

# BWNotZ

## Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

### Herausgeber

Württembergischer Notarverein e.V.  
in Verbindung mit dem  
Badischen Notarverein e.V.

Kronenstraße 34  
70174 Stuttgart

### Schriftleitung

Notar Achim Falk,  
Stuttgart

Notar Dr. Jürgen Rastätter,  
Karlsruhe

[www.notare-wuerttemberg.de](http://www.notare-wuerttemberg.de)  
[www.badischer-notarverein.de](http://www.badischer-notarverein.de)

**4/2005**

August  
Seiten 73-96

## Inhalt

### Abhandlungen

*Sorg*

**Zweites Betreuungsrechts-  
änderungsgesetz** ..... 73

**Rechtsprechung** ..... 92

**Buchbesprechungen** ..... 94

## EINLADUNG

zur ordentlichen Mitgliederversammlung des Württembergischen Notarverein e.V. am

**Samstag, den 1. Oktober 2005, 9.30 Uhr**

in die Schwabenlandhalle Fellbach (Uhlandsaal).

**Die Tagesordnung sieht folgendes vor:**

- |  |   |
|--|---|
| <b>1. Bericht des Vorstands</b>                                    | <b>4. Aussprache</b>  |
| <b>2. Ansprachen der Gäste</b>                                     | <b>5. Entlastung des Vorstands<br/>und der Geschäftsführung</b> |
| <b>3. Situation des Amtsnotariats –<br/>aktuelle Entwicklungen</b> | <b>6. Verschiedenes</b>   |

Der Vorstand:

Strobel, Kuhn, Schulz, Oelgray, Haußmann

## Zweites Betreuungsrechtsänderungsgesetz<sup>1,2</sup>

(von Wolfgang Sorg, Bezirksnotar in Stuttgart)

Einst als Fortschritt gegenüber dem alten Vormundschaftsrecht gefeiert, sieht sich das Betreuungsrecht nach 15 Jahren zunehmend Fragen nach **Finanzierbarkeit** und **Sachgerechtigkeit** ausgesetzt.<sup>3</sup>

Justiz- und Finanzminister der Länder beklagen steigende Betreuungszahlen und steigende Ausgaben.

Diese „**Finanzierbarkeitsdiskussion**“ entspricht spiegelbildlich eine „**Verelendungsdiskussion**“ auf Seiten professioneller Betreuer und deren Berufsverbände. Stellen schon die deshalb geführten Auseinandersetzungen um den für Betreuung erforderlichen – und damit vergütungsfähigen – Aufwand den Hauptteil der bisherigen Rechtsprechung im Betreuungsrecht dar, so gilt entsprechendes für die im Vergleich zum früheren Recht anspruchsvolleren **Verfahrensanforderungen**. Unter dem Aspekt von Funktionsfähigkeit und Belastbarkeit staatlicher Kontrollmechanismen ist dies die **Struktur- und Ressourcen-diskussion**.

Aufgeschreckt durch Medienberichte über abzockende Betreuer oder wenig sorgfältig arbeitende Vormundschaftsgerichte stellt sich schließlich die Frage, inwieweit denn das Betreuungsrecht mehr leistet als das alte

Vormundschafts- und Pflegschaftsrecht, damit also die Fragen nach der **Qualitätssicherung und Kontrolle**.

### **Kosten- und Betreuungsexplosion**

Das Amt des Vormunds war traditionell ein Ehrenamt. Das gesetzliche Leitbild der Vormundschaft war der echte Einzelvormund oder Pfleger, der nicht mehr als zwei Vormundschaften oder Pflegschaften führte. Die Übernahme einer Vormundschaft stellte und stellt eine staatsbürgerliche Pflicht dar. Die Amtsführung eines Vormundes oder Pflegers war somit nicht zu entgelten.

Vormünder und Pfleger blieben trotzdem nicht völlig ohne finanziellen Ausgleich.

Nach § 1835 BGB a.F. konnten Vormünder und Pfleger von ihrem Mündel den Ersatz der **Aufwendungen** verlangen, die für die Führung der Vormundschaft bzw. Pflegschaft erforderlich waren. Bei Mittellosigkeit des Betroffenen richtete sich der Anspruch gegen die Staatskasse nach § 1835 Abs. 3 BGB a.F.

Aus besonderen Gründen (z.B. wegen des Umfangs der zu tätigenen Geschäfte) konnte das Gericht dem Vormund oder Pfleger nach § 1836 Abs. 1 a BGB a.F. auch eine **Vergütung** bewilligen, deren Höhe im Ermessen des Vormundschaftsgerichts lag.

Im Jahre 1980 wurden die gesetzlichen Grundsätze der Finanzierung der Vormünder und Pfleger durch ein Urteil

<sup>1</sup> BGBl 2005, 1073

<sup>2</sup> Aktualisierte Fassung des Vortrags des Verfassers bei der Fortbildungstagung des Justizministeriums Baden-Württemberg zum Betreuungsrecht für Richter, Notare und Rechtspfleger im Juni 2005 in Titisee

<sup>3</sup> siehe Probst, Betreuungsrecht in der Krise, ZRP 2001, 426

des Bundesverfassungsgerichts<sup>4</sup> entscheidend geändert und im Hinblick auf die Berufsvormünder/-pfleger erweitert. Der Tenor dieser Entscheidung lautet:

Werden einem Staatsbürger im großen Umfang Vormundschaften und Pflegschaften über mittellose Personen übertragen und kann er die damit verbundenen Aufgaben **nur als Teil seiner Berufsausübung wahrnehmen**, so sind ihm als Aufwendungen auch **Zeitaufwand** und **anteilige Bürokosten** zu erstatten.

In dem neuen Betreuungsrecht, also ab 01.01.1992, wurden die Regelungen über Vergütung und Aufwendungsersatz wesentlich geändert.

Zum ersten Mal gab es feste Regelungen für die Vergütung von Berufsvormündern und Pflegern. Der neue Vergütungsanspruch gegen die Staatskasse wurde in § 1836 Abs. 2 BGB a.F. festgeschrieben. Nach dem ab 01.01.1992 geltenden Gesetz wurde das ZSEG<sup>5</sup> die Berechnungsgrundlage für die Vergütung.

Am 1.1.1999 wurde das Betreuungsrecht teilweise geändert<sup>6</sup>.

Der damit bezweckte Versuch, die Betreuung stärker als rechtliche Besorgung der Angelegenheiten zu beschreiben, um somit eine Trennung von rechtlicher und sozialer Hilfe zu bewirken, konnte das Ansteigen der Betreuungszahlen und der hierfür erforderlichen Ausgaben aus dem Justizhaushalt erwartungsgemäß nicht bremsen.

#### Gesamtzahlen Betreuungen im Bundesgebiet im Jahr 2003<sup>7</sup>

Am 31.12.2003 standen in der Bundesrepublik Deutschland erstmals über 1,1 Mio. Menschen unter Betreuung. Bundesweit wurden damit 13,33 Menschen auf 1.000 Einwohner gerechnet, rechtlich betreut.

Es gibt weiterhin erhebliche regionale Unterschiede: Während in Baden-Württemberg die Zahl der Betreuungen je 1.000 Einwohner bei 8,29 liegt und damit wie bisher den niedrigsten Wert erreicht, sind die Betreuungszahlen im Saarland mit 18,15, gefolgt von Berlin mit 16,7 am höchsten. Neue Erstbestellungen von Betreuern erfolgten 215.914 mal. Das ist eine Steigerung gegenüber dem Vorjahr von 3,56 %

Bei der erstmaligen Bestellung waren insgesamt **70,49 %** der Betreuer ehrenamtlich, davon 63,98 % Familienangehörige, 6,51 % sonstige ehrenamtliche, **22,59 %** Berufsbetreuer, **6,01 %** Vereinsbetreuer sowie Betreuungsvereine **0,91 %** Behördenbetreuer sowie Betreuungsbehörden

Die höchsten Anteile **beruflich** geführter Betreuungen bei den neuen Betreuerbestellungen 2003 hatten Berlin mit 53,10 %, gefolgt von Bremen mit 49,37 %, die geringsten Berufsbetreueranteile waren im Saarland mit 15,89 % und in Hessen mit 25,22 % zu verzeichnen.

#### Aufwendungen der Staatskasse für Aufwendungsersatz

Die Summe der Ausgaben der Staatskasse für Vergütungen und Aufwendungsersatz stieg von 346.260.932 € im Jahr

2002 auf 394.501.324 € im Jahr 2003, ein Anstieg gegenüber 2002 um 13,93 %.

Im Jahr 2002 waren die Ausgaben nur um 2,55 % angestiegen, im Jahr 2001 jedoch um 15,35 % und im Jahr 2000 um 19,03 %. Die Pro-Kopf-Belastung je Einwohner für Aufwendungen und Vergütungen betrug im Bundesdurchschnitt 2003 4,78 € (Vorjahr 4,20 €).

Die geringsten Pro-Kopf-Belastungen hatten Baden-Württemberg mit 1,92 €, gefolgt von Brandenburg mit 3,86 €, die höchsten Zahlungen je Einwohner waren in Mecklenburg-Vorpommern mit 7,51 €, gefolgt von Berlin mit 6,96 € zu tragen.

Das zweite Betreuungsrechtsänderungsgesetz ist deshalb vorrangig von **fiskalischen Interessen** geprägt.

#### Materielle Änderungen im 2. BtÄndG

##### 1. Pauschalierung und Inklusivstundensatz

Der Inklusivstundensatz enthält einen **pauschalen Anteil für Aufwendungsersatz** sowie die anfallende **Umsatzsteuer**.

##### 2. Gesetzliche Vertretungsmacht

Die im Entwurf des BtÄndG<sup>8</sup>, vorgesehenen Regelungen zur **gesetzlichen Vertretungsmacht** wurden vom Rechtsausschuss<sup>9</sup> des Deutschen Bundestags sowohl im Bereich der Vermögens- als auch im Bereich der Gesundheitsorge **abgelehnt** und aus dem Gesetzesentwurf herausgestrichen. Da für jeden die Möglichkeit einer Vorsorgevollmacht besteht, ist es nicht erforderlich und auch nicht gewünscht, parallel ein gesetzliches Vertretungsrecht einzuführen.

##### 3. Vorsorgevollmacht

Zentraler Bestandteil des Gesetzes ist die Stärkung der Vorsorgevollmacht und deren Verbreitung zur Vermeidung von Betreuungen. Hierfür wurde für die Betreuungsbehörde eine neue Beglaubigungskompetenz geschaffen mit einer Kostenpauschale von 10,00 € pro Unterschriftsbeglaubigung.

##### 4. Betreuungsplan

In geeigneten Fällen hat der Berufsbetreuer auf Anordnung des Vormundschaftsgerichts zu Beginn der Betreuung einen Betreuungsplan zu erstellen. In dem Betreuungsplan sind die Ziele der Betreuung und die zu ihrer Erreichung zu ergreifenden Maßnahmen darzustellen.

#### Verfahrensänderungen im 2. BtÄndG

##### 5. Zweitverwertung von Gutachten

Das Vormundschaftsgericht soll die Möglichkeit haben, sich durch die Einholung von bereits bestehenden Gutachten Kenntnisse über den Betroffenen zu verschaffen und somit die Effektivität des Verfahrens zu steigern. Die Zweitverwertung von Gutachten ist beschränkt auf **ärztliche Gutachten des medizinischen Dienstes der Krankenversicherung**, sofern damit festgestellt werden kann, inwieweit bei dem Betroffenen infolge einer psychischen Krankheit oder einer geistigen oder seelischen Behinderung die Voraussetzungen für die Bestellung eines Betreuers vorliegen. Die Belange des Datenschutzes sind bei den Regelungen berücksichtigt.

##### 6. Öffnungsklausel

Die Landesjustizverwaltungen werden ermächtigt, weitere Aufgaben in Betreuungssachen, insbesondere die Auswahl

<sup>4</sup> NJW 1980, 2179, Rpfleger 1980, 461

<sup>5</sup> Gesetz über die Entschädigung von Zeugen und Sachverständigen

<sup>6</sup> BGBl. 1998, 1580, M. Bühler, BWNotZ 1999, 25

<sup>7</sup> Zusammenstellung von H. Deinert

<sup>8</sup> Drucksache 15/2494 v. 12.02.2004 auf der Grundlage des Abschlussberichts der Bund-Länder-Arbeitsgruppe Betreuungsrecht vom Juni 2003

<sup>9</sup> BT-Drucksache 15/4874, Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 16.02.2005

und Bestellung des Betreuers in die Zuständigkeit der Rechtspfleger zu übergeben.

Selbst wenn die Länder von der Öffnungsklausel Gebrauch machen, verbleiben folgende Aufgaben dennoch beim Richter:

- Grundentscheidung über die Anordnung der Betreuung
- Festsetzung und Erweiterung des Aufgabenkreises
- Aufhebung der Betreuung
- Verlängerung der Betreuung

Vereinfacht ausgedrückt:

*Das „Ob“ bleibt beim Richter, das „Wie“ regelt der Rechtspfleger.*

### 7. Verlängerung der Überprüfungsfrist

Mit der Verlängerung der Überprüfungsfrist von fünf auf sieben Jahre soll überflüssiger Verfahrensaufwand abgeschafft werden. Aufgrund der Erfahrungen ist dennoch von einer verantwortungsvollen Anwendung der veränderten Frist durch die Gerichte auszugehen, so dass nicht das standardgemäße Ausschöpfen der vollen Frist für die Betreuungen zu befürchten ist.

### 8. Richter auf Probe

Ein Beitrag zur Qualitätsverbesserung wurde durch die Regelung erreicht, dass in Betreuungssachen künftig nur Richter tätig werden, die ein Mindestmaß an richterlicher Erfahrung haben. Deshalb sind Proberichter im ersten Jahr nach ihrer Ernennung ausgeschlossen.

### 9. § 1906 a BGB

Die im Entwurf des BtÄndG vorgesehene zwangsweise Zuführung zur ambulanten Heilbehandlung wurde gestrichen.

### 10. Evaluierung

Die Bundesregierung wird im Bericht des Rechtsausschusses aufgefordert, das Gesetz binnen zwei Jahren zu evaluieren. Diese Evaluation betrifft die Auswirkungen auf die Betreuten und die wirtschaftlichen Verhältnisse der Betreuer. Sie umfasst die Jahre 2005 – 2007.

### 11. Inkrafttreten

Das Gesetz trat mit allen Regelungen zum 1.7.2005 in Kraft.

## Vormünder- und Betreuervergütungsgesetz (VBVG)

Mit dem 1. BtÄndG war auch für berufliche Betreuer, Vormünder und Pfleger zum 01. Januar 1999 mit § 1836 Nr. 1 BGB<sup>10</sup> eine Form der pauschalen Vergütung nach einer Individualprognose eingeführt worden, die aber in der Praxis keine Resonanz gefunden hat. Die Pauschalierung konnte praktisch nur im Einvernehmen mit dem Betreuer angeordnet werden, zumindest war ihm rechtliches Gehör zu gewähren<sup>11</sup>. Der Zeitaufwand musste verlässlich vorhersehbar und die Ausschöpfung durch den Betreuer gewährleistet sein.

Die Regelungen zur Finanzierung beruflich geführter Vormundschaften, Pfllegschaften und Betreuungen finden sich nun im **Vormünder- und Betreuervergütungsgesetz**<sup>12</sup> (VBVG), das nicht nur das BVormVG ablöst, sondern auch eine Reihe bisher im BGB geregelter Sachverhalte übernimmt.

Weiterhin bleibt es bei den bisherigen Regelungen über die Mittellosigkeit, also § 1836 c bis e BGB i. V. m. §§ 82,85, 86,90, 102 SGB XII, bspw. der Anhebung des Vermögensschonbetrags auf 2.600 Euro ab 01.01.2005<sup>13</sup>.

Das VBVG unterscheidet in der Vergütung zwischen **Berufs-Vormünder und Berufsbetreuer**.

**Berufs-Vormünder haben** einen geringeren Stundensatz als die Betreuer, können jedoch ihre Auslagen und Mehrwertsteuer **zusätzlich** abrechnen und ihren **konkreten** Zeitaufwand beanspruchen. Weiter besteht bei besonderer Schwierigkeit der vormundschaftlichen Geschäfte eine Erhöhungsmöglichkeit des Stundensatzes<sup>14</sup>.

**Berufsbetreuer** haben einen **Inklusiv-Stundensatz**, in welchem Auslagen und Mehrwertsteuer enthalten sind. Sie können ihren Zeitaufwand nur noch **pauschal** abrechnen (§ 5 VBVG).

Die Vergütung des **Ersatzbetreuers** (und Sterilisationsbetreuers) ist in § 6 VBVG geregelt, wobei für die Vergütung des Ersatzbetreuers zu unterscheiden ist, ob die Tätigkeit des Ersatzbetreuers aufgrund **tatsächlicher** Verhinderung des Hauptbetreuers, bspw. aufgrund Urlaubs, **oder** aufgrund **rechtlicher** Verhinderung, bspw. § 1795, 181 BGB begründet ist.

Der **Berufs-Verfahrenspfleger** kann seinen **konkreten** Zeitaufwand (zuzüglich der konkret entstandenen Auslagen) zu den Stundensätzen des Berufsvormunds geltend machen ohne eine Erhöhungsmöglichkeit des Stundensatzes bei besonderer Schwierigkeit, jedoch mit der Möglichkeit des Aushandelns einer Pauschalierungsvereinbarung mit dem Gericht (§ 67 a FGG).

Der aus besonderen Gründen (Umfang/Schwierigkeit der vormundschaftlichen Geschäfte) ausnahmsweise zu vergütende **ehrenamtliche Vormund/Betreuer** beim vermögenden Betreuten (§ 1836 Abs. 2 BGB) kann seinen konkreten Zeitaufwand abrechnen und eine angemessene Vergütung<sup>15</sup> verlangen. Das Gleiche gilt für den **Behördenbetreuer**<sup>16</sup>.

Für den **Berufspfleger nach BGB**<sup>17</sup> gilt:

Er kann seinen **konkreten Zeitaufwand** zuzüglich Auslagen nach den Sätzen des Berufsvormunds abrechnen. Der Stundensatz ist jedoch nach den für die Führung der Pfllegschaftsgeschäften nutzbaren Fachkenntnissen des Pfllegers sowie nach dem Umfang und der Schwierigkeit der Pfllegschaftsgeschäfte zu bestimmen, also ist eine Ermessenserhöhungsmöglichkeit des **Stundensatzes** durch das Gericht gegeben. Der Stundensatz kann sich im Einzelfall mit den in § 3 Abs. 1 VBVG vorgesehenen Stundensätzen decken und ist jedenfalls nach diesen zu bemessen, wenn der Pflgling mittellos oder ein Nachlass masselos ist. Nach LG Stuttgart<sup>18</sup> ist für die Nachlasspfllegschaft im Regelfall der doppelte Satz angemessen und ausreichend bei vorhandenem Nachlass.

### Berufsmäßigkeit, Erlöschen

§ 1 des Gesetzes regelt die **Voraussetzung der Berufsmäßigkeit** bei der Führung von **Vormundschaften** und **Betreuungen** und entspricht dem bisherigen

<sup>13</sup> vgl. Deinert, BtPrax 3/2004, von König, Rpfleger 2004, 391

<sup>14</sup> § 3 Abs. 3 VBVG

<sup>15</sup> OLG Hamm, Rpfleger 2002, 518, Vergütung nicht höher als diejenige des Berufs-Nachlasspfllegers

<sup>16</sup> bisher § 1908 h Abs. 1 BGB, jetzt § 8 VBVG.

<sup>17</sup> § 1915 BGB

<sup>18</sup> Rpfleger 2001, 427

<sup>10</sup> aufgehoben seit 01.07.2005

<sup>11</sup> LG Münster, BtPrax 1/2000, LG Schwerin, BtPrax 6/1999

<sup>12</sup> wie Fußnote 1

§ 1836 Abs. 1 BGB (Berufsmäßigkeit regelmäßig bei mehr als zehn Vormundschaften oder voraussichtlicher Zeitaufwand von mindestens 20 Wochenstunden). Für den Berufsverfahrenspfleger gilt die gleiche Voraussetzung<sup>19</sup>.

Allerdings gilt für den **Berufsbetreuer** der erforderliche Zeitaufwand von 20-Wochenstunden Betreuungstätigkeit für den Regelfall der Einstufung als Berufsbetreuer nicht mehr, so dass es für seine Einstufung als Berufsbetreuer künftig genügt, dass er **mehr als zehn Betreuungen** führt.<sup>20</sup>

Die 15 Monatsfrist für das Erlöschen der Ansprüche auf Vergütung und Aufwendungsersatz ist gleich geblieben<sup>21</sup>.

### Pauschalierung der Vergütung

Die bisherige Möglichkeit einer **Mischkalkulation** der Vergütung über mittellose und vermögende Betreute, letztere konnten bei besonderen Schwierigkeit der Betreuung mit einem erhöhten Stundensatz abgerechnet werden<sup>22</sup>, **fällt ab 01.07.2005** für Berufsbetreuer weg.

Ausnahmen und Härtefälle sind weder im **Stundensatz** noch im Stundenaufwand vorgesehen, auch kein unterschiedlicher Stundensatz bei **vermögenden** oder **mittellosen** Betreuten, allerdings eine um eine Stunde im Monat erhöhte Stundenpauschale bei vermögenden Betreuten.

Nach der Gesetzesbegründung<sup>23</sup> ergibt sich die **Angemessenheit** der Vergütung und des Aufwandsersatzes durch die **Einheitspauschalen über die Mischkalkulation zwischen aufwendigen und weniger aufwendigen Fällen** innerhalb der Fallgruppen.

Die Pauschalen ermöglichen nach der Gesetzesbegründung den effektiv arbeitenden Betreuern auskömmliche Einnahmen, wie sie auch den jetzigen Einnahmen entsprechen. Der bisher **erforderliche Zeitaufwand** für die **Vergütungsdocumentation** könne nunmehr für die Betreuungsarbeit genutzt werden.

Der Gesetzgeber hat den Zeitaufwand anhand der Ergebnisse der rechtstatsächlichen Untersuchung des Bundesjustizministeriums ermittelt (Institut für Sozialforschung und Gesellschaftspolitik = ISG-Gutachten), welches sich auf die Auswertung von 1808 bei Gerichten geführte Betreuungsakten stützt.

Zur Berechnung der Durchschnittswerte hat das Gutachten nicht das arithmetische Mittel ausgearbeitet, das auch „Ausreißer“ berücksichtigt, sondern den „Median“, der Ausreißer am oberen und unteren Ende der Verteilung nicht berücksichtigt.

Bei der Bemessung des **notwendigen Zeitaufwandes** berücksichtigt das Gesetz bei der Pauschalierung nur noch den **Wohnort des Betreuten** und die **bisherige Zeitdauer der Betreuung**.

Der **Aufgabenkreis**, also der zugeordnete **Umfang der Betreuer Tätigkeit**, ist für die Zeitpauschale **unbeachtlich**.

### Inklusivstundensatz

Der Inklusivstundensatz in Höhe von **44,00 €**, **33,50 €**, **27,00 €** enthält einen **pauschalen Anteil für Aufwendungsersatz** sowie die anfallende **Umsatzsteuer**.

Die BLAG<sup>24</sup> hat den für den pro vergüteter Stunde anfallenden **Aufwand** mit ca. 9 % des Vergütungssatzes von € 31,00, also € 2,79 ermittelt, und eine Anpassung nach oben auf 3,00 € vorgeschlagen.

Die in den Bereichen Aufwendungsersatz und Umsatzsteuer künftig eintretenden **Kostensteigerungen**, bspw. Erhöhung der Umsatzsteuer, Porto, Telefonkosten etc. trägt ab 01.07.2005 ausschließlich der Betreuer aufgrund der Pauschalierung.

Der daraus entstehende Vorteil, dass Betreuungsvereine eine niedrigere Umsatzsteuer als freiberufliche Betreuer zu entrichten haben, ist vom Gesetzgeber unter dem Aspekt der Stärkung des Ehrenamtes politisch gewollt.

### Stundensatz „all inklusiv“

Der Inklusivstundensatz einschließlich Mehrwertsteuer und Auslagen wirft jedoch einige neue Fragen auf:

Schon jetzt gibt es in Internetlisten für Betreuer lebhaft Diskussionen, ob das Frankieren eines Briefs, den der Betreuer geschrieben hat, mit der Pauschale abgegolten ist, oder das Porto vielleicht als Auslagen dem Taschengeld des mittellos Betreuten entnommen werden kann.

Denn was unterscheidet der Kauf eines Kleidungsstückes für den Betreuten von dem Kauf einer Briefmarke für den Schriftverkehr mit dem Sozialamt?

Der Unterschied ist: Der Kauf eines Kleidungsstückes gehört nicht zu den Aufgaben des Betreuers, der Brief an das Sozialamt dagegen wohl.

Oder wer bezahlt die Kosten für den Postnachsendsendeantrag<sup>25</sup> in Folge der Postkontrolle nach § 1896 Abs. 4 BGB?

So könnte man sagen: Wenn der Betreuer in dieser Eigenschaft Korrespondenzen führt, ist das seine Korrespondenz und die Auslagen fallen unter §§ 1908i I 1, 1835 I BGB. Das ist gerade kein Zufall, sondern Folge der Unfähigkeit des Betreuten, seine Angelegenheiten zu besorgen.

Andererseits erspart sich der Betreute in der Tat einige Aufwendungen, wenn er einen Betreuer hat. Die gesamte Korrespondenz, Telefonate, Kopiekosten u.v.m. fielen ja (bei ordnungsgemäßer Bewältigung seiner Geschäfte) bei ihm selbst an, hätte er keinen Betreuer. Da er aber einen Betreuer hat, erspart er sich diese Aufwendungen und sie gehen nunmehr aufgrund der Pauschalierung den Betreuer an.

Beim vermögenden Betreuten kann der Betreuer seine Auslagen ab 01.07.2005 nicht mehr konkret abrechnen, der Betroffene würde sich also durch die Pauschalierung zumindest die Auslagen ersparen, die über die Pauschale (gerechnete 3,00 € pro Stunde) hinausgehen.

Teilt der Betreuer beispielsweise den 10 Mietern des Hauses des Betroffenen eine Mieterhöhung per Einschreiben mit Rückschein mit, sind bereits 44,00 € Postauslagen entstanden, die Auslagen hätten also seinen Stundenaufwand geschluckt.

Der Betreuer solle nach der Argumentation in der Gesetzesbegründung seinen Aufwand jedoch nicht mehr einzelfall-

<sup>19</sup> §§ 67 a Abs. 2 FGG, 1836 Abs. 1 BGB

<sup>20</sup> §§ 4 Abs. 3 VBVG, § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 VBVG findet keine Anwendung.

<sup>21</sup> bisher § 1836 Abs. 2 Satz 4 BGB, jetzt § 2 VBVG.

<sup>22</sup> BGH, Rpfleger 2001, 27, LG Stuttgart, BWNtZ 2002, 43

<sup>23</sup> BT-Drucksache 15/2494 S. 33

<sup>24</sup> Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Betreuungsrecht“ vom Juni 2003

<sup>25</sup> für 6 Monate 14,80 €, für 12 Monate 24,80 €

bezogen sehen, sondern pauschal für seine gesamte Betreuertätigkeit, denn der Aufwand im Einzelfall sei nicht vorhersehbar, sichere Kriterien für „leichte“ und „schwierige“ Fälle gebe es nicht und eine gesetzliche Verteilungsregelung könnte zu einer Vielzahl von Rechtsstreitigkeiten führen.

Entscheidend sei allein die Mischkalkulation zwischen aufwendigen und weniger aufwendigen Fällen.

Bei der Prüfung der Rechnungslegung könnte sich künftig bei den Posten wie „Entnahme von Auslagen“ eine genauere Prüfung empfehlen, ob diese Gelder originäre Betreuerauslagen, die in dem Stundensatz pauschal bereits enthalten sind, und deshalb auch nicht dem Vermögen des Betroffenen entnommen werden können, oder solche Auslagen, die nicht unter die Kostentragungspflicht des Betreuers fallen, zum Beispiel Kauf von Kleidungsstücken, Süßigkeiten, Rezeptgebühr etc. und vom Betreuer als Aufwändungsersatz nach § 670 BGB entnommen oder direkt dem Betroffenen zur Verfügung gestellt worden sind.

Durch die Pauschalierung könnte vielleicht ein Betreuer versuchen, sich direkt aus dem Vermögen des Betreuten Beträge ein zweites Mal zu erstatten, die er über die Pauschale schon bekommen hat.

Andererseits muss klar sein, dass der Berufsbetreuer auch solche Betreuungen braucht, für die er weniger Zeit benötigt und geringe Auslagen hat, andernfalls die Mischkalkulation bei ihm nicht aufgeht.

Die **pauschale Umsatzsteuer** kann interessant werden für Betreuer, die langfristig unter der Grenze zur Umsatzsteuerpflicht bleiben.

Für Kleinunternehmer gilt im Umsatzsteuerrecht eine Sonderregelung<sup>26</sup>. Kleinunternehmer ist jemand, dessen Umsatz im vorangegangenen Kalenderjahr **17.500 €** nicht überstiegen hat und im laufenden Kalenderjahr **50.000 €** voraussichtlich nicht übersteigen wird. Der maßgebende Umsatz ist der nach vereinnahmten Entgelten bemessene Gesamtumsatz, abzüglich der darin enthaltenen Umsätze von Wirtschaftsgütern des Anlagevermögens.

Der Kleinunternehmer hat keine Umsatzsteuer zu entrichten. Folglich steht ihm auch kein Vorsteuerabzug zu, und er ist nicht zum gesonderten Ausweis der Umsatzsteuer in einer Rechnung berechtigt. Der Kleinunternehmer hat die Option, auf die Sonderregelung zu verzichten und damit zur Regelbesteuerung zu wechseln. Eine entsprechende Erklärung bindet den Unternehmer für mindestens fünf Kalenderjahre.

Dazu ein Rechenexempel:

Mindestens 11 Betreuungen muss der selbständige Berufsbetreuer führen. Das ergibt mindestens 22 Stunden je Monat oder 264 Stunden im Jahr, die er vergütet erhält. Das wiederum ergibt einen **Mindestumsatz** für selbständige Berufsbetreuer in Höhe von **EUR 11.616,-** (264 x 44 €) bei einem Stundensatz von 44 €, er könnte also bis zu **16** Zwei-Stunden-Monats-Betreuungen führen, ohne umsatzsteuerpflichtig zu werden.

Bei 33,50 EUR Stundensatz könnten bis zu **21** Betreuungen ohne Umsatzsteuer geführt werden. Bei diesen Nebenbeschäftigungen dürften auch keine zusätzlichen Krankenkassenbeiträge anfallen, auch Beträge für eine zusätzliche Altersversorgung dürften zu vernachlässigen sein.

Es kann also durchaus Betreuer geben, die langfristig unter der Grenze zur Umsatzsteuerpflicht bleiben wollen, zumindest wird der berufsmäßige Einstieg in die Betreuertätigkeit etwas erleichtert, obwohl die Finanzgerichte<sup>27</sup> nunmehr die Tätigkeit des Betreuers als gewerbsteuerpflichtig eingestuft haben.

#### Aufwändungsersatz nach § 1835 III BGB

Nach § 4 Abs. 2 Satz 2 VBVG bleibt die gesonderte Geltendmachung von Aufwendungen im Sinne von § 1835 Abs. 3 BGB unberührt. Diese Bestimmung ist in erster Linie als Bonus für die Anwaltschaft gedacht, die dadurch die Führung eines Prozesses für den Betreuten nach RVG<sup>28</sup> abrechnen kann. Entscheidend für die Anwendbarkeit von § 1835 Abs. 3 BGB ist jedoch, dass es sich um eine Tätigkeit handelt, die nicht als originäre Betreuertätigkeit qualifiziert werden kann. Der Betreuer muss – außerhalb seines Betreuerberufes – in einem anderen, von ihm ebenfalls **ausgeübten Beruf** für den Betroffenen tätig geworden sein, um diese Tätigkeit **selbst als Auslagen** abrechnen zu können.

Hier wird sich vermehrt die Frage stellen, welche Gewerbebranche oder Berufe für die Rechnungsstellung nach § 1835 Abs. 3 BGB in Frage kommen. Auch wird die „Qualifikation“ alleine nicht reichen, zumal man bspw. für eine Hausverwaltung keine abgeschlossene Berufsausbildung braucht. Es muß ein neben den Berufsbetreuungen tatsächlich ausgeübter weiterer Beruf sein. Der Betreuer, der zwar Anwalt ist, aber nicht Hausverwaltungen professionell als Beruf oder Gewerbe praktiziert, kann diesen Aufwand für den Betreuten nicht über § 1835 Abs. 3 BGB selbst abrechnen.

#### Delegation

In rechtlicher Hinsicht interessant ist die Möglichkeit einer **Delegation** von Betreueraufgaben. Nach bisheriger Rechtslage ist der Hilfskräfteeinsatz zwar möglich, der Betreuer spart durch ihn jedoch letztendlich nichts: Wird er selbst tätig, erhält er die von ihm geleisteten Stunden vergütet, setzt er Hilfskräfte ein, bekommt er gem. § 1835 BGB seine Aufwendungen erstattet, nicht weniger, aber auch nicht mehr. Dies kann nun anders werden. Nun muss der Betreuer seine Vergütung und den Aufwändungsersatz nicht mehr dokumentieren, sondern erhält diesen pauschal.

Die Frage, in welchem Umfang eine Delegation von Betreuungsaufgaben zulässig ist, erlangt künftig **entscheidende Bedeutung**. Die bisherige Rechtsprechung<sup>29</sup> geht davon aus, dass eine vollständige – auch zeitweise – Übertragung **originärer Betreuungsaufgaben** auf Dritte unzulässig ist. Auch darf der Betreuer den **persönlichen Kontakt** zu dem Betreuten nicht delegieren. Dem Betroffenen soll nicht zugemutet werden, sich auf wechselnde Ansprechpartner einzustellen. Vereinzelt wird jetzt bereits proklamiert, auch höherwertige Betreuertätigkeiten delegieren zu können mit Ausnahme der persönlichen Besprechung der rechtlichen Angelegenheiten mit dem Betroffenen. Die Delegationsmöglichkeit soll sich alleine am **Wohl des Betreuten** orientieren<sup>30</sup>. War die Aufgabenübertragung jedoch unzulässig und ist dem Betroffenen

<sup>27</sup> BFH-Urteil vom 04.11.2004, AZ IV R 26/2003

<sup>28</sup> Gesetz über die Vergütung der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte

<sup>29</sup> bspw. LG Stuttgart, BWNNotZ 1999, 127 und 171, BayObLG, FamRZ 2001, 374, Rpfleger 2003, 246,

<sup>30</sup> Maier, BtPrax Spezial 2005

<sup>26</sup> § 19 UStG

dadurch ein Schaden entstanden, haftet der Betreuer gem. § 1833 BGB. War die Delegation zulässig, z. Bsp. an Steuerberater, Hausverwaltung etc., haftet der Betreuer nach einer Meinung analog § 278 BGB für das Verschulden seines Beauftragten bzw. Erfüllungsgehilfen, nach der anderen Meinung haftet er nur für die **sorgfältige Auswahl**, insbesondere, wenn er das Geschäft gar nicht selbst ausführen hätte können.

### Pauschalierung

Der dem Betreuer zu vergütende **Zeitaufwand** ist danach zu unterscheiden, ob der Betreute vermögend oder mittellos ist und ob der Betroffene in oder außerhalb eines Heimes lebt, § 5 VBVG.

#### Gestaffelter Zeitaufwand

##### › vermögende/r Betreute/r in einem Heim

In den ersten drei Monaten **fünfeinhalb** Stunden  
Im vierten bis sechsten Monat **viereinhalb** Stunden  
Im siebten bis zwölften Monat **vier** Stunden

1. Jahr gesamt = 2.376,00 €<sup>31</sup>

Danach **zweieinhalb** Stunden

**ab 2. Jahr = 1.320,00 € (30 x 44 €)**

##### › mittellose/r Betreute/r in einem Heim

In den ersten drei Monaten **viereinhalb** Stunden  
Im vierten bis sechsten Monat **dreieinhalb** Stunden  
Im siebten bis zwölften Monat **drei** Stunden

1. Jahr gesamt = 1.848,00 €

Danach **zwei** Stunden

**ab 2. Jahr gesamt = 1.056,00 €**

##### › vermögende/r Betreute/r außerhalb eines Heimes

In den ersten drei Monaten **achteinhalb** Stunden  
Im vierten bis sechsten Monat **sieben** Stunden  
Im siebten bis zwölften Monat **sechs** Stunden

1. Jahr gesamt = 3.630,00 €

Danach **viereinhalb** Stunden

**ab 2. Jahr gesamt = 2.376,00 €**

##### › mittellose/r Betreute/r außerhalb eines Heimes

In den ersten drei Monaten **sieben** Stunden  
Im vierten bis sechsten Monat **fünfeinhalb** Stunden  
Im siebten bis zwölften Monat **fünf** Stunden

1. Jahr gesamt 2.970,00 €

Danach **dreieinhalb** Stunden

**ab 2. Jahr = 1.848,00 €**

#### ● Ausnahmeregelung

Die einzige Ausnahmeregelung betrifft die Übergabe der Betreuung von einem Berufsbetreuer auf einen ehrenamtlichen Betreuer. Um den Anreiz zur Übergabe an die Ehrenamtlichen für die Berufsbetreuer zu fördern, wird bei erfolgter Übergabe die Vergütung für den angefangenen

Betreuungsmonat und den Folgebetreuungsmonat fortgezahlt, § 5 Abs. 5 VBVG.

### Absehbare Folgen der Pauschalierung

Belohnt durch die Fallpauschalen sollen diejenigen Betreuer werden, die möglichst rationell ihre Betreuungen führen. Der Betreuer muss deshalb künftig auch weniger zeitaufwendige Betreuungen erhalten bzw. solche „einfachen“ Betreuungen behalten, damit er mit diesen Betreuungen die zeitaufwendigen Betreuungen, für die er die gleiche Pauschale erhält, ausgleichen kann. Der Berufsbetreuer wird also bestrebt sein, möglichst viele und darunter auch einfache Betreuungen von Personen, bspw. im nahe liegenden Pflegeheim, zu haben. Die Bereitschaft zur Übernahme schwieriger Betreuungen wird beim Berufsbetreuer nicht mehr vorbehaltlos gegeben sein.

Ob die Betreuungskosten durch die Pauschalierung für die Staatskasse und die Betroffenen tatsächlich geringer werden, darf angezweifelt werden.

Durch die bisherige Dokumentationspflicht der Betreuer-tätigkeit gegenüber dem Vormundschaftsgericht über die Vergütungsabrechnung, die in der Praxis überwiegend „minutengenau“ erfolgte, und ab 01.07.2005 entfällt, konnte sich das Vormundschaftsgericht präzise einen Eindruck über die Arbeitsweise und die Qualität der Berufsbetreuer-tätigkeit machen. Zugleich entwickelten sich durch die zahlreiche Vergütungsrechtsprechung der Beschwerdegerichte Qualitätsstandards und Qualitätskontrolle für die professionelle rechtliche Betreuer-tätigkeit bis ins kleinste Detail, bspw. Begleitung für Friseurbesuch, Optiker, Teilnahme an Weihnachtsfeier<sup>32</sup>.

Die Überprüfung der Tätigkeiten des Berufsbetreuers und die Kürzungspflicht der Vergütung auf den für die Erledigung der rechtlichen Angelegenheiten des Betroffenen erforderlichen – und damit vergütungsfähigen – Zeitaufwand, wuchs jedoch für das Vormundschaftsgericht und das Landgericht als Beschwerdeinstanz immer mehr zu einem umfangreichen Aufgabengebiet an, dessen künftiger Wegfall unter dem Aspekt von Funktionsfähigkeit und Belastbarkeit staatlicher Kontrollmechanismen sicherlich zu begrüßen ist.

Allerdings werden die Vormundschaftsgerichte durch die ab 01.07.2005 mögliche Abrechnungsmöglichkeit des Berufsbetreuers im Dreimonatsrhythmus wieder erneut erheblich belastet, so dass es ungewiss ist, ob die Tätigkeit der Gerichte sich tatsächlich durch die Pauschalierung erleichtert.

Mit dem Wegfall der Dokumentationspflicht des Betreuerhandelns wird freilich auch die Einschätzung, ob eine Betreuung an einen ehrenamtlichen Betreuer abgegeben werden kann, für das Vormundschaftsgericht schwieriger, zumal die Bereitschaft der Berufsbetreuer, ihrer Verpflichtung nach § 1897 Abs. 6 BGB nachzukommen und dem Vormundschaftsgericht von sich aus Mitteilung über Umstände zu machen, wenn die Betreuung ehrenamtlich weitergeführt werden kann, aufgrund der Notwendigkeit der Mischkalkulation nicht ausgeprägt sein wird.

Mit Skepsis ist auch die Hoffnung der Entwurfsverfasser zu sehen, dass die Absenkung im zweiten Jahr die Bereitschaft der Berufsbetreuer fördern wird, eine eingespielte

<sup>31</sup> Vergütung geht von Bruttobetrag (Mehrwertsteuer und Auslagen enthalten) eines selbständigen Berufsbetreuer Vergütungsstufe € 44,00 aus

<sup>32</sup> siehe Deinert Übersicht über die Vergütungsrechtsprechung <http://www.betreuerlexikon.de/verguetungsrecht1.htm>

Betreuung abzugeben. Das Gegenteil wird eintreten, weil Berufsbetreuer sich auf eine Mischung von arbeitsintensiven und leichten Fällen mit ihrer Mischkalkulation einrichten müssen. Deshalb wird sich der Berufsbetreuer gut überlegen, ob er einen eingespielten Fall an einen ehrenamtlichen Betreuer nach Ablauf des ersten Jahres abgibt. Er wird unter Abwägung seines bisherigen und künftigen Betreuungsaufwandes kalkulieren, ob die Belohnung, die er für Abgabe der Betreuung in Form der Zusatzvergütung für den Monat des Wechsels und den Folgemonat erhält<sup>33</sup>, ihn besser stellt, als die Jahrespauschale für einen eingespielten Betreuungsfall.

Zudem zeigen alle Erfahrungen der vergangenen Jahre, dass für einen bestimmten Prozentsatz von Betreuten ehrenamtliche Betreuer nicht zu finden bzw. überfordert sind, so dass das Vormundschaftsgericht unverändert auf eine ausreichende Anzahl von Berufsbetreuern angewiesen ist.

Schließlich muss ein Vergütungssystem effektive und klar strukturierte **Kontrollmechanismen** aufweisen.<sup>34</sup>

Der „faule Berufsbetreuer“, der seine Tätigkeit auf einen haftungsrechtlich noch vertretbaren Umfang zurück nimmt, wird mit der Pauschalierung belohnt. Dies nimmt der Gesetzesentwurf unter dem Stichwort der Mischkalkulation offenbar bewusst in Kauf.

Die Qualität der Betreuertätigkeit wird das Vormundschaftsgericht künftig im Einzelfall nur über §§ 1837 Abs. 2, 1886 BGB prüfen können, also wenn Pflichtwidrigkeiten des Betreuers dem Gericht mitgeteilt werden oder eine Entlassung beantragt wird.

Dieses Aufgabengebiet wird künftig vermehrt die Gerichte beschäftigen.

Verfassungsrechtlich problematisch ist, wenn vermögende Betreute trotz vorhandenen Vermögens nicht die Betreuertätigkeit erhalten, die im Einzelfall erforderlich und gewünscht wird (vgl. § 1901 BGB), aber von den Pauschalen nicht abgedeckt ist (Verstoß gegen Art. 1 und 2 GG). Es ist zu befürchten, dass die Beinahe-Gleichschaltung von vermögenden und mittellosen Betreuten künftig dazu führen wird, dass bei sehr vermögenden Betreuten künftig keine geeigneten Vermögensbetreuer mehr zu finden sind.

Die Betreuung kostet für den zu Hause lebenden, über den Sozialhilfegrundsätzen bemittelten Betroffenen künftig pauschal im ersten Jahr 3.630,00 €, ab dem zweiten Jahr pauschal 2.376,00 €. Der bemittelte Heimbewohner zahlt dem Betreuer im ersten Jahr pauschal 2.376,00 € ab dem zweiten Jahr 1.320,00 €.

Dem Berufsbetreuer ist künftig nicht mehr möglich, seine Betreuertätigkeit auf das Notwendige zu beschränken, um damit die gewünschte Kostenreduzierung für den Betroffenen zu erreichen. Die Zahlungspflicht entsteht für den Betroffenen **unabhängig** davon, in welchem Umfang der Betreuer konkret für den Betroffenen rechtlich tätig wird, welche Aufgabenkreise ihm zugeordnet sind und welche andere Hilfestellungen sonst noch gegeben sind.

Der nur in einzelnen Bereichen Betreuungsbedürftige zahlt für die Tätigkeit des Berufsbetreuers die gleiche Vergütung, wie der vollständig handlungsunfähige Betroffene, der für alle Angelegenheiten rechtlich betreut werden muss.

Die Kostenfolge und die Regressmöglichkeit<sup>35</sup> des Staates bei Bestellung eines Berufsbetreuers wird im Vorfeld einer Berufs-Betreuerbestellung mit dem verständigungsfähigen Betroffenen intensiver zu besprechen sein<sup>36</sup>, so dass der Betroffene vielleicht einen ehrenamtlichen Betreuer vorschlagen könnte oder in geeigneten Fällen das Vormundschaftsgericht eine Anfrage bei der Betreuungsbehörde nach einem ehrenamtlichen Betreuer stellt. Gleichzeitig hat die Betreuungsbehörde jedoch künftig vermehrt dafür zu sorgen, dass die Berufsbetreuer auch leichtere Betreuungsfälle erhalten, damit deren erforderliche Mischkalkulation aufgeht.

Erhält der Betroffene einen ehrenamtlichen Betreuer, wird sein Vermögen und seine Einkünfte jedenfalls geschont. Mit der Vergütung des Berufsbetreuers für das erste Betreuungsjahr könnte der Aufwandsersatz eines ehrenamtlichen Betreuers für 10 Jahre beglichen werden.

Großen Wert legt der Gesetzesentwurf angesichts der verfassungsgerichtlichen Vorgaben darauf, die Auskömmlichkeit der Vergütung nach dem Pauschalensystem zu belegen. Dabei wird davon ausgegangen, dass ein vollzeittätiger Betreuer zwischen 40 und 50 Betreuungen übernimmt und es zu kontinuierlichen, raschen Wechseln kommt. Woher diese Zahl stammt, bleibt ungewiss. Die rechtstatistische Untersuchung ergab, dass die in Vollzeit tätigen Berufsbetreuer i.d.R. ca. 30 Betreuungen, die in Vollzeit tätigen Vereinsbetreuer 25 Betreuungen führen. Es entsteht also ein nicht unerheblicher Druck für die Berufsbetreuer rationeller als bisher zu arbeiten, um zusätzliche Betreuungen übernehmen zu können.

Eine so genannte Kappungsgrenze ist nicht ins Gesetz gekommen. Ab bestimmten Fallzahlen, die aber einfallabhängig sein dürften, dürfte jedoch eine qualifizierte Arbeit nicht mehr möglich sein.

Es gibt allerdings nunmehr eine **Mitteilungspflicht für die Fallzahl** gegenüber dem Vormundschaftsgericht. Sie muss jetzt vor der Übernahme jeder neuen Betreuung dem VormG bekannt gegeben werden (§ 1897 Abs. 8 BGB). Was für Schlüsse das VormG daraus zieht, ist freilich gesetzlich nicht festgelegt.

Die Mitteilungspflicht der Zahl der im Kalenderjahr geführten Betreuungen und deren Art, sowie der im Kalenderjahr erhaltenen **Einkünfte des Berufsbetreuers** gegenüber der **Betreuungsbehörde** besteht weiter.<sup>37</sup>

Entstehende Härten aufgrund einer bewusst nicht normierten Verteilungsregelung sollen im persönlichen Kontakt zwischen Gericht und Berufsbetreuer geklärt werden.

Der Berufsbetreuer kann sich an die Vormundschaftsrichter seines Bezirks wenden und auf die Belastungssituation aufmerksam machen.

Die Vormundschaftsgerichte werden sich einem berechtigten Anliegen nicht verschließen. Soweit nahezu wörtlich aus der Begründung<sup>38</sup>.

Der berufliche rechtliche Betreuer kann sich seinen Pflichten und den für den Betreuten erforderlichen rechtlich zu besorgenden Tätigkeiten auch nicht unter Hinweis auf limitierte Stundenzahlen und pauschalierten Aufwandsersatz entziehen.

<sup>33</sup> § 5 Abs. 5 VBVG

<sup>34</sup> siehe Dodegge, FG Prax 2004, Heft 4-5

<sup>35</sup> § 1836 e BGB Regressmöglichkeit für den Zeitraum von 10 Jahren

<sup>36</sup> § 1897 Abs. 6 BGB

<sup>37</sup> früher § 1908 k BGB, jetzt § 10 VBVG

<sup>38</sup> BT-Drucksache 15/2494, S. 33



Er hat bei der Kalkulation nicht den einzelnen Betreuungsfall zu beachten, sondern die Gesamtheit seiner Betreuer Tätigkeit (Argumentation der Mischkalkulation).

Auch auf **Überlastung** wird er sich haftungsentlastend nicht berufen können.

Hier bleibt wohl nur, wie in der Gesetzentwurfsbegründung dargelegt, der Weg zum Vormundschaftsgericht, ggf. unter Einschaltung der Betreuungsbehörde.

Es wird eine der großen Aufgaben der Betreuungsbehörden sein, bei den Betreuervorschlägen ein faires Verteilungssystem zu entwickeln. Das setzt freilich ein hohes Maß an Kooperationsbereitschaft zwischen Gericht, Betreuungsbehörde und ortsansässigen Berufsbetreuern voraus, wie es nicht überall zu finden ist. Interessant wird, wenn die Betreuungsbehörden, die bislang ihre meistens mittellos Betreuten dem Gesetzesvorrang des „natürlichen Betreuers“<sup>39</sup> entsprechend, an Berufsbetreuer abgegeben haben, keine Berufsbetreuer mehr vorschlagen können, weil diese nicht mehr bereit sind, mit dem pauschalierten Stundensatz so genannte „Chaos-Betreuungen“ zu führen.

Dies könnte dazu führen, dass die Betreuungsbehörden, die sich mehr oder weniger in den Aufgabenfeldern, die ihnen das Betreuungsbehördengesetz zugeordnet hat, eingearbeitet haben, darunter fällt der Vorschlag von geeigneten Betreuerinnen und Betreuern, die Erstattung von Sozialgutachten und die Gewinnung, Einführung und Fortbildung von ehrenamtlichen Betreuern, künftig wieder stärker Behördenbetreuungen führen müssen.

#### Fazit:

Der Berufsbetreuer wird aufgrund der Pauschalierung künftig wieder eine Vielzahl von Betreuungen führen, die in ihrer Ausgestaltung möglichst einfach sein müssen, um sich wirtschaftlich halten zu können. Lukrativ sind schwierige Betreuungen allenfalls noch im ersten Jahr der Anordnung der Betreuung, wo dem Betreuer noch ein quartalsmäßig gestaffelter höherer Zeitaufwand vergütet wird. Insbesondere die Betreuungsvereine sehen der Pauschalierung mit besonderer Sorge entgegen. Vereinsbetreuer kosten nach BAT die Vereine rund 70.000,00 € im Jahr. Die Betreuungsvereine sind auf Zuschüsse von Kommune und ihrer Träger angewiesen oder müssten sich ganz aus der Betreuungsarbeit zurückziehen. Eine rechtliche Betreuung im häuslichen Bereich nach Ablauf des ersten Jahres, insbesondere bei psychisch kranken Personen, könnte mit einem Stundenaufwand von 3,5 Stunden im Monat nur oberflächlich bewerkstelligt werden, sodass vermehrt Kosten für Krankenhausaufenthalte und Heimaufnahmen anfallen könnten.

#### Vergütung für Vormund, Ersatzbetreuer, BGB-Pfleger, Ehrenamtlicher Betreuer bei Ermessensvergütung, Verfahrenspfleger

Nach § 3 Abs. 1 VBVG erhält der Berufsvormund eine Vergütung nach der für die Führung der Vormundschaft aufgewandten und erforderlichen Zeit. Der Stundenaufwand ist also nicht pauschaliert.

Der Stundensatz ist vorgegeben und richtet sich nach der Qualifikation des Vormunds.

Der Basisstundensatz ist 19,50 Euro.

Für den ausgebildeten Vormund beträgt der Stundensatz

25 €, für den Hochschulvormund 33,50 € je aufgewandte und erforderliche Stunde.

Voraussetzung für die erhöhten Stundensätze ist nach § 3 Abs. 1 VBVG, (entspricht dem bisherigen § 1 BVormG), dass das abgeschlossene Studium bzw. die abgeschlossene Berufsausbildung zu besonderen **für die Führung der Vormundschaft nutzbaren Kenntnissen** befähigt.

Gem. § 3 Abs. 3 VBVG kann der Stundensatz bei besonderer Schwierigkeit der vormundschaftlichen Geschäfte beim vermögenden Mündel ausnahmsweise erhöht werden.

#### Tatsächlicher Zeitaufwand und Erhöhungsmöglichkeit des Stundensatzes

§ 3 VBVG gilt nur für **Vormünder** und für diejenigen Betreuer, die ausnahmsweise ihren konkreten Zeitaufwand abrechnen können, also den Sterilisationsbetreuer (§ 1899 Abs. 2) und den Subsidiaritätsbetreuer (§ 1899 Abs. 4 BGB).

§ 3 VBVG gilt weiter für alle BGB-Pflegschaften (§§ 1909 ff. 1960 BGB) durch die Neufassung von **§ 1915 BGB**, wobei sich die **Höhe** einer nach § 1836 Abs. 1 BGB zu bewilligenden Vergütung nicht nach den in § 3 VBVG angegebenen Stundensätzen richtet, sondern nach den für die Führung der Pflegschaftsgeschäfte **nutzbaren Fachkenntnissen** des Pflegers sowie nach dem **Umfang** und der **Schwierigkeit** der Pflegschaftsgeschäfte, sofern der Pflegegling nicht mittellos ist.

Auch eine **Ermessensvergütung** für den **ehrenamtlichen Betreuer**, dem das Gericht beim vermögenden Betreuten eine Vergütung bewilligt, ist wie bisher möglich<sup>40</sup>. Desgleichen kann die **Betreuungsbehörde** für die Tätigkeit des Behördenbetreuers eine angemessene Vergütung verlangen, wenn der Umfang oder die Schwierigkeit der Betreuungsgeschäfte dies rechtfertigen und die Inanspruchnahme des Betroffenen nach § 1836 c BGB zulässig ist<sup>41</sup>. Die Ansprüche der Betreuungsbehörde auf Aufwendersersatz und Ermessensvergütung für ihren Behördenbetreuer erlöschen nicht nach § 2 VBVG.<sup>42</sup> Allerdings wird ein Behördenmitarbeiter kaum einmal zum Betreuer bestellt.

#### Verfahrenspfleger

Über § 67 a Abs. 2 FGG gilt § 1836 Abs. 1 BGB und somit § 3 Abs. 1, 2 VBVG für den Verfahrenspfleger, allerdings ohne Absatz 3, sodass eine Erhöhungsmöglichkeit des Vormundsatzes bei besonderer Schwierigkeit beim Verfahrenspfleger nicht möglich ist. Die Mehrwertsteuer erhält er zusätzlich erstattet. Die Zeitabrechnung ist nachzuweisen und hat genau zu erfolgen. In gleicher Weise sind die Aufwendungen nach § 1835 BGB zu dokumentieren, die der Verfahrenspfleger ebenfalls zusätzlich erstattet erhält.

Nach Abs. 3 kann eine Pauschalvereinbarung mit dem Verfahrenspfleger vereinbart werden, wenn die für die Führung der Pflegschaftsgeschäfte erforderliche Zeit vorhersehbar und ihre Ausschöpfung durch den Pfleger gewährleistet ist. Der Nachweis des Zeitaufwands und der Auslagen entfällt dann, allerdings kann auch kein Mehraufwand an Vergütung und Auslagen vom Verfahrenspfleger geltend gemacht werden.

<sup>40</sup> §§ 1908 i, 1836 Abs. 2 BGB

<sup>41</sup> § 8 VBVG, früher § 1908 Abs. 2 BGB

<sup>42</sup> § 8 Abs. 4 VBVG

<sup>39</sup> § 1897 BGB

Vergütung und Aufwandsersatz des Verfahrenspflegers sind stets aus der Staatskasse zu zahlen, § 67 a Abs. 5 FGG. Die Rückforderung erfolgt über §§ 93 a Abs. 1, 2, 137 Nr. 16 KostO.

### Schluss mit Profi-Aufgabensplitting nach § 1899 Abs. 1 BGB

Ab 01.07.2005 dürfen keine zwei vergütete Betreuer (Berufsbetreuer) am selben Fall mit verschiedenen Aufgabenbereichen arbeiten (§ 1899 Abs. 1 Satz 3 BGB)

Splittingbestellungen von Berufsbetreuern vor dem 1.7. dürfen von mehreren Berufsbetreuern weitergeführt werden, von denen dann auch jeder die volle Pauschale erhält.

Inwieweit die Gerichte bestehende „Doppelbetreuungen“ aufheben, muss abgewartet werden. Die doppelte Pauschalbelastung ist nicht unerheblich, sodass es sich für die Praxis empfiehlt, diese Fälle auf die Erforderlichkeit der erfolgten Bestellung von zwei Profi-Betreuern bspw. anlässlich des Überprüfungsverfahrens nach § 69 Abs. 1 Nr. 5 FGG zu überprüfen.

Allenfalls wird es ab 01.07. 2005 noch möglich sein, für den zusätzlichen Aufgabenkreis einen **ehrenamtlichen** Betreuer zu bestellen. Dann erhält der Berufsbetreuer die Pauschale nach §§ 4, 5 VBVG, der Ehrenamtliche den Aufwandsersatz nach § 1835a BGB – auch jeweils in voller Höhe. Dem ehrenamtlichen Betreuer kann in diesem Tandem keine Ermessensvergütung nach § 1836 Abs.2 BGB festgesetzt werden, da dann mehrere Betreuer mit einem Vergütungsanspruch nach § 1899 Abs. 1 BGB bestellt sein würden.

Dieses Tandem Profi – Ehrenamtlicher kommt für den **Berufsbetreuer** und insbesondere für **Betreuungsvereine** als Möglichkeit in Betracht, für die Besorgung evtl. zeitaufwendiger Aufgabenkreise (persönlicher Kontakt etc.) den von ihnen eingeführten ehrenamtlichen Betreuer mit eigenständigem Aufgabenkreis vorzuschlagen und sich als Berufs-Betreuer, und zwar nicht nur subsidiär, sondern mit einem weiteren Aufgabenkreis oder zur gemeinsamen Aufgabenausführung nach § 1899 Abs. 1 BGB. Zusätzlich könnten sich Berufsbetreuer und ehrenamtlicher Betreuer gegenseitig zu Subsidiaritätsbetreuer nach § 1899 Abs. 4 BGB vorschlagen, damit der andere eine Urlaubs- oder Krankheitsabwesenheit seines Pendant abdecken könnte.

Damit hätte der Berufsbetreuer die volle Pauschale, die Betreuerarbeit teilt er sich mit dem Ehrenamtlichen im Rahmen der zugeordneten Aufgabenkreise, was durchaus erwünscht ist, zumal die damit verbundene Kostenfolge in Form des zusätzlich entstehenden Aufwandsersatzes für den Ehrenamtlichen gering bleibt, § 1835 a BGB.

Das Vormundschaftsgericht könnte die Tandem-Bestellung im Wege einer beschwerdefähigen Ermessensentscheidung ablehnen, wenn durch die Bestellung mehrerer Betreuer die Angelegenheiten des Betreuten hierdurch nicht besser besorgt werden können<sup>43</sup>. Nach § 1897 Abs. 6 BGB müssten Gründe gegeben sein, warum die zusätzliche Bestellung des Profis nach § 1899 Abs. 1 BGB erforderlich ist, also der ehrenamtliche Betreuer nicht geeignet ist, alle erforderlichen rechtlichen Aufgabenkreise des Betroffenen alleine zu erledigen. Bei rechtlich schwierigen Betreuungen, bspw. umfangreicher Vermögensverwaltung, kann sich die Tandembestellung sicherlich entlastend für den Berufsbetreuer auswirken.

Die Bestellung eines Berufs-Verhinderungsbetreuers nach § 1899 IV BGB neben dem Berufs-Hauptbetreuer bleibt zulässig. Sie ist allerdings für den Betreuer künftig uninteressant, weil es vergütungstechnisch nicht mehr interessiert, was er andere für sich tun lässt und was er selbst tut und die für den Verhinderungsbetreuer vorgesehene Abrechnungsweise (§ 6 VBVG) kompliziert ist (tageweise Aufteilung der Betreuungspauschale), ohne ihm einen Vorteil zu bringen. Wenn er also ohne Subsidiaritätsbetreuer Urlaub macht, bleibt ihm die volle Pauschale auch in seiner Urlaubszeit erhalten.

Zusammenfassend gilt: Mehrere Berufsbetreuer dürfen in derselben Betreuung künftig nur noch nach §§ 1899 II oder IV BGB, nicht mehr nach § 1899 I BGB bestellt werden.

### § 6 VBVG Verhinderungsbetreuer verschiedener Art

Verhinderungsbetreuer gem. § 1899 Abs. 4 BGB:

Hier sind zwei Fallgruppen zu unterscheiden:

Die Verhinderung des Betreuers kann auf Rechtsgründen beruhen, z.B. bei einem Vertretungsausschluss nach §§ 1908i Abs.1 Satz 1; 1795, 1796 BGB. Sind Haupt- und Verhinderungsbetreuer Berufsbetreuer, entsteht die Ausnahmesituation, dass zur selben Zeit für denselben Betreuten zwei Berufsbetreuer bestellt sind. Ebenso wie der Sterilisationsbetreuer – und anders als zwei nach § 1899 Abs. 1 bestellte Betreuer – wird der Verhinderungsbetreuer in diesem Fall nur für die Vornahme eines bestimmten, punktuellen Geschäfts bestellt. Genauso wenig wie bei ersterem passt für ihn daher die Gewährung einer Zeitpauschale.

Deshalb erfolgt eine Abrechnung nach der tatsächlich aufgewandten und erforderlichen Zeit, also die Beibehaltung des bisherigen Abrechnungssystems.

Die Verhinderung des Betreuers kann jedoch auch auf tatsächlichen Gründen beruhen, z.B. Krankheit oder Urlaub. In diesem Fall ist zur gleichen Zeit immer nur entweder der Betreuer oder der Verhinderungsbetreuer tätig.

§ 6 Satz 2 VBVG sieht daher vor, in diesem Fall die nach der Pauschale bemessene Vergütung zwischen Haupt- und Verhinderungsbetreuer nach Tagen zu teilen, wobei eine Berechnung entsprechend derjenigen für die anteiligen Zeiträume nach § 5 Abs. 4 Satz 3 VBVG, sowie § 187 Abs. 1 und § 188 Abs. 1 BGB vorzunehmen ist.

Die bisher nach § 1899 Abs. 4 2. Alternative BGB gesetzlich vorgesehene Delegation von Betreuungsaufgaben vom Hauptbetreuer auf den Ersatzbetreuer, ohne dass ersterer auch tatsächlich oder rechtlich verhindert war („oder ihm die Besorgung überträgt“), ist nach dem neuen Wortlaut von § 1899 Abs. 4 BGB weggefallen. Im Rechtsverkehr müsste also künftig nicht nur die Übertragung der Aufgaben vom Hauptbetreuer auf den Subsidiaritätsbetreuer nachgewiesen, sondern auch die (tatsächliche oder rechtliche) Verhinderung des Hauptbetreuers, bspw. durch entsprechende Erklärung des Hauptbetreuers.

Sind Alternativen möglich für diese schwierige Abrechnungsweise beim tatsächlich verhinderten Hauptbetreuer?

Beide Kollegen beantragen die Vergütung für ihre eigenen Betreuungen für das komplette Jahr, etwaige anfallende Vertretungstätigkeiten gleichen die Berufsbetreuer untereinander aus. Die Kosten sind die gleichen.

<sup>43</sup> § 1899 Abs. 1 BGB

### Der Kontrollbetreuer und der Gegenbetreuer

Der **Kontrollbetreuer** gem. § 1896 Abs. 3 BGB ist ein Betreuer mit einem bestimmten Aufgabenkreis. Da die Pauschalen grundsätzlich nicht nach Aufgabenkreisen differenzieren, besteht keine Rechtfertigung für eine Ausnahme vom Pauschalierungssystem<sup>44</sup>. Er erhält also im ersten Jahr beim bemittelten zu Hause lebenden Betreuten die Pauschale von 3.630,00 €, ab dem zweiten Jahr pauschal 2.376,00 €.

Während im Gesetzesvorschlag der Bund-Länder Arbeitsgemeinschaft der **Gegenbetreuer** ganz abgeschafft werden sollte, ist er im 2. BtÄndG unverändert belassen geblieben<sup>45</sup>. Seine Vergütung ist nicht in § 3 VBVG geregelt, sodass er eine Pauschalvergütung für das gesamte Jahr enthält, also zumindest 2,5 Stunden x 44 € x 12 Monate = 1.320 €, also ein attraktives Geschäft, wenn man bedenkt, dass der Gegenbetreuer keine unmittelbare eigene Verantwortung und Entscheidungsbefugnis für den Betroffenen hat.

Ist ein Behördenbetreuer bestellt, was zumindest hier in der Praxis nicht vorkommt, kann der Behörde eine angemessene Vergütung nach § 1836 Abs. 2 BGB – neu – bewilligt werden, wenn der Umfang oder die Schwierigkeit der Betreuungsgeschäfte dies rechtfertigen und die Inanspruchnahme des Betreuten gem. § 1836 c BGB zulässig ist.

### Abrechnungszeitraum für die Betreuervergütung (§ 9 VBVG)

#### Wann und wie ist ab dem 01.07.2005 Rechnung zu stellen?

Es müssen wie bisher **Vergütungsanträge** gestellt werden. Die Ansprüche hat der Betreuer auch selbst auszurechnen.

Ein Vergütungsantrag sollte künftig enthalten:

#### Angabe des Zeitraums, auf den er sich bezieht,

wobei die in § 9 VBVG genannten 3-Monats-Rhythmen als solche zwingend sind. Man kann auch längere Abrechnungszeiträume innerhalb der Ausschlussfrist von 15 Monaten wählen also 6, 9 oder 12 Monate auf einmal abrechnen. Anspruch besteht jedenfalls auf 3 Monats-Abrechnungen. Das entlastet unterm Strich die Staatskassen, weil der Betreute, der in das Heim umzieht, nach Ablauf von drei oder sechs Monaten eher noch Selbstzahler ist, als wenn der Vergütungsantrag erst nach einem Jahr nach Anordnung der Betreuung (zusammen mit der ersten Rechnungslegung und dem Bericht über die persönlichen Verhältnisse) beim Vormundschaftsgericht gestellt wird.

Die neue Pauschalvergütung gilt auch für „Altfälle“. Die Ansprüche für Tätigkeiten bis einschließlich 30.06.2005 richten sich nach bisherigem Vergütungsrecht, Art. 229, § 14 EGBGB. Es sollte somit eine abschließende Vergütungsabrechnung nach bisherigem Recht zum **30.06.2005** erfolgen, unabhängig davon, wann die letzte Abrechnung zuvor erfolgte.

Für die Betreuungen, die länger als ein Jahr angeordnet sind (Bekanntmachung der Bestellung an den Betreuer) empfiehlt sich auf **Kalenderquartale** abzurechnen, also 1.1., 1.4., 1.7 und 1.10.

### Beispiel 1: Vermögiger Betreuer im Heim Betreuerbestellung am 15.06.2005

REGEL 1<sup>46</sup>: Ist die Betreuung im **ersten** Jahr, also nach dem 30.06.2004 angeordnet, sind die **vier** Betreuungsquartale des **ersten** Jahres zu bestimmen, da diese unterschiedlichen pauschalierten Zeitaufwand haben.

Betreuungsquartale: § 5 Abs. 1 VBVG (Tag der Betreuungsanordnung wird nicht gezählt<sup>47</sup>)

16.06. bis 15.09.	5,5 Stunden
16.09. bis 15.12.	4,5 Stunden
16.12. bis 15.03.	4,0 Stunden
16.03. bis 15.06.	4,0 Stunden

REGEL 2: Abrechnung aller Tätigkeiten bis zum **30.06.2005** nach altem Recht.

Abrechnung nach **Betreuungsmonate bzw. -quartale** (Beispiel erstes und zweites Quartal):

Da die Betreuung vergütungsmäßig am 16. des Monats beginnt, wird jetzt ein „Rumpffmonat“ gebildet, um in den Betreuungsmonatsrhythmus zu kommen.

REGEL 3: Durch Bildung eines „Rumpffmonats“ kommt man in den Betreuungsmonatsrhythmus

Datum	Kontingent	Anteil	
01.07. – 15.07.	15/31 x 5,5 h	2,66 h	Mit der Abrechnung vom 01.07. – 15.07. kommt man in den vollen Betreuungsmonatsrhythmus, da die Betreuung am 16. des Monats begann, was die Rechnung erleichtert!
16.07. – 15.08.	5,5 h	5,5 h	
16.08. – 15.09.	5,5 h	5,5 h	
Abrechnung auf 15.09.	1. Quartal:	13,66 h	gerundet <b>13,7 h</b>

Abrechnung des zweiten Quartals zum **15.12.**

16.09. bis 15.12. = 3 Monate x 4,5 h = 13,5 h

### Beispiel 2:

#### Betreuerbestellung 14.01.2006

#### Tod des Betreuten 14.02.2006

1. Quartal (Nichtheimbewohner vermögend) = 8,5 Stunden

Abrechnungszeitraum nach §§ 5 Abs.4 VBVG, 187 Abs. 1, 188 Abs.1 BGB:

Vergütung beginnt auf den folgenden Tag der Wirksamkeit der Betreuerbestellung und endet mit dem Ablauf des Todestags

REGEL 1: 1. Betreuungsmonat **15.01. bis 14.02.2006**

Abrechnungsgrundlage **Betreuungsmonate:**

Datum	Kontingent	Anteil	Summe
15.01. – 14.02.	31/31 von 8,5 h	8,5 h	8,5 h

<sup>44</sup> BT-Drucksache 15/2494, S. 35

<sup>45</sup> §§ 1908 i) i.V.m. 1792 BGB.

<sup>46</sup> Die Regeln sollen die Prüfung des Vergütungsantrags auf seine Richtigkeit erleichtern.

<sup>47</sup> § 5 Abs. 4 VBVG i.V.m. § 187 Abs. 1 BGB

**Beispiel 3:**

**Nichtheimbewohner vermögens 1.Quartal = 8,5 h**  
**Am 17.2.2006 wird A zum Betreuer bestellt.**  
**Am 3.3.2006 wird er abberufen und B bestellt.**  
**Am 17.3.2006 endet die Betreuung.**

Die Gesamtdauer der Betreuung beträgt also wiederum genau **einen Monat**.

REGEL 1: 1. Betreuungsmonat vom **18.2.-17.3.2006**

Datum	Kontingent	Anteil
18.02-03.03.	14/28 von 8,5 h	4,25 h

Betreuer B rechnet ab:

Entweder Abrechnungsrhythmus bleibt erhalten

Datum	Kontingent	Anteil
04.03.-17.03.	14/28 von 8,5 h	4,25 h gerundet 4,5 h

oder mit der Bestellung von B **beginnt ein neuer Abrechnungsrhythmus** 04.03.-03.04. mit 31 Tagen, dann

Datum	Kontingent	Anteil
04.03. – 17.03.	14/31 von 8,5 h	3,84 h gerundet 3,9 h

**Beispiel 4:**

**Betreuerbestellung am 05.04.2005**  
**Der Betreute lebt im Heim und ist mittellos**  
**Abrechnung von drei Quartalen.**

REGEL 1: Betreuungsquartale: § 5 Abs. 1 VBVG  
 (Tag der Betreuungsanordnung wird nicht gezählt)

Datum	Quartal	Anteil
06.04. – 05.07.2005	1. Quartal	4,5 h
06.07. – 05.10.2005	2. Quartal	3,5 h
06.10. – 05.01.2006	3. Quartal	3,0 h
06.01. – 05.04.2006	4. Quartal	3,0 h

REGEL 2: Bis zum 30.06.2005 wird nach altem Muster abgerechnet.

Abrechnung nach **Betreuungsmonate**, dann erste Abrechnungsmöglichkeit zum 05.07.2005, folgende zum 05.10.2005 u.s.w.

REGEL 3: **Rumpfmonat**, um in den Monatsrhythmus zu kommen

Datum	Kontingent	Anteil	Summe
01. – 05.07.	5/31 von 4,5 h	0,73 h	<b>1. Abrechnung gerundet 0,8 h</b>
06.07. – 05.08.	31/31 von 3,5 h	3,5 h	
06.08. – 05.09.	31/31 von 3,5 h	3,5 h	
06.09. – 05.10.	30/30 von 3,5 h	3,5 h	<b>2. Abrechnung 10,5 h</b>
06.10. – 05.11.	31/31 von 3,0 h	3,0 h	
06.11. – 05.12.	30/30 von 3,0 h	3,0 h	
06.12. – 05.01.	31/31 von 3,0 h	3,0 h	<b>3. Abrechnung 9,0 h</b>

**Beispiel 5:**

**Mittelloser Betreuter zu Hause lebend.**  
**Hauptbetreuer A und Subsidiaritätsbetreuer B werden am 03. August 2005 bestellt.**  
**Hauptbetreuer A fährt am 06.08.2005 in Urlaub.**  
**Subsidiaritätsbetreuer B übernimmt seine Geschäfte ab 07.08. für den ganzen Monat August. Am 01. September 2005 nimmt A wieder die Hauptbetreuung auf.**

**Abrechnung des 1.Quartals vom 04.08.2005 bis 03.11.2005 = 7,0 Stunden, frühestens am 03.11.2005:**

**Hauptbetreuer A:**

Datum	Kontingent	Anteil	Summe gerundet
04.08. – 06.08.	3/31 von 7 h	0,68	
01.09. – 03.09.	3/30 von 7 h	0,70	„Rumpfmonat“
04.09. – 03.10.	30/30 von 7 h	7,0	
04.10. – 03.11.	31/31 von 7 h	7,0	<b>Abrechnung 15,4 Std.</b>

**Subsidiaritätsbetreuer B:**

Datum	Kontingent	Anteil	Anteil gerundet
08.08. – 31.08.	24/31 von 7 h	5,42 h	<b>Abrechnung 5,5 h</b>

**Beispiel 6:**

**Der Betreute lebte außerhalb eines Heimes und war vermögens.**  
**Die Betreuerbestellung wurde am 20.02.2005 angeordnet, der Betroffene stirbt am 05.09.2005.**

REGEL 1: Betreuungsquartale: § 5 Abs. 1 VBVG  
 (Tag der Betreuungsanordnung wird nicht gezählt)

Datum	Quartal	Anteil
21.02. – 20.05.2005	1. Quartal	8,5 h
21.05. – 20.08.2005	2. Quartal	7,0 h
21.08. – 20.11.2005	3. Quartal	6,0 h

REGEL 2: Abrechnung nach altem Recht bis 30.06.2005.

Rechnung nach **Betreuungsmonate**:

REGEL 3: **Rumpfmonat**, um in den Monatsrhythmus zu kommen

Datum	Kontingent	Anteil	Summe
<b>01.07. – 20.07.</b>	20/31 von 7 h	4,52 h	<b>Rumpfmonat, da Betreuung am 21. begann</b>
21.07. – 20.08.	31/31 von 7 h	7,00 h	<b>1. Abrechnungsmöglichkeit am 20.08.2005 = 11,52 gerundet 11,6 h</b>
21.08. – 05.09.	16/31 von 6 h	3,10 h	<b>Schlussabrechnung 3.1 h</b>

**Beispiel 7:****Betreuerbestellung wirksam am 16.02.2005. Nichtheimbewohner vermögensfähig.**

Am **05.08.2005** wird der Beschluss bekannt gegeben, in welchem die Betreuung vom Berufsbetreuer auf einen ehrenamtlichen Betreuer übertragen wird.

**Beachte Vergütungsprivileg in § 5 Abs. 5 VBVG!** Profibetreuer erhält Vergütung für Monat des Wechsels und Folgemonat bei Abgabe an Ehrenamtlichen

REGEL 1: Betreuungsquartale: § 5 Abs. 1 VBVG  
(Tag der Betreuungsanordnung wird nicht gezählt)

Datum	Quartal	Anteil
17.02. – 16.05.2005	1. Quartal	8,5 h
17.05. – 16.08.2005	2. Quartal	7,0 h
17.08. – 16.11.2005	3. Quartal	6,0 h
17.11. – 16.02.2006	4. Quartal	6,0 h

REGEL 2: Abrechnung bis 30.06.2005 nach altem Recht

Berechnung der Vergütung des Berufsbetreuers nach Betreuungsmonate/quartal

REGEL 3: **Rumpfmonat**, um in den Monatsrhythmus zu kommen

Datum	Kontingent	Anteil	Summe
01.07. – 16.07.	16/31 von 7 h	3,61 h	
17.07. – 16.08.	voller Monat wegen Abgabe	7,00 h	„Rumpfmonat“
17.08. – 16.09.	„Zusatzmonat“ wegen Abgabe	6,0 h	
<b>Abrechnung zum 16.08.2005</b>		<b>16,61 h</b>	<b>gerundet 16,7 h</b>

Ungeklärte Punkte bei der zeitanteiligen Berechnung:

- Welche Stundenansätze sind auf volle Zehntel aufzurunden?<sup>48</sup> Rundet man den Stundenanteil oder das zusammengerechnete Ergebnis, also die **Summe**?
- Wie wird der Wechsel bemittelt/mittellos und umgekehrt gehandhabt, welcher Zeitpunkt ist maßgebend für die Mittellosigkeitsprüfung?

**Beispiel 8:**

**Anordnung einer Betreuung am 03.07.2005 für einen vermögenden Betreuten, der am 25.08. in ein Pflegeheim einzieht unter Aufgabe seiner Wohnung. Der Betroffene hatte zum Zeitpunkt der Betreuungsanordnung noch ein Sparbuch über 3.600,00 €. Die monatliche Rente und die Pflegeversicherung decken die Heimkosten.**

**Der Betreuer rechnet jeweils nach Ablauf von drei Monaten (§ 9 VBVG) ab, also erstmals auf 04.10.2005 und dann auf 04.01.2006.**

REGEL 1: Betreuungsquartale: § 5 Abs. 1 VBVG)

Datum	Status	
04.07. – 03.10.2005	zu Hause bemittelt 8,5 h/ Heim 5,5 h	1. Betreuungsquartal
04.10. – 03.01.2006	Heim 4,5 h bemittelt/ 3,5 h mittellos	2. Betreuungsquartal
04.01. – 03.04.2006	Heim 3,5 h mittellos	3. Betreuungsquartal

<sup>48</sup> § 5 Abs. 4 VBVG

Datum	Status	Kontingent	Anteil	Stunden- Betrag satz
04.07.2005 – 03.08.2005	bemittelt Wohnung	31/31 von 8,5	8,50 Std.	44,00 €/Std.
04.08.2005 – 25.08.2005	bemittelt Wohnung	22/31 von 8,5	6,04 Std.	44,00 €/Std.
26.08.2005 – 03.09.2005	bemittelt Heim	9/31 von 5,5	1,6 Std.	44,00 €/Std.
04.09.2005 – 03.10.2005	bemittelt Heim	30/30 von 5,5	5,5 Std.	44,00 €/Std.
Abrechnung auf <b>03.10.2005</b>	Rundung <b>Anteile</b> auf 1/10	8,5 + <b>6,1</b> + 1,6 + 5,5 = <b>21,70</b>	<b>21,7 Std.</b>	954,80 €
	Rundung <b>Summe</b> auf 1/10	8,5 + <b>6,04</b> + 1,6 + 5,5 = <b>21,64</b>	<b>21,7 Std.</b>	954,80 €

In diesem Beispiel kommt durch die Rundung der **Anteile** und der **Summe** das gleiche Ergebnis heraus.

Wenn man das Berechnungsbeispiel aus der BT-Drucksache<sup>49</sup> ansieht, kann man auch die Anteile aufrunden, also das Zwischenergebnis 6,04 = 6,1, kostensparender für die Staatskasse und den Betroffenen und deshalb zu bevorzugen ist jedoch, wenn man die Rundung erst beim End-Ergebnis, also beim Zusammenrechnen der Stundenanteile durchführt.

**Zeitpunkt der Feststellung der Mittellosigkeit**

Zum Zeitpunkt der Abrechnung des 1. Betreuungsquartals am 04.10.2005 konnte der Betroffene die Betreuervergütung noch aus seinem Vermögen bezahlen:

3.600,00 € abzüglich 954,80 € = 2.645,20 €,

er war also **nicht mittellos** im Sinne von § 1836 d BGB (Vermögens-Freibetrag 2.600,00 €).

Der Betreuer beantragt also Festsetzung der 954,80 € in das Vermögen des Betroffenen und entnimmt diesen Betrag nach Vergütungsfestsetzung.

Das Vermögen des Betroffenen beträgt nunmehr noch 2.645,80 €

Abrechnung des zweiten Betreuungsquartals vom 04.10.2005 bis 03.01.2006

Zunächst wird nach dem Status Heimbewohner/vermögend berechnet:

3 Monate x 4,5 Stunden = 13,5 h x 44,00 € = **594,00 €**

Der Betroffene kann die Vergütung am 03.01.2006 nicht vollständig aus seinem Vermögen bezahlen 2.645,00 € abzüglich 594,00 € = 2.060,00 €, er gilt somit als **mittellos** und zwar **für das gesamte Abrechnungsquartal**.

Maßgebender Zeitpunkt für die Prüfung der Mittellosigkeit ist – wie bisher – allein das Datum der Festsetzung der Vergütung, also der Zeitpunkt der Entscheidung der letzten Tatsacheninstanz<sup>50</sup>. Die Anwendung von § 5 Abs. 4 VBVG (Aufsplittung nach Tagen der Mittellosigkeit) scheidet aus Gründen der Praktikabilität jedenfalls aus.

Der Vergütungsanspruch richtet sich nun voll gegen die Staatskasse und der Betreuer erhält für dieses Quartal aus der Staatskasse ausschließlich den Mittellosen-Stundensatz:

<sup>49</sup> Drucksache 15/2494, S. 34

<sup>50</sup> so BayObLG FamRZ 2002,1289

3 Monate x 3,5 Stunden = 10,5 h x 44,00 € = 462,00 €

Den übersteigenden anteiligen Vermögensbetrag des Betreuten oberhalb seines Selbstbehalts, hier also 45,80 €, kann die Staatskasse im Rahmen des Regresses nach § 1836 e BGB beim Betroffenen bzw. dessen Betreuer einfordern.

Rechnet der Betreuer in größeren Abständen als drei Monate ab, also in 6, 9, 12, oder gar 15 Monaten, – danach ist die Vergütung erloschen – trägt er **das Risiko**, dass der Betroffene zum Zeitpunkt der Festsetzung der Vergütung mittellos ist und damit alle Betreuungs quartale nach den Mittellosensätzen abgerechnet werden.

Diese Problematik gab es bereits nach dem alten Vergütungsrecht, wenn der Betreuer einen höheren Stundensatz als beim mittellosen Betreuten beantragt hat.

Wie werden Personen behandelt, die hohes Einkommen und Vermögen haben und daneben noch Schulden tilgen müssen? Hat hier die Betreuervergütung Vorrang?

Schuldentilgung wird (wie bisher) nur im Rahmen des Ermessens berücksichtigt (bisher § 84 BSHG, jetzt § 87 SGB-XII).

Vom einzusetzenden Aktivvermögen darf man also Schulden nicht abziehen ausgenommen die laufenden Lebenshaltungskosten, bspw. noch nicht abgebuchte Heimkosten.

#### **Aufenthaltsstatus des Betroffenen und Zeitpunkt eines Aufenthaltswechsels**

Heimbegriff ist in § 5 Abs. 3 VBVG unter Verweisung auf die Bestimmungen des Heimgesetzes geregelt.

Abgehoben wird auf den gewöhnlichen Aufenthalt, also den Lebensmittelpunkt, sodass bspw. Kurzzeitpflegen bis zu drei Monaten (entsprechend § 1 Abs. 3 HeimG) mit anschließender Rückkehr in die Wohnung oder Krankenhausaufenthalte keinen Aufenthaltswechsel beinhalten. Betreutes Wohnen in Altenwohnungen gilt nach § 5 Abs. 3 VBVG, der auf § 1 Abs. 2 HeimG verweist, ausdrücklich nicht als Heimaufenthalt. Bei einem Wechsel von zu Hause in ein Heim oder von diesem in eine andere Wohnform ist die Vergütung gem. § 5 Abs. 4 VBVG tageweise zu quoteln.

Eine Heimunterbringung dürfte auch vorliegen, wenn der Betroffene auf Dauer z.B. in einer JVA oder der forensischen Abteilung eines Landeskrankenhauses untergebracht ist. Für den Zeitpunkt, ab wann eine Heimunterbringung vorliegt, ist darauf abzustellen, wann der gewöhnliche Aufenthalt gewechselt wird. Dies wird der Tag des Umzugs in das Heim sein, wenn eine Rückkehrabsicht oder Rückkehrmöglichkeit in die Wohnung nicht mehr gegeben ist.

„Auf Dauer“ ist freilich kaum jemand in der JVA oder der Forensik. Bei der JVA ist es notwendig und ausreichend, daß jemand zu mehrjähriger Haft rechtskräftig verurteilt ist. Auch bei Unterbringung in der Forensik ist eine rechtskräftige Verurteilung erforderlich. U-Haft und vorläufige Unterbringung begründen dagegen wohl keinen gewöhnlichen Aufenthalt.

Wie wird die Möglichkeit gesehen, wenn bspw. der Betreuer dem vermögenden Betreuten private Ergänzungsvereinbarungen anbietet, um die gewohnte Qualität und Intensität der Betreuung zu sichern? Der Vertrag mit dem Betreuten ist unwirksam wegen Verstoß gegen Ingeschäft (§ 181 BGB); Vereinbarungen mit Dritten könnten bei Tätigkeit als „Berufsbevollmächtigter“ gegen das Rechtsberatungsgesetz verstoßen.

Ein Betreuer, der sich von einem Dritten (bspw. von Familiengehörigen oder künftigen Erben) für seine Tätigkeit zusätzlich vergüten läßt, ist m. E. zur Führung der Betreuung ungeeignet, weil er nicht unvoreingenommen nach dem Wohl des Betreuten entscheiden kann und sich in Abhängigkeiten begibt.

Vergütungsvereinbarungen zwischen dem Betreuer und seinem geschäftsfähigen Betreuten halte ich allerdings für zulässig, wobei sich dann die Frage stellt, warum die Betreuung zumindest für die Vermögensangelegenheiten noch erforderlich ist.

#### **Wann beginnt und endet eine vergütungsfähige Betreuung?**

Die Berechnung der Pauschalvergütung beginnt mit der Betreuerbestellung, also im Zeitpunkt der Bekanntmachung an den Betreuer (§ 69 a Abs. 3 FGG).

Ab dem Beginn des folgenden Tages (§ 187 Abs. 1 BGB) besteht der Vergütungsanspruch.

Dies gilt auch für alle Altfälle, wobei bei diesen mit dem Abrechnungsrhythmus 01.07.2005 begonnen werden kann, weil die Stundensätze ab dem zweiten Jahr unverändert sind.

Der Zeitpunkt der Erstbetreuerbestellung ist auch bei einem Betreuerwechsel vom ehrenamtlichen zum Berufsbetreuer maßgebend. Die Gesetzesbegründung<sup>51</sup> für den zunächst von der BLAG vorgesehenen § 1908 m BGB führt hierzu aus, dass nur der Zeitpunkt der Betreuerbestellung<sup>52</sup> maßgebend ist und dies auch dann gelten soll, wenn es sich hierbei um einen ehrenamtlichen Betreuer handelt und später ein Berufsbetreuer bestellt wird.

#### **Zeitliche Lücken in der Betreuung**

Wenn eine vorläufige Betreuung nicht verlängert wurde, sondern „ausläuft“, wird es wohl daran liegen, dass das Gericht keinen dringenden Betreuungsbedarf gesehen hat. Wird dann nach dem Ablauf der einstweiligen Betreuung eine endgültige Betreuung angeordnet, wird eine neue Betreuung eingerichtet und es gibt einen neuen Betreuungsbeginn. Das gleiche gilt, wenn eine Betreuung aufgehoben und kurze Zeit später wieder ein Betreuer bestellt wird. Auch hier dürfte von einer erneuten Erstbetreuung auszugehen sein.

Erfolgt jedoch die Neubestellung innerhalb der Frist oder unmittelbar nach dem Ende der einstweiligen Betreuung, wird wohl der Zeitpunkt der einstweiligen Betreuerbestellung auch für die endgültige Betreuung maßgebend sein, d.h. die Betreuungsmonate werden vom Zeitpunkt der Bestellung des einstweiligen Betreuers gezählt, wobei das Gesetz diese Fälle nicht ausdrücklich regelt.

#### **Vergütungsfähiger Zeitraum nach Beendigung der Betreuung?**

Bisher war dies keine Frage, denn der Betreuer wurde ja für tatsächliche Tätigkeiten bezahlt, die auch nach dem eigentlichen Ende der Betreuung lagen, z.B. dem Tod

<sup>51</sup> BT-Drucksache 15/2494, S. 33/34

<sup>52</sup> Bekanntmachung an den Betreuer § 69 a Abs. 3 FGG oder bei der einstweiligen Anordnung Übergabe an die Geschäftsstelle, § 69 f Abs. 4 FGG

des Betreuten. Die Amtspflichten am Ende (Schlussrechnung, Vermögensherausgabe), und auch die etwaige Notgeschäftsführung,<sup>53</sup> gab es bisher schon und gibt es unverändert weiter.

Eine Abrechnung innerhalb eines Monats erfolgt nach Tagen<sup>54</sup>. Es ist aber nicht klar, ob die Tage einer Notgeschäftsführung noch Berücksichtigung finden können.

Dass es nachwirkende Pflichten gibt, war dem Gesetzgeber bekannt. Deshalb hat er ja eine „Abwicklungspauschale“ erwogen und für einen Fall – nämlich die ehrenamtliche Weiterführung der Betreuung – auch tatsächlich vorgesehen.

Dass er den Gedanken im Übrigen verworfen hat, deutet darauf hin, dass er auch die Erfüllung der nachwirkenden Verpflichtungen mit der Pauschale für abgegolten hält. Die gewöhnlichen Abwicklungspflichten und m.E. auch die Notgeschäftsführung nach § 1698 b BGB sind mit der Pauschale abgegolten.

Im Falle der Beendigung der Betreuung durch den Tod des Betreuten ist daher der Todestag entscheidend, nicht der Tag, an dem der Betreuer seine letzte Amtshandlung vornimmt. Im Falle der Abberufung kommt es auf deren Wirksamwerden<sup>55</sup> an.

### Muster eines Vergütungsantrags

Betreuer vor dem 30.06.2004 bestellt. Betroffener ist mittellos und zieht am 25.08.2005 endgültig von seiner Wohnung in eine Heimeinrichtung.

Vergütungsantrag für den Zeitraum 01.07.2005 bis 30.09.2005

für den oben genannten Zeitraum wird der nachfolgend aufgeführte pauschale Betrag gemäß § 4 VBVG i.V.m. § 5 VBVG geltend gemacht. Vergütungsrelevante Änderungen während des Abrechnungszeitraumes sind in der nachfolgenden Tabelle dokumentiert.

Datum	Status	Kontingent	Anteil	Stundensatz	Betrag
01.07.2005 - 31.07.2005	mittellos/ Wohnung	31/31 von 3,5 Std.	3,5 Std.	44,00 €/Std.	
01.08.2005 - 25.08.2005	mittellos/ Wohnung	25/31 von 3,5 Std.	2,83 Std.	44,00 €/Std.	
26.08.2005 - 31.08.2005	mittellos/ Heim	6/31 von 2,0 Std.	0,39 Std.	44,00 €/Std.	
01.09.2005 - 30.09.2005	mittellos/ Heim	30/30 von 2,0 Std.	2,0 Std.	44,00 €/Std.	
Summe			8,8 Std.		387,20 €

### Betreuungsvermeidung

Innerhalb des bürgerlich-rechtlichen Handlungssystems wird vor allem die Verbreitung von Vorsorgevollmachten und Betreuungsverfügungen einschließlich der Registrierung solcher Urkunden im zweiten Betreuungsrechtsänderungsgesetz propagiert.

Laut Begründung des Gesetzesentwurfs<sup>56</sup> ist es nach dem Grundsatz der Subsidiarität staatlichen Institutionen verwehrt, durch die Bestellung eines Betreuers Grundrechte der betroffenen Menschen einzuschränken, wenn und

soweit durch einen Bevollmächtigten die notwendigen Angelegenheiten wahrgenommen werden können. Die Vorsorgevollmacht soll damit als einziges geeignetes Rechtsinstitut das Selbstbestimmungsrecht für den Fall einer psychischen Erkrankung sowie einer geistigen oder seelischen Behinderung umfassend sicherstellen.

Diesem starken Interesse an der Vermeidung staatlicher Eingriffe und der Führung eines eigen bestimmten Lebens werde, so die Entwurfsverfasser, die gegenwärtige Rechtslage nicht gerecht. Notwendig sei eine bürgerorientierte Ausgestaltung des Rechtsinstituts. Zur Verwirklichung dieses Ziels bestehe neben der Entwicklung einer im Rechtsverkehr akzeptierten und für die Menschen praktikabel handhabbaren Mustervorsorgevollmacht<sup>57</sup> gesetzgeberischer Handlungsbedarf in folgenden Bereichen:

- Schaffung einer Beglaubigungskompetenz für die Betreuungsbehörden,
- Erweiterung der Beratungskompetenz von Betreuungsbehörden und Betreuungsvereinen;
- Anpassung der ZPO sowie des Pass-, Personalausweis- und Melderechts an die Bedürfnisse der Vorsorgevollmacht.

### Zur Beglaubigungskompetenz der Betreuungsbehörde

Zur Erleichterung des täglichen Rechtsverkehrs, insbesondere gegenüber Banken und Sparkassen erschien es dem Gesetzgeber sinnvoll und zweckmäßig, in den Aufgabenkreis der Betreuungsbehörden die Beglaubigung von Unterschriftenleistungen und Handzeichen aufzunehmen.

Zwar werden die Vorteile einer notariellen Beurkundung der Vollmacht vor allem wegen der Akzeptanz der Urkunde im Geschäftsverkehr, der Belehrungspflicht des Notars über die rechtliche Tragweite und der Prüfung der Geschäftsfähigkeit hervorgehoben, die Einführung einer gesetzlichen Formpflicht der notariellen Beurkundung für Vorsorgevollmachten jedoch abgelehnt, da weite Kreise der Bevölkerung den Gang zum Notar als beschwerlich ansehen würden.

Diese Begründung trifft für das württembergische Rechtsgebiet mit der kleinteiligen Struktur der Bezirksnotariate nicht zu. Durch die Bezirksnotariate werden mehr Menschen erreicht als durch die bei den Stadt- und Landkreisen angesiedelten Betreuungsbehörden.

Die Einwände der Bundesnotarkammer<sup>58</sup> gegen die Einführung einer neuen Beglaubigungszuständigkeit für Betreuungsbehörden, die darin eine Systemwidrigkeit gegenüber einem Grundanliegen des Gesetzgebers bei Erlass des Beurkundungsgesetzes im Jahre 1969 sieht, die bis dahin bestehende, zum Schluss nicht mehr zu durchblickende Zuständigkeitszersplitterung im Interesse der Rechtssicherheit durch eine Zuständigkeitskonzentration bei den Notaren zu ersetzen, wurden nicht berücksichtigt.

Zwar hielt die Bundesregierung in ihrer Stellungnahme zu § 6 Abs.2 bis 6 BTBG<sup>59</sup> die vorgebrachten Bedenken gegen die Schaffung einer weiteren Urkundsperson für die

<sup>53</sup> §§ 1893, 1698 b BGB

<sup>54</sup> § 5 Abs. 3 VBVG

<sup>55</sup> § 69 a FGG

<sup>56</sup> BT-Drucksache 15/2494, S. 14

<sup>57</sup> Musterformular <http://www.bmj.bund.de/media/archive/953.pdf>

<sup>58</sup> BNotK-Intern Ausgabe 2/2004

<sup>59</sup> BT-Drucksache 15/2494, S. 49

Beglaubigung von Handzeichen und Unterschriften auf Vorsorgevollmachten und Betreuungsverfügungen unter rechtssystematischen Aspekten für beachtenswert, .... jedoch müsste im Lichte der auf die Länder zukommenden Kostenlawine über Alternativen zur Vermeidung von Betreuungsverfahren verstärkt nachgedacht werden. Im Rahmen einer solchen Prüfung müssten auch bisher eingenommene Grundpositionen in Frage gestellt oder modifiziert werden. Schließlich sollten im Gesetzgebungsverfahren die insbesondere von der Bundesnotarkammer vorgebrachten Bedenken gegen die Schaffung einer weiteren Urkundsperson ausweislich der Stellungnahme der Bundesregierung zwar geprüft werden; dies führte jedoch nicht zu einer Änderung des ursprünglichen Entwurfstextes, so dass sich nun die Frage nach der **rechtlichen Qualität** der geschaffenen Beglaubigungskompetenz der Betreuungsbehörde stellt.

- Hat die Beglaubigungskompetenz der Betreuungsbehörde die Qualität einer öffentlichen Beglaubigung i. S. v. § 129 BGB oder lediglich einer amtlichen Beglaubigung im Sinne von § 34 VwVfG?

- Ist die durch die Betreuungsbehörde erfolgte Beglaubigung der Vollmacht grundbuchfest (§ 29 GBO), ausschlagungsfest (§ 1945 BGB als materielles Wirksamkeitserfordernis!) und handelsregisterfest (§ 12 HGB)?<sup>60</sup>

Aus dem Gesetzentwurf<sup>61</sup> ergibt sich nicht eindeutig, ob die Unterschriftsbeglaubigung durch die Urkundsperson der Betreuungsbehörde auch zu einer öffentlichen Beglaubigung i. S. d. § 129 BGB und § 29 GBO führt.

Zwar gibt es verschiedene Argumente hierfür: So spricht die Gesetzesbegründung davon, dass zur Schaffung einer öffentlichen Beglaubigung eine neue Urkundsperson eingeführt wird. Weiter wird auf § 59 SGB VIII als Vorbild der neuen Regelung verwiesen.

Eindeutig ist dieses Ergebnis dennoch nicht. Denn sowohl im Gesetz selbst wie in der Gesetzesbegründung wird teilweise zwischen einer öffentlichen Beglaubigung i. S. v. § 129 BGB und einer Unterschriftsbeglaubigung durch die Urkundsperson der Betreuungsbehörde unterschieden. So unterscheidet etwa der Gesetzestext des ebenfalls durch das 2. BtÄndG neu eingefügten § 7 des Melderechtsrahmengesetzes (MRRG): „In diesem Fall muss die Vollmacht öffentlich oder nach § 6 Abs. 2 des Betreuungsbehördengesetzes durch die Urkundsperson bei der Betreuungsbehörde beglaubigt sein.“ Zum zweiten betont die Gesetzesbegründung mehrfach, dass es sich „um einen eigenständigen Formatbestand einer öffentlichen Beglaubigung für die dort angegebenen Zwecke (Ausnahmeregelung)“ handelt, der den Regeln des Allgemeinen Teils des BGB vorgehe und den Rückgriff auf diese verhindere.

Auch die in der Gesetzesbegründung erwähnte Anwendbarkeit von § 440 Abs. 2 ZPO, wonach die Beglaubigung durch die Urkundsperson der Betreuungsbehörde – ebenso wie bei der notariellen Unterschriftsbeglaubigung – vor Gericht eine Vermutung für die Echtheit der Unterschrift begründet, so dass im Streitfall derjenige die Beweislast trüge, der die Echtheit der Unterschrift anzweifelt (während es bei einer privatschriftlichen Urkunde genau umgekehrt wäre), ist ebenso bei einer besonderen Art der amtlichen Beglaubigung vorstellbar.

Daher spricht manches dafür, dass das Gesetz nur einen neuen, eigenständigen Formatbestand mit manchen, aber nicht allen Rechtswirkungen einer öffentlichen Beglaubigung geschaffen hat. Ersetzt wäre demnach die notarielle Beglaubigung bei Handzeichen zur Erfüllung der Schriftform (§ 126 Abs. 1 Hs. 2 BGB) sowie für die Vermutungswirkung im Zivilprozess (§ 440 Abs. 2 ZPO). Die anderen Rechtswirkungen einer öffentlichen Beglaubigung wären hingegen nicht notwendig gegeben. Insbesondere wären die verfahrensrechtlichen Formerfordernisse etwa des § 29 GBO nicht notwendig erfüllt.

### Umfang der Beglaubigungsbefugnis und Verfahren

#### Urkundspersonen der Betreuungsbehörden

Innerhalb der Betreuungsbehörde sind nur die von der jeweiligen Behörde nach § 6 Abs. 4 BtBG ermächtigten Beamten und Angestellten (Urkundspersonen) zur Unterschriftsbeglaubigung befugt. Nimmt daher ein nicht ermächtigter Mitarbeiter der Betreuungsbehörde eine Unterschriftsbeglaubigung vor, so ist diese unwirksam.

Die Bindung der Beglaubigungsbefugnis an die jeweilige Urkundsperson und nicht an die Betreuungsbehörde als solche ergibt sich zum einen aus dem Gesetzeswortlaut. Zum anderen entspricht dies allgemeinen Grundsätzen des deutschen Beurkundungsrechts, wonach auch sonst bestimmte Urkundspersonen aufgrund ihres Amtes als Notar, Notarvertreter oder Konsularbeamter etc. Beurkundungs- oder Beglaubigungszuständigkeiten haben, nicht aber die organisatorische Einheit als solche (also nicht etwa das Notariat oder das Konsulat).

#### ● Beschränkung der Beglaubigungsbefugnis auf Vorsorgevollmachten und Betreuungsverfügungen

Schon nach dem Gesetzeswortlaut ist die Beglaubigungsbefugnis auf „Vorsorgevollmachten oder Betreuungsverfügungen“ beschränkt. Entsprechend ist auch eine Unterschriftsbeglaubigung außerhalb der im Gesetz genannten Fälle von Vorsorgevollmachten und Betreuungsverfügungen formunwirksam.

#### ● Begriff Vorsorgevollmacht

Der Begriff der Vorsorgevollmacht ist zwar in das Gesetz aufgenommen,<sup>62</sup> jedoch nicht gesetzlich definiert. Allgemein werden darunter Vollmachten verstanden, die „im Hinblick auf eine künftige Geschäftsunfähigkeit bzw. Betreuungsbedürftigkeit erteilt werden und über den Zeitpunkt des Eintritts der Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers hinaus Rechtswirksamkeit behalten“.

Üblicherweise enthalten Formulierungsvorschläge zu Vorsorgevollmachten daher auch Beschränkungen (i. d. R. nur für das Innenverhältnis), wonach von der Vollmacht nur Gebrauch gemacht werden darf, wenn der Vollmachtgeber zur Regelung seiner Angelegenheiten selbst nicht mehr in der Lage ist. Andere Formulierungsvorschläge enthalten zwar keine ausdrückliche derartige Einschränkung (auch nicht im Innenverhältnis); jedoch ergibt sich der Charakter als Vorsorgevollmacht entweder aus einem ausdrücklichen Vermerk in der oder daraus, dass die erteilten Vollmachten ausdrücklich auch eine Vertretung in Gesundheitsangelegenheiten und bei der Aufenthaltsbestimmung umfassen. Eine Generalvollmacht oder eine Spezialvollmacht für bestimmte Vermögensangelegenheiten, die nicht zur Vermeidung einer Betreuung erteilt wird, wäre hingegen nicht als Vorsorgevollmacht anzusehen.

<sup>60</sup> DNotf-Report 15/2005

<sup>61</sup> BT-Drucksache 15/2494, S. 44

<sup>62</sup> §§ 1908 f IV BGB, 6 Abs. 2 BtBG, §§ 78a ff. BNotO und § 20a BeurkG



**Zusammenfassung:**

Aus Gesetzeswortlaut und Gesetzesbegründung lässt sich nicht eindeutig beantworten, ob eine durch die Urkundsperson der Betreuungsbehörde unterschriftsbeglaubigte Vorsorgevollmacht (§ 6 Abs. 2 BtBG) eine öffentliche Beglaubigung i. S. d. § 129 BGB ist und damit dem Formerfordernis des § 29 Abs. 1 GBO genügt. Ebenso ist möglich, dass der Gesetzgeber einen neuen speziellen Formtatbestand geschaffen hat, der zwischen der amtlichen Beglaubigung i. S. d. § 34 VwVfG und einer öffentlichen Beglaubigung liegt.

Auch wenn man von einer öffentlichen Beglaubigung ausgeht, ist weitere Voraussetzung, dass sich aus der Urkunde entnehmen lässt, dass es sich um eine Vorsorgevollmacht handelt (also insbesondere wenn sich aus der Urkunde ergibt, dass sich die Verwendung der Vollmacht jedenfalls auch im Innenverhältnis auf den Fall der Betreuungsbedürftigkeit bzw. von Krankheiten o. ä. des Vollmachtgebers beschränken soll) – und nicht um eine unabhängig von der Vermeidung eines möglichen Betreuungsverfahrens erteilte General- oder Spezialvollmacht. Dabei erfordert § 29 GBO, dass sich die Eigenschaft als Vorsorgevollmacht und damit die Beglaubigungszuständigkeit der Urkundsperson der Betreuungsbehörde aus der vorgelegten Vollmachtsurkunde selbst ergibt (oder jedenfalls aus anderen, der Form des § 29 GBO genügenden Nachweisen).

Man wird also abwarten müssen, wie die obergerichtliche Rechtsprechung die Qualität der neuen Beglaubigungskompetenz von Vorsorgevollmachten durch die Betreuungsbehörden einstufen wird.

#### **Zur Beratungskompetenz der Betreuungsbehörden und der Betreuungsvereine über Vorsorgevollmachten**

Die Betreuungsbehörde hatte bisher nicht individuell über Vorsorgevollmachten zu beraten und muß es auch weiterhin nicht. § 6 I 2 BtBG gibt ihr nur die Pflicht, die Beratung zu fördern, nicht, sie durchzuführen.

#### **Zur individuellen Beratungs- möglichkeit und allgemeinen Information durch Betreuungsvereine**

Lt. § 1908 f IV BGB gibt es nun einerseits eine Informationspflicht der Betreuungsvereine zu Vorsorgevollmachten und Betreuungsverfügungen und andererseits die Möglichkeit – als zusätzliches freiwilliges Angebot – individuelle Beratung zu Vorsorgevollmachten anzubieten.

Zur Begründung hieß es im Gesetzentwurf:<sup>63</sup>

„Zusätzlich wird den Betreuungsvereinen mit dem Ziel weiterer Verbreitung von Vorsorgevollmachten die Möglichkeit gegeben, die Vollmachtgeber bei der Erstellung hierzu individuell zu beraten. Damit wird vor allem für diejenigen, die sich durch die Betreuungsvereine über Vorsorgevollmachten haben informieren lassen, aber noch konkreten Erläuterungsbedarf für ihre eigene Situation benötigen, eine einfache Möglichkeit geboten, Beratung zu erlangen. Eine zusätzliche Konkurrenz zur Beratung durch Rechtsanwälte und Notare wird hiermit nicht geschaffen, weil zu erwarten ist, dass die Betreuungsvereine bei rechtlich schwierig zu beurteilenden Fällen die Inanspruchnahme anwaltlichen

oder notariellen Rats empfehlen werden. Mit dem Entwurf sollen die Personen erfasst werden, die sich heute nicht zur Vollmachterteilung entschließen können, weil sie für ihre konkrete Situation Aufklärungsbedarf haben, dieser aber nicht so groß ist, als dass ein Rechtsanwalt oder Notar dafür aufgesucht wird.“

Es geht nun um die Frage, wie die nach § 1908 f Abs. 4 BGB mögliche Beratung eines Klienten durch den Verein über die von ihm konkret zu erstellende Vollmacht auszusehen hat.

Berät der Verein individuell über den Inhalt der Vorsorgevollmacht, so kommt zwischen dem Verein und dem Klienten ein Geschäftsbesorgungs- bzw. Auftragsvertrag zustande und zwar gleichgültig, ob der Verein für die Beratung ein Entgelt verlangt oder nicht.

Der Verein hat bei einer individuellen Beratung über den Inhalt der Vollmacht auf die Probleme der Formulierung einer Vorsorgevollmacht hinweisen, so z.Bsp. ob die Vollmacht über den Tod hinaus gelten soll<sup>64</sup> und ob Bedingungen in der Vollmacht die Vollmacht später im Geschäftsverkehr untauglich machen oder nicht. Hier hilft dem Berater das amtliche Muster nicht weiter. Darin hat man hierfür keine Regelung vorgesehen. Damit dem späteren Einwand einer Falschberatung entgegengetreten werden kann, ist es nicht unwichtig, den Inhalt der Beratung zu dokumentieren oder überhaupt von der individuellen Beratung über den Inhalt einer Vorsorgevollmacht, die Rechtskenntnisse im Bürgerlichen Recht voraussetzt, die Finger zu lassen.

Zur Frage, ob eine Vorsorgevollmacht über den Tod hinaus gilt, ist die Entscheidung des OLG Hamm<sup>65</sup> lesenswert. In dem konkret entschiedenen Fall wurde eine Vorsorgevollmacht beurkundet ohne eine Bestimmung nach § 672 BGB:

„Liegt eine Altersvorsorgevollmacht vor, durch welche die Bestellung eines Betreuers im Fall von Krankheit oder Gebrechlichkeit vermieden werden soll, und handelt sich um eine Generalvollmacht für sämtliche persönliche und vermögensrechtliche Angelegenheiten, insbesondere auch um die Einwilligung in ärztliche Heilmaßnahmen und eine geschlossene Unterbringung, soll also dem Bevollmächtigten eine rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht eingeräumt werden, die uneingeschränkt derjenigen gesetzlichen Vertretungsmacht eines Betreuers entspricht, ist die Vollmacht danach sowohl hinsichtlich ihres Umfangs als auch in Bezug auf das Innenverhältnis speziell auf die Bedürfnisse der Vollmachtgeberin für den Fall ihrer Betreuungsbedürftigkeit zugeschnitten. Dieser Zusammenhang spricht maßgebend dafür, dass sich die Vollmacht, wie die gesetzliche Vertretungsmacht eines Betreuers, auf die Dauer der Betreuungsbedürftigkeit beschränken soll. Eine Fortgeltung der Vollmacht über den Tod der Vollmachtgeberin hinaus liegt demgegenüber außerhalb des in der Urkunde zum Ausdruck gekommenen Zwecks der Vollmacht, dies gilt auch für den Bereich der Vermögensverwaltung.“

#### **Betreuungsplan**

Gemäß § 1901 Abs. 4 BGB ist der Betreuer verpflichtet, innerhalb seines Aufgabenkreises dazu beizutragen, dass Möglichkeiten genutzt werden, die Krankheit oder Behinderung des Betreuten zu beseitigen, zu bessern, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder ihre Folgen zu mindern.

<sup>63</sup> BT-Drucksache 15/2494, S.15

<sup>64</sup> § 672 BGB

<sup>65</sup> OLG vom 17.09.2002, FamRZ 2003, 324

Wird die Betreuung berufsmäßig geführt, hat der Betreuer in geeigneten Fällen auf Anordnung des Gerichts zu Beginn der Betreuung einen Betreuungsplan zu erstellen. In dem Betreuungsplan sind die Ziele der Betreuung und die zu ihrer Erreichung zu ergreifenden Maßnahmen darzustellen.

Eine Pflicht des Betreuers zur Betreuungsplanung – in geeigneten Fällen – hat den Vorteil, dass zu Beginn der Betreuung deren Ziele definiert werden. Es soll als Kontroll- und Steuerungsinstrument dem Vormundschaftsgericht eine objektivierbare Grundlage zur Beurteilung der Effektivität des Betreuerhandelns zur Hand geben.

Anknüpfend an § 1901 Abs. 4 BGB ist ein Betreuungsplan vor allem in solchen Aufgabenbereichen wichtig, die in stärkerem Maße mit der Person des Betroffenen verknüpft sind, etwa der Gesundheitssorge oder Aufenthaltsbestimmung.

Eine Berichterstattung zu den persönlichen Verhältnissen ist bereits gem. §§ 1908i Abs. 1 Satz 1, 1839, 1840 Abs. 1 BGB vorgesehen.

Diese Vorschriften sind klarstellend auch auf die Erreichung der Ziele des Betreuungsplans anzuwenden. Ein ausreichend verfasster jährlicher Bericht nach § 1840 I BGB enthält also diese Betreuungsplanung bereits jetzt.

Inhaltlich soll der Betreuungsplan keine allumfassende Betreuungs- und Hilfeplanung sein, wie bspw. die Hilfeplankonferenz in der Jugendhilfe (§ 36 SGB VIII) oder dem ambulant betreuten Wohnen. Es geht um rechtliche Betreuungsplanung. Also Vorlage und Berichterstattung über das, was vom beruflichen rechtlichen Betreuer geplant ist rechtlich für den Betreuten zu besorgen. Mithin Planung der Rechtsfürsorge im übertragenen Aufgabenkreis.

Neu ist allerdings die Pflicht der Betreuungsbehörde, die Berufs- Betreuer auf deren Wunsch auch bei der Erstellung dieses Betreuungsplanes zu beraten und zu unterstützen, § 4 BtBG. Der Betreuer hat also das Recht, die Betreuungsbehörde um Beratung oder Unterstützung zu ersuchen. Er muss das nicht. Zu irgendwelchen Besprechungen ist er nicht verpflichtet.

Die Betreuungsbehörde hat das Recht, die Anordnung durch das Gericht anzuregen (§ 7 Abs. 1 BtBG), falls sie vom Gericht eingeschaltet wird. Das Gericht ist dazu ja nicht verpflichtet (§ 68a Satz 1 FGG). Sie hat keine Möglichkeit, die Nichtanordnung anzufechten. Das Beschwerderecht der Behörde beschränkt sich auf die in § 69 g Abs. 1 FGG genannten Entscheidungen, zu denen die Anordnung des Betreuungsplanes ebenso wenig gehört wie seine Nichtanordnung.

Nach Ansicht des Gesetzgebers ist „geeignete Fälle“ ein unbestimmter Rechtsbegriff, der den Gerichten einen „weiten Beurteilungsspielraum“ einräumen soll. Da es aber ein Rechtsbegriff ist, ist seine Auslegung durch das Gericht im Rechtsmittelverfahren überprüfbar, in Grenzen sogar mit der weiteren Beschwerde. Freilich wird es kaum zu Beschwerden kommen, denn gegen die Anordnung eines Betreuungsplanes Beschwerde einzulegen, wird sich der Betreuer nicht herausnehmen und gegen die Nichtanordnung gibt es – mangels eines Beschwerden – ohnehin kein Rechtsmittel.

Die einmalige Erstellung des Planes genügt, wobei dann im Jahresbericht über die persönlichen Verhältnisse der Betreuer auch darauf einzugehen hat, inwieweit vom Plan abgewichen werden musste. Zur Aktualisierung des Planes besteht jedoch keine gesetzliche Verpflichtung.

Allerdings ist rechtliche Betreuungsplanung nicht definiert und es fehlen einheitliche Handlungskonzepte für die Ausübung einer beruflichen Betreuung, obwohl es bereits seit längerem dazu Überlegungen gibt<sup>66</sup>. Ohne solche Standards kann es keine realistischen Zielvorgaben geben, die einer Kontrolle unterzogen werden könnten. Ohne Zielvorgaben gibt es keine Zielverfehlungen und daraus zu ziehende Konsequenzen. Der Betreuungsplan bleibt damit ein stumpfes Kontrollinstrument.

Es ist davon auszugehen, dass die Vormundschaftsgerichte den Betreuungsplan selten anordnen, schon weil sie die Anordnung begründen müssen, die Nichtanordnung dagegen nicht. Weiter hat das Vormundschaftsgericht den Betreuungsplan zu prüfen im Hinblick darauf, ob die vom Berufsbetreuer bevorzugten Gestaltungen oder Ziele dem Wohl des Betroffenen zuwiderlaufen und in diesem Falle den Betreuer auf etwaige Pflichtwidrigkeiten hinzuweisen.

### Zweitverwertung von Gutachten

§ 68b Abs. 1a FGG soll dem Vormundschaftsgericht die Möglichkeit geben, sich durch Einholung von bereits bestehenden Gutachten Kenntnisse über den Betroffenen zu verschaffen und das Verfahren insgesamt effektiver zu gestalten. Es soll die Einholung kostenintensiver weiterer Gutachten in einem frühen Verfahrensstadium vermieden werden. Bei der Regelung werden die Belange des Datenschutzes hinreichend berücksichtigt. Nach der Systematik des Gesetzes gilt § 68b Abs. 1a nicht für die besonders einschneidende Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts (§ 68b Abs. 2, der die Begutachtung vor der Anordnung des Einwilligungsvorbehalts regelt, nimmt nicht auf Abs. 1a Bezug).

Satz 1 sieht vor, dass von der Einholung eines Gutachtens nach Absatz 1 Satz 1 abgesehen werden kann, soweit durch ein bereits bestehendes ärztliches Gutachten festgestellt werden kann, inwieweit bei dem Betroffenen infolge einer psychischen Krankheit oder einer geistigen oder seelischen Behinderung die Voraussetzungen für die Bestellung eines Betreuers vorliegen. Die Vorschrift betrifft nur die Verwertung von Gutachten aus dem Bereich der Pflegeversicherung.

Satz 2 regelt die Erhebungsbefugnis des Gerichts. Die mit der Erhebungsbefugnis korrespondierende Übermittlungsbefugnis der Pflegekasse ergibt sich aus der mit diesem Gesetz eingefügten Ergänzung in § 94 Abs. 2 SGB XI (vgl. Art. 11) und § 76 Abs. 2 Nr. 3 SGB X (vgl. Art. 10). Die entsprechenden Gutachten des Medizinischen Dienstes wurden von der Pflegekasse in Auftrag gegeben. Die Pflegekassen können über die Herausgabe dieser Gutachten einschließlich der Befunde verfügen.

Satz 3 sieht aus Gründen des Datenschutzes zu Gunsten des Betroffenen vor, dass das Gericht bei der Anforderung den Verwendungszweck angeben soll. Außerdem soll gewährleistet sein, dass das bereits bestehende Gutachten nur für diesen Zweck und nicht für andere außerhalb des Verfahrens liegende Zwecke Verwendung findet.

Aus Gründen des Datenschutzes hat das Gericht nach Satz 4 die übermittelten Daten unverzüglich zu löschen, wenn diese nach seiner Einschätzung keine Aussage darüber treffen, inwieweit bei dem Betroffenen infolge einer psychischen Krankheit oder einer geistigen oder seelischen

<sup>66</sup> Arbeitskreis Stuttgart, BtPrax 1999, 137ff..

Behinderung die Voraussetzungen für die Bestellung eines Betreuers vorliegen. Hiermit ist gewährleistet, dass Daten des Betroffenen nicht ohne Grund bei den Vormundschaftsgerichten verbleiben. Gelangt das Gericht nach Prüfung zu der Überzeugung, dass das Gutachten für das weitere Verfahren geeignet ist und will es dieses für das weitere Verfahren verwenden, so muss es nunmehr nach Satz 5 die Einwilligung des Betroffenen oder eines Verfahrenspflegers einholen. Ein Verfahrenspfleger ist, sollte der Betroffene nicht einwilligungsfähig sein, zu bestellen. Seine Einwilligung ersetzt in diesem Fall die des Betroffenen. Er hat nach seiner Bestellung auch ein Einsichtsrecht in das beigezogene Gutachten, so dass er eine Grundlage für seine Entscheidung bzgl. der Einwilligung hat.

Der Betroffene oder auch der Verfahrenspfleger können ihre Einwilligung verweigern. Nach Satz 6 hat das Gericht in diesem Fall die Daten unverzüglich zu löschen. Übermittelte Originale in Papierform sind zurückzusenden. Es darf als Folge die Erkenntnisse aus dem Gutachten nicht verwerten. Für eine Nichteinwilligung sind unterschiedliche Gründe denkbar, deren Angabe jedoch nicht erforderlich ist.

Gemäß Satz 7 kann, nachdem der Betroffene bzw. der Verfahrenspfleger mit der Verwertung der Gutachten einschließlich der Befunde einverstanden ist, auf eine weitere Begutachtung insgesamt verzichtet werden, wenn aufgrund der beigezogenen Gutachten das Gericht eine Gesamtbeurteilung vornehmen kann. Da die Verwertung des beigezogenen Gutachtens in der Regel nur dazu führt, dass das Gericht die bestehende Erkrankung oder Behinderung klären kann, müssen die weiteren Voraussetzungen für die Bestellung eines Betreuers festgestellt werden. Kann das Gericht die weiteren Voraussetzungen für die Bestellung eines Betreuers unter Berücksichtigung der weiteren Verfahrenserkenntnisse (Anhörungen pp.) nach eigener fester Überzeugung selbst bestimmen, so kann es von weiteren Begutachtungen absehen. Sollte das Gericht in diesen Fragen ganz oder teilweise Zweifel haben, so hat es insoweit weitere Gutachten einzuholen.

Nach der bisherigen Rechtsprechung<sup>67</sup> müssen Gutachten nach § 68 b FGG einen bestimmten Inhalt aufweisen und können nach gewissem Zeitablauf bzw. Eintreten neuer Tatsachen nicht mehr verwendet werden. Diesen Anforderungen werden Gutachten, die vor oder bei Einleitung eines Betreuungsverfahrens für andere Institutionen erstattet werden, nicht genügen können. Sie werden dem besonderen Stellenwert, den das Betreuungsgesetz einem Gutachten ursprünglich zugesprochen hat, nicht gerecht werden können. Weiter wird zurecht darauf hingewiesen, dass die in anderen Verfahren erstellten Gutachten auf einen anderen Sachverhalt bezogene Feststellungen treffen, die häufig ohne sachverständige Hilfe gar nicht auf die für das Betreuungsrecht relevanten Fragen zu übertragen sind.

Gutachten im Rahmen der Einstufung in die gesetzliche Pflegeversicherung enthalten so gut wie nie Ausführungen dazu, ob die Erkrankung Auswirkungen auf die Fähigkeit des Betroffenen hat, seine Angelegenheiten rechtlich zu besorgen. Zudem stammen sie überwiegend von Sachverständigen, die nicht die von § 68b FGG vorausgesetzte Qualifikation aufweisen.

### Keine Betreuerbestellung gegen den freien Willen des Betroffenen

Als weitere Verfahrensvoraussetzung ist in § 1896 I a BGB postuliert, dass gegen den freien Willen des Betroffenen ein Betreuer nicht bestellt werden darf.

Diese Gesetzesergänzung spiegelt die bislang ohnehin unstrittige Rechtsprechung der Oberlandesgerichte wieder<sup>68</sup>.

Soweit der Betroffene zur freien Willensbestimmung fähig ist, darf gegen seinen Willen ein Betreuer nicht bestellt werden.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu § 104 Nr. 2 BGB liegt ein Ausschluss freier Willensbestimmung vor, wenn der Wille nicht frei und unbeeinflusst von einer Geistesstörung gebildet und nach zutreffend gewonnenen Einsichten nicht gehandelt werden kann. Entscheidend ist, ob eine freie Entscheidung nach Abwägung des Für und Wider bei sachlicher Prüfung der in Betracht kommenden Gesichtspunkte möglich ist, oder von einer freien Willensbildung nicht mehr gesprochen werden kann, etwa weil infolge der Geistesstörung Einflüsse dritter Personen den Willen übermäßig beherrschen.

Da die Geschäftsfähigkeit für die rechtsgeschäftlich ausgestalteten Teilaufgabenbereiche der Betreuung einen tauglichen Maßstab dafür liefert, wann die Rechtsordnung eine Entscheidung des Betroffenen als vollwirksam akzeptiert, müssen grundsätzlich die gleichen Erwägungen, die der Bestimmung der Geschäftsfähigkeit zugrunde liegen, auch für die anderen Rechtshandlungs-Aufgabenbereiche gelten.

Die beiden entscheidenden Kriterien sind hierfür die Einsichtsfähigkeit des Betroffenen und dessen Fähigkeit, nach dieser Einsicht zu handeln. Fehlt es an einem dieser beiden Elemente, liegt kein freier, sondern ein natürlicher Wille vor (Willensbildungsfähigkeit unterhalb der Einwilligungsfähigkeit)<sup>69</sup>

Terminologisch ist dieser Begriff des natürlichen Willens von bereichsspezifisch gebrauchten Begriffen, wie der Einwilligungsfähigkeit im Rahmen medizinischer Eingriffe zu unterscheiden. Die Einwilligungsfähigkeit ist nur bei Vorliegen eines freien Willens gegeben.

Den krankheitsbedingten Mangel des freien Willens festzustellen, obliegt dem Richter.

Dieser hat gemäß § 68b Abs. 1 Satz 1 FGG ein Gutachten einzuholen und gegebenenfalls den Sachverständigen bei der Anhörung hinzuzuziehen. Der Sachverständige muss die Tatsachen darlegen, nach denen auf eine unfreie, also nur „natürliche“ Willensbildung geschlossen werden kann. Der natürliche Wille kann somit bei Vorliegen gewichtiger sachlicher Erwägungen unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eingeschränkt werden.

Bsp: Ein Betreuervorschlag des Betroffenen kann nach § 1897 Abs. 4 BGB dann abgelehnt werden, wenn dieser dem Wohl des Betroffenen zuwiderliefe. Eine Unterbringung ist nur in den Fällen des § 1906 Abs. 1 BGB gestattet, wobei Ziffer 2 ausdrücklich das Fehlen der freien Willens voraussetzt (Unterbringung zum Zwecke der Heilbehandlung, wenn der Betroffene die Notwendigkeit einer Unterbringung nicht erkennen oder nicht nach dieser Einsicht handeln kann = fehlende Einsichtsfähigkeit).

<sup>67</sup> BayObLG, FamRZ 1993, 1489f., BayObLG, FamRZ 2003, 1968f

<sup>68</sup> z. Bsp. OLG Stuttgart, Die Justiz 203, 560

<sup>69</sup> siehe z.Bsp. § 1905 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2

Das BGB und FGG kennen also die Geschäftsfähigkeit, die teils definiert durch den freien Willen wird, ihm aber nicht gleich steht, die Einwilligungsfähigkeit und die Willensbildungsfähigkeit unter der Einwilligungsfähigkeit. In der juristischen Terminologie sind weiter die Verfahrensfähigkeit und die damit zusammenhängende Entscheidungsfähigkeit unabhängig von einer Geschäftsfähigkeit bekannt.<sup>70</sup>

### Öffnungsklausel

Die Landesjustizverwaltungen werden gem. § 19 Abs. 1 RPfIG ermächtigt, weitere Aufgaben in Betreuungssachen, insbesondere die Auswahl und Bestellung des Betreuers in die Zuständigkeit der Rechtspfleger zu übergeben.

Selbst wenn die Länder von der Öffnungsklausel Gebrauch machen, verbleiben neben den Aufgaben nach §§ 1903 bis 1906 BGB folgende Aufgaben dennoch beim Richter:

- Grundentscheidung über die Anordnung der Betreuung
- Festsetzung und Erweiterung des Aufgabenkreises
- Aufhebung der Betreuung
- Verlängerung der Betreuung

### Ausschluss des Proberichters vom Betreuungsverfahren

Durch eine Ergänzung von § 65 Abs. 6 FGG sind künftig Proberichter im ersten Jahr nach ihrer Ernennung von Betreuungsangelegenheiten ausgeschlossen.

Diese Bestimmung ist im Landesteil Württemberg nicht anwendbar auf Notarvertreter z.A. im ersten Jahr, da die Zuständigkeit der Notare und Notarvertreter in Württemberg<sup>71</sup> für Vormundschaftssachen nicht im Gesetzeswortlaut berücksichtigt wurde.

### Änderung der Zivilprozessordnung (§ 51 Abs. 3 ZPO):

Der Bevollmächtigte kann mit schriftlicher Vollmacht des volljährigen Vollmachtgebers, die nach ihrem Inhalt zur Vertretung vor Gericht berechtigt, den auch geschäftsunfähigen Vollmachtgeber künftig vor Gericht vertreten, wenn die Bevollmächtigung geeignet ist, gem. § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB die Erforderlichkeit einer Betreuung entfallen zu lassen.

Prozessfähig nach § 53 ZPO ist, wer geschäftsfähig ist. Für die nicht geschäftsfähige Person konnte nach dem bisherigen Wortlaut von § 53 ZPO nur ihr gesetzlicher Vertreter vor Gericht stehen, sowohl auf der Kläger- als auf der Beklagenseite.

Die Änderung der ZPO gewährleistet nun einen Gleichlauf der Voraussetzungen der Vertretung im Prozess und der materiell-rechtlichen Voraussetzungen der Betreuung.

Sie trägt damit insbesondere dem Regelungsziel Rechnung, nur Fälle zu erfassen, in denen der Bevollmächtigte geeignet ist, die Vertretung des Betroffenen ebenso gut wie ein Betreuer zu besorgen.

Juristische Personen sind von der Vertretungsregelung ausgeschlossen. Die Bevollmächtigung muss wirksam sein, d.h. der Vollmachtgeber muss zum Zeitpunkt der Vollmachterteilung geschäftsfähig sein, §§ 105, 167 Abs. 1 BGB.

Um den Anwendungsbereich auf betreuungsbedürftige Personen zu beschränken, wird klargestellt, dass die vertretene Partei volljährig sein muss.

Die Anknüpfung an die Voraussetzungen des § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB ermöglicht zudem, Fälle auszuschließen, in denen eine Vollmacht eine ganz andere Zielrichtung hatte als die Vermeidung einer Betreuung und der Widerruf – aus welchen Gründen auch immer – unterblieben ist.

Die Prüfung der Voraussetzungen des § 51 Abs. 3 ZPO obliegt gemäß § 56 ZPO dem Prozessgericht. Hat dieses Zweifel, ob die Voraussetzungen erfüllt sind, so hat es die Beteiligten zunächst auf seine Bedenken hinzuweisen und ihnen Gelegenheit zur Behebung des Mangels zu geben.

### Fiktion des gewöhnlichen Aufenthalts und Wegfall des Widerspruchsrechts von Betroffenen und Betreuer bei Abgabe der Betreuung

Nach der Ergänzung von § 65 a FGG durch das 2.BtÄndG steht der Änderung des gewöhnlichen Aufenthalts ein tatsächlicher Aufenthalt von mehr als einem Jahr an einem anderen Ort gleich. Dies erleichtert die Pflicht des abgebenden Gerichts zu prüfen, ob der Ort, an dem sich der Betroffene nunmehr aufhält, tatsächlich Mittelpunkt seiner Lebensführung ist, bspw. bei mehrjährigen Heim- oder Klinikaufenthalten.

Weiter setzte die Abgabe von Betreuungsverfahren bisher neben einem wichtigen Grund und der Übernahmefähigkeit des annehmenden Gerichts<sup>72</sup> die Zustimmung eines schon bestellten Betreuers und den fehlenden Widerspruch des Betroffenen<sup>73</sup> voraus.

Fehlte es an einer der zuletzt genannten drei Voraussetzungen, so musste bisher das gemeinschaftliche Obergericht (bzw. das Oberlandesgericht des annehmenden Gerichts, falls dieses der Bundesgerichtshof wäre) den Abgabestreit entscheiden.

Wie sich aus § 65 Abs. 1 FGG ergibt, verfolgt das Gesetz grundsätzlich die Tendenz, dass das zuständige Gericht – soweit möglich – ortsnah zum Aufenthaltsort des Betreuten liegen soll.

Durch die Einschränkung der Verweisung in § 65 a Abs. 1 Satz 1 auf § 46 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 FGG wird das Erfordernis der Zustimmung des Betreuers zur Abgabe ab 01.07.2005 beseitigt. Durch die Änderung von § 65 a Abs. 2 FGG wird das Widerspruchsrecht des Betroffenen ab 01.07.2005 beseitigt.

Somit bedarf es bei einer fehlenden Zustimmung des Betreuers oder bei einem Widerspruch des Betroffenen oder dessen Verfahrenspfleger nicht mehr der Anrufung des gemeinschaftlichen obersten Gerichts. Betreuer und Betroffener sind also künftig nur noch zur Abgabe zu hören (§ 65 a Abs. 2 FGG).

Die Anhörung kann schriftlich oder mündlich erfolgen; der Betroffene ist ohne Rücksicht auf seine Geschäftsfähigkeit verfahrensfähig (§ 66 FGG); hat der Betroffene einen Verfahrenspfleger, muss dieser angehört werden.

Die Anhörung des Betroffenen darf jedoch unterbleiben, wenn der Betroffene außerstande ist, zu begreifen, dass in Zukunft ein anderes Gericht für ihn tätig werden soll, auch ist „nur“ für die Zuständigkeits-Anhörung nicht die Bestellung eines Verfahrenspflegers erforderlich.<sup>74</sup>

<sup>70</sup> §§ 66, 70 a FGG

<sup>71</sup> Art. 147 EGBGB, §§ 1,19, 36 LF GG

<sup>72</sup> § 65a Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 46 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 FGG

<sup>73</sup> § 65a Abs. 2 Satz 2 FGG

<sup>74</sup> BayObLG, Rpfleger 1998, 285

## Rechtsprechung

**Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG; § 2353 BGB; § 19 FGG; § 20 Abs. 1 FGG; § 2065 BGB**

**1. Eine in einem Vorbescheid angekündigte Abweisung von Anträgen kann nicht Gegenstand einer inhaltlichen gerichtlichen Überprüfung sein.**

**2. Mit Erlass eines Erbscheins wird ein gegen den Vorbescheid gerichtetes Beschwerdeverfahren gegenstandslos; dies gilt auch, wenn der erteilte Erbschein nicht dem angekündigten Erbschein entspricht.**

**3. Nach Erteilung eines Erbscheins kann das Beschwerdeverfahren gegen den Vorbescheid von den Beteiligten mit dem Ziel der Einziehung des Erbscheins und der Erteilung eines anderen Erbscheins fortgeführt werden.**

**4. Ist eine auflösende Bedingung einer Nacherben-einsetzung unwirksam, kann die dadurch entstandene Lücke einer in einem Erbvertrag enthaltenen letztwilligen Verfügung im Weg der ergänzenden Vertragsauslegung bzw. Umdeutung entsprechend dem erklärten oder mutmaßlichen Willen des Erblassers zu füllen sein.**

**5. Zur Reichweite des § 2065 BGB.**

OLG Stuttgart, Beschl. v. 21.04.2005-8 W 10/05

Aus den Gründen:

I.

Gegenstand des Erbscheinsverfahrens ist die Erbfolge nach dem am 20.7.1951 verstorbenen Kronprinzen Wilhelm von Preußen (Erblasser), dem ältesten Sohn des 1941 verstorbenen ehemaligen Kaisers Wilhelm II.

II.

Die zulässigen weiteren Beschwerde der Beteiligten 2, 13 und 14 führen zur Aufhebung der angegriffenen Entscheidung des Landgerichts und zur Zurückverweisung.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts war der im Vorbescheid des Nachlassgerichts vom 7.9.1995 angekündigte Erbschein nicht Gegenstand des Beschwerdeverfahrens.

1.

Zu Recht ist das Landgericht davon ausgegangen, dass die im Vorbescheid angekündigte Abweisung von Anträgen nicht Gegenstand einer inhaltlichen Überprüfung durch das Beschwerdegericht sein kann. Sind mehrere einander widersprechende Erbscheinsanträge gestellt worden und kündigt das Nachlassgericht an, einen Erbschein nach einem bestimmten Antrag erteilen zu wollen, so liegt darin zugleich die Eröffnung, dass es die abweichenden Anträge ablehnen werde (BGHZ 20, 255, 257; BayObLGZ 1981, 69, 70).

Ein unrichtiger Erbschein kann wegen seiner Publizitätswirkung beträchtlichen Schaden zur Folge haben. Dieses Bedürfnis rechtfertigt den Erlass eines im Gesetz nicht vorgesehenen Vorbescheids (BGH a.a.O.). Weil die Ablehnung eines Erbscheinsantrags die Publizitätswirkung nicht hat, fehlt für eine in Beschlussform gekleidete Ankündigung der Ablehnung eines Erbscheinsantrags jegliches Bedürfnis (OLG Hamm NJW 1974, 1827; Rpfleger 1977, 208; KG OLGZ 1975, 85, 86; BayObLG NJW-RR 1992, 1223, 1225;

NJW-RR 1994, 906; OLG Hamm NJW-RR 1995, 1414, 1415; Palandt-Edenhofer BGB 64. Aufl., § 2353 RN 26; KKW-Kahl FGG 15. Aufl., § 19 RN 15a; vgl. auch OLG Stuttgart Rpfleger 2002, 203; BayObLG NJW-RR 2003, 649). Wenn die Ankündigung der Ablehnung von Erbscheinsanträgen mit der Ankündigung des Erlasses eines bestimmten Erbscheins verbunden ist, führt eine Beschwerde gegen die angekündigte Ablehnung von Erbscheinsanträgen nicht zu einer inhaltlichen Überprüfung der Anträge.

Durch die Beschwerden der vom Vorbescheid betroffenen Beteiligten gegen die Erteilung des angekündigten Erbscheins soll jedoch eine inhaltliche Überprüfung durch das Beschwerde- und Rechtsbeschwerdegericht ermöglicht werden. Der Beteiligte 2 hat deshalb mit seiner Beschwerde sowohl die Aufhebung des Vorbescheids angestrebt, soweit mit diesem der Erlass eines Erbscheins angekündigt worden war, als auch seinen Erbscheinsantrag weiterverfolgt (vgl. BayObLGZ 1981, 69, 70; BayObLG NJW-RR 1992, 1223, 1225; OLG Hamm Rpfleger 1977, 208).

2.

Das Beschwerdeverfahren, das gegen den Vorbescheid eingeleitet wurde, ist durch die Erteilung des Erbscheins vom 27.2.2002 gegenstandslos geworden (BGH NJW 2002, 1126; OLG Hamm Rpfleger 2003, 504, 505; BayObLG FamRZ 1991, 618; Staudinger-Schilken BGB Bearbeitung 2004 § 2353 RN 89; KKW-Winkler, a.a.O. § 84 RN 4). Der Vorbescheid dient der Vorbereitung einer Erbscheinserteilung. Diese Funktion verliert der Vorbescheid, wenn ein Erbschein tatsächlich erteilt ist, auch wenn er inhaltlich nicht dem angekündigten Erbschein entspricht (vgl. OLG Hamm a.a.O.).

Dem steht nicht entgegen, dass materielle Rechtskraft im gesamten Erbscheinsverfahren nicht entsteht. Dies betrifft nicht den hier zur Entscheidung anstehenden Sachverhalt. Das Nachlassgericht hat nach Erteilung des Erbscheins vom 27.2.2002, der aufgrund des Beschwerdeverfahrens gegen den Vorbescheid ergangen ist, nicht erkennen lassen, dass es nun doch einen neuen Erbschein entsprechend der Ankündigung im Vorbescheid vom 7.9.1995 erteilen möchte. Eine solche Ankündigung wäre im übrigen ein neuer Vorbescheid, gegen den eigenständig Beschwerde eingelegt werden könnte und der nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens wäre.

3.

Nach der Erteilung eines Erbscheins kann das Beschwerdeverfahren gegen den Vorbescheid aus Gründen der Prozessökonomie mit dem Ziel der Einziehung des Erbscheins fortgeführt werden (BGH a.a.O.; OLG Hamm a.a.O.; BayObLGZ 1982, 236, 239; FamRZ 1991, 618; OLG Karlsruhe FamRZ 1970, 255, 256; KKW-Winkler a.a.O.; Staudinger-Schilken a.a.O. RN 92). Mit dem Antrag auf Einziehung des Erbscheins kann auch der Antrag auf Erteilung eines anderen Erbscheins verbunden werden (KKW-Winkler a.a.O.; Staudinger-Schilken a.a.O. RN 98).

Im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind Anträge der Beteiligten grundsätzlich so auszulegen, dass sie nach Möglichkeit zu dem erstrebten Ergebnis führen (BayObLGZ 1982, 236, 239). Das Landgericht hätte deshalb prüfen müssen, ob die zur Entscheidung anstehende Beschwerde in einen Antrag auf Einziehung des erteilten Erbscheins vom 27.2.2002 und gegebenenfalls auf Erteilung eines

abweichenden Erbscheins gemäß dem Antrag des Beschwerdeführers ausgelegt werden kann. Wenn eine solche Auslegung vom Beschwerdegericht nicht für möglich gehalten worden wäre, wäre es verpflichtet gewesen, dem Beschwerdeführer Gelegenheit zu geben, sachgerechte Anträge zu stellen (KKW-Schmidt a.a.O. § 12 RN 57).

4.

Nachdem sich der Vorbescheid des Nachlassgerichts vom 7.9.1995 durch Erteilung des Erbscheins vom 27.2.2002 vor der Beschwerdeentscheidung vom 14.12.2004 erledigt hatte, sieht sich der Senat daran gehindert, in der Sache selbst zu entscheiden, und hat deshalb das Verfahren an das Beschwerdegericht zur weiteren Behandlung und neuen Entscheidung zurückverwiesen. Ansonsten müsste das Rechtsbeschwerdegericht ohne Änderung der Sach- und Rechtslage nach dem Erlass der Beschwerdeentscheidung über einen neuen Verfahrensgegenstand entscheiden und würde damit den Beteiligten eine Instanz nehmen. Darüber hinaus müssten in der Rechtsbeschwerdeinstanz neue Sachanträge gestellt bzw. die bisherigen Anträge neu ausgelegt werden und auf der Basis dieser Anträge eine neue Entscheidung getroffen werden, was dem Wesen der Rechtsbeschwerde widerspricht. Die Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts darf deshalb nicht auf Verfahrensgegenstände ausgedehnt werden, über die die Vorinstanz nicht entschieden hat (KKW-Sternal a.a.O. § 25 RN 9; KKW-Meyer-Holz a.a.O. § 27 RN 3).

5.

Entgegen der Auffassung des Beteiligten 7 ist der Erbschein 27.2.2002 nicht schon aufgrund der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 22.3.2004 (NJW 2004, 2008) einzuziehen. Das Bundesverfassungsgericht hat das Verfahren zur erneuten Prüfung und Entscheidung an die letzte Tatsacheninstanz zurückverwiesen und ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Frage, ob bei Annahme einer Sitten- oder Treuwidrigkeit der Ebenbürtigkeitsklausel auch die Anordnung der Vor- und Nacherbfolge unwirksam wäre, allein auf der Ebene des einfachen Rechts liege und für die verfassungsrechtliche Prüfung irrelevant sei (BVerfG a.a.O., 2011).

Falls das Landgericht wiederum zur Unwirksamkeit der Ebenbürtigkeitsklausel gelangt, wird es in seine anschließenden Überlegungen mit einzubeziehen haben, ob an Stelle der auflösenden Bedingung der Ebenbürtigkeit im Weg der ergänzenden Auslegung (§ 2084 BGB) bzw. Umdeutung (§ 140 BGB) nicht auch eine auflösende Potestativbedingung treten könnte, wonach z.B. derjenige nicht Nacherbe sein kann, der nicht zum neuen Chef des Hauses oder zum Erben des Vorerben bestimmt wird, und ob eine solche Vor- und Nacherbschaft oder eine Alleinerbschaft dem erklärten oder mutmaßlichen Willen des Erblassers entsprochen hätte. Die derzeitige Aktenlage drängt solche Überlegungen auf.

Eine Bedingung in einer letztwilligen Verfügung kann auch das Tun oder Unterlassen des Bedachten oder eines Dritten sein, selbst wenn der Eintritt der Bedingung vom Willen des Bedachten oder eines Dritten abhängt (sogenannte Potestativbedingung; vgl. Staudinger-Otte BGB Bearb. 2003, § 2065 RN 13; § 2074 RN 27; MünchKomm-Leipold BGB 4. Aufl., § 2074 RN 14, Soergel-Loritz BGB 13. Aufl., § 2065 RN 11; BGHZ 15, 199, 201f; 59, 220, 223; BayObLG FamRZ 1997, 705, 710; 2000, 380, 383). Allerdings ist § 2065 Abs. 2 BGB i.V.m. § 2279 Abs. 1 BGB zu beachten. Danach darf die Bestimmung der Person, die eine Zuwendung erhalten soll, vom Erblasser nicht einem anderen

überlassen werden. Die Potestativbedingung darf nicht auf eine Vertretung im Willen hinauslaufen. Deshalb sind nach herrschender Meinung nur solche Potestativbedingungen zulässig, bei denen der Erblasser seinen Willen vollständig gebildet hat und in seine Überlegungen das mögliche, wenn auch willensabhängige künftige Ereignis einbezogen hat. Es muss also dieses Ereignis allein genommen für den Entschluss des Erblassers und seine Vorstellungen Bedeutung haben, nicht lediglich der darin zum Ausdruck kommende Wille des Dritten als solcher (MünchKomm-Leipold a.a.O. § 2065 RN 10). Ein Erblasser hat für den Fall des Nichteintritts oder Eintritts der Bedingung in der Regel einen bestimmten, die Gültigkeit der Verfügung oder der Person des Bedachten betreffenden Willen gehabt, wenn er am Eintritt oder Nichteintritt der Bedingung interessiert war oder den Inhalt seiner Verfügung auf die Sachlage abstellen wollte, die durch das als Bedingung gesetzte Verhalten realisiert wird (BGHZ 15, 199, 201 f; Staudinger-Otte, a.a.O. § 2065 RN 14).

a) Mit der auflösenden Bedingung, dass derjenige nicht Nacherbe sein kann, der nicht zum Chef des Hauses bestimmt wird, wäre die Person des Nacherben durch die letztwillige Verfügung des Erblassers ausreichend bestimmt. Angesichts des Traditionsbewusstseins des Erblassers und seiner Sorge als Chef des Hauses um die Zukunft seiner Familie hätte der Erblasser durch eine solche letztwillige Verfügung einen bestimmten, die Gültigkeit der Verfügung betreffenden Willen gehabt und zu deren Grundlage eine Bedingung gemacht, an deren Eintritt oder Nichteintritt er selbst interessiert war. So stellte er seine letztwillige Verfügung auf eine künftige Sachlage ein.

b) Eine auflösende Bedingung dahingehend, dass die Einsetzung des Abkömmlings durch den Vorerben zu seinem Erben unterbleibt, verstößt ebenfalls nicht gegen § 2065 BGB, weil hier nicht dem Vorerben die freie Wahl des Nacherben überlassen bleibt, sondern die Nacherbschaft von einem bestimmten Ereignis abhängig gemacht wird, nämlich der Erbeinsetzung in das sonstige Vermögen des Vorerben. Diese Potestativbedingung ist nicht lediglich von der Willensäußerung des Vorerben abhängig und deshalb nach ganz herrschender Meinung trotz des § 2065 BGB zulässig (vgl. BGHZ 59, 220, 223; MünchKomm.-Leipold a.a.O. § 2065 RN 19; Staudinger-Otte a.a.O. § 2065 RN 16; Palandt-Edenhofer BGB 64. Aufl., § 2065 RN 7; Otte ZEV 2001, 318; Ivo DNotZ 2002, 260, 264f; Keim FamRZ 2003, 137, 140; Frank MittBayNot 1987, 231, 235; a.A. Soergel-Lauritz BGB 13. Aufl., § 2065 RN 14). Dies würde jedenfalls dann gelten, wenn - wie hier - der Erblasser aufgrund seines Traditionsverständnisses ein eigenes Interesse für den Fall des Eintritts der auflösenden Bedingung an der Person des Nacherben hatte und er den Inhalt seiner letztwilligen Verfügung auf die Sachlage abstellen wollte, die durch die Erbeinsetzung des Nacherben verwirklicht wird (BGHZ 15, a.a.O.).

c) Zwar wäre bei Aufnahme einer der genannten auflösenden Potestativbedingungen in den Erbvertrag 1938 die Frage der Ebenbürtigkeit auf die Erbfolge möglicherweise nicht völlig ohne Einfluss. Es macht jedoch einen entscheidenden Unterschied aus, ob ein Erblasser im konkreten Fall einen Sohn wegen seiner Ehepartnerin bevorzugt oder benachteiligt, wozu ihn die Testierfreiheit grundsätzlich berechtigt, oder ob er die Ebenbürtigkeit als (unzulässiges) generelles Kriterium aufstellt, das zwingend zu einem Ausschluss von der Erbfolge ohne Ansehung der Person führen muss (vgl. MünchKomm-Leipold a.a.O. § 2074 RN 26). Ermöglicht der Erblasser durch eine entsprechende

Fassung auflösender Bedingungen für die Erbfolge eine ausreichende Flexibilität, ohne dabei § 2065 Abs. 2 BGB zu verletzen, entsteht für die als Erben in Betracht kommenden Abkömmlinge keine Situation, durch die ein unzumutbarer Druck auf ihre Eheschließungsfreiheit ausgeübt werden würde. Sie sind dann nicht schon wegen ihres Verstoßes gegen das althergebrachte, 1938 geltende Ebenbürtigkeitsprinzip von der Nacherbschaft ausgeschlossen.

d) Welche Gestaltung seiner letztwilligen Verfügung der Erblasser bei Kenntnis der teilweisen oder gänzlichen Nichtigkeit der Ebenbürtigkeitsklausel gewählt hätte, bestimmt sich nach den Zielen, die er mit dem Erbvertrag 1938 verfolgte. Wie vom Landgericht zutreffend festgestellt

wurde, war ein wesentlicher Gesichtspunkt des Erblassers für die Gestaltung seiner letztwilligen Verfügung das Zusammenhalten des Hausvermögens in einer Hand. Das Landgericht wird deshalb gegebenenfalls zu berücksichtigen haben, dass der Eintritt des Nacherbfalles keinen neuen Erbfall und damit keine Pflichtteilsrechte auslöst. Demgegenüber würden, wenn der Sohn Louis Ferdinand des Erblassers Vollerbe geworden wäre, mit dessen Tod auch bezüglich des Hausvermögens neue Pflichtteilsrechte entstehen, weil dann ein neuer Erbfall eingetreten wäre. Das Hausvermögen wäre damit gegenüber der Anordnung von Nacherbfolge einmal mehr mit Pflichtteilsansprüchen belastet.

Mitgeteilt vom 08. Senat des OLG Stuttgart.

## Buchbesprechungen

Weingärtner/Schöttler. **Dienstordnung für Notarinnen und Notare.** Von VRaLG Dr. Helmut Weingärtner, Dortmund, mit kostenrechtlichem Leitfaden von Harald Schöttler, Justizoberamtsrat, Bezirksrevisor beim LG Dortmund a.D. 9., aktualisierte Auflage, 2004, 417 Seiten. Carl Heymanns Verlag KG, Köln. 92,00 €.

Die DONot wurde den rechtlichen und technischen Entwicklungen angepasst. Viele Zweifelsfragen der letzten Jahre wurden in das Werk aufgenommen. Neu eingearbeitet wurden ausführliche Hinweise zum neuen Geldwäschegesetz, zur Ergänzung des Beurkundungsgesetz, zur Bevollmächtigung von Mitarbeitern des Notars und zur Rücknahme von Erbverträgen aus der notariellen Verwahrung. Die Erläuterungen befassen sich eingehend auch mit dem Computer und seiner Integration im Notariat. So wird Stellung genommen zur Ferndiagnose, zum Computerausdruck, zur Datenfernübertragung, zum On-line-Verkehr, zur EDV-Führung der Bücher und zum Datenschutz. An praktischen Hinweisen und Stellungnahmen mangelt es dem Buch nicht, auch wenn diese eine BGH-Rechtsprechung negieren (so z.B. zur Frage der Bearbeitungszeit zur Weiterleitung von Anträgen, Rz. 632a). Mahnende Worte gibt es zur unkritischen Verwendung von Formularen und Mustern. Ausführungen findet man zur Haftung des Notarmitarbeiters, zur verbotenen Fernbeglaubigung, zu Eigenurkunden, sogar zum Schreibmaterial des Notars, selbstverständlich auch zu Treuhand- und Verwahrungsgeschäften und zu vielen anderen Problemen in der Notarpraxis. Alles in allem: das Buch ist eine fundierte und verlässliche Arbeitshilfe für die notarielle Praxis. Das Werk gehört als Rüstzeug eines Notars in jede Notarkanzlei.

Professor Walter Böhringer, Notar, Heidenheim/Brenz

### Praxis des Familienrechts

herausgegeben von Horst-Heiner Rotax. ZAP Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis, Recklinghausen 2003. 1858 Seiten, geb. mit CD-ROM. 2. überarbeitete und wesentlich erweiterte Auflage. 109,00 €. ISBN 3-89655-105-1.

In 1. Aufl. im Jahr 2001 erschien das Buch in der Reihe „BRAK-Arbeitsbuch“. Wegen aufsichtsrechtlicher Ausein-

andersetzungen mit Wettbewerbern ist dieser Name in Fortfall geraten, bis das rechtsaufsichtsrechtliche Verfahren beendet ist. An der Konzeption des Buches hat sich dadurch nichts geändert. Maßstab für das Handbuch sind die Bedürfnisse des Praktikers an einem schnellen Zugriff auf Spezialfragen und deren Lösung. Inhaltsübersichten, Gliederung und Darstellung der einzelnen Fachthemen dienen daher dem ziel- und ergebnisorientierten Arbeiten des Praktikers. Eine Auseinandersetzung mit weiterführender Rechtsprechung und Literatur erfolgt nur dort, wo es für die Bearbeitung des konkreten Falles erforderlich ist. Fragen rein theoretischer Natur bleiben ausgeklammert. Jeder Teil des Handbuches enthält in einem Abschnitt 1 auf das praktisch Wesentliche konzentrierte systematische Erläuterungen und zu den meisten Teilen in einem Abschnitt 2 ein Rechtsprechungslexikon sowie zu allen Teilen einen Abschnitt: Arbeits- und Beratungshilfen, insbesondere Mustertexte (Musterschriftsätze- und -anträge) sowie Checklisten. Das Gesamtstichwortverzeichnis wurde erweitert.

Die Muster auf der beigelegten CD-ROM lassen sich einfach in die eigene Textverarbeitung übernehmen.

Der Band gliedert sich in 13 Teile: Familienrechtliches Mandat, Ehe, Eheliches Vermögen und Eheverträge, Elter/Kinder, Auflösung der Ehe, Versorgungsausgleich, Steuerrecht, Nichteheleiche Lebensgemeinschaft, Internationales Familien- und Verfahrensrecht.

Neu ist Teil 7: „Verfahrensfragen im Unterhaltsrecht“ sowie Teil 11: „Lebenspartnerschaft“.

Der bisherige Teil „Unterhalt“ wurde aufgegliedert in Teil 5: „Verwandtenunterhalt“ und Teil 6: „Familien- und Ehegattenunterhalt“.

Die seit der 1. Auflage eingetretenen gesetzlichen Änderungen, namentlich das Minderjährigenhaftungsbeschränkungsgesetz, das Lebenspartnerschaftsgesetz, die Verordnung des Europäischen Rates über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung für die gemeinsamen Kinder der Ehegatten (VO EG Nr. 1347/2000) sowie die EU-Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handels-sachen (VO EG Nr. 44/2001), die BarwertVO v. 26.05.2003, die Düsseldorfer Tabelle (Stand: 1.7.2003) sind berücksichtigt.

Die Praxis des Familienrechts ist in 2. Auflage zum Standardwerk im Familienrecht geworden. Das Buch ist in erster Linie für den in Familiensachen forensisch und ausgerichteten tätigen Rechtsanwalt geschrieben. Gerade den im Familienrecht möglichen weiten Gestaltungsspielraum gilt es für den anwaltlichen Berater auszuschöpfen. Bei dieser Aufgabe wird der Berater durch das Handbuch vorzüglich unterstützt.

Notar Dr. Jürgen Rastätter, Notariatsdirektor in Karlsruhe

**Gewährleistungshaftung beim Unternehmens- und Beteiligungskauf.** Von Dr. Tobias Larisch. Rechtsfragen der Wirtschaft, Band 44. Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln 2004. LII, 253 Seiten. 64,80 €.

Das BGB enthält keine spezifischen Bestimmungen zur Regelung des Unternehmens- und Beteiligungskaufes. Die Problematik der Anwendung der Gewährleistungsvorschriften im Falle der Nichterfüllung der Erwartungen des Käufers liegt darin, dass ein Unternehmen weder eine Sache noch ein Recht ist, sondern eine Gesamtheit von Sachen, Rechten, tatsächlichen Beziehungen, Vertragspositionen, Marktanteilen, Ressourcen, Geschäftschancen, Arbeitsverhältnissen, Goodwill, Patenten, Marken und Lizenzen, Grundstücken, Anteilen an Tochtergesellschaften und ähnlichem mehr. Dagegen ist das BGB auf den Kauf von Einzelgütern zugeschnitten. Eines der wichtigsten Kapitel eines Unternehmenskaufvertrages beschäftigt sich demgemäß mit der Gewährleistung für das verkaufte Unternehmen. Die entsprechenden Vertragsklauseln regeln, wofür der Verkäufer einzustehen hat und wie die Rechtsfolgen im Falle einer Abweichung des tatsächlichen vom vertraglich zugesagten Zustand aussehen.

Grundlage einer solchen Regelung ist zunächst eine profunde Kenntnis der gesetzlichen Haftungsordnung beim Asset Deal (Verkauf der Gesamtheit der Unternehmenswerte = assets) und beim Share Deal (Verkauf der Anteile an Unternehmen = shares). Diese Kenntnis wird im ersten Teil der Arbeit vermittelt. Der zweite Teil der Arbeit widmet sich den vertraglichen Haftungsordnungen, insbesondere den selbständigen vertraglichen Gewährleistungssystemen. Besondere vertragliche Regelungen zur gegenständlichen, rechtlichen und wirtschaftlichen Beschaffenheit des zu übertragenden Unternehmens, zu den Rechtsfolgen bei einem nicht zusagegemäßen Zustand des Unternehmens, zur Kenntnis oder fahrlässigen Unkenntnis des Käufers von Unternehmensmängeln, zur Verjährung sowie zum Haftungsausschluss werden erläutert. Besonders wird auch die neue Vorschrift des § 444, 2. Fall BGB behandelt. Diese im Rahmen der Schuldrechtsreform neu geschaffene Regelung hat beim Unternehmenskauf zu einer großen Verunsicherung geführt. Üblicherweise wurden vormals vom Unternehmensverkäufer zahlreiche Garantien zu Vermögenswerten, Sachwerten, Kundenstamm, Bilanz usw. gegeben und damit eine vom Verschulden des Verkäufers unabhängige Haftung begründet. Gleichzeitig wurden jedoch wiederum Mindest- und Höchstbeträge festgelegt, bei deren Überschreiten die Haftung des Verkäufers ausgelöst bzw. ausgeschlossen sein sollte. Solche Klauseln könnten in Ansehung der Vorschrift des § 444, 2. Fall BGB unwirksam sein. Denn diese Vorschrift verbietet für Garantieverprechen Klauseln, nach denen die Rechte eines Käufers wegen eines Mangels ausgeschlossen oder beschränkt sind. Der Autor kommt mit überzeugender

Begründung zu dem Ergebnis, dass § 444, 2. Fall BGB teleologisch zu reduzieren ist und nicht zur Anwendung kommt, wenn ein Garantieanspruch einem Käufer nur eingeschränkt eingeräumt ist. Die Dissertation von Larisch stellt insgesamt eine gründliche Aufarbeitung der Gewährleistungshaftung beim Unternehmens- und Beteiligungskauf dar und verdient besondere Beachtung. Sie trägt wesentlich zur Aufhellung dieser schwierigen Rechtsmaterie bei und kann dem Anwender uneingeschränkt empfohlen werden.

Notariatsdirektor W. Schmenger, Schwetzingen

**Lexikon des Unterhaltsrechts** von Heinrich Reineke. ZAP Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis, Recklinghausen 2003. 826 S. geb. mit CD-ROM, 74,00 €. ISBN 3-89655-133-7.

Die Neuerscheinung stellt das Unterhaltsrecht aus Gründen der Übersichtlichkeit in Form eines Lexikons nach Stichworten geordnet dar.

Im Teil 1 – dem eigentlich lexikalischen Teil – werden auf 494 Seiten von „Abfindung für den Verlust eines Arbeitsplatzes“ bis „Zuständigkeit für die Vollstreckungsgegenklage“ in Stichworten das ABC der Einkommensermittlung, des Unterhalts, des Prozessrechts und der Vollstreckung sowie des Auslandsbezugs behandelt.

Teil 2 bringt auf 38 Seiten Arbeitshilfen wie Klaganträge, Anträge auf Erlass von einstweiligen Anordnungen, Vereinbarungen über Unterhaltsforderungen, Entwürfe vorbereitender Schreiben sowie praktische Hinweise für die Vollstreckung.

In Teil 3 (Seite 533 bis 623) folgen 80 Unterhaltsberechnungsbeispiele, gegliedert nach typischen Fällen:

- › Ehegatten- und Kindesunterhalt bei Arbeitnehmern und bei Nichtarbeitnehmern
- › Unterhaltsberechnung bei Wohnwertanrechnung
- › Kindergeldanrechnung
- › fiktive Einkünfte aus Haushaltsführung
- › Mangelfälle
- › Geschiedener und jetziger Ehegatte
- › Volljährigenunterhalt
- › Elternunterhalt
- › Elternunterhalt und Grundsicherungsgesetz
- › Wegfall von Einkünften des Berechtigten
- › Ausländische Unterhaltsberechtigte im Ausland.

Im Schlussteil von über 180 Seiten sind die wichtigsten Hilfen für die konkrete Unterhaltsberechnung zusammengestellt, nämlich die Regelbetrag-Verordnung, die Düsseldorf und die Berliner Unterhaltstabelle sowie die Unterhaltsrechtlichen Leitlinien der Familiensenate sämtlicher deutscher Oberlandesgerichte einschließlich KG sowie der Familiensenate in Süddeutschland (SüdL). Abgeschlossen wird das Buch mit einem Abdruck des BMF-Schreiben v. 26.10.2000 – IV C1 – S 2285 – 54/00 betreffend die Berücksichtigung ausländischer Verhältnisse beim Abzug von Unterhaltsaufwendungen als außergewöhnliche Belastung gem. § 33 a EStG (Ländergruppeneinteilung).

Jedem Teil, bei Teil 1 auch jedem Abschnitt, ist ein alphabetisches Inhaltsverzeichnis vorangestellt, das eine rasche Orientierung möglich macht.



Ergänzt wird das Lexikon durch die mitgelieferte CD-ROM, die nicht nur die in Teil 2 enthaltenen Arbeitshilfen und Musterformulierungen enthält, sondern auch ein einfaches Suchen der Stichwörter ermöglicht und die im einzelnen Stichwort vorgenommenen Verweise durch Anklicken mühelos in einem weiteren Fenster aufzeigt.

Das von einem ehemaligen Familienrichter eines Instanzgerichts für die Praktiker geschriebene Buch stellt nach seiner Konzeption und Komposition ein Novum dar. Es bringt Licht in den Dschungel unterhaltsrechtlicher Dogmatik und Rechtsprechung und ist eine wertvolle Arbeitshilfe für den mit unterhaltsrechtlichen Fragen befassten Praktiker, namentlich für den Rechtsanwalt aber auch für den Familienrichter und den Notar. Selbst der juristische Laie wird das Buch für eine schnelle Orientierung mit Gewinn zur Hand nehmen.

Notar Dr. Jürgen Rastätter, Notariatsdirektor in Heidelberg

### Schömmers/Gebel, Internationales Erbrecht Spanien.

Von Hans-Peter Schömmers, Richter am Amtsgericht und Dieter Gebel, Vizepräsident des Finanzgerichts; Verlag C.H. Beck oHG, München 2003, ISBN 3-406-50781-6; XX, 258 Seiten, kartoniert; 28,00 €.

Der in der – auch die Staaten Österreich (2. Aufl. 2003) und Türkei (2004) umfassenden – Reihe „Internationales Erbrecht“ des Verlags C.H. Beck erschienene Band ist in drei Abschnitte unterteilt:

#### A. Allgemeiner Teil (Schömmers)

Auf 82 Seiten findet sich eine grundsätzlich gut gemachte und mit vielen Beispielen aufgelockerte Darstellung des Internationalen Erbrechts, die allerdings rund ein Drittel des Werks beansprucht. Es drängt sich die Frage auf, ob es nicht sinnvoller wäre, diesen Teil – vertieft und weiter ausgebaut – als eigenständigen Band in der Reihe „Internationales Erbrecht“ herauszugeben, so dass Wiederholungen bei den Einzelbänden vermieden werden könnten. Die Vertiefung sollte dabei zum Anlass für einige kleinere Korrekturen genommen werden:

So ist es – anders als im Beispiel Rn. 117 dargestellt – wohl unzulässig, das eine Rechtswahl nach Art. 46 Abs. 2 ital. IPR-G in Form eines gemeinschaftlichen Testaments

erfolgt. Bei der Abgrenzung des Erbstatuts zum Sachenrechtsstatut (Rn. 134 f.) wünscht man sich Hinweise zu dem beispielsweise im gemeinspanischen Recht vorgesehenen gesetzlichen Ehegattennießbrauch sowie zum Rechtsinstitut des „trust“. Zu der Fallage des Art. 220 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EGBGB (konkludente Rechtswahl, Rn. 155) wäre ein Hinweis auf den Beschluss des BVerfG vom 18.12.2002, MittBayNot 2003, 403, angebracht. Das Beispiel Rn. 175 geht irrtümlich davon aus, dass im griechischen gesetzlichen Erbrecht der überlebende Ehegatte mangels Abkömmlinge zur Alleinerbfolge berufen ist. Richtig ist, dass neben dem überlebenden Ehegatten auch Eltern und Geschwister zur gesetzlichen Erbfolge berufen sind! Im Beispiel Rn. 179 – übrigens derselbe Fall wie bereits vom LG Mosbach ZEV 1998, 489 entschieden – wird die eingetretene Normenhäufung übersehen. Schließlich wäre zu Rn. 219 noch darauf hinzuweisen, dass die hM beim Fremdrechtserschein die Angabe des Berufungsgrundes verlangt (vgl. Staudinger-Dörner, Neubearbeitung 2000, Art. 25 EGBGB Rn. 840).

#### B. Besonderer Teil (Schömmers)

Auf 140 Seiten werden das spanische internationale und interlokale Privatrecht, das gemeinspanische materielle Erbrecht und die Foralrechte von Aragonien, den Balearen, Galizien, Navarra, des Baskenlands und von Katalonien anschaulich dargestellt. Dass die Angabe des Ehegattennießbrauchs in einem deutschen Fremdrechtserschein unterbleibt, ist jedoch keine Mindermeinung (so Rn. 293), sondern ganz hM (vgl. Staudinger-Dörner, a.a.O., Rn. 849). Rn. 384 ff. beschäftigen sich mit dem Einfluss des Güterstandes auf die Erbfolge, dabei wird unter Rn. 391 auch auf den besonderen, in der Praxis gar nicht seltenen Fall von Nachlass-Spaltung nach einem gemeinspanischen Erblasser eingegangen, der im deutschen gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft verheiratet war. Das Kapitel schließt ab mit verfahrensrechtlichen Fragen.

#### C. Erbschaftsteuer bei deutsch-spanischen Erbfällen (Gebel)

Am Ende des Werks findet sich ein in die drei Abschnitte unterteiltes Stichwortverzeichnis.

Unbeschadet der vorstehend in Einzelpunkten geäußerten Kritik kann das preiswerte (im besten Sinne) Buch der notariellen und nachlassgerichtlichen Praxis zur Anschaffung empfohlen werden.

Frank Mauch, Bezirksnotar, Dunningen

### Impressum

Herausgeber: Württembergischer Notarverein e.V., Stuttgart in Verbindung mit dem Badischen Notarverein e.V., Karlsruhe.

Schriftleiter: Achim Falk, Notar, Kronenstraße 34, 70174 Stuttgart (Tel. 0711/2258650), verantwortlich für Gesamtbereich ohne Sparte Rechtsprechung und Dr. Jürgen Rastätter, Notar, Kaiserstraße 184, Notariat 1 Karlsruhe, 76133 Karlsruhe (Tel. 0721/926-0), verantwortlich für Sparte Rechtsprechung.

Die BWNtZ erscheint vierteljährlich zweimal. Bestellungen und Anzeigenwünsche sind an die Geschäftsstelle des Württ. Notarvereins e.V. in 70174 Stuttgart, Kronenstraße 34 (Tel. 0711/2237951,

Fax 0711/2237956, E-mail: wuertt.NotV@t-online.de) zu richten. Der Bezugspreis beträgt jährlich € 45,- einschließlich USt und Versandkosten und wird am 31. 5. des Bezugsjahres in Rechnung gestellt; Einzelhefte € 6,- einschließlich USt zuzüglich Versandkosten. Einzelhefte können nur von den letzten 5 Jahrgängen einschließlich des laufenden Jahrgangs bezogen werden.

Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Ende eines Kalenderjahres erfolgen.

Gesamtherstellung: SCHNITZER DRUCK GmbH, Fritz-Klett-Straße 61–63, 71404 Korb (Tel. 07151-303-0, Fax 07151-35968).