfassungs- und Gemeinschaftsrecht.

Das Bundesverfassungsgericht ermittelt vorrangig den objektivierten Willen des Gesetzgebers: Maßgebend für die Auslegung einer Gesetzesvorschrift ist der in dieser zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers, so wie er sich

aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang ergibt, in dem sich die betreffende Vorschrift befindet. Nicht entscheidend ist die subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder einzelner ihrer Mitglieder über die Bedeutung der Bestimmung. Entscheidend ist, was im Gesetz seinen Niederschlag gefunden hat. Der Entstehungsgeschichte einer Vorschrift kommt für deren Auslegung (nur) insofern Bedeutung zu, als sie die Richtigkeit einer nach den angegebenen Grundsätzen ermittelten Auslegung bestätigt oder Zweifel behebt, die bei dem Bemühen der Ermittlung des objektivierten in der Vorschrift vorzufindenden Regelungsgehalts allein nicht oder nicht vollständig ausgeräumt werden können.²⁴

1.3.2 Vorgehen: Wortlautororientierte, teleologische Auslegung im Lichte der Gesetzes - Systematik und der historischen Ziele des Gesetzgebers des WTG

Die oben dargestellte Auslegungsmethode berücksichtigend sind die Vorschriften des WTG in den §§ 2 bis 4 WTG, die die für die Gutachtenfragestellung relevanten Begriffsbestimmungen und Definitionen der Kernbegriffe und die diesen zugeordneten, erläuternden rechtlichen Detaillierungen und ergänzenden Vorschriften enthalten, unter Anziehung der Normierung des Gesetzeszwecks in § 1 WTG sowie der der Gesetzgebung vorangegangenen und diese begleitenden Äußerungen im politischen und parlamentarischen Raum zu betrachten. Dabei ist der Wortlaut der jeweiligen Einzelregelung systematisierend in den Regelungszusammenhang des gesamten Gesetzes zu stellen und die normierte gesetzgeberische Zielsetzung in den Auslegungsprozeß einzubeziehen. Ergänzend ist der „MAGS - Generalerlaß“ in die Betrachtung einzubeziehen, da er für die Landes- und Kommunalverwaltung den Anspruch der „interpretatorischen Lufthoheit“

erhebt in dem Sinne, daß die dort getroffenen Aussagen als Maßstab für eine landeseinheitliche Rechtsanwendung dienen sollen²⁵.

2. Das WTG und seine Geltung für abWGen

Die hier zu behandelnde Fragestellung nach der Reichweite der Geltung des WTG in Hinblick auf abWGen hat sich vor diesem Hintergrund der Grundsätze zur Auslegung des WTG in Bezug auf den Begriff der Betreuungseinrichtung zu orientieren einerseits an den im Gesetz enthaltenden und den gesetzlichen Bestimmungen zur Regelungsreichweite in den konkreten gesetzlichen Regelungen der §§ 2 und 3 WTG unter Beachtung der zu Grunde gelegten Regelungsziele des WTG (siehe § 1 WTG) und den im Wege der Auslegung der gesetzlichen Regelungen gewonnenen und daraus resultierenden Ergebnissen zur Fragestellung, ob und inwieweit in den dortigen, durch Auslegung konkretisierten Regelungen auch im Licht des „MAGS - Generalerlasses“ abWGen erfaßt werden.

2.1. Regelungsziele und -inhalte sowie Regelungsreichweite des WTG

Bei der Ermittlung der Regelungsziele und Regelungsreichweite des WTG ist - wie gesagt - zunächst das Gesetz selbst²⁶ und sodann der bereits erwähnte „MAGS - Generalerlaß“²⁷ zu betrachten.

2.1.1 Das WTG als neues „Betreuungseinrichtungsgesetz“

Das WTG nimmt für sich in Anspruch, das Recht der Betreuungseinrichtungen ordnungsrechtlich neu zu regeln. Die Zielsetzungen des Gesetzes sind in § 1 WTG

und die relevanten den Geltungsbereich bestimmenden Definitionen und Rechtsbegriffe in den §§ 2 bis 4 WTG enthalten.

2.1.1.1 Regelungsziele des § 1 WTG

Das WTG hat nach § 1 der vom Landtag am 12.11.2008 verabschiedeten und am 18.11.2008 verkündeten Fassung²⁸ gemäß der Begründung zum Regierungsentwurf²⁹ die Sicherung insbesondere der strukturellen Rahmenbedingungen, die älteren, behinderten und pflegebedürftigen Menschen ein ihrer Selbstbestimmung und Würde entsprechendes Leben ermöglichen sollen, im Auge. Mit dem Begriff der „Betreuungseinrichtung“ soll das Gesetz nicht nur einen sprachlichen, sondern vor allem inhaltlichen Modernisierungsschub mit dem Ziel auslösen, das Prinzip der Lebensnormalität älterer, behinderter und pflegebedürftiger Menschen bei der Rechtsanwendung in Betreuungseinrichtungen zu berücksichtigen. Schutzzweck ist demnach, die Würde, die Interessen und die Bedürfnisse der Bürgerinnen und Bürger in Betreuungseinrichtungen vor Beeinträchtigung zu schützen und die Einhaltung der dem Betreiber ihnen gegenüber obliegenden Pflichten und ihre Rechte zu sichern. Das Gesetz soll das selbstbestimmte Leben der Bewohner und deren Mitwirkung und Mitbestimmung in der Betreuungseinrichtung unterstützen, wobei sich die zuständigen Behörden - als Auslegungsregel - bei der Anwendung von Rechtsvorschriften von der Lebenswirklichkeit älterer, pflegebedürftiger und behinderter volljähriger Menschen leiten lassen sollen. Das Gesetz ist Ordnungsrecht und damit Eingriffsrecht.

2.1.1.2 Betreuungseinrichtungen i.S.d. WTG: Inhalt und Reichweite der gesetzlichen Regelungen zum Geltungsbereich

Das WTG nimmt als Anknüpfungspunkt für die Regelung des ordnungsrechtlichen Regimes des Wohnens mit Betreuungsleistungen in § 2 Abs. 1 WTG den Begriff der „Betreuungseinrichtung“. Dieser Begriff erfährt in den Folgeregelungen Konkretisierung sowohl in Hinblick auf die materielle Definition als auch in Hinblick auf die mit der Begriffsdefinition angestrebte Eingrenzung des Geltungsbereichs des WTG generell.

2.1.1.2.1. Begriff der „Betreuungseinrichtung“ im Wortlaut des WTG

Gemäß § 2 WTG umfaßt der Geltungsbereich des Gesetzes grundsätzlich sog. „Betreuungseinrichtungen“. Das WTG strukturiert dabei den Begriff der Betreuungseinrichtung einerseits materiell - inhaltlich in § 2 Abs. 1 WTG und andererseits durch die Umschreibung bestimmter rechtlicher Gestaltungen, die die Definition des § 2 Abs. 1 WTG definitorisch ergänzen, in § 2 Abs. 2, 3 WTG und § 4 Abs. 1 - 3 WTG.

2.1.1.2.1.1 Definition der Betreuungseinrichtung in § 2 Abs. 1 WTG

„Betreuungseinrichtungen“ sind in § 2 Abs. 1 WTG legal definiert als „Einrichtungen, die den Zweck haben, ältere Menschen, Volljährige mit Behinderung oder Pflegebedürftige Volljährige aufzunehmen, ihnen entgeltlich Wohnraum zu überlassen und damit verbunden verpflichtet Betreuung zur Verfügung zu stellen oder vorzuhalten und die in ihrem Bestand vom Wechsel ihrer Bewohner unabhängig sind“.

Diese Definition basiert dabei auf folgenden 4 Elementen:

- > dem Begriff der „Einrichtung“

- > der Festlegung des subjektbezogenen „Einrichtungszwecks“

- > der Festlegung des objekt- und leistungsbezogenen „Einrichtungszwecks“

- und

- > der Bestimmung des Charakters der „Einrichtung“ als verselbständigte „Institution“

Dabei ist das subjektive Element das eindeutigste, weil der relevante Personenkreis, die „Schutzsubjekte“ des WTG, klar umschrieben wird.

Etwas anders verhält es sich bei den drei anderen Definitionselementen.

Der Begriff der „Einrichtung“ ist geprägt durch die zweckgerichtete Bündelung von personellen und sächlichen Mitteln durch eine natürliche oder jur. Person, Personengesamtheiten oder auch andere Einrichtungen und Institutionen, wobei eine gewisse Dauerhaftigkeit der Errichtung Voraussetzung ist. Dabei ist begriffsnotwendig, daß diese „Einrichtung“ rechtlich - strukturell und verselbstständigt ist. Gegeben sein muß also ein „Angebots - Inanspruchnahme - Verhältnis“ im Verhältnis zum „Nutzer“ der Einrichtung, der deren Leistungen in Anspruch nimmt.

Offen bleibt, wie die Strukturierung gestaltet sein muß, wie die Organisation der Trägerschaft und wie die „Verselbstständigung“ aussieht und wie das Leistungsverhältnis zum Nutzer materiell ausgestaltet ist. Das Gesetz trifft in § 2 Abs.

1 WTG hierzu keinerlei Aussagen. Insbesondere bleibt ausgehend vom „Einrichtungsbegriff“ vom Wortlaut her unscharf, ob der Begriff der „Einrichtung“ erfüllt sein kann, wenn sich mehrere Personen zusammenfinden, um sich „selbstorganisiert“ Leistungen zu beschaffen und selbst zuzuwenden.

Allerdings deutet schon die objektbezogene Zwecksetzung in § 2 Abs. 1 WTG darauf hin, daß der Gesetzgeber davon ausgeht, daß der Nutzer nicht integraler Teil der Einrichtung als Organisation und der Trägerschaft ist: der Wortlaut spricht von „aufnehmen“, „überlassen“ und „zur Verfügung zu stellen“. Dies kann nur gegenüber Dritten erfolgen. Einrichtungen i.S. d. WTG sind insofern nur Organisationen, die jemand - nämlich der Einrichtungsträger / -betreiber - errichtet, um die in der Einrichtung geschaffenen Leistungen anderen Personen, und zwar „Dritten“, zuzuwenden. Dementsprechend geht das Gesetz auch davon aus, daß die Einrichtung nicht vom Wechsel der Personen, die in dieser Einrichtung leben, abhängig ist, also eine verselbstständigte „Institution“ darstellt.

Gestützt wird diese Sicht dadurch, daß in § 4 Abs. 3 WTG der Begriff des „Betreibers“ dahingehend definiert wird, daß der Betreiber derjenige ist, der in diesem Sinn im Rahmen der von ihm betriebenen Einrichtungen Leistungen, nämlich Wohnraumüberlassung und Betreuungsleistungen, gegenüber den Dritten, den Nutzern der Einrichtung, erbringt.

Nach der Gesetzesbegründung³⁰ ist der Begriff der „Betreuungseinrichtung“ weiter dadurch geprägt, daß durch die Verknüpfung von Überlassung von Wohnraum und der Erbringung bzw. Vorhaltung mindestens einer der in § 2 Abs. 1 WTG erwähnten Betreuungskomponenten ein kombiniertes Leistungsangebot geschaffen wird und so der Betreiber der Einrichtung eine „Versorgungsgarantie“ übernimmt. Wohnraumüberlassung und Betreuungsleistung müssen miteinander verpflichtend verbunden sein. Hintergrund ist ein vom Gesetzgeber gesehener „Schutzbedarf“, der

sich aus der Abhängigkeit der Bewohner in Folge vertraglicher Regelungen ergibt, die neben der Wohnraumüberlassung zugleich verpflichtend die Abnahme von Leistungen der allgemeinen, sozialen und pflegerischen Betreuung vorsehen. Es ist die Risikokonstellation fokussiert, daß bei Schlecht- oder Nichterfüllung vertraglich vereinbarter (allgemeiner) Betreuungsleistungen kein anderer Anbieter gewählt werden kann, ohne daß die Wohnung als der Lebensmittelpunkt des hilfebedürftigen Menschen aufgegeben werden muß. Es handelt sich dabei um die Schutzlage der „strukturellen Abhängigkeit“ des hilfebedürftigen, weil in seinen Fähigkeiten eingeschränkten Menschen, die dem Bild der „heimmäßigen“ Versorgung, von der auch der „MAGS – Generalerlaß“ vom 05.02.2009 zum Geltungsbereich des WTG spricht, entspricht.

Die weitere Bestimmung des Begriffs der „Betreuung“ als einer der beiden Kernelemente des objekt- und leistungsbezogenen „Einrichtungszwecks“ wird in § 4 Abs. 1 WTG vorgenommen. Sie füllt den objekt- und leistungsbezogenen „Einrichtungszwecks“ inhaltlich aus, indem drei Leistungsgruppen definiert werden:

- > allgemeine Betreuung

- > soziale Betreuung

- > pflegerische Betreuung

Eine „Betreuungseinrichtung“ liegt also nur dann vor, wenn die Einrichtung diese Leistungskomponenten im Bereich der Betreuung erbringt bzw. vorhält.

Fragt sich, ob der Begriff der Betreuungseinrichtung auch erfüllt ist, wenn (nur) Wohnraum plus Verpflegung oder (nur) Wohnraum plus hauswirtschaftliche Dienstleistungen erbracht bzw. vorgehalten wird, oder wenn die Betreuung in der

Einrichtung nicht alle drei in § 4 Abs. 1 WTG aufgeführten Elemente umfaßt. Konsequenterweise am Wortlaut des WTG orientiert liegt dann keine Betreuungseinrichtung vor, auch wenn man systematisch unter Anziehung des § 3 Abs. 1 WTG anderes schließen könnte. Dies würde aber verkennen, daß § 3 Abs. 1 S. 1 WTG keinerlei Definition der „Betreuungseinrichtung“ beinhaltet, sondern lediglich eine Ausnahme bzgl. des Geltungsbereichs des Gesetzes regelt, die bei scharfer Betrachtung des gesetzlichen Regelungswerks jedenfalls in den Fällen leer läuft, in denen § 2 Abs. 1 WTG schon nicht erfüllt ist. Dabei mag hier offen bleiben, ob es vor diesem Hintergrund nach dem Gesetzeswortlaut überhaupt Konstellationen geben kann, in denen § 3 Abs. 1 WTG konstitutive Wirkungen entfalten kann, oder ob diese Vorschrift im Ergebnis nicht lediglich deklaratorischen und / oder klarstellenden Charakter hat. Gestützt wird diese Deutung nicht zuletzt dadurch, daß § 3 Abs. 1 WTG selbst nur von „Einrichtung“, nicht jedoch von „Betreuungseinrichtung“ spricht, also der Gesetzgeber schon selbst hier eine gesetzliche Restriktion vornimmt.

2.1.1.2.1.2 Gesetzliche Detaillierung der Organisation der „Betreuungseinrichtungen“ in § 2 Abs. 2, 3 WTG und § 4 WTG

Die in § 2 Abs. 2 und 3 WTG weiter detailliert geregelten Ziselierungen der rechtlichen Strukturierung der dem Gesetz unterstellten Betreuungseinrichtungen sind verbunden mit den in § 4 WTG enthaltenen Begriffsbestimmungen, die teils Konkretisierungen, teils aber auch Erweiterungen in Bezug auf die rechtliche Ausgestaltung der Beziehungen zwischen unterschiedlichen Leistungserbringern beinhalten.

Nach § 2 Abs. 2 WTG ist es zunächst irrelevant, ob die zur Zurverfügungstellung von Wohnraum und verpflichtender Betreuung von einer oder von verschiedenen natürlichen oder juristischen Personen erfolgt, d.h., ob die Einrichtung von einer oder

mehreren Personen getragen wird, wenn diese verschiedenen Personen rechtlich miteinander verbunden sind, was sich nach § 4 Abs. 3 WTG richtet.

Rechtlich miteinander verbunden sind dabei nach dem Wortlaut des § 4 Abs. 3 S. 1 WTG natürliche oder juristische Personen (nur) dann, wenn sie „gemeinschaftlich ältere Menschen ... in Betreuungseinrichtungen aufnehmen“. Daß die „gemeinschaftliche Aufnahme“ die rechtliche Verbundenheit begründen soll, ergibt sich auch aus dem Wortlaut der Gesetzesbegründung: „Nach der Nummer 1 liegt eine rechtliche Verbundenheit von Angehörigen vor, wenn diese gemeinschaftlich Bewohner aufnehmen und betreuen.“³¹ Die Gesetzesbegründung³² referiert, daß „gemeinschaftliche Aufnahme“ in Betreuungseinrichtungen im Sinne eines zielgerichteten Zusammenwirkens eine rechtliche Verbundenheit indiziert und in § 4 Abs. 3 Satz 3 WTG werden in den dortigen Nummern 1 bis 4 beispielhaft Fälle aufgeführt, in denen die aus der gemeinschaftlichen Aufnahme resultierende rechtliche Verbundenheit gegeben sein soll. Dieser Ansatz ist an sich bereits rechtstechnisch sehr problematisch: aus einem tatsächlichen Tun („gemeinschaftliches Aufnehmen“) werden gesetzgeberisch, nicht im Wege der Gesetzesanwendung, wie rechtslogisch richtig, rechtliche Konsequenzen geknüpft. Umgekehrt wäre die Normierungstechnik richtig: gesetzgeberisch vorgegebene Rechtsgestaltungen geben rechtliche Konsequenzen für tatsächliche Handlungsweisen vor. Hinzukommt, daß irritierender Weise § 4 Abs. 3 Nr. 4 WTG den maßgeblichen Grundsatz, der materiell alle Fallgestaltungen determiniert, als besonders erwähnenswerten „Sonderfall“ regelt. Der Gesetzgeber bzw. die Autoren des Regierungsentwurfs haben ganz augenscheinlich verkannt, in welchen Konstellationen eine vertragliche Regelung gegeben sein kann und daß diese in dem Wort „gemeinschaftlich“ bestimmend zum Ausdruck kommt.

Regelt § 4 Abs. 3 Satz 1 WTG den Grundsatz, so sind die im Gesetz sodann detaillierten Konstellationen nicht abschließend zu verstehende Beispielfälle, wie

sich aus dem Wort „insbesondere“ als Einleitung zu den im Einzelnen sodann aufgeführten Gestaltungen ergibt.

Das in § 4 Abs. 3 Nr. 1 WTG genannte Aufnehmen von Personen durch Familienangehörige ist also systematisch zu reduzieren auf ein gemeinschaftliches zielgerichtetes Aufnehmen³³. Weiter wird dann im „MAGS - Generalerlaß“ erläuternd ausgeführt: „ ... eine Kooperationsvereinbarung wird wegen der Angehörigeneigenschaft regelmäßig nicht abgeschlossen. Wesentlich ist, daß die Angehörigen sich zur Aufnahme der Bewohner zusammengeschlossen haben“. Auf die juristische Ausgestaltung dieses Zusammenwirkens soll es wohl weniger oder gar nicht ankommen, was rechtlich äußerst problematisch und im Ergebnis auch unzutreffend ist, weil es auch hier einer vertraglicher Abrede bedarf, wie weiter unten noch begründet werden wird³⁴.

§ 4 Abs. 3 Nr. 2 WTG hebt auf die Personenidentität zwischen einem als Person Leistungen i.S.d. WTG Erbringenden, der zugleich Vertreter einer Person ist, die ergänzende Leistung erbringt, ab. Eine lediglich gegebene Personenidentität kann aber auch hier nicht ausreichen, was auf Folgendem beruht: Bei unterschiedlichen Funktionen, die unterschiedlichem Rechtsregime unterliegen, gibt es rechtlich eine jeweils auf die Funktion bezogene rechtliche (Geschäftsführungs-)Verantwortung i.S. einer differenzierten (Organ-)Verantwortung. Diese rechtliche Trennung verbietet die Gleichsetzung der Interessen, wie sie prima facie das WTG seinem Wortlaut nach glauben machen will. Auch hier muß das Element der rechtlichen Sonderverbindung hinzutreten, das funktional auf das gemeinschaftliche Aufnehmen von Personen i.S. d. § 4 Abs. 3 S. 1 WTG gerichtet sein muß und daher in einem Vertrag zwischen der natürlichen und der davon differenziert zu behandelnden jur. Person bestehen muß.

Dabei stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, wie die Konstellation der Gesellschafteridentität, die nicht ausdrücklich geregelt wird, zu behandeln ist, also ob

nicht § 4 Abs. 3 Nr. 2 WTG im Licht des § 2 Abs. 2 WTG auf die Konstellation der Gesellschafteridentität analog anzuwenden ist. § 4 Abs. 3 Nr. 1 - 4 WTG will die Regelung des § 2 Abs. 2 WTG, der nur regelt, daß ein- und derselbe Anbieter Wohnraum überläßt und Dienstleistungen zur Verfügung stellt, erstrecken auf materiell gleich zu behandelnde Konstellationen, in denen es lediglich an der Personenidentität ermangelt. Unabhängig davon, ob wegen der ordnungsrechtlichen Charakters der Regelung und der restriktiven Auslegungsgrundsätze überhaupt eine solche Analogie denkbar ist, wäre es jedenfalls eine Erweiterung der ausdrücklichen gesetzlichen Eingriffsregelung, die auf Personenidentität bei den Vertragspartnern und faktischen Leistungserbringern abstellt, auf einen gesetzlich nicht geregelten Tatbestand und zwar erweiternd über § 4 Abs. 3 WTG hinaus - die aufgezeigte rechtlich - funktionale Verantwortungstrennung mißachtend - auf die Identität dahinter stehender Gesellschafter. Dies ist aus den obigen Erwägungen als unzulässig zu erachten. Im Übrigen gilt auch hier, daß die gesellschaftsrechtliche Haftungssituation dazu führt, daß gleichgerichtete Entscheidungen unter Interessenkollision ausgeschlossen sind, was jeden Anlaß für eine Erstreckung des WTG auf derartige Sachverhalte obsolet werden läßt.

Entsprechendes gilt für die Fallgestaltung, daß Geschäftsführungsidentität bei zwei beteiligten Leistungsträgern in der Rechtsform jur. Personen gegeben ist. Auch hier muß zwingend eine rechtliche Sonderverbindung gegeben sein.

Die in § 4 Abs. 3 Nr. 3 WTG angesprochene Konstellation der Beherrschung verkennt ebenfalls die rechtlich - funktionale Trennung der Verantwortungen unterschiedlicher jur. Personen und bedarf der Korrektur durch das Hinzunehmen des Elements der rechtlichen Sonderverbindung. Im Übrigen gilt auch hier, daß die Überlegung der gesellschaftsrechtlichen Haftungssituation dazu führt, daß das Erfordernis einer gesonderten rechtlichen Verbindung der Beteiligten besteht.

§ 4 Abs. 3 Nr. 4 WTG ist - wie soeben bereits angedeutet - die systematisch verunglückte Normierung des Grundsatzes, daß in allen vorerwähnten Konstellationen eine rechtliche Sonderverbindung erforderlich ist, damit ein faktisches Zusammenwirken unterschiedlicher natürlicher oder juristischer Personen dazu führt, daß die Rechtsqualität einer Betreuungseinrichtung gegeben ist.

Die Differenzierung in § 2 Abs. 3 S. 1 WTG, der die Gestaltung aufnimmt, daß eine rechtliche Trennung zwischen der Wohnraumüberlassung und der Zurverfügungstellung und / oder Vorhaltung von Betreuungsleistungen gegeben ist, jedoch die tatsächliche Wählbarkeit des Anbieters der Leistungen eingeschränkt ist, was aber nur dann relevant ist, wenn sich die Betreuung auf mehr als zwölf Bewohner in einem Gebäude ausrichtet und die Bewohner bei der Wahl des Anbieters nicht von Dritten unterstützt werden, wobei die Einschränkung der Wählbarkeit vermutet wird, wenn der Anbieter der Leistungen mindestens dreiviertel der Bewohner in einem Gebäude betreut, betrifft nicht den Einrichtungsbegriff an sich, sondern eine bestimmte Konstellation, die zur Anwendbarkeit des WTG führt. Sie stellt damit eine reine Regelung des Geltungsbereichs dar, ohne den Begriff der „Betreuungseinrichtung“ materiell zu modifizieren.

2.1.1.2.1.3 Zusammenfassende Begriffsdefinition

Vor dem Hintergrund der obigen Begriffsklärung ergibt sich bei gesetzeskonformer Legaldefinition der „Betreuungseinrichtung“ unter Einbeziehung des Gesetzeszwecks folgender Begriff einer Betreuungseinrichtung:

Betreuungseinrichtungen gem. § 2 Abs. 1 WTG sind solche Einrichtungen, die den Zweck haben, ältere Menschen, Volljährige mit Behinderung oder pflegebedürftige Volljährige aufzunehmen, ihnen entgeltlich Wohnraum zu überlassen und damit

verbunden rechtlich verpflichtend Betreuung zur Verfügung zu stellen oder vorzuhalten und die in ihrem Bestand vom Wechsel der Bewohner unabhängig sind (§ 2 Abs. 1 WTG: Betreuungseinrichtungen) und bei denen die Würde, die Interessen und Bedürfnisse der Aufzunehmenden vor Beeinträchtigungen zu schützen sind und die Einhaltung der dem Betreiber ihnen gegenüber obliegenden Pflichten und ihre Rechte zu sichern ist (§ 1 Abs. 1 WTG: Schutzbedürftigkeit und Sicherungsbedürfnis), so daß sie ein möglichst selbstbestimmtes und selbständiges Leben führen können, vor Gefahren für Leib und Seele und in ihrer Privat- und Intimsphäre geschützt sind, eine am persönlichen Bedarf ausgerichtete, gesundheitsfördernde und qualifizierte Betreuung erhalten, umfassend über Möglichkeiten und Angebote der Beratung, der Hilfe, der Pflege und der Behandlung informiert sind, Wertschätzung erfahren, sich mit anderen Menschen austauschen und am gesellschaftlichen Leben teilhaben sowie ihrer Kultur und Weltanschauung entsprechend leben und ihre Religion ausüben und in Würde sterben können (§ 2 Abs. 2 WTG: Schutz- und Förderungszwecke).

Oder kurz: Betreuungseinrichtungen sind Organisationen, die aufgrund sachlicher und personeller Infrastruktur für den älteren, hilfebedürftigen Menschen eine Versorgungsgarantie übernehmen, aufgrund derer er sich in einer strukturellen Abhängigkeit zum Anbieter befindet.

Dabei suggeriert aber diese definitorische Abgrenzung nur „Auslegungssicherheit“ und für die Gesetzesanwendung hinreichende Bestimmtheit. Das Problem der vorgenannten aus dem Gesetzeswortlaut gewonnenen Begriffsbestimmung liegt in der Verwendung einer Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe und auslegungsbedürftiger rechtlicher Umschreibungen in Hinblick auf die Vielfalt der in der Praxis schon heute vorkommenden und in Zukunft potentiell sich realisierenden Gestaltungen. Gründe hierfür liegen zudem auch in den diversen Regel - Ausnahme - Verhältnissen, die das WTG statuiert. Sie und die Regelungsziele des WTG (§ 1

WTG - Gesetzeszweck) zwingen, jede konkrete Fallgestaltung dezidiert zu betrachten und rechtlich differenziert zu beurteilen.

Dies betrifft insbesondere die Wohn- und Lebensform der abWGen im Allgemeinen wie auch im Besonderen der sog. „Demenz - Wohngemeinschaften“, also derjenigen abWGen, deren Bewohner demenziell erkrankte Menschen sind. Diese Lebens- und Wohnformen werden - anders als in den neuen Landesheimgesetzen anderer Bundesländer³⁵ - nicht erwähnt, geschweige denn speziell geregelt.

2.1.2 Der Generalerlaß des MAGS: Erweiterung des Begriffs der „Betreuungseinrichtung“?

Vor dem Hintergrund dieses Befundes will der „MAGS - Generalerlaß“ Interpretationshilfen geben. Wie oben³⁶ bereits erwähnt werden in dem Anschreiben des Ministeriums an die zuständigen Behörden aber nicht nur „Erläuterungen“ gegeben, sondern auch „Kernbegriffe“ aufgegriffen und zum Mittelpunkt der Ausführungen gemacht, um die Geltungreichweite des Gesetzes ministeriell zu definieren.

Dies wirft die Fragen auf, welche Verbindlichkeit und ggfls. Rechtswirkungen der „MAGS – Generalerlaß“ rechtlich hat und haben kann, und ob er interpretatorisch zu einer unterschwelliger Erweiterung des Begriffs der Betreuungseinrichtung und damit des Geltungsbereichs des WTG führen kann und führt.

Zuvor seien jedoch die inhaltlichen Aspekte des „MAGS – Generalerlasses“ skizziert.

2.1.2.1 Inhaltliche Aspekte des „MAGS - Generalerlasses“

Ausgangspunkt des „MAGS - Generalerlasses“ ist, wie bereits angedeutet, die Polarität bzw. das Zusammenspiel der Rechtsbegriffe „Betreuungseinrichtung“ und „strukturelle Abhängigkeit“. Konsequenterweise greift der „MAGS - Generalerlaß“ auch den Begriff „Heim“ im Zuge der Erläuterungen der Grundregelung des § 2 Abs. 1 WTG auf. Dabei stellt er verdeutlichend dar, daß der Heimbegriff des WTG weiter gehen soll als derjenige des alten (Bundes-) Heimgesetzes, in dem die Heimeigenschaft nicht nur konstituiert wird durch die rechtliche Verbundenheit der Leistungen („Alles aus einer Hand“), sondern auch der Personen, nämlich wenn an der rechtlich verbundenen Leistungserbringung mehrere Personen mitwirken.

Der Kern des Erlasses ist dabei die detaillierte Darstellung von Konstellationen, in denen eine solche personelle rechtliche Verbundenheit gegeben sein soll.

Hier entwickelt der Erlaß zwei Modelle:

- > Gemeinschaftliches Aufnehmen der Bewohner

- > Leistungserbringung im Interesse des jeweils anderen Anbieters

Nach der breiten Darstellung und Erläuterung von Konstellationen der personellen und leistungsbezogenen rechtlichen Verbundenheit und der im WTG diesbezüglich geregelten Ausnahmekonstellationen, in denen trotz einer solchen Verbundenheit keine ordnungsrechtliche relevante Betreuungseinrichtung unter dem Geltungsbereich des WTG vorliegen soll, findet sich in Ziffer 5 am Ende des Erlasses ganz unauffällig und versteckt die lapidare Feststellung, daß das Gesetz nicht für selbstorganisierte und selbstbestimmte Wohngemeinschaften gelten soll. Abgehoben wird auf die Organisation der Wohnform durch die Bewohner und die Bestimmung

des Alltagslebens einschließlich der hauswirtschaftlichen Versorgung etc. pp. als Gemeinschaft.³⁷ Bemerkenswerterweise wird die Konstellation abWGen im Zusammenhang mit den oben erwähnten Erläuterungen zur personellen Verbundenheit mit keinem Wort erwähnt.

2.1.2.2 Rechtscharakter des „MAGS - Generalerlasses“

Der „MAGS - Generalerlaß“ ist nicht Gesetz oder Rechtsverordnung. Als verwaltungsinterne untergesetzliche Regelung handelt es sich um eine Verwaltungsvorschrift. Verwaltungsvorschriften haben die Rechtsnatur von abstrakt generellen Normen, die durch die Exekutive erlassen grds. keine Außenwirkung entfalten, allenfalls eine mittelbare Außenwirkung durch Art. 3 Abs. 1 GG in Form der Selbstbindung der Verwaltung besitzen können. Vorliegend hat man es ihrem Inhalt nach mit einer gesetzesinterpretierenden Verwaltungsvorschrift zu tun, die z.T. auch gesetzeskonkretisierenden Charakter hat. In Hinblick auf den Rechtsschutz gilt, daß grds. keine Bindung der Gerichte an derartige verwaltungsinterne Vorschriften besteht, wobei im Falle der Normkonkretisierung eine verwaltungsinterne Bindung bestehen kann, die aber keine Auswirkungen auf die Gesetzesinterpretation durch Gerichte hat, sondern nur Bedeutung im Zuge der Beurteilung eines intern gleichförmigen Verwaltungshandelns gewinnen kann.³⁸

2.1.2.3 Inhaltliche Implikationen MAGS - Generalerlasses

Hat der „MAGS - Generalerlaß“ zwar keine unmittelbare Geltungswirkung gegenüber dem rechtsunterworfenen Bürger, so hat er jedoch für das Verwaltungshandeln erhebliche rechtliche Bedeutung, indem er verwaltungsinterne Vorgaben beinhaltet, die mittelbar Bedeutung für die von dem WTG betroffenen Rechtssubjekte haben, als

daß die ausführende Verwaltung hieran gebunden wird. Dies ist der Grund dafür, daß der „MAGS - Generalerlaß“ im Rahmen dieser gutachterlichen Stellungnahme inhaltliche Behandlung und Bewertung erfahren muß.

2.1.2.3.1 Bewertung des gesetzesinterpretierenden und -konkretisierenden Inhalts des „MAGS - Generalerlasses“ in Hinblick auf den „Einrichtungsbegriff“ des WTG

Der Erlaß ist mit seinen interpretatorischen Aussagen bei genauer Analyse rechtlich überaus problematisch und über weite Strecken nicht geeignet, das WTG und hier insbes. die Regelungen zum Anwendungsbereich in Gestalt der Regelungen des Begriffs der „Betreuungseinrichtung“ gesetzeskonform zu erläutern.

Sind schon die im Erlaß gewählten Beispiele³⁹ nicht unproblematisch, so ist der „MAGS - Generalerlaß“ umso problematischer, wenn er postuliert, daß bereits „verlässliche Anhaltspunkte“ für das Vorliegen bestimmter Sachverhalte dazu führen sollen, daß der rechtliche Tatbestand der „personellen rechtlichen Verbundenheit“ als Element der Ausfüllung des Begriffs der „Betreuungseinrichtung“ erfüllt ist.

Mit seinen Ausführungen zur rechtlichen Verbundenheit verschiedener Personen schießt der „MAGS – Generalerlaß“ weit über die im WTG selbst konstituierten Grundsätze hinaus. Dies betrifft im Wesentlichen die zwei im Folgenden dargestellten Punkte.

2.1.2.3.1.1 Keine rechtliche Verbundenheit ohne Vorliegen einer rechtlichen (Sonder-)Verbindung

Im Zusammenhang mit § 2 Abs. 2 WTG wird seitens des „MAGS - Generalerlasses“ zutreffend auf die rechtliche Verbundenheit verschiedener Personen abgestellt, die gemeinschaftlich ältere Menschen in Einrichtungen aufnehmen. Es wird auch ausdrücklich und zutreffend auf die Notwendigkeit einer rechtlichen Sonderverbindung abgestellt.

Beides findet seine Grundlage in § 4 Abs. 3 WTG, wo die personelle rechtliche Verbundenheit wie folgt definiert wird:

„Rechtlich miteinander verbunden sind natürliche oder juristische Personen, die gemeinschaftlich ältere Menschen, Volljährige mit Behinderung oder pflegebedürftige Volljährige in Betreuungseinrichtungen aufnehmen.“

Die mit dieser Definition verbundenen rechtssystematischen Zweifel sind bereits oben⁴⁰ erörtert worden.

Eine rechtliche Verbindung kann jedoch aus einem gesetzlich nicht näher beschriebenen „gemeinschaftlichen“ Zusammenwirken nur dann resultieren, wenn dieses „gemeinschaftliche“ Zusammenwirken auf der Grundlage einer irgendwie gearteten Verabredung der Beteiligten beruht, den genannten Personenkreis durch ihr zielgerichtetes Zusammenwirken als arbeitsteiliger Verbund aufzunehmen, nämlich ihnen uno actu Wohnen und Betreuung zuzuwenden. Das ist dann aber eine vertragliche Verbindung, nämlich die im „MAGS - Generalerlaß“ ausdrücklich postulierte rechtliche Sonderverbindung.

Anderes scheidet aus: Ohne diese „rechtliche“ Verbindung können allenfalls beispielsweise Gefälligkeitsverhältnisse o.ä. gegeben sein. Diese sind aber rechtlich irrelevant.

Nur derartige vertragliche Verbindungen werden sodann auch in den im Gesetz aufgeführten Beispielfällen des § 4 Abs. 3 Nrn. 1 - 4 WTG genannt: keines der Beispiele ermangelt einer vertraglichen Beziehung, auch wenn z.B. die Begründung zu Nr. 1 Anderes zu suggerieren scheint:

„Nach der Nummer 1 liegt eine rechtliche Verbundenheit von Angehörigen vor, wenn diese gemeinschaftlich Bewohner aufnehmen und betreuen. Eine Kooperationsvereinbarung wird wegen der Angehörigeneigenschaft regelmäßig nicht abgeschlossen.“⁴¹

Der Gesetzgeber verkennt dabei grundlegend, daß jedes aufeinander abgestimmte und damit gleichgerichtete auf das Ziel der „Aufnahme“ gerichtete Verhalten verschiedener Personen Vertragscharakter hat und damit eine rechtliche Verbindung statuiert. Eines schriftlichen Vertrags bedarf es nicht: entscheidend ist das abgestimmte auch mündlich oder konkludent begründete zielgerichtete Zusammenwirken der Beteiligten.

In der konkreten Erläuterung und den angeführten Beispielen werden jedoch das gewollte und zielgerichtete Zusammenwirken verschiedener Partner auf der einen Seite und die gleichfalls postulierte rechtliche Sonderverbindung auf der anderen Seite vermischt mit anderen Elementen, die weder Merkmale rechtlicher Sonderverbindungen darstellen, noch faktisches zielgerichtetes Zusammenwirken in Hinblick auf die „Aufnahme“ des relevanten Personenkreises - dazu im Einzelnen unten⁴² belegen. Als Beispiele werden aufgezählt⁴³: die gemeinsame Werbung, der Hinweis auf die Leistungen des jeweiligen anderen Anbieters, die Einflußnahme des

Betreuungsdienstleisters auf die bauliche Gestaltung der zu vermietenden Wohnung oder Zimmer insbesondere der Bauphase, die Anpassung des baulichen Konzepts an das Konzept des Betreuungsdienstleisters und ähnliches.

Keine dieser Handlungsweisen und Handlungskonstellationen belegt ohne Weiteres eine rechtliche Verbindung der Beteiligten i.S. der vom „MAGS - Generalerlaß“ selbst geforderten rechtlichen Sonderverbindung. Hinzutreten muß zwingend das Element der Abstimmung der Beteiligten: dies ist bei gemeinsamer Werbung mit den unterschiedlichen Leistungskomponenten i.S. eines sich ergänzenden Angebots anders zu beurteilen, als wenn auf die Leistungen des jeweils anderen lediglich „hingewiesen“ wird. Gleiches gilt im Bereich der baulichen Gestaltung: der Pflegedienst, der dem Immobilieneigentümer / Vermieter durch Einbringung seiner Kompetenz eine „pflegegerechte“ Planung des Gebäudes und der Wohnungen in der Konzeptionsphase der Immobilie ermöglicht, wirkt mit diesem noch lange nicht zusammen in Hinblick auf ein abgestimmtes Angebot i.S.d. WTG, sofern nicht bereits in dieser Phase die Abrede besteht, daß der Pflegedienst z.B. die pflegerische Betreuung der Bewohner übernehmen soll. Die Funktion, als Manager und „Caregiver“ tätig zu werden, ist jedenfalls rechtlich irrelevant, da insofern keine pflegerischen und / oder betreuenden Leistungen erbracht werden (sollen).

2.1.2.3.1.2 „Gemeinschaftliches Aufnehmen“ und „Leistungserbringung im Interesse des jeweils anderen Anbieters“

Insofern beinhaltet bereits § 4 WTG Abs. 3 S. 1 WTG die entscheidende inhaltliche Festlegung, daß sich das Zusammenwirken der Beteiligten auf das „Aufnehmen“ zu beziehen hat, also auf die gebündelte Dienstleistung „Wohnen plus Dienstleistung“. Vor diesem Hintergrund und unabhängig von der rechtlichen Qualifizierung des Zusammenwirkens, das die rechtliche Verbundenheit begründen soll, geht der

„MAGS - Generalerlaß“ von inhaltlichen Kriterien aus, die Gegenstand der rechtlichen Verbundenheit der Leistungsanbieter sein sollen.

Es sind die bereits oben genannten Elemente des „gemeinschaftlichen Aufnehmens der Bewohner“ und der „Leistungserbringung im Interesse des jeweils anderen Anbieters“.

Das erste Element schließt inhaltlich aus, daß jedes Miteinander - Zusammenwirken ohne unmittelbaren Bezug zur Aufnahme des im WTG angesprochenen Personenkreises irgendwelche rechtliche Relevanz haben kann: das rechtliche Verbundensein in derartiger zeitlicher und / oder materiell - inhaltlicher Weise kann nicht dazu führen, daß ein Wohn- oder Betreuungsangebot zu einer Betreuungseinrichtung wird und einer der Beteiligten oder gar beide zum Betreiber einer solchen werden.

Gemeinschaftliches Aufnehmen erfordert abgestimmtes Handeln in oder unmittelbar vor der Betriebsphase im Sinne eines gemeinsamen öffentlichen Auftretens, eines aufeinander abgestimmten Produktangebots, der gemeinsamen Gesprächsführung, der Aufstellung abgestimmter Aufnahmekriterien (z. B. Ausschluß dementer Bewohner) die Verwendung einheitlicher - aufeinander abgestimmter Vertragswerke sowie die Verkopplung von Leistungen. Dann aber ist schon das gegeben, was § 2 Abs. 2 WTG mit dem Terminus der rechtlichen Verbindung der Leistungen meint.

Gleiches gilt, wenn z. B. der Betreuungsträger als Makler oder Beauftragter des Vermieters die Vermietungstätigkeit entfaltet.

Allein auf die räumliche Verbindung abzustellen, z. B. in der Wohnanlage hat der Betreuungsdienstleister ein Dienstzimmer oder der Anbieter hat ein Büro in den Geschäftsräumen des anderen Anbieters, wie der „MAGS - Generalerlaß“

formuliert⁴⁴, sagt über eine leistungsbezogene oder personelle Verbundenheit überhaupt nichts aus. So sind auch die im „MAGS - Generalerlaß“ gewählten Beispiele gekennzeichnet durch eine Kumulation dieser Elemente, wobei aber auch diesen keine rechtliche Sonderverbindung zu Grunde liegt. Insofern verkennt der Erlaß das, was er zu Beginn als Ausgangspunkt nimmt, nämlich die „heimmäßige“ Versorgung, die gemeinschaftliche Versorgungsgarantie des Betreibers und die daraus resultierende strukturelle Abhängigkeit der Bewohner.

Im Übrigen wird auch die Differenzierung hin zur Funktion des zitierten Pflegedienstes als „WG – Manager“ übersehen.

2.1.2.4 Keine Erweiterung des Begriffs der „Betreuungseinrichtung“ durch den „MAGS - Generalerlaß“

Zusammenfassend ist also festzuhalten, daß der „MAGS - Generalerlaß“ keine Erweiterung des gesetzlichen Begriffs der Betreuungseinrichtung gem. § 2 Abs. 1 WTG bewirken kann. Die Ansätze des Erlasses, im Falle der rein faktischen Beteiligung von zwei verschiedenen Leistungserbringern an der Erbringung der Leistungskomponenten Wohnen und Betreuung das Vorliegen einer Betreuungseinrichtung i.S.d. WTG anzunehmen, scheitert an der gesetzlichen Prämisse der Erforderlichkeit einer rechtlichen Verbindung zwischen den beiden Beteiligten. Gleiches gilt für das Modell, daß das Handeln des einen dem anderen wirtschaftlich nutzen soll. Hier fehlt es ebenfalls an einem abgestimmten Zusammenwirken mit vertraglichem Charakter.

Überdies verkennt der „MAGS - Generalerlaß“, daß das Gesetz daran anknüpft, daß nur das gemeinschaftliche Aufnehmen des vom WTG fokussierten Personenkreises durch rechtlich verbundene Personen die Einrichtungsqualität einer faktischen

Leistungskombination bewirkt, was wie oben dargelegt, bedeutet, daß „Vorbereitungshandlungen“ keinerlei rechtliche Relevanz in Hinblick auf das spätere tatsächlich erfolgende operative Tun der Beteiligten haben können.

Es ist also in dreierlei Hinsicht scharf zu trennen: erstens - rechtlich betrachtet - zwischen vertraglich begründetem und rein faktischem und „vertragslosem“ Zusammenwirken von zwei oder mehr Leistungserbringern, zweitens - zeitlich bestimmt - zwischen einem - vertraglich begründeten oder rein faktischen - Zusammenwirken der beiden in einer vorbereitenden Phase, z.B. einer Entwicklungsphase, wo es nur um Planung und Konzeption geht, und in der operativen Phase, in der vom WTG geschützte Personen in eine Einrichtung zum Zwecke der Betreuung aufgenommen werden, und drittens in funktionaler Hinsicht, nämlich in Bezug auf die Aufgaben und Funktionen der Beteiligten.

Dies führt z.B. dazu, daß insbesondere vertragsloses Zusammenwirken in einer Vorbereitungsphase niemals zur Rechtsqualität einer Betreuungseinrichtung oder einer Vorstufe führen kann. Gleiches gilt bei Einbeziehung eines „Caregivers“, sprich „WG – Managers“ in welcher Phase auch immer.

2.1.3 Zwischenergebnis: Kategorien von „Betreuungseinrichtungen“ - dem WTG unterstellte und dem WTG nicht unterfallende Betreuungseinrichtungen

Dabei scheiden sich - orientiert an den Gesetzesfestlegungen zum Geltungsbereich - zwei Kategorien von „Betreuungseinrichtungen“: solche, die ordnungsrechtlich dem WTG unterstellt werden, und solche, die ordnungsrechtlich unbeachtlich sind.

Ordnungsrechtlich relevante Betreuungseinrichtungen sind damit nur solche Einrichtungen, die den Zweck haben, ältere Menschen, Volljährige mit Behinderung oder pflegebedürftige Volljährige aufzunehmen, ihnen entgeltlich Wohnraum zu überlassen und damit verbunden verpflichtend Betreuung zur Verfügung zu stellen oder vorzuhalten und die in ihrem Bestand vom Wechsel der Bewohner unabhängig sind (§ 2 Abs. 1 WTG: Betreuungseinrichtungen), wobei nicht von Bedeutung ist, ob die Leistungen „Wohnen“ und „Betreuung“ aus einer Hand oder von unterschiedlichen Anbietern erbracht, wenn die unterschiedlichen Leistungserbringer rechtlich miteinander verbunden sind (§ 2 Abs. 2 WTG i.V.m. § 4 Abs. 1 WTG: Leistungsverknüpfung bei Personenverschiedenheit), bzw. bei Leistungserbringung aus einer Hand bei rechtlicher Trennung der Leistungen die tatsächliche Wählbarkeit des Anbieters der Leistungen eingeschränkt ist (§ 2 Abs. 3 WTG: Personenidentität und eingeschränkte Wahlfreiheit).

2.2 Regelungsreichweite des WTG in Bezug auf abWGen

Der Ermittlung der Regelungsreichweite des WTG in Bezug auf abWGen in Hinblick auf die oben aufgezeigten definitorischen Rahmensetzungen des WTG in Bezug auf „Betreuungseinrichtungen“ unter Anwendung der oben dargestellten Auslegungsmethodik sei voran gestellt die inhaltlich, fachlich - materielle Erfassung dieses Lebens- und Wohnmodells für demente und pflegebedürftige ältere Menschen. Erforderlich ist dies deswegen, weil die Regelungen der §§ 1 - 4 WTG diesen Begriff weder legal definieren noch er überhaupt im Gesetzestext erwähnt wird. Anders als andere „neue“ Landesheimrechte⁴⁵ regelt das WTG nämlich insofern nur Gesetzeszweck, Geltungsbereich sowie Ausschlüsse vom Geltungsbereich und beschränkt sich bei den Begriffsbestimmungen in § 4 WTG auf Termini, die im Gesetz selbst vorkommen und der Legaldefinition bedürfen, ohne Typen von Betreuungseinrichtungen ausdrücklich zu nennen, zu definieren, gegeneinander

abzugrenzen und ggfls. differenzierte Regelungen an eine solche Typisierung zu knüpfen.

2.2.1 Begriff und Ausprägungen abWGen

AbWGen bewegen sich konzeptionell im Bereich selbstorganisierten Lebens und Wohnens.

Anders als bei stationären Einrichtungen gibt es keinen „Träger“, der personell - sächlich eine Infrastruktur vorhält, die alle für das Leben und Wohnen älterer, mehr oder minder hilfsbedürftiger Menschen erforderlichen Ressourcen umfaßt, also Bereitstellung des Wohnraums, Erbringung der hauswirtschaftlichen Versorgung, Zubereitung und Angebot der Verpflegung sowie Vorhaltung und Erbringung aller ggfls. erforderlicher pflegerischer Dienstleistungen. Vielmehr werden alle im jeweiligen Einzelfall für das Leben und Wohnen erforderlichen Infrastrukturen und Leistungskomponenten aufgrund der Entscheidung des Einzelnen alloziert:

- > Vermieter und Erbringer der Pflegeleistungen sind i.d.R. unterschiedliche (juristische) Personen

- > der Mietvertrag wird unabhängig von Verträgen zu Betreuungs- / Pflegeleistungen geschlossen

- > die MieterInnen haben Wahlfreiheit bezüglich des Pflege- und / oder Betreuungsanbieters

- > die eigene Häuslichkeit (SGB XI) / Haushaltsführung ist gegeben

- > die höchstmögliche Selbstbestimmung der MieterInnen, ggfls. Sicherung der Selbstbestimmung durch ein Angehörigengremium, ist gewährleistet
- > die Zahl der MieterInnen liegt zwischen sieben und zwölf Personen

Dabei gelten strikte Qualitätsgrundsätze.

In Hinblick auf die Strukturqualität sind folgende Kriterien hervorzuheben:

- > die Trennung von Vermietung und Versorgungs- / Pflegeangebot und damit Gewährleistung der Wahlfreiheit und verbraucherrechtlichen Stärkung der BewohnerInnen bezüglich des Anbieters pflegerischer Dienstleistungen
- > das Recht auf Mitbestimmung des Einzelnen beim Zuzug neuer BewohnerInnen für die Wohngemeinschaft
- > die Beteiligung von Pflegediensten mit Versorgungsvertrag (dadurch transparente, qualitätsgesicherte Leistungen durch Vertrag und Dokumentation)
- > die Etablierung einer festen aber freiwilligen Teamstruktur bei den eingesetzten MitarbeiterInnen
- > die Durchführung regelmäßiger Dienst- und Fallbesprechungen und ein Angebot von Supervision für die MitarbeiterInnen
- > der Quartiersbezug der Wohngemeinschaft (=„normale“ Nachbarschaft),

erreichbare vielfältige Infrastruktur sowie Lage im angestammten Stadtteil

- > die Barrierefreiheit der Immobilie in Anlehnung an DIN 18025, Teil 2
- > das Vorhandensein von Einzelzimmern für jede/n Mieterin und Mieter
- > die Vorhaltung von mindestens zwei Bädern (bei sechs bis acht Mietern)
- > das Vorhandensein einer großen (Wohn-)Küche, die zentral gelegen ist
- > das Vorhandensein eines großen zentralen Wohnzimmer (ersatzweise große Wohnküche)
- > die konzeptionelle Einrichtung von Laufwegen, um dem Bewegungsdrang der Mieterinnen und Mieter entgegenzukommen
- > die Ausstattung der Wohnung mit Freisitz (Garten, Terrasse, Balkon)
- > die Gewährleistung der Pflege bis zum Lebensende

Bzgl. der Prozeßqualität gilt:

- > die Gewährleistung einer Doppelbesetzung (Präsenz von zwei MitarbeiterInnen) tagsüber (bis ca. 22.00 Uhr)
- > die Orientierung der Tagesabläufe an den Gewohnheiten und dem Rhythmus der MieterInnen („Mensch im Mittelpunkt“)
- > die maximale Beteiligung der MieterInnen an alltäglichen Verrichtungen

(Reinigung, Wäschepflege, Speisenzubereitung)

- > die Unterstützung von persönlichkeitsstabilisierenden Ritualen (Kleidung, Umgangsformen, Ess- und Trinkgewohnheiten etc.)
- > die regelmäßige Abstimmung aller Pflegehandlungen mit Angehörigen / gesetzlichen Betreuern der MieterInnen
- > die Einrichtung institutionalisierter, regelmäßiger Zusammenkünfte der Beteiligten
- > die Vorhaltung eines Repertoires an „unterhaltenden“, Aktivitäts- und mobilitätsfördernden Maßnahmen
- > die Minimierung von Psychopharmaka – Einsatz u.a durch die Institutionalisierung enger Abstimmung mit Angehörigen und Fachärzten
- > die enge Kooperation mit Haus- und Fachärzten, die Einbeziehung von therapeutischen Berufen und anderen Partnern

Die angestrebte Ergebnisqualität umfaßt:

- > die Gewährleistung eines guten körperlichen Status der betreuten MieterInnen
- > die Herstellung und Aufrechterhaltung eines guten Ernährungszustands
- > die Gewährleistung vertrauensvollen Bezugs zum eingesetzten Personal

- > die Schaffung von „Wohlbefinden“ und „Lebensfreude“ der BewohnerInnen

- > die Gewährleistung von Arbeitszufriedenheit bei den beteiligten MitarbeiterInnen der Leistungserbringer (hauswirtschaftliche Betreuer, „Caregiver“, Koordinatoren, „Hausmütter“, Pflegedienste etc.)

Dies gilt auch für abWGen für demenziell erkrankte Menschen, wobei hier insbesondere in qualitativer Hinsicht weitere Merkmale hinzutreten:

- > die Vorhaltung einer großen (Wohn-)Küche, die die Mitarbeit der demenzkranken MieterInnen erlaubt, und die zentral als Mittelpunkt der Wohngemeinschaft gelegen ist

- > die Schaffung von Laufwegen, um dem Bewegungsdrang der Mieter entgegenzukommen

- > die spezifische Ausstattung der Räumlichkeiten (Biografiebezogenheit)

- > die intensive Integration von Angehörigen und Betreuern in die Gestaltung des Lebens in der Wohngemeinschaft, insbesondere zwecks Schaffung individuell zugeschnittenen Lebens und Wohnens für die demenziell erkrankten Menschen

- > die Herstellung und Gewährleistung eines schmerzfreien Zustands der Demenzkranken

- > die Gewährleistung einer krankheitsangemessenen (geringen) Medikation

- > die Schaffung eines auf die Demenz abgestimmten „Wohlbefindens“ der demenzkranken BewohnerInnen, die Vermeidung von „Vegetieren“ durch Stimulation, Einbindung und Ansprache

Es gilt das Prinzip der Individualität und Selbstbestimmung in allen Lebens- und Wohnbelangen. Dies ist insbesondere an folgenden Wesensmerkmalen abWGen festzumachen:

- > Trennung von Vermietung und Versorgungs- / Pflegeangebot und damit Gewährleistung der Wahlfreiheit und verbraucherrechtlichen Stärkung der BewohnerInnen bezüglich der Anbieter pflegerischer Dienstleistungen
- > Recht auf Mitbestimmung der / des Einzelnen beim Zuzug neuer BewohnerInnen in die Wohngemeinschaft
- > Orientierung der Tagesabläufe an den Gewohnheiten und dem Rhythmus der MieterInnen („Mensch im Mittelpunkt“)
- > maximale Beteiligung der MieterInnen an alltäglichen Verrichtungen (Reinigung, Wäschepflege, Speisenzubereitung)
- > Unterstützung von persönlichkeitsstabilisierenden Ritualen (Kleidung, Umgangsformen, Ess- und Trinkgewohnheiten etc.)
- > regelmäßige Abstimmung aller Pflegehandlungen mit Angehörigen / gesetzlichen Betreuern der MieterInnen
- > institutionalisierte, regelmäßige Zusammenkünfte der Beteiligten

(so genannte Angehörigentreffen)

Wenn im Folgenden die Frage behandelt wird, ob abWGen vom WTG erfaßt werden, wird der so qualifiziert umschriebene „Typus“ abWGen als Betrachtungsgegenstand genommen. Andere Ausprägungen abWGen können andere rechtliche Beurteilung erfahren; sie bleiben im Rahmen dieser gutachterlichen Stellungnahme außer Betracht.

2.2.2 Geltung des WTG für abWGen

Nach den oben⁴⁶ skizzierten Auslegungsgrundsätzen ist die Frage der Geltung des WTG für abWGen, speziell auch abWGen für demenziell erkrankte Menschen, aus

- > dem Wortlaut der Regelungen des Gesetzes zum Anwendungsbereich,
- > der diese ergänzend bestimmenden Gesetzeszielsetzungen

und

- > dem - historischen - Willen und Zwecksetzungen des Gesetzgebers

abzuleiten.

Dabei gilt für die Interpretation der gesetzlichen Regelungen zudem der öffentlich - rechtliche Grundsatz, daß ordnungsrechtliche Tatbestände insbesondere dann, wenn sie behördliche Eingriffsrechte bzw. korrespondierende Verpflichtungen des Bürgers statuieren, freiheitsrechtlich betrachtet tendenziell eng(er) als weit(er) auszulegen sind. Das WTG ist Ordnungs- und nicht Zivilrecht.

2.2.2.1 Einbeziehung abWGen in das WTG nach dem Gesetzeswortlaut

Zunächst ist die Ausgangsfragestellung unter Heranziehung des Gesetzeswortlauts zu untersuchen.

2.2.2.1.1 Keine Spezialregelung des WTG für abWGen

Zunächst ergibt sich aus dem Gesetzeswortlaut - wie bereits angedeutet - keine spezielle Regelung abWGen. Die Geltung des WTG für diese Lebens- und Wohnform ist daher aus dem bereits oben⁴⁷ aus den §§ 1 - 4 WTG erarbeiteten Begriff der „Betreuungseinrichtung“ zu gewinnen.

2.2.2.1.2 AbWGen als „Betreuungseinrichtungen“ i.S.d. §§ 2, 3 WTG

AbWGen sind nur dann „Betreuungseinrichtungen“ i.S.d. WTG mit der Folge der seiner grds. Anwendbarkeit, sofern nicht die Ausnahmeregelung des § 3 WTG schon von vornherein eine Anwendung des Gesetzes ausschließt, ungeachtet der oben⁴⁸ diskutierten Frage der Geltungskraft dieser Vorschrift, wenn sie die oben⁴⁹ dargestellten Merkmale erfüllen.

Der zunächst heranzuziehende Wortlaut der beiden genannten relevanten Bestimmungen der §§ 2 und 3 WTG führt zu nachfolgender - pragmatischer - Prüfungsstruktur.

2.2.2.1.2.1 „Generalausnahme“ des § 3 Abs. 1 WTG

Wenngleich sich die Frage stellt, ob § 3 Abs. 1 WTG überhaupt Regelungswirkungen im Kontext des § 2 WTG entfalten kann, weil die Vorschrift nach hier vertretener Auffassung Wohn- und Dienstleistungsformen betrifft, die schon nicht den Begriff der „Betreuungseinrichtung“ erfüllen, so sind abWGen jedoch jedenfalls aufgrund der Dienstleistungsdichte und -fülle und der damit verbundenen Höhe der Dienstleistungsentgelte i.d.R. nicht unter die Kategorie der in § 3 Abs. 1 WTG angesprochenen niedrighschwelligigen Angebotsformen zu fassen.

2.2.2.1.2.2 AbWGen als „Einrichtungen“

Will man abWGen über den Begriff der Einrichtung eingrenzen, so ist zunächst auf den bereits oben⁵⁰ herausgearbeiteten Begriff der „Einrichtung“ abzuheben.

Wenn der Begriff der „Einrichtung“ geprägt ist durch die zweckgerichtete Bündelung von personellen und sächlichen Mitteln durch eine natürliche oder jur. Person, Personengesamtheiten oder auch andere Einrichtungen und Institutionen, wobei eine gewisse Dauerhaftigkeit der Errichtung Voraussetzung ist, und diese Organisation rechtlich - strukturell und verselbstständigt ist, so fehlt es bei den abWGen an allen Merkmalen. Weder ist eine homogene Bündelung von einer organisationsleitenden Person gegeben, noch ist das Merkmal der Verselbständigung erfüllt. Weder haben abWGen eine eigene Rechtspersönlichkeit, noch ist die Organisation an sich – rechtlich - verselbstständigt. Die Bewohner selbst sind diejenigen, die Art, den Charakter und das faktische „Leben“ in dieser Lebens- und Wohnform gestalten, organisieren und damit bestimmen. Sie nehmen ihre „Freiheiten“ wahr. Daran ändert nichts, daß die Bewohner in ihren Fähigkeiten eingeschränkt sind: die demenzielle Erkrankung hindert zu einem nicht stets die Fähigkeit zur „Selbstbestimmung“, zum

anderen handeln die Bewohner andernfalls durch ihre Angehörigen und Betreuer. Das „Angebots - Inanspruchnahme - Verhältnis“ im Verhältnis zum „Nutzer“ der Einrichtung, der Leistungen in Anspruch nimmt, findet sich nicht bei derartigen selbstorganisierten Gestaltungen des Zusammenlebens.

Daran ändert auch nichts der Einsatz von professionellen Organisatoren. Die Funktion des „Caregivers“, der sich funktionell stets in den abWGen findet, kann die Einrichtungsqualität von abWGen aus folgenden Erwägungen nicht begründen: Die Funktion des „Caregivers“ umfaßt das „Management der Wohngemeinschaft“ im Sinne der Übernahme von allgemeinen Koordinations- und Allokierungsaufgaben im Auftrag der Bewohner. Dieser „Caregiver“ hat keinerlei eigene Leistungsfunktionen in Hinblick auf Betreuungsleistungen, noch auf hauswirtschaftlicher Leistungen, Verpflegungsleistungen oder gar pflegerischer Leistungen. Seine Funktion ist lediglich, als Ansprechpartner, Koordinator und Vermittler von Dienstleistungen zu agieren, im Auftrag der Bewohner bestimmte Präsenzen darzustellen, also letztlich allenfalls solche „niedrigschwelligen“ Dienstleistungen zu erbringen, die nach § 2 Abs. 1 WTG bzw. § 3 Abs. 1 WTG nicht dazu führen, daß ein Wohnangebot zur Betreuungseinrichtung (um)qualifiziert wird.

Gleiches gilt im Ergebnis für die Konstellation, daß eine im Mietvertrag bzw. im Mietverhältnis konstituierte „Auftragsgemeinschaft“ bestimmte Funktionen und Kompetenzen, die zunächst in der Person der Bewohner liegen, wahrnimmt. Auch wenn der Einzug in die vom Vermieter vorgehaltene Wohnung den „Beitritt“ zu der Auftragsgemeinschaft voraussetzt, die ihrerseits den Caregiver bzw. die Dienstleister

auswählt, die zur Gewährleistung der dienstleistungsbezogenen Grundbetreuung erforderlich sind, wird durch eine solche Auftragsgemeinschaft nämlich lediglich das Selbstbestimmungsrecht der BewohnerInnen der Wohngemeinschaft mediatisiert. Da diese vermietenunabhängig ist, ist sie auch nicht Teil der Organisationsstruktur

desjenigen, der den Wohnraum zur Verfügung stellt. Neben der Vermieterunabhängigkeit wird in der Vereinbarung über die Bewohnerversammlung zudem regelmäßig ausdrücklich geregelt, daß die / der jeweilige Bewohner/in selbst den Anbieter von Betreuungsleistungen wechseln kann. Es liegt also nicht die Konstellation vor, daß die individuelle Selbstbestimmung durch die Mehrheitsbestimmung der Bewohnerversammlung ausgehebelt wird oder werden kann. Damit korrespondiert, daß nicht die Auftraggebergemeinschaft den Dienstleistungs- / Betreuungsvertrag mit dem ambulanten Pflegedienst, der die BewohnerInnen der Wohngemeinschaft betreut, abschließt, sondern die / der einzelne Bewohner/in in ein individualisiertes Vertragsverhältnis mit dem ambulanten Pflegedienst tritt. Selbst wenn dies der von der Bewohnerversammlung ausgewählte „Caregiver“ sein sollte, was nicht zwingend sein muß, besteht die Möglichkeit, Alternativen zu wählen. Ausdrücklich wird nämlich regelmäßig in derartigen Vereinbarungen festgehalten, daß sich die Beteiligten, sprich nämlich die / der Bewohner/in und der Vermieter als Partner der Vereinbarung zur Bewohnerversammlung, darauf verständigen, daß eine freie Wahlmöglichkeit bei der Auswahl von notwendigen Betreuungsdienstleistern und Betreuungsmaßnahmen besteht. Die Auswahl der Leistungen bedingt dann auch die Auswahl der differenzierten Leistungsanbieter. Insofern ist die Schutzlage der „strukturellen Abhängigkeit“ nicht gegeben.

Zusammenfassend ist also festzuhalten, daß abWGen schon keine „Einrichtungen“ i.S.d. WTG sind.

2.2.2.1.2.3 Qualität von abWGen als „Betreuungseinrichtungen“

Ungeachtet des obigen Befundes, daß abWGen schon nicht als „Einrichtungen“ begriffen werden können, sei ergänzend und hilfsweise erörtert, ob sie - ihre

Einrichtungsqualität unterstellt - als Betreuungseinrichtungen qualifiziert werden könnten.

Wie bereits oben ausgeführt ist der Begriff der Betreuungseinrichtung dadurch geprägt, daß durch die Verknüpfung von Überlassung von Wohnraum und Erbringung bzw. Vorhaltung der im § 2 Abs. 1 WTG genannten Betreuungskomponenten ein Leistungsangebot mit Versorgungsgarantie geschaffen wird, das von einem Anbieter im Sinne des § 4 WTG dargestellt wird.

Die oben aufgezeigte Struktur abWGen geht im Gegensatz hierzu bewußt ab von der monolithischen Institutionalisierung der Leistungskomponenten Wohnen und Betreuung. Nicht nur daß der vertragliche Konnex (Nutzungsvertrag über den Wohnraum - Dienstleistungsvertrag über die Betreuungsleistungen) nicht gegeben ist, so findet sich auch in konzeptioneller Hinsicht weder eine durch einen Anbieter dargestellte Versorgungsgarantie noch als Gegenstück dazu der Ausschluss der Gestaltungs- und Wahlfreiheit in Hinblick auf Betreuungs- und Pflegedienstleistungen zu Lasten der BewohnerInnen.

Hinzu kommt, daß unabhängig von der nicht gegebenen juristischen Koppelung der Leistungskomponenten auch in tatsächlicher Hinsicht Wahlfreiheit besteht. Für die personelle Verbundenheit gilt das oben⁵¹ Ausgeführte.

Kurz: Wenn - wie oben herausgearbeitet - die „heimmäßige Versorgungsgarantie“ mit der „strukturellen Abhängigkeit“ (zu Lasten) der BewohnerInnen korrespondiert, so fehlt es bei den abWGen schon an der „heimmäßigen Versorgungsgarantie“, die „strukturelle Abhängigkeit“ schafft und damit zur Annahme einer „Betreuungseinrichtung“ führen könnte.

2.2.2.1.2.4 (Um-)Qualifizierung abWGen zu Betreuungseinrichtungen qua faktischer Verbindung zwischen einem Betreuungsdienstleister und dem Anbieter von Wohnraum?

Unabhängig von dem bei abWGen schon fehlenden „Einrichtungscharakter“ sei ergänzend die Frage aufgeworfen, ob trotz der Ausführungen des „MAGS - Generalerlasses“ in Abschnitt 5 eine noch näher zu spezifizierende und differenzierende Verbindung zwischen einem für die abWG tätigen Betreuungsdienstleister dazu führen kann, die dann gegebene faktische Ausprägung der abWG als „Betreuungseinrichtung“ zu qualifizieren.

Dabei sind zwei Aspekte zu berücksichtigen:

> die Frage der rechtlichen Verbundenheit der Leistungserbringung

und

> die rechtliche Verbundenheit der handelnden Personen.

Der erstgenannte Aspekt kann keine Bedeutung gewinnen, da § 2 Abs. 1 WTG eine „kombinierte Leistungserbringung aus einer Hand“ verlangt, diese aber in den hier relevanten Konstellationen nicht gegeben ist. Der Überlasser des Wohnraums erbringt nicht zugleich damit verbundenen Betreuungsleistungen.

Demnach ist vielmehr § 2 Abs. 2 S. 1 WTG zu betrachten. Diese Vorschrift verweist, wie bereits oben dargestellt, auf § 4 Abs. 3 WTG. Rechtlich miteinander verbunden sind gemäß § 4 Abs. 3 WTG natürliche oder juristische Personen (nur) dann, wenn sie „gemeinschaftlich ältere Menschen.... in Betreuungseinrichtungen aufnehmen“, wobei § 4 Abs. 3 Satz 1 WTG den Grundsatz und § 4 Abs. 3 Nrn 1 - 4 WTG die

Darstellung der diversen vom Gesetzgeber angesprochenen Konstellationen beinhaltet.

Bei den hier zu betrachtenden abWGen findet sich eine klare Funktionstrennung: Der Wohnraumanbieter ist zuständig für den Bereich Wohnraumüberlassung und der Dienstleistungsanbieter ist zuständig für die Erbringung der Betreuungs- und Pflegedienstleistungen dann, wenn der einziehende Bewohner, dessen Auswahl - ungeachtet von Mitwirkungsrechten der Bewohner - durch den Vermieter erfolgt bzw. auf Seiten des Vermieters liegt und bezüglich dessen auch der Betreuungsdienstleister keinerlei Konsultations- oder Zustimmungsrechte hat, dies wünscht und entsprechende Verträge schließt.

Hinzukommt folgendes: In der oben⁵² dargestellten Struktur der hier zu betrachtenden abWGen beruht die Festlegung des „Caregivers“ als Manager der abWG auf einem entsprechenden Beschluß der Bewohner bzw. ihrer Angehörigen oder Betreuer. Es handelt sich dabei um einen Entscheidungsakt sui generis und hat weder etwas zu tun mit dem Leistungsteil „Wohnraumüberlassung“, noch mit dem Leistungsteil „Erbringung von Betreuungsleistungen“. Diese Beschlußfassung läßt zudem auch zu, daß der einzelne Mieter sich von einem anderen ambulanten Pflegedienst betreuen und pflegen läßt. Wenn weder in den angewandten Nutzungsüberlassungs- noch Dienstleistungsverträgen oder in gesonderten Vereinbarungen über Bewohnerversammlungen noch in den jeweiligen Einzelbetreuungsverträgen irgendwie geartete Kündigungsverzichte, ein

„Auszugszwang“ noch eine sonstige Koppelung von „Wohnen“ und „Betreuung“ vorgesehen ist, kann eine leistungsbezogene wie personelle Verbindung nicht angenommen werden. Kurz: Der jeweilige Bewohner nimmt die Betreuungs- und Pflegeleistungen eigenständig – individuell und damit „selbstbestimmt“ in Anspruch sowohl dem Umfang wie auch dem Leistungserbringer nach. Selbst wenn eine

gewisse „Restbetreuung“ durch einen der in der abWG, was Präsenz, allgemeine Hilfeleistungen etc. anbelangt, tätigen „Caregiver“ verbleiben würde, wären diese Dienstleistungen dann nur noch „niedrigschwellig“, was jedenfalls - ungeachtet der oben dargelegten rechtlichen Zweifel an der Regelungsfunktion⁵³ - dann zur Maßgeblichkeit des § 3 Abs. 1 WTG mit der Folge der Nichtanwendbarkeit des WTG führen würde.

Selbst die Beteiligung von Vertretern des – „managenden“ - „Caregivers“, auch wenn es sich um einen Pflegedienst handelt, in der Bewohnerversammlung konstituiert auch nicht ein „gemeinschaftliches“ Tätigwerden bzw. Zusammenwirken von Vermieter und Pflegediensten i.S. d. § 4 Abs. 3 WTG („rechtliche Verbundenheit“). Nicht nur, daß dies an einem fehlenden Mitwirkungsrecht (vorgesehen ist regelmäßig nur ein Anwesenheits- und ein Äußerungsrecht, jedoch kein rechtliches Mitbestimmungsrecht) scheitert, so scheitert dies vielmehr auch daran, daß Funktion der Pflegedienstvertreter fokussiert ist auf die Beratung der Bewohnerversammlung, also maßgeblich der Bewohner und ihrer Vertreter.

Ferner konstituieren die gängigen Vereinbarungen zur einheitlichen Meinungsbildung und Entscheidungsfindung der Bewohner und ihrer Angehörigen auch keine „Gesellschaft“ der zu Betreuenden in Hinblick auf eine gemeinsame Abnahme von Leistungen. Hier fehlt es regelmäßig schon an dem entsprechenden Regelungsinhalt. Gleiches gilt für die Überlegung, in diese Gestaltung einen „Rahmenvertrag“ o.ä. hineinzuzinterpretieren. Bereits oben ist dargelegt worden, daß die Betreuungs- und Pflegeverträge als Individualverträge ohne Vorgaben von Seiten des Vermieters oder von Mitbewohnern abgeschlossen werden.

2.2.2.2 Geltung des WTG für abWGen nach dem Gesetzeszweck

Wenn nun bereits schon nach dem Wortlaut, nach rein wortlautbezogener Auslegung, abWGen nicht als „Betreuungseinrichtungen“ begriffen werden können, so stellt sich die Frage, ob nicht die Gesetzeszielsetzung eine den reinen Gesetzeswortlaut erweiternde Interpretation bedingt.

Heranzuziehen ist hier einerseits der § 1 WTG im Rahmen einer Deutung des hier normierten Gesetzeszwecks wie andererseits auch die Gesetzesbegründung, hier maßgeblich die Begründung des Regierungsentwurfs, die weitere Hinweise auf das geben kann, was Zielsetzung des WTG auch in Bezug auf selbstbestimmte Lebens- und Wohnformen in der Ausprägung abWGen ist.

2.2.2.2.1 Wortlaut des § 1 WTG als Zweckvorgabe für die Anwendbarkeit des WTG auf abWGen

Zieht man den Wortlaut des § 1 WTG sowie die Gesetzgebungsbegründung zu § 1 WTG an, so determinieren nicht die dort genannten Zwecke den Begriff der Betreuungseinrichtung und damit den Anwendungsbereich des Gesetzes, sondern dienen der Auslegung der gesetzlichen Vorschriften⁵⁴. Insbesondere gilt dies in Bezug auf die in § 1 WTG enthaltenden Zwecksetzungen des Gesetzes im Hinblick auf die Fokussierung auf die Interessen und Bedürfnisse der Bürgerinnen und Bürger in Betreuungseinrichtungen. Dies führt dazu, daß es nicht zulässig ist, über den Gesetzeszweck den Kreis der im Gesetz geregelten Betreuungseinrichtungen auf solche zu erstrecken, die gesetzlich nicht geregelt sind, nur weil möglicherweise auch dort die generellen Zwecksetzungen des § 1 WTG, insbesondere diejenigen des § 1 Abs. 2 WTG Relevanz besitzen könnten.

Damit kann auch nicht § 1 WTG dazu führen, daß über die Festlegungen der §§ 2 und 3 hinaus dort nicht erfaßte Lebens- und Wohnformen unter das Regime des WTG fallen.

2.2.2.2 Gesetzesbegründung – insbesondere: Begründung des Regierungsentwurfs des WTG

Vor dem Hintergrund der oben⁵⁵ skizzierten Auslegungsgrundsätze ist i.S. einer teleologisch - historischen Betrachtung zudem die parlamentarische „Geschichte“ des WTG und hier vor allem die legislatorische Absicht des Regierungsentwurfs, die sich über die Verabschiedung des Gesetzes auch der Gesetzgeber zu eigen gemacht hat, in die Betrachtung einzubeziehen.

Die Begründung des Regierungsentwurfs des WTG⁵⁶, wie sie bereits oben⁵⁷ skizziert worden ist, stützt sich i.w. auf drei Aspekte:

- > das generelle Ziel des Schutzes älterer, behinderter und pflegebedürftiger Menschen, die in stationären Betreuungseinrichtungen leben,

- > das individualisierte Abstellen auf die Möglichkeiten des Einzelnen, in einer typisierten „Heimsituation“ selbstbestimmt handeln und entscheiden zu können,

- > die „faktisch umfassende Versorgung“ der Bewohner durch einen „Versorgungsgaranten“, die die „strukturelle Abhängigkeit“ in typisierten Wohn- und Lebensformen indiziert und die korrespondierend damit die Schutzbedürftigkeit qua lege begründet.

Nimmt man diese drei Aspekte als Prüfkriterien zur Beurteilung abWGen, so ergibt sich zunächst, daß abWGen in der inhaltlichen Gestaltung, wie sie oben⁵⁸ skizziert worden ist, nicht die Qualität stationärer Betreuungseinrichtungen haben. Die primäre Schutzzielsetzung des WTG ist danach auch nicht nach der – möglicherweise den Gesetzeswortlaut erweiternden – Gesetzesbegründung gegeben.

Zeichnen sich (stationäre) Betreuungseinrichtungen durch die Allozierung von sächlichen und personellen Mitteln in institutionellem Charakter aus mit den maßgeblichen Kriterium, daß die Wohn- und Lebensstrukturen weitgehend einseitig von Anbieter des umfassenden Versorgungskonzept gestaltet werden, so ist dies bei abWGen schon strukturell nicht gegeben. Der Begriff der „strukturellen Abhängigkeit“ weist nämlich nicht nur den Aspekt der rechtlichen Koppelung von Leistungen auf, sondern auch den Aspekt, daß tatsächlich im täglichen Leben in der Betreuungseinrichtung der Tagesablauf für die BewohnerInnen einseitig strukturierend vorgegeben wird.

Wendet man das zweite Kriterium an, daß nicht ausgeht von der Einrichtungsqualität, sondern von der individuellen Situation der BewohnerInnen, nämlich den Grad seiner Schutzbedürftigkeit, so bleibt festzuhalten, daß demente BewohnerInnen abWGen naturgemäß besonders reduzierte Möglichkeiten zu selbstbestimmtem Handeln und Entscheiden haben. Jedoch führt nicht alleine diese Einschränkung des selbstbestimmten Handelns und Entscheiden ohne Weiteres dazu, daß Lebens- und Wohnformen, in denen diese Menschen leben, eo ipso unter das WTG fallende Betreuungseinrichtungen sind. Das WTG typisiert bestimmte Einrichtungen und die Typisierung resultiert aus der Betrachtung des Grades der durch die Einschränkungen bedingten Betreuungsdichte und ihrer Organisation sowie des daraus resultierenden Darauf - Angewiesen - Seins des Bewohners. Mit anderen Worten: Eine nach dem WTG ordnungsrechtlich relevante Betreuungseinrichtung muß einerseits den Charakter einer Einrichtung mit den obigen Merkmalen besitzen

und andererseits unter die gesetzliche Typisierung fallen. Ist dies nicht der Fall, so qualifiziert eine bestimmte Bewohnerschaft nicht etwa eine nach dem WTG irrelevante Lebens- und Wohnform in eine WTG - relevante Einrichtungsform „um“. Kurz: Wenn also abWGen für demenziell erkrankte Menschen von ihrer Struktur nicht unter das WTG fallen, so fallen sie auch deswegen nicht darunter, weil in ihnen besonders in ihrem selbstbestimmten Handeln eingeschränkte Menschen leben und wohnen.

Betrachtet man das dritte Kriterium, wonach die faktisch umfassende Versorgung durch ein Versorgungsgaranten die strukturelle Abhängigkeit der BewohnerInnen begründen soll, so führt auch dies nicht zur Erweiterung der oben angesprochenen typisierten Wohn- und Lebensformen und begründet damit schon gar nicht eine Schutzbedürftigkeit, die de lege lata nicht gegeben ist. Die beiden Grundsätze der „Institutionalisierung der Betreuungseinrichtung“ auf der einen Seite und das „Maß der strukturellen Abhängigkeit“ auf der anderen Seite sind also nur gesetzestechnisch zu verstehen in dem Sinn, daß diese beiden Kriterien die im WTG gegebene Abstufung der Einrichtungen und die daran angeknüpfte ordnungsrechtliche Überwachungsintensität bestimmen, ohne darüber hinaus neue WTG - relevante Einrichtungsformen quasi „neben“ dem Gesetz zu konstituieren.

Dies korrespondiert auch mit den ergänzenden Ausführungen des zuständigen Landesministers Laumann in der parlamentarischen Beratung zu den Zwecken des Gesetzes. Er hob hervor, daß Ziel des nordrhein - westfälischen Heimrechts sei, „die Interessen und Bedürfnisse der Menschen in den Mittelpunkt zu stellen und damit die Chancen zu nutzen, die sich für das Land aus der Föderalismusreform auf dem Gebiet des Heimrechts ergeben“⁵⁹. Das Gesetz soll damit in erster Linie ein Schutzgesetz für die Bewohner in stationären Betreuungseinrichtungen der Behinderten- und Altenhilfe sein. Das Gesetz soll gewährleisten, daß die Menschen dort - im „Heim“ - möglichst selbstbestimmt ihren Lebensalltag gestalten und ihre

Individualität leben können. Oberziel nach den Minister – Worten war: „Leben im Heim, leben möglichst wie zuhause“⁶⁰. Leben in organisatorischen Gestaltungen mit einem Charakter, der demjenigen zuhause weitestgehend entspricht, kann insofern keinesfalls dazu führen, daß derartige Lebens- und Wohnformen den Charakter von Betreuungseinrichtungen erhalten, nur weil (auch) „schutzbedürftige“ Menschen in ihnen leben.

Das Wort von den „Chancen“ gibt allerdings den nordrhein - westfälischen Gesetzgebungsintentionen zudem noch einen anderen Aspekt: Die die neue Landesgesetzgebung soll zudem gegebene Restriktionen der „alten“ (Bundes-) Heimgesetzgebung überwinden, eben um die „Interessen und Bedürfnisse der Menschen in den Mittelpunkt zu stellen“. Nicht mehr die Interessen und Bedürfnisse der Institution „Heim“, sondern die der Menschen, derjenigen, die in derartigen Einrichtungen leben (müssen), wie auch derjenigen, die in anderen Lebens- und Wohnformen leben (wollen), sollten maßgebend sein für die ordnungsgesetzliche Gestaltung des neuen „Einrichtungsrechts“. Wenn „Leben wie zuhause“ das politische Leitmotiv war und ist, so geht damit einher die Zielsetzung der tendenziellen „Entstaatlichung“ der Ausgestaltung und Rahmensetzung zunächst in Hinblick auf die mit dem WTG zu erfassenden „Einrichtungen“, dann aber auch und erst recht - argumentum maiore ad minus - auf solche Lebens- und Wohnformen, die den Einrichtungsbegriff schon nach dem Gesetzeswortlaut nicht erfüllen. Insofern schließt sich dann wieder der Kreis zu den in Ziffer 5 des „MAGS - Generalerlasses“ enthaltenen Feststellungen.

2.2.2.3 Implikationen der parlamentarischen Diskussion in Hinblick auf die Einbeziehung abWGen in die Geltung des WTG

Demzufolge war auch die erste Lesung des Gesetzes in den Wortbeiträgen der Fraktionssprecher entscheidend durch die These und Erkenntnis geprägt, daß Schutzbedürftigkeit aus Abhängigkeit resultiert. Abhängigkeit solle nur dann gegeben sein, wenn Wohnraumüberlassung verbunden mit Betreuungsangeboten verpflichtend aus einer Hand abgenommen werden müssen. Insbesondere die Sprecherin der GRÜNEN, Barbara Steffens MdL, hob in der Diskussion auf die Pole „Freiheit und Selbstbestimmung“ vs. „Schutz gegen Ausbeutung und schlechte Bedingungen“ ab und resümierte, daß selbstbestimmtes Leben Maßstab sein müsse und Selbstbestimmung auch die Freiheit beinhalte, sich Hilfe und Betreuungs- sowie Pflegeleistungen koordiniert zu organisieren⁶¹. In die gleiche Richtung gingen auch andere Wortbeiträge in der entscheidenden Plenarsitzung, in der das WTG beschlossen wurde. So führte der damalige gesundheitspolitische Sprecher der CDU, Rudolf Henke MdL, aus: „Unser Gesetz ist von dem Willen geprägt, daß die Menschen dort (in stationären Betreuungseinrichtungen der Behindertenhilfe und der Altenhilfe - Zusatz des Verf.) ihren Lebensalltag möglichst selbstbestimmt gestalten und ihre Individualität leben können.“⁶² Mit diesem Postulat korrespondierend hob der sozialpolitische Sprecher der SPD, Norbert Killewald MdL, entscheidend auf die zentralen Begriffe der Selbstbestimmtheit und Teilhabe ab⁶³ wie auch seitens des Sprechers der FDP - Fraktion für Arbeit, Gesundheit und Soziales, Stefan Romberg MdL, hervorgehoben wurde, daß die Differenzierung zwischen „Leben in Institutionen“ und dem „Wohnen in der eigenen Häuslichkeit“ verringert werden soll und das Motto laute: Soviel Freiheit und Selbstbestimmung wie möglich, aber auch soviel Sicherheit und Schutz wie nötig⁶⁴.

2.2.3 Zwischenergebnis: Grundsätzlich keine Anwendung des WTG auf abWGen nach Gesetzeswortlaut und Gesetzeszielsetzung

Zusammenfassend ist also festzuhalten, daß nach dem Gesetzeswortlaut und der Gesetzeszielsetzung auch im Licht des „MAGS - Generalerlasses“ ambulant betreute Wohngemeinschaften in der skizzierten organisatorischen Form selbst organisierter Organisationen weder als Einrichtungen, noch gar als Betreuungseinrichtungen im Sinne von § 2 Abs.1 WTG anzusehen sind.

2.2.4 Konstellationen von unter das WTG fallender abWGen

Im Gegenzug ergeben sich sodann auch die Konstellationen abWGen, die anders als die vorbezeichneten und oben skizzierten als Betreuungseinrichtungen unter das WTG fallen. Es sind derartige Lebens- und Wohnformen, die angebotsseitig strukturiert die Leistungskomponenten Wohnen und Betreuung umfassen und bei denen von einer Selbstorganisation der Bewohner schon deswegen nicht gesprochen werden kann. Derartige abWGen haben die Einrichtungsqualität, die im Falle einer Leistungs- und Personen - Unterschiedlichkeit bei den Leistungserbringern nicht gegeben ist.

Dabei sei aber hervorgehoben, daß Kooperationen der Leistungserbringer „Wohnen“ und „Betreuung“ im Vorfeld nicht zu einer Qualifikation als Einrichtung im Sinne des WTG führen können, sofern in der Phase des Aufnehmens von schutzbedürftigen Personen i.S.d. WTG nicht bereits zu diesem Zeitpunkt vertragliche Vereinbarungen über die Erbringung von Betreuungsleistungen bestehen, wie oben ausgeführt wurde. Entscheidend ist, daß im Zuge des operativen Betriebs das Aufnehmen durch miteinander rechtlich verbundene Personen und eine verbundene Erbringung von

Leistungen erfolgt. Ist dies nicht der Fall, so handelt es sich nicht um Betreuungseinrichtungen, die unter das WTG fallen.

Die in § 11 Abs. 3 WTG geregelte Befreiungsoption in Hinblick auf bestimmte Anforderungen an die Wohnqualität qualifiziert eine unter das WTG fallende abWG nicht um. Sie behält ihre rechtliche Qualität als Betreuungseinrichtung, wobei nur bestimmte Anforderungen des WTG nicht gelten.

**3 Ergebnis / Zusammenfassung: grds. keine Anwendung des WTG auf abWGen
– Ausnahmen: WTG – schädliche Gestaltungen ohne Befreiungsmöglichkeit**

Zusammenfassend ergibt sich also zur Gutachtenfragestellung, daß AbWGen in der oben skizzierten Struktur stellen keine Betreuungseinrichtungen i.S.d. WTG darstellen. Das WTG ist auf sie nicht anzuwenden.

Die Begründung hierfür liegt im Wesentlichen in folgenden rechtlichen Gesichtspunkten:

- > AbWGen erfüllen in der skizzierten Struktur schon nicht den Begriff der Einrichtung. Aufgrund der Art der Bildung, der Organisation und der tatsächlichen Gestaltung des „Lebens der Wohngemeinschaft“ liegt keine verselbstständigte Struktur vor, bei der ein „Angebots - Leistungs - Verhältnis“ zwischen den BewohnerInnen und einem wie auch immer rechtlich formierten Anbieter / Betreiber besteht.

- > Ungeachtet dessen handelt es sich bei abWGen auch nicht um Betreuungseinrichtungen gem. § 2 Abs. 1 WTG in Verbindung mit

§ 4 Abs. 1 - 3 WTG; maßgeblich fehlt es insoweit an der rechtlichen Verknüpfung von Leistungen wie aber auch der diese Leistungen erbringenden Personen: AbWGen werden nicht „betrieben“, weil die BewohnerInnen, die sich in einer solchen Wohngemeinschaft zusammenfinden, die von ihnen bezogenen Dienstleistungen und die Dienstleistungserbringer selbst auswählen, die Leistungen selbst vergeben und sodann die Dienstleister auch selbst steuern.

- > Die Erbringung der Leistungsmodule „Wohnen“ und „Betreuung“ erfolgt getrennt; insbesondere werden pflegerische Leistungen vom einzelnen Bewohner aufgrund eines gesonderten Vertragsverhältnisses nach eigener Entscheidung bezogen.

- > Aufgrund der Selbstorganisation von Personen und Leistungen führen auch von den Mitgliedern eingesetzte Koordinatoren („Caregiver“) und eingerichtete Bewohnerversammlungen nicht zur „Institutionalisierung“ einer abWG mit der Folge, daß entweder der „Caregiver“ oder derjenige, der den Wohnraum bereit stellt, zum Anbieter eines einheitlichen Betreuungsangebots werden. Dies gilt insbesondere in Bezug auf eingerichtete Bewohner- und Angehörigengremien, da die Bewohner über diese ihre Selbstgestaltungsrechte gegenüber den Dienstleistern, die für die Wohngemeinschaft insgesamt tätig werden, wahrnehmen. Die individuellen Rechtsbeziehungen zwischen der / dem einzelnen Bewohner/in und dem von ihnen eingesetzten Dienstleistern, z. B. Ambulanten Pflegediensten, werden hierdurch nicht berührt.

Aus diesen Erwägungen fehlt es auch an einer „strukturellen Abhängigkeit“ der Bewohner von abWGen, die vom Gesetzeszweck her die Grenzen möglicher Analogien zieht.

Abrundend ist hervorzuheben, daß das WTG - und hier insbesondere dokumentiert in § 1 Abs. 1 WTG wie auch in § 2 Abs. 1 WTG - zunächst ausgeht von dem klassischen Begriff des Heims als trägerorganisierter Einrichtung. Selbstorganisierte Wohngemeinschaften sind jedoch keine „fremdorganisierten“ Heime aufgrund der bereits oben angesprochenen vollkommen andersgearteten Strukturierung des Zusammenlebens und der Organisation der Dienstleistungen.

Insbesondere auch letztgenannter Gesichtspunkt korrespondiert mit der „freiheitlichen“ Selbstorganisation der hier angesprochenen abWGen: freie und selbstbestimmte Lebensgestaltung macht aufgezwungenen „Schutz“ obsolet, mehr noch: setzt dem Staat Grenzen und nimmt seinen - dann nämlich angemäßen - Schutzaktivitäten jegliche Berechtigung, läßt sie rechts- und grundrechtswidrig werden. Hierdurch werden der staatlichen Ingerenz sowohl qua lege wie auch qua konkretem Verwaltungshandeln Grenzen gesetzt, konkret: die Anwendbarkeit des WTG scheidet aus.

Für die Anwendung des WTG auf abWGen ist daher nach dem Gesetzeswortlaut, dem Gesetzeszweck und auch nach der beides determinierenden vorangegangenen politischen und parlamentarischen Diskussion kein Raum.

Hürtgenwald, den 04.02.2010

Dr. Lutz H. Michel MRICS

Rechtsanwalt

Anmerkungen:

- ¹ GVBl. NRW 2008 S. 738, Download unter:
http://sgv.im.nrw.de/lmi/owa/LR_VBL_DETAIL_TEXT_ex?anw_nr=6&vd_id=11163&vd_back=N
- ² Im Folgenden abgekürzt: abWG bzw. abWGen; zum Begriff selbst siehe weiter unten Abschn. 2.2.1
- ³ Im Folgenden: MAGS - Generalerlaß; Download z.B. unter: http://www.vdw-rw.de/fileadmin/www.vdw-rw.de/Aktuelles/Aus_der_Arbeit/Infoplattform/Geltungsbereich_des_Wohn-_und_Teilhabegesetzes_27.02.09.pdf
- ⁴ Bundesgesetzblatt 2006 Teil I Nr. 41 vom 31.08.2006
- ⁵ Art. 1 des Gesetzentwurfs der Landesregierung Gesetz zur Umsetzung der Föderalismusreform auf dem Gebiet des Heimrechts, LT NRW Drucksache 14 / 6972 Kurz: RegE WTG LT NRW Drs. 14 / 6972 vom 11.06.2008, Download unter: <http://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMD14-6972.pdf>
- ⁶ So die Headline des Antrags der Fraktion Bündnis 90 / Die Grünen LT NRW Drs. 14 / 2409
- ⁷ So in der Headline des Antrage der Fraktion der SPD LT NRW Drs. 14 / 2410
- ⁸ Kurz: Abschlußbericht, Download z.B. unter: www.godo-systems.de/dbfile.axd?name=Abschlussbericht%20NRW.pdf ; nebst Tabellarische Auflistung der Vorschläge zur Entbürokratisierung, kurz: Tabellarische Auflistung, Download unter: <http://www.altenpflege.vincenz.net/service/downloads/>
- ⁹ Siehe Tabellarische Auflistung, S. 3
- ¹⁰ LT NRW Vorlage 14/1017 vom 28.03.2007, kurz: Eckpunkte, Download unter:
<http://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMV14-1017.pdf>
- ¹¹ Siehe Eckpunkte, Ziff. II – Leitgedanken, S. 4
- ¹² RegE WTG LT NRW Drs. 14 / 6972 (Fn. 5)
- ¹³ RegE WTG LT NRW Drs. 14 / 6972, Abschn. A., S. 1
- ¹⁴ So die Gesetzesbegründung unter Abschn. A. I., RegE WTG LT NRW Drs. 14 / 6972, S. 39
- ¹⁵ So die Gesetzesbegründung unter A. I. , RegE WTG LT NRW Drs. 14 / 6972, S. 40
- ¹⁶ LT NRW Drs. 14 / 7819
- ¹⁷ LT NRW Drs. 14 / 7819
- ¹⁸ So z. B. Redebeitrag Barbara Steffens MdL in der Sitzung des Landtags vom 12.11.2008, LT NRW Plenarprotokoll 14 / 105, S. 12312, Download unter:
<http://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMP14-105.pdf>
- ¹⁹ Siehe dazu Pressemitteilung MAGS NRW; Download unter:
http://www.mags.nrw.de/06_Service/001_Presse/001_Pressemitteilungen/pm2008/081208b/index.html
- ²⁰ Vgl. Fn. 3
- ²¹ So Anschreiben zum MAGS - Generalerlaß vom 12.02.2009 (Fn. 3)
- ²² So MAGS - Generalerlaß, S. 1
- ²³ Siehe Begründung RegE WTG LT NRW Drs. 14 / 6972, Abschn. A.II, S. 40
- ²⁴ So BVerfGE 1, 299 (312); st. Rspr.; so z.B. Urteil vom 16. Februar 1983 - 2 BvE 1, 2, 3, 4/83 - BVerfGE 62, 1 (45) mwN.
- ²⁵ siehe MAGS - Generalerlaß, S. 3
- ²⁶ Dazu im Folgenden Abschn. 2.1.1
- ²⁷ Dazu im Folgenden Abschn. 2.1.2
- ²⁸ Vgl. Fn. 1
- ²⁹ Siehe Fn. 5
- ³⁰ Siehe Begründung RegE WTG LT NRW Drs. 14 / 6972, S. 43
- ³¹ Siehe Begründung RegE WTG LT NRW Drs. 14 / 6972, S. 47
- ³² Siehe Begründung RegE WTG LT NRW Drs. 14 / 6972, S. 47
- ³³ So auch der MAGS - Generalerlaß, S. 6 f.
- ³⁴ Unten Abschn. 2.1.2.3.1.1
- ³⁵ So z.B. Bayern: Art. 18 - 22 PflWoqG, Baden - Württemberg: § 1 Abs. 8, § 21 LHeimG wie auch

Hamburg: § 2 Abs. 3, 5, 9, 10 HbWBG

³⁶ Siehe oben Abschn. 1.2

³⁷ Siehe MAGS - Generalerlaß, S. 15

³⁸ Siehe z.B. zum Rechtsschutz qua fachgerichtlicher Rechtsprechung gegen Rechtsverordnungen z.B. BVerwGE 111, 276 (278 f.); BSGE 72, 15 (17 ff.); zum Rechtsschutz gegen verwaltungsintern bindende und steuernde Verwaltungsvorschriften BVerwGE 75, 109; 94, 335 sowie zu subjektiv-öffentliche Rechte unmittelbar berührende Verwaltungsvorschriften BVerwGE 94, 335 (Regelsatzfestsetzung)

³⁹ So MAGS - Generalerlaß, S. 4, insbes. S. 7 ff.

⁴⁰ Siehe oben Abschn. 2.1.1.2.1.2

⁴¹ RegE WTG LT NRW Drs. 14 / 6972, S. 47

⁴² Dazu unten Abschn.2.1.2.3.1.2

⁴³ MAGS - Generalerlaß, S. 7

⁴⁴ Siehe MAGS - Generalerlaß, S. 7

⁴⁵ Siehe oben Fn. 35

⁴⁶ Siehe oben Abschn. 1.3.1 und 1.3.2

⁴⁷ Siehe oben Abschn. 2.1.1.2.1

⁴⁸ Dazu oben Abschn. 2.1.1.2.1.1

⁴⁹ Siehe oben Abschn. 2.2.1

⁵⁰ Siehe oben Abschnitt 1.1.3.1

⁵¹ Vgl. oben Abschn. 2.1.1.2.1.2

⁵² Siehe oben Abschn. 2.2.1

⁵³ Siehe oben Abschn. 2.1.1.2.1.1

⁵⁴ So die Gesetzesbegründung RegE WTG LT NRW Drs. 6972, S. 60

⁵⁵ Siehe Abschn. 1.3.1 und 1.3.2

⁵⁶ Siehe RegE WTG LT NRW Drs. 14 / 6972, S. 1, 39 ff.

⁵⁷ Siehe oben Abschn. 1.1.2

⁵⁸ Siehe oben Abschn. 2.2.1

⁵⁹ So im Redebeitrag LT NRW Plenarprotokoll 14 / 94 vom 18.06.2008, S. 11142, Download unter:
<http://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMP14-94.pdf>

⁶⁰ Siehe LT NRW Plenarprotokoll 14 / 94 vom 18.06.2008, S. 11143

⁶¹ Siehe LT NRW Plenarprotokoll 14 / 94 vom 18.06.2008, S. 11149

⁶² Vgl. LT NRW Plenarprotokoll 14 / 105, S. 12307

⁶³ Vgl. LT NRW Plenarprotokoll 14 / 105, S. 12308

⁶⁴ Siehe LT NRW Plenarprotokoll 14 / 105, S. 12308