



Deutscher Notarverein

Der Präsident

Deutscher Notarverein, Kronenstraße 73, 10117 Berlin

Bundesverfassungsgericht
Erster Senat
Postfach 1771
76006 Karlsruhe

Kronenstraße 73
10117 Berlin
Tel: 030 / 20 61 57 40
Fax: 030 / 20 61 57 50
E-Mail: o.vossius@dnotv.de
<http://www.dnotv.de>

Berlin, 17. September 2015

Vorlagebeschluss des Bundesgerichtshofs vom 1. Juli 2015 (XII ZB 89/15) 1 BvL 8/15

Sehr geehrter Herr Prof. Kirchhof,
sehr geehrte Damen und Herren,

der Deutsche Notarverein dankt für die Gelegenheit zur Stellungnahme.

Nach unserer Ansicht verstößt die derzeitige Regelung in § 1906 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 1906 Abs. 3 BGB gegen Art. 2 Abs. 1, 3 Abs. 1 GG. Die Rechtsauffassung des XII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs im Vorlagebeschluss vom 1. Juli 2015, XII ZB 89/15 (im Folgenden „Vorlagebeschluss“) trifft zu. In der Nichteinbeziehung stationär (bzw. ambulant) durchzuführender ärztlicher (Zwangs-)Maßnahmen, denen sich der Betroffene (besser: „Behinderte“) räumlich nicht entziehen will und/oder (wie im Ausgangsfall) kann, liegt ein grundrechtswidriges Unterlassen gesetzgeberischen Handelns vor.

Mit den folgenden Ausführungen wollen wir den Vorlagebeschluss in einen größeren Zusammenhang stellen.

1. Fallgruppen

Die betroffenen Patienten lassen sich in folgende Fallgruppen einteilen:

- a) Der Patient hat eine Vorsorgevollmacht nach §§ 1904 Abs. 5, 1906 Abs. 5 BGB erteilt.

- b) Der Patient hatte bereits vor Änderung des § 1906 BGB eine Vorsorgevollmacht erteilt, in der Zwangsbehandlungen im Sinne des § 1906 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 und 4 BGB aber nicht explizit erwähnt werden (weil nach damaliger Rechtslage hierzu kein Anlass bestand).
- c) Der Patient hat keine Vorsorgevollmacht im Sinne der Fallgruppe a) erteilt, die Voraussetzungen für eine Unterbringung liegen nicht vor, die Behandlung ist aber aus den sonst in § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB genannten Gründen notwendig.
- d) Der Patient hat keine Vorsorgevollmacht im Sinne von oben Fallgruppe a) erteilt **und**
 - aa) die Maßnahme widerspricht dem natürlichen Willen des Patienten
 - und**
 - bb) die Voraussetzungen des § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB liegen vor, d. h. insbesondere auch, dass die Maßnahme ohne die Unterbringung des Betreuten nicht durchgeführt werden kann.

2. Einordnung der Fallgruppen unter § 1906 BGB

a) Fallgruppe a)

In der Fallgruppe a) sind Maßnahmen nach § 1906 Abs. 3 und 4 BGB mit Einwilligung des Bevollmächtigten zulässig, ohne dass es einer Unterbringung des Patienten bedarf. Genau genommen liegt hier gar keine Zwangsbehandlung vor, da der Patient über seinen Bevollmächtigten wirksam eine Einwilligung erteilt hat.

b) Fallgruppe b)

In der Fallgruppe b) hat der Gesetzgeber (trotz entsprechender Hinweise aus unserem Berufsstand) keine Übergangsregelung für „Altvollmachten“ geschaffen. Das Wort „*ausdrücklich*“ in § 1906 Abs. 5 Satz 1 BGB schafft vielmehr eine hohe Hürde für die Auslegung solcher Vollmachten. Das entspricht der schon in § 1904 Abs. 5 Satz 2 BGB zu Tage tretenden Tendenz, im Widerspruch zu §§ 133, 157 BGB die explizite Erwähnung bestimmter Geschäfte vorzuschreiben.

Was aber bedeutet „*ausdrücklich*“? Schon daran, wie genau bestimmte medizinische Maßnahmen (wie etwa das Fixieren oder das Hochklappen des Bettgitters) zu beschreiben sind, scheiden sich die Geister. Hier arbeitet die notarielle Praxis in erheblichem Ausmaß mit standardisierten Mustern, in der Hoffnung, die Masse der betroffenen Fälle stelle eine Hürde bei der Beanstandung einer Formulierung als nicht „*ausdrücklich*“ dar. Im Strafrecht würde eine solche Gesetzesformulierung („*ausdrücklich*“) mit Blick auf die Bestimmtheit des Tatbestandes allerdings wohl Bedenken begegnen (Art. 103 Abs. 2 GG).

Rechtsvergleichend bewegt sich Deutschland mit solchen „Vollmachtskatalogen“ in Richtung des spanisch-südamerikanischen Rechtsraums. Unserer Rechtstradition gemäß würde hingegen die Formulierung „A erteilt B die Vollmacht, ihn umfassend zu vertreten, soweit eine Stellvertretung zulässig ist“, völlig ausreichen. „Umfassend“ ist eben „umfassend“; ein Weniger gibt es nicht.

Die Tendenz des Gesetzgebers lässt ein deutliches Misstrauen gegenüber dem Willen des Vollmachtgebers erkennen, in dessen Erklärung sich letztlich seine allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) manifestiert. Im Ergebnis kommt ein Vollmachtgeber bei einer „Altvollmacht“ mit großer Wahrscheinlichkeit nur in den Anwendungsbereich der Fallgruppe a), wenn er seine Vollmacht nachbessert. Ansonsten fällt er, obschon er dies nie wollte, in die Fallgruppen c) oder d). Dieser Zwang zur Nachbesserung stellt ebenfalls einen Eingriff in die Privatautonomie des Patienten dar, der mit Blick auf Art. 2 Abs. 1 GG der besonderen Rechtfertigung bedarf.

Die Zahl der vom Fehlen einer Übergangsregelung betroffenen Fälle ist groß. Am 30.06.2015 waren 2.837.990 Vorsorgevollmachten im Zentralen Vorsorgeregister der Bundesnotarkammer (ZVR) registriert, etwa 75 % davon mit Patientenverfügungen verbunden. Derzeit kommen in jedem Quartal knapp unter 100.000 Neueintragungen hinzu.

Die Zahl der „Altvollmachten“, also der zum 31.12.2012 im ZVR registrierten Vorsorgevollmachten, beträgt bereits 1.856.594.¹ Zu diesen Zahlen kommen einerseits vor der Schaffung des ZVR im Jahr 2003 erteilte Vollmachten sowie nicht im ZVR eingetragene Vollmachten hinzu, was ein erhebliches Dunkelfeld darstellen dürfte. Andererseits werden registrierte Vorsorgevollmachten beim Tod des Vollmachtgebers nicht automatisch im ZVR wieder gelöscht, da sie in den meisten Fällen über den Tod hinaus erteilt sind und so für unaufschiebbare Maßnahmen zur Nachlasssicherung (anstelle einer Nachlasspflegschaft) bis zum Abschluss des Nachlassverfahrens genutzt werden können. Aufgrund beider Effekte ist die Zahl der Eintragung nur ein grober Richtwert für die Zahl der effektiv genutzten bzw. nutzbaren Vorsorgevollmachten.

Man kann dennoch die Behauptung wagen, dass vom Fehlen einer Übergangsregelung für § 1906 Abs. 5 BGB Vorsorgevollmachten im siebenstelligen Bereich betroffen sein könnten.

¹ (Quelle: <http://www.vorsorgeregister.de/Presse/Statistik/2015> bzw. <http://www.vorsorgeregister.de/Presse/Statistik/2012>, abgerufen am 16.09.2015).

c) Fallgruppe c)

In der Fallgruppe c) ist es hingegen möglich, die Maßnahme ohne Unterbringung des Betreuten durchzuführen, z. B. weil dieser sich der Unterbringung nicht mehr entziehen kann oder weil dieser sich zwar der Maßnahme entziehen will, nicht aber der Freiheitsentziehung. Hier scheidet jedoch eine Zwangsbehandlung aus.

Das bedeutet: § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB erfasst nur den fluchtfähigen und –willigen Betreuten, nicht hingegen denjenigen, der nicht mehr fluchtfähig und/oder nicht fluchtwillig ist. Hierin liegt die vom Bundesgerichtshof aufgezeigte Problematik.

Das vom Bundesgerichtshof aufgezeigte Problem ist von großer praktischer Relevanz. Die meisten „Zwangsbehandlungen“ (z. B. Chemotherapie bei einem an Krebs erkrankten Schlaganfallpatienten) werden ambulant oder stationär ohne entsprechende Unterbringung durchgeführt. Wegen der hohen Schwelle der Unterbringung findet ein großer Teil ärztlicher Hilfe in einer Grauzone statt. In dieser Unsicherheit sollten Ärzte, Angehörige, Gerichte, Verfahrenspfleger, Gutachter und Betreuer jedoch nicht allein gelassen werden. Sie dürfen nicht weiter dem Dilemma ausgeliefert sein, sich bei Antragstellung bzw. Entscheidung über die Anordnung überlebensnotwendiger Zwangsmaßnahmen zwischen dem Eingriff in die körperliche Unversehrtheit und möglichen letalen Folgen für den Betroffenen entscheiden zu müssen.² Für die Betreuungspraktiker muss Rechtssicherheit geschaffen werden.

d) Fallgruppe d)

Nur in der Fallgruppe d) ist eine Zwangsbehandlung zulässig.

3. Rechtstatsächliche Bewertung

Die durch die Vorlage des XII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs aufgezeigte Problemlage zwischen den Fallgruppen c) und d) steht in folgendem allgemeineren Kontext.

Nicht nur an der in der Vorlage aufgezeigten Problematik, sondern auch im Fehlen einer Übergangsvorschrift für Altvollmachten (oben Fallgruppe b)) und in der hohen Hürde, die das Wort „*ausdrücklich*“ in §§ 1904 Abs. 5 Satz 2, 1906 Abs. 5 Satz 1 BGB für die Privatautonomie aufbaut, manifestiert sich möglicherweise ein Interessenkonflikt zwischen Privatautonomie auf der einen und dem Betreuungsrecht auf der anderen Seite.

Die Betreuungszahlen sind seit 1992 in einer Weise angestiegen, die nicht durch einen rapiden gesundheitlichen Verfall breiter Bevölkerungskreise erklärbar ist. 1992 wurden 75.170 Erstbetreuungen angeordnet. 2001 waren es schon mehr als 200.000. Zwischen 2008 und 2011 stieg die Zahl auf über 230.000, danach sind die

² Milzer, NZF 2015, 780.

Zahlen erstmals wieder leicht rückläufig, und zwar etwa 220.000.³ Der Anteil an Berufsbetreuern ist zwischen 1999 und 2013 von 20,12 % auf 34,32 % angestiegen, der Anteil an Familienangehörigen als Betreuer in demselben Zeitraum von 61,33 % auf 53,59 % gesunken. Der Anteil der Betreuungsvereine sank leicht von 7,28 % auf 6,37 %. Betreuungen durch Behörden sind vernachlässigbar.⁴

Schon vor 15 Jahren stellte Coeppicus fest:⁵ „Ein wesentlicher Grund für Anregungen auf Bestellung von Betreuern und für den Kampf um Erhaltung von Betreuungen ist die Sicherung der wirtschaftlichen Existenz durch Betreuung und die Möglichkeit, Aufwendungsersatz zu erhalten.“ Für das Jahr 1998 hat er die aus der Staatskasse erstatteten Betreuervergütungen auf DM 420 Mio. geschätzt.⁶ 2011 betragen Aufwendungsersatz und Vergütungen der Betreuer und Verfahrenspfleger durch die Staatskasse nach Erhebungen des Bundesamts für Justiz € 743,7 Mio., also mehr als 3,5 mal so viel.⁷ Der Gesetzgeber des Betreuungsgesetzes hatte den jährlichen haushaltswirksamen Aufwand auf DM 200 Mio. veranschlagt.⁸ Die Zahlungen, die aus dem Vermögen und Einkommen der Betreuten geleistet werden, sind in dieser Summe noch nicht einmal enthalten. Hieran erkennt man, welcher „Wirtschaftszweig“ mit welcher potenziellen Eigendynamik in den letzten 25 Jahren entstanden ist.

Die Zahl der gerichtlichen Anfragen an das ZVR ist zwischen 2005 und 2013 von 38.620 (davon 2.542 mit positivem Ergebnis) auf 230.126 (davon 17.856 mit positivem Ergebnis) gestiegen.⁹ Da die Anzahl der positiven Abfragen in der Größenordnung des Rückgangs der Betreuungsverfahren liegt, könnte das dafür sprechen, dass das Instrument der Vorsorgevollmacht in Kombination mit dem ZVR (endlich) effektiv zur Entlastung der Betreuungsgerichte beitragen konnte.¹⁰ Der statistische Befund könnte daher den bereits von Coeppicus konstatierten Interessenkonflikt erklären.

³ Bundesamt für Justiz, zugänglich über <http://www.bundesjustizamt.de/SharedDocs/Publikationen/Justizstatistik/Betreuungsverfahren.pdf>?, abgerufen am 16.09.2015.

⁴ Bundesamt für Justiz (Hg.), *Betreuungszahlen 2012-2013*, ausgewertet und grafisch aufbereitet von Horst Deinert (Stand 1.1.2015), 15; zugänglich über <http://www.bundesanzeiger-verlag.de/fileadmin/BT-Prax/downloads/Statistik/Betreuungszahlen/Betreuungsstatistik2012-2013>, abgerufen am 16.09.2015.

⁵ Coeppicus, *RPfleger* 2000, 50, 51.

⁶ Coeppicus (Fn. 5), 51 re Spalte unten.

⁷ *Betreuungsrechts-Lexikon*, zugänglich unter <http://www.bundesanzeiger-verlag.de/betreuung/wiki/betreuungszahlen>, abgerufen am 16.09.2015.

⁸ BT-Drucks. 11/4528, S. 103.

⁹ Bundesamt für Justiz (Fn. 4), 7 und 10.

¹⁰ Hierzu Coeppicus (Fn. 5), 50; *Betreuungsrechts-Lexikon* (Fn. 6); Bundesamt für Justiz (Fn. 4), 45-49.

Voraussehbar stellt sich das Notariat auf die Seite der Privatautonomie. Unser Interesse kann nur sein, denjenigen, die über das Schriftformerfordernis in §§ 1904 Abs. 5 Satz 2 und 1906 Abs. 5 Satz 1 BGB hinausgehend Geld in eine notarielle Beurkundung oder Beglaubigung investieren, eine zukunftssichere Gestaltung zu bieten. Umgekehrt muss ein Berufsbetreuer daran interessiert sein, den Anwendungsbereich von Vorsorgevollmachten zurückzudrängen. Der Gesetzgeber hat die Aufgabe, solche innergesellschaftlichen Interessengegensätze verfassungskonform aufzulösen.¹¹

4. Der Wertungswiderspruch in § 1906 BGB

Der (notwendige) ärztliche Eingriff (zur Abwendung eines drohenden erheblichen gesundheitlichen Schadens) ist die zu genehmigende ärztliche (Zwangs-)Maßnahme (§ 1906 Abs. 3 BGB). Diese Zwangsmaßnahme ist jedoch bedingungslos an die Unterbringung geknüpft. Die Unterbringung setzt wiederum „Weglaufgefahr“ voraus. Es entscheidet die „Fluchtfähigkeit“ des „Behinderten“ über die Abwendung eines drohenden erheblichen gesundheitlichen Schadens und damit über die Einbeziehung in die staatliche Schutzpflicht. Dem „Schwächeren“ wird dieser staatliche Schutz verwehrt. So formuliert Schwab zutreffend:¹² *„Dass der Patient, dem Lebensgefahr durch einen akuten Blinddarmdurchbruch droht, der aber in einem Zustand mangelnder Selbstbestimmung die Behandlung verweigert, der Operation durch Unterbringung zwangsweise zugeführt werden darf, wenn er zu entfliehen droht, aber nicht, wenn er zuhause bleibt und alle Kontakte ablehnt, ist ein absurdes Ergebnis, das weder dem Sinn des § 1906 BGB noch dem Schutzauftrag des Staates entspricht.“*

Diese enge Auslegung - die wegen ihrer beeinträchtigenden Wirkung gegenüber Art. 2 GG zwar geboten ist - grenzt gleichzeitig aber die Möglichkeit ein, einen Patienten zur Abwendung eines drohenden erheblichen gesundheitlichen Schadens gegen seinen Willen einer (notwendigen) (stationären) medizinischen Behandlung zu unterziehen.

Sie führt zum einen im Ergebnis in den Zirkelschluss, dass eine Unterbringung (nur) deshalb angeordnet werden müsste, weil sonst keine Zwangsbehandlung durchgeführt werden könnte (vgl. § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB: *„... ohne die Unterbringung des Betreuten nicht durchgeführt werden kann ...“*). Die damit verbundene Freiheitsentziehung wäre jedenfalls dann unverhältnismäßig, wenn (z. B. bei einer ambulant möglichen Chemotherapie bei Krebserkrankungen), der Patient zu Hause bleiben und nur zu den Behandlungen gegen seinen natürlichen Willen zugeführt werden könnte. Diese Verknüpfung von Zwangsbehandlung und Unterbringung läuft dann im Gesetzesvollzug allzu leicht auf eine Freiheitsentziehung hinaus, die unverhältnismäßig ist und daher auch gegen Art. 2 GG verstößt.

¹¹ Ein Beispiel aus der neueren Rspr. ist der Beschluss des BGH vom 28.7.2015, XII ZB 674/14 (Anforderungen an den Widerruf einer Vorsorgevollmacht durch einen Betreuer).

¹² MüKoBGB/Schwab, BGB § 1906 Rn 24, 6. Aufl. 2012, zit. nach beck-online, abgerufen am 15.09.2015.

Auch für diesen Befund spricht die Statistik, nämlich die nicht erklärbaren signifikanten Abweichungen der Unterbringungsquoten in einzelnen Bundesländern.¹³

Zum anderen gilt – wie der BGH mit Recht feststellt - der Grundsatz, dass der Staat verpflichtet ist, einen Menschen, der nicht in der Lage ist, eine selbstbestimmte und eigenverantwortliche Entscheidung zu treffen, vor sich selbst zu schützen (Vorlagebeschluss, Rn 39, 40 m. w. Nachw.). Diese staatliche Schutzpflicht zugunsten grundrechtlich geschützter Rechtsgüter wird jedoch durch § 1906 BGB in seiner derzeitigen Fassung nur gegenüber einem Teil der Patienten, nämlich den „Fluchtfähigen“ wahrgenommen. Darin liegt eine den Gleichheitssatz verletzende Unterlassung, denn zu der von der Vorschrift begünstigten Gruppe (Patienten, die noch „flüchten“ können) bestehen keine erheblichen Unterschiede, die eine ungleiche Behandlung rechtfertigen (ebenso Vorlagebeschluss, Rn 42). Der Zufall, nämlich die „Fluchtfähigkeit“, entscheidet über die Einbeziehung in den Schutzbereich und damit über die Abwendung eines drohenden erheblichen gesundheitlichen Schadens. Plakativ gesprochen: Wer im Rollstuhl sitzt, kann nicht mehr behandelt werden.

Diesen (Fürsorge-)Auftrag hat der Gesetzgeber nur unzureichend mit § 1906 Abs. 3 BGB n. F. erfüllt, indem er Zwang nur für den Fall der Unterbringung regelt. Der Gesetzgeber sah sich nicht veranlasst, den Anwendungsbereich der Zwangsbehandlung weiter zu fassen. Der im ersten Gesetzentwurf noch enthaltene Vorschlag, mit einem neuen § 1906a BGB eine ambulante Zwangsbehandlung von Patienten zu ermöglichen (vgl. BT-Drucks. 15/2494 S. 7, 30), wurde verworfen (BT-Drucks. 15/4874 S. 8, 25 f., 27). Es sollte bei der alten Rechtslage bleiben, wonach solche Patienten ärztlichen Zwangsmaßnahmen nicht zugeführt werden können.

Der (natürliche) Wille des Patienten sollte nach der Vorstellung des Gesetzgebers entscheidend sein. Kann der Patient nicht mehr „weglaufen“, soll es nach dem Willen des Gesetzgebers bei § 1904 BGB verbleiben, wonach er von ärztlichen Zwangsmaßnahmen ausgeschlossen ist. Denn im Rahmen des § 1904 BGB bleibt stets der (natürliche) Wille des Betreuten maßgeblich.¹⁴ So wäre solchen Patienten z. B. auch die resignative bewusste Einnahme von Pharmaka gegen ihren natürlichen Patientenwillen als „Zwangsbehandlung“ verwehrt.¹⁵ Die geplante, aber nicht Gesetz gewordene Unterausnahme hiervon für Zwangsbehandlungen durch den geplanten § 1906a BGB lag im Interesse der Menschen mit Behinderungen unabhängig von ihrer Fluchtfähigkeit bzw. -willigkeit.

Der Gesetzgeber hat den Betroffenen in § 1906 Abs. 5 BGB immerhin die Möglichkeit privatautonomer Vorsorge eingeräumt. Diese Option beinhaltet Chancen und Gefahren. Letztere können darin liegen, dass der „Kampf um die Vorsorgevollmacht“ ein „Vorhutgefecht des Erbstreits“ darstellt. Durch Beratung und Belehrung versucht das Notariat, diese Risiken möglichst zu begrenzen. Allerdings stehen bei Vorsorge-

¹³ Bundesamt für Justiz (Fn. 4), 38-39.

¹⁴ Götz in: Palandt, BGB, 74. Auflage, § 1904 Rn 10; Milzer, DNotZ 2014, 95, 96 f.

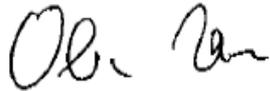
¹⁵ Milzer (Fn. 13), 97.

vollmachten für medizinische Behandlungen diese Vermögensinteressen meist nicht im Vordergrund.

Die notarielle Praxis hat auf die Änderungen im Jahr 2013 durch Erweiterung der „Alt-Vollmachten“ bzw. durch den neuen Anforderungen angepasste Vorsorgevollmachten reagiert (siehe §§ 1901a, 1904 Abs. 5, 1906 Abs. 5 BGB). Jeder Bevollmächtigte kann nach den Änderungen wirksam in eine ärztliche Zwangsmaßnahme einwilligen, wenn die Vollmacht mindestens schriftlich erteilt ist und die ärztlichen Zwangsmaßnahmen ausdrücklich von der Vollmacht umfasst sind.¹⁶ Dem Sinn und Zweck der Vorsorgevollmacht entspricht die Vermeidung der Betreuung, die sonst in solchen Fällen trotz Vollmacht für die Einwilligung in die ärztliche Zwangsmaßnahme notwendig wäre. Der Wille der Patienten wird beachtet. Es ist sichergestellt, dass derjenige, dessen Willen es entspricht, auch die gebotene ärztliche Hilfe bekommt.

Das vom Vorlagebeschluss aufgezeigte Problem taucht daher bei Personen, die eine solche Vorsorgevollmacht erteilt haben, nicht mehr auf. Diese Personen sind von der Ungleichbehandlung nicht mehr betroffen. Allerdings dürfte es nicht ausreichen, wenn der Gesetzgeber den Bürger auf die Möglichkeit verweist, eine Vorsorgevollmacht mit Patientenverfügung zu errichten. Das Gesetz selbst muss in seiner Anwendbarkeit in sich konsistent sein. Das ist es nicht, wie der vorliegende XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs zutreffend aufzeigt.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Oliver Vossius

¹⁶ Siehe Zimmermann, NJW 2014, 2478, 2481; Formulierungsvorschlag bei Rupp, *notar* 2013, 105-106.