

Roland Rosenow

Honorarvereinbarung und Ermessensvergütung bei vermögenden Betreuten

Betreuungsmanagement 4/2005, S. 212-219

Problem

Das 2. Betreuungsrechtsänderungsgesetz hat die aufwandsbezogene Vergütung für Berufsbetreuer abgeschafft und stattdessen eine feste Gebühr eingeführt. Ausnahmeregelungen für besonders aufwändige Betreuungen gibt es nicht. Damit stellt sich die Frage, wie in Fällen vermöglicher Betreuer zu verfahren ist, deren Vertretung so viel Zeit in Anspruch nimmt, dass sie auf Grundlage des Gebührensystems¹ aus § 5 VBVG nicht geleistet werden kann. Gerade in diesen Fällen ist es wegen Art. 12 GG regelmäßig geboten, dem Betreuer eine angemessene Vergütung zu bewilligen. „Angemessen“ heißt, dass insbesondere der Zeitaufwand so zu vergüten ist, dass der Betreuer ein seiner Qualifikation entsprechendes Honorar erzielt.

„Die verfassungsrechtliche Beurteilung kann nicht an der Tatsache vorbeigehen, dass die Vormundschaftsgerichte dem Beschwerdeführer zu 2 [ein Rechtsanwalt der hauptsächlich Vormundschaften führte] in großem Umfang mit Vormundschaften und Pfllegschaften betraut haben, die dieser nur im Rahmen seiner anwaltlichen Berufsausübung wahrnehmen kann und die ihm zudem mindestens teilweise wegen seiner besonderen beruflichen Qualifikation übertragen worden sind. Für einen solchen Vormund ist die Führung von Vormundschaften Teil seiner durch Art. 12 GG geschützten Berufsausübung. Wenn aber der Staat für Aufgaben, deren ordentliche Wahrnehmung im öffentlichen Interesse liegt, Staatsbürger beruflich in Anspruch nimmt, dann erweist es sich als übermäßige, durch keine Gründe des Gemeinwohl gerechtfertigte Einschränkung

¹ Der gängige Begriff der „Pauschale“ ist nicht sachgerecht, da der Gebühr kein definierter Leistungsanspruch gegenübersteht, vgl.: Rosenow, Die geplante Abschaffung der persönlichen Betreuung auf dem Wege des Kostenrechtes, BtPrax, 2003, 203–207.

der freien Berufsausübung, den derart Belasteten eine angemessene Entschädigung für ihre Inanspruchnahme vorzuenthalten.“²

Der im Folgenden leicht abgewandelt dargestellte Fall aus der Praxis zeigt exemplarisch, dass eine Vergütung nach § 5 VBVG den Anforderungen, die das Bundesverfassungsgericht formuliert hat, jedenfalls nicht in allen Fällen genügt:

Fallbeispiel:

Herr B. ist 82 Jahre alt und verfügt über ein Millionenvermögen. Er ist im fortgeschrittenen Stadium dement. Auch seine nächsten Verwandten erkennt er nicht. Gleichzeitig ist er in bester körperlicher Verfassung. Es geht ihm augenscheinlich gut. Er lebt in einem großen Haus in guter Lage. Alleine ist er vollkommen hilflos. Er bedarf ständiger Betreuung. Der Betreuer, der seit einigen Jahren für ihn tätig ist, hat daher Pflegekräfte engagiert. Herr B. tritt dabei als Arbeitgeber auf. Die Pflegekräfte versorgen ihn rund um die Uhr. In seiner Rolle als Arbeitgeber wird Herr B. durch den Betreuer vertreten, der sämtliche Arbeitgeberpflichten für Herrn B. wahr nimmt. Unter anderem schreibt er Dienstpläne, bespricht mit den Pflegekräften die Einsätze und die erforderlichen Hilfen und kontrolliert durch regelmäßige Anwesenheit im Hause Herrn B.s die Qualität der Versorgung.

Vor Bestellung des Betreuers war Herr B. in die Hände einer betrügerischen Pflegekraft gefallen, der er umfangreiche Vollmachten ausgestellt hatte. Der jetzige Betreuer macht Forderungen aus Schadenersatzansprüchen wegen Untreue in Höhe von rd. 150.000 € gegen diese geltend.

Der Betreuer hat Vergleichsangebote von Pflegediensten eingeholt. Diese lagen alle bei einem Stundensatz von 30 € für 24 Std. am Tag. Die Kosten hätten rd. 22.000 € betragen.

Jetzt beschäftigt Herr B. 5 Pflegekräfte in Vollzeit mit einem Bruttogehalt von rd. 1.900 € pro Mitarbeiterin durchschnittlich. Die Lohnkosten betragen damit (Arbeitgeberbrutto) rd. 12.000 € monatlich. Der zeitliche Aufwand des Betreuers beträgt durchschnittlich 25 Stunden pro Monat.

Nach altem Recht wurde selbstverständlich der tatsächliche Zeitaufwand vergütet. Im vorliegenden Fall wurde ein Stundensatz von deutlich über 31 € mtl. bewilligt. § 1836 Abs. 2 a. F. sah die Möglichkeit der Erhöhung des Stundensatz-

² BVerfG, Urteil vom 01.07.1980, 1 BvR 349/75, 378/76, NJW 1980, 2179 <S. 2180>; natürlich stellt sich die Frage, was das für Fälle mittelloser Betreuer bedeutet, deren Betreuung einen ähnlich großen Aufwand verursacht. Die zitierte Entscheidung des BVerfG hat bekanntlich einen Anspruch auf angemessene Entschädigung des beruflich tätigen Vormundes gerade in Fällen mittelloser Mündel bejaht. Diese Frage ist jedoch nicht Gegenstand des vorliegenden Aufsatzes.

zes in begründeten Ausnahmefällen grundsätzlich vor.³ Das jetzt geltende Gebührensystem bietet keine Möglichkeit, in Fällen wie diesem eine angemessene Vergütung festzusetzen.

Dem Gesetzgeber war durchaus bewusst, dass der Aufwand, den eine Betreuung verursacht, stark differiert. Besonders aufwändige Fälle sollten jedoch bei der Bemessung der Gebühr ausdrücklich keine Berücksichtigung finden.⁴ Die dann noch verbleibenden Unterschiede sollten durch Mischkalkulation ausgeglichen werden.⁵

Betreuungen, die dauerhaft einen Aufwand von mehr als 6 Stunden mtl. verursachen, können durch eine Mischkalkulation in aller Regel nicht aufgefangen werden.⁶ Wenn der Betreute mittellos ist, wird dem Betreuer nichts anderes übrig bleiben, als den Umfang seiner Tätigkeit soweit als irgend möglich zu reduzieren.⁷ In Fällen vermögender Betreuer bietet das geltende Recht zwei Alternativen, die zwar nach altem Recht auch schon bestanden, aber keine Bedeutung hatten, weil der tatsächliche Zeitaufwand vergütet wurde.

Nach neuem Recht sind diese Fälle nicht mehr innerhalb der Regelungen des VBVG lösbar. Denn es ist nicht ersichtlich, weshalb ausgerechnet die Vertretung derjenigen, die zahlungsfähig sind, mehr oder weniger ehrenamtlich erfolgen sollte. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Betreuung durch beruflich tätige Fachkräfte durchgeführt wird. Die Finanzierung über eine große Zahl von so genannten einfachen Fällen verbietet sich

³ Der BGH hat zwar im Jahr 2000 entschieden, dass der Stundensatz des Berufsbetreuers sich auch in Fällen vermögender Betreuer grundsätzlich am Satz aus dem BVormVG zu orientieren habe, und eine Erhöhung um mehr als 1/4 weitgehend ausgeschlossen (BGHZ 145, 104-116 = BTPrax 2001, 30-32 = BtInfo 2000, 24-28 = FamRZ 2000, 1569-1572). Die unteren Gerichte sind dem BGH jedoch nur teilweise gefolgt. In vielen Fällen wurden Stundensätze von mehr als dem Doppelten des Satzes nach dem BVormVG festgesetzt. Allerdings waren solche Stundensätze i.d.R. nicht durchsetzbar, wenn das erstinstanzliche Gericht sie nicht bewilligte.

⁴ Knittel, Betreuungsgesetz Kommentar, § 5 S. 5 VBVG.

⁵ ebd. S. 6ff.

⁶ In Fällen mittelloser Betreuer deckt die Gebühr den Aufwand für etwa 3,5 Stunden pro Monat (außerhalb von Einrichtungen). In wenig aufwändigen Fällen liegt der Zeitaufwand bei ordnungsgemäßer Erledigung aller Aufgaben und mindestens einem Kontakt mit dem Betreuten im Monat nicht unter zwei Stunden pro Monat. Es können also höchstens 1,5 Stunden „umgeschichtet“ werden. Für jeden Fall, für der mehr als 6 Stunden monatlich aufzuwenden sind, müssten mindestens 2 Betreuungen zur Verfügung stehen, für die neben regelmäßigem Kontakt und sehr wenig Schriftverkehr nichts zu tun ist. Das ist unrealistisch. In Fällen von Betreuten in Einrichtungen verschärft sich das Problem, da die Gebühr hier kaum für mehr als regelmäßige Kontakte, gelegentliche Arztgespräche und Aktenführung ausreichend ist.

⁷ Zu den Möglichkeiten der Verlagerung in andere Dienste: Klaus Maier, Pauschalierung von Vergütung und Aufwendungsersatz – Chance für Berufsbetreuer, BTPrax 2005, S. 17-20; Rosenow, Chancen der Reform – zum 2. Betreuungsrechtsänderungsgesetz, BtMan 2005, 35-36.

ebenfalls. Wenn es sich bei den Betreuten, die die Finanzierung der schwierigen Betreuung des vermögenden Betreuten sicherstellen sollen, um mittellose handelt, würde im Ergebnis die Staatskasse die Betreuung eines Vermögenden finanzieren. Das ist weder gewollt, noch sinnvoll. Wenn die Betreuten, die einen Aufwand verursachen, der geringer ist als das Äquivalent der Gebühr, ihre Kosten selbst zu tragen haben, besteht das Problem auch: Warum sollten diese aus ihrem möglicherweise viel geringeren Vermögen die Betreuung eines Anderen finanzieren?

Ohne eine Alternative zur Festsetzung nach § 5 VBVG wäre der Betreuer von Herrn B. letztlich gezwungen, seine Tätigkeit soweit als möglich zu reduzieren.⁸ Zunächst hätte er die Pflegekräfte zu entlassen und stattdessen einen Pflegedienst mit der Rundumversorgung zu beauftragen.⁹ Damit würde die gesamte Vertretung Herrn B.s in seiner Rolle als Arbeitgeber wegfallen und der Zeitaufwand des Betreuers würde sich deutlich reduzieren. Herrn B. entstünden allerdings Mehrkosten in Höhe von rund 10.000 € im Monat. Von diesem Betrag wäre die Ersparnis durch die Betreuung abzuziehen. Die beträgt jedoch höchstens 2.000 € im Monat.¹⁰

Hat der Gesetzgeber des 2. Betreuungsrechtsänderungsgesetzes tatsächlich soweit in die Privatautonomie eingegriffen, dass Herr B. seine Pflegekräfte entlassen muss? Nein, das hat er nicht: Das Betreuungsrecht nach dem 2. BtÄndG kennt zwei Alternativen zur Festsetzung der Gebühr nach § 5 VBVG in Fällen vermögender Betreuter.

Alte Rechtslage

Von Anfang an kannte das Betreuungsgesetz zwei Rechtsgrundlagen für Vergütungsansprüche, nämlich die Ermessensvergütung, die in der von 1992 bis 1998 geltenden Fassung in § 1836, Abs. 1 BGB geregelt war, und die Vergütung des Berufsbetreuers, die sich in der ersten Fassung des BtG am ZSEG orientierte. Der Anspruch auf Ermessensvergütung kann sich grundsätzlich nicht gegen die Staatskasse, sondern nur gegen

⁸ Und Herrn B. seinerseits würde verboten, sich Betreuung bestmöglicher Qualität zu kaufen.

⁹ Man kann noch weiter gehen und fragen, ob er das der erheblichen Mehrkosten wegen – als Vertreter des wirtschaftlichen Interesses Herrn B.s – überhaupt darf, ohne für die Mehrkosten zu haften.

¹⁰ Bei einem Stundensatz von 75 € zzgl. MwSt.

den Betreuten selbst richten.¹¹ Ob er besteht, hat das Vormundschaftsgericht nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden (Kann-Bestimmung). Von 1992 bis 1998 waren dabei das Vermögen des Betreuten, der Umfang, und die Bedeutung der vormundschaftlichen Geschäfte maßgeblich.¹²

Ein Vergütungsanspruch, der nicht in das Ermessen des Vormundschaftsgerichtes gestellt war, bestand immer dann, wenn der Betreuer Betreuungen in solchem Umfang führte, „dass er sie nur im Rahmen seiner Berufsausübung führen“ konnte.¹³

Die Vergütung bei Berufsmäßigkeit orientierte sich am ZSEG. Der Stundensatz konnte bis zum dreifachen, in besonderen Fällen, bis zum fünf-fachen des Satzes, der einem Zeugen als Entschädigung für seinen Verdienstausfall höchstens gewährt wurde, betragen.¹⁴

Das 1. BtÄndG, das zum 01.01.1999 in Kraft trat, traf umfangreiche Neuregelungen für die Vergütung in Fällen berufsmäßig geführter Betreuung. Die Voraussetzungen für die Mittellosigkeit wurden durch Bezugnahme auf den 4. Abschnitt des BSHG klarer definiert und der Stundensatz, den die Staatskasse zu bezahlen hatte, wurde durch das BVormVG festgesetzt. Die Ermessensvergütung wurde aus § 1836 I BGB in Absatz 3 übernommen. Die Höhe des Vermögens als Kriterium entfiel.¹⁵ Diese Regelung wurde nach dem 2. BtÄndG unverändert zu § 1836, Abs. 2 BGB.

Die Ermessensvergütung war nur sehr selten Gegenstand obergerichtlicher Entscheidungen. Die veröffentlichte Rechtsprechung dürfte kaum die tatsächliche Praxis reflektieren. Die Betreuten selbst werden in aller Regel keine Rechtsmittel eingelegt haben. Wenn Verfahrenspfleger im

¹¹ § 1836 II 2. Halbsatz BGB.

¹² § 1836 I BGB, Fassung 1992 – 1998: „Die Vormundschaft wird unentgeltlich geführt. Das Vormundschaftsgericht kann jedoch dem Vormund und aus besonderen Gründen auch dem Gegenvormund eine angemessene Vergütung bewilligen. Die Bewilligung soll nur erfolgen, wenn das Vermögen des Mündels sowie der Umfang und die Bedeutung der vormundschaftlichen Geschäfte es rechtfertigen. Die Vergütung kann jederzeit für die Zukunft geändert oder entzogen werden.“

¹³ § 1836 II BGB, Fassung 1992 - 1998.

¹⁴ Der Satz betrug 25 DM (§ 2 II ZSEG; Das ZSEG wurde zum 01.07.2004 durch das JVEG abgelöst).

¹⁵ § 1836 III BGB, Fassung 01.01.1999 – 30.06.2005: „Trifft das Gericht keine Feststellung nach Abs. 1, Satz 2, so kann das dem Vormund und aus besonderen Gründen auch dem Gegenvormund gleichwohl eine angemessene Vergütung bewilligen, soweit der Umfang und die Schwierigkeit der vormundschaftlichen Geschäfte dies rechtfertigen; dies gilt nicht, wenn der Mündel mittellos ist.“

Vergütungsfestsetzungsverfahren bestellt worden sind, dürften deren Einwendungen in aller Regel schon bei der Festsetzung der Vergütung Berücksichtigung gefunden haben. Zu streitigen Verfahren konnte es damit meist nur dann kommen, wenn das Vormundschaftsgericht die Festsetzung einer Ermessensvergütung ablehnte.

Vielerorts haben die Vormundschaftsgerichte zu Anfang die alte Praxis aus dem Vormundschaftsrecht bis 1992 übernommen und die Ermessensvergütung in Form eines Prozentsatzes aus dem Aktivvermögen festgesetzt.¹⁶ Für Berufsbetreuer spielte die Ermessensvergütung keine Rolle. Die restriktive Rechtsprechung des BGH zum Stundensatz in Fällen vermögender Betreuer wurde von den Vormundschaftsgerichten nur teilweise umgesetzt. Auch hier bildet die obergerichtliche Rechtsprechung die Realität nicht ab, da in Fällen, in denen die Vormundschaftsgerichte Stundensätze deutlich über dem gesetzlichen Stundensatz von 31 € bewilligt haben, in der Regel niemand Rechtsmittel eingelegt hat. Die Praxis kannte bei großen Vermögen und besonders auffälligen und schwierigen Geschäften, auch bei besonderen wirtschaftlichen Erfolgen des Betreuers, Stundensätze, die deutlich über dem doppelten des gesetzlichen Satzes lagen.¹⁷

Fälle wie derjenige des Herrn B. waren deshalb nach altem Recht ohne weiteres im Rahmen der Vergütungsregelungen für Berufsbetreuer zu lösen. Der größere zeitliche Aufwand fand ohnehin Berücksichtigung, da die Vergütung nach Zeitaufwand festgesetzt wurde. Besondere geschäftliche Erfolge wie die Überführung einer Betrügerin oder große Ersparnisse durch die geschickte Organisation der häuslichen Pflege konnten bei der Bemessung des Stundensatzes Berücksichtigung finden.

Durch das 1. BtÄndG wurde nicht nur die Abhängigkeit der Ermessensvergütung vom Vermögen des Betreuten abgeschafft, sondern auch eine zusätzliche formale Voraussetzung für deren Bewilligung geschaffen: Ermessensvergütung kann nur dann festgesetzt werden, wenn das Gericht nicht festgestellt hat, dass der Betreuer die Betreuung berufsmäßig führt. Bis zum 2. BtÄndG hatte diese Feststellung eine Verbesserung der Rechtssituation des Betreuers zur Folge, ohne dass dieser irgendwelche

¹⁶ Jürgens, *Betreuungsrecht Kommentar*, München 1995, § 1836 Rz. 2 BGB: Oft wurden Pauschalen in Höhe von 2 – 5% des verwalteten Aktivvermögens pro Jahr festgesetzt. Vgl. a. Bauer/Deinert, in *HK-BUR*, § 1836 Rz. 44 BGB.

¹⁷ Zimmermann, *Die Rechtsprechung zur Betreuervergütung*, *FamRZ* 2002, 1374-1382, <1376>.

Nachteile entgegengestanden hätten. Umstritten war daher stets nur, ob der Betreuer Anspruch auf Feststellung der Berufsmäßigkeit seiner Tätigkeit hat. Der umgekehrte Fall trat nicht ein: Der Betreuer hatte keinen Anlass, sich eine gegen möglicherweise von Amts wegen getroffene Feststellung der Berufsmäßigkeit seiner Tätigkeit zur Wehr zu setzen. Das könnte sich durch das neue Gebührensystem ändern.

Feststellung Berufsmäßigkeit

Seit Inkrafttreten des Betreuungsgesetzes gilt: Der ehrenamtliche Betreuer kann nur unter bestimmten Voraussetzungen eine Vergütung erlangen. Der berufsmäßige Betreuer hat regelmäßig einen Anspruch auf eine Vergütung. Bis 1998 war die Entscheidung zwischen berufsmäßiger und ehrenamtlicher Betreuung in das Ermessen des Rechtspflegers gestellt, der über den Vergütungsfestsetzungsantrag zu befinden hatte. Eine klare Abgrenzung der Gruppe der Berufsbetreuer war damit nicht möglich. Das 1. BtÄndG schuf zum einen Rechtssicherheit für die berufsmäßig tätigen Betreuer, da der Vergütungsanspruch aus der formalen Feststellung in der Bestellung erwuchs. Zum Zweiten wurde die Gruppe der Berufsbetreuer von derjenigen der ehrenamtlichen Betreuer abgegrenzt. Durch die Regelung in § 1897 VII BGB wurde eine Eignungsprüfung erstmals obligatorisch.

Gleichwohl war es Praxis, dass Berufsbetreuer neben den beruflich geführten Betreuungen auch einige Betreuungen ehrenamtlich führten.¹⁸ Manche Gerichte erwarteten ausdrücklich von Berufsbetreuern, dass sie Betreuungen, die keinen großen Aufwand mehr verursachten, als ehrenamtliche Betreuer weiterführten. Sie erhielten dann nur noch die Aufwandspauschale für ehrenamtliche Betreuer. Die Feststellung der Berufsmäßigkeit wurde also durchgängig einseitig als anspruchsbegründender Rechtsakt behandelt.¹⁹ Aus der Regierungsbegründung zum 2. BtÄndG ergibt sich, dass der Gesetzgeber auch nichts anderes beabsichtigte.²⁰ Damit besteht für den Berufsbetreuer grundsätzlich die Möglichkeit, auf die Feststellung der Berufsmäßigkeit *in einem einzelnen Fall* zu

¹⁸ So das AG Peine bei Hannover.

¹⁹ Vgl. a. BayObLG, Beschluss vom 29.9.199, 3 Z BR 237/99, BtPrax 2000, 34 = FamRZ 2000, 1450: Wenn die Feststellung der Berufsmäßigkeit einmal erfolgt ist, ist es unzulässig, diese Feststellung zu widerrufen.

²⁰ Bundestagsdrucksache 13/7158, S. 25.

verzichten, um so die Voraussetzungen für eine Ermessensvergütung zu schaffen.²¹ Der Verzicht auf die Feststellung der Berufsmäßigkeit ist erforderlich, da deren Fehlen durch das 1. BtÄndG zur formalen Voraussetzung für die Ermessensvergütung wurde.

Aus der Regierungsbegründung zum 1. BtÄndG ergibt sich nicht, ob der Gesetzgeber diese Möglichkeit vorgesehen hat oder verhindern wollte. „Absatz 3 entspricht im Wesentlichen dem geltenden § 1836 I Satz 2, beschränkt sich in seinem Anwendungsbereich aber auf Vergütungsansprüche des nicht – berufsmäßig tätigen Vormundes.“²² Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Betreuungsrecht“, die die Begründung zum 2. BtÄndG geliefert hat, hat sich mit der Frage der Ermessensvergütung nicht beschäftigt, oder jedenfalls nichts zu diesem Problem geäußert.²³

- Grundsätzlich muss die Feststellung der Berufsmäßigkeit einer Tätigkeit nicht nur mit Vorteilen verbunden sein. Prominent ist die Problematik vor allem im Rechtsberatungsgesetz. Von wenigen Ausnahmen abgesehen ist es nur Rechtsanwälten gestattet, *geschäftsmäßig* Rechtsberatung zu betreiben. Damit werden jedem, der geschäftsmäßig die Besorgung fremder Rechtsangelegenheit betreibt, Zulassungsvoraussetzungen auferlegt. In der Regel benötigt er die Zulassung als Rechtsanwalt.²⁴
- Normzweck dieser Beschränkung ist der Schutz der Allgemeinheit vor nicht sachkundiger rechtlicher Beratung. Ein vergleichbarer Schutzzweck ist jedoch der Feststellung der Berufsmäßigkeit im Betreuungsgesetz nicht zu entnehmen. Ein solcher ergibt sich auch nicht aus der Möglichkeit, im Falle des Verzichts auf die Feststellung der Berufsmäßigkeit Ansprüche auf Ermessensvergütung geltend zu machen, da diese nur durch das Vormundschaftsgericht festgesetzt werden kann.

Im Ergebnis hat die Feststellung der Berufsmäßigkeit nur die Funktion, einen Anspruch des Betreuers auf Vergütung zu schaffen, der unabhän-

²¹ „Es ist nicht ausgeschlossen, dass jemand neben der Führung von Betreuungen im Rahmen seiner Berufsausübung einzelne Betreuungen auch ehrenamtlich übernimmt.“ (Bienenwald u.a.; *Betreuungsrecht Kommentar*, 4. Aufl. Bielefeld 2005, § 1836 BGB Rz 36.

²² Bundestagsdrucksache 13/7158, S. 27.

²³ Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Betreuungsrecht“, Abschlussbericht zur 74. Konferenz der Justizministerinnen und -minister vom 11. bis zum 12. Juni 2003, veröffentlicht als: *Betreuungsrecht* Bd. 6, Recklinghausen, 2003.

²⁴ Zum Begriff der Geschäftsmäßigkeit vgl. Altenhoff u.a., *Kommentar zum Rechtsberatungsgesetz*, 10. Aufl., Münster 1993, § 1 Rz. 102ff.

gig von der Zahlungsfähigkeit des Betreuten ist. Die Feststellung ist ein begünstigender Rechtsakt für den Betreuer und enthält keine darüber hinaus gehenden Regelungen. Mit anderen Worten: Die Feststellung der Berufsmäßigkeit ist ein anspruchsbegründender Rechtsakt, auf den der Betreuer einen subjektiven Anspruch hat, der folglich zu dessen Disposition steht.²⁵

Damit zeichnet sich eine erste Möglichkeit zur Lösung des Falls von Herrn B. ab.

Alternativen zur Gebühr

Ermessensvergütung

Die Vergütung nach § 1836 II BGB liegt im Ermessen des Rechtspflegers, der über den Festsetzungsantrag zu befinden hat. Das erstreckt sich sowohl auf die Höhe des Anspruches als auch darauf, ob überhaupt ein Anspruch besteht. Der Rechtspfleger hat nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden. Seine Entscheidungen sind damit nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbar. Die Entscheidung des Rechtspflegers kann nur dann angefochten werden, wenn Ermessens Fehlgebrauch vorliegt. Die Ermessensspanne kann im Einzelfall durchaus erheblich sein. Dabei sind „alle relevanten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen“.²⁶ Neben den im Gesetz ausdrücklich genannten Kriterien Umfang und Schwierigkeit können sich folgende Faktoren auswirken.

²⁵ „Die Vorschrift lässt es zu, dass jemand [...] Betreuungen grundsätzlich berufsmäßig führt, dennoch aber einzelne Betreuungen ehrenamtlich übernimmt, sei es, dass er dann mangels Masse keine Vergütung erhalten kann, sei es, dass er in diesem Fall eine Vergütung nach Abs. 3 der für berufsmäßige Führung und damit nach den Kriterien des Abs. 2 [...] bemessen vorzieht.“ Bienwald, in: Bienwald u.a., *Betreuungsrecht Kommentar*, 4. Aufl., Bielefeld 2005, § 1836 Rz.7 BGB; a.A. Knittel aaO, § 1836 Rz 3 BGB mit Verweis auf: Zimmermann, in: *FamRZ* 1999, 630 <632>; eine Begründung liefert Knittel nicht, er verweist nur auf Zimmermann. Zimmermann hat Fälle im Auge, in denen ein Berufsbetreuer besser führe, rechnete er die Aufwandspauschale für Ehrenamtliche ab. Er schreibt dazu lediglich: „Das ist sicher nicht möglich; wer berufsmäßig Betreuungen führt, führt alle Betreuungen so.“ (ebd.) Zum einen ist seine Annahme realitätsfremd: Wer eine Betreuung ordnungsgemäß führt, dem entsteht ein Aufwand (und damit auch nach altem Recht ein Vergütungsanspruch), der immer höher ist als das Äquivalent der Aufwandspauschale für ehrenamtliche Betreuer. Zum zweiten begründet Zimmermann seine Auffassung mit keinem Wort.

Auf der anderen Seite vertritt gerade Zimmermann die Auffassung, dass „nicht erwartet werden kann, dass Millionenvermögen sachkundig verwaltet wird für ein Honorar, das unter dem eines Bauhelfers liegt“; *FamRZ* 2002, <1376>, s.a. Fn. 17.

Vgl. a. LG Chemnitz, *FamRZ* 2001, 313; hier geht es jedoch um die Frage, ob ein Berufsbetreuer auch dann entlassen werden muss, wenn eine Betreuung zwar so einfach ist, dass sie ehrenamtlich weiter geführt werden kann, der Berufsbetreuer aber selbst bereit ist, dieses Ehrenamt zu übernehmen. „Die gesetzlichen Regelungen schließen nicht aus, dass ein Betreuer neben der Führung von Betreuungen im Rahmen seiner Berufsausübung einzelnen Betreuungen auch ehrenamtlich übernimmt.“ (aaO, S. 314)

²⁶ Knittel aaO, § 1836 Rz. 9 BGB.

Vergütungsbegründend und –erhöhend:

- besonderer Pflichteifer des Betreuers, speziell besonderer Einsatz und Erfolg bei der Vermögensverwaltung²⁷
- Auswahl des Betreuers mit besonderer Rücksicht auf seinen Beruf, z. B. bei einem Rechtsanwalt²⁸
- Inanspruchnahme therapeutischer Möglichkeiten, die die Krankheit oder Behinderung des Betreuten beseitigen oder bessern, ihre Verschlimmerung verhüten oder die medizinischen, sozialen oder psychologischen Folgen mildern²⁹

Vergütungsausschließend oder –mindernd wirken:

- nachlässige Geschäftsführung
- Untreue oder Unterschlagung zum Nachteil des Betreuten
- Überschreitung der Befugnisse des Betreuers
- Nachweisbar nutzlose Tätigkeiten des Betreuers
- Gefährdung der Liquidität des Betroffenen auf Grund einer Vergütungsbewilligung
- nahe Verwandtschaft des Betreuers zum Betroffenen
- eigenes Vermögen des Betreuers bei gleichzeitiger Verwandtschaft zwischen Betreuungsperson und Betroffenen
- Ansprüche des Betreuers auf Vergütung gegenüber Dritten³⁰

Der Ermessensspielraum des Gerichtes ist weit.³¹ Die Vergütung kann als einmalige oder laufende Zahlung bewilligt werden. Sie kann nur für bestimmte Betreuungsgeschäfte oder für die gesamte Betreuung festgesetzt werden.

Neben den genannten Kriterien hat die Rechtsprechung vor allem den Grundsatz herausgearbeitet, dass „einem ehrenamtlichen Betreuer in keinem Fall eine höhere Vergütung zugebilligt werden kann als einem Berufsbetreuer“. ³² Die Kommentarliteratur stimmt diesem Grundsatz

²⁷ Knittel aaO, § 1836 Rz. 10 BGB, mwN.

²⁸ ebd.

²⁹ Bauer/Deinert in HK-BUR, § 1836 Rz. 43 BGB.

³⁰ Knittel aaO, Rz. 11.

³¹ Bauer/Deinert, aaO, Rz. 47.

³² BayObLG Beschluss vom 31.3.2004, Az. 3Z BR 250/03, BtPrax 2004, 151-153 <S152> = BayObLGZ 2004, 78-85 = FamRZ 2004, 1138-1141; s.a. BayObLG Beschluss vom 16.03.1998, 3Z BR 373/97, BtPrax 1998, 148-149 = BayObLGZ 1998, 65-70 = FamRZ 1998, 1052-1053.

einheitlich zu.³³ Die Vergütung des ehrenamtlichen Betreuers soll kein Honorar für professionelle Tätigkeit sein, sondern „eine materielle Entschädigung für ‚aufgeopferte‘ Zeit des Betreuers sein. Sie ist keine Gegenleistung und auch keine - willkürlich zu gewährende - Belohnung“.³⁴

Eine Lösung des hier zur Rede stehenden Problems auf dem Wege der Ermessungsvergütung nach § 1836 II BGB ist also nur dann möglich, wenn die Rechtsprechung den Grundsatz, dass die Ermessungsvergütung die Höhe der Vergütung für einen Berufsbetreuer nicht übersteigen darf, nicht blank auf die neue Rechtslage überträgt, was tatsächlich kaum vertretbar sein dürfte:

Das Gesetz macht neben der Schwierigkeit den *Umfang* der Tätigkeit des Betreuers ausdrücklich zum Maßstab für die Ermessungsvergütung. Das gilt für die Frage, ob überhaupt ein Anspruch besteht, ebenso wie für die Frage nach seiner Höhe: Der „als Bemessungsfaktor zu berücksichtigende Zeitaufwand“ ist „von erheblicher Bedeutung“ für die Höhe des Vergütungsanspruchs.³⁵ Die Gebühr nach § 5 VBVG kann also nicht mehr als Vergleichsmaßstab für die Ermessungsvergütung herangezogen werden, da eines der beiden vom Gesetzgeber vorgegebenen Kriterien so keine Berücksichtigung mehr finden könnte. Das gilt jedenfalls dann, wenn der zeitliche Aufwand deutlich oberhalb des Zeitbudgets liegt, anhand dessen die Gebühr bemessen wird. Aus dem Begriff der Angemessenheit in § 1836 II BGB ergibt sich nichts anderes: Wonach sollte die Angemessenheit zu bestimmen sein, wenn nicht nach Schwierigkeit und Zeitaufwand?

Damit spricht einiges dafür, künftig nicht die Gebühr nach § 5 VBVG, sondern den hypothetischen Vergütungsanspruch nach altem Recht zur Kappungsgrenze für die Ermessungsvergütung zu machen. Dabei wird zum einen zu berücksichtigen sein, dass in Fällen wie dem von Herrn B. Stundensätze weit oberhalb des Satzes nach BVormVG anzunehmen sind. Zum zweiten muss in die Entscheidung über die Höhe der Vergütung ggf. einfließen, dass der Betreuer seine Tätigkeit gerade nicht ehrenamtlich, sondern beruflich ausübt: Denn der Grund dafür, dem ehrenamtlichen Betreuer einen Betrag unterhalb desjenigen zuzubilligen,

³³ Bauer/Deinert aaO, Rz. 49, Knittel a.a.O., § 1836, Rz. 13 BGB; vgl. a. Sybille M. Meyer, Handbuch Betreuungsvergütung, Heidelberg 2003, S.23; Gregersen/Deinert, Die Vergütung des Betreuers, Köln 1999, S. 74f.

³⁴ Gregersen/Deinert, a.a.O., S. 75.

³⁵ BayObLG s. Fn. 30, BtPrax 2004, <152>.

der für einen Berufsbetreuer festzusetzen wäre, liegt darin, dass jener „aus der Vergütung weder seinen Lebensunterhalt bestreiten noch seine Bürokosten erwirtschaften“³⁶ muss. Das muss aber der Berufsbetreuer. So bleibt kein großer Spielraum unterhalb der Kappungsgrenze. Im Ergebnis ist deshalb die Ermessensvergütung für den Berufsbetreuer quasi nach altem Recht zu bemessen.

Ob sich die Rechtsprechung dieser Auffassung anschließen wird, ist abzuwarten; vorherzusagen ist es nicht. Das bedeutet, dass Berufsbetreuer, die in umfangreichen und aufwändigen Fällen auf Ermessensvergütung setzen, ein hohes Risiko eingehen. Es ist nicht auszuschließen, dass sie nach mehrjährigen Verfahren am Ende leer ausgehen.

Aber auch wenn die Rechtsprechung die vom BayObLG entwickelte Kappungsgrenze für die Ermessensvergütung weiter nach altem Recht und damit aufwandsabhängig auslegen würde, bliebe die Lösung über § 1836 II BGB problematisch. Aus betriebswirtschaftlicher Sicht würde die Arbeit für Vermögende in umfangreichen und schwierigen Fällen etwas von einem Lotteriespiel behalten. Der Ermessensspielraum der Gerichte wird wahrscheinlich weiterhin sehr groß bleiben. Eine aus unternehmerischer Sicht notwendige oder zumindest wünschenswerte Planungssicherheit lässt sich so kaum erreichen.

Privatrechtliche Vergütungsvereinbarungen

Das VBVG regelt, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Höhe das Vormundschaftsgericht dem Betreuer „eine Vergütung zu bewilligen“³⁷ hat. Privatrechtliche Verhältnisse zwischen dem Betreuten und dem Betreuer werden weder durch § 1836 BGB, noch durch das VBVG berührt. Der Betreuer ist also nicht darauf angewiesen, dass das Vormundschaftsgericht ihm eine Vergütung festsetzt, wenn er eine privatrechtliche Vergütungsvereinbarung mit dem Betreuten trifft.

„Da die Bestellung eines Betreuers die Geschäftsfähigkeit des Betreuten nicht tangiert, kann ein Vergütungsanspruch des Betreuers/Gegenbetreuers auch durch privatrechtliche Vereinbarung zwischen den Beteiligten geschaffen werden. Erfasst ein nach § 1903 angeordneter Einwilli-

³⁶ ebd.

³⁷ § 1 II Satz 1 VBVG.

gungsvorbehalt inhaltlich die Vergütungsvereinbarung, so kann der zu vergütende Betreuer die erforderliche Einwilligung wegen des darin liegenden In-sich-Geschäftes [...] nicht selbst genehmigen. Es muss in solchen Fällen ein Ergänzungsbetreuer [...] bestellt werden.“³⁸

Natürlich können künftige Vergütungsansprüche des Betreuers auch schon auf dem Wege der Betreuungsverfügung vorsorglich geregelt werden.³⁹

Nun wird eine Betreuungsverfügung, die die Vergütung des Betreuers regelt, im Regelfall nicht vorliegen. Im o. g. Beispielfall ist der Betreute geschäftsunfähig, sodass auch ohne Vorliegen eines Einwilligungsvorbehaltes eine Vereinbarung zwischen dem Betreuten und dem Betreuer jedenfalls nicht durch den Betreuten geschlossen werden kann. Abgesehen davon sind solche Vereinbarungen grundsätzlich äußerst problematisch, da auch bei formaler Unabhängigkeit des Betreuten vom Betreuer ein faktisches Machtverhältnis zu Ungunsten des Betreuten besteht. Der Betreute bringt dem Betreuer im günstigen Fall großes Vertrauen entgegen. In vielen Fällen wird er sich subjektiv von ihm abhängig fühlen. Das sind schlechte Voraussetzungen für den Abschluss von Vergütungsvereinbarungen. Sie können u.U. an § 138 BGB scheitern:

„Das LG Saarbrücken hat in seinem Urteil vom 10.08.04, 176 O 47/03 festgestellt, dass solche Vereinbarungen auch dann nichtig sein können, wenn der Betreute noch geschäftsfähig ist und kein Einwilligungsvorbehalt besteht.“⁴⁰ Denn ein Rechtsgeschäft ist nach § 138 II BGB (Wucher) unwirksam, wenn „jemand unter Ausbeutung [...] der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zur Leistung stehen“.

Wucher liegt erst dann vor, wenn der Geschäftspartner – hier also der Betreute – eine deutliche Willensschwäche zeigt *und* die Leistung in auffälligem

³⁸ Bauer/Deinert, a.a.O., § 1836, Rz. 36 BGB

³⁹ Das empfiehlt Matthias Winkler in seinem Vertragsmuster für eine Vorsorgeverfügung in der Reihe Beck'sche Musterverträge; Matthias Winkler, Vorsorgeverfügungen, München 2005, S. 58: „Ist der Vorsorgende nicht mittellos, kann er die Vergütung des Betreuers über die gesetzlichen Regelbeträge anheben. Eine vom Gesetz abweichende Regelung dürfte sich vor allem bei anspruchsvollen Betreuungen empfehlen, da qualifizierte Betreuer in zeitaufwändigen Fällen bei der gesetzlich vorgesehenen Pauschalierung kaum ordnungsgemäße Arbeit verrichten können oder die Betreuung ablehnen werden.“

⁴⁰ Kay Lütgens/Horst Deinert, BtÄndG: Offene Fragen bei der Pauschalierung, BtPlus 2005, 35 <38>. Die wesentliche Passage der zitierten Entscheidung ist hier im Wortlaut wiedergegeben. Im hier verhandelten Fall ging es allerdings um eine Vollmacht, die der Betreute dem Betreuer ausgestellt hatte und die über den Tod des Betreuten hinaus wirken sollte.

Missverhältnis zur Vergütung steht. Ein solches wird bei einer sachgerechten Vergütungsvereinbarung zwar nicht bestehen, aber vorm Hintergrund der insgesamt eher restriktiven Rechtsprechung zur Betreuervergütung besteht jedenfalls das Risiko, dass eine Vergütungsvereinbarung zwischen Betreuer und Betreutem für unwirksam erklärt werden.

Wenn der Betreute tatsächlich in der Lage sein sollte, kompetent eine Vergütungsvereinbarung zu schließen, kann das schließlich die Frage aufwerfen, ob und inwieweit die Betreuung überhaupt erforderlich ist.

Im privatrechtlichen Verhältnis zwischen dem Betreuer und dem Betreuten sollte Letzterer deshalb in aller Regel durch einen Dritten vertreten sein. Wenn er geschäftsfähig ist, kann er eine Vollmacht für den Abschluss einer Vergütungsvereinbarung mit dem Betreuer erteilen. Wenn er nicht geschäftsfähig oder in seinen Kompetenzen soweit beschränkt ist, dass eine solche Vollmacht problematisch erscheint, hätte das Vormundschaftsgericht einen Ergänzungsbetreuer zu bestellen.

Die Bestellung eines Ergänzungsbetreuers ist immer dann erforderlich, wenn der Erstbetreuer von der gesetzlichen Vertretungsmacht kraft Gesetzes ausgeschlossen ist.⁴¹ Ein solcher Vertretungsausschluss liegt im Falle einer Vergütungsvereinbarung wg. § 181 BGB natürlich vor. Damit ist die entscheidende Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen das Vormundschaftsgericht einen Ergänzungsbetreuer zum Abschluss einer Vergütungsvereinbarung mit dem „Hauptbetreuer“ bestellen kann oder muss.⁴²

„Das Vormundschaftsgericht kann mehrere Betreuer bestellen, wenn die Angelegenheiten des Betreuten hierdurch besser besorgt werden können.“⁴³ Auch für den Ergänzungsbetreuer gilt selbstverständlich der Erforderlichkeitsgrundsatz aus § 1896 II Satz 1 BGB. „Erforderlichkeit der Betreuung bedeutet insbesondere, dass der Betroffene auf entsprechende Hilfen angewiesen ist und weniger einschneidende Maßnahmen nicht in Betracht kommen.“⁴⁴ Die Betreuung ist nachrangig gegenüber anderen Möglichkeiten der Vertretung.

⁴¹ Bauer in HK-BUR, § 1899 Rz 62 BGB.

⁴² Zum Begriff des Ergänzungsbetreuers im Unterschied zum Begriff des Ersatzbetreuers vgl. Knittel, aaO, § 1899 Rz. 22 BGB mwN.

⁴³ § 1899 I Satz 1 BGB.

⁴⁴ Knittel, aaO, § 1896 Rz. 17 BGB.

Daher ist im vorliegenden Zusammenhang zunächst zu untersuchen, welche Alternativen zur Bestellung eines Ergänzungsbetreuers bestehen. Dabei wird davon ausgegangen, dass ein ehrenamtlicher Betreuer nicht zur Verfügung steht. Dem Berufsbetreuer ist es nicht zuzumuten, die Betreuung unentgeltlich zu führen.⁴⁵ In Fällen geschäftsfähiger Betreuer ohne Einwilligungsvorbehalt besteht grundsätzlich die Möglichkeit der Vereinbarung mit dem Betreuten direkt oder mit einem vom Betreuten Bevollmächtigten. Hierin liegt jedoch eine erhebliche Missbrauchsgefahr. In vielen Fällen wird der Betreuer die Möglichkeit haben, die Vereinbarung einseitig zu seinen Gunsten zu beeinflussen.⁴⁶ Das Vormundschaftsgericht wird möglicherweise erst bei der Prüfung der Rechnungslegungsunterlagen des Betreuers Kenntnis von der Vergütungsregelung erhalten. Sollte dann der Verdacht entstehen, dass eine zum Nachteil des Betreuten rechtswidrige Vereinbarung vorliegt, müsste ein Ergänzungsbetreuer bestellt werden, um mögliche Rückforderungsansprüche des Betreuten gegen den Betreuer zu prüfen und ggf. geltend zu machen.

Für den Betreuten wird es deshalb im Regelfall günstiger sein, wenn die Vereinbarung von vornherein durch einen vom Gericht bestellten – und auch vom Gericht ausgewählten! – Ergänzungsbetreuer geschlossen wird. Die Angelegenheiten des Betreuten können also durch einen Ergänzungsbetreuer „besser besorgt“⁴⁷ werden. Im Rahmen der Ermessensentscheidung müsste das Vormundschaftsgericht zum Ergebnis kommen, dass ein Ergänzungsbetreuer zu bestellen ist.

Eine zweite Alternative für den Betreuer liegt darin, seine eigene Tätigkeit auf ein Minimum zu reduzieren und ansonsten Dritte mit den erforderlichen Aufgaben zu beauftragen. Es ist notwendig, in jedem Einzelfall zu prüfen, ob die Angelegenheiten des Betreuten durch eine solche Regelung oder durch eigene Tätigkeit des Betreuers besser besorgt werden können. Dabei sind selbstverständlich die Wünsche des Betreuten, aber auch dessen wirtschaftliches Wohl zu berücksichtigen. Schließlich ist in die Erwägung einzubeziehen, dass die Missbrauchsgefahr geringer ist,

⁴⁵ S.o. und Fn 2.

⁴⁶ Zum kollusiven Zusammenwirken mit Dritten und den Rechtsfolgen vgl. Rosenow, Schadenminderung und Haftung Dritter bei Missbrauch der Vertretungsmacht durch den Betreuer, BtMan 2005, 81–83.

⁴⁷ § 1899, Abs. 1, Satz 1.

wenn eine vom Vormundschaftsgericht überprüfte und ggf. genehmigte Regelung durch einen Ergänzungsbetreuer getroffen wird.

Im Fall des Herrn B. wird deutlich, dass die Delegation an einen Pflegedienst mit erheblichen Mehrkosten verbunden wäre, sodass es jedenfalls im wirtschaftlichen Interesse des Betreuten liegt, dass der Betreuer seine Angelegenheiten weiterhin besorgt.

Der Grundsatz der persönlichen Betreuung ist zu berücksichtigen. In der Regel ist davon auszugehen, dass die Angelegenheiten des Betreuten dann „besser besorgt“ werden, wenn der Betreuer sich auch persönlich um diese Angelegenheiten kümmert. Auch das Missbrauchsrisiko hat in die Ermessensentscheidung einzufließen: Für alle Rechtsgeschäfte gilt ganz grundsätzlich, dass Risiken möglichst gering zu halten sind. Die Angelegenheiten des Betreuers werden also je besser besorgt, desto geringer das Missbrauchsrisiko ist.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass im Falle der Bestellung eines Ergänzungsbetreuers der Vertreter des Betreuten für die Vergütungsvereinbarung vom *Vormundschaftsgericht* und damit weder unmittelbar noch mittelbar vom Betreuer selbst ausgesucht wird. Das Vormundschaftsgericht kann so sicherstellen, dass die Gefahr kollusiven Zusammenwirkens des Betreuers mit dem weiteren Vertreter des Betreuten minimiert werden kann.

Der Ergänzungsbetreuer hat dann mit dem Betreuer einen Vertrag zu schließen, in dem die Vergütung des Betreuers geregelt wird. Er vertritt dabei die Interessen des Betreuten und haftet selbst unmittelbar aus § 1833 BGB.

Ein Genehmigungserfordernis dürfte nicht bestehen, wenn der Vertrag vor Ablauf von vier Jahren kündbar ist.⁴⁸ Das Vormundschaftsgericht kann (und wird das in der Regel auch tun) sich den Vertrag jedoch im Rahmen der Berichtspflicht des Ergänzungsbetreuers von diesem vorlegen lassen.

Die regelmäßige Bearbeitung der Abrechnungen des Betreuers kann dem Ergänzungsbetreuer übertragen werden. Grundsätzlich dürfte auch die Prüfung im Rahmen der Rechnungslegungsprüfung des Betreuers durch das Vormundschaftsgericht möglich sein. In der Regel wird jedoch der

⁴⁸ Knittel, aaO, § 1907 Rz. 17 BGB, Ring in HK-BUR, § 1907 Rz. 20 BGB.

Ergänzungsbetreuer detaillierter prüfen können und möglicherweise auch, etwa durch Hausbesuche, festzustellen haben, ob der Betreuer seine Aufgabe ordnungsgemäß verrichtet.

In diesem Fall wäre er nicht nur für den Abschluss des Vertrages, sondern als „Dauerergänzungsbetreuer“ zu bestellen.⁴⁹

Ergebnis

Die professionelle Betreuung vermögender Betreuer durch qualifizierte und motivierte Betreuer ist in vielen Fällen nur möglich, wenn der Betreuer Vergütungen erzielen kann, die deutlich oberhalb der Gebühren liegen, die das VBVG vorsieht. Eine abweichende Festsetzung durch das Vormundschaftsgericht ist grundsätzlich nur möglich, wenn in der Bestellung des Betreuers nicht festgestellt worden ist, dass dieser die Betreuung berufsmäßig führt. In solchen Fällen kann grundsätzlich eine Ermessensvergütung nach § 1836 II BGB bewilligt werden.

Die Feststellung der Berufsmäßigkeit ist als subjektiver Anspruch des Betreuers zu werten, sodass sie seiner Disposition zu unterstellen ist. Der Betreuer kann also auf die Feststellung der Berufsmäßigkeit verzichten, wenn er das für richtig hält. Das Vormundschaftsgericht hingegen ist verpflichtet, die Berufsmäßigkeit festzustellen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen und der Betreuer das begehrt.

Aus § 1836 II BGB ergibt sich jedoch keine ganz befriedigende Lösung des vorliegenden Problems. Auf Grund des weiten Ermessensspielraumes der Vormundschaftsgerichte ist für den Betreuer eine Entscheidung nicht vorhersehbar. Eine wirtschaftlich solide Kalkulation ist damit kaum möglich. Aus unternehmerischer Sicht ist es abzulehnen, ein solches Risiko einzugehen.

Darüber hinaus hat die Rechtsprechung den Grundsatz entwickelt, dass die Ermessensvergütung denjenigen Betrag, den ein beruflich tätiger Betreuer auf dem Wege der Festsetzung durch das Vormundschaftsgericht erhalten würde, nicht überschreiten darf. Zwar kann der Anspruch nach § 5 VBVG wegen der Bezugnahme auf den Umfang der Geschäfte in § 1836 II BGB kaum als Kappungsgrenze für die Ermessensvergütung

⁴⁹ Vgl. dazu Knittel, aaO, § 1899 Rz. 24 BGB; Bauer, aaO, § 1899 Rz. 66 BGB.

gesehen werden. Es ist jedoch offen, wie die Rechtsprechung sich entwickeln wird.

Der Grundsatz der Ehrenamtlichkeit der Betreuung und das VBVG sind jedoch dispositives Recht. Sie beschränken weder den Betreuer noch den Betreuten in ihrer Freiheit, Verträge bzgl. der Vergütung des Betreuers zu schließen. Der Betreute wird solche Vereinbarungen in der Regel nicht selbst schließen können, sei es, dass ein Einwilligungsvorbehalt, mangelnde Geschäftsfähigkeit bescheinigt oder das Machtverhältnis zwischen dem Betreuer und dem Betreuten dem entgegensteht. Dieses Problem ist auch durch Bevollmächtigung nicht befriedigend lösbar.

In der Regel wird daher für den Abschluss von Vergütungsvereinbarungen zwischen dem Betreuer und dem Betreuten ein Ergänzungsbetreuer zu bestellen sein, wenn nicht eine Betreuungsverfügung vorliegt, die die Vergütung des Betreuers bereits regelt.

Bei der Entscheidung über die Bestellung eines Ergänzungsbetreuers für den Abschluss einer Vergütungsvereinbarung mit dem Betreuer wird das Vormundschaftsgericht zu prüfen haben, ob die Angelegenheiten des Betreuten durch den Abschluss einer Vergütungsvereinbarung mit dem Betreuer möglicherweise besser besorgt werden können.

Der Ergänzungsbetreuer hat ggf. eine Vereinbarung zu schließen, die die adäquate Entlohnung des Betreuers sicherstellt. Er hat sich dabei an den persönlichen Wünschen des Betreuten, an dessen Wohl einschließlich seines wirtschaftlichen Wohls zu orientieren. Im Regelfall wird es sinnvoll sein, dem Ergänzungsbetreuer auch die Prüfung der Honorarrechnungen des Betreuers zu übertragen. In diesem Fall ist er als „Dauerergänzungsbetreuer“ zu bestellen.