

Göttinger Schriften zum Medizinrecht
Band 5



Andrea Diekmann

Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten

Modell eines dreigliedrigen Vertretungssystems



Universitätsverlag Göttingen

Andrea Diekmann
Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten

This work is licensed under the [Creative Commons](#) License 2.0 “by-nd”, allowing you to download, distribute and print the document in a few copies for private or educational use, given that the document stays unchanged and the creator is mentioned. You are not allowed to sell copies of the free version.



erschienen als Band 5 in der Reihe „Göttinger Schriften zum Medizinrecht“
im Universitätsverlag Göttingen 2009

Andrea Diekmann

Stellvertretung in
Gesundheitsangelegenheiten

Modell eines dreigliedrigen
Vertretungssystems

Göttinger Schriften
zum Medizinrecht
Band 5



Universitätsverlag Göttingen
2009

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität Göttingen

Berichtersteller: Prof. Dr. Volker Lipp
Mitberichterstellerin: Prof. Dr. Barbara Veit
Tag der mündlichen Prüfung: 5. März 2008

Herausgeber der Reihe

Zentrum für Medizinrecht

Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen

Geschäftsführender Direktor: Prof. Dr. Gunnar Duttge

Dieses Buch ist auch als freie Onlineversion über die Homepage des Verlags sowie über den OPAC der Niedersächsischen Staats- und Universitätsbibliothek (<http://www.sub.uni-goettingen.de>) erreichbar und darf gelesen, heruntergeladen sowie als Privatkopie ausgedruckt werden. Es gelten die Lizenzbestimmungen der Onlineversion. Es ist nicht gestattet, Kopien oder gedruckte Fassungen der freien Onlineversion zu veräußern.

Satz und Layout: Björn Rätzke

Umschlaggestaltung: Margo Bargheer und Kilian Klapp

© 2009 Universitätsverlag Göttingen

<http://univerlag.uni-goettingen.de>

ISBN: 978-3-940344-78-6

ISSN: 1864-2144

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2007/2008 von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität zu Göttingen als Dissertationsschrift angenommen. Zur Drucklegung sind Rechtsprechung und Literatur bis zum Dezember 2008 berücksichtigt worden.

Mein herzlicher Dank gilt Herrn Prof. Dr. Volker Lipp für die Betreuung der Arbeit. Seine konstruktive fachliche Hilfe hat sehr zu ihrem Gelingen beigetragen. Frau Prof. Dr. Barbara Veit danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Für die Veröffentlichung in der Reihe „Göttinger Schriften zum Medizinrecht“ möchte ich mich bei den Verantwortlichen des Universitätsverlages Göttingen bedanken.

Die Arbeit ist meinen Eltern gewidmet. Sie haben mich stets mit ihrer ganzen Kraft unterstützt, mein Vater bis zu seinem Tod im März 1987.

Ich spreche außerdem meiner Familie, meinen Freunden und den Kolleginnen und Kollegen im Kammergericht und im Landgericht Berlin Dank für ihr großes Verständnis, ihre Geduld und ihre vielfältige Hilfe aus. Alle haben einen Anteil an der Fertigstellung der Dissertation. Es ist mir ein Anliegen, namentlich den im Mai

2007 verstorbenen Herrn Vorsitzenden Richter am Kammergericht Klaus-Dieter Haase zu erwähnen.

Berlin, im Dezember 2008

Andrea Diekmann

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	I
Inhaltsverzeichnis	III
§ 1 Einleitung	1
I. Problemstellung.....	1
II. Gang der Untersuchung	5
§ 2 Rechtliche Beziehungen zwischen einem Arzt und einem Patienten	7
I. Eingrenzung der zu untersuchenden Maßnahmen	7
II. Rechtliche Beziehungen zwischen einem Arzt und einem Patienten	8
1. Rechtsgeschäftliche Ebene.....	8
2. Gerechtfertigtes ärztliches Handeln	9
a. Das Erfordernis der Einwilligung.....	9

b. Die Einwilligung als willentliche Erklärung	10
c. Zur Einwilligungsunfähigkeit	10
d. Zur Aufklärung.....	11
e. Erklärte und mutmaßliche Einwilligung	12
f. Zeitpunkt der Einwilligung.....	14
III. Zusammenfassung.....	16
§ 3 Zur Vertretung durch einen Betreuer	17
I. Vorläufer des Betreuungsrechts: Entmündigung und Vormundschaft sowie Pflegschaft.....	18
II. Reformüberlegungen	19
III. Grundprinzipien des Betreuungsrechts	21
IV. Die Aufgaben der Betreuung allgemein	22
1. Inhaltliche Bedeutung der Rechtsfürsorge	23
2. Zur Rechtfertigung der Rechtsfürsorge	23
3. Aufgaben der Betreuung.....	25
V. Die Bestellung eines Betreuers im Bereich der Gesundheitsangelegenheiten	26
1. Voraussetzungen für die Betreuerbestellung nach § 1896 BGB	26
a. Vorliegen einer Krankheit bzw. Behinderung.....	26
b. Unfähigkeit zur Besorgung eigener Angelegenheiten	28
c. Kausalität zwischen der Erkrankung und dem Unvermögen zur Besorgung der Angelegenheiten.....	29
d. Betreuung ohne bzw. gegen den Willen des Betroffenen.....	30
e. Erforderlichkeit.....	32
2. Formelle Voraussetzungen.....	33
a. Sachverständigengutachten, ärztliches Zeugnis	33
b. Anhörung des Betroffenen.....	34
c. Bestellung eines Verfahrenspflegers	35
d. Anhörung Dritter und der zuständigen Behörde.....	36
3. Auswahl des Betreuers.....	36
VI. Eilfälle	36
1. Die einstweilige Anordnung.....	37
2. Die „eilige“ einstweilige Anordnung	38
3. Zur Regelung des § 1846 BGB.....	38

VII. Die Aufgabenwahrnehmung durch den Betreuer im Bereich der Gesundheitsangelegenheiten.....	39
1. Zum Innenverhältnis der Betreuung.....	39
a. Pflichten des Betreuers.....	39
b. Wohl des Betreuten.....	40
aa. Der nicht äußerungsfähige Betreute.....	41
bb. Der äußerungsfähige Betreute.....	44
2. Zum Außenverhältnis.....	45
a. Vertretungsmacht.....	45
b. Missbrauch der Vertretungsmacht.....	45
c. Handeln des Betreuten und des Betreuers.....	46
VIII. Zum Erfordernis der Erteilung einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung.....	48
1. Zur Regelung des § 1906 Abs. 1 – 4 BGB.....	48
a. Unterbringung.....	48
aa. Materiell-rechtliche Genehmigungsvoraussetzungen.....	49
bb. Formelle Voraussetzungen.....	50
b. Unterbringungsähnliche Maßnahmen.....	50
2. Zur Problematik der Zwangsbehandlung.....	51
a. Zum Begriff „Zwangsbehandlung“.....	52
b. Entwicklung der Diskussion.....	52
c. Öffentlich - rechtliche Wertung.....	54
d. Privat-rechtliche Wertung.....	57
e. Zur gerichtlichen Genehmigung.....	59
3. Zur derzeitigen Regelung in § 1904 Abs. 1 Satz 1 BGB.....	62
a. Zweck der Regelung.....	62
b. Materiell-rechtliche Genehmigungsvoraussetzungen.....	63
c. Formelle Voraussetzungen.....	63
d. Zur Zwangsbehandlung bei hochriskanten Maßnahmen.....	64
4. Zum Vorschlag einer Neuregelung des § 1904 BGB nach dem Referentenentwurf eines 3. Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts (Bundesministerium für Justiz).....	64
a. Zum Hintergrund einer etwaigen Regelung.....	66
b. Zur Patientenverfügung.....	68
c. Zum Erfordernis einer Betreuerbestellung.....	70
d. Zur Entscheidung eines Betreuers hinsichtlich der Aufnahme bzw. Fortsetzung lebenserhaltender Maßnahmen.....	71
aa. Einwilligung / Nichteinwilligung.....	71
bb. Genehmigungserfordernis.....	73

e. Zur Einwilligung des Betreuers in hochriskante Maßnahmen nach dem Referentenentwurf	76
IX. Zusammenfassung.....	77
§ 4 Zur Vertretung durch einen Bevollmächtigten	79
I. Begriff und Zweck der Erteilung einer Vollmacht	81
1. Vollmacht und Grundverhältnis allgemein.....	81
2. Vorsorgevollmacht	82
II. Allgemeine Voraussetzungen für eine rechtsgeschäftliche Vertretung	83
1. Wirksamkeitsvoraussetzungen.....	83
2. Widerruflichkeit der Vollmacht.....	85
3. Person des Bevollmächtigten.....	86
III. Zur Zulässigkeit einer Vertretung in Gesundheitsangelegenheiten auf Grund einer Vollmacht	86
1. Meinungsstand vor dem Inkrafttreten des 1. Betreuungsrechtsänderungsgesetzes.....	87
2. Regelungen durch das 1. Betreuungsrechtsänderungsgesetz	88
3. Begründung der Regelungen.....	89
4. Zulässigkeit einer Bevollmächtigung zur Einwilligung in eine Untersuchung des Gesundheitszustandes, eine Heilbehandlung bzw. in einen ärztlichen Eingriff.....	90
a. Vertretung bei der Entscheidung hinsichtlich der Einwilligung in die ärztliche Maßnahme	90
b. Zur Problematik der Übertragung weitergehender Befugnisse	92
IV. Die Aufgabenwahrnehmung durch den Bevollmächtigten im Bereich der Gesundheitsangelegenheiten.....	94
1. Zum Innenverhältnis zwischen dem Vollmachtgeber und dem Vollmachtnehmer.....	94
a. Das Auftragsverhältnis allgemein.....	94
b. Das Innenverhältnis im Fürsorgefall.....	95
aa. Der nicht äußerungsfähige Betroffene.....	96
bb. Der äußerungsfähige Betroffene	97
2. Zum Außenverhältnis	97
3. Zum Erfordernis der Bestellung eines Überwachungsbetreuers	97

V. Zum Erfordernis der Erteilung einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung.....	100
1. Die Regelung des § 1906 Abs. 5 BGB	100
2. Zur Problematik der Zwangsbehandlung.....	102
3. Die Regelung des § 1904 Abs. 2 BGB	103
4. Zum Vorschlag einer Neuregelung des § 1904 BGB im Referentenentwurf eines 3. Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts	104
VI. Zusammenfassung.....	106
§ 5 Zur Vertretung durch nahe stehende Personen	108
I. Vorschläge zur Einführung entsprechender Vertretungsbefugnisse seitens der Bund-Länder- Arbeitsgruppe und des Bundesrates	109
II. Zum Erfordernis entsprechender Normierungen	111
1. Der Ansatz von Probst / Knittel.....	111
2. Der Vorschlag des Bundesrates vom 19. Dezember 2003	112
3. Erfordernis einer Regelung zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechtes im Eilfall.....	113
III. Grundlagen der Vertretungsbefugnis.....	116
1. Die Ausführungen im Entwurf des Bundesrates.....	116
a. Zusammenfassung der Vorschläge für den Bereich der Gesundheitsorge.....	116
b. Zur Begründung des Entwurfs	117
2. Zur Grundlage der Vertretungsbefugnis im Ehe- und Lebenspartnerschaftsrecht bzw. im „Eltern-/Kindrecht“	118
a. § 1357 BGB	118
aa. Zum Normzweck	118
bb. Zur Rechtsnatur.....	119
cc. Anwendungsvoraussetzungen	121
dd. Zum Innenverhältnis	123
b. § 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB	123
c. § 1618 a BGB	124
d. Zur Bewertung der Grundlagen	125
3. Zur vermuteten Vollmacht als Grundlage der Vertretungsbefugnis.....	126
IV. Voraussetzungen für eine Vertretung durch nahe stehende Personen	129

1. Voraussetzungen bei der Person, die vertreten werden soll.....	130
a. Vorliegen einer Krankheit oder Behinderung.....	130
b. Unvermögen zur Besorgung der eigenen Angelegenheiten.....	130
c. Kausalität zwischen der Krankheit oder Behinderung und dem Unvermögen zur Regelung der eigenen Angelegenheiten.....	131
d. Keine andere Bestimmung oder Betreuerbestellung.....	131
2. Zur Eilbedürftigkeit.....	132
3. Vertretungsberechtigte Personen.....	134
a. Ehegatten und Lebenspartner.....	134
b. Eltern als Vertreter ihrer volljährigen Kinder.....	134
c. Volljährige Kinder als Vertreter ihrer Eltern.....	135
4. Bereitschaft zur Ausübung des Vertretungsrechtes.....	136
5. Formelle Voraussetzungen.....	136
a. Bei Ehegatten und Lebenspartnern.....	136
b. Bei volljährigen Kindern.....	138
V. Umfang der Vertretungsbefugnis.....	138
1. Rechtsgeschäftliche Erklärung.....	138
2. Erklärung der Einwilligung / Nichteinwilligung.....	138
3. Hochriskante Maßnahmen.....	139
4. Zur Bestimmungsbefugnis.....	140
VI. Handeln auf Grund einer vermuteten Vollmacht.....	141
1. Zum Innenverhältnis.....	141
a. Die Ausführungen im Entwurf des Bundesrates.....	141
b. Das Innenverhältnis bei einer vermuteten Vollmacht.....	141
aa. Zur Anwendung des § 1901 BGB.....	142
bb. Zum Auftrag.....	142
2. Zum Außenverhältnis.....	144
VII. Zum Erfordernis der Erteilung einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung.....	144
VIII. Zur Dauer des Vertretungsrechtes.....	145
IX. Zusammenfassung und Entwurf einer Regelung zur Vertretungsbefugnis für nahe stehende Personen.....	146
1. Zusammenfassung.....	146
2. Entwurf einer Regelung zur Vertretungsbefugnis für nahe stehende Personen.....	147

§ 6 Zum Verhältnis der bestehenden und vorgeschlagenen Stellvertretungsregelungen	150
I. Zum Verhältnis „Betreuung – ausdrückliche Vollmachtserteilung“	150
II. Zum Verhältnis „ausdrückliche – vermutete Vollmacht“	151
III. Zum Verhältnis „vermutete Vollmacht – Betreuung“	152
IV. Zum Verhältnis aller Regelungen	153
V. Modell eines dreigliedrigen Vertretungssystems	154
VI. Zusammenfassung	155
§ 7 Zusammenfassung der Ergebnisse	157
Literaturverzeichnis.....	165
Anhang I.....	187
Anhang II	189
Lebenslauf.....	193

§ 1 Einleitung

I. Problemstellung

Eine ärztliche Maßnahme tastet, auch wenn sie zu Heilzwecken vorgenommen wird, die leibliche und gegebenenfalls die seelische Integrität eines Menschen an. „Die Bestimmung über seine leiblich-seelische Integrität gehört zum ureigensten Teil der Personalität eines Menschen. Aus Sicht des Grundgesetzes ist der Einzelne in diesem Bereich frei, seine Maßstäbe zu wählen, nach ihnen zu leben und zu entscheiden“¹. Der Betroffene kann sein Selbstbestimmungsrecht nur wahrnehmen, wenn seine Entscheidung Voraussetzung gerechtfertigten ärztlichen Handelns ist².

Ist ein Volljähriger auf Grund einer Krankheit oder Behinderung zu einer solchen Entscheidung nicht in der Lage, stellt sich die Frage, ob sie für ihn durch einen Stellvertreter getroffen werden kann.

Nach derzeitiger Rechtslage sind zwei Möglichkeiten denkbar.

¹ BVerfGE 52, 131 (175) unter Hinweis auf Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG.

² BVerfGE 52, 131 (175/176).

Zum einen kann nach dem am 1. Januar 1992 in Kraft getretenen Betreuungsgesetz ³ durch das Vormundschaftsgericht ein Betreuer bestellt werden. Die Bestellung eines Betreuers setzt voraus, dass in einem gerichtlichen Verfahren ⁴ festgestellt wird, dass der Betroffene auf Grund einer Erkrankung oder Behinderung seine Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht zu besorgen vermag ⁵. Der Betreuer ist in dem gerichtlich festgelegten Aufgabenkreis der gesetzliche Vertreter des Betroffenen ⁶. Er trifft, soweit dieser dazu nicht in der Lage ist, Entscheidungen für den Betroffenen. Dabei hat der Betreuer die Angelegenheiten des Betroffenen so zu besorgen, wie es dessen Wohl entspricht ⁷.

Das Vormundschaftsgericht hat über die Tätigkeit des Betreuers die Aufsicht zu führen und gegen Pflichtwidrigkeiten durch geeignete Gebote und Verbote einzuschreiten ⁸. Der Betreuer, der Entscheidungen im Bereich gesundheitlicher Belange zu treffen hat, benötigt in bestimmten Fällen eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung. Dies gilt für Entscheidungen, die sich auf hochriskante Maßnahmen beziehen ⁹, oder bei Unterbringungen bzw. unterbringungsähnlichen Maßnahmen ¹⁰. Die Notwendigkeit und der Umfang der Betreuung werden gerichtlich überprüft ¹¹.

Die Bestellung eines Betreuers ist nicht erforderlich, soweit die Angelegenheiten durch einen Bevollmächtigten, also einen auf Grund rechtsgeschäftlich erteilter Vertretungsmacht Handelnden ¹², ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können ¹³. Der Vollmachtgeber muss bei der Erteilung der Vollmacht geschäftsfähig sein. Er regelt die Voraussetzungen, wann diese wirksam werden soll. Zudem ist der Vollmachtgeber derjenige, der die Aufgaben des Vollmachtnehmers vorgibt. Dem Vollmachtgeber obliegt es grundsätzlich selbst, den Vollmachtnehmer zu kontrollieren; in bestimmten Fällen kommt allerdings die gerichtliche Bestellung eines „Kontrollbetreuers“ in Betracht ¹⁴. Sofern der Bevoll-

³ Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige (Betreuungsgesetz – BtG), BGBl. 1990 I, 2002.

⁴ §§ 65 ff. FGG. Auf die am 1. September 2009 in Kraft tretenden Neuregelungen durch das Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-Reformgesetz – FGG-RG- vom 17. Dezember 2008 (BGBl. I, 2586 ff.)) wird in der Arbeit nur vereinzelt hingewiesen.

⁵ § 1896 Abs. 1 BGB.

⁶ § 1896 Abs. 2 Satz 1 BGB i.V.m. § 1902 BGB.

⁷ § 1901 Abs. 2 Satz 1 BGB.

⁸ § 1908 i Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. § 1837 Abs. 2 Satz 1 BGB (entsprechend).

⁹ § 1904 BGB.

¹⁰ § 1906 Abs. 1 – 4 BGB.

¹¹ §§ 69 Abs. 1 Nr. 5, 69 h, 69 i Abs. 1 – 6 FGG.

¹² § 166 Abs. 2 Satz 1 BGB.

¹³ § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB.

¹⁴ § 1896 Abs. 3 BGB.

mächtigte Entscheidungen hinsichtlich hochriskanter ärztlicher Maßnahmen treffen kann, ist die Einholung einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung erforderlich¹⁵. Gleiches gilt bei einer Unterbringung bzw. bei unterbringungsähnlichen Maßnahmen¹⁶.

Der Bundesrat hatte mit Beschluss vom 19. Dezember 2003¹⁷ vorgeschlagen, eine „gesetzliche Vertretungsmacht für Ehegatten, Lebenspartner und nahe Angehörige“ u.a. im Bereich der gesundheitlichen Angelegenheiten zu normieren¹⁸. Danach sollte ein Ehegatte (oder Lebenspartner) für den anderen, der infolge einer Krankheit oder Behinderung nicht in der Lage war, seine Rechte und Pflichten selbst wahrzunehmen, Erklärungen abgeben können, die auf die Vornahme einer Untersuchung des Gesundheitszustandes, einer Heilbehandlung oder eines ärztlichen Eingriffs gerichtet sind¹⁹. Diese Regelung sollte auch im Verhältnis von Eltern und volljährigen Kindern entsprechend gelten²⁰. Die Vertretungsregelung sollte nicht eingreifen, wenn der Betroffene einen entgegenstehenden Willen geäußert hatte. Die Vertretungsbefugnis sollte bestehen, wenn keine andere Person bevollmächtigt oder zum Betreuer bestellt worden war. Andererseits sollte nach dem Gesetzentwurf die Bestellung eines Betreuers entbehrlich sein, „sofern die Angelegenheiten durch einen hierzu befugten Angehörigen ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden“ konnten²¹. Ein Zeitpunkt, ab wann eine nahe stehende Person vertretungsberechtigt sein sollte, sollte nicht normiert werden. Auch eine Befristung war nicht vorgesehen. Bei Entscheidungen hinsichtlich hochriskanter ärztlicher Maßnahmen war nach dem Vorschlag eine gerichtliche Genehmigung einzuholen²².

Zur Begründung des Gesetzentwurfes hieß es, dass sich viele Menschen nicht mit den Möglichkeiten privatautonomer Vorsorge durch Vollmachten auseinander setzten. Das erscheine für die meisten Bürgerinnen und Bürger auch nicht notwendig, entspreche „es doch allgemeiner Vorstellung, dass nahe Angehörige, insbesondere Ehegatten berechtigt sind, im Krankheitsfall die notwendigen Maßnahmen zu ergreifen“²³. Mit der gesetzlichen Einräumung der Befugnis, den an-

¹⁵ § 1904 Abs. 2 BGB.

¹⁶ § 1906 Abs. 5 BGB.

¹⁷ BR-Drucks. 865/03: Entwurf eines (...) Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts (...Betreuungsrechtsänderungsgesetz - ... BtÄndG). Der Wortlaut entspricht der BT-Drucks. 15/2494.

¹⁸ §§ 1358 a, 1618 b BGB des Entwurfs (nachfolgend: BGB-E). Der Entwurf sah zudem weitere Änderungen des Betreuungsrechts vor, die das Untersuchungsthema nicht betrafen und daher hier außer Betracht gelassen werden.

¹⁹ §§ 1358 a Abs. 1, 1358 Abs. 1 BGB, § 8 Abs. 2 Lebenspartnerschaftsgesetz-E.

²⁰ § 1618 b Abs. 1 BGB-E.

²¹ § 1896 Abs. 2 Nr. 2 BGB-E.

²² Entsprechend § 1904 Abs. 1 BGB, s. §§ 1358 a Abs. 1 Satz 1, 1618 b Abs. 1 BGB-E.

²³ BR-Drucks. 865/03, 17.

deren zu vertreten, könnten der Wille der Menschen und die von ihnen gelebte familiäre Realität abgebildet werden ²⁴.

Der Gedanke der Einführung einer Vertretungsbefugnis hat zu einer umfangreichen Diskussion geführt ²⁵. Der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages hat empfohlen, von der Normierung entsprechender Vertretungsmöglichkeiten abzu-
sehen. Die Ablehnung erfolgte „insbesondere angesichts der nicht auszuschließenden Missbrauchsgefahr“. Einschränkungen und weitere sonstige Sicherungen führten „nicht weiter, da sie die ohnehin schon komplizierte Norm unpraktikabel machten, ohne wirkliche Sicherheit zu erreichen und dem Ziel der Betreuungsvermeidung näher zu kommen“. Es sei „vorzugswürdig, die Betroffenen auf die Möglichkeiten der Vorsorge durch Vollmachten hinzuweisen“ ²⁶. Der Empfehlung des Rechtsausschusses ist der Bundestag gefolgt. Eine Regelung eines Vertretungsrechtes für nahe stehende Personen ist nicht eingeführt worden ²⁷.

Die Diskussion um die Einführung einer Vertretungsbefugnis für nahe stehende Personen ist insbesondere im Hinblick auf etwaige Missbrauchsgefahren geführt worden. Nicht hinreichend erörtert worden ist allerdings, ob und in welchen Fällen es das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen gebietet, einer nahe stehenden Person eine Vertretungsbefugnis einzuräumen, ohne dass eine ausdrücklich erteilte Vollmacht vorliegt bzw. ein Betreuer bestellt werden muss. Dass dieser Aspekt kaum angesprochen worden ist, ist nicht recht verständlich. Durch Entscheidungen eines Stellvertreters sollen die Ausübung und der Schutz der aus der Selbstbestimmung folgenden Rechte eines Patienten gewährleistet werden. Die Wahrung des Selbstbestimmungsrechts des Betroffenen ist ein gewichtiges Anliegen des Betreuungsrechts ²⁸. Die Förderung der Privatautonomie war auch ein Ziel der Regelungen, die durch das 1. Betreuungsrechtsänderungsgesetz eingeführt worden sind, und die Entscheidungen von Bevollmächtigten in gesundheitlichen Angelegenheiten betreffen ²⁹. Damit stellt sich die Frage nach der Grundlage einer Vertretungsbefugnis für nahe stehende Personen. Eine entsprechende Prüfung ist zunächst notwendig, bevor geklärt werden kann, wie etwaigen Missbrauchsgefahren begegnet werden kann.

²⁴ BR-Drucks. 865/03, 18.

²⁵ Vgl. zusammenfassend Probst, Betreuungs- und Unterbringungsverfahren, Rn. 23 m.w.N.

²⁶ Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages vom 16. Februar 2005, BT-Drucks. 15/4875; vgl. auch Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 15/158 vom 18. Februar 2005 zu Tagesordnungspunkt 24.

²⁷ Das zweite Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts (Zweites Betreuungsrechtsänderungsgesetz – 2. BtÄndG) vom 21. April 2005 (BGBl. I 1073), das am 1. Juli 2005 in Kraft getreten ist, sieht keine entsprechenden Regelungen vor.

²⁸ Vgl. Knittel, Betreuungsgesetz, § 1896 BGB Rn. 19.

²⁹ Vgl. BT-Drucks. 13/7158, 34.

In der vorliegenden Untersuchung soll geprüft werden, ob und wenn ja, für welche Fälle ein Regelungsbedarf für die Einführung einer Vertretungsbefugnis für nahe stehende Personen besteht. Bei einem entsprechenden Regelungsbedarf bestünde die Notwendigkeit gesetzgeberischen Handelns. Damit schließt sich die Frage an, unter welchen Voraussetzungen die Vertretungsbefugnis normiert werden könnte. Zudem stellt sich das Problem, in welchem Verhältnis die bestehenden Vertretungsmöglichkeiten (Betreuung und Bevollmächtigung) und ein Vertretungsrecht für nahe stehende Personen stünden. Diese Frage ist in der bisherigen Diskussion ebenfalls kaum angesprochen worden. Eine Klärung scheint aber erforderlich zu sein, wenn die unterschiedlichen Vertretungsmöglichkeiten handhabbar sein sollen.

Schließlich ist zu untersuchen, ob sich aus den verschiedenen Vertretungsmöglichkeiten im Bereich der gesundheitlichen Angelegenheiten ein Modell entwickeln lässt, das in der Praxis umgesetzt werden kann und den jeweiligen Lebenssituationen, in denen Entscheidungen eines Vertreters erforderlich werden können, gerecht wird.

II. Gang der Untersuchung

Die Stellvertretungsregelungen für Gesundheitsangelegenheiten können erst dann einer Betrachtung unterzogen werden, wenn auf die rechtliche Beziehung zwischen einem Arzt und einem Patienten näher eingegangen worden ist. Dabei ist darzulegen, wann ärztliches Handeln als gerechtfertigt erachtet wird. Außerdem ist zu untersuchen, wann und unter welchen Voraussetzungen es auf die Entscheidung eines Stellvertreters überhaupt ankommt (§ 2).

Im Anschluss daran werden die Vertretungsregelungen anhand einiger Sachprobleme aus dem Bereich der Gesundheitsangelegenheiten betrachtet. Dabei wird zunächst auf die betreuungsrechtlichen Regelungen abgestellt (§ 3). Sodann schließt sich eine Untersuchung des Handelns bei rechtsgeschäftlich erteilter Vollmacht an (§ 4). Dieser Reihenfolge der Darstellung liegt die Erwägung zugrunde, dass nach der gesetzgeberischen Wertung die Betreuung nur dann entbehrlich ist, wenn die Angelegenheiten des Betroffenen durch einen Bevollmächtigten ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können³⁰. Daher ist zuerst zu prüfen, welche Aufgaben der Betreuung im Bereich der Gesundheitsangelegenheiten zukommen und wie diese wahrzunehmen sind. Danach wird untersucht, inwieweit diese Aufgaben mittels einer Vollmacht erledigt werden können.

³⁰ § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB.

Sodann wird erörtert, ob ein Bedarf für die Regelung eines „gesetzlichen Vertretungsrechtes“ für nahe stehende Personen besteht. Außerdem wird geprüft, unter welchen Voraussetzungen eine entsprechende Vertretungsbefugnis normiert werden könnte. Es wird – dem Ansatz im Gesetzentwurf des Bundesrates ³¹ folgend – auch hier untersucht, inwieweit die Bestellung eines Betreuers bei einer Einführung entsprechender Vertretungsbefugnisse entbehrlich wäre (§ 5).

Die Arbeit geht dann auf das Verhältnis der verschiedenen Vertretungsformen ein (§ 6).

Sie schließt mit einer Zusammenfassung der wichtigsten Untersuchungsergebnisse (§ 7).

³¹ Oben Fn. 17.

§ 2 Rechtliche Beziehungen zwischen einem Arzt und einem Patienten

I. Eingrenzung der zu untersuchenden Maßnahmen

Soweit in der Einleitung die Begriffe „Gesundheitsangelegenheiten“ bzw. „ärztliche Maßnahme“ verwandt worden sind, orientiert sich die Arbeit an den in § 1904 Abs. 1 BGB genannten Bezeichnungen. Gemeint sind also die Untersuchung des Gesundheitszustandes, eine Heilbehandlung oder ein ärztlicher Eingriff.

Eine Untersuchung des Gesundheitszustandes ist eine diagnostische Maßnahme. Unter einer Heilbehandlung versteht man jedes ärztliche Handeln, das „den Gesundheitszustand“ eines Betroffenen „wieder oder soweit wie möglich herstellt“³². Ein ärztlicher Eingriff ist eine Maßnahme, die nicht schon unter die Qualifikation als Heilbehandlung fällt³³.

³² Schreiber, FamRZ 1991, 1014 ff. (1016).

³³ Bienwald, in: Staudinger, § 1904 BGB Rn. 38.

Da es für diese Arbeit auf die Grundlagen der ärztlichen Behandlung ankommt, wird der Bereich des wissenschaftlichen nichttherapeutischen Versuchs (sog. „klinisches Experiment“ oder „Humanexperiment“) nur ganz am Rande angesprochen³⁴. Die Arzneimittelprüfung³⁵ sowie der Sterilisation³⁶ bleiben von einer Prüfung ausgenommen, da besondere gesetzliche Regelungen existieren.

II. Rechtliche Beziehungen zwischen einem Arzt und einem Patienten

1. Rechtsgeschäftliche Ebene

Zwischen einem Arzt und einem Patienten besteht im Regelfall eine rechtsgeschäftliche Beziehung. Die Beteiligten schließen zumeist einen Dienstvertrag³⁷. Er stellt die Grundlage der jeweiligen Rechte und Pflichten des Arztes bzw. des Patienten dar. Durch den Vertrag wird der Arzt zur Leistung der versprochenen Dienste, der Patient zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet. Bei einem gesetzlich krankenversicherten Patienten wird ebenfalls eine vertragliche Beziehung begründet, jedoch besteht der Vergütungsanspruch nicht gegenüber dem Patienten, sondern gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung³⁸.

Der Abschluss eines Behandlungsvertrages setzt die Geschäftsfähigkeit der Vertragsschließenden Parteien voraus³⁹. Sofern ein Volljähriger gemäß § 104 Nr. 2 BGB geschäftsunfähig ist, ist eine auf einen Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung nichtig⁴⁰. Die Regelung des § 105 a Satz 1 BGB, wonach ein von einem volljährigen Geschäftsunfähigen geschlossener Vertrag in Ansehung von Leistung und, soweit vereinbart, Gegenleistung als wirksam gilt, sobald Leistung und Gegenleistung bewirkt sind, gilt in diesen Fällen nicht. Denn es handelt sich nicht um ein Geschäft des täglichen Lebens, das mit geringwertigen Mitteln bewirkt werden kann⁴¹.

³⁴ S. dazu Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rn. 917 ff.; Fröhlich, Forschung, 12 ff.

³⁵ S. §§ 40 ff. AMG.

³⁶ S. § 1905 BGB.

³⁷ §§ 611 ff. BGB; Weidenkaff, in: Palandt, Einf. v. § 611 BGB Rn. 18; s. auch ausführlich: Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rn. 74 ff.; OLG München NJW 2006, 1883 ff.; Roth, NJW 2006, 2814 ff. (2815).

³⁸ Weidenkaff, in: Palandt, Einf. v. § 611 BGB Rn. 18.

³⁹ Zur Minderjährigenproblematik siehe Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rn. 97 und Rn. 102 zur Haftungsproblematik nach § 1357 BGB; vgl. dazu KG NJW 1985, 682.

⁴⁰ § 105 Abs. 1 BGB.

⁴¹ BT-Drucks. 14/9266, 43.

Wenn ein Vertrag nicht geschlossen werden kann, z.B. weil der Patient bewusstlos ist, kommt in Eilfällen eine Behandlung durch den Arzt nach den Regelungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag in Betracht, §§ 677 ff., 681 Satz 1 BGB⁴².

2. Gerechtfertigtes ärztliches Handeln

Nach der vom Reichsgericht entwickelten Rechtsprechung erfüllt der gebotene, kunstgerecht ausgeführte ärztliche Heileingriff den äußeren Tatbestand einer Körperverletzung⁴³. Diese Rechtsprechung ist vom Bundesgerichtshof fortgeführt worden⁴⁴.

Die Rechtswidrigkeit der Körperverletzung⁴⁵ bzw. die darauf beruhende Schadensersatzpflicht⁴⁶ entfallen, wenn das ärztliche Handeln gerechtfertigt ist. Das ist der Fall, wenn eine ärztliche Indikation besteht, der Arzt den Patienten hinreichend aufklärt, dieser in die Maßnahme einwilligt und der Arzt ein Verfahren *lege artis* anwendet⁴⁷.

Die Entscheidung, dass eine ärztliche Maßnahme durchgeführt werden darf, trifft der Patient, indem er eine Einwilligung erteilt. Da hier die Vertretungsregelungen betrachtet werden sollen, ist zu klären, ob und inwieweit eine Stellvertretung bei der Erteilung der Einwilligung erfolgen kann. Dazu ist es zunächst erforderlich, die Einwilligung näher zu betrachten.

a. Das Erfordernis der Einwilligung

Das grundsätzliche Erfordernis der Einwilligung des Patienten in einen Eingriff in seinen Körper folgt nach ganz herrschender Ansicht aus dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten. Das verfassungsrechtlich verbürgte Recht auf körperliche Unversehrtheit⁴⁸, das damit eng verknüpfte allgemeine Persönlichkeitsrecht⁴⁹ und letztlich die Menschenwürde⁵⁰ erlauben es dem Einzelnen, selbst über seinen Körper zu entscheiden⁵¹. Das bedeutet aber auch, dass ein Patient eine Behand-

⁴² Vgl. Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rn. 100.

⁴³ §§ 223 ff. StGB; RGSt 25, 375 ff.; 61, 242 (256).

⁴⁴ BGHSt 11, 111 (112); BGHZ 29, 46 ff.; 67, 48 (49); 106, 153 (156).

⁴⁵ Vgl. Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rn. 244 ff.

⁴⁶ S. zu den Haftungsfolgen Laufs NJW 1979, 1230 ff.(1231 f.).

⁴⁷ Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch, § 6 Rn. 1.

⁴⁸ Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG.

⁴⁹ Art. 2 Abs. 2 GG.

⁵⁰ Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG.

⁵¹ S. oben § 1 I.; BVerfGE 52, 131 (173 ff.).

lung ablehnen kann. Dies gilt selbst dann, wenn sie die einzige Chance ist, seinen Zustand zu bessern.

b. Die Einwilligung als willentliche Erklärung

Die Einwilligung, die bis zur Vornahme der gestatteten Maßnahme frei widerruflich ist, ist eine willentliche Erklärung. Inhaltlich lautet die Einwilligung dahin, dass im Rahmen der ärztlichen Behandlung in bestimmter Weise auf Rechtsgüter der Person eingewirkt werden darf⁵².

Allerdings handelt es sich nicht um eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung im Sinne der §§ 104 ff. BGB⁵³. Dies hat zur Folge, dass bei der Beurteilung, ob eine Einwilligung wirksam ist, nicht auf die „starre Grenze der Geschäftsfähigkeit“ zurückgegriffen werden kann⁵⁴.

c. Zur Einwilligungsunfähigkeit

Generelle Bestimmungen über die Einwilligungsunfähigkeit gibt es nicht⁵⁵. Bei Volljährigen ist angesichts ihrer vollständigen Anerkennung als Rechtsperson von ihrer Einwilligungsfähigkeit auszugehen⁵⁶. Im Rahmen dieser Untersuchung interessiert die Frage, wann der Rechtsverkehr Entscheidungen dieses Personenkreises, ärztliche Maßnahmen betreffend, gleichwohl nicht als wirksam ansieht.

Die herrschende Rechtsprechung⁵⁷ und Lehre stellen darauf ab, ob der Einzelne eine natürliche Einsichts- und Steuerungs- (bzw. Urteils-)fähigkeit hat⁵⁸. Maßgeblich ist danach, ob der Betroffene in der Lage ist, die geplante Maßnahme, ihre Folgen und das insoweit bestehende Risiko zu ermessen. Entscheidend ist, ob der Patient in einem Akt der Selbstbestimmung Wesen, Bedeutung, Dringlichkeit und Tragweite des Eingriffs zumindest in groben Umrissen erkennen und das Für und Wider abwägen kann⁵⁹. Eine andere in der Literatur vertretene Auffassung weist darauf hin, dass die Einwilligung ein Instrument der eigenen Interessenwahrnehmung sei. Einwilligungsfähig ist danach derjenige, der in der Lage ist, seine Interessen vernünftig wahrzunehmen. Als vernünftig erweise sich die Entscheidung, wenn sie dem subjektiven Wertesystem des betreffenden Menschen entspreche, auf einer zutreffenden Würdigung der entscheidungsrelevanten Tatsachen beruhe

⁵² Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rn. 255.

⁵³ RGSt 41, 392 (395 ff.); BGHSt 4, 88 (90); BGHZ 29, 33 (36); zur vormaligen gegenteiligen Auffassung: RGSt 25, 375 (381); RGZ 168, 206 (210).

⁵⁴ Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rn. 233.

⁵⁵ Amelung, R & P 1995, 20 ff. (21) – insbesondere auch zu Spezialvorschriften.

⁵⁶ Lipp, Freiheit und Fürsorge, 42.

⁵⁷ Grundlegend BGHZ 29, 33 ff.

⁵⁸ Vgl. BT-Drucks. 11/4528, 71; s. auch Schwab, in: MünchKomm, § 1904 BGB Rn. 8.

⁵⁹ Ulsenheimer, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch, § 139 Rn. 27; BGHSt 4, 88 (90).

und im Fall eines Konflikts zwischen den Gütern des Betroffenen nach dessen Wertmaßstäben zur Konfliktlösung erforderlich sei ⁶⁰.

Beide Ansichten berücksichtigen den Zweck der Einwilligung nicht hinreichend. Die Einwilligung ist (eine) Voraussetzung gerechtfertigten ärztlichen Handelns; sie dient der „Erlaubtheit des ärztlichen Tuns“ ⁶¹. Sie soll diese Rechtsfolge als Ausdruck einer eigenverantwortlichen Entscheidung herbeiführen. Das setzt voraus, dass der Betroffene in der Lage sein muss, die rechtliche Bedeutung und Tragweite dieser Entscheidung zu erfassen und sich danach festzulegen ⁶².

d. Zur Aufklärung

Die Einwilligung ist nur wirksam, „wenn der Patient die für die Tragweite seines Entschlusses relevanten Umstände kennt“ ⁶³. Folglich muss der Betroffene durch den (be)handelnden Arzt entsprechend aufgeklärt werden ⁶⁴.

Über welche Umstände aufzuklären ist, ist in den Einzelheiten umstritten ⁶⁵. So wird vertreten, dass über Anlass, Dringlichkeit, Umfang, Schwere, Risiken, Art, mögliche Komplikationen und Nebenwirkungen des Eingriffs, dessen Erfolgchancen, Folgen der Nichtbehandlung und etwaige Behandlungs- und Kostenalternativen informiert werden müsse ⁶⁶. Eine eingehende Auseinandersetzung mit dieser Problematik erscheint entbehrlich, da Erkenntnisse für die im Rahmen dieser Untersuchung zu erörternden Fragen nicht zu erwarten sind. Maßgeblich ist nur, dass die Aufklärung so erfolgen muss, dass der Betroffene in die Lage versetzt wird, die rechtliche Bedeutung und Tragweite der Entscheidung zu verste-

⁶⁰ Amelung, R & P 1995, 20 ff. (23).

⁶¹ Schwab, in: MünchKomm, § 1904 BGB Rn. 4.

⁶² Lipp, Freiheit und Fürsorge, 66, 71; teilweise a.A. Schwab, in: MünchKomm, § 1904 BGB Rn. 4; vgl. auch Kothe, AcP 185 (1985), 105 ff.

⁶³ Ulsenheimer, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch, § 139 Rn. 38.

⁶⁴ S. zu den Grundlagen der Aufklärungspflicht: Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rn. 243 ff.; RGSt 25, 375; BVerfGE 52, 131 (175).

⁶⁵ Vgl. Sprau, in: Palandt, § 823 BGB Rn. 138.

⁶⁶ Vgl. Ulsenheimer, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch, § 139 Rn. 38; zu Varianten nach dem Bezugspunkt der Aufklärung s. die zusammenfassende Darstellung bei Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rn. 266 ff.; Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch, § 84 Rn. 4; vgl. z.B. zur Diagnostik-aufklärung: Wussow, VersR 2002, 1338 ff.; zur Verlaufsaufklärung: BGHZ 90, 103 ff.; zur Risiko-aufklärung: BGH Warn 1992, Nr. 121; zur Belastung bei Risikoverwirklichung: BGHZ 144, 1 ff.; zur Aufklärung über typische Risiken: BGHR BGB § 823 Abs. 1 Arzthaftung 80; zur Aufklärung bei neuen Behandlungsmethoden BGH NJW 2006, 2477 – dazu Katzenmeier NJW 2006, 2738 ff. (2739 ff.); zur Risiko-aufklärung bei fremdnütziger Blutspende BGHZ 166, 336 ff. – dazu Spickhoff, NJW 2006, 2075 ff.

hen und sie daran auszurichten. Unerheblich ist damit, ob der Einzelne nicht rechtliche Folgen – z.B. hinsichtlich der Wirtschaftlichkeit – überblicken kann ⁶⁷.

Dem beschriebenen Zweck kann nur entsprochen werden, wenn die Aufklärung rechtzeitig vor einer ärztlichen Maßnahme erfolgt ⁶⁸. Der Patient muss in der Lage sein, durch hinreichende Abwägung der für und gegen den Eingriff sprechenden Gründe seine Entscheidungsfreiheit und sein Selbstbestimmungsrecht zu wahren ⁶⁹. Deshalb hat die Aufklärung vom Empfängerhorizont des jeweiligen Patienten auszugehen ⁷⁰.

Der Patient kann allerdings darauf verzichten, sich aufklären zu lassen ⁷¹. Der Verzicht richtet sich nach den Regeln der Einwilligung ⁷². Ob er wirksam ist, ist insbesondere bei weitgehenden Eingriffen nach strengen Anforderungen zu beurteilen ⁷³. D. h. es bedarf einer deutlichen Erklärung ⁷⁴. Es wird auch vertreten, dass ein konkludenter Verzicht möglich sei ⁷⁵. Dem kann im Hinblick auf das Selbstbestimmungsrecht des Patienten allenfalls in Ausnahmefällen gefolgt werden, nämlich dann, wenn sich der Verzichtswille „eindeutig aus dem Verhalten des Patienten ablesen lässt“ ⁷⁶.

e. Erklärte und mutmaßliche Einwilligung

Regelmäßig wird ein Patient eine ausdrückliche Einwilligung (oder Ablehnung) zu einer bestimmten ärztlichen Maßnahme erklären. Befindet sich ein Patient aber in einem Zustand, in dem er nicht mehr eigenverantwortlich entscheiden kann, kann auf die sog. mutmaßliche Einwilligung zurückgegriffen werden ⁷⁷.

⁶⁷ Lipp, Freiheit und Fürsorge, 66; OGHZ 4, 66, 72; 2, 45, 54; RG Warn 1911 Nr. 164; Seuff Arch Bd. 40 (1884) Nr. 5; a.A. Amelung, ZStW 104 (1992), 525 ff. (544 ff.).

⁶⁸ Vgl. BGH NJW 1998, 2734 ff., 1994, 3009 (3011).

⁶⁹ BGH NJW 1998, 2734.

⁷⁰ Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rn. 282; vgl. BVerfGE 52, 131 (171 ff.); differenzierend Nütgens, in: RGRK, § 823 BGB, Anh. II, Rn. 112.

⁷¹ BGHZ 29, 46 (54); 29 (176); Wagner, in: MünchKomm, § 823 BGB Rn. 716.

⁷² Hager, in: Staudinger, § 823 BGB Rn. I 100.

⁷³ BGH NJW 1973, 556 (558).

⁷⁴ BGH NJW 1973, 556 (558).

⁷⁵ HansOLG Bremen MedR 1983, 111 (112).

⁷⁶ Hager, in: Staudinger, § 823 BGB Rn. I 100.

⁷⁷ Vgl. Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 2 Rn. 237. Von der mutmaßlichen Einwilligung ist die „hypothetische“ zu unterscheiden. Sie ermöglicht dem Arzt den Einwand, dass ein Patient mit einem Eingriff einverstanden wäre, wenn er hinreichend aufgeklärt worden wäre; vgl. BGHZ 29, 176 (187).

Die mutmaßliche Einwilligung ist in notstandsähnlichen Fällen ⁷⁸ - allerdings nicht nur bei vitaler Indikation ⁷⁹ - als Rechtfertigungsgrund anerkannt ⁸⁰. Sie legitimiert die Behandlung nur bei einer Eilbedürftigkeit ⁸¹.

Bei der mutmaßlichen Einwilligung wird eine bestimmte Entscheidung des Betroffenen unterstellt ⁸². Hat er hingegen in eigenverantwortlichem Zustand eine wirksame Entscheidung getroffen, kann diese nicht durch einen Rückgriff auf den mutmaßlichen Willen korrigiert werden ⁸³. Gegenüber der tatsächlichen Einwilligung ist die Legitimationskraft der mutmaßlichen Einwilligung gemindert, weil ihre Feststellung unsicher ist ⁸⁴. Die Voraussetzungen und die Kriterien, die hinsichtlich des die mutmaßliche Einwilligung bestimmenden mutmaßlichen Willens ⁸⁵ des Einzelnen entscheidend sind, sind umstritten.

Ein Teil des (älteren) strafrechtlichen Schrifttums sieht die mutmaßliche Einwilligung als Sonderform des gesetzlichen Notstands an. Die Autoren stellen vorrangig auf eine objektive Interessenlage ab ⁸⁶. Der Eingriff muss danach im Interesse des Betroffenen liegen ⁸⁷.

Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs in Strafsachen ist angesichts des Vorrangs des Selbstbestimmungsrechts des Patienten „der Inhalt des mutmaßlichen Willens in erster Linie aus den persönlichen Umständen des Betroffenen, aus seinen individuellen Interessen, Wünschen, Bedürfnissen und Wertvorstellungen zu ermitteln“ ⁸⁸.

⁷⁸ Vgl. § 34 StGB; ausführlich Karliczek, 69 ff.

⁷⁹ BGHSt 35, 246 ff.

⁸⁰ BGHSt 35, 246 (249 ff.); BGHZ 29, 46 (52).

⁸¹ BGHZ 29, 46 (52); Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rn. 200 f.; Fischer: in: Festschrift für Deutsch, 545 ff. (551); Ulsenheimer, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch, § 139 Rn. 47; Lipp, Freiheit und Fürsorge, 216 m.w.N.

⁸² Fischer, in: Festschrift für Deutsch, 545 ff. (548).

⁸³ Eine Ausnahme besteht dann, wenn sich die Sachlage nachträglich so geändert hat, dass die getroffene Entscheidung diese neue Sachlage nicht umfasst – vgl. Taupitz, in: Festgabe BGH I, 497 ff. (512).

⁸⁴ Fischer, in: Festschrift für Deutsch, 545 ff. (548).

⁸⁵ S. dazu BGHSt 35, 246 (249 ff.); BGHZ 29, 46 (52); Deutsch AcP 192 (1992), 161 ff. (168); Fischer, Festschrift für Deutsch, 545 ff.; Lipp, in: Wolter/Riedel/Taupitz, Selbstbestimmung, 75 ff. (78); Bergmann, in: Staudinger, § 677 BGB Rn. 15 ff.; Spickhoff, in: Soergel, § 823 BGB Rn. 126; vgl. Karliczek, 67 f.

⁸⁶ Z.B. Welzel, § 14 V.

⁸⁷ Dieser Ansicht kann angesichts der Legitimationsgrundlage, nämlich im Hinblick auf das Selbstbestimmungsrecht des Patienten nicht beigeplichtet werden, s. Fischer, in: Festschrift für Deutsch, 545 ff. (548); Knauf, 85.

⁸⁸ BGHSt 35, 246 (249 f.); zur strafrechtlichen Literatur Nachweise bei Fischer, in: Festschrift für Deutsch, 545 ff.

In der zivilrechtlichen Literatur wird häufig eine Anlehnung an die Regelungen der berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag vorgenommen⁸⁹. Derjenige, der ein Geschäft für einen anderen besorgt, ohne von ihm beauftragt oder ihm sonst gegenüber berechtigt zu sein, hat das Geschäft so zu führen, wie es das Interesse des Geschäftsherrn mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder mutmaßlichen Willen erfordert⁹⁰. Auch hier ist allerdings umstritten, welche Bedeutung dem mutmaßlichen Willen zukommt und nach welchen Kriterien er zu bestimmen ist.

Eine Vertiefung der Problematik erscheint an dieser Stelle entbehrlich⁹¹. Maßgeblich ist insoweit nur, dass die mutmaßliche Einwilligung lediglich in einem Notfall dazu berechtigen kann, in die Entscheidungszuständigkeit des Betroffenen einzugreifen⁹². Könnte auf sie in solchen Fällen allerdings nicht zurückgegriffen werden, könnte ein Patient mangels entsprechender Willensbekundung nicht behandelt werden⁹³.

Für den weiteren Gang der Untersuchung ist es erforderlich, eine Abgrenzung der mutmaßlichen Einwilligung zur Stellvertretung vorzunehmen. Ein Stellvertreter gibt eine eigene Willenserklärung im Namen des Vertretenen mit Wirkung für und gegen ihn ab⁹⁴. Eine Entscheidung eines Stellvertreters (für und gegen einen anderen) ist vorrangig gegenüber einem Handeln eines Arztes auf Grund einer mutmaßlichen Einwilligung. Die mutmaßliche Einwilligung rechtfertigt lediglich das (alleinige) ärztliche Handeln; der Arzt ist kein Vertreter des Patienten⁹⁵.

f. Zeitpunkt der Einwilligung

Im Regelfall wird die Einwilligung in eine zeitnah bevorstehende ärztliche Maßnahme erteilt. Gleiches gilt, wenn eine solche Maßnahme abgelehnt wird. Denkbar ist aber auch, dass eine früher erklärte Einwilligung des Patienten fortwirkt⁹⁶. Man spricht in derartigen Fällen von einer antizipierten Einwilligung⁹⁷. Eine etwa eingetretene, spätere Einwilligungsunfähigkeit ändert nach dem Rechtsgedanken des § 130 Abs. 2 BGB an der fortdauernden Maßgeblichkeit des früher erklärten Willens nichts.

⁸⁹ Deutsch, AcP 192 (1992), 161 ff. (168); Spickhoff, in: Soergel, § 823 BGB Rn. 126; kritisch Knauf, 101 ff.

⁹⁰ § 677 BGB.

⁹¹ S. unten § 3 VII. 1. b. aa.

⁹² Lipp, Freiheit und Fürsorge, 214.

⁹³ Taupitz, in: Festgabe BGH I, 497 ff. (504).

⁹⁴ § 164 Abs. 1 Satz 1 BGB.

⁹⁵ Vgl. Lipp, Freiheit und Fürsorge, 214.

⁹⁶ Lipp, in: May u.a., Passive Sterbehilfe, 37 ff.; Taupitz, Verhandlungen des 63. Deutschen Juristentages, Gutachten A. 41; BGHZ 154, 205 (210 / 211).

⁹⁷ Wagner, in: MünchKomm, § 823 BGB Rn. 673 f.; Deutsch, NJW 1979, 1905 ff.; Uhlenbruck, MedR 1992, 134 ff.

Die Problematik der antizipierten Einwilligung wird insbesondere bei Patientenverfügungen diskutiert. Darunter versteht man eine „Willensäußerung eines entscheidungsunfähigen Menschen zur zukünftigen Behandlung im Falle der eigenen Äußerungsunfähigkeit“⁹⁸. Die Erklärung enthält „Angaben zur gewünschten Art und zum gewünschten Umfang medizinischer Behandlung in bestimmten Krankheitssituationen, meist jedoch Festlegungen zum Schutz vor Übertherapie, selten vor Untertherapie“⁹⁹. Eine Patientenverfügung ist von einer bloßen Mitteilung von Wünschen, Wertvorstellungen o.ä., die keine unmittelbaren Rechtswirkungen gegenüber Dritten entfalten, zu unterscheiden¹⁰⁰.

Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs bindet eine in einem einwilligungsfähigen Zustand getroffene antizipative Willensbekundung des Betroffenen in Form einer Patientenverfügung, mag sie sich als Einwilligung in oder Veto gegen eine bestimmte medizinische Behandlung darstellen, ihn als Ausdruck des fortwirkenden Selbstbestimmungsrechts, aber auch der Selbstverantwortung¹⁰¹. Schon die Würde des Menschen verlange, dass eine von ihm eigenverantwortlich getroffene Entscheidung auch dann respektiert werde, wenn der Einzelne die Fähigkeit zu eigenverantwortlichem Entscheiden inzwischen verloren habe¹⁰².

In diesem Zusammenhang ist eine eingehendere Betrachtung nicht notwendig¹⁰³. Es ist lediglich darauf hinzuweisen, dass gerade die Reichweite und der Anwendungsbereich von Patientenverfügungen, die die Behandlung am Lebensende betreffen, umstritten sind¹⁰⁴. Für die Untersuchung ist hier nur eine Abgrenzung zwischen einer antizipierten Einwilligung und der Stellvertretung vorzunehmen. Dabei ist maßgeblich, dass es keiner Entscheidung eines Stellvertreters mehr bedarf, wenn eine wirksame Patientenverfügung vorliegt¹⁰⁵. Das setzt aber voraus, dass die Situation, in der die Verfügung „greifen“ soll, hinreichend konkret vorgehen und beschrieben wird¹⁰⁶. Nur wenn dies gewährleistet ist, kann der einmal geäußerte Wille fort gelten.

⁹⁸ Enquete-Kommission „Ethik und Recht der modernen Medizin“, Zwischenbericht vom 13. September 2004, BT-Drucks. 15/3700, 5.

⁹⁹ BT-Drucks. 15/3700, 5.

¹⁰⁰ Vgl. Lipp/Nagel, FF 2005, 83 (84).

¹⁰¹ BGHZ 154, 205 (210 / 211).

¹⁰² BGHZ 154, 205 (210 / 211).

¹⁰³ S. dazu § 3 VII. 4.

¹⁰⁴ Vgl. Enquete-Kommission „Ethik und Recht der modernen Medizin“, BT-Drucks. 15/3700, und Referentenentwurf des Bundesministeriums für Justiz eines 3. Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts, im Internet unter <http://www.betreuung-mit-zukunft.de/93734/94065.html>.

¹⁰⁵ Davon zu trennen ist die Frage, welche Aufgabe ein gesetzlicher oder gewillkürter Vertreter in einem solchen Fall hat.

¹⁰⁶ Dass dies sowohl für den die Verfügung Errichtenden als auch für denjenigen, der ihre Reichweite zu prüfen hat, schwierig festzustellen ist, liegt auf der Hand; vgl. dazu: v. Drewitz/Kirchner, MedR 2005, 134 (135).

III. Zusammenfassung

Die Erwägungen zur rechtlichen Beziehung zwischen einem Arzt und einem Patienten sind wie folgt zusammenzufassen:

1. Der gebotene, kunstgerecht ausgeführte Heileingriff erfüllt den äußeren Tatbestand einer Körperverletzung. Ärztliches Handeln ist gerechtfertigt, wenn drei Grundvoraussetzungen vorliegen: eine Indikation, eine Einwilligung nach Aufklärung des Patienten und ein Verfahren *lege artis*.
2. Die Einwilligung ist eine willentliche, frei widerrufliche Erklärung. Inhaltlich lautet sie dahin, dass im Rahmen der ärztlichen Behandlung in bestimmter Weise auf Personengüter eingewirkt werden darf. Einwilligungsfähig ist derjenige, der in der Lage ist, die rechtliche Bedeutung und Tragweite einer Entscheidung zu erfassen und sich danach festzulegen. Kann ein Patient eine entsprechende Bestimmung nicht treffen, ist zu klären, ob eine Entscheidung durch einen Stellvertreter erfolgen kann. Auf eine mutmaßliche Einwilligung kann nur zur Rechtfertigung ärztlichen Handelns in Eilfällen zurückgegriffen werden. Der Arzt, der auf Grund einer mutmaßlichen Einwilligung handelt, ist kein Stellvertreter.

Nachdem erste Abgrenzungen vorgenommen worden sind, sind nunmehr Fragen der Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten eingehender zu erörtern.

§ 3 Zur Vertretung durch einen Betreuer

Wenn ein Volljähriger krankheits- bzw. behinderungsbedingt seine Angelegenheiten nicht besorgen kann, kann das Vormundschaftsgericht für ihn einen Betreuer bestellen ¹⁰⁷.

Eine Betreuung ist entbehrlich, soweit die Angelegenheiten durch einen Bevollmächtigten oder durch andere Hilfen, bei denen kein gesetzlicher Vertreter bestellt wird, ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können ¹⁰⁸. Diese Regelung beinhaltet allgemein den Grundsatz der Nachrangigkeit der Betreuung ¹⁰⁹ oder umgekehrt „den Vorrang der Eigenvorsorge“ vor staatlicher Hilfe ¹¹⁰. Der Nachrang der Betreuung bzw. der Vorrang der Eigenvorsorge enden allerdings da, wo die Angelegenheiten eines Betroffenen durch andere Hilfen nicht ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können ¹¹¹.

¹⁰⁷ § 1896 Abs. 1 Satz 1 BGB.

¹⁰⁸ § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB.

¹⁰⁹ BT-Drucks. 11/4528, 122.

¹¹⁰ Bienwald, in: Bienwald u.a., Betreuungsrecht, § 1896 BGB Rn. 70; Schwab, in: MünchKomm, § 1896 BGB Rn. 48.

¹¹¹ BT-Drucks. 11/4528, 122.

Aus den bereits dargelegten Gründen ¹¹² beschäftigt sich die Untersuchung zunächst mit dem Rechtsinstitut der Betreuung.

I. Vorläufer des Betreuungsrechts: Entmündigung und Vormundschaft sowie Pflegschaft

Eine umfängliche Darstellung, wie bis zum Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches verfahren wurde, wenn ein Mensch nicht in der Lage war, seine Angelegenheiten zu regeln, ist für die in dieser Arbeit zu erörternden Fragen entbehrlich ¹¹³. Allerdings erscheint es für das Verständnis der betreuungsrechtlichen Regelungen notwendig, sich kurz mit den „direkten Vorläufern“ zu befassen.

Nach dem am 1. Januar 1900 in Kraft getretenen Bürgerlichen Gesetzbuch stellte die Entmündigung eine konstitutive Entscheidung über die Geschäftsfähigkeit des Betroffenen dar ¹¹⁴. Ein Volljähriger, der entmündigt war, erhielt einen Vormund ¹¹⁵. Auf die Vormundschaft für einen Volljährigen fanden die für die Vormundschaft bei Minderjährigen geltenden Vorschriften ¹¹⁶ weitestgehend Anwendung ¹¹⁷. Der Vormund hatte für die Person des Mündels nur insoweit zu sorgen, als es der Zweck der Vormundschaft erforderte ¹¹⁸.

Ein Volljähriger hingegen, der nicht unter Vormundschaft stand, konnte einen Pfleger für seine Person und sein Vermögen erhalten, wenn er infolge körperlicher Gebrechen seine Angelegenheiten nicht zu besorgen vermochte ¹¹⁹.

Konnte er auf Grund geistiger oder körperlicher Gebrechen einzelne oder einen bestimmten Kreis seiner Angelegenheiten, insbesondere seine Vermögensangelegenheiten nicht regeln, kam eine Pflegerbestellung für diese Wirkungskreise in Betracht ¹²⁰. Für die Pflegschaft wurden in weiten Teilen die vormundschaftsrechtlichen Regelungen herangezogen ¹²¹.

¹¹² S. oben § 1 II.

¹¹³ Vgl. die ausführliche Darstellung in BT-Drucks. 11/4528, 44 ff.

¹¹⁴ BT-Drucks. 11/4528, 45; s. §§ 6 Abs. 1, 104 und 1910 BGB a.F.

¹¹⁵ § 1896 BGB a.F.

¹¹⁶ § 1773 BGB a.F.

¹¹⁷ § 1897 Abs. 1 BGB a.F.

¹¹⁸ § 1901 Abs. 1 BGB a.F.

¹¹⁹ § 1910 Abs. 1 BGB a.F.

¹²⁰ § 1910 Abs. 2 BGB a.F.

¹²¹ § 1915 BGB a.F.

Sowohl der Vormund als auch der Pfleger für einen Geschäftsunfähigen waren gesetzlicher Vertreter des Betroffenen. Der Pfleger für einen Geschäftsfähigen hatte die Stellung eines staatlich bestellten Bevollmächtigten ¹²².

Man ging davon aus, dass bei der Vormundschaft dem Willen des Vormunds Vorrang zukomme. Für die Gebrechlichkeitspflegschaft sollte dies nur gelten, wenn der Pflegling geschäftsunfähig war. Andernfalls sei dessen Wille vorrangig ¹²³.

Hinsichtlich der hier besonders interessierenden Entscheidungen, nämlich der Untersuchung des Gesundheitszustandes, einer Heilbehandlung oder bezüglich eines ärztlichen Eingriffs enthielt das damals maßgebliche Recht keine besonderen Regelungen ¹²⁴.

Die Bestimmungen blieben seit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches nahezu unverändert ¹²⁵.

II. Reformüberlegungen

Gerade – aber nicht nur – im Bereich ärztlicher Maßnahmen wurden die geltenden Regelungen kritisiert. Es wurde konstatiert, dass insbesondere die Behandlungspflegschaft weithin offenbar nur ein theoretisches Dasein in Lehrbüchern führe ¹²⁶. Bei Menschen mit schweren psychischen Behinderungen werde kaum je geprüft, ob sie die Tragweite einer medizinischen Behandlung übersehen und sich rechtswirksam einverstanden erklären könnten ¹²⁷.

¹²² BT-Drucks. 11/4528, 40; s. auch Motive Bd. IV, 1256; vgl. RG HRR 1929, Nr. 1651 (LS); BGHZ 48, 147 (159 f.).

¹²³ BT-Drucks. 11/4528, 40.

¹²⁴ BT-Drucks. 11/4528, 39.

¹²⁵ Allerdings wurde auf Grund einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 10. Februar 1960 (BVerfGE 10, 302 ff.) durch das Gesetz zur Vereinheitlichung und Änderung familienrechtlicher Vorschriften (Familienrechtsänderungsgesetz) vom 11. August 1961 (BGBl. I, 1221) die Vorschrift des § 1800 Abs. 2 BGB eingeführt. Danach war die Unterbringung des „Mündels“, die mit Freiheitsentziehung verbunden war, von einer Genehmigung des Vormundschaftsgerichts abhängig. Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts, a.a.O., 329, lag die materielle Grundlage für die Freiheitsentziehung im Aufenthaltsbestimmungsrecht des Vormunds, der Maßstab ihrer Berechtigung im Wohl des Mündels.

¹²⁶ Zenz u.a. Rechtstatsachenforschung, 50; vgl. auch Göppinger, FamRZ 1980, 856 ff.; Baumann NJW 1980, 1873 ff.

¹²⁷ Zenz u.a., Rechtstatsachenforschung, 50.

Es wurde eine Reform des Rechts der Entmündigung, Vormundschaft über Volljährige und der Gebrechlichkeitspflegschaft gefordert¹²⁸. Die Behandlung und Versorgung psychisch Kranker und Behinderter müsse sich an deren Bedürfnissen und Möglichkeiten orientieren. Die Entwicklung medikamentöser Behandlungen und anderer Methoden der Therapie, Rehabilitation und Betreuung habe die Möglichkeiten für eine bedarfsgerechte individuelle Versorgung des jeweiligen Patienten erweitert und erlaube ihm in weitaus größerem Maße als zuvor ein selbständiges Leben in der Gesellschaft. Dies verlange auch eine Reform der zivilrechtlichen Schutz- und Hilfsmaßnahmen. Die Entmündigung solle abgeschafft werden. Anstelle der bisherigen Vormundschaft und Pflegschaft über Erwachsene solle ein flexibles und abgestuftes System von Betreuungsmaßnahmen treten¹²⁹.

Im September 1986 gab die damalige Bundesregierung Leitlinien einer Reform bekannt¹³⁰. Danach sollte das Nebeneinander von Vormundschaft und Pflegschaft durch ein einheitliches Rechtsinstitut der Betreuung abgelöst werden. Die Neuregelung sollte stärker auf das individuelle Betreuungsbedürfnis eingehen. Die verbliebenen Fähigkeiten des Betroffenen seien zu berücksichtigen. In Rechte des Betroffenen dürfe nur eingegriffen werden, soweit dies erforderlich sei. Den Zielsetzungen und Möglichkeiten der Rehabilitation sei Rechnung zu tragen. Es solle ein Abbau der Überbetonung der vermögensrechtlichen Aufgaben erfolgen. Dafür sei die persönliche Betreuung in den Vordergrund zu stellen. Das Verfahren solle so gestaltet werden, dass die rechtsstaatlichen Garantien gewahrt seien.

Im Dezember 1987 legte eine interdisziplinäre Arbeitsgruppe einen ersten Diskussions-Teilentwurf vor¹³¹. Ein weiterer Entwurf folgte im Mai 1988. Die Bundesregierung verabschiedete am 11. Mai 1989 den Gesetzentwurf eines neuen Betreuungsgesetzes¹³². Im Rechtsausschuss des Bundestages wurde der Entwurf überarbeitet¹³³. Der Bundestag nahm den Gesetzentwurf am 25. April 1990 in der Fassung der Beschlüsse des Rechtsausschusses in der zweiten und dritten Lesung an. Der Bundesrat stimmte dem Gesetz am 1. Juni 1990 zu. Einige Vorschriften sind durch das 1. Betreuungsrechtsänderungsgesetz vom 25. Juni 1998 und das bereits angesprochene 2. Änderungsgesetz reformiert worden.

¹²⁸ Arnold, FamRZ 1971, 289 ff.; Zenz u.a., Rechtstatsachenforschung, 31 ff.; Bienwald, FamRZ 1987, 533 ff.; Holzhauser/Bruder, Verhandlungen des 57. Deutschen Juristentages, Gutachten B/C; Pardey, Rpfleger 1989, 229 f.

¹²⁹ Psychiatrie-Enquete des Deutschen Bundestages, BT-Drucks. 7/4200, insb. 34, 37; s. dazu die bejahende Antwort der damaligen Bundesregierung, BT-Drucks. 8/2565, 49; Mende, Gutachten, 27.

¹³⁰ BT-Drucks. 10/5970, 1ff.

¹³¹ Diskussions-Teilentwurf, 1 ff.; dazu Bienwald, FamRZ 1988, 902 ff., 1012 ff.

¹³² BT-Drucks. 11/4528.

¹³³ BT-Drucks. 11/6949; s.a. Anlage 2 der BT-Drucks. 11/4528.

III. Grundprinzipien des Betreuungsrechts

Die maßgeblichen Prinzipien des Betreuungsrechts lassen sich anhand weniger Regelungen aufzeigen.

Das Vormundschaftsgericht bestellt, wenn ein Volljähriger auf Grund einer psychischen Krankheit oder körperlichen oder seelischen Behinderung seine Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht besorgen kann, auf seinen Antrag oder von Amts wegen einen Betreuer¹³⁴. Gegen den freien Willen des Betroffenen kommt eine Betreuerbestellung nicht in Betracht¹³⁵. Eine Betreuung darf nur für Aufgabenkreise angeordnet werden, in denen sie erforderlich ist¹³⁶. Der Betreuer ist gesetzlicher Vertreter des Betroffenen¹³⁷. Er hat die Angelegenheiten des Betreuten so zu besorgen, wie es dessen Wohl entspricht¹³⁸. Er hat Wünschen des Betreuten zu entsprechen, soweit dies dessen Wohl nicht zuwiderläuft und dem Betreuer zuzumuten ist¹³⁹.

Der Erforderlichkeitsgrundsatz durchzieht das gesamte Betreuungsrecht¹⁴⁰. Er ist der Maßstab dafür, ob ein Betreuer zu bestellen ist. Er bestimmt aber auch Art und Umfang des Aufgabenkreises¹⁴¹. Er hat Verfassungsrang, soweit die Betreuung oder weitere mit ihr verbundenen Anordnungen sich als Eingriff in die Freiheitssphäre der Person darstellen¹⁴². Dem Erforderlichkeitsprinzip wird im Rahmen des Betreuungsrechts dadurch Rechnung getragen, dass sowohl die Fürsorge für den Betroffenen als auch die Beschränkung seiner Rechtsstellung auf das jeweilige, im Einzelfall notwendige Maß begrenzt werden¹⁴³.

Die Wahrung des Selbstbestimmungsrechts des Betroffenen ist ein gewichtiges Anliegen des Betreuungsrechts¹⁴⁴. Die Menschenwürde macht die Fähigkeit zur Selbstbestimmung und –gestaltung aus¹⁴⁵. Anträge und Wünsche des Betreuten

¹³⁴ § 1896 Abs. 1 Satz 1 BGB.

¹³⁵ § 1896 Abs. 1 a BGB.

¹³⁶ § 1896 Abs. 2 Satz 1 BGB.

¹³⁷ §§ 1902, 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB.

¹³⁸ § 1901 Abs. 1 Satz 1 BGB.

¹³⁹ § 1901 Abs. 3 Satz 1 BGB.

¹⁴⁰ BVerfG FamRZ 1999, 1419 (1420).

¹⁴¹ Vgl. Knittel, Betreuungsgesetz, § 1896 BGB, Rn. 116.

¹⁴² Vgl. BVerfGE 58, 208 (225); BayObLGZ 1994, 209, 211; s.a. BT-Drucks. 11/4528, 120.

¹⁴³ Lipp, Freiheit und Fürsorge, 15/16; Diskussions-Teilentwurf, 39; Regierungsentwurf, 58 ff.; zur Vermeidung „unnötiger Betreuungen“ siehe BT-Drucks. 11/4528, 122; Bienwald, in: Bienwald u.a., Betreuungsrecht, § 1896 BGB Rn. 44 ff.

¹⁴⁴ S. dazu Kollmer, Rpfleger 1995, 45 ff.; vgl. Knittel, Betreuungsgesetz, § 1896 BGB Rn. 19.

¹⁴⁵ Kollmer, Selbstbestimmungsrecht, 20.

sind unabhängig von seiner Geschäftsfähigkeit bedeutsam ¹⁴⁶. Die Wünsche sind maßgeblich, soweit dies dem Wohl des Betreuten nicht widerspricht und dem Betreuer zuzumuten ist ¹⁴⁷.

Sowohl die Entmündigung wegen Geisteskrankheit als auch diejenige wegen Geisteschwäche, Verschwendung, Trunk- oder Rauschgiftsucht stellten die Geschäftsunfähigkeit bzw. beschränkte Geschäftsfähigkeit des Betroffenen konstitutiv fest. Eine vergleichbare Folge hatte im Ergebnis auch die Anordnung einer Zwangspflegschaft. Sie setzte die Geschäftsunfähigkeit des Pflegelings voraus ¹⁴⁸. Die Anordnung der Zwangspflegschaft ¹⁴⁹ enthielt damit zugleich die gerichtliche Feststellung der Geschäftsunfähigkeit für den Bereich der Pflegschaft ¹⁵⁰. Die Anordnung einer Betreuung hingegen führt nicht zu einer Beschränkung der Geschäfts- und Einwilligungsfähigkeit ¹⁵¹. Sie erfordert auch keine entsprechende Feststellung ¹⁵².

Nach Betrachtung der Grundprinzipien des Betreuungsrechts soll auf die Aufgaben der Betreuung allgemein eingegangen werden. Daraus können sich Schlussfolgerungen ergeben, wann in den hier zu untersuchenden Bereichen eine Betreuerbestellung in Betracht kommt und wie die Aufgaben der Betreuung wahrzunehmen sind.

IV. Die Aufgaben der Betreuung allgemein

Ein Betreuer hat die Angelegenheiten des Betreuten im gerichtlich bestimmten Aufgabenkreis „rechtlich zu besorgen“ ¹⁵³. Der Gesetzgeber bezeichnet diese Aufgabenwahrnehmung als „Rechtsfürsorge“ ¹⁵⁴. Eine gesonderte gesetzliche Definition, was darunter zu verstehen ist, fehlt ¹⁵⁵.

¹⁴⁶ §§ 1896 Abs. 1 Satz 2, 1897 Abs. 4, 1908 d Abs. 2 Satz 2 BGB.

¹⁴⁷ § 1901 Abs. 3 Satz 1 BGB.

¹⁴⁸ BGHZ 35, 1 (6); 48 (147 ff., 159); 70, 252 (258 ff.).

¹⁴⁹ S. dazu Windscheid/Kipp, III, § 447, 181.

¹⁵⁰ Lipp, Freiheit und Fürsorge, 20; Schwab, Festschrift für Mikat, 881 ff. (886).

¹⁵¹ Diskussions-Teilentwurf, 99; Regierungsentwurf, 59 ff; ins. zur Einwilligungsunfähigkeit: BT-Drucks. 11/4528, 208, 227; BT-Drucks. 11/6949, 72; BT-Drucks. 11/4528, 59, 61.

¹⁵² Bienwald, in: Bienwald u.a., Betreuungsrecht, § 1896 BGB Rn. 17; s. aber v. Sachsen-Gessaphe, 415 ff., zur Frage der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit als Eingangsschwelle der Betreuung.

¹⁵³ §§ 1897 Abs.1, 1901 BGB.

¹⁵⁴ S. BT-Drucks. 11/4528, 114; BT-Drucks. 13/7158, 33 f. (zum 1. Betreuungsrechtsänderungsgesetz); Bauer, in: HK-BUR, § 1896 BGB Rn. 6; Bienwald, in: Staudinger, § 1896 BGB Rn. 52; Diederichsen, in: Palandt, Einf. v. § 1896 BGB Rn. 1, § 1901 BGB Rn. 1; Müller, in: Bamberger/Roth, § 1901 BGB Rn. 2; vgl. BVerfGE 10, 302 (311).

¹⁵⁵ Lipp, in: Betrifft: Betreuung 8, 15 ff. (16).

1. Inhaltliche Bedeutung der Rechtsfürsorge

Der Betreuer vertritt den Betroffenen im festgelegten Aufgabenkreis gerichtlich und außergerichtlich¹⁵⁶. Er ist dessen gesetzlicher Vertreter¹⁵⁷. Die Normierungen scheinen darauf hinzudeuten, die Aufgabe des Betreuers als Stellvertretung im Sinne der „Abgabe von rechtlichen Erklärungen für den Betreuten“¹⁵⁸ zu beschreiben.

Dem ist allerdings nicht zuzustimmen, wenn man den Zusammenhang des betreuungsrechtlichen Regelwerks betrachtet. Aus mehreren Vorschriften, z.B. aus den Regelungen zur Genehmigung der Unterbringung oder unterbringungsähnlicher Maßnahmen¹⁵⁹, ergibt sich, dass der Betreute nicht nur vertreten, sondern auch vor Gefahren (etwa betreffend seine Person) geschützt werden soll¹⁶⁰. Die Rechtsfürsorge dient folglich nicht der „bloßen“ Vertretung des Betreuten, sondern auch dessen Schutz¹⁶¹.

2. Zur Rechtfertigung der Rechtsfürsorge

Nach den früheren Ausführungen¹⁶² setzt die Einrichtung einer Betreuung nicht voraus, dass der volljährige Betroffene geschäftsunfähig ist. Die gesetzliche Vertretung ist aber mit jeder Betreuung verbunden¹⁶³. Damit stellt sich die Frage, aus welchen Gründen es gerechtfertigt ist, einem Volljährigen Hilfe und Schutz im vorbeschriebenen Sinn angedeihen zu lassen¹⁶⁴.

Nach den in § 1896 BGB formulierten Voraussetzungen¹⁶⁵ muss bei dem Betroffenen eine Erkrankung oder Behinderung festgestellt werden, infolge derer er seine Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag¹⁶⁶. Dies ist einmal der Fall, wenn er entscheidungsunfähig ist, oder wenn die Entscheidungsfähigkeit so gemindert ist, dass der Betroffene sein Recht nicht in seinem Interesse und entspre-

¹⁵⁶ § 1902 BGB.

¹⁵⁷ Vgl. § 1896 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. § 1902 BGB.

¹⁵⁸ Vgl. Lipp, in: *Betrifft: Betreuung* 8, 15 ff. (17).

¹⁵⁹ § 1906 BGB, s. aber auch § 1903 BGB (Einwilligungsvorbehalt).

¹⁶⁰ Lipp, in: *Betrifft: Betreuung* 8, 15 ff. (17); BT-Drucks. 11/4528, 134; vgl. Bienwald, in: *Bienwald u.a., Betreuungsrecht*, § 1901 BGB Rn. 19; Zimmermann, in: *Damrau/Zimmermann*, § 1896 BGB Rn. 2.

¹⁶¹ BT-Drucks. 11/4528, 49, 50; vgl. Knittel, *Betreuungsgesetz*, § 1901 BGB Rn. 9; Roth, in: *Dodegge / Roth, Betreuungsrecht*, A I. Rn. 2.

¹⁶² S. § 3 III.

¹⁶³ Schwab, in: *MünchKomm*, § 1902 BGB Rn. 2; Bienwald, in: *Staudinger*, § 1902 BGB Rn. 8.

¹⁶⁴ Vgl. Lipp, *Freiheit und Fürsorge*, 24; vgl. Bienwald, in: *Staudinger*, § 1896 BGB Rn. 18 ff.

¹⁶⁵ Vgl. zu den Voraussetzungen näher § 3 V.

¹⁶⁶ Vgl. die Ergänzung um Abs. 1 a) in § 1896 BGB durch das 2. Betreuungsrechtsänderungsgesetz und BayObLGZ 1993, 63 ff.

chend seiner Wünsche ausüben kann¹⁶⁷. Im letzteren Fall ist die Person nicht rechtlich, sondern tatsächlich eingeschränkt, Entscheidungen zu treffen¹⁶⁸.

Bei beiden Varianten ist der Einzelne nicht in der Lage, sein subjektives Recht, also eine ihm „von der Rechtsordnung verliehene Rechtsmacht zur selbstbestimmten Wahrnehmung der durch das jeweilige Recht geschützten Interessen“¹⁶⁹ geltend zu machen¹⁷⁰. Die volle Anerkennung als eigenverantwortlicher Entscheidungsträger für jegliches rechtsgeschäftliches Handeln, aber auch für eigenverantwortliches tatsächliches Handeln erfolgt mit dem Eintritt der Mündigkeit¹⁷¹. Die eigenverantwortliche Entscheidung des Einzelnen kennzeichnet sein Selbstbestimmungsrecht, das Kern der verfassungsrechtlich geschützten Menschenwürde ist¹⁷². Diese Rechte stehen jedem Kranken oder Behinderten zu¹⁷³. Der Staat hat das Selbstbestimmungsrecht zu schützen und zu achten¹⁷⁴.

Dabei muss zwischen einem Mündigen und einem in seiner Eigenverantwortlichkeit eingeschränkten Menschen rechtliche Gleichheit hergestellt werden¹⁷⁵. Die Fähigkeit zu rechtserheblichem Handeln muss dann und in dem Umfang ermöglicht werden, als sie im Verhältnis zu einem Mündigen gemindert bzw. ausgeschlossen ist¹⁷⁶. Notwendig sind also rechtliche Maßnahmen, die es ermöglichen, dass für einen Betroffenen gehandelt werden kann. Zudem müssen diese Handlungen die gleiche rechtliche Anerkennung wie bei einem Mündigen erfahren¹⁷⁷.

¹⁶⁷ Ausführlich Lipp, Freiheit und Fürsorge, 46 ff.

¹⁶⁸ Lipp, Freiheit und Fürsorge, 50; vgl. Larenz/Wolf, AT, § 46 Rn. 14, Flume, AT II, § 43, 3.

¹⁶⁹ Larenz/Wolf, AT, § 14 Rn. 1, 14; Ennecerus-Nipperdey, AT 1, § 72, 272 f.

¹⁷⁰ Vgl. ausführlich Lipp, Freiheit und Fürsorge, 41 ff.; s. auch John, 60 ff., 72 ff.; 218 ff.; Pawlowski, AT, Rn. 86, 96.

¹⁷¹ Lipp, Freiheit und Fürsorge, 42 f., 46. Hingegen wird überwiegend darauf abgestellt, dass die persönliche Fähigkeit, selbständig und wirksam Rechtsgeschäfte abzuschließen, die notwendige Voraussetzung einer Rechtshandlung sei; vgl. Nachweise bei Lipp, Freiheit und Fürsorge Fn. 157 und Fn. 171. Nach hier vertretener Ansicht erweist sich vor dem Hintergrund der mit Eintritt der Volljährigkeit verbundenen Rechtsfolgen die erste Ansicht konsequent, wengleich sich in der praktischen Anwendung (etwa hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislast in einem gerichtlichen Verfahren zur Unwirksamkeit einer einzelnen Rechtshandlung) kaum Unterschiede ergeben dürften.

¹⁷² Lipp, in: Betrifft: Betreuung 8, 15 ff. (18).

¹⁷³ Artt. 1 Abs. 1, 3 Abs. 1 GG; vgl. BVerfGE 19, 93 ff. (96); 58, 208 (225); Jürgens, in: Jürgens, Betreuungsrecht, § 1901 BGB Rn. 1.

¹⁷⁴ Art. 1 Abs. 1 GG; v. Sachsen-Gessaphe, 54, 55.

¹⁷⁵ Vgl. Weick, in: Staudinger, vor § 1 BGB Rn. 2; Lipp, Freiheit und Fürsorge, 50.

¹⁷⁶ Lipp, Freiheit und Fürsorge, 51; vgl. Voppel, in: Staudinger, Eckpfeiler, S. 1058; vgl. Müller-Freienfels, Vertretung, § 40, der allerdings darauf abstellt, dass es sich um eine Fremdbestimmung handle.

¹⁷⁷ Vgl. Bienwald, in: Staudinger, § 1902 BGB Rn. 7 ff., 10 unter Hinweis auf BVerfGE 19, 93 ff. (96).

Nur dann, wenn die Verpflichtung besteht, dass diese Maßnahmen im Interesse des Einzelnen und unabhängig vom Staat, also im Rahmen des Privatrechts erfolgen, ist gewährleistet, dass das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen verwirklicht und gewahrt wird ¹⁷⁸.

Damit können die Aufgaben der Betreuung nachfolgend beschrieben werden.

3. Aufgaben der Betreuung

Nach den vorstehenden Erwägungen besteht die Aufgabe der Betreuung darin, zu gewährleisten, dass derjenige, der nicht eigenverantwortlich handeln kann, oder derjenige, dessen Eigenverantwortlichkeit eingeschränkt ist, einem Mündigen rechtlich gleichgestellt wird ¹⁷⁹. Diese rechtliche Gleichstellung erweist sich als erforderlich, wenn die Rechtsordnung einzelnen Handlungen eines Menschen die rechtliche Anerkennung versagt. Hier muss der rechtliche Mangel durch Herstellung der Handlungsfähigkeit „beseitigt“ werden.

Ist der Betroffene allerdings in seiner Eigenverantwortlichkeit eingeschränkt, ist zu fragen, ob er an Handlungen festzuhalten ist, durch die er sich auf Grund seiner eingeschränkten Eigenverantwortlichkeit selbst schädigt. Der Einzelne würde in diesem Fall gegenüber demjenigen, der seine Entscheidung selbstbestimmt treffen kann, rechtlich benachteiligt. Denn die Entscheidungen erweisen sich gerade nicht als selbstbestimmt. Ein Betroffener kann in solchen Fällen seine Freiheitsgrundrechte gegenüber dem Staat nicht wahrnehmen ¹⁸⁰. Soll hier eine Gleichstellung mit einem Mündigen erreicht werden, bedarf es eines rechtlichen Schutzes. Dieser ist allerdings nur gerechtfertigt, wenn sich der Volljährige auf Grund seiner eingeschränkten Eigenverantwortlichkeit zu schädigen droht ¹⁸¹.

Ausgehend von dieser Funktionenbeschreibung ist nunmehr eingehender zu prüfen, unter welchen Voraussetzungen die Bestellung eines Betreuers in Betracht kommt. Dabei sollen die Voraussetzungen, die allgemein für die Bestellung eines Betreuers gelten, und diejenigen, die gesondert den gesundheitlichen Bereich betreffen, aufgezeigt werden.

¹⁷⁸ Vgl. Schwab, in: MünchKomm, § 1902 BGB Rn. 9 ff.

¹⁷⁹ Lipp, Freiheit und Fürsorge, 55.

¹⁸⁰ Ausführlich zur grundrechtlichen Problematik: Lipp, Freiheit und Fürsorge, 119 ff., 129, 130.

¹⁸¹ Lipp, Freiheit und Fürsorge, 73 und 75 ff.; v. Sachsen-Gessaphe, 180 ff.

V. Die Bestellung eines Betreuers im Bereich der Gesundheitsangelegenheiten

1. Voraussetzungen für die Betreuerbestellung nach § 1896 BGB

Nach § 1896 Abs. 1 BGB bestellt das Vormundschaftsgericht auf Antrag des Volljährigen oder von Amts wegen für ihn einen Betreuer, wenn der Betroffene auf Grund einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung seine Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht besorgen kann.

Weder die fehlende Fähigkeit zur Besorgung eigener Angelegenheiten noch das Vorliegen einer Krankheit oder Behinderung allein rechtfertigen die Bestellung eines Betreuers¹⁸². Maßgeblich ist, dass das Unvermögen auf einer Krankheit oder Behinderung beruht.

a. Vorliegen einer Krankheit bzw. Behinderung

Eine allgemein anerkannte Definition der Begriffe „Krankheit bzw. Behinderung“ existiert zwar nicht, allerdings stehen „im Kernbereich der jeweiligen Begriffe die hiervon umfassten Krankheitsbilder und Beeinträchtigungen außer Streit“¹⁸³.

Von einer Behinderung ist bei einer bleibenden negativen Konditionierung der körperlichen bzw. geistigen oder seelischen Abläufe, die angeboren oder krankheitsbedingt sind, auszugehen¹⁸⁴.

Unter einer Krankheit versteht man eine funktionale Störung, die sich zwar auch zum Schlechten hin verändern kann, aber die Chance einer Besserung oder Heilung in sich trägt¹⁸⁵.

Eine Betreuerbestellung für einen körperlich behinderten Menschen ist nur auf Antrag des Volljährigen zulässig, es sei denn, dass dieser seinen Willen nicht kundtun kann¹⁸⁶. Im Regierungsentwurf ging man zutreffend davon aus, dass nur sel-

¹⁸² Vgl. BT-Drucks. 11/4528, 117.

¹⁸³ Jürgens, in: Jürgens u.a., Betreuungsrecht, § 1896 BGB Rn. 3; vgl. Müller, in: Bamberger / Roth, § 1896 BGB Rn 10.

¹⁸⁴ Roth, in: Dodegge / Roth, Betreuungsrecht, A I 1 a. aa. Rn. 5 ff.

¹⁸⁵ Bienwald, in: Staudinger, § 1896 BGB Rn. 33; Bruder, Verhandlungen des 57. Deutschen Juristentages, Gutachten C 31 ff.

¹⁸⁶ § 1896 Abs. 1 Satz 3 BGB.

ten für einen körperlich Behinderten die Bestellung eines Betreuers notwendig ist¹⁸⁷. Die Betroffenen sind jedenfalls in der Regel in der Entscheidung, wie sie ihre Angelegenheiten regeln wollen, nicht beeinträchtigt¹⁸⁸.

Unabhängig von einem Antrag des Betroffenen kommt eine Betreuerbestellung bei einer Person in Betracht, die auf Grund ihrer psychischen Krankheit, geistigen oder seelischen Behinderung ihre Angelegenheiten nicht besorgen kann.

Nach der amtlichen Begründung¹⁸⁹ fallen unter psychische Krankheiten

- körperlich nicht begründbare (endogene) Psychosen,
- seelische Störungen als Folge von Krankheiten oder Verletzungen des Gehirns, von Anfallsleiden oder von anderen Krankheiten oder körperlichen Beeinträchtigungen (körperlich begründbare – exogene – Psychosen),
- Abhängigkeitskrankheiten (Alkohol- und Drogenabhängigkeiten)¹⁹⁰.

Als geistige Behinderungen gelten angeborene oder frühzeitig erworbene Intelligenzdefekte verschiedener Schweregrade¹⁹¹.

Unter seelischen Behinderungen versteht man bleibende psychische Beeinträchtigungen, die Folge von Krankheiten sind¹⁹².

¹⁸⁷ Vgl. BT-Drucks. 11/4528, 116.

¹⁸⁸ BT-Drucks. 11/4528, 116.

¹⁸⁹ BT-Drucks. 11/4528, 116.

¹⁹⁰ Insoweit ist allerdings anzumerken, dass Alkoholismus und Drogenabhängigkeit für sich allein grundsätzlich noch nicht die Bestellung eines Betreuers rechtfertigen (zutr.: BayObLG FamRZ 1993, 1489 (1490)). Voraussetzung ist vielmehr, dass sie in ursächlichem Zusammenhang mit einer geistigen Behinderung stehen, oder ein darauf zurückzuführender Zustand im psychischen Bereich eingetreten ist, der bereits die Annahme einer psychischen Krankheit rechtfertigt.

¹⁹¹ BayObLG BtPrax 1994, 29 m.w.N.; teilweise a.A. Psychiatrie-Enquete, BT-Drucks. 7/4201, 3.

¹⁹² Auf eine eingehendere Beschreibung und Zuordnung von Krankheitsbildern wird hier verzichtet, da sich daraus keine weitergehenden Erkenntnisse für die Untersuchung ergeben; vgl. z.B. ausführlich Bauer, in: HK-BUR, § 1896 BGB Rn. 51 ff.; Roth, in: Erman, § 1896 BGB Rn. 5 ff.; Schwab, in: MünchKomm, § 1896 BGB Rn. 8 ff.; Knittel, Betreuungsgesetz, § 1896 BGB Rn. 45 ff.; Zimmermann, in: Damrau / Zimmermann, Betreuungsrecht, § 1896 BGB Rn. 5 ff.

b. Unfähigkeit zur Besorgung eigener Angelegenheiten

Der Begriff der „Angelegenheiten“ wird im Gesetz nicht definiert ¹⁹³.

Es wird differenziert zwischen einer tatsächlichen Betreuungsbedürftigkeit und einer solchen, für deren Bewältigung die Bestellung eines gesetzlichen Vertreters erforderlich ist. Als maßgebliches Abgrenzungskriterium gilt folglich die Notwendigkeit des gesetzlichen Vertreters ¹⁹⁴. Art und Umfang des Aufgabenkreises, mit dem die zu besorgenden Angelegenheiten erfasst und gekennzeichnet werden, hängen von dem konkreten Betreuungsbedarf des Betroffenen in seiner gegenwärtigen Lebenssituation ab ¹⁹⁵.

Die besorgungsbedürftigen Angelegenheiten müssen Rechtsangelegenheiten sein ¹⁹⁶. Dazu gehören vorrangig Rechtsgeschäfte und sonstige Rechtshandlungen in zivil- und öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnissen ¹⁹⁷.

Das frühere Vormundschaftsrecht orientierte sich hinsichtlich der Aufgaben des Vormundes an der Minderjährigenvormundschaft. Diese nahm weitgehend auf die Regelungen des Eltern-Kind-Verhältnisses Bezug ¹⁹⁸. Wie bereits angesprochen worden ist, hatte der Vormund für die Person des Mündels nur insoweit zu sorgen, als der Zweck der Vormundschaft es erforderte ¹⁹⁹. Was die Personensorge tatsächlich ausmachte, blieb dabei offen ²⁰⁰. Der Gesetzgeber beabsichtigte bei Schaffung des Betreuungsgesetzes, dass sich eine Aufgabenbeschreibung möglichst eng an den konkreten Bedarfslagen orientieren solle ²⁰¹. Im Regierungsentwurf ist der Aufgabenkreis „Sorge für die Gesundheit“ aufgeführt ²⁰². Der Begriff umfasst alle Bereiche der Medizin ²⁰³.

¹⁹³ Im Regierungsentwurf wurde die Frage im Rahmen von § 1896 Abs. 2 BGB und bei der Bestimmung, was unter einem „Aufgabenkreis“ verstanden werden soll, behandelt; s. insb. BT-Drucks. 11/4528, 122.

¹⁹⁴ BT-Drucks. 11/4528, 122; vgl. Jürgens, in: Jürgens u.a., *Betreuungsrecht*, § 1896 BGB Rn. 10; v. Sachsen-Gessaphe, 308.

¹⁹⁵ OLG Hamm FamRZ 1995, 433 (435).

¹⁹⁶ § 1901 Abs. 1 BGB, zu dessen klarstellender Änderung: BT-Drucks. 13/7158, 33.

¹⁹⁷ Bienwald, in: Staudinger, § 1896 BGB Rn. 52.

¹⁹⁸ §§ 1897 Satz 1 BGB a.F., §§ 1793, 1800, 1631 – 1633 BGB.

¹⁹⁹ § 1901 Abs. 1 BGB a.F.

²⁰⁰ Bienwald, in: Staudinger, § 1896 BGB Rn. 74. Allerdings ging man davon aus, dass der Vormund gegenüber dem Volljährigen keine Erziehungsaufgabe habe; vgl. auch BayObLG BtPrax 2004, 239 f.

²⁰¹ Bienwald, in: Staudinger, § 1896 BGB Rn. 74; vgl. Roth, in: Dodegge / Roth, *Betreuungsrecht*, A I 1. Rn. 20.

²⁰² BT-Drucks. 11/4528, S. 120, 121; Schwab, in: MünchKomm, § 1896 BGB Rn. 70, schlägt hingegen den Begriff „Gesundheitsbetreuung“ vor.

²⁰³ Vgl. BayObLG BtPrax 1995, 218/219 a.E.; vgl. Diederichsen, in: Palandt, § 1896 BGB Rn. 20.

Dementsprechend kann er beinhalten:

- die Inanspruchnahme von Leistungen der Gesundheitspflege, seien es ärztliche oder andere Beratung, sei es die Versorgung mit Medikamenten;
- die Einwilligung in eine ärztliche Behandlungsmaßnahme, in eine Untersuchung, einen ärztlichen Eingriff usw.;
- das Einverständnis mit einem Aufenthalt in einer Klinik zwecks Durchführung einer medizinischen Maßnahme;
- den Abschluss eines Behandlungs- oder eines Krankenhaus- und Behandlungsvertrages²⁰⁴.

Unter Betrachtung dieser vielfältigen Anwendungsbereiche unterliegt es Bedenken, wenn in der Praxis (häufig) der weite Aufgabenkreis „Gesundheitspflege“²⁰⁵ verwendet wird. Dies gilt insbesondere, wenn ein Betroffener nur Teilbereiche nicht regeln kann²⁰⁶.

c. Kausalität zwischen der Erkrankung und dem Unvermögen zur Besorgung der Angelegenheiten

Die bei dem Betroffenen bestehende Krankheit oder Behinderung müssen dazu führen, dass er seine Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht besorgen kann²⁰⁷. Weder die fehlende Fähigkeit zur Besorgung eigener Angelegenheiten noch das Vorliegen einer Krankheit oder Behinderung allein rechtfertigen die Bestellung eines Betreuers²⁰⁸. Es ist nicht zulässig, von einer Krankheit oder Behinderung bereits auf das Unvermögen zu schließen²⁰⁹. Auch ein entsprechender Umkehrschluss ist nicht gerechtfertigt²¹⁰. Erforderlich sind konkrete Feststellungen; pauschale Befürchtungen²¹¹ oder eine Betreuerbestellung im Zweifelsfall²¹² sind nicht zulässig.

²⁰⁴ Aufzählung nach Bienwald, in: Staudinger, § 1896 BGB Rn. 90. Ausgenommen in der Aufzählung ist die Einwilligung in die Sterilisation, für die stets ein gesonderter Betreuer zu bestellen ist, § 1905 BGB.

²⁰⁵ Vgl. Sonnenfeld, Rn. 41.

²⁰⁶ Nach zutreffender Ansicht des BayObLG FamRZ 1994, 1059 f. ist die allgemeine Angabe „Gesundheitspflege“ ohne Beschränkung auf den nervenärztlichen Bereich fehlerhaft, wenn nicht die tatsächlichen Feststellungen des Gerichts die weite Fassung rechtfertigen.

²⁰⁷ BayObLG NJWE-FER 2001, 151; Bienwald, in: Bienwald u.a., Betreuungsrecht, § 1896 BGB Rn. 32; Bauer, in: HK-BUR, § 1896 BGB Rn. 135.

²⁰⁸ BT-Drucks. 11/4528, 117.

²⁰⁹ Vgl. OLG Köln FamRZ 1995, 1083 (1084).

²¹⁰ Knittel, Betreuungsgesetz, § 1896 BGB Rn. 84.

²¹¹ S. dazu OLG Köln FamRZ 1995, 1083 (1084).

²¹² Vgl. BayObLG BtPrax 1994, 59 f.; Brandenb. OLG NJW 2005, 1587 ff.

d. Betreuung ohne bzw. gegen den Willen des Betroffenen

Nach § 1896 Abs. 1 Satz 1 BGB erfolgt eine Betreuerbestellung auf Antrag oder von Amts wegen. Bei der zweiten Alternative stellt sich die Frage, ob eine Betreuung auch ohne bzw. gegen den Willen des Betroffenen in Betracht kommt.

Durch das 2. Betreuungsrechtsänderungsgesetz ist § 1896 BGB um Absatz 1 a) erweitert worden. Danach darf ein Betreuer gegen den freien Willen des Volljährigen nicht bestellt werden. Die Regelung ist auf der Grundlage der ständigen Rechtsprechung²¹³ ergangen, die dieses Kriterium als Voraussetzung für eine Betreuerbestellung entwickelt hatte²¹⁴. Dass gegen den freien Willen eines Volljährigen kein Betreuer bestellt werden darf, erklärt sich anhand der Aufgaben, die die Betreuung wahrzunehmen hat²¹⁵. Ist der Betroffene mit einer Betreuerbestellung einverstanden, beruht die Betreuung, obwohl sie formal vom Vormundschaftsgericht angeordnet wird, materiell auf einer Einwilligung des Betroffenen²¹⁶. Kann eine Person ihren Willen hingegen nicht kundtun, kann sie am Rechtsverkehr nicht teilnehmen. Folglich ist – wenn die übrigen Erforderlichkeitskriterien vorliegen – eine Betreuerbestellung notwendig, um den Zugang zum Rechtsverkehr zu ermöglichen.

Zur Frage, ob und wann eine Betreuung gegen den erklärten Willen des Betroffenen in Betracht kommt (sog. Zwangsbetreuung²¹⁷), sind nach alter Rechtslage divergierende Ansichten vertreten worden. Diese dürften auch nach der Neuregelung Geltung behalten, weil sie die Problematik behandeln, wann der Wille des Einzelnen „nicht frei“ ist²¹⁸.

Nach Ansicht des Bayerischen Obersten Landesgerichtes kann derjenige seinen Willen nicht frei bestimmen, der nicht imstande ist, diesen unbeeinflusst von der Krankheit oder Behinderung zu bilden und nach zutreffend gewonnen Einsichten

²¹³ BayObLGZ 1994, 209 ff.; OLG Frankfurt BtPrax 1997, 123 (LS).

²¹⁴ S. auch OLG Zweibrücken FamRZ 2006, 1710.

²¹⁵ Kritisch v. Sachsen-Gessaphe, 403, 404.

²¹⁶ Lipp, Freiheit und Fürsorge, 78; v. Sachsen-Gessaphe, 428 ff., 430, stellt hingegen darauf ab, dass das Vorliegen der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit nachzuweisen sei.

²¹⁷ Vgl. Diederichsen, in: Palandt, Einf. v. § 1896 BGB Rn. 4; Müller, in: Bamberger / Roth, § 1896 BGB Rn. 21; zur Zwangspflegschaft vgl. BVerfGE 19, 33.

²¹⁸ Vgl. die Zusammenfassung bei Roth, in: Roth / Dodegge, Betreuungsrecht, A I. 1. Rn. 16.; vgl. Zimmermann, in: Damrau / Zimmermann, Betreuungsrecht, § 1896 BGB Rn. 32 f.; Bauer, in: HK-BUR, vor § 1896 BGB Rn. 84 ff. und § 1896 BGB Rn. 156 ff.; Dröge, 205; Fröschle, Rn. 208.

zu handeln ²¹⁹. Nach Auffassung des Oberlandesgerichts Hamm ist der mit der Betreuerbestellung verbundene Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen nur zu rechtfertigen, wenn dieser sein Selbstbestimmungsrecht infolge seiner Erkrankung nicht ausüben kann. Die Erkrankung oder Behinderung müsse einen solchen Grad erreichen, dass die Fähigkeit des Betroffenen zur Wahrnehmung seines Selbstbestimmungsrechts ausgeschlossen oder so beeinträchtigt sei, dass er für die Aufgabenkreise der einzurichtenden Betreuung zu eigenverantwortlichen Entscheidungen nicht in der Lage sei ²²⁰.

In der Gesetzesbegründung zu § 1896 Abs. 1 a BGB ist ausgeführt, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu § 104 Nr. 2 BGB ein Ausschluss freier Willensbestimmung vorliege, wenn der Wille nicht frei und unbeeinflusst von einer Geistesstörung gebildet und nicht nach zutreffend gewonnenen Einsichten gehandelt werden könne. Entscheidend sei, ob eine freie Entscheidung nach Abwägung des Für und Wider bei sachlicher Prüfung der in Betracht kommenden Gesichtspunkte möglich sei. Die beiden maßgeblichen Kriterien seien die Einsichtsfähigkeit des Betroffenen und dessen Fähigkeit, nach dieser Einsicht zu handeln. Fehle es an einem der beiden Elemente, liege kein freier Wille vor.

Sowohl nach der skizzierten Rechtsprechung als auch nach der Begründung des Gesetzgebers setzt die Annahme, der Wille sei nicht frei, zum einen einen bestimmten Schweregrad krankheitsbedingter Beeinträchtigung der Willensbildungsfähigkeit voraus. Der Betroffene darf auch nicht in der Lage sein, nach einer gewonnenen Einsicht zu handeln. Im Ergebnis dürften alle Auffassungen zur gleichen Feststellung gelangen. Der Wille ist nicht frei, wenn die Erkrankung oder Behinderung einen solchen Grad hat, dass die Fähigkeit des Betroffenen zu selbstbestimmten Entscheidungen ausgeschlossen oder dementsprechend gemindert ist.

Dabei ist zu bedenken, dass dem Betroffenen durch eine Betreuerbestellung gegen seinen Willen die Schutzfunktion der Betreuung „aufgezwungen“ wird. Dies kann nach den grundsätzlichen Erwägungen ²²¹ nur zulässig sein, wenn und soweit der Betroffene auf Grund seines Zustandes nicht mehr eigenverantwortlich handeln kann, und er sich gerade dadurch zu schädigen droht oder deswegen Gefahren für seine Person nicht abwehren kann ²²².

²¹⁹ BayObLG FamRZ 1998, 454, 455; ähnlich v. Sachsen-Gessaphe, 213 (auf fehlende Einsichts- und Steuerungsfähigkeit abstellend); vgl. auch OLG Frankfurt OLG 1997, 68, 69; OLG München FamRZ 2008, 89 (LS).

²²⁰ OLG Hamm FGPrax 1995, 56 f., 57 m. Anm. Seitz.

²²¹ S. o. § 3 III. 3.

²²² Lipp, Freiheit und Fürsorge, 81; vgl. auch Dröge, 231; Pawlowski, in: Festschrift Fenge, 487 ff. (492); s. aber v. Sachsen-Gessaphe, 431 ff. zur fehlenden Einsichts- und Steuerungsfähigkeit.

e. Erforderlichkeit

Nach § 1896 Abs. 2 Satz 1 BGB darf ein Betreuer nur für Aufgabenbereiche bestellt werden, in denen die Betreuung erforderlich ist²²³. Der Erforderlichkeitsgrundsatz ist Ausdruck und Voraussetzung einer Betreuerbestellung schlechthin²²⁴.

Notwendig ist eine Betreuung nur, wenn der Betroffene auf entsprechende Hilfe angewiesen ist, und weniger einschneidende Maßnahmen nicht ausreichend bzw. nicht vorhanden sind²²⁵. Das ist auch im Bereich der Gesundheitsvorsorge stets zu konkretisieren²²⁶. Neben dem Unvermögen zur Regelung eigener Angelegenheiten muss ein konkreter Handlungsbedarf bestehen²²⁷. Ausschlaggebend ist die jeweilige, derzeitige Lebenssituation des Betroffenen²²⁸. Soweit daraus „schlagwortartig“ formuliert wird, dass eine Vorratsbetreuung grundsätzlich unzulässig sei²²⁹, hilft dies in der Praxis häufig nicht weiter²³⁰. Der Aufgabenkreis kann zwar nicht so bestimmt werden, dass alle möglichen künftigen Ereignisse schon erfasst sind, wenn keine Anzeichen vorhanden sind, dass sie eintreten werden²³¹. Auf der anderen Seite muss die Erforderlichkeit vom Zeitpunkt der Betreuerbestellung, aber gleichwohl vorausschauend beurteilt werden²³². Anhand zweier Punkte soll die Problematik näher betrachtet werden.

Zum einen fragt sich, ob es zulässig ist, für einen Menschen, der auf Grund einer Krankheit oder Behinderung keine eigenverantwortlichen Entscheidungen (mehr) treffen kann, einen Betreuer für den Bereich der Gesundheitsvorsorge zu bestellen, obwohl kein aktueller Handlungsbedarf besteht. Wenn erkennbar ist, dass ein Handlungsbedarf jederzeit auftreten kann, ist eine entsprechende Betreuerbestellung zulässig²³³.

²²³ Auf die Frage, ob eine Vollmachtserteilung eine Betreuung entbehrlich macht, wird in anderem Zusammenhang eingegangen (§ 4).

²²⁴ BT-Drucks. 11/ 4528, 120; s. zur Einordnung des Erforderlichkeitsgrundsatzes als allgemeines Prinzip: Bienwald, in: Staudinger, § 1896 BGB Rn. 109; s.a. Starck, in: v. Mangoldt / Klein / Starck, GG, Art. 2 Rn. 140.

²²⁵ BayObLG BtPrax 1995, 218 (219); OLG Köln FamRZ 1996, 249 (250); Knittel, Betreuungsgesetz, § 1896 BGB Rn. 115 ff.

²²⁶ Vgl. BayObLGZ FamRZ 2001, 1245.

²²⁷ BVerfG FamRZ 1999, 1419 (1420).

²²⁸ BayObLGZ 1996, 262 ff.; 1998, 452 (453); vgl. OLG Hamm FamRZ 1995, 433 (435).

²²⁹ Vgl. Knittel, Betreuungsgesetz, § 1896 BGB Rn. 116 m.w.N.

²³⁰ Darauf weist zutreffend Schwab, in: MünchKomm, § 1896 BGB Rn. 42, hin.

²³¹ BayObLGR 1995, 27 f.; FamRZ 2003, 1043.

²³² Schwab, in: MünchKomm, § 1896 BGB Rn. 42; vgl. auch Zimmermann, in: Soergel, § 1896 BGB Rn. 40.

²³³ Vgl. BayObLG FamRZ 2003, 1043; Diederichsen, in: Palandt, § 1896 BGB Rn. 10.

Ist es andererseits aber richtig, einen Betreuer für den umfassenden Bereich der Gesundheitsvorsorge zu bestellen, wenn nur etwaig im psychiatrischen Bereich ein Handlungsbedarf wegen einer auf fehlender Eigenverantwortlichkeit drohenden Selbstschädigung besteht? Dem steht schon entgegen, dass die Betreuung über den psychiatrischen Bereich hinaus mangels Vorliegens der Kausalität nicht angeordnet werden darf²³⁴.

2. Formelle Voraussetzungen

a. Sachverständigengutachten, ärztliches Zeugnis

Ein Betreuer darf erst bestellt werden, nachdem das Gutachten eines Sachverständigen über die Notwendigkeit einer Betreuung eingeholt worden ist. Kommt nach dessen Auffassung die Bestellung eines Betreuers in Betracht, so hat sich das Gutachten auch auf den Umfang des Aufgabenkreises und die voraussichtliche Dauer der Betreuungsbedürftigkeit zu erstrecken²³⁵. Zutreffend wird gefordert, dass der Sachverständige den Untersuchungsbefund, aus dem er seine Diagnose ableitet, im Einzelnen mitteilen und die Schlussfolgerungen aus den Befundtatsachen nachvollziehbar darstellen muss²³⁶.

Von der Einholung eines Sachverständigengutachtens kann – mit Ausnahme der gesetzlich geregelten Fälle²³⁷ – nicht abgesehen werden. Als schwerlich begründbar erweist es sich deshalb, wenn vertreten wird, dass bei einem Betroffenen, der durch Alkoholmissbrauch sichtbar vergiftet gewesen sei und jede Behandlung oder sonstige Hilfe abgelehnt habe, eine Begutachtung nicht erforderlich sei²³⁸. Gegen diese Ansicht spricht bereits, dass nicht jede Form des Alkoholmissbrauchs die Annahme einer psychischen Krankheit rechtfertigt²³⁹. Hinzukommt, dass es medizinischer Feststellungen bedarf, inwieweit der Betroffene zustandsbedingt in

²³⁴ Vgl. Schwab, in: MünchKomm, § 1896 BGB Rn. 43, 70; BayObLGR 1995, 27 f.

²³⁵ § 68 b Abs. 1 Satz 1 und Satz 5 FGG; vgl. zum Gutachten ausführlich Mertens, in: Jürgens, Betreuungsrecht, § 68 b FGG Rn. 6; vgl. auch Kröger, in: Jürgens / Kröger / Marschner / Winterstein, Rn. 382, 383 ff.; Bienwald, in: Bienwald u.a., Betreuungsrecht, § 68 b FGG Rn. 33; BayObLG FamRZ 1998, 1327 (1328); FamRZ 2001, 1403 (1404); Brandenb. OLG FamRZ 2001, 40.

²³⁶ Bienwald, in: Staudinger, § 1896 BGB Rn. 45; vgl. auch OLG Düsseldorf FamRZ 1993, 1224 (1225); KG FamRZ 1995, 1379 (1380); KG FamRZ 2007, 1043.

²³⁷ S. dazu den durch das 2. Betreuungsrechtsänderungsgesetz eingeführten § 68 b Abs. 1 a FGG.

²³⁸ So aber Coeppicus, Handhabung, 45, 49; einschränkend dazu, aber gleichwohl einen Reformbedarf bejahend Bieg, 126 ff., 128.

²³⁹ S.o. § 3 IV. 1. a.

seiner Eigenverantwortlichkeit eingeschränkt ist ²⁴⁰ und sich deshalb zu schädigen droht bzw. bereits schädigt ²⁴¹.

Das Vormundschaftsgericht trifft die Auswahl des Gutachters nach pflichtgemäßem Ermessen ²⁴². Als Gutachter wird jedenfalls bei psychischen Krankheiten ein Arzt für Psychiatrie in Betracht kommen ²⁴³.

Aus diesem Grunde begegnet es auch Bedenken, wenn im 2. Betreuungsrechtsänderungsgesetz die Regelung des § 68 b Abs. 1 a Satz 1 FGG aufgenommen worden ist, wonach von der Einholung eines Sachverständigengutachtens abgesehen werden kann, soweit durch die Verwendung eines Gutachtens des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung nach § 18 SGB XI festgestellt werden kann, inwieweit infolge einer Erkrankung bzw. Behinderung die Voraussetzungen für eine Bestellung eines Betreuers vorliegen ²⁴⁴.

Für die Bestellung eines Betreuers auf Antrag des Betroffenen genügt ein ärztliches Zeugnis, wenn der Betroffene auf die Begutachtung verzichtet hat und die Einholung eines Gutachtens insbesondere im Hinblick auf den Umfang des Aufgabenkreises des Betreuers unverhältnismäßig wäre ²⁴⁵.

b. Anhörung des Betroffenen

Das Vormundschaftsgericht hat den Betroffenen vor der Bestellung eines Betreuers persönlich anzuhören und sich einen unmittelbaren Eindruck von ihm zu verschaffen ²⁴⁶. Den unmittelbaren Eindruck soll das Gericht in der üblichen Umgebung ²⁴⁷ des Betroffenen gewinnen, wenn dieser es verlangt, oder wenn es der Sachaufklärung dient und der Betroffene nicht widerspricht ²⁴⁸.

²⁴⁰ Das Gutachten muss dazu Stellung nehmen, wie sich eine etwa gegebene Drogenabhängigkeit des Betroffenen auf seine Fähigkeit zur Bildung des eigenen Willens und dessen Berücksichtigung auswirkt; s. BayObLGR 1993, 84 ff.; FamRZ 1995, 1082 (1083).

²⁴¹ Vgl. Schwab, in: MünchKomm, § 1896 BGB Rn. 173.

²⁴² Knittel, Betreuungsgesetz, § 68 b FGG Rn. 12; KG FamRZ 1995, 1379 (1380); KG FamRZ 2007, 81 ff.; KG FamRZ 2008, 813, 815; BayObLG FamRZ 1997, 901 (902).

²⁴³ BayObLGR 1994, 13 f.; vgl. OLG Zweibrücken OLG 2005, 437 f.; s.a. Knittel, Betreuungsgesetz, § 68 b FGG Rn. 12; Schwab, in: MünchKomm, § 1896 BGB Rn. 4 zu psychologischen und sozialen Gesichtspunkten.

²⁴⁴ Kritisch Lipp, Protokoll Nr. 49, 157; Bienwald, in: Bienwald u.a., Betreuungsrecht, § 68 b FGG Rn. 58 ff.; Brucker, Betreuungsmanagement 4/2006, 195 ff. (205); vgl. auch Sellin/Engels, 134 ff. zum Stellenwert von Gutachten in gerichtlichen Verfahren.

²⁴⁵ § 68 b Abs. 1 Satz 2 FGG.

²⁴⁶ § 68 Abs. 1 Satz 1 FGG.

²⁴⁷ S. dazu Bienwald, in: Staudinger, § 1896 BGB Rn. 150.

²⁴⁸ § 68 Abs. 1 Satz 2 FGG.

Nach der amtlichen Begründung war es ein wichtiges Anliegen des Betreuungsgesetzes, einen starken persönlichen Kontakt zwischen dem Betroffenen und dem Gericht herzustellen²⁴⁹. Die Unterrichtungspflicht²⁵⁰ soll den Betroffenen in die Lage versetzen, alle Gesichtspunkte vorzubringen, die für eine Regelung seiner Probleme entscheidungserheblich sein können²⁵¹. Dazu zählen die Auswahl des Betreuers unter Berücksichtigung eines etwaigen Vorschlags des Betroffenen²⁵², seiner verwandtschaftlichen und sonstigen persönlichen Bindungen²⁵³ und möglicher Interessenkonflikte²⁵⁴.

Die persönliche Anhörung des Betroffenen kann unterbleiben²⁵⁵, wenn nach dem ärztlichen Gutachten hiervon erhebliche Nachteile für die Gesundheit des Betroffenen zu besorgen sind, oder der Betroffene nach dem unmittelbaren Eindruck des Gerichts (- auf dessen Gewinnung nicht verzichtet werden kann -) offensichtlich nicht in der Lage ist, seinen Willen kundzutun²⁵⁶. In derartigen Fällen ist es in der Regel erforderlich, einen Verfahrenspfleger zu bestellen²⁵⁷.

c. Bestellung eines Verfahrenspflegers

Einen Verfahrenspfleger hat das Gericht zu bestellen, soweit dies – auch aus anderen Gründen - zur Wahrnehmung der Interessen des Betroffenen erforderlich ist²⁵⁸. Eine fehlerhaft unterbliebene Bestellung eines Verfahrenspflegers stellt einen Verfahrensmangel dar²⁵⁹. Die Bestellung soll aber unterbleiben oder aufgehoben werden, wenn der Betroffene von einem Rechtsanwalt oder von einem anderen geeigneten Verfahrensbevollmächtigten vertreten wird²⁶⁰.

Der Verfahrenspfleger hat nach überwiegender Ansicht die Stellung eines den Betroffenen nicht verdrängenden gesetzlichen Vertreters²⁶¹. Er nimmt für ihn die verfahrensrechtlichen Befugnisse wahr²⁶².

²⁴⁹ BT-Drucks. 11/4528, 172.

²⁵⁰ S. § 68 Abs. 1 Satz 3 FGG.

²⁵¹ BT-Drucks. 11/4528, 172.

²⁵² S. § 1897 Abs. 4 Satz 1 BGB.

²⁵³ S. § 1896 Abs. 5 BGB.

²⁵⁴ KG FG Prax 1995, 110 (111 m.w.N.).

²⁵⁵ S. zu den Fällen einer vorläufigen Anordnung § 69 f Abs. 1 Satz 1 Nr. 5, Satz 4 FGG.

²⁵⁶ § 68 Abs. 2 FGG.

²⁵⁷ § 67 Abs. 1 Nr. 1 FGG.

²⁵⁸ § 67 Abs. 1 Nr. 1 FGG.

²⁵⁹ Vgl. Kayser, in: Keidel / Kuntze / Winkler, § 67 FGG Rn. 12.

²⁶⁰ § 67 Abs. 1 Satz 5 FGG.

²⁶¹ Bienwald, Verfahrenspflegschaftsrecht, Rn. 433 m.w.N. auch zur gegenteiligen Ansicht.; s.a. BT-Drucks. 11/4528, 171; BVerfG FamRZ 2000, 1280 (1281).

²⁶² S. zu den Einzelheiten: Bienwald, Verfahrenspflegschaftsrecht, Rn. 436.

d. Anhörung Dritter und der zuständigen Behörde

Vor der Bestellung eines Betreuers gibt das Gericht der zuständigen Behörde Gelegenheit zur Äußerung, wenn es der Betroffene verlangt oder wenn es der Sachaufklärung dient ²⁶³.

In der Regel ist auch dem Ehegatten (oder Lebenspartner) des Betroffenen, den Eltern, Pflegeeltern und Kindern Gelegenheit zur Äußerung zu geben, es denn, der Betroffene widerspricht mit erheblichen Gründen. Das Gericht hat einer dem Betroffenen nahe stehenden Person und den zuvor genannten Personen Gelegenheit zur Äußerung zu geben, wenn der Betroffene das verlangt und dies ohne erhebliche Verzögerung des Verfahrens möglich ist ²⁶⁴.

3. Auswahl des Betreuers

Nach § 1897 Abs. 4 BGB ist einem Vorschlag des Betroffenen hinsichtlich der Person des Betreuers zu entsprechen, wenn es dem Wohl des Volljährigen nicht zuwiderläuft (Satz 1). Schlägt er vor, eine bestimmte Person nicht zu bestellen, so soll hierauf Rücksicht genommen werden (Satz 2).

Wenn der Betroffene niemanden vorschlägt, ist nach § 1897 Abs. 5 BGB bei der Auswahl des Betreuers auf die verwandtschaftlichen und sonstigen persönlichen Bindungen des Volljährigen, insbesondere auf die Bindungen zu Eltern, zu Kindern, zum Ehegatten und zum Lebenspartner, sowie auf die Gefahr von Interessenkonflikten Rücksicht zu nehmen ²⁶⁵.

VI. Eilfälle

Nachdem die Voraussetzungen für eine Betreuerbestellung im Bereich der Gesundheitsangelegenheiten im Allgemeinen dargestellt worden sind, soll auf Eilfälle eingegangen werden.

²⁶³ § 68 a Satz 1 FGG, s.a. § 8 BtBG.

²⁶⁴ § 68 a Satz 4 FGG.

²⁶⁵ Auf eine weitere Darstellung, wer zum Betreuer bestellt werden kann, kann hier verzichtet werden, vgl. insbesondere § 1897 Abs. 1 – 3 BGB.

1. Die einstweilige Anordnung

Nach § 69 f FGG kann das Vormundschaftsgericht durch einstweilige Anordnung einen vorläufigen Betreuer bestellen, wenn dringende Gründe für die Annahme bestehen, dass die Voraussetzungen für die Bestellung eines Betreuers gegeben sind²⁶⁶ und mit einem Aufschub Gefahr verbunden wäre²⁶⁷. Entsprechende dringende Gründe liegen vor, wenn auf Grund konkreter Umstände eine erhebliche Wahrscheinlichkeit²⁶⁸ für die Annahme besteht, dass die Voraussetzungen für eine Betreuerbestellung gegeben sind. Ob eine Gefahr zu bejahren ist, beurteilt sich im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz danach, ob bei einer Abwägung der zu erwartenden Nachteile für den Betroffenen „bei Unterbleiben der Betreuungsmaßnahme und der mit der Betreuungsmaßnahme verbundenen Einschränkungen des Betroffenen das sofortige Tätigwerden des Vormundschaftsgerichts“²⁶⁹ gerechtfertigt ist.

Voraussetzung für den Erlass einer einstweiligen Anordnung ist weiterhin, dass ein ärztliches Zeugnis über den Zustand des Betroffenen vorliegt²⁷⁰. Zur Qualifikation des Arztes verhält sich die Normierung nicht. Im Regelfall wird es schon angesichts der Verpflichtung zur umfassenden Sachverhaltsaufklärung nach § 12 FGG geboten sein, ähnliche Anforderungen an die Sachkunde des Arztes zu stellen wie bei der Einholung eines Sachverständigengutachtens²⁷¹. Sofern ein Fall des § 67 FGG vorliegt, muss ein Verfahrenspfleger bestellt werden²⁷². Außerdem muss der Betroffene persönlich angehört worden sein²⁷³. Die einstweilige Anordnung darf die Dauer von sechs Monaten nicht überschreiten²⁷⁴.

²⁶⁶ Gemeint sind die zuvor dargestellten Voraussetzungen nach § 1896 BGB.

²⁶⁷ § 69 f Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 FGG.

²⁶⁸ BayObLG FamRZ 1999, 1611 (1612).

²⁶⁹ Mertens, in: Jürgens u.a., *Betreuungsrecht*, § 69 f FGG Rn. 3; vgl. BayObLGZ 1997, 142 (145). (Glaubhaftmachung ausreichend); Roth, in: Dodegge / Roth, *Betreuungsrecht*, A. II. 8. Rn. 166.

²⁷⁰ § 69 f Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 FGG. Vgl. zur Frage, ob sich das ärztliche Zeugnis nach dem Zweck der Regelung auch zur Notwendigkeit der Betreuung äußern soll: BT-Drucks. 11/4528, 178; OLG Frankfurt FamRZ 2005, 303; Bienwald, in: Staudinger, § 1896 BGB Rn. 160; Knittel, *Betreuungsgesetz*, § 69 f FGG Rn. 4; Sonnenfeld, in: Bienwald u.a., *Betreuungsrecht*, § 69 f FGG Rn. 18; Schwab, in: MünchKomm, § 1896 BGB Rn. 202; Zimmermann, in: Damrau / Zimmermann, *Betreuungsrecht*, § 69 f FGG Rn. 8.

²⁷¹ Vgl. BayObLGR 1994, 86; OLG Frankfurt FamRZ 2005, 303 f.; Sonnenfeld, in: Bienwald u.a., *Betreuungsrecht*, § 69 f FGG Rn. 19.

²⁷² § 69 f Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 FGG.

²⁷³ § 69 f Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 FGG. Auf § 67 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 FGG i.V.m. § 68 Abs. 2 FGG ist aber hinzuweisen.

²⁷⁴ § 69 f Abs. 2 Halbs. 1 FGG; zu den Ausnahmen s. Halbsatz 2.

2. Die „eilige“ einstweilige Anordnung

Weiterhin ist der Erlass einer „eiligen“ einstweiligen Anordnung möglich. Sie kommt in einer Situation in Betracht, bei der Gefahr im Verzug besteht. Es muss hier ein besonderer Gefährdungsgrad gegeben sein²⁷⁵. In derartigen Fällen kann eine einstweilige Anordnung bereits vor der persönlichen Anhörung des Betroffenen und vor der Bestellung und Anhörung des Verfahrenspflegers erlassen werden. Die Verfahrenshandlungen sind unverzüglich nachzuholen²⁷⁶.

Die Regelungen zur Dauer der einstweiligen Anordnung gelten auch im „eiligen“ Eilfall. Die Aufgaben und Befugnisse eines Betreuers, der im Wege einstweiliger (bzw. „eiliger“ einstweiliger) Anordnung bestellt wurde, sind mit denjenigen eines Betreuers, der im Hauptsacheverfahren bestellt wurde, identisch.

3. Zur Regelung des § 1846 BGB

Nach § 1846 BGB hat das Vormundschaftsgericht, wenn ein Vormund noch nicht bestellt oder an der Erfüllung seiner Pflichten verhindert ist, die im Interesse des Mündels erforderlichen Maßregeln zu treffen. Die Vorschrift gilt für die Betreuung gemäß § 1908 i Abs. 1 Satz 1 BGB sinngemäß.

Durch die Regelung wird der Grundsatz durchbrochen, dass das Gericht die Tätigkeit des Betreuers nicht ausübt, sondern nur überwacht²⁷⁷. Das Eingreifen des Vormundschaftsgerichts ist daher nur in besonders dringenden Fällen statthaft²⁷⁸. Eine Dringlichkeit ist zu verneinen, wenn noch ein vorläufiger Betreuer durch eine einstweilige Anordnung bestellt werden kann²⁷⁹.

Ob Anordnungen zu treffen sind und wenn ja, welche, entscheidet das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen²⁸⁰.

²⁷⁵ Vgl. KG R & P 1996, 86 ff. m. Anm. Schulz; Sonnenfeld, in: Bienwald u.a., Betreuungsrecht, § 69 f FGG Rn. 23.

²⁷⁶ § 69 f Abs. 1 Satz 4 FGG. Außerdem kann bei der Bestellung des Betreuers von § 1897 Abs. 4 und 5 BGB abgewichen werden, § 69 f Abs. 1 Satz 5 FGG.

²⁷⁷ §§ 1837 ff. BGB; Diederichsen, in: Palandt, § 1846 BGB Rn.1.

²⁷⁸ Vgl. RGZ 71, 162 (168); BayObLGZ 1990, 46 ff.; Roth, in: Dodegge / Roth, Betreuungsrecht, A. I. 6. b. cc. Rn. 6.

²⁷⁹ Zimmermann, in: Damrau/Zimmermann, Betreuungsrecht, § 1846 BGB Rn. 5 m.w.N.

²⁸⁰ Vgl. OLG Schleswig NJW-RR 2001, 1370; BayOBLG FamRZ 2002, 419 (421); FamRZ 2003, 1322 f.; s.a. BGHZ 150, 45 ff. = FamRZ 2002, 744 ff. m. kritischer Anm. Bienwald.

VII. Die Aufgabenwahrnehmung durch den Betreuer im Bereich der Gesundheitsangelegenheiten

Die Betreuung umfasst alle Tätigkeiten, die erforderlich sind, um die Angelegenheiten des Betreuten rechtlich zu besorgen²⁸¹. Der Betreuer vertritt den Betreuten in seinem Aufgabenkreis gerichtlich und außergerichtlich²⁸². Diese Regelungen beschreiben die Aufgabenwahrnehmung durch den Betreuer im Innen- und im Außenverhältnis der Betreuung allgemein.

Da davon auszugehen ist, dass das Innenverhältnis der Betreuung Rückschlüsse auf die Kompetenzen nach außen zulässt, soll zunächst dargelegt werden, wie die Angelegenheiten des Betreuten zu besorgen sind.

1. Zum Innenverhältnis der Betreuung

Maßgeblich ist die Regelung in § 1901 BGB.

a. Pflichten des Betreuers

Danach hat der Betreuer die Angelegenheiten des Betreuten so zu besorgen, wie es dessen Wohl entspricht²⁸³. Zum Wohl des Betreuten gehört auch die Möglichkeit, im Rahmen seiner Fähigkeiten sein Leben nach seinen eigenen Wünschen und Vorstellungen zu gestalten²⁸⁴.

Der Betreuer hat Wünschen des Betreuten zu entsprechen, soweit dies dessen Wohl nicht zuwiderläuft und dem Betreuer zuzumuten ist²⁸⁵. Dies gilt auch für Wünsche, die der Betreute vor der Bestellung des Betreuers geäußert hat, es sei denn, dass er daran erkennbar nicht mehr festhalten will²⁸⁶.

Innerhalb seines Aufgabenkreises hat der Betreuer dazu beizutragen, dass Möglichkeiten genutzt werden, die Krankheit oder Behinderung des Betreuten zu beseitigen, zu bessern, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder ihre Folgen zu mildern²⁸⁷. Ehe der Betreuer wichtige Angelegenheiten erledigt, bespricht er sie mit dem Betreuten, sofern dies dessen Wohl nicht zuwiderläuft²⁸⁸.

²⁸¹ § 1901 Abs. 1 BGB.

²⁸² § 1902 BGB.

²⁸³ § 1901 Abs. 2 Satz 1 BGB.

²⁸⁴ § 1901 Abs. 2 Satz 2 BGB.

²⁸⁵ § 1901 Abs. 3 Satz 1 BGB.

²⁸⁶ § 1901 Abs. 3 Satz 2 BGB; zu schriftlich geäußerten Betreuungswünschen s. § 1901 a BGB.

²⁸⁷ § 1901 Abs. 4 BGB.

²⁸⁸ § 1901 Abs. 3 Satz 3 BGB.

Dem Betreuer obliegt es auch, dem Vormundschaftsgericht Umstände mitzuteilen, die eine Änderung des Umfangs der Betreuung erforderlich machen können²⁸⁹.

b. Wohl des Betreuten

Entscheidend ist also das Wohl des Betreuten²⁹⁰. Es ist zudem „Grundziel des Betreuungsrechts“²⁹¹.

Nach der Gesetzesbegründung ist eine nähere Konkretisierung des Begriffs „Wohl“ nicht möglich²⁹². Die Erfüllung der Wünsche ist ein Teilaspekt bei der Bestimmung des Wohls des Betreuten. Wohl und Wunsch stehen nicht unbedingt in einem Gegensatz. Die Betreuung darf nach Ansicht des Gesetzgebers nicht Hilfe zur Selbstschädigung werden. Sofern es mit dem Wohl des Betreuten vereinbar sei, sei der Betreuer an den Wunsch des Betreuten gebunden²⁹³.

Umstritten ist, welcher Maßstab das Wohl des Betreuten kennzeichnet. Es wird vertreten, dass das Wohl des Betreuten einen objektiven Maßstab aufweise, nämlich ein verobjektiviertes Wohl im Sinne „einer allenfalls empirisch bestimmbar Normalität Nichtbetreuter“²⁹⁴. Auch wird ausgeführt, dass Wünsche dem Wohl des Betreuten widersprechen, wenn sie von niemandem, der sich „durchschnittlich vernünftig“ verhalte, gebilligt würden²⁹⁵.

Andererseits heißt es, dass das Wohl des Betreuten nicht allein nach objektiven Kriterien bestimmt werden dürfe. Die individuelle Lebenssituation des Betreuten und dessen subjektive Sicht seiner Interessen seien in die Beurteilung einzubeziehen. Das Wohl des Betreuten sei danach auch subjektiv zu bestimmen²⁹⁶.

In dieser Allgemeinheit wird man nicht sagen können, welcher Maßstab zutrifft. Denn ausschlaggebend ist die Situation, in der der Betreuer Entscheidungen treffen muss. Aus diesem Grund ist es erforderlich, zunächst zu prüfen, welche Aufgabe die Betreuung konkret zu erfüllen hat²⁹⁷. Dabei ist entsprechend der Diffe-

²⁸⁹ § 1901 Abs. 5 BGB.

²⁹⁰ BT-Drucks. 11/4528, 53, 133.

²⁹¹ BT-Drucks. 11/4528, 53.

²⁹² BT-Drucks. 11/4528, 133.

²⁹³ BT-Drucks. 11/4528, 133, 142: Der „natürliche“ Wille des Betreuten genieße Vorrang.

²⁹⁴ Frommann, NDV 1992, 2 ff. (4).

²⁹⁵ Holzhauser-Reinicke, § 1901 BGB Rn. 9.

²⁹⁶ Vgl. BGHZ 154, 205 (216 /217); Bauer, in: HK-BuR, § 1901 BGB Rn. 23; Knauf, 103/104; Seitz, in: Festschrift für Holzhauser, 450 ff. (454); vgl. v. Sachsen-Gessaphe, 207 ff.; Voigt, 56 ff.; Frost, 45 („objektiv personalisiert“).

²⁹⁷ S. dazu Lipp, Freiheit und Fürsorge, 152.

renzierung in § 1901 Abs. 2 BGB und § 1901 Abs. 3 BGB zu unterscheiden, ob der Betreute äußerungsfähig ist oder nicht ²⁹⁸.

aa. Der nicht äußerungsfähige Betreute

Wenn der Betreute keine Entscheidung mehr treffen kann und dies auch früher - etwa im Rahmen einer Betreuungsverfügung ²⁹⁹ - nicht geschehen ist, besteht die Aufgabe der Betreuung darin, seine Handlungsfähigkeit herzustellen. Es ist also maßgebend, wie der Betreute selbst entscheiden würde, wenn er dies könnte ³⁰⁰.

Um nunmehr die Kriterien bestimmen zu können, nach denen der Betreuer ermitteln kann, wie die Entscheidung des Betreuten aussähe, ist zu fragen, ob auf Maßstäbe abgestellt werden kann, die für andere Rechtsinstitute gelten. Angesichts vergleichbarer Sachlagen werden hier die Geschäftsführung ohne Auftrag und die mutmaßliche Einwilligung herangezogen ³⁰¹.

Nach § 677 BGB hat derjenige, der ein Geschäft für einen anderen besorgt, ohne von ihm beauftragt oder ihm gegenüber sonst berechtigt zu sein, das Geschäft so zu führen, wie es das Interesse des Geschäftsherrn mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder mutmaßlichen Willen erfordert ³⁰². Welche Handlungsmaximen insoweit gelten, ist umstritten. Auf die wichtigsten Auffassungen soll hingewiesen werden.

Es wird vertreten, dass der mutmaßliche Wille nach objektiven Kriterien zu bestimmen sei ³⁰³. Es komme nicht darauf an, was der Geschäftsführer angenommen habe, sondern was bei objektiver Beurteilung aller Umstände als hypo-

²⁹⁸ Diese Differenzierung zeigt insbesondere Diercks, 50 ff. auf; vgl. auch Frost, 47 f.

²⁹⁹ Vgl. § 1901 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. § 1901 a BGB, s. zu den Bindungen an eine Betreuungsverfügung Lipp, in: Festschrift für Bienwald, 177 ff. (180).

³⁰⁰ Lipp, Freiheit und Fürsorge, 154; vgl. Diercks, 58 f.

³⁰¹ Lipp, Freiheit und Fürsorge, 154; vgl. ausführlich Karliczek, 81 ff.

³⁰² S. insoweit auch § 683 Abs. 1 Satz 2 BGB. Zur Geschäftsführung ohne Auftrag ist anzumerken: Die „negatorium gestio“ umfasste im römischen Recht jede Führung fremder Geschäfte. Sie umschloss im vorklassischen und klassischen Recht alle Geschäftsführungen, die außerhalb der gesondert geregelten Rechtsverhältnisse, vor allem des Mandats und der Vormundschaft („tutela“) verblieben. Es wurde dabei jemand freiwillig, aus bloßer Hilfsbereitschaft, hinter der in der römischen Gesellschaftsordnung eine starke sittliche Pflicht stand, für einen anderen tätig. Die Verpflichtungen wurden ebenso wie beim Mandat auf die „fides“ (Treue) gegründet. Da von den beiden Zielen des Rechtsinstituts – nämlich der Förderung uneigennütziger Hilfe einerseits, andererseits Abwehr unerbetener Einmischung in fremde Angelegenheiten – in der späteren Aufklärung die zweite betont wurde, verboten die Regelungen im ALR und ABGB grundsätzlich eine solche Einmischung (Kaser/Knütel, § 44, Rn. 12 – 22). Die Regelung der Geschäftsführung ohne Auftrag in den Kodifikationen des 19. Jahrhunderts folgte im wesentlichen dem gemeinen römischen Recht (Coing, Europäisches Privatrecht II, § 104 I, 510).

³⁰³ Vgl. Tiedemann, JuS 1970, 108 ff.

thetischer Wille des Geschäftsherrn anzusehen sei ³⁰⁴. Im Zweifel decke sich der mutmaßliche Wille mit dem Interesse des Geschäftsherrn ³⁰⁵. Das sei zu bejahen, wenn die Übernahme der Geschäftsführung dem Geschäftsherrn objektiv nützlich sei ³⁰⁶. Auch wird dargelegt, dass der mutmaßliche Wille der objektiv festzustellende Wille sei, den der Geschäftsherr vermutlich und vernünftigerweise geäußert hätte, wenn er von der Notwendigkeit gewusst hätte, sich zu der Übernahme der Geschäftsbesorgung durch den Geschäftsbesorger zu äußern ³⁰⁷. Es wird aber auch erörtert, ob und in welcher Intensität für den mutmaßlichen Willen objektive und subjektive Faktoren eine Rolle spielen können ³⁰⁸. Als maßgeblich wird zudem die wahrscheinliche, subjektive Entscheidung des Geschäftsherrn - bezogen auf den Zeitpunkt der Übernahme der Geschäftsführung - angesehen ³⁰⁹.

Wie bereits ausgeführt worden ist ³¹⁰, stellt der Bundesgerichtshof in Strafsachen bezüglich des Rechtfertigungsgrundes der mutmaßlichen Einwilligung darauf ab, dass der Inhalt des mutmaßlichen Willens in erster Linie aus den persönlichen Umständen des Betroffenen zu ermitteln sei. „Objektive Kriterien, insbesondere die Beurteilung einer Maßnahme als gemeinhin vernünftig und normal sowie den Interessen eines verständigen Patienten üblicherweise entsprechend, haben danach keine eigenständige Bedeutung, sondern dienen lediglich der Ermittlung des individuellen hypothetischen Willens. Liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass sich der Patient anders entschieden hätte, werde allerdings davon auszugehen sein, dass sein hypothetischer Wille mit dem übereinstimme, was gemeinhin als normal und vernünftig angesehen“ ³¹¹ werde.

Denkbar erscheint es auch, auf die Ausgangslage abzustellen. Gemeint ist damit die Notsituation, in der sich die Frage stellt, ob dem Betreffenden auch ohne seinen ausdrücklich erklärten Willen Hilfe zuteil werden soll. Nach diesem Ansatz ist es erforderlich, dass die Rechtsordnung letztlich objektive Kriterien dafür festlegt, welche paternalistische Hilfe bei gleichzeitiger Gefahr einer Fremdbestimmung sie einem Mitmenschen zukommen lassen will, der sich nicht geäußert hat bzw. äußern kann. Deshalb sei zunächst eine objektive Interessenabwägung vorzuneh-

³⁰⁴ OLG München NJW-RR 1988, 1013 (1015).

³⁰⁵ Vgl. BGH NJW-RR 1989, 970. In den Gesetzen sind zur Beantwortung der Frage, wann eine Geschäftsführung den Interessen des Geschäftsherrn entspreche, vielfältige Begriffe (wie notwendig, natürlich oder luxus) verwendet worden; vgl. Coing, Europäisches Privatrecht II, § 104 I, 510; s.a. Windscheid/Kipp, Bd. II, § 430, 919 zur fehlenden Übereinstimmung der Meinungen über den Begriff des *utiliter gestum* s. dort Fn. 17 m.w.N.; s.a. Mugdan, Materialien, Bd. II, 480, 481; und Jakobs/Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches, § 683, 142, 143.

³⁰⁶ Vgl. OLG Frankfurt NJW-RR 1996, 1337.

³⁰⁷ Vgl. BGH NJW 1972, 475 (476).

³⁰⁸ Taupitz, in: Festgabe BGH I, 497 ff., 505; Fischer, in: Festschrift Deutsch, 545 ff. (546).

³⁰⁹ Steffen, in: RGRK, vor § 677 BGB, Rn. 73.

³¹⁰ S. oben § 2 II. 2. e.

³¹¹ BGHSt 35, 246 (249 / 250).

men. Diese stehe unter einem subjektiven Korrekturvorbehalt³¹². D.h. sie sei in einem zweiten Schritt darauf zu überprüfen, ob nicht erkennbare Vorstellungen und Wünsche zu einem anderen Ergebnis führten³¹³.

Gerade die zuletzt dargestellte Ansicht zeigt, dass die Kriterien, die bei der berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag bzw. der mutmaßlichen Einwilligung Anwendung finden, nicht ohne weiteres auf die Bestimmung des Wohles gemäß § 1901 BGB übertragen werden können.

Zwar liegt nur dann eine berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag vor, wenn das Geschäft so geführt wird, wie es das Interesse des Geschäftsherrn mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder mutmaßlichen Willen erfordert, § 677 BGB. Ärztliches Handeln kann auch nur dann auf eine mutmaßliche Einwilligung gestützt werden, wenn davon auszugehen ist, dass der Betroffene, wenn er dazu in der Lage gewesen wäre, eine entsprechende ausdrückliche Einwilligung erteilt hätte.

Gegen die Übertragung der Kriterien der Geschäftsführung ohne Auftrag und der mutmaßlichen Einwilligung spricht aber zunächst, dass sich deren Aufgaben von denen der Betreuung unterscheiden. Die Betreuung dient (in diesem Zusammenhang) allein der Herstellung der Handlungsfähigkeit des Betroffenen und damit der Verwirklichung seines Selbstbestimmungsrechtes. Die mutmaßliche Einwilligung soll jedenfalls vorrangig das ärztliche Handeln rechtfertigen. Selbst wenn durch einen Eingriff die (rechtliche) Handlungsfähigkeit wiederhergestellt wird, handelt es sich damit um die Folge des ärztlichen Tuns. Die berechtigte Geschäftsführung dient, wie die Regelung des § 683 BGB zeigt, jedenfalls auch dem Interesse des Geschäftsführers, wenn dieser Ersatz wie ein Beauftragter verlangen kann.

Zu berücksichtigen ist weiter, dass eine Geschäftsführung ohne Auftrag im Sinne des § 677 BGB schon vorliegt, wenn nicht nur ein eigenes, sondern auch ein fremdes Geschäft wahrgenommen wird. Gerade in diesem Fall kann ein Zielkonflikt auf Grund des Nebeneinanders von eigenem und fremdem Interesse auftreten. Damit besteht die Gefahr einer Fremdbestimmung. Dies gilt auch, wenn der ärztliche Eingriff durch die mutmaßliche Einwilligung legitimiert werden soll. Ein solcher Konflikt ist ausgeschlossen, wenn der Handelnde allein dem Wohl des Betroffenen verpflichtet ist, wie dies bei der Betreuung der Fall ist.

Die materiell-rechtlichen Kriterien der Geschäftsführung ohne Auftrag sowie die der mutmaßlichen Einwilligung können folglich allenfalls herangezogen werden,

³¹² Taupitz, in: Festgabe BGH I 497 ff., 508.

³¹³ Taupitz, in: Festgabe BGH I 497 ff., 508.

als sie eine Entscheidung ermöglichen, die allein dem subjektiven Wohl des Betreuten dient³¹⁴.

Damit ist die Frage aber noch nicht beantwortet, wie die Entscheidung des Betreuers konkret zu treffen ist³¹⁵. Soll diejenige getroffen werden, die es dem Betreuten ermöglicht, (wieder) selbst zu entscheiden³¹⁶, hat der Betreuer zunächst die entsprechenden Ansichten und Einstellungen des Betroffenen in Erfahrung zu bringen. Kann daraus entnommen werden, welche konkrete Entscheidung dem wirklichen Willen des Betroffenen entspricht, hat diese auch der Betreuer zu treffen³¹⁷. Kann der wirkliche Wille nicht ermittelt werden, kommt es auf den mutmaßlichen Willen an³¹⁸. Kann dieser z.B. anhand von früheren Äußerungen nicht festgestellt werden, kann nachrangig auch auf das Interesse des Betreuten³¹⁹ und damit auf objektive Kriterien zurückgegriffen werden³²⁰.

bb. Der äusserungsfähige Betreute

Wenn sich der Betreute äußern und eine eigene Entscheidung treffen kann oder bereits getroffen hat, geht es nicht darum, seine Handlungsfähigkeit herzustellen. Die Aufgabe des Betreuers besteht vielmehr darin, die Entscheidung des Betroffenen zu prüfen und zu kontrollieren. Es kann hier erforderlich werden, gegen den Wunsch des Betreuten zu handeln³²¹. Dies ist nach den Darlegungen zur Aufgabe der Betreuung nur zulässig, wenn sich der Betreute auf Grund einer eingeschränkten Eigenverantwortlichkeit selbst zu schädigen droht bzw. eine Gefahr etwa für seine Person nicht abwehren kann³²². Die Gefahr einer Selbstschädigung, die nicht auf einer eingeschränkten Eigenverantwortlichkeit beruht, reicht insoweit nicht aus³²³.

³¹⁴ Vgl. Lipp, FamRZ 2004, 317 ff. (322); s. aber Holzhauser /Reinicke, Betreuungsrecht, § 1901 BGB Rn. 5, wonach das Betreuungsrecht den Schwerpunkt auf das subjektive Wohl verschoben habe.

³¹⁵ Vgl. Karliczek, 88 ff.

³¹⁶ Das ergibt sich bereits aus § 1901 Abs. 5 BGB.

³¹⁷ Lipp / Thar, BtPrax Magazin 2/2004, M 5; vgl. SchlHOLG BtPrax 2001, 211, 212.

³¹⁸ Lipp, BtPrax 2004, 18 ff. (19); kritisch Seitz, in: Festschrift für Bienwald, 305 ff. (317); vgl. GenSTA Nürnberg, Vfg. vom 15. Januar 2008 – 4 Berl 144/07 -, DRiZ 2008, 186 f.

³¹⁹ Vgl. Lipp, FamRZ 2004, 317 ff. (322).

³²⁰ Vgl. BGHSt 40, 257 (263); 35, 246 (249 f.); vgl. BGHZ 154, 205 (219); Lipp, BtPrax 2002, 47 ff. (48, 52).

³²¹ Lipp, Freiheit und Fürsorge, 157; vgl. OLG Frankfurt BtPrax 1997, 123 (LS).

³²² Lipp, Freiheit und Fürsorge, 156.

³²³ Darauf stellt aber BtG-RegE, 133, ab; vgl. Schwab, in: MünchKommBGB, § 1901 BGB, Rn. 14, 15. Nach Knittel, Betreuungsgesetz, § 1901 BGB Rn. 9 ist erhebliche Gefährdung maßgeblich; vgl. Mees-Jacobi/Stolz, BtPrax 1994, 83 ff. (85), wonach Wünschen nicht zu entsprechen sei, durch die sich der Betreute schweren Schaden an Rechtsgütern zufügen würde und deshalb anzunehmen sei, dass die nicht auf freier Selbstbestimmung beruhen.

In solchen Fällen tritt ein Konflikt zwischen den grundsätzlich zu beachtenden Wünschen des Betroffenen und seinem Wohl auf. Wenn der Wunsch als Ausdruck eingeschränkter Eigenverantwortlichkeit in einem solchen Fall nicht beachtlich ist, ist vom Betreuer die Entscheidung zu treffen, die erforderlich ist, um den beschriebenen drohenden Schaden für den Betroffenen abzuwenden ³²⁴.

2. Zum Außenverhältnis

a. Vertretungsmacht

Die Vertretungsmacht ³²⁵, die einem Betreuer übertragen wird, dient dazu, die rechtliche Handlungsfähigkeit des Betroffenen im übertragenen Aufgabenkreis herzustellen. Sie ist unabhängig von einer etwaigen Pflichtwidrigkeit im Innenverhältnis ³²⁶.

Diese Unabhängigkeit ist gerechtfertigt, weil ansonsten die Handlungsfähigkeit des Betreuten selbst eingeschränkt würde. Denn Entscheidungen von Menschen, die handlungsfähig sind, werden ohne Prüfung im Rechtsverkehr anerkannt. Die Wirksamkeit wird insbesondere nicht davon abhängig gemacht, dass sie von einem etwaigen Vertragspartner o.ä. nur dann als rechtlich bindend erachtet werden, wenn sie nach dessen Ansicht dem Wohl des Betroffenen dienen. Könnte ein Dritter einem Betreuer die rechtliche Anerkennung seiner Entscheidung mit diesem Argument versagen, würde die Verwirklichung der Selbstbestimmung des Betroffenen in ihr Gegenteil verkehrt ³²⁷.

b. Missbrauch der Vertretungsmacht

Es stellt sich allerdings die Frage, ob die Unabhängigkeit von der Pflichtenbindung im Innenverhältnis uneingeschränkt gilt.

Das ist nicht der Fall. Die Vertretungsmacht entfällt, wenn der Dritte den Pflichtverstoß kennt oder dieser für ihn erkennbar ist ³²⁸. Beachtet ein Betreuer einen beachtlichen Wunsch des Betroffenen erkennbar nicht, entfällt die Vertretungs-

³²⁴ Vgl. Lipp, Freiheit und Fürsorge, 156; vgl. auch Bienwald, in: Staudinger, § 1901 BGB Rn. 27. Soweit Knittel, Betreuungsgesetz, § 1901 BGB Rn. 10, darauf abstellt, dass dieser Vorschlag zumindest als gut geeignetes Korrektiv für die notwendige Wertung des Betreuers erscheine, ist dies im Hinblick auf die Aufgabe der Betreuung nicht konsequent; ähnlich Kollmer, FuR 1993, 325 ff. (326); v. Sachsen-Gessaphe, 211.

³²⁵ § 164 Abs. 1 BGB.

³²⁶ Lipp, Freiheit und Fürsorge, 183/184.

³²⁷ Lipp, Freiheit und Fürsorge, 186.

³²⁸ Lipp, Freiheit und Fürsorge, 187; Heinrichs, in: Palandt, § 164 BGB Rn. 13 ff.

macht. Damit wird auch keine Bindung gegenüber dem Betroffenen entfaltet³²⁹. Auch diese Folge ist im Hinblick auf die Aufgabe der Betreuung erklärlich. Soll sie dazu dienen, die Selbstbestimmung des Betroffenen zu gewährleisten, geschieht dies gerade nicht, wenn der Betreuer sich über einen beachtlichen Wunsch hinwegsetzt.

c. Handeln des Betreuten und des Betreuers

Wie bereits dargelegt worden ist, vertritt der Betreuer den Betroffenen in seinem Aufgabenkreis. Voraussetzung für ein Handeln des Betreuers ist folglich zunächst, dass ihm ein solcher Bereich übertragen worden ist³³⁰. Im Rahmen der Gesundheitsvorsorge können rechtsgeschäftliche Willenserklärungen abzugeben sein, z.B. solche, die auf den Abschluss eines Behandlungsvertrages gerichtet sind. Entsprechende Erklärungen kann der Betroffene nur abgeben, wenn er geschäftsfähig ist³³¹. Darüber hinaus muss auch noch eine Einwilligung in die angedachte ärztliche Maßnahme und die damit einhergehenden Eingriffe in die körperliche Integrität und das Persönlichkeitsrecht erteilt werden³³². Denkbar ist auch eine Ablehnung einer entsprechenden Maßnahme.

Ist der Betreute einwilligungsfähig, trifft allein er die entsprechende Entscheidung³³³. Ist der Betroffene hingegen nicht einwilligungsfähig³³⁴, bedarf es der Entscheidung des Betreuers zur Herstellung der Handlungsfähigkeit des Betroffenen³³⁵.

Schwieriger zu beurteilen sind die Fälle, in denen nicht eindeutig ist, ob der Betroffene einwilligungsfähig ist oder nicht. Zu einem Konfliktfall kann es zwar dann nicht kommen, wenn sowohl der Betreute als auch der Betreuer der Maßnahme zustimmen oder sie ablehnen³³⁶. Gesetzlich nicht geregelt ist aber der Fall, dass sich bei ungeklärter Einwilligung(s)unfähigkeit die Entscheidungen des Betroffenen und des Betreuers widersprechen³³⁷.

³²⁹ § 177 Abs. 1 BGB. Dabei wird allerdings die Frage, woraus sich die Evidenz des Pflichtverstoßes ergibt, nicht einheitlich beantwortet; vgl. Schwab, in: MünchKomm, § 1902 BGB Rn. 16 m.w.N.; Roth, in: Erman, § 1902 BGB Rn. 17; Bauer, in: HK-BUR, § 1902 BGB Rn. 23.

³³⁰ Zu den unterschiedlichen Begrifflichkeiten, die verwendet werden, s. oben § 3 V. 1. b.

³³¹ S. oben § 2 II. 1.

³³² Regierungsentwurf, 140.

³³³ Bienwald, in: Staudinger, § 1904 BGB Rn. 19; Meier, Handbuch, Rn. 697.

³³⁴ Zu den Voraussetzungen s.o. § 2 II. 2. c.

³³⁵ Vgl. OLG Hamm FG Prax 1997, 64 m. Anm. Seitz; Diederichsen, in: Palandt, § 1902 BGB Rn. 4.

³³⁶ Vgl. Lipp, Freiheit und Fürsorge, 180; Roth, in: Erman, § 1904 BGB Rn. 3; hingegen hält Müller, Geschäftsfähigkeit, 231, die Klärung der Einwilligungsfähigkeit auch in solchen Fällen für erforderlich.

³³⁷ Vgl. zur Problematik einer „Doppelkompetenz“: Bienwald, in: Bienwald u.a., Betreuungsrecht, § 1902 BGB Rn. 6 m.w.N.; Holzhauser/Reinicke, Betreuungsrecht, § 1902 BGB Rn. 10 zum Vor-

Nach hier vertretener Ansicht ist die Funktion der Einwilligung maßgeblich. Die Einwilligung dient, wie bereits ausgeführt worden ist, der Rechtfertigung ärztlichen Handelns. Willigt folglich der Betreute in die ärztliche Maßnahme ein, der Betreuer hingegen nicht, trägt der verantwortliche Arzt das Risiko, ob eine hinreichende rechtfertigende Einwilligung vorliegt³³⁸. Im Eilfall ist der Arzt wegen der mutmaßlichen Einwilligung des Betroffenen gerechtfertigt³³⁹. Soweit die angeordnete Maßnahme Aufschub duldet, kann sich der Arzt an das Vormundschaftsgericht wenden, um prüfen zu lassen, ob der Betreuer pflichtwidrig handelt³⁴⁰.

Stimmt der Betreute nicht zu, willigt hingegen der Betreuer ein, ergeben sich im Hinblick auf die Wirksamkeit der Einwilligung auf Grund der dem Betreuer zustehenden Vertretungsmacht keine Bedenken, wenn der Betreute die Behandlungsentscheidung gegen sich gelten lässt³⁴¹. Problematischer ist es hingegen, wenn der Betroffene gegen die Entscheidung des Betreuers mit seinem „natürlichen Willen“ Widerstand leistet. Dann geht es nicht allein um die Rechtfertigung des ärztlichen Handelns, sondern auch um die Ausübung von Zwang gegenüber dem Betreuten³⁴².

Hier ist zu differenzieren: die Einwilligung des Betreuers in eine ärztliche Maßnahme gegen den Willen des Betreuten stellt für sich noch keine (Einwilligung in eine) Zwangsbehandlung dar³⁴³. Denn die Einwilligung betrifft das Außenverhältnis zum Arzt und rechtfertigt dessen Handeln³⁴⁴. Die Einwilligung nach außen ersetzt nicht den natürlichen Willen des Betroffenen und überwindet auch nicht seinen Widerstand³⁴⁵. Die Vertretungsmacht, auf Grund derer der Betreuer die Einwilligung erteilt, wird insoweit durch das Innenverhältnis nicht begrenzt³⁴⁶. Bei der Problematik der Zwangsbehandlung geht es hingegen vorrangig um die Überwindung des natürlichen Willens des Betreuten³⁴⁷. Diese Frage ist des-

rang des Betreuers im Konfliktfall; vgl. Diederichsen, in: Palandt, § 1902 BGB Rn. 4; Winkler-Wilfurth, 91 ff., 156 („zum Kooperationsmodell“).

³³⁸ Müller, Geschäftsfähigkeit, 231; Lipp, Freiheit und Fürsorge, 190 m.w.N. unter Hinweis darauf, dass eine ablehnende Entscheidung des Betreuers nur dann materiell-rechtlich Bedeutung erlangt, wenn der Betreute einwilligungsunfähig ist; vgl. Röttgen, 179.

³³⁹ Vgl. Lipp, Freiheit und Fürsorge, 190.

³⁴⁰ Vgl. Honds, 204, 205.

³⁴¹ Vgl. Bienwald, in: Staudinger, § 1904 BGB Rn. 26.

³⁴² Vgl. Lipp, Freiheit und Fürsorge, 190.

³⁴³ Tietze, Zwangsbehandlungen, 48.

³⁴⁴ Vgl. Popp, 59.

³⁴⁵ Vgl. Popp, 104.

³⁴⁶ Diederichsen, in: Palandt, § 1902 BGB Rn. 1.

³⁴⁷ Tietze, Zwangsbehandlungen, 47.

halb nicht bei der Betrachtung des Außenverhältnisses der Betreuung anzuspreehen. Auf sie wird gesondert eingegangen ³⁴⁸.

VIII. Zum Erfordernis der Erteilung einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung

Der Betreuer hat nach den zuvor dargelegten Kriterien eine eigene Entscheidung zu treffen. In einigen Fällen sieht das Gesetz vor, dass diese der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf. Hinsichtlich der gesundheitlichen Belange sind insbesondere die Regelungen in § 1906 BGB und in § 1904 BGB zu nennen. Hier soll nur ein Überblick über die entsprechenden materiellen und formellen Genehmigungsvoraussetzungen gegeben werden. Außerdem werden einige Streitfragen angesprochen, die Bedeutung für den Untersuchungsgegenstand haben.

1. Zur Regelung des § 1906 Abs. 1 – 4 BGB

Nach § 1906 Abs. 1 und 4 BGB bedürfen Entscheidungen eines Betreuers hinsichtlich einer Unterbringung eines Betreuten bzw. unterbringungsähnlicher Maßnahmen der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ³⁴⁹. Ohne die Genehmigung ist die Unterbringung nur zulässig, wenn mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist. Die Genehmigung ist unverzüglich nachzuholen ³⁵⁰.

Die Genehmigung ist Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit der Entscheidung des Betreuers ³⁵¹. Dem Vormundschaftsgericht kommt im Hinblick auf den Eingriff in das Freiheitsgrundrecht des Betreuten eine verfassungsrechtlich gebotene Kontrollfunktion zu ³⁵².

a. Unterbringung

Eine Unterbringung, die mit einer Freiheitsentziehung ³⁵³ verbunden ist, liegt vor, „wenn der Betreute gegen seinen Willen oder im Zustand der Willenlosigkeit in einem räumlich begrenzten Bereich eines geschlossenen Krankenhauses, einer anderen geschlossenen Einrichtung oder dem abgeschlossenen Teil einer solchen Einrichtung festgehalten, sein Aufenthalt ständig überwacht und die Kontaktauf-

³⁴⁸ § 3 VIII. 2.

³⁴⁹ Hingegen ordnet das Gericht die Unterbringung an, sofern es sich um eine öffentlich-rechtliche Unterbringung nach Landesrecht handelt, s. z.B. § 13 des Berliner Gesetzes für psychisch Kranke (PsychKG) vom 8. März 1985 (GVBl. S. 586); geändert durch Gesetz vom 17. März 1994 (GVBl. S. 86) i.V.m. § 3 FEVG.

³⁵⁰ § 1906 Abs. 2 BGB.

³⁵¹ Vgl. Hoffmann, in: Bienwald u.a., Betreuungsrecht, § 1906 BGB Rn. 141.

³⁵² Vgl. Lipp, Freiheit und Fürsorge, 238.

³⁵³ S. zum Begriff § 2 Abs. 1 FEVG.

nahme mit Personen außerhalb des Bereichs eingeschränkt wird“³⁵⁴. Maßgeblich ist „die nicht nur kurzfristige Beschränkung der persönlichen Bewegungsfreiheit auf einen bestimmten Lebensraum“³⁵⁵.

Ein Betreuer vermag eine Unterbringungsentscheidung nur zu treffen, wenn ihm ein entsprechender Aufgabenkreis (z.B. die Aufenthaltsbestimmung zum Zwecke der Unterbringung) übertragen worden ist³⁵⁶.

aa. Materiell-rechtliche Genehmigungsvoraussetzungen

Nach § 1906 Abs. 1 Nr. 1 BGB ist eine Unterbringung nur zulässig, solange sie zum Wohl des Betreuten erforderlich ist, weil auf Grund einer psychischen Krankheit oder geistigen oder seelischen Behinderung des Betreuten die Gefahr besteht, dass er sich selbst tötet oder erheblichen gesundheitlichen Schaden zufügt.

Die Unterbringung muss zum Wohl des Betreuten erforderlich³⁵⁷ sein. Hingegen kommt sie nicht zum Schutz Dritter oder der Allgemeinheit in Betracht³⁵⁸. Die Gefahr einer Selbstschädigung muss wegen einer Krankheit oder Behinderung bestehen³⁵⁹, auf Grund derer der Betreute seinen Willen nicht frei bestimmen kann³⁶⁰. Sie muss ernstlich³⁶¹ und konkret sein³⁶². Zu den gesundheitlichen Schäden, die drohen müssen, gehören z.B. das Erfrieren oder Verhungern³⁶³.

Nach § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB kommt eine Unterbringung auch in Betracht, wenn eine Untersuchung des Gesundheitszustandes, eine Heilbehandlung oder ein ärztlicher Eingriff notwendig ist, ohne die Unterbringung des Betreuten nicht durchgeführt werden kann und der Betreute auf Grund einer psychischen Krankheit oder geistigen oder seelischen Behinderung die Notwendigkeit der Unterbringung nicht erkennen oder nicht nach dieser Einsicht handeln kann.

³⁵⁴ BGHZ 145, 297 (300); Meyer, in: Jurgeleit, Betreuungsrecht, § 1906 BGB Rn. 6.

³⁵⁵ BGHZ 145; 297 (301); zur Aufhebung einer Unterbringungsgenehmigung bei einer Freiwilligkeitserklärung OLG München OLGR 2005, 534 f.

³⁵⁶ Vgl. BayObLG FamRZ 1994, 320 (321); OLG Hamm FamRZ 2001, 861 (862), wonach der Aufgabenkreis Gesundheitsorge allein nicht ausreichend ist.

³⁵⁷ Vgl. dazu BVerfG NJW 1998, 1774 (1775).

³⁵⁸ Insoweit können die Unterbringungsvoraussetzungen nach Landesrecht einschlägig sein, vgl. OLG Hamm BtPrax 2001, 40 (41); s. aber Pardey FamRZ 1995, 713 ff.

³⁵⁹ Die Tatbestandsvoraussetzungen der psychischen Krankheit bzw. geistigen oder seelischen Behinderungen entsprechen den Begrifflichkeiten in § 1896 BGB.

³⁶⁰ BayObLG 1993, 46 f.; FamRZ 1998, 1327 (1328).

³⁶¹ BayOlbGR 1994, 71 f.; 2004, 450 ff.; 2005, 68 ff.

³⁶² Zimmermann, in: Damrau / Zimmermann, Betreuungsrecht, § 1906 BGB Rn. 33; zum Gefahrbegriff s. Alperstedt FamRZ 2001, 467 ff.

³⁶³ Weitere Beispiele bei Zimmermann, in: Damrau/Zimmermann, Betreuungsrecht, § 1906 BGB Rn. 36.

Eine Genehmigung kann in entsprechenden Fällen nur erteilt werden, wenn die Möglichkeit eines Erfolges der Maßnahme besteht³⁶⁴. Außerdem muss sie ohne die Unterbringung nicht durchgeführt werden können. Weiter muss der Betreute krankheits- bzw. behinderungsbedingt nicht in der Lage sein, die Notwendigkeit einer nur durch die Unterbringung möglichen Heilbehandlung (etc.) einzusehen³⁶⁵ und danach zu handeln.

Die Unterbringung muss erforderlich sein, d.h. die Genehmigung ist nur zu erteilen, wenn sie sich als unumgänglich erweist, um drohende gewichtige gesundheitliche Schädigungen vom Betroffenen abzuwenden. Dabei müssen die gefährdeten Rechtsgüter von erheblichem Gewicht sein, die drohende Gefahr muss erheblich sein, mit ihr muss mit hoher Wahrscheinlichkeit und jederzeit gerechnet werden³⁶⁶. Bei geringerer Gefährdung muss dem Betroffenen die „Freiheit zur Krankheit“ zugestanden werden³⁶⁷.

bb. Formelle Voraussetzungen

Zu den wichtigsten formellen Voraussetzungen einer Genehmigungserteilung gehören die persönliche Anhörung des Betroffenen³⁶⁸, die Einholung eines Sachverständigengutachtens³⁶⁹ und – falls erforderlich – die Bestellung eines Verfahrenspflegers³⁷⁰. Von einer weitergehenden Darstellung der formellen Genehmigungsvoraussetzungen kann für die Untersuchung abgesehen werden³⁷¹.

b. Unterbringungsähnliche Maßnahmen

Die Regelungen in § 1906 Abs. 1 – 3 BGB geltend entsprechend, wenn dem Betreuten, der sich in einer Anstalt, einem Heim oder einer sonstigen Einrichtung³⁷² aufhält, ohne untergebracht zu sein, durch mechanische Vorrichtungen, Medikamente oder auf andere Weise oder regelmäßig die Freiheit entzogen werden soll

³⁶⁴ S. zur Problematik der Entziehungskur, die gegen den Willen des Betroffenen erfolgen soll: SchlHOLG BtPrax 2000, 92 (LS); BT-Drucks. 11/4528, 147; vgl. auch BayObLGR 2004, 450 ff.; OLG München BtPrax 2005, 113; OLG Schleswig FGPrax 2005, 136 ff.; Dodegge, BtPrax 2005, 203 ff. (206/207); vgl. auch KG Betreuungsmanagement 2005, 227 ff.

³⁶⁵ BayObLG BtPrax 1996, 28, 29; vgl. OLG Stuttgart FamRZ 2004, 834/835 (LS).

³⁶⁶ BayObLG NJW 2002, 146, 147; vgl. OLG Naumburg FamRZ 2008, 2061 f.

³⁶⁷ Vgl. BVerfG NJW 1998, 1774, 1775.

³⁶⁸ § 70 c FGG Satz 1 FGG; bezüglich des Absehens von der Anhörung s. § 70 c Satz 1 FGG; zur Rechtzeitigkeit der Anhörung OLG Hamm FamRZ 2008, 1116 f.

³⁶⁹ § 70 e Abs. 1 Satz 1 und 2 FGG; vgl. dazu KG FamRZ 2007, 1043; KG FamRZ 2008, 813 ff.; Locher, in: Fröschle, Verfahrensrecht, § 70 e FGG Rn. 2 ff.

³⁷⁰ § 70 b FGG.

³⁷¹ Es ist insoweit allgemein auf §§ 70 ff. FGG zu verweisen. Hinsichtlich einer Regelung durch eine einstweilige Anordnung ist § 70 h FGG einschlägig. Es gelten im wesentlichen die Ausführungen, die bei der Betreuerbestellung im Wege einstweiliger Anordnung getätigt wurden. S. aber zur Hauptsachenerledigung ausf. Nachweise bei Sonnenfeld, FamRZ 2004, 1685 ff. (1698).

³⁷² Die Wohnung ist keine sonstige Einrichtung, BayObLG BtPrax 2003, 37 f.

³⁷³. Beispiele solcher Maßnahmen sind das Festbinden des Betreuten im Bett durch einen Beckengurt ³⁷⁴, Bettgitter ³⁷⁵, das Verhindern des Verlassens einer Einrichtung durch schwierige Schließmechanismen ³⁷⁶ usw.. Eine freiheitsentziehende Maßnahme liegt auch dann vor, wenn der Betreute einen natürlichen Fortbewegungswillen hat, aber keine entsprechende Möglichkeit besteht ³⁷⁷. Die Maßnahme muss zielgerichtet zur Verhinderung der Fortbewegung eingesetzt werden ³⁷⁸. Sie muss über einen längeren Zeitraum ³⁷⁹ oder stets zur selben Zeit (o.ä.) erfolgen.

Nach dem Wortlaut des § 1906 Abs. 4 BGB findet die Regelung dann Anwendung, wenn der Betreute nicht untergebracht ist. Es ist allerdings zutreffend, wenn ein (zusätzliches) Genehmigungsbedürfnis für entsprechende Maßnahmen gesehen wird, wenn sie bei einer untergebrachten Person erfolgen sollen ³⁸⁰. Das folgt schon aus der mit der Maßnahme verbundenen weiteren Einschränkung der Bewegungsfreiheit.

Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts kann nur erteilt werden, wenn die materiellen Voraussetzungen nach § 1906 Abs. 1 BGB vorliegen ³⁸¹. Insoweit ist auf die vorstehenden Ausführungen zu verweisen.

Die formellen Voraussetzungen sind ebenfalls weitgehend identisch mit denjenigen, die bei einer Unterbringungsgenehmigung gegeben sein müssen ³⁸².

2. Zur Problematik der Zwangsbehandlung

Es soll nun darauf eingegangen werden, ob eine Zwangsbehandlung im Betreuungsrecht zulässig ist. Da sich die Problematik sowohl bei ambulanten Behandlungen als auch bei solchen, die im Rahmen einer Unterbringung durchgeführt

³⁷³ § 1906 Abs. 4 BGB.

³⁷⁴ BayObLGZ 1993, 208 ff.

³⁷⁵ OLG Frankfurt FamRZ 1994, 992; vgl. Marschner, in: Jürgens, Betreuungsrecht, § 1906 Rn. 37.

³⁷⁶ Meyer, in: Jurgelcit, Betreuungsrecht, § 1906 BGB Rn. 45; Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Itzehoe – 302 Js 2929/03 - v. 19. Februar 2004, BtPrax 2005, 196/197.

³⁷⁷ Meyer, in: Jurgelcit, Betreuungsrecht, § 1906 BGB Rn. 42.

³⁷⁸ Meyer, in: Jurgelcit, Betreuungsrecht, § 1906 BGB Rn. 45; s. zur Verabreichung von Medikation OLG Hamm FG Prax 1997, 142 m. Anm. Seitz.

³⁷⁹ Die Dauer ist umstritten; vgl. Knittel, Betreuungsgesetz, § 1906 BGB Rn. 47. Entscheidend ist die Relation zum Charakter der Maßnahme: Hoffmann, in: Bienwald u.a., Betreuungsrecht, § 1906 BGB Rn. 57.

³⁸⁰ Vgl. BayObLGZ 1993, 208 ff.; a.A. Karliczek, 186.

³⁸¹ Vgl. zur Reduzierung von entsprechenden Maßnahmen Bredthauer, Betreuungsmanagement 2008, 209 ff.

³⁸² Es wird insoweit auf §§ 70 ff. FGG, insbesondere § 70 e Abs. 1 Satz 3 FGG verwiesen; s. Locher, in: Fröschle, Verfahrensrecht, § 70 e FGG Rn. 7.

werden sollen, stellt, wird sie im Zusammenhang mit der Regelung des § 1906 BGB erörtert. Es können hier lediglich die wichtigsten Diskussionspunkte ³⁸³ angesprochen werden. Eine weitergehende Auseinandersetzung erscheint im Hinblick auf den hiesigen Untersuchungsgegenstand entbehrlich.

a. Zum Begriff „Zwangsbehandlung“

Zunächst ist zu klären, was unter einer Zwangsbehandlung zu verstehen ist. Zwang bedeutet, den bewussten Widerstand einer Person, der in jeglicher Form von Ablehnung oder Gegenwehr zum Ausdruck kommen kann, zu brechen ³⁸⁴. Zwang wird nicht schon dadurch ausgeübt, dass der Betreuer gegen den Wunsch des Betroffenen einen Behandlungsvertrag abschließt und die Einwilligung in eine ärztliche Maßnahme erteilt ³⁸⁵. Ausschlaggebend ist vielmehr, ob auf Grund einer Entscheidung des Betreuers Maßnahmen gegen den natürlichen Willen des Betroffenen durchgeführt werden dürfen ³⁸⁶. Derartige Maßnahmen können die Verbringung zum Behandlungsort, das dortige Festhalten zur Durchführung der Behandlung und die Behandlung selbst sein ³⁸⁷.

Ein Arzt ist auf Grund einer entsprechenden vertraglichen Abrede verpflichtet, den Betreuten zu behandeln. Er ist aber nicht berechtigt, Zwang gegen ihn auszuüben ³⁸⁸.

b. Entwicklung der Diskussion

Im Betreuungsrecht fehlt eine generelle Regelung zur Zwangsbehandlung. Der Gesetzgeber hat eine Zwangsbehandlung aber für „nicht grundsätzlich verboten“ erachtet ³⁸⁹. Es heißt in der Begründung des Gesetzentwurfs, dass demjenigen, der auf Grund einer psychischen Krankheit oder geistigen oder seelischen Behinderung seine Behandlungsbedürftigkeit nicht erkennen könne und deshalb eine Behandlung ablehne, diese nicht schon aus diesem Grund versagt werden solle ³⁹⁰.

Dies entspricht der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes. Das Gericht hat zwar einerseits die „Freiheit zur Krankheit“ des Einzelnen anerkannt. Es hat

³⁸³ S. den Überblick bei Schwab, in: MünchKomm, § 1904 BGB Rn. 18 m.w.N.

³⁸⁴ Lipp, Freiheit und Fürsorge, 103.

³⁸⁵ Zur Differenzierung ausführlich BGHZ 166, 141 ff. (151) = NJW 2006, 1277 ff. = FamRZ 2006, 615 ff.; BtPrax 2006, 145 ff. = JZ 2006, 685 ff.

³⁸⁶ Vgl. Hoffmann, Betreuungsmanagement 4/2006, 179 ff. (180).

³⁸⁷ Näher zu dieser Differenzierung: Tietze, Ambulante Zwangsbehandlungen, 44 ff., 54.

³⁸⁸ Vgl. Pardey, Betreuungs- und Unterbringungsrecht, Rn. 340 („abgeleitete Eingriffskompetenzen“).

³⁸⁹ BT-Drucks. 11/4528, 141.

³⁹⁰ BT-Drucks. 11/4528, 141.

aber auf der anderen Seite ausgeführt, dass bei psychischen Erkrankungen die Fähigkeit eines Betroffenen zur Selbstbestimmung häufig erheblich beeinträchtigt sei, so dass es grundsätzlich möglich sein müsse, den natürlichen Willen des psychisch Kranken durch die bessere Einsicht des gesetzlichen Vertreters zu ersetzen³⁹¹.

Der Bundesgerichtshof hat sich in einem Beschluss vom 11. Oktober 2000³⁹² mit der Zulässigkeit von Zwangsbefugnissen (im Zusammenhang mit der Behandlung eines Betroffenen) beschäftigt³⁹³. Er hat die gegen den Willen eines Betreuten in regelmäßigen Zeitabständen durchzuführende Dauermedikation mit Neuroleptika und die zwangsweise Zuführung des Betreuten zu dieser – jeweils kurzfristigen – Behandlung als nicht genehmigungsfähig erachtet. Eine Rechtsgrundlage für die von dem Betreuer beabsichtigte Zuführung des Betroffenen zur ambulanten Behandlung und für die dafür beantragte Genehmigung lasse sich weder aus § 1906 BGB noch aus anderen betreuungsrechtlichen Regelungen herleiten³⁹⁴. Es bedürfe aber zur Vornahme von Zwangshandlungen gegen den Widerstand des Betreuten einer Rechtsgrundlage durch ein formelles Gesetz³⁹⁵. Da eine solche Rechtsgrundlage für die ambulante Zwangsbehandlung selbst nicht vorhanden sei, hat der Bundesgerichtshof diese ebenfalls für unzulässig erachtet³⁹⁶.

Die Auffassung, wonach eine Zwangsbehandlung außerhalb einer Unterbringung nicht in Betracht komme, hat der Bundesgerichtshof in einer weiteren Entscheidung vom 23. Januar 2008 noch einmal bekräftigt. Darin ist ausgeführt worden, dass eine Unterbringung nicht genehmigt werden dürfe, wenn allein eine medizinische Maßnahme erforderlich sei, aber nur gegen den Widerstand des Betroffenen durchgeführt werden könne. Die freiheitsentziehende Unterbringung ihrerseits müsse ebenfalls erforderlich sein, damit die medizinische Maßnahme durchgeführt werden könne³⁹⁷.

Infolge der Entscheidung vom 11. Oktober 2000 wurde insbesondere diskutiert, ob eine Zwangsbehandlung bei einem Betreuten, der untergebracht ist, zulässig

³⁹¹ BVerfGE 58, 208 (225).

³⁹² BGHZ 145, 297 ff. m.w.N.

³⁹³ Vgl. vorhergehend die divergierenden Entscheidungen des OLG Zweibrücken BtPrax 2000, 88 f. und des OLG Hamm BtPrax 2000, 173 ff.

³⁹⁴ BGHZ 145, 297 (306).

³⁹⁵ BGHZ 145, 297 (308).

³⁹⁶ BGHZ 145, 297 (307 ff.). Dies ist in der Entscheidung BGHZ 166, 141 (147) nochmals ausdrücklich erwähnt worden. S.a. HansOLG Bremen FamRZ 2006, 730 (LS).

³⁹⁷ BtPrax 2008, 115 (117).

ist. In der Literatur zeichnete sich eine bejahende Tendenz ab³⁹⁸. Die Rechtsprechung wies ein uneinheitliches Bild auf. So hielt das Oberlandesgericht Jena die Zwangsbehandlung eines untergebrachten Betroffenen zunächst für nicht zulässig³⁹⁹. Überwiegend vertraten die Oberlandesgerichte die gegenteilige Auffassung⁴⁰⁰. Das Oberlandesgericht Jena gab in einer späteren Entscheidung seine frühere Ansicht auf⁴⁰¹. Allerdings ging dann das Oberlandesgericht Celle von der Unzulässigkeit der Zwangsbehandlung eines untergebrachten Betreuten aus⁴⁰². Es legte die Sache nach § 28 Abs. 2 FGG dem Bundesgerichtshof vor⁴⁰³.

Der Bundesgerichtshof erachtete in einem Beschluss vom 1. Februar 2006 die Vorlage für nicht zulässig und gab die Sache deshalb zur Entscheidung an das Oberlandesgericht Celle zurück⁴⁰⁴. Obwohl dies nicht entscheidungserheblich war, beschäftigte sich der Bundesgerichtshof mit der Frage der Zwangsbehandlung eines untergebrachten Betreuten. Er vertrat die Ansicht, dass diese (vorbehaltlich einer Einzelfallprüfung) grundsätzlich zulässig sei⁴⁰⁵.

Den beiden Entscheidungen des Bundesgerichtshofs kommt, obwohl die Ausführungen zu den Zwangsbefugnissen jeweils in einem obiter dictum erfolgt sind, hohe praktische Bedeutung zu. Es gilt deshalb zu fragen, ob man unter Zugrundelegung des in dieser Arbeit vertretenen Ansatzes zu den Aufgaben der Betreuung ebenfalls zur Zulässigkeit einer Zwangsbehandlung im Rahmen und zur Unzulässigkeit außerhalb einer Unterbringung gelangt.

Um diese Frage beantworten zu können, ist es zunächst erforderlich, auf die Gründe einzugehen, die der Bundesgerichtshof in beiden Entscheidungen für die von ihm vertretene Ansicht aufzeigt.

c. Öffentlich - rechtliche Wertung

In der Entscheidung vom 11. Oktober 2000 hat der Bundesgerichtshof ausgeführt, dass der Betreuer öffentlich-rechtlich handele. Durch die Maßnahme des

³⁹⁸ Vgl. Hoffmann, in: Bienwald u.a., Betreuungsrecht, § 1906 BGB Rn. 140; Sonnenfeld, Rn. 195 d; kritisch Meyer, BtPrax 2002, 252 ff. (255); s. auch das divergierende Meinungsbild der Arbeitsgruppe 1 des 8. Vormundschaftsgerichtstages, zit. nach Diekmann / Lundt / Tietze, in: Betrifft: Betreuung 5, 99 ff. (119).

³⁹⁹ OLG Jena R & P 2003, 29 m. zust. Anm. Marschner; vgl. auch HansOLG Bremen NJW-RR 2006, 75 ff. (zur kurzfristigen Unterbringung).

⁴⁰⁰ SchlHOLG R & P 2002, 119 m. abl. Anm. Marschner; HansOLG Bremen PflR 1999, 304 m. Anm. Rossbruch; OLG Düsseldorf vom 24.7.2003 – I-25 Wx73/03 - (Juris); OLG Schleswig FG Prax 2005, 136 (137); KG KGR 2005, 621.

⁴⁰¹ OLG Jena FamRZ 2006, 576.

⁴⁰² Zunächst BtPrax 2005, 235 ff. = FamRZ 2006, 443 f. m. Anm. Brakebusch.

⁴⁰³ BtPrax 2006, 78 f.

⁴⁰⁴ BGHZ 166, 141 ff.

⁴⁰⁵ BGHZ 166, 141 (150).

Betreuers greife der Staat in die Grundrechte des Betreuten ein. Wegen des Gesetzesvorbehaltes in Artt. 2 Abs. 2, 104 Abs. 1 GG bedürfe es zur Vornahme von Zwangshandlungen gegen den Widerstand des Betreuten einer Ermächtigungsgrundlage durch ein formelles Gesetz. Die Zuweisung eines Aufgabenkreises sei für den Betreuer nicht zwingend mit der Macht zur Durchsetzung der getroffenen Entscheidung verbunden⁴⁰⁶. Aus der Befugnis des Betreuers, für den einwilligungsunfähigen Betreuten in ärztliche Behandlungen mit Psychopharmaka einzuwilligen, folge nicht, dass der Betreuer auch befugt sei, körperlichen Widerstand des Betreuten mit Gewalt zu brechen.

Der Bundesgerichtshof vertritt damit einen öffentlich-rechtlichen Ansatz. Er hält eine Ermächtigungsgrundlage für erforderlich, die die Ausübung von Zwang durch den Betreuer rechtfertigt. Ob eine solche Ermächtigungsgrundlage für eine ambulante Zwangsbehandlung existiert, ist in der Tat zweifelhaft⁴⁰⁷.

Die Vorschrift in § 70 g Abs. 5 Satz 2 FGG scheidet schon deshalb aus, weil sie weder den Zwang bei der Zuführung zum Behandlungsort noch denjenigen während der Behandlung oder die eigentliche Zwangsbehandlung regelt⁴⁰⁸.

§ 33 Abs. 2 FGG kommt als Ermächtigungsgrundlage nicht in Betracht, da die Regelung nur die Vollziehung einer gerichtlichen Verfügung betrifft und damit ihrerseits einer Ermächtigungsgrundlage bedarf⁴⁰⁹. Eine direkte Anwendung von § 1906 BGB scheidet nach überwiegender Ansicht aus, weil es sich bei der ambulanten Behandlung schon angesichts ihrer kurzen Dauer nicht um eine Freiheitsentziehung handelt. Eine analoge Anwendung kommt nicht in Betracht, weil bei freiheitsentziehenden Maßnahmen eine ausdrückliche Regelung erforderlich ist⁴¹⁰. Ob die ambulante Zwangsbehandlung im Verhältnis zur Unterbringung als „mi-

⁴⁰⁶ BGHZ 145, 297 (308).

⁴⁰⁷ Vgl. Honds, 137 ff.

⁴⁰⁸ Lipp, JZ 2001, 825 ff. (826), Anm. zu BGH JZ 2001, 821 ff. = BGHZ 145, 297 ff.; Tietze, Zwangsbehandlungen, 14, 15. Die Betreuungsbehörde hat den Betreuer auf seinen Wunsch bei der Zuführung zur Unterbringung zu unterstützen. Gewalt darf sie nur auf Grund besonderer gerichtlicher Entscheidung anwenden. Die zuständige Behörde ist befugt, erforderlichenfalls die Unterstützung der polizeilichen Vollzugsorgane nachzusehen, § 70 g Abs. 5 Satz 3 FGG. Soweit im Entwurf des Bundesrates zum 2. Betreuungsrechtsänderungsgesetz (BR – Drucks. 865/03) die Schaffung eines § 1906 a BGB vorgesehen war, hätte diese Regelung ebenfalls nicht herangezogen werden können, weil sie jedenfalls nach ihrem Wortlaut nur die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bei der zwangsweisen Zuführung zur (ambulanten) ärztlichen Heilbehandlung betreffen sollte. Von einer entsprechenden Regelung ist abgesehen worden s. BT-Drucks. 15/2494, 46 und 15/4874, 59.

⁴⁰⁹ BayOLG FamRZ 1979, 737 (739).

⁴¹⁰ Vgl. BVerfGE 29, 183 (195 f.); Schwab, in: MünchKomm, § 1906 BGB Rn. 25; s. aber OLG Hamm FamRZ 2000, 1115 ff.

nus“ anzusehen und deshalb die Regelung des § 1906 BGB herangezogen werden kann⁴¹¹, ist ebenso fraglich wie ein Zurückgreifen auf § 1901 BGB⁴¹².

Nach den Ausführungen des Bundesgerichtshofs in der Entscheidung vom 1. Februar 2006 ermöglicht § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB hingegen die Zwangsbehandlung einwilligungsunfähiger Betroffener gegen deren natürlichen Willen während einer gerichtlich genehmigten Unterbringung. Der Ansicht, wonach § 1906 BGB nur die Freiheitsentziehung selbst regelt und für den Eingriff in die körperliche Unversehrtheit, also die Zwangsbehandlung, keine Rechtsgrundlage darstelle, folgt der Bundesgerichtshof nicht. Weil eine medizinische Maßnahme nur dann als notwendig im Sinne des § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB angesehen werden könne, wenn sie rechtlich zulässig sei, könne der Betreute auf dieser Rechtsgrundlage nur untergebracht werden, wenn er während der Unterbringung behandelt werden dürfe. Die Vorschrift des § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB könne sinnvoll nur dahin ausgelegt werden, dass der Betreute die notwendigen medizinischen Maßnahmen, in die der Betreuer zu seinem Wohl eingewilligt habe, und deretwegen der Betreute untergebracht werden dürfe, unabhängig von seinem möglicherweise entgegenstehenden Willen während der Unterbringung zu dulden habe.

Der Bundesgerichtshof geht folglich davon aus, dass § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB eine Ermächtigungsgrundlage für die Zwangsbehandlung in der Unterbringung darstellt. Darauf weist das Gericht in seiner Entscheidung vom 23. Januar 2008 noch einmal hin⁴¹³.

Gegen diese Ansicht sind Bedenken zu erheben. Diese ergeben sich insbesondere daraus, dass in § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB die Zulässigkeit der ärztlichen Behandlung selbst nicht geregelt ist⁴¹⁴. Die Vorschrift kommt nur als Grundlage für den Zwang durch die Unterbringung in Betracht, nicht für die Behandlung im Rahmen der Unterbringung⁴¹⁵. Der Eingriff, zu dem § 1906 BGB allenfalls ermächtigt, ist die Freiheitsentziehung. Hingegen betrifft die Behandlung ein anderes Grundrecht, nämlich die körperlich-seelische Integrität⁴¹⁶.

Für die Auffassung des Bundesgerichtshofs könnte allerdings der Zweck der Regelung zu sprechen. Dem steht aber entgegen, dass in der Entscheidung vom 11. Oktober 2000 eine Rechtsgrundlage durch ein formelles Gesetz zur Vornahme

⁴¹¹ Vgl. OLG Hamm FamRZ 2000, 1115 (1117).

⁴¹² Vgl. Tietze, Zwangsbehandlungen, 28 ff.

⁴¹³ BGH BtPrax 2008, 115 (116).

⁴¹⁴ Tietze, BtPrax 2006, 131 ff. (133); Brosey BtPrax 2008, 108 ff. (111); Marschner, R & P 2007, 180 ff. (181).

⁴¹⁵ Tietze, Zwangsbehandlungen, 36 m.w.N.; a.A. Honds, 125.

⁴¹⁶ Marschner, BtPrax 2006, 125 ff. (130).

von Zwangsbehandlungen gegen den Widerstand des Betreuten gefordert wurde. Dann erscheint es im Hinblick auf Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG nicht ausreichend, wenn auf eine Rechtsgrundlage zurückgegriffen wird, die die Freiheitsentziehung und nicht den Eingriff in die körperlich-seelische Integrität betrifft.

Folgt man der öffentlich-rechtlichen Auffassung, wird man die Zulässigkeit jedweder Zwangsbehandlung bzw. der zur Durchführung einer Behandlung erforderlichen Zwangsmaßnahmen inner- und außerhalb einer Unterbringung verneinen müssen⁴¹⁷. Dies gilt also auch, wenn sich der Betroffene zwar freiwillig auf der psychiatrischen Station eines Krankenhauses befindet, eine Behandlung aber ablehnt⁴¹⁸.

Bei den früheren Ausführungen zur Rechtfertigung der Betreuung als Rechtsfürsorge⁴¹⁹ ist aber bereits dargelegt worden, dass der Betreuer kein mit staatlicher Macht Beliehener ist und damit auch nicht öffentlich-rechtlich handelt. Vielmehr ist das Verhältnis des Betreuers zum Betreuten privatrechtlicher Natur⁴²⁰. Es gilt folglich zu prüfen, ob und unter welchen Voraussetzungen nach dem privatrechtlichen Ansatz eine Zwangsbehandlung gerechtfertigt sein könnte.

d. Privat-rechtliche Wertung

In der Begründung des Gesetzentwurfs zum Betreuungsrecht heißt es: „Die Einrichtung, in welcher der Betroffene untergebracht ist, ist nicht aus eigenem Recht oder schon der Tatsache der Unterbringung zu Rechteingriffen wie Zwangsbehandlung (...) befugt. Solche Eingriffe kann nur der gesetzliche Vertreter vornehmen; er kann sich hierbei allerdings des Anstaltspersonals oder anderer Personen als Helfer bedienen. Rechtsgrundlagen für solche Maßnahmen sind die gesetzlichen Regelungen, auf denen die Rechtsmacht des Vertreters beruht (...)“⁴²¹.

⁴¹⁷ Vgl. OLG Zweibrücken FamRZ 2000, 1114; OLG Hamm FG Prax 2003, 160; Hoffmann, in: Bienwald u.a., Betreuungsrecht, § 1906 BGB Rn. 136; Heide, 158 ff. (160); Marschner, in: Betrifft: Betreuung 8, 81; Posselt-Wenzel, 89 f.; im Ergebnis ebenso: Trichterborn, 136, 137; Martin, 125; kritisch zur Auffassung des Bundesgerichtshofs bei einer schwerwiegenden Gefahr für den Betroffenen: Rink, in: HK-BUR, § 1906 BGB Rn. 30.

⁴¹⁸ Vgl. Marschner, R & P 2001, 132 ff. (133); die Zulässigkeit (ohne Genehmigungserfordernis) bejahend HansOLG Bremen R & P 1997, 87 f. m. Anm. Marschner.

⁴¹⁹ Oben § 3 IV. 2.

⁴²⁰ Lipp, Freiheit und Fürsorge, 98. Zutreffend weist Tietze, Zwangsbehandlungen, 70, 71, darauf hin, dass dieser Wertung nicht die Entscheidung BVerfGE 10, 302 ff. entgegensteht. Das Gericht hat die Ansicht vertreten, dass die Unterbringung eines Mündels in einer Anstalt materiell-rechtlich auf der Befugnis des Vormundes beruhe, aber die verfahrensrechtlichen Garantien des Art. 104 Abs. 2 S. 1, 2 GG Anwendung finden (310). Es ist aber offen gelassen worden, ob die Vormundschaft privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Natur ist.

⁴²¹ BT-Drucks. 11/4528, 83.

Nach Ansicht des Gesetzgebers kann nur der Betreuer Entscheidungen der hier in Rede stehenden Art treffen – und zwar dann, wenn ihm eine entsprechende Rechtsmacht verliehen worden ist. Diese Sichtweise ist bei der Unterbringung nach § 1906 BGB konsequent umgesetzt worden. Das Vormundschaftsgericht trifft nicht - wie in den landesrechtlichen Unterbringungsregelungen⁴²² - selbst eine entsprechende Anordnung, sondern es genehmigt diejenige des Betreuers. Damit wird die Befugnis des Betreuers zur Bestimmung des Aufenthalts, also zu einer Entscheidung, die gegen den natürlichen Willen des Betroffenen erfolgt, vorausgesetzt. Wenn diese Befugnis aber tragen soll, muss sie auch ihre Durchsetzung umfassen⁴²³.

Soweit der Bundesgerichtshof dazu die gegenteilige Meinung vertreten hat⁴²⁴, kann dem unter Berücksichtigung der Ausführungen zur Rechtfertigung der Rechtsfürsorge, zu den Aufgaben der Betreuung⁴²⁵ und im Hinblick auf die Erwägungen zur Zulässigkeit der Zwangsbetreuung⁴²⁶ nicht beigespflichtet werden. Es war dargestellt worden, dass durch die Betreuung die Selbstbestimmung desjenigen verwirklicht werden soll, der in seiner Eigenverantwortlichkeit eingeschränkt ist und sich deshalb zu schädigen droht. Ein Eingriff in die Freiheit des Einzelnen hingegen läge dann vor, wenn die eigenverantwortliche Entscheidung des Grundrechtsträgers missachtet würde⁴²⁷.

Die Ausführungen zur Aufenthaltsbestimmung können auch für die Zwangsbehandlung herangezogen werden. Entscheidend ist, dass dem Betreuer eine Rechtsmacht durch eine entsprechende Aufgabenkreisübertragung verliehen wird⁴²⁸. Nach den allgemeinen Erwägungen zur Erforderlichkeit ist dies nur zulässig, wenn der in seiner Eigenverantwortlichkeit eingeschränkte Betroffene vor einer Selbstschädigung durch tatsächliches Handeln geschützt werden muss. Die bloße Übertragung des Aufgabenkreises „Gesundheitssorge“ o.ä. ist insoweit nicht hinreichend⁴²⁹; es bedarf der ausdrücklichen Zuweisung einer Bestimmungsbefugnis⁴³⁰.

⁴²² S. z.B. § 11 PsychKG Bln.

⁴²³ Lipp, Anm. zu BGH JZ 2001, 821 ff., 827; Siegert, 170, 171.

⁴²⁴ BGHZ 145, 297 ff.; dazu ausführlich Karliczek, 44 ff., BGH BtPrax 2008, 115 ff.

⁴²⁵ Oben § 3 IV.

⁴²⁶ Oben § 3 V. 1.d.

⁴²⁷ Vgl. BVerfGE 99, 342 (352 ff.); vgl. Abram, BtPrax 2003, 243 ff. (245).

⁴²⁸ Im Ansatz ähnlich: Schwab, in: MünchKomm, § 1904 BGB Rn. 19; vgl. auch LG Berlin FamRZ 1996, 821 ff. zum zwangsweisen Betreten einer Wohnung; Abram FamRZ 2004, 11 ff. (16); vgl. Pawlowski, JZ 2004, 13 ff. (16); BVerfGE 63, 340 ff. (342 f.); BVerfGE 58, 207 ff.

⁴²⁹ Insoweit nach hiesiger Auffassung nicht hinreichend differenzierend BT-Drucks. 11/4528, 72.

⁴³⁰ S. zum Begriff „Zwangsbefugnis“ BGHZ 166, 141 (151); Siegert, 186.

Die Bestimmungsbefugnis beruht danach auf der Anordnung des Vormundschaftsgerichts⁴³¹. Eine entsprechende Zwangsbefugnis kann bereits bei der Einrichtung der Betreuung oder in einem gesonderten gerichtlichen Verfahren übertragen werden. Materiell-rechtlich hat das Gericht zu prüfen, ob sich der Betroffene auf Grund eingeschränkter bzw. fehlender Eigenverantwortlichkeit selbst schädigen würde. Formell ist diese Frage nur zu beantworten, wenn ein entsprechendes Sachverständigengutachten eingeholt wird. Das Handeln des Betreuers unterliegt bei der Übertragung eines entsprechenden Aufgabenkreises den allgemeinen betreuungsrechtlichen Regelungen⁴³².

Die Zulässigkeit von Zwangsmaßnahmen⁴³³, also auch die der ambulanten Zwangsbehandlung ist folglich davon abhängig, ob eine entsprechende Bestimmungsbefugnis übertragen worden ist. Das gilt auch, wenn die Maßnahmen im Rahmen einer Unterbringung durchgeführt werden sollen.

Nach diesen Erwägungen ist der Auffassung des Bundesgerichtshofs zur Unzulässigkeit der Zwangsbehandlung außerhalb der Unterbringung nicht zuzustimmen⁴³⁴. Hingegen ist der Entscheidung zur grundsätzlichen Zulässigkeit einer Zwangsbehandlung bei einem untergebrachten Betreuten im Ergebnis beizupflichten.

e. Zur gerichtlichen Genehmigung

Von der Übertragung einer Bestimmungsbefugnis ist allerdings die Frage zu trennen, ob der Betreuer ohne weitere gerichtliche Kontrolle von ihr Gebrauch machen kann.

Wie bereits dargelegt worden ist, ist das dann, wenn eine Unterbringung zum Zwecke der Heilbehandlung erforderlich ist, nicht der Fall. Denn der Betreuer bedarf gemäß § 1906 Abs. 2 BGB für die Unterbringung der gerichtlichen Genehmigung. In diesem Zusammenhang sind zwei Aspekte voneinander zu trennen. Eine Genehmigung der Unterbringung zum Zwecke der Heilbehandlung kann nur erteilt werden, wenn im Rahmen des gerichtlichen Verfahrens festgestellt werden kann, dass eine bestimmte Heilbehandlung notwendig ist, ohne die Unterbringung nicht durchgeführt werden kann und der Betroffene die Notwendigkeit

⁴³¹ § 1896 Abs. 1 BGB.

⁴³² § 1901 BGB, vgl. Lipp, in: *Betrifft: Betreuung* 5, 83 ff. (85); s. zu § 1901 BGB Mayer, 103.

⁴³³ S. zur zwangsweisen Verbringung einer Betreuten in ein Heim: LG Bremen BtPrax 1994, 102 (103); abl. OLG Hamm FamRZ 2003, 256/257; zum Problem, dass die Zwangsverbringung nicht genehmigungsbedürftig sei: Zimmermann, in: *Damrau/Zimmermann, Betreuungsrecht*, § 1906 BGB Rn. 53.

⁴³⁴ Lipp, JZ 2006, 661 ff. (664).

der Unterbringung nicht erkennen kann (§ 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB). Damit ist aber noch nicht gesagt, dass die Behandlung an sich bereits gegen den bewussten Widerstand des Betroffenen erfolgen kann. Vielmehr kommt dies nur in Betracht, wenn sich der Betreute infolge fehlender oder eingeschränkter Eigenverantwortlichkeit⁴³⁵ selbst zu schaden droht und keine weniger einschneidende Maßnahme ausreichend ist⁴³⁶.

Es ist dann folgerichtig, dass der Bundesgerichtshof in der Entscheidung vom 1. Februar 2006 die Auffassung vertreten hat, dass die Genehmigung im Hinblick auf eine bestimmte Behandlung erteilt und nach Art, Dauer und Inhalt festgelegt werden müsse⁴³⁷. Diese Genehmigung beinhaltet auch diejenige zur Zwangsbehandlung des untergebrachten Betreuten, wenn diese Frage gerichtlich überprüft worden ist⁴³⁸. Dabei bedarf es einer strengen Prüfung am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit⁴³⁹.

Es sind insoweit ebenfalls die formellen Voraussetzungen nach §§ 70 ff. FGG einschlägig. Ein einzuholendes Gutachten müsste folglich auch Ausführungen zum Erfordernis der Zwangsbehandlung beinhalten.

Schließlich ist zu fragen, ob eine zusätzliche Genehmigung nach § 1906 Abs. 4 BGB erforderlich ist, wenn zur Durchführung der Behandlung Maßnahmen wie Fixierungen o.ä. eingesetzt werden müssen. Dies hat der Bundesgerichtshof in der Entscheidung vom 1. Februar 2006 im Hinblick darauf bejaht, dass es sich um eine zusätzliche Freiheitsentziehung handele⁴⁴⁰. Dieser Ansicht ist auch nach dem hier vertretenen Ansatz beizupflichten⁴⁴¹.

Da die ambulante Zwangsbehandlung im Verhältnis zur Unterbringung nicht eine geringere, sondern für den Betroffenen eine andere, aber vergleichbar einschneidende Maßnahme ist, bedarf der Betreuer für entsprechende Maßnahmen eben-

⁴³⁵ Soweit Coeppecus, Sachfragen, F.II.5., nur auf die fehlende Eigenverantwortlichkeit abzustellen scheint, dürfte dem nicht zu folgen sein.

⁴³⁶ Vgl. OLG Köln FamRZ 2006, 1874 f. (LS).

⁴³⁷ BGHZ 166, 141 (153 / 154); OLG Celle R & P 2007, 197 ff.; a.A. OLG Karlsruhe R & P 2007, 195 ff. m. Anm. Marschner; vgl. Lipp, BtPrax 2008, 51 ff., 55, 56; vgl. auch Firsching/Dodegge Rn. 507; Karliczek, 186; Hondts, 130; s. aber Narr / Saschenbrecker, FamRZ 2006, 1079 ff. (1082); vgl. zur Berücksichtigung bei der Anordnung der Betreuung OLG Schleswig BtPrax 2005, 196; s. aber Dodegge, NJW 2006, 1627 ff. (1629).

⁴³⁸ Vgl. Lipp, BtPrax 2006, 62 ff. (65).

⁴³⁹ Vgl. OLG Köln NJW-RR 2006, 1664 ff.; OLGR 2006, 609 f.

⁴⁴⁰ BGHZ 166, 141 (153).

⁴⁴¹ Vgl. OLG München NJW-RR 2005, 1530; FamRZ 2006, 441; Hoffmann, Betreuungsmanagement 4/2006, 179 ff. (183); a.A. Dodegge, NJW 2006, 1627 ff. (1629).

falls der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung⁴⁴². Erst durch ein solches Verfahren wird eine auf eine konkrete Situation bezogene Einzelfallprüfung, ob von der Bestimmungsbefugnis zum Wohl des Betreuten Gebrauch gemacht wird, gewährleistet⁴⁴³.

Wie Tietze überzeugend ausgeführt hat, ist hinsichtlich des Genehmigungserfordernisses die Regelung des § 1906 Abs. 2 BGB entsprechend heranzuziehen⁴⁴⁴. Die Ansicht des Bundesgerichtshofs, wonach außerhalb der Unterbringung eine entsprechende Anwendung des § 1906 BGB nicht in Betracht komme⁴⁴⁵, steht dem nicht entgegen. Die entsprechende Anwendung bezieht sich nicht auf die Genehmigungsvoraussetzungen, sondern auf das Genehmigungserfordernis⁴⁴⁶.

Die für eine solche Anwendung erforderliche Regelungslücke⁴⁴⁷ liegt vor. Zwar findet § 1906 Abs. 2 BGB nach seinem Wortlaut nur auf Unterbringungen Anwendung. Die hier maßgebliche historische Auslegung der Vorschrift ergibt, dass der Gesetzgeber – wie dargelegt – eine Zwangsbehandlung (im Rahmen und außerhalb einer Unterbringung) nicht für grundsätzlich verboten erachtet, das Genehmigungsbedürfnis bei der ambulanten Zwangsbehandlung aber nicht bedacht hat. Angesichts der Vergleichbarkeit der Intensität der Maßnahmen inner- und außerhalb einer Unterbringung, ist es nicht gerechtfertigt, bei einer ambulanten Zwangsbehandlung von einem Genehmigungserfordernis abzusehen.

Auch bei der ambulanten Behandlung wäre materiell-rechtlich eine Genehmigung nur zu erteilen, wenn der Betroffene sich auf Grund eingeschränkter Eigenverantwortlichkeit selbst zu schädigen droht und keine geringeren Maßnahmen zur Abwehr dieser Schädigung ausreichend sind. Eine fehlende Behandlungsbereitschaft allein ist nicht unbedingt mit einer Selbstgefährdung gleichzusetzen⁴⁴⁸.

Formell kann auf die Regelungen zum Unterbringungsverfahren zurückgegriffen werden.

⁴⁴² Für das Erfordernis der Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts bei einer Heimaufnahme gegen den Willen des betreuten Menschen: Raack/Thar, Leitfaden, 110; vgl. aber Schwab, in: MünchKomm, § 1904 BGB Rn. 19.

⁴⁴³ Tietze, Zwangsbehandlungen, 147; a.A. Lipp, Freiheit und Fürsorge, 106, 140, der das Genehmigungserfordernis wegen der Übertragung der Bestimmungsbefugnis auf Dritte im Wege der Ermächtigung bejaht. Eine Genehmigung des Behandlungszwangs nicht für erforderlich erachtend: Roth, in: Erman, § 1906 BGB Rn. 23.

⁴⁴⁴ Tietze, Zwangsbehandlungen, 148; Abram, BtPrax 2003, 243 ff. (248); a.A. Locher, FamRB 2006, 18 = Anm. zu OLG Celle FamRB 2006, 17 f.

⁴⁴⁵ JZ 2001, 821 ff. (823).

⁴⁴⁶ Ähnlich Tietze, Zwangsbehandlungen, 148.

⁴⁴⁷ Vgl. Czerner, KritV 2004, 183 ff. (190).

⁴⁴⁸ Vgl. Aderhold / Bock / Greve, in: Betrifft: Betreuung 7, 95 ff. (99); s. a. Siegert, 89 ff.

Die Darstellung hat sich bislang mit ärztlichen Maßnahmen allgemein beschäftigt. Zu berücksichtigen ist weiter, dass das Betreuungsrecht ausdrückliche Regelungen enthält, wenn ein Betreuer Entscheidungen zu „hochriskanten Maßnahmen“ treffen muss. Darauf soll nun eingegangen werden. Dabei wird auch der Aspekt der Zwangsbehandlung noch einmal anzusprechen sein.

3. Zur derzeitigen Regelung in § 1904 Abs. 1 Satz 1 BGB

Nach § 1904 Abs. 1 Satz 1 BGB bedarf die Einwilligung des Betreuers in eine Untersuchung des Gesundheitszustands, eine Heilbehandlung oder einen ärztlichen Eingriff der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, wenn die begründete Gefahr besteht, dass der Betreute auf Grund der Maßnahme stirbt oder einen schweren und länger dauernden Schaden erleidet⁴⁴⁹.

a. Zweck der Regelung

Ausweislich der Gesetzesbegründung soll die Vorschrift, die im Laufe der Entstehungsgeschichte des Betreuungsrechts mehrfach neu formuliert worden ist, der Stärkung des personalen Elements der Betreuung und der Selbstbestimmung des Betreuten dienen⁴⁵⁰. Diese Begründung hätte eher im Hinblick auf den Vorschlag im 1. Diskussions-Teilentwurf herangezogen werden können. Dort hatte Abs. 1 der Vorschrift dahin gelaute, dass ein Betreuer nicht anstelle eines Betreuten in eine Untersuchung des Gesundheitszustandes, eine Heilbehandlung oder einen ärztlichen Eingriff einwilligen könne, wenn der Betreute dies selbst könne⁴⁵¹. An diesem Vorschlag wurde Kritik geübt, weil damit etwas Selbstverständliches gesagt werde und andererseits die Zweifelsfälle, ob ein Betroffener einwilligungsfähig sei, nicht gelöst worden seien⁴⁵².

Im Ergebnis der Diskussion hat sich der Gesetzgeber darauf beschränkt, eine Genehmigungspflicht für Einwilligungen des Betreuers in hochriskante Maßnahmen vorzusehen. Nach gesetzgeberischer Intention soll sichergestellt werden, dass ein Betroffener „bei schwerwiegenden Eingriffen einen hinreichenden Schutz erhält“⁴⁵³. Entscheidend ist die präventive „Kontrolle des Betreuers durch das Vormundschaftsgericht bei der Einwilligung zu gefährlichen ärztlichen Maßnahmen“⁴⁵⁴.

⁴⁴⁹ Nach § 1904 Abs. 1 Satz 2 BGB darf die Maßnahme ohne die Genehmigung nur durchgeführt werden, wenn mit einem Aufschub Gefahr verbunden ist. Derartige Fälle können hier zunächst außer Betracht bleiben.

⁴⁵⁰ BT-Drucks. 11/4528, 70 f.; 140 f.

⁴⁵¹ Diskussions-Teilentwurf, 3,4.

⁴⁵² Vgl. Schwab, Verhandlungen des 57. Deutschen Juristentages, K 29 f.

⁴⁵³ Bt-Drucks. 11/4528, 72.

⁴⁵⁴ Lipp, BtPrax 2002, 47.

b. Materiell-rechtliche Genehmigungsvoraussetzungen

Ein Genehmigungserfordernis besteht nur, wenn ein Betreuer mit entsprechendem Aufgabenkreis in eine hochriskante Maßnahme einwilligen möchte. Eine Genehmigung ist hingegen nicht erforderlich, wenn der Betreute selbst einwilligungsfähig ist, und zwar auch dann nicht, wenn es sich um entsprechende hochriskante Maßnahmen handelt.

Von hochriskanten Maßnahmen ist auszugehen, wenn die begründete Gefahr besteht, dass der Betreute auf Grund der Maßnahme stirbt oder einen schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet. Eine Gefahr ist begründet, wenn es sich um eine ernstliche und konkrete Erwartung solcher Folgen auf Grund des besonderen Einzelfalles oder in aller Regel handelt. Seltene Nebenwirkungen lösen die Genehmigungsbedürftigkeit nicht aus⁴⁵⁵. Die Merkmale des schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schadens müssen zusammenreffen. Ein längerer Schaden liegt nach der Gesetzesbegründung vor, wenn er die Dauer mindestens eines Jahres überschreitet⁴⁵⁶. Beispielhaft seien Hirnoperationen und Amputationen genannt. Als hochriskante Maßnahme kann aber auch eine Medikamentengabe - insbesondere bei einer Langzeitbehandlung - angesehen werden⁴⁵⁷.

Bei der Frage, ob die Genehmigung zu erteilen ist, hat das Gericht die Kriterien nach § 1901 BGB und den Aspekt der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen⁴⁵⁸. Dabei sind der Zustand des Betreuten bzw. die prognostizierte Fortentwicklung und das mit der Maßnahme verbundene Risiko gegeneinander abzuwägen⁴⁵⁹.

c. Formelle Voraussetzungen

Das Gericht hat vor einer Entscheidung nach § 1904 BGB den Betroffenen persönlich anzuhören⁴⁶⁰. Es ist ein Sachverständigengutachten einzuholen. Dabei sollen der Sachverständige und der ausführende Arzt in der Regel nicht personengleich sein⁴⁶¹. Außerdem sind in der Regel Familienangehörige bzw. auf Verlangen des Betroffenen andere ihm nahe stehende Personen anzuhören⁴⁶².

⁴⁵⁵ OLG Hamm NJW 2003, 2392 f.

⁴⁵⁶ BT-Drucks. 11/4528, 140 f.

⁴⁵⁷ Auf eine eingehendere Darlegung von Beispielen kann nach hiesiger Ansicht verzichtet werden, vgl. Darstellung bei Rink, in: HK-BuR, § 1904 BGB, Rn. 2 ff.; Mayer, 123 ff.; Posselt-Wenzel, 92 ff.; Schreiber, FamRZ 1991, 1014 ff.

⁴⁵⁸ OLG Hamm FG Prax 1997, 64 f.

⁴⁵⁹ Diederichsen, in: Palandt, § 1904 BGB Rn. 12.

⁴⁶⁰ § 69 d Abs. 1 Satz 2 FGG; zu den Ausnahmen s. § 69 d Abs.1 Satz 3 FGG.

⁴⁶¹ § 69 d Abs. 2 Satz 1 und 2 FGG.

⁴⁶² § 69 d Abs. 2 Satz 3 i.V.m. § 68 a Satz 3 und 4 FGG.

d. Zur Zwangsbehandlung bei hochriskanten Maßnahmen

Es soll hier noch einmal auf die Problematik der Zwangsbehandlung eingegangen werden. Es ist zu klären, ob und unter welchen Voraussetzungen diese zulässig ist, wenn der Betreuer in hochriskante Maßnahmen einwilligt.

Soll im Rahmen einer Unterbringung eine entsprechende Behandlung durchgeführt werden, gelten die bereits dargestellten Kriterien ⁴⁶³. Dem Betreuer muss eine Bestimmungsbefugnis hinsichtlich der Unterbringung und bezüglich der Behandlung übertragen worden sein.

Im vormundschaftsgerichtlichen Verfahren sind dann voneinander zu unterscheidende Fragen zu klären. Es muss geprüft werden, ob die Unterbringungsbedingungen vorliegen, ob die Zwangsbehandlung zulässig, und ob eine Genehmigung nach § 1904 BGB zu erteilen ist. Nach den allgemeinen Erwägungen setzt das voraus, dass sich der Betroffene auf Grund einer eingeschränkten Eigenverantwortlichkeit selbst zu schädigen droht. Dabei muss die Selbstgefährdung angesichts des Risikopotentials der Maßnahme so hoch sein, dass nur diese Behandlung als ultima ratio in Betracht kommt ⁴⁶⁴.

Gleiches gilt hinsichtlich der ambulanten Zwangsbehandlung, wenn man diese für zulässig erachtet. Hier sind nach den früheren Erwägungen die Regelung in § 1906 Abs. 2 BGB entsprechend und die Vorschrift des § 1904 BGB anzuwenden ⁴⁶⁵.

Neben den bereits früher beschriebenen formellen Voraussetzungen wird es insbesondere erforderlich sein, dass Sachverständigengutachten sowohl zur Frage des Erfordernisses einer Zwangsbehandlung als auch hinsichtlich der Risiken der Maßnahme eingeholt werden.

4. Zum Vorschlag einer Neuregelung des § 1904 BGB nach dem Referentenentwurf eines 3. Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts (Bundesministerium für Justiz)

Seit einiger Zeit wird über Änderungen des Betreuungsrechts diskutiert, die Auswirkungen auf den Anwendungsbereich des § 1904 BGB und damit auf den hiesigen Untersuchungsgegenstand haben können. Diese Diskussion soll hier angerissen werden.

⁴⁶³ Vgl. BGHZ 166, 141 ff.

⁴⁶⁴ Vgl. Lipp, 166; vgl. Schwab, in MünchKomm, § 1904 BGB Rn. 33.

⁴⁶⁵ Vgl. Tietze, Zwangsbehandlungen, 150.

Das Bundesministerium für Justiz hatte unter dem 1. November 2004 einen Entwurf eines 3. Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts ⁴⁶⁶ vorgelegt. Dieser Vorschlag war in der hiesigen Untersuchung als Ausgangspunkt der Erwägungen gewählt worden.

Nach dem Entwurf sollte § 1904 Abs. 1 BGB um einen Absatz 2 erweitert werden. In diesem war vorgesehen, dass die Nichteinwilligung oder der Widerruf der Einwilligung des Betreuers in eine Untersuchung des Gesundheitszustandes o.ä. der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedürfen, wenn die Maßnahme medizinisch angezeigt sei und die begründete Gefahr bestehe, dass der Betreute auf Grund des Unterbleibens oder des Abbruchs der Maßnahme sterbe oder einen schweren und länger dauernden Schaden erleide. Nach § 1904 Abs. 3 BGB-RefE sollte die Genehmigung nach dem bisherigen Abs. 1 der Vorschrift und nach Abs. 2 des Entwurfes nicht erforderlich sein, wenn zwischen dem Betreuer und dem Arzt Einvernehmen darüber bestehe, dass die Erteilung, die Nichterteilung oder der Widerruf der Einwilligung dem mutmaßlichen Willen des Patienten entsprechen ⁴⁶⁷. Der Referentenentwurf ist nicht dem Bundeskabinett vorgelegt worden ⁴⁶⁸.

Nach Abgabe der vorliegenden Arbeit sind drei Gesetzentwürfe in die Diskussion eingebracht worden, nämlich von den Bundestagsabgeordneten Joachim Stünker u.a. ⁴⁶⁹, Wolfgang Bosbach u.a. ⁴⁷⁰ und von Wolfgang Zöller u.a. ⁴⁷¹. Auf die Entwürfe wird in der überarbeiteten Fassung kurz hingewiesen.

Es kann zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht beurteilt werden, ob und welcher Vorschlag normiert wird ⁴⁷². Um die Bedeutung einer etwaigen Neuregelung beur-

⁴⁶⁶ S. Fn. 102.

⁴⁶⁷ § 1904 BGB-RefE ist im Anhang I als Volltext abgedruckt.

⁴⁶⁸ Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 15/163 vom 10. März 2005 zu Tagesordnungspunkt 4.

⁴⁶⁹ Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts vom 6. März 2008 – BT-Drucks. 16 /8442 (im Folgenden Entwurf MdB Stünker).

⁴⁷⁰ Entwurf eines Gesetzes zur Verankerung der Patientenverfügung im Betreuungsrecht (Patientenverfügungsgesetz – PatVerfG) i.d.F. 16. Dezember 2008 - Bt-Drucks. 16/11360 (im Folgenden Entwurf MdB Bosbach) m. Änd.Antrag der MdB Göring-Eckart (u.a.) vom 21. Oktober 2008 zur fr. Fassung.

⁴⁷¹ Entwurf eines Gesetzes zur Klarstellung der Verbindlichkeiten von Patientenverfügungen (Patientenverfügungsverbindlichkeitsgesetz – PVVG) vom 18. Dezember 2008 – BT-Drucks. 16/11493 (im Folgenden Entwurf MdB Zöller).

⁴⁷² Vgl. Holzhauser, in: Festschrift für Bienwald, 129 ff. (132, 136); s. Deutsches Ärzteblatt vom 23. Januar 2006 (online) <http://www.aerzteblatt.de/v4/news/news.asp?id=22835>; Mitteilung in HEUTE (ZDF) vom 23. Januar 2007 zum Gesetzesvorhaben – <http://hdp-obline.de/node/981>; Deutscher Bundestag, Stenogr. Bericht, 172. Sitzung, 26. Juni 2008, Plenarprotokoll 16/172.

teilen zu können, erscheint es zunächst erforderlich, den Hintergrund einer etwaigen Regelung zu betrachten.

a. Zum Hintergrund einer etwaigen Regelung

Die angedachte Neuregelung ist eingebettet in eine Diskussion, die vielfach - nicht nur in der Bundesrepublik ⁴⁷³ - unter der Überschrift „Patientenautonomie am Lebensende“ oder „Sterbehilfe“ geführt wird ⁴⁷⁴. Hier sollen zunächst einige Ausgangspunkte skizziert werden.

Das Grundgesetz garantiert den Schutz des Lebens ⁴⁷⁵. Es wird von der Vorrangigkeit des Lebensschutzes ausgegangen und der prinzipiellen „Unantastbarkeit fremden Lebens“. Der Schwerkranke wird davor geschützt, „dass Dritte mittelbar oder unmittelbar, ausgesprochen oder unausgesprochen sein Todesverlangen herbeiführen“ ⁴⁷⁶.

Unter einer aktiven Sterbehilfe „versteht man die intendierte und (von einem Arzt) aktiv herbeigeführte, vorzeitige Beendigung des Lebens durch vorsätzliche Verabreichung lebensbeendender Substanzen“ ⁴⁷⁷. Sie ist strafbar, auch wenn sie auf Verlangen des Patienten erfolgt ⁴⁷⁸.

Von einer indirekten Sterbehilfe spricht man bei einer unbeabsichtigten, nicht intendierten „Inkaufnahme des vorzeitigen Todeseintritts als Nebenwirkung einer sinnvollen medizinischen Therapiemaßnahme bei Einwilligung des Patienten nach vorausgegangener Aufklärung“ ⁴⁷⁹. Sie ist in der höchstrichterlichen Rechtsprechung als zulässig erachtet worden ⁴⁸⁰.

Eine passive Sterbehilfe bezeichnet einen „Behandlungsverzicht bei sterbenden Patienten oder“ „die technisch aktive Beendigung von lebensverlängernden oder -erhaltenden Maßnahmen bei expliziter oder mutmaßlicher Einwilligung des Patienten“ ⁴⁸¹. Der Bundesgerichtshof hat dazu wie folgt ausgeführt:

„Sterbehilfe darf auch bei aussichtsloser (infauster) Prognose nicht durch gezieltes Töten geleistet werden. Sterbehilfe ist nur entsprechend dem erklärten oder mutmaßlichen Patientenwillen durch die Nichteinhaltung oder den Abbruch lebens-

⁴⁷³ S. zur Rechtsentwicklung in Frankreich Seifert FamRZ 2006, 11 ff.

⁴⁷⁴ Vgl. im Übrigen die umfangreiche Literaturliste in BT-Drucks. 15/3700, 48 ff.

⁴⁷⁵ Artt. 1 Abs. 1, 2 Abs. 2 GG.

⁴⁷⁶ BGHSt 37, 367 (379); BGHSt 40, 257 (262).

⁴⁷⁷ Oduncu, MedR 2005, 437 ff. (439); vgl. zu den Begrifflichkeiten May / Strätling / Lipp / Kutzer u.a., MedR 2003, 483 Fn 1.

⁴⁷⁸ §§ 211, 212, 216 StGB.

⁴⁷⁹ Oduncu, MedR 2005, 437 ff. (439).

⁴⁸⁰ BGHSt 42, 301 ff.

⁴⁸¹ Oduncu, MedR 2005, 437 ff. (440).

verlängernder Maßnahmen zulässig, um dem Sterben – ggf. unter wirksamer Schmerzmedikation – seinen natürlichen, der Würde des Menschen gemäßen Verlauf zu lassen“⁴⁸².

Der „Behandlungsverzicht“ ist unter Berücksichtigung der bereits dargelegten Voraussetzungen gerechtfertigten ärztlichen Handelns zu betrachten. Ärztliches Handeln ist gerechtfertigt bei einer entsprechenden Indikation, einer Einwilligung nach Aufklärung und bei Anwendung eines Verfahrens *lege artis*⁴⁸³. Dies gilt auch, wenn eine Behandlung am Ende des Lebens eines Menschen in Rede steht⁴⁸⁴. Die Entscheidung gegen lebenserhaltende Maßnahmen kann zum einen auf der fehlenden ärztlichen Indikation beruhen. Bei einem Behandlungsangebot ist die (weitere) Behandlung hingegen unzulässig, sofern ein Patient keine Einwilligung für eine weitere Behandlung erteilt oder eine frühere Einwilligung widerruft⁴⁸⁵. Maßgeblich ist also nicht, ob ein Behandlungsabbruch erlaubt ist. Vielmehr ist jede lebenserhaltende ärztliche Maßnahme im Hinblick auf das Selbstbestimmungsrecht des Patienten nur zulässig, wenn dieser seine Einwilligung erteilt.

Bei der Betrachtung der ärztlichen Behandlung am Lebensende ist zwischen zwei Situationen zu trennen. Liegt ein Patient im Sterben, ist eine lebensverlängernde Behandlung nicht mehr indiziert; geboten sind Hilfe und Begleitung in diesem Sterbeprozess („Hilfe im Sterben“)⁴⁸⁶.

Wenn ein Arzt hingegen eine Behandlung für indiziert erachtet, hat der Patient darüber zu befinden, „ob, wie lange und in welcher Weise er behandelt und versorgt werden will“⁴⁸⁷. Wenn der Patient eine angebotene Maßnahme ablehnt oder eine früher erteilte Einwilligung widerruft und dann stirbt, liegt keine Tötung durch den Arzt vor, weil eine Behandlung nicht mehr zulässig ist („Hilfe zum Sterben“)⁴⁸⁸.

⁴⁸² BGHSt 37, 376 (379); vgl. auch Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung vom 30. April 2004, Deutsches Ärzteblatt, A 1298.

⁴⁸³ S. oben § 2 II. 2.

⁴⁸⁴ Lipp, FamRZ 2004, 317 ff. (318).

⁴⁸⁵ BGHZ 154, 205 (210) = NJW 2003, 1588 (1589) = FamRZ 2003, 748 (750) = Bt Prax 2003, 123 ff. (124).

⁴⁸⁶ BGHSt 40, 257 (260); Taupitz, Verhandlungen des 63. Deutschen Juristentages, Gutachten A 9; Lipp, FamRZ 2004, 317 ff. (319).

⁴⁸⁷ Lipp, FamRZ 2004, 317 ff. (319).

⁴⁸⁸ Lipp, FamRZ 2004, 317 ff. (319).

Im Rahmen der hiesigen Untersuchung stellt sich nun das Problem, wie zu verfahren ist, wenn sich der Patient für oder gegen eine Behandlung aktuell nicht mehr entscheiden kann, wenn er also einwilligungsunfähig ist ⁴⁸⁹.

b. Zur Patientenverfügung

In dieser Situation ist zu klären, ob der Betroffene bereits eine entsprechende Entscheidung getroffen hat, bevor er einwilligungsunfähig wurde ⁴⁹⁰. Es stellt sich dabei zunächst die Frage, welche Anforderungen (etwa hinsichtlich der Reichweite, des Inhalts und der Form) eine solche Entscheidung erfüllen muss, um im Rechtsverkehr als verbindlich angesehen zu werden. Diese Problematik wird insbesondere in der Diskussion um die Verbindlichkeit von sog. Patientenverfügungen erörtert.

Der Bundesgerichtshof vertritt in seiner neueren Rechtsprechung, wie bereits dargelegt worden ist ⁴⁹¹, die Auffassung, dass eine Patientenverfügung eine Erklärung darstellen kann, mit der der Betroffene sein Selbstbestimmungsrecht im Hinblick auf eine künftige Behandlung ausübt ⁴⁹².

Der Anwendungsbereich und die Reichweite von Patientenverfügungen sind nach der Entscheidung des Gerichts allerdings umstritten. Dies gründet sich darauf, dass in dem Beschluss unter Bezugnahme auf das Urteil des 1. Strafsenats vom 13. September 1994 (- Kemptener Fall -) ⁴⁹³ ausgeführt ist, dass die Einstellung einer lebenserhaltenden medizinischen Behandlung nur verlangt werden könne, wenn das Grundleiden des Betroffenen einen irreversiblen tödlichen Verlauf angenommen habe ⁴⁹⁴.

Die Enquete-Kommission „Ethik und Recht der modernen Medizin“ des Deutschen Bundestages hat am 13. September 2004 einen Zwischenbericht „Patientenverfügungen“ vorgelegt ⁴⁹⁵. Danach sollte eine gesetzliche Regelung geschaffen werden, nach der die Gültigkeit von (schriftlichen) Patientenverfügungen, die

⁴⁸⁹ Vgl. Roth JZ 2004, 494 ff. (496) m.w.N., wonach kein aktueller Wille entgegenstehen darf.

⁴⁹⁰ S. zur Problematik der Anwendung des § 130 Abs. 2 BGB: Roth, JZ 2004, 494 ff. (497).

⁴⁹¹ S. oben § 2 II. 2. f.

⁴⁹² BGHZ 154, 205 (210); kritisch Milzer, MDR 2005, 1145.

⁴⁹³ BGHSt 40, 257 ff.

⁴⁹⁴ BGHZ 154, 205 ff. (215); s. dazu die erläuternden Ausführungen der Vorsitzenden des XII.

Zivilsenats des Bundesgerichtshofs (u.a.) in: DRiZ 2005, 244 (246); s. dazu aber BGHZ 163, 195 (200), wonach die strafrechtlichen Grenzen der Hilfe zum Sterben bislang nicht hinreichend geklärt seien; in Abgrenzung zur Entscheidung des BGH (Z 154, 205 ff.) auch OLG Karlsruhe FamRB 2005, 14 m. Anm. Locher; vgl. den Überblick zur Rechtsprechung bei Walther, in: HK-BUR, Anlage 3 zu § 1904 BGB.

⁴⁹⁵ BT-Drucks. 15/3700; s. zur Beratung am 10. März 2005: Deutscher Bundestag – 15. Wahlperiode, 163. Sitzung, Plenarprotokolle 15245 ff.

einen Behandlungsverzicht vorsehen, auf Fallkonstellationen beschränkt wird, in denen das Grundleiden irreversibel ist und nach ärztlicher Erkenntnis zum Tode führen würde ⁴⁹⁶.

Hingegen sah der angesprochene Referentenentwurf, der auf den Ergebnissen der von den Bundesministerien für Justiz und Gesundheit eingesetzten Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“ ⁴⁹⁷ fußte, eine entsprechende Einschränkung nicht vor ⁴⁹⁸. Vielmehr sollte danach eine (formfreie) Patientenverfügung, in der der Betroffene seinen Willen zu Untersuchungen seines Gesundheitszustandes, Heilbehandlungen oder ärztlichen Eingriffen für den Fall seiner Einwilligungsunfähigkeit geäußert ⁴⁹⁹ hat, bei der Einwilligungsunfähigkeit fortgelten, falls keine konkreten Anhaltspunkte dafür vorlagen, dass der Betreute die Patientenverfügung widerrufen hat ⁵⁰⁰.

In den Vorschlägen, die durch die Bundestagsabgeordneten (MdB) Stünker u.a., Bosbach u.a. und Zöllner u.a. erarbeitet worden sind, sind jeweils ausdrückliche Normierungen der Verbindlichkeit von Patientenverfügungen vorgesehen.

Nach dem Entwurfen der MdB Stünker ⁵⁰¹ und Zöllner ⁵⁰² sind Patientenverfügungen nicht in ihrer Reichweite begrenzt. Nach dem Vorschlag des MdB Bosbach kann in einer Patientenverfügung der Abbruch einer lebenserhaltenden Behandlung ohne Begrenzung der Reichweite verbindlich angeordnet werden, wenn eine umfassende ärztliche und rechtliche Aufklärung vorausgegangen ist, diese dokumentiert und mit der Patientenverfügung vom Notar beurkundet wurde, und sie nicht älter als fünf Jahre ist oder mit einer neuen ärztlichen Beratung bestätigt wurde ⁵⁰³. Soweit in einer Patientenverfügung ohne Beratung der Abbruch einer lebenserhaltenden Behandlung angeordnet worden ist, ist das für den Arzt und Betreuer verbindlich, wenn eine unheilbare, tödlich verlaufende Krankheit oder

⁴⁹⁶ BT-Drucks. 15/3700, 38. Die Schriftform hält auch der Nationale Ethikrat in: *Betrifft: Betreuung* 8, 221 ff. (236), für erforderlich; kritisch zur Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung Vossler ZRP 2002, 295 ff. (297 / 298).

⁴⁹⁷ Bericht in *Betrifft: Betreuung* 7, 158 ff.

⁴⁹⁸ So auch Coeppecus, *Rpfleger* 2004, 262 ff. (263); Nationaler Ethikrat, in: *Betrifft: Betreuung* 8, 221 ff. (235); VGT, *Stellungnahme zum Referentenentwurf*, 2,3; Kutzer, *DRiZ* 2005, 257 ff. (260), 66. *Deutscher Juristentag*, C. II.9.; vgl. Höfling, *MedR* 2006, 25 ff. (26) – allerdings auf Schriftformerfordernis abstellend.

⁴⁹⁹ Zur Kritik an dem Begriff „Willensäußerung“ s. VGT, *Stellungnahme Ref-E*, 2; ausführlich Roth, *JZ* 2004, 494 ff. (500 ff.).

⁵⁰⁰ § 1901 a Abs. 1 BGB Ref-E; vgl. Otto, *NJW* 2006, 2217 ff. (2219); kritisch zum fehlenden Formerfordernis Knopp/Hoffmann, *MedR* 2005, 83 ff. (88).

⁵⁰¹ § 1901 a Abs. 1, 3 BGB-E.

⁵⁰² § 1901 b BGB-E, § 1901 c BGB-E.

⁵⁰³ § 1901 b Abs. 2 BGB-E.

eine Situation vorliegt, in der der Patient mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit trotz Ausschöpfung aller medizinischen Möglichkeiten das Bewusstsein niemals wiedererlangen wird ⁵⁰⁴.

Für die hiesige Untersuchung erscheint eine Festlegung, welcher Ansicht in diesem Zusammenhang zu folgen ist, entbehrlich. Maßgeblich ist allerdings, dass in der weiteren Diskussion Kriterien entwickelt werden müssen, anhand derer bestimmt werden kann, ob der Betroffene eine eigene Entscheidung für eine konkrete (Behandlungs-)Situation getroffen ⁵⁰⁵ oder etwaig nur Wünsche bzw. Wertvorstellungen geäußert hat ⁵⁰⁶. Dies kommt sehr deutlich im Entwurf des MdB Stünker zum Ausdruck. Danach liegt eine Patientenverfügung vor, wenn ein Volljähriger festlegt, ob er in bestimmte, zum Zeitpunkt der Festlegung noch nicht unmittelbar bevorstehende Untersuchungen seines Gesundheitszustandes einwilligt oder sie untersagt ⁵⁰⁷.

c. Zum Erfordernis einer Betreuerbestellung

Es ist hier bedeutsam, ob es der Bestellung eines Betreuers überhaupt noch bedarf, wenn eine Patientenverfügung vorliegt.

Das ist unproblematisch zu bejahen, wenn Zweifel an der Wirksamkeit der Verfügung bestehen ⁵⁰⁸, oder wenn sie den erforderlichen Handlungsfall nicht hinreichend erfasst ⁵⁰⁹. Aber auch bei einer umfassenden, wirksamen Patientenverfügung ist eine Betreuerbestellung, ungeachtet der Frage, ob sie auch für andere Angelegenheiten in Betracht kommt, nicht entbehrlich ⁵¹⁰. Dem Betreuer obliegt es bei Übertragung eines entsprechenden Aufgabenkreises nämlich zu prüfen, ob die Verfügung noch dem Willen des Betroffenen entspricht. Zudem ist es Aufga-

⁵⁰⁴ § 1901 b Abs. 3 BGB-E.

⁵⁰⁵ Dabei weisen Taupitz / Weber-Hassemer, in: Festschrift für Laufs, 1107 ff. (1114) nach hiesiger Ansicht zutreffend darauf hin, dass es sich auch um eine entsprechende Entscheidung handelt, wenn sich die Willensäußerung auf noch nicht konkret absehbare künftige Situationen bezieht, sich der Erklärende einer damit verbundenen Entscheidungsgrundlage aber erkennbar bewusst war; vgl. dazu Bioethik-Kommission Rheinland-Pfalz vom 23. April 2004, These 5 / Empfehlung 4.

⁵⁰⁶ Diese Differenzierung betont der Vormundschaftsgerichtstag e.V. in seiner Stellungnahme Ref-E, 2, 3; Taupitz / Weber-Hassemer, in: Festschrift für Laufs, 1107 ff. (1113).

⁵⁰⁷ § 1901 a Abs. 1 BGB-E. Im Entwurf MdB Zöller wird der Terminus "Erklärungen" verwandt, § 1901 b Abs. 1 BGB-E. Im Vorschlag MdB Bosbach fallen unter die Legaldefinition der Patientenverfügung Wünsche und Erklärungen, § 1901 b BGB-E.

⁵⁰⁸ S. AG Lüdinghausen FamRZ 2004, 835 m. Anm. Bienwald; vgl. Müller-Busch, BtPrax 2005, 52 ff. (54).

⁵⁰⁹ Vgl. Kutzer, BtPrax 2005, 50 ff. (51).

⁵¹⁰ Vgl. Roth, JZ 2004, 494 ff. (502); a.A. Coeppecus, Rpfleger 2004, 262 ff. (266); AG Frankfurt/M. FamRZ 2002, 1508.

be des gesetzlichen Vertreters, der Verfügung Ausdruck und Geltung zu verschaffen⁵¹¹.

d. Zur Entscheidung eines Betreuers hinsichtlich der Aufnahme bzw. Fortsetzung lebenserhaltender Maßnahmen

aa. Einwilligung / Nichteinwilligung

Sollte keine wirksame antizipative Erklärung des Betroffenen vorliegen, hat der Betreuer selbst über die Einwilligung in die Aufnahme bzw. Fortsetzung einer lebenserhaltenden Maßnahme zu entscheiden⁵¹².

Erörtert wird dabei zunächst – „spiegelbildlich“ wie bei der Reichweite der Patientenverfügungen –, ob es dem Betreuer grundsätzlich möglich oder verwehrt ist, eine solche Entscheidung zu treffen, „wenn das Grundleiden des Betroffenen noch keinen irreversiblen tödlichen Verlauf angenommen hat und durch die Maßnahme das Leben des Betroffenen verlängert oder erhalten wird“⁵¹³.

Die Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“ führt dazu aus, dass die „Befugnis der Vertreterin oder des Vertreters zur Einwilligung oder Ablehnung einer ärztlichen Behandlung“ (...) „so weit“ (reicht) „wie die der Patientin oder des Patienten“⁵¹⁴. Dieser Auffassung ist zu folgen.

Eine andere Sichtweise liefe nach den allgemeinen Erwägungen dem Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen zuwider und im Ergebnis auf eine insoweit unzulässige Zwangsbehandlung hinaus⁵¹⁵.

⁵¹¹ Ähnlich § 1901 b Abs. 1 – 3 BGB des Entwurfs MdB Bosbach und § 1901 a Abs. 1 und 2 BGB-E des Entwurfs MdB Stünker. Vgl. BGHZ 154, 205 (211). Nach BGHZ 163, 195 ff. (= FamRZ 2005, 1474 ff. m.Anm. Albrecht) kann ein Pflegeheim dem übereinstimmenden Verlangen von Arzt und Betreuer, wonach die künstliche Ernährung des nicht einwilligungsfähigen Betroffenen nicht fortgesetzt werden darf, jedenfalls nicht den Heimvertrag entgegensetzen (zur Entscheidung vgl. kritische Anm. Roth, ZEV 2005, 486 /487); vgl. OLG München FamRZ 2003, 557 ff. (558); weitergehend v. Renesse, BtPrax 2005, 47 ff. (48). Nach dem Zwischenbericht der Enquete-Kommission bedarf der Betreuer, wenn es um die Verweigerung der Aufnahme oder Fortsetzung einer medizinisch indizierten lebenserhaltenden Maßnahme geht, bei der Umsetzung der Patientenverfügung der Beratung durch ein Konsil, BT-Drucks. 15/3700, 43; vgl. auch Wagenitz, FamRZ 2005, 669 ff. (671).

⁵¹² Lipp, FamRZ 2004, 317 ff. (322); Coepicus, Rpfleger 2004, 262 (264).

⁵¹³ Vgl. BGHZ 154, 205 (211); einschränkend OLG Karlsruhe FamRZ 2004, 1319 f.

⁵¹⁴ Betrifft: Betreuung 7, 163. Davon geht auch der Referentenentwurf aus (§ 1904 Abs. 2 BGB Ref-E). Es ist dann allerdings eine entsprechende strafrechtliche Regelung erforderlich; vgl. Geißendörfer / Tietze / Simon, BtPrax 2004, 43 ff.; kritisch Riedel, BtPrax 2005, 45 ff. (46).

⁵¹⁵ Vgl. Dirksen, GesR 2004, 124 ff. (126) insbesondere zur Kritik an der Entscheidung des OLG München MedR 2003, 174 ff.; FDP-Bundestagsfraktion, BT-Drucks. 16/397, 3.

Eingehender zu problematisieren ist hier, nach welchen Kriterien der Betreuer seine Entscheidung zu treffen hat. Nach dem der Untersuchung zugrunde gelegten Ansatz können Entscheidungsmaßstäbe nur entwickelt werden, wenn gefragt wird, welche Aufgabe die Betreuung im konkreten Fall erfüllen muss⁵¹⁶. Bei einem Patienten, der eigenverantwortlich handeln kann, kann die Einwilligung in die weitere Behandlung verweigert werden, wenn der Patient diese nicht mehr möchte. Kann der Betroffene nicht eigenverantwortlich handeln, ist die Entscheidung des Betreuers zur (Wieder)Herstellung der rechtlichen Handlungsfähigkeit des Betroffenen erforderlich. Es muss geklärt werden, ob es dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Betroffenen entspricht, dass die Behandlung nicht fortgesetzt wird.

Das bedeutet konkret:

Der Betreuer hat zunächst zu versuchen, den tatsächlichen Wunsch oder Willen des Betreuten zu ermitteln⁵¹⁷. Dabei sind auch Wünsche zu berücksichtigen, die vor der Bestellung des Betreuers geäußert worden sind, es sei denn, der Betroffene will daran erkennbar nicht mehr festhalten. Lässt sich der tatsächliche Wille des Betroffenen ermitteln, ist der Betreuer daran gebunden⁵¹⁸. Dies gilt nur dann nicht, wenn der Wunsch, nicht weiterbehandelt zu werden und damit zu sterben, hinsichtlich der Tragweite nicht überblickt werden kann⁵¹⁹.

Lässt sich der tatsächliche Wille nicht ermitteln, ist auf den mutmaßlichen Willen zurückzugreifen⁵²⁰. Hier besteht nach hiesiger Ansicht in der weiteren Diskussion noch Klärungsbedarf, ob angesichts der besonderen Bedeutung der Entscheidung spezielle Voraussetzungen für die Ermittlung des mutmaßlichen Willens gelten sollen⁵²¹. In diese Richtung tendierte der Vorschlag der o. g. Arbeitsgruppe⁵²².

⁵¹⁶ Oben § 3 IV.

⁵¹⁷ § 1901 Abs. 3 Satz 1 BGB.

⁵¹⁸ § 1901 Abs. 3 Satz 1 und 2 BGB; s. zur Eignung des Betreuers OLG Frankfurt, FamRB 2007, 15 f.

⁵¹⁹ Dann greift die Regelung in § 1901 Abs. 3 Satz 1 BGB „soweit dies dessen Wohl nicht zuwiderläuft“ ein; vgl. Lipp, FamRZ 2004, 317 ff. (322).

⁵²⁰ Ähnlich Nationaler Ethikrat, in: Betrifft: Betreuung 8, 221 ff. (236).

⁵²¹ Vgl. OLG Düsseldorf BtPrax 2001, 170 f.; OLG Frankfurt BtPrax 2002, 84 ff. (86); vgl. auch Nationaler Ethikrat, Stellungnahme Selbstbestimmung, 43; eingehend zur Ermittlung des mutmaßlichen Willens: Höfling, MedR 2006, 25 ff. (26 / 27).

⁵²² In: Betrifft: Betreuung 7, 191, wenn für die Feststellung des mutmaßlichen Willens individuelle konkrete Anhaltspunkte vorliegen müssen. Kriterien zeigt Wunder, MedR 2004, 319 ff. (321 / 322) auf; a.A. 66. Deutscher Juristentag, C. II 4. a). Nach dem Vorschlag MdB Stünker ist der mutmaßliche Wille auf Grund konkreter Anhaltspunkte (frühere mündliche oder schriftliche Äußerungen etc.) zu ermitteln. Dabei soll der Betreuer grundsätzlich Angehörigen Gelegenheit zur Äußerung geben, § 1901 a Abs. 2 Satz 2 und 3 BGBG-E. Auch die Entwürfe MdB Bosbach und Zöllner sehen die Hinzuziehung von nahe stehenden Personen vor (§ 1904 a Abs. 4 Satz 2 BGB-E bzw. § 1901 d Abs. 2 BGB-E).

Ungeachtet dessen ist der mutmaßliche Wille eines Betroffenen schon nach den allgemeinen Erwägungen ⁵²³ zweistufig zu prüfen. In erster Linie ist auf frühere Äußerungen, Wertvorstellungen etc. zurückzugreifen. Lässt sich daraus nicht entnehmen, welche Entscheidung der Betroffene getroffen hätte, kann nachrangig auch auf das nach allgemeinen Kriterien zu bestimmende Interesse des Betroffenen abgestellt werden ⁵²⁴.

bb. Genehmigungserfordernis

Es ist nunmehr zu erörtern, ob die Entscheidung eines Betreuers, die Einwilligung in lebenserhaltende Maßnahmen nicht (oder nicht weiter) zu erteilen, der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf ⁵²⁵.

In der früheren Diskussion ist erwogen worden, ob in derartigen Fällen die jetzige Vorschrift des § 1904 Abs. 1 BGB (jedenfalls analog) angewendet werden kann ⁵²⁶. Dafür spricht, dass bei Einwilligungen in Maßnahmen, bei denen schon die begründete Gefahr des Todes oder gravierender gesundheitlicher Schäden besteht, eine Genehmigung erforderlich ist. Um so eher kann dieses gelten, wenn mit der Verweigerung der Einwilligung zur weiteren Behandlung gerade die Beendigung des Lebens erreicht wird.

Der Bundesgerichtshof hat allerdings überzeugend ⁵²⁷ ausgeführt, dass § 1904 BGB insoweit nicht als Rechtsgrundlage herangezogen werden könne ⁵²⁸. Es fehle bereits an der Gleichheit der Problemlage. Der Schutz eines heilungsfähigen Patienten vor dem Einsatz riskanter medizinischer Mittel sei etwas völlig anderes als die medizinische Versorgung eines tödlich und unheilbar erkrankten Menschen. Die Ziele seien miteinander inkomparabel und deshalb einem „Erst-recht“ Schluss nicht zugänglich ⁵²⁹. Die Prüfungszuständigkeit des Vormundschaftsgerichts ergebe sich aus einer Gesamtschau des Betreuungsrechts und dem unabweisbaren Bedürfnis, mit den Instrumenten dieses Rechts auch auf Fragen im Grenzbereich menschlichen Lebens und Sterbens für alle Beteiligten rechtlich verantwortbare Antworten zu finden.

⁵²³ § 3 VII. 1. b. aa.; a.A. Höfling, MedR 2006, 25 ff. (26 / 27) unter § 3 Abs. 6.

⁵²⁴ Lipp, FamRZ 2004, 317 ff. (322); BGHZ 154, 205 (217); vgl. auch Keilbach, FamRZ 2003, 969 ff. (978).

⁵²⁵ S. zum Klärungsbedarf: Simon/Lipp/Tietze/Nickel/van Oorschot, MedR 2004, 303 ff. (306).

⁵²⁶ Bejahend: BGHSt 40, 257 (261 f.); OLG Frankfurt/M. NJW 1998, 2747 (2748); dsslb., FamRZ 2002, 577 (578); OLG Karlsruhe FamRZ 2002, 488 (491); s. aber SchlHOLG FamRZ 2003, 554 ff. (nicht genehmigungsfähig).

⁵²⁷ Krit. Heyers, JuS 2004, 100 ff. (104).

⁵²⁸ Vgl. auch Keilbach FamRZ 2003, 969 ff. (975).

⁵²⁹ BGHZ 154, 205 (219 / 220); eine analoge Anwendung ablehnend Czerner KritV 2004, 182 ff. (191).

Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs bedarf es der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (in solchen Fällen) in Konfliktlagen⁵³⁰; d.h., wenn die weitere Behandlung ärztlicherseits angeboten wird, der Betreuer nicht einwilligen bzw. eine erteilte Einwilligung in die weitere Behandlung widerrufen möchte und zwischen dem Arzt und dem Betreuer Uneinigkeit über den Willen des Patienten besteht⁵³¹.

Es dürfte zutreffend sein, dass hinsichtlich der zuvor erörterten Fragen Rechtsunsicherheiten⁵³² bestehen, die gesetzliche Regelungen angezeigt erscheinen lassen⁵³³.

Im Referentenentwurf war vorgesehen, dass die bisherige Regelung in § 1904 Abs. 1 BGB auf die Nichteinwilligung o.ä. bei den zuvor erörterten Maßnahmen erstreckt wird⁵³⁴. Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung sollte nicht erforderlich sein, wenn Einigkeit zwischen dem Arzt und dem Betreuer bestehe, dass die Entscheidung des Betreuers dem mutmaßlichen Willen des Patienten entspreche⁵³⁵. Einen ähnlichen Vorschlag hatte die Arbeitsgruppe unterbreitet⁵³⁶. Dem entsprechen auch die Entwürfe der MdB Stünker und Zöller⁵³⁷.

Nach hiesiger Ansicht ist ein Genehmigungsverfahren zum einen nicht erforderlich, wenn der Betroffene eine hinreichende Patientenverfügung errichtet hat. Denn dann obliegt es dem Betreuer, diese umzusetzen⁵³⁸. Beizupflichten ist auch der Auffassung, dass eine Genehmigung nur bei den beschriebenen Konfliktfällen notwendig ist. Denn bei einem Konsens zwischen dem Arzt und dem Betreuer über die weitere Behandlung und den Willen des Patienten hat bereits eine präventive Kontrolle⁵³⁹ stattgefunden⁵⁴⁰.

⁵³⁰ BGHZ 154, 205 (219 / 220).

⁵³¹ Lipp, BtPrax 2004, 18 ff. (21); AG „Sterben und Tod“ in der Akademie für Ethik in der Medizin, AEM, Göttinger Thesen, Nr. 8.

⁵³² Vgl. dazu Simon/Lipp /Tietze /Nickel /van Oorschot, MedR 2004, 303 ff.; Machenbach / Kirchhartz BtPrax 2005, 54 ff.; Höfling / Schäfer, DRiZ 2005, 248 ff.

⁵³³ Vgl. die Beschlüsse der Abteilung Zivilrecht des 63. Deutschen Juristentages, Verhandlungen hinter K 60; kritisch zum Genehmigungserfordernis Dieckmann, BW NotZ 2004, 49 ff. (54).

⁵³⁴ Dies gilt auch für die Verfahrensregelungen, vgl. insb. §§ 67 Abs. 1 Satz 5, 69 d Abs. 2 FGG-RefE. Zum Vorschlag der Arbeitsgruppe: Betrifft: Betreuung Nr. 7, 191.

⁵³⁵ Zum Wertungswiderspruch zur bisherigen Regelung in § 1904 Abs. 1 BGB: Strätling/Fieber/Sedermund-Adib/Schmucker, MedR 2004, 433 (438).

⁵³⁶ Sie hält ggfls. ein Negativattest für notwendig: Betrifft: Betreuung 7, 196; ähnlich hinsichtlich des Genehmigungserfordernisses auch Nationaler Ethikrat in: Betrifft: Betreuung 8, 221 ff. (236).

⁵³⁷ § 1904 Abs. 2 BGB-E.

⁵³⁸ Vgl. Strätling/Lipp/May/Glogner/Schlaudraff/Neumann/Simon, MedR 2003, 483 ff. (485); FDP-Fraktion des Deutschen Bundestages, BT-Drucks. 16/397, 4.

⁵³⁹ Vgl. § 3 VII. 2. c.

Daraus folgt ⁵⁴¹: sofern eine Unsicherheit über den mutmaßlichen Willen des Betroffenen besteht, ist das Vormundschaftsgericht einzuschalten ⁵⁴². Es ist dann zu prüfen, ob die Entscheidung des Betreuers dem Willen des Patienten entspricht. Bejahendenfalls ist ein Negativattest zu erteilen ⁵⁴³. Außerdem ist bei der beschriebenen Konfliktlage das Vormundschaftsgericht anzugehen. Dieses hat die Entscheidung zu treffen, die dem - oben näher beschriebenen - Wohl des Betreuten entspricht ⁵⁴⁴.

Nach hier vertretener Ansicht könnte sich eine entsprechende Regelung in das bisherige Konzept des Betreuungsrechts einfügen ⁵⁴⁵. Soweit hingegen vertreten worden ist, dass „ein Konfliktmodell der gerichtlichen Genehmigung“ dem System des Betreuungsrechts nicht immanent sei ⁵⁴⁶, kann dem nicht gefolgt werden.

⁵⁴⁰ Eine generelle Genehmigungspflicht (vgl. Vorschlag der Enquete-Kommission) würde jedenfalls während der Dauer des Genehmigungsverfahrens zu einer unzulässigen Zwangsbehandlung des Betroffenen führen, vgl. Lipp / Nagel, FF 2005, 83 ff. (85).

⁵⁴¹ Ähnlich der Vorschlag der Arbeitsgruppe, in: Betrifft: Betreuung 7, 191; kritisch Jürgens, in: Betrifft: Betreuung 5, 219 ff. (223).

⁵⁴² Ähnlich Entwurf MdB Stünker (§ 1904 Abs. 2 und 4 BGB-E) und Entwurf MdB Zöller (§ 1904 Abs. 2 BGB-E). Nach dem Vorschlag MdB Bosbach ist hingegen eine Genehmigung entbehrlich, wenn nach ärztlicher Überzeugung eine unheilbare, tödlich verlaufende Krankheit vorliegt und Einvernehmen besteht, dass die Nichteinwilligung oder der Widerruf der Einwilligung den in der Patientenverfügung geäußerten Wünschen oder Entscheidungen des Betreuten entsprechen, § 1904 Abs. 3 BGB-E. Die Bundesärztekammer und die zentrale Ethikkommission bei der Bundesärztekammer schlagen vor, ein klinisches Ethikkomitee einzuschalten, Deutsches Ärzteblatt 2007, A 891 ff., 846.

⁵⁴³ So der Vorschlag der Arbeitsgruppe, in: Betrifft: Betreuung 7, 191.

⁵⁴⁴ Vgl. Lipp / Nagel, FF 2005, 83 ff. (88), die darauf hinweisen, dass es keines besonderen Entscheidungsmaßstabs (vgl. dazu die Vorschläge der Arbeitsgruppe und der Enquete-Kommission) bedürfe. Die von der Arbeitsgruppe und von der Enquetekommission herangezogene Regelung „in dubio pro vita“ möge zwar in nicht eindeutig lösbaren Konfliktfällen greifen, dürfe aber nicht als Maßstab eines objektivierten Wohls herangezogen werden, dieslb. ebd; s.a. Wagenitz, FamRZ 2005, 669 ff. (676 / 677). Nach dem Entwurf MdB Bosbach erteilt das Gericht die Genehmigung, wenn die Nichteinwilligung oder der Widerruf der Einwilligung in eine ärztliche Maßnahme den Wünschen oder Entscheidungen einer nach den dortigen Voraussetzungen wirksamen Patientenverfügung entsprechen, § 1904 a Abs. 1 BGB-E. Im Übrigen erteilt das Gericht die Genehmigung, wenn eine unheilbare, tödlich verlaufende Krankheit vorliegt und die Nichteinwilligung oder der Widerruf der Einwilligung einer Entscheidung oder dem Wunsch in einer Patientenverfügung oder dem mutmaßlichen Willen entsprechen, § 1904 a Abs. 2 BGB-E, oder, wenn eine Patientenverfügung entsprechenden Wünschen und Entscheidungen des Betreuten entspricht, der Betroffene ohne Bewusstsein ist und nach ärztlicher Überzeugung das Bewusstsein niemals wieder erlangen wird, § 1904 a Abs. 3 BGB-E.

⁵⁴⁵ Vgl. Roth, JZ 2004, 494 ff. (502).

⁵⁴⁶ Saliger, MedR 2004, 237 ff. (243); s. auch Pardey, Betreuungs- und Unterbringungsrecht, Rn. 235.

Denn im Kern geht es in den Konfliktfällen um eine präventive Kontrolle des Betreuers⁵⁴⁷. Wie bereits ausgeführt worden ist, entspricht dies dem Zweck der derzeitigen Regelung des § 1904 BGB.

e. Zur Einwilligung des Betreuers in hochriskante Maßnahmen nach dem Referentenentwurf

Im Referentenentwurf war auch vorgeschlagen worden, dass eine Einwilligung eines Betreuers in hochriskante Maßnahmen nicht (mehr) der gerichtlichen Genehmigung bedarf, wenn zwischen dem Betreuer und dem Arzt Einvernehmen darüber besteht, dass die Erteilung der Einwilligung dem mutmaßlichen Willen des Patienten entspricht⁵⁴⁸.

Damit wird der bisherige Anwendungsbereich des § 1904 BGB eingeschränkt. Es wird nicht mehr allein auf die Risikoträchtigkeit der Maßnahme abgestellt, in die eingewilligt wird. Entscheidend ist vielmehr, dass eine Kontrolle des Vormundschaftsgerichts auf die Konfliktfälle begrenzt wird. Damit würde dem Erforderlichkeitsgrundsatz Rechnung getragen⁵⁴⁹.

Allerdings ist davon auszugehen, dass über diese Problematik insbesondere im Hinblick auf die Schutzmechanismen, die die bisherige Regelung beinhaltet, noch diskutiert werden wird.

Anzumerken ist im Rahmen dieser Untersuchung lediglich, dass es angesichts des Rechtes des Einzelnen, über seine leiblich-seelische Integrität selbst zu bestimmen und im Hinblick auf die Folgen einer Behandlung bzw. deren Unterlassung, einen nach hiesiger Ansicht nicht zu rechtfertigenden Wertungswiderspruch bedeutete, wenn in den bislang von der Regelung in § 1904 BGB erfassten Fällen weiterhin ein generelles Genehmigungsbedürfnis bestünde, hingegen bei Entscheidungen über die Frage, ob eine Behandlung fortgeführt wird oder nicht, nur in Konfliktfällen⁵⁵⁰.

⁵⁴⁷ Es sind allerdings im Referentenentwurf Verfahrensvorschläge aufgenommen worden (zustimmend VGT e.V., Stellungnahme Ref-E, 5, 6). Sie orientieren sich an § 69 d Abs. 2 FGG derzeitiger Fassung. Das erweist sich nach hier vertretener Ansicht als zutreffend, weil die Klärung des mutmaßlichen Willens des Betroffenen unter Berücksichtigung der konkreten gesundheitlichen Situation erfolgen muss.

⁵⁴⁸ Ebenso Vorschlag MdB Stünker, § 1904 Abs. 4 BGB-E.

⁵⁴⁹ Vgl. zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz: Strätling/Fieber/Sedemund-Adib/Schmucker, MedR 2004, 433 ff. (436); Strätling/Scharf/Wedel/Oehmichen/Eisenbart, MedR 2001, 385 ff. (389); kritisch zur bisherigen Regelung auch Karliczek, 33.

⁵⁵⁰ Vgl. dazu Vorschlag MdB Zöller, wonach § 1904 Abs. 1 BGB unverändert bleibt; ähnlich Entwurf MdB Bosbach (§ 1904 Abs. 3 BGB-E).

IX. Zusammenfassung

Die Untersuchungsergebnisse in diesem Kapitel lassen sich wie folgt zusammenfassen:

1. Die Aufgabe der Betreuung besteht zum einen darin, die Handlungsfähigkeit eines Betroffenen herzustellen, wenn die Rechtsordnung einzelnen Handlungen die rechtliche Anerkennung versagt. Sofern sich der Betroffene hingegen auf Grund einer eingeschränkten Eigenverantwortlichkeit selbst zu schädigen droht, bedarf es eines rechtlichen Schutzes. Auch diesen gewährleistet die Betreuung.
2. Die Bestellung eines Betreuers setzt voraus, dass in einem gerichtlich im Einzelnen festgelegten Verfahren festgestellt wird, dass der Volljährige auf Grund einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung seine Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht besorgen kann.
3. Der Betreuer hat die Angelegenheiten des Betreuten so zu besorgen, wie es dessen Wohl entspricht. Wenn der Betreute keine Entscheidung mehr treffen kann, ist maßgebend, wie er entscheiden würde, wenn er dies könnte. Wenn sich der Betroffene äußern kann, kann es erforderlich werden, gegen seinen Wunsch zu handeln. Dies ist nur zulässig, wenn sich der Betreute auf Grund eingeschränkter Eigenverantwortlichkeit selbst zu schädigen droht.
4. Entscheidungen eines Betreuers hinsichtlich einer Unterbringung bzw. bezüglich unterbringungsähnlicher Maßnahmen bedürfen der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.
5. Eine generelle Regelung zur Zwangsbehandlung fehlt im Betreuungsrecht. Der Bundesgerichtshof erachtet eine Zwangsbehandlung bei einem Betreuten, der untergebracht ist, für (grundsätzlich) zulässig. Hingegen hat er die gegen den Willen eines Betreuten in regelmäßigen Zeitabständen durchzuführende Dauermedikation und die zwangsweise Zuführung des Betreuten zu dieser - jeweils kurzfristigen - Behandlung als nicht genehmigungsfähig erachtet. Der Auffassung zur Behandlung im Rahmen einer Unterbringung ist im Ergebnis zuzustimmen. Dies gilt nicht für die „ambulante Zwangsbehandlung“. Maßnahmen des Betreuers gegen den Willen des Betreuten sind nach dem hier verfolgten Ansatz keine staatlichen Eingriffe. Die Zulässigkeit von Zwangsmaßnahmen, also auch die der ambulanten Zwangsbehandlung setzen vielmehr voraus, dass dem Betreuer in einem gerichtlichen Verfahren eine entsprechende Bestimmungsbefugnis übertragen worden ist. Sofern der Betreuer davon Gebrauch machen muss, benötigt er sowohl hinsichtlich der Behandlung im Rahmen einer Unterbringung als auch be-

züglich einer ambulanten Zwangsbehandlung eine entsprechende vormundschaftsgerichtliche Genehmigung.

6. Die Einwilligung eines Betreuers in eine Untersuchung des Gesundheitszustandes, eine Heilbehandlung oder einen ärztlichen Eingriff bedarf (nach derzeitiger Rechtslage) der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, wenn die begründete Gefahr besteht, dass der Betreute auf Grund der Maßnahme stirbt oder einen schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet.

7. Hat ein Betreuer über die Einwilligung in die Aufnahme bzw. Fortsetzung einer lebenserhaltenden Maßnahme zu entscheiden, hat er zunächst zu versuchen, den tatsächlichen Wunsch oder Willen des Betreuten zu ermitteln. Wenn dieser nicht ermittelt werden kann, ist auf den mutmaßlichen Willen abzustellen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bedarf es einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung in Konfliktfällen; nämlich dann, wenn die weitere Behandlung ärztlicherseits angeboten wird, der Betreuer nicht einwilligen bzw. eine erteilte Einwilligung in die weitere Behandlung widerrufen möchte und zwischen dem Arzt und dem Betreuer Uneinigkeit über den Willen des Patienten besteht. Die Regelung des § 1904 BGB kann nach Auffassung des Bundesgerichtshofs nicht (entsprechend) herangezogen werden. Bei einer möglichen zukünftigen gesetzlichen Regelung wird zu berücksichtigen sein, dass es einen erheblichen Widerspruch bedeutete, wenn eine gerichtliche Genehmigung in den Fällen, die derzeit vom Anwendungsbereich des § 1904 BGB umfasst sind, stets, und bei den zuletzt genannten Verfahren nur im Konfliktfall erforderlich wäre.

Nachdem die maßgeblichen betreuungsrechtlichen Regelungen im Bereich der gesundheitlichen Angelegenheiten dargestellt worden sind, ist die Vertretung durch einen Bevollmächtigten zu betrachten.

§ 4 Zur Vertretung durch einen Bevollmächtigten

Nach § 1896 Abs. 2 Satz 1 BGB ist eine Betreuung nicht erforderlich, soweit die Angelegenheiten des Volljährigen durch einen Bevollmächtigten, der nicht zu den in § 1897 Abs. 3 BGB bezeichneten Personen ⁵⁵¹ gehört, oder durch andere Hilfen, bei denen kein gesetzlicher Vertreter bestellt wird, ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können. Durch diese Regelung sollen unnötige Betreuungen vermieden werden. Sie soll dem Interesse der Betroffenen dienen und zugleich die Gerichte entlasten ⁵⁵².

Im Rahmen dieser Untersuchung wird das Augenmerk auf die Bevollmächtigung gelegt. Es gilt dabei zu klären, wann die eingangs eingegrenzten gesundheitlichen Angelegenheiten bei einer Erteilung einer Vollmacht „ebenso gut“ wie durch einen Betreuer besorgt werden können.

Nach der Begründung des Gesetzentwurfs ist die Notwendigkeit eines gesetzlichen Vertreters das entscheidende Abgrenzungskriterium. Wer nur einen „tatsächlichen“ Pfleger für Verrichtungen brauche, benötige keinen zivilrechtlichen Be-

⁵⁵¹ Gemeint sind Personen, die zu einer Anstalt, einem Heim oder einer sonstigen Einrichtung, in der ein Volljähriger untergebracht ist oder wohnt, in einem Abhängigkeitsverhältnis oder in einer anderen engen Beziehung stehen.

⁵⁵² BT-Drucks. 11/4528, 122.

treuer⁵⁵³. Dass die Betreuung die Tätigkeiten erfasst, die erforderlich sind, um die Angelegenheiten des Betreuten rechtlich zu besorgen, ergibt sich nach der Neufassung des § 1901 Abs. 1 BGB durch das 1. Betreuungsrechtsänderungsgesetz schon aus dieser Vorschrift. Die der Neuregelung zugrunde liegende Auffassung wurde aber bereits zuvor überwiegend vertreten⁵⁵⁴.

Wie das Abgrenzungskriterium allerdings konkret zu bestimmen ist, ergibt sich aus der Gesetzesbegründung nur im Ansatz. Die Schwierigkeit beschreibt das Brandenburgische Oberlandesgericht, wenn es ausführt, dass die Vorschrift des § 1896 Abs. 2 Satz 1 BGB „unglücklich formuliert sei“, „da sie den entscheidenden Richter zum Vergleich des durch die Vollmacht von dem Betroffenen selbst gestalteten privaten Vorsorgekonzepts mit einem öffentlichen Vorsorgekonzept professioneller Hilfe“ zwingt⁵⁵⁵. „Ein direkter Vergleich zweier schon im Ansatz derartig unterschiedlicher Ausgangssituationen“ sei „kaum möglich“⁵⁵⁶. Es handele sich um einen vom Gesetzgeber „angeordneten Qualitätsvergleich“⁵⁵⁷.

Soll bei diesem Vergleich die Frage beantwortet werden, ob die Angelegenheiten des Betroffenen ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können, muss auf die Erwägungen zu den Aufgaben der Betreuung zurückgegriffen werden. Nur wenn bei einer Vertretung durch einen Bevollmächtigten diese Aufgaben wahrgenommen werden können⁵⁵⁸, kann von einer Gleichwertigkeit rechtsgeschäftlicher und gesetzlicher Vertretung ausgegangen werden. Nach den früheren Ausführungen muss folglich gewährleistet sein, dass die Handlungsfähigkeit des Betroffenen im Rechtsverkehr (wieder-)hergestellt wird. Außerdem muss es möglich sein, dass der Betroffene geschützt wird, wenn er sich wegen fehlender oder geminderter Einsichts- und Steuerungsfähigkeit zu schädigen droht.

Um beurteilen zu können, wann die Aufgaben der Betreuung in den hier maßgeblichen Bereichen mittels Vollmachtserteilung geregelt werden können, ist es notwendig, zunächst auf Begriff und Zweck einer Vollmacht allgemein einzugehen.

⁵⁵³ BT-Drucks. 11/4528, 122.

⁵⁵⁴ BT-Drucks. 13/7158, 33. Deshalb ist es auch zutreffend, wenn in der Begründung ausgeführt wird, dass es sich um eine Klarstellung handle.

⁵⁵⁵ Brandenb. OLG OLGR 2005, 460 (461).

⁵⁵⁶ Brandenb. OLG OLGR 2005, 460 (461 m.w.N.).

⁵⁵⁷ Brandenb. OLG OLGR, 460 (465); vgl. auch Brandenburg. OLG OLGR 2005, 587 ff., Bienwald, in: Staudinger, § 1896 BGB Rn. 126.

⁵⁵⁸ Lipp, Freiheit und Fürsorge, 195; vgl. auch Walter, Vorsorgevollmacht, 16, 21.

I. Begriff und Zweck der Erteilung einer Vollmacht

1. Vollmacht und Grundverhältnis allgemein

Nach der Legaldefinition in § 166 Abs. 2 BGB handelt es sich bei einer Vollmacht um eine durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht. Gibt ein Vertreter eine Willenserklärung innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen ab, wirkt die Erklärung unmittelbar für und gegen den Vertretenen, § 164 Abs. 1 Satz 1 BGB. Durch die Erteilung einer Vollmacht wird die Handlungsfähigkeit des Vollmachtgebers erweitert. Der Vollmachtgeber behält die Möglichkeit der Teilnahme am Rechtsverkehr. Der Bevollmächtigte kann auch rechtsverbindlich für den Vollmachtgeber handeln.

Die Vollmacht ist „die Macht, für einen anderen rechtsgeschäftliche Regelungen zu treffen“⁵⁵⁹. Ihr liegt regelmäßig ein Rechtsverhältnis zwischen dem Vollmachtgeber und dem Bevollmächtigten zugrunde⁵⁶⁰. Dieses ist bestimmend dafür, „ob und in welcher Weise der Bevollmächtigte die Vollmacht ausüben darf und soll“⁵⁶¹.

Welches Grundverhältnis maßgebend ist, ist in jedem Einzelfall anhand der konkreten Ausgestaltung zu prüfen⁵⁶². Allgemein wird man sagen können, dass bloße Gefälligkeitsverhältnisse nicht vorliegen dürften. Gefälligkeitsverhältnisse im gesellschaftlichen Bereich sind dadurch gekennzeichnet, dass der Rechtsbindungswillen der Beteiligten fehlt⁵⁶³. Anhalt für das Vorliegen eines solchen Rechtsbin-

⁵⁵⁹ Flume, Allgemeiner Teil, II, § 50, 1.

⁵⁶⁰ Vgl. RGZ 69, 232 (234); OLG Hamm NJW 1992, 1174 (1175); Ahrens, BtPrax 2005, 163; zur isolierten Vollmacht ohne Grundgeschäft: BGHZ 110, 363 (367); OLG Zweibrücken OLGZ 85,45 (46); Larenz/Wolf, AT, § 46 Rn. 142.

⁵⁶¹ Flume, Allgemeiner Teil II, § 50, 1.; vgl. zur Rechtsentwicklung der gewillkürten Stellvertretung: Claus, 367: „Die gewillkürte Stellvertretung, die auf einer bloßen tatsächlichen Verhinderung beruhte, wurde vom römischen Recht im Gegensatz zur rechtsnotwendigen Stellvertretung (- beruhend auf einer rechtlichen Verhinderung -) grundsätzlich nicht anerkannt. Der gewillkürte Stellvertreter (procurator) konnte nicht für seine Auftraggeber, sondern musste für sich selbst das Rechtsgeschäft abschließen.“ Zur weiteren Rechtsentwicklung s. Müller-Freienfels, Stellvertretungsregelungen in Einheit, 8 f.; 12: Die Stellvertretung wurde juristisch in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts entdeckt. In den Kodifikationen des Preußischen ALR, im Code Civil und dem AGBG war die rechtliche Möglichkeit des Handelns in Vertretung beim Rechtsgeschäft zwar anerkannt. Die Stellvertretung wurde aber vermischt mit dem Bevollmächtigtungsvertrag. Die Unterscheidung zur einseitig nach außen gerichteten Bevollmächtigung wurde erst im Bürgerlichen Gesetzbuch verfolgt.

⁵⁶² Vgl. BayOblLGR 1994, 63.

⁵⁶³ Vgl. BGHZ 21, 102 (106).

dungswillens sind die in Rede stehenden Interessen ⁵⁶⁴. Angesichts der hier zu prüfenden Angelegenheiten dürften diese als gewichtig zu werten sein ⁵⁶⁵.

Regelmäßig wird ein Auftrag in Betracht kommen, auf den die §§ 662 ff. BGB Anwendung finden ⁵⁶⁶. Denkbar ist allerdings auch eine Geschäftsbesorgung gemäß § 675 ff. BGB ⁵⁶⁷. Die Anwendung der §§ 675 ff. BGB setzt eine Geschäftsbesorgung voraus, welche im Rahmen eines Dienst- oder Werkvertrages erbracht wird (§ 675 Abs. 1 BGB). Im Gegensatz zum Auftrag handelt es sich um eine entgeltliche Tätigkeit.

Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass nach Art. 1 § 1 Abs. 1 Satz 1 RBerG die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten, die geschäftsmäßig – ohne Unterschied zwischen haupt- und nebenberuflicher und unentgeltlicher oder entgeltlicher Tätigkeit – betrieben wird, einer Erlaubnis bedarf ⁵⁶⁸. Bestimmte Berufsträger (z.B. Rechtsanwälte oder Notare) dürfen ohne eine besondere Erlaubnis „rechtsbesorgend“ tätig werden (Art. 1 § 3 Nr. 2 RBerG). Bevollmächtigte fallen grundsätzlich nicht unter die Erlaubnisfreiheit ⁵⁶⁹. Sie werden nicht von einer Behörde, sondern vom Vollmachtgeber eingesetzt ⁵⁷⁰. Sofern Familienangehörige oder andere nahe stehende Personen bevollmächtigt werden, fällt deren Tätigkeit wegen der mangelnden Fremdheit der Geschäftsbesorgung bzw. der fehlenden Geschäftsmäßigkeit in der Regel nicht unter den Genehmigungsvorbehalt nach dem Rechtsberatungsgesetz ⁵⁷¹.

2. Vorsorgevollmacht

Von einer Vorsorgevollmacht spricht man, wenn der Vollmachtgeber eine Vertretungsmacht einem anderen gerade für den Fall erteilt, dass „seine Eigenverantwortlichkeit schwindet“ ⁵⁷². Es handelt sich um eine Vollmacht „die zielgerichtet einer bestimmten Vertrauensperson erteilt wird, um für die Zeit künftiger eigener Hilflosigkeit so vorzusorgen, dass die spätere Anordnung einer Betreuung nur in

⁵⁶⁴ Vgl. OLG Hamm NJW-RR 1997, 1007 f.; FamRZ 2003, 97 (99); Larenz, Schuldrecht II/1, § 56 I.

⁵⁶⁵ Vgl. aber Bühler, FamRZ 2001, 1585 ff. (1592); Walter, Vorsorgevollmacht, 111 f.; a. A. Renner, in: Müller / Renner, 127.

⁵⁶⁶ S. eingehend Walter, Vorsorgevollmacht, 112 f.; Bühler, FamRZ 2001, 1585 ff. (1593); Locher, FamRB 2004, 58 ff. (60).

⁵⁶⁷ Locher, FamRB 2004, 58 ff. (60).

⁵⁶⁸ Zur Nichtigkeit eines Geschäftsbesorgungsvertrages bei Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz s. BGH NJW 2001, 70 ff.

⁵⁶⁹ Vgl. OLG Schleswig FamRZ 2006, 645.

⁵⁷⁰ Vgl. dazu Zimmermann, BtPrax 2001, 192.

⁵⁷¹ Bauer/Klie, Patientenverfügungen, E. III. 5. Anm. 8 m.w.N. auch zur divergierenden Rechtsprechung, vgl. Lipp, in: Festschrift für Bienwald, 177 ff. (178).

⁵⁷² Lipp, Freiheit und Fürsorge, 194; vgl. auch BT-Drucks. 11/4528, 122 zur „Altersvorsorge-Vollmacht“, Müller-Freienfels, in: Festschrift für Coing, 395 ff. (399).

geringem Umfang notwendig ist oder sich erübrigt⁵⁷³. Jede Vollmacht kann zu einer Vorsorgevollmacht werden, nämlich dann, wenn der Fürsorgefall von ihr umfasst ist⁵⁷⁴. Zu einer Erweiterung der Handlungsmöglichkeiten im Vorsorgefall führt diese Vollmacht nicht.

Wie bei einer „allgemeinen“ Vollmacht ist auch bei der so bezeichneten Vorsorgevollmacht das Grund- oder Vorsorgeverhältnis⁵⁷⁵ für die Handlungsspielräume des Bevollmächtigten maßgebend. Die vorstehenden Ausführungen zum Grundverhältnis gelten folglich auch hier.

Um beurteilen zu können, welche Handlungsmöglichkeiten bei einer rechtsgeschäftlichen Vertretung bestehen, ist nunmehr zu untersuchen, welche allgemeinen Voraussetzungen vorliegen müssen, damit ein Bevollmächtigter rechtlich bindend für den Vollmachtgeber tätig werden kann.

II. Allgemeine Voraussetzungen für eine rechtsgeschäftliche Vertretung

1. Wirksamkeitsvoraussetzungen

Die Vollmacht muss wirksam erteilt worden sein und noch fortbestehen⁵⁷⁶.

Eine Vollmacht kann ausdrücklich oder konkludent⁵⁷⁷ erteilt werden. In der Untersuchung wird geprüft, wann bei einer ausdrücklich erteilten Vollmacht die Betreuung entbehrlich ist. Dies rechtfertigt sich zum einen daraus, dass nach allgemeinen Grundsätzen auf eine konkludent erteilte Vollmacht nur abgestellt werden kann, wenn keine ausdrückliche Vollmacht vorliegt. Zudem ist zu berücksichtigen, dass im Bereich der gesundheitlichen Angelegenheiten bei einer schlüssig erteilten Vollmacht eine strenge Einzelfallprüfung insbesondere hinsichtlich ihres Umfangs erforderlich ist. Es steht daher nicht zu erwarten, dass eine nähere Betrachtung der konkludenten Vollmacht grundsätzliche Erkenntnisse zur Frage, wann eine Betreuung entbehrlich ist, erbringen könnte.

⁵⁷³ Walter, Vorsorgevollmacht, 2.

⁵⁷⁴ BT-Drucks. 11/4528, 122; Lipp, Freiheit und Fürsorge, 194 Fn. 6 m.w.N.

⁵⁷⁵ Vgl. Langenfeld, Vorsorgevollmacht, 147.

⁵⁷⁶ BayObLGZ 1993, 236 (LS).

⁵⁷⁷ Vgl. Heinrichs, in: Palandt, § 167 BGB Rn. 1; s. im Übrigen Fn. 593.

Eine Vollmacht ist nur wirksam, wenn der Vollmachtgeber bei ihrer Erteilung⁵⁷⁸ geschäftsfähig ist⁵⁷⁹. Bereits gewichtige Zweifel an der Geschäftsfähigkeit können die Bestellung eines Betreuers erforderlich machen⁵⁸⁰. Es kann in einem Fall, in dem derartige Bedenken bestehen und damit ein Betreuungsverfahren einzuleiten ist⁵⁸¹, jedenfalls geboten sein, ein Sachverständigengutachten zur Frage, ob der Vollmachtgeber geschäftsunfähig war bzw. ist, einzuholen⁵⁸².

Die Vollmacht muss hinreichend bestimmt sein⁵⁸³. Es muss folglich ersichtlich sein, für welche Maßnahme sie gelten soll⁵⁸⁴.

Die Wirksamkeit einer Betreuerbestellung richtet sich nach verfahrensrechtlichen Regelungen. Wann die Vollmacht hingegen wirksam werden soll, entscheidet allein der Vollmachtgeber. Er kann sowohl eine unbedingte als auch eine aufschiebend bedingte Vollmacht⁵⁸⁵ erteilen. Bei der aufschiebend bedingt erteilten Vollmacht ist der Vorsorgefall ein Ereignis, welches in der Zukunft liegt⁵⁸⁶. Der Vollmachtgeber kann beispielsweise bestimmen, dass die Vollmacht ab dem Zeitpunkt gelten soll, ab dem er nicht mehr geschäftsfähig ist oder erhebliche Zweifel an seiner Geschäftsfähigkeit bestehen⁵⁸⁷.

Welche Modalität der Einzelne wählt, ist von dessen Interessenlage abhängig⁵⁸⁸. Bei einer Anknüpfung an eine aufschiebende Bedingung im Rechtsverkehr können nicht unerhebliche Schwierigkeiten auftreten, wenn festgestellt werden soll, ob der Vorsorgefall eingetreten ist⁵⁸⁹. Als vorzugswürdig erweist es sich, wenn

⁵⁷⁸ S. dazu § 130 Satz 2 BGB.

⁵⁷⁹ Vgl. OLG Zweibrücken FamRZ 2006, 1710; OLG Schleswig FamRZ 2006 (LS); Bienwald, in: Staudinger, § 1896 BGB Rn. 116. Zutreffend weist Schwab, in: MünchKomm, § 1896 BGB Rn. 50, darauf hin, dass es maßgeblich darum gehe, ob der Vollmachtgeber den Sinn und die Tragweite der Vollmacht erkennen könne, ungeachtet der Frage, ob man dies Geschäfts- oder Einwilligungsfähigkeit nenne.

⁵⁸⁰ Vgl. Schwab, in: MünchKomm, § 1896 BGB Rn. 50 unter Hinweis auf BayObLG FamRZ 1994, 720 (721); BayObLG 2004, 435 f.

⁵⁸¹ BayObLG OLGR München 2004, 35 (36).

⁵⁸² BayObLGR 1994, 63; FamRZ 1996, 1370 (1371); Zimmermann, in: Soergel, § 1896 BGB Rn. 81; s. zur Problematik auch Walter, Vorsorgevollmacht, 49; bei affektiven Störungen: Wurzel, BtPrax 2005, 87 ff.

⁵⁸³ OLG Zweibrücken BtPrax 2002, 171 (172).

⁵⁸⁴ Für eingehende Regelungen: LG Hamburg DNotZ 2000, 222 (221) m. Anm. Langenfeld; einschränkend Diederichsen, in: Palandt, Einf. v. § 1896 BGB Rn. 11; zur Auslegung: OLG Frankfurt Rpfleger 2004, 421 (422).

⁵⁸⁵ § 158 Abs. 1 BGB.

⁵⁸⁶ Walter, Vorsorgevollmacht, 68; Klie/Bauer, FPR 2004, 671 ff.

⁵⁸⁷ Vgl. Bienwald, in: Staudinger, § 1896 BGB Rn. 116.

⁵⁸⁸ Walter, Vorsorgevollmacht, 87; Bühler, FamRZ 2001, 1585 ff. (1593); s. zur Wirksamkeit mehrerer Vollmachten: BayObLG OLGR München 2004, 35 f..

⁵⁸⁹ Vgl. dazu Milzer, NJW 2003, 1836 ff., Pawlowski, in: Festschrift für Bienwald, 215 ff. (222).

eine unbedingte Vollmacht erteilt wird, von der jederzeit Gebrauch gemacht werden kann, nach dem Grundverhältnis aber nicht darf⁵⁹⁰.

Um eine Betreuung entbehrlich zu machen, muss die Wirksamkeit der Vollmacht den vom Vollmachtgeber bestimmten Fürsorgefall überdauern⁵⁹¹. Jedenfalls dann, wenn sich dies aus dem Grundverhältnis ergibt, ist die Vollmacht „in ihrem Bestand von einer später eintretenden Beschränkung“ der „Fähigkeit zu eigenverantwortlichen Entscheidungen unabhängig“⁵⁹². Wenn die Vorsorge gerade für den Fall getroffen wird, dass der Vollmachtgeber nur noch eingeschränkt oder gar nicht mehr eigenverantwortlich handeln kann, kann dies regelmäßig angenommen werden⁵⁹³.

Nach § 167 Abs. 2 BGB ist die Bevollmächtigung grundsätzlich formfrei⁵⁹⁴.

2. Widerruflichkeit der Vollmacht

Die Vorsorgevollmacht ist stets widerruflich. Die Erteilung einer unwiderruflichen Vollmacht käme einer „verdrängenden Vollmacht“ gleich. Deren Zulässigkeit wird im rechtsgeschäftlichen Bereich nach zutreffender Rechtsansicht abgelehnt⁵⁹⁵. Dies wird damit gerechtfertigt, dass sich „niemand wirksam des Rechts begeben könne, seine Angelegenheiten selbst zu erledigen“⁵⁹⁶.

⁵⁹⁰ Vgl. Müller, DNotZ 1997, 100 (110, 112); Walter, Vorsorgevollmacht, 87; Pawlowski, in Festschrift für Bienwald, 215 ff. (222).

⁵⁹¹ Vgl. dazu RGZ 88, 345 (350); 106, 185 (187); BT-Drucks. 11/4528, 122; vgl. dazu Cypionka NJW 1992, 207 (208); Knittel, Betreuungsgesetz, § 1896 BGB Rn. 19. Zur Bindungswirkung einer Vorsorgevollmacht bei einem Widerruf im Zeitpunkt der Geschäftsunfähigkeit: BayObLG FamRZ 2002, 1220 (1221).

⁵⁹² Lipp, Freiheit und Fürsorge, 194; s. § 168 Satz 1 BGB; vgl. BayObLG FamRZ 2002, 1220 (1221).

⁵⁹³ Vgl. Langenfeld, Vorsorgevollmacht, 15; Walter, Vorsorgevollmacht, 127. Sofern das Grundverhältnis ein Auftrag ist, ist auf § 672 Satz 1 BGB zu verweisen, vgl. Müller DNotZ 1997, 100 (105). S. zum Erlöschen einer Altersvorsorgevollmacht bei Tod des Vollmachtgebers: OLG Hamm FamRZ 2003, 324, 325.

⁵⁹⁴ Zu den Ausnahmen: §§ 1904 Abs. 2, 1906 Abs. 2 BGB; zur Hinterlegung: §§ 78 – 78 c BNotO; BT-Drucks. 15/2253, 18 ff.; Vorsorgevollmachten können seit dem 1. März 2005 in einem zentralen Register, das bei der Bundesnotarkammer geführt wird, registriert werden (§ 1 Vorsorgeregister-VO v. 21. Februar 2005 – BGBl. I 318).

⁵⁹⁵ Vgl. insoweit: § 137 BGB; BGHZ 3, 354 (358); 20, 363 (364 f.); Flume, Allgemeiner Teil II, § 53, Rdnr. 6; Medicus, AT, Rn. 936; Pawlowski, AT, Rn. 765; Schwab, Festschrift für Gernhuber, 816/817.

⁵⁹⁶ Müller-Freienfels, Vertretung, 127; Lipp, Freiheit und Fürsorge, 202 m.w.N.; zur fehlenden Befugnis eines Betreuers zum Widerruf einer Vorsorgevollmacht: OLG Köln OLG R 2001, 91 (92); vgl. zur widerruflichen Generalvollmacht: Binschus, DAVorm 1998, 275 ff.

3. Person des Bevollmächtigten

Der Vollmachtnehmer muss - zumindest beschränkt - geschäftsfähig sein ⁵⁹⁷. Es bestehen ansonsten grundsätzlich keine Einschränkungen hinsichtlich der Person des Bevollmächtigten ⁵⁹⁸.

Nach § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB ist aber die Betreuung nicht erforderlich, soweit die Angelegenheiten des Volljährigen, durch einen Bevollmächtigten, der nicht zu den in § 1897 Abs. 3 BGB bezeichneten Personen gehört, ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können. Nach § 1897 Abs. 3 BGB darf derjenige, der zu einer Anstalt, einem Heim oder einer sonstigen Einrichtung, in der der Volljährige untergebracht ist oder wohnt, in einem Abhängigkeitsverhältnis steht, nicht zum Betreuer bestellt werden.

Die Regelung will typischen Interessenkollisionen vorbeugen ⁵⁹⁹. Sie soll den Gerichten „die Gelegenheit bieten, die Erforderlichkeit der Betreuerbestellung anhand der besonderen Umstände des Einzelfalls individuell und unabhängig von gesetzlichen Regelvorgaben zu prüfen“ ⁶⁰⁰. Folglich kann bei Bestehen entsprechender Vollmachten von einer Betreuerbestellung abgesehen werden, wenn die Gefahr einer Interessenkollision verneint wird und der Bevollmächtigte die Angelegenheiten ebenso gut wie ein Betreuer besorgen kann ⁶⁰¹.

III. Zur Zulässigkeit einer Vertretung in Gesundheitsangelegenheiten auf Grund einer Vollmacht

Soll in Gesundheitsangelegenheiten eine Betreuung entbehrlich sein, wenn eine Vollmacht erteilt worden ist, setzt dies neben den allgemeinen Wirksamkeitserfordernissen voraus, dass eine gewillkürte Stellvertretung in diesem Bereich überhaupt zulässig ist.

⁵⁹⁷ Arg. e contrario e § 165 BGB; s. bei konkreten Verdachtsmomenten auf eine psychische Erkrankung einer Vorsorgebevollmächtigten: BayObLGR 2005, 382 f.

⁵⁹⁸ S. aber zum Erfordernis einer Betreuerbestellung, wenn es der Bevollmächtigte ablehnt, tätig zu werden: BayObLG FamRZ 2004, 1403; vgl. auch Kemper, in: Handkommentar BGB, § 1896 BGB Rn. 19.

⁵⁹⁹ BT-Drucks. 13/7158, 33.

⁶⁰⁰ BT-Drucks. 13/7158, 33.

⁶⁰¹ Schwab, in: MünchKomm, § 1896 BGB Rn. 49 ff., 54; s.a. BVerfG BtPrax 2006, 228 f.

Ob dies der Fall ist, wurde bis zum Inkrafttreten des 1. Betreuungsrechtsänderungsgesetzes kontrovers diskutiert ⁶⁰².

1. Meinungsstand vor dem Inkrafttreten des 1. Betreuungsrechtsänderungsgesetzes

Einige Autoren vertraten die Ansicht, dass eine (Vorsorge-)Vollmacht nur vermögensrechtliche Angelegenheiten erfassen könne ⁶⁰³. Zur Begründung wurde u.a. ausgeführt, dass eine Fremdbestimmung, die auf einer Vollmacht beruhe, nicht anzuerkennen sei. Die Vertretung müsse auf eine solche beschränkt werden, die unter der Aufsicht des Vormundschaftsgerichts stehe. Die Bindung des Bevollmächtigten an Wünsche des Betroffenen im Sinne des § 1901 BGB werde im Zusammenhang mit einer Vorsorgevollmacht nicht erzeugt.

Die Befürworter einer Vollmachtserteilung im personalen Bereich stützten sich hingegen auf die das Selbstbestimmungsrecht betonende Konzeption des Betreuungsrechts ⁶⁰⁴. Die Vorschrift des § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB sei als familienrechtliche Spezialregelung anzusehen, die den Grundsatz des Ausschlusses der Stellvertretung bei höchstpersönlichen Angelegenheiten durchbreche ⁶⁰⁵.

Bei der Einwilligung in eine Heilbehandlung reichte das Meinungsbild von einer Ablehnung der Zulässigkeit einer Vollmachtserteilung ⁶⁰⁶ über die Annahme der Zulässigkeit, wenn eine Überwachungsbetreuung beschlossen werde ⁶⁰⁷, bis zu der Ansicht, dass die Vollmacht ohne die vorgenannte Anordnung zulässig sei ⁶⁰⁸.

⁶⁰² Die Diskussion geht insbesondere auf eine Regelung zurück, die in den Vereinigten Staaten von Amerika in Kalifornien am 1. Januar 1984 in Kraft trat. Danach konnte einem Vertreter für den Fall der Bewusstlosigkeit oder sonstiger Willensunfähigkeit eines Kranken eine Vollmacht erteilt werden, in Gesundheitsangelegenheiten Entscheidungen für den Patienten zu treffen („durable power of attorney for health care“). Der Bevollmächtigte erhielt für die Dauer von sieben Jahren dieses Recht. Umfasst waren Zustimmungen zu medizinischen Eingriffen nach entsprechender Aufklärung einerseits, aber auch die Möglichkeit einer Anordnung, wonach bestimmte Maßnahmen nicht durchzuführen seien. Soweit Äußerungen des Betroffenen vorlagen, war der Bevollmächtigte verpflichtet, im wohlverstandenen Interesse des Betroffenen zu handeln (s. Deutsch, NJW 1985, 2181 ff.; Uhlenbruck, Festschrift für Deutsch, 849 ff.).

⁶⁰³ Vgl. Kothe, AcP 1985, 105 ff. (142); vgl. Lenckner, in: Schönke/Schröder, vor §§ 32 StGB Rn. 43; s. die weiteren Nachweise bei Walter, Vorsorgevollmacht, 208; s. zur Ablehnung des Rechtsinstituts des Patientenanwalts: Verhandlungen des 56. Deutscher Juristentages, Sitzungsbericht M 27, 52, 110.

⁶⁰⁴ Langenfeld, Vorsorgevollmacht, 102 ff., 105.

⁶⁰⁵ Vgl. Röver, 179; Uhlenbruck, Festschrift für Deutsch, 849 ff. (853).

⁶⁰⁶ OLG Düsseldorf BtPrax 1997, 162; Schwab, FamRZ 1992, 493 ff. (496).

⁶⁰⁷ Walter, Vorsorgevollmacht, 229.

⁶⁰⁸ Uhlenbruck, MedR 1992, 134 ff. (138); Kern, MedR 1993, 245 ff. (249); Meier, BtPrax 1994, 190 ff.; vgl. Veit, FamRZ 1996, 1309 ff. (1312); OLG Stuttgart BtPrax 1994, 99 (100 m. abl. Anm. Kirchhoff).

Hinsichtlich der Aufenthaltsbestimmung ergab sich ein ähnlich differierendes Bild⁶⁰⁹. Bei unterbringungsähnlichen Maßnahmen wurde durch das Oberlandesgericht Stuttgart eine Vollmacht, die ausdrücklich die Übertragung der Befugnisse auf den Bevollmächtigten enthielt, für zulässig erachtet⁶¹⁰. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass das Gesetz die Ersetzung staatlicher Betreuung durch eine private Vollmacht als wichtigstes Element des Selbstbestimmungsrechts kenne, ohne dass sich aus den Materialien hinreichend deutlich eine Beschränkung auf das Gebiet außerhalb des Bereichs der persönlichen Freiheit ergebe. Zu einer solchen Beschränkung gäben weder dogmatische Gründe noch der Vergleich mit rechtsähnlichen Wertungen Anlass. Es gehe nicht um eine unzulässige Fremdbestimmung im höchstpersönlichen Bereich, sondern um die Frage, ob der Betroffene noch selbst eine Person seines Vertrauens einsetzen könne. Die Rechtsmacht des Bevollmächtigten sei daher nicht aus staatlicher Fürsorge abgeleitet, die staatlicher Kontrolle bedürfe, sondern aus der privaten Autonomie des Vollmachtgebers, die den Vorzug verdiene.

2. Regelungen durch das 1. Betreuungsrechtsänderungsgesetz

Durch das 1. Betreuungsrechtsänderungsgesetz wurde § 1906 BGB geändert. Nach Absatz 5 setzen die Unterbringung durch einen Bevollmächtigten und dessen Einwilligung in unterbringungsähnliche Maßnahmen (§ 1906 Abs. 4 BGB) voraus, dass

- die Vollmacht schriftlich erteilt ist und
- die in den Absätzen 1 und 4 genannten Maßnahmen ausdrücklich umfasst.

Der Bevollmächtigte bedarf unter den gleichen Voraussetzungen wie der Betreuer der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung hinsichtlich der Unterbringung bzw. der unterbringungsähnlichen Maßnahmen.

Außerdem wurde § 1904 BGB um einen Absatz erweitert. Nach Abs. 2 der Regelung gilt hinsichtlich der Einwilligung eines Bevollmächtigten in ärztliche Maßnahmen im Sinne des § 1904 Abs. 1 BGB die Pflicht zur Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht.

⁶⁰⁹ Zulässigkeit einer Vollmacht verneinend: Langenfeld, Vorsorgevollmacht, 85; Walter, Vorsorgevollmacht, 260; Stolz, BW NotZ 1998, 75 ff. (77); die Erteilung einer Generalvollmacht hingegen für unbedenklich erachtend: LG Wiesbaden FamRZ 1994, 778; a.A. OLG Düsseldorf BtPrax 1997, 162; LG Frankfurt/M. FamRZ 1994, 125.

⁶¹⁰ FamRZ 1994, 1417 ff.; der Entscheidung des OLG Stuttgart in einer Anm. im Grundsatz zustimmend: Bühler, BW NotZ 1994, 68 – 69; Cypionka, DNotZ 1995, 690 – 692.

Die Einwilligung ist nur wirksam, wenn

- die Vollmacht schriftlich erteilt ist,
- die in Absatz 1 Satz 1 der Regelung genannten Maßnahmen ausdrücklich umfasst sind⁶¹¹ und
- die begründete Gefahr besteht, dass der Vollmachtgeber auf Grund der Maßnahme stirbt oder einen schweren und länger dauernden Schaden erleidet.

Angesichts dieser Regelungen scheint die Frage, ob Vollmachten im personalen Bereich zulässig sind und eine Betreuung entbehrlich machen können, im bejahenden Sinn beantwortet zu sein⁶¹². Um prüfen zu können, ob dies tatsächlich der Fall ist, ist zunächst auf die Begründung der Neuregelungen einzugehen.

3. Begründung der Regelungen

In der Begründung zum Gesetzentwurf ist ausgeführt worden, dass mit der Regelung „die praktische Bedeutung der Vorsorgevollmacht und damit zugleich die Fähigkeit des Betroffenen, in voller geistiger Klarheit über sein künftiges Wohl und Wehe zu entscheiden, gestärkt“ werden⁶¹³. Ziel der Normierungen ist folglich die Förderung der Privatautonomie.

Der Gesetzgeber scheint die Zulässigkeit von Vollmachten im personalen Bereich zu unterstellen. Es lässt sich allerdings aus der Begründung nicht entnehmen, auf Grund welcher Erwägungen dies gerechtfertigt sein kann. Die Frage ist im Gesetzgebungsverfahren so auch nicht thematisiert worden⁶¹⁴. Zudem ergibt sich nicht, ob jedwede Befugnis im personalen Bereich – z.B. die Bestimmungsbefugnis oder die Ausübung von Zwang – auf einen Bevollmächtigten übertragen werden kann. Diesen Fragen ist nunmehr nachzugehen.

⁶¹¹ S. zur Problematik von Generalvollmachten allgemein BayObLGR 2002, 167 (168) und zu solchen, die vor dem 1. Betreuungsrechtsänderungsgesetz errichtet wurden: Heitmann, in: Anwalt-kommentar BGB, § 1896 BGB Rn. 64; vgl. auch OLG Zweibrücken BtPrax 2002, 171 (172); ab- lehrend zur Entscheidung des OLG Zweibrücken: Eckelskemper DNotZ 2004, 507 – 508; LG Düsseldorf MDR 2000, 646; s. zum Erfordernis der Klarstellung, wenn der Vollmachtnehmer auch das Recht haben soll, über noch nicht zugelassene Medikamente oder Behandlungsmetho- den zu entscheiden: Meier, Handbuch, Rn. 245; s. dazu auch: LG Hamburg BtPrax 1999, 243, 244.

⁶¹² Vgl. Bienwald, in: Staudinger, § 1896 BGB Rn. 127; Uhlenbruck, Festschrift für Deutsch, 849 ff. (852 m.w.N. Fn. 12); ders. NJW 1996, 1583 – 1585.

⁶¹³ BR-Drucks. 960/96, 34.

⁶¹⁴ Uhlenbruck, Festschrift für Deutsch, 849 ff. (853).

4. Zulässigkeit einer Bevollmächtigung zur Einwilligung in eine Untersuchung des Gesundheitszustandes, eine Heilbehandlung bzw. in einen ärztlichen Eingriff

Es soll zunächst erörtert werden, ob Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit der Erteilung einer Vollmacht in gesundheitlichen Angelegenheiten bestehen.

a. Vertretung bei der Entscheidung hinsichtlich der Einwilligung in die ärztliche Maßnahme

Wie bereits dargelegt worden ist ⁶¹⁵, bedarf gerechtfertigtes ärztliches Handeln der Einwilligung des Patienten nach hinreichender Aufklärung über die Maßnahme, die durchgeführt werden soll. Die Einwilligung hinsichtlich eines Eingriffs in ein personenbezogenes Recht ist jedenfalls nicht als absolut höchstpersönlich anzusehen. Dies zeigt schon die Möglichkeit der gesetzlichen Vertretung. Damit ist eine Vertretung nicht generell ausgeschlossen ⁶¹⁶.

Es fragt sich, ob sich Besonderheiten ergeben, wenn die Vertretung mittels rechtsgeschäftlich erteilter Vollmacht ausgeübt werden soll. Zur Beantwortung ist es erforderlich, den Zweck der Vollmachtserteilung zu bedenken. Die Vollmacht wird erteilt, damit der Bevollmächtigte für den Vollmachtgeber die Entscheidung trifft, ob in eine ärztliche Maßnahme eingewilligt wird oder nicht.

Soweit der Vollmachtgeber selbst noch entscheidungsfähig ist, kann er die Entscheidung treffen. Eine Vollmachtserteilung steht dem nicht entgegen, weil sie in diesem Fall lediglich zu einer Erweiterung der Handlungsmöglichkeiten des Betroffenen führt. Neben ihm soll auch der Vertreter rechtlich bindende Erklärungen abgeben können.

Ist der Vollmachtgeber hingegen nicht mehr in der Lage, eine entsprechende Entscheidung zu treffen, muss seine Handlungsfähigkeit (wieder)hergestellt werden ⁶¹⁷. Dürfte ein rechtsgeschäftlicher Vertreter nicht entscheiden, könnte die Maßnahme mit Ausnahme von Notfällen, in denen aber nur auf die mutmaßliche Einwilligung zurückgegriffen werden kann, nicht durchgeführt bzw. es müsste ein Betreuer bestellt werden. Würdigt man den Zweck der Erteilung der Vollmacht, ergibt sich kein Anhalt dafür, dass sie im Bereich gesundheitlicher Maßnahmen unzulässig sein könnte ⁶¹⁸.

⁶¹⁵ § 2 II. 2.

⁶¹⁶ Lipp, Freiheit und Fürsorge, 196; Eisenbart, MedR 1997, 305 ff. (307); Perau, MittRhNotK 1996, 285 ff. (293, 294 f.); Röver, S. 175 ff., 179; aber: S. 57: die Zulässigkeit aus dem Arztvertrag ableitend.

⁶¹⁷ S. aber AG Frankfurt /M. FamRZ 2003, 476: keine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung beabsichtigter Operationsentscheidung des Bevollmächtigten bei Entscheidungsfähigkeit des Vollmachtgebers.

⁶¹⁸ Vgl. dazu KG FamRZ 2006, 1481 (LS).

Zu bedenken ist aber, dass eine Einwilligung in eine ärztliche Maßnahme bis zu deren Vornahme frei und jederzeit widerruflich ist. Dadurch unterscheidet sie sich von einem rechtsgeschäftlichen Antrag⁶¹⁹. Derjenige, der dem anderen die Schließung eines Vertrages anträgt, ist an den Antrag gebunden, es sei denn, er hat die Gebundenheit ausgeschlossen⁶²⁰. Es fragt sich, ob es einen Einfluss auf die Zulässigkeit von Vollmachtserteilungen im hier maßgeblichen Bereich hat, wenn der Betroffene nicht mehr entscheiden kann, und ihm damit auch ein etwaiger Widerruf einer Einwilligung nicht mehr möglich ist. Das ist zu verneinen, denn die Bevollmächtigung hat keine Bedeutung für die Möglichkeit eines Widerrufs⁶²¹, so dass sich auch daraus keine Anhaltspunkte für eine Unzulässigkeit einer Bevollmächtigung in Gesundheitsangelegenheiten ergeben.

Ist davon auszugehen, dass eine Einwilligung frei widerruflich ist, stellt sich die Frage, ob die Widerruflichkeit einer Einwilligung mittels Vereinbarung ausgeschlossen werden kann. Die Beantwortung hängt davon ab, welche Funktion der rechtfertigenden Einwilligung zukommt⁶²². Die Einwilligung bei Eingriffen in die geistig-seelische Integrität ist Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts eines Betroffenen. Könnte ihre Widerruflichkeit ausgeschlossen werden, würde ein „Patient in eine Opferrolle gedrängt“⁶²³ - und zwar unter Aufgabe seines Selbstbestimmungsrechts. Eine ähnliche Problematik stellt sich auch, wenn man erwägt, ob die Widerruflichkeit der Vollmacht ausgeschlossen werden kann. Der Einzelne würde auch hier auf seine rechtlichen Handlungsmöglichkeiten verzichten. Auch ein solcher Verzicht – im Sinne einer verdrängenden Vollmacht oder unwiderruflichen Generaleinwilligung – führte dazu, dass der Einzelne sein Selbstbestimmungsrecht aufgab⁶²⁴.

Die zuletzt angesprochenen Aspekte sind allerdings nicht Folgen einer Bevollmächtigung. Sie betreffen nämlich nicht die Vertretungsmöglichkeit, sondern die Einräumung einer anderen Rechtsmacht, die als Letztentscheidungs- oder Bestimmungsbefugnis bezeichnet werden kann. Es lässt sich damit zunächst festhalten, dass keine Bedenken gegen die Zulässigkeit von Bevollmächtigungen hinsichtlich der in dieser Arbeit erörterten Gesundheitsangelegenheiten bestehen.

Zu prüfen bleibt damit, ob es zulässig ist, eine Letztentscheidungs- oder Bestimmungsbefugnis zu übertragen. Dabei geht es nicht darum, ob der Einzelne das

⁶¹⁹ Walter, Vorsorgevollmacht, 208.

⁶²⁰ § 145 BGB.

⁶²¹ Lipp, Freiheit und Fürsorge, 199.

⁶²² In dieser Richtung differenzierend Kothe, AcP 185 (1985), 105 ff. (137); vgl. von Tuhr, AT II 2, § 88 IV 4.

⁶²³ Kothe, AcP 185 (1985), 105 ff. (137).

⁶²⁴ Kothe, AcP 185 (1985), 105 ff. (137 / 138); Lipp, Freiheit und Fürsorge, 201, 202.

Vorsorgeverhältnis so ausgestalten kann, dass der Bevollmächtigte sich weigern kann, einem Wunsch des Betroffenen nachzukommen, wenn dieser auf eingeschränkter Eigenverantwortlichkeit beruht. Diese Problematik betrifft nur die Auslegung des der Vollmacht zugrunde liegenden Grundverhältnisses und die Berechtigung des Bevollmächtigten, einem Wunsch nicht zu entsprechen. Maßgeblich ist vielmehr, ob eine Person einer anderen neben der Einräumung der Vertretungsmacht auch die Befugnis einräumen kann, in tatsächlicher Hinsicht über sie – gegen ihren aktuellen Willen – zu bestimmen und damit im äußersten Fall auch Zwang auszuüben. Zu denken ist hier insbesondere an die Fälle, bei denen ein Mensch an einer phasenhaft verlaufenden Erkrankung leidet und während entsprechender Krankheitsschübe eine Behandlung ablehnt.

b. Zur Problematik der Übertragung weitergehender Befugnisse

Bei den Ausführungen zu den Aufgaben der Betreuung war dargestellt werden, dass die (gesonderte) Übertragung von Bestimmungsbefugnissen auf den Betreuer zum Schutz des Betroffenen erforderlich sein kann. Es erscheint fraglich, ob dieser Gedanke auch trägt, wenn der Einzelne selbst die Bestimmungsbefugnis über sich einem anderen überträgt.

In der Literatur wird insbesondere auf verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Zulässigkeit hingewiesen⁶²⁵. Nur der Staat könne auf Grund seines Gewaltmonopols entsprechende Befugnisse übertragen⁶²⁶. Diese Bedenken sind ausweislich der gerichtlichen Entscheidungen, die die Möglichkeit der Erteilung von Vollmachten in diesem Bereich für zulässig erachtet haben, von der Rechtsprechung allerdings nicht als durchgreifend erachtet worden.

Nach den obigen Ausführungen soll die Erteilung von Vollmachten die Privatautonomie des Einzelnen stärken. Greift man dieses Anliegen auf, kann die Einräumung einer entsprechenden Bestimmungsbefugnis nur dann zulässig sein, wenn dadurch die Selbstbestimmung des Einzelnen gewahrt bleibt. Das ist aber bei einer Erklärung, wonach eine andere Person zukünftig unmittelbar Zugriff auf eine Person erhält, gerade nicht der Fall⁶²⁷. Der Einzelne begibt sich in unzulässiger Weise seiner eigenen Handlungsmöglichkeiten. Er verzichtet – (erneut) ähnlich wie bei einer verdrängenden Vollmacht im rechtsgeschäftlichen Bereich – auf seine Autonomie⁶²⁸. Dies übersieht nach hiesiger Ansicht das Landgericht Stutt-

⁶²⁵ Vgl. Perau MittRhNotK 1996, 285 ff. (294).

⁶²⁶ Marschner, R & P 1995, 138 ff. (140 – unter Hinweis auf BVerfG NJW 1960, 811 ff.).

⁶²⁷ A.A. v. Sachsen-Gessaphe, 272, 278.

⁶²⁸ Deshalb ist es auch unzulässig, rechtsgeschäftlich die Wirkung eines Einwilligungsvorbehalts herbeizuführen: Lipp, Freiheit und Fürsorge, 202; s. Uhlenbruck, Festschrift für Deutsch, 849 ff. (859), wonach die Neuregelungen zu einer weitgehenden Entmündigung des Patienten führen; vgl. ders. ZRP 1998, 46 ff.; s. aber Müller, DNotZ 1999, 107 – 122.

gart, wenn es ausführt, dass sich die Freiheitsgarantie in ihr Gegenteil verkehre, wenn es dem mündigen Individuum verwehrt werde, selbst zu bestimmen, ob und wem er sich anvertrauen wolle, falls er seine Selbstbestimmungsfähigkeit verliere⁶²⁹. Folgt man dem hier dargestellten Ansatz, können im Rahmen privater Vorsorge keine Bestimmungsbefugnisse übertragen werden⁶³⁰, weder zur Durchführung einer Zwangsbehandlung, noch im Rahmen von freiheitsentziehenden bzw. – beschränkenden Maßnahmen⁶³¹.

Es bleibt danach zunächst festzuhalten, dass es zwar zulässig ist, mittels Erteilung einer Vollmacht Entscheidungen im personalen Bereich zu ermöglichen, auf Grund derer die Handlungsfähigkeit im Fürsorgefall hergestellt werden kann. Nicht zulässig ist hingegen die Übertragung von Bestimmungsbefugnissen.

Offen bleibt hier zunächst, wie dieses Ergebnis mit der Regelung in § 1906 Abs. 5 BGB in Einklang zu bringen ist, wonach ein Bevollmächtigter, dem die Möglichkeit eingeräumt worden ist, eine Unterbringung bzw. unterbringungsähnliche Maßnahmen anzuordnen, eine gerichtliche Genehmigung benötigt. Darauf ist in anderem Zusammenhang einzugehen⁶³².

⁶²⁹ Vgl. BtPrax 1994, 64, in der dem OLG Stuttgart (Fn. 610) vorhergehenden Entscheidung.

⁶³⁰ S. LG Frankfurt/M. FamRZ 1994, 125; Voigt, 16; a.A. v. Sachsen-Gessaphe, 272, 278.

⁶³¹ Vgl. Bauer / Klie, Patientenverfügungen, 69.

⁶³² § 4 V.

IV. Die Aufgabenwahrnehmung durch den Bevollmächtigten im Bereich der Gesundheitsangelegenheiten

1. Zum Innenverhältnis zwischen dem Vollmachtgeber und dem Vollmachtnehmer

Die Handlungskriterien bei einer rechtsgeschäftlichen Bevollmächtigung ergeben sich aus dem Inhalt des Grundverhältnisses zwischen dem Vollmachtgeber und dem Bevollmächtigten.

Es ist bereits ausgeführt worden, dass jedenfalls in den Fällen, in denen eine nahe stehende Person bevollmächtigt wird, regelmäßig von einem Auftragsverhältnis⁶³³ auszugehen ist. Einige Aspekte des Auftragsverhältnisses sollen hier näher betrachtet werden.

a. Das Auftragsverhältnis allgemein

Nach § 662 BGB verpflichtet sich der Beauftragte, ein ihm von dem Auftraggeber übertragenes Geschäft für diesen unentgeltlich zu besorgen. Die Hauptpflicht des Beauftragten besteht in der Besorgung des übertragenen Geschäfts⁶³⁴. Die vom Beauftragten zu erledigenden Aufgaben werden durch den Auftrag bestimmt⁶³⁵. Der Beauftragte hat nach besten Kräften die Interessen des Auftraggebers zu wahren und den Auftrag sorgfältig und sachgemäß auszuführen⁶³⁶.

Ein Auftrag kann ohne Weisungen erteilt werden. In einem solchen Fall beurteilen sich die Handlungskriterien des Beauftragten anhand der gesamten Sachlage und der Interessen des Auftraggebers nach der auftragsrechtlichen Treuepflicht⁶³⁷.

Ein Auftrag kann auch mit Weisungen versehen werden. Weisungen sind einseitige, empfangsbedürftige, widerrufliche Willenserklärungen⁶³⁸, in denen dem Beauftragten die „Art und Weise seines Tuns“⁶³⁹ vorgeschrieben wird. Die Grenzen der Weisungen ergeben sich aus dem durch den Vertrag gesteckten Rahmen und demjenigen, was dem Beauftragten (noch) zumutbar ist⁶⁴⁰. Der Beauftragte hat die Weisungen zu befolgen. Auch diese Verpflichtung ergibt sich aus der auftrag-

⁶³³ § 4 I 1.

⁶³⁴ Martinek, in: Staudinger, § 662 BGB Rn. 20.

⁶³⁵ Vgl. Martinek, in: Staudinger, § 662 BGB Rn. 23.

⁶³⁶ RGZ 90, 129 (130).

⁶³⁷ Vgl. Martinek, in: Staudinger, § 662 BGB Rn. 26 und § 665 BGB Rn. 11.

⁶³⁸ Seiler, in: MünchKomm, § 665 BGB Rn. 5.

⁶³⁹ Seiler, in: MünchKomm, § 665 BGB Rn. 3.

⁶⁴⁰ Seiler, in: MünchKomm, § 665 BGB Rn. 12.

rechtlichen Treuepflicht. Der Inhalt der Weisung bestimmt sich nach dem ggfls. durch Auslegung zu ermittelnden Willen des Auftraggebers⁶⁴¹. Weisungen sind zu beachten und zu befolgen⁶⁴².

Eine Abweichung von Weisungen kommt nur nach § 665 Satz 1 BGB in Betracht. Ein Abweichen liegt vor, wenn von dem ursprünglichen Auftrag abgegangen wird. Hingegen handelt es sich nicht um eine Abweichung, wenn ein ursprünglich nicht ausdrücklich vorgesehenes Handeln des Beauftragten sich mit dem durch Auslegung zu ermittelnden Willen des Betroffenen deckt⁶⁴³. Eine Abweichung von einer Weisung ist nur zulässig, wenn der Beauftragte nach den Umständen annehmen darf, der Auftraggeber werde bei Kenntnis der Sachlage die Abweichung billigen, und wenn mit der durch eine Benachrichtigung des Auftraggebers und dem Abwarten seiner Entschließung eintretenden Verzögerung Gefahr verbunden ist⁶⁴⁴.

Allerdings wird eine aus den auftragsrechtlichen Vorschriften bzw. aus § 242 BGB abgeleitete Pflicht zur Abweichung angenommen, wenn dazu ein wichtiger Grund besteht, etwa dann, wenn für die Interessen des Auftraggebers bedrohliche Umstände eintreten⁶⁴⁵.

b. Das Innenverhältnis im Fürsorgefall

Es ist nunmehr zu prüfen, ob und wenn ja, in welchem Umfang diese Grundsätze Anwendung finden können, wenn eine Vollmacht für einen Fürsorgefall erteilt worden ist⁶⁴⁶. Auch hier lässt sich zunächst feststellen, dass sich die Kriterien für das Handeln des Bevollmächtigten aus dem jeweiligen Grundverhältnis ergeben⁶⁴⁷. Deshalb können Handlungskriterien, die auf jeden „Fürsorgefall“ zutreffen, kaum entwickelt werden.

Gleichwohl sind einige allgemeine Maßstäbe aufzuzeigen. Für die hiesige Untersuchung stellt sich die Frage der Vergleichbarkeit des Fürsorgeverhältnisses und der

⁶⁴¹ Martinek, in: Staudinger, § 665 BGB Rn. 8.

⁶⁴² Seiler, in: MünchKomm, § 665 BGB Rn. 14.

⁶⁴³ Wittmann, in: Staudinger (1995), § 665 BGB Rn. 10.

⁶⁴⁴ Vgl. § 665 Satz 2 BGB; s. Wittmann, in: Staudinger (1995), § 665 BGB Rn. 11, der ausführt, dass im Gegensatz zu § 683 Satz 1 BGB die Regelung des § 665 BGB nicht darauf abstellt, ob die Abweichung objektiv dem mutmaßlichen Willen des Auftraggebers entspricht, sondern auf die den Umständen nach berechnete Annahme des Beauftragten, das Einverständnis des Auftraggebers voraussetzen zu können.

⁶⁴⁵ Beuthien, in: Soergel, § 665 Rn. 14 m.w.N.; s. im Einzelnen auch Seiler, in: MünchKomm, § 665 BGB Rn. 24 ff.; Knütel, ZHR 137 (1973), 285 ff. (297).

⁶⁴⁶ Die Anwendbarkeit der Auftragsregelungen behandelnd: Renner in: Müller / Renner, 128.

⁶⁴⁷ Vgl. Bauer / Klie, Patientenverfügungen, 77; Karliczek, 61 ff.

Betreuung. Aus diesem Grunde scheint es sachdienlich zu sein, eine ähnliche Prüfung wie beim Innenverhältnis der Betreuung vorzunehmen. Abzustellen ist folglich auf die durch die private Vorsorge wahrzunehmende Aufgabe. Dabei ist zwischen einem weisungsfreien und einem -gebundenen „Vorsorgegrundverhältnis“ zu unterscheiden. Außerdem ist zu differenzieren, ob der Betroffene äußerungsfähig ist oder nicht.

aa. Der nicht äußerungsfähige Betroffene

Wenn der Auftraggeber keine frühere Entscheidung getroffen hat und nicht mehr in der Lage ist, eine Entscheidung zu treffen, dient die private Vorsorge – wie die Betreuung – dazu, dessen Handlungsfähigkeit herzustellen. Zu klären ist in dieser Situation, wie der Betroffene selbst entscheiden würde, wenn er dies könnte.

Dabei ist zunächst zu eruieren, ob Weisungen bestehen. Es ist allerdings zu bedenken, ob der Begriff der „Weisung“ einer gewissen modifizierenden Erläuterung bedarf. Maßgeblich ist das Ziel der Errichtung eines Vorsorgeverhältnisses, nämlich die Verwirklichung der Selbstbestimmung auch im Fall der Handlungsunfähigkeit. Soll dies gewährleistet sein, ist als Weisung auch ein vom Betroffener geäußelter Wunsch anzusehen.

Sind eine Weisung erteilt oder ein Wunsch geäußert worden, besteht daran nach den vorstehenden Ausführungen im Rahmen des für den Beauftragten Zumutbaren eine Bindung. Wenn sich die zugrunde gelegte Sachlage allerdings geändert hat, liegt für die konkrete Situation keine bindende Weisung vor. Hier ist – sofern der Zustand des Betroffenen kein Zuwarten zulässt – die sich unter Berücksichtigung des wirklichen bzw. mutmaßlichen Willens ergebende Entscheidung zu treffen. Insoweit kann in solchen Fällen die Regelung in § 665 Satz 1 BGB herangezogen werden. Wenn sich die Sachlage hingegen nicht geändert hat, sind die frühere Weisung bzw. der Wunsch bindend. Eine Ausnahme gilt dann, wenn der Betroffene bei der entsprechenden Äußerung geschäftsunfähig war ⁶⁴⁸.

Ist keine Weisung erteilt worden, ist zu klären, welche konkrete Entscheidung dem wirklichen Willen des Betroffenen entspricht ⁶⁴⁹. Lässt sich dies nicht ermitteln, kommt es auf den mutmaßlichen Willen des Betroffenen an. Im Ergebnis ergeben sich hier keine Unterschiede zur Betreuung ⁶⁵⁰.

⁶⁴⁸ Lipp, Freiheit und Fürsorge, 201.

⁶⁴⁹ Vgl. aber Rudolf / Bittler, 49, wonach bei fehlenden konkreten Anweisungen eine Geschäftsführung ohne Auftrag in Betracht komme.

⁶⁵⁰ Siehe oben § 3 VII. 1. b. aa.

bb. Der äusserungsfähige Betroffene

Sofern der Betroffene äusserungsfähig ist, sind seine Wünsche bzw. Weisungen ebenfalls zu beachten. Es ist aber zu fragen, ob eine solche Bindung auch besteht, wenn der Wunsch Ausdruck einer eingeschränkten Eigenverantwortlichkeit ist und die Verwirklichung zu einem Schaden führen würde⁶⁵¹. Nach den bisherigen Erwägungen kann nur das Grundverhältnis maßgebend sein. Wenn sich aus diesem ergibt, dass ein Betroffener gerade für den Fall vorsorgen möchte, dass er sich in einem Zustand der eingeschränkten Eigenverantwortlichkeit befindet und deshalb Schutz benötigt, beinhaltet dies auch, dass dem Beauftragten ein Weigerungsrecht zukommen soll, wenn dem Auftraggeber bei Befolgung des Wunsches ein Schaden droht⁶⁵². Neigte man einer gegenteiligen Ansicht zu, liefe dies nach hiesiger Auffassung dem Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen zuwider.

2. Zum Außenverhältnis

Auch bei einem Handeln auf Grund einer erteilten Vollmacht ist zwischen dem Außen- und dem Innenverhältnis zu unterscheiden. Die Erklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgibt, wirkt unmittelbar für und gegen den Vertretenen⁶⁵³. Die Vertretungsmacht ist auch hier unabhängig von der Beurteilung eines Dritten⁶⁵⁴. Dies ist gerechtfertigt, weil ansonsten das Selbstbestimmungsrecht des Vertretenen, der den Vertreter bestimmt hat, verletzt würde.

Anders ist allerdings der Fall zu beurteilen, in dem der Vertreter die Vertretungsmacht missbraucht. Auch hier lässt - nach den dargestellten allgemeinen Grundsätzen⁶⁵⁵ - ein Pflichtverstoß, den der Dritte kennt oder kennen muss, die Vertretungsmacht entfallen⁶⁵⁶.

3. Zum Erfordernis der Bestellung eines Überwachungsbetreuers

Wie bereits ausgeführt worden ist, kann bei der Erteilung einer Vollmacht auf die Widerrufsmöglichkeit nicht verzichtet werden. Es fragt sich aber, welche Folgen es hat, wenn der Vollmachtgeber zwar nicht auf die Widerrufsmöglichkeit verzichtet hat, aber die Fähigkeit zur Erklärung des Widerrufs verliert. Auch stellt sich

⁶⁵¹ Lipp, Freiheit und Fürsorge, 201; nicht differenzierend zwischen Bevollmächtigung und Betreuung: OLG Oldenburg R & P 2003, 102 (103).

⁶⁵² Lipp, Freiheit und Fürsorge, 20; ähnlich Walter, Vorsorgevollmacht, 115; Dröge, 111 – 113; a.A. Knauf, 128.

⁶⁵³ § 164 Abs. 1 Satz 1 BGB.

⁶⁵⁴ Davon ist die Frage zu unterscheiden, ob der Rechtsverkehr Vollmachten akzeptiert.

⁶⁵⁵ § 3 VII. 2. b.

⁶⁵⁶ Vgl. Renner, ZNotP 2004, 388 (392).

das Problem, welche Auswirkungen es hat, wenn der Vollmachtgeber auf Grund einer Erkrankung (oder Behinderung) im Sinne von § 1896 Abs. 1 BGB⁶⁵⁷ den Bevollmächtigten nicht mehr kontrollieren kann. Diese Unfähigkeit wird jedenfalls dann vorliegen, wenn der Vollmachtgeber (nach Erteilung der Vollmacht) geschäftsunfähig wird.

Zunächst ist festzustellen, dass eine wirksam erteilte Vollmacht nicht dadurch erlischt, dass der Vollmachtgeber geschäftsunfähig wird⁶⁵⁸. Auch kann ihre Wirksamkeit nicht lediglich im Hinblick darauf, dass sie vor „längerer“ Zeit erteilt wurde, in Frage gestellt werden. Die Willenserklärung bleibt „wirksam, bis sie durch einen (ggfls. möglichen) wirksamen actus contrarius“⁶⁵⁹ beseitigt wird. Das Besondere einer Vorsorgevollmacht liegt gerade darin, dass sie für den Fall der Handlungsunfähigkeit eingreifen bzw. über diesen hinaus Wirksamkeit entfalten soll⁶⁶⁰.

Entscheidend ist in derartigen Fällen, wie die Rechte des Vollmachtgebers gegenüber dem Bevollmächtigten gewahrt werden können. Denkbar ist zunächst, dass der Betroffene für diesen Fall einen weiteren Bevollmächtigten bestellt hat. Dann obliegt es diesem, die Rechte des Betroffenen gegenüber dem Bevollmächtigten wahrzunehmen⁶⁶¹. Ist ein solcher zweiter Vertreter nicht benannt worden, könnte erwogen werden, einen sog. Überwachungs- (bzw. Kontroll- oder Vollmachts-) betreuer zu bestellen⁶⁶². Dessen Aufgabe wäre ebenfalls die Wahrnehmung der Rechte des Vollmachtgebers gegenüber seinem Bevollmächtigten⁶⁶³, also der Rechte aus dem der Bevollmächtigung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis⁶⁶⁴.

Nach der Begründung zu § 1896 Abs. 3 BGB folgt aus dem Erforderlichkeitsgrundsatz, dass ein solcher Betreuer nicht schon dann bestellt werden muss, wenn der Betroffene seinen Bevollmächtigten nicht mehr hinreichend überwachen kann. Eine Betreuerbestellung ist danach erst dann erforderlich, wenn eine solche

⁶⁵⁷ BayObLGR 1994, 63.

⁶⁵⁸ §§ 168 Satz 1, 672, 675 BGB.

⁶⁵⁹ Gutachten D NotI-Report 2003, 33, 35; s. dazu aber OLG Köln OLGR 2005, 156 zum Versuch des geschäftsunfähigen Vollmachtgebers, die Vollmacht zu widerrufen.

⁶⁶⁰ Müller-Freienfels, in: Festschrift für Coing, 395 ff. (397).

⁶⁶¹ BT-Drucks. 11/4528, 123; LG Augsburg BtPrax 1994, 176; Walter, ZEV 2000, 353, 354; vgl. Knittel, Betreuungsgesetz, § 1896 BGB Rn. 202.

⁶⁶² Nach § 1896 Abs. 3 BGB; zum Erfordernis der wirksamen Vollmachtserteilung und ihrem Bestand: BayObLGZ 1993, 236 (238/239); s.a. OLG München BtPrax 2007, 36 f.

⁶⁶³ Vgl. dazu Müller, in: Bamberger/Roth, § 1896 BGB Rn. 42.

⁶⁶⁴ Damit stehen ihm z.B. die Rechte auf Auskunft gemäß § 666 BGB, auf Einsicht in Belege nach § 667 BGB zu. Umstritten ist dabei, ob der Kontrollbetreuer auch ohne weiteres die Vollmacht selbst widerrufen und das Grundverhältnis kündigen kann, oder ob ein Widerruf nur im Hinblick auf einen wichtigen Grund erklärt werden kann (s. zum Meinungsstand: Gutachten D NotI-Report 2003, 34 m.w.N.).

Überwachung notwendig ist ⁶⁶⁵. Es muss ein entsprechender, konkreter Bedarf bestehen ⁶⁶⁶. Dies wird insbesondere dann der Fall sein, wenn der Umfang oder die Schwierigkeit der zu besorgenden Geschäfte oder ein vorangegangenes Verhalten des Bevollmächtigten eine Überwachung angezeigt erscheinen lassen ⁶⁶⁷. Inwieweit bei einem etwaigen Missbrauchsverdacht oder bei Zweifeln an der Redlichkeit des Bevollmächtigten die Notwendigkeit einer Betreuerbestellung zu bejahen ist, ist umstritten ⁶⁶⁸. Eine weitergehende Festlegung erscheint hier entbehrlich.

Maßgeblich ist, dass der Auffassung des Gesetzgebers, wonach die fehlende Überwachungsfähigkeit des Vollmachtgebers für die Bestellung eines Betreuers gemäß § 1896 Abs. 3 BGB allein nicht ausreicht, für die Fälle, in denen die Vollmacht gerade für den Fürsorgefall erteilt worden oder in diesem Sinne auszulegen ist, zuzustimmen ist. Für sie spricht nämlich die Bedeutung des Selbstbestimmungsrechts des Vollmachtgebers ⁶⁶⁹. Soll die Vollmacht insbesondere den Vorsorgefall erfassen, gebietet es dieses Recht, dass der durch die Vollmachtserteilung zum Ausdruck kommende Wille des Vollmachtgebers gerade (auch) im Fall der Entscheidungsunfähigkeit respektiert wird. „Die Vorsorgevollmacht ist als Instrument der Verlängerung des eigenen Willens anzusehen“ ⁶⁷⁰. Solange dieser weiter bestehender Wille des Vollmachtgebers vermutet werden kann, bedarf es keiner Bestellung eines Überwachungsbetreuers. Erst dann, wenn konkrete Anhaltspunkte dahingehend bestehen, dass der Bevollmächtigte nicht dem Willen des Betroffenen entsprechend handelt, kann diese Vermutung nicht mehr Platz greifen ⁶⁷¹. Die gegenteilige Ansicht ⁶⁷² unterstellt, dass sich im Fall der Entscheidungsunfähigkeit die frühere Willensrichtung des Betroffenen ändert, ohne dass es dafür hinreichende Anhaltspunkte gibt. Das – nicht zu verkennende – Schutzbedürfnis des

⁶⁶⁵ Es stellt „umgekehrt“ aber einen nachvollziehbaren Grund dar, von einer Vollmachtserteilung abzusehen, wenn eine Person nicht mehr in der Lage ist, die Tätigkeit des Bevollmächtigten zu überwachen, s. dazu OLG Hamm FamRZ 2001, 870, 871 m. Anm. Bienwald.

⁶⁶⁶ Schwab, in: MünchKomm, § 1896 BGB Rn. 233; OLG Köln BtPrax 2005, 236 (237); vgl. auch OLG Schleswig FamRZ 2008, 1376 (LS).

⁶⁶⁷ BT-Drucks. 11/4528, 123; vgl. BayObLGR 1994, 63.

⁶⁶⁸ Vgl. Bienwald, in: Staudinger, § 1896 BGB Rn. 133 (Missbrauch oder entsprechender Verdacht dürften nicht entscheidend sein); OLG Schleswig FamRZ 2004, 835; Müller, in: Bamberger/Roth, § 1896 BGB Rn. 27; bei Zweifeln an der Redlichkeit: BayObLG BtPrax 2001, 163, 164; Knittel, Betreuungsgesetz, § 1896 BGB Rn. 201; zu den divergierenden Ansichten: Zimmermann, in: Damrau/Zimmermann, Betreuungsrecht, § 1896 BGB Rn. 91.

⁶⁶⁹ Vgl. Müller-Freienfels, Festschrift für Coing, 395 ff. (399); BayObLGR 2005, 542 / 543.

⁶⁷⁰ Walter, Vorsorgevollmacht, 136.

⁶⁷¹ Ähnlich Schwab, in: MünchKomm, § 1896 BGB Rn. 241 ff.; OLG Köln FamRZ 2000, 909, vgl. auch Lipp, 211, Walter, Vorsorgevollmacht, 131 und 229.

⁶⁷² Vgl. Bienwald, in: Staudinger, § 1904 BGB, Rn. 75.

Betroffenen führt damit letztlich zu einer Fremd-, nicht aber zu der mit der Vollmachtserteilung beabsichtigten Verwirklichung der Selbstbestimmung⁶⁷³.

V. Zum Erfordernis der Erteilung einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung

1. Die Regelung des § 1906 Abs. 5 BGB

Es ist bereits angesprochen worden, dass der Gesetzgeber eine durch einen Bevollmächtigten veranlasste Unterbringung bzw. dessen Entscheidung für unterbringungsähnliche Maßnahmen einem Genehmigungserfordernis unterworfen hat.

Betrachtet man die Regelung in § 1906 Abs. 5 BGB, neigt man der Annahme zu, dass einem „systemwidrigen Vollmachtstypus“⁶⁷⁴ legitimierende Anerkennung verliehen worden ist. Denn schriftliche Vollmachten, die dem Bevollmächtigten ausdrücklich die Möglichkeit eröffnen, eine Unterbringung des Betroffenen oder unterbringungsähnliche Maßnahmen anzuordnen, werden als wirksam angesehen⁶⁷⁵. Daraus könnte gefolgert werden, dass die Bevollmächtigung auch die Übertragung von Bestimmungsbefugnissen beinhalten kann⁶⁷⁶. Dieses Ergebnis stünde im Widerspruch zu den früheren Ausführungen⁶⁷⁷.

Es handelt sich allerdings nur um einen scheinbaren Widerspruch. Er wird aufgelöst, wenn man berücksichtigt, dass der Bevollmächtigte in einem solchen Fall die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts benötigt. Sie ist unter den gleichen Voraussetzungen zu erteilen wie bei einer entsprechenden Entscheidung durch einen Betreuer. Es muss also geprüft werden, ob die materiell-rechtlichen Unterbringungs Voraussetzungen nach § 1906 Abs. 1 BGB vorliegen. Außerdem müssen die entsprechenden Verfahrensvorschriften eingehalten werden⁶⁷⁸.

⁶⁷³ Vgl. Bauer, in: HK-BUR, § 1896 BGB Rn. 264; s.a. Müller-Freienfels, Festschrift für Coing, 395 ff. (399); vgl. auch Diederichsen, Festschrift für Schreiber, 635 (648 / 649); Eisenbart, Patienten-Testament, 223, 224.

⁶⁷⁴ Vgl. v. Sachsen-Gessaphe, 274.

⁶⁷⁵ Vgl. Bienwald, in: Bienwald u.a., Betreuungsrecht, § 1896 BGB Rn. 93.

⁶⁷⁶ Vgl. Schwab, in: MünchKomm, § 1906 BGB Rn. 118, der darauf hinweist, dass auch nach der Regelung in §§ 1904 Abs. 2, 1906 Abs. 5 BGB weiter klärungsbedürftig sei, inwieweit Bestimmungsbefugnisse über die persönliche Freiheit der Person außerhalb der gesetzlich geregelten Fälle auf diese Weise durch Vollmacht einem anderen eingeräumt werden können; s. dazu v. Sachsen-Gessaphe, 265 ff., vgl. Lipp, Freiheit und Fürsorge, 204.

⁶⁷⁷ § 4 III. 4. b.

⁶⁷⁸ AG Frankfurt / M. BtPrax 1999, 246 f.

Ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfs war für die Normierung des Genehmigungserfordernisses bei der Bevollmächtigung der Schutzgedanke des Betroffenen vor missbräuchlicher Ausübung einer Vollmacht maßgeblich⁶⁷⁹. Dieser Gedanke trägt allerdings nicht, da nach den obigen Erwägungen bereits die Übertragung der Bestimmungsbefugnis unzulässig ist.

Die Notwendigkeit der Einholung einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung belegt, dass die Aufgaben der Betreuung bei freiheitsentziehenden Maßnahmen durch den Bevollmächtigten allein nicht besorgt werden können⁶⁸⁰. Droht sich der Vollmachtgeber nämlich auf Grund fehlender Eigenverantwortlichkeit selbst zu schädigen und ist deshalb eine Unterbringung erforderlich oder kommen unterbringungsähnliche Maßnahmen in Betracht, können die Entscheidungen nicht ohne vormundschaftsgerichtliche Genehmigung getroffen werden⁶⁸¹. Der entsprechende Beschluss des Gerichts beinhaltet die Übertragung der Bestimmungsbefugnis auf den Bevollmächtigten, die nicht durch eine privatrechtliche Vereinbarung erfolgen kann⁶⁸².

Da die Genehmigung nach den gleichen verfahrens- und materiell-rechtlichen Regelungen wie bei der Betreuung zu erteilen (oder zu versagen) ist, wird der Bevollmächtigte dem Betreuer gleichgestellt⁶⁸³.

Dies gilt nicht nur für die Prüfung, ob die Genehmigung zu erteilen ist. Der Bevollmächtigte steht während der Zeit der Unterbringung bzw. bei einer Entscheidung über freiheitsentziehende Maßnahmen unter der Aufsicht des Vormundschaftsgerichts. Auch der Bevollmächtigte hat die Unterbringung (o.ä.) zu beenden, wenn ihre Voraussetzungen weggefallen sind⁶⁸⁴. Er hat die Beendigung dem Vormundschaftsgericht anzuzeigen⁶⁸⁵.

Wird der Bevollmächtigte dem Betreuer gleichgestellt, ist in diesem Zusammenhang anzumerken, dass es zunächst nicht einleuchtend zu sein scheint, dass die

⁶⁷⁹ Vgl. Meier, BtPrax 2002, 184 ff. (185).

⁶⁸⁰ Vgl. Bienwald, in: Bienwald u.a., § 1896 BGB Rn. 95 ff.

⁶⁸¹ Insoweit würde die Bestellung eines Kontrollbetreuers nicht ausreichen, weil die Bestimmungsbefugnisse nicht auf einen Bevollmächtigten übertragen werden können; s. im Übrigen Art. 104 Abs. 1 und 2 GG.

⁶⁸² Lipp, Freiheit und Fürsorge, 206. Aus diesem Grunde verfängt es nach hier vertretener Ansicht nicht, wenn Bienwald, FamRZ 2003, 425, ausführt, dass die Einführung der unmittelbaren Aufsicht und Kontrolle des Vormundschaftsgerichts über die Entscheidungen des privatrechtlich bestellten Bevollmächtigten als Fremdkörper im Betreuungsrecht anzusehen seien.

⁶⁸³ Lipp, Freiheit und Fürsorge, 205.

⁶⁸⁴ §§ 1906 Abs. 5 Satz 2, 1906 Abs. 3 Satz 1 BGB.

⁶⁸⁵ § 1906 Abs. 3 Satz 2 BGB.

Regelung der Zuführung zur Unterbringung⁶⁸⁶ auf den Bevollmächtigten keine Anwendung findet⁶⁸⁷. Die Problematik ist erschöpfend weder beim 1. noch beim 2. Betreuungsrechtsänderungsgesetz erörtert worden. Nach hier vertretener Ansicht liegt eine Regelungslücke vor. Hier ist zunächst erwogen worden, ob diese Lücke durch eine entsprechende Anwendung der Vorschrift des § 70 g Abs. 5 FGG geschlossen werden könnte⁶⁸⁸. Zu beachten ist aber, dass das Handeln der Behörde bei Grundrechtseingriffen dem Gesetzesvorbehalt⁶⁸⁹ unterliegt. Deshalb scheidet eine entsprechende Anwendung der Vorschrift aus. Soweit in der Praxis ein Erfordernis bestünde, bedürfte es einer gesetzlichen Regelung⁶⁹⁰.

2. Zur Problematik der Zwangsbehandlung

Zu prüfen ist nunmehr, ob der Bevollmächtigte in eine Behandlung gegen den Willen des Betroffenen einwilligen kann. Unter Berücksichtigung der Regelung in § 1906 Abs. 5 BGB müsste eine schriftlich erteilte Vollmacht vorliegen. Es müsste ausdrücklich geregelt sein, dass der Bevollmächtigte in eine Behandlung auch gegen den Widerstand des Vollmachtgebers einwilligen darf, wenn sich dieser in einem Zustand eingeschränkter Eigenverantwortlichkeit selbst zu schädigen droht. Eine solche Bevollmächtigung kann gerade bei phasenweise verlaufenden Erkrankungen durchaus sinnvoll sein.

Entscheidend wäre in einem solchen Fall erneut, ob es rechtlich zulässig ist, eine entsprechende Zwangsbefugnis privat-rechtlich zu übertragen. Es ist ausgeführt worden, dass Bestimmungsbefugnisse hinsichtlich freiheitsentziehender Maßnahmen nicht auf Grund einer privatrechtlichen Vereinbarung einem anderen auferlegt werden können. Legt man die dortigen Erwägungen zur Unzulässigkeit der Übertragung einer entsprechenden Bestimmungsbefugnis⁶⁹¹ hier zugrunde, kann eine solche Übertragung nicht privat-rechtlich auf einen Bevollmächtigten erfolgen.

Es fragt sich, ob dieses Ergebnis uneingeschränkt gilt. Nach den Ausführungen des Bundesgerichtshofs zur Zulässigkeit der Zwangsbehandlung im Rahmen einer Unterbringung⁶⁹² kann dies nach hier vertretener Ansicht nicht bejaht werden. Denn § 1906 Abs. 1 (Nr. 2) BGB, der hier über § 1906 Abs. 5 BGB zur Anwen-

⁶⁸⁶ § 70 g Abs. 5 FGG.

⁶⁸⁷ Vgl. zum Problem bei der Zuführung zur ambulanten Behandlung: Locher, FamRB 2005, 33.

⁶⁸⁸ Vgl. Hoffmann, in: HK-BUR, § 70 g FGG Rn 44; a.A. Bienwald, in: Bienwald u.a., § 1896 BGB Rn. 96; Klie/Bauer, FPR 2004, 671 ff. (676); s. zum Problem: Schwab, in: Münch-Komm, § 1896 BGB Rn. 54.

⁶⁸⁹ S. insb. Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG (Art. 20 Abs. 3 GG).

⁶⁹⁰ Sie ist jetzt beschlossen worden § 326 Abs. 1 und 2 FamFG.

⁶⁹¹ § 4 IV. 4. b.

⁶⁹² BGHZ 166, 141 ff.

dung kommt, ist als Ermächtigungsgrundlage angesehen worden⁶⁹³. Die Unterbringungsmaßnahme nach § 1906 Abs. 5 BGB beinhaltet folglich in derartigen Fällen die Übertragung der Bestimmungsbefugnis die Entscheidung über den Aufenthalt des Betroffenen, die Übertragung der Bestimmungsbefugnis hinsichtlich der Behandlung gegen dessen Willen und die Genehmigung der Unterbringung einschließlich der konkreten Behandlung. Da die Genehmigung nach den gleichen verfahrens- und materiell-rechtlichen Regelungen wie bei der Betreuung zu erteilen (oder zu versagen) ist, wird der Bevollmächtigte dem Betreuer gleichgestellt⁶⁹⁴.

Es stellt sich sodann das Problem, ob diese Erwägungen auch verfangen, wenn eine schriftliche Vollmacht vorliegt, die zu einer ambulanten Zwangsbehandlung berechtigen soll. In einem solchen Fall bedürfte es der Zuweisung einer Bestimmungsbefugnis durch das Vormundschaftsgericht auf den Bevollmächtigten. Diese Zuweisung wäre nur zulässig, wenn eine Ermächtigungsgrundlage bestünde, da es sich bei der Übertragung der Bestimmungsbefugnis um einen staatlichen Eingriff handelt. § 1906 Abs. 1(Nr. 2) BGB scheidet aus, da es sich nicht um eine Ermächtigungsgrundlage für eine ambulante Zwangsbehandlung handelt. Die Regelung kann auch nicht entsprechend angewendet werden⁶⁹⁵. Folglich ist auch dann, wenn eine entsprechende Vollmacht erteilt wurde, ein Betreuer zu bestellen, dem die Bestimmungsbefugnis übertragen werden kann.

Auf die Frage des Zwanges bei hochriskanten ärztlichen Maßnahmen soll erneut gesondert eingegangen werden.

3. Die Regelung des § 1904 Abs. 2 BGB

Es ist bereits ausgeführt worden, dass die Einwilligung eines Betreuers in eine Untersuchung des Gesundheitszustandes, eine Heilbehandlung oder einen ärztlichen Eingriff der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf, wenn die begründete Gefahr besteht, dass der Betreute aufgrund der Maßnahme stirbt oder einen länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet⁶⁹⁶. Diese Regelung gilt – wie beim Betreuer von Eilfällen abgesehen – auch für die Einwilligung eines Bevollmächtigten. Sie ist nur wirksam, wenn die Vollmacht schriftlich erteilt ist

⁶⁹³ BGHZ 166, 141 (148 ff.).

⁶⁹⁴ Im Ergebnis ebenso: Meier, Handbuch, Rn. 261; vgl. auch Zimmermann, in: Dammrau/Zimmermann, Betreuungsrecht, § 1906 BGB Rn. 85, der im Genehmigungserfordernis eine Schwächung der Stellung des Bevollmächtigten sieht. S. zum Erfordernis einer Unterbringung nach öffentlichem Recht, wenn der Vorsorgebevollmächtigte keine wirksame Beseitigung einer akuten Gefährdung anstrebt: OLG Köln, OLG R 2004, 74 (75).

⁶⁹⁵ Vgl. Fn. 669 zum Gesetzesvorbehalt.

⁶⁹⁶ § 1904 Abs. 1 Satz 1 BGB.

und die vorgenannten Maßnahmen ausdrücklich umfasst⁶⁹⁷. Der Bevollmächtigte benötigt danach nur für Einwilligungen in hochriskante Maßnahmen eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Durch dieses Erfordernis wird der Vollmachtnehmer ebenfalls einem Betreuer gleichgestellt. Auch in diesen Fällen finden sowohl die entsprechenden materiell-rechtlichen Vorschriften als auch die formellen Regelungen Anwendung.

Im Gegensatz zum Genehmigungserfordernis bei freiheitsentziehenden Maßnahmen lässt sich die Notwendigkeit der Genehmigung hier nicht damit begründen, dass der Einzelne keine Bestimmungsbefugnis übertragen kann. Gerechtfertigt ist das Genehmigungserfordernis wie beim Betreuten angesichts des Risikos der Maßnahme⁶⁹⁸.

In diesem Zusammenhang soll noch einmal auf die Problematik der Einwilligung eines Bevollmächtigten in hochriskante Maßnahmen gegen den aktuellen Willen des Vollmachtgebers eingegangen werden. Nach den bisherigen Erwägungen kommt eine solche Einwilligung zunächst nur in Betracht, wenn das Vorsorgeverhältnis entsprechend ausgestaltet ist.

Sofern der Vollmachtgeber untergebracht ist, gelten hinsichtlich der Behandlung die früheren Ausführungen⁶⁹⁹. Dabei ist also auch zu prüfen, ob die Einwilligung in die hochriskante Maßnahme nach § 1904 BGB genehmigt wird⁷⁰⁰.

Hinsichtlich einer Entscheidung eines Bevollmächtigten zur Zwangsbehandlung außerhalb einer Unterbringung ist auf das frühere Untersuchungsergebnis zu verweisen⁷⁰¹.

4. Zum Vorschlag einer Neuregelung des § 1904 BGB im Referentenentwurf eines 3. Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts

Im bereits angesprochenen Referentenentwurf war vorgesehen, dass ein Bevollmächtigter eine Einwilligung in hochriskante Maßnahmen im dargestellten Sinn erteilen könne, wenn die Vollmacht die Maßnahmen ausdrücklich erfasse und schriftlich erteilt sei. Gleiches sollte gelten, „wenn ein Bevollmächtigter in eine

⁶⁹⁷ § 1904 Abs. 2 Satz 1 und 2 BGB. Zutreffend weist das AG Frankfurt / M. in FamRZ 2003, 476, darauf hin, dass für ein Genehmigungsverfahren nach § 1904 BGB kein Raum ist, wenn der Vollmachtgeber eine eigene Entscheidung treffen kann.

⁶⁹⁸ Ablehnend Buchardi, Festschrift für Schreiber, 615 ff. (624).

⁶⁹⁹ § 4 V. 1.; vgl. Lipp, Freiheit und Fürsorge, 212.

⁷⁰⁰ Wie bei der Genehmigung des Betreuers sind dementsprechend unterschiedliche Genehmigungserfordernisse zu beachten, die allerdings in einer Entscheidung zusammengefasst werden können.

⁷⁰¹ § 4 V. 2.

Maßnahme nicht einwilligen oder eine Einwilligung widerrufen will, wenn die Maßnahme medizinisch angezeigt ist und die begründete Gefahr besteht, dass der Betroffene auf Grund des Unterbleibens oder des Abbruchs der Maßnahme stirbt oder einen schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet“⁷⁰².

Der Vorschlag ist – wie bereits dargelegt – im Rahmen der Diskussion um die Patientenautonomie am Lebensende erfolgt. Über diese Thematik ging der Entwurf allerdings hinaus.

Zunächst soll das bisherige Genehmigungsbedürfnis bei Einwilligungen eines Bevollmächtigten in hochriskante Maßnahmen entfallen. Das ist in zweierlei Hinsicht konsequent. Zum einen kann dadurch die Stellung des Bevollmächtigten gestärkt werden⁷⁰³. Eine Kontrolle des Vormundschaftsgerichts kommt folglich nur dann in Betracht, wenn ein konkreter Überwachungsbedarf besteht. In einem solchen Fall wäre ein Kontrollbetreuer zu bestellen. Der zur Begründung des § 1904 BGB herangezogene Schutzgedanke für die Betroffenen steht einer entsprechenden Neuregelung nicht entgegen. Denn bislang war schon das Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen tangiert, wenn man bei einer ihrem Willen entsprechenden Einwilligung ein Genehmigungsbedürfnis auf Grund des Risikos der Maßnahme gesehen hat. Zudem ist zu berücksichtigen, dass der Schutzgedanke auch bislang nicht hinreichend getragen hat, da dann, wenn mit einem Aufschub Gefahr verbunden war, die Maßnahme ohne Genehmigung durchgeführt werden durfte.

Diese vorstehenden Erwägungen gelten auch, soweit nach dem Referentenentwurf⁷⁰⁴ vorgesehen ist, dass eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nicht erforderlich ist, wenn ein Bevollmächtigter – bei einer entsprechenden ausdrücklichen Vollmacht – die Einwilligung in entsprechende Maßnahmen verweigert bzw. eine Einwilligung widerruft⁷⁰⁵.

⁷⁰² § 1904 Abs. 4 Ref-E; vgl. auch Dieckmann, BWNotZ 2004, 49 ff. (55); ähnlich bereits Heyers, *Passive Sterbehilfe*, 167 / 168 und ausführlich zur Frage des Inhalts der Vollmacht, 168 ff.

⁷⁰³ Begründung des Entwurfs, 21.

⁷⁰⁴ § 1904 Abs. 4 BGB-RefE.

⁷⁰⁵ Für den Bevollmächtigten (nicht aber den Betreuer) ebenso Stellungnahme Nationaler Ethikrat, in: *Betritt: Betreuung* 8, 221 ff. (236); Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“, in: *Betritt: Betreuung* 7, 165, 191, 196; VGT e.V., *Stellungnahme*, 6; a.A. *Enquete-Kommission BT-Drucks. 15/3700*, 44, 45; vgl. auch Dieckmann, BWNotZ 2004, 49 ff. (55); Strätling/Fieber/Sedemund-Adib/Schmucker, *MedR* 2004, 433 ff. (437); a.A. *LG Ellwangen FamRZ* 2004, 732 ff.; Langenfeld, *ZEV* 2003, 449 (451); Albrecht/Albrecht, *MittBayNot* 2003, 348 ff. (353); Eisenbart, *Patienten-Testament*; Perau, *RNotZ* 2003, 263 ff. (265); zur Geltung für Bevollmächtigte s. §§ 1901 b Abs. 6, 1904 Abs. 5 BGB-E des Entwurfs MdB Bosbach, § 1904 Abs. 3 BGB-E des Vorschlags MdB Zöllner und § 1904 Abs. 5 BGB-E des Entwurfs MdB Stünker.

VI. Zusammenfassung

Die Ergebnisse der Untersuchung in diesem Kapitel können wie folgt zusammengefasst werden:

1. Eine Vollmacht macht eine Betreuung nur entbehrlich, wenn die gesundheitlichen Angelegenheiten „ebenso gut“ wie durch einen Betreuer besorgt werden können. Das ist der Fall, wenn es möglich ist, die beschriebenen Aufgaben der Betreuung wahrzunehmen.

Vollmachten im personalen Bereich sind zulässig. Mittels Vollmacht kann allerdings keine Bestimmungsbefugnis übertragen werden, weder zur Durchführung einer Zwangsbehandlung, noch im Rahmen von freiheitsentziehenden Maßnahmen (s. aber unter 3.).

2. Die Frage, wie die Angelegenheiten des Vollmachtgebers wahrzunehmen sind, beantwortet sich nach dem Grundverhältnis, das bei einer Bevollmächtigung regelmäßig ein Auftrag ist. Wenn der Auftraggeber keine frühere Entscheidung getroffen hat und nicht mehr in der Lage ist, eine solche Entscheidung zu treffen, dient die private Vorsorge – wie die Betreuung – dazu, dessen Handlungsfähigkeit herzustellen. Maßgeblich ist, wie der Vollmachtgeber selbst entscheiden würde, wenn er dies könnte. Wenn der Betroffene äußerungsfähig ist, sind seine Wünsche bzw. Weisungen ebenfalls zu beachten. Ist der Wunsch Ausdruck einer eingeschränkten Eigenverantwortlichkeit, darf von der Erfüllung abgesehen werden, wenn das Vorsorgeverhältnis in diesem Sinne ausgestaltet ist. Die Bestellung eines Überwachungsbetreuers ist nur bei einem konkreten Bedarf erforderlich.

3. Eine durch einen Bevollmächtigten veranlasste Unterbringung bzw. dessen Entscheidung für die Durchführung von unterbringungsähnlichen Maßnahmen bedürfen der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Ein Widerspruch zu den Ausführungen, wonach mittels Bevollmächtigung keine Bestimmungsbefugnisse übertragen werden können, besteht (im Ergebnis) nicht. Durch das Genehmigungserfordernis wird der Bevollmächtigte einem Betreuer gleichgestellt. Dies gilt auch, wenn auf Grund einer entsprechenden, ausdrücklich erteilten Vollmacht eine Behandlung im Rahmen einer Unterbringung gegen den aktuellen Willen des Vollmachtgebers erfolgen soll. In Fällen hingegen, in denen eine solche Behandlung außerhalb einer Unterbringung durchgeführt werden soll, bedarf es der Bestellung eines Betreuers, dem die Bestimmungsbefugnis zu übertragen ist.

4. Nach derzeitiger Rechtslage benötigt der Bevollmächtigte, wenn er auf Grund einer entsprechenden schriftlichen Vollmacht in hochriskante Maßnahmen einwil-

ligen will, eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung. Soweit in der Diskussion vorgeschlagen worden ist, von diesem Erfordernis bei einem Bevollmächtigten abzusehen, ist dies im Hinblick auf die Stärkung privater Vorsorge konsequent. Dies gilt auch, wenn die Einwilligung in entsprechende Maßnahmen verweigert wird.

Nunmehr soll die „gesetzliche Vertretungsmacht für Ehegatten, Lebenspartner und nahe Angehörige“ betrachtet werden.

§ 5 Zur Vertretung durch nahe stehende Personen

Es ist bislang dargestellt worden, dass Entscheidungen über ärztliche Maßnahmen nach derzeitiger Rechtslage von einem Stellvertreter in zwei Fällen getroffen werden können. Es muss entweder eine rechtsgeschäftlich erteilte Vollmacht vorliegen, oder es muss ein gesetzlicher Vertreter, ein Betreuer, gerichtlich bestellt worden sein. Die Regelungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag oder die Anerkennung einer mutmaßlichen Einwilligung als Rechtfertigungsgrund für ärztliches Handeln hingegen begründen für den Handelnden keine Vertretungsmacht⁷⁰⁶.

Schon im Zuge der Erörterungen zum 1. Betreuungsrechtsänderungsgesetz wurde die Frage der Einführung eines „gesetzlichen“ („automatischen“) Vertretungsrechtes für nahe stehende Personen behandelt⁷⁰⁷. Ein Entwurf des Bundesrates vom 19. Dezember 2003 für ein 2. Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts⁷⁰⁸ beinhaltet entsprechende Vorschläge für eine Vertretung durch Ehegatten, Lebenspartner und Angehörige (u.a.) für die Gesundheitsorge⁷⁰⁹. Erschöpfte sich die Bedeutung der Erklärung von Angehörigen in diesem Bereich bislang darin, dass sie zur Ermittlung des mutmaßlichen Willens des Betroffenen herangezogen wurden⁷¹⁰, sollten sie nach dem Entwurf Entscheidungen treffen können, ohne dass ihnen eine Vollmacht erteilt worden war oder sie zu Betreuern bestellt werden mussten.

Die angedachten Regelungen sind kontrovers diskutiert worden. Von ihrer Einführung ist schließlich abgesehen worden. Das am 1. Juli 2005 in Kraft getretene

⁷⁰⁶ Sprau, in: Palandt, Einf. v. § 677 Rn. 3 / 5.

⁷⁰⁷ Vgl. BT-Drucks. 13/7158 Anl. 4.

⁷⁰⁸ BR-Drucks. 865/03.

⁷⁰⁹ §§ 1358 a, 1618 b BGB-E i.V.m. § 1358 Abs. 1 BGB-E. Im Anhang II dieser Arbeit sind Auszüge des Entwurfs im Wortlaut zur „Leserleichterung“ abgedruckt.

⁷¹⁰ Vgl. dazu Martin, 228, Fn. 872.

2. Betreuungsrechtsänderungsgesetz⁷¹¹ enthält daher keine entsprechenden Normierungen.

Es soll nachfolgend untersucht werden, ob, und wenn ja, bei welchen Sachlagen ein Bedürfnis für die Einführung einer entsprechenden Vertretungsbefugnis besteht. Sollte ein solches Erfordernis bejaht werden, bestünde zugleich ein Handlungsbedarf des Gesetzgebers.

Zur Klärung der Problematik erscheint es zunächst geboten, die bisherigen Vorschläge des Gesetzgebers zu skizzieren.

I. Vorschläge zur Einführung entsprechender Vertretungsbefugnisse seitens der Bund-Länder-Arbeitsgruppe und des Bundesrates

Während der Erörterungen zum 1. Betreuungsrechtsänderungsgesetz hatte der Bundesrat eine Prüfbitte an die (damalige) Bundesregierung gerichtet, ob die Einführung entsprechender Vertretungsregelungen⁷¹² in Betracht komme. Die Bundesregierung hatte in ihrer Stellungnahme⁷¹³ ausgeführt, dass es nicht angängig erscheine, einem Ehegatten unter Verzicht auf die Schutzvorkehrungen, u.a. denen des Betreuungsrechts, die Vertretungsmacht für den anderen Ehegatten einzuräumen und diesen damit zwecks Vermeidung einer gerichtlichen Betreuerbestellung auf Dauer der nicht gerichtlich kontrollierten Entscheidungsgewalt seines Partners zu unterstellen. Überzeugende Kriterien für den Eintritt eines Vertretungsfalles ließen sich nicht formulieren. Im Schutzinteresse eines Betroffenen sei es jedenfalls geboten, sich an den Voraussetzungen einer Betreuerbestellung zu orientieren. Der Rechtsverkehr sei jedoch nicht in der Lage, das Vorliegen dieser Bedingungen mit hinreichender Sicherheit zu beurteilen. In Betracht komme allenfalls, Ehegatten für eng umgrenzte Bereiche ein generelles Recht zur gegenseitigen Vertretung einzuräumen.

Die 72. Konferenz der Justizministerinnen und –minister vom 11. bis 13. Juni 2001 in Trier setzte eine Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Betreuungsrecht“ ein. deren Aufgabe war es, „unter Auswertung der bisher in den Ländern⁷¹⁴ gewonnenen Erfahrungen konkrete Lösungsvorschläge zu Änderungen des Betreuungs-

⁷¹¹ Bundestagsbeschluss vom 18. Februar 2005 – BT-Drucks. 15/2494 mit Änderungen: BT-Drucks. 15/4874 = BR-Drucks. 121/05 – Gesetz vom 21. April 2005 (BGBl. I, 1073 ff.).

⁷¹² BT-Drucks. 13/7158 Anl. 4.

⁷¹³ BT-Drucks. 13/7158 Anl. 3 (12. März 1997).

⁷¹⁴ Anm. d. Verf.: „zum Betreuungsrecht“.

rechtes zu erarbeiten, die dazu beitragen“ (sollten), „ die Zahl der Betreuungsfälle zu reduzieren, fehlgeleitete Ressourcen im Interesse der eigentlichen Betreuungsarbeit zu bündeln und die Eingriffe in das Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen auf das Notwendige zu beschränken“⁷¹⁵.

In einem Zwischenbericht empfahl die Arbeitsgruppe die Einführung einer „Vertretungsmacht“ für Ehe- und Lebenspartner in Teilbereichen, u.a. im Bereich der Gesundheitspflege. Es hieß dort, dass die Vertretungsmacht zum Tragen komme, „wenn der Betroffene selbst in die jeweils anstehenden Entscheidungen über ärztliche Maßnahmen nicht mehr einwilligen“⁷¹⁶ könne. Die Vertretungsbefugnis sollte nicht an Bedingungen geknüpft werden. D.h. sie sollte von der Feststellung der Handlungsfähigkeit des Betroffenen unabhängig sein. Sie sollte bei Ehepartnern grundsätzlich mit der Eheschließung begründet werden. Nach diesem Konzept ergab sich die Einschränkung, nur im Fall der Erkrankung im erforderlichen Umfang von der Vertretungsmacht Gebrauch zu machen, aus dem Innenverhältnis, insbesondere aus der ehelichen Lebensgemeinschaft⁷¹⁷. Im Zwischenbericht wurde eine eingehende Prüfung angeregt, ob in den Kreis der vertretungsberechtigten Personen nahe Angehörige (Eltern und Kinder) einzubeziehen seien⁷¹⁸.

In ihrem Abschlussbericht kam die Arbeitsgruppe zu modifizierteren Vorschlägen. Danach sollte eine Vertretungsmöglichkeit für Ehegatten und Lebenspartner davon abhängig sein, dass ein Ehegatte (bzw. Lebenspartner) infolge eines Unfalls, einer Krankheit oder Behinderung nicht in der Lage war, seine Rechte und Pflichten selbst wahrzunehmen. Kinder und Eltern sollten im Gesundheitsbereich nachrangig zu einem Ehegatten oder Lebenspartner in die Vertretungsmacht einbezogen werden⁷¹⁹.

Im Entwurf des Bundesrates vom 19. Dezember 2003 waren die Vorschläge aus dem vorgenannten Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe weitgehend umgesetzt worden. Die Vertretungsmöglichkeit setzte voraus, dass ein Betroffener infolge einer Krankheit oder Behinderung nicht in der Lage war, seine Rechte und Pflichten selbst wahrzunehmen⁷²⁰.

⁷¹⁵ Zit. nach Betrifft: Betreuung 6, 25.

⁷¹⁶ Betrifft: Betreuung 4, 36.

⁷¹⁷ Vgl. Betrifft: Betreuung 4, 22 ff., 35.

⁷¹⁸ Vgl. Betrifft: Betreuung 4, 35, 36.

⁷¹⁹ §§ 1358 c, 1618 b BGB-Vorschlag, zit. nach: Betrifft: Betreuung 6, 75, 76 f.

⁷²⁰ Im Gegensatz zum Abschlussbericht war allerdings keine Regelung vorgeschlagen worden, wonach die Vertretungsmöglichkeit greifen sollte, wenn der Betroffene infolge eines Unfalls seine Rechte und Pflichten nicht selbst wahrnehmen konnte.

Nach der 1. Lesung im Deutschen Bundestag am 4. März 2004⁷²¹ wurde der Gesetzentwurf u.a. dem Rechtsausschuss des Bundestages überwiesen. Dort wurden Sachverständigenanhörungen⁷²² durchgeführt. Seitens des Ausschusses ist empfohlen worden, von der Normierung entsprechender Vertretungsmöglichkeiten abzusehen. Zur Begründung hieß es, dass die Ablehnung „insbesondere angesichts der nicht auszuschließenden Missbrauchsgefahr erfolge“. „Einschränkungen und weitere sonstige Sicherungen“ führten „nicht weiter, da sie die ohnehin schon komplizierte Norm unpraktikabel machten, ohne wirkliche Sicherheit zu erreichen und dem Ziel der Betreuungsvermeidung näher zu kommen“. Es sei „vorzugswürdig, die Betroffenen auf die Möglichkeiten der Vorsorge durch Vollmachten hinzuweisen“⁷²³.

Dieser Empfehlung ist sodann seitens des Bundestages und des Bundesrates entsprochen worden, so dass von der Einführung entsprechender Vertretungsbefugnisse abgesehen worden ist.

II. Zum Erfordernis entsprechender Normierungen

1. Der Ansatz von Probst / Knittel

Die Notwendigkeit einer entsprechenden Normierung ist von den Autoren Probst/Knittel, die die Diskussion um eine Einführung einer solchen Vertretungsmacht maßgeblich mit initiiert haben⁷²⁴, bejaht worden⁷²⁵. Sie haben die Ansicht vertreten, dass es, sofern keine wirksamen oder hinreichenden Vollmachten vorlägen, im Bürgerlichen Gesetzbuch an einem „Zwischenstück“ auf dem Weg zur Betreuung fehle. Es gebe keine – der gesetzlichen Erbfolge beim Fehlen

⁷²¹ Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 15/94 vom 4. März 2004 zum Tagesordnungspunkt 8 (Bundesministerin der Justiz Brigitte Zypries; MdB Ute Granold, Markus Kurth, Sibylle Laurischk, Sabine Bätzing, Markus Grübel, Min. Wolfgang Gerhards, Dr. Norbert Röttgen – 1 – 10).

⁷²² Am 26. Mai 2004 (u.a. zum Thema der „gesetzlichen Vertretungsmacht“) und am 16. Juni 2004, Protokolle Nr. 49 und 51 des Deutschen Bundestages, 15. Wahlperiode, Rechtsausschuss (6. Ausschuss).

⁷²³ Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages vom 16. Februar 2005, BT-Drucks. 15/4874; vgl. auch Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 15/158 vom 18. Februar 2005 zu Tagesordnungspunkt 24; im Ergebnis auch Gödicke, FamRZ 2003, 1894 ff. (1900); vgl. auch Bündnis 90/ Die Grünen, BtPrax 2004, 21 ff.

⁷²⁴ Vgl. zu den Ergebnissen der u.a. von ihnen moderierten Arbeitsgruppe 11 des 7. Vormundschaftsgerichtstages vom 18. – 21. Oktober 2000, in: Betrifft: Betreuung 3, 53 ff.; s. aber auch Ergebnisse einer Arbeitsgruppe beim 5. Vormundschaftsgerichtstag Nord vom 13. – 15. September 2001 (Moderation: Winterstein, Peter / Thar, Jürgen), in: Betrifft: Betreuung 4, 95 ff.

⁷²⁵ Probst/Knittel, ZRP 2001, 55.

eines Testaments vergleichbare – Notordnung, die zumindest den Versuch erlaube, das Defizit an Handlungskompetenz des Betroffenen zunächst innerhalb dessen Privatsphäre auszugleichen, etwa im Rahmen des Kreises der nächsten Angehörigen.

Nach hiesiger Auffassung trägt diese Argumentation nicht, um ein Erfordernis entsprechender Normierungen zu begründen. Denn beim Erbfall bedarf es mangels anderweitiger Regelung einer solchen „Notordnung“. Hingegen sieht das Gesetz, wenn keine ausdrückliche Bevollmächtigung vorliegt, gerade die Bestellung eines Betreuers vor – und zwar unter Berücksichtigung der Regelungen des § 1897 Abs. 4 und 5 BGB⁷²⁶. Sofern es sich um einen Eilfall handelt, kommt die Bestellung eines vorläufigen Betreuers in Betracht⁷²⁷. Sollte die Bestellung eines vorläufigen Betreuers nicht möglich sein, obliegt es dem Vormundschaftsgericht, die im Interesse des Betroffenen erforderlichen Maßregeln zu treffen⁷²⁸. Zu berücksichtigen ist zudem, dass eine Behandlung auf Grund der Regelungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag oder nach der mutmaßlichen Einwilligung denkbar ist.

2. Der Vorschlag des Bundesrates vom 19. Dezember 2003

Der Gedanke der Notordnung hat auch im Vorschlag des Bundesrates eine Rolle gespielt, obwohl er in dessen Wortlaut keinen Eingang gefunden hat. In der Begründung heißt es allerdings beispielsweise, dass die Normierungen es einem Ehegatten ermöglichen, Rechtsgeschäfte vorzunehmen, wenn mit einem Aufschub Gefahr verbunden sei⁷²⁹.

Eine Notwendigkeit für eine entsprechende Regelung lässt sich dem Entwurf nicht entnehmen. Zu den Gründen seiner Einbringung wurde ausgeführt, dass „die Auseinandersetzung mit schweren psychischen Krankheiten, geistigen oder seelischen Behinderungen, mit Altersdemenz und dem Tod einem Verdrängungsprozess“ unterliege⁷³⁰. Viele Menschen setzten sich daher nicht mit den Möglichkeiten privatautonomer Vorsorge durch Vollmachten auseinander. Das erscheine für die meisten Bürgerinnen und Bürger auch nicht notwendig, entspreche „es doch allgemeiner Vorstellung, dass nahe Angehörige, insbesondere Ehegatten,

⁷²⁶ Diekmann, *Betrifft: Betreuung* 4, 102 ff. (104) und *BtPrax* 2003, 200 ff. (201).

⁷²⁷ § 69 f FGG, wobei nach § 69 f Abs. 1 Satz 4 FGG das Gericht bei Gefahr im Verzug den vorläufigen Betreuer auch abweichend von § 1897 Abs. 4 und 5 BGB bestellen kann.

⁷²⁸ § 1846 BGB.

⁷²⁹ BR-Drucks. 865/03, 58 zu §§ 1429, 1454 BGB und zu § 1358 Abs. 1 Satz 1 BGB-E (wie Notverwaltungsrechte bei der Gütergemeinschaft).

⁷³⁰ BR-Drucks. 865/03, 17; vgl. dazu die Auswertung einer Umfrage an der Universität Göttingen bei Buchardi, *Festschrift für Schreiber*, 615 ff. (620 ff.).

berechtigt sind, im Krankheitsfall die notwendigen Maßnahmen zu ergreifen“⁷³¹. Das Betreuungsverfahren sei mit erheblichen Belastungen für den Betroffenen und seinen Ehegatten verbunden, die das Geschehen oft nur mit Angst und Unverständnis verfolgten. Zudem fragten sie sich, wofür die „Gesamtmaschinerie des vormundschaftsgerichtlichen Verfahrens in Gang gesetzt werde, nur um – selbstverständlich – den Ehegatten zum Betreuer zu bestellen“⁷³². Mit der gesetzlichen Einräumung der Befugnis, den anderen zu vertreten, könnten der Wille der Menschen und die von ihnen gelebte familiäre Realität abgebildet werden⁷³³.

Der Entwurf verweist darauf, dass – nach hiesiger Ansicht zwar nicht selbstverständlich, aber jedenfalls sehr häufig – der Ehegatte zum Betreuer bestellt wird. Dies wird bestätigt, wenn man bedenkt, dass im Jahr 2000 70 % der Betreuungen ehrenamtlich geführt worden. 85 % der ehrenamtlichen Betreuer waren nahe stehende Personen⁷³⁴, allerdings nicht nur Ehegatten. Angesichts dieser Praxis kann zwar eine Sachdienlichkeit der Einführung der hier in Rede stehenden Vertretungsmöglichkeiten begründet werden. Hingegen ergibt sich daraus und mit dieser Begründung kein Erfordernis für die Einführung entsprechender Befugnisse für nahe stehende Personen⁷³⁵.

3. Erfordernis einer Regelung zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechtes im Eilfall

Die bisherige Diskussion einer Vertretungsbefugnis für nahe stehende Personen ist vorrangig mit zwei – bereits angedeuteten - Argumenten geführt worden. Zum einen ist ein Erfordernis einer Notordnung verneint worden. Zum anderen hat die Einführung von entsprechenden Vertretungsbefugnissen im Hinblick auf einen etwaigen Missbrauch und damit aus Schutzgedanken gegenüber dem Betroffenen Ablehnung erfahren. Letzteres ist auch für das Votum des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages maßgeblich gewesen.

Es erscheint erforderlich, sich mit beiden Argumenten noch einmal auseinanderzusetzen, um beurteilen zu können, ob ein Regelungsbedarf für die Normierung einer Vertretungsbefugnis für nahe stehende Personen besteht.

⁷³¹ BR-Drucks. 865/03, 17.

⁷³² BR-Drucks. 865/03, 18.

⁷³³ BR-Drucks. 865/03, 18.

⁷³⁴ S. bei Sellin/Engels, Qualität, 61; kritisch zu den Hintergründen des Gesetzesvorschlages des Bundesrates (Kostenreduzierung und Entlastung der Vormundschaftsgerichte) Chiusi, ZRP 2004, 119.

⁷³⁵ Vgl. Kunz, 103 – 108.

Dabei soll zunächst auf den Gedanken der Notordnung eingegangen werden. Zu Beginn der vorliegenden Arbeit ist ausgeführt worden ⁷³⁶, dass eine ärztliche Maßnahme, auch wenn sie zu Heilzwecken vorgenommen wird, die leibliche und gegebenenfalls die seelische Integrität eines Menschen antaste. „Die Bestimmung über seine leiblich-seelische Integrität gehört zum ureigensten Teil der Personalität eines Menschen. Aus Sicht des Grundgesetzes ist der Einzelne in diesem Bereich frei, seine Maßstäbe zu wählen, nach ihnen zu leben und zu entscheiden“ ⁷³⁷. Ein Betroffener kann sein Selbstbestimmungsrecht nur wahrnehmen, wenn seine Entscheidung Voraussetzung gerechtfertigten ärztlichen Handelns ist ⁷³⁸. Der Kern des Selbstbestimmungsrechts bei einer ärztlichen Maßnahme ist die Entscheidung, ob der Einzelne in diese einwilligt (oder nicht). Liegt auf Grund fehlender oder eingeschränkter Eigenverantwortlichkeit keine wirksame Einwilligung eines Betroffenen vor, kann eine ärztliche Maßnahme nicht gerechtfertigt durchgeführt werden.

Weiter ist aufgezeigt worden, dass eine Aufgabe der gesetzlichen Vertretung, der Betreuung, darin besteht, zu gewährleisten, dass derjenige, der nicht (vollumfänglich) eigenverantwortlich handeln kann, einem Mündigen rechtlich gleichgestellt wird ⁷³⁹, so dass das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen gewahrt ist. Die Gleichstellung erfolgt dadurch, dass die von dem Betreuer als Stellvertreter des Betreuten getroffene Entscheidung die gleiche rechtliche Anerkennung wie diejenige eines Mündigen erfährt. Der Entscheidung eines Bevollmächtigten kommt die gleiche Funktion zu.

Dieser Ansatz, nämlich die Wahrung des Selbstbestimmungsrechts eines Betroffenen, bedarf im Bereich eilbedürftiger ärztlicher Maßnahmen einer genaueren Betrachtung. Dabei ist zu fragen, ob das Selbstbestimmungsrecht des nicht (mehr) eigenverantwortlich handeln könnenden Betroffenen hinreichend gewahrt ist, wenn in eilbedürftigen Fällen ⁷⁴⁰, in denen keine Entscheidung des Betroffenen oder eines ausdrücklich Bevollmächtigten vorliegt, auf die mutmaßliche Einwilligung abgestellt wird ⁷⁴¹.

In solchen Fällen wird eine Einwilligung des Betroffenen für die Durchführung der ärztlichen Maßnahme unterstellt, „es sei denn, dass es aufgrund vorheriger,

⁷³⁶ § 1 II. 2.

⁷³⁷ BVerfGE 52, 131 (175) unter Hinweis auf Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG.

⁷³⁸ BVerfGE 52, 131 (175 / 176).

⁷³⁹ S. oben § 3 IV. 2.

⁷⁴⁰ Nach den Ergebnissen des Forschungsprojektes „Rechtliche Betreuung im Alter“ erfolgen etwa 17 % der Erstbestellungen von Betreuern im Eilverfahren (Hoffmann / Korte, 87). Zwischen 15 % und 20 % der Anregungen für eine Betreuerbestellung stammen aus Krankenhäusern (Hoffmann / Korte, 133).

⁷⁴¹ Auf eine Einschränkung des Selbstbestimmungsrechtes weist Martin, 228, hin.

eindeutiger Erklärung oder Überzeugung des Patienten offensichtlich und ohne Zweifel ist, dass er seine Zustimmung zu einem Eingriff in dieser Situation verweigern würde“⁷⁴². Die mutmaßliche Einwilligung rechtfertigt damit zwar das ärztliche Handeln. Ihr fehlt aber eine Legitimation, auf Grund derer sie als für den Patienten getroffene Entscheidung die gleiche rechtliche Anerkennung wie diejenige eines Mündigen erfahren könnte. Eine entsprechende Legitimation bestünde, wenn nahe stehenden Personen in eilbedürftigen Fällen eine Vertretungsbefugnis kraft Gesetzes eingeräumt würde. Denn dann würde die von dieser Person als Vertreter des Betroffenen getroffene Entscheidung die entsprechende rechtliche Anerkennung erhalten.

Der Gedanke der Notordnung ist danach von einem anderen Ausgangspunkt als nach den dargestellten Ansätzen zu verfolgen, nämlich im Hinblick auf die Wahrung des Selbstbestimmungsrechts der einzelnen Betroffenen in Eilfällen⁷⁴³. Da bei einem Abstellen auf die mutmaßliche Einwilligung die Beachtung des Selbstbestimmungsrechts des Einzelnen nicht hinreichend gewährleistet ist, besteht für entsprechende Eilfälle ein Regelungsbedarf⁷⁴⁴. Ein darüber hinaus gehendes Erfordernis zur Einführung einer Vertretungsbefugnis für nahe stehende Personen ist hingegen nicht erkennbar, da in anderen Fällen stets ein Betreuer bestellt werden kann. Eine Vertretungsbefugnis für nahe stehende Personen wäre damit eine „Notfallregelung“⁷⁴⁵.

Nachdem das Erfordernis einer Normierung bejaht worden ist, sind im Folgenden mögliche Grundlagen zu betrachten. Auch ist zu klären, ob der Eilfall, auf den bislang verwiesen wurde, näher zu bestimmen ist. Zudem ist zu prüfen, wie eine entsprechende Vertretungsregelung ausgestaltet werden könnte. In diesem Zusammenhang werden die bereits erwähnten Bedenken gegen die Normierung einer Vertretungsbefugnis zu erörtern sein. Das maßgebliche Argument gegen die Einführung einer entsprechenden Vertretungsbefugnis, nämlich die Missbrauchsge-

⁷⁴² Weltärztebund, Deklaration von Lissabon zu den Rechten des Patienten, Grundsatz 4. b.; Stefan/Pauge, Rn. 419 m.w.N.; s. auch Operderbecke / Weißauer, MedR 1998, 395 ff., 396 („in dubio pro vita“).

⁷⁴³ Vgl. Deutscher Anwaltverein, in: Prot. Nr. 49, 170; ein über die Geschäftsführung ohne Auftrag hinausgehendes Notvertretungsrecht ablehnend Klie BtPrax 2002, 91 ff. (95); hingegen für eine Art Pflegschaft plädierend Chiusi, ZRP 2004, 119 ff. (123).

⁷⁴⁴ A.A. Dodegge, FGPrax 2004, 153 ff. (157) unter Hinweis auf die mutmaßliche Einwilligung als Rechtfertigungsgrund; kritisch auch Stolz, BtPrax 2003, 20, 21; Crefeld, BtPrax 2003, 239 ff.. Zutreffend weist der Bundesgerichtshof (BGHZ 154, 205 ff., 214) darauf hin, dass sich die Willensbestimmung durch den Arzt oder Angehörigen aus dem Selbstbestimmungsrecht (nach derzeitiger Rechtslage – Anm. d.Verf.) nicht legitimiert. Dies wäre bei der Einführung einer entsprechenden Vertretungsmöglichkeit aber gerade der Fall.

⁷⁴⁵ Dieser Ansatz ist bei meinen Beiträgen in BtPrax 2003, 200 ff. und Betrifft: Betreuung; Band 4, 102 ff. nicht beleuchtet worden, so dass ich zu einer anderen Einschätzung gelangt war (s. insb. Betrifft: Betreuung, Band 4, S. 107).

fahr, betrifft nämlich nicht die Frage, ob ein Erfordernis für eine Normierung besteht. Es bezieht sich vielmehr auf deren Ausgestaltung.

III. Grundlagen der Vertretungsbefugnis

Zunächst soll untersucht werden, auf welche Grundlagen eine entsprechende Vertretungsbefugnis gestützt werden kann.

Die Prüfung orientiert sich an den Ausführungen im Entwurf des Bundesrates. Zum besseren Verständnis erfolgt nachstehend eine Zusammenfassung der Vorschläge für den Bereich der Gesundheitspflege. Außerdem werden einzelne Passagen aus der Begründung wiedergegeben.

1. Die Ausführungen im Entwurf des Bundesrates

a. Zusammenfassung der Vorschläge für den Bereich der Gesundheitspflege

Nach dem Entwurf des Bundesrates sollten die Regelungen im Familienrecht verankert werden.

§ 1358 a Abs. 1 BGB-E sah die Vertretungsbefugnis durch Ehegatten vor. Danach sollte dann, wenn ein Ehegatte infolge einer Krankheit oder Behinderung nicht in der Lage war, seine Rechte und Pflichten selbst wahrzunehmen und er weder eine andere Person für ihn zu handeln bevollmächtigt hatte, noch ein Betreuer bestellt war, der andere Ehegatte für den verhinderten Ehegatten Erklärungen abgeben können, die auf die Vornahme einer Untersuchung des Gesundheitszustandes, einer Heilbehandlung oder eines ärztlichen Eingriffs gerichtet waren. Die Anwendung des § 1358 a BGB war auch bei Lebenspartnern vorgesehen⁷⁴⁶.

Der Entwurf beinhaltete in § 1618 b BGB-E eine entsprechende Vertretungsmöglichkeit im Verhältnis von Eltern und ihren volljährigen Kindern. Diese sollte aber nicht eingreifen, wenn ein erklärungsbefugter Ehegatte (bzw. Lebenspartner) vorhanden war. Kinder sollten vor Eltern erklärungsbefugt sein.

Es war weiter vorgeschlagen worden, dass die Regelung des § 1904 Abs. 1 BGB entsprechend gelte.

⁷⁴⁶ Art. 2 § 5 des Entwurfs zu § 8 Abs. 2 des Lebenspartnerschaftsgesetzes vom 16. Februar 2001 – BGBl. I, 266.

b. Zur Begründung des Entwurfs

Es heißt im Entwurf, dass das Bürgerliche Gesetzbuch eine gesetzliche Vertretungsmacht unter Ehegatten und Lebenspartner zwar nicht kenne.

„§ 1357 Abs. 1 BGB, der für Lebenspartner entsprechend gilt (§ 8 Abs. 2 LPartG), bestimmt aber, dass jeder Ehegatte berechtigt ist, mit Wirkung auch für den anderen Ehegatten Geschäfte zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs der Familie zu besorgen. Durch solche Geschäfte werden grundsätzlich beide Ehegatten berechtigt und verpflichtet. Jeder Ehegatte kann, soweit ein ausreichender Grund besteht, diese Befugnis ausschließen. (...) Zudem endet die Befugnis mit der Trennung (§ 1567 BGB) der Ehegatten (§ 1357 Abs. 3 BGB). Diese Regelung enthält kein Vertretungsrecht, da die Bindung des nicht handelnden Ehegatten eintritt, ohne dass der Geschäftsverkehr weiß, ob und mit wem der Geschäftspartner verheiratet ist. Es fehlt damit an der für das Vertretungsrecht grundsätzlich konstitutiven Offenlegung des Vertretungshandelns (§ 164 Abs. 1 BGB). Zudem treffen die Wirkungen des Rechtsgeschäftes beide Ehegatten und nicht nur einen Vertretenen. In seinen Rechtsfolgen ist § 1357 BGB aber mit den Regeln der Stellvertretung und der Vermögensverwaltung vergleichbar, so dass die Normen des Vertretungsrechtes und die Grundsätze der Vermögensverwaltung ergänzend herangezogen werden können (...). § 1357 BGB gestaltet das Rechtsinstitut der Ehe aus wirtschaftlicher Sicht.

(...) Über § 1357 BGB hinaus bestimmt § 1353 Abs. 1 Satz 2, 2. Halbsatz BGB (für Lebenspartner: § 2 Satz 2 LPartG), dass die Ehegatten füreinander Verantwortung tragen. Diese gegenseitige Verpflichtung kann in vielfacher Weise Grundlage für eine gesetzliche Vertretungsmacht sein: Für den Bereich der Gesundheits-sorge folgt aus § 1353 BGB die Verpflichtung, einen psychisch kranken Ehegatten in einem psychiatrischen Krankenhaus unterzubringen und Hilfe für einen süchtigen Partner zu organisieren. (...)

Zusammenfassend ergibt sich, dass im Ehe- und Lebenspartnerschaftsrecht die Grundlage zu sehen ist, eine gesetzliche Vertretungsmacht zu normieren.

Aber nicht nur für Ehegatten und Lebenspartner sind im Familienrecht vielfache Pflichten und Rechte begründet. Auch Eltern und Kinder sind nach § 1618 a BGB einander Beistand schuldig. Diese Verpflichtung ist unabhängig davon, ob die Kinder minderjährig oder volljährig sind oder mit den Eltern in einem Haushalt leben. Inhaltlich ist § 1618 a BGB parallel zu § 1353 BGB entwickelt worden. Die Familie ist daher in allen Lebenslagen zur Unterstützung und Hilfeleistung verpflichtet. Für die Bereiche außerhalb der Vermögenssorge ist es deshalb richtig,

Kinder und Eltern – nachrangig zu Ehegatten und Lebenspartnern – in die gesetzliche Vertretungskompetenz einzubeziehen“⁷⁴⁷.

Es heißt weiter, dass die Akzeptanz für eine entsprechende Vertretungsbefugnis – zumindest in Teilbereichen – groß sei. Es entspreche einer weit verbreiteten Vorstellung in Umsetzung des Rechtsgedankens des § 1353 BGB, dass die Verpflichtung zur gegenseitigen Verantwortung auch das Recht begründe, die Interessen des anderen nach außen wahrnehmen zu dürfen. Die Einführung einer gesetzlichen Vertretungsmacht könne das Auseinanderfallen von sozialem Anspruch und rechtlicher Wirklichkeit beseitigen⁷⁴⁸.

2. Zur Grundlage der Vertretungsbefugnis im Ehe- und Lebenspartnerschaftsrecht bzw. im „Eltern-/Kindrecht“

Um klären zu können, ob die vorstehenden Regelungen als Grundlage für eine Vertretungsbefugnis von nahe stehenden Personen herangezogen werden können, ist zunächst näher auf die genannten Vorschriften einzugehen.

a. § 1357 BGB

Nach § 1357 Abs. 1 BGB ist jeder Ehegatte berechtigt, Geschäfte zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs der Familie mit Wirkung auch für den anderen Ehegatten zu besorgen. Durch solche Geschäfte werden beide Ehegatten berechtigt und verpflichtet, es sei denn, dass sich aus den Umständen etwas anderes ergibt (- früher als sog. Schlüsselgewalt bezeichnet -). Die Berechtigung, Geschäfte für den anderen zu besorgen, kann ausgeschlossen werden, § 1357 Abs. 2 BGB. Geregelt wird in § 1357 Abs. 1 BGB also, „in welchem Umfang die von einem Ehegatten abgeschlossenen Rechtsgeschäfte auch ohne ausdrückliche Vollmacht zugleich für und gegen dessen Ehepartner wirken“⁷⁴⁹.

aa. Zum Normzweck

Die Regelung wurde in der jetzigen Fassung durch das 1. EheRG eingeführt⁷⁵⁰. Bis zum Inkrafttreten des Gesetzes am 1. Juli 1977 lautete die Vorschrift: „Die Frau ist berechtigt, Geschäfte, die innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises liegen, mit Wirkung für den Mann zu besorgen. Aus Rechtsgeschäften, die sie

⁷⁴⁷ BR-Drucks. 865/03, 35 – 37.

⁷⁴⁸ BR-Drucks. 865/03, 19; vgl. auch Probst/Knittel, ZRP 2001, 55; Klic, BtPrax 2002, 91 ff. (93) zur Annahme in der Bevölkerung, es bestehe ein natürliches Vertretungsrecht in Heilbehandlungsfragen; Dieckmann//Jurgeleit, BtPrax 2002, 197; zustimmend Krauß, BWNotZ 2004, 33 (35); s. auch Strätling/Strätling-Tölle/ Scharf/ Schmucker, MedR 2003, 372 ff. (376) unter Hinweis auf BayObLGR 1999, 69; vgl. auch Stellungnahme der Bundesregierung zum Gesetzentwurf des Bundesrates, Anlage 2 zu BT-Drucks. 15/2494, 46 ff.

⁷⁴⁹ Wacke, in: MünchKomm, § 1357 BGB Rn. 1.

⁷⁵⁰ Zur Textgeschichte s. ausführlich Hübner/Voppel, in: Staudinger, § 1357 BGB Rn. 1 ff.

innerhalb dieses Wirkungskreises vornimmt, wird der Mann berechtigt und verpflichtet, es sei denn, daß sich aus den Umständen etwas anderes ergibt; ist der Mann nicht zahlungsfähig, so wird auch die Frau verpflichtet. Der Mann kann die Berechtigung der Frau, Geschäfte mit Wirkung für ihn zu besorgen, beschränken oder ausschließen ...“: „Der Ehefrau, der § 1356 (BGB) aF die Haushaltsführung zuwies, sollte diese Aufgabe durch Drittverpflichtungs- und Drittberechtigungsbezugnis erleichtert werden“⁷⁵¹. Seit der Aufgabe des Leitbildes der „Hausfrauen-ehe“ ist darauf nicht mehr abzustellen.

Das Bundesverfassungsgericht hat § 1357 Abs. 1 BGB als eine Regelung angesehen, die das Rechtsinstitut der Ehe in wirtschaftlicher Hinsicht ausgestaltet. Der Gesetzgeber habe bei der Neuregelung zwar „auch die Belange der Vertragspartner von Geschäften im Rahmen der Schlüsselgewalt im Auge gehabt“⁷⁵². Vor allem sei es ihm aber darum gegangen, den Ehegatten, der die Haushaltsführung übernommen habe, „für seine Aufgabe im Rahmen der ehelichen Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft angemessen auszurüsten“⁷⁵³. Dem Gedanken der ehelichen Wirtschaftsgemeinschaft widerspreche es grundsätzlich nicht, dass sich Ehegatten in einer intakten Ehe in den Grenzen, die durch die „angemessene Deckung des Lebensbedarfs“ gezogen seien, gegenseitig verpflichten könnten⁷⁵⁴. Mit der Eheschließung übernehme der Verheiratete eine Mitverantwortung für seinen Lebenspartner (vgl. § 1360 BGB). Den unterhaltsrechtlichen Folgen einer Eheschließung entspreche es, dass der Gesetzgeber den Ehegatten mit der Regelung die Möglichkeit verschafft habe, „außerhalb von Bargeschäften Verträge zu schließen, die den Lebensbedarf der Familie decken sollen und dabei den anderen Ehegatten zu verpflichten“⁷⁵⁵.

bb. Zur Rechtsnatur

Zur Rechtsnatur des § 1357 BGB werden unterschiedliche Ansichten vertreten. Teilweise wird die Regelung als eine gesetzliche Vertretungsmacht⁷⁵⁶ angesehen. Andererseits wird erörtert, ob eine Organschaft vorliegt⁷⁵⁷. Die überwiegende

⁷⁵¹ Hübner/Voppel, in: Staudinger, § 1357 BGB Rn. 8.

⁷⁵² BVerfGE 81, 1 ff. (7).

⁷⁵³ BVerfGE 81, 1 ff. (7); vgl. auch BT-Drucks. 7/650, 98 f.

⁷⁵⁴ BVerfGE 81, 1 ff. (10).

⁷⁵⁵ BVerfGE 81, 1 ff. (10); s. zum Normzweck auch: BGHZ 94, 1 (9) (Zuwachs an wirtschaftlichem Potenzial); Bruder Müller, in: GW FamK-Rolland (Verwirklichung wirtschaftlicher Chancengleichheit); Hübner / Voppel, in: Staudinger, § 1357 BGB Rn. 8 u. Lange, in: Soergel, § 1357 BGB Rn. 2 (Stärkung der Position des nicht erwerbstätigen Ehegatten); Harke, FamRZ 2006, 88 ff. (89, 91) - Versionshaftung.

⁷⁵⁶ Lüke, AcP 178 (1978), 1 ff. (19); Müller, AcP 168 (1968), 113 ff. (126 ff.).

⁷⁵⁷ Büdenbender, FamRZ 1976, 662 ff. (666); Müller-Freienfels, in: Festschrift für Lehmann, Band. 1, 388 ff. (409 f.).

Auffassung geht von einer familienrechtlichen Rechtsmacht *sui generis* aus ⁷⁵⁸. Dazu ist Folgendes auszuführen. Die Ehe begründet zunächst kein allgemeines gesetzliches Vertretungsrecht zwischen den Ehegatten ⁷⁵⁹. Im Rahmen der Geschäfte zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs besteht aber eine beiderseitige Verpflichtungsbefugnis ⁷⁶⁰ der Ehegatten. Tätigt ein Ehegatte unter Offenlegung seines Status ein Geschäft, verpflichtet er sich selbst und den Ehegatten durch Stellvertretung (§§ 164 Abs. 1 Satz 1, 1357 Abs. 1 Satz 2 BGB). Wenn die Vertretung nicht offen gelegt wird, wird der andere Ehegatte, weil es sich um ein Geschäft zur Deckung des Lebensbedarfs handelt, nach § 1357 Abs. 1 Satz 2 BGB (mit)berechtigt und (mit)verpflichtet ⁷⁶¹.

Gegen die Annahme einer gesetzlichen Vertretungsmacht in diesem Bereich spricht das vertretungsrechtliche Offenkundigkeitsprinzip gemäß § 164 Abs. 2 BGB ⁷⁶². Danach kommt, wenn der Wille, in fremden Namen zu handeln, nicht erkennbar hervortritt, der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht. Darauf kommt es im Rahmen des § 1357 Abs. 1 BGB nicht an.

Der Offenkundigkeitsgrundsatz wird zwar bei dem sog. „Geschäft für den, den es angeht“ ⁷⁶³, durchbrochen. Bei Bargeschäften des täglichen Lebens kommt der Vertrag mit demjenigen zustande, den es angeht, ohne dass der Vertreterwille erkennbar gemacht werden müsste ⁷⁶⁴. Über diesen Rahmen gehen die von § 1357 BGB gedeckten Geschäfte allerdings hinaus.

Eine Anlehnung an die Stellvertretungsregelungen erfolgt auch, wenn man § 1357 BGB als spezialgesetzlich geregelten Fall einer Duldungs- und Anscheinsvollmacht ansieht ⁷⁶⁵. Dies wird daraus abgeleitet, dass sich die Schlüsselgewalt aus einer vermuteten Vollmacht (*mandatum praesumptum*, *mandat tacite domestique*)

⁷⁵⁸ Lange, in: Soergel, § 1357 BGB Rn. 9; Roth-Stielow, in: RGRK, § 1357 BGB Rn. 4; Wacke, in: MünchKomm, § 1357 BGB Rn.10 „mit Anklängen an eine gesetzliche Vertretungsmacht und an die amtsähnliche Stellung der Verwalter von Sondervermögen“; FamK/Rolland/Brudermüller Rn. 8; Gernhuber/Coester-Waltjen, § 19 IV 4; Rauscher, Rn. 275.

⁷⁵⁹ Vgl. RGZ 68, 141 (146); BGHZ 125, 175 ff.

⁷⁶⁰ Vgl. Diederichsen, NJW 1977, 217 ff. (221); Käppler, AcP 1979 (1979), 245 ff. (273 ff., 275); zur Zulässigkeit einer offenen Verpflichtungsermächtigung unter Anwendung der Stellvertretungsregelungen vgl. Peters, AcP 171 (1971), 234 ff. (247 / 248).

⁷⁶¹ Brudermüller, in: Palandt, § 1357 BGB Rn. 3; vgl. Rauscher, Rn. 276.

⁷⁶² Gamillscheg, in: Erman, § 1357 BGB Rn. 6.

⁷⁶³ Hübner / Voppel, in: Staudinger, § 1357 BGB Rn. 22.

⁷⁶⁴ Heinrichs, in: Palandt, § 164 BGB Rn. 8 m.w.N.

⁷⁶⁵ Wacke, in: MünchKomm, § 1357 BGB Rn. 10 m.w.N., wonach der gesetzliche Schuldbeitritt des Ehepartners der adjektivischen Haftung des römisch-gemeinen Rechts aus Geschäften von Gewaltunterworfenen und Angestellten ähnele und es sich um ein Relikt der sog. Versionsklage handele.

entwickelt habe ⁷⁶⁶. Als Grundlage der Verpflichtungsermächtigung ⁷⁶⁷ wird damit das stillschweigende Einverständnis des anderen Ehegatten mit den üblichen Bedarfsdeckungsgeschäften angenommen ⁷⁶⁸. Der vermuteten Vollmacht ist in der Literatur bereits entgegen gehalten worden, dass die Frau eine eigene Rechtsmacht habe, die nicht auf einer vom Mann abgeleiteten vermuteten oder stillschweigenden Ermächtigung beruhe ⁷⁶⁹. Ungeachtet dieser unterschiedlichen Betrachtung aus der historischen Entwicklung heraus spricht gegen die Einordnung in den Bereich der Stellvertretung weiter, dass nach § 1357 BGB nicht nur – wie nach § 164 Abs. 1 Satz 1 BGB – der vermeintliche Vertretene, sondern auch der vermeintliche Vertreter berechtigt und verpflichtet wird ⁷⁷⁰. Auf Grund des zuletzt genannten Umstandes ist auch nicht von einer Organschaft auszugehen ⁷⁷¹.

Nach Vorstehendem kann die Regelung „nicht einem Rechtsinstitut zugeordnet“ werden, „in dessen Grundmuster sie nicht passt“ ⁷⁷². Daher ist von einem Rechtsinstitut sui generis auszugehen.

Bevor geklärt werden kann, ob diese Ausführungen hinsichtlich eines Vertretungsrechtes für nahe stehende Personen nutzbar gemacht werden können, soll der Anwendungsbereich des § 1357 Abs. 1 BGB betrachtet werden.

cc. Anwendungsvoraussetzungen

Die Regelung gilt nur bei einer bestehenden Ehe ⁷⁷³, bei der die Ehegatten nicht getrennt leben ⁷⁷⁴. Außerdem darf ein Ehegatte die Berechtigung des anderen Ehegatten, Geschäfte mit Wirkung für ihn zu besorgen, nicht beschränkt oder ausgeschlossen haben ⁷⁷⁵.

Entscheidend ist, ob es sich um Geschäfte zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs handelt. Als solche werden nur die Geschäfte angesehen, die zur sachgerechten Sicherung des angemessenen Lebensbedarfs notwendig sind. Geschäfte größeren Umfangs, die ohne Schwierigkeiten zurückgestellt werden kön-

⁷⁶⁶ Wacke, in: MünchKomm, § 1357 BGB Rn. 11; ders., NJW 1979, 2485 ff. (2586).

⁷⁶⁷ Vgl. Diederichsen, NJW 1977, 217 ff. (221).

⁷⁶⁸ Wacke, in: MünchKomm, § 1357 BGB Rn. 11; vgl. Käppler, AcP 179 (1979), 245 ff. (279).

⁷⁶⁹ Vgl. Müller-Freienfels, in: Festschrift für Lehmann, Band I, 388 ff. (391 ff.) m.w.N. - insb. Fn. 14, 18.

⁷⁷⁰ Roth-Stielow, in: RGRK, § 1357 BGB Rn. 4; Lange, in: Soergel, § 1357 BGB Rn. 9; Gernhuber / Coester-Waltjen, § 19 IV 4.

⁷⁷¹ Hübner/Voppel, in: Staudinger, § 1357 BGB Rn. 23; Lange, in: Soergel, § 1357 BGB Rn. 9.

⁷⁷² Brudermüller, in: GW FamK-Rolland, § 1357 BGB Rn. 8; vgl. Chiusi, ZRP 2004, 119 ff. (121).

⁷⁷³ S. zur eingetragenen Lebenspartnerschaft: § 8 Abs. 2 LPartG.

⁷⁷⁴ § 1567 BGB.

⁷⁷⁵ § 1357 Abs. 2 BGB.

nen, sollen nicht darunter fallen ⁷⁷⁶. Dabei ist nicht der Empfängerhorizont des Geschäftspartners des Ehegatten ausschlaggebend. Bestimmend ist der konkrete Lebensbedarf nach den grundsätzlich individuell zu bemessenden Verhältnissen der Familie ⁷⁷⁷.

Aus den zahlreichen Anwendungsfragen, die sich im Rahmen des § 1357 Abs. 1 BGB stellen ⁷⁷⁸, soll in der hiesigen Arbeit lediglich auf zwei Probleme eingegangen werden.

Zum einen fragt sich, ob Behandlungsverträge unter den Regelungsbereich des § 1357 Abs. 1 Satz 1 BGB fallen können ⁷⁷⁹. Das wird teilweise im Hinblick auf den höchstpersönlichen Charakter des Behandlungsvertrages abgelehnt ⁷⁸⁰. Z.T. wird auch darauf abgestellt, dass die Mitverpflichtung nur eintrete, wenn sich nicht „aus den Umständen etwas anderes ergebe“ ⁷⁸¹. Letzteres sei bei Behandlungsverträgen der Fall. Nach Ansicht des Bundesgerichtshofes kommt eine Anwendung des § 1357 Abs. 1 BGB in Betracht ⁷⁸². Dabei sei der nach außen in Erscheinung tretende Lebenszuschnitt der Familie maßgebend ⁷⁸³. Letzteres ist in einer Entscheidung vom 27. November 1991 dahingehend modifiziert worden, dass eine medizinisch indizierte, unaufschiebbare ärztliche Behandlung eines Ehegatten ohne Rücksicht auf die Höhe der mit ihr verbundenen Kosten der angemessenen Deckung des Lebensbedarfs der Familie diene ⁷⁸⁴.

Bereits zu § 1357 BGB a.F. ist in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes die Grenze der Schlüsselgewalt aufgezeigt worden. Denn der Patient selbst – nicht sein Ehegatte – muss die Einwilligung zu ärztlichen Eingriffen geben und auch nur der Betroffene kann den Arzt von der Schweigepflicht entbinden ⁷⁸⁵.

Handelt ein Ehegatte in dem hier relevanten Bereich, kann hinsichtlich der Mitverpflichtungsbefugnis für rechtsgeschäftliche Erklärungen folglich auf § 1357 BGB zurückgegriffen werden ⁷⁸⁶. Dies gilt hingegen nicht für die eine ärztliche Maßnahme rechtfertigenden Erklärungen, die der betroffene Ehegatte selbst ab-

⁷⁷⁶ Bruder Müller, in: Palandt, § 1357 BGB Rn. 12.

⁷⁷⁷ Hübner/Voppel, in: Staudinger, § 1357 BGB Rn. 41; vgl. aber RGZ 61, 78 (81); BGHZ 94, 1, 6 f.

⁷⁷⁸ Vgl. Bruder Müller, in: Palandt, § 1357 BGB Rn. 10.

⁷⁷⁹ S. insbesondere Medicus, in: Festschrift für Schwab, 359 ff. (368 f.); ausführlich Sieper, MedR 2006, 638 ff.

⁷⁸⁰ Vgl. LG Stuttgart FamRZ 1961, 315.

⁷⁸¹ Vgl. Peter, NJW 1993, 1949 ff. (1952 f.).

⁷⁸² BGHZ 94, 1 ff., 6 f.

⁷⁸³ Vgl. bereits zu § 1357 BGB a.F.: BGHZ 47, 75 ff. (83).

⁷⁸⁴ BGHZ 116, 184 ff. (zur Haftung einer Ehefrau bei einem Vertragsschluss des Ehemannes).

⁷⁸⁵ BGHZ 47, 75 ff. (83).

⁷⁸⁶ Vgl. Bruder Müller, in: Palandt, § 1357 BGB Rn. 19.

geben muss ⁷⁸⁷. Das Bundesverfassungsgericht hat – wie dargelegt - ausgeführt, dass mit der Eheschließung ein Ehegatte auch Mitverantwortung für seinen Partner übernehme. Dessen Selbstbestimmungsrecht gegenüber dem anderen Ehegatten werde aber durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützt ⁷⁸⁸.

dd. Zum Innenverhältnis

Die Frage, wie das Innenverhältnis zwischen den Ehegatten geregelt ist, wird nicht einheitlich beantwortet. Teilweise wird – im Hinblick auf die Einordnung als familienrechtliches Rechtsinstitut *sui generis* - § 1353 BGB herangezogen ⁷⁸⁹. Z.T. wird das Vorliegen eines Geschäftsbesorgungsvertrages angenommen ⁷⁹⁰ oder es wird auf eine gesellschaftsähnliche Beziehung abgestellt ⁷⁹¹.

Beim Abschluss von Geschäften zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs der Ehegatten sollen Wünsche des Partners mit zu berücksichtigen sein ⁷⁹². Hier liegt die Betonung aber auf der Mitberücksichtigung; d.h. aus § 1357 BGB lässt sich nicht entnehmen, dass der handelnde Ehegatte verpflichtet wäre, nur nach dem Wunsch des anderen Ehegatten zu handeln.

b. § 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB

Nach § 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB sind die Ehegatten einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet; sie tragen füreinander Verantwortung. Aus der ehelichen Gemeinschaft ergibt sich die Verpflichtung zu gegenseitigem Beistand ⁷⁹³. Das Bürgerliche Gesetzbuch begnügt sich, anders als frühere Rechtsordnungen, die die Rechte und Pflichten der Ehegatten enumerativ anführten ⁷⁹⁴, mit einer Generalklausel. § 1353 BGB bildet die Grundlage für Rechte und Pflichten (im Innenverhältnis ⁷⁹⁵). Die Regelung verleiht den sittlichen Bindungen, die sich aus dem Sinngehalt der Ehe geben, die Qualität von Rechtspflichten ⁷⁹⁶.

⁷⁸⁷ Vgl. BGHZ 47, 75 ff. (83); KG NJW 1985, 862; VG Frankfurt NJW-RR 1988, 393 f.; OLG Köln FamRZ 1999, 1134; Wacke, in: MünchKomm, § 1357 BGB Rn. 30; Gernhuber / Coester-Waltjen, 19, IV, 6.

⁷⁸⁸ BVerfGE 81, 1 ff.

⁷⁸⁹ Hübner / Voppel, in: Staudinger, § 1357 BGB Rn. 85; Roth-Stielow, in: RGRK, § 1357 Rn. 5.

⁷⁹⁰ Lücke AcP 178 (1978), 1 ff. (18).

⁷⁹¹ OLG München NJW 1972, 542.

⁷⁹² Büdenbender, FamRZ 1976, 662 ff. (666).

⁷⁹³ Nach RGZ 70, 48 ff. (50) folgt daraus die Pflicht, den Partner ggfls. in einer „Heilanstalt“ unterzubringen.

⁷⁹⁴ Vgl. ALR Teil II, Titel 1, 174 ff.; Sächs. BGB §§ 1630 ff.; Cod. Civ. Art. 212 ff.

⁷⁹⁵ Vgl. BGH NJW 1988, 2032.

⁷⁹⁶ BGHZ 37, 38 (41); vgl. BT-Drucks. 7/650, 95, 101; 7/4361, 2, 6 - 8, 14 - 16, 19.

Es besteht eine gegenseitige Hilfs- und Beistandspflicht⁷⁹⁷. In der Rechtsprechung ist z.B. angenommen worden, dass eine Verpflichtung bestehe, dem suchtkranken Partner zu helfen⁷⁹⁸. Daraus, dass dem Ehegatten, der Verantwortung für den anderen trägt, Pflichten auferlegt werden, ist aber nicht zu schließen, dass ein Ehegatte auch die Rechtsmacht zur Vertretung des anderen herleiten kann⁷⁹⁹. Zweifelhaft bleibt auch, inwieweit sich aus § 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB eine Wunschbefolgungspflicht ergibt.

c. § 1618 a BGB

Nach § 1618 a BGB sind Eltern und Kinder einander Beistand und Rücksicht schuldig⁸⁰⁰. Es handelt sich um die Grundnorm für die Beziehungen der Familienmitglieder untereinander⁸⁰¹. Die Regelung wurde zunächst als eine „*lex imperfecta*“ betrachtet, die nur Leitlinien aufzeige, jedoch keine unmittelbare Rechtsfolge enthalte⁸⁰². Heute ist anerkannt, dass die Vorschrift auch echte Rechtspflichten begründet⁸⁰³. Sie gilt auch im Verhältnis zu volljährigen und verheirateten Kindern⁸⁰⁴.

Es kann Familienmitgliedern obliegen, bei Krankheit o.ä. selbst Hilfe zu leisten oder diese zu organisieren⁸⁰⁵. Entsprechende Pflichten beziehen sich aber auf das Innenverhältnis der Familienmitglieder. Sie gewähren nicht das Recht, Rechtsgeschäfte mit Wirkungen für Angehörige vorzunehmen⁸⁰⁶. Außerdem lässt sich der Verpflichtung zur Rücksichtnahme nach § 1618 a BGB zwar entnehmen, dass es geboten sein kann, eigene Wünsche hinter die Bedürfnisse eines anderen Familienmitglieds zurückzustellen⁸⁰⁷. Wann es aber z.B. erforderlich sein kann, einen Wunsch eines Angehörigen nicht zu beachten, bleibt offen⁸⁰⁸.

⁷⁹⁷ Wacke, in: MünchKomm, § 1353 BGB Rn. 22.

⁷⁹⁸ BGH FamRZ 1967, 324; s.a. BGHSt 2, 150 (152); Lange, in: Soergel, § 1353 BGB Rn. 22.

⁷⁹⁹ Chiusi, ZRP 2004, 119 ff. (122).

⁸⁰⁰ Die Vorschrift wurde eingefügt durch das SorgeRG 1979, vgl. BT-Drucks. 8/2788, 36.

⁸⁰¹ Wenz, in: RGRK, § 1353 BGB Rn. 2.

⁸⁰² BT-Drucks. 8/2788, 36, 43.

⁸⁰³ Wenz, in: RGRK, § 1618 a BGB Rn. 3.

⁸⁰⁴ Wenz, in: RGRK, § 1618 a BGB Rn. 6; Strätz, in: Soergel, § 1618 a BGB Rn. 3.

⁸⁰⁵ Wenz, in: RGRK, § 1618 a BGB Rn. 12.

⁸⁰⁶ Chiusi, ZRP 2004, 119 ff. (122).

⁸⁰⁷ V. Sachsen-Gessaphe, in: MünchKomm, § 1618 a BGB Rn. 9.

⁸⁰⁸ Vgl. Michalski, in: Erman, § 1618 a BGB Rn. 13, 15; Coester, in: Staudinger, § 1618 a BGB Rn. 29, 32.

d. Zur Bewertung der Grundlagen

Das geltende Recht kennt bei natürlichen Personen zwei Formen der Stellvertretung: die durch Rechtsgeschäft begründete gewillkürte Vertretung (Vollmacht) und die gesetzliche Vertretung⁸⁰⁹.

Bei Volljährigen ist die gesetzliche Vertretung mit jeder Betreuung verbunden. Das ist nach den bisherigen Ausführungen nur gerechtfertigt, weil der Betroffene in seiner Eigenverantwortlichkeit auf Grund einer Krankheit oder Behinderung jedenfalls eingeschränkt ist und zwischen ihm und einem Mündigen rechtliche Gleichheit hergestellt werden muss⁸¹⁰. Die eigenverantwortliche Entscheidung des Einzelnen kennzeichnet sein Selbstbestimmungsrecht, das Kern der verfassungsrechtlich geschützten Menschenwürde ist⁸¹¹.

Soweit an die Einführung einer umfassenden Vertretungsmacht insbesondere für Ehegatten und Lebenspartner gedacht war, wäre dies nach hiesiger Ansicht rechtlich nicht zulässig⁸¹². Bereits mit der Eheschließung⁸¹³ wäre der jeweils andere Ehegatte rechtlich als potenzieller Betreuer anzusehen, ohne dass dies von der fehlenden Eigenverantwortlichkeit des anderen Ehegatten abhinge. Dies stellte einen unzulässigen Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen dar⁸¹⁴.

Aus den gleichen Gründen kann dem Vorschlag einer gesetzlichen, genuinen Vertretungsmacht bei betreuungsrechtlicher Verankerung nicht zugestimmt werden⁸¹⁵.

In dem Gesetzentwurf des Bundesrates war allerdings nicht von einer umfassenden Vertretungsmacht ausgegangen worden. Sie sollte nur bestehen, wenn der Betroffene keine eigenverantwortliche Entscheidung treffen konnte.

Die Regelungen in §§ 1357, 1353 Abs. 1 Satz 2, 1618 a BGB, auf die der Entwurf sich stützte, können nicht als Grundlage für eine gesetzliche Vertretungsmacht herangezogen werden⁸¹⁶. Bei § 1357 BGB handelt es sich um ein Rechtsinstitut

⁸⁰⁹ Pawlowski, AT, Rn. 670.

⁸¹⁰ Vgl. Lipp, Freiheit und Fürsorge, 50.

⁸¹¹ Lipp, in: Betrifft: Betreuung, 8, 15 ff. (18).

⁸¹² Zu Bedenken auch Vossler, BtPrax 2003, 6 ff.

⁸¹³ Vgl. dazu Dieckmann/Jurgelcit, BtPrax 2002, 197 ff. (198).

⁸¹⁴ Vgl. Vossler, BtPrax 2003, 6 ff. (7); vgl. BVerfGE 8, 274 (328); Gödicke, FamRZ 2003, 1895; FDP, Betreuung mit Zukunft, 2; Bundesverband der Berufsbetreuer/-innen, Stellungnahme 3; a.A. Kamphausen, in: Prot. Nr. 49, 125; Gamillscheg, in: Erman, § 1357 BGB Rn. 6.

⁸¹⁵ Vgl. dazu Probst, BtPRax 2004, 164.

⁸¹⁶ Vgl. Chiusi, ZRP 2004, 119 ff.; Paino-Staber, 41; a.A. Pohlentz, 135, 167, 168.

sui generis. Die §§ 1353 und 1618 a BGB betreffen nur Rechte und Pflichten im Innenverhältnis.

Eine gesetzliche Vertretungsmacht für nahe Angehörige stellt, auch wenn sie voraussetzt, dass der Betroffene keine eigenverantwortliche Entscheidung mehr treffen kann, einen Eingriff in das verfassungsrechtlich garantierte Selbstbestimmungsrecht der erkrankten bzw. behinderten Person dar⁸¹⁷.

Bei der Bestellung eines Betreuers ist gewährleistet, dass für den Betroffenen nur in dem Umfang gehandelt wird, in dem er zu eigenverantwortlichen Entscheidungen nicht in der Lage ist. Es findet eine präventive gerichtliche Kontrolle statt, ob und inwieweit eine Betreuung erforderlich ist. Damit ist ausgeschlossen, dass sich eine andere Person eigenmächtig Entscheidungsbefugnisse „anmaßt“⁸¹⁸. Dass die Tätigkeit des Betreuers dem Wohl des Betreuten dient, wird u.a. durch die gerichtliche Aufsicht gewährleistet. Wird die Vertretung durch eine Person wahrgenommen, die sich selbst als Vertreter „einsetzt“ und die nicht allein dem Wohl des erkrankten oder behinderten Menschen verpflichtet ist⁸¹⁹, besteht zudem die Gefahr der Vermischung eigener und fremder Interessen und damit im Ergebnis die Gefahr einer Fremdbestimmung⁸²⁰. Mit ähnlicher Argumentation ist eine entsprechende Vertretungsmacht beim Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht normiert worden⁸²¹.

3. Zur vermuteten Vollmacht als Grundlage der Vertretungsbefugnis

Es ist nun zu klären, ob als Grundlage einer Vertretungsbefugnis eine rechtsgeschäftliche Vertretung in Betracht kommen könnte. Dabei ist davon auszugehen, dass die Einwilligung in eine ärztliche Maßnahme der rechtsgeschäftlichen Vertretung zugänglich ist⁸²².

In der Begründung des Gesetzentwurfs des Bundesrates ist ausgeführt worden, dass mit der Einräumung der Befugnis, den anderen zu vertreten, der Wille der Menschen und die von ihnen gelebte familiäre Realität abgebildet werden könnten⁸²³. Entscheidend ist folglich der Wille der betroffenen Person. Dem ist zuzu-

⁸¹⁷ Vgl. Vossler, BtPrax 2003, 6 ff. (7); Gödicke, FamRZ 2003, 1895; a.A. Pohlenz, 46, 47 (wenn Missbrauchsgefahren soweit wie möglich eingegrenzt seien).

⁸¹⁸ S. Lipp, Freiheit und Fürsorge, 55.

⁸¹⁹ Vgl. Pohlenz, 48 ff., 167, 168.

⁸²⁰ Vgl. Müller-Freienfels, Vertretung, 364; Lipp, Freiheit und Fürsorge, 56.

⁸²¹ Motive Bd. IV, 120 ff.; Bericht der Reichstagskommission, 230 ff.; Jakobs-Schubert, §§ 1353 – 1362, 307; Paino-Staber, 41; Strätling/Scharf/Wedel/Oehmichen/Eisenbart, MedR 2001, 385.

⁸²² § 4 III. 4.

⁸²³ BR-Drucks. 865/03, 18; insbesondere diese These ablehnend: Strätling/Strätling-Tölle/Scharf/Schumacher, MedR 2003, 374; krit. SKM, Betreuung mit Zukunft, 2; krit. FDP, Betreuung mit Zukunft, 2.

stimmen, denn nur dann, wenn der Wille des Einzelnen bei einem ärztlichen Eingriff umgesetzt wird, ist dessen Selbstbestimmungsrecht gewahrt ⁸²⁴.

Da der Wille des Patienten in den hier erörterten Fällen aber keinen Niederschlag in einer ausdrücklich erteilten Vollmacht gefunden hat, kommt nur eine vermutete Vollmacht in Betracht ⁸²⁵. Eine vermutete Bevollmächtigung kann allerdings lediglich in engen Grenzen angenommen werden. Voraussetzung ist, dass sie sich auf den typischerweise bestehenden Willen des Betroffenen stützen können muss, dass eine nahe stehende Person im Fall seines Unvermögens seine Angelegenheiten regeln und ihn hierbei vertreten kann, wenn kein anderer Vertreter vorhanden ist ⁸²⁶.

Ein typischerweise bestehender Wille eines Betroffenen, dass ihn eine nahe stehende Person vertreten kann, kann nur für solche Fälle angenommen werden, in denen die Vermutung ⁸²⁷ des Gesetzes an die tatsächlich in der Bevölkerung vorhandenen Vorstellungen anknüpfen kann ⁸²⁸. Nach hiesiger Auffassung kommt eine solche Vermutung nur bei einem gekorenen (Ehegatte, Lebenspartner) oder geborenen (Eltern, Kinder) dauerhaften Näheverhältnis in Betracht ⁸²⁹. In der bisherigen Diskussion um die Einführung entsprechender Vertretungsbefugnisse war häufig argumentiert worden, dass wissenschaftliche Untersuchungen zu dieser speziellen Problematik nicht vorliegen ⁸³⁰. Nunmehr haben Sahn und Will ⁸³¹ in einer empirischen Studie auf Grund einer Befragung von gesunden Personen, Tumorkranken, Ärzten und Pflegerinnen bzw. Pflegern ermitteln können, dass sich die Mehrzahl der Befragten Angehörige und Ärzte gemeinsam als Entscheidungsträger im Fall einer akuten Erkrankung wünschen. Für die Angehörigen allein spricht sich danach jeder fünfte Befragte aus. Hingegen wird eine Entscheidung nur durch Richter oder Ärzte nicht gewünscht ⁸³². Die Verfasser schlussfolgern, dass die Annahme im Gesetzentwurf, wonach eine in der Bevölkerung ver-

⁸²⁴ In Modifizierung des früheren Diskussionsbeitrages nunmehr Probst, BtPrax 2004, 164.

⁸²⁵ Vgl. insoweit auch Probst, BtPrax 2004, 163 ff. (166).

⁸²⁶ Stellungnahme VGT, 5. Das geht über den Willen, dass nahe stehende Personen in einem Entscheidungsfindungsprozess beteiligt werden, hinaus – vgl. Diederichsen, Festschrift für Schreiber, 635 ff., 650 f.

⁸²⁷ Vgl. zur Widerleglichkeit Greuel/Probst/Raack, in: Betrifft: Betreuung 5, 80, 82; kritisch hinsichtlich des Vorhandenseins einer entsprechenden Sozialnorm Hoffmann, BtPrax 2003, 94 ff. (96).

⁸²⁸ Stellungnahme des Vormundschaftsgerichtstag e.V zum Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts vom 24. Februar 2004, 5; Lipp, Prot. Nr. 49, 152; vgl. Klic, BtPrax 2002, 91 ff. (93).

⁸²⁹ Vgl. aber Probst /Knittel, ZRP 2001, 55 zur Vermutung einer Beziehung zwischen dem Loyalitäts- und dem Nähegrad der Angehörigengemeinschaft; kritisch Deutscher Caritasverband, Prot.Nr. 49, 111; kritisch bei der Eltern-Kind-Beziehung wegen fehlender gelebter Nähe Hoffmann, BtPrax 2003, 94 ff. (95); kritisch Bundesnotarkammer, Betreuung mit Zukunft, 2; vgl. auch v. Sachsen-Gessaphe, 286 f.

⁸³⁰ Vgl. VGT-Stellungnahme, 5; vgl. auch Humanistischer Verband, Betreuung mit Zukunft, 2.

⁸³¹ Ethik in der Medizin 2005, 7ff, 17 ff.

⁸³² Sahn / Will, Ethik in der Medizin 2005, 7 ff. (14 / 15).

breitete Vorstellung existiere, dass Angehörige berechtigt seien, im Fall der Unfähigkeit zur Entscheidung eines Familienmitgliedes stellvertretend in Gesundheitsangelegenheiten zu entscheiden, durch die Studienergebnisse (nachdrücklich) gestützt werde⁸³³. Der Gesetzesvorschlag spiegele die Realität der realen klinischen Entscheidungsfindung wieder; sofern die Vorschläge des Gesetzgebers normiert werden sollten, werde das Gesetz (erst) der soziokulturellen Realität gerecht werden⁸³⁴. Die Ergebnisse jener Arbeit stützen die hier vertretene Ansicht, dass eine Vertretung durch nahe stehende Personen im Eilfall geboten ist. Denn dann wäre gewährleistet, dass Entscheidungen nicht durch den Arzt auf Grund einer mutmaßlichen Einwilligung getroffen werden, sondern im Rahmen eines Entscheidungsfindungsprozesses zwischen dem Arzt und der dem Patienten nahe stehenden Person als dessen Vertreter.

Ergänzend ist in diesem Zusammenhang auch auf die Ergebnisse des Forschungsprojektes „Rechtliche Betreuung im Alter“ zu verweisen. Danach wird die Betreuung in 62,5 % der Fälle durch eine nahe stehende Person übernommen. Davon sind 58 % Kinder⁸³⁵. Aus diesen Zahlen lässt sich insbesondere ableiten, dass dann, wenn nahe stehende Personen vorhanden sind, diese – trotz vielfältiger Lebensverhältnisse in der heutigen Zeit – offenkundig in einem so engen Verhältnis zum Betroffenen stehen, dass sie zu Betreuern bestellt werden.

Der gegen die Vertretungsbefugnis vorgebrachte Einwand, wonach stärker in der Bevölkerung das Bewusstsein ausgeprägt sei, dass ein Patient den Entscheidungen und Vorschlägen des behandelnden Arztes zu folgen habe⁸³⁶, trägt nach Vorstehendem nicht. Selbst wenn er zuträfe, spricht dies nicht gegen die grundsätzliche Einführung entsprechender Vertretungsbefugnisse. Denn dabei geht es um die Frage, welche Maßstäbe der Vertreter beachten muss.

In der bisherigen Diskussion ist auch ausgeführt worden, dass ein erheblicher Wertungswiderspruch bestehe, wenn eine Vertretungsbefugnis im Bereich der Vermögenssorge nicht eingeführt werde, in den Gesundheitsangelegenheiten hingegen schon⁸³⁷. Diese Bedenken⁸³⁸ scheinen auf den ersten Blick angesichts der Bedeutung und etwaigen Folgen gesundheitlicher Maßnahmen überzeugend. Zu berücksichtigen ist aber, dass das ärztliche Handeln nur gerechtfertigt ist, wenn von einer Einwilligung des Patienten ausgegangen werden kann. Insoweit ist anzumerken, dass der Begründung im Gesetzentwurf nicht zugestimmt werden kann, wonach die Maßnahmen im Bereich der Gesundheitssorge unter der „Kon-

⁸³³ Sahn / Will, Ethik in der Medizin 2005, 7 ff. (18).

⁸³⁴ Sahn / Will, Ethik in der Medizin 2005, 7 ff. (18).

⁸³⁵ Hoffmann / Korte, 129.

⁸³⁶ Kritisch Hoffmann, BtPrax 2003, 94 m.w.N.; Crefeld, BtPrax 2003, 239;

⁸³⁷ Laurischk, ZRP 2005, 99.

⁸³⁸ Kritisch Bienwald, FamRZ 2002, 1453; Klie, BtPrax 2002, 91 ff. (93); Hoffmann, BtPrax 2003, 94.

trolle der Ärzteschaft stehen“⁸³⁹. Es liegt allerdings sowohl im Interesse des Patienten als auch des Arztes, dass keine Zweifel an der Rechtmäßigkeit des ärztlichen Handelns bestehen. Diese Problematik stellt sich im Bereich der vermögensrechtlichen Angelegenheiten nicht. Damit besteht kein Wertungswiderspruch; eine unterschiedliche Behandlung zu den Vermögensangelegenheiten ist vielmehr auf Grund des Erfordernisses einer Einwilligung in eine ärztliche Behandlung gerechtfertigt.

Vor diesem Hintergrund besteht hinsichtlich der Einführung einer Vertretungsbefugnis als gesetzlich vermutete Außenvollmacht⁸⁴⁰, die auf dem gesetzlich typisierten mutmaßlichen Willen des Betroffenen beruht⁸⁴¹, im Bereich eilbedürftiger Gesundheitsangelegenheiten ein Handlungsbedarf des Gesetzgebers⁸⁴².

Damit sind aber weder die Voraussetzungen für eine Vertretung durch nahe stehende Personen, noch die gesundheitlichen Angelegenheiten, die von der Vertretungsbefugnis umfasst sind, benannt. Auch ist der Kreis der nahe stehenden Personen nur eingegrenzt, aber nicht abschließend bestimmt. Auf diese Fragen ist im Folgenden einzugehen.

IV. Voraussetzungen für eine Vertretung durch nahe stehende Personen

Die Untersuchung greift hier erneut auf den Gesetzesvorschlag des Bundesrates zurück. Dieser soll hinsichtlich der einzelnen Voraussetzungen der Vertretungsbefugnis einer Überprüfung unterzogen werden.

⁸³⁹ BR-Drucks. 865/03, 38; ähnlich Kunz, 95, 96.

⁸⁴⁰ A. A. Strätling/Strätling-Tölle/Scharf und Schumacher, MedR 2003, die auf das Erfordernis eines legitimierenden staatlichen Aktes abstellen; s. zur historischen Entwicklung, wonach in das BGB die aus anderen Gesetzen bekannten Institute der vermuteten Vollmacht nicht aufgenommen wurden: Motive Bd. I S. 230.

⁸⁴¹ Vgl. § 73 Abs. 2 Satz 2 SGG. Angesichts der Gründung der vermuteten Vollmacht auf das Näheverhältnis bestehen allerdings keine Bedenken, wenn eine entsprechende Vertretungsmacht gesetzessystematisch im Rahmen des Familienrechts normiert würde, wie dies im Entwurf vorgeschlagen wurde.

⁸⁴² A.A. Dodegge, BT, Prot. Nr. 49, 95: auf Rechtfertigungsgründe abstellend.

1. Voraussetzungen bei der Person, die vertreten werden soll

a. Vorliegen einer Krankheit oder Behinderung

Der Entwurf des Bundesrates hat sich an den Begrifflichkeiten orientiert, die in § 1896 Abs. 1 BGB als Voraussetzung für die Bestellung eines Betreuers normiert sind⁸⁴³.

Während dort auf das Vorliegen einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung abgestellt wird, sollte nach dem Entwurf ein Ehegatte (Lebenspartner) für den verhinderten Ehegatten (Lebenspartner) Erklärungen im Bereich gesundheitlicher Angelegenheiten abgeben können, wenn ein Ehegatte (Lebenspartner) „infolge einer Krankheit oder Behinderung nicht in der Lage ist, seine Rechte und Pflichten zu besorgen“⁸⁴⁴.

Nach hier vertretener Ansicht ist ein qualitativer Unterschied zwischen den Formulierungen in § 1896 Abs. 1 BGB und in § 1358 BGB-E nicht erkennbar. Entscheidend ist vielmehr, dass die Krankheit oder Behinderung einen solchen Grad erreicht hat, dass der Einzelne seine Angelegenheiten nicht (mehr) regeln kann⁸⁴⁵.

Noch im Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Betreuungsrecht“ war angedacht worden, neben den Begrifflichkeiten Krankheit oder Behinderung das Kriterium des „Unfalls“ als alternative Voraussetzung für das Eingreifen der Vertretungsbefugnis aufzunehmen⁸⁴⁶. Es erscheint konsequent, dass dieses Tatbestandsmerkmal nicht in den Vorschlag des Bundesrates eingebracht wurde. Denn es bestehen Bedenken, ob sich neben der krankheits- oder behinderungsbedingten Unfähigkeit seine Angelegenheiten zu regeln, gesonderte medizinische Voraussetzungen für eine unfallbedingte Verhinderung feststellen lassen.

b. Unvermögen zur Besorgung der eigenen Angelegenheiten

Im Entwurf war als Voraussetzung für die Vertretungsbefugnis die Formulierung gewählt worden, dass ein Ehegatte nicht in der Lage sei, seine Rechte und Pflichten selbst wahrzunehmen⁸⁴⁷. Eine Präzisierung erfährt der Vorschlag durch die Beschreibung der Vertretungsbefugnis. Maßgeblich sollte danach sein, dass ein

⁸⁴³ Nach der Begründung des Entwurfs sind die Voraussetzungen an die gesetzlichen Anforderungen einer Betreuung „angenähert“: BR-Drucks. 865/03, 58.

⁸⁴⁴ § 1358 a Abs. 1 Satz 1 BGB-E i.V.m. § 1358 Abs. 1 Satz 1 BGB-E. § 1358 a Abs. 1 BGB-E gilt nach § 1618 b Abs. 1 Satz 1 BGB-E im Verhältnis von Eltern und ihren volljährigen Kindern entsprechend.

⁸⁴⁵ Vgl. Bühler, FamRZ 2001, 76.

⁸⁴⁶ § 1358 Abs. 1 Satz 1 BGB des dortigen Vorschlags.

⁸⁴⁷ § 1358 Abs. 1 Satz 1 BGB-E.

Ehegatte (o.ä.) für den verhinderten Ehegatten Erklärungen abgeben konnte, die auf die Vornahme einer Untersuchung des Gesundheitszustandes, einer Heilbehandlung oder eines ärztlichen Eingriffs gerichtet sein sollten.

Nach den früheren Ausführungen zu den rechtlichen Beziehungen zwischen einem Arzt und einem Patienten können Erklärungen auf rechtsgeschäftlicher Ebene sowie solche zur Rechtfertigung einer konkreten ärztliche Maßnahme erforderlich werden⁸⁴⁸. Bereits deshalb erscheint es sachdienlich, nicht lediglich darauf abzustellen, dass der Betroffene nicht einwilligungsfähig ist. Schließlich würde bei einem Abstellen auf die Einwilligungsfähigkeit eine Voraussetzung normiert, die Anlass zu weiteren Streitfragen geben könnte. Denn bei der Frage, wann eine volljährige Person nicht einwilligungsfähig ist, werden unterschiedliche Ansichten vertreten. Aus diesen Gründen sollte auf die umfassendere Formulierung in § 1896 Abs. 1 Satz 1 BGB zurückgegriffen werden. Maßgeblich ist also, dass der Betroffene die entsprechenden Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag.

c. Kausalität zwischen der Krankheit oder Behinderung und dem Unvermögen zur Regelung der eigenen Angelegenheiten

Der Vorschlag des Bundesrates hat zutreffend darauf abgestellt, dass - wie bei der Betreuung⁸⁴⁹ - zwischen der Krankheit bzw. Behinderung und dem Unvermögen zur Regelung der eigenen Angelegenheiten eine Kausalität bestehen muss.

d. Keine andere Bestimmung oder Betreuerbestellung

Nach dem Gesetzesentwurf des Bundesrates sollte die Vertretungsbefugnis für nahe stehende Personen davon abhängig sein, dass der Betroffene weder eine andere Person für ihn zu handeln bevollmächtigt habe, noch dass ein Betreuer bestellt sei⁸⁵⁰. Legt man die hier vertretene Konzeption zugrunde, wonach sich die Vertretungsbefugnis auf eine vermutete Vollmacht gründet, ist neben dem einschränkenden Kriterium der fehlenden Betreuerbestellung entscheidend, dass keine Vollmacht erteilt worden ist.

Im Entwurf war weiter vorgesehen, dass ein entgegenstehender Wille des Ehegatten nicht bekannt sein dürfe⁸⁵¹. Stützt sich die Vertretungsbefugnis auf eine vermutete Vollmacht, greift die Vermutung nicht ein, wenn eine andere Vollmacht erteilt oder ein entgegenstehender Wille jedenfalls zum Ausdruck gebracht wurde.

⁸⁴⁸ S. oben § 2 II. 1. und 2.

⁸⁴⁹ S. oben § 3 V. 1. c.

⁸⁵⁰ § 1358 Abs. 1 Satz 1 BGB. Die Regelung ist im Zusammenhang mit dem Vorschlag zur Änderung des § 1896 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB zu sehen. Darin heißt es, dass eine Betreuung nicht erforderlich ist, wenn die Angelegenheiten durch einen hierzu befugten Angehörigen ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können.

⁸⁵¹ § 1358 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Daraus lässt sich entnehmen, dass der Betroffene keine anderweitige Bestimmung – ausdrücklich oder konkludent – getroffen haben darf.

2. Zur Eilbedürftigkeit

Nachdem aufgezeigt worden ist, dass ein Erfordernis für die Einführung einer Vertretungsbefugnis für nahe stehende Personen bei eilbedürftigen Gesundheitsangelegenheiten besteht, soll die Problematik der Eilbedürftigkeit einer näheren Betrachtung unterzogen werden. Den Ausgangspunkt der hiesigen Überlegungen bildete die Frage, ob das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen in Fällen, in denen auf eine mutmaßliche Einwilligung zurückgegriffen wird, hinreichend gewahrt ist.

Wie bereits dargelegt worden ist, ist die mutmaßliche Einwilligung in notstandsähnlichen Fällen als Rechtfertigungsgrund anerkannt⁸⁵². Häufig handelt es sich dabei um lebensrettende, intensivmedizinische Maßnahmen⁸⁵³. Eine vitale Indikation ist allerdings nicht erforderlich⁸⁵⁴. Entscheidend ist somit die Eilbedürftigkeit. In diesem Zusammenhang ist noch einmal auf die Forschungsergebnisse von Sahn und Will zu verweisen, wonach nahe Angehörige bei akuten Erkrankungen gemeinsam mit dem Arzt Entscheidungen treffen können sollen⁸⁵⁵. Danach kann von einer Vermutung ausgegangen werden, dass ein Betroffener damit einverstanden ist, dass eine nahe stehende Person ihn in einem Notfall vertreten darf⁸⁵⁶.

Es ist damit zu prüfen, unter welchen Voraussetzungen von einem Eilfall auszugehen ist. Zum einen könnte auf den Terminus „Unfall“ – wie im Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe vorgeschlagen – abgestellt werden. Ein „Unfall“ ist nach allgemeinem Verständnis ein plötzliches, mindestens für einen Beteiligten ungewolltes Ereignis⁸⁵⁷. Damit kommt zwar eine gewisse Eilbedürftigkeit zum Ausdruck. Es handelt sich allerdings nicht um die Beschreibung eines Zustandes, der zwingend eine Entscheidung hinsichtlich einer ärztlichen Maßnahme erfordert. Auch aus diesem Grunde erscheint es nicht sachgerecht, das Kriterium des Unfalls heranzuziehen.

⁸⁵² S. § 2 II. 2. c.

⁸⁵³ Opderbecke / Weißbauer, MedR 1998, 395 ff., 396.

⁸⁵⁴ § 2 II. 2. c.

⁸⁵⁵ MedR 2005, 17, 7 ff. (14).

⁸⁵⁶ Ähnlich Klie, BtPrax 2002, 95, der an die Situation anknüpft, die bei einer Geschäftsführung ohne Auftrag vorliegt. Vgl. Stellungnahme Bundesrechtsanwaltskammer, 5; Stellungnahme der Diakonie, Betreuung mit Zukunft, 2; Stellungnahme Bundesverband Körper- und Mehrfachbehinderte, Betreuung mit Zukunft, 2. Nach den Ergebnissen des Forschungsprojekts „rechtliche Betreuung im Alter“ erfolgen 17% der Erstbestellungen von Betreuern im Eilverfahren, s. Hoffmann / Korte, 87.

⁸⁵⁷ Z.B. der Verkehrsunfall, s. Burmann, in: Janiszewski u.a., Straßenverkehrsrecht, § 142 StGB, Rn.

Es erweist sich als nahe liegend, an die Voraussetzungen anzuknüpfen, die hinsichtlich der Bestellung eines Betreuers im Wege einer einstweiligen Anordnung normiert sind. Das Gericht kann nach § 69 f Abs. 1 Nr. 1 FGG einen entsprechenden Beschluss fassen, wenn (- neben dem Vorliegen von dringenden Gründen für die Annahme, dass die Voraussetzungen für die Bestellung eines Betreuers gegeben sind -) mit einem Aufschub Gefahr verbunden wäre. Als eine solche Gefahr wird bei der Betreuerbestellung jene angesehen, „die bei Abwägung der zu erwartenden Nachteile für den Betreuten bei Unterbleiben der Betreuungsmaßnahme und den mit der Betreuungsmaßnahme verbundenen Einschränkungen des Betroffenen⁸⁵⁸ ein Einschreiten des Vormundschaftsgerichts erfordert“. Dieser Gedanke kann auf die Vertretungsbefugnis für nahe stehende Personen übertragen werden.

Wird auf die Voraussetzungen nach § 69 f Abs. 1 Nr. 1 FGG abgestellt, bleibt zu klären, ob die Vertretungsbefugnis daran geknüpft werden sollte, dass eine Situation besteht, die als „Gefahr im Verzug“ gekennzeichnet ist⁸⁵⁹. Im Gegensatz zu der zuvor beschriebenen Gefahrensituation weist eine Lage, bei der von einer Gefahr im Verzug gesprochen wird, eine höhere zeitliche Dringlichkeit auf⁸⁶⁰. Darauf abzustellen, scheint im Hinblick auf den Ausgangspunkt der Erwägungen, nämlich auf die Frage, ob das Selbstbestimmungsrecht in Fällen, in denen auf eine mutmaßliche Einwilligung zurückgegriffen wird, konsequent. Dem hier erörterten Handlungsbedarf würde hinreichend Rechnung getragen.

Es bestehen nach hiesiger Auffassung allerdings keine Bedenken, es als ausreichend zu erachten, wenn eine „bloße“ Gefahr vorliegt. Dafür streitet nämlich, dass auf Grund des Näheverhältnisses, auf das sich die vermutete Vollmacht stützt, davon ausgegangen werden kann, dass die nahe stehende Person in Gefahrensituationen handeln darf. Zudem bestünde für die (be)handelnden Ärzte Rechtssicherheit⁸⁶¹. Sofern nahe stehende Personen nur bei einer Situation handeln könnten, die besonders dringlich ist, wären die dann erforderlichen Abgrenzungen zur Handlungsbefugnis kaum zu treffen. Bei Einführung der hier erörterten Vertretungsbefugnis könnte auf eine mutmaßliche Einwilligung damit nur dann abgestellt werden kann, wenn es nicht möglich ist, die Entscheidung eines Vertreters für einen nicht eigenverantwortlich handeln könnenden Patienten einzuholen. Dies schließt den Fall ein, dass keine nahe stehenden Personen vorhanden sind.

⁸⁵⁸ Mertens, in Jürgens, § 69 f FGG, Rn. 3, der allerdings darauf abstellt, dass ein sofortiges Einschreiten notwendig sei.

⁸⁵⁹ Vgl. § 69 f Abs. 1 Satz 4 FGG.

⁸⁶⁰ Vgl. Rink, in HK-BuR 1996, § 69 f FGG Rn. 23.

⁸⁶¹ Kritisch Chiusi, ZRP 2004, 119 ff. (121).

3. Vertretungsberechtigte Personen

a. Ehegatten und Lebenspartner

Im Gesetzesentwurf hieß es, dass „weite Teile der Bevölkerung“⁸⁶² davon ausgehen, dass sich Ehegatten und Lebenspartner gegenseitig vertreten können. Dem Entwurf ist beizupflichten, dass dieser Personenkreis am ehesten als Vertreter des Partners in Betracht kommt. Dies gilt gerade wegen der hier vertretenen Auffassung zur vermuteten Vollmacht, die sich auf ein gekorenes dauerhaftes Näheverhältnis stützt⁸⁶³.

Zutreffend war im Entwurf damit davon ausgegangen worden, dass die Vertretungsbefugnis nicht greift, wenn Ehegatten (Lebenspartner) getrennt leben⁸⁶⁴. Denn dann kann ein Wille, dass der andere Ehegatte bindende Erklärungen abgeben darf, nicht vermutet werden.

b. Eltern als Vertreter ihrer volljährigen Kinder

Seitens des Bundesrates war angedacht worden, dass auch Eltern ihre volljährigen Kinder vertreten können⁸⁶⁵. Dies sollte allerdings nicht gelten, wenn ein erklärungsbefugter Ehegatte oder Lebenspartner vorhanden war.

Dieser Vorschlag ist in der Diskussion auf breite Kritik gestoßen⁸⁶⁶. Sie gründete sich darauf, dass sich gerade bei den maßgeblich von einer etwaigen Regelung betroffenen Personen, nämlich geistig behinderten Menschen, die elterliche Sorge „fortsetze“. Dies widerspreche der mit Eintritt der Volljährigkeit zuerkannnten vollumfänglichen Selbstbestimmung⁸⁶⁷.

Selbst wenn man die Vertretungsbefugnis nach dem hiesigen Ansatz lediglich dann eingreifen lässt, wenn mit einem Aufschub Gefahr verbunden wäre, kommt eine entsprechende Normierung nicht in Betracht. Es ist nämlich zu berücksichtigen, dass eine vermutete Vollmacht nur eingreifen kann, wenn ein entsprechender Wille zur Vertretung durch die Eltern vorhanden ist und gesetzlich typisiert wer-

⁸⁶² Vgl. BR-Drucks. 865/03, 37.

⁸⁶³ Vgl. aber Strätling/Strätling-Tölle/Scharf/Schumacher, MedR 2003, 376, unter Hinweis darauf, dass familiären Bindungen bereits im Rahmen von § 1897 Abs. 5 BGB Rechnung getragen worden sei; s. zudem Sahm/Will, Ethik in der Medizin 2005, 7 ff. (14/15).

⁸⁶⁴ § 1358 Abs. 1 Satz 2 BGB, wobei der Getrenntleben-Begriff nach § 1567 BGB maßgeblich ist.

⁸⁶⁵ § 1618 b Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB-E i.V.m. § 1358 a Abs. 1 BGB-E.

⁸⁶⁶ Vgl. Gödicke, FamRZ 2003, 1899 (auch zum Verhältnis Kinder-Eltern); vgl. Stellungnahme Aktion Psychisch Kranke, Betreuung mit Zukunft, 1; Stellungnahme Deutscher Caritasverband, Protokoll Nr. 49, S. 113; Bundesvereinigung Lebenshilfe für Menschen mit geistiger Behinderung e.V., Prot. Nr. 51, 108 f.; kritisch Seichter, BtPrax 2003, 91ff. (92); Stellungnahme Bundesverband Körper- und Mehrfachbehinderte, Betreuung mit Zukunft, 2.

⁸⁶⁷ Pardey, Rechtspfleger 2004, 257 ff. (259).

den kann. Es ist schon fraglich, ob von einem solchen Willen in der „allgemeinen Vorstellung“ ausgegangen werden kann. Unter Berücksichtigung des Selbstbestimmungsrechts des Volljährigen erwiese es sich jedenfalls als besonders bedenklich, eine Vertretungsbefugnis von Eltern gegenüber volljährigen Kindern anzuerkennen, wenn der Betroffene einen entsprechenden Willen nicht bilden kann ⁸⁶⁸.

c. Volljährige Kinder als Vertreter ihrer Eltern

Hingegen erscheint es weniger problematisch, wenn volljährige Kinder ihre Eltern in einem Eilfall vertreten können ⁸⁶⁹. Es ist zwar zuzugestehen, dass nach der gesellschaftlichen Entwicklung weniger als früher vorausgesetzt werden kann, dass eine räumliche Nähe zwischen Eltern und Kindern besteht ⁸⁷⁰.

Gleichwohl kann aber nach hiesiger Ansicht jedenfalls von einem geborenen dauerhaften Näheverhältnis, das nicht zwingend eine örtliche Nähe voraussetzt, ausgegangen werden ⁸⁷¹. Nach den Ergebnissen der Repräsentativerhebung „Alternde Gesellschaft“ bezeichneten 91 % aller Befragten ihr Verhältnis zu den Eltern (und Großeltern) als eher gut ⁸⁷².

Etwaigen Bedenken gegen eine Vertretungsbefugnis kann dadurch begegnet werden, dass Regelungen wie im Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen (Transplantationsgesetz – TPG) ⁸⁷³ erfolgten. Das heißt: ein volljähriges Kind ist vertretungsbefugt, wenn es in den letzten zwei Jahren zu dem verhinderten Elternteil persönlichen Kontakt hatte, vgl. § 4 Abs. 2 Satz 1 TPG.

Die Vertretungsbefugnis für Kinder sollte bei einer etwaigen Normierung damit als nachrangig ausgestaltet werden, also nicht eingreifen, wenn ein (nicht getrennt lebender) Ehegatte oder Lebenspartner vorhanden ist. Um den Besonderheiten des Eilfalles Rechnung zu tragen, müsste auch gesetzlich geregelt werden, dass auch dann, wenn der Betroffene verheiratet ist oder in einer eingetragenen Partnerschaft lebt, ein volljähriges Kind vertretungsberechtigt ist, wenn der Ehegatte

⁸⁶⁸ Vgl. OLG Schleswig FamRZ 2005, 1278 (LS), wonach Eltern auch nicht „automatisch“ zu Betreuern bestellt werden „müssen“.

⁸⁶⁹ S. zur Häufigkeit einer Bestellung von Kindern zu Betreuern: Fn. 808; weitergehend Bühler, FamRZ 2002, 76.

⁸⁷⁰ A.A. Hoffmann, BtPrax 2003, 94, wonach das Bestehen einer sozialen Nähe in dieser Beziehung nicht zwingend sei; auf die unterschiedlichen Formen familiären Lebens hinweisend: Klie, BtPrax 2002, 93.

⁸⁷¹ Nach den Feststellungen in der rechtstatsächlichen Untersuchung waren die meisten Betreuten bei Betreuungsbeginn zwischen 40 – 69 Jahre als. Ein Viertel war bei Beginn der Betreuung 70 Jahre und älter, vgl. Sellin, Engels, S. 53; krit. Chiusi, ZRP 2004, 119 ff. (122).

⁸⁷² Polis, 13. Nach dieser Erhebung erwarten 63 % der über 65-jährigen, dass die Pflege der Eltern unter Umständen persönlich übernommen wird, ebd., 33; vgl. auch Sahn / Will, Ethik in der Medizin 2005, 7 ff. (15).

⁸⁷³ Vom 5.11.1997, BGBl. I, 3631 ff.; dazu Seichter, BtPrax 2003, 91 ff. (92).

oder Lebenspartner nicht innerhalb einer (der Gefahrensituation) angemessenen Zeit erreicht werden kann, vgl. § 4 Abs. 2 Satz 4 TPG.

Sofern volljährigen Kindern gegenüber ihren Eltern eine Vertretungsbefugnis eingeräumt werden soll, stellt sich die Frage, wie bei mehreren Kindern zu verfahren ist. Nach dem Entwurf des Bundesrates sollte die Erklärung eines von ihnen genügen; jedoch sollte der Widerspruch eines jeden von ihnen beachtlich sein⁸⁷⁴. Diesem Vorschlag ist zuzustimmen. Eine Regelung, nach der etwaig Erklärungen sämtlicher Kinder notwendig wären, um einen ärztlichen Eingriff für gerechtfertigt zu erachten, trüge weder der Funktion eines Vertretungsrechtes für den Eilfall Rechnung, noch wäre sie im Rechtsverkehr praktikabel.

4. Bereitschaft zur Ausübung des Vertretungsrechtes

In der Begründung des Gesetzentwurfes des Bundesrates ist dargelegt worden, dass nahe stehende Personen nicht verpflichtet seien, von ihrem Vertretungsrecht Gebrauch zu machen⁸⁷⁵. Greift man den Gedanken der vermuteten Vollmacht auf, bestehen gegen diese Auffassung keine Bedenken. Denn auch ein ausdrücklich Bevollmächtigter muss nicht als Vertreter tätig werden⁸⁷⁶.

In der Begründung des Entwurfes heißt es weiter, dass das Vertretungsrecht nicht greife, wenn nahe stehende Personen zwar bereit, aber im Einzelfall nicht in der Lage seien, die Angelegenheiten zu besorgen⁸⁷⁷. Nach der hier vertretenen Konzeption erweist es sich schon als fraglich, ob in solchen Fällen von einer vermuteten Vollmacht ausgegangen werden kann. Für die Praxis relevanter ist allerdings die Frage, wie zu verfahren ist, wenn es Anhaltspunkte dafür gibt, dass eine nahe stehende Person Angelegenheiten nicht regeln kann. Es wird dann zu prüfen sein, ob ein Betreuer zu bestellen ist. Sofern dies aus zeitlichen Gründen nicht möglich ist, könnte zur Rechtfertigung des ärztlichen Eingriffs lediglich auf die mutmaßliche Einwilligung des Patienten abgestellt werden.

5. Formelle Voraussetzungen

a. Bei Ehegatten und Lebenspartnern

Der Bundesrat hatte vorgeschlagen, eine Regelung aufzunehmen, nach der der andere Ehegatte als erklärungsbefugt gilt, wenn er dem Arzt schriftlich erklärt,

⁸⁷⁴ § 1618 b Abs. 1 Satz 3 BGB-E; vgl. § 4 Abs. 2 Sätze 3 und 4 TPG.

⁸⁷⁵ BR-Drucks. 865/03, 38; s. aber Gödicke, FamRZ 2003, 1894 ff. (1899), der darauf hinweist, dass sich die fehlende Vertretungsverpflichtung nicht aus dem Gesetz ergibt.

⁸⁷⁶ S. § 663 BGB s. zur Bereitschaft einer Vertretung aber Sahn / Will, Ethik in der Medizin 2005, 17, 7 ff. (15 f.).

⁸⁷⁷ BR-Drucks. 865/03, S. 38; kritisch zur Geeignetheit „automatischer“ Vertreter: Stolz, BtPrax 2003, 20 f. (21).

- mit dem verhinderten Ehegatten verheiratet zu sein⁸⁷⁸,
- nicht getrennt zu leben,
- dass ihm das Vorliegen einer Vollmacht oder Betreuung nicht bekannt ist,
- dass ihm ein entgegenstehender Wille des Ehegatten nicht bekannt ist⁸⁷⁹.

Es war hingegen nicht vorgesehen, die Vertretungsbefugnis auch davon abhängig zu machen, dass ein ärztliches Zeugnis über die Handlungsunfähigkeit vorgelegt werden musste⁸⁸⁰.

Nach hier vertretener Ansicht ist zutreffend darauf abgestellt worden, dass nur die Erklärung eines Ehegatten erforderlich ist. Der Arzt hat in jedem Einzelfall zu prüfen, ob sein Handeln gerechtfertigt ist. Das setzt bei der Einwilligung in ärztliche Maßnahmen voraus, dass sich der Arzt selbst darüber Gewissheit verschaffen muss, ob der Betroffene einwilligungsfähig ist. Die Vorlage eines ärztlichen Zeugnisses durch den einen Ehegatten ist damit entbehrlich⁸⁸¹.

Es ist nach hiesiger Ansicht erforderlich, dass der Vertretende eine schriftliche Erklärung des vorstehenden Inhalts abgibt. Bei einer Außenvollmacht erfolgt die Erteilung der Vollmacht gegenüber dem Dritten, dem gegenüber die Vertretung stattfindet, § 167 Abs. 1 BGB. Die Bevollmächtigung bedarf grundsätzlich keiner Form. Bei einer vermuteten Außenvollmacht fehlt die ausdrückliche Erteilung der Vollmacht. Sie stützt sich auf den typischer Weise bestehenden Willen der Betroffenen. Das entbindet den Arzt allerdings nicht zu prüfen, ob die Erklärungen hinsichtlich der Behandlung von einem legitimierten Vertreter abgegeben worden sind. Es ist deshalb notwendig, Kriterien zu benennen, anhand derer von dem Bestehen einer vermuteten Vollmacht ausgegangen werden kann. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist das Schriftformerfordernis damit zu bejahen.

Eine weitergehende Prüfungspflicht dahingehend, ob die Angaben in der Erklärung zutreffend sind, obliegt dem Arzt allerdings nicht. Bestehen Anhaltspunkte, dass die Voraussetzungen nicht vorliegen, ist es erforderlich, das Vormundschaftsgericht zu informieren. Nach dem Entwurf des Bundesrates galt ein Ehegatten nicht als erklärungsbefugt, wenn der Arzt das Fehlen der o.g. Voraussetzungen kannte⁸⁸². Eine solche ausdrückliche Regelung ist im Interesse der Betroffenen geboten.

⁸⁷⁸ Diese Erklärung war im Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe noch nicht gefordert worden, s. Betrifft: Betreuung, Nr. 6, s. 76 zu § 1358 c BGB-E; kritisch zu diesem Erfordernis Bienwald, FamRZ 2002, 1453, 1454.

⁸⁷⁹ § 1358 a Abs. 2 Satz 1 BGB-E.

⁸⁸⁰ Ein ärztliches Zeugnis wurde aber bei dem Vorschlag einer Vertretung im vermögensrechtlichen Bereich für notwendig erachtet, § 1358 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BGB-E.

⁸⁸¹ Kritisch Kunz, 73, 85; vgl. Pardey, Rpfleger 2004, 260 unter Hinweis auf BGH NJW 2003, 1588.

⁸⁸² § 1358 a Abs. 2 Satz 2 BGB-E.

b. Bei volljährigen Kindern

Hier kann auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden. Es bedarf allerdings auch der Erklärung, dass ein etwaiger Ehegatte (oder Lebenspartner) nicht erreichbar ist. Außerdem ist zu erklären, inwieweit Kontakt zum Betroffenen bestanden hat. Bei mehreren volljährigen Kindern ist zudem anzugeben, dass ein Widerspruch eines anderen volljährigen Kindes nicht bekannt ist ⁸⁸³.

V. Umfang der Vertretungsbefugnis

1. Rechtsgeschäftliche Erklärung

Nach den Ausführungen zu den rechtlichen Beziehungen zwischen einem Arzt und einem Patienten können rechtsgeschäftliche Erklärungen – z.B. gerichtet auf den Abschluss eines Behandlungsvertrages – notwendig sein. Darauf erstreckt sich die Vertretungsbefugnis der nahe stehenden Person.

2. Erklärung der Einwilligung / Nichteinwilligung

Wie bereits mehrfach angesprochen worden ist, bedarf gerechtfertigtes ärztliches Handeln der Einwilligung des Patienten. Der Betroffene kann allerdings auch seine Zustimmung zu einer ärztlichen Maßnahme verweigern. Da durch eine Vertretungsbefugnis für nahe stehende Personen das Selbstbestimmungsrecht der verhinderten Person verwirklicht werden soll, muss die Vertretungsbefugnis auch die Möglichkeit beinhalten, die Einwilligung in eine bestimmte Maßnahme nicht zu erteilen. Dies steht dem Gedanken, dass die Vertretungsbefugnis nur in einem Eilfall greift, nicht entgegen. Wie der Patient selbst muss auch die vertretungsberechtigte Person in einer Gefahrensituation die Einwilligung in eine ärztliche Maßnahme ablehnen können ⁸⁸⁴.

Zu fragen bleibt dann allerdings, ob dies auch für „Nichteinwilligungen“ bei medizinischen angezeigten Maßnahmen gilt, bei denen die begründete Gefahr besteht, dass der Patient stirbt oder einen schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet. Diese Problematik wird bei der nun folgenden Betrachtung hochriskanter Maßnahmen erörtert.

⁸⁸³ Vgl. Probst, BtPrax 2004, 163 ff. (164) u.s. § 4 Abs. 2 Sätze 1 und 4 TPG.

⁸⁸⁴ Lediglich am Rande ist anzumerken, dass die Erklärung einer Einwilligung in ein Forschungsvorhaben im Notfall allenfalls dann in Betracht kommen kann, soweit dies im unmittelbaren Interesse des Einwilligungsunfähigen liegt, vgl. Quaas / Zuck, § 75 Rn. 57 u.a. zum Zusatzprotokoll-E über biomedizinische Forschung zum MRB (a.a.O., Anhang 8).

3. Hochriskante Maßnahmen

Nach dem Entwurf sollte die Regelung des § 1904 Abs. 1 BGB entsprechend gelten. Die Einwilligung der nahe stehenden Person in eine Untersuchung des Gesundheitszustands, eine Heilbehandlung oder einen ärztlichen Eingriff hätte folglich der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedurft; und zwar dann, wenn die begründete Gefahr besteht, dass der Betroffene auf Grund der Maßnahme stirbt oder einen schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet.

Die entsprechende Anwendung des § 1904 BGB wurde für erforderlich erachtet, um zu gewährleisten, dass die nahe stehende Person nicht weitergehende Befugnisse als ein gerichtlich bestellter Betreuer oder ein ausdrücklich Bevollmächtigter hat⁸⁸⁵. Außerdem sollte dem Schutzgedanken des Betroffenen durch das Genehmigungserfordernis Rechnung getragen werden.

Dass eine nahe stehende Person auf Grund einer vermuteten Vollmacht in hochriskante Maßnahmen als Vertreter einwilligen kann, erweist sich nach hiesiger Ansicht als bedenklich⁸⁸⁶. Zum einen ist bereits fraglich, ob vermutet werden kann, dass ein Betroffener damit einverstanden ist, dass eine ihm nahe stehende Person entsprechende Entscheidungen trifft. Dessen ungeachtet führt die Anwendung des § 1904 BGB bei einer Vertretung durch nahe stehende Person zu einem Wertungswiderspruch. Denn bei einer ausdrücklich erteilten Vollmacht ist die Einwilligung des Bevollmächtigten nur wirksam, wenn die Vollmacht schriftlich erteilt ist und die vorgenannten Maßnahmen ausdrücklich erfasst⁸⁸⁷. Sofern die Vertretungsbefugnis für nahe stehende Person auf eine vermutete Vollmacht gestützt wird, sollten nach dem Vorschlag Entscheidungen getroffen werden können, die bei einer ausdrücklich erklärten Vollmacht schriftlich niedergelegt und bezeichnet werden müssen.

Es fragt sich, ob dieser Wertungswiderspruch dadurch aufgelöst werden kann, dass die Entscheidung der nahe stehenden Person einer Genehmigung nach § 1904 BGB entsprechend bedarf. Der Widerspruch kann nicht aufgehoben werden, insbesondere im Hinblick darauf, dass das Vertretungsrecht nach der hiesigen Untersuchung im Eilfall greift. Denn wenn mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist, darf die Maßnahme ohne Genehmigung durchgeführt werden⁸⁸⁸. Bei einer Vertretung durch eine nahe stehende Person könnte folglich der Fall eintreten,

⁸⁸⁵ BR-Drucks. 865/03, 31.

⁸⁸⁶ A. A. Knittel, Prot. Nr. 49, 135.

⁸⁸⁷ § 1904 Abs. 2 Satz 2 BGB.

⁸⁸⁸ § 1904 Abs. 1 Satz 2 BGB.

dass das Genehmigungsverfahren angesichts der Eilbedürftigkeit nicht durchgeführt werden kann. Der Schutzgedanke trägt in einem derartigen Fall nicht.

Dieser Wertung steht nicht entgegen, dass die Genehmigung auch im Fall der ausdrücklichen Vollmacht entbehrlich ist, wenn mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist⁸⁸⁹. Denn in diesem Fall kann sich der Bevollmächtigte darauf stützen, dass der Vollmachtgeber schriftlich sein Einverständnis erklärt hat, dass derartige Entscheidungen getroffen werden können.

Aus vorstehenden Erwägungen ist es geboten, davon abzusehen, die Vertretungsbefugnis für nahe stehende Personen auf hochriskante Maßnahmen im vorstehenden Sinn zu erstrecken⁸⁹⁰.

Ergänzend ist in diesem Zusammenhang anzumerken, dass dies auch dann gilt, wenn die im Referentenentwurf zum 3. Betreuungsrechtsänderungsgesetz vorgeschlagene Regelung, wonach bei einer Vollmachtserteilung keine Genehmigungsbedürftigkeit mehr besteht, eingeführt werden sollte. Im Vorschlag ist nämlich zutreffend darauf abgestellt worden, dass in hochriskante Maßnahmen nur dann eingewilligt werden darf, wenn eine schriftlich erteilte Vollmacht vorliegt.

Insbesondere unter Berücksichtigung des Wertungswiderspruchs zum Erfordernis der Schriftform bei einer ausdrücklich erteilten Vollmacht sollte sich die hier erörterte Vertretungsbefugnis nicht auf Nichteinwilligungen beziehen, wenn die Maßnahme medizinisch angezeigt ist und die begründete Gefahr besteht, dass der Betroffene auf Grund des Unterbleibens oder des Abbruchs der Maßnahme stirbt oder einen schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet⁸⁹¹. Dies gilt auch, wenn eine wirksame Patientenverfügung vorliegt. Hat der Betroffene zusätzlich zu dieser, aber - entgegen gängiger Praxis - keine Vorsorgevollmacht erteilt, bestehen im Übrigen Bedenken auf eine vermutete Vollmacht abzustellen.

4. Zur Bestimmungsbefugnis

Die im Rahmen der Betreuung und der ausdrücklichen Bevollmächtigung erörterten Fragen zur Übertragung und Ausübung einer Bestimmungsbefugnis stellen sich bei der hier vertretenen Konstruktion nicht⁸⁹².

⁸⁸⁹ § 1904 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 BGB.

⁸⁹⁰ Soweit ich in die Regelung für anwendbar erachtet habe (vgl. Fn. 724), halte ich daran unter Berücksichtigung des hier verfolgten Ansatzes nicht mehr fest.

⁸⁹¹ Vgl. Strätling/ Fieber/Sedemund-Adib / Schmucker, MedR 2004, 433 ff. (435) unter Bezugnahme auf BGH MedR 2003, 512.

⁸⁹² Vgl. aber Bühler, FamRZ 2002, 76 ff. (77); kritisch zur Möglichkeit freiheitseinschränkender Maßnahmen auch Vossler, BtPrax 2003, 6 ff. (10).

Werden nämlich die Vertretungsbefugnisse auf eine vermutete Vollmacht gestützt, ermöglichen sie bereits keine Erklärungen, die sich gegen den aktuellen Willen des Betroffenen richten⁸⁹³. Eine Entscheidung über eine Zwangsbehandlung kann folglich nicht getroffen werden.

VI. Handeln auf Grund einer vermuteten Vollmacht

1. Zum Innenverhältnis

a. Die Ausführungen im Entwurf des Bundesrates

In der Begründung des Bundesrats-Vorschlags zu § 1358 a BGB-E ist ausgeführt worden, dass für die Ehegatten keine neuen, über ihre bereits nach den §§ 1353 ff. BGB gegenseitig bestehenden Rechte und Pflichten hinausgehenden Verpflichtungen geschaffen würden⁸⁹⁴. Bezüglich des Innenverhältnisses zwischen den Ehegatten bedürfe es keiner neuen Normierungen⁸⁹⁵.

Es bestehen Bedenken, dieser Auffassung beizupflichten, wenn man die Regelungen betrachtet, die im Gesetzentwurf als Grundlage der Vertretungsbefugnis herangezogen worden sind. In § 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB ist zwar geregelt, dass die Ehegatten einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet sind. Der Maßstab, der bei der Auslegung und Anwendung dieser Vorschrift im Einzelfall anzuwenden ist, ist dem sittlichen Wesen einer auf dem Grundsatz der Gleichberechtigung beruhenden Ehe zu entnehmen⁸⁹⁶. Ehegatten sind verpflichtet, Entscheidungen am Wohl der Familie auszurichten und auf die Auffassungen des anderen Bedacht zu nehmen⁸⁹⁷. Die Pflichten sind auf die jeweilige Gemeinschaft bezogen. Sie besagen aber nicht, wie die Vertretungsmacht für den anderen Ehegatten in dessen Angelegenheiten konkret auszuüben ist⁸⁹⁸.

b. Das Innenverhältnis bei einer vermuteten Vollmacht

Legt man den hier vertretenen Ansatz einer vermuteten Vollmacht zugrunde, ist wie bei einer ausdrücklich erteilten Vollmacht zu fragen, wie das Grund- oder Innenverhältnis ausgestaltet werden soll. Von dieser Klärung hängen die Handlungskriterien für nahe stehende Personen ab.

⁸⁹³ Das erscheint insbesondere im Hinblick auf Angehörige, die psychisch erkrankt sind, wichtig, vgl. Crefeld, BtPrax 2003, 239 Ff. (241); Stellungnahme Aktion Psychisch Kranke, Betreuung mit Zukunft, 1.

⁸⁹⁴ BR-Drucks. 865/03, 58.

⁸⁹⁵ BR-Drucks. 865/03, 28.

⁸⁹⁶ Lange, in: Soergel, § 1353 BGB Rn. 5.

⁸⁹⁷ Lange, in: Soergel, § 1353 BGB Rn. 6.

⁸⁹⁸ VGT-Stellungnahme, 6.

Es scheinen zwei Lösungsansätze denkbar.

aa. Zur Anwendung des § 1901 BGB

Es könnte erwogen werden, die Regelung in § 1901 BGB heranzuziehen⁸⁹⁹. Wie bereits dargelegt worden ist, ist der Betreuer dem Wohl des Betroffenen verpflichtet. Diese Verpflichtung des Betreuers kann unter Umständen dazu führen, dass der Betreuer gegen den Willen des Betroffenen handeln muss.

Stützt sich eine vermutete Vollmacht auf den entsprechenden Willen des Betroffenen, kommt ein Handeln gegen den Willen nicht in Betracht. Eine Ausgestaltung des Grundverhältnisses, die sich an § 1901 BGB orientiert, scheidet aus. Davon ist auch der Gesetzesentwurf ausgegangen. Nach der Begründung sei der Ehegatte besser gestellt als im Fall der Betreuung, da nach § 1901 Abs. 3 Satz 1 BGB der Wille des Betreuten nicht in jedem Fall beachtet werden müsse⁹⁰⁰.

bb. Zum Auftrag

Kann § 1901 BGB nicht herangezogen werden, kommt allein ein Auftrag⁹⁰¹ in Betracht, wobei dieser ebenfalls nur vermutet werden kann.

Wenn der Betroffene einen bestimmten Willen geäußert hat, muss die für ihn handelnde Person daran gebunden sein. Eine andere Wertung würde dem Wesen des Vertretungsrechts, das auf den Willen der Betroffenen gestützt wird, widersprechen. Wenn der Betroffene hingegen keinen bestimmten Willen geäußert hat, muss sein mutmaßlicher Wille ermittelt werden. Es ist also zu fragen, wie der Betroffene selbst entschieden hätte, wenn er hätte entscheiden können⁹⁰².

Ein Argument, das in der bisherigen Diskussion gegen die Einführung einer Vertretungsbefugnis für nahe stehende Personen vorgebracht wurde, war die Gefahr eines Missbrauchs der Vertretungsmacht⁹⁰³ bzw. einer unkontrollierten Fremdbestimmung⁹⁰⁴. Es stellt sich die Frage, ob und wie diesem nach hiesiger Auffassung berechtigten Einwand begegnet werden kann. Dies kann nur erfolgen, wenn die

⁸⁹⁹ Vgl. Vossler, BtPrax 2003, 6 ff. (9); Crefeld, BtPrax 2003, 239 ff. (242); Deinert, Betreuung mit Zukunft, 4; vgl. dazu Zwischenbericht B II e in Betrifft Betreuung 4, 22 ff., 36 ff.; Bühler, FamRZ 2002, 76 ff. (78).

⁹⁰⁰ BR-Drucks. 865/03, 59.

⁹⁰¹ §§ 662 ff. BGB – zur Abgrenzung zum Gefälligkeitsverhältnis s. dort; s. zur entsprechenden Anwendung des § 1901 BGB und der Auftragsvorschriften: Bühler, FamRZ 2002, 78.

⁹⁰² Vgl. Harm, RpfBl. 2003, 13; zur Unterstützung von Ethik-Komitees bei der Ermittlung des mutmaßlichen Willens: May/Kettner BtPrax 2003, 96; vgl. auch Klie, BtPrax 2002, 96.

⁹⁰³ Auf die Missbrauchsproblematik weist Dodegge, Protokoll Nr. 49, 95, 96, hin; vgl. auch HsM – Bonner Initiative gegen Gewalt im Alter e.V., in: Protokoll Nr. 49, 118.

⁹⁰⁴ VGT-Stellungnahme, 6; vgl. Pardey, Rpfleger 2004, 257 ff. (259); kritisch Crefeld, BtPrax 2003, 239 ff. (241).

Bindung an den erklärten bzw. mutmaßlichen Willen des Betroffenen ausdrücklich normiert wird⁹⁰⁵. Ergänzend ist insoweit anzumerken, dass damit auch den Bedenken des historischen Gesetzgebers hinsichtlich einer Vertretungsbefugnis von nahe stehenden Personen kraft Gesetzes Rechnung getragen wäre.

Wenn auf die Regelungen zum Auftrag abgestellt wird, ist zu erwägen, ob auch § 665 BGB (entsprechende) Anwendung finden könnte. Danach ist der Beauftragte berechtigt, von den Weisungen des Auftraggebers abzuweichen, wenn er den Umständen nach annehmen darf, dass der Auftraggeber bei Kenntnis der Sachlage die Abweichung billigen würde. Der Beauftragte hat vor der Abweichung dem Auftraggeber Anzeige zu machen und dessen Entschließung abzuwarten, wenn nicht mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist (Satz 1 und 2). Da nach dieser Untersuchung die Vertretungsbefugnis in Eilfällen erforderlich erscheint, kommt es auf die Regelung des § 665 Satz 2 BGB nicht an.

Sofern ein nicht äußerungsfähiger Patient früher bestimmte Erklärungen abgegeben hat, wie in einer konkreten Behandlungssituation verfahren werden soll, handelt es sich „im Kern“ um eine Patientenverfügung. Nach den obigen Ausführungen bestehen dann Bedenken, ob sich nahe stehende Personen auf eine vermutete Vollmacht stützen können⁹⁰⁶.

Unter einer „Weisung“ kann aber auch – wie bei einem Vorsorgegrundverhältnis – ein „Wunsch“ verstanden werden⁹⁰⁷. Denkbar wäre es, dass der Betroffene sich dazu geäußert hat, wie er behandelt werden möchte, wenn ein Unfall mit bestimmten Folgen passieren sollte. Soll das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen bei der Vertretung durch nahe stehende Personen gewährleistet werden, besteht eine Bindung an den früher geäußerten Wunsch des Patienten.

Wenn sich allerdings eine andere Sachlage ergibt, liegt kein bindender Wunsch vor. Hier ist die Entscheidung zu treffen, die dem mutmaßlichen Willen des Betroffenen entspricht. Insoweit kann auf eine entsprechende Anwendung des § 665 Satz 1 BGB abgestellt werden⁹⁰⁸.

Sofern Anhalt dafür besteht, dass die vertretende Person die Angelegenheiten des Betroffenen nicht entsprechend regelt, bedarf es der Einleitung eines Betreuungsverfahrens⁹⁰⁹. Eine Überwachungsbetreuung kommt in derartigen Fällen nicht in

⁹⁰⁵ Vgl. Kunz, 93 f.

⁹⁰⁶ Hingegen will Kunz, 154, 156, die Vertretung im Bereich gesundheitlicher Angelegenheiten daran knüpfen, dass „der Betroffene in einer Patientenverfügung oder einem gleichwertigen Dokument seine diesbezüglichen Wünsche festgeschrieben hat“.

⁹⁰⁷ S. oben § 4 IV. 1. a.

⁹⁰⁸ Vgl. Lipp, Prot. Nr. 49, 159.

⁹⁰⁹ Kritisch zur fehlenden Überwachung Gödicke, FamRZ 2003, 1894 ff. (1897).

Betracht ⁹¹⁰. Sie setzt nach hiesigem Verständnis eine rechtsgeschäftlich erteilte und nicht vermutete Vollmacht voraus, die es dem Überwachungsbetreuer ermöglicht, die Wahrnehmung der Vertretungsbefugnis hinreichend zu kontrollieren.

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass sich die zuvor erörterten Fragen nicht stellen, wenn der Betroffene äußerungsfähig ist. Dann ist der Patient in der Lage, eigene Entscheidungen zu treffen oder eine andere Person zu bevollmächtigen. Sofern die Äußerungen allerdings Ausdruck einer eingeschränkten Eigenverantwortlichkeit sein sollten und sich der Betroffene selbst zu schädigen droht, kann die Vertretungsbefugnis bereits nicht auf eine vermutete Vollmacht gestützt werden. In diesen Fällen ist eine Betreuerbestellung zu prüfen.

2. Zum Außenverhältnis

Nach dem Gesetzentwurf sollte die Vertretungsmacht entfallen, wenn der Dritte das Fehlen der Vertretungsbefugnis kannte oder kennen musste ⁹¹¹. Es ist hier zu fragen, ob es einer solchen Normierung bedarf.

Nach allgemeinen Grundsätzen kann sich ein Dritter nicht auf die Vollmacht verlassen, wenn er erkennt oder erkennen muss, dass der Vertreter seine Vollmacht missbraucht, d.h. gegen seine Verpflichtungen aus dem Innenverhältnis verstößt ⁹¹². Dies gilt auch, wenn sich das Vertretungsrecht auf eine vermutete Vollmacht stützt. Aus diesem Grunde bedarf es keiner gesetzlichen Normierung.

VII. Zum Erfordernis der Erteilung einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung

Da die Vertretungsbefugnis für nahe stehende Personen nur Erklärungen umfasst, die nach derzeitiger Rechtslage nicht der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürfen, besteht kein entsprechendes Erfordernis.

Soweit die Angelegenheiten des Betroffenen nicht durch eine nahe stehende Personen geregelt werden können, ist es erforderlich, ein Betreuungsverfahren anzuregen. Dort gelten die dargestellten Genehmigungserfordernisse.

⁹¹⁰ A.A. Pohlentz, 200.

⁹¹¹ Vgl. zur haftungsrechtlichen Problematik für den rechtsgeschäftlichen Bereich: §§ 177 ff. BGB.

⁹¹² Heinrichs, in: Palandt, § 164 BGB Rn. 13 ff.

VIII. Zur Dauer des Vertretungsrechtes

Es ist bereits dargelegt worden, dass die Vertretung durch nahe stehende Personen in Betracht kommt, wenn mit einem Aufschub Gefahr verbunden ist.

Damit stellt sich das Problem, ob die Vertretungsmöglichkeit zeitlich befristet werden sollte. Dafür spräche, dass bei einer Befristung ausgeschlossen werden könnte, dass eine nahe stehende Person eine andere dauerhaft in gesundheitlichen Angelegenheiten vertritt⁹¹³. Zu denken ist z.B. an eine der Vorschrift des § 69 f Abs. 2 Satz 1 FGG entsprechende Regelung. Danach darf eine einstweilige Anordnung die Dauer von sechs Monaten grundsätzlich nicht überschreiten.

Zu berücksichtigen ist allerdings, dass die einstweilige Anordnung einen staatlichen Akt darstellt⁹¹⁴. Danach lässt sich der genaue Zeitpunkt ermitteln, ab dem ein Betreuer als gesetzlicher Vertreter zu handeln berechtigt ist. An einem solchen Bestellungsakt fehlt es, wenn eine Vertretungsbefugnis für nahe stehende Personen auf der Grundlage einer vermuteten Vollmacht normiert würde. Aus diesem Grunde ist hier – im Gegensatz zur Betreuung - kein Anknüpfungspunkt für eine Befristung ersichtlich.

Hinzukommt, dass eine entsprechende Regelung auch nicht praktikabel wäre. Die gesetzlich vermutete Vollmacht ist Voraussetzung für die Wirksamkeit des ärztlichen Handelns in jedem Einzelfall und folglich jeweils gesondert zu prüfen. Bei einer zeitlichen Befristung könnte eine hinreichende Prüfung nur erfolgen, wenn die Ausübung einer Vertretungsbefugnis (in allen Fällen) etwa in einem Register vermerkt werden müsste. Es müsste dann auch geregelt werden, dass dieses seitens der Ärzte eingesehen werden müsste, bevor angenommen werden könnte, dass Erklärungen von einer vertretungsberechtigten Person abgegeben werden⁹¹⁵. Ein solches Erfordernis würde dem Sinn einer Vertretungsbefugnis insbesondere im Hinblick auf die Eilbedürftigkeit widersprechen.

Ob sich eine nahe stehende Person bei Abgabe entsprechender Erklärungen im Rahmen ihres Vertretungsrechtes hält, ist keine Frage, die eine Befristung des Rechtes rechtfertigen könnte. Vielmehr handelt es sich um das bereits erörterte Problem des Missbrauchs der Vertretungsmacht.

⁹¹³ Kritisch dazu Chiusi, ZRP 2004, 119 ff. (123); und § 1358 Abs. 3 BGB-E kritisch: Kunz, 64 f.

⁹¹⁴ Vgl. zur Wirksamkeit: § 69 f Abs. 4 FGG.

⁹¹⁵ Vgl. zu einer etwaigen Berichtspflicht Gödicke, FamRZ 2003, 1894 ff. (1898).

IX. Zusammenfassung und Entwurf einer Regelung zur Vertretungsbefugnis für nahe stehende Personen

1. Zusammenfassung

Die Untersuchungsergebnisse dieses Kapitels lassen sich nachfolgend zusammenfassen:

1. In eilbedürftigen Fällen bedarf es zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts des jeweiligen Patienten der Einführung einer Vertretungsbefugnis für nahe stehende Personen. In solchen Fällen, in denen keine Entscheidung des Betroffenen, eines Bevollmächtigten oder eines Betreuers bezüglich einer ärztlichen Maßnahme vorliegt, kann nach derzeitiger Rechtslage zur Rechtfertigung des ärztlichen Handelns auf eine mutmaßliche Einwilligung des Betroffenen abgestellt werden. Der mutmaßlichen Einwilligung fehlt aber die Legitimation, auf Grund derer sie als für den Patienten getroffene Entscheidung die gleiche rechtliche Anerkennung wie diejenige eines Mündigen erfahren könnte. Eine entsprechende Legitimation bestünde, wenn nahe stehenden Personen in eilbedürftigen Fällen eine Vertretungsbefugnis kraft Gesetzes eingeräumt würde.

2. Eine umfassende gesetzliche Vertretungsmacht begegnet bereits verfassungsrechtlichen Bedenken. Sie stelle einen unzulässigen Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen dar. Dies gilt auch, soweit eine Vertretungsmacht davon abhängig wäre, dass der Betroffene nicht eigenverantwortlich handeln kann. Eine Regelung, die sich auf die §§ 1357, 1353 Abs. 1 Satz 2, 1618 a BGB und damit auf die familienrechtliche Verbundenheit stützt, kann ebenfalls nicht tragen.

Die Vertretungsbefugnis kann (nur) auf eine vermutete Vollmacht gegründet werden. Diese greift dann, wenn sie sich auf einen typischerweise bestehenden Willen des Betroffenen berufen kann. Das kann allein für solche Fälle angenommen werden, in denen die Vermutung des Gesetzes an die tatsächlich in der Bevölkerung vorhandenen Vorstellungen anknüpfen kann. Das kommt lediglich bei einem gekorenen (Ehegatte, Lebenspartner) oder geborenen (Eltern, Kinder) dauerhaften Näheverhältnis in Betracht.

3. Die Vertretungsbefugnis sollte davon abhängen, dass bei dem Betroffenen eine Krankheit oder Behinderung vorliegt, auf Grund derer er seine Angelegenheiten im gesundheitlichen Bereich nicht besorgen kann. Es darf keine andere Bestimmung getroffen bzw. kein Betreuer bestellt worden sein. Die Vertretungsbefugnis soll lediglich in einem Eilfall greifen und nicht befristet werden. Sie soll im Ver-

hältnis von Ehegatten und Lebenspartnern zueinander und für volljährige Kinder gegenüber ihren Eltern gelten.

4. Nahe stehende Personen sollen zur Abgabe rechtsgeschäftlicher Erklärungen (im hier untersuchten Bereich) berechtigt sein. Gleiches gilt für die Erteilung oder Ablehnung von Einwilligungen in ärztliche Behandlungen. Eine Berechtigung zur Abgabe von Erklärungen, die hochriskante Maßnahmen (o.ä.) betreffen, soll nicht eingeräumt werden. Gleiches gilt für die Ausübung einer Bestimmungsbefugnis.

5. Das vermutete Grundverhältnis ist für die Frage entscheidend, wie die Angelegenheiten des Vertretenen zu besorgen sind. Es kommt ein vermuteter Auftrag in Betracht. Der Vertreter hat den wirklichen bzw. mutmaßlichen Willen des Betroffenen zu beachten.

6. Genehmigungserfordernisse bestehen nach dem hiesigen Ansatz nicht.

Auf der Grundlage der Untersuchungsergebnisse wird der nachfolgende Vorschlag für eine Normierung unterbreitet.

2. Entwurf einer Regelung zur Vertretungsbefugnis für nahe stehende Personen

Im nachfolgenden Entwurf ist der Vorschlag des Bundesrates zu einer Normierung im Rahmen der §§ 1358 a und 1618 b BGB beibehalten worden.

§ 1358 a Vertretung durch Ehegatten für die Gesundheitsorge

Abs. 1

Ist ein Ehegatte infolge einer Krankheit oder Behinderung nicht in der Lage, seine Angelegenheiten insoweit zu besorgen, als sie eine Untersuchung des Gesundheitszustandes, eine Heilbehandlung oder einen ärztlichen Eingriff betreffen, gilt der andere Ehegatte, sofern mit dem Aufschub Gefahr verbunden wäre, als hierzu beauftragt und bevollmächtigt.

Dies gilt nicht,

1. wenn die Ehegatten getrennt leben, oder
2. wenn der verhinderte Ehegatte etwas anderes bestimmt hat oder ein Betreuer bestellt ist und

3. für Erklärungen, die in den Anwendungsbereich des § 1904 Abs. 1 Satz 1 BGB fallen ⁹¹⁶.

Abs. 2

Der Ehegatte gilt als befugt im Sinne des Abs. 1 Satz 1, wenn er dem Arzt schriftlich erklärt,

1. mit dem verhinderten Ehegatten verheiratet zu sein,
2. nicht getrennt zu leben,
3. dass ihm ein entgegenstehender Wille des Ehegatten, das Vorliegen einer anderweitigen Bestimmung oder die Bestellung eines Betreuers nicht bekannt sind.

Dies gilt nicht, wenn der Arzt das Fehlen der Voraussetzungen nach Abs. 1 kennt oder kennen muss.

Abs. 3

Der Ehegatte hat bei seiner Entscheidung den wirklichen oder, sofern sich dieser nicht ermitteln lässt, den mutmaßlichen Willen des verhinderten Ehegatten zu befolgen. § 665 Satz 1 BGB gilt entsprechend ⁹¹⁷.

§ 8 Abs. 2 des Lebenspartnerschaftsgesetzes

enthielte die Ergänzung, dass § 1358 a BGB entsprechend gilt.

§ 1618 b Vertretung durch Kinder für die Gesundheitsorge

Abs. 1

§ 1358 a Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Nr. 2 und 3 gilt entsprechend im Verhältnis von volljährigen Kindern zu ihren Eltern.

Dies gilt nicht, wenn

1. ein erklärungsbefugter Ehegatte oder Lebenspartner vorhanden und innerhalb angemessener Zeit ⁹¹⁸ erreichbar ist,
2. das volljährige Kind in den letzten zwei Jahren zu dem verhinderten Elternteil keinen persönlichen Kontakt hatte ⁹¹⁹.

⁹¹⁶ Diese Regelung ist gewählt worden, um Einwilligungen und Nichteinwilligungen zu erfassen.

Dabei ist unterstellt worden, dass eine Neuregelung des § 1904 BGB auch Erklärungen umfassen könnte, nach denen eine Behandlung nicht durchgeführt oder fortgesetzt werden darf.

⁹¹⁷ Die Neuregelung des § 1896 BGB könnte dem Vorschlag des Gesetzentwurfes (Anhang II) entsprechen. In § 1896 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 BGB-E wäre § 1358 a BGB allerdings zu streichen.

⁹¹⁸ Vgl. § 4 Abs. 2 Satz 4 TPG.

⁹¹⁹ Vgl. § 4 Abs. 2 Satz 1 TPG.

Bei mehreren erklärungsbefugten Kindern genügt die Erklärung eines von ihnen, es ist jedoch der Widerspruch eines jeden von ihnen beachtlich ⁹²⁰.

Abs. 2

Ein volljähriges Kind gilt als erklärungsbefugt, wenn es dem Arzt schriftlich erklärt,

1. Angehöriger im Sinne des Absatzes 1 zu sein,
2. dass ein erklärungsbefugter Ehegatte oder Lebenspartner nicht vorhanden oder innerhalb angemessener Zeit nicht erreichbar ist,
3. dass ihm ein entgegenstehender Wille des verhinderten Elternteils, eine anderweitige Bestimmung oder die Bestellung eines Betreuers nicht bekannt sind,
4. dass er in den letzten zwei Jahren zu dem verhinderten Elternteil persönlichen Kontakt hatte und
5. ein Widerspruch eines anderen volljährigen Kindes nicht bekannt ist.

§ 1358 a Abs. 2 Satz 2 gilt entsprechend.

Abs. 3

§ 1358 a Abs. 3 BGB gilt entsprechend.

⁹²⁰ Vgl. § 4 Abs. 2 Satz 3 TPG.

§ 6 Zum Verhältnis der bestehenden und vorgeschlagenen Stellvertretungsregelungen

Nachdem die jeweiligen Vertretungsmöglichkeiten einer Betrachtung unterzogen worden sind, gilt es nunmehr, ihr Verhältnis zueinander zu klären.

I. Zum Verhältnis „Betreuung – ausdrückliche Vollmachtserteilung“

Ausgangspunkt der Betrachtung ist die Regelung in § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB, wonach die Betreuung nicht erforderlich ist, soweit die Angelegenheiten durch einen Bevollmächtigten ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können. Die Betreuung ist nach dieser Vorschrift nicht stets gegenüber der ausdrücklich erteilten Vollmacht subsidiär. Der Grundsatz gilt nur dann und nur insoweit, als die Angelegenheiten des Betroffenen ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können ⁹²¹.

Ebenso gut können die Angelegenheiten nur dann besorgt werden, wenn mittels Vollmacht die Aufgaben, die die Betreuung wahrnimmt, in gleichem Umfang und in gleicher Weise erledigt werden können ⁹²².

Der Untersuchung war der Ansatz zugrunde gelegt worden, dass der Betreuung zwei Funktionen zukommen. Zum einen soll, sofern ein Betroffener nicht (mehr) rechtlich handeln kann, dessen Handlungsfähigkeit hergestellt werden. Außerdem

⁹²¹ Roth, in: Dodegge / Roth, C I 1.; Schwab, in: MünchKomm, § 1896 BGB Rn. 48; Karliczek, 65 f.; s. aber Zimmermann, in: Damrau/Zimmermann, § 1896 BGB Rn. 78 („schiefes Kriterium“).

⁹²² Vgl. v. Sachsen-Gessaphe, 297.

soll derjenige, der sich durch eine eingeschränkte Eigenverantwortlichkeit selbst zu schädigen droht, geschützt werden.

Nach der hier vorgenommenen Prüfung kann festgestellt werden, dass die erste Aufgabe der Betreuung auch bei einer ausdrücklichen Vollmachtserteilung wahrgenommen werden kann. Die Möglichkeit, entsprechende Entscheidungen zu treffen, kann mittels Vollmacht übertragen werden. Der Bevollmächtigte kann für den Vollmachtgeber sowohl Einwilligungen erteilen als auch der ärztlichen Behandlung widersprechen. Außerdem kann er rechtsgeschäftliche Erklärungen abgeben ⁹²³.

Bei der Einwilligung in hochriskante ärztliche Maßnahmen wird der Bevollmächtigte dem Betreuer gleichgestellt, da auch der Bevollmächtigte einer gerichtlichen Genehmigung bedarf.

Es lässt sich hiernach konstatieren, dass mittels einer ausdrücklichen, auch schriftlich erteilten Vollmacht zwar die Handlungsfähigkeit eines Betroffenen hergestellt werden kann, z.T. aber eine gerichtliche Genehmigung erforderlich ist ⁹²⁴.

Nach den Erwägungen in der Arbeit kann allerdings eine Bestimmungs- oder Zwangsbefugnis nicht mittels Vollmacht auf eine andere Person übertragen werden kann ⁹²⁵. Aus diesem Grunde ist die Betreuung bei einer Zwangsbehandlung im Rahmen einer Unterbringung angesichts des Erfordernisses der Einholung einer vormundschaftsgerichtlichen im Ergebnis nicht entbehrlich ⁹²⁶. Auch bei einer entsprechenden, schriftlichen Vollmacht ist eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erforderlich.

II. Zum Verhältnis „ausdrückliche – vermutete Vollmacht“

Nach dem Vorschlag des Bundesrates zum 2. Betreuungsrechtsänderungsgesetz sollte die Vertretungsbefugnis für nahe stehende Personen nicht bestehen, wenn

⁹²³ Zimmermann, in: Damrau / Zimmermann, § 1904 BGB Rn. 54; a.A. Dickscheid, in: RGRK, § 1896 BGB Rn. 30 (vor 1. BtÄndG).

⁹²⁴ Das steht in Widerspruch zu dem seitens des Gesetzgebers beim 1. und 2. Betreuungsänderungsgesetz verfolgten Gedanken der Stärkung (insbesondere) der Vorsorgevollmacht. Dieser würde allerdings konsequent umgesetzt, wenn die Änderungen, die im Referentenentwurf vorgeschlagen wurden, normiert werden sollten.

⁹²⁵ Vgl. Schwab, in: MünchKomm, § 1906 BGB Rn. 118; s. aber Zimmermann, in: Damrau / Zimmermann, § 1906 BGB Rn. 91; zu anderer Differenzierung Bienwald, in: Bienwald u.a., Betreuungsrecht, § 1896 BGB, 96.

⁹²⁶ Vgl. Voigt, 16; zum Verhältnis der Regelungen ausführlich: Lipp, Freiheit und Fürsorge, 194 ff.; zur ambulanten Zwangsbehandlung wird auf die Ausführungen unter § 4 V. 2. verwiesen.

eine ausdrückliche Bevollmächtigung erfolgt war⁹²⁷. Eine entsprechende Normierung erwies sich als konsequent. Denn immer dann, wenn eine ausdrücklich erteilte, wirksame Vollmacht vorliegt, kann auf die vermutete Vollmacht nicht zurückgegriffen werden.

III. Zum Verhältnis „vermutete Vollmacht – Betreuung“

Nach dem Vorschlag des Gesetzgebers zum 2. Betreuungsrechtsänderungsgesetz war die Betreuung nicht erforderlich, soweit die Angelegenheiten durch einen vertretungsberechtigten Angehörigen „ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können“⁹²⁸. Nach den Ausführungen zu Ziffer II. kann auf eine Vertretungsbefugnis für nahe stehende Personen, die sich auf eine vermutete Vollmacht gründet, nur abgestellt werden, wenn keine rechtsgeschäftlich erteilte, den Fürsorgefall betreffende Vollmacht vorliegt.

Auch bei der auf eine vermutete Vollmacht gestützten Vertretungsbefugnis für nahe stehende Personen beurteilt sich die Frage, ob sie die Betreuung entbehrlich macht, danach, ob deren Aufgaben wahrgenommen werden können. Davon kann nur eingeschränkt ausgegangen werden. Denn mittels dieser Vertretungsbefugnis kann nur die rechtliche Handlungsfähigkeit des Betroffenen hergestellt werden. Dies gilt zudem nur, sofern es sich um eine eilbedürftige, nicht risikoreiche gesundheitliche Angelegenheit handelt. Zudem müssen berechnete nahe stehende Personen vorhanden und zur Vertretung bereit sein.

Die vermutete Vollmacht ist danach nur in dem zuvor beschriebenen, engen Anwendungsbereich im Hinblick auf die Herstellung der Handlungsfähigkeit eines Betroffenen gegenüber der Betreuung vorrangig. Ergänzend ist anzumerken, dass die vermutete Vollmacht in Gesundheitsangelegenheiten in vielen Fällen die Bestellung eines Betreuers auch nicht entbehrlich macht, weil neben der Entscheidung über eine eilige ärztliche Maßnahme noch weitere Angelegenheiten (z.B. Finanzen, Wohnungsangelegenheiten etc.) zu regeln sein dürften. Schon deshalb ist die Vertretungsbefugnis für nahe stehende Personen eine Regelung für den Eil- oder Notfall.

⁹²⁷ S. z.B. § 1358 Abs. 1 Satz 1 BGB-E.

⁹²⁸ § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB-E.

IV. Zum Verhältnis aller Regelungen

Es ist nunmehr das Verhältnis der erörterten Regelungen zueinander zu bestimmen.

Sofern eine ausdrücklich erteilte, rechtsgeschäftliche, wirksame und den Fürsorgefall betreffende Vollmacht vorliegt, ist diese nach derzeitiger Rechtslage insoweit gegenüber der Betreuung im Bereich der Gesundheitsangelegenheiten vorrangig, als sie Entscheidungen ermöglicht, durch die die Handlungsfähigkeit des Betroffenen hergestellt wird. Bei Entscheidungen hinsichtlich hochriskanter Maßnahmen besteht allerdings ein Genehmigungserfordernis.

Liegt keine rechtsgeschäftlich ausdrücklich erteilte, wirksame und den Fürsorgefall betreffende Vollmacht vor, kann mittels einer Vertretungsbefugnis, die sich auf eine vermutete Vollmacht stützt, die rechtliche Handlungsfähigkeit des Betroffenen unter Berücksichtigung der Ausführungen zu Ziff. III lediglich in engen Grenzen hergestellt werden: im Eilfall, bei Entscheidungen, die nicht hochriskante ärztliche Maßnahmen betreffen und wenn nahe stehende Personen vorhanden und vertretungsbereit sind ⁹²⁹. Nur in diesen Fällen wäre die Bestellung eines Betreuers entbehrlich, weil die Angelegenheiten des Betroffenen genauso gut wie bei der Betreuung besorgt werden könnten.

Sofern sich ein Betroffener auf Grund jedenfalls eingeschränkter Eigenverantwortlichkeit selbst zu schädigen droht, gilt dies nicht. Hier ist auch bei einer ausdrücklichen Bevollmächtigung eine Betreuung im Ergebnis nicht entbehrlich. Die Subsidiarität der Betreuung gilt hier jedenfalls nur eingeschränkt.

Hiernach lässt sich feststellen, dass der Grundsatz des Vorrangs der Eigenvorsorge vor staatlicher Hilfe nicht in jedem Fall gilt. Es ist zu prüfen, ob die zu regelnden Angelegenheiten mittels Eigenvorsorge ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können.

⁹²⁹ Aus diesem Grund würde die Einführung von Vertretungsbefugnissen von nahe stehenden Personen auf Grund einer vermuteten Vollmacht auch das Institut einer Vorsorgevollmacht nicht schwächen, vgl. dazu Kunz, 115.

V. Modell eines dreigliedrigen Vertretungssystems

Betrachtet man das Verhältnis der Vertretungsmöglichkeiten zueinander, eröffnet sich ein dreigliedriges Vertretungssystem für die gesundheitlichen Angelegenheiten.

Wenn die Handlungsfähigkeit eines Betroffenen hergestellt werden soll, kommt einer ausdrücklichen, rechtsgeschäftlichen Vollmacht Vorrang zu. Es besteht allerdings derzeit die Einschränkung, dass bei einer Einwilligung in eine hochriskante Maßnahme die Vollmacht schriftlich erteilt werden muss und (derzeit) stets eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erforderlich ist.

In Fällen, in denen keine derartigen Vollmachten ⁹³⁰ vorliegen, könnte auf eine Vertretungsbefugnis für nahe stehende Personen abgestellt werden. Dies gilt aber nur im Eilfall, bei Entscheidungen, die nicht hochriskante Maßnahmen betreffen und wenn nahe stehende Personen vorhanden und vertretungsbereit sind ⁹³¹. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, bedarf es der Bestellung eines Betreuers.

Wenn ein Betroffener vor einer auf mangelnder Eigenverantwortlichkeit drohenden Selbstschädigung geschützt werden muss (Zwangsbehandlung), ist die Bestellung eines Betreuers erforderlich. Die Betreuung ist im Ergebnis auch nicht entbehrlich, wenn für solche Fälle eine Vollmacht erteilt wird. Der Bevollmächtigte benötigt bezüglich etwaiger Entscheidungen hinsichtlich einer Unterbringung, unterbringungsähnlicher Maßnahmen oder einer Einwilligung in eine Zwangsbehandlung (im Rahmen einer Unterbringung) eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, die inhaltlich (auch) die Übertragung einer entsprechenden Bestimmungsbefugnis umfasst.

Dieses Modell hat nach hiesiger Auffassung vier Vorteile:

Im Fall der Einführung einer Vertretungsbefugnis für nahe stehende Personen würde das Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen gestärkt. Wenn bislang auf eine mutmaßliche Einwilligung abgestellt wird, wird damit eine bestimmte Ent-

⁹³⁰ In der Untersuchung ist nicht gesondert auf die konkludent erteilte Vollmacht eingegangen worden (vgl. § 4 II.). Anzumerken ist hier allerdings, dass eine solche Vollmacht - ihre Wirksamkeit unterstellt - einer vermuteten Vollmacht innerhalb des hiesigen Modells vorgeht.

⁹³¹ Vgl. Gödicke, FamRZ 2003, 1894 ff. (1896), der darauf hinweist, dass die Vertretungsmacht nach dem Gesetzentwurf an die mittlere Stelle in das Subsidiaritätsverhältnis der Betreuung gegenüber der Bevollmächtigung einrücke.

scheidung des Betroffenen unterstellt. Nunmehr wäre eine Erklärung des Betroffenen, abgegeben durch eine nahe stehende Person als Vertreter, maßgeblich.

Zudem könnten bei der Normierung einer entsprechenden Vertretungsbefugnis Unsicherheiten, unter welchen Voraussetzungen und wie lange ärztliches Handeln in Notfällen gerechtfertigt ist, vermieden werden.

Es handelt sich um ein flexibles Hilfesystem. Es berücksichtigt unterschiedliche Lebenslagen Betroffener, ohne dass dies zu Rechtsverlusten führen würde. Sofern durch private Vorsorge bzw. nahe stehende Personen keine hinreichenden Regelungen getroffen werden können, ist auf das Betreuungsrecht „zurückzugreifen“. Staatliche Eingriffe werden auf das Erforderliche begrenzt⁹³². Außerdem wird dem Schutzbedürfnis der Betroffenen Rechnung getragen. Denn Entscheidungen, auf Grund derer die Bewegungsfreiheit eingeschränkt wird oder solche, gegen die der Betroffene Widerstand erhebt, können nur von einem Betreuer bzw. dem durch das Erfordernis eines Genehmigungsverfahrens gleichgestellten, ausdrücklich Bevollmächtigten getroffen werden.

Abschließend ist zu bemerken, dass sich das hier vertretene Modell durchaus in andere Regelungsmodelle im europäischen Ausland einfügen könnte⁹³³, insbesondere vor dem Hintergrund der auch in anderen Ländern diskutierten Verwirklichung privater Vorsorge.

VI. Zusammenfassung

Damit ergeben sich folgende Ergebnisse:

1. Liegt eine wirksame und den Fürsorgefall betreffende Vollmacht vor, ist diese nach derzeitiger Rechtslage insoweit gegenüber der Vertretung im Bereich der Gesundheitsangelegenheiten vorrangig, als sie Entscheidungen ermöglicht, durch die die Handlungsfähigkeit des Betroffenen hergestellt wird. Bei Entscheidungen hinsichtlich hochriskanter Maßnahmen besteht allerdings ein Genehmigungserfordernis. Liegt keine entsprechende Vollmacht vor, kann mittels einer Vertretungsbefugnis für nahe stehende Personen, die sich auf eine vermutete Vollmacht stützt, die rechtliche Handlungsfähigkeit des Betroffenen nur in engen Grenzen hergestellt werden: im Eilfall, bei Entscheidungen, die nicht hochriskante ärztliche

⁹³² Nur im Ansatz ähnlich ist das von Harm RpfIBl. 2003, 13 ff. entwickelte Modell.

⁹³³ Vgl. Röthel, FamRZ 2004, 999 ff. (1004 – ins. Fn. 74 – Niederlande), 1005 – unter Hinweis auf „Hague Conference on private international law convention on the international protection of adults“, in: RabelsZ 64 (2000), 753 ff.

Maßnahmen betreffen und dann, wenn entsprechende Personen vorhanden und vertretungsbereit sind. In diesen Fällen wäre die Bestellung eines Betreuers entbehrlich, weil die Angelegenheiten des Betroffenen ebenso gut wie bei der Betreuung besorgt werden können.

2. Aus den unterschiedlichen Befugnissen lässt sich ein dreigliedriges, flexibles Vertretungssystem, das unterschiedliche Lebenslagen Betroffener berücksichtigt, entwickeln.

§ 7 Zusammenfassung der Ergebnisse

Die Ergebnisse der Untersuchung lassen sich wie folgt zusammenfassen:

1. Nach der vom Reichsgericht entwickelten Rechtsprechung erfüllt der gebotene, kunstgerecht ausgeführte ärztliche Heileingriff den äußeren Tatbestand einer Körperverletzung. Gerechtfertigtes ärztliches Handeln muss drei Grundvoraussetzungen erfüllen: eine Indikation, eine Einwilligung nach Aufklärung des Patienten und ein Verfahren *lege artis* ⁹³⁴.

Die Einwilligung ist eine willentliche, frei widerrufliche Erklärung. Inhaltlich lautet sie dahin, dass im Rahmen der ärztlichen Behandlung in bestimmter Weise auf Personengüter eingewirkt werden darf. Einwilligungsfähig ist derjenige, der in der Lage ist, die rechtliche Bedeutung und Tragweite der maßgeblichen Entscheidung zu erfassen und sich danach festzulegen ⁹³⁵.

2. Kann ein Patient eine entsprechende Bestimmung nicht treffen, ist zu klären, ob eine Entscheidung durch einen Stellvertreter erfolgen kann. Auf eine mutmaßliche Einwilligung kann nur zur Rechtfertigung ärztlichen Handelns in Eilfällen zurückgegriffen werden. Der Arzt, der auf Grund einer mutmaßlichen Einwilligung handelt, ist kein Stellvertreter ⁹³⁶.

Nach derzeitiger Rechtslage kommen Stellvertreterentscheidungen in zwei Fällen in Betracht. Zum einen kann durch das Vormundschaftsgericht ein Betreuer bestellt werden. Dieser ist in dem gerichtlich festgelegten Aufgabenkreis gesetzlicher Vertreter des Betroffenen. Die Bestellung eines Betreuers ist aber nicht erforderlich, soweit die Angelegenheiten durch einen Bevollmächtigten, also einen auf Grund rechtsgeschäftlich erteilter Vertretungsmacht Handelnden, ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können.

⁹³⁴ § 2 II. 2.

⁹³⁵ § 2 II. 2. b., c.

⁹³⁶ § 2 II. 2. c.

3. Ein Betreuer hat die Angelegenheiten des Betreuten im gerichtlich bestimmten Aufgabenkreis „rechtlich zu besorgen“ (Rechtsfürsorge). Die Aufgabe der Betreuung besteht zum einen darin, die Handlungsfähigkeit eines Betroffenen herzustellen, wenn die Rechtsordnung einzelnen Handlungen die rechtliche Anerkennung versagt. Sofern sich der Betroffene hingegen auf Grund einer eingeschränkten Eigenverantwortlichkeit selbst zu schädigen droht, bedarf es eines rechtlichen Schutzes. Auch diesen gewährleistet die Betreuung ⁹³⁷.

4. Die Bestellung eines Betreuers setzt voraus, dass in einem gerichtlich im einzelnen festgelegten Verfahren festgestellt wird, dass der Volljährige auf Grund einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung seine Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht besorgen kann. Gegen den freien Willen des Betroffenen darf ein Betreuer nicht bestellt werden. Die Betreuung kommt nur für Aufgabenkreise in Betracht, in denen die Betreuung erforderlich ist ⁹³⁸. Durch einstweilige Anordnung kann – zeitlich befristet – ein vorläufiger Betreuer bestellt werden ⁹³⁹.

Der Betreuer hat die Angelegenheiten des Betreuten so zu besorgen, wie es dessen Wohl entspricht. Wenn der Betreute keine Entscheidung mehr treffen kann, ist maßgebend, wie er entscheiden würde, wenn er dies könnte. Der Betreuer hat zunächst die entsprechenden Ansichten und Einstellungen des Betroffenen in Erfahrung zu bringen. Kann daraus entnommen werden, welche konkrete Entscheidung dem wirklichen Willen des Betroffenen entspricht, hat diese auch der Betreuer zu treffen. Ist dies nicht möglich, kommt es auf den mutmaßlichen Willen an. Kann dieser nicht festgestellt werden, kann nachrangig auf das Interesse des Betreuten zurückgegriffen werden. Wenn sich der Betroffene äußern kann, kann es erforderlich werden, gegen seinen Wunsch zu handeln. Das ist nur zulässig, wenn sich der Betreute auf Grund eingeschränkter Eigenverantwortlichkeit selbst zu schädigen droht ⁹⁴⁰.

5. Entscheidungen eines Betreuers hinsichtlich einer Unterbringung bzw. bezüglich unterbringungsähnlicher Maßnahmen bedürfen der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Die materiellen und formellen Voraussetzungen sind gesetzlich geregelt ⁹⁴¹.

6. Zwang bedeutet, den bewussten Widerstand einer Person, der in jeglicher Form von Ablehnung oder Gegenwehr zum Ausdruck kommen kann, zu brechen. Eine generelle Regelung zur Zwangsbehandlung fehlt im Betreuungsrecht. Der Bun-

⁹³⁷ § 3 IV.

⁹³⁸ § 3 V. 1., 2.

⁹³⁹ § 3 VI.

⁹⁴⁰ § 3 VII. 1.

⁹⁴¹ § 3 VIII. 1.

desgerichtshof erachtet eine Zwangsbehandlung bei einem Betreuten, der untergebracht ist, für grundsätzlich zulässig. Hingegen hat er die gegen den Willen eines Betreuten in regelmäßigen Zeitabständen durchzuführende Dauermedikation und die zwangsweise Zuführung des Betreuten zu dieser – jeweils kurzfristigen – Behandlung als nicht genehmigungsfähig erachtet.

Der Auffassung zur Zulässigkeit einer entsprechenden Behandlung im Rahmen einer Unterbringung ist in dieser Arbeit im Ergebnis gefolgt worden. Dies gilt hingegen nicht für die „ambulante Zwangsbehandlung“. Maßnahmen des Betreuers gegen den Willen des Betreuten sind nach dem hier verfolgten Ansatz keine staatlichen Eingriffe. Die Zulässigkeit von Zwangsmaßnahmen, also auch die der ambulanten Zwangsbehandlung setzen vielmehr voraus, dass dem Betreuer in einem gerichtlichen Verfahren eine entsprechende Bestimmungsbefugnis übertragen worden ist. Sofern der Betreuer davon Gebrauch machen muss, benötigt er sowohl hinsichtlich der Behandlung im Rahmen einer Unterbringung als auch bezüglich einer ambulanten Zwangsbehandlung eine entsprechende vormundschaftsgerichtliche Genehmigung⁹⁴².

7. Die Einwilligung eines Betreuers in eine Untersuchung des Gesundheitszustandes, eine Heilbehandlung oder einen ärztlichen Eingriff bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, wenn die begründete Gefahr besteht, dass der Betreute auf Grund der Maßnahme stirbt oder einen schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet. Das Genehmigungsverfahren ist gesetzlich geregelt⁹⁴³.

8. Hat ein Betreuer über die Einwilligung in die Aufnahme bzw. Fortsetzung einer lebenserhaltenden Maßnahme zu entscheiden, hat er zunächst zu versuchen, den tatsächlichen Wunsch oder Willen des Betreuten zu ermitteln. Wenn dieser nicht ermittelt werden kann, ist auf den mutmaßlichen Willen abzustellen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bedarf es einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung in Konfliktfällen; nämlich dann, wenn die weitere Behandlung ärztlicherseits angeboten wird, der Betreuer nicht einwilligen bzw. eine erteilte Einwilligung in die weitere Behandlung widerrufen möchte und zwischen dem Arzt und dem Betreuer Uneinigkeit über den Willen des Patienten besteht. Die Regelung des § 1904 BGB kann nach Auffassung des Bundesgerichtshofs nicht (entsprechend) herangezogen werden, vielmehr ergibt sich die Prüfungszuständigkeit des Vormundschaftsgerichts aus einer Gesamtschau des Betreuungsrechts und dem unabweisbaren Bedürfnis, mit den Instrumenten dieses Rechts auch auf Fragen im Grenzbereich menschlichen Lebens und Sterbens für alle Beteiligten rechtlich verantwortbare Antworten zu finden⁹⁴⁴.

⁹⁴² § 3 VIII. 2.

⁹⁴³ § 3 VIII. 3.

⁹⁴⁴ § 3 VIII. 4.

Bei einer möglichen zukünftigen gesetzlichen Regelung wird zu berücksichtigen sein, dass es einen erheblichen Widerspruch bedeutete, wenn eine gerichtliche Genehmigung in den Fällen, die derzeit vom Anwendungsbereich des § 1904 BGB umfasst sind, stets, und bei den zuletzt genannten Verfahren nur im Konfliktfall erforderlich wäre ⁹⁴⁵.

9. Eine ausdrücklich erteilte Vollmacht macht eine Betreuung nur entbehrlich, wenn die gesundheitlichen Angelegenheiten „ebenso gut“ wie durch einen Betreuer besorgt werden können. Ebenso gut können die Angelegenheiten besorgt werden, wenn es bei einer Vertretung auf Grund ausdrücklich erteilter Vollmacht möglich ist, die beschriebenen Aufgaben der Betreuung wahrzunehmen. Das setzt zunächst voraus, dass die Vollmacht wirksam erteilt sein muss und fortbesteht. Zudem ist sie widerruflich zu erteilen ⁹⁴⁶.

Vollmachten im personalen Bereich sind zulässig. Mittels Vollmacht kann aber keine Bestimmungsbefugnis übertragen werden. Die Bevollmächtigung im personalen Bereich berechtigt zu Entscheidungen, auf Grund derer die Handlungsfähigkeit eines Betroffenen im Fürsorgefall hergestellt werden kann ⁹⁴⁷.

10. Die Frage, wie die Angelegenheiten des Vollmachtgebers wahrzunehmen sind, beantwortet sich nach dem Grundverhältnis, das bei einer Bevollmächtigung regelmäßig ein Auftrag ist. Wenn der Auftraggeber keine frühere Entscheidung getroffen hat und nicht mehr in der Lage ist, eine Entscheidung zu treffen, dient die private Vorsorge – wie die Betreuung – dazu, dessen Handlungsfähigkeit herzustellen. Zu klären ist, wie der Vollmachtgeber selbst entscheiden würde, wenn er dies könnte. Wenn der Betroffene äußerungsfähig ist, sind seine Wünsche bzw. Weisungen ebenfalls zu beachten. Ist der Wunsch Ausdruck einer eingeschränkten Eigenverantwortlichkeit, darf von der Erfüllung abgesehen werden, wenn das Vorsorgeverhältnis in diesem Sinne ausgestaltet ist ⁹⁴⁸. Die Bestellung eines Überwachungsbetreuers ist nur bei einem konkreten Bedarf erforderlich ⁹⁴⁹.

11. Eine durch einen Bevollmächtigten veranlasste Unterbringung bzw. dessen Entscheidung für unterbringungsähnliche Maßnahmen bedürfen der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Ein Widerspruch zu den Ausführungen, wonach mittels Bevollmächtigung keine Bestimmungsbefugnisse übertragen werden können, besteht (im Ergebnis) nicht. Durch das Genehmigungserfordernis wird der Bevollmächtigte einem Betreuer gleichgestellt. Dies gilt auch, wenn auf Grund einer entsprechenden Vollmacht eine Behandlung im Rahmen einer Unterbrin-

⁹⁴⁵ § 3 VIII. 4. e.

⁹⁴⁶ § 4 II.

⁹⁴⁷ § 4 III.

⁹⁴⁸ § 4 IV.

⁹⁴⁹ § 4 IV. 3.

gung gegen den aktuellen Willen des Vollmachtgebers erfolgen soll. In Fällen hingegen, in denen eine solche Behandlung außerhalb einer Unterbringung durchgeführt werden soll, bedarf es der Bestellung eines Betreuers, dem die Bestimmungsbefugnis zu übertragen ist⁹⁵⁰.

12. Nach derzeitiger Rechtslage benötigt der Bevollmächtigte, wenn er auf Grund einer entsprechenden schriftlichen Vollmacht in hochriskante Maßnahmen einwilligen will, eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung. Soweit in der Diskussion vorgeschlagen worden ist, von dem Erfordernis der Einholung einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bei einem entsprechend Bevollmächtigten abzusehen, ist dies im Hinblick auf die Stärkung privater Vorsorge konsequent. Dies gilt auch, wenn die Einwilligung in entsprechende Maßnahmen verweigert wird⁹⁵¹.

13. In Eilfällen bedarf es zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts des jeweiligen Patienten der Einführung einer Vertretungsbefugnis für nahe stehende Personen. In solchen Fällen, in denen keine Entscheidung des Betroffenen, eines Bevollmächtigten oder eines Betreuers bezüglich einer ärztlichen Maßnahme vorliegt, kann nach derzeitiger Rechtslage zur Rechtfertigung des ärztlichen Handelns nur auf eine mutmaßliche Einwilligung des Betroffenen abgestellt werden. Der mutmaßlichen Einwilligung fehlt aber die Legitimation, auf Grunde derer sie als für den Patienten getroffene Entscheidung die gleiche rechtliche Anerkennung wie diejenige eines Mündigen erfahren könnte. Eine entsprechende Legitimation bestünde, wenn nahe stehenden Personen in eilbedürftigen Fällen eine Vertretungsbefugnis (kraft Gesetzes) eingeräumt würde⁹⁵².

14. Eine umfassende gesetzliche Vertretungsmacht begegnet bereits verfassungsrechtlichen Bedenken. Sie stelle einen unzulässigen Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen dar. Dies gilt auch, soweit eine Vertretungsmacht davon abhängig wäre, dass der Betroffene nicht eigenverantwortlich handeln kann. Eine Regelung, die sich auf die §§ 1357, 1353 Abs. 1 Satz 2, 1618 a BGB und damit auf die familienrechtliche Verbundenheit stützt, kann ebenfalls nicht tragen⁹⁵³.

Da eine gesetzliche Vertretungsmacht ausscheidet, kommt nur eine rechtsgeschäftliche Vertretung in Betracht. Hier ist vorgeschlagen worden, von einer vermuteten Vollmacht auszugehen. Diese greift nur, wenn sie sich auf einen typischerweise bestehenden Willen des Betroffenen stützen kann. Das kann lediglich für Fälle angenommen werden, in denen die Vermutung des Gesetzes an die tat-

⁹⁵⁰ § 4 V. 1., 2.

⁹⁵¹ § 4 V. 3., 4.

⁹⁵² § 5 II. 3.

⁹⁵³ § 5 III. 1., 2.

sächlich in der Bevölkerung vorhandenen Vorstellungen anknüpfen kann. Das kommt nur bei einem gekorenen (Ehegatten, Lebenspartner) oder geborenen (Eltern, Kinder) dauerhaften Näheverhältnis in Betracht ⁹⁵⁴.

15. Die Vertretungsbefugnis soll nach dem hier erarbeiteten Vorschlag bestehen, wenn eine Krankheit oder Behinderung vorliegt, auf Grund derer ein Betroffener seine Angelegenheiten im gesundheitlichen Bereich nicht besorgen kann. Es darf keine andere Bestimmung getroffen bzw. kein Betreuer bestellt worden sein. Die Vertretungsbefugnis soll lediglich in einem Eilfall greifen und nicht befristet werden. Es wurde für eine Vertretungsbefugnis von Ehegatten und Lebenspartnern im gegenseitigen Verhältnis und für volljährige Kinder gegenüber ihren Eltern plädiert ⁹⁵⁵.

16. Nahe stehende Personen sollen zur Abgabe rechtsgeschäftlicher Erklärungen (im hier untersuchten Bereich) berechtigt sein. Gleiches gilt für die Erteilung oder Ablehnung von Einwilligungen in eine ärztliche Behandlung. Eine Berechtigung zur Abgabe von Erklärungen, die hochriskante Maßnahmen (o.ä.) betreffen, soll nicht eingeräumt werden. Gleiches gilt für die Ausübung einer Bestimmungsbefugnis ⁹⁵⁶.

17. Das vermutete Grundverhältnis für die Frage entscheidend, wie die Angelegenheiten des Vertretenen zu besorgen sind. Es kommt ein vermuteter Auftrag in Betracht. Der Vertreter hat den wirklichen bzw. mutmaßlichen Willen des Betroffenen zu beachten ⁹⁵⁷.

18. Genehmigungserfordernisse bestehen nach dem hiesigen Vorschlag nicht ⁹⁵⁸.

19. Das Verhältnis aller Regelungen ist wie folgt bestimmt worden:

Liegt eine hinreichende, den Fürsorgefall betreffende Vollmacht vor, ist diese nach derzeitiger Rechtslage insoweit gegenüber der Vertretung im Bereich der Gesundheitsangelegenheiten vorrangig, als sie Entscheidungen ermöglicht, durch die die Handlungsfähigkeit des Betroffenen hergestellt wird. Bei Entscheidungen hinsichtlich hochriskanter Maßnahmen besteht allerdings ein Genehmigungserfordernis. Liegt keine entsprechende Vollmacht vor, kann mittels einer Vertretungsbefugnis für nahe stehende Personen, die sich auf eine vermutete Vollmacht stützt, die rechtliche Handlungsfähigkeit des Betroffenen nur in engen Grenzen

⁹⁵⁴ § 5 III. 3.

⁹⁵⁵ § 5 IV.

⁹⁵⁶ § 5 V.

⁹⁵⁷ § 5 VI.

⁹⁵⁸ § 5 VII.

hergestellt werden: im Eilfall, bei Entscheidungen, die nicht hochriskante ärztliche Maßnahmen betreffen und dann, wenn entsprechende Personen vorhanden und vertretungsbereit sind. In diesen Fällen wäre die Bestellung eines Betreuers entbehrlich, weil die Angelegenheiten des Betroffenen ebenso gut wie bei der Betreuung besorgt werden können.

Sofern sich ein Betroffener auf Grund jedenfalls eingeschränkter Eigenverantwortlichkeit selbst zu schädigen droht, gilt dies nicht. Hier ist auch bei einer ausdrücklichen Bevollmächtigung eine Betreuung im Ergebnis nicht entbehrlich. Die Subsidiarität der Betreuung gilt hier jedenfalls nur eingeschränkt.

Der Grundsatz des Vorrangs vor staatlicher Hilfe gilt nicht in jedem Fall. Entscheidend ist, ob die zu regelnden Angelegenheiten mittels Eigenvorsorge ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können ⁹⁵⁹.

20. Aus den verschiedenen Vertretungsmöglichkeiten lässt sich ein dreigliedriges, flexibles Vertretungssystem, das unterschiedliche Lebenslagen Betroffener berücksichtigt, entwickeln ⁹⁶⁰.

⁹⁵⁹ § 6 IV.

⁹⁶⁰ § 6 V.

Literaturverzeichnis

(Nachweise, die mit <http://www.> oder www. gekennzeichnet sind, beziehen sich auf Veröffentlichungen im Internet)

- Abram, Nils, Zwangsweise Durchsetzbarkeit von Entscheidungen. Gegen den defizitbedingten Willen des Betroffenen?, BtPrax 2003, 243 ff.
- Abram, Nils, Zwangsweiser Zutritt des Betreuers zur Wohnung des Betroffenen und Befugnis zur Entrümpelung. Ein Dilemma zwischen Grundrechten, Schutzpflichten und Praxisbedürfnissen?, FamRZ 2004, 11 ff.
- Aderhold, Volkmar / Bock, Thomas / Greve, Nils, Argumente gegen ambulante Zwangsmaßnahmen, in: Betrifft: Betreuung – Band 7, Recklinghausen 2002, 95 ff.
- Ahrens, Martin, Autonomie in Fesseln – Vorsorgevollmacht und Vorsorgeverhältnis an den Schranken des Rechtsberatungsgesetzes, BtPrax 2005, 163 ff.
- Aktion Psychisch Kranke, APK Stellungnahme zur Änderung des Betreuungsrechts, <http://www.betreuung-mit-zukunft.de/29334/99972.html> (zitiert: Aktion Psychisch Kranke, Betreuung mit Zukunft)
- Albrecht, Elisabeth / Albrecht, Andreas, Änderungen im Recht der Patientenverfügung – zugleich Besprechung der Entscheidung des BGH vom 17.3.2003, XII ZB 2/03 -, MittBayNot 2003, 348 ff.
- Alperstedt, Ralf, Gefahrbegriff und Gefährlichkeitsfeststellung im Unterbringungsrecht, FamRZ 2001, 467 ff.
- Amelung, Knut, Probleme der Einwilligungsfähigkeit, R & P 1995, 20 ff.
- Amelung, Knut, Über die Einwilligungsfähigkeit (Teil I), ZStW 104 (1992), 525 ff.
- Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“, Bericht vom 10. Juni 2004. Ethische, rechtliche und medizinische Aspekte zur Bewertung von Patientenverfügungen, in: Betrifft: Betreuung – Band 7, Recklinghausen 2002, 158 ff. (mit Einleitung Lindemann, Volker, 156 f.)

- Arbeitsgemeinschaft „Sterben und Tod“ in der Akademie für Ethik in der Medizin (AEM), Göttinger Thesen zur gesetzlichen Regelung des Umgangs mit Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht vom 11. Februar 2006, <http://www.medizinethik.de/patientenautonomie.htm>
- Arnold, Egon, Gedanken zu einer Reform der Entmündigung, FamRZ 1971, 289 ff.
- Bäumel, Dieter / Bienwald, Werner / Häußermann, Röse / Hoffmann, Jörg / Maurer, Hans-Ulrich / Meyer-Stolte, Klaus / Rogner, Jörg / Sonnenfeld, Susanne / Wax, Peter, Familienrechtsreformkommentar – FamRefK -, Bielefeld 1998 (zitiert: Bearbeiter, in: FamRefK)
- Bamberger, Heinz Georg / Roth, Herbert (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, §§ 1297 – 2385 u.a., München 2008 (zitiert: Bearbeiter, in: Bamberger / Roth)
- Bauer, Axel / Klie, Thomas, Patientenverfügungen /Vorsorgevollmachten – richtig beraten ?, 2. Aufl., Heidelberg 2005 (zitiert: Patientenverfügungen)
- Bauer, Axel / Klie, Thomas (Hrsg.) / Rink, Jürgen (u.a.), Heidelberger Kommentar zum Betreuungs- und Unterbringungsrecht HK- BUR, 55. Aktualisierung Dezember 2008 (zitiert: Bearbeiter, in: HK-BUR)
- Baumann, Jürgen, Fehlende Rechtsgrundlage bei ärztlicher Zwangsbehandlung Untergebrachter, NJW 1980, 1873 ff.
- Bieg, Gero, Reformansätze im Betreuungsrecht: Pauschalierungen, Aufgabenverlagerungen und Verfahrensänderungen, Saarbrücken 2004
- Bienwald, Werner, Zu Notwendigkeit und Umfang einer Reform des Vormundschafts- und Pflegschaftsrechts, FamRZ 1987, 533 ff.
- Bienwald, Werner, Zum Diskussions-Teilentwurf eines Gesetzes über die Betreuung Volljähriger (Betreuungsgesetz-BtG)“, FamRZ 1998, 902 ff., 1012 ff.
- Bienwald, Werner, Verfahrenspflegschaftsrecht. Ein Handbuch, Bielefeld 2002
- Bienwald, Werner, Gesetzliche Vertretung von Partnern und nahen Angehörigen zur Vermeidung Rechtlicher Betreuung?, FamRZ 2002, 1453 f.
- Bienwald, Werner, Fehlplatzierung der Bevollmächtigtenkontrolle gemäß §§ 1904 II, 1906 V BGB, FamRZ 2003, 425;
- Bienwald, Werner / Sonnenfeld, Susanne / Hoffmann, Birgit, Betreuungsrecht. Kommentar, 4. Aufl., Bielefeld 2005 (zitiert: Bearbeiter, in: Bienwald u.a., Betreuungsrecht)
- Binschus, Wolfgang, Zur Vorsorgevollmacht, DAVorm 1998, 275 ff.
- Bioethik-Kommission Rheinland Pfalz, Sterbehilfe und Sterbebegleitung. Ethische, rechtliche und medizinische Bewertung des Spannungsverhältnisses zwischen ärztlicher Lebenserhaltungspflicht und Selbstbestimmung des Patienten, Beschluss vom 23. April 2004, <http://www.jm.justiz.rlp.de/root/Bioethik>

- Bredthauer, Doris, Wie können freiheitseinschränkende Maßnahmen minimiert werden? – Handlungsempfehlungen aus den Redufix-Projekten –, *Betreuungsmanagement* 4/2008, 209 ff.
- Brill, Karl-Ernst (Hrsg.), *Zehn Jahre Betreuungsrecht. Qualifizierung der Umsetzung oder erneute Rechtsreform?* Betrifft: *Betreuung*, Band 4, Recklinghausen 2002
- Brill, Karl-Ernst, „Zum Wohl des Betreuten“. Zehn Jahre nach einer Jahrhundertreform: Schutzgarantien und Qualität im Betreuungswesen, Betrifft: *Betreuung*, Band 5, Recklinghausen 2003
- Brill, Karl-Ernst, *Betreuungsrecht in Bedrängnis. Diskussionsbeiträge zum Entwurf eines 2. BtÄndG. Dokumentation: Abschlussbericht der Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“*. Betrifft: *Betreuung* – Band 7, Recklinghausen 2004
- Brosey, Dagmar, *Zur Zulässigkeit einer stationären Zwangsbehandlung des Betreuten*, Anmerkung zu BGH 12. Zivilsenat, Beschluss vom 23.1.2008 – II ZB 185/07, *BtPrax* 2008, 108 ff.
- Brucker, Uwe, Vereinfacht das MDK-Gutachten das Verfahren? Zu § 68 b Abs. 1 FGG, *Betreuungsmanagement* 4/2006, 195 ff.
- Bruder, Jens, Empfiehlt es sich, das Entmündigungsrecht, das Recht der Vormundschaft und der Pflegschaft über Erwachsene sowie das Unterbringungsrecht neu zu ordnen?, *Verhandlungen des 57. Deutschen Juristentages Mainz 1988*, hrsg. von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, Band I, Gutachten, C, München 1988
- Buchardi, Hilmar, *Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht bei Krankenhausaufnahme?*, in: Amelung, Knut / Beulke, Werner / Lilie, Hans / Rosenau, Henning / Rüping, Hinrich / Wolfslast, Gabriele (Hrsg.), *Strafrecht. Biorecht. Rechtsphilosophie. Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10. Mai 2003*, Heidelberg 2003, 615 ff.
- Büdenbender, Ulrich, *Die Neuordnung der „Schlüsselgewalt“ in § 1357 n.F. BGB*, *FamRZ* 1976, 662 ff.
- Bühler, Martin, *Vollmachtserteilung zur Vermeidung einer Betreuerbestellung – Möglichkeiten und Grenzen der Vorsorgevollmacht*-, *FamRZ* 2001, 1585 ff.
- Bühler, Martin, *Einführung einer gesetzlichen Vertretung durch Angehörige als Alternative zur Betreuung und zur Vorsorgevollmacht?*, *FamRZ* 2002, 76 ff.
- Bündnis 90 / Die Grünen, *Antrag der Fraktion Bündnis 90 / Die Grünen im Hessischen Landtag betreffend Betreuungsrecht*, *BtPrax* 2004, 21 f.
- Bürgle, Helmut, *Auf dem Weg zu einem neuen Betreuungsrecht*, *NJW* 1988, 1881 ff.
- Bundesärztekammer, *Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbegleitung*, *Deutsches Ärzteblatt* vom 7. Mai 2004, B 1076

- Bundesärztekammer und Zentrale Ethikkommission bei der Bundesärztekammer, Empfehlungen zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis, Deutsches Ärzteblatt vom 30. März 2007, A 891 ff.
- Bundesministerium für Justiz (Hrsg.), Diskussions-Teilentwurf. Gesetz über die Betreuung Volljähriger (Betreuungsgesetz – BtG), Köln 1987 (zitiert: Diskussionsentwurf)
- Bundesnotarkammer, Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts, <http://www.betreuung-mit-zukunft.de/4909/85735.html> (zitiert: Bundesnotarkammer, Betreuung mit Zukunft)
- Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme zu dem Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Betreuungsrecht“, http://www.brak.de/seiten/pdf/Stellungnahmen/FamR_Betreuungsrecht.pdf (zitiert: Bundesrechtsanwaltskammer)
- Bundesverband der Berufsbetreuer / -innen, Stellungnahme zum 2. Betreuungsrechtsänderungsgesetz, <http://www.bdb-ev.de/downloads/Stellungnahme.pdf>
- Bundesverband für Körper- und Mehrfachbehinderte, Stellungnahme zum Gesetzentwurf des Bundesrats zur Änderung des Betreuungsrechts, <http://www.betreuung-mit-zukunft.de/29334/29415.html> (zitiert: Bundesverband Körper- und Mehrfachbehinderte, Betreuung mit Zukunft)
- Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Betreuungsrecht“, Zwischenbericht zur 73. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister vom 10. bis 12. Juni 2002 in Weimar, in: Betrifft: Betreuung, Band 4, Recklinghausen 2002, 22 ff.
- Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Betreuungsrecht“, Abschlussbericht zur 74. Konferenz der Justizministerinnen und -minister vom 11. bis 12. Juni 2003 in Glücksburg, in: Vormundschaftsgerichtstag e.V. (Hrsg), Betrifft: Betreuung - Band 6, Recklinghausen 2003, 13 ff.
- Chiusi, Tiziana, Gesetzliche Vertretungsmacht für nahe Angehörige? Kritische Bemerkungen zu dem „Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts“, ZRP 2004, 119 ff.
- Claus, Axel, Gewillkürte Stellvertretung im Römischen Privatrecht, Berlin 1973
- Coepicus, Rolf, Handhabung und Reform des Betreuungsgesetzes, Bielefeld 1995 (zitiert: Handhabung)
- Coepicus, Rolf, Sachfragen des Betreuungs- und Unterbringungsrechts, Stuttgart u.a. 2000 (zitiert: Sachfragen)
- Coepicus, Rolf, Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen. Sterbehilfe in und nach dem Beschluss des BGH vom 17. März 2003, Rpfleger 2004, 262 ff.
- Coing, Helmut, Europäisches Privatrecht 1800 – 1914, Band II, 19. Jahrhundert. Überblick über die Entwicklung des Privatrechts in den ehemals gemeinrechtlichen Ländern, München 1989

- Crefeld, Wolf, Wohl behütet von der Familie, BtPrax 2003, 239 ff.
- Cypionka, Bertram, Fortfall der Entmündigung Volljähriger – Auswirkungen auf den Rechtsverkehr, NJW 1992, 207 ff.
- Czerner, Frank, Legitimierung von Behandlungsabbrüchen durch § 1904 BGB? – Methodisch-dogmatische Analysen zur Sterbehilfe-Entscheidung des XII. Zivilsenates vom 17. März 2003 -, KritV 2004, 183 ff.
- Damrau, Jürgen / Zimmermann, Walter, Betreuungsrecht: Kommentar zum materiellen und formellen Recht, 3. Aufl., Köln u.a. 2001 (zitiert: Zimmermann, in: Damrau/Zimmermann)
- Dauner-Lieb, Barbara / Heidel, Thomas / Ring, Gerhard (Gesamthrg.), BGB, Anwaltkommentar, Bd. 4. Familienrecht, hrsg. von Kaiser, Dagmar / Schnitzler, Klaus / Friederici, Peter, Bonn 2005 (zitiert: Bearbeiter, in: Anwaltkommentar BGB)
- Deinert, Horst, Änderungsvorschläge zum 2. BtÄndG (Stand 19.12.03), <http://www.betreuung-mit-zukunft.de/37634/37866.html> (zitiert: Betreuung mit Zukunft)
- Deutsch, Erwin, Der Zeitpunkt der ärztlichen Aufklärung und die antezipierte Einwilligung des Patienten, NJW 1979, 1905 ff.
- Deutsch, Erwin, Vertretung in Gesundheitsangelegenheiten: Eine neue Rechtsentwicklung in Amerika, NJW 1985, 2181 ff.
- Deutsch, Erwin, Das Persönlichkeitsrecht des Patienten, AcP 192 (1992), 161 ff.
- Deutsch, Erwin / Spickhoff, Andreas, Medizinrecht. Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinproduktrecht und Transfusionsrecht, 5. Aufl., Berlin, Heidelberg 2003 (zitiert: Medizinrecht)
- Deutscher Bundestag, 15. Wahlperiode, Rechtsausschuss (6. Ausschuss), Protokoll der 49. Sitzung am 26. Mai 2004 und Protokoll der 51. Sitzung am 16. Juni 2004 (zit. Sachverständiger bzw. Verband, Prot. Nr. 49 bzw. 51)
- Deutscher Bundestag, 15. Wahlperiode, Zwischenbericht der Enquete-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin, Patientenverfügungen, Drucks. 15/3700 vom 13. September 2004
- Deutscher Juristentag, Beschlüsse des 66. Deutschen Juristentages, Stuttgart 2006, <http://www.medizinethik.de/patientenautonomie.htm>
- Diakonisches Werk der Evangelischen Kirche in Deutschland e.V., Stellungnahme zum Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Betreuungsrecht“, <http://www.betreuung-mit-zukunft.de/29334/27634.html> (zit. Diakonie, Betreuung mit Zukunft)
- Dieckmann, Johann Andreas, Die Patientenverfügung nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 17.03.2003 (XII ZB 2/03) – Überlegungen für die notarielle Praxis, BWNotZ 2004, 49 ff.

- Dieckmann, Jochen / Jurgleit, Andreas, Die Reform des Betreuungsrechts. Zum Zwischenbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Betreuungsrecht“, BtPrax 2002, 197 ff.
- Diederichsen, Uwe, Die allgemeinen Ehewirkungen nach dem 1. EheRG und Ehevereinbarungen, NJW 1977, 217 ff.
- Diederichsen, Uwe, Bemerkungen zu Tod und rechtlicher Betreuung, in: Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie, Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10. Mai 2003, hrsg. von Amelung, Knut / Beulke, Werner / Lilie, Hans / Rosenau, Henning / Rüping, Hinrich / Wolfslast, Gabriele, Heidelberg 2003, 635 ff.
- Diekmann, Andrea, Gesetzliche Vertretungsbefugnis für Angehörige?, in: Betrifft: Betreuung, Band 4, Recklinghausen 2002, 102 ff.
- Diekmann, Andrea, Gesetzliche Vertretungsbefugnis für Angehörige, BtPrax 2003, 200 ff.
- Diekmann, Andrea / Lundt, Angela / Tietze, Andrea, Zwangsbehandlung und Betreuung, in: Betrifft: Betreuung, Band 5, Recklinghausen 2003, 99 ff.
- Diercks, Thomas, Die persönliche Betreuung, 1. Aufl., Baden-Baden 1997
- Dirksen, Hans-Hermann, Patientenwille und ärztliches Gewissen – das Selbstbestimmungsrecht in Gefahr?, GesR 2004, 124 ff.
- Dodegge, Georg, Wegen des Einsparpotentials bevorzugt – die weitere Reform des Betreuungsrechts, FG Prax 2004, 153 ff.
- Dodegge, Georg, Die Entwicklung des Betreuungsrechts, BtPrax 2005, 203 ff.
- Dodegge, Georg, Zwangsbehandlung und Betreuungsrecht, NJW 2006, 1627 ff.
- Dodegge, Georg / Roth, Andreas, Betreuungsrecht, Systematischer Praxiskommentar, 2. Aufl., Köln 2005 (zitiert: Bearbeiter, in: Dodegge / Roth, Betreuungsrecht)
- Drewitz, Christian von / Kirchner, Meinhard, Der Entwurf eines 3. Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechtes vom 1. November 2004 und das Grundgesetz, MedR 2005, 134 ff.
- Dröge, Michael, Die Zwangsbetreuung, Hamburg 1997
- Eisenbart, Bettina, Die Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten, MedR 1997, 305 ff.
- Eisenbart, Bettina, Patiententestament und Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten. Alternativen zur Verwirklichung der Selbstbestimmung im Vorfeld des Todes, 1. Aufl., Baden-Baden 1998 (zitiert: Patiententestament)
- Ennecerus, Ludwig / Nipperdey, Hans-Carl, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, von Ennecerus, Ludwig, 15. Aufl. von Nipperdey, Hans-Carl, 1. Halbband, Tübingen 1959
- Enquete-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin, Zwischenbericht vom 13. September 2004 – Patientenverfügungen, BT-Drucks. 15/3700

- (Über den Stand der Arbeit vom 6. September 2005, BT-Drucks. 15/5980)
- Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, Hrsg.: Westermann, Harm Peter, Bd. I und II, 12. Aufl., Köln 2008 (zitiert: Bearbeiter, in: Erman)
- FDP, Stellungnahme des Arbeitskreises IV – Innen und Recht – (Berichterstatte-
rin Sibylle Laurischk) der FDP – Bundestagsfraktion zu dem vom Bundesrat
eingebrachten Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts
(Betreuungsrechtsänderungsgesetz /BtÄndG), [http://www.betreuung-mit-
zukunft.de/4720/84535.html](http://www.betreuung-mit-
zukunft.de/4720/84535.html) (zitiert: FDP, Betreuung mit Zukunft)
- FDP, Patientenverfügung neu regeln – Selbstbestimmungsrecht und Autonomie
von nichteinwilligungsfähigen Patienten stärken, Antrag FDP-
Bundestagsfraktion vom 13. Dezember 2005, BT-Drucks. 16/397, 1 ff.
- Firsching, Karl / Dodegge, Georg (Bearb.), Handbuch der Rechtspraxis, Band 5
b, Familienrecht, 2. Halbband: Vormundschafts- und Betreuungsrecht sowie
andere Rechtsgebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 6. Aufl., München 1999
- Fischer, Gerfried, Die mutmaßliche Einwilligung bei ärztlichen Eingriffen, in:
Ahrens, Hans-Jürgen / von Bahr, Christian / Fischer Gerfried / Spickhoff,
Andreas / Taupitz, Jochen (Hrsg.), Haftungsrecht. Medizinrecht. Rechtsver-
gleichung. Festschrift für Erwin Deutsch zum 70. Geburtstag, Köln u.a. 1999,
545 ff.
- Flume, Werner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das
Rechtsgeschäft, 3. Aufl., Berlin u.a. 1979 (zitiert: Allgemeiner Teil)
- Fröhlich, Uwe, Forschung wider Willen? Rechtsprobleme biomedizinischer For-
schung mit einwilligungsfähigen Personen, Berlin, Heidelberg 1999 (zitiert:
Forschung)
- Fröschle, Tobias, Betreuungsrecht 2005. Systematische Darstellung der Änderun-
gen nach dem 2. BtÄndG mit Praxishinweisen, Köln 2005
- Fröschle, Tobias (Hrsg.), Praxiskommentar, Betreuungs- und Unterbringungsver-
fahren, Köln 2007 (zitiert: Bearbeiter, in: Fröschle, Verfahren)
- Frommann, Matthias, Keine oder kleine Reform? Unorthodoxe Betrachtungen
zum neuen Betreuungsrecht, NDV 1992, 2 ff.
- Frost, Andreas, Arztrechtliche Probleme des neuen Betreuungsrechtes. Eine Be-
trachtung der §§ 1901, 1904 und 1905 BGB unter besonderer Berücksichti-
gung der Einwilligung in ärztliche Maßnahmen, Berlin u.a. 1994
- Geißendörfer, Sylke / Tietze, Andrea / Simon, Alfred, Sicherung der Patientenau-
tonomie am Ende des Lebens, BtPrax 2004, 43 ff.
- Gernhuber, Joachim (Begr.) / Coester-Waltjen, Dagmar, Lehrbuch des Familien-
rechts, 5. Aufl., München 2006

- Gödicke, Patrick, Gesetzliche Vertretungsmacht für nahe Angehörige? Zu dem Gesetzesvorschlag der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Betreuungsrecht“ und dem nunmehr vorgelegten Entwurf eines 2. Betreuungsrechtsänderungsgesetzes, FamRZ 2003, 1894 ff.
- Göppinger, Horst, Betrachtungen zur Unterbringung psychisch Kranker. Fürsorge, Heilbehandlung, Zwangsbehandlung, Behandlungspflegschaft, FamRZ 1980, 856 ff.
- Greuel, Heinrich-Walter / Probst, Martin / Raack, Wolfgang, Betreuungsvermeidung. Geschäftsführung ohne Auftrag. Gesetzliche Vertretungsbefugnis durch Vorsorgevollmachten, in: Betrifft: Betreuung 5, Recklinghausen 2003, 80 ff.
- Hahne, Meo-Micaela, Die Rechtsprechung des XII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs zur Frage der Patientenautonomie am Lebensende, DRiZ 2005, 244 ff.
- Harke, Jan Dirk, Schlüsselgewalt als Versionshaftung, FamRZ 2006, 88 ff.
- Harm, Uwe, Überlegungen zu einer Reform des Betreuungsrechts, RpfllBl 2003, 13 ff.
- Heide, Jochen, Medizinische Zwangsbehandlung. Rechtsgrundlagen und verfassungsrechtliche Grenzen der Heilbehandlung gegen den Willen des Betroffenen, Berlin 2001
- Heyers, Johannes, Passive Sterbehilfe bei entscheidungsunfähigen Patienten und das Betreuungsrecht, Berlin 2001
- Heyers, Johannes, Vormundschaftsgerichtlich genehmigte Sterbehilfe – BGH, NJW 2003, 1588, Jus 2004, 100 ff.
- Höfling, Wolfram, Gesetz zur Sicherung der Autonomie und Integrität von Patienten am Lebensende (Patientenautonomie- und Integritätsschutzgesetz), Stand 1. Juni 2005, MedR 2006, 25 ff.
- Höfling, Wolfram / Schäfer, Anne, Die Einstellung der Vormundschaftsrichter zur Sterbehilfe. Ergebnisse einer bundesweiten Richterbefragung, DRiZ 2005, 248 ff.
- Hoffmann, Birgit, Fehlt eine Vertretungsbefugnis im Familienrecht?, BtPrax 2003, 94 ff.
- Hoffmann, Birgit, Zwangsbehandlung im Betreuungsrecht, Betreuungsmanagement 2006, 179 ff.
- Hoffmann, Peter Michael / Korte, Miguel Tamayo, Rechtliche Betreuung im Alter. Ergebnisse eines Forschungsprojektes, Köln 2005
- Holzhauser, Heinz, Betreuungsrecht in der Bewährung, FamRZ 1995, 1463 ff.

- Holzhauser, Heinz, Empfiehlt es sich, das Entmündigungsrecht, das Recht der Vormundschaft und der Pflegschaft über Erwachsene sowie das Unterbringungsrecht neu zu ordnen?, Verhandlungen des 57. Deutschen Juristentages Mainz 1988, hrsg. von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, Band I Gutachten, B, München 1988
- Holzhauser, Heinz, Zum Verlauf und zum gegenwärtigen Stand der Diskussionen um die Patientenautonomie am Lebensende, in: Sonnenfeld, Susanne (Hrsg.), Nichtalltägliche Fragen aus dem Alltag des Betreuungsrechts, Festschrift für Werner Bienwald zum 70. Geburtstag, Bielefeld 2006, 129 ff.
- Holzhauser, Heinz / Reinicke, Michael, Betreuungsrecht. Eine Kommentierung der bürgerlich-rechtlichen und der verfahrensrechtlichen Vorschriften des neuen Betreuungsrechts, Münster 1993
- Honds, Julia, Die Zwangsbehandlung im Betreuungsrecht, Remscheid 2008
- Humanistischer Verband Deutschlands, Zur automatischen gesetzlichen Vertretung (v.a. in Gesundheitsangelegenheiten), <http://www.betreuung-mit-zukunft.de/29334/61035.html> (zitiert: Humanistischer Verband, Betreuung mit Zukunft)
- Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts, DNotI-Report 2003, Gutachtenpraxis 33 ff.
- Jakobs, Horst-Heinrich / Schubert, Werner, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen. Recht der Schuldverhältnisse III, §§ 652 – 853, Berlin, New York 1983, Familienrecht I, §§ 1297 – 1563, Berlin, New York 1987
- Janiszewski, Horst (fr. Bearb.) / Jagow, Joachim / Burmann, Michael / Heß, Rainer, Straßenverkehrsrecht, 19. Aufl., München 2006
- Jansen, FGG, Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Großkommentar, begründet von Jansen, hrsg. von von Schuckmann, Hans-Joachim / Sonnenfeld, Susanne, Zweiter Band, §§ 35 – 70 n FGG, 3. Aufl., Berlin 2005 (zitiert: Bearbeiter, in: Jansen)
- John, Uwe, Die organisierte Rechtsperson. System und Probleme der Personifikation im Zivilrecht, Berlin 1977
- Jürgens, Andreas / Kröger, Detlef / Marschner, Rolf / Winterstein, Peter, Betreuungsrecht kompakt. Systematische Darstellung des gesamten Betreuungsrechts, 5. Aufl., München 2002 (zitiert: Bearbeiter, in: Jürgens / Kröger / Marschner / Winterstein)
- Jürgens, Andreas, Irrwege bei § 1904 BGB – Entscheidungen über Leben und Tod, in: Betrifft: Betreuung, Band 5, Recklinghausen 2003, 219 ff.
- Jürgens, Andreas (Hrsg.), Betreuungsrecht. Kommentar zum materiellen Betreuungsrecht, zum Verfahrensrecht und zum Vormünder- und Betreuervergütungsgesetz, 3. Aufl., München 2005 (zitiert: Bearbeiter, in: Jürgens, Betreuungsrecht)

- Jurgeleit, Andreas (Hrsg.), *Betreuungsrecht*, Handkommentar, 1. Aufl., Baden-Baden 2006 (zitiert: Bearbeiter, in: Jurgeleit, *Betreuungsrecht*)
- Käppler, Renate, *Familiäre Bedarfsdeckung im Spannungsfeld von Schlüsselgewalt und Güterstand*, AcP 179 (1979), 245 ff.
- Karliczek, Ernst, *Wille, Wohl und Wunsch des Betreuten und des Einwilligungsfähigen in der Gesundheitsfürsorge*, Regensburg 2001
- Kaser, Max (verstorben) / Knütel, Rolf, *Römisches Privatrecht*, 19. Aufl., München 2008
- Katholischer Verband für soziale Dienste in Deutschland e.V., *Stellungnahme zum Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Betreuungsrecht“*, <http://www.betreuung-mit-zukunft.de/29334/40461.html> (zitiert: SKM, *Betreuung mit Zukunft*)
- Katzenmeier, Christian, *Aufklärung über neue medizinische Behandlungsmethoden – „Robodoc“*, NJW 2006, 2738 ff.
- Keidel, Theodor (Begr.) / Kuntze, Joachim / Winkler, Karl / Engelhardt, Helmut / Kahl, Irmgard / Kayser, Godehard / Meyer-Holz, Ulrich / Schmidt, Karl-dieter / Sternal, Werner / Weber, Albrecht / Zimmermann, Walter (Hrsg.), *Freiwillige Gerichtsbarkeit. Kommentar zum Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, 15. Aufl., München 2003 (zitiert: Bearbeiter, in: Keidel/Kuntze/Winkler, *FGG*)
- Keilbach, Heinz, *Vorsorgeregulungen zur Wahrung der Selbstbestimmung bei Krankheit, im Alter und am Lebensende*, FamRZ 2003, 969 ff.
- Kern, Bernd-Rüdiger, *Arzt und Betreuungsrecht*, MedR 1993, 245 ff.
- Klie, Thomas, *Gesetzliches Vertretungsrecht für Angehörige*, BtPrax 2002, 91 ff.
- Klie, Thomas / Bauer, Axel, *Wie ist eine Betreuung vermeidbar? Praktische Gestaltungsfragen von Vorsorgevollmachten und der Grundsatz der Subsidiarität der gesetzlichen Betreuung*, FPR 2004, 671 ff.
- Knauf, Christian, *Mutmaßliche Einwilligung und Stellvertretung bei ärztlichen Eingriffen an Einwilligungsunfähigen. Zugleich ein Beitrag zur Patientenverfügung*, Baden-Baden 2005
- Knittel, Bernhard, *Betreuungsgesetz (BtG), Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige. Kommentar*, Stand: 44. Ergänzungslieferung, Köln 2008 (zitiert: *Betreuungsgesetz*)
- Knopp, Lothar / Hoffmann, Jan, *Rechtssicherheit am Lebensende*, MedR 2005, 83 ff.
- Knütel, Rolf, *Weisungen bei Geschäftsbesorgungsverhältnissen, insbesondere bei Kommission und Spedition*, ZHR 137 (1973), 285 ff.
- Kollmer, Norbert, *Selbstbestimmung im Betreuungsrecht*, München 1992
- Kollmer, Norbert, *Personensorge im Betreuungsrecht, Probleme im Spannungsfeld zwischen Eigen- und Fremdbestimmung*, Rpfleger 1995, 45 ff.

- Kollmer, Norbert, Die Durchführung der Betreuung, § 1901 BGB, FuR 1993, 325 ff.
- Kothe, Wolfhard, Die rechtfertigende Einwilligung, AcP 185 (1985), 105 ff.
- Krauß, Dieter, Vermeidung einer Betreuung durch Erteilung einer Vollmacht, BWNotZ 1999, 86 ff.
- Krauß, Dieter, Die „Reform“ zur Einschränkung der Betreuung, BWNotZ 2004, 33 ff.
- Kunz, Melanie, Gesetzliche Vertretungsbefugnis von nahen Angehörigen für Volljährige. Eine Auseinandersetzung mit den aktuellen Gesetzesvorschlägen zur Änderung des Betreuungsrechts, Frankfurt a.M. 2006
- Kutzer, Klaus, Sterbehilfe – rechtlich ethische Aspekte, DRiZ 2005, 257 ff.
- Langenfeld, Andrea, Vorsorgevollmacht, Betreuungsverfügung und Patienten-testament nach neuem Betreuungsrecht, 1. Aufl., Konstanz 1994
- Langenfeld, Gerrit, Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung: Weniger Freiheit, mehr Rechtssicherheit, ZEV 2003, 449 ff.
- Larenz, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II. Besonderer Teil – Halbband 1, 13. Aufl., München 1986
- Larenz, Karl / Wolf, Manfred, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München 2004 (zitiert: AT)
- Laufs, Adolf, Die Entwicklung des Arztrechts 1978/79, NJW 1979, 1230 ff.
- Laufs, Adolf / Uhlenbruck, Wilhelm (Begründer- Hrsg. Laufs), Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl., München 2002 (zitiert: Bearbeiter, in Laufs/Uhlenbruck, Handbuch)
- Laurischk, Sibylle, Gesetzliche Vertretungsmacht für nahe Angehörige (zu Chiusi, ZRP 2004, 119), ZRP 2005, 99
- Lipp, Volker, Freiheit und Fürsorge: Der Mensch als Rechtsperson, Zu Funktion und Stellung der rechtlichen Betreuung im Privatrecht, 1. Aufl., Tübingen 2000 (zitiert: Freiheit und Fürsorge)
- Lipp, Volker, Selbstbestimmung am Ende des Lebens, in: Wolter, Jürgen/Riedel, Eibe / Taupitz, Jochen (Hrsg.), Einwirkungen der Grundrechte auf das Zivilrecht, Öffentliche Recht und Strafrecht. Mannheimer Fakultätstagung über 50 Jahre Grundgesetz, Heidelberg 1999, 75 ff. (zitiert: Bearbeiter, in: Wolter/Riedel/Taupitz, Selbstbestimmung)
- Lipp, Volker, Patientenautonomie und Sterbehilfe, BtPrax 2002, 47 ff.
- Lipp, Volker, Kriterien für Entscheidungen gegen den Willen des Betreuten, in: Betrifft: Betreuung, Band 5, Recklinghausen 2003, 83 ff.
- Lipp, Volker, Die Entscheidung des BGH zur „Sterbehilfe“. Konsequenzen und Bedeutung für die Praxis, BtPrax 2004, 18 ff.
- Lipp, Volker, „Sterbehilfe“ und Patientenverfügung, FamRZ 2004, 317 ff.

- Lipp, Volker, Betreuung: Rechtsfürsorge im Sozialstaat, in: *Betrifft: Betreuung*, Bd. 8, Bochum 2005, 15 ff.
- Lipp, Volker, Unterbringung und Zwangsbehandlung. Zum Vorlagebeschluss des OLG Celle (Beschluss vom 21. Dezember 2005 – 17 W 132/05-), *BtPrax* 2006, 62 ff.
- Lipp, Volker, Betreuung und Zwangsbehandlung, *JZ* 2006, 661 ff.
- Lipp, Volker, Die Betreuungsverfügung als Instrument privater Vorsorge, in: Sonnenfeld, Susanne (Hrsg.), *Nichtalltägliche Fragen aus dem Alltag des Betreuungsrechts*, Festschrift für Werner Bienwald zum 70. Geburtstag am 6. Juli 2006, 2006, 177 ff.
- Lipp, Volker, Rechtliche Betreuung und das Recht auf Freiheit, *BtPrax* 2008, 51 ff.
- Lipp, Volker / Nagel, Michael Benedikt, Die Patientenverfügung – Bemerkungen zur aktuellen rechtspolitischen Debatte, *FF* 2005, 83 ff.
- Lipp, Volker / Thar, Jürgen, Was ist Betreuung? Struktur zur Beschreibung der Aufgabe der Betreuung auf der Handlungsebene des Betreuers, *BtPrax Magazin* 2/2004, M 5 f.
- Locher, Matthias, Vorsorge durch Vollmachtserteilung, *FamRB* 2004, 30 ff., (II) 58 ff.
- Lüke, Gerhard, Grundsätzliche Veränderungen im Familienrecht durch das 1. EheRG, *AcP* 178 (1978), 1 ff.
- Machenbach, Sascha Rene' / Kirchhartz, Jan, Zu Bedeutung und Validitätsvoraussetzungen von Patientenverfügungen. Umfrage unter deutschen Vormundschaftsrichtern, *BtPrax* 2005, 54 ff.
- Mangoldt, Hermann von (Begründer) / Klein, Friedrich (Fortführung) / Starck, Christian (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz*, Band 1: Präambel, Artikel 1 bis 19, 5. Aufl., München 2005
- Marschner, Rolf, Zum Problem der Vollmachtserteilung bei ärztlicher Behandlung und freiheitsentziehenden Maßnahmen, *R & P* 1995, 138 ff.
- Marschner, Rolf, Gewalt und Betreuungsrecht, *R & P* 2001, 132 ff.
- Marschner, Rolf, Thesen zur rechtlichen Grundlage ambulanter ärztlicher (Zwangs-)Behandlung, in: *Betrifft. Betreuung – Band 8*, Bochum 2005, 81
- Marschner, Rolf, Zivilrechtliche und öffentlich-rechtliche Unterbringung. Aktuelle Probleme, *BtPrax* 2006, 125 ff.
- Marschner, Rolf, Ausnahmsweise Zwangsbehandlung?, *R & P* 2007, 180 ff.
- Martin, Anja M., *Die Betreuung mit dem Aufgabenkreis Gesundheitsorge*, Frankfurt am Main 2002
- May, Arnd / Kettner, Matthias, Gesetzliches Vertretungsrecht für Angehörige, *BtPrax* 2003, 96 f.

- May, Arnd / Strätling, Meinolfus / Lipp, Volker / Kutzer, Klaus / Glogner, Peter / Schlaudraff, Udo / Neumann, Gita / Simon, Alfred, Passive und indirekte Sterbehilfe – Eine praxisorientierte Analyse des Regelungsbedarfs gesetzlicher Rahmenbedingungen in Deutschland. Empfehlungen einer interdisziplinären Arbeitsgruppe in der Akademie für Ethik in der Medizin e.V., MedR 2003, 483 ff.
- Mayer, Karl-Georg, Medizinische Maßnahmen an Betreuten - §§ 1904, 1905 BGB – Eine Untersuchung aus zivilrechtlicher Sicht, Würzburg 1995
- Medicus, Dieter, Gedanken zur „Schlüsselgewalt“, in: Perspektiven des Familienrechts, Festschrift für Dieter Schwab zum 70. Geburtstag am 15. August 2005, hrsg. von Hofer, Sibylle / Klippel, Diethelm / Walter, Ute, Bielefeld 2005, 359 ff.
- Mees-Jacobi, Jutta / Stolz, Konrad, Rechtliche und psychologische Aspekte einer Betreuung entsprechend den Wünschen und Vorstellungen des Betreuten, BtPrax 1994, 83 ff.
- Meier, Sybille M., Handbuch Betreuungsrecht, Heidelberg 2001 (zitiert: Handbuch)
- Meier, Sybille M., Suizid, Patiententestament, Altersvorsorgevollmacht und Zulässigkeit der Vertretung in Gesundheits- und anderen höchstpersönlichen Angelegenheiten, BtPrax 1994, 190 ff.
- Meier, Sybille M., Inhalt und Reichweite einer Vorsorgevollmacht, BtPrax 2002, 184 ff.
- Mende, Werner, Psychiatrische Implikationen zur Vorbereitung einer Neuordnung des Rechts der Entmündigung, der Vormundschaft und Pflegschaft für geistig Behinderte sowie der Unterbringung nach Bürgerlichem Recht, in: Bundesministerium für Justiz (Hrsg.), Gutachten zu einer Neuordnung des Entmündigungs-, des Vormundschafts- und des Pflegschaftsrechts, Köln 1986, 7 ff. (zitiert: Gutachten)
- Meyer, Klaus, Zur zwangsweisen Heilbehandlung im Rahmen der Unterbringung nach § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB, BtPrax 2002, 252 ff.
- Milzer, Lutz, Die adressatengerechte Vorsorgevollmacht, NJW 2003, 1836 ff.
- Milzer, Lutz, Verbindlichkeit von Patientenverfügungen und deren unerwünschte Nebenwirkungen, MDR 2005, 1145 ff.
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin, Leipzig 1888 (zitiert nach dem Band)
- Müller, Gabriele, Altersvorsorgevollmacht – Gestaltung ihres Inkrafttretens, DNotZ 1997, 100 ff.
- Müller, Gabriele, Betreuung und Geschäftsfähigkeit, Bielefeld 1998 (zitiert: Geschäftsfähigkeit)

- Müller, Gabriele, Auswirkungen des Betreuungsrechtsänderungsgesetzes (BtÄndG) auf die Vorsorgevollmacht in Angelegenheiten der Personensorge, DNotZ 1999, 107 ff.
- Müller, Gabriele / Renner, Thomas, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, Recklinghausen 2005
- Müller, Klaus, Gesetzliche Vertretung ohne Vertretungsmacht, AcP 168 (1968), 113 ff.
- Müller-Busch, H. Christof, Patientenautonomie am Lebensende aus (palliativ-) medizinischer Sicht, BtPrax 2005, 52 ff.
- Müller-Freienfels, Wolfram, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, Tübingen 1955 (zitiert: Vertretung)
- Müller-Freienfels, Wolfram, Zur heutigen „Schlüsselgewalt“, in: Das deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts, Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag, I. Band, Hrsg.: Nipperdey, H.C., Berlin u.a. 1956, 388 ff.
- Müller-Freienfels, Wolfram, Stellvertretungsregelungen in Einheit und Vielfalt. Rechtsvergleichende Studien zur Stellvertretung, Frankfurt a.M. 1982 (zitiert: Stellvertretungsregelungen in Einheit)
- Müller-Freienfels, Wolfram, Die Altersvorsorge-Vollmacht. Studie zur Vollmachtenerteilung über Minderungen der Geschäftsfähigkeit hinaus, in: Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart, Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag, Band II, hrsg. von: Horn, Norbert, München 1982, 395 ff.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. von: Rebmann, Kurt / Säcker, Franz-Jürgen / Rixecker, Roland,
Band 4, Schuldrecht, Besonderer Teil II, insb. §§ 611 – 704, EFZG, TzBfG, KSchG, 5. Aufl., München 2009;
Band 5, Schuldrecht. Besonderer Teil III, insb. §§ 705 – 853, 4. Aufl., München 2004;
Band 7, Familienrecht I, §§ 1297 – 1588 BGB, VAHRG, VAÜG, HausratsV, 4. Aufl., München 2000;
Band 8, Familienrecht II, §§ 1589 – 1921 BGB, SGB VIII, 5. Aufl., München 2008 (zitiert: Bearbeiter, in: MünchKomm)
- Mugdan, B., Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, II. Band, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899
- Narr, Wolf Dieter / Saschenbrecker, Thomas, Unterbringung und Zwangsbehandlung. Eine Nachfrage bei den Vormundschaftsgerichten, FamRZ 2006, 1079 ff.
- Nationaler Ethikrat, Patientenverfügung – Ein Instrument der Selbstbestimmung, Stellungnahme, zit. nach: Betrifft: Betreuung – Band 8, Bochum 2005, 221 ff.

- Nationaler Ethikrat, Selbstbestimmung und Fürsorge am Lebensende, 13. Juli 2006, (zitiert: Selbstbestimmung), <http://www.medizinethik.de/patientenautonomie.htm>
- Oduncu, Fuat S., Ärztliche Sterbehilfe im Spannungsfeld von Medizin, Ethik und Recht, Teil 1: Medizinische und rechtliche Aspekte, MedR 2005, 437 ff.
- Opderbecke, Wolfgang / Weißbauer, Walther, Ein Vorschlag für Leitlinien – Grenzen der intensivmedizinischen Behandlungspflicht, MedR 1998, 395 ff.
- Otto, Harro, Patientenautonomie und Sterbebegleitung, NJW 2006, 2217 ff.
- Paino-Staber, Angela, Gesetzliche Stellvertretung naher Angehöriger im Bereich der Gesundheitsorge, Leipzig 2007
- Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, bearbeitet von Bassenge, Peter / Brudermüller, Gerd / Diederichsen, Uwe / Edenhofer, Wolfgang / Ellenberger, Jürgen / Grüneberg, Christian / Heinrichs, Helmut / Sprau, Hartwig / Thorn, Karsten / Weidenkaff, Walter, 68. Aufl., München 2009 (zitiert: Bearbeiter, in: Palandt)
- Pardey, Karl-Dieter, Betreuungs- und Unterbringungsrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 2005 (zitiert: Betreuungs- und Unterbringungsrecht)
- Pardey, Karl-Dieter, Betreuung Volljähriger: Hilfe oder Eingriff. Thesen zum Anspruch und zur Leistungsfähigkeit des Betreuungsrechts im Lichte des GG, Rpfleger 1989, 229 ff.
- Pardey, Karl-Dieter, Zur Zulässigkeit drittschützender freiheitsentziehender Maßnahmen nach § 1906 BGB, FamRZ 1995, 713 ff.
- Pardey, Karl-Dieter, Ein neues Kleid für die rechtliche Betreuung, Rpfleger 2004, 257 ff.
- Pawlowski, Hans-Martin, Allgemeiner Teil des BGB. Grundlehren des bürgerlichen Rechts, 6. Aufl., Heidelberg 2000 (zitiert: Pawlowski, AT)
- Pawlowski, Hans-Martin, Betreuung wider Willen?, in: Yessiou-Faltsi, Pelayia u.a. (Hrsg.), Recht in Europa. Festschrift für Hilmar Fenge zum 65. Geburtstag, Hamburg 1996, 479 ff.
- Pawlowski, Hans-Martin, Rechtsfähigkeit im Alter ?, JZ 2004, 13 ff.
- Pawlowski, Hans-Martin, Patientenverfügung, Vorsorgevollmacht und Betreuungsverfügung. Zur rechtlichen Vorsorge für das Alter, in: Sonnenfeld, Susanne (Hrsg.), Nichtalltägliche Fragen aus dem Alltag des Betreuungsrechts, Festschrift für Werner Bienwald zum 70. Geburtstag, Bielefeld 2006, 215 ff.
- Perau, Guido, Betreuungsverfügung und Vorsorgevollmacht, MittRhNotK 1996, 285 ff.
- Perau, Guido, Anmerkung zu BGH vom 17.3.2003 - XII ZB 2/03 -, in RNNotZ 2003, 263 ff.
- Peter, Jürgen, „Schlüsselgewalt“ bei Arzt- und Krankenhausverträgen, NJW 1993, 1949 ff.

- Peters, Frank, Zur Rechtsfigur der Verpflichtungsermächtigung, AcP 171 (1971), 234 ff.
- Pohlentz, Mira, Gesetzliche Vertretungsmacht für nahe Angehörige, Baden-Baden 2007
- Polis, Gesellschaft für Politik und Sozialforschung mbH, Alternde Gesellschaft. Ergebnisse einer Repräsentativerhebung im Auftrag des Presse – und Informationsamtes der Bundesregierung, München, Juli 2005, <http://www.polisforschung.de>
- Popp, Wolfgang, Zwangsbehandlung von psychisch Kranken im Betreuungsrecht, Frankfurt a.M. 2003
- Posselt-Wenzel, Helly, Medizinische Eingriffe bei geistig behinderten Menschen, Frankfurt a.M. 2004
- Probst, Martin, Betreuungs- und Unterbringungsverfahren für die Praxis der Gerichte, Anwälte, Behörden und Betreuer, Berlin 2005 (zitiert: Betreuungs- und Unterbringungsverfahren)
- Probst, Martin, Gesetzliche Vertretung durch Angehörige? Einige Zwischenbemerkungen, BtPrax 2004, 163 ff.
- Probst, Martin / Knittel, Bernhard, Gesetzliche Vertretung durch Angehörige „Alternative zur Betreuung“, ZRP 2001, 55 ff.
- Quaas, Michael / Zuck, Rüdiger, Medizinrecht, München 2005
- Raack, Wolfgang / Thar, Jürgen, Leitfaden Betreuungsrecht, 4. Aufl., Köln 2005 (zitiert: Leitfaden)
- Rauscher, Thomas, Familienrecht, Heidelberg 2008
- Regierungsentwurf, Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige (Betreuungsgesetz – BtG), BT-Drucks. 11/4528 vom 11. Mai 1989
- Renesse, Margot von, Die Patientenverfügung in der Diskussion, BtPrax 2005, 47 ff.
- Renner, Thomas, Der Widerruf von Vorsorgevollmachten, ZNotP 2004, 388 ff.
- RGRK. Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, herausgegeben von Mitgliedern des Bundesgerichtshofs,
Band II, 4. Teil, §§ 631 – 811, 12. Aufl., Berlin, New York 1978;
Band II, 5. Teil, §§ 812 – 831, 12. Aufl., Berlin, New York 1989;
Band IV, 1. Teil, §§ 1297 – 1563, 12. Aufl., Berlin, New York 1984;
Band IV, 3. Teil, §§ 1589 – 1740 g, 12. Aufl., Berlin, New York 1999;
Band IV, 4. Teil, §§ 1741 – 1921, 12. Aufl., Berlin, New York 1999
(zitiert: Bearbeiter, in: RGRK)

- Riedel, Ulrike, Der Zwischenbericht der Enquetekommission Ethik und Recht der modernen Medizin des Deutschen Bundestages zu Patientenverfügungen, BtPrax 2005, 45 ff.
- Röthel, Anne, Erwachsenenschutz in Europa: Von paternalistischer Bevormundung zu gestaltbarer Fürsorge, FamRZ 2004, 999 ff.
- Röttgen, Sven, Das Betreuungsrecht, Grundlagen und Probleme, Bonn 2000
- Röver, Julia, Einflussmöglichkeiten des Patienten im Vorfeld einer medizinischen Behandlung: antezipierte Erklärung und Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten, Frankfurt u.a. 1997
- Rolland, Walter (Hrsg.), Familienrecht Kommentar, Grundwerk, Neuwied u.a. 1993 (zitiert: Bearbeiter, in: GW FamK-Rolland)
- Roth, Andreas, Die Verbindlichkeit der Patientenverfügung und der Schutz des Selbstbestimmungsrechts, JZ 2004, 494 ff.
- Roth, Herbert, Der Arzt als Samariter und das Haftungsrecht, NJW 2006, 2814 ff.
- Rudolf, Michael / Bittler, Jan, Vorsorgevollmacht, Betreuungsverfügung, Patientenverfügung, Bonn 2000
- Sachsen-Gessaphe, Karl August Prinz von, Der Betreuer als gesetzlicher Vertreter für eingeschränkt Selbstbestimmungsfähige. Modell einer mehrstufigen Eingangsschwelle der Betreuung und des Einwilligungsvorbehalts, Tübingen 1999
- Sahm, Stephan / Will, Regina, Angehörige als „natürliche“ Stellvertreter. Eine empirische Untersuchung zur Präferenz von Personen als Bevollmächtigte für die Gesundheitsvorsorge bei Patienten, Gesunden und medizinischem Personal. Ethik in der Medizin 2005 (17), 7 ff.
- Saliger, Frank, Sterbehilfe und Betreuungsrecht, MedR 2004, 237 ff.
- Schönke, Adolf (Begr.) / Schröder, Horst / bearb. von Cramer, Peter / Eisele, Jörg / Eser, Albin / Heine, Günter / Lenckner, Theodor / Perron, Walter / Schittenhelm, Ulrike / Sternberg-Lieben, Detlev / Stree, Walter, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl., München 2006 (zitiert: Bearbeiter, in: Schönke/Schröder)
- Schreiber, Hans Lothar, Die medikamentöse Heilbehandlung gemäß § 1904 BGB n.F. im zukünftigen Betreuungsgesetz, FamRZ 1991, 1014 ff.
- Schulze, Reiner (Schriftleitung) / Dörner, Heinrich / Ebert, Ina / Eckert, Jörn (verstorben) / Hoeren, Thomas / Kemper, Rainer / Saenger, Ingo / Schulte-Nölke, Hans / Schulze, Reiner / Staudinger, Ansgar, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 5. Aufl., Baden-Baden 2007 (zitiert: Handkommentar BGB)

- Schwab, Dieter, Strukturfragen des geplanten Betreuungsrechts, in: Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft. Festschrift zum 65. Geburtstag von Paul Mikat, hrsg. von Schwab, Dieter / Giesen, Dieter / Listl, Joseph / Strätz, Hans-Wolfgang, Berlin 1989, 881 ff.
- Schwab, Dieter, Probleme des materiellen Betreuungsrechts, FamRZ 1992, 493 ff.
- Schwab, Dieter, Betreuung und private Fürsorge, in: Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag, Hrsg.: Lange, Hermann / Nörr, Knut Wolfgang / Westermann, Harm Peter, Tübingen 1993, 815 ff.
- Seichter, Jürgen, Stellungnahme zu dem Zwischenbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe, BtPrax 2003, 91 ff.
- Seifert, Achim, Zur Stärkung der Patientenautonomie in Frankreich, FamRZ 2006, 11 ff.
- Seitz, Walter, Wille und Wohl des Betreuten in Spannungsverhältnissen. Die Rechtsprechung des Bayerischen Obersten Landesgerichts, in: Recht als Erbe und Aufgabe. Heinz Holzhauser zum 21. April 2005, Hrsg.: Saar, Stefan Chr. / Roth, Andreas / Hattenhauer, Christian, Berlin 2005, 450 ff.
- Seitz, Walter, Mutmaßungen zum mutmaßlichen Willen. Der beste Wille ist der feste Wille, in: Sonnenfeld, Susanne (Hrsg.), Nichttägliche Fragen aus dem Alltag des Betreuungsrechts. Festschrift für Werner Bienwald zum 70. Geburtstag, Bielefeld 2006, 305 ff.
- Sellin, Christine / Engels, Dietrich, Qualität, Aufgabenverteilung und Verfahrensaufwand. Eine rechtstatsächliche Untersuchung, Köln 2003 (zitiert: Qualität)
- Siegert, Daniel, Die Zwangsbefugnisse des Betreuers, Marburg 2006
- Sieper, Marc, Die Haftung des Ehegatten für Krankenhausbehandlungskosten nach § 1357 BGB, MedR 2006, 638 ff.
- Simon, Alfred / Lipp, Volker / Tietze, Andrea / Nickel, Nicole / van Oorschot, Birgitt, Einstellungen deutscher Vormundschaftsrichterinnen und –richter zu medizinischen Entscheidungen und Maßnahmen am Lebensende: erste Ergebnisse einer bundesweiten Befragung, MedR 2004, 303 ff.
- Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Kommentar, begr. von Soergel, Hans-Theodor,
Band 4/2, Schuldrecht III/2 (§§ 651 a – 704), Stuttgart u.a. 1999;
Band 12, Schuldrecht 10, §§ 823 – 853, ProdHG, UmweltHG, 13. Aufl., Stuttgart 2005;
Band 7, Familienrecht I (§§ 1297 – 1588), VAHRG, Nichteheleiche Lebensgemeinschaft, 12. Aufl., Stuttgart u.a. 1989;
Band 8, Familienrecht II (§§ 1589 – 1921), EheG, HausratsVO, 12. Aufl., Stuttgart u.a. 1987;
Band 20, Familienrecht 4 (§§ 1741 – 1921), 13. Aufl., Stuttgart u.a. 2000;
(zitiert: Bearbeiter, in: Soergel)

- Sonnenfeld, Susanne, *Betreuungs- und Pflegschaftsrecht*, 2. Aufl., Bielefeld 2001
- Sonnenfeld, Susanne, *Bericht über die Rechtsprechung zum Betreuungsrecht*, FamRZ 2004, 1685 ff.
- Spickhoff, Andreas, *Die ärztliche Aufklärung vor der altruistisch motivierten Einwilligung in medizinische Eingriffe*, NJW 2006, 2075 ff.
- Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.),
Verhandlungen des sechshundfünfzigsten Deutschen Juristentages, Berlin 1986, Band II (Sitzungsberichte), München 1986;
Verhandlungen des siebenundfünfzigsten Deutschen Juristentages, Mainz 1988, Band II (Sitzungsberichte), München 1988;
Verhandlungen des dreiundsechzigsten Deutschen Juristentages, Leipzig 2000, Band II/1 (Sitzungsberichte – Referate und Beschlüsse), München 2001
- Staudinger, J. von Staudingers, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*,
Einleitung zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Buch 1, Allgemeiner Teil §§ 1 – 14. Neubearbeitung 2004;
Zweites Buch, *Recht der Schuldverhältnisse*, §§ 652 – 704, 13. Bearbeitung 1995 (zitiert: 1995);
Zweites Buch. *Recht der Schuldverhältnisse*, §§ 657 – 704 (Geschäftsbesorgung), Neubearbeitung 2006;
Zweites Buch. *Recht der Schuldverhältnisse*, §§ 823 – 825, 13. Bearbeitung 1999;
Viertes Buch, *Familienrecht*, Einleitung zu §§ 1297 ff; §§ 1297 – 1302; *Nicht-eheliche Lebensgemeinschaft* (Anhang zu §§ 1297 ff.); §§ 1303 – 1362; Bearbeitung 2007;
Viertes Buch, *Familienrecht*, §§ 1616 – 1625; Bearbeitung 2007;
Band 4, *Familienrecht*, §§ 1896 – 1921, Neubearbeitung 2006;
Eckpfeiler des Zivilrechts, 2005;
Berlin (zitiert: Bearbeiter, in: Staudinger ...Rn. und bei „Eckpfeiler des Zivilrechts“ zitiert nach Seite)
- Steffen, Erich / Pauge, Burkhard, *Arzthaftungsrecht: neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung*, 10. Aufl., Köln 2006
- Stolz, Konrad, *Betreuung ist gut, Vorsorge ist besser (?)*, BW NotZ 1998, 75 ff.
- Stolz, Konrad, *Anmerkungen zum geplanten Vertretungsrecht naher Angehöriger in Gesundheitsangelegenheiten*, BtPrax 2003, 20 f.
- Strätling, Meinolfus / Fieber, Ulrich / Sedemund-Adib, Beate / Schmucker, Peter, *Mittelbare Folgen der BGH-Sterbehilfeentscheidung zum „Lübecker Fall“ für das Deutsche Medizin- und Betreuungsrecht. Eine interdisziplinäre Analyse des weiteren Diskussions- und Regelungsbedarfs*, MedR 2004, 433 ff.

- Strätling, Meinolfus / Lipp, Volker / May, Arndt T. / Kutzer, Klaus / Glogner, Peter / Schlaudraff, Udo / Neumann, Gita / Simon, Alfred, Passive und indirekte Sterbehilfe – Eine praxisorientierte Analyse des Regelungsbedarfs gesetzlicher Rahmenbedingungen in Deutschland. Empfehlungen einer interdisziplinären Arbeitsgruppe in der Akademie für Ethik in der Medizin e.V., MedR 2003, 483 ff.
- Strätling, Meinolfus / Scharf, Volker Edwin / Wedel, Claudia / Oehmichen, Frank / Eisenbart, Bettina, Möglichkeiten zur Verminderung rechtlicher und ethischer Probleme bei der Behandlung nicht einwilligungsfähiger oder von Entscheidungsunfähigkeit bedrohter Patienten. Vorschläge für eine konzentrierte Gesetzgebungsinitiative zur Reformierung des deutschen Betreuungsrechts bezüglich antizipierender Behandlungsanweisungen und Stellvertreterentscheidungen in Gesundheitsfragen, MedR 2001, 385 ff.
- Strätling, Meinolfus / Strätling-Tölle, Helga / Scharf, Volker Edwin / Schmucker, Peter, „Automatische“ gesetzliche Stellvertretung nicht entscheidungsfähiger Patienten durch „nahe Angehörige“? Kritische Anmerkungen zu einem Reformvorschlag der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Betreuungsrecht“ aus sozialwissenschaftlicher, rechtstatsächlicher, medizinrechtlich und ärztlich-praktischer Sicht, MedR 2003, 372 ff.
- Taupitz, Jochen, Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens?, Verhandlungen des 63. Deutschen Juristentages Leipzig 2000, hrsg. von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, Band I, Gutachten, A, München 2000.
- Taupitz, Jochen, Die mutmaßliche Einwilligung bei ärztlicher Heilbehandlung – insbesondere vor dem Hintergrund der höchstrichterlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: Canaris, Claus-Wilhelm / Heldrich, Andreas / Hopt, Klaus J. / Roxin, Klaus / Schmidt, Karsten / Widmaier, Gunter (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft. Bd. I. Bürgerliches Recht, hrsg. von Canaris, Claus-Wilhelm, Heldrich, Andreas, München 2000, 497 ff.
- Taupitz, Jochen / Weber-Hassemmer, Kristiane, Zur Verbindlichkeit von Patientenverfügungen, in: Kern, Bend-Rüdiger / Wadle, Elmar / Schroeder, Klaus-Peter / Katzenmeier, Christian (Hrsg.), Humaniora. Medizin – Recht – Geschichte, Festschrift für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag, Berlin, Heidelberg 2006, 1107 ff.
- Tiedemann, Klaus, Die mutmaßliche Einwilligung, JuS 1970, 108 ff.
- Tietze, Andrea, Ambulante Zwangsbehandlungen im Betreuungsrecht, Bielefeld 2005 (zitiert: Tietze, Zwangsbehandlungen)
- Tietze, Andrea, Zwangsbehandlungen in der Unterbringung. Zur rechtlichen Zulässigkeit der Zwangsbehandlung im Betreuungsrecht, BtPrax 2006, 131 ff.
- Trichterborn, Lena, Zulässigkeit und Bedingungen einer ambulanten Zwangsbehandlung von Betreuten, Aachen 2003

- Tuhr, Andreas von, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band. Zweite Hälfte, München, Leipzig 1918
- Uhlenbruck, Wilhelm, Vorab-Einwilligung und Stellvertretung bei der Einwilligung in einen Heileingriff, MedR 1992, 134 ff.
- Uhlenbruck, Wilhelm, Entmündigung des Patienten durch den Gesetzgeber?, ZRP 1998, 46 ff.
- Uhlenbruck, Wilhelm, Die Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten. Zu einem wichtigen, aber verkannten Rechtsinstitut in Deutschland, in: Festschrift für Erwin Deutsch zum 70. Geburtstag, hrsg. von Ahrens, Hans-Jürgen / Bar, Christian von / Fischer, Gerfried / Spickhoff, Andreas / Tautpitz, Jochen, Köln u.a. 1999, 849 ff.
- Veit, Barbara, Das Betreuungsverhältnis zwischen gesetzlicher und rechtsgeschäftlicher Vertretung, FamRZ 1996, 1309 ff.
- Voigt, Thomas E., Die Pflichten des Betreuers, Hamburg 1994
- Vormundschaftsgerichtstag e.V., Stellungnahme zum Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts, Bundesrats-Drucksache 865/03, Bundestags-Drucksache 15/2494, Recklinghausen / Schleswig, 24. Februar 2004, www.vgt.ev.de/Themen/Stellungnahmen/Ref0402.pdf (zitiert: Stellungnahme)
- Vormundschaftsgerichtstag e.V., Stellungnahme zum Referentenentwurf eines 3. BtÄndG, Bochum / Schleswig, 10. Februar 2005, www.vgt.ev.de/Themen/Stellungnahmen/Ster01.htm (zitiert: Stellungnahme RefE)
- Vossler, Norbert, Bindungswirkung von Patientenverfügungen ? Gesetzgeberischer Handlungsbedarf ?, ZRP 2002, 295 ff.;
- Vossler, Norbert, Gesetzliche Vertretungsmacht für Angehörige – eine Alternative zur Betreuung? – Eine Erwiderung auf Probst / Knittel, ZRP 2001, 55 – BtPrax 2003, 6 ff.
- Wacke, Andreas, Streitfragen um die neugeregelte „Schlüsselgewalt“, NJW 1979, 2585 ff.
- Wagenitz, Thomas, Finale Selbstbestimmung? Zu den Möglichkeiten und Grenzen der Patientenverfügung im geltenden und künftigen Recht, FamRZ 2005, 669 ff.
- Walter, Ute, Die Vorsorgevollmacht: Grundprobleme eines Rechtsinstituts unter besonderer Berücksichtigung der Frage nach Vorsorge im personalen Bereich, Bielefeld 1997 (zitiert: Vorsorgevollmacht)
- Walter, Ute, Vorsorgevollmacht und Überwachungsbetreuung, ZEV 2000, 353 ff.

- Weltärztebund, Deklaration von Lissabon zu den Rechten des Patienten, verabschiedet von der 34. Generalversammlung des Weltärztebundes in Lissabon, Portugal, September / Oktober 1981 und revidiert von der 47. Generalversammlung des Weltärztebundes in Bali, Indonesien, September 1995, <http://www.bundesaerztekammer.de/20/05Rechte/Dekl17h.html>
- Welzel, Hans, Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung, 10. Aufl., Berlin 1967
- Windscheid, Bernhard, Lehrbuch des Pandektenrechts, unter vergleichender Darstellung des bürgerlichen Rechts bearbeitet von Kipp, Theodor, Frankfurt a.M. 1906 (zitiert: Windscheid/Kipp, Bd.)
- Winkler-Wilfurth, Andrea, Betreuung und Heilbehandlung, Regensburg 1992
- Wunder, Michael, Medizinische Entscheidungen am Lebensende und der „mutmaßliche Wille“, MedR 2004, 319 ff.
- Wurzel, Bettina, Vorsorgevollmachten bei affektiven Störungen, insbesondere bei der manischen Auslenkung, BtPrax 2005, 87 ff.
- Wussow, Robert-Joachim, Umfang und Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht, VersR 2002, 1337 ff.
- Zander, Karl-Heinz (Hrsg. im Auftrag des Vormundschaftsgerichtstags e.V.), Rechtsfürsorge im Sozialstaat. Was ist Aufgabe der Betreuung? Ergebnisse des 9. Vormundschaftsgerichtstags vom 11. – 13. 11. 2004 in Erkner, Betrifft: Betreuung – Band 8, Bochum 2005
- Zenz, Gisela / von Eicken, Barbara / Ernst, Ellen / Hofmann, Cornelia, Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige. Eine Untersuchung zur Praxis und Kritik des geltenden Rechts. Rechtstatsachenforschung. Köln 1987 (zitiert: Rechtstatsachenforschung)
- Zimmermann, Walter, Vorsorgevollmacht und Rechtsberatungsgesetz, BtPrax 2001, 192 f.

Anhang I

Referentenentwurf eines 3. Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts – Bundesministerium der Justiz – Stand: 1. November 2004

§ 1904 BGB-RefE

Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bei ärztlichen Maßnahmen

Abs. 1

Die Einwilligung des Betreuers in eine Untersuchung des Gesundheitszustands, eine Heilbehandlung oder einen ärztlichen Eingriff bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, wenn die begründete Gefahr besteht, dass der Betreute auf Grund der Maßnahme stirbt oder einen schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet. Ohne die Genehmigung darf die Maßnahme nur durchgeführt werden, wenn mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist.

Abs. 2

Die Nichteinwilligung oder der Widerruf der Einwilligung des Betreuers in eine Untersuchung des Gesundheitszustands, eine Heilbehandlung oder einen ärztlichen Eingriff bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, wenn die Maßnahme medizinisch angezeigt ist und die begründete Gefahr besteht, dass der

Betreute auf Grund des Unterbleibens oder des Abbruchs der Maßnahme stirbt oder einen schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet.

Abs. 3

Eine Genehmigung nach Absatz 1 und 2 ist nicht erforderlich, wenn zwischen Betreuer und Arzt Einvernehmen darüber besteht, dass die Erteilung, die Nichterteilung oder der Widerruf der Einwilligung dem mutmaßlichen Willen des Patienten entspricht.

Abs. 4

Ein Bevollmächtigter kann in eine der in Absatz 1 Satz 1 oder Absatz 2 genannten Maßnahmen nur einwilligen, sie verweigern oder die Einwilligung widerrufen, wenn die Vollmacht diese Maßnahmen ausdrücklich umfasst und schriftlich erteilt ist. Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ist nicht erforderlich.

Anhang II

Auszug aus dem Entwurf des Bundesrates für das 2. BtÄndG (BR-Drucks. 865/03) zur Vertretung durch Ehegatten (Lebenspartner) für die Vermögenssorge und Gesundheitssorge und zur Vertretung durch weitere nahe stehende Personen für die Gesundheits-sorge

§ 1358 BGB-E

Vertretung durch Ehegatten für die Vermögenssorge

Abs. 1

Ist ein Ehegatte infolge einer Krankheit oder Behinderung nicht in der Lage, seine Rechte und Pflichten selbst wahrzunehmen und hat er weder eine andere Person für ihn zu handeln bevollmächtigt, noch ist ein Betreuer bestellt, kann ihn der andere Ehegatte nach Maßgabe des Absatz 2 gerichtlich und außergerichtlich vertreten. Dies gilt nicht, wenn die Ehegatten getrennt leben oder der Ehegatte einen entgegenstehenden Willen geäußert hat.

Abs. 2 (...)

§ 1358 a BGB-E

Vertretung durch Ehegatten für die Gesundheitsorge

Abs. 1

Unter den Voraussetzungen des § 1358 Abs. 1 kann ein Ehegatte für den verhinderten Ehegatten Erklärungen abgeben, die auf die Vornahme einer Untersuchung des Gesundheitszustandes, einer Heilbehandlung oder eines ärztlichen Eingriffs gerichtet sind. § 1904 Abs. 1 gilt entsprechend.

Abs. 2

Der andere Ehegatte gilt als erklärungsbefugt, wenn er dem Arzt schriftlich erklärt,

1. mit dem verhinderten Ehegatten verheiratet zu sein,
2. nicht getrennt zu leben,
3. dass ihm das Vorliegen einer Vollmacht oder Betreuung nicht bekannt ist,
4. dass ihm ein entgegenstehender Wille des Ehegatten nicht bekannt ist.

Dies gilt nicht, wenn der Arzt das Fehlen der Voraussetzungen des Absatzes 1 kennt oder kennen muss.

§ 8 Abs. 2 Lebenspartnerschaftsgesetz-E

Die §§ 1357 bis 1358 a und die §§ 1365 bis 1370 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gelten entsprechend.

§ 1618 b BGB-E

Vertretung durch Angehörige für die Gesundheitsorge

Abs. 1

§ 1358 a Abs. 1 gilt im Verhältnis von Eltern und volljährigen Kindern entsprechend, es sei denn, es ist ein erklärungsbefugter Ehegatte oder Lebenspartner vorhanden. Kinder sind vor Eltern erklärungsbefugt. Beim mehreren gleichrangigen Angehörigen genügt die Erklärung eines von ihnen; es ist jedoch der Widerspruch eines jeden von ihnen beachtlich. Ist ein vorrangiger Angehöriger innerhalb angemessener Zeit nicht erreichbar, genügt die Erklärung des nächst erreichbaren nachrangigen Angehörigen.

Abs. 2

Ein Angehöriger im Sinne von Absatz 1 gilt als erklärungsbefugt, wenn er dem Arzt schriftlich erklärt,

1. vor- oder zumindest gleichrangiger Angehöriger im Sinne des Absatzes 1 Satz 1 bis 3 zu sein,
2. dass ihm das Vorliegen einer Vollmacht oder Betreuung nicht bekannt ist,
3. dass ihm weder ein entgegenstehender Wille des Betroffenen noch ein Widerspruch eines gleichrangigen Angehörigen bekannt ist.

Im Falle des Absatzes 1 Satz 4 hat der nachrangige Angehörige abweichend von Satz 1 Nr. 1 zu erklären, Angehöriger im Sinne des Absatzes 1 Satz 1 zu sein und dass der vorrangige Angehörige innerhalb angemessener Zeit nicht erreichbar ist. Die Sätze 1 und 2 gelten nicht, wenn der Arzt das Fehlen der Voraussetzungen des Absatzes 1 kennt oder kennen muss.

§ 1896 BGB-E

Abs. 2

Ein Betreuer darf nur für Aufgabenkreise bestellt werden, in denen die Betreuung erforderlich ist. Die Betreuung ist nicht erforderlich, soweit die Angelegenheiten des Volljährigen

1. durch einen Bevollmächtigten, der nicht zu den in § 1897 Abs. 3 bezeichneten Personen gehört, oder
2. durch einen hierzu befugten Angehörigen in den Fällen der §§ 1358, 1358 a und 1618 b oder
3. durch andere Hilfen, bei denen kein gesetzlicher Vertreter bestellt wird,

ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können.

Lebenslauf

Ich wurde am 8. Oktober 1962 in Soest/Westfalen als Tochter der Frau Christel Diekmann, geb. Rosenbaum, und des Herrn Johann-Heinrich Diekmann geboren.

In der Zeit von 1973 – 1982 besuchte ich das Archigymnasium zu Soest. Die Gymnasialzeit schloss mit der Reifeprüfung am 22. Juni 1982.

Im Wintersemester 1982/1983 nahm ich das Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Passau auf. Die erste juristische Staatsprüfung legte ich dort am 12. Januar 1988 ab.

Am 2. Mai 1988 begann ich den Vorbereitungsdienst in Berlin. Diesen beendete ich mit der zweiten juristischen Staatsprüfung am 25. Januar 1991.

Vom 26. Januar 1991 bis 7. Juli 1991 war ich als Assessorin in einer Rechtsanwaltskanzlei in Berlin tätig.

Am 8. Juli 1991 wurde ich zur Richterin ernannt. Am 4. Juli 1994 folgte die Ernennung zur Richterin am Amtsgericht. Während der Zeit der Tätigkeit beim Amtsgericht war ich überwiegend mit Betreuungs- und Familiensachen befasst.

Nach der obergerichtlichen Erprobung von Juni 2000 – Juli 2001 wurde ich am 21. August 2001 zur Richterin am Kammergericht ernannt.

Seit dem 1. Januar 2007 bin ich bei dem Landgericht Berlin tätig. Am 1. Juli 2007 wurde mir das Amt der Vorsitzenden Richterin am Landgericht übertragen. Zur Zeit bin ich in einer Kammer tätig, die hauptsächlich Betreuungs-, Unterbringungs- und Nachlasssachen bearbeitet.

Berlin, im Dezember 2008

Andrea Diekmann

Eine ärztliche Maßnahme tastet die leibliche und gegebenenfalls die seelische Integrität eines Menschen an. Die Bestimmung darüber ist ein Teil der Personalität eines Menschen. Der Einzelne kann sein Selbstbestimmungsrecht nur wahrnehmen, wenn seine Entscheidung Voraussetzung gerechtfertigten ärztlichen Handelns ist. Kann ein Volljähriger auf Grund einer Krankheit oder Behinderung darüber nicht befinden, können Entscheidungen durch einen rechtsgeschäftlichen Vertreter – einen Bevollmächtigten – oder durch einen gesetzlichen Vertreter – einen Betreuer – getroffen werden. In der vorliegenden Untersuchung werden die unterschiedlichen Vertretungsregelungen im Bereich der Gesundheitsangelegenheiten dargestellt. Es wird zudem geprüft, ob es das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen gebietet, eine weitere „automatische“ Vertretungsmöglichkeit für nahe Angehörige zu normieren. Es wird auch erwogen, auf welche Grundlage eine entsprechende Befugnis gestützt werden, in welchen Fällen und unter welchen Voraussetzungen sie eingreifen könnte.



GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT
GÖTTINGEN

ISBN 978-3-940344-78-6
ISSN 1864-2144

Universitätsverlag Göttingen