

Göttinger Schriften zum Medizinrecht
Band 9



Monika Burchardt

Vertretung handlungsunfähiger volljähriger Patienten durch Angehörige



Universitätsverlag Göttingen

Monika Burchardt

Die Vertretung handlungsunfähiger volljähriger Patienten durch Angehörige

This work is licensed under the [Creative Commons](#) License 3.0 “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 9 der Reihe „Göttinger Schriften zum Medizinrecht“
im Universitätsverlag Göttingen 2010

Monika Burchardt

Die Vertretung
handlungsunfähiger
volljähriger Patienten
durch Angehörige

Göttinger Schriften
zum Medizinrecht Band 9



Universitätsverlag Göttingen
2010

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.

Autorenkontakt

Monika Burchardt
E-Mail: mib2604@gmx.de

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: 6. Mai 2010

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: Monika Burchardt
Umschlaggestaltung: Kilian Klapp, Margo Bargheer

© 2010 Universitätsverlag Göttingen
<http://univerlag.uni-goettingen.de>
ISBN: 978-3-941875-59-3
ISSN 1864-2144

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2009/2010 von der Juristischen Fakultät der Georg August Universität Göttingen als Dissertation angenommen. Sie entstand im Rahmen des von der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG) geförderten Projekts „Perspektiven der Selbstbestimmung in der alternden Gesellschaft“ (Geschäftszeichen: LI 892/2-1). Die Gesetzesänderungen durch das 3. Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts und die Änderung des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) sind berücksichtigt.

Mein herzlicher Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Volker Lipp, der den Anstoß für diese Arbeit gab und sie mit persönlichem Engagement betreute. Die fachlichen Gespräche mit ihm und seine Anregungen haben sehr zum Gelingen der Arbeit beigetragen. Des Weiteren danke ich Herrn Prof. Dr. Andreas Spickhoff für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Meinem Großvater Hans-Eberhard Wohlfarth und Frau Dr. Eva Zech danke ich für die anregenden Gespräche und das Korrekturlesen. Besonders danken möchte ich auch René Schiller für seine liebevolle Unterstützung. Ebenso haben Frederike Klein, Stefanie Schramm, Nicole Burghardt und Ayten Tekhane diese Arbeit durch ihre Anregungen und Aufmunterungen unterstützt, worüber ich dankbar und glücklich bin. Mein Dank gilt auch dem gesamten Team des Lehrstuhls von Prof. Dr. Lipp.

Letztlich spreche ich meinen ganz herzlichen Dank meinen Eltern Dr. Klaus und Bettina Burchardt aus, die nicht nur Korrektur gelesen haben, sondern mich auch stets bedingungslos in jeder weiteren Hinsicht unterstützt haben. Ohne sie wäre diese Arbeit nicht entstanden. Ihnen ist die Arbeit gewidmet.

Göttingen, im Juli 2010

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	I
Inhaltsverzeichnis	III
§ 1 Einleitung	1
§ 2 Familienangehörige als Vertreter?	5
A. Erwartung einer Interessenvertretung durch Angehörige?	5
B. Entwicklung des Gesetzesentwurfs	6
I. <i>Erste Vorschläge</i>	6
1. Anstoß durch den Vormundschaftsgerichtstag	6
2. Weiterentwicklung durch die Bund-Länder-Arbeitsgruppe	7
3. Maßgebliche Gründe	7
4. Weitere Reaktionen in der Literatur	9
II. <i>Vorschlag des Bundesrates</i>	10
III. <i>Kritik an dem Gesetzesvorhaben</i>	10
IV. <i>Scheitern der Gesetzesinitiative</i>	12
C. Empirische Untersuchungen	12
D. Anlass und Gang der Untersuchung	15
§ 3 Die ärztliche Behandlung	19
A. Behandlungsvertrag	19
B. Medizinische Indikation	21

C. Einwilligung	22
I. <i>Das Selbstbestimmungsrecht und die Fähigkeit zu seiner Ausübung</i>	23
II. <i>Die Einwilligungsfähigkeit</i>	24
D. Schweigepflicht des Arztes	27
E. Zusammenfassung	28
§ 4 Lösungen bei Geschäftsunfähigkeit des Patienten: Behandlungsvertrag	29
A. Behandlung im Notfall	29
I. <i>Abschluss durch einen Stellvertreter</i>	30
1. Allgemeines zur Vorsorgevollmacht	30
a) Vermeidung der Betreuung	31
b) Kontrollbetreuer	32
2. Das Außenverhältnis: Die Vollmacht	33
a) Voraussetzungen für die Wirksamkeit der Bevollmächtigung	33
b) Verpflichtung zur Erteilung einer Vollmacht	35
c) Begründung der Vollmacht	35
aa) Inhalt der Vollmacht	35
bb) Formerfordernis	36
d) Erlöschen der Vollmacht	36
aa) Widerruf durch den Vollmachtgeber	36
bb) Widerruf durch einen von mehreren Bevollmächtigten	38
cc) Auflösende Befristung oder Bedingung	38
dd) Kündigung/ Verzicht durch den Bevollmächtigten	39
ee) Weitere Erlöschensgründe	39
3. Das Innenverhältnis	40
a) Funktion des Innenverhältnisses	40
b) Der Auftrag als Innenverhältnis	40
c) Der Fürsorgefall im Innenverhältnis	41
aa) Die Erteilung von Weisungen	41
bb) Der äußerungsunfähige Betroffene	43
cc) Der äußerungsfähige Betroffene	43
dd) Weigerung des bevollmächtigten Familienangehörigen oder Überforderung	44
d) Erlöschen des Innenverhältnisses	44
II. <i>Abschluss durch einen Betreuer</i>	44
1. Das Rechtsinstitut der Betreuung	45
a) Voraussetzungen der Betreuung	46
b) Auswahl des Betreuers	47
2. Die Betreuung in Gesundheitsangelegenheiten	49
a) Außenverhältnis der Betreuung	49
b) Innenverhältnis der Betreuung	49
aa) Der äußerungsunfähige Betreute	51
bb) Der äußerungsfähige Betreute	51
c) Die Rolle des Betreuungsgerichts	51
III. <i>Geschäftsführung ohne Auftrag</i>	52
1. Geschäftsbesorgung ohne Auftrag und fremdes Geschäft	52
2. Interesse und Wille	52
B. Abschluss im Normalfall	53
C. Zusammenfassung	53

§ 5 Lösungen bei Einwilligungsunfähigkeit: Einwilligung in die Behandlung	55
A. Rechtfertigung im Notfall	55
I. <i>Einwilligung durch einen Bevollmächtigten</i>	55
1. Zulässigkeit einer Vertretung in Gesundheitsfragen aufgrund einer Vollmacht.....	55
2. Außenverhältnis	57
a) Begründung der Vollmacht.....	57
aa) Inhalt der Vollmacht.....	57
bb) Schriftform	57
cc) Ausdrücklichkeit.....	59
dd) Grenzen.....	61
b) Erlöschen der Vollmacht	62
3. Innenverhältnis.....	62
4. Vertreter ohne Vertretungsmacht	62
II. <i>Einwilligung durch den Betreuer</i>	64
III. <i>Mutmaßliche Einwilligung</i>	66
1. Subsidiarität und Dringlichkeitsanforderung	67
2. Feststellung des mutmaßlichen Willens	68
a) Kriterien zur Ermittlung des mutmaßlichen Willens	68
b) Die Rolle von Familienangehörigen.....	69
IV. <i>Weitere Ansätze</i>	70
B. Rechtfertigung im Normalfall	70
C. Zusammenfassung	71
§ 6 Lösungen in Bezug auf die Schweigepflicht	73
A. Schweigepflicht im Notfall.....	73
I. <i>Vorhandensein eines Stellvertreters</i>	73
II. <i>Mutmaßliche Einwilligung</i>	74
III. <i>Rechtfertigender Notstand</i>	75
B. Schweigepflicht im Normalfall	75
C. Zusammenfassung	75
§ 7 Auswertung der bisherigen Erkenntnisse	77
A. Allgemeine Überlegungen	77
B. Selbstbestimmungsrecht des Patienten	79
C. Art. 6 Abs. 1 GG und Art. 8 Abs. 1 EMRK.....	82
D. Ergebnis	85
§ 8 Vertretung durch Familienangehörige und sonstige Vertrauenspersonen	87
A. Einführung.....	87
B. Gesetzliche Vertretungsmacht.....	88
I. <i>Familienangehörige als Betreuer</i>	88
II. <i>§ 1357 Abs. 1 BGB</i>	89
III. <i>§ 1353 Abs. 1 Satz 2, 2. Halbsatz</i>	91
IV. <i>Notverwaltungsrecht in der Gütergemeinschaft, §§ 1429, 1454 BGB</i>	91
V. <i>§ 1618a BGB: Beistandspflicht</i>	92
VI. <i>Gewohnheitsrecht</i>	92
1. Anwendungsbereiche des Gewohnheitsrechts.....	93
2. Anwendung auf die Vertretung in Gesundheitsangelegenheiten	93

C. Rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht	95
I. <i>Ausdrückliche Bevollmächtigung</i>	95
II. <i>Konkludente Bevollmächtigung: Überlegungen de lege ferenda</i>	96
1. Vorliegen einer konkludenten Vollmacht im Notfall	96
a) Das Außenverhältnis: Die Vollmacht	96
aa) Begründung der Vollmacht	96
aaa) Vollmachtserteilung durch schlüssiges Handeln	97
bbb) Vollmachtserteilung durch die Erwartungshaltung	98
ccc) Zwischenergebnis	104
bb) Inhalt der Vollmacht	105
aaa) Einwilligung- bzw. Geschäftsunfähigkeit als Bedingung?	105
bbb) Grenzen	105
ccc) Weigerung des bevollmächtigten Familienangehörigen oder Überforderung	106
ddd) Vermeidung von Missbrauch der Vertretungsbefugnis	106
eee) Zwischenergebnis	106
cc) Erlöschen der Vollmacht	107
b) Das Innenverhältnis	107
aa) Beschränkung der Vollmacht oder Wunschbeachtungspflicht	107
bb) Der äußerungsunfähige Betroffene	108
cc) Der äußerungsfähige Betroffene	108
dd) Erlöschen des Innenverhältnisses	109
2. Vorliegen einer konkludenten Vollmacht im Normalfall	109
3. Ergebnis	109
III. <i>Anscheinsvollmacht</i>	109
1. Einführung in die Rechtsscheintatbestände	109
2. Der Rechtsscheintatbestand der Anscheinsvollmacht	110
3. Voraussetzungen der Anscheinsvollmacht	111
4. Anwendungsbereiche der Anscheinsvollmacht	112
IV. <i>Die Duldungsvollmacht</i>	114
D. Vertrag zugunsten Dritter	116
E. Auswertung der Ergebnisse	116
§ 9 Reformvorschläge	117
A. Vergleich zum Österreichischen Recht	118
I. <i>Reform des Sachwalterrechts</i>	118
II. <i>Die Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger</i>	118
III. <i>Bewertung der Österreichischen Lösung</i>	120
B. Vergleich zum Schweizer Recht	122
I. <i>Gesetzesinitiative der Schweiz</i>	122
II. <i>Bewertung der Schweizer Lösung</i>	124
C. Vermutete Vollmacht	125
I. <i>Bisheriger Anwendungsbereich der vermuteten Vollmacht</i>	125
II. <i>Anwendung im Bereich der Legitimation ärztlichen Handelns</i>	127
1. Begrenzung auf Notfälle	128
2. Vorteile einer vermuteten Vollmacht	128
3. Das Außenverhältnis	130
a) Begründung	130
aa) Voraussetzungen	133
bb) Inhalt	134

b) Erlöschen der Vollmacht	135
c) Änderungen de lege ferenda	135
4. Das Innenverhältnis	136
a) Konkludenter Auftrag	136
b) Änderungen de lege ferenda	136
III. Formulierungsvorschlag	137
D. Ergebnis	137
§ 10 Zusammenfassung der Ergebnisse und Ausblick	139
Literatur	143
Lebenslauf	157

§ 1 Einleitung

Eine nach individuellen Bedürfnissen ausgestaltete, selbstbestimmte Lebensweise ist in unserer heutigen Gesellschaft von zentraler Bedeutung. Dies gilt in allen Lebensbereichen und in jedem Lebensalter. Insbesondere relevant ist sie im Bereich der Gesundheitsversorgung. Hier ist fraglich, wie die ärztliche Behandlung unter Beachtung des Selbstbestimmungsrechts rechtlich legitimiert werden kann, wenn der Patient nicht mehr in der Lage ist, den Behandlungsvertrag abzuschließen und in die Behandlung einzuwilligen. Denn für den Abschluss des Behandlungsvertrags ist Geschäftsfähigkeit erforderlich, und um selbst rechtswirksam in die Behandlung einzuwilligen, muss der Patient einen gewissen Grad an Einsichtsfähigkeit haben, den er aufgrund Krankheit oder Behinderung möglicherweise nicht (mehr) hat. Folge ist, dass jemand anders für ihn entscheidet. Rechtlich anerkannt und geregelt ist in diesem Zusammenhang das Handeln eines Dritten für den Betroffenen im Rahmen einer rechtlichen Betreuung und im Rahmen einer ausdrücklichen Bevollmächtigung (Vorsorgevollmacht). Ist ein solcher Stellvertreter nicht vorhanden, haben sich in der Rechtsprechung und Literatur zur Rechtfertigung des ärztlichen Handelns im Eilfall die Geschäftsführung ohne Auftrag und die mutmaßliche Einwilligung durchgesetzt. Kernfrage muss in allen Fällen stets sein, wie den Wünschen und Vorstellungen des Betroffenen ausreichend Rechnung getragen werden kann.

Menschen jeden Lebensalters können betroffen sein. Beispielsweise kann ein junger Mensch einen schweren Unfall erleiden. Dann taucht die Situation, dass ein anderer handeln muss, plötzlich auf. Aufgrund des demographischen Wandels¹ sind es aber überwiegend ältere Menschen, die wegen Altersmorbidity² oftmals nicht mehr in der Lage sind, für sich selbst zu sprechen und ihre Wünsche durchzusetzen. Dies kann schleichend erfolgen mit einer zunehmenden Unsicherheit im Alltag mit der Folge, dass Arztbesuche nicht mehr alleine erledigt werden (können) bis hin zur kompletten Unfähigkeit, für sich selbst zu sorgen. Auch dann bedarf es einer Person, die für den Betroffenen handelt. Hierbei spielen Familienangehörige³ eine zentrale Rolle. Grund dafür ist, dass sie in der Regel die Wünsche und Wertvorstellungen der betroffenen Person kennen. Sie können damit einen wichtigen Beitrag zur Erhaltung des Selbstbestimmungsrechts bei der medizinischen Behandlung leisten, nämlich dann, wenn die vermittelten Wünsche des Betroffenen letztlich auch durchgesetzt werden (können).

Die Einbeziehung von Angehörigen in den Behandlungsprozess und Auskunftserteilung an Angehörige scheint auch gelebte Praxis zu sein. Betroffene erwarten möglicherweise auch, dass ihre Angehörigen ihre Interessen vor dem Arzt vertreten. Sind sie aber nicht als Betreuer oder ausdrücklich Bevollmächtigte eingesetzt, haben sie weder ein Recht auf Einbeziehung noch hat der Arzt die Pflicht, sie zu beteiligen. Eine Vertretungsmacht für nahe Angehörige allein aufgrund ihres Status als Familienmitglieder besteht nicht.⁴ Dies hat zur Folge, dass es letztlich im Belieben des Arztes steht, ob er die Angehörigen in die Behandlungsentscheidung mit einbezieht und inwieweit er sie über den Gesundheitszustand des Betroffenen unterrichtet. Fraglich ist, ob dies dem Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen genügend Rechnung trägt oder ob es das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen gebietet, einem Familienangehörigen ein Vertretungsrecht auch außerhalb einer Betreuung oder ausdrücklichen Bevollmächtigung einzuräumen. Eine Gesetzesinitiative aus dem Jahr 2003 sah eine gesetzliche Rege-

¹ Nach Angaben des Statistischen Bundesamtes lag der Anteil der über 65jährigen in der Bevölkerung der Bundesrepublik Deutschland im Jahr 2005 bei knapp 20 Prozent, Statistisches Bundesamt, S. 57, online abrufbar unter <http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Presse/pk/2006/Bevoelkerungsentwicklung/bevoelkerungsprojektion2050,property=file.pdf> (Stand November 2009). Im Jahr 2050 wird er voraussichtlich bei 33,2 Prozent liegen. Das Schlagwort von der „alternden Gesellschaft“ ist daher mittlerweile Realität geworden.

² Z. B. Demenzerkrankungen. Hier sind die Betroffenen im Anfangsstadium oftmals noch in der Lage, sich selbst zu versorgen. Da die Erkrankung graduell ist, kommt der Erkrankte aber früher oder später in die Situation, auf Hilfe angewiesen zu sein. Dies kann sich bis zur völligen Hilflosigkeit steigern.

³ Der Begriff soll zunächst untechnisch verstanden werden, hierunter fallen also die engeren Verwandten wie Eltern und Kinder, der Ehepartner, der eingetragene Lebenspartner, aber auch sonstige Vertrauenspersonen wie nichteheliche Lebensgefährten.

⁴ Bamberger/Roth/Spindler, § 823 BGB Rn. 646; Probst/Knittel, ZRP 2001, 55; v. Sachsen Gesaph, S. 282.

lung vor, nach der Angehörige ein Vertretungsrecht erhalten sollten.⁵ Sie scheiterte aufgrund einer befürchteten Missbrauchsgefahr.⁶ Die aufgeworfene Frage ist damit letztlich nicht beantwortet.

⁵ BR-Drs. 865/09.

⁶ BT-Drs, 15/4874, S. 26.

§ 2 Familienangehörige als Vertreter?

Das BGB sieht nur in bestimmten Fällen Vertretungsbefugnisse innerhalb einer Familie vor. Eltern sind gesetzliche Vertreter für ihre minderjährigen Kinder nach §§ 1626, 1629 BGB. Im Rahmen einer Betreuerbestellung kann ein Ehegatte oder ein Angehöriger zum gesetzlichen Vertreter des anderen werden, §§ 1897, 1902 BGB. Es existiert jedoch keine ausdrückliche Regelung, kraft derer der eine Ehegatte alleine aufgrund des Status „Ehemann“ oder „Ehefrau“ der (gesetzliche) Vertreter des anderen ist. Ebenso wenig enthält das Gesetz eine Regelung im Verhältnis von Eltern zu ihren volljährigen Kindern oder bei sonstigen Verwandten und Vertrauenspersonen. Die Gesetzesinitiative zur Einführung einer gesetzlichen Vertretungsmacht wollte diese Lücke schließen und sah für Ehegatten untereinander und im Verhältnis Eltern und volljährigen Kindern im Bereich der Gesundheits- und Vermögenssorge eine Vertretungsmacht vor.

A. Erwartung einer Interessenvertretung durch Angehörige?

Erwartet der Betroffene, dass seine Angehörigen ihn vertreten und seine Interessen gegenüber dem Arzt durchsetzen? Die Gesetzesinitiative zur Einführung einer gesetzlichen Vertretungsmacht im Jahr 2003 legte diesen Gedanken zugrunde. In

der Gesetzesbegründung⁷ heißt es, dass die Akzeptanz in weiten Teilen der Bevölkerung für eine gesetzliche Vertretungsmacht – zumindest in Teilbereichen – groß sei. Es entspräche einer weit verbreiteten Vorstellung in Umsetzung des Rechtsgedankens aus § 1353 BGB, dass die Verpflichtung zur gegenseitigen Verantwortung auch das Recht begründe, die Interessen des Anderen wahrnehmen zu dürfen. Die Einführung einer gesetzlichen Vertretungsmacht könnte das Auseinanderfallen von sozialem Anspruch und rechtlicher Wirklichkeit beseitigen.

B. Entwicklung des Gesetzesentwurfs

I. Erste Vorschläge

1. Anstoß durch den Vormundschaftsgerichtstag

Bereits auf dem 4. Vormundschaftsgerichtstag (VGT) im Jahr 1994 wurde die Figur der „Person des Vertrauens“ diskutiert.⁸ Zunächst scheiterte jedoch ein entsprechender Vorstoß.⁹ Im Weiteren entfachte der VGT jedoch die Diskussion um die Einführung einer gesetzlichen Vertretungsmacht erneut. Auf dem 7. VGT (2000)¹⁰ beschäftigte sich die Arbeitsgruppe 11 mit der Frage, ob es sinnvoll sei, eine gesetzliche Vertretungsbefugnis für Angehörige einzuführen. Maßgeblich angestoßen wurde die Diskussion um die Einführung einer gesetzlichen Vertretungsmacht von *Probst* und *Knittel*¹¹. Nach ihrer Ansicht fehle es im Bürgerlichen Gesetzbuch an einem Zwischenstück auf dem Weg zur Betreuung.¹² Wolle man die Subsidiarität der Betreuung ernst nehmen, bedürfe es eines abgestuften Systems. Der Missbrauchsfahrer werde dadurch begegnet, dass die Entscheidungen in Gesundheitsfragen unter der Kontrolle der Ärzteschaft stünden und es schon eines kollusiven Zusammenwirkens zwischen Arzt und Vertreter bedürfe, um die Vertretungsmacht zu missbrauchen.¹³ Nach ihrem Vorschlag sollten die Vertretungsbefugnisse im Außenverhältnis unabhängig von der Handlungsfähigkeit bzw. –unfähigkeit des zu Vertretenden bestehen.

Ebenso sah die Arbeitsgruppe 2 des 5. VGT Nord (2001)¹⁴ Handlungsbedarf gesehen¹⁵. Auch der 8. VGT (2002) beschäftigte sich mit der Frage einer gesetzli-

⁷ BT-Drs. 15/2494, S. 16 und 27; ebenso BR-Drs. 865/03, S. 37.

⁸ VGT, Materialien und Ergebnisse, S. 182-190.

⁹ Antwort der früheren Bundesregierung auf eine - anlässlich der Beratung des Betreuungsrechtsänderungsgesetzes von Mecklenburg-Vorpommern initiierte - Prüfbitte des Bundesrates, BT-Drs. 13/7158, Anl. 2 bzw. 3.

¹⁰ Erkner vom 18. – 21. Oktober 2000.

¹¹ Vgl. zu den Ergebnissen der Arbeitsgruppe 11 des 7. Vormundschaftsgerichtstages, moderiert von Knittel, Probst und Winterstein, Betrifft: Betreuung 3, S. 53 ff.

¹² Probst/Knittel, ZRP 2001, 55 ff.

¹³ Probst/Knittel, ZRP 2001, 55 (59).

¹⁴ Hamburg vom 13. – 15. September 2001.

chen Normierung eines Vertretungsrechts.¹⁶ Kernthese war bei sämtlichen Vorschlägen, dass gesetzlich verankerte Vertretungsbefugnisse im Bereich der Gesundheitsorge wünschenswert seien, wenn die Betroffenen selbst nicht mehr handeln könnten und wirksame Vollmachten fehlten.

2. Weiterentwicklung durch die Bund-Länder-Arbeitsgruppe

Im Juni 2001 setzte die 72. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister eine Arbeitsgruppe „Betreuungsrecht“ ein, mit dem Ziel, Vorschläge zu erarbeiten, wie die Betreuungszahlen reduziert werden können. Der Zwischenbericht der Arbeitsgruppe¹⁷ befürwortete die Einführung einer gesetzlichen Vertretungsmacht. Zur Veranschaulichung stellte die Arbeitsgruppe einen Beispielsfall vor: Ein 65jähriger Mann muss operiert werden. Durch die Narkose ist er vorübergehend nicht mehr in der Lage, sich zu orientieren. Im Bereich der Sozialleistungen sind nunmehr einige Maßnahmen zu regeln, ebenso in Bezug auf die weitere medizinische Versorgung. Seine Frau will sich darum kümmern und erfährt, dass sie dazu vom Gericht zur Betreuerin bestellt werden muss. Das Gericht wird sie grundsätzlich auch zur Betreuerin bestellen, entweder aufgrund ihrer Eigenschaft als Angehörige oder weil das dem Wunsch des Betroffenen entspricht. Dennoch reagiert sie mit Angst und Unverständnis, da sie mit dem Gericht noch nie zu tun hatte. Sie unterliegt nun in ihrem Handeln für ihren Mann gewissen Kontrollen durch das Gericht. Im Bereich der Gesundheitsorge sollte daher eine gesetzliche Vertretungsmacht eingeführt werden, wenn der Betroffene selbst in die jeweils anstehenden Entscheidungen über ärztliche Maßnahmen nicht mehr einwilligen kann.¹⁸ Dies sei – so der Zwischenbericht der Arbeitsgruppe – ein geeignetes Mittel, um belastende Betreuungsverfahren zu vermeiden¹⁹ und den kranken Menschen den von ihnen in der Regel gewollten gesetzlichen Vertreter zur Seite zu stellen.

3. Maßgebliche Gründe

Hauptgrund zur Einführung einer Vertretungsmacht für Angehörige war allerdings ein finanzieller: Ist der Betreute selbst vermögenslos, übernimmt der Fiskus die Kosten der Betreuung, § 1836 BGB, § 1 Abs. 2, § 3 VBVG. Die Betreuung wird dadurch, dass es immer weniger ehrenamtliche Betreuer, zu einem kostspieligen Instrument für den Staat. So wurde argumentiert, dass entgegen der in § 1896

¹⁵ Winterstein/Thar, *Betreuung* 4, S. 95 ff.

¹⁶ Die Ergebnisse der Arbeitsgruppe 5 stellen Greuel/Probst/Raack, *Betreuung* 5, S. 80 ff., vor.

¹⁷ Bund-Länder-Arbeitsgruppe, *Zwischenbericht*, *Betreuung* 4, S. 22 ff.

¹⁸ Bund-Länder-Arbeitsgruppe, *Zwischenbericht*, *Betreuung* 4, S. 22 (S. 34).

¹⁹ Die Arbeitsgruppe stützt sich hierbei auf die These, dass viele Menschen erstmals im Rahmen des Betreuungsverfahrens mit dem Gericht zu tun haben und sie hierüber beschämt sind („Ich habe doch noch nie etwas mit dem Gericht zu tun gehabt“), S. 34.

BGB angeordneten Subsidiarität der Betreuung eine Aufgabenverlagerung zur Betreuung zu verzeichnen sei.²⁰ Eine gesetzliche Vertretungsmacht könnte diese Kosten reduzieren.

Des Weiteren lege auch die Achtung der Privatsphäre der Betroffenen eine Einführung gesetzlicher Vertretungsbefugnisse nahe, weil dies die auch heute noch vielen Menschen wichtigen familiären Bindungen respektiere. Teilweise wird wie in der Gesetzesbegründung auf die gelebte familiäre Realität verwiesen.²¹ Um Interessenkonflikten zu begegnen, sollte die Vertretungsbefugnis jedoch nicht generell gelten, sondern nur für genau bestimmte Sachbereiche und Lebenssituationen, ihre Reichweite sich am vermuteten Näheverhältnis innerhalb der Familie orientieren und sie unter eine punktuelle Kontrolle des Vormundschaftsgerichts²² gestellt werden, so etwa die Einwilligung in Risikoeingriffe.²³

Ein Aspekt für die Einführung der Vertretung war auch folgender: Die Auseinandersetzung mit dem Alter und seinen Folgen für die Gesundheit und die geistige Leistungsfähigkeit unterliegt einem Verdrängungsprozess.²⁴ Viele Menschen beschäftigen sich daher nicht mit den Möglichkeiten privatautonomer Vorsorge durch Vollmachten.

Auffallend ist, dass nach dem ursprünglichen Vorschlag der Arbeitsgruppe die Vertretungsmacht ohne Bedingungen, d. h. unabhängig von der Feststellung der Handlungsunfähigkeit des Betroffenen begründet werden sollte. Sie sollte grundsätzlich mit der Eheschließung entstehen. Aus dem Innenverhältnis der Vollmacht, insbesondere aus der ehelichen Lebensgemeinschaft, sollte sich die Einschränkung ergeben, von der Vertretungsmacht nur im Falle der Erkrankung im erforderlichen Umfang Gebrauch zu machen. Der Zwischenbericht erkannte aber eine Missbrauchsfahr. Daher kam die Bund-Länder-Arbeitsgruppe in ihrem Abschlussbericht zu einem modifizierten Vorschlag. Dieser sah eine Vertretungsmacht im Bereich der Gesundheitsvorsorge für Ehegatten und Lebenspartner für den Fall vor, dass der eine Ehegatte infolge eines Unfalls, einer Krankheit oder einer Behinderung handlungsunfähig ist und ein ärztliches Attest hierüber vorliegt.²⁵ Volljährigen Kindern und Eltern sollte ebenfalls ein Vertretungsrecht zustehen; sie sollten allerdings im Gesundheitsbereich nachrangig zu einem Ehegatten einbezogen werden.²⁶

Die gesetzliche Vertretungsmacht sollte sich auf Vermögensangelegenheiten erstrecken. Dazu wurde vorgeschlagen, dass die einzuräumende Vertretungsmacht auch die Bereiche Sozialleistungen, den Abschluss eines Heimvertrags, die Abgabe

²⁰ Vgl. Arbeitsgruppe 11 des 7. VGT (Knittel/Probst/Winterstein), Betrifft: Betreuung 3, S. 53.

²¹ So beispielsweise die Bund-Länder-Arbeitsgruppe, Zwischenbericht, Betrifft: Betreuung 4, S. 22 (S. 24).

²² Nunmehr Betreuungsgericht.

²³ Arbeitsgruppe 11 des 7. VGT (Knittel/Probst/Winterstein), Betrifft: Betreuung 3, S. 53 (S. 54).

²⁴ Dieckmann/Jurgeleit, BtPrax 2002, 197.

²⁵ Bund-Länder-Arbeitsgruppe, Abschlussbericht, Betrifft: Betreuung 6, S. 72 f.

²⁶ §§ 1358c, 1618b BGB-E, Betrifft: Betreuung 6, 75 ff.

von Einkommensteuererklärungen und den beschränkten Zugriff auf ein laufendes Girokonto umfasst.²⁷

Wenig Auseinandersetzung erfuhr die Frage, worauf die Vertretungsmacht basieren sollte. Teils wurde die Grundlage im Ehe- und Lebenspartnerrecht gesehen sowie in der Beistandspflicht von Eltern und (volljährigen) Kindern.²⁸ *Diekmann* sieht in der gesetzlichen Vertretungsmacht aufgrund familiärer Verbundenheit einen Widerspruch zu den Grundsätzen des historischen Gesetzgebers und einen unzulässigen Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht. Vielmehr sei eine vermutete rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung die Grundlage der Vertretungsbefugnis.²⁹

4. Weitere Reaktionen in der Literatur

Dem Vorschlag zur Einführung einer Vertretungsmacht von Angehörigen schlossen sich zahlreiche Stimmen in der Literatur an, teilweise mit Modifizierungen. Die Einführung einer entsprechenden Vertretungsmacht knüpfte an die weit verbreitete Vorstellung der Bevölkerung an, ein Ehegatte könne für den anderen wirksam handeln.³⁰

Andere³¹ wiesen darauf hin, dass das Betreuungsverfahren mit der Bestellung des Betreuers nicht abgeschlossen sei. Der Betreuer habe ein Vermögensverzeichnis zu errichten, Auskunft über die Entwicklung des Betroffenen zu geben, über den Vermögensstand zu berichten und vormundschaftliche³² Genehmigungen einzuholen. Ist der Betreuer der Ehegatte, frage sich dieser, mit welcher Berechtigung der Gesetzgeber nach oft langer Ehezeit ihm gegenüber generell derartig misstrauisch sei.³³ Dies zeige, dass es für die kranken Menschen durchaus hilfreich sein könne, wenn der Ehegatte zur gesetzlichen Vertretung des anderen befugt sei. Daraus zogen *Dieckmann* und *Jurgeleit* den Schluss, dass damit möglicherweise ähnlich wie beim gesetzlichen Erbrecht der Wille der Menschen und die von ihnen gelebte familiäre Realität abgebildet werden könne.

*Klie*³⁴ berief sich auf das bestehende Legitimationsdefizit, das insbesondere in Heilbehandlungsfragen hervortrete, wenn eine Person nicht mehr in der Lage sei zu entscheiden. Er bezog sich hierbei auf die Ärzte, die sich immer mehr absichern wollten und sich nicht mehr mit der „Einwilligung“ von nahen Angehörigen zufrieden gäben.

²⁷ Diese Bereiche werden im Rahmen dieser Arbeit nicht vertiefend betrachtet und beurteilt.

²⁸ *Dieckmann/Jurgeleit*, BtPrax 2002, 197 (198); so auch die Begründung des Entwurfs in BR-Drs. 865/03, S. 36.

²⁹ *Diekmann*, S. 126, vgl. auch *Probst*, BtPrax 2004, 163 (166); ebenso bereits *Greuel/Probst/Raack*, Betrifft: Betreuung 5, S. 80 (S. 82).

³⁰ *Bühler*, FamRZ 2002, 76; vgl. auch *Winterstein/Thar*, Betrifft: Betreuung 4, S. 95 (S. 97), so auch bereits die Arbeitsgruppe 11 beim 7. VGT, Betrifft: Betreuung 3, S. 53.

³¹ *Dieckmann/Jurgeleit*, BtPrax 2002, 197 ff.

³² Bzw. betreuungsgerichtliche Genehmigungen.

³³ *Dieckmann/Jurgeleit*, BtPrax 2002, 197.

³⁴ *Klie*, BtPrax 2002, 91.

Andere wiederum differenzierten zwischen den einzelnen Bereichen. Während eine Vertretungsmacht im Bereich der Vermögenssorge abgelehnt wurde, wurde eine solche in der Personensorge begrüßt³⁵ oder zumindest „nicht ausgeschlossen“³⁶.

*Kunz*³⁷ hielt letztlich den Entwurf in der konkreten Form zwar für verfassungswidrig, weil eine gesetzliche Vertretungsmacht nur gerechtfertigt sei bei Hilfsbedürftigkeit des Vertretenen, begrüßte aber dennoch die stärkere Einbindung der Familie und entwickelte eigene Reformvorschläge.

II. Vorschlag des Bundesrates

Der Entwurf des Bundesrates³⁸ setzte die Vorschläge aus dem Abschlussbericht der Arbeitsgruppe weitgehend um. Von der Vertretungsbefugnis umfasst waren Vermögensangelegenheiten sowie die Gesundheitsvorsorge. Voraussetzung sollte sein, dass der Betroffene infolge einer Krankheit oder Behinderung nicht in der Lage ist, seine Rechte und Pflichten selbst wahrzunehmen.³⁹ In der Gesetzesbegründung klingt zwar eine Art Notordnung an, nach der Gefahr im Verzug sein müsse⁴⁰; diese findet sich jedoch im Wortlaut der vorgeschlagenen gesetzlichen Regelung nicht wieder.

III. Kritik an dem Gesetzesvorhaben

Die Frage nach der Einführung einer gesetzlichen Vertretungsmacht wurde in der Literatur auch kontrovers diskutiert. Viele lehnen oder lehnten sie ab. Einigkeit besteht wohl jedoch darin, dass die Einführung einer gesetzlich verankerten Vertretungsmacht nicht die selbstbestimmte Bevollmächtigung durch Rechtsgeschäft unterlaufen darf.⁴¹

Als einer Art Entmündigung gleichkommend⁴² bzw. als Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht⁴³ wurde die Einführung einer Vertretungsbefugnis bezeichnet. Ob der Patient durch einen Angehörigen vertreten werde, solle künftig der Arzt entscheiden.

Teilweise wurde die Annahme der Gesetzesbegründung, Betroffene wünschen die Vertretung durch ihre Angehörigen und diese gingen von einer ihnen zuste-

³⁵ Bühler, FamRZ 2002, 76 (78).

³⁶ Vossler, BtPrax 2003, 6 (8 ff.).

³⁷ Kunz, S. 98 f., 153.

³⁸ Entwurf der Länder Nordrhein-Westfalen, Bayern, Sachsen vom 19. November 2003, BR-Drs. 865/03.

³⁹ Der Entwurf verzichtete damit auf die Variante, dass der Betroffene aufgrund eines Unfalls nicht in der Lage ist, seine Rechte und Pflichten selbst wahrzunehmen.

⁴⁰ BR-Drs. 865/03; S. 58 „entspricht damit den Notverwaltungsrechten bei der Gütergemeinschaft (§§ 1429, 1454 BGB).“

⁴¹ Vgl. Greuel/Probst/Raack, Betrifft: Betreuung 5, S. 80.

⁴² Crefeld, BtPrax 2003, 239.

⁴³ Paino-Staber, S. 42.

henden Vertretungsmacht aus, bestritten. Eine solche Sozialnorm existiere nicht.⁴⁴ Vielmehr lasse sich eine Tendenz zur Verringerung der gegenseitigen rechtlichen Verknüpfungen von miteinander verwandten Menschen im Familienrecht feststellen. Des Weiteren sei eine Auflösung der familiären Beziehungen zu verzeichnen. So blieben ca. 30 % der ab dem Jahr 1960 geborenen Männer und Frauen zeitlebens unverheiratet. Von den Verheirateten ließen sich 38 % wieder scheiden.⁴⁵ Aufgrund der zunehmenden Kinderlosigkeit sei die soziale Nähe daher nicht zwingend in gerader Linie zu finden, sondern eher in der Seitenlinie. Volljährige Verwandte verschiedener Generationen lebten auch nicht mehr unter einem Dach.⁴⁶ Darüber hinaus sei bemerkenswert, dass es derzeit Initiativen zur Lockerung der finanziellen Solidarität innerhalb der Familie gebe, was nicht in Einklang zu bringen sei mit der in Frage stehenden Gesetzesinitiative. Ohne ausdrücklichen Bezug auf die genannte Annahme der Gesetzesbegründung wird die Ehe- und Familienstatistik als desolat bezeichnet. Die Zahl der Scheidungen wachse ständig und führe zu alternativen Familienformen.⁴⁷ Daraus könne man den Schluss ziehen, dass die Werthaltigkeit und Beständigkeit der Familie sich gewandelt habe und daher die familiäre Solidarität nicht auszuweiten sei.

Auch rechtspolitische Bedenken wurden geäußert. So wurde in Frage gestellt, ob Angehörige neben der Bereitschaft auch die Fähigkeit besäßen, eine Vertretung in Gesundheitsfragen zu übernehmen.⁴⁸ Es bedürfe daher einer umfassenden rechtssoziologischen Untersuchung. Wer einen vertrauenswürdigen Angehörigen habe, möge ihm eine entsprechende Vollmacht erteilen.⁴⁹

Den Befürwortern der Gesetzesinitiative wurde jedoch teilweise eingeräumt, dass eine Vertretung, insbesondere im Gesundheitsbereich, dann sinnvoll erscheine, wenn es sich um eine Notfallsituation handele. Abgelehnt wurden aber eine Vertretung in den Fällen, in denen es um das Handeln für lebenslang Behinderte oder chronisch Kranke gehe.⁵⁰ Auch wurde teils zugegeben, dass eine Vertretungsbefugnis eher der Rechtswirklichkeit entspreche als die Gesetzeslage, nach der den Angehörigen kein solches Recht zustehe.⁵¹

⁴⁴ Hoffmann, BtPrax 2003, 94.

⁴⁵ Vgl. Strätling/Strätling-Tölle/Scharf/Schmucker, MedR 2003, 372 (374).

⁴⁶ Hoffmann, BtPrax 2003, 94 (95); vgl. auch Klie, BtPrax 2002, 91 (93).

⁴⁷ Diederichsen, FPR 2007, 221, der in seinem Beitrag den besonderen Schutz von Ehe und Familie als Utopie bezeichnet.

⁴⁸ Chiusi, ZRP 2004, 119 (122).

⁴⁹ Stolz, BtPrax 2003, 20 (21).

⁵⁰ Crefeld, BtPrax 2003, 239.

⁵¹ Stolz, BtPrax 2003, 20 f., der an sich jedoch den Angehörigen-Betreuer oder den ausdrücklich bevollmächtigten Angehörigen für besser geeignet hält.

IV. Scheitern der Gesetzesinitiative

Letztlich scheiterte die Gesetzesinitiative des Bundesrates zur Einführung einer gesetzlichen Vertretungsmacht unter Angehörigen. Die alleinige Gesetzgebungskompetenz lag beim Bundestag und dessen Rechtsausschuss lehnte sie angesichts der nicht auszuschließenden Missbrauchsgefahr ab⁵². Die vorgeschlagene Norm sei zu kompliziert. Daher sei es vorzuziehen, die Betroffenen auf die Möglichkeiten der Vorsorge hinzuweisen. Ein Argument gegen die Einführung einer Vertretungsmacht war die Annahme, dass viele Menschen zwar bedenkenlos ihren Angehörigen die Entscheidung über ihre Gesundheit übertrügen, nicht jedoch über vermögensrechtliche Angelegenheiten.⁵³

C. Empirische Untersuchungen

Bei dem Streit um die Einführung einer Vertretungsmacht von Angehörigen könnte eine empirische Studie zur aufgestellten Annahme der Gesetzesbegründung und zur Bereitschaft der Angehörigen weiter helfen. Eine umfassende und repräsentative Studie zu dem Thema existiert jedoch nicht. Es gibt lediglich weniger umfangreiche Untersuchungen oder Umfragen, die jedoch gewisse Rückschlüsse zulassen mögen:

Eine Umfrage in Wiesbaden bei je 100 Gesunden, Tumorpatienten, Ärzten und Pflegepersonal kam zu dem Ergebnis, dass die überwiegende Mehrzahl der Befragten primär den Lebenspartner (Ehepartner, Lebenspartner), sekundär Angehörige (Geschwister, Kinder) als Gesundheitsbevollmächtigte bevorzugt.⁵⁴ Des Weiteren ergab sich, dass grundsätzlich eine hohe Bereitschaft besteht, als Gesundheitsbevollmächtigte für andere Entscheidungen zu treffen, allerdings überwiegend nur für Personen der häuslichen Gemeinschaft und Angehörige. Mit Mehrheit gewünscht ist auch, dass die Behandlungsentscheidung zusammen von Arzt und Angehörigen getroffen wird. Die Umfrage unterstützt die Annahme der Gesetzesbegründung damit ausdrücklich.

Die Folgerung, dass die Familie für die medizinische Entscheidungsfindung eine entscheidende Rolle spielt, zieht auch Schäfer bei der Präsentation der Ergebnisse einer Pilotstudie⁵⁵, bei der 70 Personen – Onkologiepatienten und Angehörige – befragt wurden. Hier war sich die Mehrzahl der Befragten einig, dass die medizinische Entscheidung gemeinsam von Patient, Angehörigen und Arzt getroffen werden soll und den Angehörigen ein Aufklärungsanspruch zusteht.

⁵² BT-Drs. 15/4874, S. 26.

⁵³ Vgl. Milzer, FPR 2007, 69 (71); Langenfeld, G., ZEV 2003, 449 (450).

⁵⁴ Sahm/Will, Ethik in der Medizin 2005, 7 (15).

⁵⁵ Schäfer, Familie versus Patientenautonomie, S. 31.

Strätling/Eisenbart/Scharf werten in ihrem Beitrag „Stellvertreterentscheidungen in Gesundheitsfragen“⁵⁶ erfasste Daten (Statistisches Bundesamt, Mikrozensus) aus, die indirekte Rückschlüsse auf die Zahl der Stellvertreterentscheidungen zulassen. Sie legen ihren Erwägungen insbesondere Daten zur Anzahl von Betreuungen, Patienten mit Altersdemenzen und Neuerkrankungen zugrunde. In ihrer Schlussfolgerung kommen sie zu dem Ergebnis, dass tatsächlich am häufigsten Angehörige für einwilligungsunfähige Patienten entscheiden, auch wenn sie hierzu juristisch nicht durch eine Vorsorgevollmacht oder Betreuerbestellung ermächtigt seien.⁵⁷ Ebenso seien einseitige Therapieentscheidungen des Arztes weit verbreitet.

Auch andere Untersuchungen lassen zumindest entsprechende Rückschlüsse zu: In der Umfrage im Jahr 2005 „Wie denken die Deutschen über Patientenverfügungen?“ der Deutschen Hospizstiftung waren 35 % der Befragten aus der Bevölkerung (N=1000) der Ansicht, eine Patientenverfügung sei nicht notwendig, weil Angehörige entscheiden würden.⁵⁸

Eine Untersuchung der Akademie für öffentliches Gesundheitswesen im Auftrag des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Familie und Jugend (BMFSFJ) zur Lebenslage älterer Menschen mit Betreuung stellt heraus, dass vor allem allein stehende Personen von der rechtlichen Betreuung betroffen sind.⁵⁹ *Strätling/Eisenbart/Scharf* verweisen darauf, dass die Dunkelziffer der Menschen, die krankheitsbedingt theoretisch einer rechtlichen Betreuung bedürften, um den Faktor Zwei bis Drei höher anzusetzen sei.⁶⁰ Hieraus lässt sich der Rückschluss ziehen, dass verheiratete Menschen bzw. diejenigen, die in einer nichtehelichen Gemeinschaft oder bei ihren volljährigen Kindern leben, im Bedarfsfall von ihren Angehörigen „betreut“ werden, ohne dass diese dazu gerichtlich bestellt wurden. Das Gericht wird gar nicht erst angerufen, weil die Angehörigen und Ärzte es

⁵⁶ MedR 2000, 251 (255).

⁵⁷ Ähnliche Ergebnisse stellt die Akademie für öffentliches Gesundheitswesen (Hrsg.: BMFSFJ) im Rahmen seines Abschlussberichts zur „Lebenslage älterer Menschen mit rechtlicher Betreuung“ dar für die vergleichsweise dargestellte österreichische Sachwalterschaft: Der Anteil der verheirateten Beschwalteten ist im Verhältnis zur Population tiefer, der Anteil der Nichtverheirateten hingegen erhöht, vgl. Die Lebenslage älterer Menschen mit rechtlicher Betreuung, Abschlussbericht, S. 212, online abrufbar unter <http://www.bmfsfj.de/bmfsfj/generator/RedaktionBMFSFJ/Abteilung3/Pdf-Anlagen/abschlussbericht-rechtliche-betreuung,property=pdf,bereich=rwb=true.pdf>, Stand Juli 2010.

⁵⁸ Online veröffentlicht: http://www.hospize.de/ftp/tns_studie_05.pdf (Stand Juli 2010).

⁵⁹ Abschlussbericht, S. 69 f., online abrufbar unter <http://www.bmfsfj.de/bmfsfj/generator/RedaktionBMFSFJ/Abteilung3/Pdf-Anlagen/abschlussbericht-rechtliche-betreuung,property=pdf,bereich=rwb=true.pdf>, Stand Juli 2010. Ähnliche Ergebnisse werden für die österreichische Sachwalterschaft berichtet: Der Anteil der verheirateten Beschwalteten ist im Verhältnis zur Population tiefer, der Anteil der Nichtverheirateten hingegen erhöht, S. 212.

⁶⁰ *Strätling/Eisenbart/Scharf*, MedR 2000, 251 (253).

möglicherweise nicht für nötig erachten.⁶¹ Hierbei wird unterstellt, dass Demenzen und sonstige Morbiditäten sich unabhängig von der Lebenssituation bei Alleinstehenden und Nichtalleinstehenden gleichermaßen entwickeln. Tatsächlich ist es so, dass die überwiegende Zahl pflegebedürftiger Menschen in der Familie versorgt wird, vor allem von Ehefrauen und Töchtern. Dies belegen die Altenberichte des BMFSFJ.⁶²

Kommt es zu einer Betreuerbestellung, belegt eine Untersuchung im Auftrag des BMJ, dass die rechtliche Betreuung dann zum Großteil durch Angehörige erfolgt.⁶³ Dies ist zum einen darauf zurück zu führen, dass dies die gesetzliche Idee ist, vgl. § 1897 Abs. 5 BGB. Zum anderen zeigt es aber auch, dass die Gerichte den Angehörigen das entsprechende Vertrauen zusprechen und sie für geeignet halten.

Die Umfrage bei Richterinnen und Richtern ergab, dass die Befragung von Angehörigen oder anderen nahe stehenden Personen über die Einstellung des Patienten zum Leben und zum Tod in 97 % aller Fälle für geeignet gehalten wird, um den mutmaßlichen Willen des Betroffenen zu erforschen.⁶⁴ Daraus lässt sich zumindest der Schluss ziehen, dass die Befragten davon ausgehen, dass ihre Angehörige meistens ihre Wünsche und Vorstellungen kennen.

Das Österreichische Recht, in dem die Vertretungsbefugnis naher Angehöriger zum 01.06.2006 gesetzlich normiert wurde, ging bei der Einführung ebenfalls davon aus, dass die „Angehörigenvertretung“ eine in der Lebenswirklichkeit oft anzutreffende Praxis der familiären Unterstützung und Fürsorge in Alltagsangelegenheiten sei.⁶⁵ Soweit ersichtlich, ist dies jedoch auch nicht umfassend empirisch belegt.

⁶¹ Auf diesen Aspekt gehen auch Informationsbroschüren zum Thema „Vorsorgevollmacht“ ein, z.B. die des Niedersächsischen Justizministeriums, Vorsorgevollmacht für Unfall, Krankheit und Alter, S. 5 („Aber ich habe doch Angehörige!“), online abrufbar unter <http://www.mj.niedersachsen.de/servlets/download?C=2430714&L=20>, Stand Juli 2010.

⁶² Zuletzt: BMFSFJ, Fünfter Altenbericht, S. 300, 313, online abrufbar unter <http://www.bmfsfj.de/bmfsfj/generator/RedaktionBMFSFJ/Abteilung3/Pdf-Anlagen/fuenfter-altenbericht,property=pdf,bereich=bmfsfj,sprache=de,rwb=true.pdf> (Stand Juli 2010).

⁶³ Über 80 %: Sellin/Engels, Qualität, Aufgabenverteilung und Verfahrensaufwand, S. 324 f. Gefragt wurden hier Gerichte, Betreuungsbehörden und –vereine, Betreuer, Betreute und Angehörige.

⁶⁴ Höfling/Schäfer, C. II. 5c, S. 83.

⁶⁵ Barth/Kellner in: Barth/Ganner, Sachwalterrecht, VII 1., S. 454.

D. Anlass und Gang der Untersuchung

Die Scheidungsraten sind in den letzten Jahren stetig gestiegen. Die familiären Bindungen haben sich verändert. Nicht zwangsläufig hingegen ist die Schlussfolgerung, dass dies mit einer Abnahme der familiären Solidarität zusammen hängt. So kann nämlich auch argumentiert werden, dass gerade derjenige, der trotz alternativer Möglichkeiten heute eine eheliche Bindung eingeht, die dahinter stehenden Werte und die familiäre Solidarität für sich akzeptiert. Verändert sich dies, ist eine Trennung schnell herbeigeführt und die Solidargemeinschaft in bestimmten Bereichen aufgehoben. Darüber hinaus bleiben Ehen heutzutage anders als früher nicht mehr nur deshalb bestehen, weil andernfalls die wirtschaftliche Existenz eines Partners gefährdet ist oder weil eine Scheidung als unschicklich empfunden wird. So kann davon ausgegangen werden, dass die Ehen früher nicht besser waren als heute, sondern es steht vielmehr zu vermuten, dass man sich aus den genannten Gründen arrangiert hat. Heutzutage trennt man sich. Die Tatsache, dass es Initiativen zur Lockerung der finanziellen Solidarität gibt, steht der Annahme einer entsprechenden Solidarität im medizinischen Bereich ebenfalls nicht entgegen. Tatsächlich spricht einiges dafür, dass der vermögensrechtliche Bereich strikt vom personalen Bereich zu trennen ist. Vollmachten versehen mit finanziellen Befugnissen werden vermutlich wesentlich zögerlicher erteilt als solche mit personalen Kompetenzen.⁶⁶ Nicht überzeugen kann, dass der Arzt über die Einbeziehung der Angehörigen soll entscheiden dürfen: Dies verleiht ihm eine zu große Machtposition. Schließlich ist über seinen ärztlichen Behandlungsvorschlag zu diskutieren.

Festzuhalten bleibt ferner, dass sich die Kritik an der Einführung einer gesetzlichen Vertretungsmacht oftmals gegen eine solche im Bereich der Vermögenssorge richtete. Dies wiederum ist insoweit einleuchtend, als Betroffene sich häufig ihren Angehörigen in vermögensrechtlichen Fragen nicht anvertrauen wollen.

Verwunderung erzeugt die kaum begründete Ablehnung des Bundestages der Einführung einer gesetzlichen Vertretungsmacht mit dem lapidaren Hinweis auf die Missbrauchsgefahren. Hier hätte man in Anbetracht der zuvor geführten intensiven Diskussion in der Literatur wohl eine stärkere Auseinandersetzung mit den Argumenten, die für eine Einführung sprechen, erwartet. Insbesondere Fragen des Selbstbestimmungsrechts sind vollkommen außer Acht gelassen worden. Die stattdessen befürwortete Stärkung der privaten Vorsorge und vor allem die hierfür erforderliche Beratung der Bevölkerung fanden und finden gerade nicht statt.

Letztlich gibt es zahlreiche Vorschriften im BGB, die Ausfluss der familiären Solidarität sind. Geht man also davon aus, dass das Recht die Solidarität nicht

⁶⁶ Vgl. Milzer, FPR 2007, 69 (71); Langenfeld, G., ZEV 2003 (449), 450 mit Verweis auf Praxiserfahrungen.

produziert, sondern sie umsetzt und berücksichtigt⁶⁷, spricht vieles für eine entsprechende gelebte Realität. Im Ergebnis steht damit zu vermuten, dass der Gedanke der Gesetzesbegründung weitestgehend zutreffend ist, sowohl für den ambulanten als auch den stationären Bereich. Man wird sogar noch einen Schritt weitergehen können: Die Angehörigen gehen nicht nur von einer ihnen zustehenden Vertretungsmacht aus; betroffene Personen *erwarten* darüber hinaus, dass ihre Angehörigen sie vertreten. Vorstellung und Wunsch fallen damit zusammen. Die vorhandenen Daten sprechen dafür. Ebenso scheinen die durchgeführten Umfragen auch ausreichend zu belegen, dass Angehörige grundsätzlich bereit sind, für Familienmitglieder in Gesundheitsangelegenheiten zu entscheiden und dies von den Betroffenen auch gewünscht ist. Die vorgebrachten Einwände hingegen sind eher theoretischer Natur und bezeugen ihrerseits Bedenken.

Es spricht einiges dafür, dass die Menschen ihre kranken Angehörigen vertreten möchten und die Betroffenen diese Vertretung auch erwarten und verlangen. Dieses Bild ergibt sich aus den aufgezeigten Untersuchungen. Darüber hinaus wird auf die besondere Rolle der Angehörigen auch in der Literatur vermehrt hingewiesen. Erfahrungen in der Praxis hätten gezeigt, dass tragfähige Entscheidungen in der Palliativmedizin nur durch eine ausreichende Involvierung der Angehörigen herbeigeführt werden könne.⁶⁸ Auf die Einbeziehung der Angehörigen beruft sich auch *Coeppicus*.⁶⁹ Die Einbeziehung der Angehörigen scheint auch gelebte Praxis zu sein. Bereits im Jahr 1959 stellte der BGH im Rahmen von schweren Erkrankungen fest, dass es in Kliniken üblich sei, wenigstens die nächsten Angehörigen auf die möglichen Folgen eines Eingriffs hinzuweisen.⁷⁰

Damit besteht hinreichend Anlass zu untersuchen, ob und inwieweit die Vertretung durch nahe Angehörige in Gesundheitsfragen möglich ist. Dabei soll in § 2 zunächst gezeigt werden, wie eine ärztliche Behandlung legitimiert wird. § 3 wird sich sodann damit beschäftigen, wie ein Behandlungsvertrag abgeschlossen werden kann, wenn der Patient selbst dazu nicht mehr in der Lage ist. Wie die ärztliche Maßnahme im Rahmen der Behandlung legitimiert werden kann, wenn der Patient einwilligungsunfähig ist, wird in § 4 bearbeitet. § 5 wird sich mit der ärztlichen Schweigepflicht auseinandersetzen. Im Anschluss sollen die Ergebnisse in § 6 ausgewertet werden, mit Blick darauf, ob dem verfassungsrechtlichen Rang des Einzelnen und der Familien ausreichend Stellung eingeräumt wird. Da die Annahme, dass Betroffene die Vertretung durch Angehörige erwarten, gerechtfertigt erscheint, sollen Wege gezeigt werden, wie die – im Folgenden vorausgesetzte – gelebte Praxis bei der medizinischen Behandlung rechtlich untermauert werden kann, § 7. Neben der allgemeinen Darstellung wird die Rolle der Angehörigen besonders herausgearbeitet. Die gesetzliche und rechtsgeschäftliche Stellvertre-

⁶⁷ So auch Schwab, FamRZ 1997, 521 ff.

⁶⁸ Wasner, Familie versus Patientenautonomie, S. 99 (105).

⁶⁹ Coeppicus, S. 132 f.

⁷⁰ Dies sei die Erfahrung aus mehreren Prozessen, BGHZ 29, 176 ff.

tung wird daraufhin untersucht, ob sich aus den entsprechenden Vorschriften eine Vertretungsmacht naher Angehöriger begründen lässt. Dazu werden die Rechtsinstitute und Normen im Einzelnen durchleuchtet. § 8 wird Reformimpulse und einen Vorschlag für ein Tätigwerden des Gesetzgebers enthalten. § 9 schließt mit einer Zusammenfassung der erarbeiteten Ergebnisse ab.

§ 3 Die ärztliche Behandlung

Grundlage der ärztlichen Tätigkeit ist der Behandlungsvertrag zwischen Patienten und Arzt. Darüber hinaus bedarf es der sachlichen Rechtfertigung, der medizinischen Indikation. Zusätzlich ist die Einwilligung des Patienten in die vom Arzt angebotenen Maßnahme erforderlich.⁷¹ Schließlich ist die Behandlung *lege artis* durchzuführen.⁷²

A. Behandlungsvertrag

Der Behandlungsvertrag ist im Regelfall ein Dienstvertrag, da nicht die Gesundheit als Erfolg ärztlicher Tätigkeit geschuldet wird, sondern vielmehr die kunstgerechte Behandlung.⁷³ Der Abschluss des Behandlungsvertrags ist Ausdruck der Privatautonomie. Der Patient ist nicht verpflichtet, den Behandlungsvertrag abzuschließen. Aus der Privatautonomie folgt darüber hinaus, dass auch der Arzt die medizinische Behandlung ablehnen darf. Nur in Notfällen ist er zur Hilfe verpflichtet.⁷⁴ Allerdings darf der Arzt bei der Annahme oder Ablehnung Kranker

⁷¹ Vgl. zu Vorstehendem Lipp in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, III. A. Rn. 2.

⁷² Laufs/Uhlenbruck, § 6 Rn. 1; auf diesen Aspekt wird im Weiteren nicht näher eingegangen.

⁷³ Deutsch/Spickhoff, S. 73 Rn. 108.

⁷⁴ Deutsch/Spickhoff, S. 66 Rn. 96.

nicht unsachlich oder willkürlich verfahren. Will er einen Patienten abweisen, müssen dafür sachliche Gründe vorliegen.⁷⁵

Erforderlich für den Vertragsabschluss sind Angebot und Annahme nach §§ 145 ff. BGB. Oftmals geschieht dies konkludent dadurch, dass sich der Patient zum Arzt begibt und dieser mit der Behandlung beginnt.⁷⁶ Volljährige Patienten schließen grundsätzlich den Behandlungsvertrag mit dem Arzt selbst, soweit sie nicht dauernd, (§§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB, oder vorübergehend, § 105 Abs. 2 BGB, geschäftsunfähig sind. In beiden Fällen kann der Betroffene keine wirksame Willenserklärung abgeben, § 105 Abs. 1 und 2 BGB, und somit den Behandlungsvertrag nicht abschließen. Maßgebend kommt es darauf an, ob die freie Willensbildung im Hinblick auf den Abschluss des Behandlungsvertrags ausgeschlossen ist. Wann ein solcher Zustand vorliegt, ist im Einzelfall zu ermitteln. Bei Bewusstlosigkeit ist dies unproblematisch der Fall, vgl. § 105 Abs. 2 BGB. Eine (sonstige) Störung der Geistestätigkeit kann sowohl bei Geisteskrankheit als auch bei Geistesschwäche vorliegen.⁷⁷ Erforderlich dazu ist, dass die Willensbetätigung nicht mehr auf rationalen Erwägungen beruht, sondern unkontrollierten Trieben und Vorstellungen unterworfen ist.⁷⁸ So ist dies der Fall bei einem im schweren Schock Befindlichen.⁷⁹ Bei Demenz, einer typisch altersbedingten Erkrankung, kommt es auf den Ausprägungsgrad der geistigen Behinderung an.⁸⁰ Eine leichte Demenzform widerspricht nicht einem die freie Willensbildung ausschließenden Zustand normaler Geistestätigkeit.⁸¹ Im Übrigen kommt es auf die Form und das Stadium der Demenzerkrankung an. Während die Alzheimer-Demenz in der Regel ohne besondere Schwankungen kontinuierlich verläuft und ab einem gewissen Schweregrad Geschäftsunfähigkeit vorliegt, ist der Verlauf der vaskulären Demenz individuell sehr unterschiedlich; die Binswangersche Erkrankung ist beispielsweise durch Tagesschwankungen in den kognitiven Fähigkeiten gekennzeichnet.⁸² Bei Letzterer ist die Bestimmung der Geschäftsunfähigkeit besonders schwierig, weil der aktuelle Geisteszustand maßgebend ist.

Das Vorliegen der Geschäftsunfähigkeit wird in der Regel wegen ihrer medizinisch-psychiatrisch-psychologischen Grundlage letztlich nur mit Hilfe eines Sachverständigen zu klären sein. Für den behandelnden Arzt ergibt sich die Schwierig-

⁷⁵ Lipp in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, III. C. Rn. 22.

⁷⁶ Lipp in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, III. C. Rn. 20.

⁷⁷ Schmitt in: MünchKommBGB, § 104 Rn. 11.

⁷⁸ Schmitt in: MünchKommBGB, § 104 Rn. 14.

⁷⁹ Deutsch/Spickhoff, S. 68 Rn. 100.

⁸⁰ OLG Düsseldorf, FamRZ 1998, 1064 (1065 f.); Knothe in: Staudinger, § 104 Rn. 9.

⁸¹ OLG Düsseldorf, FamRZ 1998, 1064.

⁸² S. Darstellung des Sachverständigengutachtens bei OLG Düsseldorf, FamRZ 1998, 1064 ff.

keit, dass sich möglicherweise nicht zweifelsfrei herausfinden lässt, ob der Patient geschäftsfähig ist oder nicht.⁸³

B. Medizinische Indikation

Unter medizinischer Indikation versteht man den Grund für die Durchführung einer ärztlichen Behandlung. Sie ist das fachliche Urteil über den Wert oder Unwert einer medizinischen Behandlungsmethode in ihrer Anwendung auf den konkreten Fall.⁸⁴ Die Indikation wird daher einerseits durch objektive Faktoren bestimmt. Hierzu zählen Leitlinien und fachliche Standards etc. Andererseits besteht sie aus patientenbezogenen Elementen. Hier spielen insbesondere Ziele der Behandlung des konkreten Patienten, seine Krankheit und sein Allgemeinzustand eine entscheidende Rolle. Die Indikationsstellung erfolgt durch eine Abwägung von Nutzen und Risiken der ärztlichen Maßnahme. Ist danach eine Maßnahme medizinisch gesehen sinnvoll, ist sie indiziert. Dann muss der Arzt eine Behandlung anbieten. Ist sie sinnlos, ist sie medizinisch nicht indiziert. Dann kann der Arzt eine Behandlung verweigern.⁸⁵ Eine Kontraindikation – als Gegenteil der Indikation – liegt vor, wenn die ärztliche Maßnahme mehr Schaden als Nutzen für den Patienten birgt. In diesem Fall darf der Arzt die Behandlung auch nicht auf nachhaltigen Wunsch des Patienten anbieten.⁸⁶

Das Urteil darüber, wann eine Maßnahme indiziert ist, liegt allein beim Arzt. Er besitzt die fachliche Kompetenz. Auch wenn die Erarbeitung („stellen“) der medizinischen Indikation durch den Arzt – soweit möglich – einen kommunikativen Prozess mit dem Patienten darstellt, trägt der Arzt die rechtliche Letztverantwortung für die Indikation als fachliches Urteil.⁸⁷ Kommt der Arzt zu dem Ergebnis, dass keine Indikation (mehr) vorliegt, muss er auch keine Behandlung anbieten. Dies spielt insbesondere bei der sog. passiven Sterbehilfe eine Rolle. Hier gilt, dass die „Hilfe im Sterben“⁸⁸ zulässig ist, wenn keine Indikation für weitere lebenserhaltende Maßnahmen besteht.⁸⁹ Ziel ist hier die Sterbebegleitung.

⁸³ Behandelt der Arzt aufgrund eines wegen Geschäftsunfähigkeit des Patienten nichtigen, aber als solchen nicht erkannten, Vertrages, stellt sich die Frage, ob die Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag, §§ 677 ff. BGB eingreifen. Die Meinungen darüber sind geteilt, vgl. Darstellung bei Röver, S. 105 ff.

⁸⁴ BGHZ 154, 205 (224).

⁸⁵ BGHZ 154, 205 (224); BGH NJW 2003, 1588 (1593); Spickhoff, NJW 2000, 2297 (2298); Taupitz, Gutachten, A 23 f.; Beispiel für eine nicht indizierte Behandlung: Schönheitsoperation.

⁸⁶ OLG Karlsruhe MedR 2003, 104 ff.; OLG Düsseldorf VersR 2002, 611; OLG Köln VersR 2000, 492; Deutsch/Spickhoff, S. 10 Rn. 12, S. 132 Rn. 198.

⁸⁷ Ankermann, MedR 1999, 387 (389); Nagel, S. 56.

⁸⁸ Lipp, Patientenautonomie, S. 13 ff.; Lipp, FamRZ 2004, 317 (319).

⁸⁹ BGHSt 40, 257.

Rechtliche Probleme beim Stellen der Indikation für einen Patienten, der nicht mehr in der Lage ist, für sich selbst zu entscheiden, ergeben sich nicht; das fachliche Urteil fällt der Arzt ggf. ohne ein Gespräch mit dem Patienten.

C. Einwilligung

Zusätzlich zum Behandlungsvertrag ist erforderlich, dass der Patient in die vom Arzt angebotene(n) Maßnahme(n) einwilligt.⁹⁰ Die Einwilligung des Patienten in die medizinische Maßnahme stellt eine wesentliche Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts dar.⁹¹ Die einzige Richtschnur bei Fragen nach dem Ob, dem Wie lange und der Art und Weise einer ärztlichen Behandlung kann nach heutigem Verständnis und dem Grundgesetz nur das Selbstbestimmungsrecht des entscheidungsfähigen und über seine Situation aufgeklärten Patienten sein. Notwendige Voraussetzung für die Wirksamkeit einer Einwilligung ist die umfassende Aufklärung des Patienten.⁹² Die Rechtsgrundlage der Verpflichtung des Arztes zur Aufklärung sieht der BGH im Selbstbestimmungsrecht.⁹³ Die wesentliche Funktion der Aufklärung ist es, dem Patienten die notwendigen Informationen für die Ausübung seines Selbstbestimmungsrechts bereitzustellen.⁹⁴ Ohne eine solche Aufklärung kann der Patient nicht entscheiden, welche Beeinträchtigungen er hinnimmt.⁹⁵ Im Rahmen der Aufklärung ist der Patient über Art und Verlauf, Erfolgsaussichten und Risiken des betreffenden Eingriffs sowie über etwaige andere Behandlungsmethoden mit wesentlich anderen Belastungen, Chancen und Gefahren im Großen und Ganzen zu unterrichten.⁹⁶ Die Art und Weise der Aufklärung muss auf die Persönlichkeit des Patienten abgestimmt sein. Der Mediziner hat festzustellen, wie viel der Patient wissen sollte und an Wissen vertragen kann.⁹⁷

Die deutsche Rechtsordnung kennt kein ärztliches Behandlungsrecht gegen den ausdrücklichen Patientenwillen, so dass der Arzt von der Behandlung oder dem Eingriff absehen muss, wenn der Kranke die Maßnahme ablehnt.⁹⁸ Die aktuelle Ablehnung ärztlicher Hilfe durch den aufgeklärten, zur Selbstbestimmung fähigen Patienten verdient nach allgemeiner Ansicht vollen Respekt.⁹⁹ Dies hat insbesondere Bedeutung im Rahmen der passiven Sterbehilfe. Liegt eine Indikati-

⁹⁰ Ulsenheimer in: Laufs/Uhlenbruck, § 139 Rn. 26 ff.; Crefeld, BtPrax 2003, 239.

⁹¹ Deutsch/Spickhoff, S. 13 Rn. 18.

⁹² Dies vertrat bereits das Reichsgericht, vgl. RG JW 1932, 3328 (3329); 3369 (3370).

⁹³ BGHZ 29, 46 (49); kritisch hierzu, weil sich das Selbstbestimmungsrecht bereits unmittelbar aus den Rechten am Körper und an der Gesundheit selbst ergebe: Mayer, S. 35.

⁹⁴ Posselt-Wenzel, S. 41.

⁹⁵ Kohte, AcP 185 (1985), 105 (126).

⁹⁶ Deutsch/Spickhoff, S. 184 Rn. 282; Spickhoff in: Soergel, § 823 Anh. I Rn. 119.

⁹⁷ Deutsch/Spickhoff, S. 184 Rn. 282.

⁹⁸ Laufs/Uhlenbruck, § 52 Rn. 9; Ankermann, MedR 1999, 387 (388).

⁹⁹ BGHSt 11, 111 (113); vgl. auch BGH NJW 1980, 1333 (1334); BGH NJW 1973, 556 (558); BGHZ 90, 103 (107); Laufs, NJW 1996, 763.

on für die Weiterbehandlung noch vor, stimmt der Patient der Maßnahme aber nicht zu, ist die konkrete, abgelehnte Behandlung unzulässig. Verstirbt der Patient, ist hierin keine strafbare Tötung zu erblicken („Hilfe beim Sterben“).¹⁰⁰

Eine ärztliche Maßnahme, die nicht durch eine rechtswirksame Einwilligung des Patienten gedeckt wird, kann sowohl den Straftatbestand der Körperverletzung erfüllen als auch zivilrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen.¹⁰¹ Dies gilt selbst dann, wenn der Eingriff erfolgreich und kunstgerecht durchgeführt wurde.¹⁰² Der Sache nach handelt es sich bei der Einwilligung um die dem Arzt erteilte Erlaubnis, in die Rechtsgütersphäre seines Patienten einzugreifen.¹⁰³ Sie kann ausdrücklich oder konkludent erteilt werden und ist an keine bestimmte Form gebunden.¹⁰⁴ Ihr Inhalt muss ein eindeutiger Erklärungsakt sein, der dem Arzt vor dem Eingriff zugegangen sein muss.¹⁰⁵ Dies setzt aber voraus, dass der Betroffene tatsächlich in der Lage ist, sein Selbstbestimmungsrecht auszuüben; er muss fähig sein, nach der Aufklärung in die Behandlung einzuwilligen.

I. Das Selbstbestimmungsrecht und die Fähigkeit zu seiner Ausübung

Das verfassungsrechtlich geschützte Selbstbestimmungsrecht gewährt jedem Einzelnen die Befugnis, die private Sphäre nach eigener Entscheidung zu gestalten und sich im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung selbst zu verwirklichen.¹⁰⁶ Es garantiert das Recht auf eigenverantwortliche Bestimmung seines Schicksal: *voluntas aegri secunda lex*. Es sichert dem Grundrechtsträger einen autonomen Bereich privater Lebensgestaltung, in dem er seine Individualität entwickeln und wahren kann. Abgeleitet wird das Selbstbestimmungsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG. Als Bestandteil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist es Kern der Menschenwürde. Selbstbestimmung ist eine elementare Funktionsbedingung eines auf Handlungs- und Mitwirkungsfähigkeit seiner Bürger begründeten freiheitlichen demokratischen Staats.¹⁰⁷

¹⁰⁰ Lipp, Patientenautonomie, S. 13 ff.; Lipp, FamRZ 2004, 317 (319).

¹⁰¹ Auf die Frage, ob i. R. d. § 223 StGB durch die Einwilligung bereits die Tatbestandsmäßigkeit entfällt oder erst die Rechtswidrigkeit zu verneinen ist, kommt es in dem in dieser Arbeit relevanten Bereich nicht an; vgl. zum Streit z. B. Kuhlmann, S. 10 ff. Mit Blick auf die ständige Rechtsprechung (RGSt 25, 375; BGHSt 11, 111; 12, 379; 16, 303, 309) wird im Rahmen dieser Arbeit jeder medizinische Eingriff als tatbestandliche Körperverletzung gewertet, bei der die Haftung auf der Ebene der Rechtswidrigkeit durch die Einwilligung des Patienten entfällt.

¹⁰² BGHZ 106, 391 = NJW 1989, 1533; Kuhlmann, S. 10.

¹⁰³ Zitelmann, AcP 99 (1906), 1 (48); Kohte, AcP 185 (1985), 105 (108).

¹⁰⁴ BGH NJW 1956, 1106; BGHZ 29, 176 (180); Mayer, S. 25.

¹⁰⁵ BGH NJW 1956, 1106; BGHSt 17, 359; Steffen in: RGRK, § 823 Rn. 379.

¹⁰⁶ BVerfGE 65, 1 (42).

¹⁰⁷ BVerfGE 65, 1 (43).

Das Selbstbestimmungsrecht steht jedem Menschen zu¹⁰⁸, unabhängig von Alter, Behinderung oder Krankheit.¹⁰⁹ Es ist die Aufgabe des Staates, dieses Recht zu schützen und zu achten. Daher ist die Selbstbestimmung im Alter eine rechtliche Forderung, die auch Eingang in die Sozialgesetzgebung gefunden hat: „Leistungen der Pflegeversicherung sollen den Pflegebedürftigen helfen, trotz ihres Hilfsbedarfs ein möglichst selbstständiges Leben zu führen, das der Würde des Menschen entspricht“¹¹⁰.

Vom Selbstbestimmungsrecht zu unterscheiden ist die Fähigkeit zu seiner Ausübung. Diese Fähigkeit wird von der psychischen und physischen Verfassung des Menschen bestimmt.¹¹¹ Gerade bei alten Menschen ist häufig zu beobachten, dass die Fähigkeit zum selbstbestimmten Leben abnimmt. Die körperliche Morbidität im Alter beeinträchtigt in vielen Fällen die Möglichkeit, selbstständig zu leben.¹¹² Auch ein Unfallopfer ist ggf. nicht mehr in der Lage, für sich selbst zu entscheiden. Ab einem gewissen Krankheits- bzw. Behinderungsgrad ist der Mensch nicht (mehr) in der Lage, alleine sein Selbstbestimmungsrecht auszuüben. Dann ist er auf Hilfe Dritter angewiesen.

II. Die Einwilligungsfähigkeit

Im Rahmen der medizinischen Behandlung kann der Betroffene sein Selbstbestimmungsrecht nur dann ausüben, wenn er einwilligungsfähig ist. Ist er dies nicht, kommt ihm durch das Gesetz eine Schutzwirkung zu. Seinem in diesem Zustand geäußerten Willen wird keine rechtliche Bedeutung beigemessen¹¹³: Er ist einwilligungsunfähig. Allerdings wird eine einmal wirksam erteilte Einwilligung in eine bestimmte Behandlung grundsätzlich nicht deshalb unwirksam, weil der Betroffene im Verlaufe der Behandlung einwilligungsunfähig wird.¹¹⁴

¹⁰⁸ Rein tatsächlich ist die Selbstbestimmung eines Menschen entscheidend von seiner Verfügung über materielle, soziale und persönliche Ressourcen bestimmt. Dies soll jedoch im Rahmen dieser Arbeit, die sich mit der rechtlichen Seite beschäftigt, außer Betracht bleiben.

¹⁰⁹ BVerfGE 52 131 (171); Lipp/Klein, FPR 2007, 56 (57); Höfling, JuS 2000, 111 (114).

¹¹⁰ § 2 Abs. 1 SGB XI.

¹¹¹ Lipp, Freiheit und Fürsorge, S. 48 ff.

¹¹² Im Rahmen empirischer Untersuchungen wurde die Selbstbestimmungsfähigkeit von Demenzerkrankten anhand eines sog. MacArthur Competence Assessment Tool-Treatment (MacCAT-T) gemessen, ein ca. 30minütiges semistrukturiertes Interview zur Beurteilung von Verständnis, Urteilsvermögen, Einsicht, unterteilt in Krankheits- und Urteileinsicht sowie Mitteilen einer Entscheidung, s. im Einzelnen Vollmann, S. 124.

¹¹³ Der Schutz des Gesetzes greift noch weiter, wenn der Betroffene aufgrund eines die freie Willensbildung ausschließenden Zustandes nicht mehr in der Lage ist, für sich zu entscheiden, bzw. er für seine Entscheidungen nicht mehr zur Verantwortung gezogen werden kann: Er wird geschäftsunfähig (§ 104 Nr. 2 BGB), testierunfähig (§ 2229 Abs. 4 BGB), delikts- und schuldunfähig (§ 827 BGB bzw. §§ 20, 21 StGB).

¹¹⁴ Schwab, FS für Henrich, S. 511 (529). Vgl. auch § 130 Abs. 2 BGB, sowie BGHZ 154, 205 (Bindungswirkung einer Patientenverfügung eines später einwilligungsunfähigen Patienten).

Eine gesetzliche Regelung zu der Frage, wer einwilligungsfähig ist, existiert nicht.¹¹⁵ Jedenfalls kommt es auf kognitive Fähigkeiten an.¹¹⁶ In der deutschen höchstrichterlichen Straf- und Ziviljudikatur¹¹⁷ sowie in der vorherrschenden Meinung in der Literatur¹¹⁸ wird die Einwilligungsfähigkeit als Fähigkeit definiert, im Einzelfall Wesen, Bedeutung und Tragweite des Eingriffs und seiner Gestattung zu ermessen. Es komme dabei auf die Umstände des Einzelfalls an¹¹⁹ und die Einwilligungsfähigkeit sei jeweils auf die konkrete Behandlungssituation zu einem bestimmten Zeitpunkt bezogen¹²⁰. Trotz dieser Formulierung besteht Einigung darüber, dass Volljährige im Grundsatz einwilligungsfähig sind. Jeder Mensch wird von Rechts wegen mit Eintritt der Volljährigkeit als mündig anerkannt.¹²¹ Bei Minderjährigen wird hingegen grundsätzlich davon ausgegangen, dass sie nicht einwilligungsfähig sind.¹²²

Bei psychischer Erkrankung oder geistiger Behinderung eines Volljährigen kann die Einwilligungsfähigkeit fraglich sein.¹²³ Gerade im Alter tauchen verstärkt Situationen auf, in denen ein alter Mensch aufgrund seines Alters nicht mehr versteht, was um ihn herum geschieht. Unter Zugrundelegung der grundsätzlich anerkannten Mündigkeit eines Volljährigen kann aber nicht pauschal behauptet werden, dass ein 80-jähriger nicht mehr einwilligungsfähig ist, während es ein 79-jähriger noch sein soll. Es gibt keine Altersgrenze, ab der ein Mensch unfähig ist, sein Selbstbestimmungsrecht allein auszuüben.¹²⁴ Rechtlich erforderlich bleibt daher bei Volljährigen die Feststellung, dass sie im konkreten Fall einsichts- und steuerungsunfähig sind.¹²⁵

¹¹⁵ Der Weltärztebund hat in seinen Deklarationen Mindestvoraussetzungen an eine wirksame Einwilligung aufgestellt; diese beziehen sich jedoch auf die Forschung, nicht auf die ärztliche Behandlung, s. Weltärztebund, Deklaration von Helsinki, revidiert ua in Edinburgh (2000), aktuelle Version online abrufbar unter <http://www.bundesaeztekammer.de/downloads/92Helsinki.pdf> (Stand Juli 2010); ebenso der Europarat in der Bioethik-Konvention, verabschiedet am 19.11.1996 vom Europarat, der Deutschland u.a. wegen des unzureichenden Schutzes geistig Behinderter bei der nicht-therapeutischen Forschung zunächst nicht beitrug; online abrufbar unter <http://www.bmj.bund.de/files/-/1137/Biomedizinkonvention.pdf>, Stand Juli 2010.

¹¹⁶ Kurcz, S. 1.

¹¹⁷ BGHZ 29, 33 (36); NJW 1964, 1177; RGSt 41, 392 (396 f.); BGHSt 23, 1 (4).

¹¹⁸ Deutsch/Spickhoff, S. 433 Rn. 685; Kuhlmann, S. 18 f.; Eisenbart, S. 115 ff.

¹¹⁹ RGSt 41, 392 (395 ff.); BGHZ 29, 33 (35 ff.); Kuhlmann, S. 19.

¹²⁰ RGSt 41, 392 (394).

¹²¹ Lipp, Freiheit und Fürsorge, S. 44.

¹²² Eine Ausnahme kann dann gelten, wenn der Heranwachsende im konkreten Fall in der Lage ist, die Bedeutung und Tragweite der ärztlichen Behandlung zu verstehen. Dann wird der Minderjährige jedenfalls auch Träger der Zustimmungsbefugnis. Darüber hinaus steht ihm ein Veto-recht gegen seine ärztliche Behandlung zu, wenn seine Eltern eingewilligt haben, s. vertiefend Lipp in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, V., B., III. 2. b) und XIII. F. IV.

¹²³ Demente haben nach empirischen Untersuchungen oftmals größere Defizite im Bereich Verständnis und Urteilsvermögen als in Krankheits- und Behandlungseinsicht, vgl. Vollmann, S. 126.

¹²⁴ Vgl. Fenge, S. 5.

¹²⁵ Spindler in: Bamberger/Roth, § 823 Rn. 638 ff.

Die Fähigkeit, wirksam in eine Behandlung einzuwilligen und selbstbestimmt zu entscheiden, wird von der psychischen und physischen Verfassung des Menschen bestimmt.¹²⁶ Dabei ist das Vorliegen einer geistigen Behinderung oder beispielsweise einer dementiellen Erkrankung alleine keinesfalls mit Einwilligungsunfähigkeit im juristischen Sinne gleichzusetzen.¹²⁷ Anders als ein im Koma liegender Patient ist der dementiell erkrankte Mensch zwar in seinen intellektuellen Fähigkeiten eingeschränkt, emotional aber für Ereignisse, die ihn betreffen oft sehr zugänglich.¹²⁸ Maßgebend ist, wie stark er geistig eingeschränkt ist.

Fraglich ist, wie nun zu bestimmen ist, wann ein Volljähriger einwilligungsunfähig ist. In Betracht kommt die Heranziehung der Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit. Die Geschäftsfähigkeit ist wie die Einwilligungsfähigkeit eine Unterart der Handlungsfähigkeit, d. h. der Fähigkeit, rechtlich bedeutsam Handlungen vorzunehmen.¹²⁹ Sie betrifft die Fähigkeit, Rechtsgeschäfte selbstständig vollwirksam vorzunehmen. Das Gesetz geht dabei grundsätzlich von der Geschäftsfähigkeit aller Menschen aus und regelt in §§ 104 ff. BGB die Ausnahmefälle der Geschäftsunfähigkeit bzw. der beschränkten Geschäftsfähigkeit. Danach ist geschäftsunfähig, wer das siebte Lebensjahr noch nicht vollendet hat¹³⁰, und beschränkt geschäftsfähig, wer das siebte, aber nicht das 18. Lebensjahr vollendet hat¹³¹. Geschäftsunfähig ist gem. 104 Nr. 2 BGB darüber hinaus, wer sich in einem die freie Willensbildung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet, sofern nicht der Zustand seiner Natur nach ein vorübergehender ist. Die (unmittelbare bzw. analoge) Anwendung der Regeln über die Geschäftsfähigkeit im Rahmen der Einwilligungsfähigkeit wird von der h. M. jedoch abgelehnt. Für die Beurteilung der Einwilligungsfähigkeit könne es nicht auf die Geschäftsfähigkeit und starre Altersgrenzen ankommen.¹³² Andernfalls würde ein unflexibles Instrument geschaffen, das die jeweiligen Krankheiten und Behandlungen nicht angemessen berücksichtige. So sei Einwilligungsfähigkeit bei Minderjährigen unter Umständen früher anzunehmen als die Geschäftsfähigkeit¹³³, die grundsätzlich mit 18 Jahren beginnt. Bei beschränkt geschäftsfähigen Minderjährigen kann im Einzelfall Einwilligungsfähigkeit vorliegen, je nach individueller Reife und Komplexität des Eingriffs. Bei Minderjährigen mag eine Differenzierung daher überzeugend sein.

Geht es aber um die Frage, ob ein Volljähriger einwilligungsfähig ist, bzw. um die Frage, ob er es nicht ist, kann durchaus auf die Vorgaben aus §§ 104 ff. BGB

¹²⁶ Lipp, Freiheit und Fürsorge, S. 48 ff.

¹²⁷ Strätling/Scharf/Eisenbart, MedR 2000, 251 (254) mwN.

¹²⁸ Crefeld, BtPrax 2003, 239 (241).

¹²⁹ Heinrichs in: Palandt, Einf v §104 Rn. 1.

¹³⁰ § 104 BGB.

¹³¹ § 106 BGB.

¹³² BGHZ 29, 33 (36); NJW 1956, 1106; Kuhlmann, S. 18; Eser in: Schönke/Schröder, StGB, § 223 Rn. 38.

¹³³ Deutsch/Spickhoff, S. 433 Rn. 685.

und § 827 BGB zurückgegriffen werden: Hier erscheint eine Differenzierung als künstlich, da es letztlich in beiden Fällen um den Ausschluss der Möglichkeit einer eigenverantwortlichen Entscheidung zur Zeit einer bestimmten Handlung geht.¹³⁴ Denn bei einem Volljährigen geht es um die negative Feststellung, dass seine Handlung trotz seiner an sich anerkannten Mündigkeit rechtlich ohne Bedeutung ist.¹³⁵

Es bleibt damit festzustellen: Ein Volljähriger ist einwilligungsunfähig, wenn er aufgrund seines psychischen Zustandes nicht mehr in der Lage ist, die Tragweite und Bedeutung des Eingriffs zu verstehen. Im Rückgriff auf die §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB bedeutet das, dass er dann einwilligungsunfähig ist, wenn seine tatsächlichen Fähigkeiten, Tragweite und Bedeutung des konkreten Eingriffes nach der gebotenen Aufklärung zu erfassen, aufgrund seines Zustandes nicht denen eines durchschnittlichen Siebenjährigen entsprechen.¹³⁶ Bei hochgradiger Demenz ist die Einwilligungsfähigkeit daher allgemein ausgeschlossen.¹³⁷ Ist dieses Stadium erst einmal erreicht, ist davon auszugehen, dass trotz moderner Therapien und Rehabilitationsmaßnahmen die Wiedererlangung der Fähigkeit der Ausübung des Selbstbestimmungsrechts im Regelfall relativ selten ist.¹³⁸

Zu betonen bleibt nochmals, dass es bei Einwilligungsunfähigkeit nicht darauf ankommt, ob die Entscheidung über die ärztliche Behandlung vernünftig ist oder vertretbar. Jeder kann triftige Gründe für seine Entscheidung haben, die Respekt verdienen.

D. Schweigepflicht des Arztes

Der Arzt unterliegt der Schweigepflicht mit der Folge, dass er grundsätzlich nur mit seinem Patienten über dessen Gesundheitszustand und die Behandlungsmöglichkeiten sprechen darf. Dies wird simultan vom Berufsrecht, Vertrags- und Strafrecht angeordnet.¹³⁹ Die Schweigepflicht gilt auch gegenüber Angehörigen des Patienten.¹⁴⁰ Der Patient kann den Arzt von der Verschwiegenheitspflicht entbinden.¹⁴¹ Der Patient kann also sein Einverständnis in die Offenbarung seiner Gesundheitsangelegenheiten geben. Voraussetzung ist jedoch, dass der Patient,

¹³⁴ vgl. Lipp, Freiheit und Fürsorge, S. 67.

¹³⁵ Lipp, Freiheit und Fürsorge, S. 46.

¹³⁶ Lipp, Freiheit und Fürsorge, S. 70.

¹³⁷ Rink in: Bauer/Klie/Rink, vor § 1904 BGB Rn. 3.

¹³⁸ Vgl. BT-Drs. 11/4528, S. 50. Dies ist z. B. anders zu beurteilen bei psychosebetroffenen oder anderen Patienten der Allgemeinpsychiatrie; die Fähigkeit zur freien Willensbestimmung ist hier nur in der akuten psychotischen Phase eingeschränkt ist, vgl. Crefeld, BtPrax 2003, 239 (241).

¹³⁹ Vgl. § 203 StGB; § 9 (Muster-) Berufsordnung für die deutschen Ärztinnen und Ärzte.

¹⁴⁰ Langkeit, NSZ 1994, 6 (8).

¹⁴¹ Darüber hinaus kann die ärztliche Schweigepflicht durch gesetzliche Anordnung durchbrochen werden oder im Zusammenhang mit der prozessualen Verteidigung des Arztes, vgl. hierzu ausführlich Deutsch/Spickhoff, S. 396 ff. Rn. 634 ff.

der sein Einverständnis gibt, einwilligungsfähig ist.¹⁴² In den hier relevanten Fällen der Einwilligungsunfähigkeit wird die ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung allenfalls als ein im Vorfeld gegebenes Einverständnis eine Rolle spielen.

Kann der Betroffene den Arzt selbst nicht mehr wirksam von der Schweigepflicht entbinden, entstehen rechtliche Probleme. Der Arzt darf dann Angehörigen nach h. M. grundsätzlich keine Auskunft über den Gesundheitszustand des Patienten erteilen.¹⁴³

E. Zusammenfassung

Zur Legitimation ärztlichen Handelns gehört neben dem Behandlungsvertrag und der Indikation auch die Einwilligung des Patienten in die vom Arzt angebotene Behandlung. Um den Behandlungsvertrag selbst rechtswirksam abschließen zu können, muss der Patient geschäftsfähig sein. Hieran fehlt es, wenn sich der volljährige Patient in einem in §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 2 BGB beschriebenen Zustand befindet.

Für eine wirksame Einwilligung bedarf es der Einwilligungsfähigkeit. Die Einwilligungsfähigkeit Volljähriger wird regelmäßig in Anerkennung ihrer Mündigkeit bejaht. Fehlt die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit im konkreten Fall, ist sie ausgeschlossen. Ist der Patient einwilligungsunfähig, kann er die ärztliche Maßnahme durch seine „Zustimmung“ nicht rechtlich legitimieren. Dies ist der Fall, wenn der Patient aufgrund seines psychischen oder geistigen Zustands nicht in der Lage ist, Bedeutung und Tragweite der zu erteilenden Einwilligung nach der gebotenen ärztlichen Aufklärung zu erkennen oder darüber zu entscheiden. Hierzu ist in Anlehnung an die §§ 104 Abs. 2, 105 BGB zu ermitteln, ob die geistigen Fähigkeiten des Betroffenen im konkreten Behandlungsfall denen eines durchschnittlichen 7jährigen Kindes entsprechen.

Aus dem Behandlungsvertrag, dem Berufsrecht und dem Strafrecht resultiert die Verpflichtung des Arztes, gegenüber Dritten Stillschweigen zu bewahren. Er darf die Gesundheitsbelange seiner Patienten grundsätzlich nicht preisgeben. Ist der Patient einwilligungsfähig, kann er den Arzt von der Schweigepflicht entbinden.

Fehlen die genannten Fähigkeiten, also die Geschäftsfähigkeit bzw. die Einwilligungsfähigkeit, stellt sich die Frage, wie die ärztliche Behandlung trotz Handlungsunfähigkeit des Patienten legitimiert werden kann.

¹⁴² Ulsenheimer in: Laufs/Uhlenbruck, § 71 Rn. 7.

¹⁴³ Spindler in: Bamberger/Roth, § 823 Rn. 646; Probst/Knittel, ZRP 2001, 55; v. Sachsen Gesapsche, S. 282; für die Betreuung: vgl. Bienwald in: Staudinger, § 1904 Rn. 9 ff.

§ 4 Lösungen bei Geschäftsunfähigkeit des Patienten: Behandlungsvertrag

Ärztliche Hilfe kann plötzlich notwendig werden. Hierunter fallen beispielsweise Unfälle im Straßenverkehr oder Stürze im Haus. In solchen Notfällen muss schnell gehandelt werden und der Patient im Regelfall im Krankenhaus einem Arzt vorgestellt werden. Darüber hinaus ist die nicht notfallmäßige Behandlung einer akuten oder chronischen Erkrankung denkbar. Beide Konstellationen – Notfall und Normalfall – sollen im Rahmen dieser Arbeit differenziert betrachtet werden.

A. Behandlung im Notfall

Ein Notfall liegt vor, wenn eine Behandlung aufgrund des Gesundheitszustandes des Patienten unverzüglich durchgeführt werden muss und keinen Aufschub duldet. Er ist gekennzeichnet durch die Elemente der Überraschung, der Plötzlichkeit, des Unvorbereitenseins und der Unvorhersehbarkeit.¹⁴⁴

¹⁴⁴ Deutsch/Spickhoff, S. 407 Rn. 654.

I. Abschluss durch einen Stellvertreter

Zunächst besteht die Möglichkeit, dass ein Bevollmächtigter für den Betroffenen den Behandlungsvertrag mit dem Arzt abschließt, §§ 164 ff. BGB. Der spätere Patient hat zu einer Zeit, zu der er geschäftsfähig war, einen Dritten, z. B. seinen Ehegatten entsprechend bevollmächtigt, § 167 BGB, sog. Vorsorgevollmacht. Der Abschluss durch einen Vertreter setzt freilich voraus, dass der Vertreter anwesend ist oder innerhalb einer zumutbaren, den Behandlungserfolg nicht gefährdenden Zeit hinzugerufen werden kann.

1. Allgemeines zur Vorsorgevollmacht

Der Staat hat die Pflicht, selbstbestimmte Lebensgestaltungen zu unterstützen und zu fördern.¹⁴⁵ Der privaten Vorsorge ist Vorrang vor den gesetzlichen Schutzinstrumenten eingeräumt. Dies entspricht den Empfehlungen des Europarates für den rechtlichen Schutz Erwachsener.¹⁴⁶

Die Vorsorgevollmacht gilt als wichtigste Form der Vorsorgeverfügungen¹⁴⁷. Dabei handelt es sich um eine Vollmacht, die einer bestimmten Person des Vertrauens für die Zeit künftiger eigener Hilflosigkeit erteilt wird.¹⁴⁸ Dem liegt ein Vorsorgeverhältnis zugrunde, aufgrund dessen die Vertrauensperson berechtigt und verpflichtet wird, im Fürsorgefall die Angelegenheiten des Geschäftsherrn zu besorgen. Der Kreis dieser Angelegenheiten sowie die Befugnisse, Pflichten und Rechte der Person des Vertrauens werden durch das Vorsorgeverhältnis festgelegt. Die Kompetenz zur Vertretung beruht dagegen auf der Vollmacht. Beides – Vorsorgevollmacht und Vorsorgeverhältnis – sind strikt voneinander zu trennen.

Die Vorsorgevollmacht kann sich auf vermögensrechtliche und/oder auf personale Angelegenheiten beziehen. Die Vertretung in Gesundheitsangelegenheiten schließt die Befugnis des Bevollmächtigten ein, für den Vollmachtgeber den Behandlungsvertrag abzuschließen.¹⁴⁹ In der Praxis scheint die Vorsorgevollmacht eine geringere Rolle zu spielen, wobei eine repräsentative Studie nicht vorliegt und mangels Registrierungspflicht keine konkreten Zahlen, wie viele Vorsorgevollmachten existieren, vorliegen. Eine Befragungsaktion an der Universitätsklinik Göttingen zeigte, dass nur 3 von 58 befragten Personen eine Vorsorgevollmacht

¹⁴⁵ Ahrens, BtPrax 2005, 163.

¹⁴⁶ Recommendation R (99) 4 of the Committee of Ministers to Member States on Principles Concerning the Legal Protection of Incapable Adults = Rechtsschutz für nicht entscheidungsfähige Erwachsene – Grundsätze des Europarates vom 23.02.1999, Empfehlung Nr. R (99) 4; abgedruckt in: ZfJ 1999, 432 ff., Grundsatz 2, Nr. 7, online abrufbar unter <http://www.wernerschell.de/Patientenschutz/Grundsatzliches/rechtsschutz.php> (Stand Juli 2010).

¹⁴⁷ S. dazu ausführlich: Walter, passim.

¹⁴⁸ Walter, S. 2; Müller-Freienfels, FS für Keller, S. 35 (51 f.).

¹⁴⁹ Posselt-Wenzel, S. 34.

hatten.¹⁵⁰ Teilweise wird auch davon ausgegangen, dass eine Bevollmächtigung naher Angehöriger nicht notwendig sei und vermutlich deshalb von einer Vorsorgevollmacht abgesehen.¹⁵¹

a) Vermeidung der Betreuung

Sinn der Erteilung einer Vorsorgevollmacht ist es, die Betreuung zu vermeiden. Sie ist vorrangig.¹⁵² Aus § 1896 Abs. 2 S. 2 BGB ergibt sich, dass es keiner Betreuung bedarf, wenn die Angelegenheiten genauso gut von einem Bevollmächtigten erledigt werden können. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob und inwieweit der Bevollmächtigte eine gewisse Eignung zur Vertretung in Gesundheitsangelegenheiten aufweisen muss. Nach den Grundsätzen der Privatautonomie ist dies zunächst zu verneinen. Der Vollmachtgeber kann auch einer „ungeeigneten“ Person gegenüber Vertrauen entwickeln.¹⁵³ Interpretiert man jedoch § 1896 Abs. 2 BGB in der Weise, dass nur ein geeigneter Bevollmächtigter die Angelegenheiten ebenso gut wie ein Betreuer erledigen kann, ist zumindest eine gewisse Eignung des Bevollmächtigten erforderlich. Daher stellte *Langenfeld* einen Kriterienkatalog zusammen.¹⁵⁴ Sie orientierte sich dabei an den entsprechenden Vorschriften zur Betreuerauswahl. Im Rahmen der Betreuung normiert das BGB in § 1987 Abs. 1, dass die zum Betreuer zu bestellende Person geeignet sein muss. Das bedeutet, dass sie nach ihren persönlichen Verhältnissen, der Vermögenslage sowie den sonstigen Umständen zur Wahrnehmung der Betreueraufgabe geeignet ist.¹⁵⁵ Dabei geht es nicht um einen positiven Eignungsnachweis als vielmehr um eine negative Selektion aufgrund konkreter Umstände.¹⁵⁶ Ungeeignet sind Personen, bei denen die Gefahr eines Interessenkonfliktes besteht, vgl. § 1897 Abs. 5 BGB. In der Gesundheitsvorsorge kann die Eignung zweifelhaft sein, wenn grundlegend unterschiedliche Vorstellungen zwischen dem Betroffenen und der in Aussicht gestellten Person vorliegen.

Bei der Erteilung einer Vorsorgevollmacht müssen die Voraussetzungen, die an die Eignung zu stellen sind, jedenfalls geringer sein als bei der Betreuung. Dies hat den Grund, dass der Betroffene sich bei der Vorsorgevollmacht in Ausübung seines Selbstbestimmungsrechts gezielt eine Person ausgesucht hat, weil er dieser Person vertraut. Einen Eingriff in die vom Betroffenen mit Erteilung der Vollmacht getroffene Anordnung zu der Frage, durch wen er seine Rechte im Falle

¹⁵⁰ S. Darstellung bei Burchardi, FS für Schreiber, S. 615 (621).

¹⁵¹ S. bereits oben § 2 C., Informationsbroschüren zum Thema „Vorsorgevollmacht“ ein, z. B. die des Niedersächsischen Justizministeriums, Vorsorgevollmacht für Unfall, Krankheit und Alter, S. 5 („Aber ich habe doch Angehörige!“), online abrufbar unter <http://www.mj.niedersachsen.de/servlets/download?C=2430714&L=20>, Stand Juli 2010.

¹⁵² Keilbach, FamRZ 2003, 969 (970).

¹⁵³ Vgl. Walter, S. 66.

¹⁵⁴ Langenfeld, A., S. 60 ff.

¹⁵⁵ Bienwald in: Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann, § 1897 BGB Rn. 50.

¹⁵⁶ Schwab in: MünchKommBGB, § 1897 Rn. 30.

des eigenen Unvermögens gewahrt haben möchte, darf das Gericht daher nur im Falle eines Missbrauchs vornehmen¹⁵⁷ oder dann, wenn zu befürchten ist, dass die Wahrnehmung der Interessen durch den Bevollmächtigten eine konkrete Gefahr für das Wohl des Betroffenen begründet¹⁵⁸. So hielt das Schleswig-Holsteinische OLG in seinem Beschluss vom 13.02.2008¹⁵⁹ eine erteilte Vollmacht für unbeachtlich, weil die Bevollmächtigte trotz ausführlicher Aufklärung den Befund eines Oberschenkelhalsbruchs in Abrede stellte und die Vollmachtgeberin zur Bestätigung ihrer Laiendiagnose zum Aufstehen bewegen wollte. In derart krassen Fällen wird man wegen Ungeeignetheit des Bevollmächtigten auf einen Betreuer zurückgreifen müssen. Allein die kritische Einstellung des Bevollmächtigten gegenüber einer angebotenen ärztlichen Behandlung genügt indes nicht, die Ungeeignetheit anzunehmen.¹⁶⁰

b) Kontrollbetreuer

Der Bevollmächtigte unterliegt anders als der Betreuer keiner gerichtlichen Kontrolle. Seine Rechte und Pflichten richten sich allein nach dem zugrunde liegenden Rechtsgeschäft. Es besteht jedoch die Möglichkeit, einen Kontrollbetreuer zu bestellen, § 1896 Abs. 3 BGB. Dieser überwacht gem. § 1901 BGB im Innenverhältnis zum Vollmachtgeber, ob die sachlichen Entscheidungen des Bevollmächtigten dem Wohl des Vollmachtgebers zuwider laufen. Voraussetzung für die Bestellung ist zunächst das Unvermögen des Vollmachtgebers, den Bevollmächtigten selbst zu überwachen. Zudem muss ein konkreter Überwachungsbedarf bestehen, d. h. es ist im Einzelfall zu prüfen, ob der Bevollmächtigte unter Berücksichtigung seiner Persönlichkeit den Anforderungen, die an ihn gestellt sind, gewachsen ist.¹⁶¹ Dies kann bei umfassenden Geschäften mit komplexen Sachverhalten eher gegeben sein als bei kleineren Alltagsgeschäften. Die Umstände der Bevollmächtigung oder die Person des Bevollmächtigten können Anhaltspunkte für die Notwendigkeit einer Überwachung bieten, so etwa bei Zweifeln an der Redlichkeit des Bevollmächtigten.¹⁶² Aufgrund dieser Missbrauchsgefahr sollte die Vollmacht daher einer Person oder mehreren Personen erteilt werden, der oder denen man vertraut¹⁶³; dies sind oftmals die Familienangehörigen. Denn es gilt zu bedenken, dass das Betreuungsgericht oftmals vom Überwachungsbedarf keine Kenntnis erlangt, da die privat organisierte Fürsorge nicht in einem Register hinterlegt werden muss.¹⁶⁴ Eine Lösung kann hier die Doppelbevollmächtigung sein.¹⁶⁵

¹⁵⁷ Brandenburgisches OLG OLGR Brandenburg 2005, 587 ff.

¹⁵⁸ Vgl. Knittel, Betreuungsgesetz, § 1896 BGB Rn. 121.

¹⁵⁹ BtPrax 2008, 132 f.

¹⁶⁰ S. Darstellung mit Beispielen bei Knittel, Betreuungsgesetz, § 1896 BGB Rn. 121.

¹⁶¹ Roth in: Dodegge/Roth, A I. 1. e., S. 13.

¹⁶² Jürgens, § 1896 BGB Rn. 36.

¹⁶³ Müller-Freienfels, FS für Keller, S. 35 (53).

¹⁶⁴ Walter, ZEV 2000, 353.

2. Das Außenverhältnis: Die Vollmacht

Die (Vorsorge-)Vollmacht gestaltet das Außenverhältnis zwischen Vollmachtgeber und dem Dritten.¹⁶⁶

a) Voraussetzungen für die Wirksamkeit der Bevollmächtigung

Voraussetzung ist, dass der Vollmachtgeber im Zeitpunkt der Vollmachtserteilung geschäftsfähig ist.¹⁶⁷ Gewichtige Zweifel an der Geschäftsfähigkeit können die Bestellung eines Betreuers erforderlich machen.¹⁶⁸ Das bedeutet jedoch nicht die automatische Unwirksamkeit der Vollmacht; die rechtliche Betreuung hat keine Auswirkungen auf die Geschäftsfähigkeit. Diese ist unabhängig vom Betreuungsverfahren zu beurteilen. Es kann aber in einem Fall, in dem derartige Bedenken bestehen und damit ein Betreuungsverfahren einzuleiten ist¹⁶⁹, geboten sein, ein Sachverständigengutachten zur Frage, ob der Vollmachtgeber geschäftsunfähig war bzw. ist, einzuholen.¹⁷⁰ Irrelevant ist die später eintretende Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers.¹⁷¹

Auf Seiten des Bevollmächtigten kommt grundsätzlich jede Person in Betracht. Es sind jedoch die Besonderheiten des Rechtsdienstleistungsgesetzes (RDG) zu beachten. Erlaubt ist danach gem. § 6 Abs. 1 RDG die unentgeltliche Rechtsdienstleistung, wobei die Erlaubnis unter dem Vorbehalt steht, dass sie innerhalb einer familiären, nachbarschaftlichen oder ähnlich engen persönlichen Beziehung erbracht wird. Die geschäftsmäßige Wahrnehmung der Interessen ohne besondere gerichtliche Erlaubnis ist grundsätzlich nur Rechtsanwälten oder anderen Personen mit Befähigung zum Richteramt erlaubt.

¹⁶⁵ S. dazu ausführlicher Walter, ZEV 2000, 353 ff.

¹⁶⁶ Ahrens, BtPrax 2005, 163.

¹⁶⁷ Zur Wirksamkeit von Vollmachten partiell Geschäftsunfähiger vgl. Walter, S. 47. Abzulehnen ist die Ansicht, nach der zur Erteilung einer Vollmacht die Einwilligungsfähigkeit des Vollmachtgebers ausreichen solle, vgl. dazu Keilbach, FamRZ 2003, 969 (979). Die Vollmachtserteilung zur Einwilligung und die Einwilligung selbst sind voneinander zu unterscheiden. Vollmachten sind Rechtsgeschäfte, auf die die Regeln über die Geschäftsfähigkeit unmittelbar anzuwenden sind. Relevant kann die Unterscheidung bei Minderjährigen werden: Sie können trotz beschränkter Geschäftsfähigkeit einwilligungsfähig sein. Da bei Volljährigen - trotz der rechtlichen Unterscheidung - für die Beurteilung der Einwilligungsfähigkeit die Regeln über die Geschäftsfähigkeit wesentlicher Orientierungspunkt sind, soll der Streit bei den hier behandelten Fällen nicht weiter vertieft werden.

¹⁶⁸ Vgl. Schwab in: MünchKommBGB, § 1896 BGB Rn. 49 unter Hinweis auf BayObLG FamRZ 1994, 720 (721); BayObLG 2004, 435 f. Nach OLG München, MittBayNot 2009, 382, beeinträchtigen Zweifel an der Geschäftsfähigkeit die Eignung der Vollmacht als Alternative zur Betreuung nur dann, wenn sie konkrete Schwierigkeiten des Bevollmächtigten im Rechtsverkehr erwarten lassen.

¹⁶⁹ BayObLG OLGR München 2004, 35 (36).

¹⁷⁰ BayObLGR 1994, 63; BayObLG FamRZ 1996, 1370 (1371); Zimmermann in: Soergel, § 1896 BGB Rn. 81; s. zur Problematik auch Walter, S. 49; bei affektiven Störungen: Wurzel, BtPrax 2005, 87 ff.

¹⁷¹ Vgl. OLG München, MittBayNot 2009, 382.

Es stellt sich die Frage, ob der Vertreter trotz § 165 BGB bei der Vertretung in Gesundheitsfragen volljährig sein sollte. Zunächst scheint es widersprüchlich zu sein: Für einen anderen darf ein beschränkt Geschäftsfähiger den Behandlungsvertrag abschließen, für sich selbst hingegen grundsätzlich nicht. Dies ist aber für jede Stellvertretung durch einen Minderjährigen typisch: Hier kann er Geschäfte abschließen, vgl. § 165 BGB, die er für sich alleine nicht abschließen könnte, weil ihm die Geschäftsfähigkeit fehlt. Im Betreuungsrecht hat § 165 BGB eine geringe Bedeutung, weil ein Minderjähriger schwerlich geeignet sein dürfte, als Betreuer bestellt zu werden.¹⁷² So verhält es sich letztlich auch mit der Vorsorgevollmacht. Da der Bevollmächtigte „ebenso gut“ die Angelegenheiten des Betroffenen regeln können muss, wird dies grundsätzlich erst bei Volljährigkeit gegeben sein.

Wann eine Vollmacht Wirksamkeit entfalten soll, bestimmt der Vollmachtgeber. Im Regelfall wird er wollen, dass der Bevollmächtigte erst in dem Zeitpunkt für ihn handelt, in dem er selbst nicht mehr in der Lage ist, seine Angelegenheiten zu erledigen. Dies kann er auf zwei Wegen erreichen. Entweder bestimmt er, dass die Vollmacht aufschiebend bedingt ist und ihre Wirksamkeit erst mit dem Bedingungseintritt entfaltet. In der Regel wird es sich bei der Bedingung um das Vorliegen der Geschäftsunfähigkeit bzw. der Einwilligungsunfähigkeit handeln. Oder er regelt, dass die Vollmacht sofort wirksam wird, aber der Bevollmächtigte im Innenverhältnis¹⁷³, also beispielsweise im Rahmen des Auftrages, von der Vollmacht erst dann Gebrauch machen darf, wenn er – der Vollmachtgeber – nicht mehr in der Lage ist, seine Angelegenheiten zu regeln.¹⁷⁴

Bei der erstgenannten Alternative besteht die Schwierigkeit, dass die Feststellung des Bedingungseintritts oftmals nicht einfach zu treffen ist. Ihr Nachweis ist an eine juristisch-medizinische Einordnung gebunden.¹⁷⁵ Gerade bei Personen mit schwankenden psychischen Zustandsbildern kann die Beurteilung im Einzelfall wenig verlässlich sein. Der Bevollmächtigte läuft dann Gefahr, ohne Vertretungsmacht zu handeln und aus § 179 BGB in Haftung genommen zu werden. Demgegenüber kann der Bevollmächtigte bei der zweiten Alternative, bei der die Vollmacht wirksam ist, selbst die Einschätzung vornehmen, wann jemand nicht mehr in der Lage ist, die Ausmaße der Behandlung zu erkennen. Dies wird insbesondere Familienangehörigen nicht schwer fallen, die mit dem Betroffenen den Alltag teilen. Hier ist davon auszugehen, dass beispielsweise der Ehegatte am ehesten bemerkt, dass sein Partner auf Hilfe angewiesen ist.

Hat der „Vertreter“ ohne Vertretungsmacht gehandelt, sind die Rechtsfolgen den §§ 177 ff. BGB zu entnehmen. Der Vertretene kann – soweit ihm das recht-

¹⁷² Winterstein in: Jürgens, § 165 BGB Rn. 1.

¹⁷³ Näher zum Innenverhältnis s. u. § 3 A. I. 3.

¹⁷⁴ Walter, S. 87; Pawlowski, FS für Bienwald, 215 ff. (222).

¹⁷⁵ Vgl. Walter, S. 81.

lich möglich ist – das Geschäft genehmigen. Bis zur Erteilung der Genehmigung ist das Rechtsgeschäft schwebend unwirksam.¹⁷⁶

b) Verpflichtung zur Erteilung einer Vollmacht

Zu diskutieren bleibt, ob wegen der Subsidiarität der Betreuung der Betroffene nicht sogar verpflichtet ist, eine Vollmacht zu erteilen. Dieses Ergebnis klingt in dem Beschluss des OLG München vom 6. April 2005¹⁷⁷ an, bei dem die Bestellung eines Betreuers abgelehnt wurde, weil der Betroffene noch in der Lage war, rechtlich wirksam eine Vertretungsperson zu benennen. Hintergrund ist, dass im Rahmen der staatlichen Betreuung die Möglichkeit besteht, die Vergütung des Betreuers aus der Staatskasse zu begleichen. Es stehe daher im öffentlichen Interesse, erkennbar unnötige Betreuungen zu vermeiden.¹⁷⁸ Die bloße Möglichkeit der Vollmachtserteilung kann jedoch nicht ausreichend sein.¹⁷⁹ Die erforderliche Vertrauensgrundlage zwischen Vollmachtgeber und Vollmachtnehmer ist nicht zu erzwingen und auch nicht überprüfbar. Der Subsidiaritätsgrundsatz soll sich darüber hinaus nicht gegen den Betreuten selbst wenden.¹⁸⁰ Es kann daher keine Verpflichtung zur Erteilung einer Vollmacht bestehen.

c) Begründung der Vollmacht

Erteilt wird die Vollmacht durch eine Erklärung in Form eines einseitigen Rechtsgeschäfts, § 167 Abs. 1 BGB. Dies ist als Innenvollmacht denkbar. Der Vollmachtgeber erklärt hierbei seinem Angehörigen gegenüber die Vollmacht. Nach Ansicht von *Walter*¹⁸¹ soll dies die Regel sein, da in Zeiten der Selbstständigkeit noch nicht absehbar sei, mit welchen Personen im Fall der Hilflosigkeit Rechtsgeschäfte abzuschließen seien. Dies überzeugt zumindest dann nicht, wenn die Vollmacht in einer Urkunde verkörpert wird, § 172 BGB. Denkbar ist auch eine Außenvollmacht, also eine Vollmacht, die z. B. gegenüber dem Arzt erklärt wird.

Die Vollmacht muss darüber hinaus hinreichend bestimmt sein.¹⁸² Es muss folglich ersichtlich sein, für welche Maßnahme sie gelten soll.¹⁸³

aa) Inhalt der Vollmacht

Bei einer Vollmacht des Handelsrechts oder einer sog. typisierten Vollmacht steht der Inhalt fest bzw. ergibt sich aus der Verkehrsüblichkeit. Eine Vorsorgevoll-

¹⁷⁶ Vgl. Pawlowski, AT, § 5 Rn. 798; Neuhausen, RNotZ 2003, 157 (169).

¹⁷⁷ BtPrax 2005, 156.

¹⁷⁸ Knittel, Betreuungsgesetz, § 1896 BGB Rn. 128.

¹⁷⁹ So auch Fenge, S. 133.

¹⁸⁰ Vgl. auch Schwab in: MünchKommBGB, § 1896 Rn. 60.

¹⁸¹ Walter, S. 43.

¹⁸² OLG Zweibrücken BtPrax 2002, 171 (172).

¹⁸³ Für eingehende Regelungen: LG Hamburg, BtPrax 1999, 243 = DNotZ 2000, 220 (221) m. Anm. Langenfeld, G.; einschränkend: Diederichsen in: Palandt, Einf. v. § 1896 BGB Rn. 7; zur Auslegung: OLG Frankfurt Rpfleger 2004, 421 (422).

macht wird hingegen zu dem Zweck erteilt, für den möglichen Fall eigener Hilflosgigkeit die Betreuung zu vermeiden und einer Person des Vertrauens zu ermöglichen, für ihn – den Betroffenen – wirksam auftreten zu können. Dieser bestimmt daher auch den Umfang der Vollmacht. Dabei kann die Vollmacht alle Aufgaben, die der rechtsgeschäftlichen Stellvertretung zugänglich sind, umfassen.¹⁸⁴ Unproblematisch kann die Vollmacht den vermögensrechtlichen Bereich betreffen. Sie kann auch den personalen Bereich betreffen. Sie ist (auch) für Gesundheitsangelegenheiten gedacht, vgl. § 1904 Abs. 2 und 5, was lange Zeit umstritten war.¹⁸⁵ Letztlich wurde über die Zulässigkeit der Bevollmächtigung zur Aufenthaltsbestimmung diskutiert¹⁸⁶, was nunmehr § 1906 Abs. 5 BGB geklärt hat. Der hier interessierende Behandlungsvertrag ist dem Bereich der Gesundheitsangelegenheiten zuzuordnen und einer Vorsorgevollmacht zugänglich.

bb) Formerfordernis

Die Vollmacht zum Abschluss eines Arztvertrags ist formfrei möglich. Allein zu Beweis Zwecken empfiehlt sich die Schriftform. Das in § 1904 Abs. 5 BGB aufgestellte Formerfordernis gilt ausweislich des eindeutigen Wortlautes ausschließlich für die Wirksamkeit der Einwilligung.

d) Erlöschen der Vollmacht

Wann die Vollmacht erlischt, richtet sich nach den Wünschen des Vollmachtgebers bzw. der Parteivereinbarung.

aa) Widerruf durch den Vollmachtgeber

Eine Vorsorgevollmacht kann jederzeit durch den Vollmachtgeber widerrufen werden, vgl. § 168 BGB. Eine unwiderrufliche Vollmacht, vgl. § 168 S. 2 BGB, käme einer „verdrängenden Vollmacht“ gleich.¹⁸⁷ In personalen Angelegenheiten kann der Vollmachtgeber nicht auf seine Handlungsmöglichkeit im Rechtsverkehr verzichten, so dass eine unwiderrufliche Vollmacht unzulässig ist. Durch den Widerruf erlischt die Vollmacht.¹⁸⁸ Soweit eine schriftliche Vollmacht existiert, besteht das Risiko, dass jemand dem Arzt die Vorsorgevollmacht vorlegt, die längst widerrufen wurde. Zu Gunsten des gutgläubigen Arztes sind dann die Vorschriften der §§ 172, 173 BGB anzuwenden.

Der Widerruf ist formlos möglich.¹⁸⁹ Er ist eine Willenserklärung¹⁹⁰, so dass grundsätzlich Geschäftsfähigkeit vorliegen muss. Es fragt sich, ob dies für eine

¹⁸⁴ Sog. Vorsorgegeneralvollmacht, Walter, S. 97.

¹⁸⁵ Vgl. § 4 A. I. 1.

¹⁸⁶ Vgl. zum Streit Perau, MittRhNotK 1996, 285 (294 f.)

¹⁸⁷ Dazu näher Walter, S. 174 ff.

¹⁸⁸ Vgl. § 168 BGB.

¹⁸⁹ Schwab, FS für Henrich, S. 511 (525).

¹⁹⁰ Schramm in: MünchKommBGB, § 168 Rn. 19.

Vorsorgevollmacht im Bereich der Gesundheitsangelegenheiten ohne weiteres gelten kann. Zu denken ist an den Fall, dass jemand nach Erteilung der Vollmacht geschäftsunfähig wird, der Bevollmächtigte handelt und der Betroffene zu erkennen gibt, damit nicht einverstanden zu sein. In der Literatur wird vielfach zwischen einem Widerruf des vermögensrechtlichen Teils der Vorsorgevollmacht und des nichtvermögensrechtlichen Teils differenziert. Für letzteren solle eine natürliche Einsichtsfähigkeit des Vollmachtgebers genügen.¹⁹¹ Dem ist die Rechtsprechung nicht oder nur ansatzweise gefolgt. Das BayObLG hält den im Zustand der Geschäftsunfähigkeit ausgesprochenen Widerruf für unbeachtlich und differenziert nicht zwischen den vermögensrechtlichen und nichtvermögensrechtlichen Teilen.¹⁹² Ebenso entschied das OLG Köln¹⁹³; dennoch sah es in dem wenn auch unwirksamen Widerruf das zum Ausdruck kommende Misstrauen gegen den Bevollmächtigten mit der Folge, dass von Amts wegen eine Kontrollbetreuung einzurichten sei. Dies überzeugt. Für den Widerruf der Vollmacht gelten letztlich dieselben Voraussetzungen wie für ihre Erteilung. Das bedeutet, dass der Vollmachtgeber nicht mehr widerrufen kann, wenn er geschäftsunfähig gem. §§ 104 Abs. 2, 105 BGB ist. Auf die Unterscheidung von Geschäftsunfähigkeit und Einwilligungs-unfähigkeit kommt es nicht an. Maßgebend ist, ob der Patient die Tragweite und Bedeutung des Widerrufs noch erfassen kann. Liegt dies nicht mehr vor, äußert der Betroffene aber sein Missfallen über die Vertretung durch seinen Bevollmächtigten, ist es überzeugend, dass eine Kontrollbetreuung gem. § 1896 Abs. 3 BGB einzurichten ist.¹⁹⁴

Neben der Möglichkeit eines Kontrollbetreuers ist fraglich, ob ein mutmaßlicher Widerruf die Vollmacht zum Erlöschen bringen kann. Dieses Konstrukt ist bereits mehrfach im Zusammenhang mit antizipierten Verfügungen diskutiert worden.¹⁹⁵ Teils heftige Kritik wurde dahingehend geäußert, dass ein möglicherweise mutmaßlich geäußelter Patientenwille einen ausdrücklich erklärten nicht entkräften könne.¹⁹⁶ Räumt man mit Rücksicht auf das Selbstbestimmungsrecht ein, dass einzig der aktuelle Wille ausschlaggebend sein kann, muss jede Willensänderung berücksichtigt werden. Dies ergibt sich letztlich auch aus den betreuungsrechtlichen Vorschriften. Der Betreuer hat grundsätzlich den Wünschen des Betreuten zu entsprechen, es sei denn, der Betreute will an diesen Wünschen erkennbar nicht mehr festhalten, vgl. § 1901 Abs. 3 BGB. Andernfalls käme es dazu, dass eine Vorausverfügung ein hohes Gefahrenpotenzial birgt.

Oftmals werden diese Verfügungen Jahre vor ihrem Eingreifen aufgesetzt. Einstellungen und Wertvorstellungen unterliegen aber durchaus einem Verände-

¹⁹¹ Renner, ZNotP 2004, 388 (389).

¹⁹² FamRZ 2002, 1220.

¹⁹³ BtPrax 2005, 236 f.

¹⁹⁴ vgl. zu den sonstigen Voraussetzungen einer Kontrollbetreuung OLG Köln, BtPrax 2005, 236 f.

¹⁹⁵ Im Rahmen der Patientenverfügung: Vossler, ZRP 2002, 295 ff; Strätling/Sedemund-Adib/Scharf/Schmucker, ZRP 2003, 289 (290 f.).

¹⁹⁶ Strätling/Sedemund-Adib/Scharf/Schmucker, ZRP 2003, 289 (291).

rungsprozess. Die Angst der Menschen, dann an den einmal geäußerten Willen gebunden zu sein, wenn sie nicht mehr in der Lage sind, die Verfügung zu ändern, ist gegenwärtig und schreckt von derartigen Verfügungen ab.¹⁹⁷ Die Befürchtung, an den Willen in der beschriebenen Art gebunden zu sein, besteht bei der Vorsorgevollmacht nicht in der Form. Denn hier geht es um das „Ob“ einer Stellvertretung, nicht um das „Wie“ seiner Ausgestaltung; letzteres orientiert sich an dem aktuellen (wirklichen oder mutmaßlichen) Willen. Darüber hinaus gibt das Gesetz keinen Anhaltspunkt für das Bestehen eines mutmaßlichen Widerrufs einer Vollmacht. Ein solcher ist daher abzulehnen.

bb) Widerruf durch einen von mehreren Bevollmächtigten

Fraglich ist, ob einer von mehreren Bevollmächtigten die Vollmacht aller widerrufen kann. Dazu müsste die Vollmacht den Widerruf auch umfassen. Dies ist durch Auslegung zu ermitteln. Ist der Zweck der Doppelvollmacht die allgemeine Überwachung der Bevollmächtigten untereinander, spricht dies dafür, dass der wechselseitige Widerruf ausgeschlossen ist. Ist der Zweck gerade darin zu sehen, dass ein Bevollmächtigter den anderen auch ausschalten kann, ist auch der Widerruf von der Vollmacht umfasst. Dies birgt gewisse Risiken für den Vollmachtgeber. Denkbar ist hier zwar zum einen, dass ein Bevollmächtigter die Vollmacht missbraucht und der andere Bevollmächtigte daher dessen Vollmacht widerruft.¹⁹⁸ Zum anderen kann es aber auch vorkommen, dass der eine die Vollmacht des anderen widerruft, um als alleiniger Inhaber der Vollmacht nun agieren zu können.¹⁹⁹ Solche Konstellationen, dass ein Bevollmächtigter die Vollmachten der anderen widerruft, um die alleinige Vollmacht an sich zu reißen, werden in der Praxis jedoch eher selten vorkommen.²⁰⁰ Die Vollmacht wird meist als Verantwortung, teils sogar als Last oder Bürde empfunden, so dass das Streben nach der „alleinigen Macht“ eher ein Scheinproblem darstellt. Vorzuziehen ist dennoch, dass die Vollmacht den Widerruf nicht umfasst; die Lösung bei einer Missbrauchsgefahr ist dann die Bestellung eines Kontrollbetreuers.

cc) Auflösende Befristung oder Bedingung

Der Vollmachtgeber kann die Vollmacht zeitlich befristen.²⁰¹ Mit Fristablauf erlischt die Vollmacht. Ist das Vertrauensverhältnis zum Bevollmächtigten erlo-

¹⁹⁷ Vgl. Bayerische Staatsministerium der Justiz, Vorsorge für Unfall, Krankheit, Alter durch Vollmacht, Betreuungsverfügung, Patientenverfügung, S. 12, online abrufbar unter <http://www.verwaltung.bayern.de/Anlage1928142/VorsorgefuerUnfall,KrankheitundAlter.pdf> (Stand Juli 2010): „Kann ich mir mit einer Patientenverfügung selber schaden?“

¹⁹⁸ Bsp.: Die bevollmächtigte Tochter T missbraucht die Vollmacht, indem sie eine ärztliche Behandlung ablehnt, die ihre Mutter gewollt hätte. Der Sohn widerruft die Vollmacht seiner Schwester und willigt in die Behandlung ein.

¹⁹⁹ Bsp.: Der bevollmächtigte Bruder widerruft die Vollmachten seiner Geschwister.

²⁰⁰ Vgl. Renner, ZNotP 2004, 388 (391).

²⁰¹ Müller-Freienfels, FS für Keller, S. 35 (63).

schen, sieht der Vollmachtgeber von einer erneuten Vollmachtserteilung ab. Nachteilig ist, dass der Vollmachtgeber bei Erlöschen der Vollmacht geschäftsunfähig geworden sein kann, was einer erneuten Vollmachtserteilung entgegenstünde.²⁰² Es bliebe die Betreuung. Ebenso ist eine auflösende Bedingung denkbar. Hier bedingen konkret benannte Tatbestände das Erlöschen der Vollmacht. Da der Bedingungseintritt unmissverständlich feststellbar sein muss, ist die Handhabbarkeit einer solchen Vollmacht im Rechtsverkehr schwierig.²⁰³

dd) Kündigung/ Verzicht durch den Bevollmächtigten

Eine Vollmacht kann auch nach dem ihr zugrunde liegenden Rechtsverhältnis erlöschen vgl. § 168 BGB. Letzteres endet nach allgemeinen schuldrechtlichen Grundsätzen, z. B. durch Kündigung des Auftrags durch den Bevollmächtigten, § 671 Abs. 2 BGB. Ist der Vollmachtgeber bereits geschäftsunfähig, kann ihm die Kündigung, die eine Willenserklärung darstellt²⁰⁴, nicht rechtswirksam zugehen. Es muss ein Betreuer bestellt werden; diesem gegenüber kann sodann die Kündigung erklärt werden.

Die Vollmacht erlischt auch durch die einseitige Verzichtserklärung des Bevollmächtigten.²⁰⁵ Dies wird eher selten vorkommen. Es besteht vielmehr die Gefahr, dass der Bevollmächtigte schlicht keinen Gebrauch von der Vollmacht macht. Hier ist dann eine Betreuerbestellung angezeigt.

ee) Weitere Erlöschensgründe

Die Vollmacht kann wegen inhaltlicher Erledigung erlöschen, also wenn die Vollmacht für ein bestimmtes Geschäft erteilt wurde und dieses ausgeführt wurde. Der Tod des Bevollmächtigten bringt das zugrunde liegende Rechtsverhältnis und damit letztlich auch die Vollmacht zum Erlöschen. Fraglich kann dies werden, wenn der Bevollmächtigte geschäftsunfähig wird.²⁰⁶

*Flume*²⁰⁷ sieht auch in der nachträglichen Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers einen Erlöschensgrund. Er begründet dies damit, dass der Macht des Vertreters das Korrelat der Widerrufsmöglichkeit durch den Vertretenen fehle. Da eine Vorsorgevollmacht gerade darauf anlegt ist, ihre Wirkungen zu entfalten, wenn der Vollmachtgeber für sich selbst rechtlich wirksam nicht mehr handeln kann, kann dieses Argument im medizinischen Bereich nicht überzeugen. Die Vollmacht erlischt nicht mit nachträglicher Geschäftsunfähigkeit.

²⁰² So auch Walter, S. 120.

²⁰³ Vgl. Walter, S. 120.

²⁰⁴ Seler in: MünchKommBGB, § 671 Rn. 3.

²⁰⁵ Vgl. Walter S. 121 mN.

²⁰⁶ S. hierzu Walter, S. 121. Zu der Frage, inwieweit der Tod des Vollmachtgebers zum Erlöschen führt s. Walter, S. 123.

²⁰⁷ Flume, BGB AT II § 51 6, S. 852 ff.

3. Das Innenverhältnis

a) Funktion des Innenverhältnisses

Die Vollmacht ist im Außenverhältnis mit Ausnahme der gezeigten Grenzen wirksam. Dies macht es notwendig, im Innenverhältnis die Rechte und Pflichten des Bevollmächtigten festzulegen²⁰⁸, wodurch der Vollmachtnehmer grundsätzlich an die Wünsche des Vollmachtgebers gebunden ist²⁰⁹. Missbraucht der Bevollmächtigte die Vollmacht, ist er ggf. schadensersatzpflichtig. Im Rahmen der Vollmacht in Gesundheitsangelegenheiten kann der Vollmachtgeber festlegen, ab welchem Zeitpunkt der Bevollmächtigte die Vollmacht gebrauchen darf und ihm vorgeben, wie er die Vollmacht ausüben soll.

b) Der Auftrag als Innenverhältnis

Das Innenverhältnis wird regelmäßig ein unentgeltlicher Auftrag gem. § 662 BGB sein. Es kommen aber auch eine entgeltliche Geschäftsbesorgung gem. § 675 BGB und bei entgeltlichen Tätigkeitsverpflichtungen nicht wirtschaftlicher Art ein Dienstvertrag i. S. des § 611 BGB in Betracht.²¹⁰ Denkbar ist darüber hinaus ein Typenkombinationsvertrag, der Elemente aus den genannten Verträgen enthält.²¹¹ Vertreten wird auch, dass allgemeine Rechtsverhältnisse wie das Gesellschaftsverhältnis oder die Ehe der Vollmacht zugrunde liegen können.²¹² Bloße Gefälligkeitsverhältnisse dürften im Regelfall nicht vorliegen. Gefälligkeitsverhältnisse im gesellschaftlichen Bereich sind dadurch gekennzeichnet, dass der Rechtsbindungswillen der Beteiligten fehlt.²¹³ Die Errichtung einer Vorsorgevollmacht soll dem Vollmachtgeber aber eine gewisse Sicherheit darüber geben, dass der Bevollmächtigte im Bedarfsfall zur Verfügung steht und nach den Wünschen des Betroffenen handelt.²¹⁴ Der Bevollmächtigte soll auch bestimmten Pflichten unterliegen, so dass ein Innenverhältnis ohne Rechtsbindungswillen ausscheidet. Dies gilt auch dann, wenn der Bevollmächtigte ein Familienangehöriger ist.²¹⁵ Die familienrechtliche Sonderbeziehung macht einen schuldrechtlichen Vertrag nicht entbehrlich.²¹⁶ Daher liegt im Fürsorgefall bei Bevollmächtigung von Angehörigen ein Auftrag zugrunde.²¹⁷

²⁰⁸ Vgl. hierzu Walter, S. 160 ff.

²⁰⁹ Ist der Wunsch zu sterben krankheitsbedingt, darf ausnahmsweise davon abgewichen werden, vgl. Lipp/Klein, FPR 2007, 56 (57).

²¹⁰ Ahrens, BtPrax 2005, 163 (164).

²¹¹ Walter, S. 112.

²¹² Flume, AT II, § 50 1, S. 839.

²¹³ Vgl. BGHZ 21, 102 (106).

²¹⁴ Dies gilt trotz des Kündigungsrechts.

²¹⁵ Renner in: Müller/Renner, S. 167 Rn. 458; vgl. auch Litzenburger, BNotZ 2007, 1 (2).

²¹⁶ Spalckhaver in: Lipp, Handbuch Vorsorge, § 15 Rn. 6.

²¹⁷ Renner in: Müller/Renner, S. 167 Rn. 458.

Im Rahmen eines Auftrags verpflichtet sich der Beauftragte gem. § 662 BGB zur unentgeltlichen Besorgung eines Geschäftes für den Auftraggeber. Dabei muss er mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt die Interessen des Auftraggebers wahrnehmen²¹⁸ und den Auftrag sorgfältig und sachgemäß ausführen²¹⁹.

c) Der Fürsorgefall im Innenverhältnis

Was im Innenverhältnis geregelt wird, richtet sich nach den Vorstellungen der Beteiligten.²²⁰ Typischer Inhalt ist hier der Fürsorgefall. Das Innenverhältnis gibt dem Bevollmächtigten Richtlinien, was er in der jeweiligen Situation zu tun hat und wie er zu handeln hat. Dies richtet sich nach dem Willen des Vollmachtgebers, ggf. nach seinem Interesse. Kennt der Vertreter die Wünsche des Patienten nicht, muss er die Angelegenheit mit dem Patienten besprechen.²²¹ Nur in Eilfällen darf er sofort entscheiden. Es bieten sich daher zwei Differenzierungsmöglichkeiten an: Zum einen ist zu unterscheiden, ob der Vollmachtgeber Weisungen erteilt hat oder nicht. Zum anderen ist danach zu trennen, ob er im Zeitpunkt des Fürsorgefalls noch äußerungsfähig ist oder nicht.

aa) Die Erteilung von Weisungen

Der Auftraggeber kann Weisungen erteilen, die grundsätzlich jederzeit widerrufen werden können.²²² Weisungen sind einseitige, empfangsbedürftige, widerrufliche Willenserklärungen²²³, in denen dem Beauftragten die „Art und Weise seines Tuns“²²⁴ vorgeschrieben wird. Sie sind regelmäßig nur bedeutsam für das Innenverhältnis.²²⁵ Der Beauftragte hat die Weisungen zu beachten und zu befolgen.²²⁶ Dies ergibt sich aus der auftragsrechtlichen Treuepflicht. Eine Ausnahme normiert § 665 BGB. Danach ist der Beauftragte berechtigt, von den Weisungen abzuweichen, wenn nach den Umständen davon ausgegangen werden darf, dass der Auftraggeber bei Kenntnis der Sachlage die Abweichung billigen würde. Grundsätzlich hat dann der Beauftragte dem Auftraggeber zuvor Anzeige zu machen, es sei denn, mit dem Aufschub ist Gefahr verbunden. Die Grenzen einer Weisung ergeben sich aus dem durch den Vertrag gesteckten Rahmen sowie daraus, was

²¹⁸ Sprau in: Palandt, § 662 Rn. 9.

²¹⁹ RGZ 90, 129 (130).

²²⁰ S. hierzu mit beispielhafter Aufzählung Bauer/Klie, Patientenverfügungen, C. II. 1. m), S. 76 f.

²²¹ Lipp/Klein, FPR 2007, 56 (57).

²²² Vgl. § 665 BGB, Sprau in: Palandt, § 665 Rn. 4.

²²³ Seiler in: MünchKommBGB, § 665 Rn. 5.

²²⁴ Seiler in: MünchKommBGB, § 665 Rn. 3.

²²⁵ Nur wenn der Vollmachtgeber seine Behandlungswünsche detailliert in einem Vollmachtsformular festhält, kann statt einer Weisung eine Beschränkung der Vollmacht vorliegen mit der Folge, dass der Bevollmächtigte als Vertreter ohne Vertretungsmacht auftritt, wenn er sich an die Vorgaben nicht hält.

²²⁶ Seiler in: MünchKommBGB, § 665 Rn. 14; dies gilt indes nicht, wenn beispielsweise der Wunsch zu sterben krankheitsbedingt ist, § 665, 1901 Abs. 3 BGB.

dem Beauftragten i. S. von § 242 BGB (noch) zumutbar ist.²²⁷ Der Inhalt der Weisung bestimmt sich nach dem Willen des Auftraggebers.²²⁸ Dieser ist durch Auslegung zu ermitteln.

Zeitlich gesehen können Weisungen vor dem Handeln des Bevollmächtigten erteilt werden oder in der aktuellen Situation, soweit der Betroffene äusserungsfähig ist. Eine antizipierte Erklärung über die eigenen Vorstellungen kann beispielsweise im Rahmen einer Patientenverfügung zu sehen sein, § 1901 a Abs. 1 BGB. Daher sehen gängige Formulierungsmuster für Vorsorgevollmachten auch eine Patientenverfügung vor.²²⁹ Eine Patientenverfügung ist eine Vorausverfügung, die unabhängig von einer konkreten Behandlungssituation erfolgt.²³⁰ Sie richtet sich ganz generell an alle Ärzte und Pflegekräfte, die den Patienten künftig einmal behandeln werden, also an einen noch unbestimmten Adressatenkreis. Hier trifft der Patient im Vorfeld bereits eine konkrete Entscheidung über seine Behandlung, er kann aber auch seine Wünsche, Einstellungen und Werthaltungen darlegen. Durch das Dritte Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts wurde die Patientenverfügung in das BGB aufgenommen und ihre Verbindlichkeit festgestellt, § 1901a Abs. 1 BGB.²³¹ Der Bevollmächtigte muss in der konkreten Situation die Patientenverfügung auslegen. Gem. § 1901a Abs. 5 i. V. m. Abs. 1 BGB prüft er, ob die Festlegungen auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutreffen. Soweit dies der Fall ist, hat er dem Willen des Betroffenen Ausdruck und Geltung zu verschaffen.²³²

Der Patient kann die Patientenverfügung jederzeit formlos abändern oder widerrufen, § 1901a Abs. 1 Satz 3 BGB. Darüber hinaus endet die Bindungswirkung, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Verfügende seinen Willen geändert hat, § 665 BGB.

Ist der Auftrag ohne Weisungen erteilt, beurteilt sich die Verpflichtung des Beauftragten unter Berücksichtigung der gesamten Sachlage und der Interessen des Auftraggebers nach der auftragsrechtlichen Treuepflicht²³³, die die Einholung von Weisungen erforderlich machen kann²³⁴. Ist dies nicht mehr möglich, ist der Bevollmächtigte verpflichtet, den mutmaßlichen Willen des Patienten zu erfor-

²²⁷ Seiler in: MünchKommBGB, § 665 Rn. 12.

²²⁸ Martinek in: Staudinger, § 665 Rn. 8.

²²⁹ Kritisch hierzu Milzer, FPR 2007, 69 (71).

²³⁰ Lipp, Patientenautonomie, S. 21.

²³¹ Die Verbindlichkeit einer Patientenverfügung wurde in einem obiter dictum des BGH, BGHZ 154, 205 (210 f.), erklärt. Dies war aber nicht unumstritten. Teilweise wurde angenommen, dass eine Patientenverfügung nur der Ermittlung des mutmaßlichen Willens diene. Der Erklärende sei in der Situation der Unfähigkeit selbst gar nicht mehr in der Lage, die geäußerten Vorstellungen zu widerrufen. Vgl. zu der Diskussion Schwab, FS für Henrich, S. 511 (516 f.) mN.

²³² Damit ist nunmehr zu unterscheiden zwischen der Patientenverfügung, den Wünschen und dem mutmaßlichen Willen, vgl. § 1901 Abs. 1 und 3 BGB.

²³³ Vgl. Martinek in: Staudinger, § 662 Rn. 26 und § 665 Rn. 11.

²³⁴ Bühler, BWNNotZ 1999, 25 (28).

schen und umzusetzen. Der mutmaßliche Wille ist Entscheidungsmaßstab für den Vertreter.

bb) Der äußerungsunfähige Betroffene

Ist der Vollmachtgeber in der aktuellen Situation äußerungsunfähig, ist Aufgabe des Bevollmächtigten, die Handlungsfähigkeit des Betroffenen wieder herzustellen.²³⁵ Der Bevollmächtigte ist dabei im Rahmen des Zumutbaren an die Weisungen des Vollmachtgebers gebunden.²³⁶ Eine Ausnahme gilt dann, wenn der Betroffene bei der Äußerung geschäftsunfähig gewesen ist.²³⁷ Eine weitere Ausnahme ist darin zu erblicken, dass sich die der Weisung zugrunde gelegte Sachlage geändert hat. 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. Ist hingegen keine Weisung erteilt worden, ist maßgebend, welche konkrete Entscheidung dem Willen des Betroffenen entspricht.

cc) Der äußerungsfähige Betroffene

Kann sich der Betroffene in der aktuellen Situation noch äußern, ist grundsätzlich auf die so formulierten Wünsche abzustellen. Aufgabe des Bevollmächtigten ist es dann, die Entscheidung des Vollmachtgebers herbeizuführen. Allerdings stellt sich das Problem, ob eine solche Bindung auch besteht, wenn der Wunsch auf einer eingeschränkten Eigenverantwortlichkeit beruht und die Verwirklichung zu einem Schaden führen würde. Die Antwort ist im Innenverhältnis zu finden. Bezweckt der Betroffene gerade, dass er für den Fall vorsorgen möchte, dass er sich in einem Zustand der eingeschränkten Eigenverantwortlichkeit befindet und deshalb Schutz benötigt, dann muss dem Beauftragten ein Weigerungsrecht zukommen, wenn dem Auftraggeber bei Befolgung des Wunsches ein Schaden droht.²³⁸ Denkbar ist also, dass der Bevollmächtigte ermächtigt wird, den Betroffenen davon abzuhalten, sich selbst zu schädigen.²³⁹ Neigte man einer gegenteiligen Ansicht zu, liefe dies nach hiesiger Auffassung dem Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen zuwider. Im Übrigen ist auf früher getätigte Weisungen zurückzugreifen. Eine Zwangsbehandlung ist nur möglich, wenn die Vollmacht dem Bevollmächtigten die entsprechende Befugnis ausdrücklich zuweist.

²³⁵ Vgl. Lipp, Freiheit und Fürsorge, S. 153.

²³⁶ Beispielsweise i. R. e. Patienterverfügung getroffen.

²³⁷ Lipp, Freiheit und Fürsorge, S. 201.

²³⁸ Lipp, Freiheit und Fürsorge, S. 201; ähnlich Walter, S. 115; a.A. Knauf, S. 128.

²³⁹ Pawlowski, FS für Bienwald, S. 215 (224), vgl. auch § 1906 Abs. 5 BGB.

dd) Weigerung des bevollmächtigten Familienangehörigen oder Überforderung

Es stellt sich die Frage, wie zu verfahren ist, wenn bevollmächtigte Angehörige sich weigern, den Betroffenen zu vertreten oder sie schlicht überfordert sind. Nach der Entwurfsbegründung zur Einführung einer gesetzlichen Vertretungsmacht wurde ein diesbezügliches Problem verneint. Die Angehörigen seien nicht verpflichtet, von ihrem gesetzlichen Vertretungsrecht Gebrauch zu machen.²⁴⁰

Dies gelte entsprechend, wenn ein Angehöriger im Einzelfall nicht in der Lage sei, den Betroffenen zu vertreten, was durch die soziale Kontrolle von Ärzten, Nachbarn und Bekannten erkannt werde.²⁴¹

Im Fall mangelnder Bereitschaft zum Handeln seitens des Angehörigen ist fraglich, ob eine Rechtspflicht besteht. Eine Analogie zu § 1898 Abs. 1 BGB verbietet sich, weil keine Regelungslücke besteht. Man mag eine Rechtspflicht zum Handeln des Angehörigen bejahen können aufgrund des zugrunde liegenden Auftrages. Dies ist jedoch unter praktischen Gesichtspunkten zweifelhaft: Die wichtigste Voraussetzung für das Funktionieren einer Vorsorgevollmacht ist die Bereitschaft des Vertreters, seine Rolle wahrzunehmen.²⁴² In der Folge wird daher eine Betreuung eingerichtet werden.

d) Erlöschen des Innenverhältnisses

Der Auftrag unterliegt wegen seiner Unentgeltlichkeit der beiderseitigen und freien Kündigung, § 671 Abs. 1 BGB. Der Bevollmächtigte muss dabei grundsätzlich dem Vollmachtgeber die Gelegenheit geben, einen anderen Bevollmächtigten zu bestellen. Ist der Vollmachtgeber bereits geschäftsunfähig, wird man dem Bevollmächtigten sein Kündigungsrecht nicht verwehren dürfen. Es kann ihm nicht zugemutet werden, unentgeltlich und mit dem vollen Haftungsrisiko tätig zu werden.²⁴³ Jedoch muss er unverzüglich das Gericht über seine Kündigung informieren, damit zügig ein Betreuer bestellt werden kann.

II. Abschluss durch einen Betreuer

Ist kein Bevollmächtigter vorhanden, besteht die Möglichkeit, dass ein Betreuer für den Patienten den Behandlungsvertrag schließt. Ist er für diesen Bereich bestellt, steht ihm die erforderliche Vertretungsmacht zu; er ist der gesetzliche Vertreter des Betreuten, § 1902 BGB.

²⁴⁰ BT-Drs. 15/2494 S. 17.

²⁴¹ BT-Drs. 15/2494 S. 17.

²⁴² Vgl. auch Langenfeld, A., S. 61.

²⁴³ Litztenburger, NotBZ 2007, 1 (2).

1. Das Rechtsinstitut der Betreuung

Mit Einführung des Betreuungsgesetzes²⁴⁴ entstand die rechtliche Betreuung. Durch die Neuregelung sollten die in ihren Fähigkeiten eingeschränkten Personen nicht (mehr) pauschal und generell in ihren Rechten beschnitten werden, wie es bei der durch das Betreuungsgesetz abgelösten Entmündigung, der Vormundschaft und der Gebrechlichkeitspflegschaft über Geschäftsunfähige der Fall war²⁴⁵. Ziel der Einführung der rechtlichen Betreuung war es, das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen zu wahren und den Wünschen des Betreuten soweit wie möglich Vorrang einzuräumen.²⁴⁶ Die wesentliche Aufgabe des Betreuers besteht daher darin, die vorhandenen Fähigkeiten des Betreuten zu erhalten und lediglich die Angelegenheiten, die der Betreute nicht mehr alleine erledigen kann, zu übernehmen und so die verloren gegangenen Fähigkeiten zu kompensieren.²⁴⁷ Anders ausgedrückt heißt das, dass die Betreuung zum einen die Handlungsfähigkeit des Betreuten als Rechtsperson wieder herstellen soll und zum anderen den Betreuten vor einer Selbstschädigung aufgrund seiner eingeschränkten Eigenverantwortlichkeit zu schützen.²⁴⁸ Dabei kann es um den Schutz seiner Person²⁴⁹ gehen oder um den Schutz seines Vermögens²⁵⁰.

Die Betreuung hat keine unmittelbare Auswirkung auf die Geschäftsfähigkeit. Kann der Betreute seinen Willen noch frei bilden, bleibt er geschäftsfähig und kann Rechtsgeschäfte alleine abschließen, damit natürlich auch den Behandlungsvertrag mit dem Arzt. Bei erheblicher Gefährdung des Betreuten ordnet das Gericht einen Einwilligungsvorbehalt an, § 1903 BGB. Dieser hat zur Folge, dass der Betreute nur mit Zustimmung seines Betreuers wirksam Rechtsgeschäfte abschließen kann.

Die Hauptpflicht des Betreuers ist die Erledigung des vom Betreuungsgericht festgelegten Aufgabenkreises.²⁵¹ Der Betreuer hat alle notwendigen Angelegenheiten für den Betroffenen zu erledigen, soweit sie rechtlicher Natur sind. Welche Aufgabenkreise dem Betreuer übertragen werden, stellt das Gericht fest. Dabei kann dem Betreuer die Sorge für alle Angelegenheiten des Betroffenen oder nur für einen bestimmten Bereich zugesprochen werden. Die möglichen Aufgabenkreise lassen sich in die der Personensorge und der Vermögenssorge grob unter-

²⁴⁴ BtG vom 12.9.1990 (BGBl. I, 2002), in Kraft getreten zum 1.1.1992.

²⁴⁵ Vgl. BGHZ 48, 147 (159 f.) = NJW 1967, 2404 (2406); vgl. Henn-Baier, S. 16 f.; ausführlich: Kollmer, Selbstbestimmung im Betreuungsrecht, S. 9 ff.

²⁴⁶ Henn-Baier, S. 16; Diederichsen in: Palandt, Einf. vor § 1896 Rn. 2.

²⁴⁷ Henn-Baier, S. 16 f.

²⁴⁸ BT-Drs. 11/4528, 49, 50; Lipp, Freiheit und Fürsorge, S. 152; Lipp, Betrifft: Betreuung 8, S. 15 (S. 17); vgl. auch Knittel, Betreuungsgesetz, § 1901 BGB Rn. 9; Roth in: Dodegge/Roth, A I., S. 3.

²⁴⁹ Z. B. Regelungen über die Unterbringung nach § 1906 BGB, Einwilligungsvorbehalt nach § 1903 BGB.

²⁵⁰ Z. B. Einwilligungsvorbehalt nach § 1903 BGB.

²⁵¹ § 1901 BGB.

teilen.²⁵² Zur Personensorge zählen die Bereiche der im Rahmen dieser Arbeit relevanten Heilbehandlung bzw. Gesundheitsorge, aber auch solche der Aufenthaltsbestimmung oder Freizeitgestaltung.²⁵³ Der Arztvertrag gehört zum Bereich der Sorge um die Gesundheit.²⁵⁴

Die Zahl betreuter Menschen in Deutschland nimmt stetig zu. Während es im Jahr 2000 924.714 Betreute gab, überstieg die Anzahl der Betreuten im Jahr 2003 erstmals die Millionengrenze und erreichte Ende 2005 die Zahl von 1.200.413 Betreuten.²⁵⁵ Im Vergleich zum Jahr 2000 war dies ein Anstieg von fast 30 Prozent.²⁵⁶ Im Jahr 2006/2007 stieg die Zahl dann zwar kaum noch, erreicht aber dennoch einen Höchststand Ende 2007 mit 1.242.180 Betreuungsverfahren.²⁵⁷ Die Zahl der Betreuungen wird aufgrund des demographischen Wandels weiter steigen.

a) Voraussetzungen der Betreuung

Gem. § 1896 BGB wird für eine volljährige Person ein Betreuer bestellt werden, wenn und soweit sie auf Grund einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung ihre Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht besorgen kann. Die Bestellung erfolgt von Amtswegen oder auf Antrag des Betroffenen.²⁵⁸ Zuständig für die Bestellung ist das Betreuungsgericht.²⁵⁹

Das Betreuungsrecht ist von Grundsätzen der Erforderlichkeit²⁶⁰ sowie der Subsidiarität i. S. des § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB gekennzeichnet²⁶¹. Die Erforderlichkeit ist Maßstab für die Bestellung und sie bestimmt Art und Umfang der Aufgabenkreise.²⁶² Die Fürsorge für den Betroffenen als auch die Beschränkung seiner Rechtsstellung sind auf das jeweilige, im Einzelfall notwendige Maß zu begrenzen.²⁶³ Dem kommt Verfassungsrang zu, soweit sich die Betreuung oder weitere mit ihr verbundene Anordnungen als Eingriff in die Freiheitssphäre der Person darstellen.²⁶⁴

²⁵² Roth in: Dodegge/Roth, A. I. 1. c., S. 11 f.

²⁵³ Roth in: Dodegge/Roth, A. I. 1. c., S. 12.

²⁵⁴ Diekmann, S. 29.

²⁵⁵ Deinert, BtPrax 2007, 3.

²⁵⁶ Deinert, BtPrax 2007, 3.

²⁵⁷ Deinert, BtPrax 2008, 251.

²⁵⁸ S. zur Bezeichnung des Betreuten als Betroffenen: Schwab, Familienrecht, S. 399 Rn. 814.

²⁵⁹ § 1897 Abs. 1 BGB.

²⁶⁰ Als Ausdruck der verfassungsrechtlich geforderten Verhältnismäßigkeit, vgl. Knittel, Betreuungsgesetz, § 1896 BGB Rn. 18.

²⁶¹ BVerfG FamRZ 1999, 1419 (1420); Lipp, Freiheit und Fürsorge, S. 15 ff.; May, S. 109.

²⁶² Vgl. Knittel, Betreuungsgesetz, § 1896 BGB Rn. 18.

²⁶³ Lipp, Freiheit und Fürsorge, S. 15; zur Vermeidung „unnötiger Betreuungen“ s. BT-Drs. 11/4528, 122; Bienwald in: Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann, § 1896 BGB Rn. 44 ff.

²⁶⁴ Vgl. BVerfGE 58, 208 (225); BayObLGZ 1994, 209 (211); s.a. BT-Drs. 11/4528, 120.

Der Grundsatz der Subsidiarität umfasst allgemein die Nachrangigkeit der Betreuung²⁶⁵ oder anders gesagt „den Vorrang der Eigenvorsorge“ vor staatlicher Hilfe²⁶⁶. Eine Betreuung darf nicht eingerichtet werden, wenn der Betroffene einen Dritten zur Vertretung bevollmächtigt hat. Wann trotz wirksamer Bevollmächtigung ein Betreuer bestellt werden kann, wird uneinheitlich und aus verschiedenen Blickwinkeln beantwortet. Größtenteils wird zwischen tatsächlichen und rechtlichen Umständen differenziert; Zweifel Dritter an der Wirksamkeit der Vollmacht betreffen nicht die Erforderlichkeit der Betreuung.²⁶⁷ So könne eine Betreuerbestellung möglich sein, wenn der Dritte zwar bevollmächtigt, aber nicht bereit sei, die Aufgabe zu übernehmen.²⁶⁸ Andere stellen auf die Gleichwertigkeit ab, die zu verneinen sei, wenn der Geschäftsverkehr die Vollmacht nicht anerkenne.²⁶⁹ Ausschlaggebend kann letztlich aber nur eines sein: Dem Betroffenen kann die Hilfestellung durch die Betreuung nicht versagt werden, wenn der Bevollmächtigte ausfällt. Hierbei darf es keine Rolle spielen, weshalb der Bevollmächtigte nicht handelt, ob er nicht agieren möchte oder aufgrund mangelnder Akzeptanz im Geschäftsverkehr dazu nicht in der Lage ist.²⁷⁰

Darüber hinaus darf kein Betreuer bestellt werden, wenn andere – soziale – Hilfestellungen vorhanden sind, die den Betroffenen auffangen, § 1896 Abs. 2 BGB. Darunter fällt insbesondere die Hilfe anderer Personen, also z. B. von Kindern, Eltern, Nachbarn oder sozialen Diensten.²⁷¹ Erfasst wird allerdings nur die faktische Hilfe, also die Gewährung von Unterkunft, Pflege, Botengänge oä.²⁷² Dennoch steht zu vermuten, dass die Dunkelziffer derjenigen Personen, die krankheitsbedingt theoretisch unter Betreuung stehen müssten, mindestens um den Faktor 2 bis 3 höher ist.²⁷³ Daraus lässt sich schließen, dass die Angehörigen dazu dienen, Betreuungen zu vermeiden. Sie „betreuen“ und pflegen ihre Familienmitglieder, ohne dass dies rechtlich nach außen in Erscheinung tritt.²⁷⁴

b) Auswahl des Betreuers

Die Auswahl des Betreuers erfolgt nach der Eignung für die Aufgabe, die Angelegenheiten des Betreuten rechtlich zu besorgen und ihn in dem hierfür erforderli-

²⁶⁵ BT-Drs. 11/4528, 122.

²⁶⁶ Bienwald in: Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann, § 1896 BGB Rn. 70; Schwab in: MünchKommBGB, § 1896 BGB Rn. 47.

²⁶⁷ Walter, S. 20.

²⁶⁸ Schwab in: MünchKommBGB, § 1896 Rn. 145.

²⁶⁹ Perau, MittRhNotK 1996, 285 (292); Wesche, RPfl 1993, 227 f.

²⁷⁰ So auch Fenge, S. 133.

²⁷¹ May, S. 110; Dieckmann, ZRP 2002, 425 (426).

²⁷² Schwab in: MünchKommBGB, § 1896 Rn. 46, s. zum Zusammentreffen von faktischem und rechtlichem Handlungsbedarf Rn. 47.

²⁷³ Vgl. Strätling/Scharf/Eisenbart, MedR 2000, 251 (253).

²⁷⁴ Aufgrund der niedrigen Anzahl von Vorsorgevollmachten ist davon auszugehen, dass diese Personen größtenteils nicht ausdrücklich über dieses Institut bevollmächtigt wurden, s. auch bereits oben § 2 C.

chen Umfang persönlich zu betreuen, § 1897 Abs. 1 BGB. Neben den natürlichen Personen²⁷⁵ kennt das BGB in § 1900 BGB auch die dort beschriebenen juristischen Personen als mögliche Betreuer. Nach dem Grundgedanken des Gesetzes besteht dabei ein Rangverhältnis, das der Betreuung durch eine einzelne Person den Vorrang einräumt.²⁷⁶ Aus § 1897 Abs. 6 BGB ergibt sich der Vorrang des ehrenamtlichen Betreuers vor dem Berufsbetreuer.²⁷⁷

Bei der Betreuerbestellung ist dem Vorschlag der zu betreuenden Person aufgrund ihres Selbstbestimmungsrechts zu entsprechen, wenn dies dem Wohl des Betreuten nicht zuwider läuft. Ebenso hat die Ablehnung einer in Aussicht genommenen Person durch den zu Betreuenden Gewicht, § 1897 Abs. 4 Satz 2 BGB. Im Übrigen sind verwandtschaftliche und persönliche Bindungen und die Gefahr von Interessenkonflikten zu berücksichtigen. Nicht eingesetzt werden dürfen daher Personen, die in einem Abhängigkeitsverhältnis oder in einer anderen engen Beziehung zu einer Einrichtung stehen, in der der Patient versorgt wird, §§ 1896 Abs. 2 Satz 2, 1897 Abs. 3 BGB.

Zugunsten von Angehörigen werden die dargelegten Grundsätze teilweise aufgeweicht. Von der Soll-Vorschrift des § 1897 Abs. 6 BGB ist eine Abweichung möglich, wenn eine enge persönliche Bindung des Betreuten an den von ihm gewünschten Berufsbetreuer besteht.²⁷⁸ Verwandtschaftliche Bindungen werden auch bei einer Gefahr der Interessenkollision berücksichtigt. So hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 20.03.2006²⁷⁹ im Ergebnis dem Elternrecht aus Art. 6 GG den Vorrang gegenüber einer möglichen Interessenkollision eingeräumt.

Die Bestellung von Familienangehörigen als Betreuer ist auch gelebte Praxis: Eine Studie des ISG zur Betreuung kam zu dem Ergebnis, dass über 80 % der Betreuungen durch nahe stehende Personen durchgeführt werden.²⁸⁰ Damit übernehmen sie einen Großteil der Betreuungen. Ein Grund dafür ist, dass Familienangehörige die Bedürfnisse und das Äußerungsverhalten eines Betroffenen vielfach besser kennen als fremde Personen.²⁸¹

²⁷⁵ § 1897 BGB.

²⁷⁶ Schwab, Familienrecht, S. 402 Rn. 819; Dodegge in: Dodegge/Roth, B. I., S. 103.

²⁷⁷ Grund hierfür ist die Vermeidung der Bestellung überqualifizierter Betreuer und die damit einhergehende Belastung für die Staatskasse bei Mittellosigkeit des Betreuten, vgl. Bienwald in: Staudinger, § 1897 Rn. 1.

²⁷⁸ So auch OLG Thüringen, FamRZ 2001, 714 (Leitsatz).

²⁷⁹ BVerfG NJW-RR 2006, 1009 f. = FamRZ 2006, 1509 f. Hier ging es um die Frage, ob eine Frau, die Leiterin eines Heimes für Behinderte ist, gleichzeitig als Betreuerin für ihren geistig behinderten volljährigen Sohn, der in diesem Heim lebt, bestellt werden kann, Näheres s. u. § 7 C.

²⁸⁰ Sellin/Engels, Qualität, Aufgabenverteilung und Verfahrensaufwand, S. 325 (Anhang).

²⁸¹ BayObLG FamRZ 2001, 1249.

2. Die Betreuung in Gesundheitsangelegenheiten

Soweit der Betreute aufgrund von Geschäftsunfähigkeit den Behandlungsvertrag selbst nicht (mehr) abschließen kann, handelt der Betreuer für ihn. Ähnlich wie bei der Vollmacht ist hier zwischen Innen- und Außenverhältnis zu unterscheiden.

a) Außenverhältnis der Betreuung

Mit der Betreuung wird der Betreuer gem. § 1902 BGB als gesetzlicher Vertreter i. S. der §§ 164 ff. BGB des Betreuten legitimiert. Innerhalb des abgesteckten Pflichten- und Rechtskreises ergibt sich die Handlungskompetenz des Betreuers.

Bei der Wahrnehmung der Befugnisse ist der Betreuer grundsätzlich an die Wünsche des Betreuten gebunden.²⁸² Aufgrund der Abstraktheit der Stellvertretung schränken die Wünsche allerdings die Vertretungsmacht grundsätzlich nicht ein. Bei Verletzung der Pflichten im Innenverhältnis bleibt die Vertretung wirksam²⁸³, zieht aber ggf. Schadensersatzansprüche und strafrechtliche Folgen nach sich.²⁸⁴ Von diesem Grundsatz sind zwei Ausnahmen zu machen. Zum einen im Falle der Kollusion. Diese liegt dann vor, wenn der Betreuer als Vertreter und der Arzt als Vertragsgegner bewusst zum Nachteil des Betreuten zusammenwirken.²⁸⁵ Zum anderen wird der Betreute nicht verpflichtet, wenn ein evidenter Missbrauch der Vertretungsmacht vorliegt.²⁸⁶

Hat der Betreuer ohne Vertretungsmacht gehandelt, sind die Rechtsfolgen den §§ 177 ff. BGB zu entnehmen. Das Rechtsgeschäft ist schwebend unwirksam bis zur Erteilung einer Genehmigung.²⁸⁷ Der Betreute kann das Geschäft auch im Falle der Geschäftsfähigkeit nicht selbst genehmigen.²⁸⁸ Der Betreuer kann die Genehmigung erteilen, wenn sein Aufgabenkreis entsprechend erweitert wurde. Hier sind allerdings die Grenzen des § 181 BGB zu beachten.

b) Innenverhältnis der Betreuung

Nach § 1901 Abs. 3 BGB hat der Betreuer den Wünschen des Betreuten zu entsprechen, soweit diese nicht dessen Wohl zuwider laufen und sie dem Betreuer zuzumuten sind. 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 will, § 1901 Abs. 3 Satz 2 BGB. Die Wunschäußerung kann im Rahmen einer Betreuungsverfügung erfolgen. Mit dem Rechtsinstitut der Betreuungsverfügung, vgl. § 1901c BGB, können das Selbstbestimmungsrecht und die Eigenverantwortlichkeit für den Fall des Verlustes der persönlichen Willensfähigkeit auf

²⁸² § 1901 Abs. 3 S. 1 und 2 BGB.

²⁸³ Larenz/Wolf, § 46 Rn. 139.

²⁸⁴ Lipp, Freiheit und Fürsorge, S. 184.

²⁸⁵ Vgl. Larenz/Wolf, § 46 Rn. 143.

²⁸⁶ Vgl. Larenz/Wolf, § 46 Rn. 142.

²⁸⁷ Vgl. Pawlowski, AT, § 5 Rn. 798; Neuhausen, RNotZ 2003, 157 (169).

²⁸⁸ Neuhausen, RNotZ 2003, 157 (169).

juristisch bindende Weise ausgeübt werden.²⁸⁹ Der Betroffene kann mit einer Betreuungsverfügung nicht nur bestimmen, wer vom Gericht zum Betreuer eingesetzt werden soll, sondern er kann auch vorgeben, wie der einzusetzende Betreuer seine Aufgaben erfüllen soll.²⁹⁰

Der Gesetzgeber scheint den Begriffen Wunsch und Wohl einen unterschiedlichen Sinngehalt zuzusprechen. Eine Abgrenzung ist dabei jedoch schwierig.²⁹¹ Nach einer Teildefinition in § 1901 Abs. 2 Satz 2 BGB gehört zum Wohl „auch die Möglichkeit, im Rahmen seiner [des Betreuten] Fähigkeiten sein Leben nach seinen eigenen Wünschen und Vorstellungen zu gestalten“. Im Übrigen wird versucht, den Begriff des Wohls unter Hinzunahme objektiver und subjektiver Kriterien zu definieren.²⁹² Letztlich umfasst der Begriff alles, was für den Betreuten in dessen konkreter Situation zur Erhaltung von Leben, Gesundheit, Wohlbefinden, Integrität und Vermögen wichtig ist.²⁹³

Aus der Gesetzessystematik ergibt sich ein Vorrang der Wunschbefolgungspflicht.²⁹⁴ Das klärt das Verhältnis von Wunsch und Wohl aber noch nicht. Im Rückgriff auf die rechtsdogmatische Funktion der Betreuung ist festzuhalten, dass es beim äußerungsunfähigen Betreuten darum geht, seine Handlungsfähigkeit wieder herzustellen. Das Wohl des Betreuten ist hierbei Maßstab und Ziel für die Entscheidung des Betreuers als Stellvertreter.²⁹⁵ Demgegenüber ist es bei gesprächsfähigen Betreuten Aufgabe des Betreuers, die Entscheidung des Betreuten zu verwirklichen.²⁹⁶ Hier geht es darum, den Betroffenen vor Selbstschädigung zu schützen. Es sind drei Stadien zu unterscheiden: Hat der Betreute im Vorfeld der Behandlung Wünsche geäußert oder Erklärungen abgegeben? Hat der Betreute in der konkreten Behandlungssituation Wünsche geäußert? Oder liegen gar keine Angaben des Betreuten vor, weil er sich nicht mehr artikulieren kann? Letztlich läuft dies auf die Differenzierung hinaus, ob der Betreute äußerungsfähig ist oder nicht.²⁹⁷

²⁸⁹ Überblick bei Lipp, FS für Bienwald, S. 177 ff.; vgl. i.Ü. Bienwald, BtPrax 1998, 164 ff.; Epple, BtPrax 1993, 156 ff. und BWNtZ 1992, 27 ff.; Langenfeld, A., S. 156 ff.; Perau, MittRhNotK 1996, 285 ff.; Uhlenbruck, Patiententestament, S. 16 ff. und Selbstbestimmtes Sterben, S. 320 ff.

²⁹⁰ Ausführlich zur Betreuungsverfügung: Klein, passim.

²⁹¹ Lipp, Freiheit und Fürsorge, S. 150, zählt das Verhältnis wohl zu Recht zu den umstrittensten Fragen des Betreuungsrechts; vgl. auch Karliczek, S. 5.

²⁹² Vgl. Darstellung bei Karliczek, S. 9 ff.

²⁹³ Diercks, S. 49.

²⁹⁴ Schwab in: MünchKommBGB, § 1901 Rn. 21; Roth in: Dodegge/Roth, D. I. 1. a., S. 248.

²⁹⁵ Lipp, Freiheit und Fürsorge, S. 152 f.

²⁹⁶ Lipp, Freiheit und Fürsorge, S. 155.

²⁹⁷ Lipp, Freiheit und Fürsorge, S. 153 ff.; vgl. auch Diercks, S. 50 ff.

aa) Der äußerungsunfähige Betreute

Ist der Betreute nicht mehr geschäftsfähig lautet die entscheidende Frage, wie der Betreute selbst entscheiden würde, wenn er es noch könnte²⁹⁸, d. h. dass letztlich auf den mutmaßlichen Willen abzustellen ist²⁹⁹. Diesen mutmaßlichen Willen herauszufinden, ist Aufgabe des Betreuers.³⁰⁰ Materiell sind für diese Entscheidung dieselben Kriterien maßgebend wie bei der Geschäftsführung ohne Auftrag oder der mutmaßlichen Einwilligung.³⁰¹ Ist dem Betreuten die Äußerungsfähigkeit erst im Laufe der Zeit abhanden gekommen ist, muss sich der Betreuer an frühere Erklärungen des Betreuten orientieren. Andernfalls hat der Betreuer alle Möglichkeiten auszuschöpfen, Wertvorstellungen und Einstellungen des Betreuten herauszufinden. Dies kann beispielsweise durch Befragung von Familienangehörigen, Lebenspartnern oder des Hausarztes geschehen. Geht es aber darum, dem Betreuten wieder die Möglichkeit zu verschaffen, selbst zu entscheiden, ist maßgebend, ob und welche ärztliche Behandlung dies vermag und ob dies dem Interesse des Betreuten entspricht.³⁰²

bb) Der äußerungsfähige Betreute

Anders ist die Lage, wenn der Betreute in der aktuellen Situation noch geschäftsfähig ist. Dabei ist zu beachten, dass es sich bei der Äußerung eines Wunsches nicht um eine Willenserklärung handelt, mit der Folge, dass auch Wünsche eines Geschäftsunfähigen Handlungspflichten des Betreuers auslösen können.³⁰³ Auch tatsächliches Handeln, das eine Neigung des Betreuten erkennen lässt, kann auf einen Wunsch hindeuten.³⁰⁴

c) Die Rolle des Betreuungsgerichts

Die Entscheidung über eine Behandlung liegt beim Betreuer. Das Gericht übt jedoch die Kontrolle über den Betreuer aus. Verweigert der Betreuer den Abschluss des Behandlungsvertrags und läuft dies dem Wohl des Betreuten zuwider, kommen gerichtliche Maßnahmen nach § 1837 Abs. 2, 3 BGB in Betracht. Das Gericht kann den Betreuer anweisen, eine bestimmte Entscheidung zu treffen, also den Behandlungsvertrag abzuschließen. Ein Selbsteintritt des Gerichts kommt hingegen nicht in Betracht.³⁰⁵ Nur für den Fall der Verhinderung des Be-

²⁹⁸ Lipp, Freiheit und Fürsorge, S. 154.

²⁹⁹ Lipp, BtPrax 2004, 18 ff.; kritisch Seitz, FS für Bienwald, 305 (315 ff.), der meint, es könne auf den Willen des Betreuers als gesetzlichen Vertreter abgestellt werden, wenn der wirkliche Wille des Betreuten nicht zuverlässig festgestellt werden könne.

³⁰⁰ Diercks, S. 48, der hiermit auch die persönliche Betreuung unterstreicht.

³⁰¹ Lipp, Freiheit und Fürsorge, S. 154.

³⁰² Lipp, Freiheit und Fürsorge, S. 165; vgl. auch § 1901 Abs. 5 BGB.

³⁰³ Karliczek, S. 13.

³⁰⁴ Schwab in: MünchKommBGB, § 1901 Rn. 6; Mayer, S. 83.

³⁰⁵ Näher soll im Rahmen dieser Bearbeitung auf diese Fragen nicht eingegangen werden, ausführlicher: Hoffmann in: Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann, § 1904 BGB Rn. 99 ff.

treuers, worunter lediglich die objektive Verhinderung, also beispielsweise die Nichterreichbarkeit³⁰⁶ zu fassen ist, kann das Gericht gem. § 1846 BGB einstweilige Maßnahmen treffen.

III. Geschäftsführung ohne Auftrag

Steht kein Vertreter zur Verfügung und ist der Patient dauerhaft eingeschränkt, wird der Arzt eine Betreuerbestellung veranlassen. Bleibt hierfür keine Zeit, kommt eine Geschäftsführung ohne Auftrag durch den Arzt in Betracht, §§ 677 ff. BGB.³⁰⁷ Eine erlaubte Geschäftsführung ohne Auftrag gem. §§ 677, 683 BGB setzt eine Besorgung eines fremdes Geschäfts ohne Auftrag im Interesse und mit dem Willen des Geschäftsherrn voraus.³⁰⁸

1. Geschäftsbesorgung ohne Auftrag und fremdes Geschäft

Geschäftsbesorgung bedeutet eine Tätigkeit zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts, einer rechtsgeschäftsähnlichen oder tatsächlichen Handlung gleich welcher Art.³⁰⁹ Die ärztliche Behandlung ist eine solche Geschäftsbesorgung. Da der Arzt auch nicht beauftragt wurde, ist auch das Merkmal „ohne Auftrag“ erfüllt. Da dem Arzt sein Handeln als auftragsloser Geschäftsführer auch bewusst ist, liegt der subjektive Tatbestand der Geschäftsführung ohne Auftrag ebenfalls vor.³¹⁰

Des Weiteren muss es sich um ein für den Arzt objektiv fremdes Geschäft handeln.³¹¹ Ein Geschäft ist dann objektiv fremd, wenn es ausschließlich in den Rechtskreis des Geschäftsherrn gehört und nicht in den des Geschäftsführers.³¹² Behandelt ein Arzt einen Patienten, handelt es sich um ein fremdes Geschäft.

2. Interesse und Wille

Erforderlich ist des Weiteren zum einen, dass die Behandlung im objektiv verstandenen Interesse³¹³ des Patienten liegt, § 683 S. 1 BGB. Zum anderen muss die ärztliche Tätigkeit dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Betroffenen entsprechen. Nur dann kann der Arzt Ersatz seiner Aufwendungen verlangen.

³⁰⁶ Hoffmann in: Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann, § 1904 BGB Rn. 100.

³⁰⁷ Ein Teil der Lehre geht bei der Behandlung eines bewusstlosen Unfallopfers von einem faktischen Vertragsverhältnis aus, vgl. dazu Laufs/Uhlenbruck, § 40 Rn. 12. m. N.

³⁰⁸ Hat der Arzt die Geschäftsunfähigkeit des Patienten nicht erkannt, ist fraglich, ob die Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag greifen. Bejahend BGHZ 37, 258, 262 f.; 39, 87, 90; LG Berlin NJW 1977, 1826; ebenso Steffen in: RGRK, Vorbem. vor § 677, Rn. 54, 57; Berg, JuS 1972, 193 (194), zum Meinungsstreit Röver, S. 105 ff.

³⁰⁹ Sprau in: Palandt, § 662 Rn. 6.

³¹⁰ Vgl. hierzu Röver, S. 108.

³¹¹ Auf die Frage, ob auch das sog. „auch-fremde Geschäft“ erfasst wird, kommt es hier nicht an, vgl. zur Diskussion Bergmann in: Staudinger, § 687, Rn. 14 ff.

³¹² Bergmann in: Staudinger, § 687, Rn. 14.

³¹³ Deutsch/Spickhoff, S. 68 Rn. 100.

Das Interesse ist dann gegeben, wenn eine entsprechende Indikation für eine ärztliche Behandlung vorliegt. Der wirkliche Wille kann nur beachtet werden, wenn er konkludent oder ausdrücklich geäußert wird. Ist er nicht feststellbar, ist auf den mutmaßlichen Willen abzustellen. Für dessen Ermittlung kommt es darauf an, ob der Geschäftsherr, also der Patient, der Behandlung durch den Arzt als Geschäftsführer zugestimmt hätte. Entscheidend ist der wahrscheinliche, subjektive Wille des Geschäftsherrn, der unter Berücksichtigung aller sich bietenden konkreten Anhaltspunkte zu erforschen ist.³¹⁴ Dabei soll auf Informationen durch Angehörige zurückgegriffen werden.³¹⁵ Erst wenn dies erfolglos bleibt, ist unter objektiver Berücksichtigung der Gesamtumstände der mutmaßliche Wille zu ermitteln. Dieser entspricht dann regelmäßig dem Interesse.³¹⁶

B. Abschluss im Normalfall

Kann der Betroffene in einem Normalfall aus rechtlichen Gründen den Behandlungsvertrag nicht mehr rechtswirksam abschließen, kann unter den eben genannten Voraussetzungen ebenfalls ein Vertreter für ihn handeln. Das Handeln des Vertreters kann durch eine Bevollmächtigung oder eine gesetzliche Vertretungsmacht i. R. einer Betreuerbestellung legitimiert sein. Zu bedenken ist aber stets, dass der Abschluss eines Behandlungsvertrags der Privatautonomie unterliegt.³¹⁷ Der Arzt ist außer im Notfall daher nicht verpflichtet, sich auf die Behandlung eines Patienten, mit dem er selbst nicht mehr verhandeln kann, einzulassen, selbst wenn der Bevollmächtigte darauf drängt.³¹⁸

Eine Legitimation über die Geschäftsführung ohne Auftrag ist hier nicht möglich. Es ist eine Betreuerbestellung anzuregen.

C. Zusammenfassung

Kann der Betroffene den Behandlungsvertrag aufgrund von Geschäftsunfähigkeit nicht mehr selbst abschließen, besteht die Möglichkeit, dass ein Stellvertreter für ihn handelt.

Ein Bevollmächtigter wird kraft rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht legitimiert, den Behandlungsvertrag im Namen des Betroffenen abzuschließen. Die Bevollmächtigung geschieht im Rahmen einer Vorsorgevollmacht, wobei die Vollmacht bis zum Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers jederzeit formfrei widerrufen werden kann. Im Innenverhältnis wird regelmäßig ver-

³¹⁴ Eisenbart, S. 76.

³¹⁵ BGHZ 29, 176 (184).

³¹⁶ Seiler in: MünchKommBGB, § 683 Rn. 10.

³¹⁷ S. o. § 3 A.

³¹⁸ Bienwald in: Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann, § 1896 BGB Rn. 76.

einbart, dass der Bevollmächtigte erst dann von der Vollmacht Gebrauch machen darf, wenn der Vollmachtgeber selbst nicht mehr in der Lage ist, den Behandlungsvertrag abzuschließen. Im Übrigen ist der Bevollmächtigte im Innenverhältnis, welches im Regelfall ein Auftrag ist, verpflichtet, den Weisungen und Wünschen des Betroffenen Folge zu leisten. Dem Selbstbestimmungsrecht wird so bestmöglich Rechnung getragen. Der Bevollmächtigte übt das Selbstbestimmungsrecht für den Betroffenen aus. Hier spielen die Angehörigen eine besondere Rolle, da sie oft als Bevollmächtigte gewählt werden und in der Regel auch am besten die Wünsche und Vorstellungen des Betroffenen kennen.

Ist kein Bevollmächtigter vorhanden, wird ein Betreuer bestellt. Der Betreuer ist der gesetzliche Vertreter des Betroffenen. Er übt das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen – im Falle des Abschlusses des Behandlungsvertrags die Privatautonomie – für diesen aus. In der Regel werden Familienangehörige oder sonstige nahe stehende Personen als Betreuer eingesetzt. Die Zahl der Betreuungen, die durch Familienangehörige ausgeübt werden, spiegelt deren Bedeutung im Kontext der Vertretung von Menschen, die selbst nicht mehr in der Lage sind, für sich zu entscheiden, wider. Der Grund dafür liegt auch hier darin, dass Angehörige grundsätzlich am besten mit den Wünschen des Betreuten vertraut sind. Die Ausübung der Betreuung ist an seinen Wünschen orientiert. Der Betreuer kann davon abweichen, wenn die Erfüllung dem Wohl des Betreuten zuwiderläuft oder die Wunscherfüllung dem Betreuer unzumutbar ist. So ist beispielsweise auch eine Zwangsbehandlung unter bestimmten Voraussetzungen zulässig.

Im Notfall, d. h. in einer Situation, in der ein schnelles ärztliches Handeln erforderlich ist, weil dem Patienten andernfalls ein Schaden droht, kann ebenso wie im Normalfall einer Behandlung ein Stellvertreter den Behandlungsvertrag für den Betroffenen abschließen. Ist ein solcher nicht zugegen, kann die ärztliche Behandlung über die Grundsätze der Geschäftsführung ohne Auftrag legitimiert werden. Die Geschäftsführung ohne Auftrag ist an dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn ausgerichtet.

§ 5 Lösungen bei Einwilligungsunfähigkeit: Einwilligung in die Behandlung

Inwieweit die für den Behandlungsvertrag aufgezeigten Grundsätze auch für die Einwilligung gelten, wird im folgenden Abschnitt geprüft.

A. Rechtfertigung im Notfall

I. Einwilligung durch einen Bevollmächtigten

Die Einwilligung in die ärztliche Behandlung kann möglicherweise durch einen Bevollmächtigten erfolgen. Zu klären ist zunächst, ob eine Stellvertretung in Gesundheitsfragen überhaupt zulässig ist.

1. Zulässigkeit einer Vertretung in Gesundheitsfragen aufgrund einer Vollmacht

Die §§ 164 ff. BGB gelten grundsätzlich nur für Willenserklärungen, also für den rechtsgeschäftlichen Verkehr. Gegenstand eines Vertreterhandelns können damit prinzipiell nur Willenserklärungen sein, die der Vertreter im Namen des Vertretenen abgibt oder entgegen nimmt.³¹⁹ Die rechtliche Einordnung der Einwilligung

³¹⁹ Heinrichs in: Palandt, Einführung vor § 164 Rn. 3.

in die Behandlung ist nicht ganz unumstritten.³²⁰ Früher wurde die Einwilligung in eine ärztliche Maßnahme als rechtsgeschäftliche Willenserklärung angesehen³²¹. Die damalige Rechtsprechung in Zivil- und Strafsachen maß die Einwilligungsfähigkeit daher an den §§ 104 ff. BGB.³²² Danach war einwilligungsfähig, wer geschäftsfähig war. In seinem Urteil aus dem Jahre 1958 verneinte der BGH³²³ den rechtsgeschäftlichen Charakter der Einwilligung und ordnete sie als Gestattung oder Ermächtigung zur Vornahme einer tatsächlichen Handlung ein, die in den Rechtskreis des Betroffenen eingreift. Dem hat sich die zivilrechtliche Literatur weitgehend angeschlossen.³²⁴ Lediglich einige wenige Stimmen halten an der Einordnung als Willenserklärung fest.³²⁵

Unter Zugrundelegung der Ansicht, dass die Einwilligung keine Willenserklärung sei, wurde früher teilweise vertreten, dass eine Vollmacht nur vermögensrechtliche Angelegenheiten erfassen könne.³²⁶ Das führte dazu, dass die Möglichkeit einer Vertretung bei der Einwilligung in eine Heilbehandlung gänzlich abgelehnt wurde³²⁷ oder nur für zulässig gehalten wurde, wenn eine Überwachungsbetreuung beschlossen würde³²⁸.

Mittlerweile ist der Streit um die Zulässigkeit der Stellvertretung obsolet geworden. Zum einen wendete der BGH die §§ 164 ff. BGB entsprechend an. Zum anderen geht der Gesetzgeber nunmehr selbst von der Möglichkeit der Stellvertretung aus. Nach der Überarbeitung des Betreuungsrechts und mit der Einführung des § 1904 Abs. 2 BGB (a. F.)³²⁹ ist nun gesetzlich die Frage geklärt, ob es rechtlich zulässig ist, eine Vertrauensperson zu bevollmächtigen, den Vollmachtgeber bei Entscheidungen aus dem Gesundheitsbereich zu vertreten. Auch in der Gesetzesbegründung hat der Gesetzgeber die Zulässigkeit der Vertretung in die Einwilligung ausdrücklich anerkannt.³³⁰

³²⁰ Vgl. die Darstellung bei Ohly, S. 178 ff.

³²¹ RGZ 68, 431 (433); BGHZ 7, 198 (207).

³²² In Zivilsachen: BGHZ 2, 159; 7, 207; NJW 58, 905; in Strafsachen: RGSt 25, 375, 381; 38, 34 f.; s. hierzu bereits § 3 C.

³²³ BGHZ 29, 33 ff.

³²⁴ Schwab in: MünchKommBGB, § 1904 Rn. 4; Heinrichs in: Palandt, Überblick v. § 104 Rn. 6; Kuhlmann, S. 19.

³²⁵ Kohte, AcP 185 (1985), 105 (142 f.); Mayer, S. 26 ff.; sich gegen die Einordnung als geschäftsähnliche Handlung aussprechend Ohly, S. 210.

³²⁶ Vgl. Kothe, AcP 185 (1985), 105, (142); vgl. Lenckner in: Schönke/Schröder, StGB, vor §§ 32 StGB, Rn. 43; s. die weiteren Nachweise bei Walter, S. 208; s. zur Ablehnung des Rechtsinstituts des Patientenanwalts: Hiersche, Thesen M 27.

³²⁷ OLG Düsseldorf BtPrax 1997, 162; Schwab, FamRZ 1992, 493 (496).

³²⁸ Vgl. hierzu Walter, S. 229.

³²⁹ In Kraft getreten am 01.01.1999.

³³⁰ BT-Drs. 11/4528, S. 140. Im Vorfeld bereits LG Stuttgart, BtPrax 1994, S. 64 ff., das entschied, dass es nicht um die Frage gehe, ob jemand auf eine ihm noch mögliche Selbstbestimmung verzichte und sich dadurch unveräußerlicher Rechte begeben, sondern darum, ob jemand bei unabweichlicher Fremdbestimmung vorher selbst noch Einfluss nehmen dürfe oder ob er in jedem Fall der staatlich organisierten Fremdbestimmung ausgeliefert sei.

2. Außenverhältnis

Auch hier ist streng zwischen Innen- und Außenverhältnis zu unterscheiden.

a) Begründung der Vollmacht

Für die Begründung der Vollmacht gelten dieselben Grundsätze wie in Bezug auf den Behandlungsvertrag geschildert.³³¹ Die Darstellung beschränkt sich auf die Unterschiede.

aa) Inhalt der Vollmacht

Inhalt der Vollmacht ist, dass der Bevollmächtigte an Stelle des Vollmachtgebers für diesen in die angebotene ärztliche Maßnahme einwilligt oder sie ablehnt. Zu den ärztlichen Maßnahmen zählen die Untersuchung des Gesundheitszustandes, eine Heilbehandlung oder ein ärztlicher Eingriff.³³² Untersuchung umfasst jede Art der ärztlichen Diagnose. Unter Heilbehandlung sind alle ärztlichen Maßnahmen zu verstehen, die auf Wiederherstellung der Gesundheit oder Beseitigung und Linderung von Krankheitsfolgen gerichtet sind. Als ärztlicher Eingriff sind Behandlungen zu qualifizieren, mit denen eine Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit einhergeht.³³³

bb) Schriftform

Fraglich ist, ob die Vollmacht einem Formerfordernis unterliegt. Grundsätzlich bedarf die Vollmachtserteilung gem. § 167 Abs. 2 BGB keiner Form. Aus dem Wortlaut des § 1904 Abs. 5 BGB³³⁴ ergibt sich aber, dass der Bevollmächtigte wirksam „in eine der in Absatz 1 Satz 1 oder Absatz 2 genannten Maßnahmen nur einwilligen, nicht einwilligen oder die Einwilligung widerrufen“ kann, „wenn die Vollmacht diese Maßnahmen ausdrücklich umfasst und schriftlich erteilt ist“. Hervorzuheben ist, dass es nach dem Gesetzestext nicht um die Wirksamkeit der Vollmacht geht, sondern um Fragen ihres Gebrauchs. Im Vordergrund steht die Frage nach der Wirksamkeit der Einwilligung. Damit kann trotz wirksamer Vollmacht eine vertretungsweise Einwilligung in die ärztliche Behandlung unwirksam sein.

Unklar bleibt jedoch, ob mit der Vorschrift Einwilligungen in medizinische Behandlungen allgemein erfasst sind oder lediglich die riskanten Maßnahmen i. S. des Abs. 1 bzw. 2 umfasst sein sollen. Da diese Vorschrift erst zum 01.09.2009 in Kraft getreten ist, existieren bisher noch keine umfassenden Stellungnahmen. Die

³³¹ S. o. § 4 A. I. 2.

³³² Mayer, S. 123.

³³³ Mayer, S. 123 f.

³³⁴ Fassung nach In-Kraft-Treten des Dritten Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts am 01.09.2009.

vorhergehende Vorschrift lautete jedoch ähnlich (§ 1904 Abs. 2 BGB a.F.); danach konnte der Bevollmächtigte nur einwilligen, wenn die „Vollmacht schriftlich“ erteilt worden war und „die in Absatz 1 genannten Maßnahmen ausdrücklich“ umfasste. Hier entfachte sich die Diskussion darum, ob die Vorsorgevollmacht in Gesundheitsangelegenheiten in jedem Falle Schriftform erforderte oder nur bei Risikoeingriffen.

Eine weit verbreitete Auffassung beschränkt das Erfordernis der Schriftlichkeit auf die genehmigungsbedürftigen Fälle des § 1904 Abs. 1 BGB.³³⁵ Nach einer anderen Meinung bedarf die Vollmacht für alle medizinischen Maßnahmen der Schriftform.³³⁶

Aus Beweisgründen ist Schriftform jedenfalls empfehlenswert. Hierin besteht Einigkeit. Dies kann aber kein Argument für das entsprechende rechtliche Erfordernis sein. Für die Antwort ist die Vorschrift § 1904 Abs. 5 BGB auszulegen. Dies geschieht klassischerweise auf vier Weisen: die grammatikalische, die historische, die systematische und die teleologische Auslegung.

Dem Wortlaut nach wird von der „Einwilligung“ gesprochen und auf die Abs. 1 und 2 Bezug genommen. Daraus könnte abzuleiten sein, dass nur die Vollmacht für die Einwilligung in Risikoeingriffe bzw. der Widerruf oder die Nichteinwilligung in das Unterlassen einer lebensnotwendigen Maßnahme einer Schriftform bedarf. Hoffmann³³⁷ schloss bereits aus dem Wortlaut der alten Fassung, dass die Schriftform nur bei Maßnahmen nach § 1904 Abs. 1 BGB erforderlich sei. Nach dem jetzigen Wortlaut gilt dies erst recht.

Dasselbe Ergebnis ergibt sich aus der historischen Betrachtung. Bis zur Einführung des § 1904 BGB galt der Grundsatz, dass eine Vorsorgevollmacht formfrei erteilt werden konnte.³³⁸ Der Wille des Betroffenen sollte durch Formvorschriften nicht beschränkt werden.³³⁹ Auch aus der Systematik und der Überschrift lässt sich der Rückschluss ziehen, dass nur die gefährlichen Heileingriffe der Schriftform bedürfen. Dies spricht dafür, dass die Vollmacht nicht stets der Schriftform bedarf.

³³⁵ Hoffmann in: Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann, § 1904 BGB Rn. 29, 33 f.; Bienwald in: Staudinger, § 1904 BGB Rn. 63; Marschner in: Jürgens, § 1904 BGB Rn. 1; Taupitz, Gutachten, A 118; Berger, JZ 2000, 797 (803); Bückler/Viefhues, ZNotP 2007, 126 (127); ebenso wohl auch Roth in: Erman, § 1896 BGB Rn. 43.

³³⁶ LG Hamburg BtPrax 1999, 243 f. = DNotZ 2000, 220, 221 f. m. Anm. Langenfeld, G., DNotZ 2000, 222 ff.; OLG Zweibrücken BtPrax 2002, 171 (172), wo es letztlich offen blieb; Bauer/Klie, Patientenverfügungen, C. II. 1. c), S. 59; Lipp, Handbuch Vorsorge, § 2 Rn. 33, § 16 Rn. 25 f.; Müller, G., DNotZ 1999, 107, 110 ff.; Renner in: Müller/Renner, S. 105 Rn. 305; Schwab in: MünchKommBGB, § 1904 BGB Rn. 71.; Zimmermann in: Soergel, § 1904 Rn. 54; Seitz, FS für Bienwald, S. 305 (316); Spanl, Rpfleger 2006, 455 (456); Zimmermann, S. 71 Rn. 76.

³³⁷ Hoffmann in: Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann, § 1904 BGB Rn. 33.

³³⁸ Müller, G., DNotZ 1999, 107 (109).

³³⁹ Vgl. BT-Drs. 11/4528, S. 128; Baumann, MittRhNotK 1998, 1 (4).

Aus der Gesetzesbegründung wiederum geht hervor, dass die Einwilligungsbefugnis von einer Vollmacht nur dann umfasst sei, wenn die Vollmacht schriftlich erteilt sei und sich ausdrücklich auf Untersuchungen des Gesundheitszustandes, auf Heilbehandlungen und ärztliche Eingriffe beziehe.³⁴⁰ Ähnlich der Entwurf des Bundestagsabgeordneten *Joachim Stünker* und Kollegen³⁴¹ zur gesetzlichen Regelung der Patientenverfügung, nach deren Vorlage der jetzige § 1904 gefasst ist: „Voraussetzung für die Entscheidung eines Bevollmächtigten ist zunächst, dass die Vollmacht schriftlich erteilt wurde und Entscheidungen nach den Absätzen 1 und 2 ausdrücklich umfasst sind“. Die Intention des Gesetzgebers war mithin, dass die Vollmacht für alle medizinischen Maßnahmen der Schriftform bedarf. Sinn ist der Schutz des Bürgers vor unbewusst erteilten Vollmachten, d. h. letztlich Schutz eines nicht mehr Einwilligungsfähigen vor unüberlegten, vorschnell und unprofessionell getroffenen Entscheidungen des Bevollmächtigten.

Das AG Frankfurt³⁴² entschied darüber hinaus in teleologischer Extension der Gesetzesbestimmungen, die Ermächtigung des Bevollmächtigten zu besonders einschneidenden Maßnahmen wie beispielsweise die Unterbringung des Betroffenen bedürfe einer besonderen Bestätigung und einer handschriftlichen Ergänzung. Diese Entscheidung ist einhellig als überzogen kritisiert worden.³⁴³ Dem ist zuzustimmen. Die Form richtet sich nach § 126 BGB. Hier wird bei Schriftform eine handschriftliche Ergänzung jedenfalls nicht verlangt. Eine solche Forderung widerspricht deutlich dem Erfordernis der Klarheit von Rechtsvorschriften und ist damit gesetzeswidrig. Sie würde so einen deutlich formulierten Willen auf unrechtmäßige Weise unterlaufen, nur weil eine handschriftliche Ergänzung fehlte, für deren Erfordernis es keine klare Bestimmung gibt.

Mit der Regelung in § 1904 Abs. 5 BGB hat der Gesetzgeber eine allgemeingültige Regel für die Vollmachten in Gesundheitsfragen aufgestellt. Im Ergebnis muss der Bevollmächtigte mit Blick auf die Gesetzesbegründungen³⁴⁴ eine schriftliche Vollmacht vorlegen, um wirksam in eine Behandlung – gleich welcher Eingriffsqualität – einwilligen zu können.

cc) Ausdrücklichkeit

§ 1904 Abs. 5 BGB verlangt neben der Schriftform, dass die Vollmacht die in § 1904 Abs. 1 Satz 1 oder Abs. 2 BGB genannten Maßnahmen ausdrücklich umfasst, das sog. Konkretisierungsgebot³⁴⁵. Ausweislich des Wortlautes bezieht sich das – in der Rechtsordnung ungewöhnliche – Erfordernis auch hier auf die Wirksamkeit der Einwilligung, nicht der Vollmacht. Es stellt sich wiederum die Frage,

³⁴⁰ BT-Drs. 13/7158, S. 34.

³⁴¹ BT-Drs 16/8442 S. 19.

³⁴² AG Frankfurt, BtPrax 1999, 246 f.; vgl. auch § 1906 BGB.

³⁴³ vgl. Milzer, FPR 2007, 69 (70).

³⁴⁴ BT-Drs. 13/7158, S. 34 bzw. BT-Drs. 16/8442, S. 19.

³⁴⁵ Zimmermann, S. 71 Rn. 77.

welche Maßnahmen erfasst sind. Letztlich wird man hier zu demselben Meinungsstand wie im Rahmen der Schriftform kommen. Vielfach werden unter den „in Abs. 1 S. 1 genannten Maßnahmen“ alle medizinischen Maßnahmen gefasst.³⁴⁶ Teilweise wird aber auch hier das Ausdrücklichkeitserfordernis auf die genehmigungsbedürftigen Maßnahmen beschränkt.³⁴⁷ *Dodegge/Fritsche*³⁴⁸ meinen, dass sich die verschärften inhaltlichen Anforderungen erkennbar nur auf die Einwilligungen bezögen, die mit den erwähnten Gefahren verbunden seien. Eine Ausdehnung werde der Intention des 1. BtÄndG nicht gerecht, mit dem im Alltag die Vollmachten erleichtert werden sollten. Hier kann letztlich aber nichts anderes gelten als soeben im Rahmen der Schriftform dargestellt. Das Ausdrücklichkeitserfordernis soll nach der Gesetzesbegründung neben der Schriftform sicherstellen, dass eine Vollmacht nicht übereilt, sondern bewusst und überlegt erteilt wird.³⁴⁹ Eine schriftliche Generalvollmacht genügt damit in Gesundheitsangelegenheiten nicht; diese kann nur in Vermögensangelegenheiten Wirksamkeit entfalten.³⁵⁰

Im Einzelnen umstritten ist darüber hinaus, wie dem Konkretisierungsgebot Genüge getan werden kann. Einigkeit besteht wohl darin, dass nicht unbedingt der Wortlaut des § 1904 BGB gewählt werden muss.³⁵¹ Im Übrigen gehen die Meinungen auseinander. Das LG Hamburg³⁵² hat den abstrakten Begriff „Sorge um meine Gesundheit“ als unzureichend angesehen, weil einem Laien so der Umfang der übertragenen Befugnisse nicht erkennbar werde. *Schwab*³⁵³ hingegen hält den Begriff „Gesundheitsorge“ für ausreichend, *Diederichsen*³⁵⁴ wiederum lässt „medizinische/ärztliche Maßnahmen“ mit Verweisung auf die Gesetzesbegründung nicht genügen. Teilweise wird daher empfohlen, den Umfang der Vollmacht „bildlicher und ausführlicher“³⁵⁵ zu gestalten bzw. den Umfang der Vollmacht „unmissverständlich und klar“³⁵⁶ zu benennen. Die Aufzählung der in Frage kommenden Anwendungsfälle in der Vollmacht ist indes nicht Wille des Gesetzgebers.³⁵⁷ Die Anforderungen an die Ausdrücklichkeit dürfen nicht überspannt werden. Die Bevollmächtigung zu „medizinischen Maßnahmen“ stellt klar, dass damit die Einwilligung in eine Heilbehandlung gemeint sein soll. Hier die Voll-

³⁴⁶ Lipp, Handbuch Vorsorge, § 16 Rn. 28; Schwab in: MünchKommBGB, § 1904 BGB Rn. 71.; Schwab, FS für Henrich, S. 511 (526); Zimmermann, S. 71 Rn. 77.

³⁴⁷ Bückler/Viefhues, ZNotP 2007, 126 (127); Bienwald in: Staudinger, § 1904 Rn. 69, vgl. auch Nw unter § 5 A. I. 2. a) bb).

³⁴⁸ Neue Justiz 2001, 176 (181).

³⁴⁹ BT Drs. 13/7158, S. 34; s. auch OLG Stuttgart OLGZ 1994, 430 (432 f.); OLG Zweibrücken, BtPrax 2002, 171 f.

³⁵⁰ So auch Zimmermann, S. 72 Rn. 79.

³⁵¹ Schwab, FS für Henrich, S. 511 (526); Zimmermann, S. 71 Rn. 77.

³⁵² BtPrax 1999, 243.

³⁵³ Schwab, FS für Henrich, S. 511 (526).

³⁵⁴ Diederichsen in: Palandt, § 1904 Rn. 7.

³⁵⁵ Zimmermann, S. 72 Rn. 77.

³⁵⁶ Renner in: Müller/Renner, S. 106 Rn. 305.

³⁵⁷ So auch Lipp, Handbuch Vorsorge, § 16 Rn. 30.

macht nur deshalb nicht gelten zu lassen, weil bestimmte gesetzliche Termini nicht verwendet werden, verstößt gegen das Selbstbestimmungsrecht.³⁵⁸

dd) Grenzen

Geht es um die Einwilligung in eine Maßnahme, bei der der begründete Verdacht besteht, dass der Betroffene auf Grund der Maßnahme stirbt oder einen schweren oder länger andauernden gesundheitlichen Schaden erleidet, bedarf der Bevollmächtigte zu einer solchen Einwilligung der Genehmigung des Betreuungsgerichts³⁵⁹, § 1904 Abs. 1 i. V. m. Abs. 5 BGB³⁶⁰. Dieser präventiven Kontrolle des Bevollmächtigten bedarf es auch für die Nichteinwilligung in eine lebenserhaltende Maßnahme³⁶¹, beispielsweise Ablehnung einer PEG-Sonde, gilt, § 1904 Abs. 2 BGB. Einer Genehmigung bedarf es hingegen in beiden Fällen nicht, wenn zwischen Arzt und Bevollmächtigten Einvernehmen über den Willen des Patienten besteht, § 1904 Abs. 4 BGB. Diese Einschränkung, die dem Schutz des Patientenwillens dient, kannte § 1904 a. F. noch nicht.³⁶²

Das Vorliegen des Merkmals „gefährlich“ ist im Einzelfall zu prüfen unter Berücksichtigung des Zustands des Patienten und des statistischen Gefahrenpotentials.³⁶³ Die Gefahr ist am Durchschnittsrisiko zu messen. Maßgeblich ist, dass der Schaden nicht nur vorübergehend ist wie beispielsweise bei einer üblichen Operationswunde. Zur Frage, wann ein schwerer Gesundheitsschaden anzunehmen ist, kann auf § 226 StGB zurückgegriffen werden.³⁶⁴ Die Beurteilung, ob eine Maßnahme gefährlich ist, obliegt zunächst dem Arzt, ist aber an objektive Voraussetzungen gebunden, deren endgültiges Vorliegen letztlich das Betreuungsgericht bestimmt.³⁶⁵

Ist mit dem durch die Anrufung des Gerichts verursachten Aufschub der Maßnahme eine Gefahr für den Betroffenen verbunden, darf die Behandlung auch ohne die Genehmigung durchgeführt werden, § 1904 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Eine weitere Grenze findet die Vorsorgevollmacht darin, dass der Vollmachtgeber auf eine tatsächliche Handlungsmöglichkeit nicht verzichten kann. Dies findet seinen Grund darin, dass man seine Menschenwürde und damit sein Selbst-

³⁵⁸ Ähnlich Schwab, FS für Henrich, S. 511 (526).

³⁵⁹ Teilweise wird das Genehmigungserfordernis kritisiert, weil so ein kompliziertes Vierecksverhältnis entstehe und dem Arzt eine erhebliche Unsicherheit im Rahmen seiner Tätigkeit aufgebürdet werde, vgl. dazu Schwab, FS für Henrich, S. 511 (519).

³⁶⁰ dazu ausführlich Strätling/Scharf/Eisenbart, MedR 2000, 252, die auch auf die Zulässigkeit von Fixierungen eingehen.

³⁶¹ So bereits zur alten Rechtslage BGHZ 154, 205 = NJW 2003, 1588.

³⁶² Hier galt der Fokus dem Schutz vor gefährlichen Eingriffen.

³⁶³ Wiebach/Kreyßik/Peters/Wächter/Winterstein, BtPrax 1997, 48 ff.; zu Art und Grad der Gefährdung s. Schwab in: MünchKommBGB, § 1904 Rn. 28.

³⁶⁴ Schwab in: MünchKommBGB, § 1904 Rn. 28, Bsp.: Verlust eines wichtigen Körperteils, des Sehvermögens oder der Zeugungsfähigkeit.

³⁶⁵ Schwab in: MünchKommBGB, § 1904 Rn. 31.

bestimmungsrecht nicht generell wirksam aufgeben kann.³⁶⁶ Die Vollmacht darf damit nicht dazu führen, dass sich der Vollmachtgeber eigener Handlungsmöglichkeiten begibt.

Darüber hinaus ergibt sich Ähnliches für die Widerruflichkeit der Einwilligung. Die Einwilligung in eine Heilbehandlung ist bis zur Vornahme der Behandlung jederzeit widerruflich.³⁶⁷ Dies ergibt sich aus dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten, nach dem der Betroffene nicht in eine Objektrolle gedrängt werden darf.³⁶⁸ Kann der Patient selbst diesen Widerruf nicht mehr vornehmen, steht das Recht seinem Vertreter zu³⁶⁹, da dieser nunmehr das Selbstbestimmungsrecht für den Vertretenen ausübt.

Wehrt sich der einwilligungsunfähige Patient gegen eine Maßnahme, stellt die Behandlung eine Zwangsmaßnahme dar. Diese kann und darf dann nur auf einer entsprechenden staatlichen Anordnung beruhen und weder auf einer früher erteilten Zustimmung des noch Einwilligungsfähigen, noch auf der Einwilligung des rechtsgeschäftlichen Vertreters. Der natürliche Wille des Patienten geht hier vor.

b) Erlöschen der Vollmacht

Die Ausführungen unter § 4 A. I. 2. d) gelten mit der Maßgabe, dass sich der Vollmachtgeber grundsätzlich bei keiner Vollmacht der Möglichkeit eines Widerrufs begeben kann.³⁷⁰ Für den Bereich der Gesundheitsvorsorge ist das anerkannt.³⁷¹ Eine Unwiderruflichkeit widerspräche der Personenbezogenheit des Rechts, in das eingegriffen werden soll. Unerheblich ist dabei, dass der Patient aufgrund seines Gesundheitszustandes möglicherweise gar nicht mehr in der Lage ist zu widerrufen. Ebenso wenig kann die rechtliche Wirksamkeit der eigenen Entscheidung an die Zustimmung eines anderen gebunden werden.³⁷²

3. Innenverhältnis

Das Innenverhältnis ist auch hier im Regelfall ein Auftrag. Es wird auf die Ausführungen unter § 4 A. I. 3. verwiesen.

4. Vertreter ohne Vertretungsmacht

Fraglich ist, ob eine mangels Vertretungsmacht nicht wirksam erteilte Einwilligung einer nachträglichen Genehmigung zugänglich ist. Ist dies zu bejahen, ist anschließend fraglich, wer anstelle des Patienten möglicherweise die Genehmigung erteilen

³⁶⁶ Lipp, Handbuch Vorsorge, § 3 Rn. 17; DiFabio in: Maunz/Dürig, Art. 2 Rn. 229.

³⁶⁷ Allgemeine Ansicht, für viele: Kohte, AcP 185 (1985), 105 (137).

³⁶⁸ Kohte, AcP 185 (1985), 105 (137).

³⁶⁹ Vgl. § 1904 Abs. 2 und 5 BGB.

³⁷⁰ Str., vgl. Schramm in: MünchKommBGB, § 168 Rn. 20.

³⁷¹ Vgl. Kohte, AcP 185 (1985), 105 (137).

³⁷² Lipp, Handbuch Vorsorge, § 3 Rn. 18.

kann, wenn der Betroffene selbst nicht mehr in die Lage versetzt werden kann, dies zu tun. Das Unvermögen des „Vertretenen“ wird bei den hier relevanten Fällen grundsätzlich gegeben sein.³⁷³

Die Einwilligung ist das Einverständnis zu einem Eingriff in die körperliche Integrität. Nach dem heutigen Verständnis muss diese Einwilligung *vor* der Behandlung erteilt werden.³⁷⁴ Eine Genehmigung i. S. des § 184 BGB zeichnet sich jedoch durch ihre Rückwirkung aus: Das Vertretergeschäft wird durch die Genehmigung zu dem des Vertretenen, vgl. § 184 BGB. Temporär bezieht sich die Genehmigung auf den Zeitpunkt der Erklärung des „Vertreters“. Dennoch ist zu hinterfragen, ob wegen der Besonderheiten der Einwilligung dies auch für den Bereich der Gesundheitspflege gelten kann. Tatsächlich betrachtet behandelt der Arzt ohne Einwilligung. Rechtlich betrachtet könnte aber wegen der Rückwirkung der Genehmigung eine Einwilligung im Zeitpunkt der Behandlung vorliegen.

Die §§ 164 ff. BGB sind entsprechend bzw. unmittelbar auch bei der Einwilligung anwendbar.³⁷⁵ Ob dies auch für die Möglichkeit der Genehmigung gilt, ist dann zu bejahen, wenn eine analoge Anwendung der Eigenart der Handlung sowie der mit ihr typischerweise verbundenen Interessenlage entspricht.³⁷⁶ Auf diese aufgeworfenen Fragen gehen Literatur und Rechtsprechung soweit ersichtlich kaum ein. Teilweise wird zwar im Rahmen des Einwilligungsvorbehalts im Betreuungsrecht, § 1903 BGB, über eine analoge Anwendung des § 184 BGB diskutiert.³⁷⁷ Dies ist aber die Situation, bei der der Betreuer erst zu einem späteren Zeitpunkt die erforderliche Einwilligung erteilt, weil der Betreute im konkreten Fall in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkt ist. In den allgemeinen Kommentierungen zu § 184 BGB findet sich die Möglichkeit einer analogen Anwendung auf die Einwilligung in eine ärztliche Heilbehandlung nicht. Eine parallele Fragestellung ist, ob eine nachträgliche Zustimmung des Patienten selbst zu einer Behandlung, die ohne die erforderliche Einwilligung erfolgte, die Behandlung noch legitimieren kann. Wenn dies so ist, ist kein Grund dafür ersichtlich, warum die Frage i. R. einer stellvertretenden Genehmigung anders sein soll. Kann eine nachträgliche Zustimmung des Patienten die Behandlung nicht mehr legitimieren, ist der Rückschluss zu ziehen, dass der Vertreter erst recht keine wirksame Genehmigung der Einwilligung erteilen kann.

Gegen die Möglichkeit einer nachträglichen Zustimmung spricht die besondere Bedeutung der Einwilligung. Hier geht es nicht um ein Rechtsgeschäft, deren Rückabwicklung möglich ist. Ein einmal erfolgter Eingriff ist nicht mehr rückgängig zu machen. Nur eine vor dem Eingriff und nach gehöriger Aufklärung erteilte

³⁷³ Insbesondere z. B. Demenz zeichnet sich durch eine graduelle, stetige Abnahme der geistigen Fähigkeiten aus.

³⁷⁴ S. o. § 2 C.

³⁷⁵ S. o. § 4 A. I. 1.

³⁷⁶ Vgl. Heinrichs in: Palandt, Einf. v. § 164 Rn. 4.

³⁷⁷ Vgl. Kuhlmann, S. 178.

Einwilligung vermag daher den dann folgenden Eingriff zu rechtfertigen. Letztlich spricht gegen eine analoge Anwendung Folgendes: Die Wirksamkeit der Einwilligung wäre in Schwebelage, ließe man eine Genehmigung zu. Aus Gründen der Rechtssicherheit und zum Schutz des Arztes und des Patienten darf dies zum Zeitpunkt des Eingriffs aber nicht mehr unsicher sein. Eine nachträgliche Genehmigung des Patienten ist unbeachtlich und hebt die eingetretene Rechtswidrigkeit nicht mehr auf.³⁷⁸ Dies verbietet dann auch die Möglichkeit einer Genehmigung des „Vertreter-“handelns. Denn der Vertreter darf nicht mehr können, als der Vertretene selbst könnte, wenn er handlungsfähig ist.

II. Einwilligung durch den Betreuer

Voraussetzung für die Einwilligung durch den Betreuer ist, dass der Betreuer auch für den Aufgabenkreis „Gesundheitsfürsorge“ bestellt worden ist und der Betreute selbst einwilligungsunfähig ist.³⁷⁹ Der Grund hierfür liegt darin, dass die Aufgabe des Betreuers darin besteht, vorhandene Defizite auszugleichen. Erlangt der Betreute die Einwilligungsfähigkeit vor der ärztlichen Maßnahme wieder, bedarf es seiner Einwilligung; die Einwilligung des Betreuers reicht nicht aus.³⁸⁰ Die Befugnis zur Einwilligung bleibt alleine beim dazu fähigen Patienten.³⁸¹

Besteht die begründete Gefahr, dass der Betreute auf Grund der Maßnahme stirbt oder einen schweren oder länger andauernden gesundheitlichen Schaden erleidet, bedarf der Betreuer zu einer solchen Einwilligung der Genehmigung des Betreuungsgerichts, vgl. § 1904 Abs. 1 BGB; dasselbe gilt für den Abbruch oder den Verzicht auf eine Behandlung, § 1904 Abs. 2 BGB.

Hier stellt sich auch die Frage, wann sich der Betreuer über den Wunsch des Betreuten hinwegsetzen darf. Konkret auf eine Behandlung bezogen bedeutet dies, wann der Betreuer den Betreuten zwangsweise behandeln lassen darf oder wann er ihm die gewünschte Behandlung versagen darf³⁸², wobei unter Zwang die Durchführung von Maßnahmen ohne oder gegen den natürlichen Willen des Betreuten zu verstehen ist³⁸³. Die Problematik stellt sich sowohl bei der ambulanten wie bei der stationären Behandlung.

³⁷⁸ Lenckner in: Schönke/Schröder, StGB, vor §§ 32 ff. Rn. 49; Kuhlmann S. 15.

³⁷⁹ Die Einrichtung einer Betreuung hat keine automatische Auswirkung auf die Einwilligungsfähigkeit. Ist der Betreute einwilligungsfähig, kommt es alleine auf seine Einwilligung an. Ob daneben die Einwilligung des Betreuers notwendig ist, ist umstritten, aber vom Grundgedanken der Mündigkeit des einwilligungsfähigen Patienten abzulehnen, vgl. hierzu z. B. Kuhlmann, S. 114 f.

³⁸⁰ so auch Esch, S. 46 f.; Frost, S. 92; a.A.: Lachwitz, FuR 1990, 269, der meint, dass in Fällen zweifelhafter Einwilligungsfähigkeit die Einwilligung des Betreuers ausreicht.

³⁸¹ Scgwab in: MünchKommBGB, § 1904 Rn. 6; vgl. auch Rink/Wojnar in: Bauer/Klie/Rink, vor § 1904 BGB Rn. 9, der meint, dass es zu einer formellen Doppelkompetenz nach außen komme, da sowohl Betreuer als auch Betreuer einwilligen könne.

³⁸² Im letzteren Fall wird es in der Regel bereits an einer medizinischen Indikation fehlen, so dass dieser Fall eher selten eintreten wird.

³⁸³ Schwab in: MünchKommBGB, § 1904 Rn. 18.

Der BGH hat zu der Frage der Zwangsbehandlung mehrfach Stellung³⁸⁴ genommen und jedes Mal betont, dass eine solche nur aufgrund einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung zulässig sei. Nach seiner ersten Entscheidung³⁸⁵ scheidet eine zwangsweise ambulante Behandlung – beispielsweise eine zwangsweise Dauermedikation mit Psychopharmaka – mangels Rechtsgrundlage aus. Dies überzeugte insoweit nicht, als dann nur die Möglichkeit bleibt, den Betroffenen freiheitsentziehend unterzubringen, um ihn gem. § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB der notwendigen ärztlichen Maßnahme zuführen zu können. Im Jahr 2008 entschied daher der BGH³⁸⁶, dass das Vormundschaftsgericht³⁸⁷ eine Unterbringung des Betroffenen in einer geschlossenen Einrichtung nicht genehmigen dürfe, wenn die Freiheitsentziehung als solche nicht notwendig sei, und die Genehmigung letztlich nur die Rechtsgrundlage abgeben solle, den Betroffenen einer erforderlichen und auch zwangsweisen Behandlung mit Medikamenten zu unterziehen. Eine abschließende Klärung einer Behandlung auf der Grundlage des § 1906 Abs. 4 BGB steht noch aus³⁸⁸.

Die stationäre Zwangsbehandlung hat der BGH in einem obiter dictum für zulässig erklärt³⁸⁹, da die genehmigte Unterbringung ausnahmsweise auch die Befugnis des Betreuers umfasse, einen der ärztlichen Maßnahme entgegenstehenden Willen zu überwinden. Als Rechtsgrundlage zog das Gericht § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB heran. Hiergegen bestehen Bedenken, weil die Vorschrift die Zulässigkeit der ärztlichen Behandlung nicht selbst regelt, sondern nur die Zulässigkeit der Freiheitsentziehung.³⁹⁰ Vielmehr ist die Kompetenz des Betreuers, über die Unterbringung und die Zwangsbehandlung zu entscheiden, in der Zuweisung des Aufgabenbereiches der Gesundheitspflege und der Aufenthaltsbestimmung nach § 1901 Abs. 2 und 3 BGB bereits enthalten.³⁹¹ Für die Unterbringung benötigt er nach § 1906 Abs. 1 BGB die Genehmigung des Gerichts. Die dortige Prüfung umfasst bereits die Notwendigkeit und Zulässigkeit einer Zwangsbehandlung; eine weitere Genehmigung ist im Regelfall nicht erforderlich.³⁹²

Der Betreuer darf daher in die Behandlung einwilligen, wenn der Wunsch des Betreuten im konkreten Fall gerade auf der beschränkten Eigenverantwortlichkeit beruht, er also nicht mehr frei und eigenverantwortlich über die Behandlung entscheiden kann. Ist der natürliche Wille des Betreuten unbeachtlich, hat sich der Betreuer am Wohl des Betreuten zu orientieren. Da dies aus Sicht des Betreuten zu bestimmen ist, muss der Betreuer danach handeln, wie der Betreute selbst ent-

³⁸⁴ BGHZ 145, 297; 166, 141; BtPrax 2008; 115.

³⁸⁵ BGHZ 145, 297.

³⁸⁶ FamRZ 2008, 866.

³⁸⁷ Nunmehr Betreuungsgesetz.

³⁸⁸ Dazu Brosey, BtPrax 2008, 108 ff.

³⁸⁹ BGHZ 166, 141.

³⁹⁰ Vgl. auch Brosey, BtPrax 2008, 108 (111).

³⁹¹ Lipp, BtPrax 2009, 53 (55).

³⁹² Lipp, BtPrax 2009, 53 (55).

schieden hätte, wenn er ohne den Einfluss seiner Krankheit oder Behinderung entschieden hätte.³⁹³ Unter Berücksichtigung des Erforderlichkeitsgrundsatzes ist darüber hinaus erforderlich, dass die Behandlung nicht aufgeschoben werden kann, ohne dem Betreuten einen Schaden zuzufügen. Das bedeutet zusammenfassend: Richtet sich der Wunsch des Betreuten gegen eine medizinisch notwendige und Erfolg versprechende Behandlung, ohne die der Betreute zu sterben oder einen schweren oder länger andauernden gesundheitlichen Schaden zu erleiden droht, ist eine Zwangsbehandlung zulässig. In jedem anderen Fall ist eine Zwangsbehandlung unzulässig, da die Behandlung einer Rechtfertigung bedarf.

Anders ist dies grundsätzlich beim Abbruch einer vom Betreuten gewünschten Behandlung zu beurteilen. Hier wird die Weiterbehandlung im Regelfall nicht mit einer Selbstschädigung verbunden sein.³⁹⁴

Im Übrigen gilt das oben unter § 5 I. 4. Geschilderte.

III. Mutmaßliche Einwilligung

Soweit der Patient nicht selbst in die Behandlung einwilligen kann und auch nicht auf einen Vertreter zurückgegriffen werden kann, wird ein Einwilligungssurrogat benötigt. Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass es möglich sein muss, einen einwilligungsunfähigen Patienten medizinisch zu versorgen, auch wenn kein Vertreter greifbar ist.³⁹⁵ Die mutmaßliche Einwilligung stellt ein solches Surrogat dar. Sie ist ein eigenständiger Rechtfertigungsgrund für die Heilbehandlung³⁹⁶ und ist stets subsidiär gegenüber einer tatsächlichen Einwilligung³⁹⁷, sei es durch den Betroffenen selbst oder einen Stellvertreter. Sie ist angelehnt an das Institut der Geschäftsführung ohne Auftrag, da auch hier die Autonomie des Betroffenen durch die Einbeziehung von dessen Wünschen berücksichtigt wird.³⁹⁸ Entscheidend ist, dass an die Stelle des erklärten Willens des Patienten dessen wirklicher oder mutmaßlicher Wille tritt, nicht etwa die Ansicht eines anderen.³⁹⁹

³⁹³ Lipp, BtPrax 2009, 53 (54).

³⁹⁴ Lipp, Freiheit und Fürsorge, S. 167.

³⁹⁵ Deutlich wird dies in der Situation eines Notfalls, in dem schnell gehandelt werden muss, um das Leben des Patienten zu retten.

³⁹⁶ BGHSt 35, 246 (249); Lencker in: Schönke/Schröder, StGB, vor §§ 32 ff. Rn. 54; Trück, S. 85 f.; anders vor allem die ältere strafrechtliche Literatur, die die mutmaßliche Einwilligung als Sonderform des übergesetzlichen Notstandes ansieht, z. B. Welzel, Strafrecht, § 14 V.

³⁹⁷ Lencker in: Schönke/Schröder, StGB, vor §§ 32 ff., Rn. 54.

³⁹⁸ Ohly, S. 224.

³⁹⁹ Lipp, Freiheit und Fürsorge, S. 49 f.

1. Subsidiarität und Dringlichkeitsanforderung

Die mutmaßliche Einwilligung kommt nur dann in Betracht, wenn eine tatsächliche Einwilligung nicht oder nicht rechtzeitig eingeholt werden kann.⁴⁰⁰ Unproblematisch können daher Fälle dringender medizinischer Indikation, die ohne Aufschub Therapie verlangen, über die Grundsätze der mutmaßlichen Einwilligung gerechtfertigt werden.⁴⁰¹ Teilweise wird hieraus der Schluss gezogen, dass es bei der Frage, ob die Entscheidung des Patienten oder des Vertreters abzuwarten ist, immer darauf ankomme, ob ein dringender Fall vorliege.⁴⁰² Andere wiederum verlangen Zwangslagen oder Unaufschiebbarkeit⁴⁰³. Bei Aufschiebbarkeit solle gewartet werden, bis der Patient sein Bewusstsein wiedererlangt habe oder für eine vom Gericht zu berufende, gesetzliche Vertretung zu sorgen sei.⁴⁰⁴ Oftmals wird auch vom Erfordernis eines Notfalls gesprochen.⁴⁰⁵ Letztlich wird die Dringlichkeit einer Behandlung ins Verhältnis zu setzen sein mit der Zeit, die vergeht, bis ein Betreuer bestellt ist.⁴⁰⁶ Letzteres kann auch durch die Bestellung eines vorläufigen Betreuers im Wege einer einstweiligen Anordnung geschehen.⁴⁰⁷ Sollte auch diese kurze zeitliche Zäsur wegen der Dringlichkeit einer Entscheidung nicht abgewartet werden können, ohne dass der Betroffene einen irreparablen Schaden erleiden würde, kann und muss das Betreuungsgericht auch selbst die Aufgaben der Betreuung wahrnehmen.⁴⁰⁸ Das würde an sich bedeuten, dass nur bei konkreter Lebensgefahr die Behandlung durch die mutmaßliche Einwilligung gedeckt sein kann. Der BGH indes lehnt eine solch extreme Dringlichkeitsanforderung ab.⁴⁰⁹ Er stellt vielmehr darauf ab, ob der Aufschub der ärztlichen Behandlung bis zur Erreichbarkeit bzw. Bestellung eines Vertreters für den Patienten eine körperliche und seelische Beeinträchtigung bringt und der Patient einen solchen Aufschub gewollt hätte.

Dies ist unter mehreren Aspekten überzeugend: Dem Rechtssicherheitsbedürfnis des behandelnden Arztes ist damit Rechnung getragen. Es bedarf keiner übergebürlichen Nachforschung des Arztes, wie hoch das Gefahrenpotenzial für den Patienten ist. Es genügt die Feststellung einer Beeinträchtigung für den Fall der Nichtbehandlung. Letztlich ist es auch im Interesse des Patienten, nach Möglichkeit schnell und zügig eine Entscheidung herbeizuführen.

⁴⁰⁰ BGHSt 35, 246 (246); Lenckner in: Schönke/Schröder, StGB, vor §§ 32 ff. Rn. 54., Fischer, FS für Deutsch, S. 545 (551); s. auch Kuhlmann, S. 124.

⁴⁰¹ sog. vitale Indikation, vgl. Geiß/Greiner, C. Rn. 103, S. 249 f. mN aus der Rechtsprechung.

⁴⁰² Majunke, S. 42.

⁴⁰³ Deutsch/Spickhoff, S. 173 Rn. 263; Geiß/Greiner, C. Rn. 103, S. 250.

⁴⁰⁴ Deutsch/Spickhoff, S. 173 Rn. 263.

⁴⁰⁵ BGHZ 29, 46 (52); BGH NJW 1966, 1855 (1856); Lipp, Freiheit und Fürsorge, S. 216.

⁴⁰⁶ so auch Lipp, Freiheit und Fürsorge, S. 216.

⁴⁰⁷ Der Betreuer wird dann zum vorläufigen Betreuer bestellt, § 69f Abs. 1 S. 1 FGG.

⁴⁰⁸ §§ 1908i Abs. 1 Satz 1, 1846 BGB.

⁴⁰⁹ BGHSt 38, 246 (249).

2. Feststellung des mutmaßlichen Willens

Beim mutmaßlichen Willen ist danach zu fragen, wie der Patient in der konkreten Situation entscheiden würde, wenn er über sich selbst bestimmen könnte. Er ist Entscheidungsmaßstab. Er ist auch dann beachtlich, wenn er aus objektiver Sicht unvernünftig ist⁴¹⁰, denn die Ermittlung des mutmaßlichen Willens ist keine objektive Interessenabwägung zwischen dem Nutzen und dem Nachteil einer Behandlung. Der rechtfertigende Notstand, der lediglich eine objektive Abwägung erfordert, darf nicht dazu herangezogen werden, das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen zu unterlaufen.⁴¹¹ Dennoch spricht *Vollmert*⁴¹² davon, dass das Selbstbestimmungsrecht in der Notsituation „nicht aktiviert worden ist und aufgrund der Notsituation auch nicht aktiviert werden kann“. Richtig daran ist, dass die Ermittlung des Patientenwillens und damit die Wahrung des Selbstbestimmungsrechts jedenfalls dann Schwierigkeiten bereiten, wenn aufgrund einer möglichen Lebensgefahr schnell gehandelt werden muss und der Ermittlung aus diesen Gründen kaum Aufmerksamkeit geschenkt wird⁴¹³, oder aber wenn der Patientenwille nicht ermittelbar ist und auf objektive Kriterien zurückgegriffen wird. Ein Zuwarten in einer Notsituation wahrt das Selbstbestimmungsrecht jedenfalls nicht, denn mit dem Tod endet die Möglichkeit zur Selbstbestimmung.⁴¹⁴

a) Kriterien zur Ermittlung des mutmaßlichen Willens

Es bleibt die Frage, wie der mutmaßliche Wille festgestellt wird. Nach der Deklaration des Weltärztebundes⁴¹⁵ wird nach dem Grundsatz Nr. 5b die Einwilligung des Betroffenen in das diagnostische Verfahren oder die Therapie unterstellt, „es sei denn, dass es aufgrund vorheriger, eindeutiger Erklärung oder Überzeugung des Patienten offensichtlich und ohne Zweifel ist, dass er seine Zustimmung zu einem Eingriff in dieser Situation verweigern würde“. Dies darf aber nicht zu einer pauschalen Annahme des mutmaßlichen Willens, ohne näheres Eingehen auf die konkrete Person⁴¹⁶, führen. Die Ermittlung des mutmaßlichen Willens ist die Prüfung, wie der Betroffene entschieden hätte, wenn er dazu in der Lage gewesen wäre und ihm alle Umstände bekannt gewesen wären.

Zur Ermittlung des mutmaßlichen Willens gibt das Gesetz einige Anhaltspunkte. Gem. § 1901a Abs. 2 Satz 2 BGB ist der mutmaßliche Wille aufgrund

⁴¹⁰ BGHZ 154, 205 = NJW 2003, 1588; Spindler in: Bamberger/Roth, § 823 Rn. 644.

⁴¹¹ Spindler in: Bamberger/Roth, § 823 Rn. 644.

⁴¹² Vollmert, S. 113.

⁴¹³ Z. B. eine unerwartete Bluttransfusion für einen (unerkannten) Zeugen Jehovas.

⁴¹⁴ So auch Taupitz, Gutachten, A 36.

⁴¹⁵ Weltärztebund, Deklaration von Lissabon zu den Rechten des Patienten, Grundsatz 4. b. (1981), revidiert in Bali 1995, online abrufbar unter <http://www.bundesaezrtekammer.de/page.asp?his=2.49.1760> (Stand Juli 2010).

⁴¹⁶ S. Diskussion bei Kuhlmann, S. 125, der hinterfragt, ob nicht auf den mutmaßlichen Willen des – falls vorhandenen und nicht rechtzeitig zu erreichenden – Vertreters abzustellen ist. Im Ergebnis verneint er dies zu Recht.

konkreter Anhaltspunkte zu ermitteln. Insbesondere kann jede mündliche oder schriftliche Äußerung des Patienten herangezogen werden, seine religiöse Überzeugung und sonstige persönliche Wertvorstellungen⁴¹⁷, aber auch andere Umstände wie seine altersbedingte Lebenserwartung oder das Erleiden von Schmerzen⁴¹⁸. Länger zurückliegende Äußerungen bedürfen einer kritischen Überprüfung auf ihre Aktualität.⁴¹⁹ Maßgeblich ist auch, unter welchen Umständen der Betroffene sich geäußert hat; relevant ist hier beispielsweise, ob bei der Äußerung bereits eine konkrete Erkrankung vorlag.

Erst wenn der Wille des Patienten nicht zu ermitteln ist, darf auf objektive Kriterien zurückgegriffen werden.⁴²⁰ Das bedeutet, dass davon ausgegangen werden darf, dass der mutmaßliche Wille mit dem übereinstimmt, was gemeinhin als vernünftig und normal angesehen wird.⁴²¹ Dies erlangt insbesondere bei alten Menschen Bedeutung, die bedingt durch einen Sturz und die plötzliche Einlieferung in ein Krankenhaus, also in eine fremde Umgebung, vorübergehend in einen Zustand der Verwirrtheit verfallen. Hier ist davon auszugehen, dass der Betroffene eine vernünftige Entscheidung nach objektiven Kriterien gefällt hätte.⁴²² Auch bei alten Menschen ist dabei nicht per se zu vermuten, dass sie aufgrund ihrer geringeren weiteren Lebenserwartung auf ärztliche Maßnahmen verzichten wollen.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass der mutmaßliche Wille primär anhand von früheren Äußerungen oder sonstigen Bekundungen des Betroffenen zu ermitteln ist. In solchen Eilfällen, die zeitlich eine Ermittlung nicht zulassen, oder wenn keine Äußerungen bekannt und ermittelbar sind, darf auf objektive Kriterien zurückgegriffen werden.

b) Die Rolle von Familienangehörigen

Der Rückgriff auf getätigte Äußerungen spielt bei der Ermittlung des mutmaßlichen Willens nach eben Erörtertem eine maßgebliche Rolle. Dabei stellt sich die Frage, wie der Arzt an die entsprechenden Informationen herankommt, wenn er – wie im Regelfall – den Patienten nicht selbst seit längerer Zeit kennt. Hier kommt den Angehörigen eine besondere Rolle zu. Deren Befragung kann Anhaltspunkte über die Wünsche und Einstellungen des Betroffenen liefern.⁴²³ Auch Freunde oder sonstige Personen aus dem nahen Umfeld des Betroffenen können dazu beitragen, den mutmaßlichen Willen des Betroffenen zu ermitteln. Familienangehörige und sonstige Vertrauenspersonen tragen durch die Kundgabe der Vor-

⁴¹⁷ Vgl. § 1901a Abs. 2 Satz 3 BGB.

⁴¹⁸ Lilie in: Wienke/Lippert, S. 75 (78 f.).

⁴¹⁹ Spickhoff, NJW 2000, 2297 (2299); Spindler in: Bamberger/Roth, § 823 Rn. 646.

⁴²⁰ Str., s. Kuhlmann, S. 126.

⁴²¹ BGHSt 35, 246 (249 f.); Spindler in: Bamberger/Roth, § 823 Rn. 644.

⁴²² BGHSt 35, 246 (249 f.).

⁴²³ Spindler in: Bamberger/Roth, § 823 Rn. 646; Lipp in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, V. B. III. 2. b); Taupitz, Gutachten, A 45; Fischer, FS für Deutsch, 1999, S. 545 (548 f.); Berger JZ 2000, 797, 799; dagegen Roxin StrafR AT Bd 1 § 18 Rn 24.

stellungen des Patienten in der Regel dazu bei, das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen zu wahren. Sie sind mit den Vorstellungen des Patienten am meisten vertraut und können so einen wichtigen Beitrag im Rahmen einer ärztlichen Behandlung eines einwilligungsunfähigen Patienten leisten. Teilweise wird sogar die Aufklärung von Verwandten bzw. Eheleuten – unter Beachtung der Schweigepflicht – zusätzlich zu der Aufklärung des Patienten für sinnvoll erachtet.⁴²⁴ Dies wird mit dem besonderen Vertrauensverhältnis begründet. So kann das familiäre Selbsthilfepotential gefördert werden. Die besondere Stellung der Angehörigen hat das Gesetz mit dem Dritten Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts nunmehr auch hervorgehoben. Nach § 1901b Abs. 2 BGB soll bei der Feststellung des Patientenwillens den nahen Angehörigen und sonstigen Vertrauenspersonen Gelegenheit zur Äußerung gegeben werden, sofern dies ohne erhebliche Verzögerung möglich ist.

IV. Weitere Ansätze

In der Literatur werden andere Ansätze diskutiert, nach welchen Kriterien der Patient behandelt werden darf, wenn er selbst einwilligungsunfähig ist und kein Vertreter vorhanden oder erreichbar ist. Teilweise wird eine analoge Anwendung von § 34 StGB bevorzugt.⁴²⁵ Andere wiederum sehen eine Lösung in dem Rechtsinstitut des übergesetzlichen Notstandes⁴²⁶, die humanitäre Pflicht des Arztes zur Lebensrettung⁴²⁷ oder legen den Gedanken der normativen Unzumutbarkeit zugrunde⁴²⁸. Alle Ansätze führen dazu, dass eine objektive Abwägung der betroffenen Rechtsgüter und Interessen vorgenommen wird. Im Ergebnis wird dann das Leben gegen das Recht auf körperliche Unversehrtheit bzw. die Lebensverlängerung gegen die Leidensverlängerung gegeneinander abgewogen.⁴²⁹

B. Rechtfertigung im Normalfall

Unproblematisch ist auch im Normalfall die stellvertretende Einwilligung zulässig. Hier gilt das bereits Geschriebene. Nach herrschender Meinung⁴³⁰ kann ein Familienangehöriger – ohne dass er Vertreter oder Betreuer ist – die Einwilligung des Betroffenen in eine ärztliche Heilbehandlung nicht ersetzen. Eine mutmaßli-

⁴²⁴ Kuhlmann, S. 107.

⁴²⁵ Heidner, S. 168 ff.

⁴²⁶ Welzel, Strafrecht, § 14 V.

⁴²⁷ Giesen, S. 208 Rn. 239.

⁴²⁸ Lenckner/Eser in: Schönke/Schröder, StGB, Vorbemerkungen zu §§ 211 ff. Rn. 29.

⁴²⁹ S. auch Taupitz, Gutachten, A 36 f.

⁴³⁰ Vgl. z. B. Kuhlmann, S. 127; Kintzi, DRiZ 2002, 256 (259); Lilie in: Wienke/Lippert, S. 75 (82), der davon spricht, dass Einigkeit dahingehend bestehe, dass Angehörige aus ihrer Position heraus keine selbstständige Entscheidungskompetenz hinsichtlich der Fortsetzung der Behandlung hätten.

che Einwilligung kann im Normalfall ebenfalls nicht zur Rechtfertigung herangezogen werden, weil dies Eilbedürftigkeit voraussetzt. Es ist eine Betreuerbestellung anzulegen.

C. Zusammenfassung

Ist der Patient einwilligungsunfähig, kann ein Stellvertreter die erforderliche Einwilligung abgeben. Nachdem lange Zeit umstritten war, ob die Einwilligung überhaupt einer Stellvertretung zugänglich ist, hat das Gesetz die Frage geklärt, indem es in § 1904 Abs. 2 BGB (a. F.) bzw. § 1904 Abs. 5 BGB eine Vollmacht in Gesundheitsangelegenheiten voraussetzt. Gleichzeitig gibt die Vorschrift aber auch ein Formerfordernis vor, damit eine Einwilligung vom Bevollmächtigten wirksam ist: Die Vollmacht muss schriftlich und ausdrücklich erteilt werden. Darüber hinaus bedürfen sowohl der Betreuer als auch der Bevollmächtigte einer Genehmigung des Betreuungsgerichts, wenn sie ihre Einwilligung in eine Maßnahme erteilen, aufgrund derer das Risiko besteht, dass der Patient versterben oder einen schweren Gesundheitsschaden erleiden kann. Dasselbe gilt für die Nichteinwilligung bzw. den Widerruf einer Einwilligung in eine lebenserhaltende Maßnahme. Während der Bevollmächtigte an die Wünsche und Weisungen des Vollmachtgebers gebunden ist, ist der Betreuer nur insoweit an die Wünsche des Betroffenen gebunden, als diese dem Wohl des Betreuten nicht zuwider laufen.

Ist kein Vertreter vorhanden, erfolgt in einem Notfall die Rechtfertigung über das Rechtsinstitut der mutmaßlichen Einwilligung. Entscheidungsmaßstab ist hier der wirkliche oder mutmaßliche Wille des Patienten, unabhängig davon, ob er vernünftig ist oder nicht. Zur Ermittlung dieses Willens werden in der Praxis oft die Familienangehörigen nach den Vorstellungen des Betroffenen befragt.

§ 6 Lösungen in Bezug auf die Schweigepflicht

Der Patient kann den Arzt von seiner Schweigepflicht entbinden. Wenn er dazu in der aktuellen Situation nicht mehr in der Lage ist, stellt sich die Frage, inwieweit der Arzt dann zur Bekanntgabe der Gesundheitsangelegenheiten an Dritte, z. B. Angehörige, befugt ist. Auch hier ist zu unterscheiden zwischen der Situation, dass es einen Vertreter des Patienten gibt und der Situation, in der es keinen Gesundheitsvertreter gibt.

A. Schweigepflicht im Notfall

I. Vorhandensein eines Stellvertreters

Ist für Gesundheitsangelegenheiten ein Betreuer bestellt, muss dieser in gleicher Weise vollständig über die ärztlichen Maßnahmen aufgeklärt werden, wie dies dem einwilligungsfähigen Betreuten gegenüber zu geschehen hätte.⁴³¹ Der Arzt kann sich insoweit also nicht auf die ärztliche Schweigepflicht berufen.

Fraglich ist, wie sich eine im Bereich der Gesundheitsvorsorge erteilte Vollmacht auf die ärztliche Schweigepflicht auswirkt. Teilweise wird vertreten, dass eine Bevollmächtigung in der Gesundheitsvorsorge nicht ausreichen solle, den Arzt

⁴³¹ Rink in: Bauer/Klie/Rink, vor § 1904 BGB Rn. 5.

von seiner Schweigepflicht zu befreien. So entschied das LG Hamburg⁴³², dass eine Vollmacht im Bereich der Gesundheitspflege ausdrücklich anzugeben habe, ob der Bevollmächtigte von einem behandelnden Arzt des Betroffenen über dessen Gesundheitszustand und die erforderliche Heilbehandlung Auskunft erhalten solle. Diese Ansicht ist abzulehnen, da der Arzt den Vertreter ansonsten nicht aufklären kann, was aber Voraussetzung der Einwilligung ist. Soll der Vertreter in die Behandlung einwilligen, muss er aufgeklärt werden. Nur so wird der Bevollmächtigte in die Lage versetzt, Für und Wider einer Behandlung gegeneinander abzuwägen und so dem Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen Genüge zu tun. Ein entsprechendes Informationsrecht des Bevollmächtigten ist damit ohne weiteres auch Inhalt der Vollmacht.⁴³³

II. Mutmaßliche Einwilligung

Ist kein Vertreter vorhanden, kommt auch hier eine mutmaßliche Einwilligung in die Offenbarung der Gesundheitsangelegenheiten in Betracht. Dies hat folgenden Hintergrund: Um den mutmaßlichen Willen des Patienten im Rahmen der Einwilligung in eine Behandlung zu erforschen, ist es bei Befragung der Angehörigen oder sonstigen Vertrauenspersonen vonnöten, dass diese über das Krankheitsbild und die Therapiemöglichkeiten informiert werden. Hier gerät der Arzt in einen Konflikt: Einerseits muss er nach dem mutmaßlichen Willen handeln und zu dessen Erforschung die Angehörigen befragen; andererseits unterliegt er der ärztlichen Schweigepflicht, die auch gegenüber – nicht vertretungsberechtigten – Angehörigen gilt. Daher wird auch bei der Befreiung von der Schweigepflicht auf das Institut der mutmaßlichen Einwilligung abgestellt. Das Gespräch des Arztes mit den Angehörigen beruht danach auf der mutmaßlichen Einwilligung des Patienten in die Offenbarung seiner Gesundheitsinformationen.

Es sind zwei Konstellationen zu unterscheiden⁴³⁴: In der einen kann der Patient seine Einwilligung nicht erteilen, weil er beispielsweise bewusstlos ist. Maßgebend ist dann, dass bei objektiver Betrachtung davon ausgegangen werden darf, dass der Betroffene seine Einwilligung gegeben hätte.⁴³⁵ Es kommt darauf an, ob der Arzt annehmen kann, dass der Patient im Falle einer Befragung mit der Offenbarung einverstanden wäre. Bei Angehörigen liegt eine Entbindung von der

⁴³² FamRZ 1999, 1613.

⁴³³ So auch Müller in: Bamberger/Roth, § 1904 Rn. 16; Dodegge/Fritsche, Neue Justiz 2001, 176 (180).

⁴³⁴ S. auch Empfehlungen der BÄK zur ärztlichen Schweigepflicht, Datenschutz und Datenverarbeitung in der Arztpraxis, DÄBl 2008, A 1026, online abrufbar unter http://www.bundesaerztekammer.de/downloads/Empfehlung_Schweigepflicht_Datenschutz.pdf (Stand Juli 2010).

⁴³⁵ Sommer, VersMed 1998, 1.

Schweigepflicht oft nahe.⁴³⁶ Darüber hinaus normiert § 1901b Abs. 2 BGB, dass auch den Angehörigen Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden soll; dies setzt ein Mindestmaß an Kenntnis über den Gesundheitszustand voraus. Letztlich kann aber auch hier nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass der Betroffene jeden Angehörigen, der ihn im Krankenhaus besuchen kommt, in seine Gesundheitsangelegenheiten eingeweiht wissen möchte. Dies kann wohl nur für die allernächsten Angehörigen anzunehmen sein. Die Formel, dass das Verhalten des Betroffenen ohne künstliche Unterstellung den Schluss gestatten muss, dass er von der Schweigepflicht befreien möchte⁴³⁷, hilft im Falle eines Bewusstlosen nicht weiter.

Die zweite Variante liegt vor, wenn offenkundig ist, dass der – ansprechbare – Patient auf seine Befragung keinen Wert legt. Dies darf allerdings nicht leichtfertig angenommen werden, da im Grundsatz gilt, dass die mutmaßliche Einwilligung als Rechtsgrundlage ausscheidet, wenn der Patient unschwer befragt werden kann.⁴³⁸

Letztlich bleibt festzuhalten, dass die mutmaßliche Einwilligung in die Offenbarung der Gesundheitsinformationen von Literatur und Rechtsprechung eher stiefmütterlich behandelt wird. Kriterien, wie der mutmaßliche Wille festgestellt werden kann, werden jedenfalls nicht aufgezeigt.

III. Rechtfertigender Notstand

Der Arzt kann sich ggf. auch auf den rechtfertigenden Notstand aus § 34 StGB berufen. Diese Befreiung von einer Strafverfolgung gibt es insbesondere im Bereich des präventiv-polizeilichen Handelns. Eine Durchbrechung der Schweigepflicht ist hier bei schweren Verbrechen möglich.

B. Schweigepflicht im Normalfall

Auch im Normalfall kann sich der Arzt gegenüber einem Stellvertreter nicht auf seine Schweigepflicht berufen.

C. Zusammenfassung

Ist ein Vertreter für Gesundheitsangelegenheiten vorhanden, dürfen und sind diesem die Gesundheitsinformationen des Betroffenen zu übermitteln. Ist kein Stellvertreter vorhanden, stützt sich die Preisgabe von Informationen auf eine mutmaßliche Einwilligung des Patienten. Dies ist insbesondere dann relevant, wenn Angehörige in Bezug auf eine mutmaßliche Einwilligung in eine Behandlung

⁴³⁶ Langkeit, NStZ 1994, 6 (8).

⁴³⁷ Vgl. Langkeit, NStZ 1994, 6 (7).

⁴³⁸ S. dazu Lenckner in: Schönke/Schröder, StGB, § 203 Rn. 27.

über die Vorstellungen und Wünsche des Patienten befragt werden sollen. Hierbei kommt es darauf an, ob der Arzt davon ausgehen darf, dass der Patient in die Preisgabe einwilligen würde, wenn er selbst dazu noch fähig wäre. Die Prüfung ist damit an objektiven Kriterien ausgerichtet.

§ 7 Auswertung der bisherigen Erkenntnisse

Nachdem die rechtlichen Möglichkeiten zur Legitimierung der ärztlichen Behandlung aufgezeigt wurden, erfolgt eine Bewertung. Hierbei wird maßgebend hinterfragt, ob diese Möglichkeiten verfassungs- und europarechtlichen Vorgaben genügen.

A. Allgemeine Überlegungen

Wie dargestellt, besteht nach geltendem Recht die Möglichkeit, dass ein Vertreter in Gesundheitsfragen für denjenigen handelt, der selbst nicht mehr in der Lage ist, den Behandlungsvertrag abzuschließen und in die Behandlung einzuwilligen oder sie abzulehnen. Dies kann ein Bevollmächtigter oder ein vom Betreuungsgericht bestellter Betreuer sein. Der Bevollmächtigte ist schriftlich und ausdrücklich zu bevollmächtigen. Das kann dazu führen, dass dem erklärten Willen des Betroffenen, sein Angehöriger solle ihn vertreten, nicht Rechnung getragen wird, weil die Formerfordernisse nicht eingehalten wurden⁴³⁹, von deren Existenz er keine Ahnung hatte, wobei zusätzlich zu bedenken ist, dass selbst Juristen sich über die

⁴³⁹ Hierauf verwies in Bezug auf die Betreuungsverfügung die Gesetzesbegründung des Betreuungsgesetzes, BT-Drs. 11/4528, S. 128, und sah von einer entsprechenden Formvorschrift ab, um den Willensvorrang Betroffener nicht in unnötiger Weise einzuschränken.

Reichweite der Formerfordernisse streiten. Zudem ist nach empirischen Untersuchungen zu vermuten, dass die Vorsorgevollmacht kaum genutzt wird⁴⁴⁰, was wohl darauf zurückzuführen ist, dass die Bevölkerung davon ausgeht, dass ihre Angehörigen sie auch ohne Vorsorgevollmacht vertreten dürfen. Es bleibt die Bestellung eines Betreuers, soweit dafür die Zeit ausreicht. Hier können die fragilen sozialen und insbesondere innerfamiliären Unterstützungs- und Vertrauenspotentiale Schaden leiden oder an Leistungsfähigkeit einbüßen durch die regelhafte Forderung nach der Bestellung eines Betreuers.⁴⁴¹ Die Bestellung als Betreuer und das damit verbundene Gerichtsverfahren sind oftmals befremdlich für die Angehörigen.⁴⁴² Es stellt auch einen erheblichen Unterschied dar, ob ein Stellvertreter als Vertrauensperson vom Betroffenen selbst legitimiert wird oder ob dies auf der Basis eines gerichtlichen Betreuungsverfahrens geschieht.⁴⁴³

Ist kein Stellvertreter vorhanden, greift die h. M. für den Notfall einer Behandlung auf die mutmaßliche Einwilligung bzw. die Geschäftsführung ohne Auftrag zurück. Letztlich entscheidet dann der Arzt über den Willen des Patienten und damit über die Behandlung. Dafür, dass der Arzt über die Behandlung soll entscheiden dürfen, spricht im ersten Moment seine fachliche Kompetenz. Er trägt die Verantwortung für das Stellen der Indikation. Dennoch bedürfte ein solches Ergebnis einer rechtlichen Legitimation. Die ärztliche Hilfeleistungspflicht findet ihre Grenze in der Patientenautonomie des Betroffenen.⁴⁴⁴ Kraft Patientenwillen, rechtlicher oder staatlicher Legitimierung kann dieses Recht von Dritten ausgeübt werden. Eine rechtliche Legitimation für den Arzt ist aber nicht vorhanden. Dies ist auch vom Gesetz so nicht gewollt: Schließlich ist §§ 1897 Abs. 3, 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB sogar zu entnehmen, dass Ärzte und Pflegepersonal nicht als Betreuer des Betroffenen einzusetzen sind. Die Kompetenz für das Stellen der Indikation und für die Erteilung der Einwilligung dürfen nicht in derselben Person vereint sein.⁴⁴⁵ Viel entscheidender ist jedoch folgender Aspekt: Ein entsprechender Patientenwille, dass dem Arzt die Entscheidungskompetenz zustehen sollte, ist nicht feststellbar. Im Gegenteil: Wie die empirischen Untersuchungen nahe legen⁴⁴⁶, erwarten die Patienten vermutlich eine Vertretung durch ihre Angehörigen. Diese kennen in der Regel am besten die Wünsche, Einstellungen und Werte des Betrof-

⁴⁴⁰ Köller/Sellin/Engels, S. 42 ff.; Simon/Meran/Fangerau, *Der Hautarzt* 2004, 721, 724.

⁴⁴¹ Vgl. auch Crefeld/Kunze/Jagoda, *Tagungsberichte*, S. 121; online abrufbar unter http://www.psychiatrie.de/data/pdf/49/03/00/Band_22.pdf (Stand Juli 2010).

⁴⁴² Juristische Laien verstehen oftmals nicht, warum sich das Gericht plötzlich in die eigenen Angelegenheiten einmischt. („Ich habe doch noch nie etwas mit dem Gericht zu tun gehabt“), s. hierzu Bund-Länder-Arbeitsgruppe, *Zwischenbericht*, Betrifft: *Betreuung* 4, S. 34; ebenso: BT-Drs. 15/2494, 16.

⁴⁴³ So auch Strätling/Lipp ua, *AG AEM*, S. 18, online abrufbar unter http://wwwuser.gwdg.de/~ukee/ps_2003.pdf.

⁴⁴⁴ Taupitz, *Gutachten*, A 123.

⁴⁴⁵ In etwa vergleichbar mit dem Verbot des In-sich-Geschäfts nach § 181 BGB.

⁴⁴⁶ S.o. § 2 C.

fenen und können auf diese Weise sein Selbstbestimmungsrecht bestmöglich wahren.

Neben diesen Überlegungen stellt sich im speziellen die Frage, inwieweit das bisherige Vorgehen dem Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen gerecht wird und ob den Angehörigen aus verfassungsrechtlichen Gründen eine stärkere Position einzuräumen ist.

B. Selbstbestimmungsrecht des Patienten

Die Möglichkeit, den Behandlungsvertrag durch einen Dritten in Vertretung abschließen zu lassen, wird dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten gerecht. Da der Bevollmächtigte durch das Innenverhältnis an die Wünsche und Vorstellungen des Betroffenen gebunden ist, wird die Patientenautonomie des Patienten bestmöglich gewahrt. Wenn eine Behandlung dann nicht seiner Vorstellung entspricht, darf sie nicht durchgeführt werden. Maßgebend sind nämlich nicht die Wünsche des Bevollmächtigten oder seine Vorstellung von dem, was für den Betroffenen am besten ist, sondern einzig und allein der Wille des Betroffenen ist ausschlaggebend.⁴⁴⁷ Dasselbe gilt letztlich für die Betreuung. Auch hier ist der Betreuer an die Wünsche des Betreuten gebunden, § 1901 Abs. 2 BGB. Sozusagen als „Minus“ gegenüber der Bevollmächtigung finden die Wünsche des Betreuten in zweifacher Hinsicht gem. § 1901 Abs. 3 Satz 1 BGB ihre Grenze: Zum einen im Wohl des Betreuten, zum anderen in der Zumutbarkeit für den Betreuer. Die Wohlgrenze ist subjektiv zu bestimmen. Im Rahmen einer Betreuungsverfügung kann der Betreute beispielsweise sein Wohl selbst definieren.⁴⁴⁸

Für den Notfall kennt das Recht die Geschäftsführung ohne Auftrag und die mutmaßliche Einwilligung, wenn kein Vertreter vorhanden ist. Die weiteren Ansätze sind von vornherein abzulehnen, da durch die objektive Abwägung das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen dem Vernünftigekeitsmaßstab anderer geopfert wird.⁴⁴⁹

Eine Schwäche der Konstruktion der Geschäftsführung ohne Auftrag ist, dass sie keine Vertretungsmacht begründet. Die Rechtsperson des Betroffenen kann hinsichtlich des Zugangs zum Rechtsverkehr nicht hergestellt werden.⁴⁵⁰ Die Wiederherstellung der Handlungsfähigkeit muss aber oberste Priorität sein. Die Freiheit des Abschlusses eines Behandlungsvertrags ist als Ausdruck der Privatautonomie auch Inhalt des Selbstbestimmungsrechts.⁴⁵¹ Ist jemand nicht mehr in der Lage, den Vertrag selbst zu schließen, bedarf es zur Wahrung des Selbstbestim-

⁴⁴⁷ S.o. § 4 A. I. 3.

⁴⁴⁸ dazu näher Klein, *passim*.

⁴⁴⁹ Vgl. Taupitz, Gutachten, A 37.

⁴⁵⁰ So auch Lipp, Freiheit und Fürsorge, S. 214.

⁴⁵¹ S.o. § 3 A.

mungsrechts Möglichkeiten, wie es dennoch zu einem Abschluss kommen kann. Die Geschäftsführung ohne Auftrag ist daher gegenüber einer gesetzlichen oder rechtsgeschäftlichen Vertretung subsidiär.

Noch ausgeprägter als im Rahmen der Frage nach dem Abschluss eines Behandlungsvertrags tritt die Problematik bei der Einwilligung auf: Bei der mutmaßlichen Einwilligung entscheidet letztlich der Arzt über die medizinische Behandlung. Er sammelt die verwertbaren Einstellungen des Patienten und bildet sich daraus die Meinung über das Ob und Wie der Behandlung. Verständlicherweise ist dies subjektiv geprägt, der Arzt will berufsbedingt heilen und auch der Haftungsgefahr entgehen. Der Arzt ist damit quasi Vertreter und Geschäftspartner in Einem. Bei der mutmaßlichen Einwilligung wird die Wahrung des Selbstbestimmungsrechts gerade der Person anvertraut, gegen die es gerichtet ist, nämlich dem Arzt. Dies ist dem Selbstbestimmungsrecht nicht zuträglich.⁴⁵² Das Selbstbestimmungsrecht garantiert, dass der Einzelne seine Maßstäbe über seine leiblich-seelische Integrität selbst festlegt und nach ihnen entscheidet. Hierzu zählt die selbstbestimmte Lebens- und Sterbensgestaltung.⁴⁵³ Da der Arzt den Patienten im Regelfall nicht persönlich kennt, kann er zum Erhalt des Selbstbestimmungsrechts auch insoweit keinen Beitrag leisten. Folge ist letztlich, dass der Patient fremdbestimmt wird.

Dass die Figur der mutmaßlichen Einwilligung als Fremdbestimmung empfunden wird, belegt auch eine Richterbefragung zu Patientenverfügung und Sterbehilfe. Mehr als die Hälfte der befragten 819 Richterinnen und Richter lehnte eine Anwendbarkeit der Rechtsfigur in der Rechtspraxis ab.⁴⁵⁴ Die mutmaßliche Einwilligung vermag das ärztliche Handeln zu rechtfertigen. Ihr fehlt jedoch die gleiche rechtliche Anerkennung wie sie die Einwilligung eines Mündigen erlangt. Denn die mutmaßliche Einwilligung ist lediglich eine juristischer Behelf, um den ärztlichen Eingriff zu rechtfertigen, wenn eine Entscheidung des Patienten, sei es durch ihn selbst oder durch seinen Vertreter, nicht (mehr) möglich ist. Letztlich ist sie aber keine Entscheidung des Patienten. Ihr liegt als Entscheidungsmaßstab der mutmaßliche Wille zugrunde. Hier fragt man sich sofort, welche, wann und in welchem Zusammenhang und mit welcher Intensität und aufgrund welcher Vorinformation (ärztliche Aufklärung!) wem gegenüber geäußerten Wünsche maßgeblich sind und ob diese früher geäußerten Wünsche auf eine möglicherweise sehr viel später eintretende Situation übertragbar sind.⁴⁵⁵ Beim mutmaßlichen Willen

⁴⁵² Kritisch zur mutmaßlichen Einwilligung beim Behandlungsabbruch Höfling, JuS 2000, 111 (116 f.).

⁴⁵³ Herdegen in: Maunz/Dürig, Art. 1 Rn. 84.

⁴⁵⁴ Höfling/Schäfer, C. II. 5., S. 78 ff., wobei es in der Studie nur auf die Anwendbarkeit der mutmaßlichen Einwilligung beim Abbruch bzw. der Weiterführung einer lebenserhaltenden Maßnahme ging.

⁴⁵⁵ So bereits Taupitz, Gutachten, A 37 f.

wird teilweise auch davon gesprochen, dass er nicht Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts sei, weil er gar keine Entscheidung enthalte.⁴⁵⁶

Anders ist dies zu bewerten, wenn ein Vertreter eine Entscheidung für den Betroffenen herbeiführen kann. Die Beteiligung an der Behandlungsentscheidung des Vertreters wird zwar nicht dessen eigenes Recht, sondern bleibt eine ärztliche Pflicht gegenüber dem Patienten. Allerdings kann der Anspruch des Patienten gegenüber dem Arzt auf Beteiligung seiner Vertrauensperson von dieser stellvertretend für den Patienten eingefordert werden. Auf Seiten des Patienten hat die Einwilligung durch einen Dritten den Vorteil, dass durch die Bindung an die Wünsche bzw. Weisungen des Betroffenen dessen Selbstbestimmungsrecht bestmöglich gewahrt wird. Der Kranke hat im Rahmen einer Bevollmächtigung selbst entschieden, dass er dem Bevollmächtigten vertraut, in seinem Sinne zu handeln. Ein alter, nun nicht mehr einwilligungsfähiger Mensch war zu einem früheren Zeitpunkt einwilligungsfähig.⁴⁵⁷ Dieser Mensch hat im Laufe seines Lebens Einstellungen und Wertevorstellungen gebildet, aus denen sich der Wille für oder gegen eine aktuelle Behandlung ergibt. Diese Vorstellungen sind unbedingt zu beachten, was am besten durch einen Vertreter umgesetzt werden kann. Am geeignetesten sind hierbei die Angehörigen, da sie in der Regel über die Wünsche Bescheid wissen. Es spricht daher viel dafür, den Angehörigen eine stärkere, über die Rolle als Auskunftsperson hinausgehende Bedeutung zuzuerkennen.

Auch die Konstruktion in Bezug auf die Entbindung von der Schweigepflicht kann nicht überzeugen: Um den Willen im Rahmen der mutmaßlichen Einwilligung in eine Behandlung herauszufinden, stützt man sich auf die mutmaßliche Einwilligung in die Offenbarung der Gesundheitsinformationen. Dies wirkt eher wie ein wackeliges Konstrukt, um die Behandlung irgendwie zu legitimieren, als wie eine rechtlich gefestigte Begründung. Inwiefern die mutmaßliche Einwilligung in die Offenbarung zu legitimieren ist, anhand welcher Kriterien hier der mutmaßliche Wille festgestellt wird, auf diese Frage bleibt die Literatur und Rechtsprechung eine ausführliche Antwort schuldig. Die Antwort kann nur darin begründet sein, dass allgemein anerkannt ist, dass Angehörige in die Behandlungsentscheidung mit einbezogen werden sollten. Dies stützt letztlich auch der neu eingefügte § 1901b Abs. 2 BGB.

Anders verhält es sich hingegen, wenn ein Vertreter vorhanden ist. Der Vertreter – sei es der Betreuer oder der Bevollmächtigte – ist dann aufzuklären, sobald er zu einer Einwilligung in die Heilbehandlung befugt ist. Mit dieser Befugnis einher geht die Auskunftserteilung. So kann auch die Forderung des LG Hamburg⁴⁵⁸ nach einer ausdrücklichen Befreiung von der Schweigepflicht bei einer Bevollmächtigung nicht überzeugen: Sowohl der Betreuer als auch der Bevollmächtigte sind – soweit sie die Entscheidungsträger über die Einwilligung in eine

⁴⁵⁶ Gerlinger, *Betrifft Justiz* 2005, 86 (88); Schwab in: *MünchKommBGB*, § 1904 Rn. 16.

⁴⁵⁷ Anders z. B. ein Minderjähriger, vgl. Nagel, S. 82.

⁴⁵⁸ S. o. § 6 A. I.

Behandlung sind – die Adressaten der erforderlichen Aufklärung.⁴⁵⁹ Dies setzt selbstverständlich voraus, dass die Gesundheitsinformationen des Patienten preisgegeben werden. Andernfalls könnten sich die Vertreter kein abschließendes Bild von den Chancen und Risiken der Behandlung machen. Dies wäre dem Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen nicht zuträglich.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die bisherigen rechtlichen Konstruktionen dem Selbstbestimmungsrecht nicht ausreichend Rechnung tragen können.

C. Art. 6 Abs. 1 GG und Art. 8 Abs. 1 EMRK

Neben dem Selbstbestimmungsrecht können noch weitere Grundrechte für die Legitimation der ärztlichen Behandlung durch Familienangehörige von Bedeutung sein. Hier ist in erster Linie die verfassungsrechtliche Stellung der Familie zu nennen. Angehörige werden zwar gehört, um sich durch ihre Auskünfte ein Bild über die Einstellungen des Patienten zu holen. Dies ist mittlerweile auch in § 1901b Abs. 2 BGB normiert. Letztlich steht die Einbeziehung aber im Belieben des Arztes. Er ist nach dem dargestellten Vorgehen rechtlich gesehen nicht verpflichtet, die Angehörigen in die Behandlungsentscheidung einzubeziehen; ihnen ist lediglich Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Dies ist aber eine schwächere Position als das Recht auf Einbeziehung in die Behandlungsentscheidung. Dies könnte dem verfassungsrechtlichen Rang der Familien aus Art. 6 GG und Art. 8 EMRK zuwider laufen.

Gem. Art. 6 Abs. 1 GG stehen Ehe und Familie unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung. Nachdem zunächst der Familienbegriff den Begriff der Ehe prägte⁴⁶⁰, trennt das heutige Recht klar zwischen den beiden Wortbedeutungen. Ehe im Sinne der Verfassung ist die frei eingegangene Lebensgemeinschaft von Mann und Frau, die mit konstitutiver Mitwirkung des Staates und nach den Regeln des Gesetzes auf Dauer begründet wird und durch bestimmte gegenseitige Rechte und Pflichten personeller und wirtschaftlicher Art bestimmt ist.⁴⁶¹ Die Familie ist nach dem BVerfG die umfassende Gemeinschaft von Eltern und Kindern, die eine Lebens- und Erziehungsgemeinschaft, später eine Haus- und Begegnungsgemeinschaft sein kann.⁴⁶² Blutsverwandtschaft ist dazu nicht erforderlich. Neben der natürlichen Abstammung kann auch eine Familiengemeinschaft mit Stief-, Pflege- oder Adoptivkindern gegründet werden, sog. rechtliche Familie.

⁴⁵⁹ Katzenmeier in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, V. B. III. 2 b).

⁴⁶⁰ Der Familienbegriff bezog sich bis zur zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts ganz selbstverständlich auf die eheliche Familie, vgl. Darstellung bei Schwab, FamRZ 2007, 1 (3).

⁴⁶¹ Badura in: Maunz/Dürig, GG, Art. 6 Rn. 4.

⁴⁶² BVerfGE 80, 81 (90 f) = NJW 1989, 2195.

Auch sozial-familiäre Gemeinschaften werden geschützt.⁴⁶³ Anerkannt ist letztlich, dass auch Eltern mit ihren volljährigen Kindern eine Familie bilden können.⁴⁶⁴

Art. 6 GG sichert, dass – anknüpfend an Art. 120 WRV – die Verfassung eine objektive Wertentscheidung über das Gemeinschaftsleben trifft, die bei jeder Ausübung öffentlicher Gewalt zu achten und durch den Gesetzgeber zu verwirklichen ist.⁴⁶⁵ Als Institutionsgarantie stellt das Grundrecht den Kern der das Familienrecht bildenden Vorschriften dar und dient als Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe⁴⁶⁶. Als Freiheitsrecht verpflichtet es den Staat, verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigte Eingriffe in den Schutzbereich von Ehe und Familie zu unterlassen.⁴⁶⁷ Art. 6 Abs. 1 GG kommt letztlich die Bedeutung einer wertentscheidenden Grundsatznorm zu. Es besteht ein doppelter Schutzauftrag, der zum einen auf Unterlassung von Beeinträchtigungen und zum anderen auf positive Förderung ausgerichtet ist. Dementsprechend entschied das BVerfG in den Orientierungssätzen seines Beschlusses aus dem Jahr 2006⁴⁶⁸, dass die aus Eltern und Kindern bestehende Familiengemeinschaft als eigenständig und selbstverantwortlich zu respektieren und zu fördern sei. Hier ging es um die Frage der Betreuerauswahl für einen schwerbehinderten Volljährigen, mithin um die Frage, wer Vertreter für ihn sein soll. Dessen Mutter war Leiterin einer heilpädagogischen Einrichtung, in der der Betroffene untergebracht war. Sie war zunächst als Betreuerin eingesetzt, sodann aber aufgrund ihrer beruflichen Tätigkeit und der damit verbundenen – behaupteten – Interessenkollision wieder entlassen worden. Dagegen richtete sich die Beschwerde zum BVerfG, die Erfolg hatte. Das BVerfG räumte den verwandtschaftlichen Beziehungen eine höhere Stellung ein als der damit verbundenen möglichen Interessenkollision. Mit der Vorschrift des § 1897 Abs. 3 BGB, die es verbietet, einen in einem Abhängigkeitsverhältnis zu dem Heim, in dem der zu Betreuende wohnt, Stehenden (z. B. Einrichtungsleiter) zum Betreuer zu bestellen, habe der Gesetzgeber wohl allein diejenigen Fälle erfassen wollen, in denen zwischen dem Betreuten und dem Einrichtungsleiter keine engen verwandtschaftlichen Beziehungen bestünden. Anhand dieser Entscheidung zeigt sich, dass verwandtschaftliche Beziehungen einen höheren Stellenwert haben und haben sollen, als eine abstrakte Gefahr des Missbrauchs der Vertretungsmacht. Dies beruht letztlich wieder auf dem Gedanken, dass Angehörige die Wünsche und Vorstellungen am besten kennen. Die Entscheidung bekräftigt die Notwendigkeit, Angehörigen eine Vertretungsmacht einräumen zu können; dies muss dann auch außerhalb einer Betreuung gelten.

⁴⁶³ Dazu ausführlicher Maurer in: MünchKommBGB, Vorbemerkungen §§ 1741 - 1772 Rn. 15.

⁴⁶⁴ BVerfGE 57, 170 ff. = NJW 1981, 1943 ff.; BVerfGE 80, 81 ff. = NJW 1989, 2195 ff.; Uhle in: Epping/Hillgruber, Art. 6 GG Rn. 19.

⁴⁶⁵ Badura in: Maunz/Dürig, Art. 6 Rn. 1.

⁴⁶⁶ Badura in: Maunz/Dürig, Art. 6 Rn. 8, 10.

⁴⁶⁷ BVerfGE 80, 81 (92).

⁴⁶⁸ BVerfG NJW-RR 2006, 1009 = FamRZ 2006, 1509.

Auch Art. 8 Abs. 1 EMRK unterstreicht die besondere Stellung der Familie durch den garantierten Schutz des Familienlebens, wobei eine Familienbeziehung zu Vater, Mutter, Kindern, Großeltern und Geschwistern bestehen kann. Unter Art. 8 EMRK fallen das Recht auf Zusammenleben und persönlichen Kontakt.⁴⁶⁹ Der Schutz, den Art. 8 EMRK bietet, ist als weitreichend zu bezeichnen. Das Recht auf Achtung des Familienlebens bedeutet nicht nur, dass der Staat darin nicht eingreifen darf, sondern auch, dass eine Verletzung in einem Nichtstun bestehen kann.⁴⁷⁰ Als positive Schutz- und Handlungspflicht kann sich daher ergeben, dass der Staat ein Gesetz erlassen muss.⁴⁷¹ Beziehungen zwischen Volljährigen genießen aber nicht ohne Weiteres den Schutz von Art. 8 EMRK, wenn keine zusätzlichen Elemente einer Abhängigkeit dargelegt werden, die über die üblichen gefühlsmäßigen Bindungen hinausgehen.⁴⁷² Dies hat besonders in Abschiebefällen Bedeutung. Hier geht es im Regelfall um die Abwägung der Abschiebungsgründe, die oft in begangenen Straftaten liegen, und den familiären Bindungen, d. h. dem Bestehen einer Ehe, deren Dauer und der Frage, ob Kinder aus ihr hervorgegangen sind.⁴⁷³ Im Zusammenhang mit der ärztlichen Behandlung setzte der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg die Abschiebung eines türkischen Staatsbürgers wegen Art. 8 EMRK aus, der seine in Deutschland lebende, kranke Mutter pflegte.⁴⁷⁴ Hier zeigt sich, dass den Angehörigen die Möglichkeit eingeräumt werden muss, ihre Familienmitglieder zu betreuen. Die Stellung der Familie geht hier über das Sicherheitsbedürfnis der Gesellschaft vor Straftätern hinaus. Übertragen auf die hier diskutierten Fälle bedeutet das, dass die Stellung der Angehörigen erst recht über der Position des Arztes stehen muss. Damit sie die Betroffenen versorgen können, benötigen sie gegenüber dem Arzt eine stärkere Position, die ihnen nur eine Vertretungsmacht einräumen kann.

Die durch Art. 6 Abs. 1 GG und Art. 8 EMRK garantierte Sonderstellung wird in einigen Vorschriften bereits umgesetzt, so z. B. in erb- und familienrechtlichen Vorschriften oder als Pflicht ausgestaltet im Rahmen der familiären Solidarität, §§ 1353, 1618a BGB. Im Betreuungsrecht ist auf die verwandtschaftlichen Bindungen Rücksicht zu nehmen, § 1897 Abs. 5 BGB. Daneben ist den Angehörigen vor einer Entscheidung über die ärztliche Behandlung Gelegenheit zur Stellungnahme über den Willen des Betroffenen einzuräumen, § 1901b Abs. 2 BGB. Eine besondere Stellung haben Angehörige auch im postmortalen Bereich. Bei der Totenfürsorge, also hinsichtlich der Entscheidungen über den Leichnam, sind die nächsten Angehörigen berechtigt zu entscheiden, wenn der Verstorbene, dessen Willen in erster Linie maßgeblich ist, einen solchen nicht erkennbar gemacht

⁴⁶⁹ Meyer-Ladewig, EMRK, Art. 8 Rn. 19.

⁴⁷⁰ Meyer-Ladewig, EMRK, Art. 8 Rn. 2.

⁴⁷¹ EGMR, EuGRZ 1979, 626 Nr. 32 f – Airey/Irland.

⁴⁷² EGMR, NJW 2004, 2147.

⁴⁷³ EGMR, DVBl 2006, 688 ff.

⁴⁷⁴ VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 09.02.2004, Az 11 S 1131/03, BeckRS 2004, 21414.

hat.⁴⁷⁵ Bei Fragen der Organspende gilt die sog. erweiterte Zustimmungslösung. Diese besagt, dass eine Organspende erlaubt ist, wenn der Verstorbene in einem Spendenausweis oder in einer anderen Erklärung seine Zustimmung erteilt hat, § 3 TPG. Liegt keine Erklärung vor, können die Angehörigen in einer bestimmten Rangfolge eine Entscheidung zur Organspende treffen, § 4 i.V.m. § 1a Nr. 5 TPG. Dabei ist der mutmaßliche Wille des möglichen Organspenders gem. § 4 Abs. 1 Satz 4 TPG zu beachten.⁴⁷⁶ Grund kann dabei stets nur sein, dass man den Angehörigen zugesteht, am besten über den wirklichen Willen des Betroffenen Bescheid zu wissen. Dazu gehört auch, dass jede Familie über eigene Regeln verfügt, nach denen sie lebt und ihre Probleme löst.

Darüber hinausgehende Normen für den hier relevanten Bereich der Vertretung in Gesundheitsfragen, die die Familiengemeinschaft fördern und die den Mitgliedern ausdrücklich das Recht und die Pflicht der gegenseitigen Vertretung zugestehen, fehlen.

D. Ergebnis

Das fehlende Recht auf Einbeziehung von Familienangehörigen in die Behandlungsentscheidung ist aus mehreren Gründen bedenklich. Denn tatsächlich sind es die Angehörigen, die in der Regel über die Wünsche und Vorstellungen des Betroffenen informiert sind. Das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen ist bei Einbeziehung der Angehörigen in die ärztliche Behandlung grundsätzlich bestmöglich gewahrt. Darüber hinaus erhält die Familie auch durch das Grundgesetz und die EMRK eine besondere Stellung, aus der sie Rechte ableiten kann. Dies alles wird derzeit durch die Konstruktion der Geschäftsführung ohne Auftrag und der mutmaßlichen Einwilligung nicht ausreichend gewahrt. Zudem begegnen die Konstruktionen rechtlichen Bedenken, weil sie die Behandlung in das Belieben des Arztes stellen. Dabei ist der Arzt derjenige, gegen den sich das Abwehrrecht der Patientenautonomie richtet.

Ist keine Betreuung eingerichtet, wird den Angehörigen nur insoweit eine Sonderstellung eingeräumt, als sie als Auskunftspersonen für den mutmaßlichen Willen des Betroffenen dienen können. Da die Einbeziehung aber letztlich im Belieben des Arztes liegt, genügt dies dem verfassungsrechtlichen Schutzauftrag kaum. Die neu geschaffene Vorschrift des § 1901b Abs. 2 BGB, nach der den nahen Angehörigen und sonstigen Vertrauenspersonen Gelegenheit zur Äußerung über den Willen des Patienten zu geben ist, genügt hier den verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht. Denn es fehlt schlicht die Feststellung, dass den Stellungnahmen

⁴⁷⁵ BGH FamRZ, 1978, 15; 1992, 657; KG Berlin NJW-RR 1999, 157; Diederichsen, FS für Schreiber, 635 (650).

⁴⁷⁶ Vgl. zur Rolle der Angehörigen auch Zech, S. 41 f., die darauf hinweist, dass in Deutschland anders als in anderen Staaten die alleinige Einwilligung des Verstorbenen ausreicht und es keiner zusätzlichen Einwilligung der Angehörigen bedürfe.

Gewicht eingeräumt wird und der Arzt sie berücksichtigen muss. Die Bewertung der Aussagen verbleibt nach wie vor beim Arzt. Darüber hinaus entspricht das Recht nicht einer Stellvertretung, sondern ist schwächer ausgestaltet.

Es ist daher zu hinterfragen, inwieweit das geltende Recht den Angehörigen eine stärkere Position zu verschaffen vermag.

§ 8 Vertretung durch Familienangehörige und sonstige Vertrauenspersonen

A. Einführung

Zunächst soll für die anstehende Diskussion das Verhältnis der einzelnen Elemente des ärztlichen Handelns – Behandlungsvertrag, Einwilligung und Schweigepflicht - geklärt werden.

Wie dargestellt ist zwischen dem Behandlungsvertrag und der Einwilligung zu differenzieren. Darüber hinaus ist der Arzt an die Schweigepflicht gebunden. Fragt man nun nach den Möglichkeiten einer Einbeziehung von Familienangehörigen in die ärztliche Behandlung, ist zu klären, welcher der Bereiche gemeint ist. Ist ein Vertreter befugt, im medizinischen Bereich für den Betroffenen zu handeln, umfasst dies rein tatsächliche Handlungen, wie Gespräche mit dem Arzt, und die Einwilligung in die ärztlichen Eingriffe. Dazu gehört aber auch der rechtsgeschäftliche Abschluss des Behandlungsvertrags.⁴⁷⁷ Anders lässt sich die Einwilligung arztrechtlich nicht umsetzen. Zum Aufgabenkreis der Gesundheitsvertretung gehören damit die Einwilligung in die Behandlung mit der damit einhergehenden Information über den Gesundheitszustand des Betroffenen sowie alles, was zur Entstehung, Abwicklung und Beendigung des Behandlungsvertrags seitens eines

⁴⁷⁷ Vgl. Frost, S. 83 f. am Beispiel der Betreuung für den Aufgabenkreis „Personensorge“.

Patienten notwendig ist.⁴⁷⁸ Daher sollen Behandlungsvertrag, Einwilligung und Schweigepflicht gemeinsam betrachtet werden.

Unter dem Blickwinkel der bestmöglichen Wahrnehmung des Selbstbestimmungsrechts des einwilligungsunfähigen Patienten soll im folgenden Abschnitt herausgearbeitet werden, ob und inwieweit den Angehörigen eine Stellvertretungsmacht und damit Entscheidungsbefugnisse i. R. der Behandlungsentscheidung eingeräumt werden können.

Eine Stellvertretung kann gesetzlich, rechtsgeschäftlich⁴⁷⁹ sowie organschaftlich begründet werden. Die organschaftliche Vertretung ausklammernd beruht die Vertretungsmacht damit entweder auf der eigenen Entscheidung des Betroffenen (rechtsgeschäftlich) oder kraft Gesetzes oder aufgrund der gerichtlichen Bestellung eines gesetzlichen Vertreters wegen seiner eingeschränkten Eigenverantwortlichkeit (gesetzlich).

B. Gesetzliche Vertretungsmacht

Die gesetzliche Vertretungsmacht ergibt sich direkt aus dem Gesetz.⁴⁸⁰ Sie besteht für die Fälle, in denen der Vertretene geschäftsunfähig oder sonst hilfsbedürftig ist; so also bei minderjährigen Personen oder bei volljährigen Personen aus psychischen oder physischen Gründen.

Eltern sind qua lege die gesetzlichen Vertreter ihrer minderjährigen Kinder, weil diese nur eingeschränkt eigenverantwortlich sind, vgl. §§ 1626, 1629 BGB. Eine entsprechende Vorschrift einer Vertretungsmacht unter Eheleuten bzw. Lebenspartnern oder sonstigen Angehörigen untereinander sieht das BGB nicht vor. Ob sich aus einer einzelnen Vorschrift ggf. etwas anderes ergibt oder aus der Zusammenschau mehrerer Vorschriften, ist Gegenstand der weiteren Untersuchung.

I. Familienangehörige als Betreuer

Als Betreuer ist der Familienangehörige der gesetzliche Vertreter des Betreuten. Die Bestellung eines Verwandten zum Betreuer mag zwar in der Praxis häufig vorkommen; dennoch gibt das Gesetz dem Angehörigen keinen Anspruch darauf, Betreuer zu werden. Vielmehr hat der Wunsch des zu Betreuenden gesetzlichen Vorrang bei der Betreuerauswahl, vgl. § 1897 Abs. 4 BGB. Erst danach ist auf verwandtschaftliche Beziehungen Rücksicht zu nehmen, § 1897 Abs. 5 BGB.

⁴⁷⁸ Bienwald in: Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann, § 1896 BGB Rn. 133 unter „Heilbehandlung“ für den Aufgabenkreis der Gesundheitspflege im Rahmen der Betreuung.

⁴⁷⁹ Auch gewillkürte Stellvertretung genannt, vgl. Giesen, Jura 1991, 357.

⁴⁸⁰ Sie kann aber auch durch einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit entstehen. So erfolgt die Bestellung zum Betreuer durch Beschluss des Betreuungsgerichts gem. § 1896 Abs. 1 BGB

II. § 1357 Abs. 1 BGB

Gem. § 1357 Abs. 1 BGB ist jeder Ehegatte berechtigt, mit Wirkung auch für den anderen Geschäfte zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs der Familie abzuschließen. Durch solche Geschäfte werden beide Ehegatten berechtigt und verpflichtet, es sei denn, aus den Umständen ergibt sich etwas anderes. Früher wurde die Wirkung des § 1357 BGB als sog. Schlüsselgewalt bezeichnet.⁴⁸¹ Das Bundesverfassungsgericht hat § 1357 Abs. 1 BGB als eine Regelung zur Ausgestaltung der Ehe in wirtschaftlicher Hinsicht angesehen.⁴⁸² Es führte in seiner Entscheidung aus, dass es dem Gesetzgeber vor allem darum gegangen sei, den Ehegatten, der die Haushaltsführung übernommen habe, „für seine Aufgabe im Rahmen der ehelichen Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft angemessen auszurüsten“. Dem Grundgedanken der ehelichen Wirtschaftsgemeinschaft widerspreche es grundsätzlich nicht, dass sich die Ehegatten in einer intakten Ehe in den Grenzen dessen, was zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfes gehört, gegenseitig verpflichten könnten.⁴⁸³

Die Rechtsnatur des § 1357 BGB ist umstritten. Teilweise wird die Regelung als eine gesetzliche Vertretungsmacht angesehen.⁴⁸⁴ Das LG Mannheim entschied mit Urteil vom 24.02.1993, dass eine gesetzliche Vertretungsmacht im Rahmen des § 1357 Abs. 1 BGB bestehen.⁴⁸⁵ Dies gelte mithin für Geschäfte zur Deckung eines angemessenen Lebensbedarfs.⁴⁸⁶ Eine nähere Begründung ist das Landgericht schuldig geblieben. Andere sehen in § 1357 BGB eine Organschaft.⁴⁸⁷ Nach herrschender Meinung liegt jedoch eine Rechtsmacht *sui generis* vor.⁴⁸⁸ Die Regelung des § 1357 BGB enthalte kein Vertretungsrecht, da die Bindung des nicht-handelnden Ehegatten eintrete, ohne dass der Geschäftsverkehr wisse, ob und mit wem der Geschäftspartner verheiratet sei. Es fehle damit an der erforderlichen Offenkundigkeit des Vertreterhandelns.⁴⁸⁹ Dieser Aspekt mag zutreffend sein, zu bedenken sind aber zwei Punkte: Zum einen wird der Offenkundigkeitsgrundsatz

⁴⁸¹ Bis zum Inkrafttreten des 1. EheRG am 1. Juli 1977 lautete die Vorschrift noch: „Die Frau ist berechtigt, Geschäfte, die innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises liegen, mit Wirkung für den Mann zu besorgen. Aus Rechtsgeschäften, die sie 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. ...“.

Nach Aufgabe der Hausfrauenehe wurde der Paragraph geschlechtsneutral formuliert.

⁴⁸² BVerfGE 81, 1 (7).

⁴⁸³ BVerfGE 81, 1 (10).

⁴⁸⁴ Lücke, AcP 178 (1978), 1 (19); Müller, K., AcP 168 (1968), 113 (126 ff.).

⁴⁸⁵ LG Mannheim NJW-RR 1994, 274.

⁴⁸⁶ In der Entscheidung ging es um die Frage nach der Anmietung einer Wohnung; das LG verneinte hier die Anwendung des § 1357 BGB.

⁴⁸⁷ Büdenbender, FamRZ 1976, 662 (666); Müller-Freienfels, FS für Lehmann, Band 1, 388 (409 f.).

⁴⁸⁸ Lange in: Soergel, § 1357 BGB Rn. 9; Hahn in: Bamberger/Roth, § 1357 Rn. 4; Wacke in: MünchKommBGB, § 1357 BGB Rn. 10 „mit Anklängen an eine gesetzliche Vertretungsmacht und an die amtsähnliche Stellung der Verwalter von Sondervermögen“.

⁴⁸⁹ Jurgeleit, BtPrax 2002, 197.

bei dem sog. „Geschäft für den, den es angeht“ durchbrochen. Durch die Bargeschäfte des täglichen Lebens kommt der Vertrag mit demjenigen zustande, den es angeht, ohne dass der Vertreterwille erkennbar gemacht werden müsste.⁴⁹⁰ Zum anderen trifft dies auf die medizinische Behandlung in dem Rahmen dieser Arbeit nicht zu: Der Arzt weiß ja, dass der Ehegatte für seinen Partner handelt bzw. handeln will.

Weiterhin stellt sich die Frage, ob Behandlungsverträge unter § 1357 Abs. 1 BGB fallen. Mit Blick auf die Höchstpersönlichkeit des Behandlungsvertrages⁴⁹¹ oder das Argument, dass sich bei einem Behandlungsvertrag aus den Umständen etwas anderes ergebe⁴⁹² wird dies teilweise abgelehnt. Nach Ansicht des BGH und der h. M. kommt § 1357 BGB hingegen in Betracht.⁴⁹³ Zu bedenken ist aber, dass lediglich für den Behandlungsvertrag – also letztlich nur für die Frage, wer für die Kosten der Behandlung mit verpflichtet ist – auf § 1357 BGB zurückgegriffen werden kann.⁴⁹⁴ Dies gilt aber keinesfalls für die Einwilligung in die ärztliche Behandlung.⁴⁹⁵ Diese muss nach wie vor der Patient selbst – und nicht sein Ehegatte – erteilen und nur der Betroffene kann den Arzt von seiner Schweigepflicht entbinden. Die Gesetzesbegründung zur Einführung einer gesetzlichen Vertretungsmacht zog die gegenseitige Verantwortung der Ehegatten nach § 1357 BGB zwar unmittelbar für die Begründung einer Vertretungsmacht heran⁴⁹⁶, ging aber ebenfalls davon aus, dass sich die Vertretung auf eine solche in Vermögensangelegenheiten beschränkt und machte zum anderen deutlich, dass § 1357 BGB gerade kein Vertretungsrecht enthält.

Insgesamt lässt sich damit aus § 1357 BGB kein unmittelbarer Rückschluss auf eine Vertretungsmacht in Gesundheitsangelegenheiten ziehen. Bei der Vorschrift geht es um die Verpflichtung des anderen Ehegatten zusätzlich zu der eigenen. Kurz gesagt geht es um Fragen der Mithaftung. In den hier relevanten Fällen will der Handelnde aber ausschließlich für den anderen tätig werden, nicht auch für sich selbst. In seinen Rechtsfolgen ist § 1357 BGB mit den Regeln über die Stellvertretung und der Vermögensverwaltung dennoch vergleichbar.⁴⁹⁷ Der Gedanke aus § 1357 BGB bleibt daher für die weiteren Erwägungen festzuhalten.

⁴⁹⁰ Heinrichs in: Palandt, § 164 Rn. 8.

⁴⁹¹ Vgl. LG Stuttgart, FamRZ 1961, 315.

⁴⁹² Vgl. Peter, NJW 1993, 1949 (1952 f.).

⁴⁹³ BGHZ 94, 1 (6 ff.); 116, 184 ff.; Wacke in: MünchKommBGB, § 1357 Rn. 30 f.

⁴⁹⁴ Streitig ist, wieweit die Rechtsstellung des Ehegatten reicht, vgl. Wacke in: MünchKommBGB, § 1357 Rn. 30 ff.

⁴⁹⁵ Vgl. auch BGHZ 47, 75 ff.

⁴⁹⁶ BR-Drs. 865/03, S. 31.

⁴⁹⁷ Vgl. auch BR-Drs. 865/03, S. 35.

III. § 1353 Abs. 1 Satz 2, 2. Halbsatz

§ 1353 Abs. 1 Satz 2, 2. Halbsatz BGB bestimmt, dass die Ehegatten füreinander Verantwortung tragen. Möglicherweise könnte dies eine Grundlage für eine gesetzliche Vertretungsmacht sein. Dies lässt auch die Gesetzesbegründung zur Einführung einer gesetzlichen Vertretungsmacht anklingen.⁴⁹⁸ Denn aus § 1353 BGB folgt für den Bereich der Gesundheitspflege die Pflicht, einen psychisch kranken Ehegatten in einem psychiatrischen Krankenhaus unterzubringen⁴⁹⁹ und Hilfe für einen süchtigen Ehegatten zu organisieren⁵⁰⁰. Aus der gegenseitigen Verantwortung ist aber nicht zu schließen, dass ein Ehegatte auch die Rechtsmacht zur Vertretung des anderen herleiten kann.⁵⁰¹ § 1353 BGB begründet damit selbst keine Vertretungsmacht. Festzuhalten bleibt aber, dass es zumindest Möglichkeiten voraussetzt und fordert, die es den Eheleuten auch gestatten, ihrer hier normierten Pflicht nachzukommen. Hindernisse, die dem entgegenstehen, sind – soweit möglich – zu beseitigen.⁵⁰²

IV. Notverwaltungsrecht in der Gütergemeinschaft, §§ 1429, 1454 BGB

Ehegatten, die durch Ehevertrag Gütergemeinschaft vereinbart haben, vgl. § 1415 BGB, steht ein sog. Notverwaltungsrecht zu. Dieses besagt, dass ein Ehegatte, der nicht⁵⁰³ oder nur gemeinsam⁵⁰⁴ zur Verwaltung des Gesamtgutes berechtigt ist, Rechtsgeschäfte vornehmen kann, wenn der andere durch Krankheit oder Abwesenheit verhindert ist und mit einem Aufschub Gefahr verbunden ist. Der ausübende Ehegatte handelt dabei in eigener Verantwortung und ist an den mutmaßlichen Willen oder früher geäußerten Willen des anderen gebunden.⁵⁰⁵ Der Handelnde kann im eigenen Namen oder (auch) im Namen des anderen das Notverwaltungsrecht ausüben.⁵⁰⁶ Folge ist, dass wenigstens das Gesamtgut und der Gesamtgutsverwalter verpflichtet werden. Das Handeln im Namen des anderen entspricht letztlich einer Vertretungsmacht. Dennoch ist zu beachten, dass das Notverwaltungsrecht eine Ausnahme darstellt. Ebenso erfordert es die Vereinbarung der Gütergemeinschaft aufgrund eines Ehevertrags, der notariell zu beurkunden ist, § 1410 BGB. Entscheidend ist hier jedoch, dass es bei der Notverwaltung um das Gesamtgut geht, nicht um Eigengut. Hier wird also eine Ausnahme von der grundsätzlichen Regelung der Geschäftsführung und Vertretung für das gemeinsame Vermögen normiert. Für die Vertretung in Gesundheitsfragen bleibt nur,

⁴⁹⁸ BR-Drs. 865/03, S. 31.

⁴⁹⁹ Brudermüller in: Palandt, § 1353, Rn. 9 unter Bezugnahme auf RGZ 70, 48 (50f).

⁵⁰⁰ BGH FamRZ 1967, 324 (326).

⁵⁰¹ So auch Chiusi, ZRP 2004, 119 (122).

⁵⁰² Vgl. auch BR-Drs. 865/03, S. 32.

⁵⁰³ Vgl. § 1429 BGB.

⁵⁰⁴ Vgl. § 1454 BGB.

⁵⁰⁵ Kanzleiter in: MünchKommBGB, § 1429 Rn. 4.

⁵⁰⁶ Kanzleiter in: MünchKommBGB, § 1429 Rn. 5 und § 1454 Rn. 5.

den Aspekt festzuhalten, dass das BGB durchaus Vorschriften hat, aufgrund derer der eine Ehegatte (auch) für den anderen handeln kann.

V. § 1618a BGB: Beistandspflicht

Das Preußische Allgemeine Landrecht (PrALR 1794) zählte es noch zu den Pflichten der Kinder, ihre Eltern im Falle der Krankheit zu pflegen und zu unterstützen.⁵⁰⁷ § 1618a BGB enthält die Überreste der Vorschrift, aber ohne die Kindespflichten. Danach sind Eltern und Kinder einander Beistand schuldig. Dies gilt unabhängig von Alter oder Zugehörigkeit zum elterlichen Hausstand.⁵⁰⁸ Durch die Betonung der Gegenseitigkeit der Rechte und Pflichten und der besonderen Verantwortung füreinander sollen die partnerschaftlichen Beziehungen innerhalb der Familie gestärkt werden.⁵⁰⁹ Der Inhalt der Beistandspflicht konkretisiert sich nach den einzelnen Lebensumständen. Beistand bedeutet jede aktive Unterstützung in der Familie. Dazu zählen psychische Unterstützung bei Alltagsproblemen und in Krankheits- und Notsituationen.⁵¹⁰ Die Vorschrift normiert jedoch keine Vertretungsmacht zwischen den Normadressaten.

Als Gedanke bleibt festzuhalten, dass zwischen Eltern und Kindern ein lebenslanges Solidaritätsverhältnis bestehen bleibt, aus dem sich Rechte und Pflichten ableiten lassen.

VI. Gewohnheitsrecht

Gewohnheitsrecht ist gegenüber dem Gesetzesrecht die ältere Rechtsquelle.⁵¹¹ Es ist ein ungeschriebenes Recht, das aufgrund langer tatsächlicher Übung und durch allgemeine Anerkennung seiner Verbindlichkeit im Sinne einer Überzeugung von der rechtlichen Notwendigkeit der Übung entstanden ist. Seine tragenden Elemente sind damit die lang andauernde Übung und die gemeinschaftliche Überzeugung, dass die geübte Regel rechtens sei.⁵¹² Auch die aufgrund einer irrigen Gesetzesauslegung beruhende Praxis kann zur Bildung von Gewohnheitsrecht führen.⁵¹³

Gewohnheitsrechtlich anerkannt sein können rechtliche Institute. So war die *c.i.c.*⁵¹⁴ und die *pVV*⁵¹⁵ bis zu ihrer Normierung durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz gewohnheitsrechtlich anerkannt. Ebenso gewohnheitsrechtlich anerkannt sind die Anscheins- und die Duldungsvollmacht. Fraglich ist, ob auch

⁵⁰⁷ PrALR, 2. Teil, 2. Titel, § 63.

⁵⁰⁸ v. Sachsen Gessaphe in: MünchKommBGB, § 1618a Rn. 4.

⁵⁰⁹ Coester in: Staudinger, § 1618a Rn. 3.

⁵¹⁰ v. Sachsen Gessaphe in: MünchKommBGB, § 1618a Rn. 8.

⁵¹¹ Geyer, S. 1.

⁵¹² Vgl. die Darstellung der unterschiedlichen Formulierungen bei Frühauf, S. 5.

⁵¹³ BGHZ 37, 219; Heinrichs in: Palandt, Einleitung Rn. 22.

⁵¹⁴ Vgl. Grothe in: Bamberger/Roth, § 324 Rn. 5.

⁵¹⁵ Vgl. Hesse in: Bamberger/Roth, § 619a Rn. 3.

eine Vertretungsmacht zwischen Familienangehörigen gewohnheitsrechtlich anerkannt sein kann.

1. Anwendungsbereiche des Gewohnheitsrechts

Gewohnheitsrechtlich anerkannt ist die Entscheidungsberechtigung der nächsten Angehörigen bei der Totenfürsorge, wenn der Verstorbene seinen Willen zu Lebzeiten nicht erkennbar gemacht hat.⁵¹⁶ Voraussetzung ist auch, dass der Verstorbene nicht einen Familienangehörigen oder eine dritte Person⁵¹⁷ mit der Totenfürsorge beauftragt hat.⁵¹⁸ Ein Vorrecht des Betreuers, dessen Amt mit dem Tod des Betreuten endet, kann sich nur dann ergeben, wenn der Betreute außerdem Familienangehöriger ist.⁵¹⁹

Teilweise wird eine Mitvertretungsbefugnis im Rahmen von Mietverträgen aus Gewohnheitsrecht begründet.⁵²⁰ Diese Betrachtungsweise klingt jedenfalls in dem Urteil des BGH vom 22.02.1994⁵²¹ an. Hierbei ging es um die Frage, ob die Unterschrift eines Ehegatten unter die Verlängerungsvereinbarung zu dem von beiden Ehegatten unterzeichneten Pachtvertrag zugleich auch für den anderen Ehegatten erfolgen soll. Im Ergebnis hat der BGH dies verneint mit der Begründung, dass es keinen Erfahrungssatz dafür gebe, dass der Ehegatte für die Ehefrau, die den Hauptvertrag selbst unterzeichnet hatte, mit unterschreibt. Ein Teil der Literatur⁵²² und Rechtsprechung⁵²³ nimmt hingegen an, dass der unterschreibende Ehegatte den anderen automatisch mit vertreten habe. Teilweise wird dies auch über die Grundsätze der Duldungsvollmacht begründet. Eine genaue Begründung bleiben die Gerichte und Autoren schuldig. Es zeigt sich aber, dass es grundsätzlich denkbar ist, dass eine Vertretungsmacht auf Gewohnheitsrecht beruht.

2. Anwendung auf die Vertretung in Gesundheitsangelegenheiten

Fraglich ist, ob eine Vertretung in Gesundheitsangelegenheiten auf Gewohnheitsrecht beruhen kann. Voraussetzung dafür wäre, dass Angehörige schon immer für die nicht mehr handlungsfähigen Betroffenen gehandelt haben und dies rechtlich anerkannt wurde. Es muss also eine Sozialnorm bestehen.

Eine Sozialnorm liegt vor, wenn eine Vielzahl von Personen diese internalisiert oder akzeptiert haben.⁵²⁴ Wie dargestellt gehen Angehörige oftmals von einer ihnen zustehenden Vertretungsmacht aus und reagieren mit Unverständnis, wenn

⁵¹⁶ Diederichsen, FS für Schreiber, S. 650.

⁵¹⁷ Z. B. der Lebensgefährte.

⁵¹⁸ Edenhofer in: Palandt, Einl v. § 1922 Rn. 9.

⁵¹⁹ Diederichsen, FS für Schreiber, S. 650.

⁵²⁰ Vgl. Angaben bei Pauly/Legleitner, Jura 1995, 193 (194).

⁵²¹ NJW 1994, 1649 ff.

⁵²² Weidenkaff in: Palandt, § 535 Rn. 7; Köhler/Kossmann, § 9 Rn. 3; Bunn, NJW 1988, 1362, (1364), der in der Unterzeichnung allerdings eine Anscheinsvollmacht sieht; Sternel, I Rn. 54.

⁵²³ OLG Oldenburg MDR 1991, 968; OLG Schleswig, NJW-RR 1993, 274.

⁵²⁴ Hoffmann, BtPrax 2003, 94.

sie selbst über die Behandlung eines Familienmitgliedes nicht entscheiden dürfen.⁵²⁵ Es entspricht auch der Ansicht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe Betreuungsrecht, dass aus dem Rechtsgedanken der §§ 1353, 1618 a BGB das Recht und die Pflicht folgten, die Interessen des anderen nach außen hin wahrzunehmen.⁵²⁶ Dennoch fehlt es an einer ausführlichen repräsentativen empirischen Studie zur Existenz einer solchen Sozialnorm. Der BGH stützte sich in der o.g. Entscheidung vom 22.02.1994 bei seiner Ablehnung einer Vertretung darauf, dass es keinen Erfahrungssatz gebe, dass der eine Ehegatte den anderen vertrete. Dieser Erfahrungssatz soll aber in den im Rahmen dieser Arbeit relevanten Fallkonstellationen unterstellt werden, und es spricht viel dafür, dass dies die Realität widerspiegelt.⁵²⁷ *Coeppicus*⁵²⁸ beschreibt es als üblich in der Praxis, dass Ärzte in der intensivmedizinischen Behandlung die Zustände der Patienten mit den Angehörigen besprechen. Bei infauster Diagnose vereinbarten Ärzte oftmals gemeinsam mit den Verwandten ohne Einbeziehung der Gerichte, dass eine weitere Behandlung abgebrochen werde. Fraglich ist, ob aus dieser Praxis ein gewohnheitsrechtlich anerkannter Anspruch der Familienangehörigen gegen den Arzt gefolgt werden kann. Dazu soll ein Vergleich mit den bisher anerkannten Fallgruppen gezogen werden.

Elementarer Unterschied zwischen der Berechtigung im Rahmen der Totenfürsorge und der Vertretung in Gesundheitsfragen ist die Schutzbedürftigkeit des Betroffenen: Ist im postmortalen Bereich das allgemeine Persönlichkeitsrecht noch von Bedeutung⁵²⁹, endet der Würdeschutz mit dem „Absterben des Menschen als lebender Organismus“⁵³⁰ und damit auch die Selbstbestimmung. Die Totenfürsorge kann daher nicht dazu herangezogen werden, eine Vertretungsmacht von Familienangehörigen unter Lebenden anzunehmen. Sie kann allenfalls als Indiz für deren Bestehen dienen. Durch sie wird verdeutlicht, dass das Recht letztlich den Angehörigen zugesteht, die Wünsche des Verstorbenen am besten zu kennen, sie zu respektieren und sie daher auch durchsetzen sollten. Letztlich spricht aber die geführte, streitige Diskussion um die Frage, ob es nun der Vorstellung der Bevölkerung entspricht, dass sich Familienangehörige einander vertreten können, gegen eine bestehende Sozialnorm.

Bei den eben dargestellten Mietverträgen geht es um die Mitvertretung. Eine Partei tritt für sich auf und es geht um die Frage, ob diese eine weitere Partei vertritt. Das Problem ist hier zunächst die Offenkundigkeit. Diese Frage stellt sich im Zusammenhang mit der Vertretung in Gesundheitsangelegenheiten indes nicht: Hier treten die Angehörigen oder sonstigen Vertrauenspersonen für jeden er-

⁵²⁵ Vgl. Hoffmann, BtPrax 2003, 94.

⁵²⁶ Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Betreuungsrecht“, Betrifft: Betreuung 6, S. 13, S. 100.

⁵²⁷ S.o. § 2 C.

⁵²⁸ Coeppicus, S. 132 f.

⁵²⁹ Sog. postmortaler Persönlichkeitsschutz, BVerfGE 30, 173 (195).

⁵³⁰ Herdegen in: Maunz/Dürig, Art. 1 Abs. 1 Rn. 52.

kennbar als Vertreter auf. In den Gesundheitsangelegenheiten geht es vielmehr um die Frage nach der Vertretungsmacht. Diese lehnte der BGH in der genannten Entscheidung jedoch letztlich ab. Diese Fallkonstellation kann nicht dazu heran gezogen werden, im Bereich der Gesundheitsvorsorge eine Vertretungsmacht zu begründen.

Weitere anerkannte gewohnheitsrechtliche Fälle sind nicht ersichtlich. Im Ergebnis ist damit festzuhalten, dass eine Vertretungsbefugnis basierend auf dem Gewohnheitsrecht abzulehnen ist.

C. Rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht

Eine durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht (Vollmacht, vgl. § 166 Abs. 2 BGB) wird gem. § 167 Abs. 1 BGB durch eine empfangsbedürftige Willenserklärung begründet⁵³¹, entweder konkludent oder ausdrücklich. Die Bevollmächtigung kann gegenüber dem Vertreter erklärt werden, sog. Innenvollmacht. Sie kann aber auch gegenüber dem Dritten erklärt werden, sog. Außenvollmacht. Die Erklärung ist ein einseitiges Rechtsgeschäft.⁵³²

I. Ausdrückliche Bevollmächtigung

Wie dargestellt, muss die Vollmacht für die Vertretung in Gesundheitsangelegenheiten schriftlich und ausdrücklich erteilt werden. Bei Vorliegen einer wirksamen Vollmacht für einen Familienangehörigen kann dieser den Anspruch des Patienten gegenüber dem Arzt auf Beteiligung seiner Vertrauensperson stellvertretend für den Patienten einfordern. Der Bevollmächtigte übt das Selbstbestimmungsrecht für den Patienten aus und dazu muss ihm die Möglichkeit gegeben werden.⁵³³

Bei Zweifeln an einer Vertreterentscheidung kann das Betreuungsgericht durch jede dritte Person angerufen werden. In der Regel wird dies durch den Arzt geschehen, wenn dieser im Rahmen seiner Behandlung unsicher ist, dass der Vertreter nach dem Willen des Patienten handelt. Bei Einwilligungen in Risikoeingriffe i. S. des § 1904 Abs. 1 BGB oder bei der Nichteinwilligung in eine lebenserhaltende Maßnahme i. S. des Abs. 2 BGB muss vorher die Genehmigung des Betreuungsgerichts eingeholt werden.

Im Gesundheitsbereich spielt die Vorsorgevollmacht eine wichtige Rolle. Sie versteht sich als ausdrückliche Vollmacht. Familienangehörige spielen hier als Bevollmächtigte eine große Rolle. Insgesamt kann auf die Erörterungen oben verwiesen werden.⁵³⁴

⁵³¹ Die sog. Bevollmächtigung.

⁵³² Flume, AT II, § 49 I, S. 823.

⁵³³ In den bereits aufgezeigten Grenzen der Privatautonomie, s. §§ 4 und 5.

⁵³⁴ § 4 A. I. und § 5 A. I.

II. Konkludente Bevollmächtigung: Überlegungen de lege ferenda

Die Vollmacht kann grundsätzlich formfrei erteilt werden. Im Rahmen der Gesundheitsvertretung ist jedoch Schriftlichkeit und Ausdrücklichkeit für alle medizinischen Maßnahmen erforderlich, § 1904 Abs. 5 BGB.⁵³⁵ Dies schließt eine konkludente Vollmacht aus. Für den folgenden Abschnitt soll daher zunächst losgelöst von diesen Erfordernissen untersucht werden, ob eine konkludente Bevollmächtigung überhaupt vorliegen kann. Ob und in welchem Umfang Vollmacht erteilt wird, ist dann durch Auslegung zu ermitteln.⁵³⁶ In der Literatur klang bereits vereinzelt an, dass eine konkludente Bevollmächtigung im Bereich der Gesundheitsvorsorge durchaus denkbar sei.⁵³⁷ Dies gilt es zu untersuchen.

1. Vorliegen einer konkludenten Vollmacht im Notfall

Für die Untersuchung soll erneut zwischen dem Notfall und dem Normalfall einer Behandlung unterschieden werden. Vom Notfall umfasst sein kann die Situation, dass jemand notfallmäßig behandelt werden muss und voraussichtlich wieder genesen wird.⁵³⁸ Darüber hinaus ist denkbar, dass von dem Patienten nicht zu erwarten ist, dass seine Selbstständigkeit wieder hergestellt werden kann.⁵³⁹ Beide Fälle sind zunächst gleich zu behandeln: Es ist zu prüfen, ob für die notfallmäßige Behandlung ein Vertreter zur Verfügung steht, der sowohl den Behandlungsvertrag abschließen kann als auch die erforderliche Einwilligung erteilen kann und demgegenüber sich der Arzt nicht auf seine Schweigepflicht berufen darf bzw. muss. Bei demjenigen, der nicht mehr genesen wird, schließt sich die Frage an, wer über die sich anschließende, weitere Behandlung entscheidet.

a) Das Außenverhältnis: Die Vollmacht

Bezüglich der rechtlichen Voraussetzungen beim Vollmachtgeber und beim Bevollmächtigten ist auf die Ausführungen im Rahmen der (Vorsorge-) Vollmacht zu verweisen. Die Begründung der Vollmacht bedarf jedoch Erläuterungen.

aa) Begründung der Vollmacht

Zunächst stellt sich die Frage, wie eine konkludente Vollmacht begründet werden kann und ob die Vollmacht als Innen- oder Außenvollmacht ausgestaltet ist.

Denkbar ist eine interne Bevollmächtigung: Durch schlüssiges Verhalten lässt der Vertretene erkennen, dass er seinen Familienangehörigen mit der Vertretung

⁵³⁵ S. o. unter § 5 A. I. 2. a) bb).

⁵³⁶ §§ 133, 157 BGB.

⁵³⁷ Lipp, Handbuch Vorsorge, § 2 Rn. 30 ff.; v. Sachsen Gessaphe, S. 286; Perau, MittRhNotK 1996, 285 (294); vgl. auch Müller, G., DNotZ 1999, 107 (111).

⁵³⁸ So beispielsweise ein Herzinfarktpatient.

⁵³⁹ Beispielsweise nach einem Schlaganfall oder schwerer Demenz.

in Gesundheitssachen bevollmächtigt. Vorstellbar sind hier Fälle, in denen der zu Vertretende seinen Angehörigen mit einer Aufgabe betraut, die eine rechtsgeschäftliche Vertretung erfordert. Beispielsweise kann dies in der Bitte liegen, beim Arzt anzurufen, der von dieser angebotenen Behandlung zuzustimmen und einen Termin zu vereinbaren. Problematisch hierbei ist, dass der Arzt von der Vollmacht dann keine Kenntnis hat. Er wird daher möglicherweise die Zusammenarbeit mit dem Angehörigen verweigern. Dies geschieht zwar insofern zu Unrecht, als rechtlich gesehen eine (Innen-) Vollmacht vorliegt. Die Beweislast für das Vorliegen einer Vollmacht trägt aber derjenige, der sich darauf beruft, also hier der Bevollmächtigte. Dies wird ihm regelmäßig nicht gelingen, zumal die hier skizzierten Fälle davon ausgehen, dass der Vollmachtgeber selbst entweder nicht ansprechbar oder wegen sonstiger Morbiditäten nicht (mehr) am Rechtsverkehr teilnehmen kann und eine Vollmacht daher nicht bestätigen kann. Die praktische Umsetzbarkeit der Innenvollmacht ist daher fraglich. Die Beweisproblematik stellt sich zwar bei jeder Art der Innenvollmacht; im sensiblen Bereich der Gesundheitspflege, in dem es ganz besonders um das Selbstbestimmungsrecht des Patienten und seine Wünsche und Vorstellungen geht, ist die Innenvollmacht als in der Praxis nicht umsetzbar abzulehnen. Anders als bei vertretenen rechtsgeschäftlichen Tätigkeiten kann eine vorgenommene Heilbehandlung nicht mehr rückgängig gemacht werden.

Zu untersuchen ist daher die Außenvollmacht. Auch hier ist eine konkludente Erteilung möglich.⁵⁴⁰

aaa) Vollmächtserteilung durch schlüssiges Handeln

Eine Vollmacht kann durch schlüssiges Verhalten vorgenommen werden.⁵⁴¹ Teilweise anerkannt wird ein stillschweigendes Einverständnis in die Offenbarung der Gesundheitsangelegenheiten. Erscheint ein Patient mit einem Angehörigen oder einer sonstigen Vertrauensperson beim Arzt und bespricht mit diesem im Beisein der dritten Person seinen Gesundheitszustand, liegt hierin regelmäßig das Einverständnis in die Preisgabe der Informationen.⁵⁴² Dem Arzt gegenüber kann dabei auch die Bevollmächtigung schlüssig dargelegt werden. Wer einen anderen mit einer Aufgabe betraut, die eine rechtsgeschäftliche Vertretung erforderlich macht, bevollmächtigt üblicherweise damit konkludent den Beauftragten zur Vornahme dieser Rechtsgeschäfte. Dies ist auf den medizinischen Bereich übertragbar. Eine Bevollmächtigung kann beispielsweise darin liegen, dass der Vertretene durch seinen Angehörigen beim Arztgespräch begleitet wird oder er dem Arzt erzählt, dass er einem oder mehreren Angehörigen oder sonstigen Personen sehr vertraut und sie auch in Gesundheitsfragen zu Rate zieht oder ziehen würde. Kommt der

⁵⁴⁰ Vgl. z. B. OLG Köln, NJW-RR 1994, 1501.

⁵⁴¹ BGH NJW 1973, 1789; Habermeier in: Bamberger/Roth, § 167 Rn. 7.

⁵⁴² So auch Kuhlmann, S. 107.

Patient dann beispielsweise in die Situation, dass er – z. B. aufgrund einer fortgeschrittenen Demenzerkrankung – nicht mehr handlungsfähig ist, handelt der Angehörige für den Betroffenen aufgrund konkludenter Bevollmächtigung. Bevollmächtigt werden kann jeder: Familienangehörige, Freunde und Bekannte.

bbb) Vollmachtserteilung durch die Erwartungshaltung

Es soll für die folgende Prüfung unterstellt werden, dass die Bevölkerung erwartet, dass die nahen Angehörigen den Patienten vertreten, wenn er selbst zu einer Entscheidung nicht mehr in der Lage ist. Fraglich ist, ob aus der allgemeinen Erwartung auf eine Bevollmächtigung im Einzelfall geschlossen werden kann.

Legt man eine Außenvollmacht zugrunde, müsste der Patient eine Vollmacht für seine Angehörigen gegenüber dem Arzt erteilt haben. Die Bevollmächtigung ist ein einseitiges Rechtsgeschäft.⁵⁴³ Es folgt daher den allgemeinen Regeln, dass eine entsprechende Willenserklärung vorliegen muss. Da Geschäftsfähigkeit erforderlich ist, ist eine Bevollmächtigung, zumindest ihre Abgabe, bereits im Vorfeld einer Einlieferung ins Krankenhaus im bewusstlosen oder anderweitig nicht ansprechbaren, jedenfalls geschäftsunfähigen Zustand zu prüfen. Dies verdeutlicht, dass eine konkludente Bevollmächtigung nur dann möglich ist, wenn der Vollmachtgeber wenigstens irgendwann einmal geschäftsfähig gewesen ist. Damit scheiden stark geistig behinderte Kinder, die volljährig werden, als Vollmachtgeber aus. Geht der Handlungsunfähigkeit keine Phase der rechtlichen Handlungsfähigkeit voraus, können beispielsweise die Eltern nicht bevollmächtigt werden. Mit Volljährigkeitseintritt schließt sich die rechtliche Betreuung nach §§ 1896 ff. BGB an.⁵⁴⁴

Die Bevollmächtigung erfolgt in der Regel durch eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Eine Annahmeerklärung ist für die Wirksamkeit der Bevollmächtigung nicht erforderlich. Allerdings kann der Bevollmächtigte die einseitig erteilte Vollmacht entsprechend § 333 BGB zurückweisen.⁵⁴⁵

Als Willenserklärungen bezeichnet man allgemein Äußerungen einer Person, die auf die Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges gerichtet sind, der eintritt, weil der Handelnde ihn will.⁵⁴⁶ Sie ist damit als Manifestation des Willens zu verstehen.⁵⁴⁷ Sie besteht aus dem Willen (innerer Tatbestand) und der Äußerung dieses Willens (äußerer Tatbestand).⁵⁴⁸ Beide Teile einer Willenserklärung – Wille und Erklärung – stehen in einem Verhältnis zueinander, das lange Zeit umstritten war. Nach der sog. Willentheorie lag der maßgebliche Geltungsgrund für Willenserklä-

⁵⁴³ Flume, AT II, § 52 3, S. 865.

⁵⁴⁴ Vgl. Müller, FS für Bienwald, S. 203 (204), die auch diskutiert, ob eine Vollmacht durch die Eltern erfolgen kann, was sie zu Recht ablehnt.

⁵⁴⁵ Schilken in: Staudinger, § 167 Rn. 10.

⁵⁴⁶ Inwieweit der Wille maßgebend ist, gilt es noch zu untersuchen.

⁵⁴⁷ Vgl. Flume, AT II, § 4 1, S. 45.

⁵⁴⁸ Larenz/Wolf, § 24 Rn. 1; Brox, AT, Rn. 81.

rungen im Willenselement.⁵⁴⁹ Diese Theorie entspricht aber nicht der Regelung des § 116 BGB. Außerdem wird sich der wahre innere Wille nur schwer beweisen lassen.⁵⁵⁰ Nach der Erklärungstheorie hingegen ist der durch die Erklärung geschaffene Vertrauenstatbestand maßgebend. Der Erklärungsempfänger durfte aufgrund des äußeren Erscheinungsbildes der Erklärung auf das Vorhandensein eines entsprechenden Erklärungsbewusstseins und auf einen Rechtsfolgenwillen schließen, selbst wenn ein entsprechender Wille in Wirklichkeit gar nicht vorlag.⁵⁵¹

Herrschend ist heutzutage die Geltungstheorie, nach der es auf das Zusammenwirken von Wille und Erklärung ankommt.⁵⁵² Hierbei verwirklicht sich der rechtsgeschäftliche Wille allein in der Erklärung und kann nur in dieser rechtliche Anerkennung finden. In Zusammenhang stehen die beiden Elemente dadurch, dass die Erklärung (Äußerung des Willens) aufgrund eines vom Handlungswillen getragenen Verhaltens den Geschäftswillen und das darin enthaltene Erklärungsbewusstsein für andere erkennbar macht. Dabei muss ein Rechtsfolgenwille geäußert werden. Ob dieser vorliegt, ist durch Auslegung zu ermitteln.⁵⁵³ Der Wille muss nicht ausdrücklich geäußert werden. Es genügt, wenn ein Verhalten den Schluss zulässt, dass ein Rechtsfolgenwille zum Ausdruck gebracht werden soll. Damit ist Willenserklärung jedes menschliche Verhalten, durch das jemand zu erkennen gibt, dass nach seinem Willen bestimmte Rechtsfolgen eintreten sollen.⁵⁵⁴

Beim äußeren Tatbestand genügt ein konkludentes Verhalten, das auf einen entsprechenden Rechtsfolgenwillen schließen lässt, z. B. ein schlüssiges Verhalten.⁵⁵⁵ In bestimmten Situationen und in Verbindung mit anderen Umständen kann ein bestimmter Sinn geschlossen werden. Bestimmte rechtliche Bedeutungen können auch aus der Art der bisherigen Beziehung der Partner oder im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung gezogen werden. Rechtlich bekannt und aufgearbeitet sind jedoch regelmäßig die Konstellationen, bei denen ein rechtlich relevantes Verhalten vorliegt, mit dem entweder etwas anderes oder gar nichts ausgedrückt werden sollte. Hier ist gerade die Frage, ob das Verhalten rechtlich bedeutsam ist, während wegen der – unterstellten – Erwartung des Patienten etwas ausgedrückt werden soll.

Der Wille als innerer Tatbestand der Willenserklärung zergliedert sich üblicherweise in den Handlungswillen, den Erklärungswillen und den Geschäftswillen.⁵⁵⁶ Der Handlungswille ist notwendiger Bestandteil der Willenserklärung. Er

⁵⁴⁹ Vgl. Kramer in: MünchKommBGB, § 116 Rn. 4.

⁵⁵⁰ Vgl. Larenz/Wolf, § 24 Rn. 26.

⁵⁵¹ Bähr, Jahrbuch 14, 393 (401).

⁵⁵² Pawlowski, AT, § 4 Rn. 427; Larenz/Wolf, § 24 Rn. 29; Flume, AT II, § 4 7, S. 57 ff.

⁵⁵³ Bork, § 15 Rn. 566.

⁵⁵⁴ Bork, § 15 Rn. 566.

⁵⁵⁵ Praktisches Beispiel: Mit Betreten einer Straßenbahn bringt der Eintretende konkludent seinen Willen zum Abschluss eines Beförderungsvertrags zum Ausdruck.

⁵⁵⁶ Flume, AT II, § 4 2, S. 46 f.

bedeutet, dass der Erklärende überhaupt den Willen hat, etwas zu tun oder zu unterlassen.⁵⁵⁷ Er liegt nicht vor bei Schlafenden oder Bewusstlosen sowie in den Fällen der sog. *vis absoluta*.⁵⁵⁸

Unter dem Element des Erklärungsbewusstseins versteht man das Bewusstsein des Erklärenden, sich mit seiner Erklärung rechtserheblich verhalten zu wollen. Nicht notwendig ist, dass der Erklärende weiß, welche konkrete Rechtsfolge seine Erklärung herbeiführt.⁵⁵⁹ Streitig ist die Frage, welche Konsequenzen das Fehlen des Erklärungsbewusstseins hat. Teilweise wird vertreten, dass das Erklärungsbewusstsein unverzichtbar sei.⁵⁶⁰ Das von der h. M. verwendete Argument gegen das Erfordernis des Erklärungsbewusstseins, nämlich § 118 BGB⁵⁶¹, sei nicht überzeugend, da diese Vorschrift gerade die Nichtigkeit der Willenserklärung normiere und nicht deren Anfechtbarkeit.⁵⁶² Nach h. M. kann trotz des fehlenden Erklärungswillens eine Willenserklärung vorliegen.⁵⁶³ Erforderlich sei ein sog. potentielles Erklärungsbewusstsein. Der BGH formulierte, dass eine Willenserklärung auch dann vorliege, wenn der Erklärende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen und vermeiden können, dass seine Äußerung nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte als Willenserklärung aufgefasst werden durfte, und wenn der Empfänger sie auch tatsächlich so verstanden hat.⁵⁶⁴ Der äußere Tatbestand werde dann dem Erklärenden als von ihm veranlasst zugerechnet. Eine Loslösung könne im Wege der Anfechtung geschehen.⁵⁶⁵ Dies überzeugt, da es gerechtfertigt ist, den Erklärenden an dem von ihm gesetzten Vertrauenstatbestand vorbehaltlich einer Anfechtung festzuhalten. Letztlich kann die Frage nach dem Erfordernis des Erklärungsbewusstseins in der Regel offen bleiben, da sie nur relevant ist, wenn der Erklärende daran interessiert ist, an seiner Erklärung nicht festgehalten zu werden. Die hier geschilderten Fälle liegen gerade anders: Der Betroffene will an seiner Bevollmächtigung festhalten, soweit die Erwartung, dass die Angehörigen ihn vertreten, vorhanden ist. In den anderen Fällen ist das Erklärungsbewusstsein entbehrlich.

Geschäftswille wiederum ist der Wille, eine konkret bestimmte Rechtsfolge herbeizuführen.⁵⁶⁶ Ist die erklärte mit der gewollten Rechtsfolge nicht in Einklang,

⁵⁵⁷ Larenz/Wolf, § 24 Rn. 3.

⁵⁵⁸ D. h. bei ausgeübtem, unmittelbarem körperlichen Zwang, vgl. Larenz/Wolf, § 24 Rn. 5. Die Fälle der sog. *vis compulsiva*, also der ausgeübte psychologische Zwang, ist hingegen ein willentliches Verhalten.

⁵⁵⁹ Bork, § 15 Rn. 593.

⁵⁶⁰ BGH JR 1956, 59.

⁵⁶¹ § 118 BGB ist der gesetzlich geregelte Fall des fehlenden Erklärungsbewusstseins bei Mangel an Ernsthaftigkeit der Erklärung.

⁵⁶² Canaris, NJW 1984, 2281.

⁵⁶³ BGHZ 91, 324; BGH NJW 2007, 368; Bork, § 15 Rn. 596; Hepting, FS für die Universität zu Köln, S. 209 ff.

⁵⁶⁴ Vgl. BGHZ 91, 234 ff; BGH NJOZ 2007, 3862 ff.

⁵⁶⁵ Bork, § 15 Rn. 596.

⁵⁶⁶ Hepting, FS für die Universität zu Köln, S. 209 (216).

ist die Willenserklärung anfechtbar nach §§ 119 ff. BGB.⁵⁶⁷ Im Übrigen gilt hier das, was für den fehlenden Erklärungswillen erläutert wurde, erst recht: Er ist kein notwendiger Bestandteil einer Willenserklärung. Ruft der Erklärende das Vertrauen hervor, dass die Erklärung so gelten solle, wie sie verstanden werden durfte, ist es gerechtfertigt, ihn daran festzuhalten.

Damit gilt für die Erteilung der Vollmacht: Ein Handlungswille muss vorliegen. Der Erklärungswille ist entbehrlich, wenn das Verhalten im Wege der Auslegung vom Empfängerhorizont her den Schluss zulässt, dass eine Vollmacht erteilt werden sollte.⁵⁶⁸ Bei der Außenvollmacht ist dabei maßgebend, dass der Dritte, also hier der Arzt, das Erklärungsverhalten als auf sich bezogen, als an ihn gerichtete Vollmachtserteilung auffasst und nach Treu und Glauben auffassen durfte.⁵⁶⁹

Zu untersuchen bleibt, ob in den hier geschilderten Fällen eine Willenserklärung zur Erteilung einer Vollmacht vorliegt. Handlungswille liegt vor; in dem hier relevanten Zeitpunkt hat der spätere Patient Handlungswillen. Hat er die Vorstellung, dass seine Angehörigen ihn vertreten werden, wenn er dazu selbst nicht mehr in der Lage ist, und erwartet er dies auch, hat er in diesem Moment in concreto das Bewusstsein, dass er handeln will, d. h., den Willen, dass seine Angehörigen ihn auch rechtlich vertreten dürfen. Erst in dem Moment, in dem der Betroffene beispielsweise bewusstlos in ein Krankenhaus eingeliefert wird, fehlt der Handlungswille.

Entscheidend ist, ob das Verhalten des späteren Patienten im Wege der Auslegung aus Sicht des Arztes den Schluss auf eine Vollmachtserteilung zulässt. Untätigbleiben enthält im Regelfall keine Willenserklärung. Kopfnicken oder sonstige Gestiken kommen als schlüssige Handlung zur Begründung einer auf die Erteilung einer Vertretungsmacht gerichteten Willenserklärung hier ebenfalls nicht in Betracht. Diese liegen in dem geschilderten Fall gerade nicht vor. Ein solches Verhalten wäre im Übrigen bei unterstellter Geschäftsunfähigkeit bei Einlieferung in ein Krankenhaus rechtlich unerheblich. Die Vollmachtserteilung muss also auf einem anderen Verhalten im Vorfeld der Behandlung beruhen.

Es könnte im Außenverhältnis eine rechtliche Beziehung – ein Vertrag o.ä. – vorliegen, die den Schluss auf eine Vollmachtserteilung zulässt. Zwischen den Familienmitgliedern existiert kein vorangegangenes vertragliches Verhalten, z. B. durch das Eingehen einer Ehe. Die Ehe wiederum ist jedoch eine rechtliche Beziehung, die durchaus mit der Situation einer vorangegangenen Vertragsbeziehung vergleichbar sein kann. Die Gesamtbetrachtung der familienrechtlichen Vorschriften gibt ebenfalls Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Bevollmächtigung. In diesem Zusammenhang erlangen §§ 1353 und 1618a BGB wieder Bedeutung. Hier wird vorausgesetzt, dass dem Partner oder dem Angehörigen Mittel und Instrumente zur Seite gestellt werden, vermöge derer er in der Lage ist, der gegen-

⁵⁶⁷ Bork, § 15 Rn. 600.

⁵⁶⁸ Schramm in: MünchKommBGB, § 167 Rn. 37.

⁵⁶⁹ Schramm in: MünchKommBGB, § 167 Rn. 37.

seitigen Einstands- und Beistandspflicht nachzukommen. Sie können als Leitgedanke gelten, dass der Gesetzgeber Familien eine besondere Stellung einräumt und gesteigerte Anforderungen an das gegenseitige Miteinander stellt. Dies wirkt sich auch auf die Frage nach dem Vorliegen einer Vertretungsberechtigung aus. So sieht der BFH in der Abgabe einer gemeinsamen Steuererklärung von Ehegatten eine gegenseitige konkludente Vollmachtserteilung, die zu allen Verfahrenshandlungen in dem betreffenden Verwaltungsverfahren berechtigt.⁵⁷⁰ Diese Folge könne nur durch eine ausdrückliche Erklärung oder auch wegen der besonderen Umstände eines Einzelfalles, etwa bei einer offenbaren Interessenkollision der Eheleute oder bei Getrenntleben oder bei Scheidung nach Abgabe der Steuererklärung und vor Erlass des Bescheids, ausgeschlossen sein. Bei Mietverträgen ist denkbar, dass der unterschreibende Ehegatte den anderen vertritt. Die Vollmacht kann hier mangels anderweitiger, ausdrücklicher Erklärung nur darin begründet werden, dass der Vertretene will und erwartet, dass der andere für ihn mit unterschreibt und dass die Vermutungsregel für das Vorliegen der Vollmacht gilt. Die Vertretung im Rahmen einer Steuererklärung kann auf die Vertretung in Gesundheitsfragen übertragen werden, weil eine Vertretung im personalen Bereich grundsätzlich eher gewollt ist als im vermögensrechtlichen Bereich.

Bedeutsam für den hiesigen Bereich kann sein, dass Erklärungen auch aus dem Zusammenhang erschlossen werden können. Die Vollmacht kann sich auch aus den Umständen ergeben.⁵⁷¹ Wenn unterstellt wird, dass der Betroffene erwartet, dass seine Angehörigen ihn vertreten, wenn er selbst dazu nicht mehr in der Lage ist, stellt sich die Frage, ob diese Erwartung als Willenserklärung definiert werden kann. Eine bloße Vorstellung ist nicht geeignet, automatisch mit dem Willen gleichgesetzt zu werden.⁵⁷² Eine Erwartung mag den Anforderungen an eine Willenserklärung hingegen genügen. Sie ist die Annahme eines Menschen, was ein anderer tun wird oder aus seiner Sicht tun sollte. Sie enthält ein Willensmoment. Wenn man etwas erwartet, will man es in der Regel auch. Dies gilt zumindest dann, wenn es um eine Erwartungshaltung an einen anderen Menschen geht. Nicht zu beeinflussende Faktoren hingegen haben hier außer Betracht zu bleiben. Dies sind Ereignisse außerhalb des Verhaltens eines anderen Menschen. Erwartet man den Besuch eines Freundes, will man auch, dass er erscheint. Ob jemand zu Besuch kommt, steht im Einflussbereich des Besuchers. Erwartet man eine schlechte Nachricht, steht diese nicht im Einflussbereich oder im Verhalten eines anderen. Daher ist es nicht zwangsläufig, dass sie gewollt ist.

Eng im Zusammenhang mit der Erwartungshaltung steht der Wunsch. Im Betreuungsrecht ist allgemein anerkannt, dass Wünsche mit dem Willen gleichzusetzen sind. Das Gesetz formuliert in § 1901 Abs. 2 BGB, dass dem Betreuten die

⁵⁷⁰ BFH NJW 1971, 727 ff.; BFH IV R 179/79, BStBl. II 1982, 208; BFH NVwZ 1984, 271; vgl. auch Wunsch in: Pahlke/Koenig, AO, § 80 Rn. 21.

⁵⁷¹ Pawlowski, AT, § 5 Rn. 714.

⁵⁷² Vgl. hierzu Pawlowski, AT, § 4 Rn. 388a.

Möglichkeit eingeräumt werden muss, sein Leben nach seinen Wünschen und Vorstellungen zu gestalten. Nach § 1901 Abs. 3 BGB hat der Betreuer den Wünschen des Betreuten zu entsprechen. Der Wille wird vom Gesetz in § 1905 Abs. 1 Nr. 1 BGB angesprochen. Danach ist eine Einwilligung des Betreuers in eine Sterilisation nur zulässig, wenn die Sterilisation nicht dem Willen des Betreuten widerspricht. Da anerkannt ist, dass es weder für die Wünsche noch für den Willen auf die Geschäftsfähigkeit ankommt, sind beide gleichzusetzen: Dem ernsthaften und durch einen natürlichen Willen getragenen Wunsch eines Betreuten ist zu entsprechen.⁵⁷³ Er ist verbindlich. Kommt hinzu, dass der Äußernde geschäftsfähig ist, liegt eine rechtlich wirksame Willenserklärung vor, wenn ein den Willenserklärungen zugänglicher Bereich betroffen ist. Dies ist bei der Ernennung eines Bevollmächtigten der Fall. Die unterstellte Erwartung, dass die Angehörigen einen im Falle der eigenen Hilflosigkeit vertreten, ist rechtlich als Willenserklärung einzuordnen.

Zusammenfassend kann festgestellt werden: Aus der allgemeinen Erwartung der Vertretung folgt die konkrete Bevollmächtigung. Erwartet jemand ein rechtlich relevantes Verhalten von jemandem, will er es auch. Erwartet oder wünscht sich jemand, dass ein Angehöriger ihn im Falle des eigenen Unvermögens vertritt, ist dies ein rechtlich verbindlicher Wille; eine Willenserklärung liegt vor. Durch die unterstellte Erwartung und den daraus zu schließenden Willen liegt die Abgabe einer Bevollmächtigungserklärung vor. Ein Erklärungsbewusstsein, also das Bewusstsein, dass dadurch eine Bevollmächtigung ausgesprochen wird, ist wie dargelegt nicht erforderlich oder liegt sowieso vor. Für die Abgabe der Willenserklärung ist notwendig, dass der Erklärende alles getan hat, was für das Wirksamwerden der Willenserklärung erforderlich ist.⁵⁷⁴

Zu ermitteln bleibt der Zugang der Willenserklärung. Mit dem Zugang wird eine empfangsbedürftige Willenserklärung wirksam, vgl. § 130 BGB. Hierzu ist nicht erforderlich, dass der Arzt als Empfänger von der Erklärung tatsächlich Kenntnis nimmt.⁵⁷⁵ Es genügt, wenn die Erklärung so in den Machtbereich des Arztes kommt, dass dieser die Möglichkeit der Kenntnisnahme erhält.⁵⁷⁶ Mit Einlieferung in das Krankenhaus oder in die Praxis des Arztes geht die Vollmachtserteilung zu.

Irrelevant ist, dass der Erklärende im Zeitpunkt des Zugangs der Bevollmächtigung an den Arzt geschäftsunfähig geworden ist, vgl. § 130 Abs. 2 BGB. Die entsprechende Willenserklärung kann dennoch zugehen.

Die Vollmacht müsste darüber hinaus hinreichend bestimmt sein. Der Arzt als Dritter, dem gegenüber die Vollmacht abgegeben werden soll, ist oftmals zunächst unbekannt. Er ist nicht bestimmt, jedoch bestimmbar. Eine Form der Voll-

⁵⁷³ Seitz, BtPrax 2005, 170 (171); BayObLG BtPrax 2002, 165.

⁵⁷⁴ Einsele in: MünchKommBGB, § 130 Rn. 13.

⁵⁷⁵ BGH NJW 1975, 382 (384).

⁵⁷⁶ Einsele in: MünchKommBGB, § 130 Rn. 16.

machtserteilung ist die Erklärung an die Öffentlichkeit, also an unbestimmte Personen.⁵⁷⁷ Damit steht es einer Vollmachtserteilung nicht entgegen, dass der Dritte noch nicht als Person bekannt ist. Es genügt, dass er bestimmbar ist. Dies ist der Fall, da sich die Vollmachtserteilung an denjenigen richtet, der den Betroffenen behandelt. Auch inhaltlich muss die Vollmacht hinreichend bestimmbar sein. Der Umfang der Vollmacht wird durch Auslegung bestimmt. Bei der externen Bevollmächtigung richtet sich dies nach dem Verständnishorizont des Geschäftsgegners⁵⁷⁸, also des Arztes.

Nicht mehr durch eine Vollmacht legitimiert sind die Fälle des § 173 BGB. Zwar nennt der Wortlaut „Erlöschen“ nicht den Fall der Nichtentstehung; dennoch soll auch letzterer Fall von der Vorschrift umfasst sein.⁵⁷⁹ Kennt der Arzt also die Nichtentstehung der Vertretungsmacht oder musste er sie kennen, kann er sich nicht auf sie berufen. Der Arzt hat jedoch keine allgemeine Erkundigungspflicht, ob die Vollmacht besteht. Damit kommt es auf die Evidenz an.

Bevollmächtigt sind diejenigen Personen, von denen der Vollmachtgeber erwartet, dass sie ihn vertreten. In der Regel werden dies die nahen Angehörigen sein, also Eheleute, Lebenspartner und volljährige Kinder im Verhältnis zu ihren Eltern, möglicherweise aber auch Großeltern und Geschwister.

ccc) Zwischenergebnis

Eine konkludente Bevollmächtigung in Gesundheitsfragen ist im Notfall einer medizinischen Behandlung, sieht man von der Formfrage ab, grundsätzlich möglich. Dabei sind zwei Konstellationen zu unterscheiden. In der einen begründet sich die konkludente Vollmacht darin, dass der später unfähige Patient dem Arzt gegenüber konkludent die Bevollmächtigung zum Ausdruck bringt. Dies kann zum Beispiel darin erblickt werden, dass der Patient seinen Angehörigen oder die sonstige Vertrauensperson zum Arztgespräch mitnimmt. In diesem Fall kann jede beliebige Person bevollmächtigt sein, Familienangehörige, Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, volljährige Kinder, Freunde oder Nachbarn. Im Notfall übernimmt dann diese Person die Vertretung.

In dem Fall, in dem der Betroffene geschäfts- oder einwilligungsunfähig in ein Krankenhaus eingeliefert wird, lässt sich die Vollmachtserteilung mit der unterstellten Erwartung eines Jeden begründen, dass seine Angehörigen für ihn und in seinem Sinne entscheiden, wenn er selbst dazu nicht mehr in der Lage ist. Voraussetzung ist – wie im Allgemeinen –, dass der Vollmachtgeber zu irgendeinem Zeitpunkt in seinem Leben geschäftsfähig gewesen ist. Andernfalls kann er keine wirksame Vollmacht erteilen. Auf diese letztgenannte Bevollmächtigung ist im Folgenden das Hauptaugenmerk zu richten.

⁵⁷⁷ Vgl. Pawlowski, AT, § 5 Rn. 724.

⁵⁷⁸ Gehrlein, VersR 1995, 268 (269).

⁵⁷⁹ Vgl. Flume, AT II, § 50 3., S. 844.

bb) Inhalt der Vollmacht

Die konkludente Vollmacht ist entsprechend der Erwartung und Vorstellung des Patienten ausgestaltet. Wie geschildert wird unterstellt, dass ein Betroffener erwartet, dass seine Angehörigen ihn dann vertreten, wenn er selbst nicht mehr einwilligungsfähig ist. Damit stellt sich die Frage, ob Einwilligungsunfähigkeit eine Bedingung für das Eintreten der Vollmacht ist oder eine Frage des Innenverhältnisses.⁵⁸⁰ Ebenfalls fraglich ist dies bei der Vollmacht durch schlüssiges Handeln.

aaa) Einwilligung- bzw. Geschäftsunfähigkeit als Bedingung?

Legt man die Erwartung zugrunde, dass der Angehörige den Betroffenen vertritt, wenn dieser selbst zur Wahrnehmung seiner Rechte nicht mehr in der Lage ist, spricht dies dafür, dass die Vollmacht dadurch bedingt wird. Allerdings ist dann die Wirksamkeit der Vollmacht durch den Eintritt der Einwilligungs- bzw. Geschäftsunfähigkeit bedingt und wie sie festzustellen ist. Dennoch sprechen gute Gründe dafür, die Einwilligungsunfähigkeit zu fordern. Die Vollmacht beruht eben nicht auf einem ausdrücklichen Akt, sondern auf einem konkludenten und zwar für den Fall, dass der Betroffene selbst nicht mehr rechtswirksam für sich agieren kann. Hier ist die unterstellte Erwartung und Vorstellung so eng an die eigene Einwilligungsunfähigkeit gekoppelt, dass diese zur aufschiebenden Bedingung der Vollmacht wird. Der Betroffene muss also einwilligungsunfähig sein. Dasselbe muss für die konkludente Vollmacht durch schlüssiges Handeln gelten.

Letztlich ist dies bei der ärztlichen Behandlung ein Scheinproblem. Der Arzt muss mit dem Patienten vor der Behandlung stets sprechen, um diesen nicht in eine Objektrolle zu drängen.⁵⁸¹ Ist der Patient überhaupt noch ansprechbar, kann der Arzt die Einwilligungs- bzw. Geschäftsfähigkeit überprüfen. Er wird die Angehörigen nur dann einbeziehen, wenn der Patient die Fähigkeit für sich selbst zu entscheiden, nicht mehr besitzt. Dies wird im Notfall meist gegeben sein.

bbb) Grenzen

Die konkludente Vollmacht unterliegt denselben Grenzen wie die ausdrücklich erklärte. Nach allgemeinen Grundsätzen darf sich ein Dritter nicht auf die Vollmacht verlassen, wenn er erkennt oder erkennen musste, dass der Vertreter seine Vollmacht missbraucht, d.h. gegen seine Verpflichtungen aus dem Innenverhältnis verstößt.⁵⁸² Das ist für die ärztliche Behandlung von entscheidender Bedeutung. Ist für den Arzt erkennbar, dass der Angehörige gegen den erklärten oder mutmaßlichen Willen des Patienten handelt, also ein Missbrauch der Vollmacht vorliegt, darf er den Angehörigen nicht für den Patienten handeln lassen. Darüber

⁵⁸⁰ S.o. § 5 A. I. 2. a), hier wurde empfohlen, die Vollmacht nicht von der Bedingung der eigenen Unfähigkeit abhängig zu machen.

⁵⁸¹ S. o. § 3 B.

⁵⁸² H. M., s. Darstellung bei Schramm in: MünchKommBGB, § 164 Rn. 108 ff.

hinaus darf er auf die Vertretungsmacht nicht vertrauen, wenn er Kenntnis davon hat, dass sein Patient mit einer Vertretung durch seinen Familienangehörigen nicht einverstanden ist vgl. § 173 BGB. In beiden Fällen muss er ggf. die Bestellung eines Betreuers anregen. Bei der Notfallvertretung, bei der der Arzt den Patienten regelmäßig nicht kennt, wird dies allerdings kaum vorkommen. Denkbar ist hingegen, dass sich dem Arzt aus anderen Gründen Zweifel an der Vermutungsregel aufdrängen oder aufdrängen müssten. Dies kann beispielsweise dann vorliegen, wenn neben einem nahen Angehöriger ein Bekannter zugegen ist und dieser dem Arzt von schlechten familiären Verhältnissen berichtet oder Angehörige unterschiedlicher Meinung sind. Der Arzt muss dann auf die Grundsätze der mutmaßlichen Einwilligung zurückgreifen. Dies wird aber äußerst selten vorkommen, eine solche Konstellation ist in der Praxis kaum vorstellbar.

Eine weitere Grenze bildet wiederum § 1904 Abs. 1 und 2 BGB. Im Notfall wird aber regelmäßig die Ausnahmeregelung des § 1904 Abs. 1 Satz 2 BGB greifen, so dass bei Risikoeingriffen eine Genehmigung des Betreuungsgerichts in der Regel entbehrlich ist.

ccc) Weigerung des bevollmächtigten Familienangehörigen oder Überforderung

Überforderungssituationen, wie sie von Kritikern der Einführung einer gesetzlichen Vertretungsmacht beschrieben werden, z. B. dass bei der Vertretung von Personen mit Psycho- und Suchtproblemen die Angehörigen oftmals an ihre Grenzen stoßen⁵⁸³, sind in dem hier beschriebenen Vertretungsfall nahezu ausgeschlossen. Es geht ja gerade um die Notfallvertretung, dabei wird die Behandlung der dauerhaften, beispielsweise psychotischen Erkrankung, im Hintergrund stehen. Zudem zeigen die Zahlen der Betreuungen, die durch Angehörige durchgeführt werden, dass Überforderungssituationen scheinbar weniger gegeben sind.

ddd) Vermeidung von Missbrauch der Vertretungsbefugnis

Um Missbrauch vorzubeugen, ist jedem das Recht eingeräumt, das Betreuungsgericht anzurufen, wenn Zweifel an der Vertretungsbefugnis oder der Ausübung der Vertretung bestehen. Hier ist also insbesondere der Arzt gehalten, bei Zweifeln gerichtliche Hilfe zu erbitten.

eee) Zwischenergebnis

Die nicht formalisierte konkludente Vollmacht umfasst die Notfallvertretung. Der Anwendungsbereich der konkludenten Vollmacht ist damit nahezu identisch mit dem der mutmaßlichen Einwilligung. Dies hat seine Legitimation im Selbstbestimmungsrecht. Denn die mutmaßliche Einwilligung ist der Bereich, in dem der Patientenautonomie nicht hinreichend Rechnung getragen wird. Neben der konkludenten Vollmacht hat das Rechtsinstitut der mutmaßlichen Einwilligung letzt-

⁵⁸³ S. o. § 2 B. III.; Kunz, S. 112 f.

lich nur noch Bedeutung in dem Fall, wenn angesichts der Eilbedürftigkeit der Behandlung Angehörige nicht beteiligt werden können oder ein Missbrauch vorliegt.

cc) Erlöschen der Vollmacht

Auch die konkludente Vollmacht kann durch Widerruf und gemäß dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis erlöschen. Der Widerruf einer Außenvollmacht kann gegenüber dem Bevollmächtigten oder gegenüber dem Dritten erfolgen.⁵⁸⁴ Er wirkt aber erst, wenn er dem Dritten bekannt ist. Dem steht nicht entgegen, dass die Vollmacht dem Arzt noch gar nicht zugegangen ist, vgl. § 130 Abs. 1 S. 2 BGB. Spricht ein später Betroffener seinem Angehörigen sein Misstrauen aus, widerruft er damit die im Raume stehende konkludente Bevollmächtigung. Problematisch ist, dass der Arzt in der Regel davon keine Kenntnis hat. Daher wirkt die Vollmacht Dritten gegenüber weiter, bis diesem das Erlöschen angezeigt wird, § 170 BGB. Die Vollmacht erlischt aber, wenn der Arzt das Erlöschen der Vollmacht kannte oder kennen musste, vgl. § 173 BGB.

b) Das Innenverhältnis

Ist Grundlage einer Notfallvertretung die Erwartung des Betroffenen, dass seine Angelegenheiten von dem betreffenden Angehörigen wahrgenommen werden, bildet das Innenverhältnis ein konkludenter Auftrag. Dasselbe gilt für die durch schlüssiges Handeln erteilte Vollmacht. In Betracht kommen darüber hinaus ein reines Gefälligkeitsverhältnis oder eine familienrechtliche Beziehung. Der Betroffene ist aber darauf angewiesen, dass der Bevollmächtigte eine Tätigkeitspflicht übernimmt⁵⁸⁵ und an die Weisungen gebunden ist. Ein Rechtsbindungswille liegt daher vor. Der Betroffene beauftragt seinen Angehörigen oder die sonstige Vertrauensperson, seine – des Betroffenen – Interessen wahrzunehmen, insbesondere seine Patientenautonomie, und seine Angelegenheiten zu erledigen, soweit er dies selbst nicht mehr tun kann und auch kein anderweitig bestellter Vertreter vorhanden ist.

aa) Beschränkung der Vollmacht oder Wunschbeachtungspflicht

Auch bei einem konkludenten Auftrag können Weisungen vorliegen. Gemeint sind damit die typischen Situationen, in denen der spätere Patient seinen Angehörigen beispielsweise beim Ansehen einer entsprechenden Fernsehsendung Mitteilungen über seine Wünsche und Vorstellungen macht. Während diese Mitteilungen noch keine Weisungen sind, sondern Indizien für den mutmaßlichen Willen, ist es darüber hinaus auch denkbar, dass der Betroffene als Weisung formuliert,

⁵⁸⁴ OLG Hamburg, Urteil vom 28.01.2005, 2 Wx 44/04, BeckRS 2005 02407; Schramm in: Münch-KommBGB, § 168 Rn. 19; Zimmermann, BKR 2007, 226 (228).

⁵⁸⁵ Trotz des Kündigungsrechts, dazu oben § 4 A. I. 3. b).

welche Behandlung er in so einer Situation erfahren möchte oder welche er ablehnt. Es stellt sich die Frage, ob diese Weisungen die Vollmacht beschränken oder als bloße Verpflichtung zur Wunschbeachtung im Innenverhältnis dienen.⁵⁸⁶ Konsequenz einer bloßen Wunschbeachtungspflicht wäre, dass – da die Vollmacht dann im Übrigen wirksam ist – die vom Angehörigen erteilte Einwilligung in die medizinische Behandlung wirksam wäre. Dies ist bei der schriftlichen Vorsorgevollmacht wegen des Abstraktionsprinzips der Fall. Folge einer Vollmachtbeschränkung wäre, dass der Angehörige als Vertreter ohne Vertretungsmacht handeln würde, §§ 177 ff. BGB. Er könnte keine wirksame Einwilligung abgeben.

Wie bereits i. R. der Darstellungen zur Vorsorgevollmacht geschildert, folgt aus dem Innenverhältnis, dem Auftrag, die Bindung des Angehörigen an den früher erklärten Willen des Betroffenen. Soweit dem Angehörigen die Vorstellungen und Wünsche des Patienten aus früheren Gesprächen bekannt sind, hat er sie umzusetzen und darf davon gem. § 665 S. 1 BGB nur abweichen, wenn anzunehmen ist, dass der aktuelle Wille des Patienten nicht mehr mit dem früher erklärten übereinstimmt. Liegt kein erklärter Wille vor, ist der mutmaßliche Wille des Betroffenen maßgebend.

Letztlich muss im Interesse des Patienten und des Arztes die konkludente Vollmacht praktisch gut umsetzbar sein. Wünsche und Weisungen betreffen damit nur das Innenverhältnis und nicht die Vollmacht an sich im Außenverhältnis. Der Patient ist über das Innenverhältnis ausreichend geschützt.

bb) Der äußerungsunfähige Betroffene

Aufgabe des Handelnden ist die Wiederherstellung der Handlungsfähigkeit. Dabei ist auf früher getätigte Weisungen, die auch Wünsche enthalten können, zurückzugreifen.⁵⁸⁷

cc) Der äußerungsfähige Betroffene

Ist der Betroffene trotz Ansprechbarkeit einwilligungs- und geschäftsunfähig, bedarf er eines Vertreters. Aufgabe des Bevollmächtigten ist dann die Umsetzung der geäußerten Wünsche bzw. Weisungen. In dem hier verstandenen Sinn einer Bevollmächtigung muss dem Vollmachtnehmer so wie bei der ausdrücklichen Bevollmächtigung ein Weigerungsrecht zustehen, wenn dem Auftraggeber bei Befolgung des Wunsches ein Schaden droht.⁵⁸⁸

⁵⁸⁶ S. zur Diskussion i. R. der Vorsorgevollmacht oben § 4 A. I. 2 a).

⁵⁸⁷ S. o. § 4 A. I. 3. c) bb).

⁵⁸⁸ S. o. § 4 A. I. 3. c) cc).

dd) Erlöschen des Innenverhältnisses

Für das Erlöschen des Innenverhältnisses gilt dasselbe wie im Rahmen der ausdrücklichen Vollmacht.⁵⁸⁹

2. Vorliegen einer konkludenten Vollmacht im Normalfall

Es stellt sich die Frage, ob auch im Normalfall einer Behandlung eine konkludente Vollmacht in Betracht kommt.

Ebenso wie bei der Darstellung einer Vollmachtserteilung für den Notfall einer ärztlichen Behandlung durch schlüssiges Handeln ist aus denselben Gründen für den genannten Personenkreis eine Bevollmächtigung denkbar.

Unterstellt, dass Betroffene die Vertretung durch ihre Angehörigen erwarten, stellt sich die Frage, ob die Erwartung für eine konkludente Bevollmächtigung ausreicht. Dazu müsste sie den Anforderungen an eine Willenserklärung genügen. Dies wurde oben bereits bejaht.⁵⁹⁰

3. Ergebnis

Sowohl im Normalfall als auch im Notfall einer ärztlichen Behandlung ist es denkbar, dass ein Dritter von dem Patienten konkludent bevollmächtigt wurde, für ihn zu handeln. Dies kann zum einen durch schlüssiges Handeln erfolgt sein. Bevollmächtigt werden kann dann jede dritte Person, also die Familienangehörigen oder sonstige Vertrauenspersonen.

Zum anderen liegt in der Erwartung eines jeden, dass seine nahen Angehörigen im Falle des eigenen Unvermögens seine Interessen vor dem Arzt vertreten, eine Bevollmächtigung. Bevollmächtigt ist derjenige, von dem die Vertretung erwartet wird. Dies werden im Regelfall Ehegatten, Lebenspartner, Eltern oder volljährige Kinder sein. Die Vollmacht wird dann wirksam, wenn der Betroffene geschäfts- bzw. einwilligungsunfähig ist.

Jede vertretungsweise Einwilligung in eine Behandlung aufgrund einer konkludenten Vollmacht ist nach derzeitiger Rechtslage aber unwirksam, § 1904 Abs. 5 BGB. Die Einwilligung eines Bevollmächtigten in eine ärztliche Maßnahme oder ihre Ablehnung ist nur dann wirksam, wenn die Vollmacht schriftlich erteilt ist und die medizinischen Maßnahmen ausdrücklich umfasst.

III. Anscheinsvollmacht

1. Einführung in die Rechtsscheintatbestände

Es gibt Fälle, in denen der Gesetzgeber das Vertrauen auf den Fortbestand einer einmal erteilten Vollmacht schützt. Hier liegt dann zwar keine Vollmacht (mehr)

⁵⁸⁹ S. o. § 4 A. I. 3. d).

⁵⁹⁰ § 8 C. II. 1. a) aa) bbb).

vor, das Vertrauen des Geschäftspartners ist aber schutzwürdig aufgrund geschäftlicher Rechtsscheintatbestände, die aus der Sphäre des Vertretenen stammen. In diesem Zusammenhang sind die Rechtsscheintatbestände der §§ 171 bis 173 BGB zu nennen. Hier geht es im Kern darum, dass der Vertretene eine Vollmachtsurkunde ausgestellt hat oder die Vollmacht öffentlich bekannt gemacht und dadurch einen Vertrauenstatbestand geschaffen hat. Widerruft er nun die Vollmacht, ohne den Anforderungen der §§ 170 bis 172 BGB zu entsprechen, hat der Vertretene zurechenbar einen Rechtsschein gesetzt und muss zum Schutz des Dritten die Vertretung für und gegen sich wirken lassen.⁵⁹¹ Die Rechtsfolge ist identisch mit der einer wirksamen Bevollmächtigung.⁵⁹² Daher versteht man sie auch als Fall einer (rechtsgeschäftlichen) Außenvollmacht.⁵⁹³

In Erweiterung dieser gesetzlichen Ansätze haben Rechtsprechung und Literatur weitere Vollmachten aufgrund Rechtsscheins gebildet. So wurden die Begriffe der sog. Duldungs⁵⁹⁴- und der Anscheinsvollmacht entwickelt.

2. Der Rechtsscheintatbestand der Anscheinsvollmacht

Nach dem BGH liegt eine Anscheinsvollmacht vor, wenn der Vertretene das Handeln des Vertreters „zwar nicht kannte, es aber bei pflichtgemäßer Sorgfalt hätte kennen und verhindern können, und der Geschäftsgegner das Verhalten des Vertreters nach Treu und Glauben dahin auffassen durfte, dass es dem Vertretenen bei verkehrsgemäßer Sorgfalt nicht habe verborgen bleiben können und dieser es also dulde“⁵⁹⁵. Begründet wird die Erscheinung der Anscheinsvollmacht mit der Ähnlichkeit zu den Tatbeständen der §§ 171 ff., 370 BGB, § 56 HGB, der Notwendigkeit des Schutzes des redlichen Verkehrs sowie mit dem Gedanken von Treu und Glauben.⁵⁹⁶ Dies wird teilweise in Zweifel gezogen. Die Nichterfüllung einer pflichtgemäßen Sorgfalt begründe mit der Anscheinsvollmacht eine rechtsgeschäftliche Regelung.⁵⁹⁷ Verstöße gegen die pflichtgemäße Sorgfalt seien lediglich Ansatzpunkte für eine Schadensersatzhaftung. Es fehle an einem hinreichenden Zurechnungsgrund, da in den Fällen der Rechtsscheintatbestände nach §§ 171 bis 173 BGB der Vertretene um die Schaffung des Sachverhaltes wisse, der für den Dritten den Schein der erteilten Vollmacht begründe.⁵⁹⁸ Das Institut der Anscheinsvollmacht wird daher entweder ganz verworfen⁵⁹⁹ bzw. in seiner Anwen-

⁵⁹¹ Schramm in: MünchKommBGB, § 172 Rn. 10 f.

⁵⁹² Habermeier in: Bamberger/Roth, § 167 Rn. 17.

⁵⁹³ Schramm in: MünchKommBGB, § 171 Rn. 1.

⁵⁹⁴ Zur Frage, ob die Duldungsvollmacht eine Rechtsscheinvollmacht ist, s. unten § 8 E. IV.

⁵⁹⁵ BGH LM Nr. 17 zu § 167; vgl. auch BGHZ 5, 111 ff.

⁵⁹⁶ Schramm in: MünchKommBGB, § 167 Rn. 56.

⁵⁹⁷ Flume, AT, § 49 4, S. 834.

⁵⁹⁸ Flume, AT, § 49 4, S. 834.

⁵⁹⁹ Flume, AT, § 49 3, S. 834.

dung auf das Handelsrecht beschränkt⁶⁰⁰. Letztere Ansicht vertritt, dass der Vertretene nur auf das negative Interesse aus c.i.c. hafte. Teilweise wird auch vertreten, dass die Anscheinsvollmacht sich oftmals als rechtsgeschäftliche Vollmacht darstelle.⁶⁰¹

Im Bereich der Gesundheitspflege sind jedoch Fallkonstellationen denkbar, in denen ggf. auf eine Rechtsscheinvollmacht zurückzugreifen ist. Im Rahmen der konkludenten Vollmacht wurde unter Familienangehörigen die Erwartung vorherrscht, dass die Angehörigen sich untereinander vertreten, sobald ein Mitglied dazu selbst nicht mehr in der Lage ist. Liegt eine solche Erwartung aber in einer konkreten Familie aufgrund instabiler Verhältnisse und Misstrauens gerade nicht vor, ist dies für den Arzt aber nicht erkennbar, vermag die Anscheinsvollmacht über den Mangel der Vertretungsmacht hinwegzuhelfen. Dies wird unabhängig von dem Erfordernis der Schriftlichkeit und Ausdrücklichkeit der Vollmacht im Folgenden geprüft.

3. Voraussetzungen der Anscheinsvollmacht

Da der Rechtsscheinbestand nicht gesetzlich normiert ist, muss sein Vorliegen im Einzelfall ermittelt werden. Es müssen objektive Umstände vorliegen, die darauf schließen lassen, dass der Vertreter bevollmächtigt ist.⁶⁰² Maßgeblich kommt es darauf an, dass ein Dritter der Ansicht sein darf, dass der Vertretene eine Vollmacht erteilt habe und dass der Vertretene gegen das Verhalten des Vertreters vorgehen muss, wenn er dieses nicht billigt.⁶⁰³

Teilweise wird weiterhin verlangt, dass das den Rechtsschein einer Bevollmächtigung erzeugende Verhalten von einer gewissen Dauer oder Häufigkeit sein muss.⁶⁰⁴ Diesen Grundsatz hat die Rechtsprechung jedoch teilweise nicht berücksichtigt und eine Anscheinsvollmacht auch bei einmaligem Vorliegen des Verhaltens bejaht.⁶⁰⁵ Letztlich vermag es auch nicht zu überzeugen, beim ersten und zweiten Auftreten des „Vertreters“ eine Vollmacht aufgrund Rechtsscheins zu verneinen und beim dritten Mal zu bejahen, weil dann eine gewisse Häufigkeit vorliege. Der Dritte ist beim ersten Mal genauso schutzbedürftig wie bei den folgenden Malen. Genau genommen ist der Dritte beim erstmaligen Auftreten des „Vertreters“ sogar insoweit noch schutzwürdiger, als er nicht die Chance gehabt hat, sich beim Vertretenen nach der Rechtmäßigkeit zu erkundigen. Letztlich würde die Anscheinsvollmacht nur in Randfällen greifen, da der Vertretene in der Regel zeitnah von dem Vertretergeschäft erfährt und dann das Verhalten des Ver-

⁶⁰⁰ Medicus, AT, Rn. 101, S. 58; Schilken in: Staudinger, § 167 Rn. 31.

⁶⁰¹ Pawlowski, JZ 1996, 125 (128), s. auch Pawlowski, AT, § 5 Rn. 728.

⁶⁰² Bork, § 34 Rn. 1550.

⁶⁰³ Schramm in: MünchKommBGB, § 167 Rn. 57 f.

⁶⁰⁴ BGH NJW-RR 1986, 1169; BGH NJW 1998, 1854 (1855); Heinrichs in: Palandt, § 172 Rn. 12.

⁶⁰⁵ OLG Saarbrücken, NJW-RR 2000, 826 (827).

treterers entweder billigt⁶⁰⁶ oder dagegen vorgeht. Zu einer gewissen Dauerhaftigkeit dürfte es daher in der Praxis gar nicht kommen. Im Ergebnis kann also nach hiesiger Ansicht auch das erstmalige Auftreten die Rechtsfolgen der Anscheinsvollmacht auslösen.

Des Weiteren muss der Vertretene Sorgfaltspflichten verletzt haben und zwischen dem Rechtsschein der Vollmacht und dem Handeln des anderen Teils muss Kausalität bestehen.⁶⁰⁷ Letztlich muss der Dritte gutgläubig sein, also nicht wissen und auch nicht wissen müssen, dass der Vertreter gar nicht bevollmächtigt ist.⁶⁰⁸ Darüber hinaus muss er den Rechtsscheintatbestand gekannt haben.⁶⁰⁹

Die Formulierung der Rechtsprechung für die Kennzeichnung der Anscheinsvollmacht „bei gehöriger Sorgfalt“ deutet darauf hin, dass der Anknüpfungspunkt bei der Anscheinsvollmacht ein Verschulden ist.⁶¹⁰ Da das Verhindern oder Beseitigen eines Rechtsscheins aber keine Pflicht, sondern eine Obliegenheit ist, erfolgt die Zurechnung deshalb, weil der Vertretene den ihn betreffenden Bereich selbst kontrolliert und beherrscht.

4. Anwendungsbereiche der Anscheinsvollmacht

Die Rechtsprechung betont, dass der Anwendungsbereich der Anscheinsvollmacht nicht auf das Handelsrecht beschränkt sei.⁶¹¹ Zwar ursprünglich für den kaufmännischen Bereich entwickelt, ist sie nunmehr auch im Privatrecht anwendbar.⁶¹²

Zur Frage steht, ob die Anscheinsvollmacht dazu herangezogen werden kann, eine Einwilligung in die ärztliche Behandlung durch einen Angehörigen zu legitimieren. Die zu fordernden objektiven Umstände, die auf eine Vertretungsmacht schließen lassen, können sich auch aus der Geschichte der Parteibeziehung ergeben oder aus den konkreten aktuellen Verhältnissen.⁶¹³

Im familienrechtlichen Bereich hat der BGH eine Anscheinsvollmacht im Rahmen der elterlichen Sorge zugelassen.⁶¹⁴ Die elterliche Sorge steht beiden Elternteilen gemeinsam zu, § 1627 BGB. Rechtsgeschäftlich vertreten beide Eltern ihr Kind im Sinne einer Gesamtvertretung, § 1629 Abs. 1 Satz 2 BGB. So vertreten auch beide Elternteile das Kind bei ärztlichen Heileingriffen. Die Eltern treten im Verhältnis zum Arzt gemeinsam als Wahrer der Patientenrechte des minderjäh-

⁶⁰⁶ Dann läge eine konkludente Bevollmächtigung vor.

⁶⁰⁷ Schramm in: MünchKommBGB, § 167 Rn. 71.

⁶⁰⁸ Schramm in: MünchKommBGB, § 167 Rn. 67.

⁶⁰⁹ Schramm in: MünchKommBGB, § 167 Rn. 66.

⁶¹⁰ So die h. M. z. B. BGH NJW 1998, 1854 (1855); Palm in: Erman, § 167 Rn. 18; vgl. auch Bork, § 34 Rn. 1564.

⁶¹¹ BGH LM Nr. 1 zu § 1357 BGB; Nr. 4 zu § 167 BGB; Nr. 2, 9 zu § 164 BGB.

⁶¹² Vgl. Westermann, JuS 1963, 1 (6).

⁶¹³ Bork, § 34 Rn. 1550.

⁶¹⁴ BGHZ 105, 45 ff.

rigen Kindes auf.⁶¹⁵ Hiervon abweichend wird überwiegend angenommen, dass in bestimmten Ausnahmefällen ein Elternteil allein die Personensorge wahrnehmen kann.⁶¹⁶ Dies gilt insbesondere für Eil- und Notfallmaßnahmen, aber auch für Geschäfte des Alltags und Besorgungen minderer Bedeutung aufgrund einer entsprechenden elterlichen Aufgabenverteilung. Freilich kann aber jedes Elternteil den anderen ermächtigen, im Einzelfall oder in bestimmten abgegrenzten Bereichen für ihn mitzuhandeln. Dies kann wie im Rechtsverkehr sonst auch ausdrücklich oder durch schlüssige Handlung geschehen. Denkbar ist grundsätzlich auch im Bereich der Gesundheitsorge eine Anscheinsvollmacht.⁶¹⁷ In der o. g. BGH-Entscheidung ging es um die Frage, wann ein Arzt, dem ein Elternteil die Zustimmung für den Heileingriff bei einem minderjährigen Kind erteilt hat, auf dessen Ermächtigung zum Handeln auch für den anderen, nicht anwesenden Elternteil vertrauen darf. Für ihr unter dem Downsyndrom und einem Herzfehler leidenden Kind willigten die Eltern in eine Operation ein. Bei einer späteren Besprechung wenige Tage vor der Operation stellte der behandelnde Arzt der Mutter des minderjährigen Patienten einen erheblich erweiterten Operationsplan vor, in den die Mutter einwilligte. Die sodann durchgeführte größere Operation verlief erfolgreich. Dennoch klagte das betroffene Kind auf Schadensersatz, da das Fehlen der Einwilligung des Vaters die Einwilligung insgesamt unwirksam mache. Der BGH gab dem Kläger in diesem Punkt Recht: Da es sich um keine eilbedürftige, aber risikoreiche und lebensgefährliche Operation gehandelt habe, sei die Einwilligung des Vaters notwendig gewesen. Die Einwilligung allein der Mutter reiche nicht aus.

Der BGH sagte in diesem Zusammenhang obiter, dass eine Anscheinsvollmacht im Grundsatz aber denkbar sei. Der Arzt dürfe grundsätzlich auf die Ermächtigung eines Elternteils, für den anderen zu handeln, vertrauen. Bei einer risikobehafteten Operation liege eine Ermächtigung aber nicht von vornherein nahe. Sie folge weder aus einer üblichen Funktionsteilung zwischen den Eltern bei der Wahrnehmung der Personensorge, noch könne sich der Arzt, auch wenn er keinen Anhalt für Differenzen zwischen den Eltern des Kindes über die anzustrebende Behandlung habe, darauf verlassen, der ihm gegenüber auftretende Elternteil habe freie Hand, solche schwierigen Entscheidungen allein zu treffen. Ein Anschein spreche dafür nicht.

Teilweise wurde die Entscheidung im Ergebnis zwar begrüßt⁶¹⁸, die Begründung aber kritisiert. *Pawlowski* hält den Anwendungsbereich der Anscheinsvollmacht für unberechtigterweise zu weit ausgedehnt. Das Kind habe schließlich den

⁶¹⁵ Lipp in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, V. B. III. 2. b) Rn. 40 ff.

⁶¹⁶ Vgl. BGHZ 105, 45 (47); Lipp in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, V. B. III. 2. b) Rn. 42.

⁶¹⁷ BGHZ 105, 45 (48); Huber in: MünchKommBGB, § 1629 Rn. 12; Strätz in: Soergel, § 1629 Rn. 6.

⁶¹⁸ Giesen, JZ 1989, 95.

Anschein einer Vollmacht nie gesetzt.⁶¹⁹ Lösungen seien vielmehr in der Alleinvertretung in Not- und Eilfällen zu finden, ggf. mit einer weiteren Verankerung in einem allgemeinen Rechtsprinzip, das u. a. in den §§ 774 Abs. 2, 1454, 2038 Abs. 1 Satz 2 BGB, § 115 Abs. 2 HGB seinen Ausdruck gefunden habe. Ebenso seien konkludente Vollmachten denkbar.

Fraglich ist, ob die Grundsätze der Anscheinsvollmacht auf die hier relevanten Fälle zu übertragen sind. Die von *Pawlowski* angeführte Kritik ist für die hier untersuchten Fälle nicht zutreffend: Der volljährige Patient kann durchaus den Anschein einer Vollmacht gesetzt haben. Dennoch müssen gewichtige Gründe dafür sprechen, eine solche Vollmacht anzunehmen. Es wird ein wesentliches Prinzip der Rechtsordnung durchbrochen, nämlich dass die Folgen einer Handlung davon abhängig sind, dass ihre materiellen Voraussetzungen vorliegen.⁶²⁰ Reines Rechtscheinprinzip⁶²¹ bedeutet, dass das Vertrauen auf den Rechtsschein als solchen ausreicht, ohne dass es darauf ankommt, ob der Betroffene an seinem Ent- oder Fortbestehen mitgewirkt hat. Damit werden ihm die Rechtsfolgen auferlegt, obwohl er weder an der Gefahrensituation mitgewirkt hat noch den Erfolg verhindern konnte.

Fraglich ist, ob hier ein Rechtsschein gesetzt wird. Eine solche Konstruktion könnte familienrechtlich zu begründen sein.⁶²² Während es jedoch in der BGH-Entscheidung um das Verhältnis zwischen zwei Vertretern ging, deren Vertretungsmacht unzweifelhaft war, geht es hier um das Verhältnis „Vollmachtgeber“ und „Vollmachtnehmer“. Insbesondere stellt sich das Problem, ob die Zurechnung einer Rechtsscheinvollmacht bei Geschäftsunfähigen überhaupt möglich ist. Im Zeitpunkt der Zurechnung ist der „Vollmachtgeber“ geschäftsunfähig. Der Zurechnung an nicht voll Geschäftsfähige steht die Wertung der §§ 104 ff. BGB entgegen.⁶²³ Allerdings war der Patient nicht immer geschäftsunfähig. Fraglich bleibt aber, inwiefern der Betroffene einen Rechtsschein gesetzt hat. Aus der Natur der hier relevanten Fälle ist er gar nicht mehr in der Lage, etwas gegen die Vertretung zu unternehmen. Eine Sorgfaltspflichtverletzung ist darin jedenfalls nicht zu erblicken.

Eine Vertretungsmacht kraft Anscheinsvollmacht scheidet damit aus. Angehörige können sich nicht auf eine Anscheinsvollmacht berufen. Dem Betroffenen ist keine Sorgfaltspflichtverletzung vorzuwerfen.

IV. Die Duldungsvollmacht

Die Duldungsvollmacht zeichnet sich dadurch aus, dass jemand als Vertreter auftritt, der Vertretene dieses Verhalten kennt und duldet und sich hieraus der

⁶¹⁹ Pawlowski, MDR 1989, 775 (776).

⁶²⁰ Vgl. Westermann, JuS 1963, 1.

⁶²¹ z. B. beim Grundbuch und Erbschein, vgl. Westermann, JuS 1963, 1 (6).

⁶²² Vgl. Pawlowski, MDR 1989, 775.

⁶²³ Giesen/Hegermann, Jura 1991, 357 (367).

Rechtsschein einer Bevollmächtigung ergibt.⁶²⁴ Trotz unterschiedlicher dogmatischer Begründung hat die Duldungsvollmacht im Ergebnis allgemeine Anerkennung gefunden.

Strittig ist die Abgrenzung zur konkludenten Vollmacht, da bei beiden Arten der Vertretene es wissentlich geschehen lässt, dass ein anderer für ihn auftritt. Teilweise wird die Duldungsvollmacht als konkludente Vollmacht verstanden.⁶²⁵ Sie wird nicht als Rechtsscheinsfall angesehen, sondern auf eine schlüssige Willenserklärung zurückgeführt.⁶²⁶ Andere sehen den Unterschied gerade darin, dass der Vertreter bei der konkludenten Vollmacht das Verhalten des Vertreters mit rechtsgeschäftlichem Willen billigt.⁶²⁷ Der Geschäftsherr dulde die Handlung, ohne dazu ausdrücklich bevollmächtigt zu haben.⁶²⁸ Verstehe der Geschäftsgegner diese Duldung als Vollmacht und durfte dies auch unter Berücksichtigung von Treu und Glauben dahingehend werten, werde der Scheinvertretene rechtsgeschäftlich gebunden. Dem folgt auch die Rechtsprechung⁶²⁹ mit den weiteren Voraussetzungen, dass der Handelnde grundsätzlich wiederholt aufgetreten⁶³⁰ sein müsse und der Geschäftsgegner schutzwürdig sein müsse.

Wer einen anderen handeln lässt, erteilt natürlich nicht gleich eine Vollmacht. Anders wird dies in bestimmten Bereichen und im Einzelfall zu beurteilen sein. Für die Duldungsvollmacht ist insbesondere der kaufmännische Bereich relevant. Aber auch im Privaten ist sie vorstellbar. Handelt hier jemand für einen anderen, kann eine Bevollmächtigung vorliegen, und zwar nicht aufgrund eines Scheines, sondern aufgrund der schlüssig erteilten Vollmacht. Wie dargestellt, setzt eine Willenserklärung kein Erklärungsbewusstsein voraus. Die Duldungsvollmacht aufgrund Rechtsscheins ist daher überflüssig; sie ist deckungsgleich mit den Fällen der konkludent erteilten Vollmacht. Es gelten mithin dieselben bereits dargestellten Ergebnisse.⁶³¹

⁶²⁴ Giesen/Hegermann, Jura 1991, 357 (367).

⁶²⁵ Westermann, JuS 1963, 1 (5).

⁶²⁶ Flume, AT II § 49 3, S. 828 ff.; Pawlowski, AT, § 5 Rn. 716a.

⁶²⁷ Habermeier in: Bamberger/Roth, § 167 Rn. 15a.

⁶²⁸ Schramm in: MünchKomm, § 167 Rn. 38 ff.

⁶²⁹ BGH NJW 2002, 2325; 2003, 2091; 2004, 2745 (2747).

⁶³⁰ Ausnahmsweise genüge ein einmaliges Auftreten, vgl. OLG Karlsruhe WM 2004, 1135, (1137).

⁶³¹ S. o. § 8 C. II.

D. Vertrag zugunsten Dritter

Angehörige können als Vertragspartner einen Behandlungsvertrag zugunsten des Betroffenen abschließen mit der Folge, dass sie aus dem Vertrag verpflichtet sind, der Patient hingegen nur berechtigt, § 328 BGB.⁶³² Dies gilt aber nur für den vermögensrechtlichen Teil, nämlich den Behandlungsvertrag. Die rechtmäßige Einwilligung eines Angehörigen ist über diese Konstruktion nicht zu erreichen. Ein Vertrag zugunsten Dritter scheidet damit als Lösung aus.

E. Auswertung der Ergebnisse

Wie in § 7 aufgezeigt, ist unter dem Gesichtspunkt des Selbstbestimmungsrechts des Betroffenen und der Stellung der Angehörigen im Rahmen der ärztlichen Behandlung bedenklich, dass es derzeit letztlich im Belieben des Arztes steht, ob er die Angehörigen in die Behandlungsentscheidung einbezieht. Das wäre anders, wenn sie Vertreter des Patienten sind. Hier kommt der konkludenten Vollmacht Bedeutung zu. Denn zum einen ist es denkbar, dass der spätere Patient durch sein Verhalten zum Ausdruck bringt, dass er seine Angehörigen bevollmächtigt. Zum anderen liegt unter Zugrundelegung der Erwartung des Betroffenen, dass die nahen Angehörigen ihn im Falle des eigenen Unvermögens vertreten, eine konkludente Bevollmächtigung vor. Wegen der Formerfordernisse ist sie aber unwirksam. Eine konkludente Vollmacht durch schlüssiges Handeln wird daran stets scheitern. Dies gilt natürlich auch für die ausdrücklich erteilte, mündliche Vollmacht. Ob und inwieweit hier der Gesetzgeber Abhilfe schaffen wird, ist fraglich. Eine Lösung ergibt sich, wenn der Gesetzgeber klar stellt, dass eine Bevollmächtigung in Gesundheitsangelegenheiten außer bei den nach § 1904 Abs. 1 und 2 BGB genehmigungsbedürftigen Fällen keiner Form bedarf. Dies widerspricht jedoch der Intention des Gesetzgebers, der mit dem Formerfordernis dem Missbrauchsrisiko begegnen wollte. Vollmachten im Gesundheitsbereich generell formlos anzuerkennen, ist daher auch abzulehnen. Dies gilt erst recht mit Blick darauf, dass das Betreuungsgericht kaum Chancen hat, den Bevollmächtigten zu kontrollieren, da es neben mangelnden Möglichkeiten auch oftmals keine Kenntnis von der Vertretung erlangt.

⁶³² Vgl. Laufs/Uhlenbruck, § 40 Rn. 20.

§ 9 Reformvorschläge

Eine konkludente Bevollmächtigung basierend auf der Erwartung des Patienten, dass seine Angehörigen ihn vertreten oder aufgrund eines schlüssigen Handels, ist im Grundsatz bejaht worden. Nach geltender Rechtslage ist eine konkludente Vollmacht aber ausgeschlossen, da eine Vollmacht in Gesundheitsangelegenheiten schriftlich und ausdrücklich erteilt werden muss, § 1904 Abs. 5 BGB. Über die Problematik könnte die vermutete Vollmacht hinweghelfen. Eine gesetzlich vermutete Bevollmächtigung könnte den fehlenden Baustein darstellen, sowohl für die konkludente Vollmacht als auch für die ausdrückliche, aber nicht schriftlich erteilte.

Vor Erarbeitung einer Lösung sollen zunächst die Rechtssysteme Österreichs und der Schweiz kurz dargestellt werden. Die Rechtsordnungen der Länder ähneln sich sehr. Neben derselben Sprache sind auch Mentalität und Kultur vergleichbar. Darüber hinaus ist ein Vergleich interessant, weil Österreich vor einiger Zeit die Vertretungsbefugnis von Angehörigen gesetzlich geregelt hat. Die Schweiz plant sie derzeit. Letztlich haben die Rechtsordnungen bereits in der Vergangenheit einander beeinflusst. So hat das Sachwalterrecht aus Österreich auch auf das deutsche Betreuungsrecht Einfluss gehabt und diente als Vorbild.⁶³³

⁶³³ Jickeli/Stieper in: Staudinger, Vorbemerkungen zu §§ 104 – 115 Rn. 118.

A. Vergleich zum Österreichischen Recht

I. Reform des Sachwalterrechts

Mit dem Sachwalterrechts-Änderungsgesetz im Jahr 2006 wurde das 1984 in Kraft getretene Sachwalterrecht einer ersten umfassenden Reform unterzogen. Mit Wirkung zum 01.07.2007 wurde im Rahmen des Österreichischen Zivilrechts in § 284b ABGB⁶³⁴ eine Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger geschaffen. Grund war die stetig wachsende Zahl an Sachwalterschaften.⁶³⁵ Dies fand seine Ursache nicht nur in der steigenden Lebenserwartung; auch Institutionen verlangten oftmals auch bei alltäglichen Angelegenheiten die Bestellung eines Sachwalters.⁶³⁶ Diese Entwicklung führte zu einem Verlust an Glaubwürdigkeit und Effizienz der Schutzfunktion der Sachwalterschaft. Ein weiterer Grund war, der gängigen und informellen Vertretungspraxis Rechtssicherheit zu schaffen.⁶³⁷ Dies zeigt, dass auch die Österreichischen Rechtsexperten ohne nähere empirische Untermauerung davon ausgingen, dass Angehörige viele Rechtshandlungen übernehmen und daher das Recht der Lebensrealität Rechnung tragen müsse.⁶³⁸ So berufen sich auch die Materialien⁶³⁹ auf die nach allen sozialwissenschaftlichen Erkenntnissen nach wie vor existierende Solidarität und Fürsorge im Familienkreis samt nahem institutionellem Umfeld.

II. Die Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger

Nach § 284b Abs. 1 und 3 ABGB ist Voraussetzung für das Entstehen und den Fortbestand der Vertretungsmacht, dass es sich bei den betroffenen Personen um Volljährige handelt und dass sie aufgrund einer psychischen Krankheit oder geistigen Behinderung nicht fähig sind, Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens für sich selbst zu besorgen. Sie besteht ex lege.⁶⁴⁰ Die Vertretungsmacht entsteht nicht, wenn bereits ein Sachwalter bestellt ist oder sonst ein gesetzlicher Vertreter oder ein gewillkürter Vertreter vorhanden ist.

Die Vertretungsbefugnis umfasst die Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens. Den hier interessierenden Teil der medizinischen Behandlung regelt § 284b Abs. 3 ABGB. Danach können Angehörige bei einfachen medizinischen Behandlungen Entscheidungen für den Betroffenen treffen, wenn dieser einsichts- und urteilsunfähig ist. Der Abschluss des Behandlungsvertrages wird von der Vertretungsmacht für „Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens“ erfasst.⁶⁴¹ Eines Sachwalters bedarf es

⁶³⁴ Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch von Österreich.

⁶³⁵ entspricht der rechtlichen Betreuung in Deutschland.

⁶³⁶ Barth/Kellner in: Barth/Ganner, Sachwalterrecht, VII. A. 1., S. 453.

⁶³⁷ Hinkhofer, S. 5 und 15.

⁶³⁸ Weitzenböck in: Schwimann, ABGB, vor § 284b Rn. 2 f.

⁶³⁹ BMJ Österreich, Materialien, S. 4.

⁶⁴⁰ Hinkhofer, S. 4.

⁶⁴¹ Barth/Kellner in: Barth/Ganner, Sachwalterrecht, VII. B. 3. e., S. 467.

nach wie vor, wenn die Behandlung mit einer schweren oder nachhaltigen Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder der Persönlichkeit verbunden ist. Für die Frage, wann ein solcher Fall vorliegt, soll auf § 283 Abs. 2 ABGB zurückgegriffen werden können, dessen Wortlaut sich wiederum an § 146c Abs. 3 ABGB a. F. orientiert. Nicht mehr einfache Behandlungen sind danach solche, die mit der Gefahr einer schweren Körperverletzung oder Gesundheitsschädigung i. S. des § 84 Österreichisches Strafgesetzbuch⁶⁴² verbunden sein können. Dies sind beispielsweise (größere) Operationen, Verabreichung von Neuroleptika oder das Setzen von Ernährungs sonden⁶⁴³, aber auch Amputationen, Chemo- und Strahlentherapie sowie Maßnahmen, die lebenswichtige Organe betreffen.⁶⁴⁴

Wer nächste Angehörige sind, ist ebenfalls gesetzlich festgelegt: Gem. § 284c ABGB sind dies Eltern, volljährige Kinder und im gemeinsamen Haushalt mit der vertretenen Person lebende Ehegatten sowie Lebensgefährten, wenn letztere mit der vertretenen Person seit mindestens drei Jahren im gemeinsamen Haushalt leben. Diese letztgenannte Regelung hat den Hintergrund, dass nur jene Menschen einander vertreten können, die miteinander den Alltag teilen. Nach der Vorschrift werden die genannten Angehörigen ermächtigt, die Angelegenheiten für den Betroffenen zu besorgen. Eine Verpflichtung zum Tätigwerden ist § 284c ABGB indes nicht zu entnehmen. Da aber dogmatische Rechtsgrundlage die Beistandspflicht der Familienmitglieder zueinander war, stellt sich die Frage, ob dann nicht auch eine entsprechende Pflicht zum Gebrauchen der Vertretungsmacht besteht.⁶⁴⁵ Mit dem Argument, dass auch eine Verpflichtung zur Übernahme einer Sachwalterschaft für Angehörige besteht, welche mit mehr Belastungen verbunden ist als die Angehörigenvertretung, wird dies wohl zu bejahen sein. Allerdings scheidet eine klagweise Durchsetzung ebenso wie die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen aus. Das Vorenthalten von Beistand kann aber Scheidungsgrund sein, die Erbunwürdigkeit des Beistandspflichtigen nach sich ziehen oder sein Unterhaltsbegehren rechtsmissbräuchlich sein lassen.⁶⁴⁶

Der Angehörige unterliegt anders als der Sachwalter bei seinen Handlungen keiner gerichtlichen Kontrolle.⁶⁴⁷ Das birgt eine gewisse Missbrauchsgefahr. In den Materialien wird daher auf andere Schutzmechanismen verwiesen. In Bezug auf die medizinische Behandlung ist dies in erster Linie, dass die Vertretungsbe-

⁶⁴² Ähnlich das deutsche Recht bei der Frage nach dem Erfordernis der Genehmigung durch das Betreuungsgericht, § 1904 BGB. Auch hier wird bezüglich der Frage, wann eine Genehmigungspflicht vorliegt, auf § 226 StGB verwiesen, s. o. unter § 5 A. I. 2. a) dd).

⁶⁴³ Schwarz, Vertretungsrecht, Kap. 6, S. 83.

⁶⁴⁴ Entwurf eines Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes 2006 des Bundesjustizministeriums, Text und Erläuterungen, S. 16, online abrufbar unter http://www.bmj.gv.at/_cms_upload/_docs/swaeg2006_entwurf+erl.pdf (Stand November 2009).

⁶⁴⁵ Kellner/Barth, JBl 2007, 690 (697).

⁶⁴⁶ Kellner/Barth, JBl 2007, 690 (698) mwN.

⁶⁴⁷ Schauer, FamZ 2006, 148 (152).

fugnis nur für die einfache medizinische Behandlung vorgesehen ist. Widerstrebende Erklärungen verschiedener Vertretungsbefugter sind unwirksam, § 284c Abs. 2 ABGB. Vor der ersten Vertretungshandlung ist eine Registrierung des betreffenden Angehörigen im Österreichischen Zentralen Vertretungsverzeichnis (ÖZVV) vorgesehen, § 284e Abs. 2 ABGB. Allerdings hat diese Eintragung lediglich deklaratorischen Charakter.⁶⁴⁸ Sie dient dem Schutz gutgläubiger Dritter: Ein Dritter darf auf die Vertretungsbefugnis nur vertrauen, wenn der vertretende Angehörige die Bestätigung der Registrierung vorlegt.

Letztlich ist der ex nunc⁶⁴⁹ wirkende Widerspruch der vertretenen Person unabhängig von seiner Einsichts- und Urteilsfähigkeit beachtlich, § 284d Abs. 2 ABGB. Damit wird dem Betroffenen zur Wahrung seines Selbstbestimmungsrechts die Möglichkeit eingeräumt, sich in jeder Lebenslage gegen die Vertretung durch bestimmte Angehörige zur Wehr zu setzen. Die Regelung hat auch den praktischen Hintergrund, dass die Vertretung durch Angehörige im Konfliktfall kaum funktionieren kann.⁶⁵⁰ Der vorab erklärte Widerspruch, also im Vollbesitz der geistigen Kräfte, ist ohne weiteres beachtlich. Hier besteht auch die Möglichkeit der Registrierung. Rechtlich schwieriger ist der nachträgliche Widerspruch des Einsichts- und Urteilsunfähigen. Der Widerspruch kann dogmatisch nicht als Willenserklärung eingeordnet werden. Dennoch wird wohl ein Restbestand an eigenständiger Willensbildung zu fordern sein; dies verlangt eine gewisse Fähigkeit, seinen Widerstand beruhend auf einem natürlichen Willen kundzutun.⁶⁵¹

III. Bewertung der Österreichischen Lösung

Zu begrüßen ist bei der österreichischen Lösung, dass durch die Einführung der Angehörigenvertretungsbefugnis der unterstellten Erwartungshaltung entsprochen wird.

Als Nachteil wird in Österreich empfunden, dass die Vertretungsbefugnis ex lege entsteht. Dadurch diene sie nicht dem Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen.⁶⁵² Bei der Diskussion um die Einführung einer Vertretungsmacht in Deutschland wurde die Frage, worauf die Vertretungsmacht beruht, größtenteils nicht beantwortet. Die Gesetzesbegründung nahm als Grundlage §§ 1357, 1353 Abs. 1 Satz 2, 1618a BGB an.⁶⁵³ *Diekmann*⁶⁵⁴ favorisiert eine vermutete Vollmacht und damit eine rechtsgeschäftliche Vertretung. Dies ist vorzuziehen. Die Bindung

⁶⁴⁸ Bydlinkski, Bürgerliches Recht I, § 2 Rn. 29a. Teilweise sind hier die Darstellungen unklar, so sprechen Barth/Kellner in: Barth/Ganner, Sachwalterrecht, davon, dass der Angehörige seine Vertretungsmacht anzeigen „muss“, VII. A. 3., S. 457.

⁶⁴⁹ Bydlinkski, Bürgerliches Recht I, § 2 Rn. 29a.

⁶⁵⁰ Feil/Marent, Familienrecht, § 284d neu Rn. 1.

⁶⁵¹ Barth/Kellner in Barth/Ganner, Sachwalterrecht, VII. F. 1. b., S. 515 f.; Weitzenböck in: Schwimann, ABGB, § 284d Rn. 2.

⁶⁵² Hinkhofer, S. 4.

⁶⁵³ BR-Drs. 865/03, S. 35 ff.

⁶⁵⁴ Vgl. Diekmann, S. 125 ff.

des Vertreters richtet sich nach dem Innenverhältnis, bei der Vollmacht also nach dem Auftrag. Hier ist der Bevollmächtigte den Wünschen und Vorgaben des Vertretenen verpflichtet, anders als bei der gesetzlichen Stellvertretung. Dies führt zu einem weiteren Diskussionspunkt: die Frage nach der Ausgestaltung des Innenverhältnisses. Hierzu hat der österreichische Gesetzgeber bis auf wenige Ausnahmen keine besonderen Regelungen vorgesehen. Da es im Regelfall nicht vorkommt, dass jemand seinem Angehörigen im Zustand voller Handlungsfähigkeit einen Auftrag erteilt, ohne ihn gleichzeitig zu bevollmächtigen, muss das Innenverhältnis nach Auffassung der österreichischen Literatur anderweitig qualifiziert werden.⁶⁵⁵ Dies wird Rechtsprechung und Literatur noch weiter beschäftigen. Der Gesetzgeber war sich dessen bewusst, hat aber von einer Regelung abgesehen, um den Handlungsbedarf durch Praxiserfahrungen zu erforschen.⁶⁵⁶ Nach hier vertretener Ansicht hätte der Gesetzgeber bereits erste Regelungen in Bezug auf die Bindung an Wünsche aufstellen müssen. Fragen der Unentgeltlichkeit oder des Aufwendungsersatzes hätten gleichfalls geregelt werden sollen, da vermögensrechtliche Bereiche gerade auch bei Familienangehörigen ein erhebliches Streitpotenzial beinhalten.

Der berechnigte Personenkreis umfasst auch den Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft unter der Voraussetzung, dass eine häusliche Gemeinschaft seit mindestens drei Jahren besteht. Inwieweit sich dies in der Praxis umsetzen lässt, ist fraglich. Zum einen werden sich wohl Beweisschwierigkeiten ergeben, weil die dreijährige Gemeinschaft ggf. nachzuweisen ist. Zum anderen fragt sich, ob einem Paar, das sich bewusst gegen die Ehe mit ihren rechtlichen Konsequenzen stellt, eine solche Position eingeräumt werden sollte. Ist Basis die Beistandspflicht unter Familienangehörigen, kann der nichteheliche Partner jedenfalls nicht unter die Regelung fallen. Worauf sich die Vertretungsmacht dann stützt, ist unbeantwortet geblieben.

Anerkennenswert ist die Lösung, dass jeder Widerspruch der vertretenen Person rechtliche Wirkung erhält. So kann dem Selbstbestimmungsrecht optimal Rechnung getragen werden. Der Wunsch, dass eine bestimmte Person nicht als Vertreter fungieren soll, ist gegenüber der Gefahr, dass die Wunschbildung krankhaft erfolgt und es objektiv für den Betroffenen besser wäre, von der abgelehnten Person vertreten zu werden, höherrangig.

⁶⁵⁵ Weitzenböck in: Schwimann, ABGB, vor § 284b Rn. 5.

⁶⁵⁶ S. Weitzenböck in: Schwimann, ABGB, vor § 284b Rn. 5.

B. Vergleich zum Schweizer Recht

I. Gesetzesinitiative der Schweiz

Das derzeitige Vormundschaftsrecht der Schweiz gilt nahezu unverändert seit seinem Inkrafttreten im Jahr 1912. Da es als überaltet angesehen wird⁶⁵⁷, befindet sich die Schweiz in der Vorbereitung einer Totalrevision des Vormundschaftsrechts. Der Bundesrat hat eine Regierungsvorlage mit einer umfassenden Neuregelung des Erwachsenenschutzrechts eingereicht.⁶⁵⁸ Mit dem vollständigen Inkrafttreten ist zum 1.1.2012 zu rechnen.⁶⁵⁹

Ein Hauptziel der Reform ist die Förderung des Selbstbestimmungsrechts der Betroffenen.⁶⁶⁰ Der als Stigmatisierung empfundene Begriff der Vormundschaft wird abgelöst durch den der Beistandschaft.⁶⁶¹ Neben der Einführung zweier neuer Rechtsinstitute, dem Vorsorgeauftrag und der Patientenverfügung, soll das neue Erwachsenenschutzrecht auch dem Bedürfnis Rechnung tragen, dass die Angehörigen urteilsunfähiger Personen ohne große Umstände gewisse Entscheidungen treffen können.⁶⁶² Die private Hilfe und die Selbsthilfe sollen ausgebaut werden. Dies hat den Vorteil, dass Angehörige dann nicht mehr – anders als bei der Entmündigung oder Betreuung – von Behörden kontrolliert werden. Diese als Einmischung in familiäre Angelegenheiten empfundene bisherige Praxis soll auf ein Mindestmaß beschränkt werden.⁶⁶³ Begründet wird die Notwendigkeit einer Änderung damit, dass das Umfeld schon immer für den Betroffenen gehandelt hat, wenn dieser dazu nicht mehr in der Lage war. Dies befindet sich derzeit aber noch in einem rechtlichen Graubereich.⁶⁶⁴ In der Schweiz sind damit dieselben Beweggründe zu verzeichnen wie in Österreich und Deutschland.

Im Wesentlichen sehen die Änderungen damit zwei Bereiche vor. Zum einen soll die eigene Vorsorge gestärkt werden. Nachdem die Stellvertretung bislang in

⁶⁵⁷ S. zu den gewandelten Lebensverhältnissen Geiser, BtPrax 2007, 242.

⁶⁵⁸ Botschaft des Schweizerischen Bundesrates zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht), chBBl 2006, 7001 ff., online abrufbar unter <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2006/7001.pdf> (Stand Juli 2010).

⁶⁵⁹ VBK, ZVW 2008, 63, online abrufbar unter http://www.vbk-cat.ch/assets/pdf/de/dokumentationen/empfehlungen/08-Empfehlungen_d_gesamt.pdf, (Stand Juli 2010).

⁶⁶⁰ Botschaft des Schweizerischen Bundesrates zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht), chBBl 2006, 7001 (7002), online abrufbar unter <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2006/7001.pdf> (Stand Juli 2010).

⁶⁶¹ Weitere Beispiele der bisherigen Terminologie bei Häfeli, Soziale Arbeit 2006, 298 (299).

⁶⁶² Botschaft des Schweizerischen Bundesrates zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) zu Art. 377 und 378, chBBl 2006, 7001 (7002, 7036 f.).

⁶⁶³ Geiser, BtPrax 2007, 242 (243).

⁶⁶⁴ Geiser, BtPrax 2007, 242 (234).

den allgemeinen Grundsätzen des Obligationenrechts, Art. 32 ff., zu finden ist, soll der Vorsorgeauftrag nunmehr im ZGB⁶⁶⁵ geregelt werden.⁶⁶⁶ Daneben soll die Patientenverfügung ins ZGB aufgenommen werden.

Zum anderen soll nach dem geplanten Recht Angehörigen ein mit unzweideutigen Grenzen versehenes formelles gesetzliches Vertretungsrecht⁶⁶⁷ gewährt werden. In medizinischen Fragen soll die Solidarität der Familie in der Weise gestärkt werden, dass Angehörige für die urteilsunfähige Person der Behandlung zustimmen oder sie ablehnen können. Bisher haben in der Praxis in der Regel die Ärzte bei medizinischen Behandlungen urteilsunfähiger Personen selbst entschieden, wobei gesetzliche Vertreter oder Angehörige allenfalls als Auskunftspersonen für den mutmaßlichen Willen zur Entscheidungsfindung herangezogen werden. Ist kein Vertreter vorhanden, wird auch nicht die Bestellung eines solchen vorangetrieben oder abgewartet; die zweckmäßige Behandlung wird vielmehr nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag vorgenommen.⁶⁶⁸ Nach dem neuem Recht soll dies nur noch im Notfall zulässig sein, im Übrigen bedarf es der Zustimmung eines Vertreters der urteilsunfähigen Person.

Voraussetzung der Angehörigenstellvertretung bei medizinischen Maßnahmen soll sein, dass kein anderweitiger Vorsorgeauftrag oder eine Beistandschaft besteht. Gesetzlicher Vertreter soll der Ehegatte bzw. der eingetragene Partner oder die eingetragene Partnerin sein, wobei die Führung eines gemeinsamen Haushaltes obligatorisch ist. Ebenso sind der Reihe nach berechtigt die Person, die mit der urteilsunfähigen Person einen gemeinsamen Haushalt führt, die Nachkommen, die Eltern und die Geschwister, jeweils unter der Voraussetzung, dass sie der urteilsunfähigen Person regelmäßig und persönlich Beistand leisten. Sind mehrere Personen vertretungsberechtigt, darf der Arzt gutgläubig darauf vertrauen, dass jede im Einverständnis mit den anderen handelt. Bei Zweifeln ist die Erwachsenenschutzbehörde⁶⁶⁹ befugt, die vertretungsberechtigte Person zu benennen oder eine Vertretungsbeistandschaft zu errichten. Dabei hat sie einen relativ großen Ermessensspielraum.

Soweit ersichtlich, soll die Vertretung im medizinischen Bereich anders als in Österreich nicht auf die einfachen Fälle beschränkt werden, sondern sämtliche

⁶⁶⁵ Schweizer Zivilgesetzbuch.

⁶⁶⁶ Ausführlicher: Langenegger, *Betreuung und Vertretung alter Menschen in der Schweiz*, in: Hoffmann/Pilgram, *Autonomie im Alter* (2004), S. 44 ff.

⁶⁶⁷ Schnyder, *FamRZ* 2006, 1569 (1572).

⁶⁶⁸ Dazu näher Langenegger, *Betreuung und Vertretung alter Menschen in der Schweiz*, in: Hoffmann/Pilgram, *Autonomie im Alter* (2004), S. 45, 51 f.

⁶⁶⁹ Nach dem Gesetzesentwurf sind Erwachsenenschutzbehörden Fachbehörden, die Entscheide mit mindestens drei Mitgliedern fällen, vgl. Art. 440 A., Näheres bei VBK, *ZWV* 2008, 65 ff., online abrufbar unter http://www.vbk-cat.ch/assets/pdf/de/dokumentationen/empfehlungen/08-Empfehlungen_d_gesamt.pdf, (Stand Juli 2010).

stationäre und ambulante Behandlungen umfassen.⁶⁷⁰ Dabei besteht für die vertretungsberechtigte Person keine Pflicht, das Vertretungsrecht auszuüben, vgl. Art. 381 des Entwurfes zum ZGB.

Bei der Entscheidung hat sich der Vertreter am mutmaßlichen Willen oder den – objektiven – Interessen der urteilsunfähigen Person zu orientieren, soweit Weisungen in einer Patientenverfügung fehlen, vgl. Art. 378 Abs. 3 des Entwurfes. Sind die Interessen der urteilsunfähigen Person gefährdet oder nicht mehr gewahrt, schreitet die Erwachsenenschutzbehörde auf Antrag des Arztes oder einer nahe stehenden Person oder von Amtes wegen ein, Art. 381 des Entwurfes.

II. Bewertung der Schweizer Lösung

Auch bei den Schweizer Plänen wird der unterstellten Erwartung einer Vertretung durch nahe Angehörige mit der Einführung einer gesetzlichen Vertretungsmacht Rechnung getragen. Dies ist grundsätzlich zu begrüßen.

Unübersichtlich sind jedoch die Anzahl und die Reihenfolge der vertretungsberechtigten Personen. Die nahezu perfektionistisch anmutende Aufzählung umfasst letztlich nicht weniger als sieben Personengruppen. Ob dies praktikabel ist, wird sich zeigen. Aus hiesiger Sicht empfiehlt sich jedenfalls eine Beschränkung des vertretungsberechtigten Personenkreises. Abzulehnen ist eine gegenseitige Vertretungsbefugnis unter Geschwistern. Ist die rechtsdogmatische Grundlage der Angehörigenvertretung die zwischen Familienmitgliedern bestehende Beistandspflicht, sind Geschwister nicht einzubeziehen. Zwischen ihnen besteht (auch) in der Schweiz keine Beistandspflicht. Eine solche kann allenfalls vermittelt über das Eltern-Kind-Verhältnis, Art. 272 ZGB, Einfluss gewinnen.⁶⁷¹ Dies gilt auch im Verhältnis von Konkubinatspartner und sonstigen Personen, die zusammen wohnen.⁶⁷² Hier ist eine Vertretungsberechtigung ebenfalls abzulehnen.

Offen bleibt auch die Frage nach Schutz vor Missbrauch. So fehlt eine Regelung, ob und inwieweit die betroffene Person Widerspruch gegen die Vertretung erheben kann. Letztlich kann es auch nicht überzeugen, die Vertretung auf sämtliche Behandlungen zu erstrecken. Dies birgt eine erhebliche Gefahr von Überforderung und Missbrauch. Zumindest lebensgefährliche Behandlungen sollten unter gerichtliche oder vergleichbare Aufsicht gestellt werden. Die Kompetenzen der

⁶⁷⁰ Vorbehalten bleiben Sonderregelungen etwa bei der Sterilisation, Transplantation oder Forschung, so die Botschaft des Schweizerischen Bundesrates zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht), chBBl 2006, 7001 (7002), online abrufbar unter <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2006/7001.pdf> (Stand Juli 2010).

⁶⁷¹ Vgl. BSK ZGB I-Schwenzer, Art. 272 Rn. 2.

⁶⁷² Als Beispiel zählt der Entwurf Freundinnen auf, die zusammen leben und sich persönlich Beistand leisten, Botschaft des Schweizerischen Bundesrates zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht), chBBl 2006, 7001 (7037), online abrufbar unter <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2006/7001.pdf> (Stand Juli 2010). Inwieweit sich eine solche Wohngemeinschaft von einer gewöhnlichen abgrenzen lässt, bleibt offen.

Erwachsenenschutzbehörde sind hier nicht ausreichend. Zwar kann sie von Amtswegen oder auf Antrag des Arztes oder einer nahe stehenden Person einschreiten. Ihre Befugnisse reichen aber nur soweit, als sie die vertretungsberechtigte Person bestimmen oder eine Vertretungsbeistandschaft errichten kann. Eigene (Eil-) Entscheidungen kann sie nicht treffen.

C. Vermutete Vollmacht

Unter Zugrundelegung der Vor- und Nachteile der Österreichischen bzw. Schweizer Regelung sollen nunmehr Gesetzesänderungen *de lege ferenda* für das Deutsche Recht erörtert werden. Vorzuziehen ist aus den dargestellten Gründen für das Selbstbestimmungsrecht die gesetzlich vermutete Vollmacht gegenüber einer gesetzlichen Vertretungsmacht. Es gibt keine ausdrückliche Vorschrift, nach der eine Vollmacht zwischen Familienangehörigen vermutet werden kann. Dies ist jedoch Grundlage der vermuteten Vollmacht; sie kann nur vom Gesetz unterstellt werden.

I. Bisheriger Anwendungsbereich der vermuteten Vollmacht

Die Fälle vermuteter Vollmachten, die gesetzlich festgelegt sind, sind recht selten. Gem. § 378 Abs. 2 FamFG gilt der Notar, der eine Erklärung beurkundet oder beglaubigt hat, als ermächtigt, im Namen des zur Anmeldung Verpflichteten die Eintragung zu beantragen. In Fällen gesetzlich vermuteter Vollmacht kann abweichend von § 10 FamFG ein Nachweis nicht verlangt werden.⁶⁷³ Diese Vorschrift des § 378 Abs. 2 FamFG bezieht sich jedoch auf Registersachen. Eine Übertragung auf das materielle Privatrecht ist damit nicht möglich. Dies gilt erst recht deshalb, weil es bei § 378 Abs. 2 FamFG um die Bevollmächtigung eines Notars geht, der von Berufs wegen zur Vornahme bestimmter Geschäfte ermächtigt wird. Diese Situation ist mit einer Vertretung durch Familienangehörige oder sonstiger Vertrauenspersonen bei medizinischen Entscheidungen nicht vergleichbar. Ebenso wenig kann § 5 Nr. 7 AHB 1999, nach dem der Versicherer als ermächtigt gilt, im Versicherungsfall alle Erklärungen im Namen des Versicherungsnehmers abzugeben, auf die hiesigen Fälle übertragen werden, weil Versicherer und Versicherungsnehmer nicht mit dem Verhältnis zwischen Familienangehörigen vergleichbar sind.

Anders ist dies im Sozialrecht. Hier spielen Familienangehörige oftmals eine besondere Rolle und ihre Bevollmächtigung wird vom Gesetz in bestimmten Fällen unterstellt.

⁶⁷³ OLG Frankfurt, NJW 1984, 620; vKönig in: Jansen, § 13 FGG Rn. 52, noch zu alter Rechtslage.

Im Rahmen sozialgerichtlicher Verfahren konnte bis zum 30.06.2008 nach § 73 Abs. 2 Satz 2 SGG a. F. bei Ehegatten oder Lebenspartnern und Verwandten in gerader Linie eine Bevollmächtigung unterstellt werden. Hier vermutete das Gesetz also eine Bevollmächtigung. Dies stand im Kontext, dass die Vertretung an sich schriftlich zu erteilen war, § 73 Abs. 2 Satz 1 SGG a. F. Freilich war das Gericht berechtigt, sich die schriftliche Vollmachtserteilung von dem Ehegatten, Lebenspartner oder Verwandten in gerader Linie vorlegen zu lassen und musste dies im Zweifelsfall auch tun.⁶⁷⁴ Dafür spricht auch schon der Wortlaut, dass das Gericht die Vollmacht unterstellen *kann*. Die Einordnung der Vorschrift war umstritten. Das Bayerische LSG sah in § 73 Abs. 2 Satz 2 SGG weder eine Prozessführungsbefugnis kraft Gesetzes noch eine Fiktion der Bevollmächtigung.⁶⁷⁵ Für das LSG RhlPf hingegen hatte die Norm dieselben Wirkungen wie eine schriftlich erteilte Vollmacht.⁶⁷⁶ Die Vermutung einer Vollmacht diene daher nicht nur der erleichterten Beweisführung bei der Feststellung des Vorliegens einer Vollmacht, sondern vermochte selbst die Rechtsfolgen einer erteilten Vollmacht zu begründen.

Nummehr beinhaltet § 73 SGG n. F. eine dezidierte Aufzählung derjenigen Personen, die Bevollmächtigte sein können. Volljährige Familienangehörige werden nach wie vor in § 73 Abs. 2 Nr. 2 SGG benannt. Hierunter fallen Angehörige i. S. des § 15 AO bzw. § 11 LPartG, also Verlobte, Ehegatten, Verwandte und Verschwägerete in gerader Linie usw., aber auch z. B. Pflegeeltern und Pflegekinder.⁶⁷⁷ Weggefallen ist hingegen die Unterstellung der Bevollmächtigung: Die Vollmacht muss schriftlich eingereicht werden. Entsprechend § 88 ZPO hat das Gericht den Mangel grundsätzlich von Amts wegen zu berücksichtigen, es sei denn, es tritt ein Rechtsanwalt als Bevollmächtigter auf.⁶⁷⁸ Grund für die Änderung war die Angleichung der einzelnen Verfahrensordnungen im Bereich der Prozessvertretung und –vollmacht.⁶⁷⁹ Der Gesetzgeber hat die unterstellte Vollmacht nicht deshalb gestrichen, weil er sie bei Familienangehörigen nicht mehr für sinnvoll erachtete. Es ging nicht darum, der Familie das Misstrauen auszusprechen. Im Gegenteil: Den Wegfall der vermuteten Vollmacht lässt er gänzlich unerwähnt. Daraus lässt sich schließen, dass eine vermutete Vollmacht unter Familienangehörigen kein Fremdkörper im Gesetz ist. Als Anhaltspunkt für das Bestehen einer vermuteten Vollmacht ist dieser Gedanke aufrechtzuerhalten.

Im sozialrechtlichen (Verwaltungs-)verfahren kann das Vorliegen einer Vollmacht weiterhin unterstellt werden. Nach § 38 SGB II wird im Rahmen des Bewil-

⁶⁷⁴ vgl. Bay. LSG E-LSG SF-040 (SGG).

⁶⁷⁵ Bay. LSG E-LSG SF-040 (SGG).

⁶⁷⁶ So auch LSG RhlPf Breith 1972, 1048.

⁶⁷⁷ Leitherer in: Meyer-Ladewig, SGG⁹, § 73 Rn. 17.

⁶⁷⁸ Leitherer in: Meyer-Ladewig, SGG⁹, § 73 Rn. 68.

⁶⁷⁹ S. Entwurf der Bundesregierung BT-Drs. 16/3655, S. 95 f. mit späteren Änderungen aufgrund Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses v. 10.10.2007 BT-Drs. 16/6634, S. 58 f.

ligungsverfahrens⁶⁸⁰ vermutet, dass der erwerbsfähige Hilfsbedürftige bevollmächtigt ist, Leistungen auch für die in seiner Bedarfsgemeinschaft lebenden Personen zu beantragen. Bei mehreren Erwerbsfähigen gilt die Vermutung zugunsten desjenigen, der den Antrag stellt. Nach § 7 Abs. 3 SGB II gehören zu einer Bedarfsgemeinschaft die im Haushalt lebenden Eltern und Kinder, Ehegatten, Lebenspartner und Partner einer Verantwortungs- und Einstehensgemeinschaft. Die Vermutungsregel dient hier der Verwaltungspraktikabilität und der Verwaltungsökonomie, so dass nicht davon auszugehen ist, dass die Vorschrift nach Änderung des § 73 SGG entsprechend angepasst wird.

Ebenso kann i. R. des SGB III bei Ehegatten die Vollmacht für die Antragstellung bei der Arbeitsförderung unterstellt werden.⁶⁸¹ Aus § 13 SGB X ergibt sich, dass die Vollmacht auf Verlangen schriftlich nachzuweisen ist. Hier wird in Anlehnung an § 73 Abs. 2 Satz 2 SGG a. F. bei Ehegatten und Verwandten in gerader Linie vermutet, dass sie bevollmächtigt sind.⁶⁸² In all den genannten Vorschriften geht es um die Vertretung durch Familienangehörige aufgrund einer Vermutungsregel. Das Sozialrecht bietet eine gute Grundlage für eine Vergleichbarkeit mit einem Vertretungsrecht im Rahmen einer medizinischen Behandlung.

Letztlich sollte die im Rahmen der Gesetzesinitiative im Jahr 2003⁶⁸³ geplante Vertretungsbefugnis nach der überzeugenden Ansicht von *Diekmann*⁶⁸⁴ eine solche auf der Grundlage einer vermuteten Vollmacht sein.

II. Anwendung im Bereich der Legitimation ärztlichen Handelns

Fraglich ist, ob im Bereich der Legitimation ärztlichen Handelns für Familienangehörige und sonstige Vertrauenspersonen eine Vollmacht vermutet werden kann. Eine vermutete Vollmacht kann nur in engen Grenzen angenommen werden. Sie kommt nicht in Betracht, wenn eine Vollmacht bereits ausdrücklich erteilt wurde. Die vermutete Vollmacht muss sich auf den typischerweise bestehenden Willen des Betroffenen stützen, dass ein Angehöriger im Falle des eigenen Unvermögens seine Angelegenheiten regelt und ihn vertritt. Die Fälle einer konkludenten Vollmacht aufgrund eines schlüssigen Handelns müssen daher außer Betracht bleiben. Der Kreis der möglicherweise Bevollmächtigten ist zu definieren, da beispielsweise auch Nachbarn oder Freunde bevollmächtigt werden können.

Gute Gründe sprechen indes dafür, dass Betroffene sich eine Vertretung durch ihre Angehörigen wünschen und erwarten.⁶⁸⁵ Damit kommen sie auch ihrer familienrechtlich begründeten Beistandspflicht nach, §§ 1353, 1618a BGB.

⁶⁸⁰ Link in: Eicher/Spellbrink, SGB II, § 38 Rn. 2.

⁶⁸¹ Striebinger in: Gagel, SGB III, § 324 Rn. 23. Inwieweit sich dies nach der Umgestaltung von § 73 SGG ändern wird, ist offen.

⁶⁸² Von Wulffen, SGB X, § 13 Rn. 5.

⁶⁸³ S. o. § 2 B.

⁶⁸⁴ Diekmann, S. 125.

⁶⁸⁵ § 2, insbesondere C.

Durchaus üblich ist darüber hinaus, dass sich Ehegatten gegenseitig (ausdrücklich) bevollmächtigen. Aus § 73 Abs. 2 Satz 2 SGG konnte bisher hergeleitet werden, dass dies im Rechtsverkehr auch ohne schriftliche Vollmacht anerkannt ist. Da es bei § 73 Abs. 2 Satz 2 SGG um gerichtliche Entscheidungen geht, die in Rechtskraft erwachsen können und damit für den Vertretenen Rechtsfolgen nach sich ziehen, kann die Vermutungsregel erst recht im Bereich der Gesundheitsvertretung greifen. Denn wie gezeigt, meidet die Bevölkerung zwar teilweise die Vertretung in Vermögensangelegenheiten, nicht aber eine Vertretung in Gesundheitsangelegenheiten. Letztlich sind hier die bestehenden und dargelegten Vorschriften der Sozialgesetzbücher als Grundlage für eine vermutete Vollmacht heranzuziehen; ihnen ist weiterhin zu entnehmen, dass eine Vertretungsmacht zwischen Familienangehörigen vermutet werden kann.

1. Begrenzung auf Notfälle

Wird die medizinische Behandlung über das Institut der mutmaßlichen Einwilligung legitimiert, ist wie gezeigt die Beachtung des Selbstbestimmungsrechts des Betroffenen nicht hinreichend gewährleistet. Mithin besteht für diese Fälle Regelungsbedarf. Dafür spricht auch die Studie von *Sahm* und *Will*, nach der nahe Angehörige bei akuten Erkrankungen mit dem Arzt die Entscheidung treffen können sollen.⁶⁸⁶ Dazu ist zu klären, welche Fälle erfasst sein sollen. Angelehnt an die Darstellung im Rahmen der mutmaßlichen Einwilligung ist eine gewisse Dringlichkeit erforderlich. Es ist überzeugend, bei der Ausfüllung des Begriffs auf die Vorschriften zur Bestellung eines Betreuers im Wege einer einstweiligen Anordnung zurückzugreifen.⁶⁸⁷ Nach § 69f FGG kann das Gericht einen vorläufigen Betreuer bestellen, wenn mit dem Aufschub Gefahr verbunden wäre. Das Abwarten muss für den Betroffenen unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes voraussichtlich erhebliche Nachteile zur Folge haben.⁶⁸⁸ An die Schwere der drohenden Nachteile sind keine zu hohen Anforderungen zu stellen. So können durchaus auch kleinere medizinische Maßnahmen erfasst sein.⁶⁸⁹

2. Vorteile einer vermuteten Vollmacht

Wie aufgezeigt, begegnet die mutmaßliche Einwilligung einigen Bedenken. Aber auch der Annahme einer konkludenten Vollmacht mag man entgegenhalten, dass sie eine gewisse Unsicherheit und Missbrauchsgefahr birgt. Letztlich ist jedoch entscheidend, dass der Betroffene nicht schlechter stehen darf als bei der mutmaßlichen Einwilligung. So wie der Arzt bei Zweifeln an den Aussagen der Angehörigen bei der Ermittlung des mutmaßlichen Willens diese nicht verwerten wird,

⁶⁸⁶ Sahm/Will, *Ethik in der Medizin* 2005, 7 (14 f.).

⁶⁸⁷ vgl. Diekmann, S. 132.

⁶⁸⁸ Roth in: Dodegge/Roth, A. I. 6. b. bb., S. 45.

⁶⁸⁹ Vgl. Roth in: Dodegge/Roth, A. I. 6. b. bb., S. 45.

bezieht er die Angehörigen bei Kenntnis von Umständen, die im Einzelfall eine konkludente Vollmacht als nicht gegeben erscheinen lassen, auch nicht in die Behandlungsentscheidung mit ein. Kennt der Arzt hingegen Umstände, aus denen sich eine Missgunst der Angehörigen ergibt, nicht, wird er die Angehörigen mit einbeziehen. Bei diesem praktischen Ergebnis ist es irrelevant, ob die Angehörigen nun ein Recht auf Einbeziehung haben oder sie nur als Auskunftspersonen dienen. Der Patient steht bei Annahme der Vollmacht nicht schlechter, sein Selbstbestimmungsrecht ist nicht in höherem Maße missachtet.

Für den wahrscheinlicheren Fall, dass die Vollmacht besteht, weil gewollt, können Angehörige hingegen als Vertreter das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen besser wahren als als bloße Auskunftspersonen. Die Legitimierung einer ärztlichen Behandlung mithilfe einer konkludenten Vertretungsmacht entspricht auch eher dem Bild der Praxis. Der Arzt zieht die Angehörigen in die Behandlungsentscheidung aufgrund einer mutmaßlichen Einwilligung in die Preisgabe der Gesundheitsangelegenheiten mit ein, so jedenfalls die hier vertretene Vermutung. Ganz ohne dieses wackelige Konstrukt aus Mutmaßungen hilft die konkludente Bevollmächtigung über die Schwierigkeiten der ärztlichen Schweigepflicht und das Erfordernis der Einwilligung hinweg.

Zudem ist die Subsidiarität der mutmaßlichen Einwilligung zu unterstreichen. Ist eine Stellvertreterentscheidung zu erlangen, ist diese vorzuziehen.⁶⁹⁰

Gleichfalls subsidiär ist die Betreuung gegenüber der Annahme einer konkludenten Bevollmächtigung. Nicht die Eignung zur Betreuung steht der Bevollmächtigung entgegen, sondern eine Vollmacht steht der Betreuung entgegen, soweit sie eine genauso geeignete Hilfe darstellt oder besser: soweit die Angelegenheiten durch den Bevollmächtigten ebenso gut wahrgenommen werden können.⁶⁹¹ Um eine ebenso gute Hilfe zu sein, ist es notwendig, dass sie ebenso gut wie die Betreuung die Besorgung der Angelegenheiten des Betroffenen gewährleistet. Dies erfordert, dass eine Orientierung am Wohl und an den Wünschen des Betroffenen sichergestellt ist. Da der Vertreter an die Weisungen des Vollmachtgebers gebunden ist, ist dieses Kriterium erfüllt. Darüber hinaus sind Bevollmächtigte nur den Wünschen des Vollmachtgebers verpflichtet; es existiert keine durch das Wohl umschriebene Grenze. Auch kann sich der Bevollmächtigte nicht wie der Betreuer auf die Unzumutbarkeit der Wunscherfüllung berufen. Die Privatautonomie gebietet es letztlich, der wirksam erteilten Vollmacht stets den Vorrang einzuräumen.

In der Literatur wird teilweise die Auffassung vertreten, eine Vollmacht sei nur dann vorrangig, wenn das Gericht auch das der Vollmacht zugrunde liegende Rechtsverhältnis und dessen Inhalt geprüft habe.⁶⁹² Dem ist entgegenzuhalten, dass dies voraussetzt, dass sich ein Gericht bereits mit der Frage einer Betreuung

⁶⁹⁰ zum Verhältnis zwischen der Einwilligung durch einen Vertreter und der mutmaßlichen Einwilligung in Bezug auf die Regelung des § 1904 BGB s. Knauf, S. 129 ff.

⁶⁹¹ vgl. Schwab in: MünchKommBGB, § 1896 Rn. 49.

⁶⁹² Krauß, BWNotZ 1999, 86 (88).

beschäftigt; eine Vollmacht muss indes auch im Vorfeld bereits Wirkungen entfalten können. Darüber hinaus dürfte ein solches Erfordernis als übertrieben gelten⁶⁹³ und es wird auch der Privatautonomie nicht gerecht. Diskutieren kann man jedoch über die Frage, ob innerfamiliäre Streitigkeiten über die Wirksamkeit, die Ausübung der Vollmacht oder über die Weisungen des Vollmachtgebers Zweifel an der Gleichwertigkeit der Vollmacht begründen können.⁶⁹⁴

Darüber hinaus ist die Bestellung als Betreuer und das damit verbundene Gerichtsverfahren für die Angehörigen stets befremdlich.⁶⁹⁵ Es stellt einen erheblichen Unterschied dar, ob ein Stellvertreter als Vertrauensperson vom Betroffenen selbst legitimiert wird oder ob dies mittels eines gerichtlichen Betreuungsverfahrens geschieht.⁶⁹⁶

3. Das Außenverhältnis

a) Begründung

Wie gezeigt, legte *Diekmann*⁶⁹⁷ im Rahmen der Diskussion um die Einführung einer Vertretungsmacht für Angehörige eine vermutete Vollmacht zugrunde. Die Situation ist mit der hiesigen vergleichbar, wenn man davon ausgeht, dass mit der Befugnis zur Vertretung der Wille der Menschen und die gelebte Realität nachgezeichnet werden können: Der Wille des Betroffenen findet in den diskutierten Fällen keine Berücksichtigung durch eine ausdrücklich und schriftlich erteilte Vollmacht, so dass nur eine vermutete Vollmacht in Betracht kommt. Eine vermutete Vollmacht kann aber nur in engen Grenzen angenommen werden.⁶⁹⁸ Sie muss sich auf den typischerweise bestehenden Willen des Betroffenen stützen können, dass ein Angehöriger seine Angelegenheiten im Falle des eigenen Unvermögens regelt. Mit Blick auf die dargestellten empirischen Untersuchungen kann dies angenommen werden, so dass insoweit Handlungsbedarf des Gesetzgebers besteht, im Bereich eilbedürftiger Gesundheitsangelegenheiten eine entsprechende Regelung zu schaffen.

Begründen lässt sich die vermutete Vollmacht nach dem Vorbild der sozialrechtlichen Vorschriften. Anhaltspunkte für ihr tatsächliches Vorliegen bieten die familienrechtlichen Grundsätze, die den Familienangehörigen Rechte und Pflichten im Verhältnis zueinander auferlegen und ihnen damit eine besondere Stellung einräumen. Zwischen Familienangehörigen bestehen wie geschildert Beistands-

⁶⁹³ So auch Schwab in: MünchKommBGB, § 1896 Rn. 57.

⁶⁹⁴ In Bezug auf Zweifel an der Wirksamkeit der Vollmacht BayObLG FamRZ 2004, 1403.

⁶⁹⁵ S. o. § 7 A.

⁶⁹⁶ So auch Strätling/Lipp ua, AG AEM, S. 18, online abrufbar unter http://www.user.gwdg.de/~ukec/ps_2003.pdf.

⁶⁹⁷ Diekmann, S. 126.

⁶⁹⁸ So auch Diekmann, S. 126.

pflichten, §§ 1353, 1618a BGB. Dies setzt voraus, dass dem Verpflichteten auch Mittel zur Verfügung stehen, Beistand leisten zu können.

Darüber hinaus stärkt die Betrachtung der familienrechtlichen Vorschriften die hiesige Argumentation. An zahlreichen Stellen räumt das BGB den Familienmitgliedern eine besondere Stellung ein. Das Verhältnis ist durch Rechte und Pflichten gekennzeichnet, die allein aufgrund des Status Familienangehöriger bestehen und personenrechtlich ausgestaltet sind. Dazu zählen neben den Beistandspflichten, §§ 1353 und 1618a BGB, auch Unterhaltspflichten, z. B. §§ 1360 ff., 1601 ff., Recht und Pflicht zur elterlichen Sorge, § 1626 BGB, und die Bevorzugung bei der Betreuerwahl, § 1897 Abs. 5 BGB. Familienrechte können absolute Rechte i. S. des § 823 BGB sein.⁶⁹⁹ Dies unterstreicht die besondere Stellung der Familie in der Rechtsordnung.

Auch die erbrechtlichen Regelungen dienen als Indiz: Hier bildet das Gesetz durch die Bestimmung der Erbfolge den Willen des Menschen und die von ihm gelebte familiäre Realität nach. Ehegatte und Kinder genießen bei gesetzlicher Erbfolge den Vorrang vor anderen Verwandten oder sonstigen Personen, §§ 1924, 1931 ggf. i. V. m. § 1371 BGB.

Eine Vollmacht vermuten kann letztlich nur das Gesetz. Im Sinne einer Normenklarheit und Rechtssicherheit ist daher eine ausdrückliche Vorschrift zu fordern, die die rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung des benannten Personenkreises vermutet. Da keine besteht, ist der Gesetzgeber gefordert, sie zu schaffen.

Es stellt sich zunächst die Frage, für welchen Personenkreis die Vermutung einer Bevollmächtigung begründet ist. Dogmatische Grundlage ist die familiäre Beistandspflicht. Als Bevollmächtigter kann damit jedes Mitglied der sog. Kernfamilie, also nicht getrennt lebende Ehegatten und Lebenspartner, Eltern im Verhältnis zu volljährigen Kindern, gelten. Für Ehegatten findet sich die Beistandspflicht in § 1353 BGB. Die Vertretungsbefugnisse enden, wenn die Ehegatten getrennt voneinander leben; dies ergibt sich aus § 1357 Abs. 3 BGB. Für Lebenspartner normiert § 2 LPartG die Pflicht zur gegenseitigen Fürsorge und Unterstützung. Anhaltspunkt für Eltern und Kinder bietet die familiäre Solidarität aus § 1618a.⁷⁰⁰ Fraglich ist hier, inwieweit eine soziale Nähe zu fordern ist, um eine vermutete Bevollmächtigung zugrunde legen zu können. Zu denken wäre beispielsweise daran, dass volljährige Kinder für ihre Eltern nur dann Vertreter sind, wenn sie mit ihnen in einer häuslichen Gemeinschaft zusammen wohnen. Doch wird dem Arzt schwerlich zugemutet werden können, dies zu überprüfen. Auch spricht nichts dagegen, dass volljährige Kinder trotz eines eigenen Haushaltes,

⁶⁹⁹ BGHZ 111, 168.

⁷⁰⁰ Für Ehegatten normiert § 1353 BGB eine Fürsorgepflicht, für das Eltern-Kind-Verhältnis gilt insbesondere die Sorgspflicht nach § 1626 BGB. Nach § 1618a BGB schulden sich Eltern und Kinder einander Beistand und Rücksicht. Aber auch die Unterhaltspflichten zählen zur familiären Solidarität, z. B. § 1360 BGB. Zu den einzelnen Pflichten und Maximen Schwab, FamRZ 1997, 521 ff.

möglicherweise sogar in einer anderen Stadt, Kenntnisse über die Wünsche und Vorstellungen der Eltern haben. Gerade der Umstand, dass der Familienangehörige bei der Einlieferung oder alsbald danach zugegen ist, spricht für die enge Bindung. In der Zusammenschau mit § 1618 BGB ergibt sich schließlich auch hier die Bevollmächtigung bei Vorliegen der entsprechenden Erwartung.

Für Geschwister kann die vermutete Vollmacht nicht gelten. § 1618a BGB kann allenfalls dann eine Solidarpflicht unter ihnen begründen, wenn sie in einer Hausgemeinschaft miteinander wohnen.⁷⁰¹ Dies wird im Regelfall nicht vorliegen, so dass hier die Vermutung nicht greifen kann. Dies findet seinen Grund auch darin, dass zwischen volljährigen Geschwistern nicht ohne weiteres enge persönliche Beziehungen bestehen. Haben sie sich eigene, voneinander unabhängige Lebensräume geschaffen, wird der Kontakt dadurch oftmals gelockert.⁷⁰² Von einer zwischen Eltern und Kindern vergleichbaren inneren Verbundenheit ist daher im Regelfall nicht auszugehen.⁷⁰³ Die Verpflichtungen zwischen ihnen erschöpfen sich in einer Rücksichtnahmepflicht.⁷⁰⁴

Fraglich ist, ob Großeltern unter die Regelung fallen sollten. Die Vorschrift in § 73 SGG a. F. sah die Unterstellung einer Bevollmächtigung für Verwandte in gerader Linie vor. Hierzu gehörten also auch die Großeltern bzw. Enkel. Aus der Gesetzesbegründung zu § 73 SGG a. F. ergibt sich keine weitere Erklärung für die Formulierung und den erfassten Personenkreis. Ganz im Gegenteil: Die Gesetzesbegründung begnügt sich mit dem Hinweis darauf, dass eine Ausdehnung auf die Verschwägerten sich als nicht erforderlich erwiesen habe, sich daher auf den genannten Personenkreis beschränke.⁷⁰⁵ In Bezug auf das Enkel-Großeltern-Verhältnis bleibt sie eine Begründung schuldig. Eine Beistandspflicht besteht zumindest nicht unmittelbar aus dem Gesetzeswortlaut. Dennoch wird sie teilweise bejaht.⁷⁰⁶ Eine Beistandspflicht lässt sich zumindest möglicherweise mittelbar ableiten. Großeltern haben psychischen Beistand zu leisten, indem sie verpflichtet sind, ein Kind bei sich aufzunehmen, das ernsthaft nicht mehr zum sorgeberechtigten Elternteil zurück will.⁷⁰⁷ Ihnen steht umgekehrt ein Recht auf Umgang mit dem Kind zu, § 1685 BGB, wobei dieses Recht auch Geschwistern zusteht, also als alleiniges Argument nicht ausreicht. Das BVerfG hat einen Schutz aus Art. 6 GG zwischen Großeltern und Enkeln zumindest nicht verneint⁷⁰⁸, der EMRK für Art. 8 EMRK bejaht.⁷⁰⁹ Da das Verhältnis von einigen Rechten und Pflichten gekennzeichnet ist, besteht eine wenigstens mittelbare Beistandspflicht.

⁷⁰¹ vgl. Coester in: Staudinger, § 1618a Rn. 27.

⁷⁰² Vgl. BGH NJW 1998, 597 (598).

⁷⁰³ Im Einzelfall kann dies selbstverständlich anders sein.

⁷⁰⁴ vgl. AG Arnsberg, NJW-RR 1996, 1156 f.

⁷⁰⁵ BT-Drs. 2/4357, S. 25.

⁷⁰⁶ Coester in: Staudinger, § 1618a Rn. 26.

⁷⁰⁷ Coester in: Staudinger, § 1618a Rn. 38.

⁷⁰⁸ BVerfGE 39, 316 ff. = NJW 1975, 1771 ff.

⁷⁰⁹ S. o. § 7 C.

Dies genügt, um Großeltern und Enkel in den Personenkreis mit aufzunehmen. Die erfassten bevollmächtigten Personen sind in einer zu schaffenden Vorschrift zu benennen.

Eine Rangfolge der bevollmächtigten Personenkreise ist entbehrlich. Sie sollen gleichrangig entscheiden dürfen. Die Beistandspflichten sind ähnlich ausgestaltet, so dass sich hieraus keine Rangfolge ergeben kann. Die Gleichrangigkeit hat auch den praktischen Hintergrund, dass der Arzt ohne nähere Prüfung den anwesenden Angehörigen beteiligen kann, ohne nachforschen zu müssen, ob der möglicherweise vorrangige Ehegatte auch alsbald zugegen ist.

aa) Voraussetzungen

Eine vermutete Vollmacht für den Bereich der Gesundheitspflege kann nur dann greifen, wenn für diesen Bereich kein ausdrücklich Bevollmächtigter vorhanden ist. Die vermutete Vollmacht ist insoweit subsidiär. Das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen wird durch die Bevorzugung des von ihm ausdrücklich bestimmten Bevollmächtigten gewahrt. Es stellt sich die Frage, wie zu verfahren ist, wenn der ausdrücklich Bevollmächtigte nicht verfügbar ist. Da es hier um eine Notfallvertretung geht, stellt sich das Problem stärker als im Österreichischen Recht oder bei der Schweizer Lösung, die die (einfache) medizinische Behandlung insgesamt erfassen. Wie diese Frage bei der vermuteten Vollmacht i. R. d. § 73 SGG a. F. gelöst wurde, ist ungeklärt. Soweit ersichtlich, hat es eine Auseinandersetzung mit Fragen der Vollmacht kaum gegeben.⁷¹⁰ Um die Stellvertretung durch Angehörige praktikabel zu machen, besteht die Vertretung auch dann, wenn der ausdrücklich Bevollmächtigte zwar benannt, aber nicht zugegen ist. Anders würde man dem Arzt eine nicht zumutbare Prüfung auferlegen, ob nun andere Vertretungsberechtigte vorhanden sind. Dies wäre auch der Dringlichkeit der Maßnahme nicht angemessen. Weiß der Arzt, dass es einen anderen Bevollmächtigten gibt, ist fraglich, ob er sich auf die vermutete Vollmacht stützen kann. Ebenso spricht ein außerhalb des Familienkreises bestellter Betreuer für Differenzen in der Familie und damit gegen eine vermutete Vollmacht. Dennoch muss die vermutete Vollmacht praktikabel gemacht werden. Sie sollte also nur dann nicht eingreifen, wenn der Arzt weiß oder wissen müsste, dass die Vollmacht für den Angehörigen nicht besteht. Kennt er den entgegenstehenden Willen, darf er sich ebenfalls nicht auf die vermutete Vollmacht berufen.⁷¹¹

Fraglich ist, wie das Verhältnis zwischen vermuteter Vollmacht und Betreuung ist. Auf den ersten Blick scheint dies leicht zu beantworten: Die Betreuung ist der Bevollmächtigung nachrangig. Insoweit ist von den Österreichischen Vorschriften und Schweizer Plänen abzuweichen, wenn sie eine Vertretung bei Vorhandensein eines Sachwalters nicht zulassen. Zu bedenken ist jedoch, dass die vermutete

⁷¹⁰ Vgl. die verhältnismäßig kurze Darstellung beispielsweise bei Keller/Leitherer in: Meyer-Ladewig, SGG⁸, § 73 Rn. 14.

⁷¹¹ Vgl. Hess. LSG, Beschluss vom 23.07.2007 - L 9 AS 91/06 ER.

Vollmacht nur in engen Grenzen die rechtliche Handlungsfähigkeit herzustellen vermag. Für den übrigen Bereich bleibt die Betreuung erforderlich.

Eine weitere Voraussetzung für die gesetzliche Vermutung einer Vollmacht ist, dass der Betroffene selbst nicht mehr in der Lage ist, in die Behandlung einzuwilligen. Die Erwartung einer Vertretung ist eng an dieses eigene Unvermögen geknüpft. Dies entspricht dem juristischen Terminus der Einwilligungsunfähigkeit.

Vollmachtgeber kann nur jemand sein, der zu irgendeinem Zeitpunkt geschäftsfähig gewesen ist. Dies ist logische Folge des rechtsgeschäftlichen Charakters der vermuteten Vollmacht. Menschen, die aufgrund einer (angeborenen) geistigen Behinderung nie Geschäftsfähigkeit erlangt haben, können nicht auf Basis einer vermuteten konkludenten Vollmacht ihre Angehörigen ermächtigen. Hier ist nach wie vor auf die bisherigen Lösungen – insbesondere Bestellung eines Betreuers – zurückzugreifen.

bb) Inhalt

Die vermutete Vollmacht greift für die Notfallsituation zu Gunsten der genannten Familienangehörigen. Die vermutete Vollmacht geht der mutmaßlichen Einwilligung vor. Die mutmaßliche Einwilligung ist dann auf die Fälle beschränkt, bei denen kein Bevollmächtigter, Betreuer oder kraft Gesetzes vertretungsberechtigter Angehöriger anwesend ist und nicht innerhalb einer den Behandlungserfolg nicht gefährdenden Zeit zu erreichen ist.

Der Umfang der Vertretungsmacht erstreckt sich auf die rechtsgeschäftlichen Erklärungen in der Beziehung zwischen Arzt und Patienten. Dies umfasst in erster Linie den Abschluss des Behandlungsvertrags. Darüber hinaus bedarf das ärztliche Handeln der Einwilligung in die angebotene Behandlung. Der Vertretungsberechtigte muss für den Betroffenen daher auch die erforderliche Einwilligung erteilen können. Da durch die Vertretungsmacht das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen gewahrt werden soll, umfasst die Befugnis auch die Möglichkeit, die Einwilligung in eine bestimmte Behandlung abzulehnen. Da hier der Auffassung gefolgt wird, dass der Gesetzgeber das Schriftlichkeits- und Ausdrücklichkeitserfordernis für alle ärztlichen Maßnahmen normiert hat, stellt die gesetzliche Vermutung eine Ausnahme davon dar. Diese umfasst dann ihrerseits alle Maßnahmen, insbesondere auch die gefährlichen i. S. des § 1904 Abs. 1 und 2 BGB. Dem Argument, dass der Betroffene dann schutzlos gestellt ist⁷¹² und es dem Betroffenen bei derartigen Maßnahmen überlassen sein sollte, eine Person seines Vertrauens zu bevollmächtigen, wird dadurch entkräftet, dass ein Eingriff dann nur über die mutmaßliche Einwilligung gerechtfertigt werden könnte. Dann entscheidet letztlich wieder der Arzt alleine über die Behandlung. Dies soll auch und gerade für die gefährlichen Eingriffe verhindert werden. Damit steht fest: Ist ein Vertreter vorhanden, auch

⁷¹² Das Betreuungsgericht muss in den Eilfällen, für die die Vermutung greift, ja gerade nicht angerufen werden, § 1904 Abs. 1 Satz 2 BGB.

einer in Form einer gesetzlich vermuteten Vollmacht, ist sowohl die mutmaßliche Einwilligung als auch die Geschäftsführung ohne Auftrag ausgeschlossen.

b) Erlöschen der Vollmacht

Für den Bestand der vermuteten Vollmacht kann nichts anderes gelten, als für die konkludente Vollmacht dargestellt. Durch eine einfache Erklärung kann die vermutete Vollmacht widerlegt werden.⁷¹³ Fraglich ist, ob für den Widerruf Geschäftsfähigkeit erforderlich ist.⁷¹⁴ Angelehnt an die Österreichische Lösung ist dies zum Schutz des Betroffenen vor nicht gewollten Vertretungen durch Angehörige zu verneinen. Ein in der aktuellen Situation geäußelter Widerruf ist beachtlich, wenn der Betroffene zu erkennen gibt, mit der Vertretung nicht einverstanden zu sein. Es genügt jede Art der Willensäußerung, wie Ablehnung mit Worten oder Gesten. Der Widerruf muss auf dem natürlichen Willen beruhen, irgendein Grad an Einsichts- und Steuerungsfähigkeit ist nicht vorausgesetzt.⁷¹⁵ Diese Fälle werden selten sein, da sie voraussetzen, dass der Patient äußerungsfähig ist. Ist er äußerungsfähig, muss der Arzt mit dem Patienten sprechen und herausfinden, ob er nicht selbst noch einwilligungsfähig ist.

c) Änderungen de lege ferenda

Zunächst ist vom Gesetzgeber eine Vorschrift zu schaffen, die die Vollmacht für Ehegatten bzw. Lebenspartner, Kinder und Eltern bzw. Großeltern im Verhältnis zueinander gesetzlich vermutet. Für den bestimmten Personenkreis und in den benannten Fällen greift die Vermutungsregel. Fraglich ist, wie die Formulierung ausfallen sollte. Hier kommt ein Ermessen des Arztes in Betracht, so wie in § 73 SGG a. F., nach der die Vollmacht unterstellt werden konnte. Dies ist jedoch bedenklich, weil sich dasselbe Problem wie bei der mutmaßlichen Einwilligung ergibt: Das Einbeziehen der Angehörigen stünde im Ermessen des Arztes. Als Alternative kommt eine Formulierung in Betracht, nach der die Vollmacht vermutet wird, werden muss oder werden soll. Hier empfiehlt sich eine Regelung, die dem Arzt nicht allzu viel Spielraum lässt. Daher „wird“ die Vollmacht „vermutet“.

Dass eine ausdrückliche und schriftlich erteilte Vollmacht der Vermutung vorgeht, ist selbstverständlich, so dass eine entsprechende Regelung entbehrlich ist. Ebenso ist die Subsidiarität der Betreuung bereits im Gesetz niedergeschrieben, § 1896 Abs. 2 BGB. Überflüssig ist ebenfalls die Feststellung, dass eine Vermutung nur vorliegen kann, wenn der Betroffene zu irgendeinem Zeitpunkt geschäftsfähig war. Unter Berücksichtigung des rechtsgeschäftlichen Charakters der vermuteten Vollmacht ergibt sich dies bereits aus §§ 104 ff. BGB.

⁷¹³ Vgl. auch für die vermutete Vollmacht bei Notar OLG Frankfurt, NJW 1984, 620.

⁷¹⁴ Vgl. oben § 4 A. I. 2. d) aa).

⁷¹⁵ Vgl. dazu die Sterilisation eines Betreuten, die gegen den Willen des Betroffenen nicht zulässig ist, § 1905 Abs. 1 Nr. 1 BGB, s.a. Schwab in: MünchKommBGB, § 1905 Rn. 17.

Notwendig ist hingegen, gesetzlich festzulegen, in welchen Fällen die Vermutung greift. Hier ist zum einen auf die Notfallsituation abzustellen. Es bietet sich ein Wortlaut angelehnt an § 1904 Abs.1 BGB ab. Hier spricht das Gesetz bereits von einer Gefahr, die mit Aufschub verbunden ist. Zum anderen muss normiert werden, dass die Vermutung nur greift, wenn der Betroffene selbst nicht mehr in der Lage ist, für sich zu sprechen. Seit dem Dritten Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts kennt das BGB den Begriff der „Einwilligungsunfähigkeit“, vgl. § 1901a Abs. 1 Satz 1 BGB. Dieser Terminus ist zu wählen, da er präziser und auf die ärztliche Behandlung besser passt als beispielsweise die in § 1896 BGB beschriebene Situation.

Die Wirksamkeit des Widerrufs unabhängig von der Steuerungs- und Einsichtsfähigkeit ist zu normieren. Das Gesetz kennt den Begriff des „Geisteszustandes“, vgl. § 104 BGB. Ein Rückgriff hierauf empfiehlt sich, da wie dargestellt die Einwilligungsunfähigkeit eines Volljährigen sich an den Vorschriften der Geschäftsunfähigkeit orientiert.

4. Das Innenverhältnis

a) Konkludenter Auftrag

Das Innenverhältnis ist ein konkludenter Auftrag, der ebenfalls vermutet werden kann. Mit der Übernahme dieses Auftrags kommt der Angehörige seiner familienrechtlich begründeten Beistandspflicht nach. Die familienrechtliche Verbindung ist daher – entgegen dem Bundesratsentwurf⁷¹⁶ – nicht Rechtsgrund, sondern Motiv für die Tätigkeit des Angehörigen.

Der Bevollmächtigte ist an den Willen bzw. die Weisungen des Vollmachtgebers gebunden. Hat der Betroffene keinen bestimmten Willen geäußert, ist auf seinen mutmaßlichen Willen abzustellen. Zentrale Frage hierbei ist, wie der Betroffene selbst entschieden hätte, wenn er hätte entscheiden können.

Der Auftrag erlischt durch Kündigung, die durch beide Seiten und unabhängig von der Geschäftsfähigkeit des Geschäftsführers wirksam wird.

b) Änderungen de lege ferenda

Fraglich ist, ob die Bindung an den erklärten oder mutmaßlichen Willen ausdrücklich normiert werden sollte. So bestand im Rahmen der Diskussion um die Einführung einer Vertretungsmacht naher Angehöriger die Befürchtung, dass die Vertretungsmacht missbraucht werden und zur unkontrollierten Fremdbestimmung werden könnte.⁷¹⁷ Um dem zu begegnen, wurde teilweise eine ausdrückliche Normierung der Bindung an den Willen gefordert.⁷¹⁸ Daher empfiehlt sich ein

⁷¹⁶ BR-Drs. 865/03

⁷¹⁷ Crefeld, BtPrax 2003, 239 (241 f.); Strätling/Strätling-Tölle/Scharf/Schmucker, MedR 2003, 372 (376).

⁷¹⁸ Diekmann, S. 143.

Verweis auf §§ 1901a und 1901b, da hier die Verbindlichkeit von früher geäußerten Willensbekundungen und Kriterien zur Ermittlung des mutmaßlichen Willens beschrieben sind. Darüber hinaus ist auf die Vorschriften des Auftrags Bezug zu nehmen, §§ 677 ff. BGB, um den Bevollmächtigten auch im Innenverhältnis an die Weisungen des Geschäftsherrn zu binden.

III. Formulierungsvorschlag

Zunächst stellt sich die Frage, wo eine entsprechende Vorschrift ihren Niederschlag finden könnte. Da die Vorsorgevollmacht in den betreuungsrechtlichen Vorschriften (§§ 1904, 1906 BGB) erwähnt wird, ist es plausibel, eine entsprechende Normierung auch dort vorzunehmen. § 1904 Abs. 5 BGB erklärt dabei die Vorschriften für den Betreuer auch für den Bevollmächtigten für anwendbar und nennt in Satz 2 das Schriftformerfordernis und das Erfordernis der Ausdrücklichkeit. Die Unterstellung der Vollmacht bei Familienangehörigen ist dem unmittelbar anzuschließen:

§ 1904 Abs. 5 BGB-E: Genehmigung des Betreuungsgerichts bei ärztlichen Maßnahmen

„Die Absätze 1 bis 4 gelten auch für den Bevollmächtigten. Er kann in eine der in Absatz 1 Satz 1 oder Absatz 2 genannten Maßnahmen nur einwilligen, nicht einwilligen oder die Einwilligung widerrufen, wenn die Vollmacht diese Maßnahmen ausdrücklich umfasst und schriftlich erteilt ist. *Ist mit dem Aufschieben einer Maßnahme Gefahr verbunden, wird im Falle der Einwilligungsunfähigkeit für Ehegatten oder Lebenspartner und Verwandte in gerader Linie die Bevollmächtigung vermutet, es sei denn, der Vertretene widerspricht ungeachtet seines Geisteszustandes der Vertretung.* §§ 1901a, 1901b, 662 ff. gelten entsprechend.“

D. Ergebnis

Der Gesetzgeber sollte eine Stellvertretung durch Angehörige im Notfall beruhend auf einer vermuteten Bevollmächtigung einführen. Im Rahmen der konkludenten Vollmacht kann der Rückgriff auf die gesetzliche Vermutung über Fälle hinweghelfen, in denen unklar ist, ob der Betroffene die Erwartung hegte, seine Angehörigen würden ihn im Falle des eigenen Unvermögens vertreten und für ihn entscheiden. Insbesondere in den sozialrechtlichen Vorschriften verleiht das Gesetz dem Bestehen einer solchen Vollmachtsform Ausdruck. Unterstützt wird dies durch die Normen des BGB, nach denen Familienangehörigen eine besondere Stellung eingeräumt wird. Bei einer ausdrücklich, aber formfrei erteilten Vollmacht hilft die Vermutung beim genannten Personenkreis über die fehlende Schriftform hinweg.

Bei der Frage nach den von der Erwartung umfassten Angehörigen ist auf die einschlägigen Vorschriften im BGB und Art. 6 GG bzw. Art. 8 EMRK zurückzu-

greifen. Danach stehen Ehe und Familie unter einem besonderen Schutz. Eheleute untereinander sind einander zur Unterstützung verpflichtet. Entsprechendes gilt für eingetragene Lebenspartner. Ebenso besteht eine Instandspflicht unter (volljährigen) Kindern und Eltern und im Verhältnis der Großeltern zu ihren Enkeln und umgekehrt. Zwischen ihnen besteht grundsätzlich eine konkludente Bevollmächtigung, die mithilfe einer gesetzlichen Vermutung rechtliche Wirkung entfalten kann.

Die Vermutung greift nicht, wenn der Betroffene in der aktuellen Situation der Vertretung widerspricht. Dies gilt unabhängig von seiner Geschäfts- bzw. Einwilligungsfähigkeit.

§ 10 Zusammenfassung der Ergebnisse und Ausblick

Zusätzlich zum Behandlungsvertrag ist zur Legitimation ärztlichen Handelns die Einwilligung in die angebotene Behandlung erforderlich.⁷¹⁹ Dies ist Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts. Dieses Recht steht jedem zu, unabhängig von Alter, Gesundheitszustand oder geistigen oder körperlichen Behinderungen. Die Fähigkeit, dieses Recht auszuüben, ist jedoch an kognitive Fähigkeiten gebunden, was in Zusammenhang damit steht, dass der Patient nach der gebotenen Aufklärung die Bedeutung und Tragweite des Eingriffs zu verstehen in der Lage sein muss. Ist ein volljähriger Mensch nicht (mehr) dazu fähig, tritt ein Dritter an seine Stelle, um das Selbstbestimmungsrecht für ihn auszuüben. Hier spielen Familienangehörige eine besondere Rolle.⁷²⁰ Auch und gerade im Alter „betreuen“ Angehörige ihre alternden Mitglieder, begleiten sie zum Arzt und nehmen ihre Interessen gegenüber dem Arzt wahr. Vieles spricht dafür, dass Angehörige annehmen, dazu auch rechtlich befugt zu sein. Ebenso scheint es so zu sein, dass Betroffene erwarten, dass ihre Angehörigen die Vorstellungen und Wünsche des Betroffenen vor dem Arzt durchsetzen und seine Interessen vertreten. Diese gelebte Praxis bewegt sich jedoch in einer rechtlichen Grauzone. Um den Betroffenen i. S. der §§ 164 ff.

⁷¹⁹ S.o. § 3 C.

⁷²⁰ S. o. § 2 C.

BGB vertreten zu können, muss der Angehörige nach geltender Rechtslage entweder ausdrücklich und schriftlich für die Gesundheitsangelegenheiten bevollmächtigt oder vom Gericht zum Betreuer in Gesundheitsangelegenheiten bestellt worden sein.⁷²¹ Dann können Bevollmächtigter bzw. Betreuer den Behandlungsvertrag für den Betroffenen mit dem Arzt abschließen und in die Behandlung einwilligen. Ist kein Stellvertreter vorhanden, rechtfertigt sich die ärztliche Behandlung im Notfall durch die Institute der Geschäftsführung ohne Auftrag bzw. der mutmaßlichen Einwilligung. Dies begegnet Bedenken⁷²²:

Erstens trägt die mutmaßliche Einwilligung dem Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen nicht ausreichend Rechnung. Es steht trotz § 1901b Abs. 2 BGB letztlich im Belieben des Arztes, wie er den mutmaßlichen Willen als Maßstab für die mutmaßliche Einwilligung ermittelt. Damit entscheidet er auch darüber, ob er die Angehörigen in die Behandlung mit einbezieht und sie ihm als Auskunftspersonen dienlich sind.

Zweitens wird die Rolle, die den Angehörigen auf diesem Weg zgedacht wird, nicht ihrem verfassungsrechtlichen Rang gerecht. Art. 6 GG und Art. 8 EMRK räumen der Familie einen besonderen Stellenwert ein. Art. 6 GG schützt nicht nur vor Beeinträchtigungen durch den Staat sondern ist auch auf positive Unterstützung gerichtet. Er bildet das Wesen der familienrechtlichen Vorschriften. Hier werden der Familie Rechte und Pflichten zueinander auferlegt. Insbesondere zwischen Eheleuten und Eltern im Verhältnis zu ihren volljährigen Kindern bestehen Beistandspflichten, die sich allein aus ihrer Stellung als Angehörige ergeben. Dem können die Angehörigen nicht gerecht werden, wenn ihnen nicht bestimmte Instrumentarien an die Hand gegeben werden, vermöge derer ihnen der Beistand in ausreichendem Maße ermöglicht wird. Die Beistandspflicht hat dabei durchaus ihren Sinn, als davon auszugehen ist, dass Angehörige in der Regel die Wünsche und Vorstellungen des Betroffenen am besten kennen. Daher war im Rahmen dieser Arbeit zu untersuchen, ob und inwieweit den Angehörigen eine Vertretungsmacht eingeräumt werden kann.

Da es keine ausdrücklichen Regelungen über die gesetzliche Stellvertretung von Angehörigen gibt⁷²³, konnte hier nur eine rechtsgeschäftliche Vertretung in Betracht kommen, die auch den Vorteil genießt, dass der Vertreter bei der Vertretung an die Weisungen des Betroffenen gebunden ist.⁷²⁴ Zum einen ist hier denkbar, dass ein Betroffener seine Angehörigen ausdrücklich bevollmächtigt, die Vollmacht aber nicht schriftlich erfolgt. Zum anderen kann hier auf eine konkludente Vollmacht zurückgegriffen werden. Legt man die Erwartung zugrunde, dass die Angehörigen eines Betroffenen ihn im Falle des eigenen Unvermögens vor

⁷²¹ S.o. § 4 A. I. und § 5 A. I.

⁷²² S.o. § 7.

⁷²³ Mit Ausnahme der Vorschriften der Vertretungsmacht der Eltern ggü. ihren minderjährigen Kindern bzw. der Betreuerbestellung eines Angehörigen.

⁷²⁴ S.o. § 8 C.

dem Arzt vertreten und seine Interessen durchsetzen, ist hierin eine konkludente Bevollmächtigung der Angehörigen zu erblicken. Bevollmächtigt werden Ehegatten sowie volljährige Kinder und Eltern jeweils im Verhältnis zueinander. Die Erwartung genügt den Anforderungen, die an eine Willenserklärung zu richten sind. Denn die Erwartung enthält auch ein Willensmoment; die deutliche Formulierung, dass der Angehörige bevollmächtigt werde, ist nicht erforderlich. Der Vollmacht zugrunde liegt dabei ein konkludenter Auftrag. Dieser bindet den Angehörigen an die Weisungen des Auftraggebers. Dessen Wünsche und Vorstellungen sind durchzusetzen. Eine Zwangsbehandlung, also eine Behandlung ohne oder gegen den Willen des Betroffenen, ist damit nicht möglich.

Die konkludente Vollmacht scheidet derzeit aber an dem gesetzlich in § 1904 Abs. 5 BGB verankerten Erfordernis der Schriftlichkeit und Ausdrücklichkeit einer Vollmacht in Gesundheitsangelegenheiten. Dieses Formerfordernis hat durchaus seine Berechtigung, da es vor unüberlegten Bevollmächtigungen schützen soll. Derzeit ergibt es sich aber mehr aus der Gesetzesbegründung als aus dem Gesetz selbst, was dem Erfordernis der Normenklarheit zuwider läuft. Es ist eine Vorschrift zu schaffen, die eine Vollmacht zwischen Ehegatten, Lebenspartnern und zwischen Verwandten in gerader Linie (Kinder, Eltern, Großeltern) vermutet.⁷²⁵ Eine solche kann aber keineswegs leichtfertig angenommen werden. Vielmehr ist hierfür erforderlich, dass man typischerweise auch davon ausgehen kann, dass Familienangehörige sich gegenseitig bevollmächtigen, ausdrücklich oder konkludent durch die geschilderte Erwartung, dass sich die genannten Personenkreise typischerweise bevollmächtigen. Der Gesetzgeber ging davon bereits im SGG einmal aus und im SGB heute noch. Die Streichung der entsprechenden Vorschrift war ausschließlich der Vereinheitlichung der Verfahrensordnungen geschuldet. Derzeit existieren noch weitere Vorschriften in den Sozialgesetzbüchern, die eine Vollmacht unterstellen, die als Basis dienen können. Darüber hinaus spricht vieles dafür, dass sich die Angehörigen untereinander bevollmächtigen, aber aus Unkenntnis die erforderliche Form der Schriftlichkeit und Ausdrücklichkeit nicht einhalten. Unterlegt wird die Annahme der Bevollmächtigung dadurch, dass Angehörige in der Regel am besten die Wünsche und Vorstellungen des Betroffenen kennen. Gibt man ihnen rechtliche Instrumente an die Hand, diese Wünsche dann auch umzusetzen, tragen sie so zur optimalen Durchsetzung des Selbstbestimmungsrechts des Betroffenen bei. Die vermutete Vollmacht kann dabei ausschließlich auf Notfälle beschränkt werden.

Die mutmaßliche Einwilligung verbleibt letztlich für die Fälle, in denen kein Angehöriger zugegen ist und ohne Gefährdung der Gesundheit des Betroffenen auch nicht zeitnah herangezogen werden kann.

⁷²⁵ S.o., § 9 C.

Literatur

- Ahrens, Martin, Autonomie in Fesseln – Vorsorgevollmacht und Vorsorgeverhältnis an den Schranken des Rechtsberatungsgesetzes, BtPrax 2005, S. 163 – 167
- Ankermann, Ernst, Verlängerung sinnlos gewordenen Lebens? MedR 1999, S. 387 – 392
- Bähr, O., Ueber Irrungen im Contrahiren, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Jena 1875, S. 393 - 427
- Bamberger, Heinz Georg; Roth, Herbert, BGB, Beckscher Online-Kommentar, Edition: 13, München, Stand 10.05.2009
- Barth, Peter; Ganner, Michael, Handbuch des Sachwalterrechts, Mit Angehörigenvertretung, Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung, Wien 2007
- Basler Kommentar, hrsg. von Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 3. Auflage Basel 2006 (zitiert: BSK ZGB I-Bearbeiter)
- Bauer, Axel; Klie, Thomas, Patientenverfügungen/Vorsorgevollmachten – richtig beraten? 2. Auflage Heidelberg 2005
- Bauer, Axel; Klie, Thomas; Rink, Jürgen, Heidelberger Kommentar zum Betreuungs- und Unterbringungsrecht, Ordner II, 68. Aktualisierung Heidelberg Mai 2009 (zitiert: Bearbeiter in: Bauer/Klie/Rink)

- Baumann, Wolfgang, Generalvollmachten als Vorsorgevollmachten, MittRhNotK 1998, S. 1 – 8
- Bayerisches Staatsministerium der Justiz (Hrsg.), Vorsorge für Unfall, Krankheit, Alter durch Vollmacht, Betreuungsverfügung, Patientenverfügung, 10. Auflage München 2008
- Berg, Hans, Ansprüche aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, JuS 1972, S. 193 – 195
- Berger, Christian, Privatrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zur Sicherung der Privatautonomie am Ende des Lebens, JZ 2000, S. 797 - 805
- Bienwald, Werner, Die Vorsorgevollmacht, ein gleichwertiger Ersatz der Betreuerbestellung? BtPrax 1998, 164 – 167
- Bienwald, Werner; Sonnenfeld, Susanne; Hoffmann, Birgit, Betreuungsrecht Kommentar, 4. Auflage Bielefeld 2005
- Bork, Reinhard, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Auflage Tübingen 2006
- Brosey, Dagmar, Zur Zulässigkeit einer stationären Zwangsbehandlung des Betreuten, Anmerkung zu BGH 12. Zivilsenat, Beschluss vom 23.1.2008 – XII ZB 185/07, BtPrax 2008, S. 108 - 111
- Brox, Hans, Allgemeiner Teil des BGB, 32. Auflage, Köln 2008
- Bücker, Ludger; Viefhues, Wolfram, Notarprüfung: Häufige Fehler bei der notariellen Amtsführung (Teil II), Vorsorgevollmachten, ZNotP 2007, S. 126 – 130
- Büdenbender, Ulrich, Neordnung der Schlüsselgewalt in § 1357 nF BGB, FamRZ 1976, S. 662 – 673
- Bühler, Martin, Zum Betreuungsrechtsänderungsgesetz und zur Vorsorgevollmacht, BWNotZ 1999, S. 25 – 41
- Bühler, Martin, Einführung einer gesetzlichen Vertretung durch Angehörige als Alternative zur Betreuung und zur Vorsorgevollmacht? FamRZ 2002, S. 76 - 79
- Bundesärztekammer, Empfehlungen zur ärztlichen Schweigepflicht, Datenschutz und Datenverarbeitung in der Arztpraxis, DÄBl. 2008, A 1026 – A 1030
- Bundesministerium der Justiz (Österreich), Regierungsvorlage betreffend das Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006, 1420 d.B. (XXII GP), Materialien (zitiert: BMJ Österreich, Materialien)
- Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Hrsg.), Die Lebenslage älterer Menschen mit rechtlicher Betreuung, Abschlussbericht zum Forschungs- und Praxisprojekt der Akademie für öffentliches Gesundheitswesen in Düsseldorf, online veröffentlicht, abrufbar unter <http://www.bmfsfj.de/bmfsfj/generator/RedaktionBMFSFJ/Abteilung3/Pdf-Anlagen/abschlussbericht-rechtliche-betreuung.property=pdf,bereich=bmfsfj,sprache=de,rwb=true.pdf> (Stand November 2009)

- Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Hrsg.), Fünfter Bericht zur Lage der älteren Generation in der Bundesrepublik Deutschland, Potenziale des Alters in Wirtschaft und Gesellschaft. Der Beitrag älterer Menschen zum Zusammenhalt der Generationen. Bericht der Sachverständigenkommission, Berlin, August 2005
- Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Betreuungsrecht“, Zwischenbericht zur 73. Konferenz der Justizministerinnen und –minister vom 10. bis 12. Juni 2002 in Weimar, Betrifft: Betreuung 4, Recklinghausen 2002, S. 22 – 68
- Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Betreuungsrecht“, Abschlussbericht zur 74. Konferenz der Justizministerinnen und –minister vom 11. bis 12. Juni 2003 in Glücksburg, Betrifft: Betreuung 6, Recklinghausen 2003
- Bunn, Gerhard, Die Zwangsräumung von Wohnraum, NJW 1988, S. 1362 – 1364
- Burchardi, Hilmar, Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht bei Krankenhausaufnahme? In: Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie, Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber, Hrsg. Amelung, Knut u. a., Heidelberg 2003
- Bydlinski, Peter, Bürgerliches Recht I, Allgemeiner Teil, 4. Auflage Wien 2007
- Canaris, Claus-Wilhelm, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 07.06.1984, NJW 1984, S. 2281
- Chiusi, Tiziana J., Gesetzliche Vertretungsmacht für nahe Angehörige? – Kritische Bemerkungen zu dem „Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts“, ZRP 2004, S. 119 – 123
- Coepicus, Rolf, Sachfragen des Betreuungs- und Unterbringungsrechts, Stuttgart 2000
- Crefeld, Wolf, Wohl behütet von der Familie, BtPrax 2003, S. 239 – 243
- Crefeld, Wolf; Kunze, Heinrich; Jagoda, Bernhard, Das Betreuungswesen und seine Bedeutung für die gemeindepsychiatrische Versorgung, Tagungsbericht, Band 22, Köln 1996, online veröffentlicht abrufbar unter http://www.psychiatrie.de/data/pdf/49/03/00/Band_22.pdf (Stand November 2009)
- Deinert, Horst, Betreuungszahlen 2005, BtPrax 2007, S. 3 – 4
- Deinert, Horst, Betreuungszahlen 2006/2007, BtPrax 2008, S. 251 – 252
- Deutsch, Erwin; Spickhoff, Andreas, Medizinrecht, Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht, 6. Auflage Berlin 2008
- Deutsche Hospizstiftung, Wie denken die Deutschen über Patientenverfügungen? November 2005, online veröffentlicht unter http://www.hospize.de/ftp/tns_studie_05.pdf (Stand November 2009)
- Dieckmann, Jochen, Strukturreform des Betreuungsrechts, ZRP 2002, S. 524 – 430
- Dieckmann, Jochen; Jurgeleit, Andreas, Die Reform des Betreuungsrechts – Zum Zwischenbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Betreuungsrecht“, BtPrax 2002, S. 135 – 140 und S. 197 - 204

- Diederichsen, Uwe, Art. 6 I GG: Der besondere Schutz von Ehe und Familie – eine deutsche Utopie, FPR 2007, S. 221 – 226
- Diederichsen, Uwe, Bemerkungen zu Tod und rechtlicher Betreuung, in: Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie, Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber, Hrsg. Amelung, Knut u. a., Heidelberg 2003
- Diekmann, Andrea, Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten: Modell eines dreigliedrigen Vertretungssystems, Göttingen 2009
- Diercks, Thomas, Die persönliche Betreuung, Baden-Baden 1997
- Dodegge, Georg; Fritsche, Ingo, Zur Rechtslage bei Entscheidungen über den Abbruch medizinischer Behandlungen, Neue Justiz 2001, S. 176 – 183
- Dodegge, Georg; Roth, Andreas, Systematischer Praxiskommentar Betreuungsrecht, 2. Auflage Köln 2005 (zitiert: Bearbeiter in: Dodegge/Roth)
- Eicher, Wolfgang; Spellbrink, Wolfgang, SGB II Grundsicherung für Arbeitssuchende, Kommentar, 2. Auflage München 2008
- Eisenbart, Bettina, Patienten-Testament und Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten, 2. Auflage Baden-Baden 2000
- Eisfeld, Jens, Rechtspolitische und verfassungsrechtliche Probleme des Eheaufhebungsgrundes der Scheinehe, AcP 201 (2001), S. 662 - 696
- Epping, Volker; Hillgruber, Christian, Online-Kommentar GG, Stand 01.02.2008, München
- Epple, Dieter, Die Betreuungsverfügung, BWNotZ 1992, S. 27 – 31
- Epple, Dieter, Einfluß der Betreuungsverfügung auf das Verfahren, die Führung und Überwachung der Betreuung, BtPrax 1993, S. 156 – 160
- Erman, Walter, Bürgerliches Gesetzbuch: Handkommentar, Band II, Hrsg. Westermann, Harm Peter, 12. Auflage Köln 2008
- Esch, Heike, Der Patientenanwalt, Frankfurt am Main 2000
- Feil, Erich; Marent, Karl-Heinz, Familienrecht Kommentar, Stand 1.7.2007, Wien 2007
- Fenge, Anja, Selbstbestimmung im Alter, Tübingen 2002
- Fischer, Gottfried, Die mutmaßliche Einwilligung bei ärztlichen Eingriffen, Festschrift für Deutsch, Hans-Jürgen Ahrens ua (Hrsg.), Köln 1999, S. 545 - 559
- Flume, Werner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, 4. Auflage, Berlin 1992
- Frost, Andreas, Arztrechtliche Probleme des neuen Betreuungsrechtes, Eine Begutachtung der §§ 1901, 1904 und 1905 BGB unter besonderer Berücksichtigung der Einwilligung in ärztliche Maßnahmen, Tübingen 1994
- Frühau, Matthias, Zur Legitimation von Gewohnheitsrecht im Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung des Richterrechts, Berlin 2006

- Gagel, Alexander, SGB II / III – Grundsicherung und Arbeitsförderung – Kommentar, München, Stand: 01. Juli 2009
- Gehrlein, Markus, Wirksame Vertretung trotz Unkenntnis über die Person des Vertretenen, VersR 1995, S. 268 – 270
- Geiser, Thomas, Revision Erwachsenenschutz – wo stehen wir?, BtPrax 2007, S. 242 – 245
- Geiß, Karlmann; Greiner, Hans-Peter, Arzthaftpflichtrecht, 5. Auflage München 2006
- Gerlinger, Michael, Schiavo in Deutschland, Plädoyer für ein politisches Bewusstsein beim juristischen Umgang mit Sterbehilfe, in: Betrifft Justiz Nr. 82, 2005, S. 86 – 91
- Gessaphe, Karl August Prinz von Sachsen, Der Betreuer als gesetzlicher Vertreter für eingeschränkt Selbstbestimmungsfähige, Tübingen 1999
- Geyer, Peter, Das Verhältnis von Gesetzes- und Gewohnheitsrecht in den privatrechtlichen Kodifikationen, Göttingen 1998
- Giesen, Dieter, Zur Notwendigkeit, die Zustimmung beider sorgeberechtigter Elternteile einzuholen, wenn ein minderjähriges Kind ärztlich behandelt werden soll, JZ 1989, S. 95 - 96
- Giesen, Dieter, Arzthaftungsrecht: Die zivilrechtliche Haftung aus medizinischer Behandlung in der Bundesrepublik Deutschland, in Österreich und der Schweiz, 4. Auflage Tübingen 1995
- Giesen, Dieter; Hegermann, Philip, Die Stellvertretung, Jura 1991, S. 357 – 373
- Greuel, Heinrich-Walter; Probst, Martin; Raack, Wolfgang, Betreuungsvermeidung, Geschäftsführung ohne Auftrag, Gesetzliche Vertretungsbefugnis durch Angehörige, Vorsorgevollmachten, Betrifft: Betreuung 5, Recklinghausen 2003, S. 80 – 82
- Häfeli, Christoph, Vom Vormundschaftsrecht zum Kindes- und Erwachsenenschutz in der Schweiz, Die Totalrevision des Vormundschaftsrechts als letzte Etappe der Familienrechtsrevision, Soziale Arbeit 2006, S. 298 – 307
- Heidner, Hans-Hermann, Die Bedeutung der mutmasslichen Einwilligung als Rechtfertigungsgrund, insbesondere im Rahmen des ärztlichen Heileingriffs, Göttingen 1988
- Henn-Baier, Petra, Die rechtliche Betreuung im Spannungsfeld zwischen Hilfe und Bevormundung, Frankfurt am Main 2005
- Hepting, Reinhard, Erklärungswille, Vertrauensschutz und rechtsgeschäftliche Bindung, in: Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, Köln 1988, S. 209 – 234
- Hiersche, Hans-Dieter, Thesen zum Referat von Hans-Dieter Hiersche, Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Sitzungsberichte, M 26 – M 28, München 1986
- Hinkhofer, Barbara, Die gesetzliche Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger im Rahmen des Sachwalteränderungsgesetzes 2006, Innsbruck 2007

- Hoffmann, Birgit, Fehlt eine Vertretungsbefugnis im Familienrecht? BtPrax 2003, S. 94 – 96
- Höfling, Wolfram, Forum: „Sterbehilfe“ zwischen Selbstbestimmung und Integritätsschutz, JuS 2000, S. 111 - 118
- Höfling, Wolfram; Schäfer, Anne, Leben und Sterben in Richterhand? Ergebnisse einer bundesweiten Richterbefragung zu Patientenverfügung und Sterbehilfe, Tübingen 2006
- Jansen, Paul, FGG: Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit; Großkommentar, Band 1, Einleitung, §§ 1 – 34 FGG, Hans-Joachim von Schuckmann (Hrsg.), 3. Auflage Berlin 2006
- Jurgeleit, Jochen, Die Reform des Betreuungsrechts, BtPrax 2002, S. 197 – 204
- Jürgens, Andreas, Betreuungsrecht, Kommentar zum materiellen Betreuungsrecht, zum Verfahrensrecht und zum Vormünder- und Betreuungsvergütungsgesetz, 3. Auflage München 2005
- Karliczek, Ernst, Wille, Wohl und Wunsch des Betreuten und des Einwilligungsunfähigen in der Gesundheitsfürsorge, Regensburg 2001
- Keilbach, Heinz, Vorsorgeregulungen zur Wahrung der Selbstbestimmung bei Krankheit, im Alter und am Lebensende, FamRZ 2003, S. 969 – 982
- Kellner, Markus; Barth, Peter, Ausgewählte Rechtsfragen zur Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger nach dem SWRÄG 2006, Juristische Blätter 2007, S. 690 – 711 (zitiert: Kellner/Barth, JBl.)
- Kintzi, Heinrich, Ärztliche Indikation zum Töten? DRiZ 2002, S. 256 – 263
- Klein, Frederike, Die Betreuungsverfügung – Ein Instrument zur privatautonomen Ausgestaltung der gesetzlichen Betreuung, im Erscheinen
- Klie, Thomas, Gesetzliches Vertretungsrecht für Angehörige, BtPrax 2002, S. 91 – 96
- Knauf, Christian, Mutmaßliche Einwilligung und Stellvertretung bei ärztlichen Eingriffen an Einwilligungsunfähigen, Zugleich ein Beitrag zur Patientenverfügung, Baden-Baden 2005
- Knittel, Bernhard, Betreuungsgesetz: Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige; Kommentar, Loseblattsammlung, Starnberg-Percha, Stand März 2009
- Köhler, Wolfgang; Kossmann, Ralph, Handbuch der Wohnraummiete, 6. Auflage, München 2003
- Kohte, Wolfhard, Die rechtfertigende Einwilligung, AcP 185 (1985), S. 105 –161
- Köller, Regine; Sellin, Christine; Engels, Dietrich, Evaluation des Zweiten Betreuungsrechtsänderungsgesetzes (2. BtÄndG), im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz – Zwischenbericht 2007, Köln 2007
- Kollmer, Norbert, Selbstbestimmungsrecht im Betreuungsrecht, München 1992

- Krauβ, Dieter, Vermeidung einer Betreuung durch Erteilung einer Vollmacht, BWNNotZ 1999, S. 86 – 90
- Kuhlmann, Jens, Einwilligung in die Heilbehandlung alter Menschen, Frankfurt a. M. 1996
- Kunz, Melanie, Gesetzliche Vertretungsmacht von nahen Angehörigen für Volljährige, Frankfurt am Main 2006
- Kurcz, Claudia, Die Begrenzung der ärztlichen Aufklärung unter Einschränkung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten, Tübingen 2002
- Lachwitz, Klaus, Das neue Betreuungsrecht, Perspektiven für Menschen mit geistiger Behinderung, FuR 1990, S. 266 – 271
- Langenegger, Ernst, Betreuung und Vertretung alter Menschen in der Schweiz nach den Bestimmungen des Vorentwurfs Juni 2003 zur Änderung des Schweizer Zivilgesetzbuches zum Erwachsenenschutz, in: Hoffmann, Peter; Pilgram, Arno (Hrsg.) Autonomie im Alter, Stellvertretung und Schutzrechte. Ein internationaler Vergleich, Wien 2004
- Langenfeld, Andrea, Vorsorgevollmacht, Betreuungsverfügung und Patiententestament nach dem neuen Betreuungsrecht, Konstanz 1994
- Langenfeld, Gerrit, Anmerkung zum Urteil vom LG Hamburg vom 12.07.1999, DNotZ 2000, S. 222 – 225
- Langenfeld, Gerrit, Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung: Weniger Freiheit, mehr Rechtssicherheit, ZEV 2003, S. 449 - 452
- Langkeit, Jochen, Umfang und Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht gem. § 203 I Nr. 1 StGB, NStZ 1994, S. 6 – 9
- Larenz, Karl; Wolf, Manfred, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage München 2004
- Laufs, Adolf, Selbstverantwortetes Sterben? NJW 1996, S. 763 – 764
- Laufs, Adolf; Katzenmeier, Christian; Lipp, Volker, Arztrecht, NJW Praxis Band 29, 6. Auflage München 2009
- Laufs, Adolf; Uhlenbruck, Wilhelm, Hrsg. Laufs, Adolf, Handbuch des Arztrechts, 3. Auflage München 2002
- Lilie, Hans, Strafrechtliche Gesichtspunkte, in: Albrecht Wienke, Hans-Dieter Lippert (Hrsg.), Der Wille des Menschen zwischen Leben und Sterben - Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht, Berlin 2001, S. 75 – 86
- Lipp, Volker, Freiheit und Fürsorge: Der Mensch als Rechtsperson, Tübingen 2000
- Lipp, Volker, Die Entscheidung des BGH zur „Sterbehilfe“, BtPrax 2004, S. 18 – 20
- Lipp, Volker, „Sterbehilfe“ und Patientenverfügung, FamRZ 2004, S. 317 – 234
- Lipp, Volker, Patientenautonomie und Lebensschutz – Zur Diskussion um eine gesetzliche Regelung der „Sterbehilfe“, Göttingen 2005

- Lipp, Volker, Rechtsfürsorge im Sozialstaat aus betreuungsrechtlicher Perspektive, *Betrifft: Betreuung 8, Rechtsfürsorge im Sozialstaat, Was ist Aufgabe der Betreuung?* Bochum 2005, S. 15 – 28
- Lipp, Volker, Die Betreuungsverfügung als Instrument privater Vorsorge, in: *Nichtalltägliche Fragen aus dem Alltag des Betreuungsrechts, Festschrift für Werner Bienwald, Susanne Sonnenfeld (Hrsg.)*, Bielefeld 2006, S. 177 – 193
- Lipp, Volker, (Hrsg.), *Handbuch der Vorsorgeverfügungen. Vorsorgevollmacht, Patientenverfügung, Betreuungsverfügung*, München 2009
- Lipp, Volker, Die Zwangsbehandlung eines Betreuten nach der aktuellen Rechtsprechung, *BtPrax* 2009, S. 53 – 55
- Lipp, Volker; Klein, Frederike, Patientenautonomie und Sterbehilfe – Stand der aktuellen Debatte, *FPR* 2007, S. 56 – 59
- Litzenburger, Wolfgang, Vorsorgevollmacht ohne Auftrag? *NotBZ* 2007, S. 1 – 10
- Lüke, Gerhard, Grundsätzliche Veränderungen im Familienrecht durch das 1. EheRG, *AcP* 178 (1978), S. 1 – 33
- Majunke, Philipp, *Anästhesie und Strafrecht*, Stuttgart 1988
- Maunz, Theodor; Dürig, Günter, *Grundgesetz Kommentar*, Band I, GG-Text – Art. 5 GG, Stand Dezember 2007, München
- Band II, Art. 6 – 16a, Stand November 2006, München 2006
- May, Arnd, *Autonomie und Fremdbestimmung bei medizinischen Entscheidungen für Nichteinwilligungsfähige*, 2. Auflage Münster 2002
- Mayer, Karl-Georg, *Medizinische Maßnahmen an Betreuten - §§ 1904, 1905 BGB – Eine Untersuchung aus zivilrechtlicher Sicht*, Würzburg 1995
- Medicus, Dieter, *Bürgerliches Recht*, 21. Auflage Köln 2007
- Meyer-Ladewig, Jens, *Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, 2. Auflage München 2006
- Meyer-Ladewig, Jens; Keller, Wolfgang; Leitherer, Stefan, *Sozialgerichtsgesetz Kommentar*, 8. Auflage München 2005 (zitiert: Bearbeiter in: Meyer-Ladewig, SGG⁸)
- Meyer-Ladewig, Jens; Keller, Wolfgang; Leitherer, Stefan, *Sozialgerichtsgesetz Kommentar*, 9. Auflage München 2008 (zitiert: Bearbeiter in: Meyer-Ladewig, SGG⁹)
- Milzer, Lutz, Delegierte Patientenautonomie – Wahrnehmung von Patientenrechten durch Vorsorgebevollmächtigte, *FPR* 2007, S. 69 – 73
- Müller, Gabriele, Auswirkungen des Betreuungsrechtsänderungsgesetz (BtÄndG) auf die Vorsorgevollmacht in Angelegenheiten der Personensorge, *DNotZ* 1999, S. 107 – 122
- Müller, Gabriele, *Betreuungsvermeidung durch (Vorsorge-) Vollmachtserteilung der Eltern für ihr minderjähriges, geistig behindertes Kind*, in: *Festschrift für Werner Bienwald, Nichtalltägliche Fragen aus dem Alltag des Betreuungsrechts, Susanne Sonnenfeld (Hrsg.)*, Bielefeld 2006, S. 203 - 213

- Müller, Gabriele; Renner, Thomas, *Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis*, 2. Auflage, Münster 2008
- Müller, Klaus, *Gesetzliche Vertretung ohne Vertretungsmacht*, AcP 168 (1968), S. 113 – 149
- Müller-Freienfels, Wolfram, *Privatvorsorge und Staatsfürsorge im Altenrecht*, in: Festschrift für Max Keller, Peter Forstmoser (Hrsg.), Zürich 1989, S. 35 - 70
- Müller-Freienfels, Wolfram, *Zur heutigen „Schlüsselgewalt“*, Festschrift für Lehmann, Band 1, S. 388 - 418
- Münch, Ingo; Kunig, Philip, *Grundgesetz-Kommentar*, Band 1, Präambel bis Art. 19 GG, 5. Auflage München 2000
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Kurt Rebmann, Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker (Hrsg.),
Band 1 Allgemeiner Teil, 1. Halbband: §§ 1 – 240, ProstG, 5. Auflage München 2006
Band 4 Schuldrecht Besonderer Teil II §§ 611 - 704, EFZG, TzBfG, KSchG, 5. Auflage München 2009
Band 7 Familienrecht I §§ 1297 – 1588, VAHRG, VAÜG, HausratsV, 4. Auflage München 2000
Band 8 Familienrecht II, §§ 1589 – 1921, SGB VII, 5. Auflage München 2008 (zitiert: Bearbeiter in: MünchKommBGB)
- Nagel, Michael Benedikt, *Die ärztliche Behandlung Neugeborener*, Frankfurt am Main 2006
- Neuhausen, Matthias, *Rechtsgeschäfte mit Betreuten*, RNotZ 2003, S. 157 - 182
- Neyen, Werner, *Die Einwilligungsfähigkeit im Strafrecht*, Trier 1991
- Niedersächsisches Justizministerium, *Vorsorgevollmacht für Unfall, Krankheit und Alter*, 7. Auflage Hannover Mai 2009
- Ohly, Ansgar, „Volenti non fit iniuria“ *Die Einwilligung im Privatrecht*, Tübingen 2002
- Pahlke, Armin; Koenig, Ulrich, *Abgabenordnung*, §§ 1 bis 368, 2. Auflage München 2009
- Paino-Staber, Angela, *Gesetzliche Stellvertretung naher Angehöriger im Bereich der Gesundheitsvorsorge*, Leipzig 2007
- Palandt, Otto, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 68. Auflage München 2009
- Pauly, Holger; Legleitner, Helmut, *Die fehlende Unterschrift des Ehegatten – LG Mannheim – Urt. v. 24.2.1993 – 4 S 112/92*, Jura 1995, S. 193 – 198
- Pawlowski, Hans-Martin, *Anscheinsvollmachten der Erziehungsberechtigten?* MDR 1989, S. 775 – 778
- Pawlowski, Hans-Martin, *Die gewillkürte Stellvertretung*, JZ 1996, S. 125 – 132
- Pawlowski, Hans-Martin, *Allgemeiner Teil des BGB*, 7. Auflage Heidelberg 2003

- Pawlowski, Hans-Martin, Patientenverfügung, Vorsorgevollmacht und Betreuungsverfügung zur rechtlichen Vorsorge für das Alter, in: Festschrift für Werner Bienwald, Nicht alltägliche Fragen aus dem Alltag des Betreuungsrechts, Susanne Sonnenfeld (Hrsg.), Bielefeld 2006, S. 215 - 225
- Perau, Guido, „Betreuungsverfügung und Vorsorgevollmacht“ MittRhNotK 1996, S. 285 – 301
- Peter, Jürgen, Schlüsselgewalt bei Arzt- und Krankenhausverträgen – Ein Beitrag zum Anwendungsbereich des § 1357 BGB im Arztrecht, NJW 1993, S. 1949 – 1954
- Posselt-Wenzel, Helly, Medizinische Eingriffe bei geistig behinderten Menschen, Frankfurt am Main 2004
- Probst, Martin; Knittel, Bernhard, Gesetzliche Vertretung durch Angehörige – Alternative zur Betreuung? ZRP 2001, S. 55 – 60
- Renner, Thomas, Der Widerruf von Vorsorgevollmachten, ZNotP 2004, S. 388 – 396
- RGRK, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, herausgegeben von den Mitgliedern des Bundesgerichtshofs,
Band II, 4. Teil, §§ 631 – 811, 12. Auflage Berlin 1978
Band II, 5. Teil, §§ 812 – 831, 12. Auflage, Berlin 1989
- Röver, Julia, Einflussmöglichkeiten des Patienten im Vorfeld einer medizinischen Behandlung, Frankfurt am Main 1997
- Roxin, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage München 2006
- Sahm, Stephan; Will, Regina, Angehörige als „natürliche“ Stellvertreter, Ethik in der Medizin 2005, S. 7 – 20
- Schäfer, Christof, Welche Rolle spielen Angehörige bei der medizinischen Entscheidungsfindung in der Onkologie? In: Familie versus Patientenautonomie, Zur Rolle der Familie bei der Behandlungsentscheidung, Sonja Rothärmel; Kurt W. Schmidt; Gabriele Wolfslast (Hrsg.), Frankfurt am Main 2006, S. 31 - 46
- Schauer, Martin, Vorsorgevollmacht und gesetzliche Angehörigenvertretung nach dem SWRÄG 2006, FamZ 2006, S. 148 – 153
- Schnyder, Bernhard, Auf dem Weg zu einem umfassenden schweizerischen Erwachsenenschutzrecht, FamRZ 2006, S. 1569 – 1577
- Schönke, Adolf; Schröder, Horst, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Auflage München 2006
- Schwab, Dieter, Probleme des materiellen Betreuungsrechts, FamRZ 1992, S. 493 - 507
- Schwab, Dieter, Familiäre Solidarität, FamRZ 1997, S. 521 – 528
- Schwab, Dieter, Stellvertretung bei der Einwilligung in die medizinische Behandlung – Ein Aufriss der Probleme – in: Festschrift für Dieter Henrich, Peter Gottwald (Hrsg.), Bielefeld 2000, S. 511 – 531

- Schwab, Dieter, Familie und Staat, FamRZ 2007, S. 1 – 7
- Schwab, Dieter, Familienrecht, 17. Auflage, München 2009
- Schwarz, Andrea, Praxishandbuch Vertretungsrecht, Angehörigenvertretung bis Sachwalterschaft, Wien 2008
- Schwimmann, Michael (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar, 3. Auflage Ergänzungsband und Gesamtstichwortverzeichnis für alle 7 Bände, Wien 2007
- Seitz, Walter, Mutmassungen zum mutmasslichen Willen – Der beste Wille ist der feste Wille, in: Festschrift für Werner Bienwald, Nichtalltägliche Fragen aus dem Alltag des Betreuungsrechts, Susanne Sonnenfeld (Hrsg.), Bielefeld 2006, S. 305 – 318
- Seitz, Walter, Wohl und Wille als Handlungsnormen im Betreuungsrecht, BtPrax 2005, S. 170 – 174
- Sellin, Christine, Engels, Dietrich, Qualität, Aufgabenverteilung und Verfahrensaufwand bei rechtlicher Betreuung, Untersuchung im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz, Köln 2003
- Simon, Alfred; Meran, Johannes G.; Fangerau, Heiner, Patientenverfügungen als Instrument der Patientenselbstbestimmung, Der Hautarzt 2004, S. 721 – 726
- Soergel, Hans-Theodor (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Kommentar,
Band 7 Familienrecht I, §§ 1297 – 1588, 12. Auflage Stuttgart 1989
Band 12 Schuldrecht 10, §§ 823 – 853, ProdHG, UmweltHG, 13. Auflage Stuttgart 2005 (zitiert: Bearbeiter in Soergel)
- Soergel, Hans-Theodor (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Kommentar, Band 20 Familienrecht 4, §§ 1741 – 1921, 13. Auflage Stuttgart 2000
- Sommer, Anne, Die ärztliche Schweigepflicht, VersMed 1998, S. 1 – 2
- Spanl, Reinhold, Zur Formbedürftigkeit einer Vorsorgevollmacht, Rpfleger 2006, S. 455 – 458
- Spickhoff, Andreas, Die Patientenautonomie am Lebensende: Ende der Patientenautonomie? – Zur Feststellbarkeit und Durchsetzbarkeit des realen oder hypothetischen Willens des Patienten, NJW 2000, S. 2297 – 2304
- Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Bevölkerung Deutschlands bis 2050, 11. koordinierte Bevölkerungsvorausberechnung, Wiesbaden 2006
- Staudinger, J. von (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
Buch 1 Allgemeiner Teil 3 und Beurkundungsverfahren, §§ 90 – 133, §§ 1 – 54, 63 BeurkG, Neubearbeitung, Berlin 2004
Buch 1 Allgemeiner Teil 5, §§ 164 – 240, Neubearbeitung, Berlin 2004
Buch 2 Schuldrecht, §§ 657 – 704, Neubearbeitung, Berlin 2006
Buch 4 Familienrecht, §§ 1616 – 1625, Neubearbeitung, Berlin 2007

- Buch 4 Familienrecht, §§ 1896 - 1921, Neubearbeitung, Berlin 2006 (zitiert: Bearbeiter in: Staudinger)
- Sternel, Friedemann, Mietrecht aktuell, 4. Auflage Köln 2009
- Stolz, Konrad, Anmerkungen zum geplanten Vertretungsrecht naher Angehöriger in Gesundheitsangelegenheiten, BtPrax 2003, S. 20 – 21
- Strätling, Meinolfus; Scharf, Volker Edwin; Eisenbart, Bettina, Stellvertreterentscheidungen in Gesundheitsfragen unter epidemiologisch-demographischen Gesichtspunkten: Wie realistisch sind die Vorgaben des deutschen Betreuungsrechts? Zur medizinrechtlichen Problematik der Behandlung nicht einwilligungsfähiger Patienten, MedR 2000, S. 251 – 256
- Strätling, M.; Lipp, V.; May, A. T.; Kutzer, K.; Glogner, P.; Schlaudraff, U.; Neuman, G.; Simon, A., 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. , Juni 2003, online veröffentlicht, abrufbar unter http://www.user.gwdg.de/~ukee/ps_2003.pdf (zitiert: Strätling/Lipp ua, AG AEM, S.)
- Strätling, Meinolfus; Sedemund-Adib, Beate; Scharf, Volker Edwin; Schmucker, Peter, Gesetzliche Wirksamkeitsvoraussetzungen von Patientenverfügungen – Schwächung der Selbstbestimmung des Betroffenen? ZRP 2003, S. 289 – 291
- Strätling, Meinolfus; Strätling-Tölle, Helga; Scharf, Volker Edwin; Schmucker, Peter, „Automatische“ gesetzliche Stellvertretung nicht entscheidungsfähiger Patienten durch „nahe Angehörige“, MedR 2003, S. 372 – 379
- Taupitz, Jochen, Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens? Gutachten A zum 63. Deutschen Juristentag Leipzig 2000, München 2000
- Trück, Thomas, Mutmaßliche Einwilligung und passive Sterbehilfe durch den Arzt, Tübingen 2000
- Uhlenbruck, Wilhelm, Patiententestament, Betreuungsverfügung und Vorsorgevollmacht: zur Selbstbestimmung im Vorfeld des Todes, 3. Auflage, Dortmund 1998
- Uhlenbruck, Wilhelm, Selbstbestimmtes Sterben: durch Patienten-Testament, Betreuungsverfügung, Vorsorgevollmacht, Berlin 1997
- Vollmann, Jochen, Patientenselbstbestimmung und Selbstbestimmungsfähigkeit, Beiträge zur Klinischen Ethik, Stuttgart 2008
- Vollmert, Daniel, Richter über Leben und Tod? Die Rolle des Richters bei der Realisierung von Patientenautonomie am Lebensende, Hamburg 2005
- Vormundschaftsbehörde, kantonale, Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden als Fachbehörde (Analyse und Modellvorschläge), ZVW 2008, S. 63 – 128 (zitiert: VBK, ZWV)

- Vormundschaftsgerichtstag e. V. (Hrsg.), 4. Vormundschaftsgerichtstag vom 12. bis 15. Oktober 1994 in Friedrichroda: Materialien und Ergebnisse, Köln 1995 (zitiert: VGT, Materialien und Ergebnisse)
- Vormundschaftsgerichtstag, Arbeitsgruppe 11 „Ist es sinnvoll, eine gesetzliche Vertretungsbefugnis für Angehörige einzuführen?“, Ergebnisse, Referenten: Bernhard Knittel, Martin Probst, Peter Winterstein, Betrifft: Betreuung 3, Recklinghausen 2001, S. 53 – 54
- Vossler, Norbert, Bindungswirkung von Patientenverfügungen? – Gesetzgeberischer Handlungsbedarf? ZRP 2002, S. 295 – 298
- Vossler, Norbert, Gesetzliche Vertretungsmacht für Angehörige – eine Alternative zur Betreuung?, BtPrax 2003, S. 6 – 11
- Walter, Ute, Die Vorsorgevollmacht, Bielefeld 1997
- Walter, Ute, Vorsorgevollmacht und Überwachungsbetreuung, ZEV 2000, S. 353 – 356
- Wasner, Maria, Psychosoziale Begleitung in der Palliativmedizin – am Beispiel der Rolle der Angehörigen bei Behandlungsentscheidungen, in: Familie versus Patientenautonomie – Zur Rolle der Familie bei Behandlungsentscheidungen, Sonja Rothärmel; Kurt W. Schmidt; Gabriele Wolfslast (Hrsg.), Frankfurt 2006, S. 99 – 110
- Welzel, Hans, Das deutsche Strafrecht: Eine systematische Darstellung, 11. Auflage Berlin 1969
- Wesche, Otto, Gedanken zum Umgang mit dem neuen Betreuungsrecht, RPfl 1993, S. 227 - 230
- Westermann, Harry, Die Grundlagen des Gutgläubenschutzes, JuS 1963, S. 1 – 8
- Wiebach, Konrad; Kreyßik, Michael; Peters, Heidi; Wächter, Claus; Winterstein, Peter, Was ist „gefährlich“? – Ärztliche und juristische Aspekte bei der Anwendung des § 1904 BGB, BtPrax 1997, S. 48 - 53
- Winterstein, Peter; Thar, Jürgen, Gesetzliche Vertretungsberechtigung für Angehörige – Erweiterung oder Bevormundung? Betrifft: Betreuung 4, Recklinghausen 2002, S. 95 – 101
- Wulffen, Matthias, Zehntes Buch Sozialgesetzbuch, Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz- (SGB X) – Kommentar, München 2008
- Wurzel, Bettina, Vorsorgevollmachten bei affektiven Störungen, insbesondere bei der manischen Auslenkung, BtPrax 2005, S. 87 – 88
- Zech, Eva, Gewebebanken für Therapie und Forschung: Rechtliche Grundlagen und Grenzen, Göttingen, 2007
- Zimmermann, Walter, Vorsorgevollmacht, Betreuungsverfügung, Patientenverfügung: für die Beratungspraxis, Berlin 2007
- Zimmermann, Walter, Die Vorsorgevollmacht im Bankgeschäft, BKR 2007, S. 226 – 232

Zitelmann, Ernst, Ausschluß der Widerrechtlichkeit, AcP 99 (1906), S. 1 – 130

Lebenslauf

Ich wurde am 26. April 1978 als Tochter des Dr. iur. Klaus Burchardt und Bettina Burchardt, geb. Drähne, in Bonn geboren.

In der Zeit von 1988 bis 1997 besuchte ich das Wilhelmsgymnasium zu Kassel und legte dort mein Abitur ab.

Von 1997 bis 1999 absolvierte ich eine Ausbildung zur Bankkauffrau bei der Dresdner Bank in Kassel.

Zum Wintersemester 1999/2000 nahm ich das rechtswissenschaftliche Studium an der Georg August Universität zu Göttingen auf. Die Erste Juristische Staatsprüfung legte ich am 27. Mai 2004 ab.

Am 01. September 2004 begann ich meinen Vorbereitungsdienst im Oberlandesgerichtsbezirk Braunschweig. Meine Zweite Juristische Staatsprüfung legte ich am 13. September 2006 ab.

Nach einer kurzen Tätigkeit in einer Rechtsanwaltskanzlei in Kassel arbeitete ich vom 01.03.2007 bis 31.05.2009 als wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl

Prof. Dr. Volker Lipp. Die Schwerpunkte der Tätigkeit lagen im Medizin- und Familienrecht. Hier entstand auch die vorliegende Dissertation.

Am 09.02.2009 nahm ich darüber hinaus meine Arbeit als Justiziarin in der Polizeidirektion Göttingen auf. Zum 01.06.2009 wurde ich als Beamtin auf Probe eingestellt und vom Niedersächsischen Ministerium für Inneres und Sport zur Regierungsrätin ernannt. Derzeit bin ich am Ministerium in Hannover im Referat für Wahlen und Glücksspiel tätig.

Göttingen, im Juli 2010

Monika Burchardt

Die moderne Medizin bringt es mit sich, dass Entscheidungen zur ärztlichen Behandlung sehr weit reichende Folgen für das Leben eines Patienten haben können. Die Patientenautonomie gebietet es daher, dass der Patient in solche ärztlichen Behandlungsentscheidungen einwilligt. Wenn ein volljähriger Mensch wegen Krankheit oder Behinderung nicht über sich selbst bestimmen kann, werden Entscheidungen durch einen rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen Vertreter getroffen. Oftmals sind dies die Angehörigen. Diese werden aber auch häufig zum mutmaßlichen Patientenwillen befragt, wenn sie nicht zum Vertreter bestellt sind oder im Notfall der Vertreter nicht befragt werden kann. In solchen Fällen entscheiden die Ärzte über das Ob und Wie der Behandlung. Diese Arbeit untersucht, ob das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen die künftige Etablierung einer generellen Vertretungsbefugnis von Familienangehörigen gebietet und auf welcher rechtlichen Grundlage dies geschehen könnte. Die detaillierte medizinrechtliche Analyse schließt mit einem Gesetzesvorschlag.