




**Institut für Privat- und Prozessrecht
der Georg-August-Universität Göttingen**
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht,
Medizinrecht und Rechtsvergleichung
Professor Dr. Dr. h.c. Volker Lipp



Georg-August-Universität, Juristische Fakultät
Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen

 (0551) 39-7380
 (0551) 39-12325
 lehrstuhl.lipp@jura.uni-goettingen.de

28. Februar 2017

Stellungnahme

zum Gesetzentwurf des Bundesrates

Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Beistandsmöglichkeiten unter Ehegatten und
Lebenspartner in Angelegenheiten der Gesundheitspflege und in Fürsorgeangelegenheiten

BT-Drucks. 18/10485

und

zum Änderungsantrag der Fraktionen CDU, CSU und SPD

Ausschuss-Drucks. 18(6)308

für die öffentliche Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages

am 8. März 2017

I. Zur Einführung einer gesetzlichen Vertretungsmacht für Ehegatten und Lebenspartner

1. Der Gesetzentwurf des Bundesrates

Der Entwurf will Ehegatten und eingetragenen Lebenspartnern die Befugnis einräumen, ihren Ehegatten bzw. Lebenspartner zu vertreten, wenn dieser selbst keine Vorsorge mittels einer Vorsorgevollmacht getroffen hat, kein Betreuer für ihn bestellt ist und nun infolge einer Krankheit oder eines Unfalls nicht mehr in der Lage ist, seine rechtlichen Angelegenheiten zu besorgen oder in medizinische Maßnahmen einzuwilligen.

Dafür soll mit § 1358 BGB-Bundesratsentwurf eine gesetzliche Vermutung für die Bevollmächtigung des Ehegatten/Lebenspartners eingeführt werden, der mit dem Betroffenen zusammenlebt. Sie soll umfassen:

- die Entscheidung über ärztliche Maßnahmen (Abs. 1 Nr. 1) einschließlich der Entscheidung über Risikomaßnahmen und über lebenserhaltende Maßnahmen (Abs. 4 i.V.m. § 1904 BGB) sowie der Auskunft durch Ärzte und der Einsicht in die Krankenunterlagen (Abs. 2),
- freiheitsentziehende Maßnahmen mit Ausnahme der Unterbringung (Abs. 1 Nr. 3),
- Verträge über die Behandlung, Versorgung, Pflege und Rehabilitation (Abs. 1 Nr. 2) sowie die darauf bezogenen Ansprüche auf Sozial-, Versicherungs- und Beihilfeleistungen (Abs. 1 Nr. 4),
- die Befugnis zur Entgegennahme und Öffnen der Post (Abs. 1 Nr. 5).

Der Vertreter kann die Vertretungsmacht nur ausüben, wenn er erklärt, dass deren Voraussetzungen vorliegen und er ein ärztliches Zeugnis über die Unfähigkeit des Betroffenen vorlegt, seine Angelegenheiten zu besorgen. Ein ärztliches Zeugnis ist nicht erforderlich bei einer Entscheidung über ärztliche Maßnahmen (Abs. 3).

Die Pflichten des vertretungsberechtigten Ehegatten/Lebenspartners sollen dem eines Vorsorgebevollmächtigten entsprechen. Wie dieser unterliegt er auch der präventiven Kontrolle durch das Betreuungsgericht nach Maßgabe des § 1904 BGB (Abs. 4).

Dementsprechend muss der Ehegatte/Lebenspartner im Betreuungs- und Unterbringungsverfahren stets beteiligt werden, §§ 274 Abs. 1 Nr. 3, 325 Abs. 4 S. 2 FamFG-Bundesratsentwurf.

Mit der vermuteten Vollmacht für Ehegatten/Lebenspartner will der Entwurf den Erwartungen in der Bevölkerung Rechnung tragen, das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen wahren und die Bestellung eines Betreuers als staatlichen Eingriff vermeiden.

2. Der Änderungsantrag

Der Änderungsantrag enthält folgende wesentliche Änderungen:

- Die Vertretungsmacht des Ehegatten/Lebenspartners nach § 1358 BGB-Änderungsantrag beruht nicht auf einer vermuteten Vollmacht, sondern in Anlehnung an § 1357 BGB auf dem Gedanken eines gesetzlichen Notvertretungsrechts bzw. einer gesetzlichen Ermächtigung zur Gesundheitspflege.
- Die Vertretungsmacht beschränkt sich auf die Gesundheitspflege (Abs. 1) einschließlich der Auskunft durch Ärzte und der Einsicht in die Krankenunterlagen (Abs. 2).
- Sie erstreckt sich wie im Gesetzentwurf des Bundesrats auf alle ärztlichen Maßnahmen und damit auch auf Risikomaßnahmen und lebenserhaltende Maßnahmen, unterliegt aber im Gegensatz zum Bundesratsentwurf auch in den Fällen des § 1904 BGB nicht der gerichtlichen Genehmigung.
- Die zwingende Beteiligung des Ehegatten/Lebenspartners beschränkt sich auf das Betreuungsverfahren und dort auf Gesundheitsangelegenheiten, § 274 Abs. 1 Nr. 3 FamFG-Änderungsentwurf.

3. Notwendigkeit einer Vertretungsmacht für Ehegatten/Lebenspartner

Die Diskussion um eine gesetzliche Vertretungsmacht für Angehörige hat eine längere Geschichte. Verglichen mit den früheren Entwürfen, die die Angehörigen im Ergebnis kraft Gesetzes in einem weiten Umfang zu einem „kleinen Betreuer“ gemacht hätten, jedoch ohne gerichtliche Kontrolle und mit erheblichem Mißbrauchspotential, stellen die vorliegenden Entwürfe einen signifikanten Fortschritt dar.

Im Ausgangspunkt besteht Einigkeit: Beide Entwürfe wollen die Vorsorgevollmacht als Vorsorgeinstrument weder ablösen noch in ihrer Bedeutung einschränken. Eine gewisse Gefahr in diese Richtung besteht jedoch beim Bundesratsentwurf, denn er beschränkt sich nicht auf eine Notfallvertretung, sondern versucht, auch alle Vermögensangelegenheiten und die Postangelegenheiten zu erfassen, die typischerweise mit einer plötzlichen Krankenhausaufnahme verbunden sind. Das kann in der Bevölkerung leicht zu der – unzutreffenden – Vorstellung führen, dass eine eigene Vorsorge durch eine Vorsorgevollmacht nicht (mehr) nötig sei.

Einigkeit besteht auch in der anderen Richtung: Ist keine Vorsorgevollmacht erteilt worden, werden beide Entwürfe die Bestellung eines Betreuers weder mittelfristig noch langfristig entbehrlich machen. Das ist vom Notvertretungsrecht des Änderungsentwurfs auch nicht beabsichtigt. Doch auch der Bundesratsentwurf deckt nicht alle Angelegenheiten ab, die bei einer längeren Vertretungsnotwendigkeit typischerweise zu regeln sind. Es geht also lediglich um die Fälle, in denen eine kurzfristige bzw. Überbrückungsregelung ausreicht. Mit anderen Worten: Es geht um die Fälle, in denen Ärzte bislang auf Grundlage der Geschäftsführung ohne Auftrag (im Vermögensbereich) bzw. der mutmaßlichen Einwilligung (bei ärztlichen Eingriffen) im Interesse des Betroffenen tätig geworden sind. Die betreuungsvermeidende Wirkung hält sich daher sehr in Grenzen. Die Ehegatten- bzw. Lebenspartnervertretung vermeidet zudem nur die Betreuung durch eben diese Angehörige. Beruflich geführte Betreuungen lassen sich damit sowieso nicht vermeiden.

Die Einführung einer Vertretungsmacht für Ehegatten und Lebenspartner kann nach alledem nur mit zwei Gesichtspunkten begründet werden: Zum einen ist in der Bevölkerung die Vorstellung verbreitet, dass in Notfällen der Ehegatte/Lebenspartner für einen sprechen könne, wenn man selbst dazu nicht mehr in der Lage ist. Zum anderen legt die existierende Notfallordnung, bestehend aus GoA und mutmaßlicher Einwilligung, die Entscheidung über die ärztliche Behandlung in die Hände des Arztes. Dieser braucht die Ehegatten/Lebenspartner lediglich nach seinem Ermessen als Auskunftspersonen für den mutmaßlichen Willen heranziehen, obwohl der Ehegatte/Lebenspartner nach § 1897 BGB vorrangig zum Betreuer bestellt werden muss, weil er – das liegt dem Gesetz zugrunde – den Willen des Betroffenen in der Regel am besten kennt. Dies wird weder den Erwartungen der Bevölkerung über die Rolle des Ehepartner/Lebenspartners noch dem Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen gerecht.

Im Vermögensbereich ist das jedoch anders. Hier kann der Ehegatte/Lebenspartner die Interessen des Betroffenen auf der Grundlage der GoA selbst wahrnehmen.

Die Notwendigkeit einer derartigen Vertretungsmacht besteht danach für Gesundheitsangelegenheiten und dort für Eilfälle, die bislang mit Hilfe der mutmaßlichen Einwilligung bewältigt worden sind. Dementsprechend ist der Änderungsvorschlag vorzugswürdig.

Da gesetzliche Vertretung stets auch die Befugnis zur Fremdbestimmung einschließt, ist eine Bezeichnung als „gesetzliche Vertretungsmacht/-befugnis“ oder als „gesetzliches Vertretungsrecht“ unzutreffend. Vorzugswürdig ist demgegenüber die neutrale Bezeichnung des Bundesrats- wie des Änderungsentwurfs als „Beistand durch Ehegatten“.

4. Konzeption

Der Änderungsvorschlag lehnt das Konzept einer vermuteten Vollmacht ab und setzt stattdessen auf den Gedanken eines gesetzlichen Notvertretungsrechts bzw. einer gesetzlichen Ermächtigung zur Gesundheitsorge in Anlehnung an § 1357 BGB.

Dass dieses juristische Konstrukt dem Bürger leichter verständlich ist als eine Vollmachtsvermutung, erscheint mir zweifelhaft, mag aber letztlich dahinstehen. Entscheidend sollte sein, ob sich der gewählte Ansatz durchhalten lässt und zu angemessenen Ergebnissen führt. Diese Frage muss man aus den folgenden Gründen verneinen:

Der Änderungsentwurf beschränkt sich darauf, die Vertretungsmacht des Vertreters im Verhältnis zu Dritten zu regeln. Eine Regelung des Innenverhältnisses zwischen Vertreter und Betroffenen fehlt völlig. Damit ist insbesondere ungeklärt, welche Leitlinie für den Vertreter bei der Wahrnehmung seiner Befugnisse gelten soll. Die Herleitung der Vertretungsbefugnis aus der Parallele zur „Schlüsselgewalt“ des § 1357 BGB hilft hier nicht weiter. Dort geht es um die Frage, ob der Ehegatte/Lebenspartner durch ein eigennütziges Geschäft mit verpflichtet wird. Das gibt nichts dafür her, wie die fremdnützige Vertretungsmacht nach § 1358 BGB-Änderungsentwurf für den anderen Ehegatten in dessen Angelegenheiten auszuüben ist.

Für eine Vertretungsmacht, die letztlich auf dem vermuteten Willen des Betroffenen beruht, dass der Ehegatte/Lebenspartner für ihn tätig wird, ist die Bindung an den Willen des Betroffenen unabdingbar sowohl zum Schutz des Betroffenen als auch für die Akzeptanz des neuen Instituts in der Bevölkerung. Der Änderungsentwurf beschränkt sich darauf, diese Bindung für das Ob der Vertretung zu regeln. Die zentrale Frage der Ausübung dieser Befugnis lässt er dagegen offen. Er räumt damit dem Vertreter eine inhaltlich ungebundene Vertretungsmacht ein.

Die im Änderungsentwurf vorgeschlagene Vertretungsmacht für Angehörige dient deshalb nicht dem Willen des Betroffenen, sondern führt zu seiner unkontrollierten Fremdbestimmung.

Rechtliche Grundlage für eine solche Vertretungsmacht muss nach alldem eine gesetzlich vermutete Beauftragung und Bevollmächtigung des Ehegatten/Lebenspartners sein. § 1358 Abs. 1 S. 1 BGB-Änderungsentwurf ist daher wie folgt zu ändern:

(1) Jeder Ehegatte ***gilt als bevollmächtigt, ...***

5. Ausgestaltung

Folgt man dem hier unterbreiteten Vorschlag, ergibt sich zwangsläufig, dass für die vermutete Gesundheitsvollmacht dasselbe gilt wie für die ausdrückliche Gesundheitsvollmacht. Er ist zum einen an den erklärten oder mutmaßlichen Willen des Betroffenen gebunden (§ 1901a BGB) und muss diesen Willen gemäß § 1901b BGB feststellen. Zum anderen muss er in den in § 1904 BGB geregelten Fällen die Genehmigung des Betreuungsgerichts einholen. Es ist sinnvoll, dies im Gesetz nach dem Vorbild von § 1358 Abs. 4 BGB-Bundesratsentwurf klarzustellen.

Bleibt man bei dem Konzept einer gesetzlichen Notvertretungsmacht als weitere Form einer Vertretungsmacht zwischen Vorsorgevollmacht und Betreuung, gilt dies umso mehr. Denn dann enthält das Gesetz keine Bindung des Vertreters an den Patientenwillen und sieht auch keine gerichtliche Kontrolle in gravierenden (Konflikt-) Fällen vor (oben 4.). Für eine Abweichung von der Regelung, die für alle Patientenvertreter gilt, besteht auch kein Anlass. § 1358 BGB BGB-Änderungsentwurf ist daher auf jeden Fall um einen Absatz 3 wie folgt zu ergänzen:

(3) Die §§ 1901a und 1901b sowie § 1904 Absatz 1 bis 4 gelten entsprechend. Übernimmt der Ehegatte die Besorgung der Angelegenheiten nach Absatz 1, so findet im Übrigen auf das Verhältnis der Ehegatten, soweit diese nichts anderes vereinbart haben, das Recht des Auftrags Anwendung.

Der Änderungsentwurf knüpft die Vertretungsmacht zu Recht nur an das Bestehen der Ehe bzw. Lebenspartnerschaft und verlangt keine besonderen Erklärungen oder Nachweise. Nach allgemeinen Grundsätzen muss der Handelnde jedoch die Ehe bzw. Lebenspartnerschaft mit dem Patienten nachweisen, wenn dies infrage gestellt wird. Die bloße Behauptung begründet die Vertretungsmacht jedenfalls nicht. Nach den Grundsätzen des Missbrauchs der Vertretungsmacht darf sich der Arzt auch nicht auf die Vertretungsmacht verlassen, wenn er weiß oder wissen muss, dass einer der Ausschlussgründe nach § 1358 Abs. 1 S. 2 BGB-Änderungsentwurf vorliegt oder der Vertreter gegen den Willen des Patienten verstößt.

II. Zur Anpassung der Betreuer- und Vormündervergütung

Hierzu kann ich aus Zeitgründen nicht schriftlich Stellung nehmen.