

**Vorsorgevollmacht und Vorsorgetreuhand  
in Gesundheitsangelegenheiten –  
Hilfe zur Selbsthilfe?**

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines  
doctor iuris  
der Juristischen Fakultät  
der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität  
Würzburg

vorgelegt von  
Thu-Ly Truong  
aus Pnom Penh/Kambodscha

2006



Erstgutachten: Prof. Dr. Hans Forkel

Tag der mündlichen Prüfung: 30.03.2006



# Meinen Eltern



## **Vorwort**

Die vorliegende Arbeit wurde am 23.03.2005 von der Juristischen Fakultät der Universität Würzburg als Dissertation angenommen.

Literatur, die nach diesem Zeitpunkt erschienen ist, konnte nicht mehr berücksichtigt werden.

Für die Überlassung, Betreuung und zügige Erstellung des Erstgutachtens dieses Themas möchte ich mich ganz herzlich bei Herrn Prof. Dr. Hans Forkel bedanken. Stets unterstützte er mich bei deren Bearbeitung, insbesondere ließ er mir alle wissenschaftlichen Freiheiten. Ferner bin ich Herrn Prof. Dr. Olaf Sosnitza für die Erstellung des Zweitgutachtens sehr verbunden.

Besonderen Dank schulde ich ferner Renate und Thomas Hofmann, die mir die Gelegenheit gegeben haben, einen Einblick in die tägliche Arbeit eines privaten Altersheims zu erhalten. Auch möchte ich mich bei Dr. Jan Klumb und Dr. Armin Göhring für das Korrekturlesen einiger Passagen bedanken. Vor allem bin ich Dr. Friedemann Götting, der bereitwillig die Mühen des Korrekturlesens der ganzen Arbeit auf sich genommen hat und als Mentor mir stets zur Seite stand, zu Dank verpflichtet.

Schließlich möchte ich meinem Partner, Karl-Heinz Meister, danken, der mich insbesondere bei der Erstellung einer veröffentlichungsfähigen Version der Arbeit unterstützte.

Diese Arbeit widme ich meinen verehrten Eltern, Aivi Chen und Su Nghiep Truong.

Würzburg, im April 2006

*Thu-Ly Truong*





# Inhaltsverzeichnis

<b>Vorwort</b>	VII
<b>Inhaltsverzeichnis</b>	IX
<b>Abkürzungsverzeichnis</b>	XVIII
<b>Literaturverzeichnis</b>	XXII
<b>Einleitung</b>	1
<b>1. Teil:</b>	
<b>Die Hintergründe der Vorsorgevollmacht in Gesundheitsangelegenheiten</b>	6
<b>A. Strukturprinzipien des Betreuungsrechts</b>	6
I. Erforderlichkeits- und Subsidiaritätsgrundsatz	6
II. Selbstbestimmungsrecht des Betreuten	7
III. Personensorge	8
IV. Persönliche Betreuung	8
V. Rechtswirkungen der Betreuung	9
<b>B. Bedeutung und Funktion von Vorsorgeverfügungen im Gesundheitsbereich</b>	10
I. Begriffsbestimmung der Vorsorgevollmacht in Gesundheits- angelegenheiten und der Patientenverfügung	10
II. Die Betreuungsverfügung	13
III. Kriterien für die Wahl zwischen den Vorsorgealternativen	14
<b>IV. Funktion der Vorsorgeverfügungen in Gesundheits- angelegenheiten</b>	15
<b>C. Rechtliche Rahmenbedingungen der Heilbehandlung und Patientenpflege</b>	16
I. Pflichten des behandelnden Arztes gegenüber dem Patienten	16
II. Grenzen der Patientenautonomie	17
1. Indikation	17
2. Kapazitäten	17
3. Rechtswidrigkeit von Behandlungsmaßnahmen	18

a. Sog. „Sterbehilfe“ bzw. „Hilfe im Sterben“	18
b. Aktive Sterbehilfe	19
c. Indirekte Sterbehilfe	19
d. Passive Sterbehilfe	20
e. Zusammenfassung	20
III. Die Einwilligung des Patienten	21
IV. Aufklärung des Patienten	22
V. Einwilligungsfähigkeit	23
VI. Mutmaßliche Einwilligung	25
<b>D. Vorteile und Nachteile der gewillkürten Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten</b>	28
I. Vorteile	28
1. Vorteile gegenüber Patientenverfügung	28
2. Vorteile gegenüber Betreuung	30
3. Vorteile für den behandelnden Arzt	32
4. Vorteile für die Gerichtspraxis	33
II. Nachteile	33

## **2. Teil: Die Rechtsentwicklung der Vorsorgevollmacht in Gesundheitsangelegenheiten**

35

<b>A. Vorläufer der Vorsorgevollmacht in Gesundheitsangelegenheiten</b>	35
I. Ersetzung der Gebrechlichkeitspflegschaft nach § 1910 BGB a.F.	35
II. Vorbild Amerika	36
1. Einzelstaatliche Regelungen	36
2. Bundesstaatliche Regelung	39
<b>B. Rechtslage in Deutschland</b>	41
I. Rechtslage vor Inkrafttreten des 1. Betreuungsrechtsänderungsgesetzes am 1.01.1999	41
1. Ablehnende Ansicht	41
2. Befürwortende Ansicht	43
a. §§ 164 ff. BGB	46
b. Übertragung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zur Ausübung	46
3. Rechtsprechung	48

II. Rechtslage seit Inkrafttreten des 1. Betreuungsrechts- änderungsgesetzes am 1.01.1999	50
III. Eigene Stellungnahme	51

### **3. Teil:**

#### **Vorbeugende Maßnahmen gegen Missbrauch** 54

<b>A. Kontrollbevollmächtigter</b>	54
<b>B. Kontrollbetreuer</b>	54
<b>C. Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung</b>	55
<b>D. Ausgestaltung der privaten Vorsorgeverfügung</b>	55

### **4. Teil:**

#### **Rechtsdogmatische Gestaltungsmöglichkeiten der privaten Vorsorgeverfügung in Gesundheitsangelegenheiten** 56

<b>A. Zielsetzung</b>	56
<b>B. Die Vollmacht</b>	57
I. Die materiellrechtliche Vollmacht i.S. der §§ 164 ff. BGB	57
II. Vollmacht zur Verfahrensvertretung	59
1. Prozessvollmacht	59
a. Eignung zur prozessualen Vorsorge	59
b. Zulässigkeit der gewillkürten Stellvertretung	
Prozessunfähiger	60
aa. Grundsatz	61
bb. Diskussion	61
(1) Gesetzesauslegung	61
(2) Unterschied zwischen der gesetzlichen und der gewillkürten Prozessvertretung	62
(3) Gesetzliche Ausnahme zum Grundsatz	63
2. FG-Verfahren	68
III. Schutzmechanismen	68
1. Behandlungsanweisungen als Vollmachtsbeschränkung	69
2. Behandlungsanweisungen als Beschränkung der Ver- tretungsbefugnis im Innenverhältnis	69

<b>C. Übertragung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts</b>	70
I. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht	71
1. Entwicklung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts	71
2. Rechtliche Einordnung	72
3. Ausformungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts	74
a. Das Recht am eigenen Körper	75
b. Das Selbstbestimmungsrecht am Körper	76
c. Bedeutung für die Gesundheitsvorsorge	77
II. Vollmacht	78
III. Ermächtigung	78
1. Die materiellrechtliche Ermächtigung	78
2. Anwendbarkeit auf Vorsorgeverfügung im Gesundheitsbereich	80
a. Handeln im eigenen Namen	80
b. Gegenstandsbezogenheit	82
3. Verfahrensrechtliche Geltendmachung	83
a. Gerichtliches Verfahren	83
aa. Gewillkürte Prozessstandschaft	83
(1) Eigenes schutzwürdiges Interesse	84
(2) Belange des Prozessgegners	85
(3) Übertragbarkeit des Rechts	85
bb. Prozessführungsbefugnis aus eigenem Recht	86
b. FG-Verfahren	93
4. Schutzmechanismen	94
IV. Die rechtsgeschäftliche Treuhand	97
1. Der Treuhandbegriff	98
a. Treuhand im weiteren Sinne	98
b. Treuhand im Rechtssinne	101
2. Anwendbarkeit der Treuhand in Gesundheitsangelegenheiten	102
a. Die konstitutive Übertragung	102
aa. Definition	102
bb. Anwendbarkeit auf das Recht am eigenen Körper	103
b. Die translative Übertragung	106
aa. Definition	106
bb. Die deutschrechtliche Konstruktion der Treuhand	106
cc. Schranken der Dispositionsbefugnis	109
(1) Immanente Schranken	109

(2) Externe Schranken	110
dd. Die geltende Rechtslage bzgl. Vollrechtsübertragungen von Persönlichkeitsrechten bzw. Rechten mit einem persönlichkeitsrechtlichen Einschlag	110
(1) Vollrechtsübertragungen im Kennzeichen- und Urheberrecht	111
(a) Vollübertragungen im Kennzeichenrecht	111
(aa) Rechtsnatur der Marke	111
(bb) Rechtsnatur der Firma	113
(b) Vollübertragungen im Urheberrecht	115
(c) Rechtfertigung bzw. Gründe für die Zulässigkeit der Übertragung	116
(2) Die elterliche Sorge	118
(a) Inhalt und Rechtsnatur der elterlichen Sorge	118
(b) Verfügungen über die elterliche Sorge	120
(aa) Ausnahmen zur Unverzichtbarkeit der elterlichen Sorge	120
(bb) Folgen des Verzichts	120
(aaa) Die Einwilligung in die Adoption	121
(bbb) Rechtfertigung für die Verzichtbarkeit	121
(c) Vergleichbarkeit der Interessenlage bei Adoption und Treuhand	123
(aa) Fürsorgebedürftigkeit aufgrund Handlungsunfähigkeit	123
(bb) Am Wohl des Hilfsbedürftigen orientiertes Pflicht-Recht	123
(cc) Unterschiede	124
ee. Unzulänglichkeiten des Deliktsrechts	125
ff. Rechtsgeschäfte als Mittel der Entfaltung	126
gg. Rechtsgrundlage für die Übertragung des Rechts am Körper	128
(1) Inhaltliche Bestimmbarkeit des Rechts am eigenen Körper	129
(2) Übertragung unter doppelter Bedingung	129
(3) Verkehrsschutzinteressen	129

(4) Rücktrittsvorbehalt	130
3. Entstehung des Treuhandverhältnisses	131
4. Verfahrensrechtliche Stellung des Treuhänders	131
5. Zusammenfassung	132

## 5. Teil:

### **Wirksamkeitsvoraussetzungen der Treuhand in Gesundheitsangelegenheiten** 133

<b>A. Geschäftsfähigkeit</b>	133
I. Rechtslage bei der Treuhand	133
II. Derzeitige Diskussion im Rahmen der Vollmacht	133
1. Geschäftsfähigkeit des Geschäftsherrn	133
2. Geschäftsfähigkeit des Bevollmächtigten	135
<b>B. Form des Abtretungsvertrages</b>	137
I. Erklärung der Einigung vor dem Notar	137
1. Beratungs- und Übereilungsschutzfunktion	137
2. Eignungsprüfung der zu autorisierenden Person	138
a. Fähigkeiten der zu autorisierenden Person	138
b. Ausgeschlossener Personenkreis, §§ 1896 II 2, 1897 III BGB	139
II. Eintragung in das Zentrale Vorsorgeregister	142
III. Derzeitige Rechtslage	143
1. Rechtsfolge des Verstoßes gegen die Formvorschrift	144
2. Konkretheit	145
3. Unbestimmter Begriff des § 1904 I BGB	146
4. Kritik	148
a. Mangelnde Praktikabilität	148
aa. Beweisfunktion	148
bb. Übereilungsschutz	149
cc. Vormundschaftsgerichtlicher Genehmigungsvorbehalt	149
b. Einschränkung der Privatautonomie	151
c. Durchbrechung der Rechtsdogmatik	152
5. Unzulässigkeit von Generalvollmachten	153
a. Trennung zwischen vermögensrechtlichen und personalen Bereich	154

aa. Unterschiedliche Wirksamkeitsvoraussetzungen	154
bb. Feststellung des Wirksamkeitszeitpunktes	155
cc. Verkehrsinteressen	155
dd. Auszuschließender Personenkreis	156
ee. Vergütung	156
ff. Adressatengerechte Verfügung	156
b. Zusammenfassung	156

## 6. Teil:

### **Umfang und Grenzen der Treuhand in Gesundheitsangelegenheiten** 159

<b>A. Kritische Behandlungsmaßnahmen</b>	159
I. Diskussion im Rahmen der Vollmacht	159
1. Schwangerschaftsabbruch	160
2. Sterilisation	161
3. Organspende	161
4. Humanexperimente	162
a. Klinische Prüfung, § 40 AMG	162
b. Heilversuch, § 41 AMG	164
5. Abbruch bzw. Verweigerung lebenserhaltender Maßnahmen	164
6. Zusammenfassung	166
II. Rechtslage bei der Treuhand	166
<b>B. Ausübung von Zwang</b>	168
<b>C. Befreiung von der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungspflicht</b>	170
I. Aufgabe des Vormundschaftsgerichts	170
II. Einschränkung der Patientenautonomie in materieller Hinsicht	172
<b>D. Zusammenfassung</b>	172

<b>7. Teil:</b>	
<b>Die Treuhandabrede</b>	174
<b>A. Bedeutung der Treuhandabrede</b>	174
<b>B. Die Patientenverfügung als Inhalt der Treuhandabrede</b>	174
I. Gesetzlicher Ansatz in § 1904 II 2 BGB	175
II. Rechtsverbindlichkeit der Patientenverfügung	177
1. Bisherige Meinungen in der Literatur	177
2. Wirksamkeitsvoraussetzungen der Patientenverfügung	178
a. Entscheidungsfähigkeit	180
aa. Grundsätzliche Entscheidungsfähigkeit	180
bb. Grad der Entscheidungsfähigkeit	182
cc. Konkrete Entscheidungsfähigkeit	184
b. Aufklärung	185
c. Ernstlichkeit	185
d. Entscheidungsfreiheit, §§ 119 ff. BGB	186
e. Konkretheit	187
f. Abgabe und Zugang	188
g. Aktualität	189
aa. Widerruf	189
bb. Regelmäßige Bestätigung der Patientenverfügung	190
cc. Form	191
3. Änderungen durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	195
a. Inhalt der Entscheidung	195
b. Kritik	197
<b>C. Weitere Regelungen</b>	199
<b>D. Form der Treuhandabrede</b>	199
I. Notarielle Beurkundung	199
II. Eintragung in das elektronische Zentrale Vorsorgeregister	201
<b>8. Teil:</b>	
<b>Die Schutzmechanismen der Treuhand</b>	201



<b>9. Teil:</b>	
<b>Beendigung der Treuhand</b>	204
<b>10. Teil:</b>	
<b>Kosten</b>	205
<b>A. Notarielle Kosten</b>	205
<b>B. Kosten für den Aufbau des vorgeschlagenen Schutzsystems</b>	205
<b>Zusammenfassung und Ausblick</b>	207

# Abkürzungsverzeichnis

## **AcP**

Archiv für die civilistische Praxis

## **a.F.**

alte Fassung

## **a.A.**

andere Ansicht

## **AMG**

Arzneimittelgesetz

## **AnwBl.**

Anwaltsblatt

## **BayObLG**

Bayerisches Oberstes Landesgericht

## **BeurkG**

Beurkundungsgesetz

## **BGBI.**

Bundesgesetzblatt

## **BGH**

Bundesgerichtshof

## **BGHZ**

Entscheidungen des Bundesgerichtshofs

## **BtÄndG**

Betreuungsänderungsgesetz

## **BT-Drucks.**

Bundestagsdrucksachen

## **BtG**

Betreuungsgesetz

## **BtPrax**

Betreuungsrechtliche Praxis

## **BVerfGE**

Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

## **BWNotZ**

Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

**DJT**

Deutscher Juristentag

**DMW**

Deutsche medizinische Wochenschrift

**DNotZ**

Deutsche Notar-Zeitschrift

**DRiZ**

Deutsche Richterzeitung

**EwiR**

Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht

**FamRZ**

Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht

**FGG**

Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit

**FuR**

Familie und Recht

**GebrMG**

Gebrauchsmustergesetz

**GeschMG**

Geschmacksmustergesetz

**GG**

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland

**GRUR**

Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht

**HGB**

Handelsgesetzbuch

**h.L.**

herrschende Lehre

**h.M.**

herrschende Meinung

**i.V.m.**

in Verbindung mit

**JA**

Juristische Arbeitsblätter

**JR**

Juristische Rundschau

**Jura**

Juristische Ausbildung

**JuS**

Juristische Schulung

**JZ**

Juristen-Zeitung

**KritV**

Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaften

**KostO**

Kostenordnung

**LM**

Lindenmaier-Möhring, das Nachschlagwerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen

**MarkenG**

Markengesetz

**MDR**

Monatsschrift für Deutsches Recht

**MedR**

Medizinrecht

**MittBayNot**

Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins

**NJW**

Neue Juristische Wochenschrift

**NJW-RR**

NJW-Rechtsprechungs-Report-Zivilrecht

**NSZ**

Neue Zeitschrift für Strafrecht

**OLG**

Oberlandesgericht

**PatG**

Patentgesetz

**RGZ**

Entscheidungen des Reichsgerichts

**Rpfleger**

Der Deutsche Rechtspfleger

**Rspr.**

Rechtsprechung

**StGB**

Strafgesetzbuch

**UrhG**

Urhebergesetz

**VersR**

Versicherungsrecht

**WMW**

Wiener medizinische Wochenschrift

**WRP**

Wettbewerb in Recht und Praxis

**ZEV**

Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge

**ZPO**

Zivilprozessordnung

**ZRP**

Zeitschrift für Rechtspolitik

**ZZP**

Zeitschrift für Zivilprozeß

## Literaturverzeichnis

**Ahrens, Claus**, Die Verwertung persönlichkeitsrechtlicher Positionen – Ansatz einer Systembildung, Würzburg 2002

**Alberts, Hermann**, Sterbehilfe, Vormundschaftsgericht und Verfassung, NJW 1999, S. 835-836

**Albrecht, Elisabeth/Albrecht, Andreas**, Änderungen im Recht der Patientenverfügung – zugleich Besprechung der Entscheidung des BGH vom 17.3.2003, XII ZB 2/03, MittBayNot 2003, S. 348-355

**Anckermann, Ernst**, Verlängerung sinnlos gewordenen Lebens? Zur rechtlichen Situation von Koma-Patienten, MedR 1999, S. 387-392

**Armbrüster, Christian**, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, Köln, Berlin, Bonn, München 2001

**Asmus, Wolfgang**, Dogmengeschichtliche Grundlagen der Treuhand – Eine Untersuchung zur romanistischen und germanistischen Treuhandlehre, Frankfurt am Main 1977

**Bachem, Walter**, Die rechtsgeschäftliche Verwaltungstreuhand nach geltendem Recht, dargestellt auf der Grundlage der Ermächtigung, Heidelberg 1935

**Bassenge, Peter/Herbst, Gerhard**, Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit – Rechtspflegergesetz – Kommentar, 8. Auflage, Heidelberg 1999

**Bauer, Axel**, Juristische Argumentationslinien und die Funktion der Justiz im Rahmen der Sterbehilfedebatte, BtPrax 2002, S. 60-62

**Baumbach, Adolf/Hefermehl, Wolfgang**, Wettbewerbsrecht, 23. Auflage, München 2001

**Baumbach, Adolf/Hopt, Klaus J.**, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 31. Auflage, München 2003; zit.: Baumbach/Hopt, HGB

**Baumbach, Adolf/Lauterbach, Wolfgang**, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 1, 61. Auflage, München 2003; zit.: Baumbach/Lauterbach/Bearb.

**Baumann, Wolfgang**, Zwei grundsätzliche Fragen, NJW 1996, S. 2418.

- Generalvollmachten als Vorsorgevollmachten, MittRhNotK 1998, S. 1-8

**Baumann, Wolfgang/Hartmann, Christian**, Die zivilrechtliche Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens aus der Sicht der notariellen Praxis, DNotZ 2000, S. 594-615

**Beitzke, G.**, Betrachtungen zum neuen Kindschaftsrecht, FamRZ 1958, S. 7-12

**Belling, Detlev W.**, Die Entscheidungskompetenz für ärztliche Eingriffe bei Minderjährigen, FuR 1990, S. 68-77

**Belling, Detlev W./Eberl-Borges, Christina/Michlik, Frank**, Das Selbstbestimmungsrecht Minderjähriger bei medizinischen Eingriffen, Neuwied 1994

**Benkard, Georg**, Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz, 9. Auflage, München 1993; zit.: Benkard/Bearb.

**Berger, Christian**, Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen, Tübingen 1998

- Privatrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zur Sicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens - zum 63.Juristentag, Abteilung Zivilrecht, JZ 2000, S. 797-805

**Bernat, Erwin**, Ethik und Recht an der Grenze zwischen Leben und Tod. Zum Stand der Diskussion in den Vereinigten Staaten von Amerika, S. 141-195, Wolfsberg 1993

**Bernsmann, Klaus**, Der Umgang mit irreversibel bewußtlosen Personen und das Strafrecht, ZRP 1996, S. 87-92

**Beyerle, Franz**, Die Treuhand im Grundriss des deutschen Privatrechts, Weimar 1932

**Bienwald, Werner**, Kommentar zum Betreuungsrecht, 2. Auflage, Bielefeld 1994

- Der Betreuer mit dem Aufgabenkreis nach § 1896 Abs.3 BGB, Rpfleger 1998, S. 231-238
- Anmerkung zum Beschluss des OLG Karlsruhe vom 29.10.2001 – 19 Wx 21/01, FamRZ 2002, S. 492-494

**Bockelmann, Paul**, Verlängertes Leben – verkürztes Sterben, WMW 1976, S. 145-151

- Rechtliche Grundlagen und rechtliche Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht, NJW 1961, S. 945-9

**Boecken, Wienfried/Krause, Sögel**, Globalzession und gewillkürte Prozeßstandschaft bei nachfolgender Vermögenslosigkeit des Sicherungsgebers, NJW 1987, S. 420-421

**Bosch, F.W.**, Anmerkung zum Beschluss v. 13.5.1959 – FR VII 264/49, FamRZ 1959, S. 379-380

**Borttscheller, Georgia**, Die Bedeutung des Patientenwillens im Bereich der Sterbehilfe, Bonn 2002

**Brehm, Wolfgang**, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 3. Auflage, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden 2002

**Bülow, Hans-Joachim**, Der Treuhandvertrag, 3. Auflage, Heidelberg 2000,

**Bühler, Martin**, Vorsorgevollmacht zur Vermeidung einer Gebrechlichkeitspflegschaft oder Betreuung, BWNotZ 1990, S. 1-5

**Bülow**, Anmerkung BGH-Urteil v. 26.11.1957 – V III ZR 70/57, MDR 1958, S. 421-422

**Bumiller, Ursula/Winkler, Karl**, Kommentar zur Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 6. Auflage, München 1995

**Bünthe, Rudolf**, Die künstlerische Darbietung als persönliches und immaterielles Rechtsgut, Baden-Baden 2000

**Bürgle, Helmut**, Probleme des Vormundschaftsrechts, AnwBl. 1989, 507-511



- Callmann, Rudolf**, Der unlautere Wettbewerb, 2. Auflage, Mannheim – Berlin – Leipzig 1932
- Canaris, Claus-Wilhelm**, Handelsrecht, 23. Auflage, München 2000
- Chauvisstré, Ralph**, Vorsorgevollmacht und rechtliche Betreuung, Betreuungsverfügung und Patientenverfügung, 1. Auflage, Band 1, Aachen 1999.
- Coeppicus, Rolf**, Sachfragen des Betreuungs- und Unterbringungsrechts, Stuttgart 2000
- Behandlungsabbruch, mutmaßlicher Wille und Betreuungsrecht, NJW 1998, S. 3381-3387
- Coester, Michael**, Von anonymer Verwaltung zu persönlicher Betreuung – Zur Reform des Vormund- und Pflegschaftsrechts für Volljährige, Jura 1991, S. 1-9
- Coing, Helmut**, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäft, München 1973
- Cypionka, Bertram**, Die Auswirkungen des Betreuungsgesetzes auf die Praxis des Notars, DNotZ 1991, S. 571-590
- Anmerkung zu OLG Stuttgart, Beschluss v.23.2.1994, DNotZ 1995, S. 690-692
- Damm, Reinhard**, Persönlichkeitsschutz und medizintechnische Entwicklung, JZ 1998, S. 926-938
- Dammrau/Jürgen/Zimmermann, Walter**, Betreuung und Vormundschaft, Kommentar zum materiellen und formellen Recht, 2. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln 1995; zit.: Dammrau/Zimmermann/Bearb.
- Deichmann, Marco**, Vormundschaftsgerichtlich genehmigtes Töten durch Unterlassen?, MDR 1995, S. 983-985
- Deinert, Horst**, Neue Zahlen zur Praxis des Betreuungsrechts, FamRZ 1999, S. 934-937
- Dellinghausen, Ulrike Baronin von**, Sterbehilfe und Grenzen der Lebenserhaltungspflicht des Arztes, Düsseldorf 1981

**Deutsch, Erwin**, Der Zeitpunkt der ärztlichen Aufklärung und die antezipierte Einwilligung des Patienten, NJW 1979, S. 1905-1909

- Arztrecht und Arzneimittelrecht, Berlin Heidelberg New York 1983; zit: Deutsch, Arztrecht und Arzneimittelrecht
- Vertretung in Gesundheitsangelegenheiten: Eine neue Rechtsentwicklung in Amerika, NJW 1985, S. 2181-2182
- Das Persönlichkeitsrecht des Patienten, AcP 192 (1992), S. 161-180
- Allgemeines Haftungsrecht, 2. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1996; zit.: Deutsch, Haftungsrecht
- Verfassungszivilrecht bei der Sterbehilfe, NJW 2003, S. 1567-1568

**Deutsch, Erwin/Lippert, Hans-Dieter**, Kommentar zum Arzneimittelgesetz (AMG), Berlin, Heidelberg, New York 2001

**Deutsch, Erwin/Spickhoff, Andreas**, Medizinrecht, 5. Auflage, Berlin, Heidelberg 2003

**Dieckmann, Jochen/Jurgeleit, Andreas**, Die Reform des Betreuungsrechts – Zum Zwischenbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Betreuungsrecht“, BtPrax 2002, S. 135-140

**Diederichsen, Uwe**, Zur Reform des Eltern-Kind-Verhältnisses, FamRZ 1978, S. 461-474

- Bemerkungen zu Tod und rechtlicher Betreuung, in: Strafrecht Biorecht Rechtsphilosophie, Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10. Mai 2003, S. 635-655, Heidelberg 2003

**Dodegge, Georg**, Freiheitsentziehende Maßnahmen nach § 1906 IV BGB, MDR 1992, S. 437-441

- Die Entwicklung des Betreuungsrechts bis Anfang Juni 2000, NJW 2000, S. 2704-2714

**Dölling, Dieter**, Zulässigkeit und Grenzen der Sterbehilfe, MedR 1987, S. 6-12

- Doris, Philippos**, Die rechtsgeschäftliche Ermächtigung bei Vornahme von Verfügungs-, Verpflichtungs- und Erwerbsgeschäften, München 1974
- Dörner, Klaus**, Hält der BGH die „Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens“ wieder für diskutabel?, ZRP 1996, S. 93-96
- Dreyer, Gunda/Kotthoff, Jost/Meckel, Astrid**, Heidelberger Kommentar zum Urheberrecht, Heidelberg, 2004; zit. Bearb. in: Dreyer/Kotthoff/Meckel
- Dübbers, Michael**, Der genehmigte Tod – Anmerkungen zum Forum Sterbehilfe, BtPrax 1998, 231-232
- Eberbach, Wolfram H.**, Staatliche Genehmigung zum Sterben?, MedR 2000, S. 267-270
- Ebermann, Frank**, Die Verwaltungstreuhand an GmbH-Anteilen, Köln 1970
- Edelmann, Hervé**, Ausgewählte Probleme bei der Organspende unter Lebenden, VersR 1999, S. 1065-1069
- Ehmann, Horst**, Informationsschutz und Informationsverkehr im Zivilrecht, AcP 188 (1988), S. 230-380.
- Eisenbart, Bettina**, Patienten-Testament und Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten – Alternativen zur Verwirklichung der Selbstbestimmung im Vorfeld des Todes, 2.Auflage Göttingen 2000
- Die Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten, MedR 1997, S. 305-312
- Ekey Friedrich L./Klippel, Diethelm**, Heidelberger Kommentar zum Markenrecht, Heidelberg, 2003
- Elzer, Oliver**, Die Grundrechte Einwilligungsunfähiger in klinischen Prüfungen – ein Beitrag zum EMRÜ-Biomedizin, MedR 1998, S. 122-128
- Engler, Helmut**, Zum Erfordernis der elterlichen Einwilligung in die Adoption, FamRZ 1969, S. 63-69

**Enneccerus, Ludwig/Nipperdey, Hans Karl**, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts,

- Erster Halbband, 15. Auflage, Tübingen 1959; zit.: Enneccerus/Nipperdey, AT I
- Zweiter Halbband, 15. Auflage, Tübingen 1960; zit.: Enneccerus/Nipperdey, AT II

**Epple, Dieter**, Die Betreuungsverfügung, BWNNotZ 1992, S. 27-31

- Einfluß der Betreuungsverfügung auf das Verfahren, die Führung und Überwachung der Betreuung, BtPrax 1993, S. 156-161

**Erman, Walter**, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch; zit.: Erman/Bearb.

- 1. Band, §§ 1-853, 10. Auflage, Münster 2000
- 2. Band, §§ 854-2385, 10. Auflage, Münster 2000

**Esch, Heike**, Der Patientenanwalt, Frankfurt am Main 2000

**Eser, Albin**, Lebenserhaltungspflicht und Behandlungsabbruch in rechtlicher Sicht, in: Zwischen Heilauftrag und Sterbehilfe, in: Auer, Alfons/Menzel, Hartmut/Eser, Albin. S. 75 ff., Köln, Berlin, Bonn, München 1977

- Sterbehilfe und ärztliche Verantwortung, MedR 1985, S. 6-17

**Edinger, Thomas**, Kostenfalle Betreuungsrecht, DRiZ 2003, S. 354.

**Ehricke, Ulrich**, Zur Teilnehmerhaftung von Gesellschaftern bei Verletzungen von Organpflichten mit Außenwirkung durch den Geschäftsführer einer GmbH, ZGR 2000, S. 351-383

**Fabricius, Fritz**, Stillschweigen als Willenserklärung, JuS 1966, S. 1-11

**Fechner, Erich**, Die Treubindungen des Aktionärs, Weimar 1942

**Fezer, Karl-Heinz**, Markenrecht, 3. Auflage, München 2001

**Fikentscher, Wolfgang**, Schuldrecht, 9. Auflage, Berlin, New York 1997

**Flume, Werner**, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band – Das Rechtsgeschäft, 3. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York 1979

**Forkel, Hans**, Die Übertragbarkeit der Firma, in Festschrift für Heinz Paulick zum 65. Geburtstag, 9. Mai 1973, S. 101-117, Köln 1973

- Verfügungen über Teile des menschlichen Körpers, JZ 1974, S. 593-599
- Gebundene Rechtsübertragung, Band I, Erlangen 1977
- Allgemeines Persönlichkeitsrecht und „wirtschaftliches Persönlichkeitsrecht“, in Festschrift für Karl H. Neumayer zum 65. Geburtstag, Baden-Baden 1985, S. 229-247
- Zur systematischen Erfassung und Abgrenzung des Persönlichkeitsrechts auf Individualität, in Festschrift für Heinrich Hubmann zum 70. Geburtstag, Frankfurt am Main 1985, S. 93 – 110.
- Lizenzen an Persönlichkeitsrechten durch gebundene Rechtsübertragung, GRUR 1988, S. 491-501
- Zur Zulässigkeit beschränkter Übertragungen des Namensrechts, NJW 1993, S. 3181-3183
- Unbeschränkte und beschränkte Übertragung der Rechte an Marken sowie Unternehmenskennzeichen nach dem deutschen Markengesetz von 1994, Księga Pamiątkowa ku czci Stanisława Włodyki, Krakau 1996, S. 103-122; zit.: Forkel, in: FS Włodyki
- Das Persönlichkeitsrecht am Körper, gesehen besonders im Lichte des Transplantationsgesetzes, Jura 2001, S. 73-79

**Forkel, Hans/Olaf Sosnitzer**, Zum Wandel beim Recht der Persönlichkeit und ihrer schöpferischen Leistungen, Würzburg 2004

**Frank, R.**, Die Verschiebung von Prozessrechtsverhältnissen mit Hilfe der gewillkürten Prozeßstandschaft, ZZZ 1992, S. 321-35

**Franke, Robert**, Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte, Stuttgart 1994

**Fride, Tilo**, Das Wesen des Firmenrechts, Göttingen 1926

**Friedrichs, Joachim**, Das neue Betreuungsgesetz, MDR 1992, S. 5-9

**Frister, Helmut**, Anmerkung zum Beschluss des OLG Frankfurt a.M. v. 15.7.1998, JR 1999, S. 73-74

**Fromm, Friedrich Karl/Nordemann, Wilhelm**, Urheberrecht, 9. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln 1998; zit.: Fromm/Nordemann/Bearb.

**Fröschle, Tobias**, Maximen des Betreuungshandelns und die Beendigung lebenserhaltender Eingriffe, JZ 2000, S. 72-80

**Frost, Andreas**, Arztrechtliche Probleme des neuen Betreuungsrechts - Eine Betrachtung der §§ 1902, 1904 und 1905 BGB unter besonderer Berücksichtigung der Einwilligung in ärztliche Maßnahmen, Berlin, Heidelberg, New York, Tokyo 1994

**Füllmich, Reiner**, Der Tod im Krankenhaus und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten - Über das Recht des nicht entscheidungsfähigen Patienten, künstlich lebensverlängernde Maßnahmen abzulehnen, Frankfurt am Main, Bern, New York, Paris 1990

- Zur Ablehnung künstlich lebensverlängernder medizinischer Maßnahmen durch nicht entscheidungsfähige Patienten, NJW 1990, S. 2301-2303

**Gamm, Otto-Friedrich Frhr v.**, Urheberrechtsgesetz, München 1968

**Gareis Karl**, Das Recht am menschlichen Körper, in: Festgabe der Juristischen Fakultät zu Königsberg für Ihren Senior Johann Theodor Schirmer zum 1. August 1900, Königsberg 1900; Nachdruck 1970, S. 61 ff

**Gernhuber, Joachim**, Lehrbuch des Familienrechts, 3. Auflage, München 1980

- Die fiduziarische Treuhand, JuS 1988, S. 355-363.

**Gernhuber, Joachim/ Dagmar Coester-Waltjen**, Lehrbuch des Familienrechts, 4. Auflage, München 1994

**Giesen, Dieter**, Ethische und rechtliche Probleme am Ende des Lebens, JZ 1990, S. 929-943

- Arzthaftungsrecht, Tübingen 1995

**Götting, Horst-Peter**, Die Entwicklung des Markenrechts vom Persönlichkeits- zum Immaterialgüterrecht, in: Festgabe von Freunden und Mitarbeitern für Friedrich-Karl Beier zum 70. Geburtstag, „Aktuelle Herausforderungen des geistigen Eigentums“, S. 233-242, Köln, Berlin, Bonn, München 1996

- Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, Tübingen 1995

**Gottwald, Stefan**, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht – Ein zeitgeschichtliches Erklärungsmodell, Berlin 1996

**Grob, Jürgen**, Die elterliche Einwilligung in die Adoption, Stuttgart, 1984

**Gruber, Michael**, Der Treuhandmissbrauch - Zur dogmatischen Rechtfertigung eines Verfügungsschutzes des Treugebers, AcP 202 (2002), S. 435-464

**Grundmann, Stefan**, Der Treuhandvertrag – insbesondere die werbende Treuhand, München 1997

**Gründel, J.**, Sterbehilfe aus ethischer Sicht, MedR 1985, S. 2-6

**Gründel, Mirko**, Einwilligung des Betreuers in den Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen, NJW 1999, S. 3391-3393

**Gutmann, Thomas**, Gesetzgeberischer Paternalismus ohne Grenzen? Zum Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zur Lebensspende von Organen, NJW 1999, S. 3387-3389

**Hahne, Meo-Michaela**, Zwischen Fürsorge und Selbstbestimmung, FamRZ 2003, S. 1619-1622.

**Hanack, Ernst-Walter**, Strafrecht, Sterbehilfe und Nichtverhinderung fremder Selbsttötung, MedR 1987, S. 96-98,

**Hansmann, Klaus**, Der Elternbegriff des Art. 6 Abs. 2 des Grundgesetzes, FamRZ 1962, S. 452-455

**Hartmann, Tanja**, Patientenverfügung und Psychiatrische Verfügung - Verbindlichkeit für den Arzt?, NSTz 2000, S. 113-120

**Heeschen, Verena B.**, Urheberpersönlichkeitsrecht und Multimedia, Berlin 2003

**Heidner, Hans-Hermann**, Die rechtsgeschäftliche Treuhand in Zivil- und Insolvenzrecht, DStR 1989, S. 276-280

**Hein, Johannes**, Grundriß des Treuhandrechts, Berlin 1929

**Heifitz, Milton/Mangel, Charles**, Das Recht zu sterben, Frankfurt am Main 1976

**Helgerth, Roland**, Anmerkung zum Urteil des BGH v. 13.9.1994 – 1 StR 357/94, JR 1995, S. 338-340

- Besondere Persönlichkeitsrechte im Privatrecht – Das Recht am eigenen Bild, das Recht am gesprochenen Wort und der Schutz des geschriebenen Wortes, Tübingen 1991

**Helle, Jürgen**, Besondere Persönlichkeitsrechte im Privatrecht, Tübingen 1991

**Helmchen, Hanfried/Lauter, Hans**, Dürfen Ärzte mit Demenzkranken forschen? Analyse des Problemfeldes Forschungsbedarf und Einwilligungproblematik, Stuttgart: Thieme 1995

**Hennies, Günter**, Risikoreiche ärztliche Maßnahmen – betreuungsrechtliche Eingriffe, MedR 1999, S. 341-344

**Henssler, Martin**, Treuhandgeschäft – Dogmatik und Wirklichkeit, AcP 196, 1996, 37-87

**Heyers, Johannes**, Passive Sterbehilfe bei entscheidungsunfähigen Patienten und das Betreuungsrecht, Berlin 2001

**Heymann**, Handelsgesetzbuch, Band 1, Erstes Buch, Einleitung; §§ 1-104, 2. Auflage, Berlin, New York 1995

**Heynitz, Jobst von**, Belehrungen bei Vollmachten – auch für Bevollmächtigte?, MittBayNot 2003, S. 348-355

**Hiersche, Hans-Dieter**, Das Recht des Menschen auf seinen würdigen Tod, MedR1987, S. 83-85

- Referat zum 56. Deutschen Juristentag in Berlin 1986, Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Band 2, München 1986, M 7 ff.

**Hillgruber, Christian**, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, München 1992

**Hippel, Robert**, Deutsches Strafrecht, Zweiter Band: Das Verbrechen, Allgemeine Lehren, Berlin 1930



**Hirsch, Hans Christoph**, Die Übertragung der Rechtsausübung, Berlin 1914

**Hirsch, Hans Joachim**, Behandlungsabbruch und Sterbehilfe, in: Festschrift für Lackner zum 70. Geburtstag am 8. Februar 1987, Berlin – New York, 1987, S. 598-620.

**Hoffmann, Birgit/Klie, Thomas**, Freiheitsentziehende Maßnahmen, Heidelberg 2004

**Hoffmann, Peter/Schumacher, Bettina**, Vorsorgevollmachten und Betreuungsverfügungen: Handhabung in der Praxis, BtPrax 2002, S. 191-196

**Höfling, Wolfram**, Forum: „Sterbehilfe“ zwischen Selbstbestimmung und Integritätsschutz, JuS 2000, S. 111-118

**Höfling, Wolfram/Rixen, Stephan**, Vormundschaftsgerichtliche Sterbeherrschaft? JZ 2003, S. 884-894

**Hohm, Karl-Heinz**, Grundrechtsträger und „Grundrechtsmündigkeit“ Minderjähriger am Beispiel öffentlicher Heimerziehung, NJW 1986, S. 3107-3115

**Holzauer, Heinz**, Die Neuregelung des Pflegekindverhältnisses, ZRP 1982, S. 222-227

- Abschied von der Entmündigung, FuR 1990, S. 249-253
- Justizverwaltung in Schicksalsdingen, FamRZ 2003, S. 991-992.

**Hubmann, Heinrich**, Der zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit gegen Indiskretion, JZ 1957, S. 521-528

- Das Persönlichkeitsrecht, 2. Auflage, Köln, Graz 1967

**Hufen, Friedhelm**, In dubio pro dignitate - Selbstbestimmung und Grundrechtsschutz am Ende des Lebens, NJW 2001, S. 849-857

- Verfassungsrechtliche Grenzen des Richterrechts, ZRP 2003, S. 248-252

**Ingerl, Reinhard/Rohnke, Christian**, MarkenG, 2. Auflage, München 2003

**Jauernig, Othmar**, Zivilprozessrecht, 28. Auflage, München 2003; zit.: Jauernig, ZPO

- Kommentar zum BGB, 10. Auflage, München 2003; zit.: Jauernig/Bearb.

**Jürgens, Andreas**, Ist der Tod genehmigungsfähig? BtPrax 1998, S. 159-160

- Betreuungsrecht, Kommentar zum materiellen Betreuungsrecht, zum Verfahrensrecht und zum Betreuungsbehördengesetz, 2.Auflage, München 2001

**Jürgens, Andreas/Kröger, Detlef/ Marschner, Rolf/Winterstein, Peter**, Das neue Betreuungsrecht, 5. Auflage, München 2002

**Joerden, Jan C.**, Der Mensch und seine Behandlung in der Medizin, Berlin, Heidelberg 1999

**Kaiser, Manfred**, Das Lebensende zwischen Strafrecht und Betreuungsrecht, Bielefeld 2003

**Kämpfer, Ulf**, Die Selbstbestimmung Sterbewilliger – Sterbehilfe im deutschen und amerikansichen Verfassungsrecht, Berlin, 2005

**Keidel, Theodor/Kuntze, Joachim/ Winkler, Karl**, Kommentar zum Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, München 2003

**Keilbach, Heinz**, Vorsorgeregeln zur Wahrung der Selbstbestimmung bei Krankheit, im Alter und am Lebensende, FamRZ 2003, S. 969-982

**Keller, Rolf**, Das Recht und die medizinische Forschung, MedR 1991, S. 11-17

**Kemper, Rainer**, Das Betreuungsrecht in der gerichtlichen Praxis, FuR 1994, S. 267-276

**Kern, Bernd-Rüdiger**, Arzt und Betreuungsrecht, MedR 1993, S. 245-251

- Fremdbestimmung bei der Einwilligung in ärztliche Eingriffe, NJW 1994, S. 753-759

**Kirchhof, Ralf-Rüdiger**, Anmerkungen zu OLG Stuttgart – 8 W 534/93 – BtPrax 1994, S. 1001-102.

- Kirchner, Jens/Eberle, Monika**, Automatisierte elektronische Registrierung im Zentralen Register für Vorsorgeurkunden der Bundesnotarkammer, MittBayNot 2004, S. 242-243
- Kleine, Heinz**, Die Urteile des Bundesgerichtshofs zum Leistungsschutz für die ausübenden Künstler, GRUR 1960, S. 577-582
- Klippel, Dieter**, Der zivilrechtliche Schutz des Namens – Eine historische und systematische Untersuchung, Paderborn, München, Wien, Zürich 1985
- Klüsener, Bernd/Rausch, Hans**, Praktische Probleme bei der Umsetzung des neuen Betreuungsrechts, NJW 1993, S. 617-624
- Knieper, Judith**, Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung des Abbruchs lebenserhaltender Maßnahmen, NJW 1998, S. 2720-2721
- Inhalt und Auswirkungen der Sterbehilfeentscheidung, BtPrax 1998, S. 160-161
- Knittel, Bernhard**, Betreuungsrecht – Bundesanzeiger - Textsammlung mit einer Einführung, 3. Auflage, 2002
- Koch, Harald**, Über die Entbehrlichkeit der „gewillkürten Prozeßstandschaft“, JZ 1984, S. 809-815
- Köhler, Helmut**, Die neue Rechtsprechung zur Rechtsgeschäftslehre, JZ 1984, S. 18-26
- Namensrecht und Firmenrecht, in: Festschrift für Wolfgang Fikentscher zum 70. Geburtstag, S. 494-515, Tübingen 1998
- Koller, Ingo/Roth, Wulf-Henning/Morck, Winfried**, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Auflage, München 1999
- Kollmer, Norbert**, Selbstbestimmungsrecht im Betreuungsrecht, München 1992
- Kötz, Hein**, Trust und Treuhand, Göttingen 1963
- Kraßer, Rudolf**, Verpflichtung und Verfügung im Immaterialgüterrecht, GRUR Int. 1973, S. 230-238
- Krenzel, Joachim**, Treuhand an Kommanditanteilen. Unter besonderer Berücksichtigung der Pflichtenbindung des Treuhänders in der kupierten Publikums-Kommanditgesellschaft, Frankfurt am Main, Bern, New York, Paris 1991

**Krnet, Slavica**, Kommerzielle Aspekte des Rechts am eigenen Bild, GRUR Int. 1996, S. 298-306

**Krings, E.Ph.**, Haben §§ 14 Abs. 2 Nr. 3 und 15 Abs.3 MarkenG den Schutz der berühmten Marke sowie des berühmten Unternehmenskennzeichens aus §§ 12, 823 Abs. 1, 1004 BGB ersetzt? GRUR 1996, S. 624-626

**Krückmann, Paul**, Ermächtigung, AcP 137 (1933), 167-193

**Kuhlmann, Jens-M.**, Einwilligung in die Heilbehandlung alter Menschen, Frankfurt am Main 1996

**v.Kuhlmann, Carl-Otto**, Die Prozessführung des Prozessunfähigen, Erlangen 1950

**Kümmerlein, Hartmut**, Erscheinungsformen und Probleme der Verwaltungstreuhand bei Personenhandelsgesellschaften, Münster 1971

**Kutzer, Klaus**, Strafrechtliche Überlegungen zum Selbstbestimmungsrecht des Patienten und zur Zulässigkeit der Sterbehilfe, MDR 1985, S. 710-716

- Strafrechtliche Grenzen der Sterbehilfe, NStZ 1994, S. 110-115
- Sterbehilfeproblematik in Deutschland: Rechtsprechung und Folgen für die klinische Praxis, MedR 2001, S. 77-79
- **XX**, ZRP-Gespräch mit dem Vorsitzenden Richter am BGH Klaus Kutzer: Keine Halbgötter in schwarz, ZRP 2000, S. 402-404
- **-XX**, ZRP-Gespräch mit Klaus Kutzer, Vors. Richter am Bundesgerichtshof aD, Der Vormundschaftsrichter als „Schicksalsbeamter“? ZRP 2003, S. 213-216

**Langenfeld, Andrea**, Vorsorgevollmacht, Betreuungsverfügung und Patiententestament nach dem neuen Betreuungsrecht, 1. Auflage, Konstanz:, Hartung-Gorre 1994

**Langenfeld, Andrea/Gerrit Langenfeld**, Die Vorsorgevollmacht in der notariellen Praxis, ZEV 1996, S. 339-341

**Langenfeld, Gerrit**, Anmerkung zur Entscheidung des LG Hamburgs, Beschl. V. 12.7.1999 – 301 T 222/99, DNotZ 2000, S. 222-225

**Larenz, Karl**, Das „allgemeine Persönlichkeitsrecht“ im Recht der unerlaubten Handlungen, NJW 1955, S. 521-525

- Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 1987; zit.: Larenz, SchR I
- Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Besonderer Teil, 12. Auflage, München 1981; zit.: Larenz, SchR II

**Larenz, Karl/Wolf, Wolfgang**, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, München 2004

**Laufs, Adolf**, Zur deliktischen Problematik ärztlicher Eigenmacht, NJW 1969, S. 529-533

- Schutz der Persönlichkeitssphäre und ärztliche Heilbehandlung, VersR 1972, S. 1-9
- Die Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht und ihre deliktische Rechtsfolge, NJW 1974, S. 2025-2030
- Arztrecht, 5. Auflage, München 1993
- Selbstverantwortliches Sterben?, NJW 1996, S. 763-764
- Entwicklungslinien des Medizinrechts, NJW 1997, S. 1609-1618
- Zivilrichter über Leben und Tod? NJW 1998, S. 3399-3401
- Nicht der Arzt allein muss bereit sein, das Notwendige zu tun, NJW 2000, S. 1757-1769

**Laufs, Adolf/Uhlenbruck, Wilhelm**, Handbuch des Arztrechts, 3. Auflage, München 2002; zit.: Bearb. in HdB Arztrecht

**Lempp, Dietrich**, Zur Neuregelung des Rechts der Entmündigung und der Vormundschaft und Pflegschaft, FamRZ 1987, S. 766-768

**Lent, Friedrich**, Zur Lehre von der Partei kraft Amtes, ZZP 1962, S. 129-209

**Liebich, Dieter/Mathews, Karl**, Treuhand und Treuhänder in Recht und Wirtschaft, Berlin 1983

**Lipp, Volker**, Freiheit und Fürsorge: Der Mensch als Rechtsperson - Zur Funktion und Stellung der rechtlichen Betreuung im Privatrecht, Tübingen 2000

- Patientenautonomie und Sterbehilfe, BtPrax 2002, S. 47-53
- „Sterbehilfe“ und Patientenverfügung, FamRZ 2004, S. 317-324

**Lüderitz, Alexander**, Die Rechtsstellung ehelicher Kinder nach Trennung ihrer Eltern im künftigen Recht der Bundesrepublik Deutschland, FamRZ 1975, S. 605-609

- Das neue Adoptionsrecht, NJW 1976, S. 1865-1871.

**Marscher, Rolf**, Zum Problem der Vollmachtserteilung bei ärztlicher Behandlung und freiheitsentziehende Maßnahmen, Recht und Psychiatrie 1995, S. 138-141

**Marwede, Jan**, Rechtsnatur und Aussenschutz des Trust und der Treuhand - Zugleich ein Beitrag zur Dinglichkeit und zum System subjektiver Privatrechte, Bonn 1972

**May, Arnd T.**, Autonomie und Fremdbestimmung bei medizinischen Entscheidungen für Nichteinwilligungsfähige, Bochum 2001

**Mayer, Karl-Georg**, Medizinische Maßnahmen an Betreuten, Würzburg 1995

**Medicus, Dieter**, Bürgerliches Recht, 19. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 2002; zit.: Medicus, Bürgerliches Recht

- Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Auflage, Heidelberg 2002; zit.: Medicus, BGB AT

**Meier, Sybille M.**, Handbuch Betreuungsrecht, Heidelberg 2001

- Inhalt und Reichweite einer Vorsorgevollmacht, BtPrax 2002, S. 184-191

**Milzer, Lutz**, Die adressatengerechte Vorsorgevollmacht, NJW 2003, S. 1836-1840

**Müller, Gabriele**, Auswirkungen des Betreuungsrechtsänderungsgesetzes (BtÄndG) auf die Vorsorgevollmacht in Angelegenheiten der Personensorge, DNotZ 1999, S. 107-122

**Müller-Freienfels, Wolfram**, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, Tübingen, 1955

- Anmerkung zum Beschluss des OLG Frankfurt a.M. v.15.7.1998, JZ 1998, S. 1122-1128

- Privatvorsorge und Staatsfürsorge im Altenrecht. Zu den Gesetzesvorhaben über die „Betreuung“ Gebrechlicher und die Erteilung von Altersvorsorge-Vollmachten (sog. „enduring powers of attorney“.) - in: Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, S. 35-70

**Münchener Kommentar,**

Kommentar zum BGB, Band 1, Allgemeiner Teil, §§ 1-240, AGBG, 4. Auflage, München 2001; zit.: MüKo/Bearb.

- Band 5 §§ 705-853, 3. Auflage, München 1997
- Band 8, Familienrecht II, §§ 1589-1921, 4. Auflage, München 2002
- Band 9, Erbrecht, §§ 1922-2385, §§ 27-35 BeurkG, 3. Auflage, München 1997

2. Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 1, §§ 1-354, München 1992; zit.: MüKo/Bearb., ZPO

**Musielak, Hans-Joachim,** Kommentar zur Zivilprozessordnung, 2. Auflage, München 2000; zit.: Musielak/Bearb.

**Neumann-Duesberg, Horst,** Zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht und zu den besonderen Persönlichkeitsrechten im Privatrecht, VersR 1991, S. 957-961

**Nickel, Lars Christoph,** Anmerkung zum Beschluss des OLG Frankfurt a.M. v.15.7.1998, Genehmigung eines Behandlungsabbruchs durch das Vormundschaftsgericht, MedR 1998, S. 520-522

**Niebling, Jürgen,** Ärztliche Formularaufklärung und AGB-Gesetz, MDR 1982, S. 193-196.

**Ohly, Ansgar,** „Volenti non fit iniuria“ – Die Einwilligung im Privatrecht, Tübingen 2002

**Opderbecke, Hans Wolfgang,** Grenzen der Intensivmedizin, MedR 1985, S. 23-29

**Opderbecke, Hans Wolfgang/Weißauer, Walter,** Behandlungsabbruch bei unheilbarer Krankheit aus medikolegaler Sicht, MedR 1995, S. 456-462

- Ein Vorschlag für Leitlinien – Grenzen der intensivmedizinischen Behandlungspflicht, MedR 1998, S. 395-399

**Palandt**, Kommentar zum BGB, 64. Auflage, München 2005; zit.: Palandt/Bearb.

- 57. Auflage, München 1998; zit.: Palandt/Bearb., 57.Aufl.

**Pardey, Karl-Dieter**, Betreuungs- und Unterbringungsrecht in der Praxis, 2. Auflage, Baden-Baden 2004

**Pawlowski, Hans-Martin**, Die gewillkürte Stellvertretung, JZ 1996, S. 125-132

- Rechtsfähigkeit im Alter? JZ 2004, S. 13-18

**Perau, Guido**, Betreuungsverfügung und Vorsorgevollmacht, MittRhNotK 1996, S. 285-301

**Petsch, Uwe/Sowarka, Doris/ Kotsch, Lakshmi**, Die Umsetzung des Betreuungsrechts in der Praxis: Ergebnisse aus der gegenwärtigen Fachliteratur, Regensburg 2002; zit: Petsch

**Planck, Gottlieb**, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Zweiter Band, 3. Auflage, Berlin 1907

- Viertes Band, 3. Auflage, Berlin 1906

**Prahler, Hans H.**, Zur Zulässigkeit des Sterbenlassens, BtPrax 2000, S. 21-22

**Putz, Wolfgang/Steldinger, Beate**, Patientenrechte am Ende des Lebens, München 2003

**Raack/Thar**, Betreuungsrecht, Bundesanzeiger, 1. Auflage, Köln 1995

**Ramm, Thilo**, Die gesetzliche Vertretung durch die Eltern: überholt und verfassungswidrig, NJW 1989, S. 1708-1712

**Rauscher, Thomas**, Familienrecht, Heidelberg 2001

**Regelsberger**, Zwei Beiträge zur Lehre der Zession, AcP 63 (1880), S. 157-207

**Rehbinder, Manfred**, Urheberrecht, 13. Auflage, München 2004



**Rehborn, Martin**, Passive Sterbehilfe und Patiententestament, MDR 1998, S. 1464-1467

**Reichel, Hans**, Höchstpersönliche Rechtsgeschäfte, Berlin-Grünwald 1931

**Reischies, F.M./Geiselman, G./Geßner, R./Kanowski S./Wagner, M./Wernicke, F./Helmchen, H.**, Demenz bei Hochbetagten, Nervenart 68 (1997), 719-729; zit.: Reischies et al.,

**Reithmann, Christoph/Albrecht, Andreas**, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung; 8. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 2001

**Rethmann, Albert-Peter**, Selbstbestimmung - Fremdbestimmung - Menschenwürde, Regensburg 2001

**RGRK-BGB**, Das Bürgerliche Gesetzbuch – Großkommentar der Praxis, Band 2, 5. Teil, §§ 812-831, Berlin, New York 1989; zit.: RGRK-BGB/Bearb.

**Richter, Gerhard**, Beiträge eines Notars zur Gesetzgebung, BWNotZ 1992, S. 2-3

**Rickmann, Sabine**, Zur Wirksamkeit des Patiententestaments im Bereich des Strafrechts, Frankfurt a.M. 1987

**Rieger, Gregor**, Die mutmaßliche Einwilligung in den Behandlungsabbruch, Criminalia Band 18, Frankfurt a.M 1998

**Rieger, Hans-Jürgen**, Rechtliche Bedeutung eines Patiententestaments für den Arzt, DMW 1999, S. 945-947

**Ritz-Mürtz, Inge**, Das neue Betreuungsgesetz, MittBayNotK 1991, S. 233-239

**Rixen, Stephan**, Das todkranke Kind zwischen Eltern und Arzt, MedR 1997, S. 351-355

**Rixen, Stephan/Reinecke, Siegfried**, Casebook Patientenverfügung, Berlin, Heidelberg 2004

**Roth, Andreas**, Die Verbindlichkeit der Patientenverfügung und, der Schutz des Selbstbestimmungsrechts, JZ 2004, S. 494-502

**Rosenberg, Leo**, Stellvertretung im Prozess, Berlin 1908

**Rosenberg, Leo/Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter**, Zivilprozessrecht, 15. Auflage, München 1993

**Röttgen, Sven**, Das Betreuungsrecht, Bonn 2000

**Röver, Julia**, Einflußmöglichkeiten des Patienten im Vorfeld einer medizinischen Behandlung, Antezipierte Erklärung und Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten, Frankfurt am Main 1997

**Rouka, Stella**, Das Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen bei ärztlichen Eingriffen, Frankfurt am Main 1996

**Roxin, Claus**, Über die mutmaßliche Einwilligung, in: Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974, Berlin New York 1974, S. 447-475

- Der Schutz des Lebens aus der Sicht des Juristen, in: Schutz des Lebens – Recht auf Tod, Blaha, Herbert/Gutjahr-Löser, Peter/Niebler, Engelbert, München Wien 1978; zit.: Roxin in Blaha

**Rudolf, Michael/Bittler, Jan**, Vorsorgevollmacht, Betreuungsverfügung, Patientenverfügung, Schriftenreihe der Deutschen Vereinigung für Erbrecht und Vermögensnachfolge, Bonn 2000

**Rümelin, M.**, Die Verwendung der Kausalbegriffe in Straf- und Zivilrecht, AcP 90 (1900), S. 171-344

**Rußmann, Helmut**, Einziehungsermächtigung und Klagebefugnis, AcP 172 (1972), S. 520-554

**Ruthe, Rangar**, Die unterhaltsrechtlichen Wirkungen der Volladoption, FamRZ 1979, S. 388-399.

**Sachsen-Gessaphe, Karl August**, Der Betreuer als gesetzlicher Vertreter für eingeschränkt Selbstbestimmungsfähige, Tübingen 1999

- Privatautonome Vorsorge für den Zivilprozeß, ZZP 2000, S. 25-47

**Sack, Rolf**, Die rechtliche Funktionen des Warenzeichens – Teil 1, GRUR 1972, S. 402-412

**Saliger, Frank**, Sterbehilfe mit staatlicher Genehmigung – OLG Frankfurt a.M. NJW 1998, 2747, JuS 1999, S. 16-21

- Sterbehilfe nach Verfahren Betreuungs- und strafrechtliche Überlegungen im Anschluss an BGHSt 40, 257, KritV 1998, S. 118-151

**Saueracker, Luise**, Die Bedeutung des Patiententestaments in der Bundesrepublik Deutschland aus ethischer, medizinischer und juristischer Sicht, Frankfurt a.M. 1990

**Schack, Haimo**, Das Persönlichkeitsrecht der Urheber und ausübenden Künstler nach dem Tode, GRUR 1985, S. 352-361

- Urheber- und Urhebervertragsrecht, 2. Auflage, Tübingen 2001

**Scheffen, Erika**, Zivilrechtliche Neuregelung der passiven Sterbehilfe und Sterbebegleitung, ZRP 2000, S. 313-317

**Schenke, Wolf**, Die Einwilligung des Verletzten im Zivilrecht, unter besonderer Berücksichtigung ihrer Bedeutung bei Persönlichkeitsverletzungen, Erlangen 1965

**Schlund, Gerhard**, Die ärztliche Aufklärungspflicht im Spannungsfeld der Gerichte und der Ärzteschaft, VersR 1977, S. 496-501

- Anmerkungen zum Beschluss des OLG Hamm v. 16.7.1998 – 15 W 274/98, JR 1999, S. 334-336
- Anmerkung zum Beschluss des LG München v. 18.2.1999, JR 2000, S. 65-66

**Schmid, Hugo**, Die Grundlagen der ärztlichen Aufklärungspflicht, NJW 1984, S. 2601-2606

**Schmid, Matthias/Wirth, Thomas**, Urheberrechtsgesetz – Handkommentar, 1. Auflage, Baden-Baden 2004

**Schmitz, Dagmar**, Biologische Grenzen als Moral? Historische Entwicklung, philosophische Positionsbestimmung und heuristische Leistungsfähigkeit einer Evolutionären Ethik in der Medizin, Mannheim 2000

**Schmidt, Dieter W.**, Die persönliche Willenserklärung bei lebensbedrohlicher Krankheit, BtPrax 1997, S. 16-18

**Schmidt, Gerd/Böker, Felix**, Betreuungsrecht – Eine systematische Einführung aus juristischer und psychiatrischer Sicht, 1. Auflage, München 1991

**Schmidt, Karsten**, Die gesetzliche Vertretung durch die Eltern: notwendig und verfassungsgemäß, NJW 1989, S. 1712-1715

- Handelsrecht, 4. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1994

**Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Klein, Franz**, Kommentar zum Grundgesetz, 9. Auflage, Neuwied 1999

**Schneider, Uwe H.**, Sonderrechte für Publikumspersonengesellschaften, ZHR 142 (1978), S. 228-258

**Schönke, Adolf/Schröder, Horst**, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 26. Auflage, München 2001

**Schreiber, Hans-Ludwig**, Das Recht auf den eigenen Tod – zur gesetzlichen Neuregelung der Sterbehilfe, NStZ 1986, S. 337-345.

- Ein neuer Entwurf für eine Richtlinie der Bundesärztekammer zur Sterbehilfe, in: Festschrift für Erwin Deutsch zum 70. Geburtstag, Köln, Berlin, Bonn, München 1999

**Schreiber, Lothar Hans/C.Schreiber**, Alte Menschen als Ziel krimineller Handlungen in der Familie, ZRP 1993, S. 146-149

**Schricker, Gerhard**, Kommentar zum Urheberrecht, 2. Auflage, München 1999; zit.: Schricker/Bearb.

**Schroeter, Christoph**, Ärztliche Aufklärung im Alter, Aachen 1995

**Schulte, Bernd**, Anmerkungen zur Reform des Entmündigungs-, Vormundschafts- und Pflegschaftsrechts, ZRP 1986, S. 249-254

**Schumacher, Ulrich**, Rechtsstaatliche Defizite im neuen Unterbringungsrecht, FamRZ 1991, S. 280-284

**Schünemann, H.**, Einwilligung und Aufklärung von psychisch Kranken, VersR 1981, 306-310

**Schwab, Dieter**, Verhandlungen des 54. Deutschen Juristentags - Soll die Rechtsstellung der Pflegekinder unter besonderer Berücksichtigung des Familien-, Sozial- und Jugendrechts neu geregelt werden? Nürnberg 1982

- Probleme des materiellen Betreuungsrechts, FamRZ 1992, S. 493-507

- Betreuung und private Fürsorge, in: Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag, S. 815-824, Tübingen 1993

**Schwabe, Jürgen**, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, JZ 1998, S. 66-75

**Schweitzer, Karl-Heinz**, Heilbehandlung und Selbstbestimmung, FamRZ 1996, S. 1317-1324

**Schwoerer, Julius**, Zur Bedeutung des in Art. 6 GG den Eltern garantierten Grundrechts für Entscheidungen aus den §§ 1634, 1671, 1672, 1696 BGB, FamRZ 1969, S. 367-370

**Seidenath, Bernhard**, Lebendspende von Organen – Zur Auslegung des § 8 Abs.1 S.2 TPG, MedR 1998, S. 253-256

**Seitz, Walter**, Das OLG Frankfurt a.M. und die Sterbehilfe, ZRP 1998, S. 417-421

**Siebert, Wolfgang**, Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, Marburg in Hessen 1933

**Singhof, Bernd**, Die Beauftragung eines „Treuhanders“ durch eine AG zwecks, kostenloser Stimmrechtsvertretung für einzelne Aktionäre, NZG 1998, S. 670-674

**Soergel**, Kommentar zum BGB, Band 2, Allgemeiner Teil 2, §§ 104-240, 13. Auflage Stuttgart, Berlin, Mainz 1999; zit.: Soergel/Bearb.

**Spann, Wolfgang**, Das „Patiententestament“ – Zur Verbindlichkeit einer bei Gesundheit abgegebenen allgemein gehaltenen Willenserklärung des Patienten an den Arzt, mögliche ärztliche Maßnahmen nach Schwinden der Willensfreiheit zu unterlassen, MedR 1983, S. 13-16

**Spickhoff, Jena**, Die Patientenautonomie am Lebensende: Ende der Patientenautonomie? Zur Feststellbarkeit und Durchsetzbarkeit des realen oder hypothetischen Willens des Patienten, NJW 2000, S. 2297-2304

**Stackmann, Nikolaus**, Keine richterliche Anordnung von Sterbehilfe, NJW 2003, S. 1568-1569.

**Starck, Joachim**, Marken und sonstige Kennzeichenrechte als verkehrsfähige Wirtschaftsgüter - Anmerkungen zum neuen Markenrecht, WRP 1984, S. 698-703

**Staub, Hermann**, Großkommentar zum Handelsgesetzbuch, 4. Auflage, Berlin, New York 1995; zit.: Staub/Bearb.

**Staudinger, Julius von**, Kommentar zum BGB,

- Erstes Buch, §§ 90-240, 12. Auflage, Berlin 1980; zit.: Staudinger/Bearb.
- Zweites Buch – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 823-832, 12. Auflage, Berlin 1986; zit.: Staudinger/Bearb.
- Zweites Buch – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 823-825, 13. Auflage, Berlin 1999; zit.: Staudinger/Bearb., 13. Aufl.
- Viertes Buch – Familienrecht, §§ 1741-1772, 13. Auflage, Berlin 2001; zit.: Staudinger/Bearb.
- Viertes Buch – Familienrecht, §§ 1896-1921, 13. Auflage, Berlin 1999; zit.: Staudinger/Bearb.

**Steffen, Erich** , Noch einmal: Selbstverantwortetes Sterben? NJW 1996, S. 1581, 1582

**Stein, Friedrich/Jonas, Martin**, Kommentar zu Zivilprozessordnung, Band 1, §§ 1-90, 21. Auflage, Tübingen 1993

**Stolz, Konrad**, Betreuungsgesetz: Umsetzungsdefizite im Bereich Heilbehandlung und freiheitsentziehende Maßnahmen bei Heimbewohnern, FamRZ 1993, S. 642-645

- Wann hat ein „Grundleiden“ einen irreversiblen tödlichen Verlauf“ angenommen? FamRZ 2003, S. 1622-1623

**Ströbele, Paul/Hacker, Franz**, MarkenG, 7. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 2003

**Tank, Gerhard**, Der Missbrauch von Vertretungsmacht und Verfügungsbefugnis, NJW 1969, S. 6-11

**Taupitz, Jochen**, Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens? Gutachten A zum 63. Deutschen Juristentag, Leipzig 2000; zit.: Taupitz, Gutachten zum 63 DJT

- Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens – Eine internationale Dokumentati-

on, Berlin Heidelberg, 2000; zit.: Taupitz, Zivilrechtliche Regelungen

- Von der entrechtenden Bevormundung zur helfenden Betreuung: Das neue Betreuungsgesetz, JuS 1992, S. 9-13

**Taupitz, Jochen/Fröhlich, Uwe**, Medizinische Forschung mit nicht-einwilligungsfähigen Personen, VersR 1997, S. 911-918

**Teichmann, Arndt**, § 823 BGB und Verletzung eines anderen im Sport (1. Teil), JA 1979, S. 293-297

**Tempel, Otto**, Inhalt. Grenzen und Durchführung der ärztlichen Aufklärungspflicht unter Zugrundelegung der höchstrichterlichen Rechtsprechung, NJW 1980, 609-617.

**Thiele, Wolfgang**, Die Zustimmungen in der Lehre vom Rechtsgeschäft, Köln, Berlin, Bonn, München 1966

**Timm, Wolfram**, Das „Allgemeine Persönlichkeitsrecht“ im Wettbewerbs- und Markenrecht, in: Erichsen, Hans-Uwe/Kollhosser, Helmut/Welp, Jürgen: Recht der Persönlichkeit, S. 357 – 387, Berlin 1996

**Thomas, Heinz/Putzo, Hans**, Zivilprozessordnung, 26. Auflage, München 2004; zit.: Thomas/Putzo/Bearb.

**v. Tuhr, Andreas**, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Erste Hälfte, Berlin 1914; zit.: v. Tuhr, AT II 1

- Zweiter Band, Zweite Hälfte, München, Leipzig 1918, zit.: v. Tuhr, AT II 2

**Tröndle, Herbert**, Nochmals: Sterbehilfe, lex artis und mutmaßlicher Patientenwille Erwiderung auf M.v. Lutterottie: Ärztliche Überlegungen zu juristischen Vorschlägen, MedR 1988, S. 163-166

**Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas**, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 49. Auflage, München 1999; zit.: Tröndle/Fischer, 49. Aufl.

- 52. Auflage, München 2004

**Troller, Alois**, Immaterialgüterrecht, Band 1, 3. Auflage, Basel und Frankfurt am Main 1893

**Uhlenbruck, Wilhelm**, Die Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten, in: Festschrift für Deutsch, S. 849-862, Köln, Berlin, Bonn, München 1999

- Selbstbestimmtes Sterben - Durch Patienten-Testament, Betreuungsverfügung, Vorsorgevollmacht, Berlin 1997; zit.: Uhlenbruck, Selbstbestimmtes Sterben
- Die Altersvorsorge-Vollmacht als Alternative zum Patiententestament und zur Betreuungsverfügung, NJW 1996, S. 1583-1585
- Vorab-Einwilligung und Stellvertretung bei der Einwilligung in einen Heileingriff, MedR 1992, S. 134-141
- Selbstbestimmung im Vorfeld des Sterbens – rechtlich und medizinische Aspekte, Bochum 1992, zit.: Uhlenbruck, Selbstbestimmung
- Zur Rechtsverbindlichkeit des Patiententestaments – Zugleich eine Stellungnahme zum Beitrag von Wolfgang Spann, MedR 1983, S. 16-18
- Lutz, Schöllhammer: Die Rechtsverbindlichkeit des Patiententestaments, AcP 193 (1993), S. 487-494.

**Ulmer, Eugen**, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York 1980

**Urbanczyk, Reinhard**, Probleme der Postulationsfähigkeit und Stellvertretung, ZZZ 95 (1982), S. 339-361

**Veit, Barbara**, Das Betreuungsverhältnis zwischen gesetzlicher und rechtsgeschäftlicher Vertretung, FamRZ 1996, S. 1309-1317

**Verrel, Torsten**, Selbstbestimmungsrecht contra Lebensschutz, JZ 1996, S. 224-231

- Zivilrechtliche Vorsorge ist besser als strafrechtliche Kontrolle, MedR 1999, S. 547-550

**Vogel, Joachim**, Die versuchte „passive Sterbehilfe“ nach BGH MDR 1995, 80, MDR 1995, S. 337-340

**Voll, Doris**, Die Einwilligung im Arztrecht, Frankfurt am Main 1996



**Vollkommer, Max**, Verlust der Prozessfähigkeit, Wegfall des GmbH-Liquidators, fortbestehende Prozessvollmacht, Fortsetzung des Rechtsstreits ohne Unterbrechung – Kurzkomentar zur BGH-Entscheidung vom 8.2.1993, EWIR 1993, S. 615-616

**Vosteen, Klaus**, Rationierung im Gesundheitswesen und Patientenschutz, Frankfurt a.M., Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien 2000

**Wagenitz, Thomas**, Betreuung – Rechtliche Betreuung – Sozial(rechtlich)e Betreuung, FamRZ 1998, S. 1273-1280.

**Wagenitz, Thomas/Engers, Martin**, Anmerkung zum Beschluss des OLG Frankfurt a.M. vom 15.7.1998, FamRZ 1998, S. 1256-1257

- Betreuung – Rechtliche Betreuung – Sozial(rechtlich)e Betreuung, FamRZ 1998, S. 1273-1280

**Walter, Ute**, Die Vorsorgevollmacht, 1. Auflage, Bielefeld 1997

- Organentnahme nach dem Transplantationsgesetz: Befugnisse der Angehörigen, FamRZ 1998, S. 201-211

- Das Betreuungsrechtsänderungsgesetz und das Rechtsinstitut der Vorsorgevollmacht, FamRZ 1999, S. 685-696

- 63. Deutscher Juristentag in Leipzig (26.9.-29.9.2000) – Bericht über die Diskussion in der Abteilung Zivilrecht zum Thema: Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens? FamRZ 2000, S. 1483-1484

**Wandtke, Artur**, Die Kommerzialisierung der Kunst und die Entwicklung des Urheberrechts im Lichte der Immaterialgüterrechte von Josef Kohler, GRUR 1995, S. 385-392

**Weber, Anton**, Beitrag zur Dogmatik des Namensrechts, Freiburg 1905

**Weber-Grellet, Heinrich**, Verlust der Prozessfähigkeit einer durch einen Prozessbevollmächtigten vertretenen GmbH während des Prozesses, NJW 1986, S. 2559-2560

**Weise, Martin**, Altersvorsorge-Vollmacht in höchstpersönlichen Angelegenheiten? NJW 1996, S. 2418

**Werner, Olaf**, Die Vindikationsklage des Nichteigentümers als Fall der gewillkürten Prozeßstandschaft – BGH NJW-RR 1986, 158, JuS 1987, S. 855-861.

**Westermann, Peter**, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach dem Tode seines Trägers, FamRZ 1969, S. 561-572

**Weißbauer, Walther/Opderbecke, Wolfgang**, Behandlungsabbruch bei unheilbarer Krankheit aus medikolegaler Sicht, MedR 1995, S. 456-462

**Wiedemann, Herbert**, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, München und Berlin 1965

**Wienke, Albrecht /Lippert, Hans-Dieter**, Der Wille des Menschen zwischen Leben und Sterben – Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht, Berlin, Heidelberg 2001

**Wiese, Günther**, Persönlichkeitsrechtliche Grenzen sozialpsychologischer Experimente, in: Festschrift für Konrad Duden zum 70. Geburtstag, München 1977, S. 719-747

**Windel, Peter A.** Zur elterlichen Sorge bei Familienpflege, FamRZ 1997, S. 713-724

**Winkler, Mathias**, Vorsorgeverfügungen, München 2003

**Winkler-Wilfurth, Andrea**, Betreuung und Heilbehandlung, Regensburg 1992

**Wolff, Günther**, Der unbefugte Gebrauch einer Firma, Leipzig 1908

**Wolffgang, Hans-Michael/Ugowski, Patrick J.**, Das Dilemma mit den Nieren, Jura 1999, S. 593-599

**Wolfsteiner, Hans**, Kritik am rechtsgeschäftlichen Teil der Altersvorsorge-Vollmacht, NJW 1996, S. 2417-2418

**Wolter, Gerhard**, Treuhandrecht im Umbruch? Ein Blick auf Frankreich, Luxemburg, in die Schweiz und in den Libanon sowie auf das Haager Trust-Übereinkommen, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, New York, Paris, Wien 1998

**Zilkens, Martin**, Zur Rechtfertigung lebensnotwendiger Operationen bei verweigerter Einwilligung, Köln 1985

**Zimmermann, Theodor**, Die Vertretung in höchstpersönlichen Angelegenheiten – neure Entwicklungen im Betreuungsrecht, BWNotZ 1998, S. 101-113

**Zimmermann, Walter/Dammrau, Jürgen**, Das neue Betreuungs- und Unterbringungsrecht, NJW 1991, S. 538-546

**Zitelmann, Ernst**, Ausschluß der Widerrechtlichkeit, AcP 99 (1906), S. 1-130

**Zöller, Alexander**, Passive Sterbehilfe zwischen Selbstbestimmungsrecht des Patienten und mutmaßlicher Einwilligung, ZRP 1999, S. 317-319

**Zöller, Richard**, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 23. Auflage, Köln 2002; zit.: Zöller/Bearb.



## Einleitung

In den letzten Jahrzehnten vollzog sich in den Lebens- und Wertvorstellungen der heutigen Gesellschaft ein grundsätzlicher Wandel, infolge dessen die Autonomie als Leitbild – sowohl moralisch als auch rechtlich – in den Mittelpunkt gehoben wurde. Der medizinische Bereich blieb hiervon nicht verschont. So wird hier nicht mehr das eigene Leben, sondern das Selbstbestimmungsrecht des Menschen höher gewichtet.<sup>1</sup> Diese Entwicklung gipfelte nun in der Forderung, auch rechtsgeschäftlich autorisiertes Handeln in Gesundheitsangelegenheiten zuzulassen. Der Mensch möchte die eigene Gestaltung seiner persönlichen Rechtssphäre nicht mehr auf den Zeitraum beschränkt wissen, in dem er selbst noch handlungsfähig ist, sondern auch noch darüber hinaus seine Persönlichkeitsrechte zur Geltung bringen. Hierzu möchte er sich einer ihm nahe stehenden Person anvertrauen, die mit Eintritt seiner Handlungsunfähigkeit seinen Wünschen und Vorstellungen entsprechend handeln soll. Zwar kann er hierdurch nicht gänzlich einer Fremdbestimmung entgehen, jedoch enthalten die freie Auswahl seines Vertreters sowie die Bestimmung und Festlegung dessen Handlungsbefugnisse immer noch Elemente der Selbstbestimmung.<sup>2</sup> Zu bedenken ist, dass der Betroffene im Zustand der Handlungsunfähigkeit stets dem Willen anderer unterworfen ist.

Dieser Ruf nach Selbstbestimmung und Abwehr von Eingriffen unerwünschter Dritter wurde mit der Entwicklung der Apparatedizin und der damit verbundenen Möglichkeit der künstlichen Verlängerung des Lebens immer lauter.<sup>3</sup> Der Gesetzgeber konnte diesen „Hilferuf“ nicht überhören und fügte mit dem Betreuungsrechtsänderungsgesetz vom 25.06.1998 einen zweiten Absatz in § 1904 BGB ein. Nach §§ 1896 II BGB i.V.m. § 1904 II BGB ist nun eine Bevollmächtigung auch in Gesundheitsangelegenheiten gesetzlich zuläs-

---

<sup>1</sup> Taupitz, Gutachten zum 63. DJT, S. A 13; BGH, NJW 2005, 2385 f.;

<sup>2</sup> OLG Stuttgart, FamRZ 1994; 1417 f; Palandt/Diederichsen, Einf. v. § 1896 Rn. 6 f; Berger, JZ 2000, 797, 803.

<sup>3</sup> Vgl. A.Langenfeld/G.Langenfeld, ZEV 1996, 339, 339; zu Selbstbestimmungsrechten Sterbewilliger im deutschen Verfassungsrecht siehe Kämpfer, S. 159 ff.

sig. Sie muss gemäß § 1896 II 2 BGB aber geeignet sein, die staatliche Betreuung zu ersetzen. Bei medizinischen Maßnahmen im Sinne des § 1904 I BGB ist zusätzlich eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erforderlich.

Die Möglichkeit der Ersetzung der staatlichen Betreuung durch einen Bevollmächtigten, die für den vermögensrechtlichen Bereich bereits seit Inkrafttreten des Betreuungsgesetzes am 1.01.1992 bestand, sollte nach dem Willen des Gesetzgebers nicht nur das Selbstbestimmungsrecht stärken, sondern auch die Gerichte entlasten.<sup>4</sup> Jedoch erfüllten sich die Erwartungen des Gesetzgebers nicht.<sup>5</sup> Die Versuche, die Vorsorgevollmacht mit dem zum 01.01.1999 in Kraft getretenen Betreuungsrechtsänderungsgesetz weiterhin zu stärken, erbrachten ebenfalls nicht den gewünschten Erfolg.<sup>6</sup> So ist das Vormundschaftsgericht gemäß § 68 I 3 FGG verpflichtet, in geeigneten Fällen den Betroffenen auf die Möglichkeit der Vorsorgevollmacht und deren Inhalt hinzuweisen. Ferner können Betreuungsvereine gemäß § 1908 f I Nr.2a BGB nur anerkannt werden, wenn sie planmäßig über Vorsorgevollmachten informieren. Schließlich haben Betreuungsbehörden nach § 6 S. 2 Betreuungsbehördengesetz über Vollmachten aufzuklären und zu beraten. Neben diesen verfahrensrechtlichen Regelungen wurde – wie bereits erwähnt - durch §§ 1904 II BGB klargestellt, dass die Vollmacht auch die Einwilligung in gefährliche Heilbehandlungen umfassen kann.

Der Misserfolg bei der Einführung des neuen Rechtsinstituts der Vorsorgevollmacht ist zum einen darauf zurückzuführen, dass bei den Bürgerinnen und Bürgern Unsicherheit darüber herrscht, unter welchen Voraussetzungen diese Vollmachten zu beachten sind. Wirksamkeitserfordernisse und Inhalte von Vorsorgevollmachten hat der Gesetzgeber nicht besonders geregelt. Es kursieren eine unüberschaubare Anzahl unterschiedlicher Vordrucke.<sup>7</sup> Schließlich war bis vor kurzem ein länderübergreifendes Verfahren zum Auffinden

---

<sup>4</sup> Amtliche Begründung zum RegE vom 11.5.1989, BT-Drucks. 11/4528, S. 122.

<sup>5</sup> Dieckmann/Jurgeleit, BtPrax 2002, 135, 137.

<sup>6</sup> Dieckmann/Jurgeleit, BtPrax 2002, 135, 137.

<sup>7</sup> Vgl. Walter, FamRZ 2000, 1483, 1483; Keilbach, FamRZ 2003, 969, 969; [www.medizinethik.de/verfuegungen.htm](http://www.medizinethik.de/verfuegungen.htm).

von Vorsorgevollmachten nicht institutionalisiert.<sup>8</sup> Zum anderen wurde mit dem Betreuungsrechtsänderungsgesetz der Vorsorgevollmacht in Gesundheitsangelegenheit unzweifelhaft die Attraktivität genommen.<sup>9</sup> Untersteht sie in bestimmten Fällen nun auch der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, erweist sie sich nicht mehr als geeignetes Mittel für den Betroffenen, seinen Willen – die gänzliche Vermeidung staatlicher Einmischung – durchzusetzen. Und natürlich führt dieser Genehmigungsvorbehalt auch nicht zur Entlastung der Gerichte.

Diese Tendenz zurück zur staatlichen Bevormundung erfuhr durch das Urteil des BGH vom 17.03.2003<sup>10</sup> eine Verstärkung. Erstmals wurde über die Rechtsverbindlichkeit einer Patientenverfügung, die im engen Zusammenhang mit einer Vorsorgevollmacht in Gesundheitsangelegenheiten steht, höchstrichterlich entschieden. Nach außen hin wurde durch die Entscheidung des Gerichts der Patientenautonomie mehr Beachtung und Gewicht beigemessen, indem es der Patientenverfügung rechtsverbindlichen Charakter zusprach. Die Anerkennung der Rechtsverbindlichkeit stellte das Gericht jedoch unter gewisse Bedingungen, wie eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung, so dass letztlich nicht von einer Stärkung des Selbstbestimmungsrechts gesprochen werden kann. Zwar bezog sich das Urteil auf eine Patientenverfügung als Richtlinie für einen Betreuer. Es ist jedoch zu befürchten, dass die dort aufgestellten Regeln ebenfalls für die Vorsorgevollmacht gelten.<sup>11</sup> Nicht nur dass die Entscheidung zur partiellen Entmündigung des Patienten geführt hat, sie hat alle Beteiligten – vom Patienten, über den Arzt bis hin zum Betreuer, Bevollmächtigten und Richter – verunsichert. Als Folge hieraus wäre der Gesetzgeber aufgerufen, die Rechtslage endgültig zu klären.

Mag man sich darüber streiten, ob der Schutz des Betroffenen gerade im empfindlichen Bereich der Gesundheitsfürsorge durch die

---

<sup>8</sup> Vgl. Milzer, NJW 2003, 1836, 1839.

<sup>9</sup> Soergel/Zimmermann, § 1896 Rn. 86; Hennies, MedR 1999, 341 ff.; so aber auch die Befürworter der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungspflicht, vgl. Müller, DNotZ 1999, 107, 120.

<sup>10</sup> NJW 2003, 1588.

<sup>11</sup> Vgl. Kutzer, ZRP 2003, 213, 216; Pardey, Rn. 285 f.

staatliche Hand besser gewährleistet werden kann oder nicht, so steht jedoch außer Zweifel, dass dem Betroffenen die staatlichen Schutzmechanismen nicht all zu viel nützen, wenn sie aufgrund der leeren Staatskassen praktisch nicht funktionieren. Schon jetzt leiden die zuständigen Gerichte und Behörden unter Personalmangel und Arbeitsüberlastung.<sup>12</sup> Die Anzahl vormundschaftsgerichtlicher Anhörungen sind stark angestiegen, so dass sich der Aufwand für Vormundschaftsrichter und Rechtspfleger erheblich erhöht hat.<sup>13</sup> Dies belegen die in der BT-Drucksache – 13/713 (1997) mitgeteilten Zahlen zu Anhörungen durch Richter bzw. Rechtspfleger. Eine Konsequenz ist, dass die notwendigen im Interesse des Betroffenen liegenden Entscheidungen nicht immer sachgerecht und zeitnah getroffen werden.<sup>14</sup> Im medizinischen Bereich schließen sich Richter aus arbeitsökonomischen Gründen in ihren Beschlüssen zumeist den ärztlichen Gutachten an, so dass letzten Endes der medizinische Sachverständige entscheidet, ob die Genehmigung erteilt wird oder nicht.<sup>15</sup> Diese Tendenz wird in der Praxis noch verstärkt, weil Sachverständiger und ausführender Arzt bei gefährlichen Eingriffen dieselben Personen sind und durch das BtÄndG nur noch „in der Regel“ nicht personengleich sein dürften.<sup>16</sup>

Diese Schwächen des Betreuungsrechts hat auch der Gesetzgeber erkannt und ein zweites Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts beschlossen, das am 1. Juli 2005 in Kraft getreten ist. Leider konzentriert sich die jetzige Reform mehr auf die Entbürokratisierung des Betreuungswesens statt das Ziel der Betreuungsvermeidung durch Vorsorgevollmacht verstärkt zu verfolgen. Das Änderungs-gesetz sieht hierfür lediglich vor, die Beratungs- und Beglaubigungs-kompetenz auf mehrere Institutionen wie Betreuungsbehörden und – vereine zu verteilen. Ferner wurde ein Zentrales Vorsorgeregister bei der Bundesnotarkammer eingerichtet, um ein länderübergreifendes Verfahren zum Auffinden der Vorsorgeverfügungen zu gewähren. Hierzu wurde die Verordnung über das Zentrale Vorsorgeregister

---

<sup>12</sup> Eisenbart, S. 224 f.; Petsch, S. 5 f.

<sup>13</sup> Deinert, FamRZ 1998, 934 ff.

<sup>14</sup> Petsch, S. 16 ff., 62 f.

<sup>15</sup> Hennies, MedR 1999, 341, 344.

<sup>16</sup> Wagenitz, FamRZ 1998, 1273, 1280.



erlassen, die am 1.3.2005 in Kraft getreten ist.<sup>17</sup> Um die Betreuung zu vermeiden und das Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen zu stärken, bedarf es jedoch weiterer Reformen. Diese sind vonnöten, betrachtet man sich den demographischen Wandel der Bundesrepublik. Mit der stetig steigenden Zahl alternder Menschen gewinnt die Vorsorgevollmacht insbesondere in Gesundheitsangelegenheiten und in Verbindung mit ihr die Patientenverfügung immer mehr an Bedeutung.

Die vorliegende Arbeit widmet sich den aufgezeigten Problemen und versucht, eine gangbare Lösung zu finden, die die Interessen aller Beteiligten berücksichtigt. Hierbei beschäftigt sie sich mit der Frage, welche Möglichkeiten das geltende Recht zur Verfügung stellt, um den praktischen Bedürfnissen der privaten Gesundheitsvorsorge gerecht zu werden. Dazu beginnt die Ausführung mit einer kurzen Skizzierung der Strukturprinzipien des Betreuungsrechts, in dessen Rechtsrahmen die Vorsorgevollmacht eingebettet wurde, um dann die bestehenden Möglichkeiten der Vorsorge in Gesundheitsangelegenheiten vorzustellen. Anschließend behandelt sie die rechtlichen Rahmenbedingungen der Heilbehandlung und Patientenpflege, um aufzuzeigen, welche Aufgaben das rechtsgeschäftlich autorisierte Handeln in Gesundheitsangelegenheiten zu erfüllen hat und insbesondere welche Vorteile ein solches Handeln mit sich bringt. Dabei verschweigt sie nicht die derzeitigen Nachteile. Die darauf folgende Erörterung der Rechtsentwicklung dieses Rechtsinstituts insbesondere in ihrer dogmatischen Begründung verdeutlicht nochmals, welches Hauptproblem es hier zu meistern gilt, nämlich die Verhinderung von Missbräuchen. Endlich erfolgt die Suche nach Möglichkeiten der Rechtsgestaltung und Begründung des rechtsgeschäftlich autorisierten Handelns in Gesundheitsangelegenheiten, die diesem Hauptproblem am besten zu begegnen vermögen. In diesem Zusammenhang werden sowohl die Wirksamkeitsvoraussetzungen, die zur Missbrauchsprävention einen wichtigen Beitrag leisten können, herausgestellt als auch die inhaltlichen Grenzen der privaten Vorsorgeverfügung behandelt. Schließlich zeigt die Arbeit den legislativen Handlungsbedarf für die „Hilfe zur Selbsthilfe“ auf.

---

<sup>17</sup> Verordnung über das Zentrale Vorsorgeregister – VRegV- vom 21.02.2005, BGBl.I, 318; vgl. auch Kirchner/Eberle, MittBayNot 2004, 242 f.

# 1. Teil

## Die Hintergründe der Vorsorgevollmacht in Gesundheitsangelegenheiten

### A. Strukturprinzipien des Betreuungsrechts

Die Reform des Vormundschafts- und Pflegschaftsrechts, innerhalb derer die Vorsorgevollmacht erstmals ihre gesetzliche Verankerung erfahren hat, ist eine der wichtigsten Reformen des Familien- und Personenrechts des letzten Jahrhunderts.<sup>18</sup> Die 1987 mit einem Diskussionsentwurf eingeleitete Reform ersetzte die alten Rechtsinstitute der Entmündigung, der Vormundschaft über Volljährige sowie der Gebrechlichkeitspflegschaft durch ein neues Rechtsinstitut der Betreuung.<sup>19</sup> Zu den wesentlichen Zielen des Betreuungsrechts gehört es, verbliebene Selbstbestimmungsreste Fürsorgebedürftiger zu wahren und zu fördern, Eingriffe in ihre Freiheit durch Betreuungsmaßnahmen zu minimieren und, wenn möglich, eine Betreuung überhaupt zu vermeiden.<sup>20</sup> Die Maßnahmen staatlicher Fürsorge über Volljährige sollen somit auf das im Einzelfall erforderliche Maß beschränkt werden, um dem Selbstbestimmung des Betroffenen mehr Beachtung zu schenken.<sup>21</sup> Der Umsetzung dieses Zieles dienen insbesondere folgende Prinzipien:

#### I. Erforderlichkeits- und Subsidiaritätsgrundsatz

Der mit Verfassungsrang ausgestattete Grundsatz der Erforderlichkeit durchzieht das gesamte Betreuungsrecht. Er gilt nicht nur bei der Anordnung der Betreuung und der Festlegung ihres Umfangs, sondern auch im Rahmen ihrer Durchführung.<sup>22</sup> Gemäß §§ 1896 II, 1902 BGB wird die Betreuung demnach nur für diejenigen Angelegenheiten angeordnet, für die der Betroffene der Rechtsfürsorge durch einen gesetzlichen Vertreter bedarf. Sie ist deshalb gegenüber ande-

---

<sup>18</sup> Veit, FamRZ 1996, 1309, 1309.

<sup>19</sup> Vgl. §§ 1896 ff. BGB.

<sup>20</sup> Sachsen-Gessaphe, ZJP 2000, 25, 26.; BT-Drucks. 11/4528, S. 52 ff.

<sup>21</sup> Lipp, S. 14.

<sup>22</sup> Vgl. BT-Drucks. 11/4528, S.120, 121.

ren Hilfen und insbesondere gegenüber derjenigen durch einen rechtsgeschäftlich bestellten Vertreter subsidiär, § 1896 II 2 BGB. Auch darf sie nicht länger dauern als erforderlich, wofür eine Reihe verfahrensrechtlicher Sicherungen vorgesehen sind.<sup>23</sup>

## II. Selbstbestimmungsrecht des Betreuten

Die Selbstbestimmung des Betreuten wird zunächst gegenüber der Betreuung insgesamt dadurch gewahrt, dass diese nach Art und Umfang auf das jeweils für den Betreuten Erforderliche beschränkt ist. Darüber hinaus wird sie auch innerhalb der Betreuung verwirklicht:

So werden Anträge und Wünsche des Betreuten unabhängig von seiner Geschäftsfähigkeit für beachtlich erklärt.<sup>24</sup> Den Antrag auf Bestellung eines Betreuers kann auch ein Geschäftsunfähiger stellen,<sup>25</sup> wie ganz allgemein die Verfahrensfähigkeit nicht von der Geschäftsfähigkeit abhängt.<sup>26</sup> Grundsätzlich ist dem Vorschlag des Betroffenen zur Person des Betreuers zu entsprechen (sog. Betreuungsverfügung),<sup>27</sup> und auch im Rahmen der Betreuung sind die Wünsche des Betroffenen maßgeblich, soweit dies seinem Wohl nicht widerspricht und dem Betreuer zuzumuten ist.<sup>28</sup> Dies gilt auch für diejenigen Wünsche, die der Betreute bereits vor der Bestellung des Betreuers geäußert hat, es sei denn, dass er hieran erkennbar nicht festhalten will.<sup>29</sup> Denn zum Wohl des Betreuten gehört insbesondere die Möglichkeit, im Rahmen seiner Fähigkeiten sein Leben nach seinen eigenen Wünschen und Vorstellungen zu gestalten.<sup>30</sup>

---

<sup>23</sup> §§ 69 I Nr.5, 68 b I 5, 69i VI FGG (vgl. RegE vom 11.5.1989, BT-Drucks., S. 66).

<sup>24</sup> RegE vom 11.5.1989, BT-Drucks. 11/ 4528, S. 67 f. (allgemein), S. 70 f. (für die Heilbehandlung).

<sup>25</sup> § 1896 I 2; gleiches gilt für die Aufhebung der Betreuung, § 1908 d II 2 BGB.

<sup>26</sup> § 66 FGG.

<sup>27</sup> § 1897 IV BGB.

<sup>28</sup> § 1901 III 1 BGB.

<sup>29</sup> § 1901 III 2 BGB.

<sup>30</sup> § 1901 II 2 BGB.

### III. Personensorge

Das Betreuungsrecht verfolgt neben der Förderung der dem Betreuten verbliebenen Eigenkompetenz auch und vor allem das Ziel, die Personensorge, die im Recht der Vormundschaft und Pflegschaft nur eine untergeordnete Rolle spielte, zu stärken.<sup>31</sup> Um der Selbstbestimmung des Betreuten und dem Erforderlichkeitsgrundsatz Rechnung zu tragen,<sup>32</sup> enthält das Betreuungsgesetz nicht nur für die Vermögenssorge, sondern auch für die Personensorge eine eingehende Regelung. Dies trifft insbesondere für bestimmte, als wichtig angesehene Angelegenheiten der Personensorge zu, für die der Betreuer der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf und für die auch besondere verfahrensrechtliche Sicherungen vorgesehen sind<sup>33</sup>: Untersuchung des Gesundheitszustandes, ärztliche Eingriffe und Heilbehandlung,<sup>34</sup> Sterilisation,<sup>35</sup> Unterbringung und unterbringungsähnliche Maßnahmen.<sup>36</sup> Gleiches gilt für Maßnahmen der Vermögenssorge im Bereich der Wohnungsauflösung<sup>37</sup> wegen ihres starken Bezuges zur Persönlichkeit des Betreuten.<sup>38</sup>

### IV. Persönliche Betreuung

Durch eine Vielzahl von Regelungen direkter und indirekter Art versucht das Betreuungsgesetz zu gewährleisten, dass die Betreuung im persönlichen Kontakt erfolgt.<sup>39</sup> Die „persönliche Betreuung“ soll sicherstellen, dass die individuellen Bedürfnisse und Wünsche des Betreuten vom Betreuer beachtet werden,<sup>40</sup> und wahrt damit die Selbstbestimmung des Betroffenen.<sup>41</sup> Zum Betreuer darf deshalb nur jemand bestellt werden, der auch die Eignung zur persönlichen Betreuung besitzt.<sup>42</sup> Bei der Auswahl des Betreuers ist in erster Linie

---

<sup>31</sup> Vgl. BT-Drucks. 11/4528, S. 52.

<sup>32</sup> RegE vom 11.5.1989, BT-Drucks., S. 70.

<sup>33</sup> §§ 67 I 2 Nr.3, 69 d I 3, II, III, 69 i I 3, 70 ff. FGG.

<sup>34</sup> § 1904 BGB.

<sup>35</sup> § 1905 BGB.

<sup>36</sup> § 1906 BGB.

<sup>37</sup> § 1907 BGB.

<sup>38</sup> RegE vom 11.5.1989, BT-Drucks., S. 70.

<sup>39</sup> Eine Aufstellung findet sich im RegE vom 11.5.1989, BT-Drucks., S. 68 ff.

<sup>40</sup> RegE vom 11.5.1989, BT-Drucks., S. 70.

<sup>41</sup> MüKo/Schwab, vor § 1896 Rn. 13.

<sup>42</sup> §§ 1897 I, 1900 I 1, IV 1 BGB.

der vom Betroffenen vorgeschlagene oder eine ihm nahe stehende Person zu bestellen.<sup>43</sup> Erst wenn eine Betreuung durch eine natürliche Person nicht möglich ist, kann ein Betreuungsverein oder gar die Betreuungsbehörde zum Betreuer bestellt werden.<sup>44</sup> Der Betreuer ist verpflichtet, alle wichtigen Angelegenheiten von sich aus mit dem Betreuten zu bereden<sup>45</sup> und im Übrigen dem Wunsch des Betreuten nach einer Besprechung grundsätzlich nachzukommen.<sup>46</sup>

## V. Rechtswirkungen der Betreuung

Die Anordnung der Betreuung als solche führt weder zu einer Beschränkung der Geschäfts-, Ehe-, Testier- oder Einwilligungsfähigkeit<sup>47</sup> noch setzt sie die Feststellung der Geschäftsunfähigkeit notwendig voraus. Nur wenn und soweit eine Beschränkung der Geschäftsfähigkeit des Betreuten erforderlich ist, kann ein Einwilligungsvorbehalt angeordnet werden. Dies wird in der Regel dann geschehen, wenn der Betreute sich selbst oder sein Vermögen erheblich gefährdet. Die Anordnung des Einwilligungsvorbehalts führt praktisch zu einer partiellen Geschäftsunfähigkeit des Betreuten.<sup>48</sup> Unverändert blieben die Regelungen der sog. natürlichen Geschäftsunfähigkeit,<sup>49</sup> die auch für die Eheunfähigkeit maßgeblich ist,<sup>50</sup> und der Testierfähigkeit,<sup>51</sup> die auf den jeweiligen geistigen Zustand des Handelnden abstellen.<sup>52</sup>

---

<sup>43</sup> § 1897 IV und V BGB.

<sup>44</sup> § 1897 I BGB.

<sup>45</sup> § 1901 III 3 BGB.

<sup>46</sup> Das folgt aus der allgemeinen Pflicht nach § 1901 III 1 BGB, den Wünschen des Betreuten nachzukommen (so auch die Materialien, vgl. RegE vom 11.5.1989, BT-Drucks., S. 69 f.

<sup>47</sup> RegE vom 11.5.1989, BT-Drucks., S. 59 ff.

<sup>48</sup> §§ 1903, 108-113, 131 II BGB; vgl. Taupitz, JuS 1992, 9, 12.

<sup>49</sup> § 104 Nr.2 BGB.

<sup>50</sup> § 1304 BGB in der Fassung durch das Gesetz zur Neuordnung des Eheschließungsrechts (Eheschließungsrechtsgesetz – EheschIRG) vom 4.5.1998, BGBl. 1998 I, 833. Bis zum 30.6.1998 (Art.18 III EheschIRG) ergab sich dies aus dem gleichlautenden § 2 EheG.

<sup>51</sup> § 2229 IV BGB.

<sup>52</sup> RegE vom 11.5.1989, BT-Drucks., S. 52 f. (allgemein), S. 59 f. (Geschäftsunfähigkeit), S. 64 ff (Ehe-, Testierunfähigkeit).

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Regelungen des Betreuungsrechts grundsätzlich geeignet sind, der Autonomie des Betroffenen Beachtung zu schenken. Vor allem aber die Möglichkeit, durch Vorsorgevollmachten die staatliche Einflussnahme nach Eintritt der Entscheidungsfähigkeit zumindest zu reduzieren, trägt der Autonomie des Betroffenen Rechnung.

## **B. Bedeutung und Funktion von Vorsorgeverfügungen im Gesundheitsbereich**

### **I. Begriffsbestimmung der Vorsorgevollmacht in Gesundheitsangelegenheiten und Patientenverfügung**

In den §§ 1896 ff. BGB, in denen die Vorsorgevollmacht ihre rechtliche Grundlage gefunden hat, wird eine Legaldefinition des Begriffs der Vorsorgevollmacht nicht gegeben. Zwar kann sich die Vorsorgevollmacht auf vielfältige Angelegenheiten beziehen. So kommen grundsätzlich sämtliche Rechtsgeschäfte in Betracht, soweit sie nicht vertretungsfeindlich sind, wie z.B. die Errichtung einer Verfügung von Todes wegen, vgl. §§ 2064, 2274 BGB. Im Rahmen dieser Arbeit interessiert jedoch ausschließlich die Frage nach der Vorsorgevollmacht in Gesundheitsangelegenheiten. Im Gegensatz zur Vorsorgevollmacht in vermögensrechtlichen Angelegenheiten, wofür sich die Bezeichnung „Vorsorgevollmacht“ uneingeschränkt durchgesetzt hat,<sup>53</sup> ist die Terminologie für die in § 1904 II BGB behandelte spezielle Vorsorgevollmacht uneinheitlich.<sup>54</sup> So werden u.a. die Begriffe „Patientenvollmacht“<sup>55</sup>, „Patientenanwalt“<sup>56</sup> und Stellvertretung oder (Vorsorge-)Vollmacht in Gesundheitsangelegenheiten<sup>57</sup> verwendet. Die Verfasserin verwendet zunächst alternativ diese Begriffe, um später zur eigenen Begriffsbestimmung zu gelangen.

---

<sup>53</sup> Auch der Gesetzgeber verwendet in § 1908 f I Nr. 2a BGB und § 68 I 3 FGG diese Bezeichnung.

<sup>54</sup> Keilbach, FamRZ 2003, 969, 971

<sup>55</sup> Keilbach, FamRZ 2003, 969, 971.

<sup>56</sup> Esch, Der Patientenanwalt.

<sup>57</sup> Uhlenbruck, in FS für Deutsch, S. 852 ff.; Eisenbart, S. 208 ff.

Allgemein versteht man unter einer Vorsorgevollmacht in Gesundheitsangelegenheiten die Bevollmächtigung einer anderen Person dazu, im Namen und mit Wirkung für den Vollmachtgeber Erklärungen – hier Behandlungsanweisungen – abzugeben, zu denen der Vollmachtgeber selbst infolge vor allem altersbedingten Verlusts der Geschäftsfähigkeit nicht mehr in der Lage ist.<sup>58</sup> Nach der hier vertretenen Ansicht geht sie über diese Definition hinaus. Denn regelmäßig möchte der Betroffene nicht nur seine Willenserklärungen vertreten wissen, sondern die umfassende Wahrnehmung seiner Interessen regeln. Hierzu gehören auch die Geltendmachung seiner Persönlichkeitsrechte und gegebenenfalls die gerichtliche Verfolgung eingetretener Verletzungshandlungen.

Durch die Einführung des konkreten Formerfordernisses gemäß § 1904 II BGB für Vorsorgevollmachten hinsichtlich gefährlicher Heileingriffe im Sinne des § 1904 I BGB hat der Gesetzgeber den Weg geebnet, die Vorsorgevollmacht als rechtstechnische Kombination aus Patientenverfügung und Vollmacht auszugestalten.<sup>59</sup> In der Patientenverfügung entscheidet der spätere Patient ebenfalls über die Frage der Zulässigkeit, Reichweite und Intensität seiner medizinischen Behandlung zu einem Zeitpunkt, in dem er selbst noch entscheidungs- und äußerungsfähig ist. Hierbei willigt er regelmäßig in eine ausreichende Bekämpfung von Schmerzen mit unter Umständen lebensverkürzender Wirkung durch Verabreichung entsprechender Medikamente ein, verweigert aber vor allem oder gar ausschließlich die Einwilligung in lebenserhaltende bzw. lebensverlängernde Maßnahmen bei infauster Prognose.<sup>60</sup> Die Patientenverfügung ist mithin regelmäßig eine Kombination aus antizipierter rechtfertigender Einwilligung und Einwilligungsverweigerung und stellt einen Sonderfall der Behandlungsanweisung zu passiver Sterbehilfe dar.<sup>61</sup> Zwar kann sehr wohl auch der vorsorgliche Wunsch nach Einleitung bzw. Fortsetzung lebensverlängernder Maßnahmen auch noch innerhalb

---

<sup>58</sup> Vgl. Palandt/Diederichsen, Einf.v. § 1896 Rn. 7, § 1904 Rn. 7; Uhlenbruck/Ulsenheimer, in HdB Arztrecht, § 132 Rn. 39; Deutsch/Spickhoff, Rn. 512, 515; Walter, FamRZ 1999, 685, 685 Fn. 2.

<sup>59</sup> Siehe unten, S. 174.

<sup>60</sup> Vgl. Taupitz, Gutachten zum 63. DJT, S. A 106.

<sup>61</sup> Heyers, S. 106, 107; Eisenbart, S. 15.

des Sterbevorgangs Gegenstand einer Vorsorgeverfügung sein.<sup>62</sup> Jedoch wird dies kaum vorkommen. Die traditionelle medizinische Standesethik verpflichtet den Arzt zum Heilen und Helfen,<sup>63</sup> so dass dieser trotz Fehlen einer solchen Verfügung regelmäßig Maßnahmen ergreifen wird, die eine Lebensverlängerung bezwecken.<sup>64</sup> Die Angst des späteren Patienten liegt vielmehr darin, dass seinem Wunsch, menschenwürdig zu sterben, nicht entsprochen wird.<sup>65</sup> Die Hintergründe hierfür liegen zum einen in der Verlagerung des Sterbevorgangs aus einer der Öffentlichkeit entzogenen privaten Umgebung in die relativ größere Öffentlichkeit von Krankenhäusern und anderen Krankenpflegeeinrichtungen;<sup>66</sup> zum anderen haben Fortschritte der medizinischen Technologie und Pharmakologie es möglich gemacht, das Leben todkranker oder sonst hoffnungslos kranker Patienten, die nur wenig oder gar keine Aussicht auf Heilung haben, auf unabsehbare Zeit zu verlängern.<sup>67</sup> Diese beiden Faktoren zusammen veranlassen den Betroffenen zum Verfassen einer Patientenverfügung.

Im Unterschied zur Vorsorgevollmacht werden die Entscheidungen in der Patientenverfügung persönlich<sup>68</sup> getroffen und richten sich, isoliert ausgestaltet, in der Regel nicht an den Bevollmächtigten, sondern an den behandelnden Arzt. Die Patientenverfügung enthält in ihrer ursprünglichen Bedeutung also bereits die für den späteren ärztlichen Eingriff erforderliche rechtfertigende Einwilligung bzw. deren Verweigerung, während die Vorsorgevollmacht die Entscheidung des Bevollmächtigten hierüber gegenüber dem Arzt erst legitimiert.<sup>69</sup>

Neben der Zielsetzung, einen eigenen Tod sterben zu wollen, tritt insbesondere bei der Bevollmächtigung der Wunsch hinzu, die eigenen Angelegenheiten möglichst familienintern und ohne staatlichen

---

<sup>62</sup> Keilbach, FamRZ 2003, 969, 970.

<sup>63</sup> Baumann/Hartmann, DNotZ 2000, 594, 595; Deutsch/Spickhoff, Rn. 12.

<sup>64</sup> Vgl. Putz/Steldinger, S. 33; Verrel, MedR 1999, 547, 550.

<sup>65</sup> Roth, JZ 2004, 494, 495.

<sup>66</sup> Vgl. Heifetz/Mangel, S. 145 ff.

<sup>67</sup> Vgl. Giesen, JZ, 1990, 929, 929; Eisenbart, S. 13 f.

<sup>68</sup> Berger, JZ 2000, 797, 800.

<sup>69</sup> Berger, JZ 2000, 797, 803; Keilbach, FamRZ 2003, 969, 980.



Eingriff zu regeln.<sup>70</sup> Als Motiv für ein Vorsorgeanliegen werden vor allem schlechte Erfahrungen beim Umgang mit Institutionen wie Gerichte, Krankenhäuser oder Heime, die persönliche Behandlungswünsche nicht respektierten, genannt. Dabei ist es unerheblich, ob eigene oder Erfahrungen Dritter den Hintergrund dieser Befürchtungen bilden. Gelegentlich machen sich auch rüstige Alleinstehende - veranlasst durch Unfall oder Sturz - mit den Gedanken einer Vorsorge vertraut.<sup>71</sup> In der Praxis erfolgen die Bevollmächtigung und/oder das Verfassen einer Patientenverfügung also stets anlassbezogen.

## II. Die Betreuungsverfügung

Als weitere Möglichkeit der Vorsorge in Gesundheitsangelegenheiten steht dem Betroffenen die Betreuungsverfügung zur Verfügung. Darunter versteht man jede Willensäußerung, die eine Person für den Fall ihrer späteren Betreuungsbedürftigkeit im Hinblick auf die Auswahl des Betreuers und die Wahrnehmung der Betreuung trifft.<sup>72</sup> In diesem Zusammenhang können ohne weiteres auch Behandlungsanweisungen als Richtlinie für die Wahrnehmung der Betreuung geäußert werden.<sup>73</sup> Das BGB behandelt die Betreuungsverfügung in §§ 1897 IV 3, 1901 III 2 und § 1901 a BGB. Auch für sie gilt, dass sie erst dann Verwendung finden kann, wenn der Patient seine Entscheidungsfähigkeit verloren hat.<sup>74</sup>

Die Regelungen in der Betreuungsverfügung können sich weitgehend mit denjenigen in Vorsorgevollmachten und Patientenverfügungen decken.<sup>75</sup> Als Adressat kommt sowohl das Vormundschaftsge-

---

<sup>70</sup> Hoffmann/Schumacher BtPrax 2002, 191, 193, 194; Müller-Freienfels, FS Max Keller, S. 35, 52, A.Langenfeld, S. 24; vgl. auch Perau, MittRhNotK 1996, 285, 294, 299; Epple, BtPrax 1993, 156, 156; a.A. Th. Zimmermann, BWNotZ 1998, 101, 107.

<sup>71</sup> Hoffmann/Schumacher, BtPrax 2002, 191, 193, 194.

<sup>72</sup> A.Langenfeld, S. 156; Epple, BWNotZ 1992, 27 ff., ders. in: BtPrax 1993, 156 ff.; Art. 34 a I BayAGGVG, eingefügt durch Gesetz v. 27.12.1991 (GVBl., S.496) enthält eine Legaldefinition der Betreuungsverfügung.

<sup>73</sup> Vgl. Epple, BWNotZ 1992, 27, 29; Friedrichs, MDR 1992, 5 (6); Palandt/Diederichsen, Einf. v. § 1896, Rn. 9.

<sup>74</sup> Heyers, S. 178; Staudinger/Bienwald, § 1904 Rn. 21.

<sup>75</sup> Coepicus, S. 51.

richt als auch der künftige Betreuer in Betracht.<sup>76</sup> Laufen die getroffenen Regelungen, die die Wünsche und Vorstellungen des Betroffenen darlegen, seinem objektiv verstandenen Wohl nicht zuwider, dienen sie dem Vormundschaftsgericht wie dem Betreuer als verbindliche Vorschläge hinsichtlich Bestellung und Führung der Betreuung (§ 1901 III 1 BGB).

### **III. Kriterien für die Wahl zwischen den Vorsorgealternativen**

Je nach dem welchen Charakter und welche Einstellung die betroffene Person besitzt und von welchen Personen sie umgeben wird, wird sie sich für die eine oder andere Form der privaten Vorsorge entscheiden, vorausgesetzt sie weiß von allen ihr zur Verfügung stehenden Möglichkeiten. Besitzt sie im Verwandten- oder Freundeskreis einen Menschen, dem sie voll und ganz vertraut, und möchte sie im Falle des Verlustes ihrer Entscheidungsfähigkeit nicht „allein“ sein, d.h. von einer vertrauten Person umsorgt werden, so wird sie sich für eine Vorsorgevollmacht entscheiden. Besteht zwar grundsätzlich ein Vertrauensverhältnis zum besagten Menschen, möchte sie ihn aber trotzdem der staatlichen Kontrolle unterstellen – sei es, weil letzte Zweifel hinsichtlich dessen Persönlichkeit nicht weggewischt werden können, sei es, weil die auserwählte Person der Entscheidungshilfe durch eine staatliche Stelle bedarf -, dann wird sie sich für eine Betreuungsverfügung entscheiden. Die Patientenverfügung als alleiniges Instrument der privaten Vorsorge kommt nur dann in Betracht, wenn die betroffene Person keine Vertrauensperson besitzt oder aber – was wahrscheinlich seltener der Fall sein wird – das Gefühl haben will, gänzlich eigenverantwortlich und höchstpersönlich über ihren Körper und ihr Leben zu entscheiden.<sup>77</sup>

---

<sup>76</sup> Keilbach, FamRZ 2003, 969, 971.

<sup>77</sup> Derzeit entscheidet stets eine dritte Person für eine entscheidungsunfähige Person, sei es der Arzt oder der gesetzliche Vertreter, vgl. S. 23 ff.

#### **IV. Funktion der Vorsorgeverfügungen in Gesundheitsangelegenheiten**

Allen drei Instrumenten der Vorsorge gemeinsam ist, dass sie der Absicherung der Patientenautonomie dienen sollen, welche als spezieller Fall des Selbstbestimmungsrechts die Entscheidungsfreiheit hinsichtlich der ärztlichen Behandlung umfasst.<sup>78</sup> Als Abwehrrecht ausgestaltet entfaltet sie nicht nur eine Stoßrichtung gegen staatliche Eingriffe, sondern auch gegen Bevormundung vonseiten des behandelnden Arztes, des Pflegepersonals und anderer Personen wie Ehegatten oder Lebenspartnern, Angehörigen und Freunden.<sup>79</sup>

Während einst die Rolle des Patienten in der Beziehung zum Arzt eher durch Passivität geprägt war und die Art und Weise der medizinischen Behandlung von dem Patienten kaum hinterfragt oder angezweifelt wurde, hat sich der Patient allmählich von der paternalistischen Haltung des Arztes distanziert.<sup>80</sup> Maßgebende Impulse für diese geänderte Arzt-Patienten-Beziehung sind dabei auch von der Geistesbewegung der Aufklärung ausgegangen, die sich vom Ende des 17. Jahrhunderts an von England über Frankreich und Deutschland in ganz Europa verbreitete. Das dadurch beeinflusste neue Selbstverständnis des Menschen, welches das Vertrauen auf die Macht der Vernunft in den Vordergrund stellte und die Freiheit des Individuums, sein Leben selbst zu gestalten, als höchstes Gut ansah, trug dazu bei, dass auch das Arzt-Patienten-Verhältnis eine Wandlung erfuhr<sup>81</sup> und die rechtlichen Rahmenbedingungen der Heilbehandlung und Patientenpflege umgestaltete.<sup>82</sup>

---

<sup>78</sup> BGHZ 90, 96, 100 ff. = JZ 1984, 629, 630 f.; BGHSt 40, 257, 260; Höfling, JuS 2000, 111, 114 f.

<sup>79</sup> Berger, JZ 2000, 797, 798.

<sup>80</sup> Esch, S. 1; Schmid, NJW 1984, 2601, 2604.

<sup>81</sup> Esch, S. 1; Franke, S. 33 ff.

<sup>82</sup> Grundlegend Franke, S. 72 ff.; vgl. auch Schmitz, S. 80 f.

## **C. Rechtliche Rahmenbedingungen der Heilbehandlung und Patientenpflege**

### **I. Pflichten des behandelnden Arztes gegenüber dem Patienten**

Nach dem Berufsethos des Ärztestandes hat der Arzt grundsätzlich das Recht und die Pflicht, jedes ihm anvertraute Menschenleben von der Empfängnis bis zum Tod im Rahmen seiner Möglichkeiten zu schützen und zu bewahren sowie kranke Menschen nach Möglichkeit von ihren Leiden zu heilen.<sup>83</sup> Das ärztliche Bemühen um Heilung des Patienten findet seine Grenzen jedoch im freien Selbstbestimmungsrecht des Menschen über seinen Körper (Art. 1 I, Art. 2 GG).<sup>84</sup> Die hippokratische Maxime „Salus aegroti suprema lex“ hat sich im Zeichen der Patientenautonomie zu „Voluntas aegroti suprema lex“ gewandelt.<sup>85</sup> Die Selbstbestimmung des Patienten wird durch das Erfordernis seiner Einwilligung nach vorausgegangener ärztlicher Aufklärung gesichert.<sup>86</sup> Der Arzt kann nach seinem pflichtgemäßen Ermessen jeweils im konkreten Einzelfall diejenigen therapeutischen Maßnahmen wählen, die nach seiner Überzeugung unter den gegebenen Umständen die besten Heilungswirkungen für den Patienten versprechen. Jedoch kann der Patient – ohne an eine besondere Form gebunden zu sein – Wünsche äußern, insbesondere unter mehreren anerkannten Behandlungsmethoden wählen. Diese Wünsche sind vom Arzt auch angemessen zu beachten. Hierbei sollte der Arzt bis an die Grenze des medizinisch Vertretbaren gehen.<sup>87</sup>

---

<sup>83</sup> Keilbach, FamRZ 2003, 969, 971.

<sup>84</sup> BGH, NJW 1958, 267 f.; BGHSt 11, 111, 113 f.; BGH, MedR 1985, 40, 43; siehe auch Voll, S. 47 f.; Rethmann, S. 72 ff.

<sup>85</sup> Keilbach, FamRZ 2003, 969, 971; Baumann/Hartmann, DNotZ 2000, 594, 595; Deutsch/Spickhoff, Rn. 12, 16.

<sup>86</sup> May, S. 41; Laufs, VersR, 1972, 1, 1 ff.; Deutsch/Spickhoff, Rn. 187 ff.; Deutsch, in: NJW 1979, 1905, 1905.

<sup>87</sup> Keilbach, FamRZ 2003, 969, 975.

## II. Grenzen der Patientenautonomie

### 1. Indikation

Aus dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten kann jedoch kein uneingeschränkter Behandlungsanspruch gegenüber dem Arzt abgeleitet werden. Es ist zu berücksichtigen, dass jede ärztliche Maßnahme auf ein Behandlungsziel hin indiziert sein muss und dass der Wunsch nach einem nicht indizierten ärztlichen Eingriff grundsätzlich nicht beachtet werden muss.<sup>88</sup> Denn der Arzt ist nicht verpflichtet, seinen ärztlichen Auftrag zuwider zu handeln.<sup>89</sup> Ist jedoch ein vom Betroffenen gewünschter Eingriff zwar nicht strikt indiziert, aber doch medizinisch vertretbar, sollte der Arzt zustimmen.<sup>90</sup>

### 2. Kapazitäten<sup>91</sup>

Desweiteren ergeben sich Einschränkungen der ärztlichen Behandlungspflicht zum Ergreifen lebensrettender Maßnahmen in Fällen, in denen die vorhandenen Kapazitäten beim Auftreten mehrerer Notfälle nicht ausreichen, um bei allen Patienten die erforderlichen Behandlungsmaßnahmen durchzuführen.<sup>92</sup> In einem solchen Fall hat der Arzt die Kapazitäten nach pflichtgemäßem Ermessen einzusetzen; hierbei wird er regelmäßig Überlebenschancen oder Zeitfaktor der Einlieferung als Entscheidungskriterium wählen.<sup>93</sup> Der Mangel an Kapazitäten beschränkt sich jedoch nicht nur auf Notfälle. Seit Jahren herrscht im Gesundheitswesen ein hoher Kostendruck aufgrund der Ressourcenknappheit.<sup>94</sup> Die Folge hiervon ist, dass nicht jedem Patienten eine optimale Behandlung gewährt werden kann. Reicht also die apparative Ausstattung einer Universitätsklinik, also einer Stätte der Maximalversorgung, nicht aus, allen Patienten die nach den neuesten medizinischen Erkenntnissen optimale Therapie zuteil werden zu lassen, so muss der Patient nach einem Urteil des OLG

---

<sup>88</sup> Opperbecke/Weissauer, MedR 1998, 395, 397.

<sup>89</sup> Ankermann, MedR 1999, 387, 389; Kern, NJW 1994, 753, 754, 759.

<sup>90</sup> Laufs, NJW 2000, 1757, 1760; Bender, NJW 1999, 2706 ff.

<sup>91</sup> Siehe ausführlich hierzu Vosteen, Rationierung im Gesundheitswesen und Patientenschutz.

<sup>92</sup> Dölling, MedR 1987, 6, 10, vgl. auch Opperbecke, MedR 1985, 23, 27 f.

<sup>93</sup> Deutsch/Spickhoff, Rn. 489.

<sup>94</sup> Vgl. Ribhegge, in: Joerdan, S. 115 ff.

Kölns<sup>95</sup> die sich hieraus ergebenden Nachteile entschädigungslos hinnehmen, wenn die Behandlung im Übrigen gutem ärztlichen Qualitätsstandard entspricht.<sup>96</sup> Gegebenenfalls kann der Patient auch an eine besser ausgestattete Klinik verwiesen werden.<sup>97</sup>

### 3. Rechtswidrigkeit von Behandlungsmaßnahmen

Ferner kann der Arzt nicht gezwungen sein, auf Wunsch des Patienten etwas Rechtswidriges oder gar Strafbares zu tun.<sup>98</sup> Dieser Aspekt spielt insbesondere im Rahmen der Sterbehilfeproblematik,<sup>99</sup> die gesetzlich nicht geregelt ist, eine Rolle.

Zunächst ist davon auszugehen, dass die Sterbehilfe nur dann problematisch ist, wenn sie vor Eintritt des Hirntodes<sup>100</sup> geleistet wird, da mit dem Organtod des Gehirns die für jedes personale menschliche Leben unabdingbaren Voraussetzungen endgültig erloschen sind.<sup>101</sup>

#### a. sog. „Sterbehilfe“ bzw. „Hilfe im Sterben“

Unter „Hilfe im Sterben“ werden diejenigen ärztlichen und pflegerischen Maßnahmen zusammengefasst, die sowohl die Schmerzlinderung als auch die Erleichterung des Sterbevorgangs zum Ziel haben, ohne dass mit ihnen ein lebensverkürzendes Risiko verbunden ist.<sup>102</sup> Zu solchen Maßnahmen ist der Arzt verpflichtet, da sie in der Regel

---

<sup>95</sup> OLG Köln, VersR 1999, 847.

<sup>96</sup> Im Übrigen sollen hier keine besonderen Aufklärungs- und Hinweispflichten bestehen, vgl. Laufs, NJW 2000, 1757 ff., FN 148.

<sup>97</sup> LG Köln, MedR 1999, 323 m. Problemstellung Gehele.

<sup>98</sup> Uhlenbruck/Laufs in HdB Arztrecht, § 52 Rn. 8.

<sup>99</sup> Zur Sterbehilfe im Verfassungsrecht siehe Kämpfer

<sup>100</sup> Der Hirntod ist der vollständige und irreversible Zusammenbruch der Gesamtfunktion des Gehirns bei noch aufrechterhaltener Kreislauffunktion im übrigen Körper; im Zusammenhang mit Organtransplantationen ist dieser juristische Todeszeitpunkt wieder ins Wanken gekommen, vgl. Wolf, in: Joerdan, S. 289 ff.; vgl. auch § 3 TPG.

<sup>101</sup> Eser in Schönke/Schröder/Eser, Vorbem. §§ 211 ff., Rn. 22; zum funktionalen Todesbegriff Deutsch/Spickhoff Rn. 519 f.

<sup>102</sup> Vgl. Grundsätze der Bundesärztekammer (BÄK) zur ärztlichen Sterbebegleitung, NJW 1998, 3406 f.; Dölling, MedR 1987, 6, 6; Laufs, NJW 1997, 1609, 1616; Kutzer, NSiZ 1994, 110, 110.

von der Einwilligung bzw. mutmaßlichen Einwilligung des Patienten gedeckt sind.<sup>103</sup>

## **b. aktive Sterbehilfe**

Grundsätzlich unzulässig ist jede gezielte aktive Lebensverkürzung durch künstliche Eingriffe in die restlichen Lebensvorgänge, um das Eintreten des Todes zu beschleunigen.<sup>104</sup> Eine aktive Tötung als Mittel zur Schmerzabsetzung im Sinne einer Hilfe zum Sterben oder zwecks Erlösung von einem scheinbar sinnlos gewordenen Leben ist auch dann gemäß § 216 StGB verboten, wenn sie auf das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Opfers hin geschieht. Denn hierfür sieht § 216 StGB nur eine Strafmilderung vor, nicht jedoch den gänzlichen Ausschluss der Strafbarkeit. Aufgrund der Einheit der Rechtsordnung enthält § 216 StGB eine für die gesamte Rechtsordnung verbindliche Einwilligungssperre gegenüber aktiver Fremdtötung.<sup>105</sup>

## **c. Indirekte Sterbehilfe**

Es ist allgemein anerkannt, dass der Arzt mit Einverständnis des Patienten auch zur Schmerzbehandlung berechtigt und verpflichtet ist, soweit diese möglicherweise als nicht beabsichtigte, aber unvermeidbare Nebenwirkung den Eintritt des Todes des Schwerkranken beschleunigt (sog. „indirekte Sterbehilfe“ oder „indirekte Euthanasie“).<sup>106</sup> Denn Maßnahmen zur Lebensverlängerung sind nicht allein deshalb gerechtfertigt, weil sie durch den Fortschritt der Medizin technisch möglich geworden sind.<sup>107</sup> Die Ermöglichung eines Todes in Würde und Schmerzfreiheit ist ein höherwertiges Rechtsgut als die Aussicht, unter schwersten Schmerzen noch einige Tage länger leben zu müssen.<sup>108</sup>

---

<sup>103</sup> Dölling, MedR 1987, 6, 6.

<sup>104</sup> Eser in Schönke/Schröder/Eser, Vorb. §§ 211 ff. Rn. 24; ders. in: MedR 1985, 6, 7.

<sup>105</sup> Vgl. Detering, JuS 1983, 418, 418.

<sup>106</sup> BGH, NJW 1997, 807, 809; NJW 2003, 1588, 2326; Hufen, NJW 2001, 849, 854; Laufs, NJW 1996, 763, 763; ders. in NJW 1997, 1609, 1616.

<sup>107</sup> BGH, NJW 1984, 2639, 2642.

<sup>108</sup> Kutzer, NSTZ 1994, 110, 115.

#### **d. Passive Sterbehilfe**

Ferner sind dem Arzt bei übereinstimmendem Willen des Patienten das Nichtaufnehmen oder das Nichtfortführen sowie die Begrenzung medizinischer Maßnahmen erlaubt, die nicht das Leben, sondern nur das Sterben und damit regelmäßig auch die Leiden des Patienten verlängern (sog. „passive Sterbehilfe“ oder „passive Euthanasie“).<sup>109</sup> Eine solche passive Sterbehilfe ist bei Patienten mit infauster Prognose bereits dann zulässig, wenn der Sterbevorgang noch nicht unmittelbar eingesetzt hat, jedoch dem ausdrücklichen oder mutmaßlichen Patientenwillen entspricht.<sup>110</sup>

Die Zulässigkeit der Sterbehilfe endet mithin nur dort, wo sie die zielgerichtete Tötung aus Auftrag oder Mitleid zum Inhalt hat.<sup>111</sup>

#### **e. Zusammenfassung**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Patientenautonomie sehr weit reicht. Jeder Patient kann in Ausübung seines durch Art. 2 II 1 GG gewährleisteten Rechts auf körperliche Unversehrtheit frei entscheiden, ob er einen Arzt in Anspruch nimmt, welchen Arzt er gegebenenfalls auswählt und ob eine begonnene Behandlung fortgesetzt oder beendet wird, selbst wenn bei lebensbedrohenden Erkrankungen eine Behandlung zur Lebensrettung erforderlich und deshalb die Verweigerung unmittelbar interessenwidrig erscheint.<sup>112</sup> Dieses umfassende positive wie negative Weisungsrecht, das nur in den oben genannten Grenzen ihre Einschränkung erfährt, vermittelt dem Patienten insoweit ein zivilrechtliches Verfügungsrecht über sein eigenes Leben.<sup>113</sup> Ausfluss dieses Selbstbestimmungsrecht ist insbesondere die rechtfertigende Einwilligung.

---

<sup>109</sup> BGH, NJW 1995, 204 (sog. „Kemptener Urteil“); Gründel, MedR 1985, 2, 5 f.; Weißbauer/Opderbecke, MedR 1995, 456, 460 f.; Laufs, NJW 1996, 763, 763.

<sup>110</sup> H.M.; BGHSt 40, 260; Palandt/Diederichsen, Einf. vor § 1896 Rn. 9; Saliger, JuS 1999, 16, 17 f.; Hufen, NJW 2001, 1849; Kutzer, MedR 2001, 77, 77.

<sup>111</sup> Tröndle/Fischer, Vor §§ 211 bis 216 Rn. 23; Uhlenbruck, Selbstbestimmung, S. 11.

<sup>112</sup> H.M. vgl. nur BGH, NJW 1958 267 f.; BGHSt 32, 378; Höfling, JuS 2000, 111, 114.

<sup>113</sup> Keilbach, FamRZ 2003, 969, 971; Rieger, S. 34.



### III. Die Einwilligung des Patienten

Die Befugnis zum ärztlichen Heileingriff muss nicht nur medizinisch-ethisch gerechtfertigt, sondern auch rechtlich legitimiert sein. Die Legitimation ergibt sich hierbei in zivilrechtlicher Hinsicht in der Regel aus einem Dienstvertrag in Gestalt des Behandlungsvertrages.<sup>114</sup> In Ermangelung eines solchen findet sie ihre Grundlage im Rahmen einer Geschäftsführung ohne Auftrag.<sup>115</sup> Aufgrund der Fremdnützigkeit der ärztlichen Behandlungsmaßnahmen ist der Arzt also dem Direktionsrecht des Patienten unterworfen. Eine medizinische Behandlung, die mit einer Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit des Patienten verbunden ist, muss daher nach ganz h.M. durch dessen Einwilligung vollständig gedeckt sein, damit sie rechtmäßig ist.<sup>116</sup> Dabei kommt es nicht darauf an, ob mit der h.M.<sup>117</sup> angenommen wird, dass auch die zu Heilzwecken durchgeführte Heilbehandlung den objektiven Tatbestand der Körperverletzung erfüllt, oder aber nach einer neueren Ansicht<sup>118</sup> solche Heilbehandlungen als Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Patienten verstanden werden.<sup>119</sup> In beiden Fällen begeht der Arzt in zivilrechtlicher Hinsicht ein Delikt (§ 823 BGB). Dies gilt auch dann, wenn der Patient nachträglich die zunächst erteilte Einwilligung zurückzieht. Ein eigenmächtiges Weiterbehandeln ist sogar rechtswidrig, wenn ein Abbruch medizinisch unvertretbar erscheint.<sup>120</sup> Zu beachten ist nämlich, dass nur die Behandlung bzw. Weiterbehandlung stets der Legitimation durch die rechtfertigende Einwilligung bedarf, nicht aber deren

---

<sup>114</sup> Zum Charakter als zivilrechtlicher Dienstvertrag etwa Laufs, ArztR, Rn. 87, 100.

<sup>115</sup> Laufs, ArztR, Rn. 125.

<sup>116</sup> RGZ 68, 431, 433; BGH, NJW 1956, 1106, 1107; seitdem ständige Rechtsprechung, vgl. nur BGHZ 29, 176, 179; BGH, NJW 1971, 1887; BGH, NJW 1985, 2192.

<sup>117</sup> RGSt 25, 375; RGSt 61, 242, 256; BGHSt11, 111; BGH, NJW 1956, 1106, 1107; BGHZ 29, 46; 29, 176, 179; BGH, NJW 1971, 1887; BGH NJW 1972, 335, 336; BGH NJW 1982, 1452, 1453; BGH NJW 1994, 127; MüKo/Mertens, § 823 Rn. 370; Soergel/Zeuner, § 823 Rn. 17; Mayer, S. 24 f.; Staudinger/Schäfer, 12. Aufl., § 823 Rn. 469; Deutsch, NJW 1978, 1657, 1660; ders. in: AcP 192 (1992), 161 ff., 165 f.

<sup>118</sup> Laufs, NJW 1969, 529 ff; ders. in: NJW 1974, 2025 ff.; ders. in: HdB Arztrecht, § 103 Rn. 5; ders. in: Arztrecht, Rn. 176, 177; Taupitz, Zivilrechtliche Regelungen, Rn. D 6.

<sup>119</sup> siehe zum Meinungsstreit u.a. Mayer, S. 22 f.

<sup>120</sup> Deutsch/Spickhoff, Rn. 191 ff.

Unterbleiben.<sup>121</sup> Bei Missachtung der negativen, verbindlichen Weisung steht dem Patienten negatorischer Rechtsschutz zu Gebote (§ 1004 I BGB analog).<sup>122</sup>

#### IV. Aufklärung des Patienten

Die Einwilligung des Patienten in eine ärztliche Behandlung ist unbestritten nur wirksam, wenn und soweit der Patient vorher vom Arzt angemessen über Art, Bedeutung, Ablauf und Folgen, über Chancen und Risiken der Behandlung aufgeklärt worden ist.<sup>123</sup> D.h., sie muss auf hinreichendem Wissen beruhen, wobei es Aufgabe des aufklärenden Arztes ist, dieses „aufgeklärte Einverständnis“ (informed consent)<sup>124</sup> herzustellen. Die Aufklärungspflicht des Arztes gehört sozusagen zu seiner Pflicht zu heilen.<sup>125</sup> Der Umfang der Aufklärungspflicht umfasst dabei nach h.M. grundsätzlich auch die spezifisch mit einer Behandlung verbundenen Risiken, selbst wenn sie sich nur selten verwirklichen.<sup>126</sup> Denn die Entscheidung darüber, ob das mit einer Behandlung verbundene Risiko eingegangen wird oder nicht, liegt beim Patienten und nicht beim Arzt. Jedoch kann der Patient im Rahmen seiner Privatautonomie grundsätzlich auch den Umfang seiner Aufklärung mitbestimmen, auf Aufklärung sogar gänzlich verzichten.<sup>127</sup> Die Zulässigkeit eines solchen Verzichtes folgt aus dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten, worauf wiederum die Aufklärungspflicht beruht. Denn das Selbstbestimmungsrecht stellt eben ein Recht und keine Pflicht dar.<sup>128</sup> Zu betonen ist aber, dass auf die Ausübung des Selbstbestimmungsrechts nicht generell verzichtet

---

<sup>121</sup> Schöllhammer, S. 46 f.

<sup>122</sup> Baumann/Hartmann, DNotZ 2000, 594, 597, 598.

<sup>123</sup> BGH, NJW 1959, 811 ff.; 1981, 2002, 2003; 1995, 2410, 2411; Bockelmann, NJW 1961, 945 ff.; Schlund, VersR 1977, 496 ff.; Palandt/Sprau, § 823 Rn. 151 ff.; Erman/Schiemann, § 823 Rn. 137; Staudinger/Hager, 13. Aufl., § 823 Rn. 83.

<sup>124</sup> Ausf. zum Begriff „informed consent“: Füllmich, S. 33 ff.

<sup>125</sup> BGH, NJW 1976, 365 f., Palandt/Sprau, § 823 Rn. 134 f.; Erman/Schiemann, § 823 Rn. 137; Staudinger/Hager, 13. Aufl., § 823 Rn. 176; Deutsch/Spickhoff, Rn. 187 ff.

<sup>126</sup> BGH, NJW 1994, 793 f.; Deutsch/Spickhoff, Rn. 213; Laufs in HdB Arztrecht, § 64 Rn. 1.

<sup>127</sup> BGH, NJW 1959, 813; 1973, 556, 558; Palandt/Sprau, § 823 Rn. 156; Erman/Schiemann, § 823 Rn. 138; Staudinger/Hager, 13. Aufl., § 823 Rn. 96, 100; MüKo/ Mertens, § 823 Rn. 423.

<sup>128</sup> Vgl. Mayer, S. 46.

werden kann, sondern dieser Verzicht nur jeweils auf den Einzelfall beschränkt ist.<sup>129</sup> Ein endgültiger Verzicht würde nämlich mit einem Verlust der Persönlichkeit einhergehen, was es zu verhindern gilt.

Unterbleiben kann die Aufklärung des Patienten ferner, wenn der Patient bereits ausreichend unterrichtet ist, etwa wenn er als Arzt über Chancen und Risiken einer Behandlung hinreichend Bescheid weiß.<sup>130</sup>

Des weiteren bedarf die Ablehnung einer Heilbehandlung, im Gegensatz zur Einwilligungserklärung, zu ihrer Wirksamkeit keiner vorherigen Aufklärung. Doch verstößt der Arzt mit dem Unterlassen der Aufklärung gegen Pflichten, insbesondere aus dem Behandlungsvertrag.<sup>131</sup>

Nach Möglichkeit muss die Aufklärung so frühzeitig erfolgen, dass der Patient in der Lage ist, die Chancen und Risiken der Behandlung wie auch Alternativen ohne Zeitdruck zu überdenken und sich mit Dritten zu besprechen; nur dann kann er sein Entscheidungsrecht angemessen wahrnehmen.<sup>132</sup>

## V. Einwilligungsfähigkeit des Patienten

Eine ausdrückliche Einwilligung des Patienten nach einer vorangegangenen Aufklärung ist aber nur dann möglich, wenn der Patient auch einwilligungsfähig ist. Einwilligungsfähig ist ein Patient nach ständiger Rechtsprechung des BGH<sup>133</sup> und der h.L.<sup>134</sup> dann, wenn er

---

<sup>129</sup> Laufs in HdB Arztrecht, § 64 Rn. 18; Erman/Schiemann, § 823 Rn. 138.

<sup>130</sup> BGH, NJW 1966, 1855; 1971, 1887; Palandt/Sprau, § 823 Rn. 156.; Staudinger/Hager, 13. Aufl., § 823 Rn. 101.

<sup>131</sup> Laufs, NJW 1998, 3399, 3400; Taupitz, Zivilrechtliche Regelungen, Rn. D 36 ff.

<sup>132</sup> MüKo/Mertens, § 823 Rn. 440; Staudinger/Hager, 13. Aufl., § 823 Rn. 106; Tröndle/Fischer, § 223 Rn. 13; Giesen, Arzthaftungsrecht, S. 204 Rn. 235.

<sup>133</sup> BGHZ 29, 33, 36; 29, 46, 51; BGH, VersR 1961, 632, 633; BGHZ 38, 49, 54; BGH, NJW 1964, 1177, 1178.

<sup>134</sup> Staudinger/Schäfer, 12. Aufl., § 823 Rn. 458; MüKo/Schwab, § 1904 Rn.6; Soergel/Zeuner, § 823 Rn. 197; Palandt/Diederichsen, § 823 Rn. 151 ff.; Laufs in HdB Arztrecht, § 66 Rn. 9; § 139 Rn. 27; Schönemann, VersR 1981, 306, 307; Kern, MedR 1993, 245, 247 f; Giesen, Arzthaftungsrecht, S. 179 ff., Rn. 213 ff.; Erman/Schiemann, § 823 Rn. 138.

Art, Bedeutung und Tragweite des Eingriffs, wenn auch nicht in allen Einzelheiten, so doch zumindest in seinen wesentlichen Grundzügen zu erkennen vermag und darüber hinaus in der Lage ist, die für und gegen den Eingriff sprechenden Gründe gegeneinander abzuwägen und seine Entscheidung dieser Erkenntnis entsprechend zu treffen. Die Einwilligungsfähigkeit ist dabei nicht gleichbedeutend mit der zivilrechtlichen Geschäftsfähigkeit, sondern individuell als natürliche Einsichts- und Steuerungsfähigkeit zu ermitteln.<sup>135</sup> Auch ein gemäß § 104 BGB Geschäftsunfähiger oder ein in der Geschäftsfähigkeit beschränkter Mensch kann daher in einen ärztlichen Eingriff wirksam selbst ohne Mitwirkung seines gesetzlichen Vertreters einwilligen, wenn er nach seiner geistigen und sittlichen Reife die Bedeutung und Tragweite des Eingriffs versteht.<sup>136</sup> Ob diese Voraussetzungen beim zu behandelnden Patienten gegeben sind, hat der Arzt zu beurteilen.<sup>137</sup> Insoweit erlangt das verpflichtend vorzunehmende Aufklärungsgespräch besondere Bedeutung. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Einsichtsfähigkeit stets in Bezug auf die konkret in Rede stehende ärztliche Maßnahme zu beurteilen ist, weshalb auch Art, Inhalt, Umfang und Schwere des Heileingriffs im Einzelfall besondere Bedeutung zukommt.<sup>138</sup> Je schwerwiegender und gefährlicher sich der beabsichtigte Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten darstellt, desto höher sind die Anforderungen, die an seine subjektive Urteilsfähigkeit zu stellen sind.<sup>139</sup>

Im Falle der Bewusstlosigkeit oder Bewusstseinstörung fehlt es dem Patienten an der Einwilligungsfähigkeit. Die Gründe hierfür können unterschiedlichster Art sein. In Betracht kommen Unfälle, längere Krankheitsverläufe, unerträgliche Schmerzen und auch die Einnahme starker Medikamente oder Drogen.<sup>140</sup>

---

<sup>135</sup> BayObLGZ, 1985, 53, 56; Klüsener/Rausch, NJW 1993, 617, 619.

<sup>136</sup> BGHZ 29, 33, 36; BayObLGZ, 1985, 53, 56.

<sup>137</sup> MüKo/Schwab, § 1904 Rn. 7; Ulsenheimer in HdB Arztrecht, § 139 Rn. 28; Stolz, FamRZ 1993, 642, 643; Kern, MedR 1993, 245, 247.

<sup>138</sup> Kern, MedR 1993, 245, 247; Klüsener/Rausch, NJW 1993, 617, 619; Spickhoff, NJW 2000, 2297, 2300.

<sup>139</sup> Dammrau/Zimmermann, § 1904 Rn.2; Kern, MedR 1993, 245, 247; MüKo/Schwab, § 1904 Rn.7.

<sup>140</sup> Vgl. Voll, S. 104, 105; Esch, S. 3, 4.

Die Einwilligungsunfähigkeit des Patienten führt jedoch nicht zum Verlust seines Selbstbestimmungsrechts.<sup>141</sup> Dies bedeutet, dass auch ein einwilligungsunfähiger Patient nicht nach dem Gutdünken der Ärzte medizinisch versorgt werden darf, sondern es bedarf weiterhin seiner Einwilligung zu einer medizinischen Behandlung. Da dem Bewusstlosen dazu die Fähigkeit fehlt, ist entweder die Wiedererlangung des Bewusstseins abzuwarten - dies wird dann der Fall sein, wenn mit der ärztlichen Maßnahme zugewartet werden kann, ohne den Patienten zu gefährden -<sup>142</sup> oder im Eilfall auf seinen mutmaßlichen (hypothetischen) Willen abzustellen.<sup>143</sup>

## VI. Mutmaßliche Einwilligung

In Anlehnung an die Regelung des § 683 BGB über die berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag<sup>144</sup> ist unter dem mutmaßlichen Willen der Wille zu verstehen, den der Patient bei objektiver Beurteilung aller Umstände geäußert hätte, wenn er sich hätte entschließen und mitteilen können.<sup>145</sup> Die Ermittlung des mutmaßlichen Willens ist hierbei keine Ergründung des wirklichen Willens des Patienten, die mutmaßliche Einwilligung kein wirklicher Akt der Selbstbestimmung, sondern lediglich ein „normatives Konstrukt“, das in Notfällen die ärztliche Behandlung zu rechtfertigen hilft.<sup>146</sup> Sie versagt aber bei Personen, die nie in der Lage waren, die Fähigkeit zu autonomer Willensbildung zu entwickeln.<sup>147</sup> Als Beispiele können Säuglinge oder Minderjährige angeführt werden, die noch nicht die für das jeweilige Rechtsgut erforderliche Einwilligungsfähigkeit erlangt haben.

In zeitlicher Hinsicht rechtfertigt die mutmaßliche Einwilligung die ärztliche Behandlung des Patienten nur bis zur Bestellung eines Be-

---

<sup>141</sup> BGH, NJW 1966, 1855, 1856; NJW 1995, 204, 205; Giesen, JZ 1990, 929, 938; Bernsmann, ZRP 1996, 87, 92; Lipp, BtPrax 2002, 47, 48.

<sup>142</sup> BGH NJW 1977, 337; BGH JZ 1985, 236; BGH, VersR 1985, 1187, 1188; BGH NJW 1993, 2372, 2374; Deutsch/Spickhoff, Rn. 201; Unzutreffend daher BGHSt 35, 246 ff.

<sup>143</sup> Vgl. BGH, NJW 1988, 2310 4.; Voll, 104; Lipp, BtPrax 2002, 47, 48.

<sup>144</sup> Deutsch/Spickhoff, Rn. 200; Laufs, Arztrecht, Rn. 226.

<sup>145</sup> RGZ 151, 349, 354; Laufs, Arztrecht Rn. 226; Kuhlmann, S. 126.

<sup>146</sup> Schwab, FS Heinrich, 530 f.; Rieger, 72 ff.; Bienwald, FamRZ 2002, 492, 493.

<sup>147</sup> Rieger, S. 73.

treuers für den Gesundheitsbereich. D.h., der behandelnde Arzt ist verpflichtet, beim Vormundschaftsgericht die Bestellung des Betreuers zu veranlassen.<sup>148</sup>

An die Voraussetzungen für die Annahme einer mutmaßlichen Einwilligung sind nach dem „Kemptener Urteil“ des BGH<sup>149</sup> strenge Anforderungen zu stellen. Bei der Ermittlung sind alle Umstände sorgfältig zu berücksichtigen, insbesondere frühere Äußerungen des Patienten, Wünsche, Bedürfnisse, persönliche Wertvorstellungen, seine religiöse Überzeugung sowie persönliche Einstellung zu Krankheit, Leid, und Tod. Ferner sollen die Äußerungen von nahe stehenden nächsten Angehörigen und anderer nahe stehenden Personen einbezogen werden.<sup>150</sup> Deren Meinung kann für den Arzt ein hilfreiches Indiz zur Erforschung des mutmaßlichen Willens sein. Allerdings sind solche Personen nach h.M.<sup>151</sup> nicht befugt, ihre Einwilligung an die Stelle der mutmaßlichen Einwilligung des Bewusstlosen zu setzen; denn sie haben bei einem Volljährigen keine Vertretungsmacht inne. Ihrer Willensäußerung kommt somit keine direkte rechtliche Relevanz zu.

Sollte nach Abwägung aller Umstände der individuelle Wille des Betroffenen weiterhin nicht festgestellt werden können, so sei nach Meinung des BGH auf allgemeine Wertvorstellungen, zurückzugreifen, die im Zweifel für eine intensivmedizinische Behandlung sprechen würden.<sup>152</sup> D.h. der Schutz des menschlichen Lebens erhalte gegebenenfalls Vorrang vor subjektiv bestimmten Überlegungen des Arztes, der Angehörigen und anderer beteiligter Personen. Hierbei

---

<sup>148</sup> BGH, NJW 1959, 1811, 1812; NJW 1966, 1855, 1856; Bauer, BtPrax 2002, 60, 62; a.A. Bienwald, FamRZ 2002, 493: Ist der mutmaßliche Wille des Patienten festgestellt, werde – wie bei Vorliegen einer verwendbaren Patientenverfügung – ein gesetzlicher Vertreter nicht benötigt.

<sup>149</sup> BGHSt 40, 257 f.

<sup>150</sup> BGHSt 40, 257 ff.; Berger, JZ 2000, 797, 798; Rieger, S. 59 ff., 67 ff.

<sup>151</sup> BGH, NJW 1959, 811, 812; Palandt/Sprau, § 823 Rn. 134, 151; Berger, JZ 2000, 797, 799; Kern, NJW 1994, 753, 756, 759; Voll, S. 104; Kuhlmann, S. 127; Laufs, Arztrecht, Rn. 224; a.A. LG München, FamRZ 1999, 742 f; LG Augsburg, FamRZ 2000, 320 f. wonach bei fehlender Einwilligung des Patienten als auch eines Vertreters, die nächsten Angehörigen mit dem Arzt über den Abbruch lebensverlängernder Maßnahmen entscheiden.

<sup>152</sup> BGHSt 40, 260; Spickhoff, NJW 2000, 2297, 2298.

verkennt der BGH jedoch, dass es sich auch beim mutmaßlichen Willen keineswegs um einen „objektivierten Willen“, sondern um den vermuteten Ausdruck des eigenen Selbstbestimmungsrechts handelt,<sup>153</sup> sonst wäre der Fremdbestimmung Tür und Tor geöffnet.<sup>154</sup> Der Grundsatz „in dubio pro vita“, worauf die BGH-Rechtsprechung hinausläuft, hat als solcher keinen legitimierten verfassungsrechtlichen Stellenwert, und er kann auch nicht in jedem Fall als mutmaßlicher Wille unterstellt werden. Bei fehlenden Anhaltspunkten hat der Arzt sich vielmehr danach zu richten, wie ein „vernünftiger“ ausreichend informierter Patient entscheiden würde, der seine gesundheitlichen Interessen unter objektiven persönlichen und medizinischen Aspekten wahrnimmt.<sup>155</sup> Maßgeblich für die ärztliche Verpflichtung zur Lebenserhaltung ist grundsätzlich nicht die künstliche Aufrechterhaltung einzelner biologischer Funktionen, sondern die Erhaltung menschlichen Lebens, für das die Fähigkeit zu geistig-seelischem Erleben und Reagieren konstitutiv sind.<sup>156</sup> Bei der Abwägung sind daher die Aussichten auf Lebenserhaltung durch die indizierte Behandlung, die bestehenden Risiken, zu erwartende Nebenfolgen und wahrscheinliche Schmerzen und Belastungen für den Patienten zu berücksichtigen.<sup>157</sup> Kann der Patient z.B. das Bewusstsein nicht wiedererlangen, entspricht eine Fortsetzung der Behandlung nicht mehr seinem mutmaßlichen Willen.<sup>158</sup> Gleiches trifft auf die Fälle zu, in denen die Lebenserhaltung unmöglich, der Weg zum Tod also irreversibel ist.<sup>159</sup>

Mag die Figur der mutmaßlichen Einwilligung im Hinblick auf ihren Zweck, dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten Rechnung zu tragen, grundsätzlich zu befürworten sein, so ist sie jedoch nicht nur

---

<sup>153</sup> Hufen, NJW 2001, 849, 852.

<sup>154</sup> Nickel, MedR 1998, 520, 522; Seitz, ZRP 1998, 417, 421; Hufen, NJW 2001, 849, 850; Laufs, NJW 1998, 3399 ff.; Fröschle, JZ 2000, 79; Weißbauer/Opderbecke, MedR 1995, 460; Zöllner, ZRP 1999, 317, 319; Alberts, NJW 1999, 835, 836; Anckermann, MedR 1999, 387, 387 ff.

<sup>155</sup> Anckermann, MedR 1999, 387, 390.

<sup>156</sup> Dölling, MedR 1987, 6, 9.

<sup>157</sup> Hufen, NJW 2001, 849, 856; Coeppicus, NJW 1998, 3381, 3385; Dölling, MedR 1987, 6, 9.

<sup>158</sup> Roxin, in Blaha, S. 89.

<sup>159</sup> Vgl. Eser in Schönke/Schröder/Eser, Vorbem. §§ 211 ff. Rn. 29; Hufen, NJW 2001, 849, 856.

in allen wesentlichen Einzelfragen, sondern auch in den Grundlagen umstritten.<sup>160</sup> Insbesondere hat sie im Bereich intensivmedizinischer Behandlung im Endstadium einer zum Tode führenden Krankheit und in der Sterbephase aufgrund des fehlenden gesellschaftlichen Konsenses über das wünschenswerte Ausmaß hierüber an Überzeugungskraft verloren.<sup>161</sup> Letztendlich liegt das Problem darin, zu akzeptieren, dass es unter Umständen Bereiche des menschlichen Daseins gibt, die der Ausgestaltung durch rechtliche Kategorien entzogen sind.<sup>162</sup> Dieses Dilemma kann jedoch durch die Existenz wirksamer Vorsorgeverfügungen, insbesondere Patientenvollmachten gelöst werden. Sie stellen maßgebliche Entscheidungshilfen dar.<sup>163</sup> Und unbestritten kann jede Person im Rahmen ihres Selbstbestimmungsrechtes Voraussetzungen für den Fall späterer Entscheidungsunfähigkeit treffen.<sup>164</sup>

## **D. Vorteile und Nachteile der Vorsorgevollmacht**

Gerade in einem sensiblen und von persönlichen Meinungen geprägten Bereich wie dem der Heilbehandlung liegt es dem Betroffenen sehr am Herzen, seinen Willen auch nach Eintritt seiner eigenen Entscheidungsunfähigkeit durchzusetzen. Dieses Ziel kann er - wie nachfolgend gezeigt wird - am besten mit der Bestellung eines gewillkürten Stellvertreters erreichen.

### **I. Vorteile**

#### **1. Vorteile gegenüber der Patientenverfügung**

Gegenüber einer bloßen Patientenverfügung besitzt die Vorsorgevollmacht den Vorteil, dass sie Probleme der Inkongruenz zwischen der vom Patienten antizipierten und der später tatsächlich eintretenden Situation überwinden kann.<sup>165</sup> Denn der Bevollmächtigte kann auf

---

<sup>160</sup> Roxin, FS für Welzel, 447, 448; Höfling, JuS 2000, 116.

<sup>161</sup> Berger, JZ 2000, 797, 797.

<sup>162</sup> So Zöller, ZRP 1999, 317, 319.

<sup>163</sup> Vgl. Uhlenbruck, MedR 1992, 134, 138; Rethmann, S. 66.

<sup>164</sup> Vgl. z.B. Taupitz, Zivilrechtliche Regelungen, Rn. D 139; Berger, JZ 2000, 797, 801; Höfling, JuS 2000, 111, 115; Hufen, NJW 2001, 849, 854.

<sup>165</sup> Uhlenbruck, MedR 1992, 134, 139; ders. in: Selbstbestimmung, S. 19.



die vom Vollmachtgeber nicht vorhergesehenen und daher nicht ausdrücklich geregelten Behandlungsfälle flexibel reagieren.<sup>166</sup> Als Vertrauensperson und Kenner des Betroffenen kann er am besten einschätzen, welche Entscheidung der Betroffene gefällt hätte, wenn er die besagte Situation vorausgesehen hätte. Versteht man das Rechtsverhältnis zwischen Arzt und Patient zugleich als Partnerschaft, hat der Vertreter die Möglichkeit, mit dem Arzt so zusammenzuarbeiten, wie es der Patient selbst getan hätte.<sup>167</sup> Die Vorsorgevollmacht, insbesondere als rechtstechnische Kombination aus Patientenverfügung und gewillkürter Stellvertretung, stellt ein sog. „Vorsorgepaket“<sup>168</sup> dar, das der doppelten Absicherung des Patientenwillens dient.<sup>169</sup> Dies nicht nur im Hinblick auf die Ermittlung des wahren Willens des Patienten, sondern auch im Hinblick auf die Kontrolle des behandelnden Arztes. Zwar wird bereits in den Richtlinien der Bundesärztekammer die Beachtung eines in einer Patientenverfügung niedergelegten Willens vorgeschrieben,<sup>170</sup> allerdings sieht die Realität bei Entscheidungen am Lebensende oder bei schwerster unheilbarer Krankheit im Endstadium oft anders aus.<sup>171</sup> So kann ein schriftlich oder nur mündlich geäußelter Wille des Patienten vom Arzt als auf die konkrete Situation unanwendbar interpretiert oder schlimmstenfalls übergangen werden.<sup>172</sup> In der Gegenwart eines Bevollmächtigten jedoch wird dem behandelnden Arzt die Möglichkeit zur Begehung solcher Pflichtverletzungen abgeschnitten. Sollte der Arzt dennoch eine Pflichtverletzung begangen haben, so kann die Vertrauensperson gegen ihn gerichtlich vorgehen. Mittels der Vorsorgevollmacht ist die Sicherstellung der Patientenautonomie gegenüber einer isolierten Patientenverfügung mithin besser gewährleistet.<sup>173</sup>

---

<sup>166</sup> Vgl. Berger, JZ 2000, 797, 802, 803.

<sup>167</sup> Uhlenbruck, MedR 1992, 134, 139.

<sup>168</sup> Vgl. Baumann/Hartmann, DNotZ 2000, 594, 603, 604; A.Langenfeld, S. 183 f.

<sup>169</sup> Vgl. Verrel, MedR 1999, 547, 549.

<sup>170</sup> Vgl. Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbehilfebegleitung, NJW 1998, 3406 f., Präambel.

<sup>171</sup> Putz/Steldinger, S. 33; Verrel, MedR 1999, 547, 550; Schmidt, BtPrax 1997, 16, 18; Schmitz, S. 80.

<sup>172</sup> Vgl. Holzhauer, FamRZ 2003, 991, 992.

<sup>173</sup> Vgl. Röver, S. 172.

Ferner kann nach § 1896 II BGB durch die Vorsorgevollmacht ein vormundschaftsgerichtliches Verfahren vermieden werden. So verlangt das Gesetz seit jeher für entscheidungsunfähige Patienten die Bestellung eines Betreuers, § 1896 I BGB.<sup>174</sup> Zwar könnte die Patientenverfügung unter Umständen eine solche überflüssig machen.<sup>175</sup> Dies wäre dann der Fall, wenn eine stellvertretende Erklärung über Behandlungsmaßnahmen aufgrund Ermittelbarkeit des wahren Patientenwillens nicht erforderlich ist<sup>176</sup> und der Arzt auch tatsächlich getreu nach diesem Willen handelt. Für den Abschluss des Behandlungsvertrages und anderer Maßnahmen bedarf es jedoch stets der Bestellung eines Betreuers, so dass letztendlich eine Patientenverfügung regelmäßig die Einmischung des Staats nicht vermeiden kann.<sup>177</sup> Der Arzt ist also grundsätzlich verpflichtet, für einen entscheidungsunfähigen Patienten beim Vormundschaftsgericht die Bestellung eines Betreuers zu veranlassen.<sup>178</sup> Die Einmischung eines Gerichtes und der Erlass staatlicher Maßnahmen können aber im Einzelfall vom Betroffenen als störend empfunden werden.<sup>179</sup> Durch die Bestellung eines Bevollmächtigten kann dieser Störfaktor grundsätzlich ausgeschaltet werden.

## 2. Vorteile gegenüber der Betreuung

Die Vorsorgevollmacht gewährleistet gegenüber einer – wenn auch gewollten – Betreuung im weitaus größeren Rahmen die Selbstbestimmung des Betroffenen. Im Gegensatz zur vorherigen Rechtslage räumt das Betreuungsrecht dem zu Betreuenden zwar erweiterte Möglichkeiten der Mitbestimmung ein. So kann er hinsichtlich des Ob einer Betreuung, der Person des Betreuers, der Ausgestaltung des Betreuungsverhältnisses und der Durchführung der Betreuungsmaßnahmen seine Wünsche und Vorstellungen darlegen, und das mit Hilfe der Betreuungsverfügung auch schon im Voraus, § 1901 III 2

---

<sup>174</sup> BGH, NJW 1959, 1811, 1812 und NJW 1966, 1855, 1856 (damals: Pflegerbestellung); vgl. Kutzer, ZRP 1997, 117, 118; Coeppicus, NJW 1998, 3381, 3383; Albrecht/Albrecht, MittBayNot 2003, 349, 353; Kern, MedR 1993, 245, 247.

<sup>175</sup> Vgl. Roth, JZ 2004, 494, 495; Eisenbart, S. 229 ff.

<sup>176</sup> Bienwald, FamRZ 2002, 493; Bauer, BtPrax 2002, 60, 62.

<sup>177</sup> Vgl. Lipp, BtPrax 2002, 47, 51 f.; ders. in: FamRZ 2004, 317, 320 f.

<sup>178</sup> Berger, JZ 2000, 797, 799; Deutsch/Spickhoff, Rn. 201.

<sup>179</sup> Vgl. Müller-Freienfels, FS für Max Keller, 35, 52.

BGB. Jedoch unterliegt die Beachtung seiner Wünsche in allen Stadien der Betreuung dem Vorrang seines objektiv verstandenen Wohls, welches der Betreuer bzw. das Vormundschaftsgericht für die jeweiligen Maßnahmen definieren.<sup>180</sup> Nach § 1901 III 1 BGB ist die Wunschmaxime für Maßnahmen des Betreuers überdies durch das für ihn Zumutbare begrenzt. Ferner schränken eine Reihe zwingender Normen die Rechtsmacht des Betreuers unabhängig vom Willen des Betreuten erheblich ein, während diese Einschränkungen für den Bevollmächtigten regelmäßig nicht gelten.<sup>181</sup> Schließlich entscheidet ein staatliches Gericht über Anfang und Ende der Betreuung. Diesbezüglichen Anträgen des Betroffenen kommt außer im Falle rein körperlicher Behinderung, § 1896 I 3 1. Alt. BGB, lediglich verfahrensrechtliche Bedeutung zu.<sup>182</sup>

Zu berücksichtigen ist ferner, dass allein die Anordnung der Betreuung schon zu einer seelischen und geistigen Belastung führen kann, da sie – auch wenn sie rein begrifflich im Gegensatz zur alten Rechtslage schöner klingt – von der Bevölkerung weiterhin als Entmündigung aufgefasst wird.<sup>183</sup>

Die Vorsorgevollmacht hingegen gewährleistet einen besseren Schutz der Privatsphäre, da aufgrund des neutralen Handelns des Bevollmächtigten der Fürsorgefall weitestgehend verborgen bleibt.<sup>184</sup> Sollte die Vertrauensperson eine Entlohnung für ihre Hilfe verlangen,<sup>185</sup> stellt die Vorsorgevollmacht in finanzieller Hinsicht nur für vermögende Personen einen Vorteil dar. Denn die Kosten der privaten Vorsorge sind gegenüber einer Betreuung geringer.<sup>186</sup> Insbesondere aber kann der Betroffene mit der Vorsorgevollmacht seinen Vertreter völlig frei aussuchen<sup>187</sup> und somit ihm missliebige Personen aus dem Entscheidungsprozess über seine Behandlung ausschlie-

---

<sup>180</sup> Vgl. §§ 1897 IV, 1901 II 2, III BGB.

<sup>181</sup> H.M., statt aller MüKo/Schramm, § 168 Rn. 12; eingehend zum Meinungsstand A.Langenfeld, S. 10-18.

<sup>182</sup> OLG Hamm, BtPrax 1995, 221 f.

<sup>183</sup> Perau, MittRhNotK 1996, 285, 298.

<sup>184</sup> Perau, MittRhNotK 1996, 285, 298.

<sup>185</sup> Dies wird in diesem Bereich kaum der Fall sein, siehe unten S. 156.

<sup>186</sup> Perau, MittRhNotK 1996, 285, 298.

<sup>187</sup> A.Langenfeld, S. 25.

ßen.<sup>188</sup> Darüber hinaus liegt es in seiner Hand, über den Inhalt der Vollmacht verbindlich zu entscheiden und konkrete Anweisungen hinsichtlich der Definition seines persönlichen „Wohls“ zu geben.<sup>189</sup> Will der Betroffene also aus bestimmten Gründen „Wahlverwandtschaft“<sup>190</sup> der Blutsverwandtschaft vorziehen, wenn es um seine Interessenwahrnehmung geht, so sollte er besser eine Vorsorgevollmacht erteilen.<sup>191</sup>

### 3. Vorteile für den behandelnden für Arzt

Der Vorteil für den behandelnden Arzt besteht darin, dass er in der Person des Bevollmächtigten einen Ansprechpartner hat, der – anders als die Angehörigen des Kranken ohne Vollmacht – rechtlich befugt ist, die Entscheidung über eine Behandlung oder Operation bzw. einen Behandlungsabbruch zu treffen.<sup>192</sup> Gerade in Notfällen, in denen eine Betreuerbestellung regelmäßig wegen der Dringlichkeit des vorzunehmenden Eingriffs nicht mehr durchgeführt werden kann, es zudem unter Zeitdruck oft schwerer ist, den Willen des Patienten sicher zu erfassen, hat der Arzt die Möglichkeit, die Stellungnahme eines Befugten schnell zu erlangen, der den Willen des bewusstlosen Patienten repräsentiert.<sup>193</sup> Nach wie vor setzt sich ein Arzt, der eine Behandlung durchführt, dem Vorwurf einer Körper- oder Persönlichkeitsverletzung aus, wenn er nicht durch eine ausdrückliche oder wenigstens mutmaßliche Einwilligung des Patienten gerechtfertigt ist. Die straf- und zivilrechtlichen Haftungsrisiken des Arztes werden mit der Existenz eines Vorsorgebevollmächtigten gemindert. Denn dessen Behandlungsanweisung zur Durchführung oder zum Unterlassen medizinischer Maßnahmen besitzt grundsätzlich Rechtsverbindlichkeit und rechtfertigt den Arzt somit bei seinem Tun.<sup>194</sup> Auch kann der bestellte Vertreter an Stelle des Patienten

---

<sup>188</sup> Uhlenbruck, MedR 1992, 140; Kuhlmann, S. 196.

<sup>189</sup> Hoß, S. 27; a.A. Stolz FamRZ 1993, 642, 644: Eine Bindung des Bevollmächtigten an Wünsche des Betroffenen i.S. von § 1901 BGB werde im Zusammenhang mit einer Vorsorgevollmacht nicht erzeugt.

<sup>190</sup> A.Langenfeld, S. 26.

<sup>191</sup> A.Langenfeld, S. 25; Hoß, S. 27.

<sup>192</sup> Uhlenbruck, FS für Deutsch, S. 849, 855.

<sup>193</sup> Eisenbart, MedR 1997, 305, 305; Esch, S. 68.

<sup>194</sup> Heyers, S. 154; Hoß, S. 28; Rudolf/Bittler, Rn. 62; Röver, S. 221.

aufgeklärt werden und die Entscheidung über Heileingriffe, insbesondere aber über die Gewährung passiver Sterbehilfe eigenverantwortlich treffen.<sup>195</sup>

#### 4. Vorteile für die Gerichtspraxis

Schließlich ist daran zu denken, dass durch Vorsorgevollmachten die staatliche Bestellung von Betreuern vermieden werden kann und dies zur Entlastung der Vormundschaftsgerichte führen kann und auch soll.<sup>196</sup> Dieser Aspekt, der in den Reformdiskussionen zum Betreuungsrechtsänderungsgesetz im Vordergrund stand, gewinnt aufgrund des demographischen Wandels immer mehr an Gewicht. So hat sich die Zahl der Betreuungen zwischen 1992 bis 1999 verdoppelt.<sup>197</sup> In Zukunft steigt der Anteil der über 60jährigen Personen an der Gesamtbevölkerung in der Bundesrepublik weiter.<sup>198</sup> Dies wäre nicht so dramatisch, wenn nicht die Prävalenzraten dementieller Erkrankungen im hohen Alter exponentiell anstiegen<sup>199</sup> und sich im Alter die Wahrscheinlichkeit sonstiger organischer Psychosen nicht erhöhten.<sup>200</sup> Da dem jedoch nicht so ist, lässt sich voraussehen, dass auf die Vormundschaftsgerichte eine gewaltige Arbeitsbelastung zukommt, wenn hier keine Abhilfe geschaffen wird. Zudem beklagt man die ungenügende personelle Ausstattung der Vormundschaftsgerichte.<sup>201</sup>

## II. Nachteile der Vorsorgevollmacht

In finanzieller Hinsicht stellt die private Vorsorge für nicht vermögende Personen grundsätzlich die schlechtere Alternative gegenüber der Betreuung dar, weil es hier keine Kostenerstattung (Auslagen, Entschädigung) durch die Staatskasse gibt.<sup>202</sup> Im übrigen beschränken sich die Nachteile auf die Person des Vertreters. So kann es vor-

---

<sup>195</sup> A. Langenfeld, S. 89; Füllmich, S. 80; Kern/Laufs, Aufklärungspflicht, S. 23 f.

<sup>196</sup> Vgl. Müller-Freienfels, FS für Max Keller, S. 35, 52; A. Langenfeld, S. 24.

<sup>197</sup> Petsch, S. 5; Knittel, S. 8 f.

<sup>198</sup> Vgl. Eisenbart, S. 224 f.

<sup>199</sup> Vgl. Reischies, et al. Nervenarzt, 68 (9), 719 ff..

<sup>200</sup> Vgl. Laufs, NJW 1998, 3399, 3399.

<sup>201</sup> Vgl. Petsch et al. S. 17.

<sup>202</sup> Perau, MittRhNotK 1996, 285, 299.

kommen, dass dieser erst mit Eintritt des Fürsorgefalles erkennt, der verantwortungsvollen Situation nicht gewachsen zu sein und aus Angst vor „falschen“ Entscheidungen keine trifft. Vor allem aber besteht die Gefahr des Rechtsmachtmissbrauchs.<sup>203</sup> Denn im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Vorsorgevollmacht ist der Geschäftsherr nicht mehr in der Lage, seinen Vertreter zu überwachen. Insbesondere wenn die Erben des Vollmachtgebers mit dem Bevollmächtigten identisch sind, können zusätzliche Interessenkonflikte auftreten.<sup>204</sup> Das Missbrauchsargument verliert jedoch gleich an Gewicht, wenn man bedenkt, dass solche Gefahren bei einer staatlichen Betreuung ebenfalls nicht gänzlich ausgeschlossen werden können: Die Vertretungsmacht eines Betreuers wird durch die vormundschaftliche Bestimmung des Aufgabenkreises festgelegt, § 69 I Nr.2 b FGG. Eine Pflichtverletzung liegt nicht nur dann vor, wenn der Betreuer diesen festgelegten Aufgabenkreis überschreitet und Aufgaben wahrnimmt, für die die Betreuung nicht eingerichtet wurde, sondern auch und insbesondere, wenn er im Rahmen seines Aufgabenkreises sich nicht an Wünsche des Betreuten gemäß § 1901 BGB hält.<sup>205</sup> Zwar untersteht der Betreuer insbesondere im Bereich der Gesundheitsfürsorge der vormundschaftsgerichtlichen Kontrolle, jedoch kann sich das Missbrauchsrisiko ebenso im Falle gerichtlicher Beauftragung und abstrakt vorgesehener, konkret jedoch verspäteter Kontrolle verwirklichen.<sup>206</sup> Zum anderen gibt es mehrere Möglichkeiten, der Missbrauchsgefahr durch einen Bevollmächtigten vorzubeugen.

Diese Möglichkeiten, worauf später noch einzugehen ist, bildeten mitunter die schlagenden Argumente der Befürworter dieses Rechtsinstituts in der Debatte um ihre Zulässigkeit. Nachfolgend wird diese Debatte dargestellt und auf diese Weise die Rechtsentwicklung der Vorsorgevollmacht insbesondere in ihrer dogmatischen Begründung nachgezeichnet.

---

<sup>203</sup> Zilkens, S. 93 f.; L.H. Schreiber/C.Schreiber, ZRP 1993, 146, 146.

<sup>204</sup> Müller-Freienfels, FS für Max Keller, S. 35, 53.

<sup>205</sup> Esch, S. 102.

<sup>206</sup> Heyers, S. 162; vgl. auch Petsch et al, S. 61 ff.

## 2. Teil

# Die Rechtsentwicklung der Vorsorgevollmacht in Gesundheitsangelegenheiten

## A. Vorläufer der Vorsorgevollmacht

### I. Ersetzung der Gebrechlichkeitspflegschaft nach § 1910 BGB a.F.<sup>207</sup>

Die Vorsorgevollmacht wurde nicht erst durch das Betreuungsgesetz von 12.9.1990 geschaffen.<sup>208</sup> Die Praxis unter der Geltung des alten Vormundschaftsrechts war aus denselben Motiven, die später auch den Gesetzgeber des Betreuungsgesetzes zur Reform bewegten,<sup>209</sup> dazu übergegangen, die Entmündigung durch die Anordnung von Gebrechlichkeitspflegschaften nach § 1910 BGB a.F. zu ersetzen.<sup>210</sup> Bereits in diesem Rahmen konnte die Bestellung eines Gebrechlichkeitspflegers nach § 1910 BGB a.F. durch die Erteilung einer Vollmacht gänzlich überflüssig gemacht werden.<sup>211</sup> Diese Möglichkeit bestand nur in den Fällen nicht, in denen der Gebrechliche zu einer genügenden Überwachung seines Bevollmächtigten nicht mehr in der Lage war.<sup>212</sup>

In das deutsche Recht wurde der Rechtsbegriff der Vorsorgevollmacht im Jahre 1982 von Müller-Freienfels eingeführt.<sup>213</sup> Seinen Wortgebrauch übernehmend, empfahl Bühler 1990 mit Blick auf das

---

<sup>207</sup> Seit Inkrafttreten des BGB im Jahre 1900 bis zum 31.12.1991 war diese Vorschrift geltendes Recht, vgl. Planck, § 1910 Rn. 1 ff.

<sup>208</sup> Gernhuber, FamRZ 1976, 189; Perau, MittRhNotK 1996, 285, 292; vgl. für den Bereich des württembergischen Bezirksnotariats Bühler, BWNotZ 1990. 1, 1; Richter, BWNotZ 1992, 2, 2.

<sup>209</sup> Schutz der Persönlichkeitsrechte Betroffener, Vermeidung einer totalen und entwürdigenden Entrechtung.

<sup>210</sup> A.Langenfeld, S. 7; Schulte, ZRP 1986, 249 ff.; Coester, Jura 1991, 1, 2; Lempp, FamRZ 1987, 766, 766; Holzbauer, FuR 1990, 249, 250; Bürgle, AnwBl 1989, 507, 507; Zimmermann/Dammrau, NJW 1991, 538, 539.

<sup>211</sup> Vgl. BayObLGZ 1965, 59, 62 = FamRZ 1965, 341; Müller-Freienfels, FS für Max Keller, 1989, S. 35, 43.

<sup>212</sup> Müller-Freienfels, FS Max Keller, S. 35, 43.

<sup>213</sup> Müller-Freienfels, FS Max Keller, S. 35, 37.

am 1. Januar 1992 in Kraft tretende BtG eine Vorsorgevollmacht zur Vermeidung einer Betreuung. Eine Aufwertung erhielt sie schließlich seit dem Betreuungsrechtsänderungsgesetz mit der gesetzlichen Verankerung der Vorsorgevollmacht in Gesundheitsangelegenheiten, §§ 1904 II, 1896 II 2 BGB.

## **II. Vorbild Amerika**

Vorreiter für das Rechtsinstitut der Vorsorgevollmacht in Gesundheitsangelegenheiten waren die USA. Hier wurde sie aufgrund der unbefriedigenden Situation mit Patientenverfügungen entwickelt. Der Patientenverfügung wird nämlich immer wieder eine nicht zu unterschätzende Inflexibilität vorgeworfen.<sup>214</sup> Insbesondere zweifelt man an, ob die einzelnen Anordnungen einer Patientenverfügung auf den tatsächlich eintretenden Krankheitsfall überhaupt anwendbar sind. Zudem fehlen in den meisten Living Will Statues der amerikanischen Bundesstaaten Vorschriften, die bestimmen, wer bei Meinungsverschiedenheiten über die inhaltliche Bedeutung einzelner Bestimmungen für den Patienten entscheiden soll. Um diesem Problem ein Ende zu setzen, wurde das Institut der „Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten“ geschaffen.

### **1. Einzelstaatliche Regelungen**

Gesetzlicher Ausgangspunkt für diese Stellvertretung waren die allgemeinen „Power of Attorney Laws“. Sie eröffneten dem Geschäftsherrn die Möglichkeit, eine Person seines Vertrauens für die Erledigung seiner Angelegenheiten zu bevollmächtigen. Der Nachteil dieser Regelungen bestand jedoch darin, dass mit der Geschäftsunfähigkeit des Geschäftsherrn die erteilte Bevollmächtigung automatisch erlosch, mithin diese Regelungen für das neu entwickelte Rechtsinstitut der Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten nicht direkt anwendbar waren. Dieser Automatismus sollte dem Schutz des Geschäftsherrn dienen, indem er davor bewahrt werden sollte, im Falle seiner Geschäftsunfähigkeit der unkontrollierten Aktivitäten seines

---

<sup>214</sup> Bernat, S. 176 mit Verweis auf Fentiman, 57 Geo. Washington Law Review (1989), S. 801, 824.



Vertreters ausgesetzt zu sein. An die Stelle des gewillkürten Vertreters trat dann der Staat, vertreten durch einen Vormund oder Pfleger.

Um jedoch dem Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen gerecht zu werden, ersetzte man diese „Power of Attorney Laws“ durch „Durable Power of Attorney Laws“, die eine Vertretung des Geschäftsherrn auch über den Verlust seiner Geschäftsfähigkeit hinaus ermöglicht.

Schließlich entschlossen sich eine geringe Anzahl amerikanischer Bundesstaaten zu einer eigenständigen Normierung der Materie (Durable Power of Attorney for Health Care),<sup>215</sup> obgleich allgemein die Ansicht vertreten wurde, dass die Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten dem Grunde nach unter die Durable Power of Attorney-Gesetze falle. Die nun in den einzelnen Bundesstaaten uneinheitlich geregelten Bestimmungen divergieren letztendlich jedoch nur geringfügig.<sup>216</sup>

Der Umfang der Befugnisse des Bevollmächtigten hängt regelmäßig von den jeweiligen Bestimmungen des Geschäftsherrn ab. Grundsätzlich darf der Geschäftsherr seinen Stellvertreter zu allen Entscheidungen in Gesundheitsangelegenheiten ermächtigen<sup>217</sup> mit Ausnahme besonders umstrittener Behandlungsformen, wie die Einweisung in eine psychische Anstalt, die Elektroschocktherapie, psychochirurgische Eingriffe, Sterilisation und Schwangerschaftsabbrüche.<sup>218</sup> Im übrigen aber unterliegt die Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten keinen Beschränkungen. Zum Schutze des Prinzipals ist die Vollmacht jederzeit widerruflich, selbst dann, wenn diese als unwiderruflich erteilt ist. Auch muss die Vollmacht zumeist schriftlich erteilt werden. Teilweise wird sogar verlangt, dass die Vollmachtsurkunde in Gegenwart von zwei Zeugen, eines Richters oder

---

<sup>215</sup> Eisenbart, S. 42 mit Verweis auf California Durable Power of Attorney for Health Care, Cal.Civ.Code §§ 2430-2444; Florida Health Care Surrogate Act, Fla. Stat. Ann. §§ 31-36, 1-13; New York Health Care Proxy Act, N.Y. Pub. Health Law §§ 2980-2994.

<sup>216</sup> Herzog, in: Taupitz, Zivilrechtliche Regelungen, Rn. USA 18.

<sup>217</sup> Füllmich, S. 86.

<sup>218</sup> Füllmich, S. 86.

eines Notars unterzeichnet wird.<sup>219</sup> Als weitere Schutzvorkehrung und zur Vermeidung von Interessenkonflikten enthalten die Gesetze Einschränkungen in der Auswahl der Person des Bevollmächtigten. So sind die den Patienten behandelnden Ärzte, das Pflegepersonal und die Angestellten des Krankenhauses oder der Pflegestation, in dem bzw. in der sich der Patient befindet, von einer Bevollmächtigung ausgeschlossen, es sei denn, der Bevollmächtigte ist mit dem Patienten verwandt oder verheiratet.<sup>220</sup>

Darüber hinaus enthalten die einzelstaatlichen „durable power of attorney“-Gesetze,<sup>221</sup> weitere Regelungen, die dem Schutz des Vertretenen dienen sollen. Genannt seien als Beispiel die Unzulässigkeit einer Generalvollmacht<sup>222</sup> sowie der Ausschluss gewisser Personen als Zeugen.

Das kalifornische Gesetz, das in dieser Hinsicht Vorreiterstellung besitzt, sieht für die Erteilung der Vollmacht die Benutzung eines bestimmten Formulars vor. Zwar ist die Benutzung des Formulars nicht zwingend vorgeschrieben. Bei dessen Verwendung entfaltet die Vollmacht jedoch – da den gesetzlichen Bestimmungen entsprechend – die vom Gesetz vorgesehenen Wirkungen. Es enthält nämlich detaillierte Erläuterungen und Warnhinweise an den Vertretenen. Ferner wird der Patient ausdrücklich aufgefordert, über die Frage der Aufrechterhaltung oder des Abbruchs lebensverlängernder Behandlungsmaßnahmen und ähnliche Fragen nachzudenken und das Ergebnis seiner Überlegungen gegebenenfalls bei der Ausgestaltung der Vollmacht zu berücksichtigen. Neben diesen ausdrücklichen Hinweisen bietet das Formular genügend Raum für eine individuelle Ausgestaltung der Vollmacht. So gibt es dem Verfasser die Möglichkeit, die Vollmacht zu beschränken bzw. sie inhaltlich näher auszugestalten. Es steht dem Patienten aber auch frei, dem Stellvertreter überhaupt keine inhaltlichen Vorgaben zu machen.

---

<sup>219</sup> Röver, S. 35.

<sup>220</sup> Füllmich, S. 85.

<sup>221</sup> Kalifornien, Delaware und Virginia.

<sup>222</sup> Cal. Probate Code § 4703(a).

Über die Regelung des jederzeitigen Widerrufsrechts hinaus enthält Kalifornien eine gesetzliche Vermutung für die „Widerrufsfähigkeit“, d.h. die Fähigkeit des Patienten, wirksam über den Widerruf der Vollmacht zu entscheiden.<sup>223</sup> Hier genügt sogar ein mündlicher Widerruf einer zuvor schriftlich erteilten Vollmacht den gesetzlichen Bestimmungen.

Rechtsfolge einer wirksam erteilten Vollmacht ist, dass der Stellvertreter ausdrücklich Priorität vor allen anderen für den Patienten handelnden Personen genießt. Solange und soweit der Patient allerdings selbst in der Lage ist, über die Vornahme medizinischer Behandlungsmaßnahmen zu entscheiden, ist der Stellvertreter nicht befugt, Entscheidungen zu treffen.<sup>224</sup>

Ferner enthält die kalifornische Regelung eine spezielle Haftungsfreistellung für Ärzte und sonstige Krankenhausangestellte, die die Anweisungen eines Stellvertreters befolgen. Voraussetzung dafür ist, dass sie im Vertrauen darauf gehandelt haben, dass die Anweisungen des Vertreters nicht im Gegensatz zu den Wünschen des Patienten selbst stehen.

## **2. Bundesstaatliche Regelung**

Der sog. 1990 erlassene „Patient Self Determination Act“ dient der Förderung der Akzeptanz und Verbindlichkeit des Patientenwillens. Er soll insbesondere die ausreichende Information der Patienten über ihr Recht, medizinische Versorgung zu akzeptieren oder abzulehnen, sicherstellen.<sup>225</sup> Das Gesetz weist Krankenhäuser, Pflegedienste und ähnliche Einrichtungen an, Patiententestamente, Vorsorgevollmachten und Betreuungsverfügungen ernst zu nehmen und als verbindlich zu akzeptieren. Außerdem müssen die eigenen Mitarbeiter mit dem Umgang mit Patientenverfügungen vertraut gemacht

---

<sup>223</sup> Cal.Probate Code § 4727(a) und (c).

<sup>224</sup> Cal.Probate Code § 4720(a).

<sup>225</sup> Parkman, The Patient Self-Determination Act – Measuring ist outcomes, <<http://www.springnet.com/ce/m710a.htm>>, S. 1; Bernat, Ethik und Recht, S. 180 f.

werden.<sup>226</sup> Ferner ermuntert es die Bevölkerung, Gebrauch von diesen Rechtsinstituten zu machen.<sup>227</sup>

Die praktische Umsetzung dieses Gesetzes erfolgt in der Weise, dass bei Aufnahme eines Patienten in ein Krankenhaus oder in eine Pflegeeinrichtung eine unverzügliche Erkundigung nach einer möglicherweise verfassten Patientenverfügung stattzufinden hat. Anschließend erfolgt ein Vermerk der Antwort in der Krankenakte des Betroffenen und wenn möglich – bei Bejahung der Frage - eine Beilegung einer Kopie der Verfügung. Aus dem Unterlassen des Verfassens einer solchen Verfügung darf jedoch nicht gefolgert werden, dass der Patient die Fortführung lebenserhaltender Maßnahmen „um jeden Preis“ wünsche.<sup>228</sup> Sollte der Patient eine Verfügung erlassen haben, muss er überdies darauf hingewiesen werden, dass rechtswidrige Bestimmungen seiner Verfügung nicht berücksichtigt werden können. Dies trifft insbesondere auf Anweisungen zu direkter Sterbehilfe zu.<sup>229</sup>

Während in den ersten zwei Jahren nach Erlass des „Patient Self-Determination Act“ nur zwischen 5% und 15% der Patienten über ihre Patientenrechte informiert waren und eine Patientenverfügung verfasst hatten, stieg dieser Prozentsatz bis Ende 1994 erheblich an. So waren zumindest 90% der Patienten bereits vertraut mit den Institutionen der Patientenverfügung und gewillkürten Stellvertretungen und standen ihnen auch positiv gegenüber. Auch die Zahl derjeni-

---

<sup>226</sup> Trombly, Patient Self-Determination Act, December 1991, <http://www.rmf.org/b3960.html>, S. 1; Parkman/Calfee, Advance Directives: Honouring your patient's end-of-life-wishes, <http://www.healthexpress.net/ce/p704a.htm>, S. 1 ff.

<sup>227</sup> General Account Office, <<http://www.os.dhhs.gov/progorg/aspect/pic/8/pic5908.txt>>; O'Rourke, The Patient Self-Determination Act, <http://www.op.org/domcentral/study/kor/91051209.htm>>, S. 1.

<sup>228</sup> O'Rourke, The Patient Self-Determination Act, <http://www.op.org/domcentral/study/kor/91051209.htm>>, S. 1.

<sup>229</sup> O'Rourke, The Patient Self-Determination Act, <http://www.op.org/domcentral/study/kor/91051209.htm>>, S. 1.

gen, die bereits eine Patientenverfügung verfasst haben, stieg weiter an.<sup>230</sup>

## **B. Rechtslage in Deutschland**

Im Gegensatz zu den USA fehlte es in Deutschland lange an einer spezialgesetzlichen Regelung der gewillkürten Stellvertretung in personalen Angelegenheiten.

### **I. Rechtslage vor Inkrafttreten des 1. BtÄndG am 1. Januar 1999**

#### **1. Ablehnende Ansicht**

Lange Zeit wurde von einigen Stimmen in der Literatur bezweifelt, ob das Rechtsinstitut der Vorsorgevollmacht in personalen Angelegenheiten an sich überhaupt zulässig sei.

In rechtstatsächlicher Hinsicht führten sie erhebliche Missbrauchsrisiken an. So könnten plötzliche Antipathien gegen den Patienten auftauchen oder wiederbelebt werden. Auch könnte auf eine Erbschaft gehofft werden, wenn der Patient seine Entscheidungsfähigkeit verloren habe und die Vorsorgevollmacht Wirkung entfalte.<sup>231</sup> Schließlich bestehe bei einer Entscheidungsfindung durch einen Vertreter immer die Gefahr, dass sich dieser irre und folglich nicht nach dem Willen des Patienten entsprechend handele.<sup>232</sup> Zweifelhaft sei nämlich, ob ein Bevollmächtigter, der nicht in seiner eigenen Existenz tangiert werde, die Situation des Kranken in einem solchen Maß erfassen könne, dass er den mutmaßlichen Willen auch nur annähernd getreu wiederzugeben in der Lage sei.<sup>233</sup> Vor allem aber könne der Vollmachtgeber nach Eintritt seiner Entscheidungsunfähigkeit den

---

<sup>230</sup> Parkman, The Patient Self-Determination Act – Measuring ist outcomes, <<http://www.springnet.com/ce/m710a.htm>>, S. 2.

<sup>231</sup> Zilkens, S. 93 f.; vgl. zum Verhältnis alter Menschen zu ihrer Familie, L.H. Schreiber/C.Schreiber, ZRP 1993, 146, 146.

<sup>232</sup> Eisenbart, S. 210 mit Verweis auf Peters, The Journal of Legal Medicine 1987, S. 437 ff., 454.

<sup>233</sup> Rickmann, S. 198 f.

Bevollmächtigten nicht mehr in hinreichendem Maße überwachen. Deshalb dürfte man den hohen Wert des Lebensschutzes (Art.2 II 1 GG) nicht vorschnell aufgeben, indem jenem eine Entscheidungskompetenz eingeräumt werde, der möglicherweise sachfremde Erwägungen verfolge.<sup>234</sup> Auch sei das Institut des „Patientenanwalts“ für die Entscheidungsfindung des Arztes unbrauchbar, da der Stellvertreter bei jeder Frage über die Durchführung einer Behandlungsmaßnahme aufgeklärt und in seinen Entscheidungen geleitet werden müsse.<sup>235</sup> Durch die bloße Anerkennung dieses Rechtsinstituts werde vor allem der Konflikt des Arztes, ob und wie er im Einzelfall behandeln müsse, nicht gelöst; auch bleibe die für den Mediziner unzumutbare Rechtsunsicherheit bestehen.

In rechtsdogmatischer Hinsicht lehnte diese Auffassung es ab, die Übertragung der Vertretungsmacht im personalen Bereich auf einen gewillkürten Stellvertreter für zulässig zu erachten.<sup>236</sup> Dass das Problem hierbei nicht in der fehlenden Einordnung der rechtfertigenden Einwilligung als Rechtsgeschäft liegt, erkannten sie an, zumal die analoge Anwendung der §§ 164 ff. BGB für die Einwilligung in die Verletzung vermögenswerter Rechte anerkannt ist.<sup>237</sup> Daher versuchten sie den Ausschluss der Stellvertretung mit der „Höchstpersönlichkeit“ zu begründen. So ergebe sich ein entsprechendes Verbot aus dem zwar nicht geschriebenen, aber dennoch geltenden Grundsatz der Vertretungsfeindlichkeit höchstpersönlicher Rechtsgeschäfte, wenn auch eine derartige Übertragung der Vertretungsmacht nirgends ausdrücklich ausgeschlossen sei.<sup>238</sup> Denn eine Stellvertretung sei nur bei der Einwilligung in die Beeinträchtigung ver-

---

<sup>234</sup> Kemper, FuR 1994, 267, 268; Dodegge, MDR 1992, 437, 439; Klüsener/Rausch, NJW 1993, 617, 618; Schumacher, FamRZ 1991, 280, 281; implizit, Erman/Holzhauer, § 1896 Rn. 40.

<sup>235</sup> Vgl. Hiersche, Gutachten 56. DJT, M 14.

<sup>236</sup> Implizit, MüKo/Schwab, § 164 Rn. 9; Palandt/Heinrichs, 57. Aufl., Einf. § 164 Rn. 4; speziell zur Betreuung: Holzhauer, FuR 1990, 249, 252.

<sup>237</sup> Schwab, FS Gernhuber, S. 815, 821.

<sup>238</sup> Schwab, FamRZ 1992, 493, 495; Dodegge, MDR 1992, 437, 439; Klüsener/Rausch, NJW 1993, 617, 618; Cypionka, DNotZ 1991, 571, 573; Marschner, Recht und Psychiatrie 1995, S. 138, 138; Kirchhof, BtPrax 1994, 101, 101 f.; Stolz, FamRZ 1993, 642, 644; Dammrau/Zimmermann/Dammrau, § 1896 RN 24 b; Wiese, NJW 1996, 2418; Bühler, BWNotZ 1990, 1, 1; Rickmann, S. 198; Kothe, AcP 185 (1985), 105, 143.

mögensbezogener Rechtsgüter<sup>239</sup> oder lediglich eines engen Bereichs persönlichkeitsbezogener Rechte möglich, wozu die Entscheidung über das „Ob“ medizinischer Behandlungsmaßnahmen jedoch nicht gehöre.<sup>240</sup> Denn die Entscheidung jedes Einzelnen zur Heilbehandlung an sich selbst sei Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts und bereits deshalb persönlicher Natur, da sie das Recht auf Unversehrtheit des eigenen Körpers und damit zugleich einen Teil der jeweiligen Persönlichkeit selbst betreffen.<sup>241</sup> Die Möglichkeit, entsprechend seinen eigenen Vorstellungen über die Durchführung ärztlicher Maßnahmen am Lebensende zu entscheiden, sei somit untrennbar mit der Person des Rechtsgutinhabers verbunden.<sup>242</sup> Aus der Bevollmächtigung eines Vertreters folge daher zwingend Fremdbestimmung, die unzulässig sei, weil es sich bei der Einwilligung in eine Heilbehandlung durch einen Dritten nicht nur um einen Grundrechtseingriff, sondern vor allem um unzulässige Gewaltanwendung handele.<sup>243</sup>

## 2. Befürwortende Ansicht

Besonders unter dem Einfluss des Betreuungsrechts mehrten sich die Stimmen, welche die gewillkürte Übertragung derartiger Bestimmungsbefugnisse befürworteten. Die Bedenken der Gegenmeinung in rechtstatsächlicher Hinsicht hielten sie nicht für haltbar mit der Begründung, dass Missbrauchsgefahren bzw. Irrtümer auch bei Bestellung eines Betreuers nicht weniger ausgeschlossen seien als bei Erteilung einer Vorsorgevollmacht.<sup>244</sup> Wenn der Betroffene die zu bevollmächtigte Person selbst ausgewählt habe, sei er sogar eher in der Lage, ein etwaiges Missbrauchs- oder Irrtumsrisiko aufgrund der in aller Regel sehr detaillierten Kenntnis der Person des Vertreters

---

<sup>239</sup> Cypionka, DNotZ 1991, 571, 573; Ritz-Mürtz, MittBayNot 1991, 233, 237 f.

<sup>240</sup> Stolz, FamRZ 1993, 642, 644; Dammrau/Zimmermann/Dammrau, § 1896 Rn. 24 b; Schwab, FamRZ 1992, 493, 496.

<sup>241</sup> Schwab, FamRZ 1992, 493, 496.

<sup>242</sup> So jedenfalls für die Entscheidung über lebensbeendende Maßnahmen, Seitz, ZRP 1998, 417, 418.

<sup>243</sup> Marschner, Recht und Psychiatrie, 1995, 138, 140.

<sup>244</sup> Füllmich, S. 95 f.; von Sachsen-Gessaphe, S. 493 sowie bereits Gernhuber, FamRZ 1976, 189, 191.

genau zu beurteilen.<sup>245</sup> Rechtsunsicherheit für den behandelnden Arzt bestehe nicht, da er ebenso wie beim Handeln des Betreuers an die Entscheidung des aufgeklärten Vertreters gebunden sei, die diejenige des geschäftsunfähigen Patienten in vollem Umfang ersetze.<sup>246</sup>

In rechtsdogmatischer Hinsicht lehnten manche einen ungeschriebenen Vertretungsausschluss kraft Natur der Sache überhaupt ab. Weder aus der Entstehungsgeschichte noch aus den Regelungen des Gesetzgebers speziell bei Erlass des Betreuungsgesetzes lasse sich ein – wenn auch ungeschriebenes – generelles Vertretungsverbot in höchstpersönlichen Rechtsgeschäften folgern.<sup>247</sup> In Ermangelung einschlägiger spezieller Ausschlusstatbestände gelangte diese Auffassung zur grundsätzlichen Zulässigkeit der Übertragbarkeit personaler Bestimmungsbefugnisse.<sup>248</sup>

Andere wiederum nahmen einen ungeschriebenen Vertretungsausschluss im höchstpersönlichen Bereich zwar grundsätzlich hin, erblickten jedoch im Hinblick auf die Neuerungen des Betreuungsrechts in § 1896 II 2 eine familienrechtliche Sondernorm, welche eine Übertragung im Rahmen einer Vorsorgevollmacht gleichwohl ermögliche.<sup>249</sup> Hierfür spreche vor allem, dass § 1896 II 2 BGB allgemein die Subsidiarität der Betreuung gegenüber ebenso gut geeigneten tatsächlichen Hilfen normiere und die Vorsorgevollmacht damit als vollwertige Alternative zur Betreuung ausgestaltet werden solle.

Ferner wurde darauf hingewiesen, dass im rechtlichen Sinne die Höchstpersönlichkeit der Entscheidung bei nicht entscheidungsfähigen Personen aus der Natur der Sache heraus eingeschränkt sei. Denn bei der Frage nach dem „Ob“ einer möglichen Behandlung

---

<sup>245</sup> Heyers, S. 157; Eisenbart, S. 210; Baumann/Hartmann, DNotZ 2000, 594, 600.

<sup>246</sup> Heyers, S. 157.

<sup>247</sup> folglich hierzu Röver, 175 ff.; Eisenbart, S. 214.

<sup>248</sup> Füllmich, S. 100-102; Uhlenbruck, MedR 1992, 141; Eisenbart, S. 214; vgl. auch Röver, S. 175 ff.

<sup>249</sup> Frost, S. 61; vorsichtig bejahend, Kern, NJW 1994, 757; deutlicher noch ders. in: MedR 1993, 249; in diese Richtung auch Uhlenbruck, NJW 1996, 1583; A.Langenfeld/G.Langenfeld, ZEV 1996, 339, 340; A.Langenfeld, S. 104 ff.; Esch, S. 55, 56; im Ergebnis auch Perau, MittRhNotK 1996, 285, 294; Hoß, S. 26.



entscheidungsunfähiger Patienten sei es zwingend, dass eine Entscheidung von einem Dritten getroffen werden müsse.<sup>250</sup> Wenn der Staat berechtigt sei, in Fällen der Entscheidungsunfähigkeit des Patienten fremde Dritte oder Gerichte mit der Wahrnehmung von dessen Gesundheitsinteressen zu betrauen, könne es einem späteren Patienten nicht verwehrt werden, für diesen Fall selbst einer Vertrauensperson die Vertretung in Gesundheitsangelegenheiten zu übertragen.<sup>251</sup>

Gegen die Gefahr einer missbräuchlichen Ausnutzung der dem Bevollmächtigten eingeräumten personalen Macht könnten Ärzte, Angehörige oder sonstige Personen nach § 1896 III BGB die Bestellung des Kontrollbetreuers anregen.<sup>252</sup> Dieser könne den Widerruf der Vollmacht gewährleisten.<sup>253</sup> Eine Ansicht verlangte sogar, die Errichtung einer Vorsorgevollmacht stets mit der Bestellung eines Überwachungsbetreuers zu koppeln.<sup>254</sup> Eine noch weitergehende Auffassung<sup>255</sup> forderte eine unmittelbare vormundschaftsgerichtliche Kontrolle der Entscheidung des Bevollmächtigten. Denn der praktische Wert einer Vollmachtsüberwachungsbetreuung sei bestreitbar.<sup>256</sup> Zudem erscheine die mittelbare Kontrolle durch das Vormundschaftsgericht äußerst umständlich und wenig effektiv.<sup>257</sup>

Die Befürworter schlugen als Übertragungsform die Anwendung der Stellvertretungsregeln oder eine partielle Übertragung des Selbstbestimmungsrechts zur Ausübung vor.

---

<sup>250</sup> Heyers, S. 158, 159; Baumann/Hartmann, DNotZ 2000, 594, 599; Weißenbauer/Opderbecke, MedR 1998, 396; Eisenbart, S. 211; dies. in: MedR 1997, 305, 306 f.; OLG Stuttgart, BtPrax 1994, 99, 100.

<sup>251</sup> Füllmich, S. 102; Uhlenbruck, MedR 1992, 140; Berger, JZ 2000, 797, 803; in diese Richtung auch Staudinger/Bienwald, § 1896 Rn. 127; Schmidt, in: Schmidt/Böcker, Betreuungsrecht, § 1896 Rn. 21.

<sup>252</sup> Füllmich, S. 96; Uhlenbruck, MedR 1992, 140; A.Langenfeld, S. 91 f., 107.

<sup>253</sup> Eingehend, Walter, S. 201 ff, 222-230.

<sup>254</sup> Walter, S. 229; Stolz, FamRZ 1993, 642, 644; Kuhlmann, S. 199.

<sup>255</sup> Rieger, S. 136; Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein, Rn. 77; Stolz, FamRZ, 1993, 642, 643 f.

<sup>256</sup> Rieger, S. 136.

<sup>257</sup> Vgl. Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein, Rn. 77; Stolz, FamRZ, 1993, 642, 643 f.; Rieger, S. 136; Kirchhof, BtPrax 1994, 101, 101.; Verrel, JZ 1996, 224, 229.

**a. §§ 164 ff. BGB<sup>258</sup>**

Sie wendeten je nach Qualifikation der Einwilligung bzw. Behandlungsanweisung als rechtsgeschäftliche Willenserklärung oder rechtsgeschäftsähnliche Handlung die §§ 164 ff. BGB unmittelbar oder analog an. Denn auch eine Einordnung als rechtsgeschäftsähnliche Erklärung stellt ihrer Ansicht nach keinen Grund für den Ausschluss der Stellvertretung dar. Es ist allgemein anerkannt, dass die Stellvertretungsregeln hierauf analog anwendbar sind. Dies gilt beispielsweise für die herkömmlich als rechtsgeschäftsähnlich bezeichneten Handlungen wie z.B. die Mahnung (§ 286 BGB), die Mitteilung eines Mangels (§ 475 BGB) oder Mängelrüge (§ 377 HGB), die Fristsetzung (§ 323 BGB).<sup>259</sup>

**b. Übertragung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zur Ausübung<sup>260</sup>**

Die grundsätzliche Zulässigkeit dieser Vorgehensweise erblickten die Befürworter in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.<sup>261</sup> In seiner diesbezüglichen ersten Entscheidung<sup>262</sup> hatte Cosima Wagner ihrer Tochter aus erster Ehe, Eva Chamberlain, die Obhut über die Tagebücher, die ihr persönliches Zusammenleben mit Richard Wagner dokumentieren, anvertraut. Eva Chamberlain war von ihrer Mutter bevollmächtigt, vollkommen frei die ihr angezeigten Maßnahmen zu ergreifen, um über den Schutz der Intimsphäre von Cosima Wagner zu wachen, welche durch die Tagebuchaufzeichnung besonders tangiert war. Im Einzelnen führte der BGH aus:

Aus dem Zweck der Übertragung der Tagebücher von Cosima Wagner auf Eva Chamberlain, den vertraulichen Charakter der Tagebücher zu wahren und über deren Auswertung zu wachen, folge, dass er von Eva Chamberlain nur erfüllt werden könne, wenn zugleich mit

---

<sup>258</sup> Füllmich, S. 97 ff.; Uhlenbruck, MedR 1992, 134, 140; Röver, S. 174 ff.; Eisenbart, S. 213; Heyers, S. 164.

<sup>259</sup> Jauernig/Jauernig, Vor § 104 Rn. 23; Soergel/Leptien, 13. Aufl., § 164 Rn. 4.

<sup>260</sup> Füllmich, S. 104 ff.; Frost, S. 60 ff.; Uhlenbruck, MedR 1992, 134, 140; ders.: in: HdB ArztR, § 132 Rn. 17; Eisenbart, S. 213 f.

<sup>261</sup> Vgl. BGB, Urt.v.26.11.1954, BGHZ 15, 249 ff.; BGH, Urt.v.20.3.1968, BGHZ 50, 133 f. - Zu dieser Frage ferner BGHZ 107, 384, 391.

<sup>262</sup> BGHZ 15, 249 ff.

der Eigentumsübertragung auch das Urheberrecht – im konkreten das Veröffentlichungsrecht, das in den Nutzungsrechten in der Regel mitenthalten ist - auf sie übergegangen sei. D.h., trotz des starken persönlichkeitsrechtlichen Einschlags des Urheberrechts könne es unter Lebenden übertragen werden. Lediglich der unverzichtbare Kernbestand des Urheberpersönlichkeitsrechts sei nicht übertragbar. Der BGH betonte, dass das Erbrecht einer Person gestatte, zu Lebzeiten festzulegen, was mit ihren Vermögenswerten nach ihrem Tode zu geschehen habe. In gleicher Weise müsse es einer Person möglich sein, entweder im Rahmen einer letztwilligen Verfügung oder einer anderweitigen Erklärung festzulegen, wem er die Wahrung seiner persönlichkeitsrechtlichen Befugnisse anvertrauen wolle.

In die gleiche Richtung zielt die Mephisto-Entscheidung des Bundesgerichtshofes.<sup>263</sup> Sie sprach dem Adoptivsohn von Gustav Gründgens die Befugnis zu, das Persönlichkeitsrecht des verstorbenen Schauspielers gegen Verunglimpfung zu schützen. Der BGH führte hier aus, dass nicht nur das Urheberpersönlichkeitsrecht über den Tod des ursprünglichen Rechtsträger hinaus fortwirke, sondern gleiches auch für das allgemeine Persönlichkeitsrecht gelte. Demzufolge könnten Unterlassungsansprüche gegen grobe Entstellungen des Lebensbildes auch von jemandem wahrgenommen werden, der selbst nicht Subjekt eines entsprechenden Rechtes ist, jedoch von dem Verstorbenen zu Lebzeiten zur Wahrnehmung dessen Rechte berufen wurde. Insofern hat das Gericht sogar eine Übertragung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts für zulässig erachtet.

Unter Bezugnahme auf diese BGH-Entscheidungen lässt sich nach Ansicht der Befürworter also folgern, dass auch dann, wenn man mit der Gegenauffassung annähme, dass das Selbstbestimmungsrecht des Patienten weder einem Verzicht zugänglich noch übertragbar sei, nicht verkannt werden könne, dass jedenfalls die Ausübung dieses Rechts übertragen werden könne. Denn wenn schon ein von einem Verstorbenen zu dessen Lebzeiten mit der Wahrnehmung seines Persönlichkeitsrechts Beauftragter auch nach dem Tode des Auftraggebers diesen Auftrag noch soll ausführen dürfen, müsse

---

<sup>263</sup> BGH NJW 1968, 1774.

doch erst recht ein Entscheidungsunfähiger sein Persönlichkeitsrecht von einem von ihm gerade zu diesem Zwecke vor Verlust der Entscheidungsfähigkeit Beauftragten durchsetzen lassen können, wenn er seine Entscheidungsfähigkeit verlöre.<sup>264</sup> Im letzteren Fall habe der Auftraggeber sogar ein noch weit größeres Interesse daran, seinem Willen Durchsetzung zu verschaffen, da er im Zeitpunkt der Wirkung der Stellvertretung noch lebe und nur in seiner Handlungsfähigkeit beschränkt sei.<sup>265</sup>

### 3. Rechtsprechung

In der sonstigen Rechtsprechung fanden sich bislang nur vereinzelt Stellungnahmen zur Zulässigkeit der Übertragung von personalen Bestimmungsbefugnissen.

Bereits vor Inkrafttreten des Betreuungsgesetzes unterstellte das LG Göttingen in seinem Urteil vom 11.10.1990<sup>266</sup> die Möglichkeit eines Patienten, seinem Ehegatten die Befugnis einzuräumen, an seiner Stelle in eine nach Ansicht des operierenden Arztes erforderlich werdenden Operationserweiterung einzuwilligen. Da im konkreten Fall dem Ehegatten jedoch hierzu nicht die Gelegenheit gegeben wurde, fehlen in den Entscheidungsgründen nähere Ausführungen darüber, ob dem zu dieser höchstpersönlichen Angelegenheit „Bevollmächtigte“ auch ein eigener Entscheidungsspielraum i.S. einer Stellvertretung im Willen zustehen kann.

Ausdrücklich gegen die Zulässigkeit der Übertragung personaler Bestimmungsbefugnisse hatte sich lediglich das LG Frankfurt a.M. ausgesprochen.<sup>267</sup> Es stellte fest, dass trotz Vorliegen einer Generalvollmacht für die Aufgabenbereiche Aufenthaltsbestimmung und Unterbringung oder unterbringungsähnliche Maßnahme stets ein Betreuer zu bestellen sei. Denn die Rechte des Betroffenen könnten in derart gravierenden Fragen nur bei einer Betreuung wegen des da-

---

<sup>264</sup> Füllmich, S. 119.

<sup>265</sup> Füllmich, S. 20.

<sup>266</sup> LG Göttingen, VersR 1990, 1401 ff.

<sup>267</sup> LG Frankfurt a.M., FamRZ 1994, 125.

mit verbundenen vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungsvorbehalts gewahrt werden.

Andere Entscheidungen sprachen sich zugunsten der Übertragbarkeit aus. Nur implizit äußerte sich das LG Wiesbaden.<sup>268</sup> Das LG Stuttgart<sup>269</sup> befasste sich in erster Linie mit der Zulässigkeit einer Bevollmächtigung für den Bereich der Einwilligung in eine freiheitsentziehende Maßnahme im Sinne des § 1906 IV BGB. In einem obiter dictum behandelte und bejahte es aber auch die Zulässigkeit einer Einwilligungsermächtigung für den Bereich der Gesundheitsfürsorge im Sinne von § 1896 II 2 BGB. Zur Begründung führte es an, das Selbstbestimmungsrecht des Patienten gebiete es, dass der Betreute bei unausweichlicher Fremdbestimmung zumindest vor Eintritt der Entscheidungsunfähigkeit noch Einfluss nehmen können müsse, welche Person seines Vertrauens die notwendigen Entscheidungen für ihn treffen solle. Hierbei gehe es nicht um die Frage, ob jemand auf eine ihm noch mögliche Selbstbestimmung verzichte und sich dadurch unveräußerlicher Rechte begeben, sondern darum, im Rahmen seiner Autonomie selbst zu bestimmen, ob und wem er sich anvertrauen wolle. Es müsse in der freien Entscheidung des späteren Patienten liegen, ob er auf den Schutzmechanismus der Betreuungsregeln verzichte, die trotz ihrer Schutzfunktion einen Akt staatlicher Gewalt darstellten, der mit seinen Verfahrensregelungen durchaus als belastend empfunden werden könne. Als Regulativ gegen Missbräuche sei die Bestellung eines Vollmachtsüberwachungsbetreuers gemäß § 1896 III BGB ausreichend,<sup>270</sup> dessen Aufgabenkreis in der Überwachung des Bevollmächtigten und gegebenenfalls dem Widerruf der Vollmacht liege. Voraussetzung der Bestellung sei lediglich, dass konkreter Überwachungsbedarf bestehe.

Die Entscheidung des Landgerichts Stuttgarts wurde zwar durch das OLG Stuttgart<sup>271</sup> aufgehoben. Der Grund für die Aufhebung lag aber

---

<sup>268</sup> LG Wiesbaden, FamRZ 1994, 778.

<sup>269</sup> LG Stuttgart, BtPrax 1994, 64, 66.

<sup>270</sup> AA. Stolz, FamRZ 1993, 642, 644: „Die Möglichkeit der Bestellung eines Überwachungsbetreuers entspreche nicht einer gerichtlichen Kontrolle i.S. von § 1904 BGB.“

<sup>271</sup> OLG Stuttgart, BtPrax 1994, 99 ff.

nicht in der Ablehnung der grundsätzlichen Zulässigkeit einer Vorsorgevollmacht in Gesundheitsangelegenheiten, sondern allein in der mangelnden Konkretisierung der Vollmacht für den Aufgabenbereich der Gesundheitsfürsorge. Denn der Wortlaut der Vollmacht im dem Urteil zugrundeliegenden Fall stellte nach Ansicht des Gerichts nicht hinreichend deutlich heraus, dass der Betroffene eine Bevollmächtigung Dritter im besagten Bereich aussprechen wollte.<sup>272</sup> Mit hin bestätigte auch das OLG die grundsätzliche Zulässigkeit einer Bevollmächtigung zur Einwilligung in eine ärztliche Heilbehandlung.

## **II. Rechtslage seit Inkrafttreten des 1. Betreuungsrechtsänderungsgesetz**

Mit Inkrafttreten des 1. Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts wurde der Streit um die Zulässigkeit der gewillkürten Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten endlich beendet.

Wie die Gesetzesbegründung zeigt,<sup>273</sup> strebte der Gesetzgeber eine vermittelnde Position zwischen den sich konträr gegenüberstehenden Auffassungen an. So heißt es dort wörtlich:

„Der Entwurf folgt im Grundsatz der ersten Auffassung (die Zulässigkeit bejahende), berücksichtigt aber die für die zweite Auffassung sprechenden Gesichtspunkte:

Nach dem neu angefügten § 1904 Abs. 2 soll auch der Bevollmächtigte zur Einwilligung in eine Untersuchung des Gesundheitszustandes, in eine Heilbehandlung oder in einen ärztlichen Eingriff der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedürfen, wenn die in § 1904 Abs. 1 Satz 1 näher beschriebenen Gefahren bestehen. Die Einwilligungsbefugnis soll von einer Vollmacht zudem nur dann umfasst werden, wenn die Vollmacht schriftlich erteilt ist und sich ausdrücklich - zumindest auch – auf Untersuchungen des Gesundheitszustandes, auf Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe bezieht. Mit den vorgeschlagenen Regelungen werden die praktische Bedeutung der Vorsorgevollmacht und damit zugleich die Fähigkeit des Betrof-

---

<sup>272</sup> OLG Stuttgart, BtPrax 1994, 99, 100.

<sup>273</sup> Vgl. BT-Drucks. 13/7158, S. 34.

fenen, in voller geistiger Klarheit über sein künftiges Wohl und Wehe zu entscheiden, gestärkt. Andererseits wird sichergestellt, dass Vorsorgevollmachten in höchstpersönlichen Angelegenheiten nicht voreilig erteilt und einschneidende Maßnahmen des Bevollmächtigten vom Vormundschaftsgericht kontrolliert werden.“

### III. Eigene Stellungnahme

Die Erstreckung der Vorsorgevollmacht auf die Ausübung höchstpersönlicher Bestimmungsbefugnisse durch §§ 1904 II, 1906 V BGB ist grundsätzlich zu begrüßen. Seit jeher bestanden keine triftigen Gründe gegen ihre Zulassung auch in Gesundheitsangelegenheiten. Insbesondere ist das Argument der „Höchstpersönlichkeit“ nicht überzeugend. Würde man unter „Höchstpersönlichkeit“ den personalen Bezug der Entscheidung verstehen, der den Ausschluss einer Vertretung rechtfertigen soll, so müssten alle personalen Entscheidungen jeder Form von Vertretung - auch der staatlichen - unzugänglich sein.<sup>274</sup> Weder für die familien- und erbrechtlichen Angelegenheiten noch für die Einwilligung zu Eingriffen in personenbezogene Rechte trifft dies zu. Sie sind daher nicht generell vertretungsfeindlich.<sup>275</sup> Die Höchstpersönlichkeit einer Entscheidung ist daher nur eine andere Bezeichnung des Gesetzes für den angeordneten Ausschluss der Vertretung, nicht aber der sachliche Grund für diesen Ausschluss.<sup>276</sup> Dies lässt sich an Hand des persönlichen Familienrechts der elterlichen Sorge, das den Persönlichkeitsrechten nahe steht und ebenfalls der Substanz nach als unveräußerlich angesehen wird,<sup>277</sup> verdeutlichen. Es ist nämlich allgemein anerkannt, dass sie trotz ihrer höchstpersönlichen Natur sehr wohl zur Ausübung übertragen werden kann.<sup>278</sup>

---

<sup>274</sup> Lipp, S. 197.

<sup>275</sup> Eisenbart, S. 210 ff; dies. in: MedR 1997, 307; Perau, MittRhNotK 1996, 285, 293.; Röver, S. 175 ff.; Lipp, S. 197. Im übrigen ist die Zulässigkeit der Stellvertretung in persönlichkeitsrechtlichen Fragen unklar, eine Verallgemeinerung ist abzulehnen, vgl. Ohly, S. 460 f.

<sup>276</sup> Walters, S. 208 f.; Lipp, S. 196 f.; vgl. auch Reichel, S. 16.

<sup>277</sup> Vgl. nur Holzhauser, ZRP 1982, 222, 223; Rauscher, S. 654, Rn. 955.

<sup>278</sup> Vgl. Rauscher, S. 654 Rn. 955; siehe auch Schwab, 54. DJT, S. A 68 ff, A 76.

Die Zulässigkeit der Vorsorgevollmacht in personalen Angelegenheiten ist vor allem deswegen zu befürworten, weil sie die Entfaltung der Selbstbestimmungsrechte fördert und den Weg frei macht für die private Vorsorge. Die Vereinigten Staaten von Amerika als Vorreiter in diesem Bereich haben bewiesen, dass dieses Institut praxistauglich ist und von der Bevölkerung gut angenommen wird.<sup>279</sup> Nach der hier vertretenen Ansicht sollte dem Betroffenen darüber hinaus die Freiheit gegeben werden, die Wahrnehmung seiner Interessen umfassend zu regeln. Denn er möchte nicht nur sicherstellen, dass seine gewünschten Behandlungsanweisungen gehört werden, sondern auch, dass seine Rechte geltend gemacht und durchgesetzt werden. Hierauf wird später noch eingegangen.

Wünschenswert wäre es gewesen, wenn der Gesetzgeber neben der grundsätzlichen Zulässigkeit der Vorsorgevollmacht in Gesundheitsangelegenheiten auch ihre Wirksamkeitsvoraussetzungen klar und umfassend geregelt hätte. Dieses Versäumnis hat zu einigen Kontroversen und Rechtsunsicherheit geführt. Auch die Gesetzesbegründung entbehrt jeglicher Anhaltspunkte. Eine klare Aussage zur dogmatischen Deutung, die Rückschlüsse hätte zulassen können, fehlt ebenfalls. Der Gesetzgeber beschränkte sich vielmehr darauf, die grundsätzliche Frage nach der Zulässigkeit einer Vertretung in personalen Angelegenheiten zu bejahen. Er differenzierte nicht weiter zwischen den unterschiedlichen rechtstechnischen Konstruktionen. Daher kann man der Gesetzesbegründung weder entnehmen, dass er durch die Einführung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungspflicht die Bevollmächtigung auf vermögensrechtliche Entscheidungen beschränkt wissen wollte, noch dass er sich strikt gegen eine Übertragung der Bestimmungsmöglichkeit über die „eigene persönliche Freiheit“ geäußert hat.<sup>280</sup> Zu berücksichtigen ist, dass er die Bevollmächtigung in Gesundheitsangelegenheiten nicht grundsätzlich der vormundschaftsgerichtlichen Kontrolle unterstellt hat, sondern nur dann, wenn die in § 1904 I BGB beschriebenen Gefahren bestehen. Die Beschränkung der Vollmacht in Gesundheitsangelegenheiten bzw. ihre Übertragungsmöglichkeit davon abhängig zu machen, wie schwerwiegend die Folgen des ärztlichen Eingriffs

---

<sup>279</sup> Siehe oben S. 39 f.

<sup>280</sup> So aber Uhlenbruck, FS für Deutsch, S. 849, 859.



sind, mit der Folge, dass die Frage nach der dogmatischen Einordnung der Vorsorgevollmacht für den jeweiligen Einzelfall immer anders zu beantworten wäre, kann nicht richtig sein. Ferner hat der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung nicht auf die allgemeinen Regeln der §§ 164 ff. BGB verwiesen.<sup>281</sup> Allein die Bezeichnung „Bevollmächtigung“ gibt hierzu keinen Anlass dies anzunehmen.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass mit dem 1. Betreuungsrechtsänderungsgesetz zwar die Existenz der Vorsorgevollmacht in Gesundheitsangelegenheiten nun vorausgesetzt wird, ihre dogmatische Begründung indes weiterhin offen geblieben ist.

Die Diskussion um die Zulässigkeit der gewillkürten Stellvertretung in personalen Angelegenheiten für einen Zeitpunkt, in dem der Vollmachtgeber bereits seine Entscheidungsfähigkeit verloren hat, kreist letztlich um das Problem, den Vertreter im Fürsorgefall kontrollieren und ihn daran hindern zu können, Missbrauch zu begehen. Denn selbst wenn dieser Nachteil auf privatem Wege nicht beseitigt werden könnte, würde dies nicht die rechtliche Zulässigkeit der gewillkürten Vertretung berühren, sondern allenfalls ihre Eignung, die Funktionen der Betreuung im Bereich der Gesundheitsfürsorge zu übernehmen und sie zu ersetzen.<sup>282</sup>

Nachfolgend werden die Möglichkeiten aufgezeigt, wie dieser Missbrauchsgefahr begegnet werden kann.

---

<sup>281</sup> So aber Heyers, S. 164.

<sup>282</sup> Lipp, S. 200; Kirchhof, BtPrax 1994, 101, 101; Esch, S. 57 ff., 67 ff., 73 ff.

### 3. Teil

## Vorbeugende Maßnahmen gegen Missbrauch

### A. Kontrollbevollmächtigter

Der Patient könnte einer Missbrauchsgefahr vorbeugen, indem er zwei Bevollmächtigte bestimmt, die sich gegenseitig zu kontrollieren und zu überwachen haben. Dies würde insbesondere dadurch gewährleistet, indem sie nur eine gemeinsame Vertretungsmacht inne hätten, d.h. Entscheidungen nur einstimmig treffen könnten.<sup>283</sup> Jedoch macht diese Konstruktion die Vorsorgevollmacht für die Fälle, die eine schnelle Entscheidung erfordern, nicht gerade brauchbar.<sup>284</sup> Zudem wird der Betroffene nur selten auf zwei Vertrauenspersonen zurückgreifen können, die sich jederzeit und kurzfristig absprechen können.

### B. Kontrollbetreuer

Auch das Gesetz stellt dem Vollmachtgeber ein Kontrollinstrument zur Verfügung: den Kontrollbetreuer. Nach § 1896 III BGB kann sich der Aufgabenkreis einer Betreuung auf die Geltendmachung von Rechten des Betreuten gegenüber seinem Bevollmächtigten beschränken. Die Bestellung eines Kontrollbetreuers setzt voraus, dass der Betroffene seine Rechte gegenüber dem Bevollmächtigten nicht mehr selbst wirksam wahrnehmen kann und eine Überwachung erforderlich ist.<sup>285</sup> Sie soll mithin einen Ausgleich für das Überwachungsdefizit des handlungsunfähigen Geschäftsherrn schaffen, notfalls auch zum Widerruf der Vollmacht führen.<sup>286</sup> Der Widerruf der Vollmacht stellt aber entsprechend dem Erforderlichkeitsprinzip die

---

<sup>283</sup> Vgl. A.Langenfeld, S. 26; Uhlenbruck, Selbstbestimmtes Sterben, S. 334.

<sup>284</sup> Vgl. Walters, S. 172.

<sup>285</sup> BT-Drucks. 11/4528, S. 123; LG München I, FamRZ 1998, 923; BayObLG, BtPrax, 1999, 151; Soergel/Zimmermann, § 1896 Rn. 91; MüKo/Schwab, § 1896 Rn. 228 ff.; Jürgens, § 1896 Rn. 36; Veit, FamRZ 1996, 1309, 131; Eisenbart, S. 221, 222; a.A. Walter, S. 229; Stolz, FamRZ 1993, 642, 644; Kuhlmann, S. 199.

<sup>286</sup> Vgl. LG Wiesbaden, FamRZ 1994, 778; Dammrau/Zimmermann/Dammrau § 1896 Rn. 26; Palandt/Diederichsen, § 1896 Rn. 21; Röttgen, S. 81.

äußerste Schutzmaßnahme dar.<sup>287</sup> Zu den sonstigen Rechten eines Kontrollbetreuers gehören all diejenigen Befugnisse, die der Betreute im Rahmen des der Vollmacht zugrunde liegenden Grundverhältnisses gegenüber seinen Bevollmächtigten ausüben kann.<sup>288</sup>

### **C. Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung**

Zur Vorbeugung von Missbrauchsgefahren kann auch das Vormundschaftsgericht als Aufsichts- und Kontrollorgan eingeschaltet werden. Dies erfolgt regelmäßig in der Weise, dass die Vertretungsmacht durch vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungsvorbehalt beschränkt wird.<sup>289</sup> Hier erfolgt also eine Kontrolle bereits im Vorfeld der Entscheidung durch den Bevollmächtigten.<sup>290</sup> Jedoch kann sich das Missbrauchsrisiko im Falle gerichtlicher Beauftragung und abstrakt vorgesehener, konkret jedoch verspäteter Kontrolle ebenso verwirklichen.<sup>291</sup>

### **D. Ausgestaltung der privaten Vorsorgeverfügung**

Der Gefahr eines Missbrauchs kann vor allem aber durch die konkrete rechtliche Ausgestaltung der Vorsorgeverfügung und ihrem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis am besten begegnet werden. Über die rechtsdogmatische Konstruktion der Interessenwahrnehmung durch Dritte bis hin zu den Wirksamkeitsvoraussetzungen können Schutzmechanismen eingerichtet werden, die das Missbrauchsrisiko bis zur Bedeutungslosigkeit reduzieren können. Die Vorsorgeverfügung in Gesundheitsangelegenheit als privatrechtliches Instrument kann dann endlich ihren Zweck erfüllen: Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts und Vermeidung staatlicher Einmischung.

---

<sup>287</sup> Schwab, FamRZ 1992, 493, 495; vgl. auch Uhlenbruck, Selbstbestimmtes Sterben, S. 334 f.

<sup>288</sup> Siehe näher hierzu MüKo/Schwab, § 1896 Rn. 232.

<sup>289</sup> So bereits vor dem BtÄndG gefordert Rieger, S. 136; Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein, Rn. 77; Stolz, FamRZ, 1993, 642, 643 f.; Esch, S. 75 ff.; auch Lipp, S. 204 ff.

<sup>290</sup> Vgl. Verrel, MedR 1999, 547, 550.

<sup>291</sup> Heyers, S. 162.

## 4. Teil

# Rechtsdogmatische Gestaltungsmöglichkeiten der privaten Vorsorgeverfügung in Gesundheitsangelegenheiten

## A. Zielsetzung

Die Vorsorgeverfügung bedarf einer Ausgestaltung, die geeignet ist, die Betreuung vollumfänglich zu ersetzen. Neben ihrer praktischen Akzeptanz ist insbesondere ihre rechtliche Anerkennung erforderlich.<sup>292</sup> Voraussetzung hierfür ist, dass sie fähig ist, zum einen die bestmögliche Durchsetzung des Patientenwillens sowie die Wahrnehmung seiner Rechte zu gewährleisten. Zum anderen muss sie den größtmöglichen Schutz vor Missbrauchsgefahren bieten. Sie muss also grundsätzlich in der Lage sein, a) die Interessen des Betroffenen in materieller Hinsicht zu befriedigen, b) diese in prozesualer Hinsicht auch durchzusetzen sowie c) ausreichende Schutzmechanismen vor Missbrauchsgefahren des Handelnden zur Verfügung zu stellen. Diese drei Funktionen der Vorsorgeverfügungen zusammen sind in der Regel auch vom Betroffenen erwünscht.

Es stellt sich nun die Frage, welche Möglichkeiten der Rechtsgestaltung und Begründung des rechtsgeschäftlich autorisierten Handelns in Gesundheitsangelegenheiten, die alle drei Voraussetzungen erfüllen, das geltende Recht anbietet.

Das geltende Recht stellt für die rechtsgeschäftliche Gestaltung der Interessenwahrnehmung durch Dritte Instrumente zur Verfügung, die ursprünglich nur für den vermögensrechtlichen Bereich ausgestaltet wurden<sup>293</sup> und dementsprechend nicht vollkommen auf die vorliegende Problematik zugeschnitten sind. Sie bedürfen deshalb einiger Modifikationen, um der Rechtslage im personalen Bereich gerecht zu werden.

---

<sup>292</sup> Perau, MittRhNotK, 1996, 285, 292.

<sup>293</sup> Vgl. Larenz/Wolf, § 22 I, S. 393.

Wie bereits erwähnt, wurden vor dem Betreuungsrechtsänderungsgesetz hauptsächlich zwei Vorgehensweisen vorgeschlagen, um die Zulässigkeit der Interessenvertretung in Gesundheitsangelegenheiten zu begründen: die analoge bzw. direkte Anwendung der Stellvertretungsregeln und die Übertragung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Nach Inkrafttreten besagten Gesetzes scheint sich die h.M. in materiellrechtlicher Hinsicht für die Anwendung der §§ 164 ff BGB entschieden zu haben.<sup>294</sup> Eine Mindermeinung<sup>295</sup> hingegen sieht die Vorsorgevollmacht als Ermächtigung an, wieder eine andere<sup>296</sup> spricht sich gegen jede Zuordnung zu den rechtsgeschäftlichen Aktstypen aus.

Nachfolgend werden alle in Betracht kommenden Institute vorgestellt und auf ihre Eignung hin untersucht.

## **B. Die Vollmacht**

### **I. Die materiellrechtliche Vollmacht nach §§ 164 ff. BGB**

Die Vollmacht berechtigt den Bevollmächtigten, für den Vollmachtgeber im Rechtsverkehr zu handeln.<sup>297</sup> Seine Befugnis dazu ergibt sich aus dem ihr zugrundeliegenden Rechtsverhältnis zwischen Geschäftsherrn und Bevollmächtigten.<sup>298</sup> Solange der Prinzipal geschäftsfähig ist, bleibt er grundsätzlich neben dem Bevollmächtigten handlungszuständig.<sup>299</sup>

Je nach dem wie man die rechtfertigende Einwilligung rechtlich einordnet – entweder als rechtsgeschäftliche oder rechtsgeschäftsähnliche Erklärungen -, können die §§ 164 ff BGB direkt oder analog an-

---

<sup>294</sup> Eisenbart, S. 219 ff.; Heyers, S. 151 ff.; Sachsen-Gessaphe, S. 276; Walters, FamRZ 1999, 685 ff.; MüKo/Schwab, § 1904 Rn. 56 f.; Keilbach, FamRZ 2003, 969, 970.

<sup>295</sup> So Palandt/Diederichsen, § 1904 Rn. 7.

<sup>296</sup> So Laufs in HdB Arztrecht, § 66 Rn. 8; Berger, JZ 2000, 797, 803.

<sup>297</sup> Larenz/Wolf, § 47 I 1, S. 869.

<sup>298</sup> Flume, AT II, § 50, 1, S. 839 f.; Soergel/Leptien, § 164 Rn. 1.

<sup>299</sup> Sachsen-Gessaphe, 258; MüKo/Schwab, § 1904 Rn. 4; Walters, FamRZ 1999, 685, 686; Heyers, S. 151.

gewendet werden. Abweichend vom Regelfall der Stellvertretung gibt es nach allgemeiner Ansicht im Gesundheitsbereich keine Doppelzuständigkeit von Vertreter und Vertretenen.<sup>300</sup> Der Geschäftsherr kann also für den Zustand der Handlungsfähigkeit seine Handlungszuständigkeit nicht mit Außenwirkung ausschließen.<sup>301</sup> Die höchstpersönliche Natur der Ausübung personaler Bestimmungsbefugnisse gebietet es, dass der Betroffene mit Wirksamwerden der Vollmacht nicht mehr entscheidungsfähig ist.<sup>302</sup> Andernfalls würde die Stellvertretung dem Patienten einer bedenklichen Fremdbestimmung aussetzen, für die kein praktisches Bedürfnis erkennbar ist.<sup>303</sup> Aufgrund der Bedingungsfreundlichkeit der Vollmacht<sup>304</sup> bestehen keine Bedenken, sie gemäß § 158 BGB unter die aufschiebende Bedingung des Eintritts der Geschäfts- und Einwilligungsunfähigkeit zu stellen.<sup>305</sup> Der Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Prinzipals führt auch nicht zu einer Begrenzung der Vertretungsmacht des Bevollmächtigten, insbesondere werden dadurch die für einen Betreuer geltenden Beschränkungen der Vertretungsmacht nicht analog anwendbar.<sup>306</sup>

Die Vollmacht stellt mithin ein mögliches Mittel dar, dem Willen des Geschäftsherrn bzgl. gewünschter Behandlungsmaßnahmen in materieller Hinsicht Rechnung zu tragen. Sie geht jedoch nicht hierüber hinaus. Fraglich ist nun, ob sie in der Lage ist, den Willen des Geschäftsherrn auch verfahrensrechtlich zu vertreten.

---

<sup>300</sup> Vgl. BGHZ 107, 222, 226 f.; Tempel, NJW 1980, 609, 614; Schöllhammer, S. 90; Sachsen-Gessaphe, S. 277; anders bei einsichtsfähigen Minderjährigen: zu ihren Schutz besteht bei nicht völlig ungefährlichen Heileingriffen eine Mitentscheidungsbefugnis ihrer gesetzlichen Vertreter, vgl. § 40 IV Nr. 3 und § 41 II i.V.m. § 40 IV AMG.

<sup>301</sup> Lipp, S. 200 ff.

<sup>302</sup> OLG Stuttgart, BtPrax 1994, 99 ff.; Füllmich, S. 89, 121; Staudinger/Bienwald, § 1896 Rn. 127; A.Langenfeld, S. 109.

<sup>303</sup> Ohly, S. 456, 457.

<sup>304</sup> Larenz, AT, § 35 II, S. 497 f.; Staudinger/Dilcher, § 167 Rn. 10.

<sup>305</sup> Vgl. Röver, S. 215; hinsichtlich der Praktikabilität a.A. Putz/Steldinger, S. 83 f.

<sup>306</sup> H.M. MüKo/Schramm, § 168 Rn. 12 m.w.N.; eingehend zum Meinungsstand, A.Langenfeld, S. 10-18.

## II. Vollmacht zur Verfahrensvertretung

Es ist zwischen der Vertretung im Zivilprozess und im FG-Verfahren zu unterscheiden.

### 1. Prozessvollmacht

§ 79 ZPO gestattet es den Parteien, den Rechtsstreit nicht nur selbst, sondern durch jede prozessfähige Person als Bevollmächtigten führen zu lassen, sofern eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist. Die gewillkürte Stellvertretung im Zivilprozess setzt eine Prozessvollmacht voraus, deren Erteilung als Prozesshandlung grundsätzlich nicht dem bürgerlichen Recht unterliegt, sondern den besonderen Regeln des Prozessrechts.<sup>307</sup> So ist der Vollmachtgeber in der inhaltlichen Ausgestaltung weniger frei als bei der rechtsgeschäftlichen Vollmacht, da die §§ 81 ff. ZPO den Umfang der Vertretungsmacht für den einzelnen Rechtsstreit weitgehend festlegen.<sup>308</sup> Trotzdem kann die Partei in der Vollmacht bestimmen, ob diese bloß für einen bestimmten Prozess gelten oder einen größeren Kreis von Rechtsstreitigkeiten erfassen soll.<sup>309</sup>

#### a. Eignung zur prozessualen Vorsorge

Als Vorsorgevollmacht eignet sich eine derartige Vollmacht nur, wenn sie den Prozessbevollmächtigten berechtigt, für den Geschäftsherrn nach Eintritt des Fürsorgefalls Prozesse einzuleiten, begonnene weiterzuführen oder sonstige anfallende Prozesshandlungen vorzunehmen.

Die Prozesshandlungsvollmacht, d.h. eine auf einzelne Prozesshandlungen beschränkte Vollmacht, eignet sich kaum zur Vorsorge für künftige Fürsorgebedürftigkeit, zumal sie im Anwaltsprozess gem. § 83 II ZPO nicht zulässig ist. Eine Prozessvollmacht i.w.S. kann entweder als isolierte Prozessvollmacht (i.e.S.) oder als Teil einer materiellen Vollmacht erteilt werden.<sup>310</sup> Eine beschränkte Prozess-

---

<sup>307</sup> Stein/Jonas/Bork, § 80 ZPO Rn. 4 f.

<sup>308</sup> Näher dazu, Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 55 II 6.

<sup>309</sup> Vgl. Sachsen-Gessaphe, S. 263; siehe auch Larenz/Wolf, § 2 Rn. 18.

<sup>310</sup> Sachsen-Gessaphe, ZZP 2000, 25, 30.

vollmacht i.e.S, erscheint ebenfalls ungeeignet, da nicht abzusehen ist, wie viele konkrete Zivilprozesse tatsächlich anstehen werden. Für die selbstbestimmte Vorsorge im Zivilprozess einzig sinnvoll ist die Erteilung einer Prozessvollmacht im Rahmen der materiellen Vollmacht in Gesundheitsangelegenheiten.<sup>311</sup> Da im Zweifel die rechtsgeschäftliche Vollmacht nicht zur Prozessführung ermächtigt,<sup>312</sup> empfiehlt sich in einer Vorsorgevollmacht ein entsprechender Hinweis.<sup>313</sup> Sollte es dem Prozess- und Vorsorgebevollmächtigten im Einzelfall an der Postulationsfähigkeit im Sinne des §78 ZPO fehlen, berührt dies die Wirksamkeit der Vollmacht nicht. Gemäß § 81 ZPO kann er diesen Mangel durch Bestellung eines postulationsfähigen Unterbevollmächtigten als Prozessvertreter beheben.<sup>314</sup> Dies gilt sowohl für die Prozessvollmacht i.e.S. als auch für diejenige als Bestandteil einer außerprozessualen Vollmacht.<sup>315</sup>

Wesentliche Wirksamkeitsvoraussetzung der Prozessvollmacht<sup>316</sup> ist, dass der Vollmachtgeber im Zeitpunkt ihrer Erteilung über die erforderliche rechtliche Handlungsfähigkeit verfügt.

#### **b. Zulässigkeit der gewillkürten Stellvertretung Prozessunfähiger**

Es stellt sich jedoch die Frage, ob der Prozessbevollmächtigte seinen Geschäftsherrn in Gesundheitsangelegenheiten, also gerade für den Fall seiner Geschäfts- und somit Prozessunfähigkeit prozessrechtlich vertreten darf.

---

<sup>311</sup> Vgl. Sachsen-Gessaphe, ZZP 2000, 25, 30.

<sup>312</sup> Stein/Jonas/Bork, § 80 ZPO Rn. 16.

<sup>313</sup> Siehe das Beispiel von Bühler, BWNotZ 1990, 1, 4: „Die Vollmacht berechtigt insbesondere ... zu allen Verfahrenshandlungen, .... und zu den in § 81 ZPO genannten Handlungen.“

<sup>314</sup> Zur Unterscheidung zwischen der Prozessvollmacht als der Vollmacht zur Führung eines Prozesses und der Zulässigkeit stellvertretenden Handelns im Prozess (Prozessvertretung) und den Folgen des Anwaltszwang für einen nicht postulationsfähigen Bevollmächtigten, Rosenberg, S. 647 ff; Urbanczyk, ZZP 95 (1982), 339, 340 ff.

<sup>315</sup> Stein/Jonas/Bork, § 81 ZPO Rn. 14.

<sup>316</sup> Zu den weiteren Wirksamkeitsvoraussetzungen, Stein/Jonas/Bork, § 80 ZPO Rn. 6-11.



## **aa. Grundsatz**

Grundsätzlich kann gemäß § 51 ZPO die Vertretung einer nicht prozessfähigen Partei nur durch gesetzliche Vertretung erfolgen. Andernfalls ist sie nicht ordnungsgemäß vertreten (§ 579 Nr.4 ZPO). Gemäß § 56 ZPO hat das Gericht den Mangel der Prozessfähigkeit und der gesetzlichen Vertretung in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu berücksichtigen. Wird der Mangel nicht rechtzeitig behoben, so kann kein Sachurteil ergehen.<sup>317</sup>

## **bb. Diskussion**

Dementsprechend geht die h.M.<sup>318</sup> davon aus, dass neben dem gewillkürten Stellvertreter in Gesundheitsangelegenheiten stets ein Betreuer für die Führung von Prozessen zu bestellen sei.

### **(1) Gesetzesauslegung**

§ 51 I ZPO regelt die Prozessführung lediglich unter Hinweis auf die Vorschriften des BGB und den Vorrang der ZPO.<sup>319</sup> Die gesetzliche Vertretung eines Volljährigen bestimmt sich demnach nach den Regeln der §§ 1896 ff. BGB. Nach § 1896 I 1 BGB ist dem Fürsorgebedürftigen ein Betreuer als gesetzlicher Vertreter zu bestellen. Dies gilt gemäß § 1896 II BGB jedoch nicht, wenn ein Bevollmächtigter bereits existiert, der die Angelegenheiten genauso gut besorgen kann wie ein Betreuer. Ist also die gesetzliche Vertretung hier durch einen gewillkürten Stellvertreter ersetzbar – unter der Voraussetzung ihrer Eignung -, so muss nach § 51 ZPO, der auf die BGB-Regeln ausdrücklich verweist, auch eine Prozessvollmacht gerade für den Fall der Geschäfts- und Prozessunfähigkeit zulässig sein. Sinn und Zweck der gesetzlichen Vertretung im Prozess besteht darin, die fehlende Prozessfähigkeit zu ersetzen,<sup>320</sup> die Eigenverantwortlichkeit des Fürsorgebedürftigen im Rechtsverkehr durch Einrichtung einer Handlungsorganisation also herzustellen.<sup>321</sup> Unter Prozessfähigkeit

---

<sup>317</sup> Thomas/Putzo/Putzo, § 56 ZPO Rn. 5.

<sup>318</sup> BayObLG FamRZ 1998, 920; MüKo/Schwab, § 1896 Rn. 54; Staudinger/Bienwald, § 1896 Rn. 128; Jürgens, Betreuungsrecht, § 1896 Rn. 20; Dammrau/Zimmermann/Dammrau § 1896, Rn. 86; a.A. Sachsen-Gessaphe, ZJP 2000, 25 ff; nicht eindeutig Lipp, S. 213.

<sup>319</sup> Vgl. auch v.Kuhlmann, S. 72.

<sup>320</sup> Thomas/Putzo/Putzo, § 51 ZPO Rn. 3.

<sup>321</sup> Lipp, S. 54.

ist die Fähigkeit zu verstehen, Prozesshandlungen selbst oder durch selbstbestellte Vertreter wirksam vorzunehmen oder entgegenzunehmen.<sup>322</sup> Hat nun der Geschäftsherr vorausschauend für den Fall seiner Handlungsunfähigkeit eine Person bestimmt, die entsprechend seinen Anweisungen Entscheidungen im Bereich der Gesundheitsfürsorge treffen und auch gerichtlich durchsetzen soll, so hat er im Fürsorgefall seine Handlungsunfähigkeit privatrechtlich organisiert und ist eben nicht „prozessunfähig“.

## **(2) Unterschied zwischen der gesetzlichen und gewillkürten Prozessvertretung**

Die gesetzliche Vertretung unterscheidet sich von der gewillkürten Stellvertretung nicht dadurch, dass sie nur die Vertretung geschäftsunfähiger und in der Geschäftsfähigkeit beschränkter oder nicht prozessfähiger Personen zum Inhalt hätte und dementsprechend die gewillkürte nur die Vertretung Handlungsfähiger,<sup>323</sup> noch besteht ihr ausschließliches Abgrenzungskriterium zur Vollmacht in ihrer Notwendigkeit.<sup>324</sup> Zum einen gibt es im Rahmen der gewillkürten Stellvertretung sehr wohl auch die notwendige Prozessbevollmächtigung nach § 78 ZPO. Zum anderen zeigt § 53 ZPO, dass die gesetzliche Vertretungsmacht nicht auf die Vertretung nicht handlungsfähiger Personen beschränkt ist. In materiell-rechtlicher Hinsicht ist die Betreuerbestellung - in Abkehr vom früheren Vormundschaftsrecht - gemäß § 1896 I, II BGB nicht mehr von der vorherigen konstitutiven oder deklaratorischen Feststellung eingeschränkter Geschäftsfähigkeit oder sonstiger rechtlicher Handlungsfähigkeit des Fürsorgebedürftigen abhängig. Zwar macht das BayObLG<sup>325</sup> unter Berufung auf das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen die gegen oder ohne dessen Willen eingetretene Betreuung davon abhängig, dass das Vormundschaftsgericht bei ihm den (partiellen) Ausschluss der freien Willensbestimmung feststellt; damit versucht es zum früheren Rechtsstand zurückzukehren.<sup>326</sup> Diese Rechtsprechung verstößt je-

---

<sup>322</sup> Thomas/Putzo/Putzo, § 51 ZPO Rn. 2.

<sup>323</sup> Rosenberg, S. 539 ff.

<sup>324</sup> Rosenberg, S. 545 f.

<sup>325</sup> BayObLG, BtPrax 1994, 59, 60; BtPrax 1995, 68; BtPrax 1996, 75; BtPrax, 1997, 160.

<sup>326</sup> Siehe hierzu auch Pawlowsky, JZ 2004, 13 ff.

doch gegen den eindeutigen gesetzgeberischen Willen, überschreitet somit die Grenzen einer verfassungskonformen Auslegung und ist daher abzulehnen.<sup>327</sup> Der Eintritt der Betreuungsbedürftigkeit hat also nicht automatisch den Eintritt der Prozessunfähigkeit des Betroffenen zur Folge. Da sich die Prozessfähigkeit des Betreuten nach dessen tatsächlichen Geisteszustand nach Maßgabe der §§ 52 ZPO i.V.m. 104 Nr. 2 BGB beurteilt, beeinflusst im Regelfall nicht einmal die Bestellung eines Betreuers die Prozessfähigkeit des Betreuten.<sup>328</sup>

Wesensmerkmal der gesetzlichen Vertretung im Prozess ist vielmehr, dass dem Vertretenen in keiner Weise eine unmittelbare Beeinflussungsmöglichkeit eingeräumt wird, weder in bezug auf Entstehung, Umfang, Inhalt noch die Beendigung der Vertretung.<sup>329</sup> Vor dem Hintergrund des Ziels des Betreuungsrechtsgesetzes – Stärkung des Selbstbestimmungsrechts des Betroffenen insbesondere durch Stärkung der Vorsorgevollmacht – erscheint der Grundsatz der gesetzlichen Vertretung Volljähriger in einem neuen Licht. Denn trotz verbesserter Mitbestimmungsmöglichkeiten stellt sich die Betreuung gegenüber der Vorsorge durch einen gewillkürten Vertreter immer noch als Fremdbestimmung dar. Ferner ist zu beachten, dass die Regeln über die Prozessfähigkeit gerade die Dispositionsfreiheit der Prozessparteien schützen sollen.<sup>330</sup> Diese aber kann sich im Rahmen einer vorsorgenden Prozessvollmacht besser entfalten als im Rahmen einer möglicherweise ungewollten Betreuung.<sup>331</sup>

### **(3) Gesetzliche Ausnahme zum Grundsatz**

Zwar können nicht alle Rechtshandlungen für einen insoweit rechtlich Handlungsunfähigen auf einen Bevollmächtigten übertragen werden. So ist eine gewillkürte Prozessvollmacht bei der Eidesleistung,<sup>332</sup> der Vertretung Geschäftsunfähiger in Ehesachen<sup>333</sup> sowie den persönlichen prozessualen Verpflichtungen der Partei im Er-

---

<sup>327</sup> Näher hierzu Sachsen-Gessaphe, S. 397-399.

<sup>328</sup> Vgl. Cypionka, DNotZ 1993, 571, 575.

<sup>329</sup> v.Kuhlmann, S. 69, 70; Rosenberg, S. 547.

<sup>330</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 77 I.

<sup>331</sup> Sachsen-Gessaphe, ZJP 2000, 25, 44.

<sup>332</sup> Zöller/Greger, § 478 ZPO Rn. 2.

<sup>333</sup> Zöller/Philipi, § 608 ZPO Rn. 1.

kenntnisverfahren<sup>334</sup> wie in der Zwangsvollstreckung<sup>335</sup> ausgeschlossen. Für den Gesundheitsbereich ist ein solcher Ausschluss nicht vorgesehen. Insbesondere sieht auch das Gesetz eine Ausnahme von dem Grundsatz der gesetzlichen Vertretung Prozessunfähiger vor. So erlischt eine wirksam erteilte Prozessvollmacht gemäß § 86 ZPO nicht automatisch durch Eintritt der Prozessunfähigkeit des Vollmachtgebers. Die Fortgeltung der Vollmacht besteht hiernach unabhängig davon, ob der Eintritt der Prozessunfähigkeit vor oder nach Rechtshängigkeit der Klage erfolgt.<sup>336</sup> Der Sinn und Zweck dieser Regelung besteht im Schutz des Prozessvertreters sowie des Prozessgegners; denn Veränderungen in der Prozessfähigkeit sind im Prozess nur schwerlich erkennbar.<sup>337</sup> Darüber hinaus dient sie auch der Prozessökonomie, da sie die ununterbrochene Fortführung anhängiger Verfahren sicherstellt. Hierbei wird § 86 ZPO durch § 246 ZPO ergänzt. Nach § 246 ZPO führt der Verlust der Prozessfähigkeit einer Partei während eines laufenden Verfahrens nicht zu dessen Unterbrechung, wenn die Partei durch einen wirksam bestellten Prozessbevollmächtigten vertreten ist. Denn in diesem Fall ist sie nicht schutzlos, da sie ihrem Gegner nicht unvertreten und unverteidigt gegenübersteht. Eine automatische Verfahrensunterbrechung wäre hier nicht sachgemäß.<sup>338</sup> § 246 ZPO räumt dem Prozessbevollmächtigten jedoch das Recht ein, die Aussetzung des Verfahrens zu beantragen. Dadurch soll er die Möglichkeit erhalten, sich auf die neue Sachlage einzustellen und gegebenenfalls Rücksprache mit einem zwischenzeitlich bestellten gesetzlichen Vertreter zu halten.<sup>339</sup> Die durch §§ 86, 246 ZPO ermöglichte Fortwirkung der Prozessvollmacht gilt sowohl für den Anwalts- wie für den Parteiprozess.<sup>340</sup> Zum Schutze des Prozessunfähigen erfolgt nur dann eine Unterbrechung des Verfahrens von Amts wegen gemäß § 241 ZPO, wenn die Partei weder durch einen Prozessbevollmächtigten noch durch einen gesetzlichen Vertreter vertreten ist.

---

<sup>334</sup> Stein/Jonas/Bork, vor § 78 ZPO Rn. 9; MüKo/v.Mettenheim, § 79 ZPO Rn. 5.

<sup>335</sup> MüKo/Eickmann, § 807 ZPO Rn. 25, 29.

<sup>336</sup> Ausdrücklich BGHZ 121, 265.

<sup>337</sup> MüKo/v.Mettenheim, § 86 ZPO Rn. 1.

<sup>338</sup> Sachsen-Gessaphe, ZJP 2000, 25, 37.

<sup>339</sup> Sachsen-Gessaphe, ZJP 2000, 25, 37; MüKo/Feiber, § 246 ZPO Rn. 2;

Stein/Jonas/Bork, § 246 ZPO Rn. 1.

<sup>340</sup> MüKo/Feiber, § 246 ZPO Rn. 7; Zöller/Gregor, § 246 ZPO Rn. 1.

Ob § 246 ZPO die Fortführung des Prozesses durch den Bevollmächtigten eines Prozessunfähigen bis zu dessen Abschluss gestattet oder ob trotz dieser Bestimmung § 56 ZPO zu beachten ist, wird nicht einheitlich beantwortet.

Rechtsprechung<sup>341</sup> und Teile des Schrifttums<sup>342</sup> gehen davon aus, dass eine prozessunfähig gewordene Partei nach §§ 86, 246 ZPO ordnungsgemäß i.S. des § 579 I Nr. 4 ZPO vertreten sei, sofern dem für sie auftretenden Prozessbevollmächtigten die Vollmacht wirksam erteilt wurde. Eine andere Betrachtungsweise entspräche demzufolge nicht dem Normzweck des § 86 ZPO, den Prozessgegner vor den Auswirkungen von Veränderungen auf der Gegenseite zu schützen und einen einmal begonnenen Rechtsstreit möglichst ohne Verzug zu Ende zu führen.<sup>343</sup> Demgegenüber möchte die Gegenansicht trotz § 246 ZPO an der Geltung des § 56 ZPO festhalten.<sup>344</sup> Denn ihrzufolge bewirkten die §§ 86, 246 ZPO keinen Verzicht auf die von §56 ZPO geforderte Prüfung von Prozessvoraussetzungen wie der Prozessfähigkeit und des Erfordernisses gesetzlicher Vertretung Prozessunfähiger.<sup>345</sup> Es werde lediglich die Unterbrechungsautomatik des § 241 ZPO ausgeschlossen,<sup>346</sup> ohne dass aus dem gewillkürten ein gesetzlicher Vertreter werde.<sup>347</sup> Werde eine prozessunfähig gewordene Partei durch einen wirksam bestellten Prozessbevollmächtigten vertreten, so könne daher ein Sachurteil für oder gegen sie erst ergehen, wenn der Mangel der gesetzlichen Vertretung noch bis

---

<sup>341</sup> BGH, NJW 1993, 1654; BFH, NJW 1986, 2594; OLG Hamburg, NJW-RR 1997, 1400; OLG Koblenz, ZIP 1998, 967; OLG Köln, OLGZ 1975, 349.

<sup>342</sup> Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 86 ZPO Rn. 9; Jauernig, ZPO, § 20 IV, 2 c; MüKo/v.Mettenheim, § 86 ZPO Rn. 4; MüKo/Feiber, § 246 ZPO Rn. 10; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 44 III 1 a, § 54 II, 4, c; Sachsen-Gessaphe, S. 262; Thomas/Putzo/Putzo, § 86 ZPO Rn. 1; Röttgen, S. 158, 159.

<sup>343</sup> BGH, NJW 1993, 1654, 1655.

<sup>344</sup> Bork, MDR 1991, 97, 99; Stein/Jonas/Roth, § 246 ZPO Rn. 4, 11; Weber/Grellet, NJW 1986, 2559, 2559; Zöller/Greger, § 246 ZPO Rn. 2 c; Zöller/Vollkommer, § 86 ZPO Rn. 12; sinngemäß auch Bork, MDR 1991, 99.

<sup>345</sup> Weber-Grellet, NJW 1986, 2559 f.; Vollkommer, EWiR 1993, 615, 616; Bork, MDR 1991, 97, 99, sowie ders., in : Stein/Jonas, § 56 Rn. 14; Zöller/Vollkommer, § 86 ZPO Rn. 12; Zöller/Gregor, § 246 ZPO Rn. 2c; Musielak/Stadler, § 246 Rn. 5.

<sup>346</sup> Weber, Grellet, NJW 1986, 2559 f.; Vollkommer, EWiR 1993, 615, 616.

<sup>347</sup> Vollkommer, EWiR 1993, 615, 616; ebenso BayObLG, FamRZ 1998, 920.

zur letzten mündlichen Verhandlung behoben werde.<sup>348</sup> Gegebenfalls habe das Gericht der Partei gemäß § 56 II 2 ZPO eine Frist zur Behebung des Mangels gesetzlicher Vertretung zu setzen, was einem von Amts wegen angeordneten zeitweiligen Verfahrensstillstand gleichkomme.<sup>349</sup> Die Bedeutung der §§ 86, 246 ZPO bestehe also allein darin, einem wirksam bestellten Prozessbevollmächtigten aus Gründen prozessualer Praktikabilität die Weiterführung des Prozesses zu ermöglichen.

Eine solche Vorgehensweise ist jedoch prozessual nicht zwingend. Zwar liegt dem § 246 ZPO eine prozessökonomische Zielsetzung zugrunde, der keine Bedeutung zukommt, wenn bereits vor Prozessbeginn die Prozessunfähigkeit gegeben ist.<sup>350</sup> Zu beachten ist jedoch, dass das Erfordernis der Prozessfähigkeit und der gesetzlichen Vertretung der prozessunfähigen Partei in erster Linie sowohl die prozessunfähige Partei als auch das Gericht und den Prozessgegner vor nachteiligen Folgen unsachgemäßer Prozessführung durch den Prozessunfähigen schützen soll.<sup>351</sup> Die Interessen des Gerichts und des Prozessgegners werden bei gewillkürter Vertretung des Prozessunfähigen jedoch gewahrt, wie gerade die Regelung der §§ 86, 246 ZPO belegt.<sup>352</sup>

Insbesondere verlangt der Schutz des Prozessunfähigen – unabhängig davon, ob der Rechtsstreit bereits anhängig ist oder nicht – nicht unabweisbar nach einer gesetzlichen Vertretung. Der Betroffene kann selbst durch entsprechende Ausgestaltung der Vorsorgevollmacht dafür Sorge tragen, dass der Bevollmächtigte hinreichend z.B. durch einen Kontrollbevollmächtigten überwacht und dessen Vollmacht notfalls widerrufen wird. Hat er keine der genannten Vorkehrungen getroffen, so besteht für ihn nach § 1896 I BGB jederzeit die Möglichkeit, beim Vormundschaftsgericht einen Antrag auf Bestellung eines Betreuers zu stellen. Eine Betreuung können auch der Prozessbevollmächtigte der Partei oder der Prozessgegner anre-

---

<sup>348</sup> Stein/Jonas/Roth, § 246 ZPO Rn. 4; Zöller/Vollkommer, § 86 ZPO Rn. 12.

<sup>349</sup> Vollkommer, EWiR 1993, 615, 616.

<sup>350</sup> Sachsen-Gessaphe, ZZP 2000, 25, 40.

<sup>351</sup> Musielak/Weth, § 51 ZPO Rn. 2; MüKo/ Lindacher, §§ 51, 52 ZPO, Rn. 2.

<sup>352</sup> Sachsen-Gessaphe, S. 262; ders. in: ZZP 2000, 25, 40 ff.

gen.<sup>353</sup> Nach § 35 a FGG ist das Prozessgericht sogar zu einer entsprechenden Mitteilung an das Vormundschaftsgericht verpflichtet, wenn es einen Betreuungsbedarf bei der Partei sieht. Das Vormundschaftsgericht hat dann von Amts wegen zu prüfen, ob die bestehende Prozessvollmacht im Sinne des § 1896 II 2 BGB geeignet ist, die anfallenden zivilprozessualen Angelegenheiten der Partei zu besorgen. Verneint es diese Frage, so bestellt es einen Kontrollbetreuer nach § 1896 III BGB, der den Bevollmächtigten überwacht und gegebenenfalls die Vollmacht widerrufen kann. Sollte auch dies zum Schutze des Betroffenen nicht ausreichen, kann es sogar einen Hauptbetreuer bestellen, der gemäß § 51 I ZPO i.V. mit § 1902 BGB im Rahmen des ihm zu übertragenden Aufgabenkreises gesetzliche Vertretungsmacht zur Prozessführung hat. Bei Eilbedürftigkeit können diese Maßnahmen gemäß § 69 f FGG im Wege der einstweiligen Anordnung erfolgen. Analog § 148 ZPO besteht dann die Möglichkeit der Aussetzung des Verfahrens vor dem Prozessgericht für die Zeit bis zur Entscheidung des Vormundschaftsgerichts.<sup>354</sup>

So wendete der BGH in einem Zivilrechtsstreit, in welchem ein Erwachsener durch einen Gebrechlichkeitspfleger i.S.d. § 1910 II a.F. BGB nach § 53 ZPO vertreten war, bei Zweifeln des Prozessrichters an der Wirksamkeit der Pflegerbestellung ebenfalls § 148 ZPO analog an, um eine Verpflichtung zur Verfahrensaussetzung bis zur Entscheidung des Vormundschaftsgerichts über diese Frage zu begründen.<sup>355</sup> Die hier in Frage stehende Fallkonstellation ist insoweit vergleichbar, als der Richter Zweifel an einer negativen Voraussetzung der Betreuerbestellung hat, zu deren Klärung allein das Vormundschaftsgericht i.R. eines Betreuungsverfahrens zuständig ist.<sup>356</sup>

Es ist mithin festzustellen, dass weder die Ausschluss-, noch die Schutz- noch die Fürsorgefunktion der Prozessfähigkeitsregeln einen zwingenden Bedarf nach Bestellung eines gesetzlichen Vertreters für eine prozessunfähige Partei erkennen lassen. Folglich kann ein Prozessunfähiger sich grundsätzlich durch einen wirksam bestellten

---

<sup>353</sup> Sachsen-Gessaphe, ZZP 2000, 25, 42.

<sup>354</sup> Sachsen-Gessaphe, ZZP 2000, 25, 42.

<sup>355</sup> Vgl. BGHZ 41, 303, 310.

<sup>356</sup> Sachsen-Gessaphe, ZZP 2000, 25, 43.

Prozessbevollmächtigten vertreten lassen, unabhängig davon, wann die Prozessunfähigkeit eingetreten ist.

## 2. FG-Verfahren

Eine gewillkürte Vertretung im FG-Verfahren erfordert eine rechtsgeschäftliche Vollmacht.<sup>357</sup> Sie richtet sich nach Maßgabe des § 13 FGG nach den Regeln über die rechtsgeschäftliche Vertretung. Abweichend vom Regelfall kann in Betreuungs- und Unterbringungssachen jedoch auch der Geschäftsunfähige einen Bevollmächtigten für das Verfahren bestellen.<sup>358</sup> Sofern das Gericht nach § 13 S.2 FGG das persönliche Erscheinen des Fürsorgebedürftigen anordnet oder höchstpersönliche Erklärungen abzugeben sind, ist eine gewillkürte Verfahrensvertretung ausgeschlossen.<sup>359</sup> In diesem Fall agiert der Bevollmächtigte als Beistand seines Geschäftsherrn.<sup>360</sup> Dieser ist nicht Repräsentant des Beteiligten, sondern letzterer macht sich nur die Erklärungen seines Beistandes durch Stillschweigen (vgl. § 90 II ZPO) oder ausdrückliche Erklärung zu eigen.<sup>361</sup> Soweit Anwaltszwang besteht,<sup>362</sup> gilt das zur Prozessvollmacht Gesagte.

Die Vollmacht vermag mithin die Interessen des Geschäftsherrn auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht zu wahren. Es kommt nun entscheidend darauf an, ob sie genügend Schutz vor Missbrauchsgefahren durch den Bevollmächtigten bietet.

## III. Schutzmechanismen

Der Umfang der Vollmacht richtet sich nach dem Inhalt der Bevollmächtigung und nicht nach dem Innenverhältnis (Abstraktionsprin-

---

<sup>357</sup> Bassenge/Herbst, § 13 FGG Rn. 7; vgl. auch BayObLG FamRZ 2003, 1220.

<sup>358</sup> Das ist eine logische Folge aus § 66 FGG bzw. § 70 a FGG, Keidel/Zimmermann, § 13 FGG Rn. 1; Keidel/Mayer, § 66 FGG Rn. 4; näher dazu, Dammrau/Zimmermann/Zimmermann, § 66 FGG Rn. 5.

<sup>359</sup> Näher dazu, Bumiller/Winkler, § 13 FGG Anm. 1 b.

<sup>360</sup> Vgl. § 13 S. 1 FGG.

<sup>361</sup> Brehm, FGG, Rn. 237.

<sup>362</sup> Ein solcher besteht insbesondere in FG-Familienachen gemäß § 78 II ZPO, eingehend dazu, Keidel/Kuntze/Winkler/Weber, § 64 FGG Rn. 115-120; zu weiteren Fällen des Anwaltszwangs in FG-Verfahren, Keidel/Kuntze/Winkler/Zimmermann, § 13 FGG Rn. 10.



zip).<sup>363</sup> Es fragt sich, inwiefern im Rahmen des Verhältnisses zwischen Geschäftsherrn und Bevollmächtigten Missbräuche vermieden werden könne.

## **1. Behandlungswünsche als Vollmachtsbeschränkung**

Man könnte erwägen, die detaillierten Behandlungswünsche als Vollmachtsbeschränkung zu gestalten. Jede Handlung des Bevollmächtigten entgegen diesen Wünschen würde einen Missbrauch der Vollmacht bedeuten, mit der Konsequenz, dass der Bevollmächtigte ohne Vertretungsmacht handeln und die von ihm geäußerte Willenserklärung nicht gegen den Geschäftsherrn wirken würde. Der Charakter der Behandlungswünsche als Leitlinien für den Bevollmächtigten liegt aber gerade darin, dass sie abstrakt gefasst sind und in der Regel nicht alle möglichen Behandlungssituationen erfassen können. Dieser Nachteil soll ja gerade durch die Bestellung eines Bevollmächtigten ausgeglichen werden, der dann flexibel auf sämtliche Situationen reagieren kann.

Vor allem die Verwendung von unbestimmten oder auslegungsbedürftigen Begriffen, die im Rahmen von Behandlungswünschen nicht ungewöhnlich sind, würde insbesondere aber den behandelnden Arzt vor die Frage stellen, ob der Beauftragte für den konkreten Fall nun wirklich Vertretungsmacht besitzt oder nicht.<sup>364</sup> Die Vollmacht verträgt mit Rücksicht auf ihre Wirkung gegenüber Dritten daher nur eine klar erkennbare Begrenzung.<sup>365</sup>

## **2. Behandlungswünsche als Beschränkung der Vertretungsbefugnis im Innenverhältnis**

Setzt sich der Patientenanwalt über die Verpflichtungen aus dem Innenverhältnis hinweg, wäre die dem Arzt gegenüber erteilte Einwilligung oder Verweigerung der Einwilligung grundsätzlich wirksam, da die Vertretungsmacht im Außenverhältnis von den Beschränkungen im Innenverhältnis unberührt bleibt. Die vom gewillkürten Vertreter

---

<sup>363</sup> Larenz/Wolf, § 47 I 2 f., S. 870.

<sup>364</sup> Vgl. A.Langenfeld, S. 111 f.; Esch, S. 71.

<sup>365</sup> Larenz/Wolf, § 47 I 3, S. 872.

erklärte Einwilligung wäre nur dann unwirksam, wenn dem Arzt der Missbrauch der Vertretungsmacht bekannt ist oder sich ihm bei entsprechender Sorgfalt aufdrängen musste.<sup>366</sup> Gerade diese Missbrauchsfälle dürften im Gesundheitsbereich jedoch kaum vorkommen. Denn der behandelnde Arzt lernt in der Regel seinen Patienten und dessen Stellvertreter erst im Fürsorgefall kennen. Auch erfährt er die persönlichen Einstellungen seines Patienten zumeist nur durch den Stellvertreter. Ihm werden daher kaum Missbrauchsfälle bekannt sein, wie ihm mangels Vorkenntnissen kaum Zweifel an der Vertretungsmacht aufkommen können. Gerade aber in Notfällen, die ein schnelles Handeln des Arztes erfordern, muss er ohne den Umfang der Vollmacht zu überprüfen, darauf vertrauen können, den richtigen Ansprechpartner zu rate zu ziehen.

Das Problem der Vollmacht besteht also darin, dass das rechtliche Können nicht durch das rechtliche Dürfen beschränkt werden kann. Denn das Gesetz kennt keine allgemeine Beschränkung der Vertretungsmacht in dem Sinne, dass sie nur soweit reicht, als der Vertreter von ihr pflichtgemäßen Gebrauch macht.<sup>367</sup> Um einen umfangreichen Schutz des Geschäftsherrn gewähren zu können, bedarf es außerhalb der Vertretungsregeln mithin zusätzlicher Mechanismen.<sup>368</sup>

## **C. Übertragung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts**

Als zweite rechtsdogmatische Vorgehensweise zur Begründung einer Stellvertretung wurde vor dem Betreuungsrechtsänderungsgesetz die Übertragung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zur Ausübung vorgeschlagen. Diese Auffassung versäumte es jedoch deutlich aufzuzeigen, auf welchem zivilrechtlichen Weg diese Überlassung geschehen sollte<sup>369</sup> und ob es sich bei der Überlassung zur Ausübung nun um eine Rechtsübertragung handelt oder nicht.<sup>370</sup>

---

<sup>366</sup> Esch, S. 69, 70; vgl. auch Erman/Palm, § 167 Rn. 49.

<sup>367</sup> MüKo/Schramm, § 164 Rn. 105.

<sup>368</sup> Vgl. Putz/Steldinger, S. 84.

<sup>369</sup> Vgl. Walters, S. 217.

<sup>370</sup> Vgl. Röver, S. 181.

Zudem fehlten Ausführungen zur Konkretisierung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Um den hier betroffenen Aspekt dieses Rechts herauszukristallisieren, erfolgt zunächst eine kurze Abhandlung über dessen rechtliche Entwicklung, Einordnung und Ausformungen.

## I. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht

### 1. Entwicklung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht hat sich erst spät entwickelt.<sup>371</sup> Entgegen den Bestrebungen einiger Rechtswissenschaftlern der damaligen Zeit<sup>372</sup> lehnte das Reichsgericht<sup>373</sup> die Anerkennung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts über die im einzelnen kodifizierten Persönlichkeitsgüter - wie etwa die §§ 12 BGB, 22 KUG oder das von der Rechtsprechung verhältnismäßig früh anerkannte Urheberpersönlichkeitsrecht - hinaus grundsätzlich ab.<sup>374</sup> Schon bald aber zeigte sich, dass das geltende Recht die Privat- und Intimsphäre der Person nur unzulänglich schützte. Nicht zuletzt die Bedrohung der Privatsphäre durch die neuen technischen Möglichkeiten und die Entwicklung der Massenmedien führten allmählich zu einem Wandel der Überzeugungen.<sup>375</sup> Insbesondere unter dem nachwirkenden Eindruck der Erfahrungen mit dem Nationalsozialismus wurden die Forderungen nach einer Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung immer lauter.<sup>376</sup> Schließlich war es aber wohl der Wortlaut des Art. 1 des neugeschaffenen Grundgesetzes, welcher den BGH veranlasste, das allgemeine Persönlichkeitsrecht als ein verfassungsmäßig gewährleistetes Grundrecht zu erklären.<sup>377</sup>

---

<sup>371</sup> Grundlegend Hubmann, S. 85 ff.; siehe auch Gottwald, S. 5 ff.

<sup>372</sup> Vgl. Gottwald, S. 5 m.w.N. in FN 2.

<sup>373</sup> RGZ 69, 401, 403; RGZ 79, 397, 398; RGZ 82, 333, 334; RGZ 94, 1; RGZ 102, 134; RGZ 107, 277, 281; RGZ 113, 413; RGZ 123, 312, 320.

<sup>374</sup> Gottwald, S. 18 ff.

<sup>375</sup> Füllmich, S. 108; Ehmann, AcP 188 (1988), 230, 244 f.; Forkel, FS Neumayer, S. 229, 238.

<sup>376</sup> Staudinger/Schäfer, 12. Aufl., § 823 Rn. 197; Gottwald, S. 62.

<sup>377</sup> Grundlegend BGH NJW 1954, 1404; siehe auch BGHZ 15, 249; BGHZ 20, 345; BGHZ 26, 349; BGHZ 30, 7; BGH GRUR 1962, 211; BGH NJW 1986, 1344; BGH

Heute ist es trotz vieler Streitfragen im Detail absolut anerkannt. Seine Anerkennung macht es möglich, allen Arten von Beeinträchtigungen zu begegnen, auch solchen, die die künftige Entwicklung mit sich bringt und an die der heutige Gesetzgeber noch nicht gedacht hat oder denken konnte.<sup>378</sup> Das allgemeine Persönlichkeitsrecht kann mithin als Muttergrundrecht<sup>379</sup> oder Quellrecht<sup>380</sup> bezeichnet werden, aus dem die besonderen Rechte im Laufe der Geschichte herauswachsen, sobald eine neue Seite, ein neues Glied der kulturellen und rechtlichen Persönlichkeit sich herausgebildet hat.<sup>381</sup>

## 2. Rechtliche Einordnung

Unbestritten erfolgt der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus § 823 I BGB.<sup>382</sup> Uneinigkeit besteht jedoch darüber, ob das allgemeine Persönlichkeitsrecht als Ausprägung im Sinne des § 823 I BGB genannten „sonstigen Rechts“<sup>383</sup> anzusehen oder aber als ein den dort genannten Lebensgütern zur Seite tretendes Schutzgut zu betrachten ist.<sup>384</sup>

Zwar bilden die in § 823 I BGB aufgeführten Rechtsgüter das Substrat für die Entfaltung jedes einzelnen Menschen; auch mag diese Zuordnung leichter erklären können, warum bei Verletzung dieser Schutzpositionen ein Ersatz des immateriellen Schadens in Geld in

---

NJW 1982, 272; vgl. auch BVerfGE 34, 238; zur Übersicht auch Wiese, in FS für Duden, S. 719, 732 f.

<sup>378</sup> Hubmann, S. 131; Larenz/Wolf, § 8 I 2, S. 128; als Beispiel kann die expansive Medizin- und Biotechnik herangezogen werden, vgl. Damm, JZ 1998, 926 ff.

<sup>379</sup> Eneccerus/Nipperdey, AT I, S. 453.

<sup>380</sup> BGHZ 23, 72, 78; Larenz, NJW 1955, 521, 525; zu den Stufen der Konkretisierung vgl. Wiese, FS für Duden, S. 719, 724.

<sup>381</sup> Zum Stand der Entwicklung des allgemeinen Persönlichkeitsrecht, vgl. Forkel in Forkel/Sosnitza, S. 9 ff.

<sup>382</sup> Siehe hier nur Neumann-Duesberg, VersR 1991, 957 ff. sowie Staudinger/Schäfer, 12. Aufl., § 823 Rn. 210 m.w.N. zum Streit über die dogmatische Einordnung.

<sup>383</sup> BGH NJW 1957; BGH NJW 1958, 827; BGH NJW 1969, 1269; BGH NJW 1968, 1773; BGH NJW 1977, 626; Soergel/Zeuner, § 23 Rn. 55; Palandt/Sprau, § 823 Rn. 19.

<sup>384</sup> Jauernig/Teichmann, § 823 Rn. 176; MüKo/Schwerdtner, § 12 Rn. 186; Deutsch, Arztrecht und Arzneimittelrecht, Rn. 55; Larenz, Schuldrecht II, § 72 I a, S. 603, § 72 III a, S. 622 ff.; Medicus, Bürgerliches Recht, Rn. 615, S. 411.

Betracht kommen kann.<sup>385</sup> Ferner legt der Wortlaut des § 823 I BGB eine Unterscheidung zwischen Rechten und Rechtsgütern nahe. Es zählt als echtes subjektives Recht im klassischen Sinne nur das Eigentum auf, im übrigen werden das Leben, die Freiheit, der Körper und die Gesundheit als Rechtsgüter genannt. Jedoch hat sich eine Analogie zu den Persönlichkeitsgütern zu Recht nicht durchsetzen können.<sup>386</sup> Der Wortlaut dieser Vorschrift lässt nämlich eine Interpretation dahingehend zu, dass das „sonstige Recht“ sich auf die gesamte Aufzählung bezieht, d.h. sowohl auf das Eigentum als auch auf die mit einem Rechtsschutz versehenen Persönlichkeitsgüter. Die Gleichstellung der aufgezählten Rechtsgüter mit dem Eigentum erfolgte nicht zuletzt dadurch, dass Art. 2 II GG das Recht jedermanns auf Leben, körperliche Unversehrtheit und Freiheit der Person statuierte und diese subjektivöffentlichen Rechte, sei es kraft unmittelbarer Geltung, sei es kraft Drittwirkung der Grundrechte für das Privatrecht die Bedeutung sonstiger Rechte i.S. des § 823 I BGB erhielten.<sup>387</sup> Die Erwähnung des Eigentums im Zusammenhang mit dem „sonstigen Recht“ hat jetzt nur noch eine Klarstellungsfunktion dahingehend, dass Rechte, die nicht unmittelbar persönlichkeitsverbunden sind, nur als sonstige Rechte i.S. des § 823 I qualifiziert werden, wenn ihnen, ähnlich wie dem Eigentum, Ausschließlichkeitscharakter zukommt (absolute Rechte).<sup>388</sup>

Der somit sehr weit gefasste Begriff des „sonstigen Rechts“ lässt also auch die Begründung sog. „Rahmenrechte“ wie die des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu.<sup>389</sup> Die Besonderheit besteht lediglich darin, dass regelmäßig nur einzelne Aspekte dieses umfassenden Rechts im konkreten Einzelfall einschlägig sein dürften.<sup>390</sup> Aber auch ein reiner Integrationsschutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, würde man dieses nur als Lebensgut ansehen, würde den Bedürf-

---

<sup>385</sup> MüKo/Schwerdtner, § 12 Rn. 186.

<sup>386</sup> Vgl. Larenz, NJW 1955, 521, 523; Hubmann, JZ 1957, 521, 522; C.Ahrens, S. 188 ff.

<sup>387</sup> Staudinger/Hager, 13. Aufl., § 823 Rn. B 124; RGRK-BGB/Steffen, § 823 Rn. 26; RGRK-BGB/Dunz, § 823 Anh. I, Rn. 5.

<sup>388</sup> Staudinger/Hager, 13. Aufl., § 823 Rn. B 124; Soergel/Zeuner, § 823 Rn. 46.

<sup>389</sup> BGHZ 24, 72, 78; BGH NJW 1959, 525.

<sup>390</sup> C.Ahrens, S. 192.

nissen des Rechtsträgers nicht gerecht werden. Als sonstiges Recht aber kann es auch als Mittel der Entfaltung fungieren.<sup>391</sup>

### 3. Ausformungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht bedarf als „offener Haftungsstatbestand“,<sup>392</sup> als „Rahmenrecht“<sup>393</sup> der Konkretisierung.<sup>394</sup> Obwohl es eine Vielzahl von einzelnen persönlichen Interessen umfasst, ist es ein einheitliches Recht.<sup>395</sup> Denn obwohl die einzelnen persönlichen Interessen, die zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht gehören, sehr verschieden sind, entspricht es doch der Einheit der Persönlichkeit, sie zu einem Gesamtrecht zusammenzufassen.<sup>396</sup> Besondere Persönlichkeitsrechte sind daher nichts anderes als nähere Bestimmungen, Konkretisierungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.<sup>397</sup> Die Aufgliederung nach verschiedenen Interessen und den ihnen zugrunde liegenden Gütern erfolgt aus der Notwendigkeit, den aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht abgeleiteten Schutz dem jeweiligen Gut anzupassen.<sup>398</sup>

Die aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht heraus entwickelten, z.T. auch in Analogie zu gesetzlich besonders ausgeformten Persönlichkeitsrechten abgegrenzten besonderen Persönlichkeitsrechten<sup>399</sup> bieten den Vorteil für die Rechtsanwendung, dass ihre Verletzung in der Regel schon das Rechtswidrigkeitsurteil indiziert, während Tatbestand und Rechtswidrigkeit beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht

---

<sup>391</sup> A.A. MüKo/Schwerdtner, § 12 Rn. 186.

<sup>392</sup> Staudinger/Schäfer, 12. Aufl., § 823 Rn. 195.

<sup>393</sup> Fikentscher, § 103 II, S. 729.

<sup>394</sup> BGH NJW 1954, 1404.

<sup>395</sup> Hubmann, S. 129, 172 f.

<sup>396</sup> Hubmann, S. 129.

<sup>397</sup> Larenz/Wolf, § 8 I 2, S. 128.

<sup>398</sup> Hubmann, S. 29; Larenz/Wolf, § 8 I 2, S. 128; Forkel, in FS Hubmann, S. 93, 101.

<sup>399</sup> Aufgrund einer Analogie zu diesen besonderen Persönlichkeitsrechten wird heute auch das Recht an der Lebensgeschichte und das Recht am Charakterbild geschützt, vgl. Deutsch, AcP 192 (1992), 161, 163.

jeweils im Einzelfall durch eine umfassende Güter- und Interessenabwägung bestimmt werden.<sup>400</sup>

Das positive Recht kennt an besonderen Persönlichkeitsrechten das Namensrecht (§ 12 BGB), das Recht am eigenen Bild (§§ 22 KUG), das Urheberpersönlichkeitsrecht (§§ 12 ff. UrhG) und das Erfinderpersönlichkeitsrecht (§§ 26 VI, VII, 36 PatG). Ferner hat jedermann ein Recht auf Nichtverletzung seines Lebens und seiner körperlichen Bewegungsfreiheit (§ 823 I BGB) sowie ein Recht auf Achtung seiner Ehre (Art. 5 II GG).<sup>401</sup> Für die vorliegende Problematik interessiert insbesondere das Recht am eigenen Körper und Gesundheit.<sup>402</sup>

### **a. Das Recht am eigenen Körper und Gesundheit**

Auch das Recht am eigenen Körper und Gesundheit ist ein gesetzlich ausgeformter Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.<sup>403</sup> Die richtige Erfassung der Beziehung zwischen Persönlichkeit und Körper bot dem Recht zunächst erhebliche Schwierigkeiten. Die älteren Rechte mit ihrer sinnengebundenen Anschauungsweise, die sich in erster Linie auf das Körperliche richtete und das dahinterstehende Geistige übersah, betrachteten den Körper in der Regel als Sache.<sup>404</sup> Heute ist man von dieser Auffassung abgerückt und verneint einheitlich ein Eigentumsrecht am lebenden Körper.<sup>405</sup> Denn trotz körperlicher Beschaffenheit sieht man diesen nicht als Sache i.S.d. § 90 BGB an.<sup>406</sup> Ob am lebenden menschlichen Körper überhaupt kein Eigentumsrecht vorhanden ist oder ob dieses zwar existiert, aber hinter dem Persönlichkeitsrecht zurücktritt, kann hier dahinstehen. Denn solange Person und Körper eine Einheit bilden, spielt das Ei-

---

<sup>400</sup> Siehe nur Deutsch, AcP 192 (1992), 161, 163; Hubmann, S. 143 ff.; Helle, S. 26 ff.; Wiese, FS für Duden, S. 719, 724; zur Notwendigkeit und den Wegen einer Konkretisierung, vgl. Forkel, FS Hubmann, S. 93 ff.

<sup>401</sup> Larenz/Wolf, § 8 III, S. 133 f.

<sup>402</sup> Zu weitem besonderen Persönlichkeitsrechten, vielfach noch ohne gesetzliche Anerkennung, siehe Hubmann, S. 175 ff.

<sup>403</sup> Palandt/Sprau, § 823 Rn. 4; Fikentscher, Rn. 1225.

<sup>404</sup> Vgl. Hubmann, S. 227.

<sup>405</sup> Grundlegend Gareis, FS für Schirmer, S. 61 ff.; Vgl. ferner BGHZ 124, 52, 54.

<sup>406</sup> Forkel, Jura 2001, 73, 74.

gentumsrecht für die Qualifikation des Rechts am lebenden menschlichen Körper keine Rolle.<sup>407</sup>

## **b. Das Selbstbestimmungsrecht über den Körper**

Hingegen wird die Frage, ob zu den Schutzrichtungen des Rechts am Körper zugleich das Recht der Bestimmung, der Disposition über den Körper gehört, kontrovers diskutiert.<sup>408</sup> In den Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch kommt mehrfach zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber Körper und Gesundheit als Persönlichkeitsrechte betrachtete.<sup>409</sup> Trotzdem wurden sie in der Folgezeit vom Reichsgericht<sup>410</sup> und vielfach auch von der Rechtslehre<sup>411</sup> nur als geschützte Lebensgüter aufgefasst. Der BGH<sup>412</sup> ist zunächst dieser Meinung gefolgt, er erkannte aber neben diesen Rechtsgütern noch ein aus Art. 2 II GG abgeleitetes Selbstbestimmungsrecht des Menschen über seinen Körper ein Recht auf körperliche Unversehrtheit an. Mittlerweile scheint er zu Recht seine Meinung geändert zu haben.<sup>413</sup>

Die Güter „Körper“ und „Gesundheit“ eines Menschen stehen zur weitgehenden Disposition des Rechtsgutsträgers.<sup>414</sup> Er kann durch Einwilligung Eingriffe in seinen Körper rechtfertigen. Hierbei übt er sein Selbstbestimmungsrecht aus, das durch das Erfordernis der Einwilligung nur abgesichert wird. Die Ausübung des Selbstbestimmungsrechts bedeutet aber nichts anderes als die Ausübung des Persönlichkeitsrechts selbst, so dass die Selbstbestimmung über den eigenen Körper nur Bestandteil des Rechts am Körper sein kann.<sup>415</sup> Es stellt dies eben eine zweite Schutzrichtung dieses Rechts

---

<sup>407</sup> Taupitz, JZ 1992, 1089, 1091.

<sup>408</sup> Vgl. Schwabe, JZ 1998, 66, 69; Wolfgang/Ugowski, Jura 1999, 593, 595.

<sup>409</sup> Vgl. Staudinger/Hager, 13. Aufl., § 823 Rn. C1 f.

<sup>410</sup> RGZ 51, 373; 58, 28 f.; RGSt 41, 395 f.

<sup>411</sup> Schon Rümelin, AcP 90 (1900), S. 171, 238 Anm. 69; ferner Planck, § 823, VII. Abschnitt, II 1 f., S. 971; Geiger, S. 21.

<sup>412</sup> BGHZ 8, 247; 29, 36, 49, 179, 181; BGHSt 11, 114.

<sup>413</sup> Vgl. BGHZ 124, 54.

<sup>414</sup> Siehe oben Seite 16 ff.

<sup>415</sup> Taupitz, JZ 1991, 1089, 1091; Hubmann, S. 228 f.; Deutsch, AcP 192 (1992), 161, 165; Forkel, Jura 2001, 73, 75; vgl. auch BGHZ 124, 52, 54; abweichend etwa Laufs, NJW 1979, 1230, 1233; ders., in: ArztR, Rn. 170 ff., 540 ff.; LG Aachen, VersR 1991, 957 ff.



dar, die vielleicht unter dem Einfluss der Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts stärker entwickelt worden ist, aber doch mit zum Recht am Körper gehört.<sup>416</sup> Außerdem kann das Selbstbestimmungsrecht seinen Inhalt und seine Grenzen immer nur aus dem Gut, auf das es sich erstreckt, erhalten.<sup>417</sup>

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass das Recht am Körper nicht nur einen negativen Inhalt hat, welches das Recht auf körperliche Integrität, auf Abwehr von Körperverletzungen und Gesundheitsschädigungen umfasst, sondern auch einen positiven, der die Verfügungsmacht über die Güter „Körper“ und „Gesundheit“ absichert.<sup>418</sup>

### **c. Bedeutung für die Gesundheitsvorsorge**

Alle persönlichkeitsrechtlichen Befugnisse, die das Recht am Körper beinhaltet, sind für die Gesundheitsvorsorge relevant. In ihrem Mittelpunkt steht die Durchsetzung der Patientenautonomie auch über den Verlust der Entscheidungsfähigkeit hinaus. Jene umfasst nicht nur die Wahrung der Selbstbestimmung, sondern auch die Abwehr von Eingriffen unerwünschter Dritter. Die zuletzt genannte Komponente beansprucht die ganze Bandbreite der Befugnisse des Rechts am Körper. Im Vorfeld einer Maßnahme können nichtgewollte Eingriffe durch Verweigerung oder Widerruf der rechtfertigenden Einwilligung abgewehrt werden. Hierbei kommt in erster Linie das Selbstbestimmungsrecht am Körper zum Tragen. Sollte jedoch dem Willen des Betroffenen nicht entsprochen werden, muss er die erfolgten Verletzungen zum Gegenstand eines gerichtlichen Verfahrens machen können. In diesem Zusammenhang spielt die statische Seite des Rechts am Körper die bedeutende Rolle. Eine umfassende Wahrnehmung der Rechte des Betroffenen beansprucht mithin alle im Recht am Körper enthaltene Befugnisse.

Es stellt sich nun die Frage, welche Rolle dieses Recht für die Ausgestaltung der privaten Vorsorgeverfügung spielen kann, insbeson-

---

<sup>416</sup> Forkel, Jura 2001, 73, 75.

<sup>417</sup> Hubmann, S. 228.

<sup>418</sup> Hubmann, S. 226, 227.

dere auf welchem rechtstechnischen Wege es zur Ausübung übertragen werden kann.

## II. Vollmacht

Die Übertragung des Rechts am eigenen Körper könnte zur Erteilung der Vertretungsmacht i.S. der §§ 164 ff BGB erfolgen.<sup>419</sup> Im Rahmen der Vollmacht würde das Vollrecht weiterhin beim Geschäftsherrn verbleiben und nur die Ausübungsbefugnis als Vertretungsmacht auf den Vertreter übergehen.<sup>420</sup> Ob nun das Recht am eigenen Körper oder die rechtfertigende Einwilligung zur Begründung der Vollmacht herangezogen wird, unterscheidet sich im Ergebnis nicht. Daher kann hier auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

## III. Ermächtigung

### 1. Die materiellrechtliche Ermächtigung

Als rechtliches Instrument zur Interessenwahrung durch Dritte bietet sich im geltenden Recht weiter die Ermächtigung an.<sup>421</sup> Sie geht über die Vollmacht hinaus, denn sie ermöglicht dem Ermächtigten die Verfügung über ein fremdes Recht im eigenen Namen.<sup>422</sup> So erlaubt sie eine weitergehende Lösung des Rechts vom Rechtsinhaber und wird daher in der Literatur zum Teil als eine Überlassung des Rechts zur Ausübung angesehen.<sup>423</sup> Wie bei der Vollmacht behält der Ermächtigende jedoch das Vollrecht ungeschmälert und kann auch weiterhin mit seinem Recht nach seinem Belieben verfahren.<sup>424</sup> Durch die Ermächtigung erhält der Ermächtigte lediglich neben ihm die Möglichkeit der Ausübung des Rechts. Es wird hier also eine konkurrierende

---

<sup>419</sup> So am deutlichsten Füllmich, S. 105: „Aber es gibt noch einen zweiten dogmatischen Ansatz zur Begründung des Rechts des Patienten, eine *Vollmacht* in Gesundheitsangelegenheiten zu erteilen; vgl. auch Röver, S. 181.

<sup>420</sup> Siebert, S. 253.

<sup>421</sup> So Palandt/Diederichsen, § 1904 Rn. 7.

<sup>422</sup> Vgl. Thiele, S. 147; Doris, S. 26; MüKo/Schramm, Vor § 164 Rn. 35; Soergel/Leptien, vor § 164 Rn. 79; Staudinger/Schilken, § 185 Rn. 2.

<sup>423</sup> So (für die Einziehungsermächtigung) Fikentscher, Rn. 607; Larenz, SchR I, § 34 V c (S. 541 ff.); Staudinger/Schilken, vor §§ 164 ff. Rn. 67; dagegen Flume, § 57 1.

<sup>424</sup> Vgl. BGHZ 19, 69, 71; Ebermann, S. 18.

Rechtszuständigkeit geschaffen, die erst durch die Verfügung der einen Seite hinfällig wird.<sup>425</sup>

Ausgangspunkt der Entwicklung der Ermächtigungslehre war § 185 BGB,<sup>426</sup> wonach eine Verfügung eines Nichtberechtigten über einen Gegenstand wirksam ist, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt. Als Einwilligungsart ist sie Wirksamkeitsvoraussetzung des Rechtsakts, den der Ermächtigte vornimmt.<sup>427</sup> Die Versuche, die Ermächtigung über die Einwilligung zu einer fremden Verfügung hinaus auszudehnen und zu einem allgemeinen Rechtsinstitut zu entwickeln, waren jedoch nicht erfolgreich, da unter diesem Oberbegriff sehr verschiedenartige, gegenstandsbezogene Erscheinungen zusammengefasst werden.<sup>428</sup> Die Zulässigkeit, Reichweite und Wirkung von anderen als Verfügungsermächtigungen lässt sich nur gesondert für einzelne konkrete Erscheinungsformen beurteilen, die sich herausgebildet haben, wie z.B. die Einziehungsermächtigung, gewillkürte Prozessstandschaft, Verpflichtungsermächtigung, Erwerbsermächtigung und die Ermächtigung zur Stimmrechtsausübung.<sup>429</sup>

Aber auch dem Familienrecht ist dieses Rechtsinstitut nicht fremd, insbesondere hat es sich als zwar nicht unbestrittenes, aber doch geeignetes Instrument zur Übertragung der elterlichen Sorge zur Ausübung behauptet.<sup>430</sup>

---

<sup>425</sup> Bachem, S. 21.

<sup>426</sup> Staudinger/Schilken, Vorbem zu § 164 Rn. 62.

<sup>427</sup> Doris, S. 161.

<sup>428</sup> MüKo/Schramm, § 185 Rn. 39.

<sup>429</sup> MüKo/Schramm, Vor § 164 Rn. 39; § 185 Rn. 40 ff.

<sup>430</sup> Hinsichtlich der elterlichen Gesamtvertretung im Rahmen der rechtlichen „Vertretung“ befürwortend Gernhuber/Coester-Waltjen, § 58 III 2, S. 921; BGHZ 64, 72 (75); BGH, NJW –RR 1986, 778; Wiedemann, S. 381 ff. (jeweils m.w.N.); MüKo/Thiele, § 164 Rn. 82; Staudinger/Peschel-Gutzeit, § 1629 Rn. 42 f.; MüKo/Huber, § 1629 Rn. 33; a.A. BGB-RGRK/Wenz, § 1629 Rn. 14; Soergel/Strätz, § 1629 Rn. 12; hinsichtlich der Begründung eines Pflegekindverhältnisses und hier die rechtliche Vertretung betreffend, befürwortend Windel, FamRZ 1997, 713, 716 ff.; a.A. Schwab, 54. DJT, S. A 91; Holzhauser, ZRP1982, 222, 223 f.

## 2. Anwendbarkeit auf Vorsorgeverfügung im Gesundheitsbereich

Es ist nun zu prüfen, ob der Aktionsradius des Geschäftsherrn mittels Ermächtigung auch im Gesundheitsbereich erweitert, die Ermächtigung hier also als Rechtsinstitut fruchtbar gemacht werden kann. Als Einwilligungsart legitimierte sie die Behandlungsanweisung des Ermächtigten und wäre Wirksamkeitsvoraussetzungen der zwischen behandelndem Arzt und Ermächtigten getroffenen Regelungen. Abweichend vom Regelfall würde hier wie auch bei der Vollmacht wegen der höchstpersönlichen Natur der Entscheidung keine Doppelzuständigkeit bestehen.<sup>431</sup> Denn die Ausübung personaler Bestimmungsbefugnisse setzt voraus, dass der Betroffene im Ausübungszeitpunkt nicht mehr entscheidungs- und handlungsfähig ist.<sup>432</sup> Da er selbst eigentlicher Inhaber des Persönlichkeitsrechts bleibt und zur Ausübung weiterhin berechtigt ist, erfolgt seine Entscheidung nur vor derjenigen des Ausübenden.<sup>433</sup> Mangels Bedingungsfeindlichkeit<sup>434</sup> kann die Ermächtigung unproblematisch unter der aufschiebenden Bedingung der Geschäftsunfähigkeit des Ermächtigenden erteilt werden. Der spätere Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Ermächtigenden stellt insbesondere keinen Erlöschungsgrund der Ermächtigung dar.<sup>435</sup>

Allgemein setzt die Ermächtigung das Handeln im eigenen Namen und die Gegenstandsbezogenheit dieser Handlung voraus.<sup>436</sup>

### a. Handeln im eigenen Namen

Einer der Unterschiede zwischen Ermächtigung und Stellvertretung besteht darin, dass der Ermächtigte „im eigenen Namen“, während der Vertreter „im fremden Namen“ handelt.<sup>437</sup> Diese Differenzierung

---

<sup>431</sup> Siehe bereits S. 57.

<sup>432</sup> So bereits für die Vollmacht, OLG Stuttgart, BtPrax 1994, 99 ff.; Füllmich, S. 89, 121; Staudinger/Bienwald, § 1896 Rn. 127.

<sup>433</sup> Uhlenbruck, MedR 1992, 134, 141.

<sup>434</sup> MüKo/Schramm, § 183, Rn. 2a; Staudinger/Gursky, § 183 Rn. 5, 19; Doris, S. 163 FN 44.

<sup>435</sup> Vgl. Doris, S. 181.

<sup>436</sup> Vgl. Bachem, S. 21; Doris, S. 157; MüKo/Schramm, § 185 Rn. 39; Siebert, S. 235 f.

<sup>437</sup> Palandt/Heinrichs, Einf v § 164 Rn. 13; § 164 Rn. 1.

des Gesetzes ist jedoch irreführend, sofern sie den Anschein erweckt, die Ermächtigung müsse stets verdeckt bleiben, während die Vertretung offengelegt werden müsste.<sup>438</sup> Sehr wohl ist dem geltenden Recht eine unmittelbare Stellvertretung unter Abweichung vom Offenheitsprinzip nicht unbekannt. Als Beispiele können die Geschäfte zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs der Familie i.S. des § 1357 BGB sowie die „verdeckten Geschäfte für den, den es angeht“ angeführt werden.<sup>439</sup> Und umgekehrt kann die Ermächtigung offengelegt werden, ohne dass damit notwendig Stellvertretung vorliegt.<sup>440</sup> Teilt etwa der Handelnde seinem Vertragspartner mit, dass er über ein fremdes subjektives Recht kraft Einwilligung des Rechtsinhabers verfügt, liegt keine Stellvertretung, sondern eine Ermächtigung vor, wenn der Verfügende als Partei das Geschäft abschließt.<sup>441</sup> Der Ermächtigende ist dann in bezug auf diese Regelung ein Dritter. Er ist im Gegensatz zum Vertretenen eben nicht Geschäftspartei, nicht „selbstverantwortliches Zurechnungssubjekt“, sondern lediglich ein außenstehendes Zuordnungsobjekt. Auf ihn wirkt die genannte rechtliche Regelung nur, soweit sie einen inhaltlichen Bezug auf einen ihm gehörenden Rechtsgegenstand hat.<sup>442</sup>

Von der Natur der Sache her wird die Interessenwahrnehmung durch Dritte in Angelegenheiten der Gesundheitsfürsorge stets eine „offene“ sein, denn das Verhältnis Arzt – Patient – Handelnder ist auf Offenlegung der Rechtsbeziehungen zwischen Patient und für ihn Handelnden angelegt. Da im Zeitpunkt des Fürsorgefalls der Patient seine Handlungsfähigkeit verloren hat, kann er als „selbstverantwortliches Zurechnungssubjekt“ für die Erteilung der Behandlungsanweisungen ausscheiden und so nicht als Geschäftspartei des Behandlungsvertrages angesehen werden. Er wird vielmehr in die Vertragsbeziehungen – hier dem Arztvertrag zwischen Arzt und Ermächtigten - als begünstigter Dritter einbezogen (§ 328 BGB),<sup>443</sup> mag der Ermächtigte auch gegenüber dem Ermächtigenden evtl. einen Aus-

---

<sup>438</sup> Doris, S. 26.

<sup>439</sup> Enneccerus/Nipperdey AT II, S. 1101.

<sup>440</sup> Doris, S. 26; MüKo/Schramm, Vor § 164 Rn. 39, 41; Dagegen Lent, ZZP 1962, 129, 188.

<sup>441</sup> Doris, S. 28; vgl. auch Wiedemann, S. 267 f.

<sup>442</sup> Doris, S. 28.

<sup>443</sup> Vgl. Staudinger/Schilken, Vorbem zu § 164 Rn. 94.

gleichanspruch im Innenverhältnis haben.<sup>444</sup> Das Handeln für und im Interesse des Ermächtigenden legt insofern nur die an seinem (subjektiven) Wohl orientierte Konzeption offen. Das Kriterium des „Handelns im eigenen Namen“ steht der Annahme einer Ermächtigung im Bereich der Gesundheitsfürsorge also nicht entgegen.

## **b. Gegenstandsbezogenheit**

Ferner ist Charakteristikum der Ermächtigung ihre Gegenstandsbezogenheit.<sup>445</sup> Denn sie ermöglicht dem Ermächtigten eine Verfügung über ein fremdes Recht im eigenen Namen. Das Handeln des Ermächtigten muss also eine unmittelbare Wirkung auf einen Rechtsgegenstand des Ermächtigenden zur Folge haben.<sup>446</sup>

„Rechtsgegenstand“ ist nicht als gegenständliches Substrat zu verstehen, sondern bezieht sich allgemein auf subjektive Rechte. Rechtsgegenstand in Gesundheitsangelegenheiten ist ohne Zweifel das Recht am eigenen Körper des Betroffenen. Indem der Ermächtigte eine rechtfertigende Einwilligung im Hinblick auf eine ärztliche Maßnahme, die den Körper des Ermächtigenden betrifft, erteilt oder verweigert, übt er dessen Recht am eigenen Körper in seiner dynamischen Ausprägung, dem Selbstbestimmungsrecht am Körper, aus. Die statische Seite des Rechts wird gefordert, wenn der Ermächtigte im eigenen Namen Körperverletzungen des Ermächtigenden zum Gegenstand eines gerichtlichen Verfahrens macht.

Für die Persönlichkeitsrechte ist der personale Bezug bzw. die „Personenbezogenheit“ des Rechtsguts zwar kaum zu bezweifeln. Jedoch muss daraus nicht folgen, dass nur eine Vollmacht, deren Merkmal in Abgrenzung zur Ermächtigung gerade in der Personenbezogenheit liegt,<sup>447</sup> als Rechtsinstitut in Frage kommt. Der Ausdruck „objektbezogen“ will in diesem Zusammenhang weder sagen, dass es an einer Beziehung zur Person des Rechtsträgers fehle noch dass der

---

<sup>444</sup> Siehe zum Eltern-Kind-Verhältnis, auch Ramm, NJW 1989, 1708, 1711; Schmidt, NJW 1989, 1712 ff.

<sup>445</sup> Doris, S. 18 f., 27 f., 80, 136 f., 158.; Palandt/Heinrichs, Einf v § 164 Rn. 13.

<sup>446</sup> Vgl. Thiele, S. 147; Doris, S. 19 ff.; MüKo/Schramm, Vor § 164 Rn. 35; Soergel/Leptien, vor § 164 Rn. 79; Staudinger/Schilken, § 185 Rn. 2.

<sup>447</sup> Palandt/Heinrichs, Einf v § 164 Rn. 13.

autorisiert Handelnde kraft eigener Zuordnung des Objekts tätig werden könne; vielmehr soll nur hervorgehoben werden, dass der Handelnde kraft Zuordnung der Rechtsinhaberschaft Rechtshandlungen vornimmt.<sup>448</sup> Denn Voraussetzung einer wirksamen objektbezogenen Handlung ist nicht nur die Zustimmung des Betroffenen, sondern gerade auch seine Rechtsinhaberschaft.

Die Ermächtigung ist also geeignet, in materiellrechtlicher Hinsicht die Interessen des Betroffenen zu wahren.<sup>449</sup> Fraglich ist, ob sie auch in der Lage ist, seine Interessen in verfahrensrechtlicher Hinsicht durchzusetzen.

### **3. Verfahrensrechtliche Geltendmachung**

#### **a. gerichtliches Verfahren**

Die Befugnis zur verfahrensrechtlichen Interessenwahrnehmung durch den Ermächtigten könnte sowohl in Form der gewillkürten Prozessstandschaft als auch aus eigenem Recht erfolgen.

##### **aa. Gewillkürte Prozessstandschaft**

Die gewillkürte Prozessstandschaft bedeutet die gerichtliche Geltendmachung fremder Rechte im eigenen Namen aufgrund Ermächtigung durch den Rechtsinhaber.<sup>450</sup> Sie ist im Grundsatz als möglich und zulässig anerkannt.<sup>451</sup> Ihre Existenz ist nicht aus der Zulässigkeit der Verfügungsermächtigung ableitbar, sondern als reine Prozesshandlung<sup>452</sup> mit prozessualen Wirkungen nur unter Berücksichtigung der Anforderungen des Prozessrechts aus der allgemeinen Figur der

---

<sup>448</sup> Vgl. Wiedemann, S. 270; Müller-Freienfels, Vertretung, S. 98 ff.; Flume, AT II, § 57, 1 c, S. 904; siehe auch Siebert, S. 254.

<sup>449</sup> A.A. Ohly, S. 461 f.

<sup>450</sup> Zöller/Vollkommer, Vor § 50 ZPO Rn. 42.

<sup>451</sup> Grdl. BGHZ, NJW 1952, 337; Stein/Jonas/Bork, vor § 50 ZPO Rn. 41; ablehnend Boecken/Krause NJW 1987, 420, 421; Frank, ZJP 1992, 321ff.; Koch, JZ 1984, 809, 810 ff.

<sup>452</sup> BGH, NJW 1958, 338, 339; dazu JZ 1958, 246; Bülow, MDR 1958, 421, 421 f.; Stein/Jonas/Bork, Vor § 50 ZPO Rn. 43; Soergel/Leptien, Vor § 164 Rn. 80; Staudinger/Schilken, Vor § 164 Rn. 68; a.A. Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 46 III 1.; Larenz/Wolf, § 46 IV 2, S. 842; Werner, JuS 1987, 855, 859.

Ermächtigung,<sup>453</sup> Ihre Erteilung, Bestand und Mangel richten sich jedoch im allgemeinen nach bürgerlichrechtlichen Grundsätzen.<sup>454</sup> Trotz allem ergibt sich ihre Zulässigkeit nicht bereits aus der materiellrechtlichen Ermächtigung,<sup>455</sup> sondern unterliegt noch weiteren Voraussetzungen:

### **(1) Eigenes schutzwürdiges Interesse**

Für eine wirksame Übertragung der Prozessführungsbefugnis auf einen Dritten verlangt die h.M.<sup>456</sup> und stRspr.<sup>457</sup> außer der Ermächtigung des Rechtsinhabers einschränkend ein schutzwürdiges Interesse des Ermächtigten an der Prozessführung im eigenen Namen. Ein rechtsschutzwürdiges Eigeninteresse an der Prozessführung ist gegeben, wenn die Entscheidung Einfluss auf die Rechtslage des Prozessführungsbefugten selbst hat und die Belange des Prozessgegners nicht unbillig beeinträchtigt werden.<sup>458</sup>

Das schutzwürdige Interesse des Ermächtigten in Gesundheitsangelegenheiten ergibt sich daraus, dass er sich rechtsverbindlich – sei es im Rahmen eines Auftragsverhältnisses, § 662 BGB, oder eines Geschäftsbesorgungsvertrages, § 675 BGB – dazu verpflichtet hat, die Interessen des Ermächtigenden wahrzunehmen und auch durchzusetzen. Die Übertragung der Befugnis zur Erteilung von Behandlungsanweisungen und Sicherstellung des Rechts am Körper des Ermächtigenden beinhaltet als stärkste Form der Geltendmachung dieses Rechts die Befugnis zur gerichtlichen Durchsetzung. In diesem Rahmen ist er strikt gehalten, sich an die Vorgaben des Ermächtigenden zu halten. Durch die Übernahme der Wahrnehmungsbefugnis im Innenverhältnis kann der Ermächtigte haftungsrechtlich für die Nichtdurchsetzung des Rechts am Körper des Ermächtigenden zur Verantwortung gezogen werden. Insbesondere wenn es um

---

<sup>453</sup> MüKo/Schramm, § 185 Rn. 45.

<sup>454</sup> BGH NJW 2000, 739; Zöller/Vollkommer, Vor § 50 ZPO Rn. 45.

<sup>455</sup> A.A. hinsichtlich Einziehungsermächtigung, Rüßmann, AcP 172 (1972), 520 ff.

<sup>456</sup> Zöller/Vollkommer Vor § 50 ZPO Rn. 44; weitergehend MüKo/Lindacher, Vor § 50 ZPO Rn. 55; Thomas/Putzo/Putzo § 51 ZPO Rn. 32 f.

<sup>457</sup> Leitentscheidung: RGZ 91, 390; aus der jüngeren Rechtsprechung BGH, NJW 1986, 850; NJW 1987, 2018; NJW 1990, 1987; NJW 1989, 2751; NJW 1993, 919; NJW 1994, 2549; NJW 1999, 1717.

<sup>458</sup> BGH NJW 1989, 1933.



die Entscheidung über den Abbruch lebensverlängernder Maßnahmen geht, läuft er Gefahr wegen Unterlassener Hilfeleistung (§ 323 c StGB) oder Beihilfe zur Tötung (§§ 27, 212 StGB) bestraft zu werden, sollte seine Entscheidung nicht auf einer hinreichenden Grundlage beruhen.<sup>459</sup>

Der Ausgang des Prozesses beeinflusst somit auch die eigene Rechtslage des Ermächtigten.

## **(2) Belange des Prozessgegners**

Die gerichtliche Wahrnehmung der Rechte des Patienten durch den Ermächtigten beeinträchtigt ferner auch nicht die Belange des Prozessgegners, der in der Regel der behandelnde Arzt sein wird. Dieser wird gleich zu Beginn des Fürsorgefalls nur mit dem Ermächtigten die rechtlichen Rahmenbedingungen des Behandlungsvertrages aushandeln und kann im Falle eines Rechtsstreits auch damit rechnen, dass der Ermächtigte sein Prozessgegner sein kann und wird.

## **(3) Übertragbarkeit des Rechts**

Die gewillkürte Prozessstandschaft setzt in der Regel Abtretbarkeit des geltend zu machenden Rechts voraus und scheidet bei höchstpersönlichen Rechten, die ihrem Wesen nach nur vom Rechtsinhaber geltend gemacht werden können, in der Regel aus.<sup>460</sup> Ausnahmen werden hier zugelassen, soweit der Rechtsträger die kommerzielle Auswertung von Namensrechten gestatten kann<sup>461</sup> oder die Ansprüche aus Beeinträchtigung der Persönlichkeit nach dem Tod des Rechtsträgers geltend gemacht werden.<sup>462</sup> Zwar sind die bereits anerkannten Ausnahmen im Bereich der höchstpersönlichen Rechte nicht gleichzusetzen mit der hier in Frage stehenden Ermächtigung im Gesundheitsbereich. Weder handelt es sich hierbei um die kommerzielle Auswertung von Rechten noch um deren Geltendmachung nach dem Todes des Rechtsträgers. Es könnte jedoch die Frage aufgeworfen werden, ob nicht noch eine weitere Ausnahme für die

---

<sup>459</sup> Vgl. Meier, BtPrax, 2002, 184, 186.

<sup>460</sup> BGH NJW 1983, 1561; MDR 1978, 1019; BVerwG, NJW 1983, 1133; Stein/Jonas/Bork/Bork, Vor § 50 Rn. 43 a.

<sup>461</sup> BGH NJW 1993, 919 f.

<sup>462</sup> BGH NJW 1990, 1987.

Geltendmachung von höchstpersönlichen Rechten Handlungsunfähiger gemacht werden sollte. Denn auch die Nichtbeachtung der Entscheidung des Ermächtigten im Rahmen seiner Befugnisse stellt mittelbar eine Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts des Ermächtigenden dar, die er selbst jedoch nicht mehr geltend machen kann. Diese Frage kann aber offen gelassen werden. Denn für die Übertragbarkeit der Prozessführungsbefugnis durch den Berechtigten im Rahmen der Geltendmachung einer Forderung ist nicht notwendig auch die Übertragbarkeit der Forderung Voraussetzung.<sup>463</sup> Ihre Überlassungsfähigkeit zur Rechtsausübung reicht grundsätzlich aus.<sup>464</sup> Es sind keine Gründe ersichtlich, für die vorliegende Problematik strengere Anforderungen zu stellen. Seit dem Betreuungsänderungsgesetz bestehen keine Bedenken mehr gegen eine Ausübungsübertragung des Persönlichkeitsrechts im Bereich der Gesundheitsfürsorge.<sup>465</sup> Denn die §§ 1904 II, 1896 II BGB setzen eine solche voraus. Mit der Zulässigkeit der Überlassung des Rechts am Körper zur Ausübung steht folglich auch der Zulässigkeit der gewillkürten Prozesstandschaft in diesem Bereich nichts entgegen.

#### **bb. Prozessführungsbefugnis aus eigenem Recht**

Aber auch aus einem anderen Aspekt heraus könnte die Prozessführungsbefugnis des Ermächtigten hier zu bejahen sein. Die Ermächtigung in Gesundheitsangelegenheiten könnte dem Ermächtigten selbst ein subjektives Recht gewähren.

Unter einem subjektiven Recht versteht man im allgemeinen eine dem einzelnen zwecks Befriedigung seiner Bedürfnisse durch die Rechtsordnung zuerkannte und gesicherte Willensmacht oder gleichbedeutend eine Rechtsmacht als ein festes, der Person zugeordnetes Machtverhältnis, in dem ihr Wille herrscht.<sup>466</sup> Unter Machtverhältnis ist im normativen Sinne eine dem Berechtigten von der

---

<sup>463</sup> MüKo/Lindacher, Vor § 50 ZPO Rn. 64; BGH FamRZ 98, 358.

<sup>464</sup> Zöller/Vollkommer, Vor § 50 ZPO Rn. 46.

<sup>465</sup> Vgl. Sachsen-Gessaphe, S. 272.

<sup>466</sup> Enneccerus/Nipperdey, AT I, S. 430.

Rechtsordnung erteilte Ermächtigung, d.h. ein Handeln-Dürfen oder ein rechtliches Können zu verstehen.<sup>467</sup>

Im vermögensrechtlichen Bereich sieht die h.M.<sup>468</sup> die Rechtsmacht des Ermächtigten nicht als subjektives Recht an.<sup>469</sup> Zur Begründung führt sie an, dass die dem Ermächtigten erteilte Möglichkeit ständig von der Rechtszuständigkeit des Ermächtigenden abhängig sei, diese also eine „abgeleitete Zuständigkeit“ darstelle und als solche nur eine „Hilfsfunktion“ habe. Dem Ermächtigten fehle es an der Selbstbehauptungsfähigkeit<sup>470</sup> und er übe damit keine Macht zu eigenem Recht aus.<sup>471</sup> Ein Recht, das aus seinem Begriffe heraus von vornherein grundsätzlich zur beliebigen Widerruflichkeit, Entziehbarkeit verurteilt sei, weise auch nicht das bescheidenste Existenzminimum von Standfestigkeit auf, was aber Wesensmerkmal eines subjektiven Rechts sei.<sup>472</sup>

Dem ist grundsätzlich nichts entgegenzusetzen. Jedoch könnte etwas anderes für die Ermächtigung im personalen Bereich der Vorsorge gelten. Aufgrund der doch sehr unterschiedlichen Regelungsbereiche könnte eine unterschiedliche Behandlung dieser Angelegenheiten auch gerechtfertigt erscheinen. So treffen Rechtshandlungen im vermögensrechtlichen Bereich zwar auch die Rechtssphäre des Betroffenen, jedoch nicht seine eigene Person in ihrer körperlichen Integrität bzw. freien Entfaltung. Zudem können im erstgenannten Bereich rechtswidrige Verletzungshandlungen grundsätzlich rückgängig gemacht werden. Dies ist im personalen Bereich in der Regel nicht der Fall. Aufgrund der Sensibilität und Irreversibilität von Eingriffen im höchstpersönlichen Bereich wird der Betroffene die absolute Durchsetzung seiner Wünsche und Vorstellungen mehr gewährleisten wollen als im Rahmen seiner vermögensrechtlichen Angelegenheiten.

---

<sup>467</sup> Larenz/Wolf, § 14 I 1, S. 239.

<sup>468</sup> Flume, AT, § 57, 1, c, S. 904 f.; Soergel/Leptien, Vor § 182 Rn. 18 und Vor § 164, Rn. 15; Müller-Freienfels, S. 101 ff.; Krückmann, AcP 137 (1933), 167, 169; Bachem, S. 22.

<sup>469</sup> A.A. Doris, S. 173 ff.

<sup>470</sup> Bachem, S. 22.

<sup>471</sup> Müller-Freienfels, S. 102.

<sup>472</sup> Vgl. Krückmann, AcP 137 (1933), 167, 169.

Diese Problematik wurde bisher nur im Zusammenhang mit der Vorsorgevollmacht von der Rechtsprechung behandelt. Aufgrund der Strukturähnlichkeit zwischen Vollmacht und Ermächtigung können die vorgebrachten Argumente zur Vollmacht aber auch auf die Ermächtigung übertragen werden. Die Rechtsprechung differenzierte hierbei jedoch nicht zwischen den vermögensrechtlichen und den höchstpersönlichen Bereich der Vorsorge, so dass ihre Argumente von vornherein nicht gänzlich überzeugen können. So hat das BayObLG<sup>473</sup> das Auftreten eines Bevollmächtigten „im eigenen Namen“ im Rahmen einer Beschwerde gegen die Bestellung eines Betreuers für seinen Vollmachtgeber für unzulässig erachtet. Zur Begründung führte es an, dass es dem Vorsorgebevollmächtigten an einem eigenen Beschwerderecht fehle. Da im besagten Fall der Bevollmächtigte nicht zu den in § 69 g I 1 FGG aufgeführten Personenkreis naher Verwandter gehörte, ergab sich kein Beschwerderecht aus dieser Vorschrift. Ferner verneinte das Gericht eine Beschwerdeberechtigung aus § 20 I FGG. Recht i.S. des § 20 FGG ist jedes durch Gesetz verliehene oder durch die Rechtsordnung anerkannte, von der Staatsgewalt geschützte private oder öffentliche subjektive Recht, dagegen nicht schon ein rechtliches oder berechtigtes wirtschaftliches, ideelles oder sonstiges Interesse.<sup>474</sup> Der Begriff der Beeinträchtigung verlangt, dass die angefochtene Entscheidung unmittelbar nachteilig in die Rechtsstellung des Beschwerdeführers eingreift, indem sie dessen Recht stört oder erschwert.<sup>475</sup> Dies aber verneinte das BayObLG für die Vorsorgevollmacht, da diese den Bevollmächtigten kein subjektives Recht<sup>476</sup> gewähre. Zur Begründung führte es insbesondere die jederzeitige Widerrufbarkeit der Vollmacht an. Das OLG Zweibrücken<sup>477</sup> hat sich dagegen für ein Beschwerderecht des Generalbevollmächtigten ausgesprochen. In dem dem Urteil zugrunde liegenden Sachverhalt wurde eine (unmittelbare) Betreuung mit solchen Aufgabenkreisen angeordnet, die sich ihrem Umfang nach

---

<sup>473</sup> BayObLG, FamRZ 2003, 1219; noch zur alten Rechtslage, BayObLG FamRZ 1992, 341.

<sup>474</sup> Vgl. BayObLG, FamRZ 1992, 341, 342; FamRZ 1996, 968, 969, m.w.N.; Bassenge/Herbst/Roth, FGG, § 20 Rn. 5, 7; Jansen, FGG, § 20 Rn. 4.

<sup>475</sup> Vgl. BayObLG FamRZ 1996, 968, 969, m.w.N.; Bassenge/Herbst/Roth, FGG, § 20 Rn. 8; Jansen, FGG, § 20 Rn. 7.

<sup>476</sup> Vgl. auch Pawlowsky, JZ 1996, 125, 126.

<sup>477</sup> FGPrax 2002, 260.

mit den von der erteilten Vollmacht umfassten Bereichen deckten. Bei dieser Sachlage – so das Gericht - würde in subjektive Rechte des Bevollmächtigten aus dem der Vollmacht zugrunde liegenden Rechtsverhältnis unmittelbar eingegriffen.<sup>478</sup> Eine Beschwerdeberechtigung bestehe deshalb jedenfalls, solange die Vollmacht nicht wirksam widerrufen worden sei. Das Gericht verneinte jedoch auch eine Beschwerdeberechtigung im Falle einer Anfechtung der Anordnung einer Vollmächtsüberwachungsbetreuung gem. § 1896 III BGB und verwies dabei auf das OLG Stuttgart<sup>479</sup>. Dieses begründete die Versagung der Beschwerdeberechtigung des Bevollmächtigten damit, dass seine Befugnisse zur Vertretung des Betroffenen aufgrund der Vollmacht und des ihr zugrunde liegenden Auftragsverhältnisses durch Anordnung der Kontrollbetreuung nicht verringert würden.<sup>480</sup>

Zunächst ist dem OLG Zweibrücken darin zuzustimmen, dass dem Vorsorgebevollmächtigten (sowie -ermächtigten) sehr wohl auch subjektive Rechte im Rahmen seiner übertragenen Rechtsmacht zustehen, solange die Vollmacht nicht wirksam widerrufen worden ist. Die Abwehrfunktion und -fähigkeit dieses subjektiven Rechts beschränkt sich jedoch nicht nur auf die Verhinderung der Bestellung eines mit den gleichen Aufgaben betrauten unmittelbaren Betreuers. Sie beinhaltet auch die Fähigkeit, eine zu Unrecht bestellte Kontrollbetreuung abzuwehren. Zwar mag es zutreffen, dass durch die Anordnung einer Kontrollbetreuung die Befugnisse zur Vertretung des Betroffenen nicht verringert werden, jedoch wird durch die Auferlegung von Pflichten gegenüber dem Kontrollbetreuer sehr wohl nachteilig in die Rechtsstellung des Bevollmächtigten eingegriffen. Denn die Erfüllung von Pflichten geht stets mit einer gewissen Belastung und Erschwerung einher. Zugunsten der Zulässigkeit einer solchen Belastung wird hier argumentiert, der Kontrollbetreuer fungiere als gesetzlicher Vertreter des Betroffenen und habe daher nicht mehr Rechte und Befugnisse, als dieser selbst; anstelle des Vollmachtge-

---

<sup>478</sup> Vgl. dazu BayObLG FamRZ 1992, 341, 342 mit zu recht kritischer Anmerkung von Zimmermann; Offengelassen FamRZ 1996, 969.

<sup>479</sup> FamRZ 1995, 427.

<sup>480</sup> Anderer Auffassung Senat, Beschl. V.21.11.1996 – 3 W 192/96.

ber handele eben „nur“ der Kontrollbetreuer gegenüber den Bevollmächtigten.<sup>481</sup>

Hierbei wird jedoch übersehen, dass die Erteilung der Vorsorgevollmacht gerade für den Zeitpunkt des Eintritts der Handlungsunfähigkeit des Betroffenen erfolgt. Der Betroffene ist sich darüber im Klaren, dass er im Fürsorgefall keine Möglichkeit mehr hat, seine Vertrauensperson selbst zu überwachen, dieser gegenüber also auch nicht mehr seine Rechte aus dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis ausüben kann. Gerade aus diesem Grunde sucht er sich eben eine Vertrauensperson, von der er ausgehen kann, dass die Ausübung seiner Rechte diesem gegenüber nicht erforderlich ist. Zu berücksichtigen ist ferner, dass die private Vorsorge für den Betroffenen eine Möglichkeit zur Vermeidung staatlicher Einmischung bedeutet. Um dieses Ziel zu erreichen, möchte er seine Vertrauensperson mit einer Rechtsmacht ausstatten, die es ihr ermöglicht, unberechtigte Eingriffe in deren Rechts- und Vertrauensverhältnis abzuwehren. Hierzu gehört auch die Verhinderung der unberechtigten Bestellung eines Kontrollbetreuers. Mag dessen Aufgabenkreis noch so eng sein, so stellt seine Existenz stets eine staatliche Einmischung dar.

Auch das Gesetz stellt die Bestellung eines Kontrollbetreuers unter das Erforderlichkeitsprinzip sowohl in subjektiver als auch in objektiver Hinsicht.<sup>482</sup> Die bloße Unfähigkeit des Betroffenen, seinen Bevollmächtigten zu überwachen, rechtfertigt noch nicht die Betreuung nach § 1896 III BGB.<sup>483</sup> Denn die Vorsorgevollmacht soll gerade diese Situation erfassen.<sup>484</sup> Hinzukommen muss also die konkrete Erforderlichkeit der Überwachung.<sup>485</sup> Die Begründung zum 1. BtG<sup>486</sup> nennt Fälle, in denen der Umfang oder die Schwierigkeit der Geschäfte eine Kontrolle nahelegen oder ein vorangegangenes Verhalten des Bevollmächtigten einen Kontrollbedarf anzeigt. Hingegen

---

<sup>481</sup> OLG Stuttgart, FamRZ 1995, 427; MüKo/Schwab, § 1896 Rn. 243.

<sup>482</sup> MüKo/Schwab, § 1896 Rn. 232.

<sup>483</sup> BT-Drucks. 11/4528, S. 123; so auch BayObLG FamRZ 1999, 1302, 1303.

<sup>484</sup> Vgl. LG Stuttgart, BtPrax 1994, 64, 66; Veit, FamRZ 1996, 1309, 1311.

<sup>485</sup> In diesem Sinne auch BayObLG FamRZ 1999, 1302, 1303; LG München FamRZ 1998, 700; MüKo/Schwab, § 1896 Rn. 233.

<sup>486</sup> BT-Drucks. 11/4528, S. 123.

brauchten die für Alltagsgeschäfte bevollmächtigten Verwandten und Freunde in der Regel keiner Aufsicht. Hieraus pauschal abzuleiten, dass bereits der Umfang oder die Schwierigkeit der Geschäfte stets die Erforderlichkeit einer Betreuung nach § 1896 III BGB nach sich ziehen müsse, so z.B. bei der Vorsorgevollmacht in Gesundheitsangelegenheiten,<sup>487</sup> widerspricht jedoch dem Erforderlichkeitsprinzip.<sup>488</sup> Vielmehr müssen konkrete Anhaltspunkte gegeben sein, die auf eine mangelnde Kompetenz und Eignung des Bevollmächtigten zur Erfüllung der ihm übertragenen Aufgaben hinweisen, um eine Bestellung eines Kontrollbetreuers zu rechtfertigen. Denn es ist zu beachten, dass der Vollmachtgeber Ausmaß und Grenzen seines Vertrauens in den Bevollmächtigten selbst festgelegt hat.<sup>489</sup> Insbesondere im Falle des Widerrufs einer Vollmacht bedarf es stichhaltiger Anzeichen für ein Fehlverhalten des Bevollmächtigten.<sup>490</sup> Sind solche nicht gegeben, so kann sich der Bevollmächtigte sehr wohl gegen eine unberechtigte Bestellung eines Kontrollbetreuers zur Wehr setzen und erst recht gegen einen unberechtigten Widerruf der Vollmacht.<sup>491</sup> Alles andere würde dem Subsidiaritätsgedanken zuwiderlaufen und damit einen Verstoß gegen das grundgesetzlich verankerte Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen, welches er zur Ausübung auf seine Vertrauensperson übertragen hat, darstellen.

Die Vorsorgevollmacht bzw. –ermächtigung ist folglich nicht jederzeit widerrufbar, so dass dieses Argument für die Verneinung der Rechtsmacht als subjektives Recht nicht überzeugen kann.

Ferner ist zu beachten, dass im höchstpersönlichen Bereich der Vorsorge keine Doppelzuständigkeit bestehen kann. Denn wie bereits erwähnt, setzt die Ausübung personaler Bestimmungsbefugnisse voraus, dass der Betroffene im Ausübungszeitpunkt diesbezüglich nicht mehr entscheidungs- und handlungsfähig ist.<sup>492</sup> Die Ermächtigung bzw. Vollmacht soll hier die Handlungsunfähigkeit des Betrof-

---

<sup>487</sup> So Staudinger/Bienwald, § 1896 Rn. 138.

<sup>488</sup> MüKo/Schwab, § 1896 Rn. 235.

<sup>489</sup> MüKo/Schwab, § 1896 Rn. 235.

<sup>490</sup> Uhlenbruck, ZRP 1998, 46, 47; ders. in: FS für Deutsch, S. 849, 856.

<sup>491</sup> A.A. Perau, MittRhNotK 1996, 285, 296.

<sup>492</sup> So bereits für die Vollmacht, OLG Stuttgart, BtPrax 1994, 99 ff., Füllmich, S. 89, 121; Staudinger/Bienwald, § 1896 Rn. 127.

fenen ersetzen und in der Person des Bevollmächtigten bzw. Ermächtigten das Recht am Körper des Betroffenen sicherstellen. In dieser Funktion kann und soll der Handelnde andere von der Entscheidungsfindung ausschließen, d.h. seine Entscheidung ist von jedermann zu achten. Ihm steht – wie später noch zu zeigen ist – sogar die Befugnis zur Zwangsausübung zwecks Zuführung zur ärztlichen Behandlung gegenüber dem Betroffenen zu.

Zwar mag die Erteilung der Vollmacht oder Ermächtigung in Gesundheitsangelegenheiten vordergründig im Interesse des Betroffenen erfolgen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Handelnde kein eigenes Interesse an der Durchsetzung der Wünsche des Ermächtigenden hätte. Durch die freiwillige Übernahme der Interessenwahrnehmung des Betroffenen wird er in strafrechtlicher Hinsicht zum Garanten durch Übernahme solcher Pflichten,<sup>493</sup> zum anderen kann er auch in haftungsrechtlicher Hinsicht belangt werden, sollte er nicht dem Willen des Betroffenen entsprechend handeln.

Das Verhältnis zwischen Handelnden und Betroffenen im Vorsorgebereich ist aber vor allem gekennzeichnet von einem starken Vertrauen, so dass es berechtigt erscheint, von einer „echten“ Wahlverwandtschaft zu sprechen. Diese Verbundenheit wirkt sich idealtypisch in der Weise aus, dass rechtswidrige Eingriffe in die Rechtssphäre des Betroffenen den Handelnden emotional genauso berühren und belasten wie den Betroffenen selbst. Er hat aufgrund dieser eigenen Betroffenheit sehr wohl ein eigenes Interesse daran, solche Eingriffe in die Rechtssphäre des Betroffenen zu verhindern. Mag diesem Interesse allein als rein ideelles in rechtlicher Hinsicht keine große Bedeutung beigemessen werden, so bildet es jedoch in tatsächlicher Hinsicht die Grundlage für die Erteilung einer solchen Rechtsmacht in diesem sehr sensiblen Bereich der Vorsorge.

Schließlich ist zu erwägen, den Achtungsanspruch des Handelnden gegenüber jedermann auch aus der Funktion der Vorsorgevollmacht/Vorsorgeermächtigung zur Ersetzung der gesetzlichen Betreuung herzuleiten. Um diese Funktion effektiv erfüllen zu kön-

---

<sup>493</sup> Tröndle/Fischer, § 13 Rn. 7; Garant aus bes. Vertrauensverhältnis, § 13 Rn. 9.



nen, sollte der Handelnde die gleichen Befugnisse oder zumindest die gleiche Rechtsstellung wie ein Betreuer innehaben. Der Rechts-Rechtsstellung des Betreuers als gesetzliche Vertretung aber kommt in dem verwiesenen Umfang absolute Wirkung gegenüber Dritten zu.<sup>494</sup> Dies macht die Verweisung des § 1908 i V 1 BGB auf die §§ 1632 I, II BGB deutlich, in denen die elterliche Sorge als subjektives Recht betont wird. Ist der Betreuer nun Träger eines subjektiven Rechts, um seine Fürsorgefunktion gegenüber dem Betreuten effektiv wahrnehmen zu können, so sollte nichts anderes für einen im Gesundheitsbereich Bevollmächtigten/Ermächtigten gelten.

Der Inhalt der Rechtsmacht des Handelnden wird zwar nicht durch das Gesetz festgelegt. Er unterliegt mithin der Vertragsfreiheit der Parteien. Wie beim subjektiven Recht der elterlichen Sorge, das ebenfalls kein Herrschaftsrecht darstellt, muss die Bestimmbarkeit der Rechtsmacht des Handelnden im höchstpersönlichen Bereich nicht in gleicher Weise gewährleistet sein wie bei solchen Rechten, die Gegenstand des Handelsverkehrs sind.<sup>495</sup> Es reicht, wenn der Vertragsgegner wie vorliegend der behandelnde Arzt vom Vertrauensverhältnis zwischen Handelnden und Betroffenen in Kenntnis gesetzt wird.

Die Rechtsmacht des Bevollmächtigten/Ermächtigten im Vorsorgebereich kann also sehr wohl als subjektives Recht qualifiziert werden, solange diese nicht wirksam widerrufen worden ist und mithin auch die Klagebefugnis hieraus abgeleitet werden.

## **b. FG-Verfahren**

Das FG-Verfahren kennt die Beteiligung Dritter am Verfahren ausdrücklich nur in Form der Bevollmächtigung und des Beistandes, § 13 FGG. Es stellt sich die Frage, ob der Ermächtigte für das FG-Verfahren einer zusätzlichen Vollmacht bedarf oder die ihm erteilte Ermächtigung für eine Interessenwahrnehmung hier ausreicht. Auf-

---

<sup>494</sup> Die Vormundschaft wird als subjektives Recht anerkannt, Larenz/Wolf, § 15 Rn. 31; Gernhuber/Coester-Waltjen, § 2 II 5, § 7 I III 2 (speziell zur Vormundschaft); wegen der strukturellen Ähnlichkeit wird man dies auch über die Betreuung sagen können.

<sup>495</sup> Für die elterliche Sorge, Larenz/Wolf, § 15 II 1, S. 256 f.

grund der deutlichen Ähnlichkeit zwischen Ermächtigung und Vollmacht<sup>496</sup> erscheint eine zusätzliche Bevollmächtigung als überflüssig. Wie bei der Vollmacht ist das Handeln des Ermächtigten ausgeschlossen, sofern das Gericht nach § 13 S.2 FGG das persönliche Erscheinen des Fürsorgebedürftigen anordnet oder höchstpersönliche Erklärungen abzugeben sind.<sup>497</sup> In einem solchen Fall agiert der Ermächtigte dann als Beistand.

Folglich kann der Ermächtigte auch im FG-Verfahren im Sinne des Ermächtigenden handeln.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass eine Ermächtigung im Gesundheitsbereich auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht geeignet ist, das Recht am Körper des Patienten zur Geltung zu bringen und zu sichern. Bei der Prüfung nach ihrer Eignung zur Ersetzung der Betreuung kommt es daher entscheidend auf die Frage an, welche Schutzmechanismen die Ermächtigung zugunsten des Ermächtigenden zur Verfügung stellt.

#### **4. Schutzmechanismen**

Einerseits geht die Ermächtigung über die Vollmacht hinaus. Andererseits ist die Rechtsmacht, die der Ermächtigte über die Rechtssphäre des Ermächtigenden hat, grundsätzlich geringer als diejenige, die der Bevollmächtigte über die Rechtssphäre des Vollmachtgebers besitzt.<sup>498</sup> Aufgrund ihrer gegenstandsbezogenen, d.h. auf Einzelbereiche begrenzten Übertragung von Handlungsmacht hat sie einen dem jeweils verfolgten Zweck entsprechenden Umfang. Ihr Inhalt kann also an diesem Zweck gemessen und entsprechend ausgestaltet werden. Da vorliegende Problematik auf den Bereich der Gesundheitsfürsorge beschränkt ist, stellt die Ermächtigung gegenüber der Vollmacht das geeignetere Instrument dar. Jedoch ist sie wie die Vollmacht ein „abstraktes“ rechtliches Mittel zur Einwirkung auf eine fremde Rechtssphäre, d.h. von der zugrundeliegenden

---

<sup>496</sup> Staudinger/Schilken, Vorbem § 164 Rn. 64.

<sup>497</sup> Näher dazu, Bumiller/Winkler, § 13 FGG Anm. 1 b.

<sup>498</sup> Doris, S. 28.

causa, losgelöst (Abstraktionsprinzip).<sup>499</sup> Sie besäße daher nur dann die besseren Schutzmechanismen, wenn sie die Möglichkeit anbieten würde, die internen Behandlungsanweisungen als Beschränkung der Rechtsmacht auszugestalten. Grundsätzlich ist dies denkbar, da eine Angleichung der Rechtsmacht des Handelnden an die obligatorische Bindung im Innenverhältnis der Ermächtigung nicht uneigen ist.<sup>500</sup> Jede Abweichung von den Behandlungsanweisungen stellt dann eine Überschreitung der Rechtsmacht dar, mit der Folge, dass die vom Ermächtigten getroffene Entscheidung keine Rechtswirkungen auf die Rechtssphäre des Ermächtigenden hat. Letzterer wird damit umfassend vor Missbräuchen seines autorisiert Handelnden geschützt.

Diese Rechtskonstruktion ist unverkennbar für den behandelnden Arzt nachteilig, da er nicht darauf vertrauen darf, dass der Ermächtigte auch wirklich seine Behandlungsmaßnahmen rechtlich legitimieren wird. Verkehrsschutzinteressen haben in diesem Bereich grundsätzlich Nachrang. Denn der Schutz des Betroffenen vor rechtswidrigen Eingriffen in seinen Körper überwiegt gegenüber dem Interesse des Arztes, vor einer Haftung freigestellt zu werden. Schließlich ist letztere in der Lage, durch Nachforschungen sich hiervor selbst zu schützen.

Jedoch stellt diese Konstruktion die praktische Akzeptanz der Ermächtigung in Frage. Nicht nur, dass der Arzt sich nicht auf die Entscheidungen des Ermächtigten verlassen kann, er steht vor der Frage, ob er in der Person des Ermächtigten überhaupt den richtigen Ansprechpartner hat. Um diese Frage beantworten zu können, müsste er zunächst den Inhalt der Ermächtigung überprüfen, bevor er ihn zu Rate ziehen könnte. Diese Unsicherheit behindert insbesondere in Notfällen den Ablauf der medizinischen Versorgung des Betroffenen. Sie schmälert die praktische Akzeptanz der Vorsorgeverfügung und damit auch ihre Eignung zur Ersetzung der Betreuung. Mögen die Verkehrsinteressen hier auch nachrangig sein, so muss jedoch zumindest sichergestellt sein, dass der Arzt ohne vor-

---

<sup>499</sup> Doris, S. 34.

<sup>500</sup> Vgl. Gernhuber, JuS 1988, 355, 356.

herige Prüfung darauf vertrauen darf, die richtige Person im Fürsorgefall benachrichtigt zu haben.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Ermächtigung in rechtlicher Hinsicht als Vorsorgeverfügung geeigneter ist als die Vollmacht. Zum einen besteht ihre rechtliche Funktion in der Geltendmachung von Rechten, während die Vollmacht auf den Bereich der Willenserklärung beschränkt ist, § 164 I 1 BGB. Zum anderen besitzt sie die besseren Schutzmechanismen vor Missbrauch. Jedoch läuft sie Gefahr aufgrund der umfassenden Prüfungspflicht des Arztes und der damit für ihn verbundenen Unsicherheiten, in der Praxis nicht akzeptiert zu werden.

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, dass die Interessen des Betroffenen und diejenigen des Arztes schwer in Einklang zu bringen sind. Aufgrund der größeren Schutzbedürftigkeit des Betroffenen müssen die Interessen des letzteren in den Hintergrund treten. Es ist jedoch zu versuchen, seine Unsicherheiten auf ein verträgliches Maß zu reduzieren. Auf der Suche nach einem geeigneten Rechtsinstitut darf also die praktische Akzeptanz nicht vernachlässigt werden.

Im Mittelpunkt der vorliegenden Problematik steht die Wahrnehmung von Rechten des Betroffenen und deren Ausübung nur in dessen Sinne.<sup>501</sup> Vor diesem Hintergrund wird bereits der gesetzliche Vertreter als hoheitlich bestellter Treuhänder bezeichnet. Es stellt sich nun die Frage, ob die rechtsgeschäftliche Treuhand für die private Vorsorge im Gesundheitsbereich die adäquate Rechtsform darstellt. Das Wort „Treu“ im Begriff der Treuhand trifft zumindest schon einmal auf die enge Verbundenheit und das starke Vertrauen zu, das zwischen Handelnden und Betroffenen besteht und Grundlage für die Erteilung einer Rechtsmacht bildet.<sup>502</sup>

---

<sup>501</sup> Kuhlmann, 132; Jürgen/Kröger/Marschner/Winterstein, Rn. 155.

<sup>502</sup> Zum Begriff der Treue, siehe Fechner, S. 21 ff.

#### IV. Die rechtsgeschäftliche Treuhand

„Treuhand“ ist eine alte Rechtsfigur, die in allen Rechtskulturen unter zum Teil anderer Bezeichnung existiert.<sup>503</sup> Man kannte sie im antiken Rom ebenso wie im Mittelalter. In der Neuzeit entdeckte sie die Pandektenwissenschaft wieder.<sup>504</sup> Vorbild des deutschen Treuhandwesens ist das englische und amerikanische Treuhandrecht, welche seit langer Zeit einer abgeschlossenen Regelung unterliegen.<sup>505</sup> Nur der deutsche Gesetzgeber hat sich ihrer bislang kaum angenommen. Zwar gibt es zahlreiche Gesetze, die sich des Treuhand- oder Treuhänderbegriffs bedienen. So kennt beispielsweise das Insolvenzrecht den Treuhänder bei der Restschuldbefreiung<sup>506</sup> und im vereinfachten Insolvenzverfahren.<sup>507</sup> Im Versicherungsrecht gibt es einen „unabhängigen Treuhänder“ für die Prämienanpassung in der Krankenversicherung<sup>508</sup>, und auch im Steuerrecht finden sich in verschiedenem Kontext Regelungen über die steuerliche Zurechnung von Treuhandverhältnissen.<sup>509</sup> Eine gesetzliche Definition und systematische Regelung von Treuhandverhältnissen fehlen jedoch bisher.<sup>510</sup> Daher ist die Frage nach der Notwendigkeit einer umfassenden Kodifizierung häufig gestellt worden.<sup>511</sup> Der 36. Deutsche Juristentag hat sich eingehend mit ihr beschäftigt.<sup>512</sup> Letztlich hat man darauf verzichtet, um nicht ein Instrument, das sich durch besondere Flexibilität auszeichnet und neuen Entwicklungen gegenüber offen ist, in ein gesetzliches Korsett zu zwängen, das es erdrücken würde.<sup>513</sup> Das deutsche Treuhandwesen ist mithin eine Schöpfung der Rechtsprechung und der wissenschaftlichen Doktrin.<sup>514</sup>

---

<sup>503</sup> Siebert, S. 1.

<sup>504</sup> Wolter, S. 2.

<sup>505</sup> Hein, S. 4, 17 ff.; ausführlich hierzu, Kötz, S. 14 ff.

<sup>506</sup> § 287 II 1 InsO.

<sup>507</sup> § 313 InsO.

<sup>508</sup> § 178 g II VVG.

<sup>509</sup> Vgl. nur §§ 39 II Nr. 1, S. 2, 159 I 1 AO, § 3 Nr. 8 GrEStG.

<sup>510</sup> S. bereits Anker, S. 25 ff; Asmus, S. 281 ff; Hein, S. 28 ff; Coing, S. 13, 16; Grundmann, S. 28;

Armbüster, S. 11 f.

<sup>511</sup> Nachweise bei Grundmann, S. 28.

<sup>512</sup> Vgl. Siebert, S. 414 ff.

<sup>513</sup> Wolter, S. 2.

<sup>514</sup> Coing, S. 1.

## 1. Der Treuhandbegriff

Der Begriff der „Treuhand“ ist vielschichtig. Er wird in den verschiedensten Zusammenhängen verwendet.<sup>515</sup> Fasst man ihn unter den Oberbegriff der Wahrnehmung fremder Interessen zusammen, so wird er sowohl im vermögensrechtlichen als auch im persönlichkeitsrechtlichen Kontext verwendet.

### a. Treuhand im weiteren Sinne

Im vermögensrechtlichen Bereich hat die Treuhand weite Gebiete des Wirtschaftsverkehrs durchdrungen.<sup>516</sup> Sie kommt in Form der Sicherungsübereignung, der Verwaltung von Geldern auf Notaranderkonten, der Kommission und der mittelbaren Beteiligung eines Anlegers an einer Publikums-KG vor. In gesellschaftsrechtlichem Zusammenhang ist bisweilen von einer „Treuhandstellung“ des Aktionärs die Rede, aus der sich die Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft und unter den Aktionären ergeben soll.<sup>517</sup> Zum Teil wird darüber hinaus auch die Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft – namentlich der Vorstand einer AG – als „Treuhänder“ der Gesellschafter hinsichtlich des von diesen eingebrachten Kapitals bezeichnet.<sup>518</sup> Betrachtet man als mögliches Treugut neben Rechten auch sonstige „geldwerte Positionen“, so kann man auch den Handelsvertreter hinsichtlich des Kundenstamms als „Treuhänder“ des Unternehmers ansehen.<sup>519</sup> Bei Bauherrenmodellen wird der Begriff gelegentlich auf den Vertreter der von den Bauherren gebildeten Innengesellschaft angewandt.<sup>520</sup> Schließlich wird sogar die Frage erör-

---

<sup>515</sup> Vgl. zu den verschiedenen Treuhandbegriffen, Liebich/Mathews, S. 17 ff.; Beispiele bei Ebermann, S.7; Hein, S. 98 ff.; Gernhuber, JuS 1988, 355 ff; Heidner, DStR 1989, 276; Krenzler, S. 9; Singhof, NZG 1998, 670, 671.

<sup>516</sup> Siebert, S. 3.

<sup>517</sup> Vgl. Armbrüster, S. 11; kritisch allerdings – unter Hinweis auf die Unbestimmtheit des Treuhandbegriffs – Fechner, S. 50.

<sup>518</sup> S. etwa Schneider, ZHR 142 (1978), 228, 236 (zur AG); Ehrlicke, ZGR 2000, 351 f. (zur GmbH); dazu auch Grundmann, S. 122 ff.

<sup>519</sup> So Grundmann, S. 368 ff.

<sup>520</sup> Siehe etwa MüKo/Ulmer, vor § 705 Rn. 33 f.

tert, ob der Versicherer als „Treuhand der Gefahrgemeinschaft“ anzusehen ist.<sup>521</sup>

Im persönlichkeitsrechtlichen Bereich begegnet man dem Treuhandbegriff im Zusammenhang mit der Wahrnehmung von „Rechten“ eines Verstorbenen. Beispielsweise geht beim Tod des Urhebers das Urheberpersönlichkeitsrecht als Bestandteil des Urheberrechts auf die Erben über. Im Verletzungsfall können sie dann ein eigenes Recht geltend machen,<sup>522</sup> das jedoch inhaltlich an die urheberpersönlichkeitsrechtlichen Interessen des verstorbenen Urhebers gebunden ist.<sup>523</sup> Diese Lösung wird auch im Zusammenhang mit dem sog. postmortalen Persönlichkeitsrecht diskutiert.<sup>524</sup> Unabhängig von der Streitfrage, ob es sich hierbei überhaupt um ein Recht handelt,<sup>525</sup> lässt sich aus dem Menschenwürdeprinzip (Art. 1 I GG) ableiten, dass der Staat verpflichtet ist, dem Einzelnen Schutz gegen Angriffe auf seine Menschenwürde auch nach seinem Tod zu gewähren.<sup>526</sup> Aus diesem Blickwinkel ist ein Fortwirken des Persönlichkeitsrechts über den Tod des Menschen hinaus anzuerkennen. Dieses geht nach vorzugswürdiger Ansicht<sup>527</sup> fiduziarisch auf die Angehörigen über. Wie die bereits erwähnten BGH-Entscheidungen<sup>528</sup> im Falle Cosima Wagner und Mephisto gezeigt haben, können die urheber- und persönlichkeitsrechtlichen Befugnisse bereits zu Lebzeiten auf die Vertrauensperson übertragen werden.

Das Urheberrecht erlaubt sogar eine Übertragung der urheberpersönlichkeitsrechtlichen Befugnisse „zu treuen Händen“ unter Lebenden. So nimmt die überwiegende Meinung in der Literatur an, dass trotz Unübertragbarkeit einzelner urheberpersönlichkeitsrechtlicher

---

<sup>521</sup> Armbrüster, S. 11.

<sup>522</sup> Schack, GRUR 1985, 352, 360.

<sup>523</sup> Weitergehende Interessen können die Erben bzw. Angehörigen des Urhebers nur kraft ihres eigenen allgemeinen Persönlichkeitsrechts verfolgen.

<sup>524</sup> Vgl. Westermann, FamRZ 1969, 561 ff.; Staudinger/Hager, 13. Aufl., § 823 C 34 f.

<sup>525</sup> Näher hierzu, C.Ahrens, S. 256 ff.

<sup>526</sup> BVerfG, JZ 1971, 544.

<sup>527</sup> BGH NJW 2000, 2195, 2198 ff. – Marlene Dietrich; einschränkend BGHZ 50, 136 – Mephisto; Taupitz, JZ 1992, 1089, 1094. Staudinger/Schäfer, 12. Aufl., § 823 Rn. 271; siehe auch Laufs, Arztrecht, Rn. 284.

<sup>528</sup> Siehe FN 262 u. 263.

Befugnisse unter Lebenden der Urheber die Möglichkeit habe, einem Dritten die Ausübung einzelner Urheberpersönlichkeitsrechte zu überlassen.<sup>529</sup> Danach darf der andere die eigentlich unübertragbaren Urheberpersönlichkeitsrechte im eigenen Namen wahrnehmen. Hierbei handelt er weder als Stellvertreter, noch ist er selbst Inhaber der von ihm geltend gemachten Urheberpersönlichkeitsrechte. Er ist vielmehr der treuhänderische Wächter über ein fremdes Recht und durch die aus § 185 BGB abgeleiteten Rechtsfigur der Ermächtigung zu verfügungsähnlichen Handlungen legitimiert.<sup>530</sup> Der Urheber bleibt neben dem Ermächtigten zur Geltendmachung des Urheberpersönlichkeitsrechtes befugt.<sup>531</sup> Nach vorzugswürdiger Ansicht<sup>532</sup> können sogar einzelne urheberpersönlichkeitsrechtliche Befugnisse in der Form übertragen werden, dass der Erwerber eine dinglich gesicherte Rechtsposition erhält. Forkel, der diese Rechtsentwicklung entscheidend geprägt hat, hält unter engen Voraussetzungen auch Übertragungen von persönlichkeitsrechtlichen Befugnissen unter Lebenden für zulässig.<sup>533</sup>

Schließlich wird auch der Betreuer – sowohl in vermögensrechtlichen als auch in personalen Angelegenheiten – bisweilen als Treuhänder bezeichnet.<sup>534</sup>

Diese Beispiele haben gezeigt, in welcher Bandbreite der Treuhandbegriff verwendet wird. Um eine Ausuferung des Begriffs zu vermeiden, ist es erforderlich, aussagekräftige Kriterien für eine juristische Definition zu finden, die eine bereichsbezogene Regelbildung ermöglicht. Für die Abgrenzung zu anderen Rechtsinstituten eignet sich das Merkmal der Rechtstellung, die der Treuhänder in Bezug auf das Treugut innehat:

---

<sup>529</sup> Heeschen, S. 67 f.

<sup>530</sup> Vgl. Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, S. 244 f.

<sup>531</sup> Siehe Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, S. 380.

<sup>532</sup> Forkel, S. 178 ff.; Schricker/Schricker, vor §§ 28 ff Rn. 52; Rehbinder, Rn. 307; zum Markenrecht, Fezer, § 30 Rn. 8; zum Patentrecht, Benkard/Ullmann, § 15 Rn. 53.

<sup>533</sup> Forkel, GRUR 1988, 491, 495 ff.; ders. zum „wirtschaftlichen Persönlichkeitsrecht“, in: FS Neumayer, S. 229; vgl. auch Wandtke, GRUR 1995, 385, 391 f.

<sup>534</sup> Vgl. Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein, Rn. 153.



## b. Die Treuhand im Rechtssinne

Man unterscheidet zwischen der Vollrechts-, der Ermächtigungs- und der Vollmachtstreuhand.

Das Wesen der Ermächtigungstreuhand liegt in der Verknüpfung einer Rechtsmacht mit einer schuldrechtlichen Bindung des Treuhänders.<sup>535</sup> Im Unterschied zur Ermächtigung beinhaltet sie keine einfache Rechtsmacht über eine fremde Rechtssphäre, sondern stellt ein Verhältnis sui generis dar; die Rechtsmacht des Treuhänders ist aber keine Folge der Treuhand, sondern einer Ermächtigung, die gerade eine Voraussetzung für das Zustandekommen der Treuhand darstellt.<sup>536</sup> Die Vollmachtstreuhand schließlich ist lediglich eine Vollmachterteilung zu Treuhandzwecken.

Für die Frage nach den anwendbaren Regeln folgt aus einer Einordnung dieser beiden Gestaltungsformen unter den Oberbegriff der „Treuhand“ nichts.<sup>537</sup> Daher sollte man nur die Vollrechtstreuhand (sog. fiduziarische Treuhand) als echte Treuhand bezeichnen. Ihre Struktur besteht darin, dass der Treuhänder ein Vollrecht übertragen erhält und in dieser Weise auch Dritten gegenüber auftritt. Die interne Bindung zum Treugeber, die sich vor allem im Rückforderungsanspruch und in der Interessenwahrungspflicht manifestiert, wirkt bloß relativ inter partes, ist also schuldrechtlicher Natur.<sup>538</sup> Dieses von Siebert<sup>539</sup> geprägte Verständnis der Treuhand hat sich auch in Rechtslehre<sup>540</sup> und Rechtsprechung<sup>541</sup> durchgesetzt. Wesentliches Charakteristikum der Treuhand im Rechtssinne ist also die zweck-

---

<sup>535</sup> Doris, S. 33, 34; Coing, S. 96; Siebert, S. 263 ff.; siehe auch BGHZ 19, 69, 71; BGH JZ 1954, 438.

<sup>536</sup> Doris, S. 33; H-J.Bülow, S. 3 f.; Palandt/Bassenge, § 903 Rn. 34.

<sup>537</sup> Armbrüster, S. 14; Wolter, S. 6 Fn. 25; Asmus, S. 42.

<sup>538</sup> Siebert, S. 1; Palandt/Heinrichs, Überbl. v § 104 Rn. 25; Henssler, AcP 196 (1996), S. 37, 41, 42; Gernhuber, JuS 1988, 355 f.; Heidner, DStR 1989, 276, 277; Palandt/Bassenge, § 903 Rn. 34; Gruber, AcP 202 (2002), 435; Coing, S. 90; Ebermann, S. 8; Larenz/Wolf, § 46 IV 5, S. 846.

<sup>539</sup> Siebert, S. 10 ff.

<sup>540</sup> Vgl. Siebert, S. 106; Coing, S. 38; Asmus, S. 42 f.; Liebich/Mathews, S. 72; Kümmerlein, S. 6; Regelsberger, AcP 63 (1880), 157, 173; Heidner, DStR 1989, 276.

<sup>541</sup> Vgl. RGZ 84, 214, 216; 127, 341, 344; 133, 84, 87; BGH, WM 1960, 325; WM 1965, 173, 174.

überschießende Rechtsmacht des Treuhänders, die nach einem besonderen Vertrauensverhältnis zwischen Treugeber und –händer verlangt. In dieser Ausgestaltung hat die Treuhand bisher lediglich ihre Anwendung im vermögensrechtlichen Bereich gefunden.

## **2. Anwendbarkeit der Treuhand in Gesundheitsangelegenheiten**

Es stellt sich nun die Frage, ob die Treuhand auch als Vorsorgeverfügung in Gesundheitsangelegenheiten fruchtbar gemacht werden kann. Problematisch erscheint es hierbei, eine Verfügung über das Recht am Körper zuzulassen. Denn nach wie vor stehen Rechtsprechung und herrschende Lehre der Übertragung von Persönlichkeitsrechten ablehnend gegenüber. Diese Haltung rührt anscheinend her aus der Assoziation der Übertragung mit einer Totalentäußerung des betreffenden Rechts und einhergehend damit einem gänzlichen Verlust jeglicher Schutzmöglichkeiten gegen Persönlichkeitsverletzungen.<sup>542</sup> Will man die Treuhand als Rechtsinstitut in Gesundheitsangelegenheiten anwenden, muss sichergestellt werden, dass eine solche Rechtsfolge trotz Übertragung nicht eintritt. Eine Möglichkeit könnte darin bestehen, statt einer translativen Übertragung lediglich eine konstitutive als die schwächere Form der Übertragung zu wählen, ohne dabei die bereichsbezogene Regelbildung der Treuhand zu verletzen. Hierbei soll die Frage nach der Zulässigkeit einer solchen Übertragung zunächst außen vor bleiben.

### **a. Die konstitutive Übertragung<sup>543</sup>**

#### **aa. Definition**

Im Unterschied zur translativen Rechtsübertragung, bei der der Veräußerer das gesamte Recht rückhaltlos auf den Erwerber überträgt, bleibt bei der konstitutiven Übertragung eine Verbindung zwischen

---

<sup>542</sup> Vgl. zur Unverfügbarkeit von Persönlichkeitsrechten bzgl. Verwertungsformen, Schack, Rn. 51; Krneta, GRUR Int. 1996, 298, 306; siehe auch Wandtke, GRUR 1995, 385, 391.

<sup>543</sup> der Begriff wurde geprägt von v. Tuhr, AT II/1, § 45, S. 59 ff, 62ff; ihm folgend Lorenz/Wolf, § 14 Rn. 35; Ulmer, §§ 83 II, 86 II, S. 359, 371; Kraßer, GRUR Int. 1973, 230, 232; inhaltlich zust., aber krit. zur Begriffswahl Forkel, S. 44.

dem Stammrecht und dem Tochterrecht bestehen.<sup>544</sup> Beispiele hierfür sind die beschränkt dinglichen Rechte. Auch wenn das BGB durchgängig nur den Begriff der „Belastung“ verwendet, liegt eine Übertragung vor. Es wird nämlich ein bestimmtes aus einem subjektiven Recht fließendes Interesse dergestalt dem Erwerber eingeräumt, dass der Veräußerer die Verfügungsbefugnis verliert.<sup>545</sup> Als weitere Beispiele können die ausschließliche Lizenz im gewerblichen Rechtsschutz und die Einräumung eines Nutzungsrechts im Urheberrecht herangezogen werden. Durch Erteilung einer ausschließlichen Lizenz im gewerblichen Rechtsschutz oder durch Einräumung eines ausschließlichen Nutzungsrechts im Urheberrecht erlangt der Lizenznehmer oder Nutzungsberechtigte ein gegenständliches Recht, das ihm nicht nur gegenüber dem Schutzrechtsinhaber eine gesicherte Position verleiht, sondern ihm auch grundsätzlich die Kompetenz einräumt, gegen Schutzrechtsverletzungen durch Dritte vorzugehen. Forkel<sup>546</sup> hat in diesem Zusammenhang den Begriff der „gebundenen Rechtsübertragung“ geprägt. Seiner Ansicht nach ist eine solche Übertragung sogar bei gewissen persönlichkeitsrechtlichen Befugnissen möglich. Ein Ausverkauf der Persönlichkeit werde dadurch verhindert, dass die Rechtseinräumung begrenzt und zweckgebunden sei und eine Bindung an das Stammrecht bestehen bleibe. Ferner äußere sich die Bindung im „Heimfall“ des Tochterrechts bei Wegfall des geschützten Interesses.

Eine konstitutive bzw. gebundene Rechtsübertragung des Rechts am Körper des Treugebers würde der Vertrauensperson also eine starke, gesicherte Rechtsposition einräumen, die sie in die Lage versetzen würde, sowohl materiellrechtlich als auch prozessual eigens gegen Schutzrechtsverletzungen durch Dritte vorzugehen. Fraglich ist jedoch, ob sie sich vorliegend als sinnvoll erweist.

### **bb. Anwendbarkeit auf das Recht am eigenen Körper**

Voraussetzung einer gebundenen Rechtsübertragung ist die Teilbarkeit der Interessen am fraglichen Rechtsgegenstand, hier also die

---

<sup>544</sup> v. Tuhr, S. AT II/1, § 45, S. 59 ff., 62 ff.; Ohly, S. 147; Forkel, FS Wlodyka, 103, 107 f.

<sup>545</sup> Forkel, S. 23 ff.; Ohly, S. 148.

<sup>546</sup> Forkel, S. 37 f.; ders. in GRUR 1988, 491, 493 ff.

Teilbarkeit des Rechtes am Körper des Betroffenen. Das Recht am Körper hat nicht nur einen negativen Inhalt, welches das Recht auf körperliche Integrität, auf Abwehr von Körperverletzungen und Gesundheitsschädigungen umfasst, sondern auch einen positiven, der die Verfügungsmacht über die Güter „Körper“ und „Gesundheit“ absichert.<sup>547</sup> All diese Befugnisse will der Betroffene aber seiner Vertrauensperson einräumen. Denn sie soll zum einen Sorge dafür tragen, dass diejenigen ärztlichen Maßnahmen ergriffen werden, die ihn vor unnötigen Schmerzen bewahren. Zum anderen soll sie ungewollte körperliche Eingriffe abwehren, regelmäßig solche, die sein Leben seiner Ansicht nach unnötig verlängern. Zudem soll sie seine Rechte infolge begangener Verletzungen prozessual durchsetzen können. Würde man nur das Selbstbestimmungsrecht am Körper vom Stammrecht abspalten, könnte der Treuhänder bei Nichtbeachtung von Behandlungsanweisungen zwar zivilrechtlich die Verletzung des Selbstbestimmungsrechts geltend machen, nicht aber die eingetretene Körperverletzung bei Missachtung der Einwilligungsverweigerung bzw. des Widerrufs. Das Selbstbestimmungsrecht beinhaltet nämlich nur die Befugnis zur Abwehr im Vorfeld einer Maßnahme. Ist jedoch bereits eine Maßnahme rechtswidrig erfolgt, wäre der Treuhänder als bloßer Inhaber des Selbstbestimmungsrechts nicht in der Lage, die Körperverletzung zu verfolgen. Denn dies erfordert die Innehabung der statischen Seite des besonderen Persönlichkeitsrechts, die gerade nicht vom Selbstbestimmungsrecht am Körper umfasst wird. Natürlich könnte man argumentieren, dass das Recht zur Verfolgung von Verletzungen des Selbstbestimmungsrechts das Recht zur Verfolgung von Körperverletzungen einschliesse, da das eine das andere bedinge. Dies bedeutete jedoch, dem Inhalt des Rechts am Körper nicht in seiner Ganzheit gerecht zu werden. Der vorgebrachte Einwand verdeutlicht lediglich, dass das Selbstbestimmungsrecht am Körper nicht isoliert vom restlichen Bestand des Rechts am Körper betrachtet werden kann. Vorliegend kann also nicht sinnvoll wie beispielsweise im Urheberrecht zwischen geistigen Interessen, die mehr oder minder dem Inhaber des abgeleiteten Rechts zugewiesen sind, und solchen individuell-persönlichen Interessen des Urhebers, die nur ihm vorbehalten sind, getrennt wer-

---

<sup>547</sup> Vgl. oben C I 3b.

den.<sup>548</sup> Die Interessen des Betroffenen decken sich vielmehr im Zeitpunkt seines Fürsorgefalles gänzlich mit denjenigen der Vertrauensperson: beide wollen die Patientenautonomie des Betroffenen wahren, durchsetzen und bei erfolgten Verletzungen gerichtlich vorgehen können. Eine Trennung der Interessen würde sich – anders als im verwertungsrechtlichen Kontext – nur nachteilig für den Schutzbedürftigen auswirken.

Die gebundene Rechtsübertragung würde vorliegend mithin nicht den Bedürfnissen der Betroffenen gerecht werden.

Die Interessenlage, aus der heraus sie entwickelt wurde, ist zudem nicht mit der vorliegenden vergleichbar. Im verwertungsrechtlichen Kontext ist der Rechtsinhaber regelmäßig von der Hilfe Dritter zur Verfolgung seiner Belange abhängig.<sup>549</sup> Potentielle Helfer oder Werkvermittler lassen sich jedoch ungern auf ein Rechtsgeschäft mit dem Rechtsinhaber ein, ohne eine abgesicherte Rechtsposition zu erhalten. Sie verlangen nach einem Mindestmaß an Schutz auch vor der Willkür und Unberechenbarkeit des Rechtsinhabers und nach der Möglichkeit eigener Abwehr gegen fremde Eingriffe und Störungen. Die gebundene Rechtsübertragung soll also auch dritte Personen dazu animieren, sich für die Belange des Rechtsinhabers einzusetzen. Einen solchen Anreiz braucht die Vertrauensperson in Gesundheitsangelegenheiten nicht. Ferner bedarf sie auch keines Schutzes gegenüber dem Rechtsinhaber. Ihr Verhältnis ist nicht von wirtschaftlichen Interessen gekennzeichnet, sondern von einem engen familiären oder freundschaftlichen Band. Diese enge Verbundenheit bedeutet für den Treuhänder, seinem Verwandten oder Freund auch in kritischen Lebenslagen zur Seite zu stehen. Die Vertrauensperson wird daher die Übernahme von Pflichten nicht deswegen versagen, weil sie keine dinglich abgesicherte Position erhält, sondern unabhängig davon versuchen, die Interessen des Betroffenen optimal durchzusetzen. Dies schließt natürlich nicht aus, dass sie sich sehr wohl eine starke Stellung wünscht. Aus diesen Gründen sollte der Begriff der gebundenen Rechtsübertragung dem Bereich vorbehalten bleiben,

---

<sup>548</sup> Vgl. Forkel, S. 191.

<sup>549</sup> Forkel, S. 187; ders. in GRUR 1988, 491, 492 f., 497.

der im direkten oder indirekten Zusammenhang mit Verwertungsfragen steht.

Es verbleibt als Übertragungsform im Rahmen der Treuhand mithin nur die translative Übertragung.

## **b. Die translative Übertragung**

### **aa. Definition**

Die translative Übertragung wird im Gegensatz zur „gebundenen Übertragung“ auch als „freie Übertragung“ bezeichnet.<sup>550</sup> Darunter versteht man die Veräußerung einer Berechtigung derart, dass an den Befugnissen des Erwerbers keine geschützten Interessen des Verfügenden mehr bestehen. D.h. er hat sich vollkommen und endgültig von ihnen gelöst mit der Folge, dass der neue Inhaber ungebunden bei der Innehabung und Ausübung seiner Befugnisse ist.<sup>551</sup>

Es stellt sich die Frage, ob mit der translativen Übertragung zwingend eine Ungebundenheit des neuen Inhabers einhergehen muss.

### **bb. Die deutschrechtliche Treuhand**

Die zwecküberschießende Rechtsmacht des Treuhänders hat schon seit jeher Rechtsprechung und Schrifttum beschäftigt. Seit Inkrafttreten des BGB versuchen sie die Rechtsstellung des Treugebers aufzuwerten und zugleich die Verfügungsgewalt des Treuhänders über das Treugut zu beschränken.<sup>552</sup> Hierzu wurde 1901 als Alternative zur Fiduzia-Konstruktion vorgeschlagen, nach deutschrechtlichem Vorbild die Rechtsübertragung unter die auflösende Bedingung der Einhaltung der Schranken des Innenverhältnisses zu stellen (sog. deutschrechtliche Treuhand).<sup>553</sup> Das Recht geht also auf den Treuhänder über, ist aber belastet mit der dinglichen Anwartschaft des Treugebers. In dem Augenblick, in dem der Treuhänder die Treu-

---

<sup>550</sup> Vgl. Forkel, S. 46 f.

<sup>551</sup> Vgl. Kraßer, GRUR Int. 1973, 230, 232 f.

<sup>552</sup> Henssler, AcP 196 (1996), S. 37, 48.

<sup>553</sup> Vgl. Gruber, AcP 202 (2002), S. 435, 437 und Siebert, S. 214 f. mit Verweis auf Alfred Schultze, Treuhänder im geltenden Bürgerlichen Recht, in: Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen Rechts und des deutschen Privatrechts 43, 1-104 (1901).

handabrede verletzt, tritt die Außenwirkung durch unmittelbar dinglichen Rückfall des Treuguts an den Treugeber ein und führt so auch automatisch zu einer Änderung in der Rechtszuständigkeit.<sup>554</sup> Mit dieser Konstruktion wird ein umfassender Schutz des Treugebers erreicht, ohne dass die Bewegungsfreiheit des Treuhänders eingeengt wird.<sup>555</sup>

Die deutschrechtliche Treuhand hat sich in der vermögensrechtlichen Praxis aus mehreren Gründen nicht durchsetzen können.<sup>556</sup> Zum einen sind die Möglichkeiten der Vereinbarung von auflösenden Bedingungen durch bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte eingegrenzt, zum anderen schützt § 161 III BGB den gutgläubigen Erwerber von Treugut.<sup>557</sup> Ferner ist die eindeutige Formulierung der auflösenden Bedingung im Vertrag ein schwieriges und damit für die Praxis haftpflichtträchtiges Unterfangen.<sup>558</sup> Schließlich wird sie von Teilen der Literatur<sup>559</sup> aufgrund der Vergleichbarkeit mit einem vertraglichen Ausschluss der Verfügungsbefugnis, der gemäß § 137 BGB unzulässig ist, abgelehnt.<sup>560</sup>

Diese Probleme stellen sich im persönlichkeitsrechtlichen Bereich der Gesundheitsfürsorge nicht. Weder handelt es sich vorliegend um ein bedingungsfeindliches Rechtsgeschäft, noch besteht die Gefahr einer Weiterverfügung. Denn das besondere Persönlichkeitsrecht stellt in dieser Gestalt keine für den Rechtsverkehr begehrenswerte „Ware“ dar. §§ 161 III, 137 BGB würden also der Begründung der deutschrechtlichen Treuhand in Gesundheitsangelegenheiten nicht entgegenstehen. Zudem würde eine Weiterverfügung des Rechts am Körper einer Übertragung des Treuhandverhältnisses gleichkommen. Die Rechtstellung des Treuhänders ist aber bereits im vermögensrechtlichen Bereich nicht frei übertragbar. Dies folgt zum einen daraus, dass das Treuhandverhältnis auf persönlichem Vertrauen beruht; zum anderen lässt sich aus § 664 BGB ein *argumentum a forti-*

---

<sup>554</sup> Schlosser, NJW 1970, 681, 683; Asmus, S. 8, 44 f., 204 ff.

<sup>555</sup> Coing, S. 164; Asmus, S. 8 f.

<sup>556</sup> Vgl. Asmus, S. 42.

<sup>557</sup> Wolter, S. 6 FN 25; Liebich/Mathews, S. 27.

<sup>558</sup> Wolter, S. 6 FN 25; Coing, S. 98.

<sup>559</sup> Schlosser, NJW 1970, 681 ff.

<sup>560</sup> Staudinger/Kohler, § 137 Rn. 31 m.w.N. zur h.M.

ori ziehen.<sup>561</sup> Schließlich bereitet die Formulierung der auflösenden Bedingung keine Probleme. Vielmehr liegt die Schwierigkeit in der Feststellung ihres Eintritts.

Die deutschrechtliche Treuhand könnte sich also im personalen Bereich der Vorsorge als Rechtsinstitut behaupten. Wendet man sie hier an, bedeutete dies, dass der (potentielle) Patient als Treugeber das Recht am eigenen Körper seiner Vertrauensperson und Treuhänder voll übertragen würde. Letzterer könnte als Rechtsträger dieses Recht umfassend – sowohl in materieller als auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht - zur Geltung bringen. Gleichzeitig aber wäre der (potentielle) Patient umfassend vor Missbrauchsgefahren geschützt. Handelte nämlich der Treuhänder entgegen den Behandlungsanweisungen des Treugebers, würde das besondere Persönlichkeitsrecht automatisch wieder an den Treugeber zurückfallen, mit der Folge, dass der Treuhänder die Rechtszuständigkeit verlore und weder Kompetenz noch Befugnis zur Rechtsausübung mehr besäße. Einer Kündigung des Treuhandverhältnisses durch einen Kontrollbetreuer bedürfte es nicht. Gleichzeitig hätte der Arzt stets die Gewissheit, im Treuhänder den richtigen Ansprechpartner zu haben. Lediglich dessen Entscheidungen bedürften einer Überprüfung auf ihre Rechtmäßigkeit. Mag diese Konstruktion ihn zwar nicht von haftungsrechtlichen Fragen gänzlich befreien, so gefährdete sie zumindest nicht ihre praktische Akzeptanz. Sie stellt mithin das ideale Rechtsinstitut für die Gesundheitsfürsorge dar, weil sie den Interessen aller Beteiligten am nächsten kommt, ohne den „Ausverkauf“ der Persönlichkeit des Betroffenen zur Folge zu haben.

Die entscheidende Frage lautet nun, ob die deutschrechtliche Treuhand in dieser Form mit dem geltenden Recht vereinbar ist. Der Übertragung des Rechts am Körper können sowohl immanente als auch externe Schranken entgegenstehen.

---

<sup>561</sup> Coing, S. 199.



## **cc. Schranken der Dispositionsbefugnis**

### **(1) Immanente Schranken**

Immanente Schranken ergeben sich aus Natur und Zuschnitt des jeweiligen subjektiven Rechts und schließen die betreffende Art der Disposition vollständig aus.<sup>562</sup> Beispielsweise verbietet § 1059 BGB die Übertragung und Vererbung des Nießbrauchs und § 29 UrhG die Übertragung des Urheberrechts unter Lebenden. Allgemein nimmt man eine Einschränkung der Verfügungsbefugnis über Persönlichkeitsrechte an, mag es auch keine gesetzliche Bestimmung geben, die dies ausdrücklich festschreibt. Denn naturgemäß sind Persönlichkeitsrechte an die Person des ursprünglichen Trägers gebunden.<sup>563</sup> Dies gilt insbesondere für das Recht am eigenen Körper. Dieses kann und darf der Rechtsinhaber nicht übertragen, solange er selbst über seine eigenen körperlichen Belange entscheiden vermag. Anderenfalls würde er sich seines Selbstbestimmungsrechts begeben. Zudem besteht hierfür auch kein Bedürfnis. Etwas anderes gilt für die Phase seiner Handlungsunfähigkeit. Mit dem Verlust der Entscheidungsfähigkeit ist der Betroffene von der Hilfe anderer Personen abhängig. Stets wird es eine andere Person sein, die über seinen Körper und seine Gesundheit zumindest faktisch entscheidet. Kann er dieser Tatsache nicht entgehen, so soll er zumindest darüber bestimmen können, welche Person im Einzelfall für ihn entscheidet und für seine Rechte eintritt. Der Gesetzgeber hat ihm mit der Zulassung der Vorsorgevollmacht in personalen Angelegenheiten diesen Weg eröffnet und sich damit gegen einen Ausschluss der Dispositionsbefugnis über das Recht am Körper entschieden. Im übrigen schweigt das Gesetz über die Zulässigkeit der translativen Übertragung des Rechts am eigenen Körper. Zwar kann sich die Frage nach immanenten Schranken auf jeder Stufenleiter der Dispositionen anders beantworten. Grundsätzlich ist die Disposition mittels Bevollmächtigung<sup>564</sup> im Hinblick auf den Rechtsverlust nicht mit derjenigen mittels Treuhand gleichzusetzen. Denn im Rahmen der Vollmacht bleibt der Vollmachtgeber im Gegensatz zum Treugeber

---

<sup>562</sup> Ohly, S. 196.

<sup>563</sup> Vgl. Hubmann, S. 132 ff.

<sup>564</sup> Im übrigen ist die Verfügungsnatur der Vollmacht umstritten, siehe zum Meinungsstreit Müller-Freienfels, S. 253 ff.; Thiele, S. 290 ff.; Erman/Palm, vor § 104 Rn. 19; Flume AT II, §§ 11, 5 d (S. 145).

Rechtsinhaber. Im Fürsorgefall relativieren sich jedoch deren unterschiedliche Rechtsfolgen. Ob der Betroffene seine Gesundheitsvorsorge nun durch Vollmacht oder Treuhand zu regeln versucht, ergibt letztlich hinsichtlich seines Rechtsverlusts keinen Unterschied. Denn der Rechtsverlust tritt faktisch bereits mit der Bevollmächtigung ein. Im Rahmen der Gesundheitsvorsorge ist vielmehr danach zu fragen, mittels welcher Rechtsfigur der Rechtsinhaber seine Interessen am bestehen durchsetzen kann. Daher sollte der translativen Übertragung des Rechts am eigenen Körper zur Begründung der deutschrechtlichen Treuhand keine immanenten Schranken entgegenstehen.

## **(2) Externe Schranken**

Eine externe Schranke könnte sich aus § 138 BGB ergeben. Diese Vorschrift erklärt ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, für nichtig. Vorliegend wäre die Sittenwidrigkeit zu bejahen, wenn der Betroffene durch Übertragung seines Rechts am eigenen Körper seine Aufgabe als sittliche Person nicht mehr erfüllen könnte, die Übertragung mithin zu einem „Ausverkauf“ seiner Persönlichkeit führen würde. Gerade dies ist hier nicht der Fall. Denn wie bereits dargelegt, findet sich mit der deutschrechtlichen Treuhand eine Konstruktion, die dem Betroffenen lediglich Vorteile bringt und ihn vor einem Totalverlust seines Persönlichkeitsrechts bewahrt: Die Übertragung erfolgt nämlich nur für die Phase seiner Handlungsunfähigkeit und steht ferner unter der auflösenden Bedingung des Rechtsmissbrauchs.

Es ist mithin festzuhalten, dass der Übertragung des Rechts am eigenen Körper für den Fürsorgefall weder immanente noch externe Schranken entgegenstehen.

### **dd. Die geltende Rechtslage bzgl. Vollrechtsübertragungen von Persönlichkeitsrechten bzw. Rechten mit einem persönlichkeitsrechtlichen Einschlag**

Schließlich finden sich im Gesetz ausreichende Beispiele für Vollrechtsübertragungen von Persönlichkeitsrechten bzw. Rechten mit einem persönlichkeitsrechtlichen Einschlag, die das Dogma der Unübertragbarkeit und Unverzichtbarkeit von Persönlichkeitsrechten in seiner Absolutheit durchbrechen.

## **(1) Vollübertragungen im Kennzeichen- und Urheberrecht**

So sind Vollrechtsübertragungen dem Immaterialgüterrecht nicht unbekannt. Es hat zwar nicht jedes dieser Rechte einen persönlichkeitsrechtlichen Einschlag. Die Existenz derartiger Rechte, die einen solchen aber noch aufweisen, als auch deren dogmatische Herleitung aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht<sup>565</sup> rechtfertigen es, diese Materie nach wie vor auf das Persönlichkeitsrecht zu beziehen.<sup>566</sup>

### **(a) Vollübertragungen im Kennzeichenrecht**

Als Beispiel kann hier zum einen das Kennzeichenrecht angeführt werden, das als persönlichkeitsrechtliche Position mitunter das Namensrecht beinhaltet. Diese Position drückt sich in Form einer Marke oder Firma aus, die als solche bzw. zusammen mit dem in Verbindung stehenden Unternehmen ohne weiteres übertragen werden kann.<sup>567</sup> Allerdings gehen die Meinungen darüber auseinander, ob diese persönlichkeitsrechtliche Position die Rechtsnatur beider Kennzeichen weiterhin beeinflusst.

#### **(aa) Rechtsnatur der Marke**

Als Marken schützt § 3 I MarkenG alle Zeichen, die geeignet sind, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden. Hierin kommt die Grundfunktion der Marke, nämlich ihre Unterscheidungs- und Herkunftsfunktion, zum Ausdruck.<sup>568</sup>

Überwiegend gehen Rechtsprechung und Lehre mittlerweile von einem reinen Immaterialgüterrecht aus.<sup>569</sup> Sie begründen dies u.a. mit der Verdrängung der Namens- und Firmenmarken durch Phantasiebezeichnungen sowie deren Entwicklung zu reinen Sachbezeichnungen.<sup>570</sup> Ihre Vollendung fand diese Entwicklung des Markenrechts vom Persönlichkeits- zum Immaterialgüterrecht durch das am

---

<sup>565</sup> Vgl. Klippel, S. 193 ff.; Götting, FG Beier, S. 233, 234.

<sup>566</sup> Vgl. C.Ahrens, S. 177; Berger, S. 338 ff.

<sup>567</sup> Vgl. § 27 MarkenG, § 23 HGB.

<sup>568</sup> Hubmann/Götting, S. 255; Sack, GRUR 1972, 402, 404 ff.

<sup>569</sup> Götting, FG Beier 1996, S. 233 ff.; siehe auch BGH NJW 2000, 2195, 2198 – Marlene Dietrich; Klippel in: Ekey/Klippel, E 2 Rn. 2.

<sup>570</sup> Götting, FG Beier, S. 233, 235.

1.1.1994 in Kraft getretene MarkenG. Dieses Gesetz gab das Bindungsprinzip auf und führte somit die freie Übertragbarkeit ein. Nach § 27 MarkenG kann die Marke nun selbständig ohne den dazugehörigen Geschäftsbetrieb übertragen werden. Aus diesem Grunde ist die Rechtsnatur der Marke als Immaterialgüterrecht keineswegs mehr zu bestreiten. Daher wird die Auffassung, die hier von einem reinen Persönlichkeitsrecht ausgeht, heute nicht mehr vertreten.<sup>571</sup>

Dennoch kann man einen persönlichkeitsrechtlichen Einschlag bei denjenigen Marken, die den Namen einer Person zum Gegenstand haben, nicht leugnen. Dem Interesse des Namensträgers, gegen eine ehrverletzende Verwendung seines „guten Namens“ durch den Erwerber vorzugehen, kann man nicht jede Berechtigung versagen.<sup>572</sup> Ferner erscheint es vorzugswürdig, auch bei den bekannten bzw. berühmten Marken einen persönlichkeitsrechtlichen Einschlag anzuerkennen. Denn sie genießen u.U. den Schutz des § 14 II Nr.3 MarkenG vor Rufausbeutung oder –beeinträchtigung.<sup>573</sup> Zu berücksichtigen ist nämlich, dass jede Verletzungshandlung i.S. dieser Vorschrift zugleich die Person, die diesen Ruf begründet hat, in ihrer Persönlichkeit verletzt. Dies drückt sich auch darin aus, dass ein Anspruch aus §§ 823 I, 12 BGB in einem solchen Fall nicht von vornherein ausgeschlossen ist,<sup>574</sup> mag die Tendenz auch dahingehen, die Anwendung dieser Vorschriften zugunsten von § 14 II Nr. 3 MarkenG zu verdrängen.<sup>575</sup> Diese Bekanntheit oder Berühmtheit der Marke aufgrund erfolgreicher unternehmerischer Betätigung stellt eine Ausprägung des Rechts am Unternehmen dar,<sup>576</sup> welches jedoch erst mit der Zeit entsteht. Die Eintragung ins Markenregister allein reicht für die Entstehung einer solchen schützenswerten persönlichkeitsrechtlichen Position nach § 14 II Nr. 3 MarkenG nicht aus, so dass der persönlichkeitsrechtliche Einschlag bei denjenigen

---

<sup>571</sup> Vgl. dazu auch Forkel, in FS Wlodyka, S. 103 ff.; Götting, S. 113 f.

<sup>572</sup> Ohly, S. 265 f.; C.Ahrens, S. 182 ff.; a.A. Götting, S. 116 f.; ders. in FG Beier, S. 233, 235 f.

<sup>573</sup> So differenzierend auch C.Ahrens, S. 183; vgl. ferner Fezer, § 14 Rn. 11; Starck WRP 1994, 698, 700, 703; Krings, GRUR 1996, 624 ff.

<sup>574</sup> Krings, GRUR 1996, 624, 624; Baumbach/Hefermehl, Allg. Rn. 182.

<sup>575</sup> Hubmann/Götting, S. 293.

<sup>576</sup> Krings, GRUR 1996, 624, 624.

Marken, die die Voraussetzungen des § 14 II Nr. 3 MarkenG nicht erfüllen, zu verneinen ist.<sup>577</sup>

Mithin sind eine bekannte und berühmte Marke sowie eine Marke mit Personenmarke als Immaterialgüterrecht mit persönlichkeitsrechtlichen Einschlag, die übrigen als reine Immaterialgüterrechte zu qualifizieren.

Auch bei der Firma ist eine ähnliche Entwicklung festzustellen.

### **(bb) Rechtsnatur der Firma**

Die Firma eines Kaufmanns ist nach § 17 I HGB der Name, unter dem er im Handelsverkehr seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt. Vor der Handelsrechtsreform im Jahre 1998 war der Einzelkaufmann noch gezwungen, seinen Namen zur Firmenbildung zu verwenden. Aus diesem Grunde haben Rechtsprechung<sup>578</sup> und Literatur<sup>579</sup> das Firmenrecht lange als Persönlichkeitsrecht angesehen. Eine Übertragbarkeit kam danach nicht in Betracht: Die Firmenübertragung wurde als schuldrechtlicher Gestattungsvertrag konstruiert, wonach der Veräußerer lediglich auf den Firmengebrauch verzichtete und dem Erwerber den Gebrauch der Firma gestattete.<sup>580</sup> Dies galt jedoch nicht für Handelsgesellschaften, deren Gesellschafter zu keiner Zeit dem Zwang unterlagen, ihren Namen zur Firmenbildung zur Verfügung zu stellen. Mit der Zeit wurde die Übertragbarkeit des Firmenrechts zunehmend aus den Fesseln der persönlichkeitsrechtlichen Komponenten des Namensrechts gelöst.<sup>581</sup> Einen Markstein in der Rechtsprechung setzte die Entscheidung des BGH vom 27.9.1982.<sup>582</sup> Sie legte einen vermögensrechtlicher Charakter des Firmenrechts zugrunde und verband den Name des Kaufmanns mit einem Objekt: dem Unternehmen. Die Firma wurde seitdem als vermögenswertes Recht, das zum Unternehmen gehört, anerkannt, so dass die Firmenübertragung nun allgemein nach den Regeln der

---

<sup>577</sup> C.Ahrens, S. 183.

<sup>578</sup> RGZ 9, 106; 58, 159; 70, 226 ff., 229, 230; 107, 33.

<sup>579</sup> Z.B. Wolff, S. 10 f.; siehe auch Klippel, S. 110 ff. m.w.N.

<sup>580</sup> Vgl. RGZ 9, 104, 106; 107, 31, 33.

<sup>581</sup> Berger, S. 338 ff.; zum Namensrecht vgl. Forkel, NJW 1993, 381 ff.

<sup>582</sup> BGHZ 85, 221, 223.

Rechtsübertragung, also durch Abtretung gem. den §§ 398, 413 BGB erfolgt.<sup>583</sup> Die „Einwilligung“, von der § 22 I HGB spricht, ist daher als Verfügung in diesem Sinne zu verstehen.<sup>584</sup> Eine Ausnahme von der freien Übertragung im Rahmen der Insolvenz gilt nach Ansicht des BGH nur dann, wenn die Firma einen Personennamen enthalte. In diesem Fall sei zu prüfen, „inwieweit der durch die Namenswahl verbleibende personale Bezug die vermögensrechtlichen Interessen an der freien Verwertung der Firma“ überwiege.<sup>585</sup> Bis zur Handelsrechtsreform herrschte denn auch die Meinung vor, dass es sich bei der Firma um eine Mischform von Immaterialgüter- und Persönlichkeitsrecht handele.<sup>586</sup>

Nach der Reform dringt jedoch die Auffassung vor, die in der Firma ein reines Immaterialgüterrecht sieht.<sup>587</sup> Denn das Gesetz legt dem Kaufmann zur Bildung einer Firma nicht mehr die Verpflichtung auf, seinen bürgerlichen Namen zu verwenden.<sup>588</sup> Er kann somit auch Phantasiebezeichnungen wählen. Problematisch erscheint demnach, ob ein persönlichkeitsrechtliches Element bei einer neu eingetragenen Firma, die einen Phantasienamen zum Gegenstand hat, vorliegen kann. Denn ein Unbeteiligter wird diese „neue“ und für ihn unbekannte Phantasiebezeichnung schwer mit einer Person in Verbindung setzen. Die Existenz eines persönlichkeitsrechtlichen Elements deswegen zu verneinen, würde jedoch bedeuten, den Interessen des Firmengründers nicht ausreichend Rechnung zu tragen. Er identifiziert sich sehr wohl gleich zu Anfang mit seiner Firma, unabhängig davon welche Bezeichnung er für diese gewählt hat. Denn die Firma ist nun mal der Handelsname des Kaufmanns, unter dem er sein Unternehmen betreibt und durch die seine Unternehmerpersönlichkeit

---

<sup>583</sup> Vgl. BGH WRP 1991, 222, 223; NJW 1994, 2025, 2026; Baumbach/Hopt, HGB, § 22 Rn. 9; Canaris, § 10 III b, S. 228 Rn. 30; Forkel, FS für H. Paulick, S. 101 ff.; Heymann/Emmerich, HGB, § 22 Rn. 11; Staub/Hüffer, HGB, § 22 Rn. 24.

<sup>584</sup> So ausdrücklich Roth in: Koller/Roth/Morck, HGB, § 22, Rn. 6.

<sup>585</sup> BGHZ 85, 221, 223; vgl. auch K. Schmidt, § 12 I 3 c, d, S. 354 ff.

<sup>586</sup> So Hubmann, S. 282 ff.; Forkel, FS für Paulick, S. 101, 106 f.; Baumbach/Hefermehl, Allg. Rn. 250; Canaris, § 10 I 4; Klippel, S. 538; Staub/Hüffer, HGB, § 17 Rn. 7, § 22 Rn. 35 f. m.w.N. zum Meinungsstand in FN 44-46.

<sup>587</sup> Weber, S. 65 ff, 73; Callmann, S. 34; Fride, S. 55 f.; K. Schmidt, Handelsrecht, § 12 I 3 b, S. 352 f.; RGRK-BGB/Krüger-Nieland, § 12 Rn. 4; Koller/Roth/Mohr § 17 Rn. 3; Köhler, FS Fikentscher, S. 494, 495.

<sup>588</sup> Vgl. §§ 18 ff. HGB.

zum Ausdruck gebracht wird.<sup>589</sup> Gemäß § 18 I HGB muss die Firma zur Kennzeichnung des Kaufmanns geeignet sein und Unterscheidungskraft besitzen. Sie muss also die Namensfunktion erfüllen und genießt daher stets Schutz aus § 12 BGB. Folglich ist die Rechtsnatur der Firma weiterhin als Mischrecht zwischen Immaterialgüter- und Persönlichkeitsrecht zu qualifizieren.

Zusammenfassend kann man feststellen, dass sowohl Firma als auch Marke, trotz eines unter Umständen gegebenen persönlichkeitsrechtlichen Einschlags, ohne weiteres übertragen werden können.

### **(b) Vollübertragung im Urheberrecht**

Aber auch das Urhebergesetz lässt mit § 79 I UrhG eine Vollübertragung von persönlichkeitsrechtlichen Befugnissen – hier des Rechts des ausübenden Künstlers – zu.

Das Recht des ausübenden Künstlers stellt neben dem Urheberrecht in dessen Eigenschaft als Immaterialgüterrecht ein Recht eigener Art dar.<sup>590</sup> In seiner klassischen Form steht es dem Persönlichkeitsrecht näher als dem Urheberrecht. Persönlichkeitsrechtliche Befugnisse sieht das UrhG für ausübende Künstler nur in den §§ 74, 75 UrhG vor. Eine analoge Anwendung der §§ 12-14 UrhG kommt angesichts der bewussten gesetzgeberischen Entscheidung nicht in Betracht.<sup>591</sup> Der persönlichkeitsrechtliche Einschlag des Rechts des ausübenden Künstlers macht sich zum einen darin bemerkbar, dass man das allgemeinen Persönlichkeitsrechts überall anwenden mag, wo Eingriffe in die persönliche künstlerische Betätigung stattfinden, die die §§ 78 ff. UrhG nicht typischerweise und abschließend erfassen.<sup>592</sup> Zum anderen zeigt sich die Personengebundenheit darin, dass die künstlerische Darbietung als solche noch keine Fixierung in einem Werk, wie

---

<sup>589</sup> Baumbach/Hefermehl, Allg. Rn. 250.

<sup>590</sup> Vgl. Kleine, GRUR 1960, 577, 578; Schricker/Krüger, Vor §§ 73 ff Rn. 10; Ulmer, § 123, S. 524 f.; Bünte, S. 15 ff.

<sup>591</sup> Fromm/Nordemann/Hertin, Vor § 73 Rn. 4.

<sup>592</sup> Fromm/Nordemann/Hertin, Vor § 73 Rn. 5; v. Gamm, § 73 Rn. 2; Schack, Rn. 608; Meckel in: Dreyer/Kotthoff/Meckel, § 73 Rn. 2.

es bei dem Urheberrecht der Fall sein muss,<sup>593</sup> erfordert. In der Werkdarbietung äußert sich aber in intensivster Weise die Persönlichkeit des Künstlers, so dass dessen Veröffentlichungsrecht eine grundlegende Rechtsposition darstellt, die für alle Arten der künstlerischen Betätigung Geltung beansprucht.<sup>594</sup>

Vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 10. September 2003<sup>595</sup> bestand bereits mit § 78 a.F. UrhG eine Vorschrift, die ausdrücklich von „Abtretung“ sprach. Sie lehnte sich an den Wortlaut des Art. 2 IV, 7 II, 9 IV der Vermiet- und Verleihrichtlinie, der ausdrücklich zwischen Übertragung bzw. „Abtretung“ und „Lizenzierung“ differenzierte. In dogmatischer Hinsicht ergab sich die Vollrechtsübertragung daraus, dass die Vorschrift nicht auf § 29 verwies, mithin das monistische Prinzip für das Leistungsrecht der ausübenden Künstler nicht galt.<sup>596</sup> Trotzdem gab es weiterhin Stimmen, die eine Vollübertragung hier verneinten.<sup>597</sup> § 79 I UrhG in der seit 13.9.2003 geltenden Fassung stellt nun klar, dass die Verwertungsrechte der ausübenden Künstler – anders als diejenigen des Urhebers – als Vollrecht translativ auf den Verwerter übertragen werden können. Der Gesetzgeber hat diese Akzentuierung – ebenso wie in § 85 II (Tonträgerhersteller), § 87 II (Sendeunternehmen) und § 94 II (Filmhersteller) ausdrücklich für erforderlich gehalten.<sup>598</sup> Die Rechtsposition ist also – anders als ein von Urheber abgeleitetes Nutzungsrecht – vollständig verkehrsfähig ausgestaltet.<sup>599</sup>

### **(c) Rechtfertigung bzw. Gründe für die Zulässigkeit der Übertragung**

Diese Persönlichkeitsrechte bzw. Rechte mit einem persönlichkeitsrechtlichen Einschlag, die im engen Zusammenhang mit dem Immaterialgüterrecht stehen und deren Übertragbarkeit das Gesetz für

---

<sup>593</sup> Vgl. etwa v.Gamm, UrhR, § 73 Rn. 4; Schricker/Krüger, § 73 Rn. 8, 11; Kleine, GRUR 1960, 577, 578; Meckel in Dreyer/Kotthoff/Meckel, § 73 Rn. 1.

<sup>594</sup> Fromm/Nordemann/Hertin, Vor § 73 Rn. 6; näher dazu Bünthe, insbesond. S. 82 ff.

<sup>595</sup> BGBl. I, S. 1774.

<sup>596</sup> BT-Drucks. 15/38, S. 23 und 24; Schmid/Wirth, § 79 Rn. 1; Schack, Rn. 606.

<sup>597</sup> So Schricker/Krüger, § 78 Rn. 1, 3; a.A. C.Ahrens, S. 383.

<sup>598</sup> BT-Drucks. 15/38, S. 35.

<sup>599</sup> Schmid/Wirth, § 79 Rn. 1; Meckel, in Dreyer/Kotthoff/Meckel, § 79 Rn. 2.



zulässig erachtet, unterscheiden sich vom Recht am Körper darin, dass sie sich mehr oder weniger von der Person verselbständigt haben.

So sind die persönlichkeitsrechtlichen Positionen im Kennzeichenrecht zum festen Bestandteil eines übertragbaren Rechts oder Immaterialguts geworden, so dass sie ohne diese Bezugsobjekte für sich allein nicht mehr denkbar sind. Sie können mithin als „losgelöste Persönlichkeitsrechte“ bezeichnet werden.<sup>600</sup>

Gleiches gilt für die übertragbaren Erstverwertungsrechte des ausübenden Künstlers. Mit den Rechten der §§ 77 ff. UrhG bringt der ausübende Künstler seine Darbietungen dem Publikum nicht nur unmittelbar nahe, sondern ermöglicht dadurch auch anderen, diese in körperlicher Form festzuhalten. Eine nur flüchtige, nicht dauerhafte Verkörperung genügt bereits für eine solche Verwertung, wie § 78 I Nr. 3 UrhG zeigt. Denn diese Vorschrift lässt die Lautsprecherübertragung für eine Verwertung durch Dritte ausreichen. Unabhängig davon, ob und welche Verwertungshandlungen vorgenommen werden, entsteht das Immaterialgut der Darbietung sogleich im Moment der Aufführung. Denn für die Objektivierung ist nicht entscheidend, dass die Darbietung konkret verwertet wird, sondern dass die technische Möglichkeit einer Verwertung im allgemeinen besteht.<sup>601</sup> Diese Objektivierung vermittelt dem Publikum einen Eindruck, der von der Person des ausübenden Künstlers verhältnismäßig losgelöst ist und sich dadurch von ihr verselbständigt.<sup>602</sup>

Die Vergegenständlichung im Persönlichkeitsbereich beeinflusst regelmäßig die Interessenlage.<sup>603</sup> Insbesondere hat der Werkschöpfer regelmäßig ein großes Interesse an einer weiten Verbreitung seines Werkes, ist selbst aber meist nicht in der Lage, sein Schutzrecht ideell<sup>604</sup> oder wirtschaftlich zu verwerten und daher auf die Hilfe ande-

---

<sup>600</sup> Forkel, NJW 1993, 3181, 3182; C.Ahrens, S. 379 f.

<sup>601</sup> Bünthe, S. 91.

<sup>602</sup> C.Ahrens, S. 381.

<sup>603</sup> Forkel, GRUR 1988, 491, 498.

<sup>604</sup> Vgl. BGHZ 15, 249, 258 f. = GRUR 1955, 201; BGH GRUR 1984, 907, 909.

rer angewiesen.<sup>605</sup> Dies insgesamt rechtfertigt es, eine Verfügung über einen Teilaspekt der Person zu erlauben.

Dieser Befund könnte nun zu der Schlussfolgerung führen, dass die Zulässigkeit der Übertragung von Persönlichkeitsrechten stets von deren Vergegenständlichung abhängig gemacht werden müsste und daher eine Übertragung des Rechts am Körper im Rahmen der Treuhand in Gesundheitsangelegenheiten unmöglich wäre.

Zieht man jedoch wiederum das höchstpersönliche Recht der elterlichen Sorge als Beispiel heran, das einer Verfügung trotz Fehlen einer Vergegenständlichung nicht gänzlich unzugänglich ist, könnte sich für die vorliegende Problematik ebenfalls eine weitere Ausnahme zum sog. Dogma der Unübertragbarkeit und Unverzichtbarkeit von Persönlichkeitsrechten ergeben.

## **(2) Die elterliche Sorge**

### **(a) Inhalt und Rechtsnatur der elterlichen Sorge**

Gemäß § 1626 I BGB beinhaltet die elterliche Sorge die Pflicht und das Recht der Eltern, für das minderjährige Kind zu sorgen. Sie findet ihre Rechtfertigung nicht in einem Machtanspruch der Eltern, sondern in dem Bedürfnis des Kindes nach Schutz und Hilfe, sich zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit innerhalb der sozialen Gemeinschaft zu entwickeln.<sup>606</sup> Das Kind hat in diesem Sinne gegenüber seinen Eltern ein Recht auf pflichtgemäße Ausübung der elterlichen Sorge.<sup>607</sup> Fürsorge, insbesondere Erziehung beinhaltet aber auch die Weitergabe der eigenen elterlichen Wertvorstellungen in dem weiten akzeptierten Rahmen einer pluralistischen Vielfalt der Lebensanschauungen.<sup>608</sup> Sie orientiert sich mithin nicht zwangsläufig an gesellschaftliche Zielvorgaben. Insoweit bedeutet elterliche Sorge

---

<sup>605</sup> Forkel, Rechtsübertragungen, S. 72; ders. in: GRUR 1988, 491, 498; Troller, S. 66 f.

<sup>606</sup> BVerfGE 24, 119.

<sup>607</sup> Rauscher, § 33 I 1, Rn. 952, S. 651.

<sup>608</sup> Lüderitz, FamRZ 1975, 605, 607.

auch das Recht der Eltern, ihre Lebensvorstellungen erzieherisch weiterzugeben.<sup>609</sup>

Im Innenverhältnis ist die elterliche Sorge also nicht im Sinne eines Rechtes am Kind ausgestaltet, nach außen ist sie jedoch sehr wohl nach dem auch verfassungsrechtlich abgesicherten Familienverständnis (Art.6 II GG) ein absolutes Recht mit allen Befugnissen zur Abwehr Dritter.<sup>610</sup> Daraus ergeben sich neben Schadensersatzansprüchen<sup>611</sup> auch Ansprüche analog § 1004 BGB gegen Störer der elterlichen Sorge.<sup>612</sup> Spezielle Ausgestaltungen enthalten §§ 1632 I und II BGB.

Die Zusammenfassung aller elterlichen Befugnisse in einem einzigen komplexen subjektiven Recht der elterlichen Sorge besagt jedoch nicht, dass es sich hierbei um ein den beiden Elternteilen gemeinschaftlich zustehendes Recht handeln würde. Die dem geltenden Recht geläufigen Formen der Beteiligung mehrerer an einem subjektiven Recht wie der Gesamthands- oder Bruchteilsgemeinschaft werden dem Normenkomplex der §§ 1626 ff. BGB ebenso wenig gerecht wie den Erfordernissen einer sinnvollen Kindererziehung; auch der Rückgriff auf die §§ 420 ff. BGB würde wesensfremde Elemente in das Eltern-Kind-Verhältnis tragen.<sup>613</sup> Daher ist von der elterlichen Sorge eines jeden Elternteils und somit von selbständigen subjektiven Rechten auszugehen, die durch Ausübungsbindungen in jener Balance gehalten werden, die für eine geradlinige Betreuung des Kindes erforderlich ist.<sup>614</sup>

Mit den Persönlichkeitsrechten haben die elterliche Sorge und die sich aus ihr ergebenden Rechte gemeinsam, dass sie streng an die

---

<sup>609</sup> Diederichsen, FamRZ 1978, 461, 466 f.

<sup>610</sup> Gernhuber/Coester-Waltjen, § 57 V 1, S. 870; BGHZ 111, 168; MüKo/Hinz, § 1626 Rn. 5; Soergel/Strätz, § 1626 Rn. 21; Staudinger/Peschel-Gutzeit, § 1626 Rn. 20.

<sup>611</sup> BGHZ 111, 168: Schadensersatz für Detektivkosten wegen Aufenthaltsermittlung eines durch den anderen Elternteil entzogenen Kind.

<sup>612</sup> Gernhuber/Coester-Waltjen, § 57 V 1, S. 870; Staudinger/Peschel-Gutzeit, § 1626 Rn. 21; Rauscher, § 33 I Rn. 956, S. 654.

<sup>613</sup> Gernhuber/Coester-Waltjen, § 57 I 2, S. 856.

<sup>614</sup> Gernhuber/Coester-Waltjen, § 57 I 3, S. 857.

Person gebunden, unübertragbar und unvererblich sind.<sup>615</sup> Die Unübertragbarkeit folgt aus der Natur der elterlichen Sorge als Pflichtrecht und mittelbar aus §§ 1672, 1672 BGB, wonach selbst bei Trennung der Eltern und Scheidung der Elternehe die elterliche Sorge allein durch Richterspruch und nicht durch Elternvereinbarung wirksam geregelt werden kann.<sup>616</sup>

Wegen ihres Pflichtgehalts ist die elterliche Sorge in allen ihren Bestandteilen grundsätzlich auch unverzichtbar.<sup>617</sup>

## **(b) Verfügung über die elterliche Sorge**

### **(aa) Ausnahmen zur Unverzichtbarkeit der elterlichen Sorge**

In bestimmten Zusammenhängen gibt es jedoch Ausnahmen zur Unverzichtbarkeit der elterlichen Sorge. Zu nennen sind die Einwilligung in die Adoption<sup>618</sup> und der gemeinsame Elternvorschlag<sup>619</sup> bei der Übertragung der elterlichen Sorge auf Pflegeeltern.<sup>620</sup>

### **(bb) Folgen des Verzichts**

Nach der h.M.<sup>621</sup> führt der Verzicht in den genannten Fällen zum Verlust der Substanz der elterlichen Sorge. Die sog. Substanztheorie<sup>622</sup> jedoch behauptet diese Folge nur für den Fall der Einwilligung in die Adoption. Dieser Meinungsstreit beruht auf den unterschiedlichen Auffassungen hinsichtlich des Verhältnisses zwischen dem in Art. 6 II 1 GG verankerten Elternrecht und der elterlichen Sorge. Während die Substanztheorie mit unterschiedlichen Begründungen Elternrecht und elterliche Sorge gleichsetzt, mit der Folge, dass die elterliche Sorge insbesondere bei Gefährdung des Kindeswohls im Rahmen

---

<sup>615</sup> Larenz/Wolf, § 15 Rn. 38; Staudinger/Peschel-Gutzeit, § 1626 Rn. 24; Palandt/Diederichsen, § 1626 Rn. 3; MüKo/Hinz, § 1626 Rn. 8.

<sup>616</sup> Staudinger/Peschel-Gutzeit, § 1626 Rn. 24; Larenz/Wolf, § 15 Rn. 38.

<sup>617</sup> Staudinger/Peschel-Gutzeit, § 1626 Rn. 25; Larenz/Wolf, § 15 Rn. 38.

<sup>618</sup> §§ 1747, 1751, 1755 BGB.

<sup>619</sup> §§ 1671, 1672 BGB.

<sup>620</sup> § 1630 III BGB.

<sup>621</sup> Vgl. Schwörer FamRZ 1969, 367; MüKo/Hinz, § 1626 Rn. 11 ff.; Staudinger/Peschel-Gutzeit, § 1634 a.F. Rn. 21; Gernhuber, § 5 IV 4, S. 44; Engler, FamRZ 1969, 63 ff; Maunz/Dürig/Maunz, Art. 6 Rn. 24 Staudinger/Schwörer, § 1634, Rn. 4a und § 1671 Rn. 41.

<sup>622</sup> Rauscher, § 33 I Rn. 954, S. 653; Hansmann, FamRZ 1962, 452, 453; Beitzke, FamRZ 1958, 7, 9; Bosch, FamRZ 1959, 379.

des § 1666 BGB nicht entzogen werden kann,<sup>623</sup> lehnt die h.M. diese Gleichsetzung ab.<sup>624</sup>

Unverkennbar besteht eine strukturelle Ähnlichkeit beider Rechte.<sup>625</sup> Denn auch das Elternrecht, das nicht durch Art.6 II 1 GG gewährt wird, sondern schon als natürliches vorexistentes Recht besteht, ist ebenfalls als Pflicht-Recht ausgestaltet.<sup>626</sup> Im Unterschied zur elterlichen Sorge, welche das Verhältnis zum minderjährigen Kind ausgestaltet, gibt es den Eltern als klassisches individuelles Grundrecht ein Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe in die Pflege und Erziehung des Kindes. Das Elternrecht gewährleistet also nicht einzelne Aspekte der elterlichen Sorge, sondern das Prinzip des Vorrangs der Eltern vor staatlicher Erziehung.<sup>627</sup> Daher ist auch nicht der gesamte Bestand familienrechtlicher Normen der elterlichen Sorge von der Garantie des Art. 6 II GG umfasst.<sup>628</sup> Eine Gleichsetzung beider Rechte erscheint daher fragwürdig.

Zumindest herrscht jedoch Einigkeit darüber, dass bei der Einwilligung in die Adoption des Kindes gemäß § 1747 BGB über die Substanz der elterlichen Sorge verfügt wird.<sup>629</sup> Dieses Beispiel lässt sich heranziehen, um aufzuzeigen, dass ein höchstpersönliches Recht, das keiner Vergegenseלבständigkeit zugänglich ist, auch übertragen werden kann.

### **(aaa) Die Einwilligung in die Adoption**

Als Ausfluss des natürlichen, durch Zeugung und Geburt vermittelten Verwandtschaftsverhältnisses ist die elterliche Einwilligung in die Adoption unabhängig vom elterlichen Sorgerecht.<sup>630</sup> Da durch die Annahme des Kindes das natürliche Verwandtschaftsverhältnis auf-

---

<sup>623</sup> Vgl. Rauscher, § 33 I Rn. 954, S. 653.

<sup>624</sup> Ausführlich zum Meinungsstand, MüKo/Hinz, § 1626 Rn. 12 ff.

<sup>625</sup> MüKo/Hinz, § 1626 Rn. 11.

<sup>626</sup> Rauscher, § 33 I Rn. 953, S. 652; MüKo/Hinz, § 1626 Rn. 11.

<sup>627</sup> Rauscher, § 33 I Rn. 954, S. 653.

<sup>628</sup> Gernhuber, § 5 IV 3, S. 43; MüKo/Hinz, § 1626 Rn. 11; Staudinger/Peschel-Gutzeit, § 1626 Rn. 4.

<sup>629</sup> Palandt/Diederichsen, § 1626 Rn. 3; Gernhuber/Coester-Waltjen, § 57 III 1.

<sup>630</sup> Erman/Holzhauser, § 1747, Rn. 2; Staudinger/Frank, § 1747 Rn. 10; Palandt/Diederichsen, § 1747 Rn. 1.

gehoben und so in das natürliche in Art. 6 GG geschützte Elternrecht eingegriffen wird, ist die Einwilligung notwendige Voraussetzung der Annahme jedes Minderjährigen.<sup>631</sup>

### **(bbb) Rechtfertigung für die Verzichtbarkeit**

Das Elternrecht des Art. 6 II GG hindert nicht die Preisgabe aller elterlichen Rechte zugunsten von Adoptiveltern.<sup>632</sup> Denn eine Schranke, die das Subordinationsverhältnis von Bürger und Staat ordnet, kann keinen Geltungsanspruch im Koordinationsverhältnis der Bürger untereinander erheben.<sup>633</sup> Auch die elterliche Sorge als Institut des positiven Rechts wird nicht verletzt. Einem Recht, das den Eltern um ihrer Elternschaft willen zur Sorge für das Kind und ständiger Orientierung an dessen Wohl gewährt wird, kann als Ausnahme die Befugnis der Eltern beinhalten, sich ihres Rechts zu begeben.<sup>634</sup> Sind sie nämlich nicht in der Lage oder nicht bereit ihre, Pflichten gegenüber ihrem Kind zu erfüllen, so dient die Begründung dieser Pflichten in dritter Person dem Kind mehr als dass es ihm schadet. Die soziale Bedeutung der Adoption liegt denn heute auch vorrangig in der Fürsorge für das Kind, dessen Eltern sich nicht um es kümmern können oder wollen.<sup>635</sup>

Mit dem Regeltyp der Volladoption bei der Annahme Minderjähriger entspricht das Gesetz dem Reformziel, die ungestörte Entwicklung des Kindes in der neuen Familie ohne Störungen aus der alten Familie zu ermöglichen.<sup>636</sup>

Die Orientierung am Wohl einer handlungsunfähigen Person beherrscht auch das Handeln des Treuhänders in Gesundheitsangelegenheiten, so dass die Interessenlage bei der Adoption und Treuhand in Gesundheitsangelegenheiten in bestimmten Punkten vergleichbar ist.

---

<sup>631</sup> BT-Drucks. 7/3061, S. 36; Grob, S. 14.

<sup>632</sup> Grob, S. 39.

<sup>633</sup> Gernhuber/Coester-Waltjen, § 68 VI 1, S. 1110.

<sup>634</sup> Gernhuber/Coester-Waltjen, § 68 VI 1, S. 1110.

<sup>635</sup> Palandt/Diederichsen, Einf. v § 1741 Rn. 1; Lüderitz, NJW 1976, 1865, 1865; Ruthe, FamRZ 1979, 388, 388.

<sup>636</sup> BT-Drucks. 7/3061, b, 1, S. 19; Ruthe, FamRZ 1979, 388.

**(c) Vergleichbarkeit der Interessenlage bei Adoption und Treuhand in Gesundheitsangelegenheiten**

**(aa) Fürsorgebedürftigkeit aufgrund Handlungsunfähigkeit**

Sowohl das minderjährige Kind als auch der entscheidungsunfähige Treugeber bedürften aufgrund ihrer Handlungsunfähigkeit der Hilfe anderer. Für das Kind handelt in der Regel dessen leibliche Eltern als gesetzliche Vertreter, §§ 1626 ff. BGB. Sind diese jedoch nicht in der Lage, für ihr Kind zu sorgen, steht ihnen die Möglichkeit offen, ihren Schutzbefohlenen zur Adoption freizugeben. In abstrakter Weise ist diese Situation vergleichbar mit derjenigen bei der Treuhand in Gesundheitsangelegenheiten. Organisiert der Treugeber im entscheidungsfähigen Zustand seine Angelegenheiten im Gesundheitsbereich für den Fall seiner Handlungsunfähigkeit, so stellt er sich imaginär eine dritte Person vor: die eigene Person im Zustand der Hilfsbedürftigkeit. Um nun dieser imaginären dritten Person nicht ihrem Schicksal zu überlassen, möchte der Treugeber sie in die Obhut einer Vertrauensperson geben, von der er weiß, dass sie sich um diese kümmern wird. Denn der Treugeber selbst wird mit Eintritt des Fürsorgefalls hierzu nicht mehr in der Lage sein. Er überträgt die „persönliche Sorge“ in Gestalt seines Rechts am Körper auf die ausgewählte „Adoptivmutter“ bzw. –„vater“. Mit Annahme durch die „Adoptivperson“ entsteht ein „Wahlverwandtschaftsverhältnis“.

**(bb) Am Wohl des Hilfsbedürftigen orientiertes Pflicht-Recht**

Das Recht am Körper des Treugebers wandelt sich in der Person des Treuhänders vergleichbar der elterlichen Sorge in ein Pflicht-Recht um. Allen Befugnissen des Treuhänders korrespondieren Pflichten, die Befugnisse zum Wohle des Treugebers auszuüben, welche dieser vorsorglich persönlich definieren kann und soll.<sup>637</sup> Auf diese pflichtgemäße Ausübung hat der Treugeber gegenüber seinen Treuhänder auch ein Recht. Wie bei der elterlichen Sorge, die in einer am Inhalt orientierten Sicht als Fürsorgerecht zu qualifizieren ist,<sup>638</sup> ist auch hier der Gedanke der Fürsorge als Begrenzung im Recht des Treuhänders selbst enthalten. Diese starke Bindung an das Wohl des Treugebers rechtfertigt es, das Recht am Körper des Treugebers zwar nicht rechtlich, so doch faktisch auch noch nach

---

<sup>637</sup> Zur Verpflichtung hierzu weiter unten S. 174.

<sup>638</sup> Gernhuber/Coester-Waltjen, § 57 IV 2, S. 863.

der Übertragung als fortwirkendes Persönlichkeitsrecht zu qualifizieren. Aus der Perspektive des Treuhänders wird es lediglich als Pflicht-Recht ausgeübt.

### **(cc) Unterschiede**

Zwar erfolgt die Disposition der elterlichen Sorge im Rahmen der Adoption nicht auf Grundlage rechtsgeschäftlicher Handlungen, sondern unterliegt der staatlichen Kontrolle, die sich insbesondere in der Inhaltskontrolle des § 1741 BGB, im Formvollzug für den Akt der Eltern durch § 1750 I BGB und im richterlichen Dekret durch die Regeln für richterliche Beschlüsse bemerkbar macht.<sup>639</sup> Daher kann der kontrollierte Dispositionsakt über die elterliche Sorge nicht als Übertragungsakt ausgestaltet sein wie bei der Treuhand, sondern lediglich in Form des Verzichts.<sup>640</sup> Führt jedoch der Verzicht auf die Rechtsausübung zum Substanzverlust, also zum Verlust des Rechts im Ganzen, so besteht im Ergebnis kein wesentlicher Unterschied zur Vollrechtsübertragung. Die staatliche Überwachung des Dispositionsaktes über die elterliche Sorge rührt aus der Schutzbedürftigkeit des minderjährigen Kindes, das selbst noch nicht in der Lage ist, für sein eigenes Wohl zu sorgen. Zentraler Begriff der elterlichen Sorge ist demnach auch das Kindeswohl,<sup>641</sup> das bei der Adoption ebenfalls leitendes Motiv darstellt. Die Bestimmung des Kindeswohls obliegt in erster Linie den Eltern; eine objektive Bestimmung von außen kommt erst hinzu, wenn das Kindeswohl zur Eingriffs- und/oder Entscheidungsmaxime wird.<sup>642</sup> Auch wenn man in diesem Rahmen dem Persönlichkeitsrecht des Kindes verstärkt Beachtung schenkt,<sup>643</sup> kann man ihm die Bestimmungsbefugnis mangels geistiger Reife und zu seinem Schutze nicht übertragen. Der mündige und handlungsfähige Treugeber hingegen besitzt sehr wohl die Fähigkeit und Reife, für sein Wohl selbst zu sorgen, insbesondere es selbst zu definieren. Daher benötigt er zu seinem Schutze im Rahmen seiner privaten Vorsorge nicht des staatlichen Wächteramtes. Er kann mithin die

---

<sup>639</sup> Gernhuber/Coester-Waltjen, § 68 VI 1, S. 1110.

<sup>640</sup> Vgl. Staudinger/Peschel-Gutzeit, § 1626 Rn. 24 f.

<sup>641</sup> Rauscher, § 33 I Rn. 957, S. 655.

<sup>642</sup> Rauscher, § 33 I Rn. 958, S. 655.

<sup>643</sup> Rauscher, § 33 I Rn. 959, S. 656.



rechtsgeschäftlichen Gestaltungsmittel, die ihm aufgrund seiner Privatautonomie zur Verfügung stehen, hierfür effektiv einsetzen.

### **ee. Unzulänglichkeiten des Deliktsrechts**

Wie bereits erwähnt, findet das Recht am Körper seinen Schutz i.R. des § 823 I BGB.<sup>644</sup> Ferner erfährt es durch § 826 BGB und Schutzgesetze i.S.d. § 823 II BGB<sup>645</sup> flankierenden Schutz. Es hat mithin seine Wurzeln im Deliktsrecht. Das Deliktsrecht bietet dem Rechtsinhaber jedoch keine ausreichenden Entfaltungsmöglichkeiten. Denn sein Schwerpunkt liegt im Rechtsgüterschutz und betont die statische Seite des Persönlichkeitsrechts.<sup>646</sup> Zwar beinhaltet der Persönlichkeitsschutz in dynamischer Sicht auch die Gewährung des Selbstbestimmungsrechts auf freie Entfaltungsmöglichkeiten und aktive Entschließungs- und Handlungsfreiheit.<sup>647</sup> Diese Dynamik des besonderen Persönlichkeitsrechts kann sich jedoch - begrenzt auf §§ 823 BGB – nicht vollständig entfalten. Denn diese Vorschriften sind nicht in der Lage, den Freiraum, den das Persönlichkeitsrecht gewährt, gänzlich zu erfassen. Mit dem Verlust der Entscheidungsfähigkeit kann der Geschäftsherr sein Recht am Körper nicht mehr ausüben, so dass es für diesen Zeitraum, der sogar bis zum Todeseintritt andauern kann, ruht. Die Innehabung eines Rechts allein bringt dem Rechtsträger jedoch keinen Nutzen.<sup>648</sup> Mag der Verlust der Handlungsfähigkeit die Rechtsfähigkeit der betroffenen Person nicht tangieren,<sup>649</sup> so stellt er sehr wohl ein einschneidendes Ereignis in ihrem Dasein dar. Könnte aber der Rechtsinhaber dafür sorgen, die inaktive Phase seines Persönlichkeitsrechts entsprechend seinen Vorstellungen zu überwinden und sein Recht in seiner Ganzheit auch für diesen Zeitraum zu aktivieren, wäre der Eintritt seiner Handlungsunfähigkeit weniger einschneidend. Beschränkt man ihn jedoch bei der Auswahl seiner Vorsorgeinstrumente auf die Vollmacht oder die Ermächtigung, so bedeutete dies, ihn seine Interessen nicht umfassend verwirklichen lassen zu wollen. Denn wie bereits gezeigt,

---

<sup>644</sup> Palandt/Sprau, § 823 Rn. 4.

<sup>645</sup> Vgl. §§ 223ff. StGB.

<sup>646</sup> Vgl. MüKo/Mertens, Vor §§ 823-853 Rn. 41.

<sup>647</sup> Palandt/Sprau, § 823 Rn. 86.

<sup>648</sup> Vgl. auch Hirsch, S. 143 f.

<sup>649</sup> Vgl. Lipp, S. 40 f.

weisen Vollmacht und Ermächtigung Mängel auf. Persönlichkeitsrechtliche Positionen dürfen daher nicht allein unter dem Schutzaspekt gesehen werden. Vielmehr gilt es, die umfassende Entschließungs- und Handlungsfreiheit des Rechtsinhabers, eigene Regelungen der Gesundheitsfürsorge zu treffen, sicherzustellen. Um das besondere Persönlichkeitsrecht als Mittel der Entfaltung nutzbar zu machen, bedarf es also eines Blickes über den Tellerrand des Deliktsrechts hinaus.

#### **ff. Rechtsgeschäfte als Mittel der Entfaltung**

Die rechtliche Handlungsfreiheit des Individuums beschränkt sich nicht auf den persönlichen Bereich, sondern erstreckt sich auch auf die Gestaltung der Rechtsbeziehungen mit anderen.<sup>650</sup> Sie findet ihre Grenzen nur in den höherrangigen Interessen der Gemeinschaft. Diese selbstbestimmte Gestaltung der Rechtsbeziehungen zu anderen führt zum Prinzip der Privatautonomie. Sie überlässt es an Stelle staatlicher Bevormundung den Betroffenen, seine Beziehungen nach seinem Willen zu gestalten.<sup>651</sup> Bestandteil der rechtlichen Handlungsfreiheit ist auch die Rechtsausübungsfreiheit, die es grundsätzlich der eigenen Entscheidung des jeweiligen Rechtsinhabers anheim lässt, ob, wann und wie er das ihm zustehende Recht ausübt.<sup>652</sup> Die Freiheit, über die Ausübung eines Rechts selbst zu entscheiden, ist Kennzeichen des subjektiven Rechts.<sup>653</sup>

Entschließt sich nun der Rechtsinhaber dazu, am Rechtsverkehr teilzunehmen, setzt er u.a. die in ihm steckenden persönlichen Anlagen und Fähigkeiten ein.<sup>654</sup> Dies gilt insbesondere dann, wenn er seine Persönlichkeitsrechte effektiv ausüben möchte und hierfür zum rechtsgeschäftlichen Instrumentarium greift, ja greifen muss. Es sollte ihm daher möglich sein, sie auch als „Gegenstand“ des Rechtsverkehrs im Sinne einer „Verteidigungswaffe“ einzusetzen, um sich gegen unerwünschte Eingriffe zu wehren. Bietet nun das Rechtsinstitut der Treuhand ihm die Möglichkeit, seine Interessen am besten zu

---

<sup>650</sup> Larenz/Wolf, § 2 Rn. 14

<sup>651</sup> Flume, AT II § 1, 1 f..

<sup>652</sup> Larenz/Wolf, § 2 I 3, S. 24 f.

<sup>653</sup> Larenz/Wolf, § 2 I 3, S. 25.

<sup>654</sup> Vgl. Gareis, FG Schirmer, S. 61, 87.

verwirklichen, auch wenn er zu ihrer Begründung über sein Persönlichkeitsrecht verfügen muss, dann sollte ihm diese Freiheit nicht verwehrt werden. Auch die Verfügung als ein Ausschnitt der Privatautonomie verwirklicht persönlichkeitsrechtliche Positionen.<sup>655</sup> Insbesondere kann man den Verlust des Rechts in diesem Zusammenhang nicht als Nachteil betrachten. Ganz im Gegenteil soll die Übertragung des Persönlichkeitsrechts den Schutz des Rechtsträgers erweitern. Unter diesem Gesichtspunkt erlangt die Zulassung der Verfügung schon in ihrer grundsätzlichen Bedeutung einen ganz anderen Sinn.

Diese über die Grenzen des Deliktsrechts reichende Dynamik des Persönlichkeitsrechts wurde durch das Betreuungsrechtsänderungsgesetz bereits ansatzweise anerkannt, indem §§ 1896 II, 1904 II BGB die Einwilligung in ärztliche Maßnahmen auch durch einen Bevollmächtigten zulassen. Denn die Bevollmächtigung als Mittel zur Gestaltung von Rechtsbeziehungen mit anderen und damit zur Teilnahme am Rechtsverkehr bedeutet hier nichts anderes als die Disposition über persönlichkeitsrechtliche Befugnisse.<sup>656</sup> Stellt aber vorliegend die Bevollmächtigung im Gegensatz zur Treuhand kein geeignetes Instrument zum Schutze des Geschäftsherrn vor Missbrauchsgefahren dar, sollten auch keine Bedenken gegen die Zulassung der Übertragung des Rechts am Körper eben zur Begründung dieses Treuhandverhältnisses bestehen.

Der Persönlichkeitsschutz ist erst dann umfassend, wenn dem Rechtsinhaber Instrumente an die Hand gegeben werden, die ihn für die Phase seiner eigenen Handlungsunfähigkeit vor Eingriffen gänzlich bewahren können. Und gerade diese Funktion erfüllt die Treuhand in Gesundheitsangelegenheiten. Sie ermöglicht dem Treuhänder, die Beachtung der Behandlungsanweisungen seines Treugebers effektiv durchzusetzen, da er u.a. auch befugt ist, Missachtungen von Einwilligungsverweigerungen als Körperverletzung zum Gegenstand eines zivilrechtlichen Verfahrens zu machen. Dies und die ähnliche Interessenlage bei der Adoption rechtfertigen es, die Über-

---

<sup>655</sup> Vgl. C.Ahrens, S. 360; Larenz/Wolf § 23 IV 2, S. 412.

<sup>656</sup> Vgl. MüKo/Schwab, § 1904 Rn. 56, 70.

tragung des Rechts am eigenen Körper zur Begründung des Treuhandverhältnisses in Gesundheitsangelegenheiten zuzulassen.

### **gg. Rechtsgrundlage für die Übertragung des Rechts am Körper**

Als Rechtsgrundlage für die Übertragung des Rechts am Körper des Betroffenen könnte man §§ 398 ff., 413 BGB heranziehen. Nach § 413 BGB finden die §§ 398 ff. BGB auf andere Rechte als Forderungen entsprechend Anwendung „soweit das Gesetz nicht ein anderes vorschreibt“. Dem Gesetz ist keine Regelung zu entnehmen, nach der die Übertragung von Persönlichkeitsrechten verboten sein sollte. Schweigt es hierüber, bestehen zunächst keine Bedenken, das Recht am Körper, das im geltenden Zivilrecht trotz einiger Streitigkeiten über seine konkrete Ausgestaltung gänzlich anerkannt ist, an den grundsätzlichen zivilrechtlichen Aussagen teilnehmen zu lassen. Es kann somit durch Abtretung entsprechend der §§ 398 ff. BGB auf die Vertrauensperson und Treuhänder übergehen.

Der Übertragung könnte jedoch § 399 BGB entgegenstehen. Hiernach ist eine Vollübertragung ausgeschlossen, wenn mit ihr eine Inhaltsänderung des Rechts einhergehen würde. Man ist hier geneigt, diese Änderung bei Übertragung von Persönlichkeitsrechten zu bejahen. Denn es erscheint unvorstellbar, die zugrundeliegenden höchstpersönlichen individuellen Interessen einer Person, wie derjenigen auf körperliche Unversehrtheit und Selbstbestimmung als eigene des Erwerbers anzuerkennen. Wie bereits ausgeführt decken sich jedoch im Zeitpunkt des Fürsorgefalles die Interessen des Betroffenen mit denjenigen des Treuhänders. Letzterer nimmt das erworbene Recht rein als Pflicht-Recht, gebunden an das eigens vom Treugeber definierte eigene Wohl, wahr. Ihr Verhältnis ist von Vertrauen und Loyalität, ja von Treue geprägt. Und Treue ist ihrem Wesen und begrifflichen Inhalt nach „auf den anderen gerichtet“.<sup>657</sup> Daher findet auch nach Übertragung des Rechts am Körper keine inhaltliche Veränderung statt.

---

<sup>657</sup> Fechner, S. 21.

Folglich kann das Recht am Körper entsprechend der §§ 398 ff., 413 BGB zur Begründung des Treuhand abgetreten werden. Dem steht auch nicht entgegen, dass der Verfügungsgegenstand nicht vergegenständlicht ist. Es reicht eine inhaltliche Bestimmbarkeit.

### **(1) Inhaltliche Bestimmbarkeit des Rechts am eigenen Körper**

Das Recht am Körper ist inhaltlich bestimmt. Es umfasst das Recht auf körperliche Integrität, auf Abwehr von Körperverletzungen und Gesundheitsschädigungen. In seiner dynamischen Ausgestaltung, dem Selbstbestimmungsrecht am Körper als Ausdruck der Patientenautonomie, erfährt es seine Grenzen, wie bereits aufgeführt, in der Indikation, der Rechtswidrigkeit von ärztlichen Maßnahmen sowie der finanziellen Kapazitäten.<sup>658</sup> Es ist mithin ausreichend fassbar und daher einer Übertragung im Rahmen der Treuhand in Gesundheitsangelegenheiten zugänglich.

### **(2) Übertragung unter doppelter Bedingung**

Die Übertragung des besonderen Persönlichkeitsrechts entsprechend §§ 398, 413 BGB steht unter einer doppelten Bedingung: Zum einen erfolgt sie nur für die Phase des Fürsorgefalls, zum anderen steht sie unter der auflösenden Bedingung des Rechtsmissbrauchs. Aufgrund der höchstpersönlichen Natur der Ausübung personaler Bestimmungsbefugnisse und der Schutzbedürftigkeit des Treugebers gehört die Übertragung des Rechts am Körper zweifelsohne zu den bedingungsfreundlichen Rechtsgeschäften.<sup>659</sup>

### **(3) Verkehrsschutzinteressen**

Zwar wird durch die auflösende Bedingung des Rechtsmissbrauchs die Rechtssicherheit des Verkehrs leiden. Denn der behandelnde Arzt kann nicht blindlings darauf vertrauen, dass die Entscheidungen des Treuhänders in jedem Fall seine Behandlungsmaßnahmen am Treugeber rechtfertigen werden, auch wenn der Treuhänder zunächst immer die richtige Ansprechperson sein wird. Jedoch ist hier der Verkehr im Verhältnis zum Treugeber weniger schutzwürdig. Anders als bei sachenrechtlichen Verkehrsprozessen, die vom Dogma des numerus clausus, dem Trennungs- und Abstraktionsprinzip ge-

---

<sup>658</sup> Siehe S. 17 ff.

<sup>659</sup> Vgl. auch Coing S. 114, 115.

prägt sind und vom Verkehrsschutzgedanken getragen werden,<sup>660</sup> beruhen persönlichkeitsrechtliche Vorgänge allgemein nicht auf diesen Leitlinien,<sup>661</sup> mögen die Formen der Dispositionen über persönlichkeitsrechtliche Befugnisse auch umstritten sein. Vorliegend besitzt der behandelnde Arzt im Gegensatz zum Treugeber noch die Fähigkeit, die Handlungen des Treuhänders zu hinterfragen und zu kontrollieren. Diese Risikoverteilung rechtfertigt sich ferner daraus, dass der Treuhänder zwar im eigenen Namen auftritt, jedoch das Treuhandverhältnis offenlegt. Lässt der Treuhänder also erkennen, dass er in einem Vertragsverhältnis zu einer anderen Person steht, welches typischerweise ein Auftrags- oder Geschäftsbesorgungsverhältnis ist, so muss der Verkehr mit einer bestimmten Pflichtenbindung des Treuhänders rechnen. Eine solche Risikoverteilung zwingt die beteiligten Personen – hier den behandelnden Arzt und den Treuhänder – zur gegenseitigen Kontrolle, was im Hinblick auf das Ziel, die gänzliche Vermeidung staatlicher Einmischung, auch notwendig ist. Positiv ausgedrückt fördert diese Regelung die Kommunikation und Zusammenarbeit zwischen Arzt und Treuhänder im Interesse des Treugebers.

#### **(4) Rücktrittsvorbehalt**

Die Schutzbedürftigkeit des Betroffenen und sein Selbstbestimmungsrecht gebieten es ferner, ihm die Möglichkeit des jederzeitigen formfreien Rücktritts vom Verträge zu gewährleisten, sofern er nicht seine Einwilligungsfähigkeit verloren hat.<sup>662</sup> Dies gilt unabhängig von einer ausdrücklichen Vereinbarung eines Rücktrittsvorbehalts. Denn solange der Betroffene noch einwilligungsfähig ist, kann er über seinen eigenen Körper selbst bestimmen und jedem anderen die Entscheidungsbefugnis hierüber versagen. Auch in diesem Rahmen gewinnt die Kontrollfunktion des Arztes eine entscheidende Bedeutung, sollte der Betroffene es versäumt haben, seinen Rücktritt früh-

---

<sup>660</sup> Berger, S. 346; Larenz/Wolf, § 23 IV 2, S. 422.

<sup>661</sup> Vgl. zu den Immaterialgüterrechten Forkel, S. 67 ff., 242 f.; ders. in NJW 1993, 3181, 3183; Ulmer, § 84 I 3, S. 362.

<sup>662</sup> Bzgl. der Vollmacht, vgl. Palandt/Diederichsen, § 1904 Rn. 7; Walter, S. 232 f.; Keilbach, FamRZ 2003, 969, 979; Berger, JZ 2000, 797, 803; Taupitz, Gutachten zum 63. DJT, S. A 102; Heyers, S. 165; a.A. MüKo/Schwab, § 1904 Rn. 65 verlangt hierfür (partielle) Geschäftsfähigkeit; Heyers, S. 174 sogar volle Geschäftsfähigkeit; Rudolf/Bitter, S. 50, Rn. 118.

zeitig und in der für die Begründung des Treuhandverhältnisses geforderten Form kundgetan zu haben. Denn vorrangig dem behandelnden Arztes obliegt die Feststellung der Einwilligungsunfähigkeit und der Wirksamkeit eines evtl. geäußerten Rücktrittswillen.

Die gleiche Möglichkeit gilt auch für den Treuhänder, solange der Treugeber seine Einwilligungsfähigkeit noch nicht verloren hat und das Treuhandverhältnis daher noch nicht entstanden ist.

Will der Betroffene jedoch an die Stelle seines Treuhänders einen anderen treten lassen, mithin ein neues Treuhandverhältnis begründen, reicht die Einwilligungsfähigkeit des Betroffenen nicht aus. Er muss vielmehr noch geschäftsfähig sein.<sup>663</sup> Diese unterschiedliche Behandlung rechtfertigt sich daraus, dass es beim Rücktritt vom Abtretungsvertrag im Gegensatz zur Begründung nicht um eine folgenreichere Delegation von Befugnissen für die Zukunft geht, sondern lediglich um deren Beseitigung wegen verlorengegangenen Vertrauens.<sup>664</sup>

### **3. Entstehung des Treuhandverhältnisses**

Das Treuhandverhältnis in Gesundheitsangelegenheiten entsteht mit Eintritt der Entscheidungsunfähigkeit des Treugebers, sofern der Treugeber nicht vorher vom Vertrag zurückgetreten ist. Diesen Zeitpunkt hat grundsätzlich der behandelnde Arzt festzustellen. Er muss dann den Treuhänder sofort benachrichtigen. Zur besseren Kontrolle des Arztes sollte der Treuhänder jedoch stets vor Durchführung einer medizinischen Maßnahme informiert werden.

### **4. Verfahrensrechtliche Stellung des Treuhänders**

Als Inhaber des Recht am Körper des Treugebers, das er lediglich in dessen Interesse ausübt, kann der Treuhänder ohne weiteres im Verfahren – sowohl im prozessgerichtlichen als auch im FG-

---

<sup>663</sup> Siehe weiter unten S.133.

<sup>664</sup> Zur Vollmacht siehe Walter, FamRZ 1999, 685, 693.

Verfahren – die Rechte des Treugebers im eigenen Namen geltend machen.

## **5. Zusammenfassung**

Das Dogma der Unübertragbarkeit und Unverzichtbarkeit von Persönlichkeitsrechten beansprucht im geltenden Recht keine absolute Geltung mehr. Denn die Bedürfnisse des Rechtsinhabers verlangen in bestimmten Bereichen mangels anderer Möglichkeiten der (ausreichenden) Interessenbefriedigung nach der Zulässigkeit einer Verfügung über seine Persönlichkeitsrechte. Das Deliktsrecht als ursprüngliche Wurzel des Rechts am Körper stellt für die gänzliche Entfaltung dieses Rechts nicht die erforderlichen Instrumente zur Verfügung. Vielmehr muss die kaum erforschte rechtsgeschäftliche Seite des besonderen Persönlichkeitsrechts weiter entwickelt und hierzu der Bereich des Deliktsrechts verlassen werden. Die vorliegende Problematik beansprucht sowohl die deliktische als auch die rechtsgeschäftliche Seite des Persönlichkeitsrechts. Denn ihre Übertragung im Rahmen der Treuhand stellt nur eine neue Form der Wahrnehmung von Persönlichkeitsrechten und des Persönlichkeits-schutzes dar. Indem das in der Person des handlungsunfähigen Treugebers inaktive Recht am Körper in der Person des Treuhänders aktiviert wird, soll es lediglich seine ureigenen Aufgaben weiterhin nachgehen können. Die Begründung des Treuhandverhältnisses durch Übertragung des Rechts am Körper bezweckt also nichts anderes als die Sicherstellung der Dynamik dieses Rechts. In diesem Rahmen besitzt der Treuhänder eine umfassende Entscheidungsbe-fugnis über die Gesundheitsfürsorge des Treugebers. Zum Schutze des Treugebers erfolgt die Übertragung nur unter der doppelten Bedingung des Eintritts seiner Entscheidungsunfähigkeit sowie des Rechtsmissbrauchs. Insbesondere die Vereinbarung der auflösen- den Bedingung des Rechtsmissbrauchs bewahrt den Treugeber vor der doch so befürchteten Totalentäußerung seines Rechts. Ferner kann man durch strenge Anforderungen an die Wirksamkeit der Ü-bertragung weitere Schutzvorkehrungen treffen, die sowohl den Treugeber als auch den Treuhänder vor unbedachten Handlungen bewahren.



## 5. Teil

### Wirksamkeitsvoraussetzungen der Treuhand in Gesundheitsangelegenheiten

#### A. Geschäftsfähigkeit

##### I. Rechtslage bei der Treuhand

Bei der Abtretung handelt es sich um ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, welches für seine Wirksamkeit unzweifelhaft die Geschäftsfähigkeit beider Vertragspartner voraussetzt. Dies ist aufgrund der Bedeutung und Tragweite dieses Rechtsgeschäfts auch erforderlich.

##### II. Derzeitige Diskussion im Rahmen der Vollmacht

Im Rahmen der Vollmachtenproblematik wird die Frage nach dem Grad der Entscheidungsfähigkeit der Beteiligten jedoch kontrovers diskutiert.

##### 1. Geschäftsfähigkeit des Geschäftsherrn

Abweichend von den Vollmachtvorschriften lässt eine Auffassung<sup>665</sup> die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit des Geschäftsherrn mit unterschiedlichen Begründungen genügen. So sehen die einen in der Vorsorgevollmacht keine durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht, so dass die allgemeinen Regeln nicht anwendbar seien.<sup>666</sup> Andere stellen auf die Rechtslage bei der rechtfertigenden Einwilligung ab. Da hierfür ebenfalls nur die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit vorausgesetzt sei, dürfe nichts anderes für die Bestellung eines Bevollmächtigten in Gesundheitsangelegenheiten gelten.<sup>667</sup> Zu-

---

<sup>665</sup> Staudinger/Bienwald, § 1904 Rn. 75; Berger, JZ 2000, 797, 803; Sachsen-Gessaphe, S. 276; Wesches, Rpfleger 1993, 227, 228.

<sup>666</sup> Berger, JZ 2000, 797, 803.

<sup>667</sup> Staudinger/Bienwald, § 1904 Rn. 76.

dem stelle man auch bei der Betreuerbestellung in Gesundheitsangelegenheiten keine höheren Anforderungen.<sup>668</sup>

Diese Ansicht verkennt jedoch, dass Vollmachtserteilung und spätere Behandlungsanweisung nicht gleichgesetzt werden können.<sup>669</sup> In der Vollmachtserteilung liegt zum einen noch nicht die eigentliche Einwilligung in eine ärztliche Maßnahme. Dies ist im Moment der Erteilung der Vollmacht auch gar nicht möglich, da zu diesem Zeitpunkt der körperliche Eingriff noch nicht bevorsteht. Eine rechtfertigende Einwilligung kann sich jedoch nur auf eine konkrete Maßnahme beziehen und daher nicht abstrakt alle möglichen Gesundheitssituationen umfassen.<sup>670</sup>

Zum anderen stellt die Vorsorgevollmacht sehr wohl ein Rechtsgeschäft dar.<sup>671</sup> Sie ist Ausfluss der Privatautonomie, mittels derer die Rechtbeziehung zum Bevollmächtigten, aber auch zum später behandelnden Arzt verbindlich gestaltet werden soll. Die Vorsorgevollmacht soll hierbei dem Bevollmächtigten Fremdbestimmungsmöglichkeiten in den Rechtsbereich des Vollmachtgebers eröffnen.<sup>672</sup>

Bei der Erteilung der Vollmacht muss der Vollmachtgeber zudem nicht nur grundsätzlich die Risiken einer Behandlungsmaßnahme einschätzen, sondern darüber hinaus auch die Bedeutung und Folgen einer Ausübungsüberlassung an eine dritte Person.<sup>673</sup> Hierbei muss er vor allem die Fähigkeiten seiner auserwählten Vertrauensperson richtig beurteilen können. Im Gegensatz zur Betreuerbestellung trägt er nämlich allein die Verantwortung der richtigen Auswahl seines Vertreters. Durch die Forderung nach der Geschäftsfähigkeit wird der Betroffene ferner nicht unzumutbar beeinträchtigt,<sup>674</sup> weil auch Geschäftsunfähige die Möglichkeit haben, Wünsche zu äußern, die die Bestellung eines Betreuers betreffen, denen entsprochen

---

<sup>668</sup> Sachsen-Gessaphe, S. 276.

<sup>669</sup> Keilbach, FamRZ 2003, 969, 979; Heyers, S. 165; Taupitz, Zivilrechtliche Regelungen, Rn. D 150.

<sup>670</sup> Walter, S. 231; MüKo/Schwab, § 1904 Rn. 58; siehe bereits S. 16.

<sup>671</sup> Taupitz, Zivilrechtliche Regelungen, Rn. D 150.

<sup>672</sup> Keilbach, FamRZ 2003, 969, 979.

<sup>673</sup> Vgl. Röver, S. 197; Walter, S. 231; OLG Stuttgart, BtPrax 1994, 99, 100.

<sup>674</sup> Heyers, S. 165; Taupitz, Zivilrechtliche Regelung, Rn. D 150.

werden muss, wenn es dem Wohl des Betroffenen nicht zuwiderläuft.<sup>675</sup> Daher ist in jedem Fall für die Erteilung der Rechtsmacht mit der h.M.<sup>676</sup> die Geschäftsfähigkeit zu fordern.

## 2. Geschäftsfähigkeit des Bevollmächtigten

Für den Bevollmächtigten lässt § 165 BGB die beschränkte Geschäftsfähigkeit genügen.<sup>677</sup> Jedoch muss im Hinblick auf die Bedeutung seiner Aufgabe ebenfalls volle Geschäftsfähigkeit verlangt werden. Zwar trifft es zu, dass die rechtfertigende Einwilligung selbst, die er im Fürsorgefall zu erteilen bzw. zu versagen hat, nur die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit voraussetzt. Diese weist ein beschränkt Geschäftsfähiger in der Regel auf. Jedoch betrifft die Bejahung der Handlungsfähigkeit des einwilligungsfähigen Minderjährigen nur seine eigenen personenbezogenen Rechte. Die mit der gesetzlichen Vertretung des minderjährigen Kindes verbundene elterliche Sorge versteht man grundsätzlich als Einschränkung der Rechtsstellung des Kindes, die nur gerechtfertigt ist, solange das Kind nicht urteilsfähig ist und deshalb nicht selbst handeln kann.<sup>678</sup> Gerade wegen ihres Persönlichkeitsbezuges vermag das Interesse des Rechtsverkehrs eine Einschränkung der Handlungsfähigkeit des urteilsfähigen Minderjährigen bei personenbezogenen Rechten jedoch nicht mehr zu begründen.<sup>679</sup> Dies folgt aus seinem Grundrecht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, Art. 2 I i.V.m. 1 I GG.<sup>680</sup> Die Anerkennung

---

<sup>675</sup> Vgl. § 1897 IV BGB.

<sup>676</sup> OLG Stuttgart, FamRZ 1994, 1417; Coepicus, Sachfragen, S. 47; Meier, S. 68, Rn. 69; Soergel/Zimmermann, § 1904 Rn. 54; Taupitz, Gutachten zum 63. DJT, S. A 102; ders. in: Zivilrechtliche Regelung, D. 150; Walter, S. 231; Röver, S. 196 f.; Spickhoff, NJW 2000, 2297, 2303; Heyers, S. 165; Bühler, FamRZ 2001, 1591; Dodegge/Fritsche, NJW 2001, 176, 180 in FN 48; Keilbach, FamRZ 2003, 969, 979; Pardey, Rn. 265; abweichend verweist MüKo/Schwab, § 1904 Rn. 58 auf die Theorie der partiellen Geschäftsfähigkeit: Bevollmächtigte könne, wer Bedeutung und Folgen einer solchen Vollmacht erkennen kann; ähnlich Palandt/Diederichsen, Einf. v. § 1896 Rn. 7, § 1904 Rn. 7.

<sup>677</sup> Die h.M., die die Vollmachtvorschriften anwendet, geht hierauf kaum ein; der Anwendung von § 165 BGB ablehnend gegenüberstehend nur Berger, JZ 2000, 797, 804; Walter, S. 232.

<sup>678</sup> BVerGE 72, 155, 170; Hohm, NJW 1986, 3107, 3112 f.; Belling, FuR 1990, 68, 69 ff.; Rouka, S. 105 f.

<sup>679</sup> Lipp, S. 30; Schlund, JR 1999, 334, 335 f.

<sup>680</sup> Belling/Eberl-Borges/Michlik, S. 135 f.

der „Einwilligungsfähigkeit“ sollte jedoch nicht zur Schaffung einer „Fremdeingriffs-Einwilligungsfähigkeit“ führen.<sup>681</sup> Trägt der autorisierte Handelnde also die Verantwortung für eine andere Person in einem dermaßen sensiblen Bereich wie der Gesundheitsfürsorge, so ist doch zu bezweifeln, ob ein beschränkt Geschäftsfähiger mit dieser Verantwortung angemessen umgehen kann, insbesondere der Last dieser Verantwortung standhalten kann. Nicht selten wird er sich gegenüber den Widerstand von Seiten der Familienangehörigen, Ärzte, Behörden und anderen durchsetzen müssen.<sup>682</sup> Die erhöhte Anforderung an die Vertrauensperson dient somit in erster Linie dem Interesse des Betroffenen. Denn ob die private Vorsorge geeignet ist, die staatliche Betreuung zu ersetzen und die Interessen des Betroffenen zu wahren, hängt vorrangig von der richtigen Auswahl der Vertrauensperson ab.

Man darf aber nicht unberücksichtigt lassen, dass auch die zu autorisierende Person schutzbedürftig ist. Sie soll davor bewahrt werden, sich schwere Vorwürfe aufgrund „Versagens“ machen zu müssen. Die mit der Verantwortung einhergehende psychische Belastung, über das Leben und auch den Tod einer anderen Person bestimmen zu „müssen“, ist enorm. Daher sollte man auch die zu autorisierende Person in der rechtlichen Behandlung der Problematik stärker ins Blickfeld rücken.

Die Treuhand bietet als zweiseitiges Rechtsgeschäft eine stärkere rechtliche Einbeziehung des Handelnden als die Vollmacht. Hier bedarf es für die Forderung nach der Geschäftsfähigkeit des Treuhänders als Wirksamkeitserfordernis keiner Abweichung von den allgemeinen Regeln. Dem Schutz beider Beteiligten dient auch das nachfolgend vorgeschlagene Formerfordernis für die Übertragung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.

---

<sup>681</sup> Vgl. Walter, S. 232.

<sup>682</sup> Vgl. Winkler, S. 6.

## **B. Form des Abtretungsvertrages**

Die Einigung über die Übertragung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist nicht der Schriftform zu unterwerfen. Jedoch verlangt die hier vertretene Auffassung, dass sie bei gleichzeitiger Anwesenheit von Übertragenden und Erwerber vor einem Notar erklärt und zudem in das elektronische Bundesnotarkammerregister eingetragen werden muss. Aufgrund der höchstpersönlichen Natur der Willenserklärungen ist hier keine Stellvertretung möglich.

### **I. Erklärung der Einigung vor dem Notar**

#### **1. Beratungs- und Übereilungsschutzfunktion**

Auch durch dieses Formerfordernis wird nicht nur der Übertragende, sondern auch der Erwerber auf die Bedeutung der Übertragung hingewiesen. Dies geschieht durch eine rechtskundige Beratung beider. So bereitet sie den Treuhänder besser auf seine verantwortungsvolle Aufgabe vor bzw. schützt ihn vor der voreiligen Übernahme der Verpflichtungen. Denn er wird sowohl über die strafrechtlichen als auch zivilrechtlichen Folgen einer pflichtwidrigen Ausübung der Rechtsmacht aufgeklärt. Die Vollmacht hingegen bedarf als einseitiges Rechtsgeschäft weder der Annahme durch den Bevollmächtigten,<sup>683</sup> noch ist eine Belehrung durch den Notar vorgesehen.

Insbesondere kann die Beratung dem Treugeber aber (nochmals) die Alternativen zur Treuhand in Gesundheitsangelegenheiten aufzeigen, sowie deren Vor- und Nachteile im Vergleich zu den anderen Möglichkeiten der Vorsorge verdeutlichen. So zeigt die Praxis, dass die Betreuungsverfügung in der Bevölkerung weitgehend unbekannt ist.<sup>684</sup>

Im Notar haben die Beteiligten desweiteren eine neutrale Person, die kein eigenes Interesse daran hat, den Betroffenen für die eine oder andere Vorsorgealternative zu bestimmen. Diese Tendenz ist schon

---

<sup>683</sup> Palandt/Heinrichs, § 167 Rn. 1; Müller, DNotZ 1997, 100, 104; Keilbach, FamRZ 2003, 969, 979.

<sup>684</sup> Hoffmann/Schumacher, BtPrax 2002, 191, 194.

eher bei Betreuungsvereinen und –behörden zu erkennen. Zwar sollen diese sowohl nach dem 1. BtÄndG als auch nach dem 2. BtÄndG vermehrt Vorsorgeberatungen anbieten, jedoch sieht die Praxis anders aus.<sup>685</sup> Deren Arbeit konzentriert sich vielmehr darauf, neue Betreuer zu werben, vorzuschlagen oder zu beraten bzw. selbst als Betreuer tätig zu werden.<sup>686</sup> Eine Lösung anzubieten, die zur Ersetzung ihrer eigenen Arbeit führen soll, wird ihnen nachvollziehbar schwer fallen.

## **2. Eignungsprüfung<sup>687</sup> der zu autorisierenden Person**

Das vorgeschlagene Formerfordernis ermöglicht auch, die Eignung der zu autorisierenden Person zu überprüfen. Diese Überprüfung kann sich zwar nur auf objektive Merkmale beschränken. Die Beurteilung der Vertrauenswürdigkeit ist einer objektiven Nachprüfung nicht zugänglich<sup>688</sup> und daher allein dem Betroffenen vorbehalten. Aber schon eine nur auf objektiv feststellbare Merkmale gerichtete Überprüfung kann bereits sinnvoll sein, um dem Betroffenen bei der Auswahl des „richtigen“ Treuhänders zu unterstützen.<sup>689</sup> Denn der Erforderlichkeitsgrundsatz des Betreuungsrechts entfaltet diesbezüglich keinen Schutzfilter gegenüber „unvernünftigen“ Willensentscheidungen des Betroffenen.<sup>690</sup>

### **a. Fähigkeiten der zu autorisierenden Person**

So kann der Notar die Bereitschaft und Fähigkeit der zu autorisierenden Person zur Wahrnehmung der Aufgaben feststellen. Hierzu gehört die Überprüfung seiner Geschäftsfähigkeit.<sup>691</sup> Nach gründlicher Aufklärung über die rechtliche Stellung des Treuhänders sowie Haftungs- und Strafbarkeitsfragen wird der Notar anhand der Reakti-

---

<sup>685</sup> Hoffmann/Schumacher, BtPrax 2002, 191, 196.

<sup>686</sup> Hoffmann/Schumacher, BtPrax 2002, 191, 196.

<sup>687</sup> Ausführlich zu den erwünschten Fähigkeiten eines Bevollmächtigten und sonstigen Umständen, ohne diese ausdrücklich in den Zusammenhang mit § 1896 II 2 NGB zu stellen, A.Langefeld, S. 60 ff.

<sup>688</sup> Walters, S. 18.

<sup>689</sup> Siehe auch MüKo/Schwab, § 1896 Rn. 56.

<sup>690</sup> Walters, S. 19; vgl. auch Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein, Rn. 74, 78.

<sup>691</sup> Vgl. Meier, S. 68, Rn. 269.

on der Vertrauensperson auch dessen Bereitschaft erkennen, die schließlich in die Annahme des Übertragungsangebots münden wird.

## **b. Ausgeschlossener Personenkreis, §§ 1896 II 2, 1897 III BGB**

Ferner kann der Notar ein mögliches Abhängigkeitsverhältnis zwischen Betroffenen und Vertrauensperson feststellen und den Beteiligten die möglichen Folgen hieraus aufzeigen.

Das 1. Betreuungsänderungsgesetz hat die Subsidiarität der Betreuung gegenüber der Vollmacht ausdrücklich aufgehoben, wenn Personen bevollmächtigt werden, die zu der Einrichtung, in welcher der Betroffene untergebracht ist oder wohnt, in einem Abhängigkeitsverhältnis oder sonst einer engen Beziehung stehen, und die somit nach § 1897 III BGB nicht zum Betreuer bestellt werden könnten.

Sinn und Zweck der Vorschrift liegt darin, der Gefahr von Interessenkollisionen vorzubeugen.<sup>692</sup> Diese Neuregelung bedeutet zwar entgegen einer Auffassung in der Literatur<sup>693</sup> nicht, dass bei Vorliegen solcher Vollmachten in jedem Fall ein Betreuer bestellt werden müsste.<sup>694</sup> Nach der Vorstellung des Gesetzgebers soll das Vormundschaftsgericht lediglich zu prüfen haben, inwieweit dennoch eine Betreuerbestellung entbehrlich ist.<sup>695</sup> Ein genereller Ausschluss der in § 1897 III BGB genannten Personen würde auch das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen verletzen.<sup>696</sup> Für die Entkräftung

---

<sup>692</sup> BT-Drucks. 13/7158, S. 33.

<sup>693</sup> Palandt/Diederichsen, Einf v § 1896 Rn. 7; Jauernig/Berger, §§ 1896-1908 a Rn. 5; Berger, JZ 2000, 797, 803 f.; Lipp, S. 205; nicht deutlich Soergel/Zimmermann, § 1896 Rn. 88.

<sup>694</sup> MüKo/Schwab, § 1896 Rn. 57; Staudinger/Bienwald, § 1904 Rn. 70, § 1896 Rn. 131; Erman/Holzbauer, § 1896 Rn. 38; Keilbach, FamRZ 2003, 969, 981; Walter, FamRZ 1999, 685, 688 f.; dies. bereits vor dem BtÄndG, in: Vorsorgevollmacht, S. 17 f.

<sup>695</sup> BT-Drucks. 13/7158, S. 33.

<sup>696</sup> Röttgen, S. 57.

der gesetzlichen Vermutung bedarf es jedoch einer eingehenden Begründung,<sup>697</sup> so dass dies zum Ausnahmefall werden wird.

Unverkennbar wirft diese Regelung die Frage auf, ob der Bevollmächtigte eines Tages wirklich entscheidungsbefugt sein wird, mit der Folge, dass die Vorsorgevollmacht ein nicht unerhebliches Element der Unsicherheit erhält.<sup>698</sup> Zudem können aufgrund dieser Beschränkung hochbetagte Menschen, die lange Jahre in Heimen verbracht und andere Personen als Heimmitarbeiter nicht kennen, von der Möglichkeit einer Vorsorgevollmacht ausgeschlossen sein.<sup>699</sup> Insoweit unterscheidet sich die Situation von derjenigen bei der Betreuung. Es erscheint daher ausreichend, den Kreis der regelmäßig auszuschließenden Personen nur auf den Arzt oder Angestellte des Krankenhauses, indem der Patient untergebracht ist, zu begrenzen.<sup>700</sup> Interessenkollisionen können durch strikt verbindliche Anweisungen und andere noch aufzuzeigende Schutzmechanismen vermieden werden. Zudem ist zu berücksichtigen, dass es hier um personale Angelegenheiten geht, die im Gegensatz zu vermögensrechtlichen Angelegenheiten mangels Anreize nicht dazu verleiten, Missbräuche zu begehen, es sei denn die Vertrauensperson wurde als Erbe eingesetzt. Aber auch dann bestehen keine Bedenken an der Eignung einer solchen Person zur Interessenwahrnehmung in Gesundheitsangelegenheiten. Denn im Rahmen der Vorsorgeverfügungen in diesem Bereich geht es in erster Linie um die Durchsetzung der antizipierten Behandlungsanweisung zur passiven Sterbehilfe. Ein Missbrauch würde also regelmäßig nur in der Missachtung des Sterbewillens bestehen, welches ein Erbprätendent schwerlich begehen wird.

Zwar wird nicht verkannt, dass man zwischen Befugnissen für den vermögensrechtlichen und persönlichen Bereich vielfach nur schwer exakt unterscheiden kann. So umfasst der Abschluss eines Behandlungsvertrages sowohl die Person des Vollmachtgebers als auch

---

<sup>697</sup> MüKo/Schwab, § 1896 Rn. 57.

<sup>698</sup> Staudinger/Bienwald, § 1904 Rn. 70.

<sup>699</sup> Berger, JZ 2000, 797, 803.

<sup>700</sup> Vgl. A.Langenfeld, S. 110.



dessen Vermögen.<sup>701</sup> Jedoch kann die reine Kostenabwicklung sehr wohl von den personalen Befugnissen getrennt werden und durch eine andere Person – hier also durch einen staatlich bestellten Betreuer in Vermögensangelegenheiten – erfolgen. Denn auch im Rahmen einer Betreuung kommt es vor, dass ein Betreuer rein für den Vermögensbereich und ein anderer rein für den Gesundheitsbereich bestellt werden. Es ist dann eine Zusammenarbeit beider bestellten Personen erforderlich. Mag der Staat bei besagter Personenkonstellation nicht gänzlich ausgeschlossen werden können, so wird dem Betroffenen zumindest im Bereich der Gesundheitsfürsorge die Möglichkeit gegeben, eine vertraute Pflegeperson privatautonom zu autorisieren. Einem vereinsamten Heimbewohner kann dadurch das stärkende Gefühl gegeben werden, im beängstigenden Fürsorgefall die Entscheidung über seinen Körper und Gesundheit in wohl-bekannte Hände gelegt zu haben und doch nicht alleine auf dieser Welt zu sein.

Ein Ausschluss des behandelnden Arztes und im gleichen Krankenhaus angestellte Personen ist jedoch notwendig. Denn eine gegenseitige Kontrolle des behandelnden Arztes und des autorisiert Handelnden kann nur erfolgen, wenn diese Personen nicht identisch sind oder bei Personenverschiedenheit keine einseitige oder gar gegenseitige Beeinflussung möglich ist. Deswegen ist ihr Ausschluss gerechtfertigt, aber auch ausreichend.

Der Notar hat also nach dem Beruf der zu autorisierende Person zu fragen. Übt sie einen der besagten Berufe aus, muss er die Beteiligten darauf hinweisen, dass sie einer Betreuung nur dann gänzlich umgehen können, wenn im Fürsorgefall der Treugeber nicht vom Treuhänder behandelt wird bzw. in einer medizinischen Anstalt untergebracht wird, in dem letzterer nicht tätig ist. Eine solche Regelung sollten die Parteien in der Treuhandabrede aufnehmen, wenn dem Betroffenen keine andere Vertrauensperson zur Verfügung steht. In einem solchen Fall sollte der Beruf des Treuhänders bei der Eintragung in das elektronische Bundesnotarkammerregister farblich

---

<sup>701</sup> Rudolf/Bittler, S. 35, Rn 64.

hervorgehoben werden. Dies gewährleistet eine bessere Übersicht sowie Kontrollmöglichkeit.

## **II. Eintragung in das Zentrale Vorsorgeregister**

Die Bundesnotarkammer hat für die Hinterlegung von Vorsorgeverfügungen ein zentrales elektronisches Register eingerichtet<sup>702</sup> und bietet nun ein Medium an, um der Hinterlegungs- bzw. Auffindensproblematik Herr zu werden. Am 1.3.2005 ist die Verordnung über dieses Zentrale Vorsorgeregister (VRegV) in Kraft getreten. Diese Entwicklung ist zu begrüßen. Denn es bedarf eines bundeseinheitlichen Systems, um das Auffinden solcher Vorsorgeverfügungen effektiv zu gestalten. Insbesondere die elektronische Erfassung und damit die Möglichkeit des schnellen bundesweiten Zugriffs Berechtigter auf die benötigten Daten fördert diese Effizienz.

Nach § 2 I VRegV erfolgt die Eintragung der Verfügungen jedoch nur auf schriftlichen Antrag der Betroffenen.<sup>703</sup> Die effektive Umsetzung des einheitlichen Systems erfordert es jedoch, de lege ferenda die Eintragung zur Wirksamkeitsvoraussetzung zu erheben.

Zwar kann diese Datenübermittlung in das informationelle Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen eingreifen, wenn sie nicht durch seine ausdrückliche Zustimmung gedeckt ist. Dieses in Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG verbürgte Recht gewährt einen Schutz gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe individualisierter oder individualisierbarer Daten, mithin Schutz der Persönlichkeit bei der Datenverarbeitung durch Träger der öffentlichen Gewalt oder privater Stellen. Diese Verbürgung darf nur im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit und unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden; die Einschränkung darf nicht weitergehen, als zum Schutz des öffentlichen Interesses unerlässlich ist.<sup>704</sup>

---

<sup>702</sup> Winkler, S. 14 mit Verweis auf BNotk Intern 6/2002; 2/2003.

<sup>703</sup> Zur Gesetzeslage vor Inkrafttreten der Verordnung, vgl. Milzer, NJW 2003, 1836, 1839.

<sup>704</sup> Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 2 GG, Rn. 2 c.

Ein solcher Eingriff wäre im Interesse der Gemeinschaft gerechtfertigt. Er ist notwendig, um den reibungslosen Ablauf des Auffindens von Vorsorgeverfügungen sicherzustellen und vermeidet dadurch die Einleitung eines unnötigen Verfahrens zur Bestellung eines Betreuers. Dadurch entlastet man nicht nur die Staatskassen, sondern der Staat übt gleichzeitig seine Fürsorgepflichten aus. Das schnelle Auffinden solcher Vorsorgeverfügungen dient nämlich in erster Linie den Betroffenen. Denn Voraussetzung für die Gewährleistung ihrer Patientenrechte ist, dass ihre Vorsorgeverfügungen auch schnellstmöglich gefunden werden. Eine Weigerung der Betroffenen steht vor diesem Hintergrund kaum zu befürchten. Auch ist nicht zu erwarten, dass die Eintragung bei der Vertrauensperson auf Ablehnung stößt, sofern sichergestellt ist, dass nur solche Institutionen und Personen das Register einsehen dürfen, die ein berechtigtes Interesse vorweisen können. Dies verlangt auch das Verhältnismäßigkeitsprinzip. Der Kreis von potentiellen Berechtigten ist bereits bestimmbar. So gehören hierzu die Ärzteschaft, Krankenhäuser, Pflegeeinrichtungen und Vormundschaftsgerichte. Derzeit erfolgt nach § 6 VRegV nur eine Auskunft an die Vormundschaftsgerichte.

Dieses Formerfordernis bietet gegenüber der jetzigen gesetzlich geforderten Form einige Vorteile.

### **III. Derzeitige Rechtslage**

Nach der geltenden Rechtslage bedarf die Bevollmächtigung gemäß § 1904 II 2 BGB der Schriftform, wenn sie die Einwilligung in solche Maßnahmen betrifft, die mit einem erheblichen Risiko für Körper und Gesundheit des Betroffenen verbunden ist. Zudem müssen diese gefährlichen Maßnahmen, zu denen bevollmächtigt wird, ausdrücklich umfasst sein, soll die Einwilligung Wirksamkeit entfalten. D.h., es bedarf nicht nur der schriftlichen Abfassung der Vollmacht, sondern darüber hinaus ihrer Konkretheit, um der Form des § 1904 II 2 BGB zu entsprechen. Ferner unterliegt die Einwilligung in diesen Fällen auch der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. Im übrigen gelten für die Vollmacht keine besonderen Formerfordernisse, sie

kann mithin sogar mündlich erteilt werden.<sup>705</sup> Diese gesetzliche Regelung wirft in mehrfacher Hinsicht Fragen auf.

## 1. Rechtsfolge des Verstoßes gegen die Formvorschrift

§ 1904 II 2 BGB beinhaltet eine gesetzliche Formvorschrift (§ 126 BGB), deren Verstoß nach § 125 S. 1 BGB grundsätzlich zur Nichtigkeit der Vollmacht führen würde.<sup>706</sup> Zwingend ist die Anwendung des § 125 BGB jedoch nicht. So spricht § 1904 II 2 BGB von der Unwirksamkeit der Einwilligung, nicht aber von der Unwirksamkeit der Vollmacht selbst. Demzufolge kann man die gesetzliche Regelung auch dahingehend auslegen, dass die Gültigkeit der Vollmacht nicht durch den Formverstoß berührt wird, sondern lediglich die Unzuständigkeit des Bevollmächtigten hinsichtlich der Einwilligung in eine der in § 1904 I BGB genannten Maßnahmen zur Folge hat.<sup>707</sup>

Zu diesem Ergebnis kommt man schließlich auch, wenn zwar die Nichtigkeitsfolge angeordnet, aber hinsichtlich einer weitergehenden Vollmacht die Anwendung des § 139 BGB abgelehnt wird, so dass die Vollmacht im übrigen wirksam bleibt.<sup>708</sup> Ein anderes Ergebnis würde dem Interesse des Betroffenen auch widersprechen, zudem für den eigentlichen Zweck des § 1904 II 2 BGB nicht erforderlich sein. So will die Norm den Betroffenen vor Übereilung schützen, indem sie ihn zwingt, sich die Tragweite des Schrittes der Bevollmächtigung vor Augen zu führen.<sup>709</sup> Dieser Zweck ist erfüllt, wenn nur der Teil der Vollmacht von der Unwirksamkeitsfolge betroffen wird, der gegen die gesetzliche Vorschrift verstößt bzw. nur die in diesem Zusammenhang betroffene Einwilligung keine Wirksamkeit entfaltet. § 1904 II 2 BGB will aber nicht die vorsorgende Bevollmächtigung hinsichtlich sonstiger personensorgerechtlicher Angelegenheiten zunichte machen.<sup>710</sup>

---

<sup>705</sup> Raack/Thar, S. 15 f.; Hoffmann/Klie, S. 28.

<sup>706</sup> So Müller, DNotZ 1999, 107, 110; Heyers, S. 167 f.

<sup>707</sup> So Staudinger/Bienwald, § 1904 Rn. 80; MüKo/Schwab, § 1904 Rn. 59.

<sup>708</sup> So Heyers, S. 168.

<sup>709</sup> BT-Drucks. 13/7158, S. 34.

<sup>710</sup> Vgl. Heyers, S. 168.

## 2. Konkretheit

Weiter unklar ist, wann die Voraussetzung der Konkretheit der Schriftform erfüllt ist und wie genau die Maßnahmen von der Formulierung umfasst sein müssen.

Eine Auffassung will Generalvollmachten auch ohne ausdrückliche Nennung der in § 1904 I BGB aufgezählten Maßnahmen zulassen, sofern diese nicht ausdrücklich ausgeschlossen sind.<sup>711</sup> Diese Meinung widerspricht jedoch dem Willen des Gesetzgebers, den Betroffenen vor Übereilung zu schützen.<sup>712</sup> Der Gesetzeswortlaut spricht nämlich von einem „ausdrücklichen Umfasstsein“. Die Zitierung der Vorschrift allein erscheint vor diesem Hintergrund ebenfalls als nicht ausreichend.<sup>713</sup> Eine über den Text des Absatzes 1 hinausgehende Differenzierung der Maßnahmentearten wird jedoch im Hinblick auf die Unbestimmbarkeit der im konkreten Fall notwendigen Maßnahmen nicht verlangt.<sup>714</sup> Auch wird eine wortwörtliche Übernahme des Gesetzestextes nicht erforderlich sein, solange eindeutig zum Ausdruck gebracht wird, dass die Einwilligung die Maßnahmen in § 1904 I BGB umfassen soll.<sup>715</sup>

Unklar ist aber, ob die mit den in Absatz 1 fraglichen Maßnahmen verbundenen Gefahren ausdrücklich genannt werden müssen. Eine Auffassung bejaht dies mit der Begründung, dass nur bei einer solch konkreten und für den jeweiligen Vollmachtgeber nachvollziehbaren Beschreibung der einzelnen Befugnisse des Bevollmächtigten sichergestellt werden könne, dass er in vollem Umfang die von ihm dem Bevollmächtigten erteilte Vertretungsbefugnis in seinem

---

<sup>711</sup> Baumann MittRhNotK 1998, 1, 8; Walter, FamRZ 1999, 685, 692 f.

<sup>712</sup> BT-Drucks. 13/7158, S. 34; MüKo/Schwab, § 1904 Rn. 62; Staudinger/Bienwald, § 1904 Rn. 77; Heyers, S. 168 f.; Soergel/Zimmermann, § 1904 Rn. 54; G.Langenfeld, DNotZ 2000, 222, 224; Perau, MittRhNotK 1996, 285, 297; Keilbach, FamRZ 2003, 969, 980; Palandt/Diederichsen, § 1904 Rn. 7; Bühler, BWNotZ 1999, 26 f.

<sup>713</sup> MüKo/Schwab, § 1904 Rn. 62; Staudinger/Bienwald, § 1904 Rn. 77; Müller, DNotZ 1999, 107, 113.

<sup>714</sup> Staudinger/Bienwald, § 1904 Rn. 77; Heyers, S. 171 f.

<sup>715</sup> MüKo/Schwab, § 1904 Rn. 62; a.A. OLG Stuttgart BtPrax 1994, 99 = FamRZ 1994, 1417.

höchstpersönlichen Angelegenheiten verstanden habe und eine Bevollmächtigung in diesem Umfang auch tatsächlich wünsche.<sup>716</sup>

Zwar lässt der Wortlaut der Vorschrift eine solche Auslegung zu, jedoch ist sie nicht mit ihrem Sinn und Zweck vereinbar.<sup>717</sup> Legt man die Begründung des Regierungsentwurfs<sup>718</sup> zugrunde, ist vielmehr davon auszugehen, dass eine allgemein erteilte Befugnis zur Einwilligung in eine Untersuchung des Gesundheitszustandes, eine Heilbehandlung oder einen ärztlichen Eingriff auch zur Einwilligung in solche ärztliche Maßnahmen berechtigt, wenn zugleich die begründete Gefahr des Todes oder eines schweren und länger dauernden Gesundheitsschadens besteht.<sup>719</sup> Denn der Betroffene wird sich regelmäßig über die Tragweite einer Entscheidungsbefugnis des Bevollmächtigten im klaren sein, wenn er seine Vollmacht in Gesundheitsangelegenheiten nicht nur auf gewöhnliche ärztliche Maßnahmen wie routinemäßige Heilbehandlungen, sondern ausdrücklich auf vital indizierte Maßnahmen erstreckt.<sup>720</sup>

### 3. Unbestimmter Begriff des § 1904 I BGB

Durch die Verweisung des § 1904 II 1 BGB auf den Absatz 1 unterstellt der Gesetzgeber die Vorsorgevollmacht zudem den Unsicherheiten, die dieser Absatz 1 bereits für die Betreuung auslöst. So soll eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nur dann erforderlich sein, wenn die betreffenden Maßnahmen die begründete Gefahr des Todes oder eines schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schaden für den Betroffenen in sich birgt.

Hier wird mit dem Begriff „begründete Gefahr“ ein unjuristischer Begriff verwendet, der mit der näheren Umschreibung im Regierungs-

---

<sup>716</sup> LG Hamburg, DNotZ 2000, 220, 221 f. m.Anm. G.Langefeld; Taupitz, Zivilrechtliche Regelungen, Rn. D 146; hinsichtlich der Entscheidung zum Abbruch oder Nichteinleitung lebenserhaltender Maßnahmen, vgl. Uhlenbruck, FS Deutsch, S. 849, 857; Palandt/Diederichsen, § 1904 Rn. 7; Walter, FamRZ 1998, 685, 694.

<sup>717</sup> MüKo/Schwab, § 1904 Rn. 61; Heyers, S. 172.

<sup>718</sup> BT-Drucks. 13/7158, S. 34.

<sup>719</sup> Müller, DNotZ 1999, 107, 112, 113; MüKo/Schwab, § 1904 Rn. 61.

<sup>720</sup> Heyers, S. 173.

entwurf<sup>721</sup>, eine begründete Gefahr sei mehr als die „bloße Gefahr“ und weniger als eine „dringende Gefahr“, von keinem praktischen Nutzen ist.<sup>722</sup> Hieraus resultiert auch die Fülle der unterschiedlichsten Ansätze in der Literatur, diesen missglückten Begriff zu konkretisieren, was letztendlich zu noch mehr Unsicherheit führt. Zu bedenken ist, dass fast jede nennenswerte Heilbehandlung Risiken für Leben und Gesundheit in sich trägt, wie ein Blick auf die Aufklärungspflichten des Arztes zeigt.<sup>723</sup>

Um der Rechtsunsicherheit, die § 1904 I BGB hervorruft, Herr zu werden, bedürfte es einer Kategorisierung sämtlicher Arten medizinischer Behandlungen einschließlich der Medikation. Dies aber würde zu einer unangemessenen Verrechtlichung der medizinischen Behandlung führen bzw. hat bereits ansatzweise dazu geführt.<sup>724</sup> Ferner ist zu bezweifeln, ob eine solch umfassende und lückenlose Kategorisierung überhaupt möglich ist.

Desweiteren ist unklar, welche Person darüber zu befinden hat, ob die Einwilligung des Betreuers bzw. Bevollmächtigten ausreichend ist oder aber als weitere Voraussetzung die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung hinzukommen muss. Zum Teil wird der behandelnde Arzt hierzu vorgeschlagen, ohne dass diesem jedoch eine autonome Entscheidungskompetenz zustehe; denn für eine objektive Beurteilung bedürfte es weiterhin eines das Gericht unterstützenden Sachverständigengutachtens.<sup>725</sup> Eine andere Ansicht legt die Entscheidungskompetenz hierüber dem Betreuer in die Verantwortung,<sup>726</sup> der jedoch medizinische Fachkenntnisse haben müsste, um dieser Verantwortung gerecht zu werden.<sup>727</sup> Da dies regelmäßig nicht der Fall sein wird, wird zum Teil vertreten, dem Arzt die Pflicht aufzuerlegen,

---

<sup>721</sup> BT-Drucks. 11/6949, 73.

<sup>722</sup> Soergel/Zimmermann, § 1904 Rn. 27; MüKo/Schwab, § 1904 Rn. 28.

<sup>723</sup> MüKo/Schwab, § 1904 Rn. 28.

<sup>724</sup> Vgl. MüKo/Schwab, § 1904 Rn. 30.

<sup>725</sup> MüKo/Schwab, § 1904 Rn. 31; Soergel/Zimmermann, § 1904 Rn. 30.

<sup>726</sup> Bienwald, § 1904 Rn. 20; Schmidt/Böcker, S. 176 f., Rn. 436 f.

<sup>727</sup> So auch MüKo/Schwab, § 1904 Rn. 32 Fn. 96.

den Betreuer auf eine Notwendigkeit zur vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung hinzuweisen.<sup>728</sup>

#### **4. Kritik**

Diese Gesetzesregelung führt aus genannten Gründen zu Rechtsunsicherheit. Ungeklärt bleibt nicht nur, unter welchen Voraussetzungen die Einholung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung erforderlich ist und wer darüber zu befinden hat. Die aus dem unbestimmten Begriff der „unbegründeten Gefahr“ herrührende Rechtsunsicherheit wirkt sich zudem auf die Wirksamkeitsvoraussetzung der Vorsorgevollmacht aus. Unklar ist nämlich, wann sie der Schriftform unterliegt bzw. wann sie der Einwilligung des Bevollmächtigten zur Wirksamkeit verhilft. Insbesondere aber geht die gesetzliche Regelung am Lebenssachverhalt vorbei:

##### **a. Mangelnde Praktikabilität**

###### **aa. Beweisfunktion**

Zum einen ist es nicht sinnvoll, die Formvorschrift nur solchen Vollmachten zu unterwerfen, die die in § 1904 I BGB genannten Maßnahmen erfassen sollen. Auch wenn der Wille des Gesetzgebers, die Subsidiarität der Betreuung so umfassend wie möglich zu gestalten und deswegen grundsätzlich auch mündliche Vollmachten zulassen möchte, löblich ist, wird eine rein mündliche Bevollmächtigung mangels Akzeptanz im Rechtsverkehr dem Betroffenen nicht dienlich sein und daher auch ungeeignet sein, die Betreuung zu ersetzen.<sup>729</sup>

Wenn erst weitere Befragungen von Personen aus dem Verwandten- und Bekanntenkreis des Betroffenen notwendig sind, um die Vertrauensperson als Bevollmächtigten anzuerkennen, so behindert dieser Mehraufwand zudem nur den reibungslosen Ablauf der medizinischen Versorgung des Betroffenen. Bereits aus Beweis Zwecken ist also zumindest die Schriftform zu fordern.

---

<sup>728</sup> Dammrau/Zimmermann, § 1904 Rn. 11; Kern, MedR 1993, 245, 248.

<sup>729</sup> Perau, MittRhNotK 1996, 285, 297.



## **bb. Übereilungsschutz**

Ferner stellt die Übertragung solcher persönlichen Befugnisse grundsätzlich einen Schritt von erheblicher Bedeutung dar, der nicht übereilt getan werden sollte. Unabhängig von der konkreten medizinischen Maßnahme und der mit ihr verbundenen Risiken ist der Betroffene vor Übereilung zu schützen. Denn Missbrauchsgefahren beschränken sich nicht nur auf Vollmachten, die risikoreichere Maßnahmen zum Inhalt haben. Auch dann, wenn der Bevollmächtigte nur in einfachere medizinische Maßnahmen soll einwilligen dürfen – es sei wieder daran erinnert, dass jede nennenswerte Heilbehandlung Risiken für Leben und Gesundheit in sich trägt -, muss der Vollmachtgeber sich im Klaren darüber sein, welche Folgen diese Bevollmächtigung für ihn haben kann. Denn stets trägt er die volle Verantwortung für die richtige Auswahl seiner Vertrauensperson.

Vor diesem Hintergrund und zum Zwecke der Erhöhung der Akzeptanz von Vorsorgevollmachten befürworten bereits einige Stimmen in der Literatur ihre notarielle Beurkundung.<sup>730</sup> Ein Vorteil dieser Form wird in § 11 BeurkG erblickt. Gemäß dieser Vorschrift hat der Notar die Geschäftsfähigkeit der Urkundsbeteiligten zu überprüfen. Denn die Geschäftsfähigkeit stellt nach der h.M. eine Wirksamkeitsvoraussetzung der Vollmacht dar. Ein weiterer Vorteil besteht in der Pflicht des Notars gemäß § 17 BeurkG, den Text eindeutig und vollständig zu formulieren und die Beteiligten über die Tragweite ihrer Erklärungen zu belehren.

## **cc. Vormundschaftsgerichtlicher Genehmigungsvorbehalt**

Die Praxisferne der gesetzlichen Regelung zeigt sich desweiteren im vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungsvorbehalt. Die Einschaltung des Gerichts in den Verlauf einer Heilbehandlung stellt nämlich einen erheblichen Störfaktor dar, welcher für das Patientenwohl nicht unbedingt förderlich ist.<sup>731</sup> Abgesehen davon hat es der Gesetzgeber des BtÄndG versäumt, diesbezüglich für die Vollmacht ausreichende

---

<sup>730</sup> Perau, MittRhNotK 1996, 285, 297; Meier, BtPrax 2002, 184, 187; Heyers, S. 165; Keilbach, FamRZ 2003, 969, 980; Staudinger/Bienwald, § 1904 Rn.77; Hoß, S. 32 f.; Milzer, NJW 2003, 1836, 1837; Sachsen-Gessaphe, S. 291; a.A. Pardey, Rn. 66, 67.

<sup>731</sup> Eisenbart, S. 224 ff.

Verfahrensvorschriften zur Seite zu stellen.<sup>732</sup> Die Verweisung auf § 1904 I BGB bringt zumindest zum Ausdruck, dass das Vormundschaftsgericht sachlich zuständig sein soll. Ob jedoch die §§ 65 ff. FGG ebenfalls anzuwenden sind, bleibt ungewiss, da es sich hier nicht um eine die Betreuung betreffende Verrichtung handelt, wie es § 65 I FGG voraussetzt. Jedoch lassen einzelne Vorschriften des Betreuungsverfahrensrechts erkennen, dass sie auch auf die Genehmigung nach § 1904 II BGB anzuwenden sind.<sup>733</sup>

So hat das Gericht den Betroffenen nach § 69 I 2 FGG vor einer Entscheidung nach § 1904 II BGB anzuhören. Gemäß § 69 d I 3 FGG kann die persönliche Anhörung unterbleiben, wenn hiervon erhebliche Nachteile für die Gesundheit des Betroffenen zu besorgen sind oder der Betroffene offensichtlich nicht in der Lage ist, seinen Willen kundzutun. § 69 d II 1 FGG schreibt dem Gericht vor der Erteilung der Genehmigung zur Einwilligung in eine Untersuchung des Gesundheitszustandes, eine Heilbehandlung oder einen ärztlichen Eingriff die Einholung eines Sachverständigengutachtens vor. Nach Satz 2 dieser Vorschrift sollen Sachverständiger und ausführender Arzt in der Regel nicht personengleich sein, was in der Praxis jedoch meist nicht der Fall ist.<sup>734</sup> § 68 a S. 3 und 4 FGG gilt entsprechend. D.h., dass vor einer solchen Genehmigung in der Regel auch dem Ehegatten des Betroffenen, seinem eingetragenen Lebenspartner, seinen Eltern, Pflegeeltern und Kindern Gelegenheit zur Äußerung zu geben ist, es sei denn, dass der Betroffene mit erheblichen Gründen widerspricht. Auf Verlangen des Betroffenen ist diesen Personen und einer dem Betroffenen nahe stehenden Person Gelegenheit zur Äußerung zu geben, wenn dies ohne erhebliche Verzögerung möglich ist, § 69 d II i.V.m. § 68 a S. 3 und 4 FGG.

Ferner ist davon auszugehen, dass auch die Vorschriften zur Bekanntmachung Anwendung finden sollen. Nach § 69 a I 1 FGG ist dem Betroffenen also die Entscheidung bekanntzumachen. Von der Bekanntmachung kann gemäß Satz 2 abgesehen werden, wenn dies nach ärztlichem Zeugnis wegen erheblicher Nachteile für seine Ge-

---

<sup>732</sup> MüKo/Schwab, § 1904 Rn. 78.

<sup>733</sup> MüKo/Schwab, § 1904 Rn. 78.

<sup>734</sup> Wagenitz/Engers, FamRZ 1998, 1273, 1280.

sundheit erforderlich ist. Ferner ist die Entscheidung dem Bevollmächtigten nach § 69 a III 1 FGGB bekanntzumachen, nicht aber sonstigen vom Gericht angehörte oder beschwerdeberechtigte Personen. Die Unterrichtung des Arztes obliegt dem Bevollmächtigten.

Betrachtet man sich nun den vom Gesetzgeber erwünschten Verfahrensverlauf bei der Einschaltung des Gerichts und versucht man sich vorzustellen, wie die praktische Umsetzung des § 1904 I BGB aussehen könnte, so kann man nur zu dem Ergebnis kommen, dass sie die Behandlungspraxis behindert und es daher nicht verwunderlich ist, dass sie tatsächlich kaum beachtet wird.<sup>735</sup> Zudem kommt die Rechtsunsicherheit seitens der Ärzte in der Handhabung des Begriffs der „begründeten Gefahr“ hinzu, die wahrscheinlich dazu führt, dass im Zweifelsfalle von der Einwilligungsfähigkeit des Patienten ausgegangen wird.<sup>736</sup> Da die gewünschte Kontrollfunktion des Gerichts ferner aufgrund Arbeitsüberlastung nicht erfüllt wird, diesem auch die erforderliche Kompetenz zur Beurteilung der medizinischen Risiken fehlt, sollte der Gesetzgeber die alleinige Entscheidungsbefugnis des Betreuers bzw. rechtsgeschäftlich Autorisierten<sup>737</sup> in Zusammenarbeit mit dem behandelnden Arztes als ausreichend anerkennen.<sup>738</sup>

## **b. Einschränkung der Privatautonomie**

Ferner birgt die gesetzliche Regelung die Gefahr der Einschränkung der Privatautonomie in sich. Denn sie kann das Ergebnis haben, dass einem Willen, der nach den Regeln der Auslegung die Einwilligung in medizinische Maßnahmen eindeutig umfasst, die gewünschte Wirkung wegen der Formulierung des Inhalts versagt bleibt.<sup>739</sup> Auch eine enger gefasste Vollmacht muss und wird oft nicht bedeuten, dass nur der von dem Wortlaut abgedeckte Bereich gemeint ist,

---

<sup>735</sup> Vgl. Petsch et al, S. 62.

<sup>736</sup> Vgl. Petsch et al, S. 62 f.

<sup>737</sup> Uhlenbruck, FS Deutsch, S. 849, 858 ff.; Sachsen-Gessaphe, S. 274 f.; Eisenbart, S. 223 f.; Staudinger/Bienwald, Vorbem zu §§ 1904-1907 Rn. 2.

<sup>738</sup> Die Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“ hat ebenfalls eine völlige Befreiung der Vorsorgevollmacht von der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung vorgeschlagen, [www.bmi.bund.de](http://www.bmi.bund.de), Abschlussbericht vom 10. Juni 2004, S. 43, 49 f.

<sup>739</sup> Kritisch auch Baumann MittRhNotK 1998, 1, 7; Walter FamRZ 1999, 685, 692.

sondern sehr wohl die gesamten medizinischen Maßnahmen mit umfasst sein sollen.<sup>740</sup>

Einer Einschränkung der Privatautonomie kann also nur im Wege der Ermittlung des wahren Willens durch Auslegung (§ 133 BGB) wirksam begegnet werden. Muss § 1904 II 2 BGB aber im Licht der Selbstbestimmung interpretiert werden,<sup>741</sup> hat dies zur Folge, dass das in § 1904 II 2 BGB vorgesehene konkrete Formerfordernis in voraussichtlich nicht unbeachtlichen Fällen umgangen werden muss. Zu bedenken ist, dass der Betroffene gerade im Gesundheitsbereich seine Vertrauensperson kaum durch einen Betreuer ersetzt wissen möchte. Seinen Willen wird man daher bei unzureichend konkreter Formulierung regelmäßig dahingehend ausgelegt müssen, dass die Vorsorgevollmacht in Gesundheitsangelegenheiten jede medizinische Maßnahme umfassen soll.

### **c. Durchbrechung der Rechtsdogmatik**

Aus genannten Gründen sind die Stimmen in der Literatur<sup>742</sup> verständlich, die die rechtliche Konstruktion dieser Vorschrift scharf kritisieren. Sie vermengt nämlich Fragen des Inhalts einer Willenserklärung mit solchen der Form<sup>743</sup> und stellt somit in der Rechtsordnung ein doch ungewöhnliches Erfordernis dar.<sup>744</sup> Die gesetzlichen Formen sind grundsätzlich im Allgemeinen Teil des BGB abschließend geregelt.<sup>745</sup> Zudem ist es dem BGB fremd, einen Willen nur dann anzuerkennen, wenn er in einer bestimmten Form geäußert wird. Der Schutz des Erklärenden wird vielmehr durch die Auslegungsregeln gewährleistet, insbesondere dann, wenn der Betroffene seinen entsprechenden Willen anderweitig feststellbar dokumentiert hat.<sup>746</sup> Deswegen vertreten besagte Stimmen, dass § 1904 II 2 BGB ledig-

---

<sup>740</sup> MüKo/Schwab, §1904 Rn. 63.

<sup>741</sup> MüKo/Schwab, § 1904 Rn. 62.

<sup>742</sup> Vor allem Baumann, MittRhNotK 1998, 1, 7; Walter, FamRZ 1999, 685, 693.

<sup>743</sup> Baumann, MittRhNotK 1998, 1, 7.

<sup>744</sup> MüKo/Schwab, § 1904 Rn. 60.

<sup>745</sup> Vgl. Erman/Palm, § 125 Rn. 2.

<sup>746</sup> Walters, FamRZ 1999, 685, 693.

lich als Auslegungsregel anzusehen sei, als eine gesetzlich geregelte Andeutungstheorie.<sup>747</sup>

Eng mit dieser Problematik verwoben ist die Frage nach der Zulässigkeit von Generalvollmachten,<sup>748</sup> die bereits oben kurz angeklungen ist.<sup>749</sup>

## 5. Unzulässigkeit von Generalvollmachten

Mit dem konkreten Formerfordernis des § 1904 II 2 BGB scheint sich der Gesetzgeber gegen die Zulässigkeit von Generalvollmachten im persönlichen Bereich ausgesprochen zu haben.<sup>750</sup> Denn Generalvollmachten „zur Vertretung in allen Angelegenheiten“ oder „für alle denkbaren Fälle der Hilflosigkeit“ würden nicht der Voraussetzung des „ausdrücklichen Umfasstseins“ des § 1904 II 2 BGB entsprechen.<sup>751</sup> Basierend auf der rechtsdogmatisch unsaubereren Ausgestaltung des § 1904 II 2 BGB lehnt nun die oben bereits erwähnte Meinung<sup>752</sup> die Anwendung dieser Vorschrift auf den Umfang der Vollmacht ab. Demnach müssen sowohl vor als auch nach Inkrafttreten des 1. BtÄndG die erteilten Generalvollmachten sich unwillkürlich und ohne weiteres auch auf den höchstpersönlichen Bereich erstrecken, soweit das nunmehr gesetzlich zulässig sei.<sup>753</sup> Eine differenzierte Auffassung will dies nur dann zulassen, wenn ein dahingehender Wille sich durch Auslegung unter Einbeziehung aller Umstände ermitteln lasse; sei dies nicht der Fall, so reiche eine abstrakt gefasste Vollmacht nicht für den besagten Bereich aus.<sup>754</sup>

---

<sup>747</sup> Vgl. Walters, FamRZ 1999, 685, 693; siehe hierzu auch MüKo/Mayer-Maly, § 133 Rn. 28, 29; Soergel/Hefermehl, § 125 Rn. 19.

<sup>748</sup> Vgl. Eisenbart, MedR 1997, 305 ff.; Walter, S. 193 ff.; Perau, MittRhNotK 1996, 285, 293; Veit, FamRZ 1996, 1309, 1311 f.

<sup>749</sup> Siehe S. 145.

<sup>750</sup> So Soergel/Zimmermann, § 1904 Rn. 54.

<sup>751</sup> Vgl. Staudinger/Bienwald, § 1904 Rn. 77; MüKo/Schwab, § 1904 Rn. 62.

<sup>752</sup> Siehe FN 699.

<sup>753</sup> Baumann, MittRhNotK 1998, 1, 6.

<sup>754</sup> Walters, FamRZ 1999, 685, 693; MüKo/Schwab, § 1904 Rn. 64; a.A. schon für das Recht vor 1999, OLG Düsseldorf MittRhNotK 1998, 16.

Dem ist insofern zuzustimmen, als diese Meinung davon ausgeht, dass, wenn Generalvollmachten erteilt werden, der Wille des Geschäftsherrn regelmäßig dahingeht, dem Bevollmächtigten eine umfassende Kompetenz zur Erledigung seiner Angelegenheiten zu erteilen, um eine Betreuung gänzlich zu vermeiden. Generalvollmachten haben gegenüber weitgefassten Spezialvollmachten den Vorzug, dass einzelne Aufgabenbereiche nicht vergessen werden können, die der Geschäftsherr eigentlich mit einbeziehen wollte. Und gerade im höchstpersönlichen Bereich wird der Betroffene einer Einmischung von außen entgegenwirken wollen.<sup>755</sup> Zu bedenken ist jedoch, dass Generalvollmachten derzeit nur im vermögensrechtlichen Bereich in Gänze anerkannt sind.<sup>756</sup> Ein gängiger Typ „Vorsorgegeneralvollmachten“ zur Betreuungsvermeidung, der regelmäßig den personalen Bereich mitumfassen würde, hat sich im Rechtsverkehr noch nicht herausgebildet.<sup>757</sup> Auch ist nicht selbstverständlich davon auszugehen, dass der in Vermögensangelegenheiten Generalbevollmächtigte ebenfalls die für den personalen Bereich erforderlichen Fähigkeiten besitzt und daher auch das Vertrauen des Geschäftsherrn in diesem Bereich genießt.

#### **a. Trennung zwischen vermögensrechtlichen und persönlichen Bereich**

Insbesondere aber sollte man aufgrund der strukturellen Unterschiede der beiden Regelungsbereiche und die hieraus resultierenden unterschiedlichen Probleme und Möglichkeiten ihrer Handhabung diese Bereiche gänzlich getrennt behandeln.

##### **aa. Unterschiedliche Wirksamkeitsvoraussetzungen**

Für die Bevollmächtigung im personalen Bereich der Gesundheitsfürsorge verlangt bereits das Gesetz strengere Wirksamkeitsvoraussetzungen – wenn auch nur auf zwei enge Faktoren beschränkt - als im vermögensrechtlichen.<sup>758</sup> Folgt man der hier vertretenen Auffassung, so handelt es sich sogar um ein anderes Rechtsinstitut, an

---

<sup>755</sup> Vgl. auch Perau, MittRhNotK 1996, 285, 297.

<sup>756</sup> Vgl. Hoffmann/Klie, S. 28.

<sup>757</sup> Baumann, MittRhNotK 1998, 1, 6; Walter, FamRZ 1999, 685, 692.

<sup>758</sup> Vgl. §§ 1904 II 2, 1906 V BGB.

dessen Wirksamkeit grundlegend unterschiedliche Anforderungen gestellt werden.

### **bb. Feststellung des Wirksamkeitszeitpunktes**

Ferner stellt sich im Gesundheitsbereich nicht das Problem der Feststellung des Wirksamkeitszeitpunktes des autorisierten Handelns. Für den vermögensrechtlichen Geschäftsverkehr ist eine Vollmacht, die unter der aufschiebenden Bedingung der Entscheidungsunfähigkeit des Geschäftsherrn gestellt wird, nicht praktikabel, da der Rechtsverkehr diese Bedingung in der Regel weder überprüfen kann noch möchte und daher die Vollmacht nicht akzeptieren wird.<sup>759</sup> Den Bevollmächtigten hindert sie an einer Vertretung des Betroffenen, was dazu führt, dass es trotz der Vollmacht eines Betreuungsverfahrens bedarf.<sup>760</sup> Der Vereinbarung einer solchen Bedingung stehen im personalen Bereich jedoch keine Umsetzungsschwierigkeiten entgegen. Hier tragen die beteiligten Personen regelmäßig aus beruflichen Gründen für das körperliche und geistige Wohl des Betroffenen Sorge und haben Erfahrung im Umgang geistig Verwirrten. Sie werden daher eine bedingte Vorsorgevollmacht ohne weiteres anerkennen. Die endgültige Feststellung des Wirksamkeitszeitpunktes im Hinblick auf die vorzunehmende medizinische Maßnahme obliegt dann dem behandelnden Arzt.

### **cc. Verkehrsinteressen**

Desweiteren haben Verkehrsinteressen im Bereich der Personensorge eine stark untergeordnete Bedeutung.<sup>761</sup>

---

<sup>759</sup> Vgl. Milzer, NJW 2003, 1836, 1836; MüKo/Schwab, § 1896 Rn. 51; Dieckmann/Jurgeleit, BtPrax 2002, 135, 138; Walter, FamRZ 1999, 685, 686; Müller, DNotZ 1997, 100, 111 ff.; ebenso schon Weser, MittBayNot 1992, 161, 171; anders Uhlenbruck, NJW 1996, 1584 f.; Knittel, S. 11; Wolfsteiner, NJW 1996, 2417 f.; Baumann, NJW 1996, 2418; Zur Stärkung der Vorsorgevollmacht will die Bundesregierung vor allem mit der Kreditwirtschaft an weiteren Verbesserungen arbeiten, vgl. 158. Plenarsitzung des Bundestages, TOP Nr. 24, <http://www.bundestag.de/bic/plenarprotokolle/pp/158/index.html>

<sup>760</sup> MüKo, Schwab, § 1896 Rn 51; Walter, S. 68 ff., 87; dieselbe, in: FamRZ 1999, 685, 686; Müller, DNotZ 1997, 100, 106, 111 f.

<sup>761</sup> Siehe S. 129.

#### **dd. Auszuschließender Personenkreis**

Auch ist der Kreis der regelmäßig auszuschließenden Personen, die autorisiert handeln dürfen, im Gesundheitsbereich enger zu fassen als im Vermögensbereich - wie oben bereits dargelegt.<sup>762</sup>

#### **ee. Vergütung**

Ein weiterer Unterschied wird sich voraussichtlich auch im Bereich der Vergütung ergeben. Mag die Interessenwahrnehmung im Bereich der Gesundheitsfürsorge verantwortungsvoller sein, so ist sie vom zeitlichen „Aufwand“ her doch geringer. Zudem wird hier regelmäßig aus moralischen Gründen und Anstandsgefühl heraus kaum eine Vergütung verlangt werden. Anderenfalls würde sich der Betroffene doch fragen, ob das Vertrauensverhältnis wirklich besteht.

#### **ff. Adressatengerechte Verfügung**

Letztlich ist auch aus rein „optischen“ Gründen eine Trennung der besagten Bereiche zu befürworten. Denn eine adressatengerechte Vorsorgeverfügung sollte nicht durch Überfrachtung der Urkunde mit den unterschiedlichsten Bestimmungen sowohl über vermögens- als auch personalen Angelegenheiten unübersichtlich werden.<sup>763</sup> Zudem sollte aus Gründen der Diskretion eine separate Behandlung beider Bereiche erfolgen. Denn ein Adressat im Geschäftsverkehr sollte nicht unbedingt im Rahmen der Vorlage der Vollmachtsurkunde Kenntnis davon erhalten, welche Regelungen der Geschäftsherr im höchstpersönlichen Bereich getroffen hat.<sup>764</sup>

#### **b. Zusammenfassung**

Eine strikte Trennung beider Bereiche ist daher nur als sinnvoll zu erachten. Diese Vorgehensweise, die von der gesetzlichen Regelung grundlegend abweicht, entspricht eher den tatsächlichen Gegebenheiten und insbesondere dem Willen des Betroffenen. Er wird gerade im Gesundheitsbereich seiner Vertrauensperson alle Kompetenzen zur Vermeidung einer Betreuung erteilen wollen. Eine fremde bzw. staatlich bestellte Person insbesondere bei risikoreichen Maßnah-

---

<sup>762</sup> Siehe S. 129

<sup>763</sup> Milzer, NJW 2003, 1836, 1837.

<sup>764</sup> Meier, BtPrax, 2002, 184, 189.



men über seinen Körper entscheiden lassen zu wollen, erscheint doch sehr lebensfremd. Das in § 1904 II 2 BGB aufgestellte konkrete Formerfordernis geht mithin am Lebenssachverhalt vorbei, als es vom Gegenteil ausgeht. Um vor Übereilung zu schützen, bedarf es keiner Konkretisierung einer bestimmten Form und keiner Abweichung von rechtlichen Grundsätzen. Das hier vorgeschlagene Formerfordernis realisiert den Schutz vor Übereilung sogar effektiver, ohne den tatsächlichen Willen des Betroffenen zu missachten.

Zur Klarstellung sei betont, dass die Person des Generalbevollmächtigten in Vermögensangelegenheiten sehr wohl auch im Gesundheitsbereich autorisiert werden kann. Ferner lehnt die hier vertretene Auffassung eine sog. „Generalverfügung in personalen Angelegenheiten“ nicht ab. Ganz im Gegenteil geht sie - zumindest im Gesundheitsbereich - sogar davon aus, dass das rechtsgeschäftlich autorisierte Handeln stets jede medizinische Maßnahme umfasst. Eine Beschränkung erfolgt hiernach nur anhand des Grundverhältnisses bzw. der Treuhandabrede, worauf später noch einzugehen ist.

So darf der privatrechtlich autorisierte Handelnde grundsätzlich über jede in seinem Zuständigkeitsbereich fallende Angelegenheit der Gesundheitsfürsorge entscheiden. Gesundheitsangelegenheiten umfassen gemäß § 1904 II BGB i.V. mit § 1904 I BGB Untersuchungen des Gesundheitszustandes, Heilbehandlungen und ärztliche Eingriffe. Ferner gehört auch die Einstellung bestimmter medizinischer Maßnahmen hierzu.<sup>765</sup> Denn „Gesundheitsfürsorge“ umfasst alle Aufgaben, die das körperliche, seelische und soziale Wohlbefinden des betroffenen Menschen betreffen und dafür Sorge tragen, dass sein persönliches Wohlbefinden hergestellt wird.<sup>766</sup>

Fraglich ist jedoch, ob von diesem Grundsatz Ausnahmen zu machen sind, es also allgemeine Grenzen der Handlungskompetenz des rechtsgeschäftlich Autorisierten im Gesundheitsbereich gibt.

---

<sup>765</sup> BGH, FamRZ 2003, 748, 751; MüKo/Schwab, § 1904 Rn. 38 FN 118; Hoß, S. 49 ff.; Lipp, FamRZ 2004, 317, 321; Rudolf/Bittler, S. 36, Rn. 67; a.A. LG München I, FamRZ 1999, 742; Seits, ZRP 1998, 417, 420; Bienwald, FamRZ 1998, 1137, 1139; Höfling/Rixen, JZ 2003, 884, 889 f.

<sup>766</sup> Hoß, S. 51.

Problematisch erscheinen in diesem Rahmen insbesondere die ärztlichen Eingriffe. Darunter fallen all diejenigen Maßnahmen, die keine Heilbehandlungen darstellen, aber doch in den Körper des Patienten eingreifen.<sup>767</sup>

---

<sup>767</sup> Soergel/Zimmermann, § 1904 Rn. 25; Staudinger/Bienwald, § 1904 Rn. 38; MüKo/Schwab, § 1904 Rn. 10.

## 6. Teil

### Umfang und Grenzen der Treuhand in Gesundheitsangelegenheiten

#### A. Kritische Behandlungsmaßnahmen

##### I. Diskussion im Rahmen der Vollmacht

Zur Bestimmung der Grenzen der Vorsorgevollmacht in Gesundheitsangelegenheiten könnte man zunächst die Frage aufwerfen, welche ärztlichen Maßnahmen absolut höchstpersönlich und daher jeglicher Stellvertretung unzugänglich sind.<sup>768</sup> Es erscheint jedoch zweifelhaft und unpraktikabel, innerhalb der höchstpersönlichen Angelegenheiten wie der Gesundheitsfürsorge weitere Abstufungen der Höchstpersönlichkeit vorzunehmen.<sup>769</sup> Ferner ist die Vorgehensweise abzulehnen, die als Ausgangspunkt die Behauptung aufstellt, die Betreuung reiche stets weiter als eine Bevollmächtigung.<sup>770</sup> Ihr zufolge ist die gewillkürte Stellvertretung immer dann ausgeschlossen, wenn auch die gesetzliche Stellvertretung nicht zulässig ist. Ist dies nicht der Fall, so ist weiterzuprüfen, ob ein Ausschluss der gewillkürten Stellvertretung dennoch gerechtfertigt erscheint. Man kann zwar nicht leugnen, dass die Ausschlussstatbestände der Stellvertretung überwiegend dem Betreuer in größerem Maß die Vertretungsbefugnis belassen.<sup>771</sup> Daraus zu folgern, dass der Betreuer stets mehr Befugnisse hat als der Bevollmächtigte, erscheint jedoch bedenklich. Wegen ihren unterschiedlichen Legitimationsgrundlagen kann vereinzelt sogar der gegenteilige Fall eintreten.<sup>772</sup> Zwar soll die Vorsorgevollmacht in erster Linie die Betreuung ersetzen. Sie geht jedoch darüber hinaus. Die rechtliche Funktion der Betreuung besteht darin, einem aus tatsächlichen Gründen in seiner Eigenverantwortung und Entscheidungsfähigkeit eingeschränkten Menschen zu ermöglichen,

---

<sup>768</sup> So Walters, S. 236.

<sup>769</sup> So hinsichtlich des Abbruchs lebenserhaltender Maßnahmen, Hoß, S. 53 f. und MüKo/Schwab, § 1904 Rn. 38.

<sup>770</sup> So aber Erman/Holzhauser, § 1896 Rn. 43; anscheinend auch Staudinger/Bienwald, § 1904 Rn. 69, § 1905 Rn. 20.

<sup>771</sup> Sachsen-Gessaphe, S. 287.

<sup>772</sup> Sachsen-Gessaphe, S. 288; Winkler, S. 7; a.A. Walters, S. 236.

als Rechtsperson im Rechtsverkehr aufzutreten und ihn damit einem Mündigen rechtlich gleichzustellen.<sup>773</sup> In diesem Rahmen soll sie sein Selbstbestimmungsrecht verwirklichen. Trotz allem bleibt ihre Bestellung Akt staatlicher Fürsorge, eine Form der Fremdbestimmung, die nicht immer und zwangsläufig dem Willen des Betreuten entspricht.<sup>774</sup> Die Bestellung eines Bevollmächtigten aber beruht bereits auf dem Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen und ist mithin in Gänze Ausdruck seiner Patientenautonomie.<sup>775</sup> Dieser Autonomie kann nur dort Grenzen gesetzt werden, wo der Betroffene sich lediglich ungewollt dieses Rechts begeben könnte. Diese Gefahr besteht regelmäßig bei Angelegenheiten, die allein auf Grund der einem Betreuer zuweisbaren Rechtsmacht möglich sind.<sup>776</sup> Sie betreffen jedoch - wie nachfolgend aufgezeigt - grundsätzlich nicht den Gesundheitsbereich. Kontrovers diskutiert werden hier insbesondere der Schwangerschaftsabbruch, die Sterilisation, die Organspende, die Heilversuche sowie der Abbruchs bzw. die Verweigerung lebenserhaltender Maßnahmen. Zur Hervorhebung der Unterschiede zwischen Betreuung und Vollmacht enthalten die nachfolgenden Ausführungen ebenfalls eine Darstellung der Rechtslage bei der Betreuung.

## 1. Schwangerschaftsabbruch

Mangels spezieller Regelung oder eines Ausschlussstatbestandes gelten hier die allgemeinen Grundsätze wie bei sonstigen ärztlichen Eingriffen auch. D.h., sowohl der gesetzliche<sup>777</sup> als auch der gewillkürte<sup>778</sup> Stellvertreter sind grundsätzlich berechtigt, in einen Schwangerschaftsabbruch einzuwilligen.

---

<sup>773</sup> Lipp, S. 59.

<sup>774</sup> Röver, S. 192; siehe bereits S. 30.

<sup>775</sup> Hennies, MedR 1999, 341, 342.

<sup>776</sup> Vgl. Sachsen-Gessaphe, S. 287. mit einer Aufzählung von Angelegenheiten, die rein einer gesetzlichen Vertretung zugänglich sind.

<sup>777</sup> MüKo/Schwab, § 1904 Rn. 53.

<sup>778</sup> Staudinger/Bienwald, § 1904 Rn. 69; anscheinend auch MüKo/Schwab, § 1904 Rn. 33; einschränkend Sachsen-Gessaphe, S. 277; a.A. Walters, S. 238; dies. in FamRZ 1999, 685, 694.

## 2. Sterilisation

Die Sterilisation volljähriger einwilligungsunfähiger Betreuer hat in § 1905 BGB eine Sonderregelung erfahren, obwohl es als ärztlicher Eingriff ebenfalls unter § 1904 I BGB fallen würde. Hieraus könnte man schließen, dass weiterhin nur der Betroffene selbst bzw. unter den Voraussetzungen des § 1905 BGB nur ein dafür bestellter besonderer Betreuer entscheiden dürfte.<sup>779</sup> Die Vollmacht wäre demnach ausgeschlossen. Das Fehlen einer expliziten Regelung für die Vorsorgevollmacht lässt jedoch auch eine andere Deutung zu. So können mangels Sonderregelung bzw. mangels ausdrücklichem Ausschluss die allgemeinen Regeln der §§ 1904 II, I BGB anwendbar sein, mit der Folge, dass die Sterilisation auch in den Aufgabenbereich eines Bevollmächtigten in Gesundheitsangelegenheiten fallen kann.<sup>780</sup> Man könnte lediglich erwägen, die Vollmacht den in § 1905 BGB normierten Entscheidungsdirektiven zu unterstellen.<sup>781</sup> Diese Problematik wird jedoch kaum praktische Relevanz haben, da sie sich regelmäßig nur bei schon von Geburt an Entscheidungsunfähigen stellt, für die eine Vorsorgevollmacht ausscheidet.<sup>782</sup>

## 3. Organspende

Nach § 8 TPG ist eine Organentnahme bei lebenden Organspendern nur zulässig, wenn der volljährige und einwilligungsfähige Spender nach besonderer Aufklärung einwilligt. Eine gesetzliche Stellvertretung bei der Einwilligung einwilligungsunfähiger Spender ist nicht vorgesehen.<sup>783</sup> Dies folgt aus dem Umstand, dass sich die Behandlung am objektiven Wohl des Betreuten und nicht an dem eines Dritten auszurichten hat (§ 1904 I BGB).<sup>784</sup> Ob es im Einzelfall eine Ausnahme für nahe stehende Familienmitglieder gibt, d.h. eine Organspende im Einzelfall dem (objektiven) Wohl des Betreuten entspre-

---

<sup>779</sup> So Staudinger/Bienwald, § 1904 Rn. 69.

<sup>780</sup> So im Ergebnis auch Walter, S. 240.

<sup>781</sup> Sachsen-Gessaphe, S. 277.

<sup>782</sup> Walter, S. 240 FN 646.

<sup>783</sup> Walter, FamRZ 1998, 201, 204. Für das Recht vor dem TPG AG Mölln FamRZ 1995, 188.

<sup>784</sup> Soergel/Zimmermann, § 1904 Rn. 43.

chen kann, wird nicht einheitlich beantwortet.<sup>785</sup> Die Zulassung der gesetzlichen Vertretung scheitert also an der objektiven Definition des Betreutenwohls. Im Gegensatz hierzu stellt im Rahmen der Vorsorgevollmacht der Betroffene selbst die Kriterien für sein Wohl auf. Die Organentnahme fördert zwar nicht sein körperliches Wohlbefinden. Sie beschränkt sich jedoch auf solche Organe, die sich wieder bilden oder auf die der lebende Organismus, ohne nennenswerte Schäden davon zu tragen, verzichten kann.<sup>786</sup> § 8 I Nr. 1 c TPG schreibt ausdrücklich vor, dass der Spender über das Operationsrisiko hinaus nicht gefährdet oder über die unmittelbaren Folgen der Entnahme hinaus gesundheitlich schwer beeinträchtigt werden darf. Kann der Betroffene mit seiner Organspende nun eine ihm nahe stehende Person retten und will er dies auch, so überwiegt sein Rettungswille sein gesundheitliches Interesse, ein verzichtbares Organ behalten zu wollen. Er kann aus diesem Grunde grundsätzlich seine Vertrauensperson auch dazu berechtigen, in eine Organspende einzuwilligen.<sup>787</sup>

#### 4. Humanexperimente

Die besondere Problematik der medizinischen Forschung an nicht einwilligungsfähigen Personen<sup>788</sup> ist in einigen Spezialgesetzen geregelt. Zwei Grundvorschriften bestimmen die Rechtslage.

##### a. Klinische Prüfung, § 40 AMG

Die klinische Prüfung eines Arzneimittels umfasst grundsätzlich jeden Medikamententest am Menschen. Sie reicht von der Pilotstudie über den therapeutischen Versuch mit wenigen Patienten bis zur klinisch kontrollierten Studie.<sup>789</sup> Gemäß § 40 I 3 Nr. 3 b, II 1 Arzneimittel-

---

<sup>785</sup> Befürwortend Soergel/Zimmermann, § 1904 Rn. 43; Winkler-Wilfurth, S. 69; a.A. Staudinger/Bienwald, § 1904 Rn. 40; MüKo/Schwab, § 1904 Rn. 52; Walters, FamRZ 1998, 201, 203.

<sup>786</sup> Edelmann, VersR 1999, 1065, 1065 ff.; Seidenath, MedR 1998, 253, 253.

<sup>787</sup> A.A. MüKo/Schwab, § 1904 Rn. 52; Walter, FamRZ 1998, 201, 204.

<sup>788</sup> Zum Meinungsstreit vor dem Zwölften Gesetz zur Änderung des Arzneimittelgesetzes vom 30. Juli 2004, siehe Taupitz, Zivilrechtliche Regelungen, Rn. D 225 ff.: vgl. auch Deutsch/Spickhoff, Rn. 649 ff.

<sup>789</sup> Deutsch in Deutsch/Lippert, AMG, § 40 Rn. 4.

telgesetz (AMG) darf sie bei Menschen – neben weiteren Voraussetzungen – nur durchgeführt werden, wenn die betroffene Person ihre Einwilligung hierzu schriftlich erteilt hat, nachdem sie durch einen Arzt über Wesen, Bedeutung und Tragweite der klinischen Prüfung aufgeklärt worden ist. Die Einwilligung ist nur wirksam, wenn die Person, die sie abgibt, geschäftsfähig und in der Lage ist, Wesen, Bedeutung und Tragweite der klinischen Prüfung einzusehen und ihren Willen hiernach zu bestimmen, § 40 I 3 Nr. 3 a AMG; sie ist jederzeit widerruflich (§ 40 II AMG). Stellvertretende Einwilligung ist bei volljährigen Personen nicht vorgesehen, sondern nur bei minderjährigen, sofern das zu prüfende Arzneimittel zum Erkennen und Verhüten von Krankheiten bei Minderjährigen bestimmt ist (§ 40 IV Nr. 1 AMG).

Die Bedeutung dieser Norm liegt in der Förderung der klinischen Forschung und der Fernhaltung des Marktes von unwirksamen und gefährlichen Arzneimitteln.<sup>790</sup> D.h., dass der individuelle Heilungszweck vom primär generellen und abstrakten Forschungsinteresse verdrängt wird.<sup>791</sup> Deswegen dürfen sie nach § 40 I 3 Nr. 2 AMG nur durchgeführt werden, wenn und solange die Risiken, die mit ihnen für die Person verbunden sind, bei der sie durchgeführt werden sollen, gemessen an der voraussichtlichen Bedeutung des Arzneimittels für die Heilkunde, ärztlich vertretbar sind. Die medizinische Vertretbarkeit ist durch eine Abwägung zu gewinnen.<sup>792</sup> Soweit es sich um gesunde Probanden handelt, ist deren Interesse am Gesundheitsschutz mit dem Fortschritt der Heilkunde zu vergleichen, was nur vorübergehende, erträgliche Belastungen zulässt; sofern es sich um Patienten handelt, ist in die Abwägung die Schwere der Erkrankung und die Besserungserwartung einzubeziehen.<sup>793</sup>

Da der Körper und die Gesundheit des Betroffenen nicht im Vordergrund stehen, entsprechen solche Experimente nicht dem eigentlichen Sinn und Zweck einer Vorsorgevollmacht in Gesundheitsange-

---

<sup>790</sup> Deutsch, in Deutsch/Lippert, AMG, § 40 Rn. 1.

<sup>791</sup> Keller, MedR 1991, 11, 13; Winkler-Wilfurth, S. 69 f.; vgl. auch Taupitz/Fröhlich, VersR 1997, 911, 915.

<sup>792</sup> Keller, MedR 1991, 11, 15 f.

<sup>793</sup> Deutsch, in Deutsch/Lippert, AMG, § 40 Rn. 7.

legenheiten. Daher erscheint eine Ausnahme von der generellen Zulässigkeit gewillkürter Stellvertretung geboten.<sup>794</sup>

Etwas anderes gilt für Heilversuche i.S. des § 41 AMG.

## **b. Heilversuche, § 41 AMG**

Nach § 41 III Nr. 2 AMG ist eine klinische Prüfung von Arzneimitteln auch bei volljährigen, entscheidungsunfähigen Patienten auf der Grundlage der Einwilligung durch den gesetzlichen Vertreter oder Bevollmächtigten möglich. Grundvoraussetzung ist, dass der Betroffene an einer Krankheit leidet, zu deren Behebung das zu prüfende Arzneimittel angewendet werden soll. Sie darf also nur durchgeführt werden, wenn die Anwendung des zu prüfenden Arzneimittels nach den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft angezeigt ist, um das Leben des Kranken zu retten, seine Gesundheit wieder herzustellen oder seine Leiden zu erleichtern, § 41 III Nr. 1 AMG.

Heilversuche nach dieser Vorschrift dienen also in erster Linie der Genesung des Patienten. In diesem Fall kann eine Vertrauensperson, die rein zum Wohle des Betroffenen handelt, auch mit dieser Aufgabe beauftragt werden.<sup>795</sup> Das Gesetz lässt dementsprechend auch eine Bevollmächtigung zu.

## **5. Abbruch bzw. Verweigerung lebenserhaltender Maßnahmen**

Schließlich besteht Uneinigkeit darüber, ob ein stellvertretendes Handeln bei der Ablehnung bzw. dem Widerruf lebenserhaltender Maßnahmen möglich ist. Lehnt man hier eine Stellvertretung gänzlich ab,<sup>796</sup> bedeutet dies im Ergebnis, dem Arzt die alleinige Ent-

---

<sup>794</sup> Ähnlich Helmchen/Lauter, S. 60; im Ergebnis auch MüKo/Schwab, § 1904 Rn. 73; Staudinger/Bienwald, § 1904 Rn. 72; a.A. Elzer, MedR 1998, 122, 123 f.

<sup>795</sup> Zur Rechtslage vor dem Zwölften Gesetz zur Änderung des Arzneimittelgesetzes vom 30. Juli 2004, vgl. Elzer, MedR 1998, 122, 123 ff.; Helmchen/Lauter, S. 60; a.A. MüKo/Schwab, § 1904 Rn. 73; Staudinger/Bienwald, § 1904 Rn. 44, 72.

<sup>796</sup> So Staudinger/Bienwald, § 1904 Rn. 45 f.; ders. in: FamRZ 2002, 492, 493 f.; Seitz, ZRP 1998, 417, 421; a.A. Rudolf/Bittler, S. 36 Rn. 67; MüKo/Schwab, § 1904 Rn. 38; Hoß, S. 52 ff.



scheidungsbefugnis zu überlassen. So wird u.a. argumentiert, dass insbesondere bei eindeutig ermittelbaren Willen des Patienten – so durch Patientenverfügung – eine Stellvertretung nicht notwendig sei, da der Patient dann selbst eine Entscheidung getroffen habe.<sup>797</sup> Der Arzt darf nach derzeitiger Gesetzeslage jedoch nur in Notfällen für einen einwilligungsunfähigen Patienten handeln, wenn er die Einwilligung eines Betreuers oder Bevollmächtigten nicht rechtzeitig einholen kann.<sup>798</sup> Die Fälle der passiven Sterbehilfe gehören regelmäßig nicht zu diesen kritischen Situationen, so dass die alleinige Entscheidungsbefugnis des Arztes zumeist ausscheidet. Zwar wäre es bei Vorliegen einer isolierten Patientenverfügung, die die konkrete Situation erfasst, nicht erforderlich, einen Betreuer zu bestellen.<sup>799</sup> Denn nach § 1896 II 2 BGB kann er durch andere Hilfen ersetzt werden. Eine solche „andere Hilfe“ stellt die Patientenverfügung dar. Der Grundsatz der Subsidiarität und der Erforderlichkeit gilt jedoch nicht für den gewillkürten Vertreter, § 1896 II BGB.<sup>800</sup> Entscheidend ist aber, dass der Vollmachtgeber trotz gleichzeitiger Errichtung einer Patientenverfügung seine Vertrauensperson in den Entscheidungsprozess mit einbeziehen möchte. Das Rechtsinstitut der Stellvertretung ist nicht dadurch ausgeschlossen, dass der wirkliche Wille des Patienten ermittelbar ist. Ist sein Wille in einer Patientenverfügung dokumentiert und als Richtlinie für den Stellvertreter gedacht, so nimmt der Bevollmächtigte gegenüber dem behandelnden Arzt die Position eines Kontrolleurs ein. Der Bevollmächtigte muss vom Arzt aufgeklärt werden und prüfen, ob die in der Patientenverfügung geregelte Situation mit der aktuellen übereinstimmt. Er reduziert sein Handeln nicht darauf, dem Arzt die Verfügung zu überreichen. Dies wird insbesondere dann deutlich, wenn sich die geregelte und die

---

<sup>797</sup> Staudinger/Bienwald, § 1904 Rn. 45 f.; ders. in: FamRZ 2002, 492, 493 f.

<sup>798</sup> Lipp, FamRZ 2004, 317, 320; MüKo/Schwab, § 1904 Rn. 38; Kutzer, ZRP 2000, 402, 403; so auch Staudinger/Bienwald, § 1904 Rn. 14.; vgl. auch Abschlussbericht der Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“ vom 10. Juni 2004, S. 45: „Hat der Patient in seiner Patientenverfügung bereits Entscheidungen getroffen, die ausdrücklich oder nach Auslegung der Patientenverfügung auf die konkrete Entscheidungssituation anwendbar sind, so bedarf es keiner Einwilligung des Vertreters in eine anstehende ärztliche Behandlung; die Aufgabe des Vertreters liegt dann ausschließlich in der Durchsetzung des Patientenwillens.“

<sup>799</sup> So Eisenbart, S. 229 ff.; Bienwald, FamRZ 2002, 492, 493; Roth, JZ 2004, 494, 494.

<sup>800</sup> A.A. Eisenbart, S. 229 f.

eingetragene Situation unterscheiden. Das Ergebnis der Prüfung und die hierauf beruhende Entscheidung stellt daher stets eine eigene Willenserklärung des Handelnden dar.<sup>801</sup> Insbesondere zu beachten ist, dass die private Vorsorgeverfügung im Gesundheitsbereich gerade die Fälle der passiven Sterbehilfe regeln sollen. Aufgrund der unbefriedigenden Situation mit Patientenverfügungen wurde erst das Rechtsinstitut der Vorsorgevollmacht in Gesundheitsangelegenheiten entwickelt.<sup>802</sup> Der Bevollmächtigte soll also vor allem zum Widerruf bzw. Verweigerung lebenserhaltender Maßnahmen berechtigt sein.

## **6. Zusammenfassung**

Zusammenfassend kann man feststellen, dass dem Bevollmächtigten alle Aufgaben der Gesundheitsfürsorge übertragen werden können mit Ausnahme der klinischen Prüfung nach § 40 AMG.

## **II. Rechtslage bei der Treuhand**

Die Frage nach den Grenzen der privaten Vorsorgeverfügung stellt sich im Rahmen der Treuhand in anderer Weise als bei der Vollmacht. Hier ist nicht danach zu fragen, ob die Entscheidung über eine bestimmte medizinische Maßnahme übertragen werden kann oder nicht. Denn als Inhaber des Rechts am Körper des Treugebers hat der Treuhänder grundsätzlich die gleichen Befugnisse, wie sie der Treugeber hätte, wäre er selbst noch handlungsfähig.<sup>803</sup> Es ist vielmehr zu prüfen, ob die einzelnen Maßnahmen regelmäßig dem Willen eines Patienten widersprechen und daher nur vorgenommen werden dürfen, wenn er seinen Treuhänder ausdrücklich dazu berechtigt hat. D.h., möchte der Treuhänder in eine solche fragliche Maßnahme einwilligen, muss er seine Entscheidung ausreichend begründen. Gelingt ihm dies nicht, so ist davon auszugehen, dass der Betroffene diese Maßnahme nicht wollte. Die Maßnahme darf

---

<sup>801</sup> Dies übersehend, Hoß, S. 54; anscheinend auch die Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“, Abschlussbericht vom 10. Juni 2004, S. 42 ff.

<sup>802</sup> Siehe oben S. 28 und S. 36 ff.

<sup>803</sup> Siehe S. 15 ff.

dann nicht durchgeführt werden, keineswegs ist aber nun ein Betreuer zu bestellen!

Diese fraglichen Maßnahmen betreffen den Schwangerschaftsabbruch, die Sterilisation, die Organspende, den Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen und die Humanexperimente mit Ausnahme des Heilversuches gemäß § 41 AMG. Sie stellen nämlich regelmäßig Eingriffe dar, die nicht der Heilbehandlung des Patienten dienen. Deswegen kann man nicht selbstverständlich davon ausgehen, dass sie stets dem Willen eines Patienten entsprechen, es sei denn, er hat dies ausdrücklich bekundet. Im Einzelfall kann auch ein Schwangerschaftsabbruch der Gesundheit der Schwangeren dienen, so dass hier eine weitere Ausnahme zu machen ist.

Für die besagten Maßnahmen gilt mithin eine widerlegbare Vermutung, dass sie nicht durchgeführt werden sollen.

Ergreift der Arzt die medizinische Maßnahme, stellt sich ferner die Frage, ob der rechtsgeschäftlich autorisierte Handelnde gegenüber dem Betroffenen Zwang ausüben darf. Die Übertragung der Befugnisse in Gesundheitsangelegenheiten auf eine Vertrauensperson sagt nämlich noch nichts darüber aus, inwieweit der Betroffene ihr auch die Bestimmungsbefugnisse über seine persönliche Freiheit übertragen hat. Diese gleiche Problematik taucht auch im Rahmen der Betreuung auf.<sup>804</sup> Hier hat der BGH entschieden, dass medizinische Behandlungen gegen den natürlichen Willen eines einwilligungsunfähigen Betreuten mangels gesetzlicher Grundlage unzulässig sind.<sup>805</sup> Ob das gleiche für das rechtsgeschäftlich autorisierte Handeln gilt, bleibt zu klären. Im Vorfeld ist aber bereits darauf hinzuweisen, dass die für den Betreuer evtl. bestehenden Begrenzungen aus den tangierten Grundrechten kaum auf den rechtsgeschäft-

---

<sup>804</sup> Übersicht der verschiedenen Meinungen, siehe MüKo/Schwab, § 1904 Rn. 18 f.

<sup>805</sup> Siehe BGH, FamRZ 2001, 149 ff; a.A. Taupitz, Gutachten zum 63. DJT, S. A, S. 73; vgl. auch BT-Drucks. 11/4528 S. 72, 141; ähnlich Frost, S. 72; Jürgen/Kröger/Marschner/Winterstein, Rn. 155; Schweitzer, FamRZ 1996, 1317, 1324; Bienwald § 1904 Rn. 2; OLG Hamm, FamRZ 2000, 115, 117 ff (aufgehoben durch BGH FamRZ 2001, 149); Soergel/Zimmermann § 1904 Rn. 16; HK-BUR/Rinck Vor § 1904 Rn. 19; eine Orientierung an § 1906 I BGB, § 70 g V 2 FGG vertritt auch Schweitzer FamRZ 1996, 1317, 1324.

lich Autorisierten übertragbar sind, da dieser als privatautonom bestellter Fürsorger nicht Adressat der Grundrechtsbindung ist.<sup>806</sup>

## **B. Ausübung von Zwang**

Im Gesetz findet sich keine ausdrückliche Regelung zu dieser Problematik. Die §§ 1904 II, 1906 V BGB bringen jedoch zum Ausdruck, dass eine Zwangsausübung durch einen rechtsgeschäftlich Autorisierten nicht gänzlich ausgeschlossen ist. Diese Vorschriften lassen nämlich nicht nur eine Vollmacht für die Einwilligung zu Eingriffen in personenbezogene Rechte ausdrücklich zu, sondern erkennen darüber hinaus eine tatsächliche Bestimmungsbefugnis über den Betroffenen an. Denn § 1906 V BGB, nach dem der Bevollmächtigte den Betroffenen sowohl freiheitsentziehend unterbringen, als auch anderen freiheitsentziehenden Maßnahmen zustimmen kann, setzt eine entsprechende Bestimmungsbefugnis des Bevollmächtigten voraus.

Der Gesetzesentwurf des Bundesrates zur Änderung des Betreuungsrechts – BT-Drucks. 15/2494 – enthält eine Regelung zur zwangsweisen Zuführung zur ambulanten ärztlichen Behandlung. Bedauerlicherweise soll nach der Stellungnahme der Bundesregierung und der Anhörung des Rechtsausschusses diesem Vorschlag nicht gefolgt werden.<sup>807</sup>

Ausübung von Zwang bedeutet in diesem Zusammenhang lediglich die Überwindung eines vom „natürlichen Willen“ des Einwilligungsunfähigen getragenen Widerstandes, eines tatsächlichen Verhaltens. Dieser „natürliche“ Wille steht im Gegensatz zu dem „rechtlichen“ Willen eines Mündigen. Für die Beantwortung der aufgeworfenen Frage kommt es entscheidend auf den „rechtlichen“ Willen des Betroffenen an, da er grundsätzlich rechtlich anzuerkennen und zu beachten ist.<sup>808</sup> Hat nun der Betroffene eigenverantwortlich seiner Vertrauensperson personale Bestimmungsbefugnisse übertragen, so liefern sie leer, wenn sie nach Eintritt seiner Entscheidungsunfähigkeit

---

<sup>806</sup> Sachsen-Gessaphe, S. 278.

<sup>807</sup> BT-Drucks. 15/4874 (elektronische Vorabfassung), S. 58.

<sup>808</sup> Für die Betreuung siehe Lipp, S. 102 ff.; ders. in: BtPrax 2002, 47, 49; Schweitzer, FamRZ 1996, 1317, 1319 f.

nicht auch gegen seinen Widerstand durchgesetzt werden könnten.<sup>809</sup> Regelmäßig möchte der Betroffene vor einer Selbstschädigung in tatsächlicher Hinsicht geschützt werden. Denn seine medizinische Versorgung ist nicht schon dadurch gesichert, dass der autorisiert Handelnde gegen seinen „natürlichen“ Willen den Behandlungsvertrag abschließt und in die Behandlung einwilligt. Er muss notfalls auch gezwungen werden, die Behandlung zu dulden.<sup>810</sup> Die Zwangsausübung findet nur dort ihre Grenze, wo die Überwindung des Widerstandes zur Verletzung seiner körperlichen Integrität führen würde. Die antizipierte Einwilligung in einen ärztlichen Eingriff beinhaltet mithin gleichzeitig die antizipierte Einwilligung in eine gegebenenfalls erforderliche Zwangsausübung. Letztere muss nicht ausdrücklich erklärt werden, sondern ist bereits Bestandteil der ersten. Insbesondere an Hand der Treuhand lässt sich dies verdeutlichen. Hier ist der Treuhänder Inhaber des Rechts am Körper des Betroffenen, welches das Selbstbestimmungsrecht am Körper mit umfasst. Sowohl die Einwilligung in einen ärztlichen Eingriff als auch die Einwilligung in eine Zwangsausübung zwecks Zuführung zu einer gewollten Maßnahme sind Ausdruck dieses Selbstbestimmungsrechts. In der Übertragung der Entscheidungsbefugnisse im Gesundheitsbereich ist mithin auch eine antizipierte Einwilligung des Rechtsgutsinhabers in eine zwangsweise Zuführung zu medizinischen Maßnahmen zu sehen.<sup>811</sup> Sie beruht auf einer einvernehmlichen Regelung und bedarf daher nicht der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung.<sup>812</sup> Ein Verzicht auf die eigenen Handlungsmöglichkeiten ist hierin nicht zu sehen, da diese Befugnisse nur für die Zeit nach Eintritt der Handlungsunfähigkeit gelten. Anderenfalls würde man das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen missachten. Da vor der Anwendung von Zwang stets der behandelnde Arzt zugegen sein wird, bedarf es keiner weiteren Kontrollinstanz, um dem Betroffenen vor Schäden zu schützen.

---

<sup>809</sup> Sachsen-Gessaphe, S. 278; ähnlich MüKo/Schwab, § 1904 Rn. 76; Hoffmann/Klie, S. 17; vgl. zur Betreuung auch Winkler-Wilfurth, S. 57.

<sup>810</sup> Palandt/Diederichsen, § 1904 Rn. 3; a.A. Schumacher, FamRZ 1991, 280, 281; Marschner, Recht und Psychiatrie 1995, 138, 140; Hennies, MedR 1999, 341, 344; zur Betreuung siehe Lipp, BtPrax 2002, 47, 49; Dammrau/Zimmermann/Dammrau, § 1904 Rn. 3; Erman/Roth, § 1904 Rn. 29.

<sup>811</sup> Lipp, S. 206; Sachsen-Gessaphe, S. 278.

<sup>812</sup> A.A. Lipp, S. 206.

Die Einschaltung des Gerichts stellt für die Konzeption der Eigenfürsorge grundsätzlich ein Systembruch dar.<sup>813</sup> Es ist daher zu fragen, ob der Betroffene seine Vertrauensperson auch von einer gesetzlich vorgesehenen vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungspflicht befreien kann.

## **C. Befreiung von vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungspflicht<sup>814</sup>**

Dem Betroffenen die Möglichkeit zur Befreiung von der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungspflicht zu geben, erscheint aus mehreren Gründen angebracht.<sup>815</sup>

### **I. Aufgabe des Vormundschaftsgericht**

Nach §§ 1904 II 1 i.V.m. I, 1908 i, 1837 II 1 BGB ist das Vormundschaftsgericht bei der Kontrolle des rechtsgeschäftlich Autorisierten allgemein auf die Prüfung beschränkt, ob er gegen seine Pflichten verstößt, d.h. rechtswidrig handelt oder das Wohl des Betroffenen gefährdet.<sup>816</sup> Das Vormundschaftsgericht trifft also keine eigene Entscheidung, sondern prüft lediglich, ob die vorgesehene Entscheidung des rechtsgeschäftlich Autorisierten rechtlich zulässig ist.<sup>817</sup> In diesem Rahmen hat es vor allem festzustellen, ob sich dessen Entscheidung im Rahmen der Vorsorgeverfügung bewegt. Betrachtet man das vormundschaftsgerichtliche Genehmigungserfordernis daher lediglich als verfahrensrechtliche und nicht als materielle Beschränkung der Patientenautonomie, ja sogar als deren Förderung,<sup>818</sup> wäre die konsequente Schlussfolgerung, dem Betroffenen

---

<sup>813</sup> Staudinger/Bienwald, Vorbem zu §§ 1904-1907, Rn. 2; Perau, MittRhNotK 1996, 285, 300.

<sup>814</sup> Ausführlich zur analogen Anwendung des § 1904 im Falle der passiven Sterbehilfe, Hoß, S. 47 ff.

<sup>815</sup> BGH, NJW 2005, 2385; auch die Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“ hält eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung für entbehrlich, Abschlussbericht vom 10. Juni 2004, S. 43, 49; vgl. auch Hennies, MedR 1999, 341, 342 ff.

<sup>816</sup> Vgl. zur Betreuung, Lipp, S. 159.

<sup>817</sup> Lipp, S. 159; Berger, JZ 2000, 797, 804; Kutzer, ZRP 2000, 402, 403.

<sup>818</sup> Lipp, S. 56 f.

auch die Entscheidung hierüber zu belassen, ob er diese Förderung annehmen oder lieber darauf verzichtet möchte.<sup>819</sup> Er ist nämlich Herr über die Vorsorgeverfügung und bestimmt autonom Reichweite und Kontrolle. Insbesondere aber lässt sich das Sicherheitsbedürfnis rein privatautonom gestalten.<sup>820</sup> Vor diesem Hintergrund erscheint bereits eine verfahrensrechtliche Einschränkung der Patientenautonomie als nicht verhältnismäßig und daher rechtswidrig. Denn eine Rechtfertigung für den Eingriff in das grundrechtlich geschützte Selbstbestimmungsrecht allein im Schutzbedürfnis zu sehen, reicht mangels Erforderlichkeit nicht aus.<sup>821</sup>

Mit Einführung des vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungsvorbehalts unterscheidet sich die private Handlungsorganisation im Gesundheitsbereich nicht mehr von der Betreuung und verliert daher an Attraktivität.<sup>822</sup> Denn gerade die Vermeidung staatlicher Einmischung möchte der Betroffene mit seiner privaten Vorsorge erreichen. Sollte man die Genehmigungspflicht aus diesen Gründen nicht gänzlich für überflüssig halten, wäre der Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht nur dann gerechtfertigt, wenn der Betroffene seine privaten Schutzmechanismen als unzureichend betrachtet und eine gerichtliche Überprüfung befürwortet. Ist dies jedoch nicht der Fall, so muss er seine Vertrauensperson von einer solchen Genehmigungspflicht befreien dürfen.

Zudem ist zweifelhaft, ob die Einschaltung des Gerichts nicht doch die Gefahr in sich birgt, das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen auch in materieller Hinsicht zu beschränken.<sup>823</sup>

---

<sup>819</sup> Berger, JZ 2000, 797, 804; Perau, MittRhNotK, 281, 300; nur unter der Voraussetzung einer Gesamtvertretung oder Doppelbevollmächtigung, Walter, FamRZ 1999, 685, 690; a.A. Lipp, S. 56 f., 200 ff.; Pardey, Rn. 71, 255 f.; Albrecht/Albrecht, MittBayNot 2003, 348, 352; MüKo/Schwab, § 1904 Rn. 72.

<sup>820</sup> Perau, MittRhNotK, 281, 300; Eisenbart, S. 227; Sachsen-Gessaphe, S. 274 f.; befürwortend auch Kutzer, ZRP 2000, 402, 404; siehe insbesondere unten S. 202.

<sup>821</sup> Zum Grundrechtsschutz gegen sich selbst im Privatrecht siehe Singer, JZ 1995, 1133, 1134 ff.

<sup>822</sup> Uhlenbruck, ZRP 1998, 46 ff.; Müller, DNotZ 1999, 107, 120.

<sup>823</sup> Vgl. Stellungnahme des Vormundschaftsgerichtstags, BtPrax 1997, 144, 147.

## II. Einschränkung der Patientenautonomie in materieller Hinsicht

Im Rahmen des Genehmigungsverfahrens erfolgt eine an § 1904 I BGB ausgerichtete Prüfung. Das Vormundschaftsgericht ist hierbei materiell auf das Wohl des Betroffenen verpflichtet.<sup>824</sup> Es wird sich daher an die Maßgabe des § 1901 III BGB halten. Danach geht zwar grundsätzlich der Wunsch des Betroffenen vor. Diese Pflicht erfährt jedoch dort ihre Grenzen, wo das subjektiv bestimmte mit dem objektiv verstandenen Wohl kollidiert. So hat das Vormundschaftsgericht die Chancen und Risiken der ins Auge gefassten Behandlung unter Einschaltung von Sachverständigen gegeneinander abzuwägen.<sup>825</sup> Da es sich im Zweifel an der Stellungnahme des ärztlichen Gutachtens orientieren wird, entscheidet letztendlich nicht der Patient, sondern der Arzt über die Vornahme oder Ablehnung medizinischer Maßnahmen.<sup>826</sup> Dies kann im Lichte der Patientenautonomie jedoch nicht förderungswürdig sein.

Aus genannten Gründen muss der Betroffene also seine Vertrauensperson von der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungspflicht befreien können.<sup>827</sup>

## D. Zusammenfassung

Zusammenfassend kann man feststellen, dass der Treuhänder in Gesundheitsangelegenheiten über die medizinischen Maßnahmen umfassend entscheiden darf. Für bestimmte Maßnahmen besteht lediglich die widerlegbare Vermutung, dass sie nicht dem Willen des Treugebers entsprechen. Um den Treugeber einer medizinischen Behandlung zuzuführen, darf und muss der Treuhänder sogar im Einzelfall Zwang ausüben, andernfalls könnte er diesen nicht vor einer Selbstschädigung schützen. Hierzu bedarf er nicht der vorherigen Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Auch in den gesetz-

---

<sup>824</sup> Lipp, S. 160; Schmidt/Böcker, S. 178 Rn. 440.

<sup>825</sup> MüKo/Schwab, § 1904 Rn. 75

<sup>826</sup> Uhlenbruck, ZRP 1998, 46 ff; Eisenbart, S. 224; vgl. auch Putz/Steldinger, S. 67.

<sup>827</sup> Die Anrufung der Gerichte stellt in den USA eine Ausnahme dar, vgl. Deutsch, NJW 2003, 1567, 1567 f.



lich vorgesehenen Fällen der Genehmigungspflicht kann der Treugeber ihn davon befreien.

Die umfassende Rechtsmacht des Treuhänders kann nur durch das Grundverhältnis, der Treuhandabrede, beschränkt werden. In diesem Zusammenhang kommt der Treuhandabrede eine herausragende Bedeutung zu.

## 7. Teil

### Die Treuhandabrede

#### A. Bedeutung der Treuhandabrede

Die Treuhandabrede ist zugleich, soweit wie hier Rechte von Treugeber auf den Treuhänder übertragen werden, die Causa für die Rechtsübertragung.<sup>828</sup> Beim Verhältnis der obligatorischen Treuhandabrede zum Verfügungsgeschäft handelt es sich nicht um dasjenige von obligatorischen Versprechen und Erfüllung (Leistung), sondern vielmehr erhält der Treuhänder das Treugut „zur Ausführung“ des ihm erteilten und von ihm angenommenen Auftrages.<sup>829</sup> Die Treuhandabrede bestimmt zugleich den Zweck und die Eigenart der Rechtsübertragung.<sup>830</sup> Sie hat somit eine herausragende Bedeutung für das Treuhandverhältnis. Nicht nur wird dem Treuhänder durch die internen Weisungen des Treugebers eine Orientierungshilfe gegeben, wie er sich im Falle des Fürsorgefalles zu verhalten und insbesondere zu entscheiden hat. Folgt er solchen Weisungen in „guter Treue“, so kann er nicht zur Verantwortung gezogen werden.<sup>831</sup> Vor allem aber gewährleistet die Treuhandabrede dem Treugeber Schutz vor Fehlritten seines Treuhänders. Denn mit Vereinbarung der auflösenden Bedingung des Rechtsmissbrauchs erfolgt eine dingliche Bindung der übertragenen Handlungsmacht an diese Abrede.

#### B. Die Patientenverfügung als Inhalt der Treuhandabrede

Die Treuhandabrede kann je nach dem, ob sie unentgeltlich oder entgeltlich ausgestaltet ist, ein Auftragsverhältnis nach § 667 BGB oder ein Geschäftsbesorgungsvertrag nach § 675 BGB sein.<sup>832</sup> Regelmäßig wird der Treuhänder in diesem höchstsensiblen Bereich

---

<sup>828</sup> Coing, S. 108.

<sup>829</sup> Vgl. § 667 BGB.

<sup>830</sup> Coing, S. 107.

<sup>831</sup> Coing, S. 146.

<sup>832</sup> H-J. Bülow, S. 4.

keine Entlohnung verlangen.<sup>833</sup> Da es hier um die Sicherstellung der Patientenautonomie bei Verlust der Entscheidungsfähigkeit des Patienten geht, verlangt die hier vertretene Auffassung, dass der Inhalt der Treuhandabrede aus einer Patientenverfügung besteht. Ähnlich dem kalifornischen Modell<sup>834</sup> wird der Betroffene somit gezwungen, über Fragen der Aufrechterhaltung oder des Abbruchs lebensverlängernder Behandlungsmaßnahmen und ähnliches nachzudenken. Auf diese Weise wird gewährleistet, dass der Treugeber sich umfassend mit seinem eigenen Vorsorgefall auseinandersetzt. In der Praxis kommt es nämlich nicht selten vor, dass der Betroffene es versäumt, seiner Vertrauensperson genaue Aufträge zu erteilen. Einer der wesentlichen Gründe hierfür liegt darin, dass er dies nicht für erforderlich oder für nicht angemessen hält. Denn entweder möchte er seiner Vertrauensperson nicht zu enge Grenzen setzen oder das Vertrauen nicht gefährden.<sup>835</sup> Wird aber das Verfassen einer Patientenverfügung zur gesetzlichen Pflicht im Rahmen der privaten Vorsorgeverfügung ausgestaltet, kann man diesem Versäumnis effektiv entgegengewirkt, ohne dass das Vertrauensverhältnis belastet wird.

## **I. Gesetzlicher Ansatz in § 1904 II 2 BGB**

Diese zwingende Kombination von rechtsgeschäftlich autorisiertem Handeln und Patientenverfügung findet auch im Gesetz ihren Ansatz. Das in § 1904 II 2 BGB geregelte konkrete Formerfordernis zwingt den Betroffenen dazu, sich zumindest mit der Frage auseinanderzusetzen, ob er seiner Vertrauensperson nur zu Einwilligungen in einfache medizinische Maßnahmen bevollmächtigen oder ihn darüber hinaus auch zu risikoreichen Maßnahmen legitimieren möchte. Indem er dadurch den Umfang der Vollmacht festlegen soll, bestimmt er ansatzweise auch darüber, welche medizinischen Maßnahmen überhaupt an seinem Körper stattfinden dürfen. Dies aber ist auch Inhalt einer Patientenverfügung, mag sie auch regelmäßig ihren Schwerpunkt auf die Beschränkung lebenserhaltender Maßnahmen legen. Zwar ist die gesetzliche Ausgestaltung des § 1904 II

---

<sup>833</sup> Siehe bereits S. 156.

<sup>834</sup> Siehe oben S. 36 f.

<sup>835</sup> Heynitz, MittBayNot 2003, 348, 349.

2 BGB in rechtsdogmatischer Hinsicht abzulehnen,<sup>836</sup> jedoch ist der hinter diese Vorschrift stehende Schutzgedanke zu befürworten. Denn der Übereilungsschutz würde durch ein reines Schriftformerfordernis in diesem höchstpersönlichen Bereich nicht erreicht werden.<sup>837</sup>

Auch in der Literatur wird eine Kombination von Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung als sinnvoll erachtet,<sup>838</sup> wenn auch nicht in rechtstechnisch verbundener Weise wie hier vorgeschlagen. Denn gerade diese Kombination erst stellt eine geeignete Alternative zur Betreuung dar, indem sie einen umfassenden Schutz des Betroffenen gewährleistet.

Dieser Schutz ist jedoch erst dann vollkommen und umfassend, wenn die Patientenverfügung allgemein rechtsverbindlichen Charakter aufweist. Die Auseinandersetzung mit dieser Frage gewinnt insbesondere Bedeutung für die Haftung des Treuhänders bei Pflichtverletzungen. Hätte die Patientenverfügung nur Indizwirkung für den mutmaßlichen Willen des Patienten, so wäre der Treuhänder im Innenverhältnis zwar grundsätzlich gebunden. Bei Pflichtverletzung würde er auch im Außenverhältnis automatisch seine Handlungskompetenz verlieren. Gleichwohl könnte er sanktionslos vom Patientenwillen abweichen, wenn dies das objektiv verstandene Wohl des Betroffenen oder sonstige zwingende Gründe es gebieten würden.<sup>839</sup> Ist die Patientenverfügung jedoch als aktueller und wirklicher Wille des Betroffenen verbindlich, so schließt sie grundsätzlich jede andersgerichtete Entscheidung aus.<sup>840</sup> Mithin kann vorliegende Problematik nicht mit dem Argument beendet werden, dass es gleichgültig sei, ob die Patientenverfügung unmittelbar als der aktuelle und

---

<sup>836</sup> siehe bereits S. 152.

<sup>837</sup> Heyers, S. 170.

<sup>838</sup> Perau, MittRhNotK 1996, 285, 298; Baumann/Hartmann, DNotZ 2000, 594, 603, 604; A.Langenfeld, S. 183 f.; Milzer, NJW 2003, 1836, 1837; Hoß, S. 31; Lipp, BtPrax 2003, 47, 53.

<sup>839</sup> Vgl. für die Vertretung Keilbach, FamRZ 2003, 969, 978; für die Betreuung, siehe MüKo/Schwab, § 1904 Rn. 21.

<sup>840</sup> Vgl. für die Vertretung MüKo/Schwab, § 1904 Rn. 21.

wirkliche Wille des Patienten oder aber als Indiz seines mutmaßlichen Willens die Ärzte binde.<sup>841</sup>

## II. Rechtsverbindlichkeit der Patientenverfügung

Die Frage nach der Rechtsverbindlichkeit der Patientenverfügung war vor der Entscheidung des BGH vom 17.3.2003<sup>842</sup> heftig umstritten und scheint es zumindest in ihren Voraussetzungen weiterhin zu bleiben.<sup>843</sup>

Bisher wurde diese Frage vor allem unter strafrechtlichen Gesichtspunkten behandelt, eng verknüpft mit der Beurteilung der Sterbehilfe.<sup>844</sup> Inzwischen bildet jedoch die zivilrechtliche Seite<sup>845</sup> der Bedeutung der Patientenverfügung den Schwerpunkt der Judikatur.

### 1. Bisherige Literaturmeinungen

In der Literatur hat sich bislang keine herrschende Meinung herausgebildet. Im rechtswissenschaftlichen und medizinischen Schrifttum wird teilweise vertreten, eine an den Arzt gerichtete Patientenverfügung binde ihn nicht. Vielmehr habe sie nur eine bedeutende Indizfunktion für die Ermittlung des letztlich entscheidenden mutmaßlichen Willens des Patienten zu dem Zeitpunkt, zu dem über die Durchführung einer lebenserhaltenden oder lebensverlängernden Behandlung entschieden werden muss.<sup>846</sup> Demgegenüber sieht eine

---

<sup>841</sup> So aber Uhlenbruck/Laufs in HdB Arztrecht, § 58 Rn. 9; ders. in: Selbstbestimmtes Sterben, S. 311 f.; Verrel, MedR 1999, 547, 548; Roth, JZ 2004, 494, 497; ähnlich Erman/Holzhauser, § 1901 a Rn. 6 f.

<sup>842</sup> NJW 2003, 1588.

<sup>843</sup> Siehe unten S. 178.

<sup>844</sup> Vgl. Albrecht/Albrecht, MittBayNot 2003, 348, 348.

<sup>845</sup> Vgl. Scheffen, ZRP 2000, 313, 313.

<sup>846</sup> Deutsch, NJW 1979, 1905, 1909; Deutsch/Spickhoff, Rn. 513 ff.; Spann, MedR 1983, 13 ff.; Dölling, MedR 1987, 6, 9; Füllmich, NJW 1990, 2301, 2302; Laufs, Arztrecht, 5. Aufl., Rn. 292 f.; ders. in: NJW 1996; 763; Riegel, in: Reithmann/Albrecht, Rn. 1217; eingehend Rieger, S. 86 ff.; H. Rieger, DMW 1999, 945, 946; Kutzer, MDR 1985, 710, 715; Weißbauer/Opderbecke, MedR 1995, 456, 459; Eser, in: Auer/Menzel/Eser, 75, 113; Ulsenheimer in HdB Arztrecht, § 139 Rn. 54; Frost, S. 52; Tröndle/Fischer, 49. Auflage, Vorb. § 211 Rn 18; Schreiber, NSTZ 1986, 337, 341 f.; ders. in: FS Deutsch, S. 773, 781 f. Rickmann, S. 145 ff.;

schon seit einigen Jahren vordringende Gegenansicht den in der Patientenverfügung geäußerten Willen als strikt verbindlich für Arzt, Pflegepersonal und Vertreter an, auch mit der Folge, dass dessen Missachtung eine Körperverletzung darstelle.<sup>847</sup> Eine dritte Ansicht schreibt der Patientenverfügung höchstens relative Bindungswirkung zu. Danach sei die Verfügung nur dann verbindlich, wenn die in der Patientenverfügung antizipierte Situation identisch ist mit derjenigen, die in der behandelungserfordernden Situation tatsächlich vorliegt.<sup>848</sup> Zudem müsse sicher feststehen, dass der Patient nicht zwischenzeitlich seine Entscheidung geändert habe.<sup>849</sup> Schließlich wird sie teilweise als gänzlich unbeachtlich angesehen.<sup>850</sup>

## 2. Wirksamkeitsvoraussetzungen der Patientenverfügung

Die Verbindlichkeit jeder Patientenverfügung setzt zunächst ihre Wirksamkeit voraus. Ebenso wie die rechtfertigende Einwilligung stellt sie eine selbständige Behandlungsanweisung an den Arzt dar, die Art und Umfang einer möglichen Behandlung festlegt. Deswegen sind für beide Rechtsfiguren grundsätzlich die gleichen Vorausset-

---

Esch, S. 16; A.Langenfeld, S. 182; Helmchen/Lauter, S. 55; nicht eindeutig, Friedrichs, MDR 1992, 5, 6.

<sup>847</sup> Uhlenbruck, NJW 1978, 566, 568 f.; MedR 1983, 16 ff.; MedR 1992, 134, 137 ff.; NJW 1996, 1583; ders. in: Selbstbestimmtes Sterben, S. 308 ff.; Taupitz, Gutachten zum 63. DJT, S. A 105 ff.; Höfling, JuS 2000, 111, 115; Sternberg-Lieben, NJW 1985, 2734, 2738; Coeppicus, NJW 1998, 3381, 3384; A.Langenfeld, S. 181 f.; Schöllhammer, insb. S. 147 ff.; Saliger, KritV 1998, 118, 138; ders. in: JuS 1999, 19; Hiersche, MedR 1987, 83, 84; Zöllner, ZRP 1999, 317, 319; Kuhlmann, S. 202 f.; Eisenbart, S. 47 ff.; Seitz, ZRP, 420; Röver, S. 79 ff.; Baumann/Hartmann, DNotZ 2000, 594, 606 ff.; Berger, JZ 2000, 797, 800, 801; Palandt/Diederichsen, Einf. v § 1896 Rn. 9; Schönemann, VersR 1981, 306 ff, 309; Lipp, BtPrax 2002, 47, 48 f.; ders. in: FamRZ 2004, 317, 320; Hahne, FamRZ 2003, 1620; vgl. auch die Medizinisch-Ethischen Richtlinien für die Betreuung sterbender und cerebral schwerstgeschädigter Patienten der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften v.24.2.1995, NJW 1996, 767, 768 Ziff. I 3.4; Heyers, S. 136 ff., 140; MüKo/Schwab, § 1904 Rn. 21.

<sup>848</sup> Hirsch, FS Lackner, S. 597, 604; MüKo/Mertens, § 823 Rn 450; Esch, S. 17; Sternberg-Lieben, NJW 1985, 2736; Dröge BtPrax 1998, 199, 203.

<sup>849</sup> Opderbecke, MedR 1985, 23, 26; MüKo/Mertens, § 823 Rn. 450; MüKo/Schwab, § 1904 Rn. 15; 22; Deutsch/Spickhoff, Rn. 514; Kaiser, S. 68 f, 72; Rethmann, S. 68 ff.

<sup>850</sup> Meier, BtPrax 1996, 161, 163; Opderbecke, MedR 1985, 23, 26; Jürgens, § 1901 Rn. 9; Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein, Rn. 170.

zungen maßgebend,<sup>851</sup> es sei denn es ergibt sich für die Patientenverfügung aufgrund der Antizipation der Behandlungsanweisung insbesondere zur passiven Sterbehilfe etwas anderes.

Welche Wirksamkeitsvoraussetzungen Anwendung finden, hängt entscheidend von der rechtlichen Einordnung der Behandlungsanweisungen ab. Gerade hierüber besteht hinsichtlich der rechtfertigenden Einwilligung Uneinigkeit. Vertreten werden die unterschiedlichsten Auffassungen, die von einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung<sup>852</sup> über geschäftsähnliche Handlung<sup>853</sup> bis hin zur bloßen, auf einem Willensentschluss beruhenden Realakt<sup>854</sup> gehen.

Dieser Streit verliert allerdings weitgehend dadurch an Schärfe, dass zum einen Einigkeit darüber herrscht, dass die rechtfertigende Einwilligung nicht der Einwilligung entspricht, die in den §§ 182 ff BGB geregelt ist<sup>855</sup>, und dass die Geschäftsfähigkeit des Betroffenen keine Wirksamkeitsvoraussetzung der Einwilligung ist.<sup>856</sup> Zum anderen differieren die Meinungen letztendlich hinsichtlich des Ergebnisses kaum von einander. So hat der BGH, der in der Einwilligung eine geschäftsähnliche Willensäußerung sieht, die Vorschriften über die Wil-

---

<sup>851</sup> Schöllhammer, S. 46; Deutsch, NJW 1982, 2585, 2585; Heyers, S. 108.

<sup>852</sup> Zitelmann, AcP 99 (1906), S. 1, 51; v. Tuhr, Allgemeiner Teil II/2, §§ 88 IV 4, S. 467 (allerdings mit Konzessionen an die heute h.A.); Planck, § 823 Anm. II 3, S. 977; Enneccerus/Nipperdey, AT II, S. 933; Kothe, AcP 185 (1985), S. 105, 115 ff.; MüKo/Schwab, § 1904 Rn. 4, 6; Soergel/Hefermehl, § 107 Rn. 19, 24; Schöllhammer, S. 38, 43 f., 147; Uhlenbruck, AcP 193 (1993), S. 487, 490; Mayer, S. 26 ff.; Eisenbart, S. 92; Heyers, S. 65 ff.

<sup>853</sup> Palandt/Heinrichs, Überbl. v. § 104 Rn. 6 ff., 8; Erman/Palm, Einl. § 104 Rn. 6; Medicus, BGB AT, Rn. 200; Th.Zimmermann, BWNotZ 1998, 101, 105; Röver, S. 86 f.; Teichmann, JA 1979, 293, 294; Köhler, JZ 1984, 18, 18; Rickmann, S. 138; Staudinger/Schäfer, § 823 Rn. 456, 458; Winkler-Wilfurth, S. 30 ff.; Deutsch/Spickhoff, Rn. 196; Niebling, MDR 1982, 193, 194; Belling FuR 1990, 68, 76; Helmchen/Lauter, S. 59.

<sup>854</sup> OLG Düsseldorf, FamRZ 1997, 904; Jauernig/Jauernig, Vor § 104 Rn. 24; Kern, NJW 1994, 753; als Verzicht auf Rechtsschutz qualifizierend: RGRK/Steffen, § 823 Rn. 377; Deutsch, Haftungsrecht, S. 185, Rn. 282.

<sup>855</sup> Vgl. BGHZ 29, 33, 36; Röver, S. 86; Frost, S. 2; Berger, JZ 2000, 797, 801; Keilbach, FamRZ 2003, 969, 973; Erman/Schiemann, § 823 Rn. 147; Eisenbart, S. 92.

<sup>856</sup> Schöllhammer, S. 92, 93; Eisenbart, S. 91; Heyers, S. 91 f.; Kothe, AcP 185 (1985), S. 105, 143 ff.

lenserklärungen auf die Einwilligung wiederholt analog angewandt.<sup>857</sup> Die Lehre von der Sonderkategorie<sup>858</sup> kommt im Wege des Abstellens auf den Schutzbereich des Gutes, auf das verzichtet wird, zum selben Ergebnis. Ferner räumen selbst die Vertreter der rechtsgeschäftlichen Natur der rechtfertigenden Einwilligung ein, dass eine schematische Anwendung der Regelungen über die Willenserklärungen dem grundgesetzlich garantierten Recht auf Selbstbestimmung zuwiderlaufen könnte.<sup>859</sup>

Die jeweiligen Vertreter der unterschiedlichen Auffassungen stimmen somit überein, dass alleine die rechtliche Einordnung als solche die Frage nach der Anwendbarkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen nicht abschließend zu lösen vermag.

Nichts anderes gilt für die rechtliche Qualifizierung der Einwillungsverweigerung bzw. –widerrufs und der Patientenverfügung als regelmäßiger Sonderfall der Behandlungsanweisung zu passiver Sterbehilfe,<sup>860</sup> mag deren Einordnung als Willenserklärungen schwer zu bestreiten sein.<sup>861</sup> Denn die Annahme eines Rechtsfolgewillens liegt hier ohne weiteres vor.

## **a. Entscheidungsfähigkeit**

### **aa. Grundsätzliche Entscheidungsfähigkeit**

Der Betroffene muss zum Zeitpunkt des Verfassens der Patientenverfügung entscheidungsfähig sein. Dies bedeutet, dass er die Fä-

---

<sup>857</sup> BGHZ 67, 48, 50; BGH NJW 1980, 1903; BGH VersR 1980, 676; BGH NJW 1989, 1792 ff.; Staudinger/Schäfer, § 823 Rn. 458; Palandt/Heinrichs, Überbl. vor § 104 Rn. 7; Soergel/Hefermehl, § 107 Rn. 19.

<sup>858</sup> Vgl. Deutsch, Haftungsrecht, S. 185 Rn. 282.

<sup>859</sup> Kothe, AcP 185, (1985)105, 120, 121 ff.; Flume, AT II, § 13 11a), S. 213; Soergel/Hefermehl, Vor § 116 Rn. 24; Gernhuber, FamRZ 1962, 89, 94; Schöllhammer, S. 45 ff.; Eisenbart, S. 96; Mayer, S. 32; Forkel, JZ 1974, 593, 595.

<sup>860</sup> So auch Roth, JZ 2004, 494, 496 ff.

<sup>861</sup> So auch Eisenbart, S. 125 ff, 172 ff.; Heyers, S. 74, 75; Schöllhammer, S. 47 ff.; Keilbach, FamRZ 2003, 969, 970; Baumann/Hartmann, DNotZ 2000, 594 ff.; Berger, JZ 2000, 797, 800; Palandt/Diederichsen, Einf. v. § 1896 Rn. 9; ders. in: FS Schreiber, S. 635, 648; Lipp, FamRZ 2004, 317, 320; Hahne, FamRZ 2003, 1619, 1620; Taupitz, Zivilrechtliche Regelungen, Rn. D. 158; Schmidt, BtPrax 1997, 16, 17 f.



higkeit besitzen muss, die Bedeutung und die Konsequenzen seiner eigenen Entscheidung für eine Situation zu treffen, die ihm unbekannt ist.<sup>862</sup>

Teilweise wird vertreten, aufgrund der Unerfahrbarkeit und Unbegreifbarkeit des eigenen Todes sei es niemanden möglich, sich die Situation des eigenen Sterbens zu Lebzeiten geistig und emotional vor Augen zu führen. Daher könne keiner im voraus eine Entscheidung gerade für den Sterbefall treffen.<sup>863</sup> Dagegen lässt sich jedoch anführen, dass es für rechtlich verbindliche Äußerungen, auch den eigenen Leib betreffend, nicht entscheidend sein kann, ob der Betreffende bereits entsprechende Erfahrungen gesammelt hat.<sup>864</sup> Bei konsequenter Fortführung dieser Überlegungen müsste allen Menschen mangels eigener Todeserfahrung die generelle Fähigkeit, eine wirksame Behandlungsanweisung für die Situation der Sterbephase zu treffen, abgesprochen werden. Dies hätte zur Folge, dass niemand mehr in der Lage wäre - auch nicht der behandelnde Arzt -, für ein zu Ende gehendes Leben Behandlungsentschlüsse zu fassen.<sup>865</sup> Es müsste dann alles technisch Machbare zur Lebensverlängerung unternommen werden, sofern der Betroffene nicht in der ihm von der Gegenauffassung gewährten kurzen Phase schon bestehender Todesnähe und noch vorhandener Einwilligungsfähigkeit eine Entscheidung getroffen hat.<sup>866</sup> Dieses Ergebnis kann nicht richtig sein.<sup>867</sup>

Unzweifelhaft ist die Beurteilung einer für den Betroffenen unbekannt Situation, für die die Anweisung an den Arzt antizipiert getroffen werden soll, nicht einfach. So kommt es vor, dass sich ein früher geäußertes Wille der Patienten, keine lebensnotwendigen Maßnahmen

---

<sup>862</sup> Schöllhammer, S. 92; Eisenbart, S. 116, 127, Borttscheller, S. 126 ff.; Hartmann, NSZ 2000, 113, 116.

<sup>863</sup> Zusammenfassung der entsprechenden Argumente bei Rickmann, 160 f. m.w.N.; ähnlich v. Dellinghausen, 371; Tröndle/Fischer, 49. Aufl., Vorb. § 211 Rn 18; Füllmich, NJW 1990, 2301, 2302.

<sup>864</sup> Taupitz, Gutachten zum 63. DJT, S. A 107.

<sup>865</sup> So auch Rickmann, S. 161, Schöllhammer, S. 99; Eisenbart, S. 128; Taupitz, Gutachten zum 63. DJT, S. A 107.

<sup>866</sup> Taupitz, Gutachten zum 63. DJT, S. A 108.

<sup>867</sup> Roth, JZ 2004, 494, 500.

zu dulden, in der Sterbephase umkehrt.<sup>868</sup> Jedoch stellen solche Fälle nicht zwingend noch beweisbar Regelfälle dar.<sup>869</sup> Zu berücksichtigen ist zudem, dass der gesunde Mensch eine Behandlungsanweisung regelmäßig frei von unerträglichen Schmerzen oder krankheitsbedingten psychischen Belastungen und damit einhergehenden Bewusstseinsbeeinträchtigungen verfasst hat.<sup>870</sup> Ausschlaggebend ist jedoch, dass es einen schweren Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen darstellen würde (Art. 2 I, Art. 2 II 1, Art. 1, 1 GG), wenn man ihm aufgrund der bloßen Möglichkeit eines „Sinneswandels“ die erforderliche Entscheidungsfähigkeit gänzlich absprechen würde.<sup>871</sup> Es ist in Rechtsprechung und Literatur allgemein anerkannt, dass ein geistig und psychisch gesunder Terminalkranker die Fähigkeit besitzt, Entscheidungen dahingehend zu treffen, sein Leben nicht künstlich verlängern zu wollen. Hierbei wird angenommen, dass man die Unzulänglichkeiten der menschlichen Vorstellungskraft zu akzeptieren habe. Die Kenntnisse, die ein Lebender über Tod und Sterben habe, müssten ausreichen, damit dieser eine Prognose über seinen voraussichtlichen Willen in der Situation des Sterbens abgeben könne. Das Risiko eines Prognoseirrtums ist in Kauf zu nehmen,<sup>872</sup> denn zum Selbstbestimmungsrecht gehört auch die Selbstbestimmungspflicht jedes einzelnen, die Verantwortung für sein Leben und seine Krankheit und mit ihr Verbunden auch die Last dieser Verantwortung zu tragen.<sup>873</sup>

### **bb. Grad der Entscheidungsfähigkeit**

Fraglich ist, ob für das Verfassen einer Patientenverfügung die Einwilligungsfähigkeit ausreicht<sup>874</sup> oder aber die Geschäftsfähigkeit<sup>875</sup> zu

---

<sup>868</sup> Vgl. Spann, MedR 1983, 13, 14; Forkel in Forkel/Sosnitzer, S. 18; ähnlich Spickhoff, JZ 2003, 739, 741.

<sup>869</sup> Vgl. Heyers, S. 108 ff., 112.

<sup>870</sup> Vgl. v. Dellinghausen, S. 58.

<sup>871</sup> Baumann/Hartmann, DNotZ 2000, 594, 608; a.A. aber Rickmann, S. 175 ff.

<sup>872</sup> Vgl. Höfling, JuS 2000, 111, 115; Taupitz, Gutachten zum 63. DJT, S. A 108.

<sup>873</sup> Voll, S. 54 f.

<sup>874</sup> So Uhlenbruck/Ulsenheimer, § 132 Rn. 36; ders. in: Selbstbestimmtes Sterben, S. 304; H. Rieger, DMW 1999, 945, 946; Heyers, S. 108; Keilbach, FamRZ 2003, 969, 976; Baumann/Hartmann, DNotZ 2000, 594, 606; Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“, Abschlussbericht vom 10. Juni 2004, S. 16.

fordern ist. Sachgerecht dürfte es sein, hier die volle Geschäftsfähigkeit zu verlangen, mit der Konsequenz, dass Minderjährigen sowie volljährigen Geschäftsunfähigen die Möglichkeit versagt würde, solche vorsorglichen Maßnahmen zu treffen. Es ist zwar im Hinblick auf die rechtfertigende Einwilligung allgemein anerkannt, dass das Vorhandensein der Einwilligungsfähigkeit ausreicht.<sup>876</sup> Dies wird damit begründet, dass hinter der Zulassung einer grundsätzlichen Entscheidungskompetenz des einsichtsfähigen Minderjährigen oder volljährigen Geschäftsunfähigen<sup>877</sup> letztlich die Erkenntnis steht, dass auch diesen Personen das Recht zur Selbstbestimmung als Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zusteht, sofern sie in der Lage sind, diese eigenständig und eigenverantwortlich wahrzunehmen. Nicht außer Acht gelassen werden darf jedoch, dass die Einwilligungskompetenz von Minderjährigen bei schwerwiegenden Eingriffen trotz der grundsätzlichen Anerkennung einer Einwilligungszuständigkeit des reiferen Minderjährigen immer noch eine Ausnahme vom Regelfall der Zuständigkeit der Personensorgeberechtigten darstellt.<sup>878</sup> Denn die Zulassung eigener Entscheidungskompetenz für Minderjährige in bestimmten Fällen, die auf wohlervogenen Gründen beruhen, darf nicht dazu führen, dass der notwendige Schutz des Minderjährigen in den Hintergrund gedrängt wird.<sup>879</sup> Die abstrakte Beurteilung einer unbekanntenen, mit körperlichen Schmerzen verbundenen Situation, insbesondere wenn sie sich erst in ferner Zukunft abspielen soll und im Zusammenhang mit dem eigenen Tod steht, erfordert jedoch ein Mindestmaß an Lebenserfahrung und Reife, den ein Minderjähriger nicht besitzt. Es bedarf hierfür vielmehr einer Einsichts- und Urteilsfähigkeit in die Zukunft, die dem Urteilsvermögen eines Vollgeschäftsfähigen entspricht.<sup>880</sup> Nichts anderes gilt für volljährige Geschäftsunfähige nach § 104 Nr. 2 BGB. So mag einer Person, bei der eine krankhafte Störung der Geistestätigkeit vorliegt, die die freie Willensbestimmung ausschließt, gleichwohl die Fähigkeit

---

<sup>875</sup> Röver, S. 99; Taupitz, Gutachten zum 63. DJT, S. A 117; Eisenbart, S. 115 ff, 131, 172; Schöllhammer, S. 92 f.; Hartmann, NStZ 2000, 113, 116 Fn. 31; Borttscheller, S. 126.

<sup>876</sup> Siehe FN 856.

<sup>877</sup> Schönemann, VersR 1981, 306, 307.

<sup>878</sup> Vgl. Stolz, FamRZ 1993, 642, 643.

<sup>879</sup> Röver, S. 99.

<sup>880</sup> Eisenbart, S. 131, 132.

erhalten geblieben sein, das Wesen und die Bedeutung eines einfachen ärztlichen Eingriffs zu verstehen. Dies trifft jedoch nicht für solch zukunftsgerichtete, schwerwiegende Entscheidungen, die stets den Inhalt einer Patientenverfügung ausmachen, zu.

Aus genanntem Schutzaspekt heraus ist es gerechtfertigt, sowohl Minderjährigen als auch volljährigen Geschäftsunfähigen die Kompetenz zum Verfassen einer Patientenverfügung zu versagen und als Wirksamkeitsvoraussetzung die volle Geschäftsfähigkeit zu fordern.

### **cc. Konkret vorhandene Entscheidungsfähigkeit**

Die Prüfung der Entscheidungsfähigkeit ist grundsätzlich Aufgabe des Arztes.<sup>881</sup> Im Gegensatz zum Normalfall einer Behandlungsanweisung, die der Patient unmittelbar vor dem nach Auffassung des Arztes indizierten Eingriff erteilt, stellt diese Aufgabe für den Arzt im Fall der antizipierten Behandlungsanweisung ein Problem dar. Er kann sich in der Regel nicht durch persönlichen Kontakt mit dem Patienten von dessen Einsichtsfähigkeit überzeugen, weil der Patient im relevanten Zeitpunkt diese bereits verloren hat. Das Gesetz erlaubt ihn aber, die Entscheidungsfähigkeit des Betroffenen bei Abfassung der Patientenverfügung zu unterstellen.<sup>882</sup> Dieser Grundsatz kommt beispielsweise in §§ 104 ff BGB und § 2229 BGB zum Ausdruck. Diese Vorschriften gehen grundsätzlich von der Entscheidungsfähigkeit – Geschäftsfähigkeit und Testierfähigkeit – aus, bis das Gegenteil von demjenigen, der sich auf deren Mangel beruft, bewiesen ist.<sup>883</sup> Gegen die Rechtsverbindlichkeit der Verfügung spricht daher nicht, dass die Entscheidungsfähigkeit beim Abfassen der Patientenverfügung nur schwer festzustellen ist.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass grundsätzlich jeder vollgeschäftsfähige Verfasser einer Patientenverfügung die erforderliche Entscheidungsfähigkeit besitzt.

---

<sup>881</sup> Ulsenheimer in HdB Arztrecht, § 139 Rn. 28.

<sup>882</sup> Vgl. Heyers, S. 114; Schöllhammer, S. 94; Eisenbart, S. 127; Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“, Abschlussbericht vom 10. Juni 2004, S. 16.

<sup>883</sup> BGH, LM § 104 Nr. 2; BGH, NJW 1988, 3011, 3011; BayObLG Rpfleger 1982, 286, 286 f.; Jauernig/Jauernig § 104 Rn. 9; Jauernig/Stürner, § 2229 Rn. 7; MüKo/Schmitt, § 104 Rn. 20; MüKo/Burkart, § 2229 Rn. 21; Palandt/Heinrichs, § 104 Rn. 8; Palandt/Edenhofer, § 2229 Rn. 11.

## b. Aufklärung

Gegen die Rechtsverbindlichkeit der Patientenverfügung wird ferner angeführt, der Patient sei zu der Zeit, zu der er die Verfügung getroffen habe, vom Arzt regelmäßig nicht aufgeklärt.<sup>884</sup> Oft könne man seine spätere Krankheit nicht voraussehen, so dass auch eine vorherige Aufklärung unmöglich sei.<sup>885</sup> Sie könne daher nur in der terminalen Krankheitsphase erfolgen. Ferner bestehe die Gefahr, dass der Betroffene Opfer eigener Fehlentscheidung werden könne.<sup>886</sup>

Selbst wenn man davon ausgeht, dass der Verfasser einer Patientenverfügung geringere Vorkenntnisse besitzt als ein bereits Erkrankter – was zu bezweifeln ist<sup>887</sup> –, reichen diese aus, um eine Aufklärung für entbehrlich zu erachten. Es ist zu berücksichtigen, dass die notwendige Information grundsätzlich nur in groben Zügen erfolgen und keinesfalls Details umfassen muss.<sup>888</sup> Denn nach den allgemeinen Grundsätzen hängen der Umfang und die Intensität der Aufklärung vom Willen des Patienten und dessen Nachfragen ab.<sup>889</sup> Das Risiko des Behandlungsabbruchs dürfte dem Patienten allerdings auch ohne Aufklärung klar vor Augen stehen.<sup>890</sup> Dieses Risikobewusstsein reicht aus, um auf eine ärztliche Aufklärung gänzlich verzichten zu dürfen. Das Erfordernis einer vorherigen Aufklärung ist schließlich deswegen abzulehnen, weil es die Erstellung der Verfügung praktisch erheblich erschweren würde.<sup>891</sup>

## c. Ernstlichkeit

Die Patientenverfügung muss ferner von einem ernstlichen Willen getragen sein.<sup>892</sup> Zur inhaltlichen Bestimmung der Ernstlichkeit kann man auf die Auslegung des § 216 I StGB durch Rechtsprechung und

---

<sup>884</sup> Esch, S. 16.

<sup>885</sup> Taupitz, Gutachten zum 63. DJT, S. A 112 ff.

<sup>886</sup> Rieger, S. 88; Esch, S. 16.

<sup>887</sup> ausführlicher hierzu Heyers, S. 120 ff., 125; Eisenbart, S. 138; Schöllhammer, S. 77 ff.

<sup>888</sup> Eisenbart, S. 139; Röver, S. 147.

<sup>889</sup> Siehe oben S. 22.

<sup>890</sup> Ohly, S. 249.

<sup>891</sup> Ohly, S. 249.

<sup>892</sup> daran zweifelnd, Rieger, S. 86.

Literatur zurückgreifen. Danach setzt eine „ernstliche“ Entscheidung des Patienten voraus, dass der Betreffende seine Entscheidung nicht in einer vorübergehenden Stimmung oder einer flüchtigen Laune getroffen hat und dass sie mit den grundlegenden Überzeugungen des Betroffenen übereinstimmt.<sup>893</sup>

In Anbetracht der Tatsache, dass der Inhalt einer Patientenverfügung die intensive Auseinandersetzung mit dem eigenen Tod voraussetzt und auf konkrete Behandlungsanweisungen für einen für den Verfasser unerträglichen Zustand bezogen ist -, kann regelmäßig davon ausgegangen werden, dass einer Patientenverfügung auch eine ernstlicher Entscheidung zugrunde liegt.<sup>894</sup> Sollte die antizipierte Behandlungsanweisung im Einzelfall dennoch einmal voreilig erteilt worden oder Ausdruck einer vorübergehenden Stimmung sein, so ist es wahrscheinlich, dass der Betroffene sie noch einmal überdenken und gegebenenfalls korrigieren wird.<sup>895</sup>

#### **d. Entscheidungsfreiheit, §§ 119 ff. BGB<sup>896</sup>**

Weitere Voraussetzung einer wirksamen Patientenverfügung ist, dass sie freiwillig erteilt wird. Sie darf daher nicht auf arglistiger Täuschung, Drohung, Zwang oder Gewalt beruhen, ansonsten greift § 123 BGB ein.<sup>897</sup> Allein die bestehende Möglichkeit einer solchen Beeinflussung könnte nun der Patientenverfügung ihre Rechtsverbindlichkeit nehmen.<sup>898</sup> Solche Arten von Beeinflussungen stellen jedoch kein auf die Patientenverfügung beschränktes Problem dar. Denn sie sind auch bei schwerstkranken, aber entscheidungsfähigen Patienten nicht ausgeschlossen.<sup>899</sup> Die Wahrscheinlichkeit, dass insbesondere Angehörige auf einen Sterbenskranken Einfluss zu nehmen versuchen, ist sogar wesentlich höher als die Gefahr der Beeinflus-

---

<sup>893</sup> Rieger, S. 81; Tröndle/Fischer, § 216 Rn. 7; S/S/Eser, § 216 Rn. 8.

<sup>894</sup> Hartmann, NSTZ 2000, 113, 116.

<sup>895</sup> Dölling, MedR 1987, 6, 8.

<sup>896</sup> Ausführlich zu Willensmängeln bei Erteilung der Einwilligung, Ohly, S. 356 ff.; auch Schöllhammer, S. 64; Kothe, AcP 185 (1985), S. 105, 139.

<sup>897</sup> RGZ 168, 205, 210; BGHZ 7, 198, 207; BGH NJW 1964, 1177, 1178; Staudinger/Schäfer, 12. Aufl., § 823 Rn. 464; RGRK/Steffen, § 823 Rn. 380; Kothe, AcP 185 (1985), 105, 139; Ulsenheimer in HdB Arztrecht, § 139 Rn. 35.

<sup>898</sup> So Rieger, S. 86.

<sup>899</sup> Eisenbart, S. 154.

sung bei Abfassung der Patientenverfügung. Denn erst in der Phase terminaler Erkrankung stellt sich das Problem, dass Dritte eigene Interessen verfolgen. Im Hinblick auf den regelmäßigen Sinn und Zweck einer Patientenverfügung ist eine solche Befürchtung zudem unbegründet. Dem Verfasser einer Patientenverfügung als Behandlungsanweisung zur passiven Sterbehilfe geht es in erster Linie darum, ein schnelles, menschenwürdiges Sterben ohne Qualen sicherzustellen. Gerade dieser Wunsch würde aber von jedem Dritten, der dem Verfasser nicht wohlgesinnt ist, liebend gerne erfüllt werden. Zum anderen, sollten Drittinteressen tatsächlich Motive des sterbenden Patienten für seine Behandlungsanweisung bilden, so würden sie nicht zu ihrer Unwirksamkeit führen.<sup>900</sup> Denn das Motiv für die Verfügung ist regelmäßig unbeachtlich,<sup>901</sup> solange sie auf einer selbstbestimmten und freiwilligen Entscheidung beruht. In diesem Fall ist der Erwartung des Rechtsverkehrs, der auch bei der Patientenverfügung in gewissem Umfang geschützt ist, gegenüber der Privatautonomie Vorrang einzuräumen.<sup>902</sup> Die Rechtsverbindlichkeit der Patientenverfügung scheidet damit nicht an der reinen Möglichkeit der Beeinflussung durch Dritte.<sup>903</sup> Sollte im Einzelfall der Betroffene tatsächlich einem beachtlichen Irrtum unterliegen, so kann er sie nach § 119 BGB anfechten.<sup>904</sup>

#### e. Konkretheit, § 133 BGB<sup>905</sup>

Jede Patientenverfügung ist zwangsläufig verallgemeinernd gefasst.<sup>906</sup> Denn sie erfasst in der Regel nicht genau die Krankheitssituation, die am Ende des Lebens eintritt. Diese inhaltlichen Ungenauigkeiten und Unklarheiten lassen sich jedoch durch die Anwen-

---

<sup>900</sup> Vgl. dazu BGH, NJW 1958, 267, 267 f. – „Myom-Urteil“.

<sup>901</sup> Sternberg-Lieben, NJW 1985, 2734, 2736; ausführlich zu Willensmängeln bei Erteilung der Einwilligung, Ohly, S. 356 ff.

<sup>902</sup> Vgl. RGSt 41, 392, 392 ff.; RGSt 74, 91, 91 ff.; BGHSt 16, 309, 309 ff.; RGRK/Steffen, § 823 Rn. 380; Schöllhammer, S. 64.

<sup>903</sup> Eisenbart, S. 152 f.; Heyers, S. 132.

<sup>904</sup> Vgl. Ohly, S. 365 f.; Schöllhammer, S. 66; siehe auch Mayer, S. 33; der BGH differenziert zu Unrecht zwischen leichten und schweren Irrtümern, BGH NJW 1964, 1177, 1178; ihm zustimmend Staudinger/Schäfer, § 823 Rn. 464.

<sup>905</sup> Zur rechtfertigenden Einwilligung siehe RGZ 169, 122, 125; BGHZ 47, 75, 78; Kothe, AcP 185 (1985), S. 105, 125 f.

<sup>906</sup> Zu Formulierungsbeispielen siehe Rixen/Reinecke, S. 78 ff.

dung der Auslegungsregeln klären.<sup>907</sup> Die Aufgabe dieser Prüfung trifft den Adressaten der Patientenverfügung.<sup>908</sup> Die Auslegung hat sich hier allein am Willen des Patienten zu orientieren, da im Bereich der Patientenverfügung das Vertrauen Dritter hinter dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten zurückzutreten hat.<sup>909</sup> Erst wenn sich auch durch Auslegung der Patientenwille nicht ermitteln lässt, kann die Rechtsverbindlichkeit der Patientenverfügung verneint werden.<sup>910</sup> Sie kommt dann nur noch als Hilfsmittel bei der Ermittlung des mutmaßlichen Patientenwillens in Betracht.<sup>911</sup> Dies wird insbesondere dann der Fall sein, wenn unbestimmte Begriffe verwendet werden, die von individuellen Wertvorstellungen geprägt sind, welche dem Adressaten unbekannt sind.<sup>912</sup>

#### **f. Abgabe und Zugang<sup>913</sup>**

Die Patientenverfügung wird nicht dadurch unwirksam, dass sie dem Adressaten erst nach Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Verfügenden zugeht (§ 130 II BGB). Denn gerade für den Fall der Geschäftsunfähigkeit werden die antizipativen Entscheidungen in einer Patientenverfügung getroffen. In der Regel richtet sie sich an eine Vielzahl von z.T. noch nicht feststehenden Adressaten, wie z.B. Ärzte, Pflegeheime oder Betreuer, so dass ihre Wirksamkeit nicht vom Zugang der Willenserklärung abhängig gemacht werden kann.<sup>914</sup> Sie ist daher wie andere streng einseitige Rechtsgeschäfte zu behandeln, die mangels geeigneten Adressaten - als Beispiel sei das Testament genannt - nicht empfangsbedürftig sind.<sup>915</sup> Das bedeutet,

---

<sup>907</sup> Schöllhammer, S. 56; Roth, JZ 2004, 494, 498; vgl. auch Rickmann, S. 149 ff.; a.A. Spann, MedR 1983, 13, 15; Heifetz/Mangel, S. 42.

<sup>908</sup> die Ärzte betreffend, vgl. RiLi BÄK v.11.9.1998, NJW 1998, 3406 f.

<sup>909</sup> Roth, JZ 2002, 494, 499; Berger, JZ 2000, 797, 802; anscheinend a.A. Diederichsen in: FS Schreiber, S. 635, 649.

<sup>910</sup> Schöllhammer, S. 57.

<sup>911</sup> Heyers, S. 140.

<sup>912</sup> Heyers, S. 139.

<sup>913</sup> Zum Meinungsstreit bei der rechtfertigenden Einwilligung, siehe u.a. Kothe, AcP (185) 1985, 105, 121 ff.

<sup>914</sup> Keilbach, FamRZ 2003, 969, 976.

<sup>915</sup> Vgl. Palandt/Heinrichs, Überbl. V § 104 Rn. 11, § 130 Rn. 1.



dass sie mit Niederlegung<sup>916</sup> der Erklärung wirksam wird. Die Empfangsbedürftigkeit eines einseitigen Rechtsgeschäfts sieht das Gesetz nur für solche Erklärungen als erforderlich an, die auf fremde Rechtskreise einwirken, nicht aber für solche, die den Rechtsbereich des Erklärenden betreffen.<sup>917</sup>

## **g. Aktualität**

### **aa. Widerruf**

Soll eine Patientenverfügung wirksam sein, darf sie nicht widerrufen worden sein. Der Widerruf kann einhelliger Meinung nach jederzeit formfrei erfolgen.<sup>918</sup> Hieraus leiten einige die Unverbindlichkeit der Patientenverfügung ab.<sup>919</sup> Dem Betroffenen die Selbstbestimmung durch eine verbindliche Patientenverfügung mit der Begründung zu verwehren, die Ausübung seines Widerrufsrechtes – ebenfalls Ausfluss seines Selbstbestimmungsrechtes – müsse respektiert werden, stellt jedoch einen Widerspruch in sich dar.<sup>920</sup> Insbesondere verstößt sie gegen die Patientenautonomie.<sup>921</sup> Im übrigen lässt sich von der Widerruflichkeit der Patientenverfügung nicht auf einen tatsächlich erfolgten Widerruf schließen.<sup>922</sup> Wie die Parallele zum Testament zeigt, steht die jederzeitige Widerruflichkeit der Wirksamkeit und Verbindlichkeit einer Erklärung nicht entgegen.<sup>923</sup> Vielmehr wird da-

---

<sup>916</sup> Zu Hinterlegungsmöglichkeiten einer isolierten Patientenverfügung siehe u.a. Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“, Abschlussbericht vom 10. Juni 2004, S. 18.

<sup>917</sup> Keilbach, FamRZ 2003, 969, 976; a.A. Schöllhammer, S. 52; zweifelnd Baumann/Hartmann, DNotZ 2000, 594, 606.

<sup>918</sup> Heyers, S. 141 f.; Taupitz, Gutachten zum 63. DJT, S. A 115; Uhlenbruck/Ulsenheimer in HdB Arztrecht, § 132 Rn. 36; ders. in: Selbstbestimmtes Sterben, S. 313; zur rechtfertigenden Einwilligung, siehe Hubmann, S. 171; Forckel, JZ 1974, 593, 595; RGRK/Nüßgens, § 823 Anh. II Rn. 103; Staudinger/Schäfer, 12. Aufl., § 823 Rn. 481; BGH NJW 1980, 1903.

<sup>919</sup> Bockelmann, WMW 1976, 145, 148; Detering, JuS 1983, 418, 422; Eser, in: Auer/Menzel/Eser, S. 75, 114; Spann, MedR 1983, 13, 14; Ulsenheimer in HdB Arztrecht, § 139 Rn. 46; Roth, JZ 2004, 494, 496 f.

<sup>920</sup> Keilbach, FamRZ 2003, 969, 978; Kaiser, S. 66 f.

<sup>921</sup> Vgl. auch Taupitz, Zivilrechtliche Regelungen, Rn. D 160; Diederichsen, FS Schreiber, S. 635, 648 f.

<sup>922</sup> Uhlenbruck, Selbstbestimmtes Sterben, S. 309; Ankermann, MedR 1999, 387, 390.

<sup>923</sup> Uhlenbruck, NJW 1978, 566, 569; ders. in: MedR 1992, 134, 136; Sternberg-Lieben, NJW 1985, 2734, 2736; Rieger, S. 90; Taupitz, Gutachten zum 63. DJT, S. A 108.

durch dem potentiellen Patienten nur die jederzeitige Korrektur seiner Entscheidung eröffnet.<sup>924</sup> Wenn also ein Widerruf nicht erfolgt ist, ist die Patientenverfügung grundsätzlich als gültige Behandlungsanweisung zu behandeln, was sich bereits aus ihrer Rechtsnatur als rechtsgeschäftliche Willenserklärung ergibt. Im Gegensatz zur Errichtung bedarf es für ihren Widerruf lediglich der Einwilligungsfähigkeit des Betroffenen.<sup>925</sup> Ein niedrigerer Maßstab wäre nicht wünschenswert.<sup>926</sup> Denn die Entscheidung über einen Widerruf kann nur eine Person fällen, die sich auch über die Folgen einer solchen Willenserklärung im Klaren ist. Andernfalls verkehrt sich das Selbstbestimmungsrecht in sein Gegenteil.

### **bb. Regelmäßige Bestätigung der Patientenverfügung**

Eng verknüpft mit der Frage des Widerrufs ist diejenige nach dem Erfordernis einer in bestimmten Zeitabständen notwendigen „Bestätigung“ oder gar „Novation“ einer Patientenverfügung. Die Fortentwicklung der medizinischen Wissenschaft<sup>927</sup> sowie die verbreitete Sorge, ob nach längerer Zeit wirklich noch davon ausgegangen werden kann, dass der Betreffende an seiner früheren Erklärung festhalten will,<sup>928</sup> könnten für ein solches Erfordernis sprechen. Jedoch ist es nicht sachgerecht, Patientenverfügungen einem Verfallsdatum im Sinne einer Befristung oder auflösenden Bedingung (§ 163 BGB) zu unterwerfen.<sup>929</sup> Denn Willenserklärungen, als welche die Patientenverfügung zu qualifizieren ist, werden nicht allein durch Zeitablauf unwirksam<sup>930</sup> und bedürfen daher keiner Bestätigung.<sup>931</sup> Ferner lässt sich das Problem der Fortentwicklung der Wissenschaft über die

---

<sup>924</sup> Baumann/Hartmann, DNotZ 2000, 594, 607.

<sup>925</sup> Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“, Abschlussbericht vom 10. Juni 2004, S. 17; Heyers, S. 144; Baumann/Hartmann, DNotZ 2000, 594, 615; a.A. Schöllhammer, der hierfür die volle Geschäftsfähigkeit verlangt, S. 60 f., 92 ff.

<sup>926</sup> Heyers, S. 144 f.; a.A. Borttscheller, S. 139; Eisenbart, S. 69.

<sup>927</sup> Vgl. Taupitz, Gutachten zum 63. DJT, S. A 115; Berger, JZ 2000, 797, 802.

<sup>928</sup> Uhlenbruck, S. 338; Eisenbart, S. 179.

<sup>929</sup> Taupitz, Gutachten zum 63. DJT, S. A 116; Berger, JZ 2000, 797, 802; Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“, Abschlussbericht vom 10. Juni 2004, S. 17.

<sup>930</sup> MüKo/Mertens, § 823 Rn. 450; Perau, MittRhNotK 1996, 285, 290; Taupitz, Gutachten zum 63. DJT, S. A 41, 106 f.

<sup>931</sup> Keilbach, FamRZ 2003, 969, 979; Palandt/Diederichsen, Einf. v. § 1896 Rn. 9.

Anwendung der Auslegungsregeln (§ 133 BGB) lösen.<sup>932</sup> Für denjenigen, an den die Verfügung gerichtet ist, mag es zwar psychologisch einfacher sein, ihr zu folgen, wenn sie vor nicht allzu langer Zeit bestätigt wurde.<sup>933</sup> Die Frage, ob der Betreffende an seiner Erklärung noch festhalten möchte, ist aber allein über die Widerrufsmöglichkeit zu erfassen.<sup>934</sup>

Unverkennbar liegt die Schwäche der Patientenverfügung in ihrer formlosen Widerruflichkeit.<sup>935</sup> Um eine Tiefe der ausgedrückten Überzeugung zu verdeutlichen und die Bereitschaft des späteren Arztes zu verstärken, den Inhalt der Verfügung umzusetzen, kann es zweckmäßig sein und ist es auch zu empfehlen, die Verfügung regelmäßig zu aktualisieren.<sup>936</sup> Dies kann z.B. durch Hinzusetzen einer neuen Unterschrift mit neuem Datum erfolgen.<sup>937</sup>

#### **h. Form<sup>938</sup>**

Zur Wirksamkeit der Patientenverfügung ist gesetzlich keine besondere Form vorgeschrieben. Grundsätzlich bedürfen Behandlungsanweisungen an den Arzt nicht der Schriftform,<sup>939</sup> auch wenn diese vielfach aus Beweisgründen gewahrt wird. Daraus wird teilweise gefolgert, dass eine Patientenverfügung als Sonderform einer Behandlungsanweisung ebenfalls nicht der Schriftform unterliegt.<sup>940</sup> Sie kön-

---

<sup>932</sup> Roth, JZ 2004, 494, 499; Eisenbart, S. 67 f.; Baumann/Hartmann, DNotZ 2002, 594, 610; Rieger, S. 91 ff.

<sup>933</sup> Vgl. Hufen, NJW 2001, 849, 856.

<sup>934</sup> Taupitz, Gutachten zum 63. DJT, S. A 116; Borttscheller, S. 140.

<sup>935</sup> Keilbach, FamRZ 2003, 969, 979; vgl. auch Baumann/Hartmann, DNotZ 2000, 594, 609.

<sup>936</sup> Vgl. Taupitz, Gutachten zum 63. DJT, S. A 116, Fn. 564; Keilbach, FamRZ 2003, 969, 979; Baumann/Hartmann, DNotZ 2000, 594, 613, 614; Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“, Abschlussbericht vom 10. Juni 2004, S. 17.

<sup>937</sup> Uhlenbruck, MedR 1992, 134, 137.

<sup>938</sup> Zur rechtfertigenden Einwilligung, siehe BGH, NJW 1956, 1106; BGHZ 29, 176, 180; BGH, NJW 1971, 1887; BGH NJW 1974, 1946, 1950; Staudinger/Schäfer, § 823 Rn. 463; MüKo/Mertens, § 823 Rn. 35; Schöllhammer, S. 52 f.

<sup>939</sup> Allgemeine Ansicht, vgl. hier nur BGH, LM Nr.15 zu § 823 BGB m. Anm. Steffen; Laufs in HdB Arztrecht, § 66 Rn. 14.

<sup>940</sup> BT-Drucks. 11/4528, S. 208; Palandt/Diederichsen, Einf. v. § 1896 Rn. 9; Epple, BWNotZ 1992, 27, 30; Uhlenbruck, Selbstbestimmtes Sterben, S. 305; Heyers, S.

ne daher auch mündlich erklärt werden.<sup>941</sup> Zum Teil erachtet man sogar ein konkludentes Verhalten für ausreichend.<sup>942</sup> Dem ist aber entgegenzusetzen, dass der Betroffene seinen Willen im relevanten Zeitpunkt nur dann durchsetzen kann, wenn der behandelnde Arzt tatsächlich von ihm erfährt,<sup>943</sup> unabhängig von etwaigen Zeugen. Der Mediziner soll doch an eine Entscheidung gebunden werden, die außerhalb seines Kenntnisbereichs zustandegekommen ist.<sup>944</sup> Zudem ist nicht nachvollziehbar, warum im Hinblick auf den eigenen Tod getroffene letztwillige Verfügungen über das Vermögen strengen Formvorschriften unterliegen,<sup>945</sup> Verfügungen über Maßnahmen, die den eigenen Körper und das eigene Leben betreffen, aber mündlich in rechtsverbindlicher Weise abgegeben werden können.<sup>946</sup>

Auch angesichts der Regelung des § 1904 II BGB ist konsequenterweise die Schriftform zu fordern.<sup>947</sup> Unabhängig von der konkreten Ausgestaltung der privaten Vorsorge im Gesundheitsbereich besteht stets ein Bedürfnis, den Vorsorgenden vor Übereilung zu schützen. Zwar verlangt § 1904 II i.V.m. I BGB die Schriftform für eine Vorsorgevollmacht nur in den Fällen, in denen der Bevollmächtigte zu Maßnahmen berechtigt werden soll, die die Gefahr in sich bergen, dass der Patient stirbt oder einen schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet. Der regelmäßige Inhalt einer Patientenverfügung, wie die Verweigerung bzw. der Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen, weist jedoch hinsichtlich des Übereilungs-

---

149 f.; Schöllhammer, S. 52 ff.; May verlangt Schriftform nur bei Maßnahmen nach §§ 1904, 1906 BGB, S. 187.

<sup>941</sup> Roth, JZ 2004, 494, 496 f.; Palandt/Diederichsen, Einf. v. § 1896 Rn. 9; Uhlenbruck, Selbstbestimmtes Sterben, S. 305; einschränkend: Berger, JZ 2000, 797, 802: Schriftform nur dann entbehrlich, wenn ärztliche Aufklärung stattgefunden hat.

<sup>942</sup> Vgl. BGH NJW 1974, 1947, 1950; Schöllhammer, S. 53; Keilbach, FamRZ 2003, 969, 976.

<sup>943</sup> Vgl. auch Fabricius JuS 1966, 1, 8.

<sup>944</sup> Taupitz, Gutachten zum 63. DJT, S. A 118; so auch Roth, JZ 2004, 494, 498, 501; Jürgens, BtPrax 1998, 159, 160.

<sup>945</sup> Vgl. §§ 2229 ff. BGB und insbesondere § 2247 BGB.

<sup>946</sup> Bernsmann, ZRP 1996, 87, 92.

<sup>947</sup> So für die Maßnahmen i.S.d. § 1904 I BGB, Taupitz, Gutachten zum 63. DJT, S. A 118.

schutzes keine geringere Bedeutung und Gewichtigkeit auf, als die in § 1904 I BGB genannten Maßnahmen.

Neben der Funktion der Schriftform, den Betroffenen vor Übereilung zu schützen, dient sie ferner Beweiszwecken,<sup>948</sup> sowohl zum Schutze des Betroffenen als auch zum Schutz des Adressaten. Handelt der Adressat entsprechend dem Patientenwillen, sind seine Entscheidungen und Handlungen gerechtfertigt. Im Falle von Rechtsstreitigkeiten kann er sich auf die schriftliche Verfügung berufen.

Die Befürchtung, das Schriftformerfordernis würde es den Betroffenen erschweren, sich zu einem späteren Zeitpunkt überhaupt zu entscheiden,<sup>949</sup> ist unberechtigt. Über die einfache Schriftform hinaus, wird keine notarielle Beurkundung gefordert, mag diese auch sehr zu empfehlen sein.<sup>950</sup> Eine handschriftliche Abfassung wie bei einem Testament wird ebenfalls nicht verlangt, sondern es reicht ein eigenhändig unterschriebener Text. Wenn desweiteren argumentiert wird, dass das Schriftformerfordernis dem Betroffenen daran hindern würde, sich anders zu entscheiden, so wird damit die Formfrage mit derjenigen der Widerrufsfrage vermengt.<sup>951</sup> Letztere ist unstreitig formfrei wirksam.<sup>952</sup>

Sollte der Betroffene physisch nicht in der Lage sein, die Verfügung zu verfassen bzw. seine Unterschrift zu setzen, so kann nach dem Vorbild der Regelungen über das Nottestaments gemäß § 2250 BGB die Verfügung vor drei Zeugen errichtet werden.

Es empfiehlt sich grundsätzlich, sollte man die notarielle Beurkundung ablehnen, den Beweis durch die Mitunterschrift von Zeugen zu führen.<sup>953</sup> Diese können, sollte später ausnahmsweise trotz der vorliegenden Patientenverfügung der mutmaßliche Wille zu ermitteln sein, zur Einstellung und zu den Wertvorstellungen des Betroffenen

---

<sup>948</sup> Bortscheller, S. 138; Rudolf/Bittler, S. 77 Rn. 12.

<sup>949</sup> So aber Heyers, S. 150.

<sup>950</sup> Riegel, in Reithmann/Albrecht, Rn. 1217; Saueracker, S. 27 f.

<sup>951</sup> Taupitz, Gutachten zum 63. DJT, S. A 118.

<sup>952</sup> Siehe S.189.

<sup>953</sup> Grundsätze der BÄK, NJW 1998, 3406 f.; Rudolf/Bittler, S. 77.

befragt werden. Eine Mitunterschrift des Arztes kann zusätzlich dokumentieren, dass der Betroffene über die medizinische Bedeutung seiner Verfügung angemessen informiert war.<sup>954</sup>

In diesem Zusammenhang bestehen gegen die Verwendung von Formularen grundsätzlich keine Bedenken. Empfehlenswert ist sogar der Entwurf eines bundeseinheitlichen Formulars.<sup>955</sup> Denn die derzeitige Vielfalt der Formulare führt zu erheblicher Rechtsunsicherheit. Hiergegen wird eingewandt, dass vordruckte Formulare nicht den tatsächlich Willen des Erklärenden wiedergeben würden, vor allem wenn sie weder abgeändert noch ergänzt worden sind.<sup>956</sup> Zudem bestehe die Gefahr einer uniformen und zu wenig auf den individuellen Patienten orientierten Auslegung.<sup>957</sup> Diese Bedenken können jedoch behoben werden, in dem man nach dem Vorbild Kaliforniens in diesen Einheitsformularen genügend Raum für Ergänzungen und individuelle Gestaltung lässt.<sup>958</sup>

Zusammenfassend ist festzustellen, dass das Schrifformerfordernis keine unzumutbare Beschränkung des Selbstbestimmungsrechts darstellt. Ganz im Gegenteil verhilft es diesem erst zu seiner tatsächlichen Entfaltung, da auf diesem Wege gewährleistet wird, dass der Arzt den Patientenwillen tatsächlich Beachtung schenkt. Die Argumente, die gegen die Rechtsverbindlichkeit einer Patientenverfügung vorgebracht werden, können nur auf diese Weise entkräftet werden.<sup>959</sup>

Es bestehen mithin keine triftigen Argumente gegen die Bindungswirkung einer Patientenverfügung.

---

<sup>954</sup> Keilbach, FamRZ 2003, 969, 976.

<sup>955</sup> So vor allem die Ärzteschaft, vgl. Petsch et al, S. 65.

<sup>956</sup> Keilbach, FamRZ 2003, 969, 976; Knieper, BtPrax 1998, 160, 161; Dübbers, BtPrax 1998, 231, 231.

<sup>957</sup> Taupitz, Gutachten zum 63. DJT, S. A 118; Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“, Abschlussbericht vom 10. Juni 2004, S. 22.

<sup>958</sup> Siehe S. 36 ff.

<sup>959</sup> So auch Eisenbart, S. 101; Riegel, in: Reithmann/Albrecht, Rn. 1217; auch der 63. DJT, III 2.2. hat mit 47:0:3 Stimmen ein gesetzliches Schrifformerfordernis für notwendig gehalten.

### **3. Änderungen durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs**

Diese Auffassung wurde nun zum Teil vom Bundesgerichtshof<sup>960</sup> bekräftigt. Er bejahte ausdrücklich die Rechtsverbindlichkeit der Patientenverfügung, stellte sie jedoch unter gewisse Voraussetzungen. Seiner Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Betroffene erlitt infolge eines Infarktes einen Gehirnschaden im Sinne eines apallischen Syndroms und wurde seither über eine PEG-Sonde ernährt. Eine Kontaktaufnahme mit ihm war nicht möglich. Auf Anregung der Klinik, in welcher der Betroffene behandelt wurde, bestellte das Amtsgericht den Sohn des Betroffenen u.a. für den Aufgabenkreis "Sorge für die Gesundheit des Betroffenen" zum Betreuer. Da eine Besserung des Zustandes seines Vaters nicht zu erwarten war, beantragte der Betreuer für seinen Vater beim Amtsgericht – Vormundschaftsgericht - die Einstellung der Ernährung über die PEG-Sonde. Er verwies hierbei auf einen diesbezüglich früher geäußerten Wunsch seines Vaters, der auch maschinenschriftlich fixiert und vom Betroffenen handschriftlich unter Angabe von Ort und Datum unterzeichnet wurde.

#### **a. Inhalt der Entscheidung**

Die Einzelheiten der richterlichen Regelung in Bezug auf die Frage der Rechtsverbindlichkeit der Patientenverfügung als antizipierte Behandlungsanweisung zur passiven Sterbehilfe lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Das Gericht bezeichnet den in der Patientenverfügung niedergelegten Willen als den „wirklichen Willen“ des Betroffenen und bejaht ausdrücklich deren Rechtsverbindlichkeit.<sup>961</sup> Sie ist somit nicht mehr nur als ein Indiz zu betrachten, welches neben anderen zur Ermittlung des wirklichen Willens dienen kann, sondern sie definiert diesen vielmehr selbst. Jedoch macht der BGH ihre Rechtsverbindlichkeit von gewissen Voraussetzungen abhängig:

---

<sup>960</sup> FamRZ 2003, 748 = NJW 2003, 1588.

<sup>961</sup> BGH, FamRZ 2003, 748, 752 = NJW 2003, 1588, 1591.

Die wichtigste bindende Vorgabe besteht darin, dass der „rechtliche Rahmen für das Verlangen“ des Betreuers, lebenserhaltende Maßnahmen einzustellen, immer dann zu verneinen ist, „wenn eine letzte Sicherheit, dass die Krankheit des Betroffenen einen irreversiblen und tödlichen Verlauf angenommen habe, nicht zu gewinnen ist“. Nur wenn diese (letzte) Sicherheit gewonnen werden kann, sind der Betreuer und im Übrigen auch der Arzt an den Willen des Patienten gebunden. Die Entscheidung des Betreuers unterliegt hierbei der Kontrolle des Vormundschaftsgerichts.<sup>962</sup>

Konkret bedeutet dies, dass das einzuschaltende Vormundschaftsgericht zunächst den Zustand des Patienten auf einen irreversiblen tödlichen Krankheitsverlauf überprüfen muss.<sup>963</sup> Wird die Irreversibilität verneint, so kommt es auf die auch für diesen Fall getroffene Regelung in der Patientenverfügung, lebenserhaltende Maßnahmen abzubrechen, nicht an. Ist der Krankheitsverlauf jedoch irreversibel tödlich, so ist weiter zu prüfen, ob eine Weiterbehandlung medizinisch indiziert, sinnvoll und möglich ist. Sieht der Arzt für die lebensverlängernde Maßnahme keine Indikation mehr, wird die Behandlung - unabhängig von der Erteilung einer Einwilligung durch den Betreuer - beendet.<sup>964</sup> Allerdings ist der Betreuer unter Umständen verpflichtet, die Erfüllung des ärztlichen Heilauftrages anzunehmen, wenn der Arzt zu früh die Indikation zum Weiterbehandeln verneint.<sup>965</sup>

Sieht der Arzt jedoch lebenserhaltende Maßnahmen als indiziert an, sind diese durchzuführen, bis ihr Abbruch vom Betreuer gefordert und dessen Entscheidung vom Vormundschaftsgericht genehmigt ist. Die Genehmigung ist zu erteilen, wenn die Maßnahme den oben dargestellten Kriterien entspricht. Nur insofern besteht ein Anspruch des Patienten. Verweigert das Vormundschaftsgericht die Genehmigung des Abbruchs, gilt die Einwilligung in die Weiterbehandlung als erteilt und die lebensverlängernden Maßnahmen sind bis zur Stellung eines neuen Antrags fortzuführen.

---

<sup>962</sup> BGH, FamRZ 2003, 748, 752 ff. = NJW 2003, 1588 1591 ff.

<sup>963</sup> Stackmann, NJW 2003, 1568, 1568 f.

<sup>964</sup> Kutzer, ZRP 2003, 213, 214.

<sup>965</sup> Deutsch, NJW 2003, 1567, 1567.



Zwar behandelt die Entscheidung lediglich den Fall der Patientenverfügung als Richtlinie für einen Betreuer. Es ist jedoch zu befürchten, dass die besagten Regeln ebenfalls für das rechtsgeschäftlich autorisierte Handeln gelten.<sup>966</sup> Der Zivilsenat behauptet nämlich, dass nur unter den von ihm genannten medizinischen Voraussetzungen die Rechtsordnung die Unterlassung oder Nichtfortführung von lebensverlängernden Maßnahmen gestatte.<sup>967</sup> Da der Gesundheitsbevollmächtigte in den in § 1904 I BGB genannten Fällen der Genehmigungsbedürftigkeit dem Betreuer gleichgestellt ist, spräche dies für eine entsprechende Anwendung.

## **b. Kritik<sup>968</sup>**

Nach dem Wortlaut wollte der Senat die Patientenrechte stärken. Bei näherer Betrachtung der Entscheidung hat es jedoch vielmehr das Gegenteil erreicht: eine partielle Entmündigung des Patienten.

Bereits im Rahmen der Erörterung der Sterbehilfeproblematik wurde betont, dass die sog. passive Sterbehilfe allgemein anerkannt ist.<sup>969</sup> Insbesondere beschränkt sich ihre Zulässigkeit nicht auf Fälle infauster<sup>970</sup> Prognosen. Die passive Sterbehilfe ist bereits dann zulässig, wenn der Sterbevorgang noch nicht unmittelbar eingesetzt hat, jedoch dem ausdrücklichen oder mutmaßlichen Patientenwillen entspricht und lebenserhaltende Behandlungsmaßnahmen nur die Leiden des Patienten verlängern werden.<sup>971</sup> Der BGH schränkt nun die Pflicht des Arztes, den Patientenwillen zu befolgen, dadurch ein, dass er die Rechtsverbindlichkeit des Patientenwillens von der Irreversibilität des Sterbevorgangs abhängig macht. Gravierende Folgen hat diese Regelung u.a. auf die stetig steigende Zahl der Wachkoma-Patienten, die bei stabilen körperlichen Funktionen und künstli-

---

<sup>966</sup> Vgl. Kutzer, ZRP 2003, 213, 216; Pardey, Rn. 285 f.; Winkler, S. 6.

<sup>967</sup> BGH NJW 2003, 1588, 1590.

<sup>968</sup> Vgl. auch Höfling/Rixen, JZ 2003, 884, 894; Deutsch, NJW 2003, 1567 f.; Holzhauser, FamRZ 2003, 991, 992; Hufen, ZRP 2003, 248 ff.; Hahne, FamRZ 2003, 1619 ff.; Kutzer, ZRP 2003, 213 ff.

<sup>969</sup> Siehe oben S. 20.

<sup>970</sup> Vgl. Höfling/Rixen, JZ 2003, 884, 885 f.

<sup>971</sup> H.M. BGHSt 40, 260; Palandt/Diederichsen, Einf. v § 1896 Rn. 10; Saliger, JuS 1999, 16, 17 f.; Hufen, NJW 2001, 1849; Kutzer, MedR 2001, 77, 77; Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“, Abschlussbericht, S. 46.

cher Sonderernährung oft unbestimmt lange weiter leben können.<sup>972</sup> Ihnen wird mit der Entscheidung des BGH - trotz entsprechenden und ausdrücklichen Willens – ein Tod nach ihren Vorstellungen nicht mehr zugebilligt. Diese Situation wird in der Praxis noch dadurch verschlimmert, dass Ärzte sich davor scheuen, gerade in den Grenzbereichen von Sterbefällen, eine sichere Prognose über den Todesverlauf zu stellen.<sup>973</sup> Und solange Zweifel bestehen, muss nach dem BGH weiterbehandelt werden.

Ferner unterstellt der BGH die Entscheidung über die Verweigerung bzw. den Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen der vormundschaftsgerichtlichen Kontrolle.<sup>974</sup> Es verbietet sich eine Analogie zu § 1904 I BGB.<sup>975</sup> Denn der Schutz des heilungsfähigen Patienten vor dem Einsatz riskanter medizinischer Mittel ist nicht vergleichbar mit der medizinischen Versorgung eines tödlich und unheilbar erkrankten Menschen.<sup>976</sup>

Die Verbindlichkeit eines Patiententestaments kann mithin weder von der Schwere der Erkrankung<sup>977</sup> noch von der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung abhängig gemacht werden. Andernfalls würde man die Patientenrechte rechtswidrig schmälern.<sup>978</sup>

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Patientenverfügung grundsätzlich rechtsverbindlich ist, es sei denn der Patientenwille kann für die konkrete Situation nicht ausgelegt werden. Sie bedarf zur ihrer Wirksamkeit der Geschäftsfähigkeit des Verfassers sowie

---

<sup>972</sup> Vgl. Kutzer, ZRP 2003, 213, 213.

<sup>973</sup> Vgl. Uhlenbruck, Selbstbestimmung, S. 6; Hahne, FamRZ 2003, 1619, 1621; Stolz, FamRZ 2003, 1622 ff.

<sup>974</sup> Die Entscheidung anders verstehend OLG Karlsruhe, NJW 2004, 1882, 1883; Lipp, FamRZ 2004, 317, 323 f.: Genehmigungspflicht nur bei Konflikt zwischen Betreuer und Arzt.

<sup>975</sup> Die Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“, hat hier ebenfalls die Einschaltung des Vormundschaftsgerichts empfohlen, jedoch nur sofern keine Einigung zwischen Betreuer und Arzt hinsichtlich des Patientenwillens besteht, Abschlussbericht vom 10. Juni 2004, S. 43, 48; Hufen, ZRP 2003, 248 ff.; a.A. Deutsch, NJW 2003, 1567, 1567.

<sup>976</sup> MüKo/Schwab, § 1904 Rn. 38; ausführlich zum Meinungsstreit Hoß, S. 44 ff.

<sup>977</sup> Taupitz, Gutachten zum 63. DJT, S. A 107.

<sup>978</sup> Vgl. Kutzer, ZRP 2003, 213, 213 f.

der Schriftform. Dient sie als Direktive für einen rechtsgeschäftlich autorisiert Handelnden, untersteht dieser nicht der Kontrolle des Vormundschaftsgerichts. Aufgrund der bestehenden Rechtsunsicherheit sollte der Gesetzgeber hier eine klare Regelung schaffen.<sup>979</sup>

## **C. Weitere Regelungen**

Der Inhalt der Patientenverfügung muss sich wie bereits erwähnt nicht notwendig auf Anweisungen zum Sterbefall beschränken. Er kann jede Art von Regelungen über behandlungs- und pflegebezogener Maßnahmen umfassen, wie z.B. die Hinzuziehung eines oder mehrerer Ärzte, Ablehnung von bestimmten Medikamenten oder Unterbringung und Pflege.<sup>980</sup>

Handelt es sich bei der Vertrauensperson um einen Arzt oder Krankenpfleger ist darauf zu achten, eine Bestimmung hinsichtlich der Wahl des behandelnden Arztes bzw. des Krankenhauses zu treffen. Andernfalls besteht die Gefahr der Bestellung eines (Kontroll-) Betreuers.<sup>981</sup>

## **D. Form der Treuhandabrede**

Die vorgeschlagene Treuhandabrede bedarf der notariellen Beurkundung und muss in das elektronische Zentralregister der Bundesnotarkammer eingetragen werden.

## **I. Notarielle Beurkundung**

Diese strenge Form rechtfertigt sich daraus, dass im Gegensatz zur isolierten Patientenverfügung keine staatliche Kontrollinstanz existiert bzw. existieren soll. Sie bringt den Vorteil mit sich, dass sich der Notar nach § 10 BeurkG über die Person des Erklärenden Gewissheit verschafft und sich gemäß § 11 BeurkG von deren Geschäftsfä-

---

<sup>979</sup> Der Abschlussbericht der Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“ vom 10. Juni enthält eine solche Empfehlung, S. 42 ff., 45; so auch der BGH, NJW 2003, 1588, 1592.

<sup>980</sup> Baumann/Hartmann, DNotZ 200, 594, 603; Keilbach, FamRZ 2003, 969, 970.

<sup>981</sup> Siehe oben S. 139 f.

higkeit überzeugt sowie bei schwerer Erkrankung des Betroffenen in der Urkunde eine Feststellung dazu trifft, § 11 II BeurkG. Ferner ist der Notar gemäß § 17 BeurkG verpflichtet, den Text eindeutig und vollständig zu formulieren, sowie den Betroffenen rechtlich zu beraten. Dazu gehört insbesondere auch ein Hinweis auf die Bedeutung der ärztlichen Aufklärung.<sup>982</sup> Insbesondere wird die Vertrauensperson bei der Abfassung der Treuhandabrede zugegen sein. So kann eine ausführliche Besprechung über Motive und Wertvorstellungen des Betroffenen stattfinden.<sup>983</sup>

Dieses Erfordernis bringt keine erwähnenswerte Erschwerung für die Beteiligten mit sich. Lassen sie sich beim Notar beraten, bevor sie sich für die Begründung eines Treuhandverhältnisses entscheiden, kann in einem Zug auch die Treuhandabrede verfasst werden.<sup>984</sup>

Einzig zu bedenken wäre ein eventuelles Hindernis für die Abänderung der Patientenverfügung. Da der Verfasser hierfür noch seine Geschäftsfähigkeit besitzen muss, er also noch gänzlich selbstverantwortlich handeln kann, muss er sich als eben mündiger Bürger behandeln lassen. Für Versäumnisse in diesem Bereich trägt er alleine die Verantwortung. Hierauf sollte der Notar ihn hinweisen. Betrachtet man jedoch die strengen Anforderungen für die Errichtung dieser privaten Vorsorgeverfügung, kann man davon ausgehen, dass derjenige, der trotzdem diesen Weg der Vorsorge wählt, sich seine Entscheidungen wohl überlegt und diese kaum abändern wird.

Hiervon zu unterscheiden ist der Widerruf der Patientenverfügung und mit ihr der Widerruf des Auftragsverhältnisses. Diese können jederzeit formfrei erfolgen.<sup>985</sup> Für das Auftragsverhältnis ergibt sich dies aus § 671 I BGB. Im Gegensatz zur Errichtung bzw. Beauftragung benötigt der Betroffene hierfür lediglich seine Einwilligungsfähigkeit. Sollte er zum Zeitpunkt des Widerrufs jedoch noch geschäftsfähig sein, ist ihm zu empfehlen, die nötigen Vorkehrungen

---

<sup>982</sup> Vgl. Baumann/Hartmann, DNotZ 2000, 594, 612.

<sup>983</sup> Vgl. auch den Abschlussbericht der Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“ vom 10. Juni 2004, S. 18.

<sup>984</sup> Zu den Kosten weiter unten Seite 152.

<sup>985</sup> Siehe oben S. 189.

zur Löschung der Treuhand aus dem Zentralregister der Bundesnotarkammer zu treffen.

## **II. Eintragung in das elektronische Zentrale Vorsorgeregister**

Wie die Einigung über die Übertragung des Selbstbestimmungsrechts am Körper zur Begründung des Treuhandverhältnisses<sup>986</sup> muss die Treuhandabrede in das elektronische Zentralregister der Bundesnotarkammer eingetragen werden. Dies rechtfertigt sich aus der Schutzbedürftigkeit des Treugebers. Sein Patientenwille, der dem Arzt regelmäßig unbekannt ist, kann diesem so auf schnellstem Wege zugänglich gemacht werden. Auf diese Weise kann der Arzt die Entscheidungen des Treuhänders auf ihre Rechtmäßigkeit hin kontrollieren.

Dieses Formerfordernis kombiniert die für die Regelung der privaten Vorsorge in Gesundheitsangelegenheiten essentiellen Komponenten der Beratung, Bestätigung von Unterschriften, Registrierung und Hinterlegung und bietet somit dem Betroffenen ein attraktives „Gesamtpaket“.<sup>987</sup> Insbesondere gewährleistet es in tatsächlicher Hinsicht erst einen umfassenden Schutz vor Missbrauch.

---

<sup>986</sup> Siehe S. 142.

<sup>987</sup> Hoffmann/Schumacher, BtPrax 2002, 191, 195.

## 8. Teil:

### Die Schutzmechanismen der Treuhand

Will man ein effektives Kontrollsystem zum Schutze des Betroffenen aufbauen, ohne dabei die Rechte der Vertrauensperson einschränken und staatliche Hilfe in Anspruch nehmen zu müssen, so stellt die deutschrechtliche Treuhand mit den hier vorgeschlagenen Wirksamkeitserfordernissen ein geeignetes Instrumentarium dar. Zum einen werden die Beteiligten ausreichend vor unüberlegten Handlungen geschützt. Zum anderen bietet das elektronische Register ein ideales Medium zum sofortigen Auffinden der Vorsorgeverfügungen an. Insbesondere aber zwingt die rechtstechnische Ausgestaltung den Treuhänder und den behandelnden Arzt zur gegenseitigen Kontrolle. Letzterer kann und soll nicht blindlings auf die Entscheidungen des Treuhänders vertrauen dürfen. Bei Pflichtverletzung entfällt die Entscheidungskompetenz des Treuhänders mit der Folge, dass die medizinische Maßnahme, die sich darauf stützt, jeder Legitimationsgrundlage entbehrt. Dies bedeutet für den behandelnden Arzt, dass er für die rechtswidrige Maßnahme haftet, es sei denn, er kann darlegen, dass er mangels ausreichender Zeit sich über den Patientenwillen nicht mehr in Kenntnis setzen konnte. Eine solche Entlastung wird ihm schwer gelingen, wenn die Patientenverfügung des Betroffenen zum relevanten Zeitpunkt sofort abrufbar ist. Auch in Notfällen wird es lediglich eine Frage der Organisation sein, um vom Inhalt der Patientenverfügung zu erfahren. Zur Klarstellung ist hervorzuheben, dass bei Notfallhandlungen in der Regel eine ärztliche Hilfespflicht besteht.<sup>988</sup> Zum einen gilt hier wegen des engen Zeitfensters bei Entscheidungsfindung der Grundsatz „in dubio pro vita“.<sup>989</sup> Zum anderen kann eine sichere Prognose über den weiteren Gesundheitsverlauf des Patienten erst nach den ersten Hilfsmaßnahmen erfolgen. Nur unter diesen Voraussetzungen kann man die eingetretene Situation mit der in der Patientenverfügung niedergeschriebenen Regelung vergleichen.

---

<sup>988</sup> Marschner, *Recht und Psychiatrie* 1995, 138, 141.

<sup>989</sup> May, S. 141.

Solange der niedergelegte Patientenwille so ausgelegt werden kann, wie der Treuhänder entschieden hat, darf der Arzt sich unbedingt auf dessen Entscheidung stützen. Sollte im Einzelfall der Treuhänder nicht erreichbar sein – was dokumentiert werden muss<sup>990</sup> –, so bietet vorgeschlagener Weg den weiteren Vorteil, dass der Arzt mit der zur Verfügung stehenden Patientenverfügung eine bedeutsame Entscheidungshilfe für sein Handeln zur Hand hat. Seine getroffene Maßnahme kann dann nachträglich vom Treuhänder genehmigt werden.

Ebenso kann der Treuhänder sich stets auf die präsen- te Treuhand- abrede berufen, sollte der behandelnde Arzt seinen Entscheidungen zunächst nicht Folge leisten wollen. Schlimmstenfalls muss er ihm mit einer gerichtlichen Klage drohen. Sollte dennoch ein rechtswidri- ger Eingriff erfolgen, so kann der Treuhänder dagegen sowohl zivil- rechtlich als auch strafrechtlich vorgehen.

Steht die Klärung eines Missbrauchs des Treuhänders im Raum, so wird mit Entscheidung des Gerichts zu Lasten des Treuhänders der Bedingungseintritt des Rechtsmissbrauchs und somit die Beendi- gung des Treuhandverhältnisses deklaratorisch festgestellt. Die rechtskräftige Entscheidung, sollte sie nicht vom Vormundschaftsge- richt gefällt worden sein, muss an dieses weitergeleitet werden, § 35 a FGG. Es hat dann ein Verfahren zur Bestellung eines Betreuers einzuleiten sowie die Bundesnotarkammer zur Löschung der Treu- hand aus dem Zentralregister zu veranlassen.

Die Existenz der relevanten Urkunden und ihre sofortige Auffindbar- keit in Verbindung mit der Krankenakte ermöglichen zudem die je- derzeitige Nachprüfbarkeit der Rechtmäßigkeit der getroffenen Ent- scheidungen. Diese Tatsache wird die Beteiligten ebenfalls zur Zu- sammenarbeit animieren. Denn ihre gute Zusammenarbeit ist Grundvoraussetzung für die bestmögliche Verwirklichung des Patien- tenwillens. So soll doch das Treuhandverhältnis regelmäßig nach einer den Vorstellungen und Wünschen des Patienten verlaufenden Sterbephase mit seinem menschenwürdigen Tod enden.

---

<sup>990</sup> May stellt wohl zu recht die Beachtung der ärztlichen Verpflichtung zur Einschalt- ung der autorisierten Person in Frage, S. 123.

## **9. Teil:**

### **Beendigung der Treuhand**

Die Treuhand endet mit dem Tod sowohl des Treugebers als auch des Treuhänders. Sie endet ebenfalls, wenn der Treuhänder seine Geschäftsfähigkeit verliert. Die Feststellung dieser Zeitpunkte obliegt dem behandelnden Arzt, der unverzüglich die Bundesnotarkammer benachrichtigen muss, um die Löschung der Treuhand aus dem Zentralregister zu veranlassen. Als Kontrollinstanz nimmt er auch den Eintritt der Bedingung des Rechtsmissbrauchs wahr, die ebenfalls zur Beendigung des Treuhandverhältnisses führt. Bei Einsicht des Treuhänders erfolgt eine einvernehmliche Benachrichtigung sowohl der Bundesnotarkammer als auch des Vormundschaftsgerichts. Sollte dies nicht der Fall sein und es zu einem Rechtsstreit kommen, wird das zuständige Gericht diese Feststellung machen und die weiteren Schritte zur Löschung der Treuhand und Bestellung eines Betreuers veranlassen.

Der Treugeber kann ferner durch vorzeitigen Rücktritt vom dinglichen Rechtsgeschäft das Treuhandverhältnis beenden. Diese Folge tritt auch bei Widerruf der Treuhandabrede und Patientenverfügung ein.

Aber auch dem Treuhänder steht es offen, die Treuhand jederzeit zu kündigen bzw. vorzeitig vom dinglichen Rechtsgeschäft zurückzutreten.

Sowohl Rücktritts- als auch Kündigungserklärungen müssen vor dem Notar erfolgen.



## **10. Teil:**

### **Kosten**

#### **A. Notarielle Kosten**

Die Eintragung sowohl des Abtretungsvertrages als auch der Treuhandabrede in das elektronische Zentralregister stellen keine kostenpflichtigen Leistungen des Notars dar, § 147 II Nr. 6 KostO.<sup>991</sup> Lediglich die Beratungstätigkeit des Notars in Zusammenhang mit dem Abtretungsvertrag sowie der Beurkundung der Patientenverfügung als Treuhandabrede löst eine Gebühr aus. Als nichtvermögensrechtliche Angelegenheit bestimmt sich die Höhe der Kosten nach §§ 141, 30 III, 36 I, 35, 147 II KostO. Nach § 30 III i.V.m. II 1 KostO liegt der Wert regelmäßig bei 3000 €, so dass sich eine Gebühr von 26 € ergibt. In Anbetracht der Relevanz eines solchen Rechtsgeschäfts halten sich die Kosten noch im Bereich des Angemessenen. Sie dürfen keinesfalls ein Hindernis für die Errichtung einer Vorsorgetreuhand darstellen. Insbesondere soll auch den nicht vermögenden Menschen der Weg zur privaten Vorsorge im Gesundheitsbereich ermöglicht werden.

#### **B. Kosten für den Aufbau des vorgeschlagenen Schutzsystems**

Im Zeitalter der elektronischen Datenspeicherung, -transfers und -zugriffs halten sich die Kosten für den Aufbau des vorgeschlagenen Systems in Grenzen. Insbesondere kann man das bereits bestehende Medium des elektronischen Zentralregisters der Bundesnotarkammer zu nutze machen und darauf aufbauen. Der Zugriff Berechtigter mit Zugangscodes auf diese Datenbank kann ohne großen technischen Aufwand eingerichtet werden bzw. dies ist bereits für die Vormundschaftsgerichte geschehen. Auf Seiten der weiteren Zugangsberechtigten entstehen ebenfalls keine Mehrkosten. Es ist davon auszugehen, dass sie für ihre Verwaltung sich bereits eines

---

<sup>991</sup> Vgl. vor Inkrafttreten der VRegV, Winkler, S. 14 mit Verweis auf BNotk Intern 6/2002; 2/2003.

Computers bedienen und daher hierfür keine neuen Anschaffungskosten anfallen. Aufwand bereitet in erster Linie die Umstellung der Verwaltungs- und Organisationsstrukturen der jeweiligen Institutionen auf dieses neue Kontrollsystem. Dies wird vor allem die Krankenhäuser und Pflegeheime betreffen. Aber auch dies ist zu bewältigen, zumal das vorgeschlagene Modell letztendlich auch hier Erleichterungen mit sich bringt. Denn zum Einleiten organisatorischer Maßnahmen – wie das Ausfindigmachen der Vertrauensperson und deren Benachrichtigung - benötigt man nur noch den Namen des Patienten. Alle weiteren erforderlichen Daten sind jederzeit und sofort beim Zentralen Vorsorgeregister abrufbar.

## Zusammenfassung und Ausblick

Das Ziel der privaten Vorsorge in Gesundheitsangelegenheiten besteht in der Regelung einer umfassenden Interessenvertretung durch eine Vertrauensperson für die Zeit nach Verlust der eigenen Handlungsfähigkeit. Hierzu benötigt diese Person eine Rechtsmacht, die ihr ermöglicht, die Rechte des Betroffenen wahrzunehmen, zu verteidigen und geltend zu machen. Denn sie muss in der Lage sein, Eingriffe unerwünschter Dritte abzuwehren. Hierzu gehört auch die Verdrängung staatlicher Einflussnahme sowohl in Gestalt eines (Kontroll-)Betreuers als auch in Gestalt eines vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungsvorbehalts. Hierin besteht die zweite bedeutende Funktion der privaten Vorsorge: die Entlastung des Staates. Dies erreicht die private Vorsorge jedoch nur, wenn sie in der Lage ist, die Betreuung vollumfänglich zu ersetzen. D.h., sie muss die Rechte des Betroffenen sowohl in materiellrechtlicher als auch verfahrensrechtlicher Hinsicht zur Geltung bringen und den autorisiert Handelnden an der Begehung von Missbrauch hindern können.

Von den drei untersuchten Rechtsinstituten erfüllt lediglich die Treuhand in ihrer deutschrechtlichen Konstruktion alle genannten Erfordernisse.

Die Vollmacht stellt zwar ein geeignetes Instrument dar, die vom Betroffenen erwünschten Behandlungsanweisungen an den behandelnden Arzt weiterzuvermitteln und den Willen des Betroffenen auch gerichtlich zu repräsentieren. Ihre rechtliche Funktion besteht jedoch nicht in der Geltendmachung von Rechten, sondern eben rein in der Vertretung im Willen. Als besonders unzulänglich erweist sie sich in ihren Schutzmechanismen vor Missbrauch. Denn sie vermag es nicht, die Rechtsmacht des Handelnden an die internen Behandlungsrichtlinien des Betroffenen zu binden. Dies ist jedoch unerlässlich für die Ausgestaltung eines effektiven Schutzsystems. Die Ermächtigung hingegen kann diese Funktion, neben der Möglichkeit der Geltendmachung von Rechten, erfüllen. Denn aufgrund ihrer Gegenstandsbezogenheit und des daher besser eingrenzbaeren Handlungsspielraums ist es möglich, die Behandlungsdirektiven des Betroffenen der Handlungsmacht anzupassen. Jedoch vernachlässigt die Ermächtigung vollständig die Verkehrsschutzinteressen und leidet somit unter mangelnder praktischer Akzeptanz. Diese darf zur

wirksamen Ersetzung der Betreuung keinesfalls fehlen. Die sog. deutschrechtliche Treuhand bringt alle erforderlichen Komponenten in ein angemessenes Verhältnis. Wie die Ermächtigung ist sie gegenstandsbezogen und kann daher speziell für den Gesundheitsbereich ausgestaltet werden. Zudem liegt ihre rechtliche Funktion in erster Linie in der Wahrnehmung und Durchsetzung von Rechten allein im Interesse des Betroffenen. Sie verleiht der Vertrauensperson gegenüber Vollmacht und Ermächtigung die weitestgehende Handlungsmacht, ohne den Schutzgedanken zu vernachlässigen. Ferner bindet sie im Gegensatz zu den anderen beiden Rechtsinstituten als zweiseitiges Rechtsgeschäft im Rahmen ihrer Begründung die Vertrauensperson stärker in die rechtliche Betrachtung ein. Dies ist erforderlich, um die richtige Auswahl des rechtsgeschäftlich autorisiert Handelnden besser zu gewährleisten. Denn erst die richtige Auswahl bewahrt den Betroffenen in tatsächlicher Hinsicht vor Missbrauchsgefahren. Gleichzeitig nimmt die Treuhand Rücksicht auf die Verkehrsinteressen, in dem sie dem behandelnden Arzt die Gewissheit gibt, im Treuhänder stets den richtigen Ansprechpartner zu haben, mag der Mediziner auch nicht von der Pflicht entbunden werden, dessen Entscheidungen auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen. Sie hat ferner den Vorteil, dass die Bestellung eines Kontrollbetreuers – sowohl zur Überwachung des Treuhänders als auch zum Widerruf der Treuhand – gänzlich entfallen kann.

Die Treuhand stellt mithin für die Gesundheitsfürsorge die ideale rechtliche Form der Vorsorgeverfügung in Gesundheitsangelegenheiten dar.

Damit die Schutzmechanismen, die dieses Rechtsinstituts als solches anbietet, auch praktisch ihre Wirkung entfalten können, bedarf es weiterer Vorkehrungen. So sind strenge Wirksamkeitsvoraussetzungen aufzustellen. Die Geschäftsfähigkeit beider Parteien und deren Erscheinen vor dem Notar sind zu fordern. Insbesondere müssen die Vorsorgeverfügungen für die beteiligten Parteien schnellstmöglich zur Verfügung stehen. Dies erreicht man nur durch deren elektronische Erfassung und Registrierung.

Für die Umsetzung dieses umfassenden Schutzsystems ist also gesetzgeberischer Handlungsbedarf von Nöten. Die hierfür erforderlichen Regelungen muss der Gesetzgeber klar formulieren.

Eine weitere wichtige Aufgabe besteht darin, Informationskonzepte zu entwickeln, durch die sich die Menschen aus allen, insbesondere den unteren Bildungsschichten angesprochen fühlen. So sollten an allen Orten, die in Verbindung mit der medizinischen Versorgung stehen, mit Plakaten oder Infobroschüren ausgestattet werden. Hier sind vor allem die Arztpraxen und die Apotheken aufgerufen. Aber auch die Krankenkassen sollten in ihren monatlichen Informationsbroschüren regelmäßige Hinweise enthalten.

Einen wichtigen Beitrag können aber auch Kirchen und Schulen leisten. Das Problem der noch relativ geringen Akzeptanz solcher Vorsorgeverfügungen liegt nicht allein an der mangelnden Information, sondern es wurzelt vor allem in der mangelnden Auseinandersetzung der Gesellschaft mit dem Thema „Tod“. Es wird aus dem alltäglichen Leben verdrängt, gehört zu den gesellschaftlichen Tabus, obwohl doch so präsent und selbstverständlich. Zwar liegt es in der Natur des Menschen, sich nicht ohne Anlass mit persönlichen Problemen zu beschäftigen. Wartet man in diesem Bereich aber erst einen solchen Anlass ab, ist es meist schon zu spät für die Errichtung solcher Verfügungen. So ist festzustellen, dass die Verdrängungstaktik verstärkt auftritt, sobald die Betroffenen in eine Pflegeeinrichtung gebracht werden, jedenfalls wenn sie kein natürliches Verhältnis zu ihrem eigenen Tod haben. Sie fühlen sich als „abgeschoben“ und reagieren auf Themen, die mit ihrer eigenen Hilflosigkeit zu tun haben, oft allergisch. Schließlich meinen sie, sie besäßen ja noch ihre Handlungsfähigkeit, und solange dies der Fall sei, bräuchten sie keine Vorsorge.

Die Befassung mit dem Thema „Tod“ muss also schon viel früher ansetzen. Es ist hier Aufgabe der Gesellschaft, den Tod als eines der natürlichsten Dinge der Welt zu vermitteln und die Furcht der Betroffenen hiervon zu nehmen. Erst dann wird die Werbung in diesem Bereich ihre wahre Wirkung entfalten.

Über eines muss man sich jedoch stets im Klaren sein: Ein System kann noch so gut durchdacht sein. Hängt sein Funktionieren in erster Linie vom Menschen ab, ist es nur so gut wie der Mensch es selbst ist. Diese Aussage betrifft in diesem Zusammenhang zwar in erster Linie den rechtsgeschäftlich autorisierten Handelnden, beschränkt sich aber nicht auf ihn. Während der Phase der Errichtung der Vorsorge-

verfügung nimmt der Notar eine wichtige Funktion ein. Von ihm werden neben seinen Rechtskenntnissen in personalen Angelegenheiten verstärkt Einfühlvermögen und menschliches Verständnis gefordert. Macht sich im Kreise der Betroffenen jedoch der Eindruck mangelnder Fähigkeit in diesem Bereich breit, wird diese Nachricht ihnen den Gang zum Notar erschweren und den Weg für diese private Vorsorge möglicherweise versperren. Diese geforderten Eigenschaften setzt man bei Ärzten voraus, da ihr Beruf es mit sich bringt, sich mit den persönlichen Schicksalsschlägen der Patienten auseinanderzusetzen. Leider findet man gerade diese Fähigkeiten beim Klinikpersonal im alltäglichen Klinikbetrieb recht selten vor. Hierin liegen auch die Gründe für das Verfassen von Vorsorgeverfügungen zum Sterbefall. Die Betroffenen fühlen sich alleingelassen und ihr Dasein ist reduziert auf das Dahinvegetieren. Derzeit haben sie noch nicht einmal die Gewissheit, dass ihnen der Wunsch nach einem menschenwürdigen Sterben erfüllt wird. Das Vorurteil gegenüber Ärzten, sich als „Halbgötter in Weiß“ zu betrachten und danach zu handeln, entbehrt leider nicht jeder Grundlage. Zudem wird in der Endphase des Lebens der Patientenwille von den finanziellen Interessen aller an diesem Prozess Profitierenden überschattet.

Wird jedoch hoffentlich in naher Zukunft seinem Patientenwillen vollumfänglich entsprochen, so ist er derjenige, der über sein Leben(sende) alleinverantwortlich bestimmt. Will er nicht die Folgen eigener Irrtümer und Versäumnisse tragen wollen, so sollte er nicht den Weg der privaten Vorsorgeverfügung wählen. Die Versuchung, anderen die Schuld für Fehler verschiedener Art geben zu wollen, ist groß, solange man nicht akzeptiert, dass mit jeder Selbstbestimmung auch eine Selbstverantwortung einhergeht. Aber nur in diesem Sinne ist „Autonomie“ zu definieren und nur so „Freiheit“ zu genießen. Hat man diesen Denk- und Entwicklungsprozess durchlaufen und steht an dessen Ende der Entschluss zur Errichtung einer solchen Vorsorgeverfügung, dann erst stellt sie eine „Hilfe zur Selbsthilfe“ dar.



## **Anhang – Lebenslauf**

Thu-Ly Truong, 1974 in Phnom Penh (Kambodscha) geboren, verbrachte nach ihrem Abitur am Gymnasium an der Heinzenwies (Idar-Oberstein/Rheinlandpfalz) zwei Jahre als Au pair und Sprachstudentin in Paris und Madrid. Danach studierte sie von Okt. 1996 bis Jan. 2001 Rechtswissenschaften an der Ernst-Moritz-Arndt-Universität in Greifswald sowie an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg. Nebenher beschäftigte sie sich auch mit dem Fach Sinologie und schloss dieses mit der Abschlussprüfung "Sinicum" ab. Im Anschluss daran arbeitete sie als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für bürgerliches Recht, Handelsrecht, gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht der Universität Würzburg und begann sich ihrer Promotion zu widmen. Ab Okt. 2001 absolvierte sie ihren juristischen Vorbereitungsdienst in Würzburg und schloss diesen im Dez. 2003 mit dem zweiten Juristischen Staatsexamen ab. In der Folgezeit widmete sie sich wieder ihrer Doktorarbeit und reichte sie im März 2005 zur Prüfung ein. Danach verbrachte sie 10 Monate als Praktikantin bei der Außenhandelskammer in Beijing (China). Seit März 2006 arbeitet sie als Leiterin der Abteilung „Foreign Investment“ bei einer chinesischen Firma in Beijing.