

Berlin, 10. Februar 2005

Referentenentwurf für ein Drittes Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts (Drittes BtÄndG)

Sehr geehrter Herr Dr. Meyer,

der Deutsche Notarverein dankt für die Gelegenheit zur Stellungnahme.

I.

Vorbemerkung

Der Deutsche Notarverein begrüßt das Ziel des Referentenentwurfs, die nicht formbedürftige Patientenverfügung als Rechtsinstitut im Betreuungsrecht zu verankern. Von besonderer Bedeutung ist dabei die gesetzliche Klarstellung, dass die Patientenverfügung grundsätzlich bei Einwilligungsunfähigkeit des Patienten fortgilt. Danach ist nunmehr gesetzgeberisch klar gestellt, dass die Einwilligung eines Vertreters in eine anstehende ärztliche Behandlung dann nicht erforderlich ist, wenn der Patient in einer Patientenverfügung bereits selbst Entscheidungen zu medizinischen Maßnahmen getroffen hat. Damit folgt der Gesetzgeber der bisher herrschenden Meinung und entzieht dem Teil der Rechtslehre und Rechtsprechung den Boden, der auch eine Patientenverfügung, welche die konkrete Behandlungssituation betrifft, nur als Indiz bei der Ermittlung des mutmaßlichen Patientenwillens wertet und in der Folge eine Einwilligung des Vertreters in die ärztliche Behandlung fordert.

Mit der Anerkennung der Verbindlichkeit und der Fortgeltung einer Patientenverfügung wird dem verfassungsrechtlich verbürgten Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen, Entscheidungen zu Untersuchungen seines Gesundheitszustandes, Heilbehandlungen oder ärztlichen Eingriffen auch im Voraus für den Fall seiner Entscheidungsunfähigkeit zu treffen, Rechnung getragen

Der Deutsche Notarverein sieht im Folgenden davon ab, zu jeder einzelnen Änderung Stellung zu nehmen, sondern beschränkt sich auf die drei Gesetzesvorschläge, die aus seiner Sicht nochmals einer kritischen Betrachtung unterzogen werden sollten.

II.

Verpflichtung des Bevollmächtigten zur Durchsetzung des in einer Patientenverfügung geäußerten Willens des Vollmachtgebers

§ 1901 a Abs. 3 BGB-E bestimmt, dass § 1901 a Abs. 2 BGB-E auch für den Bevollmächtigten gilt. § 1901 a Abs. 2 BGB-E stellt klar, dass der Betreuer den in der Patientenverfügung geäußerten Willen des Betreuten zu beachten und durchzusetzen hat, soweit ihm dies zumutbar ist.

Hat der Patient bereits Entscheidungen getroffen, die ausdrücklich oder nach Auslegung auf die konkrete Entscheidungssituation anwendbar sind, bedarf es keiner Einwilligung des Betreuers in eine anstehende ärztliche Behandlung. In diesen Fällen ist es jedoch seine Aufgabe, für die Durchsetzung der vom Betreuten bereits getroffenen Entscheidung Sorge zu tragen; er hat ihr – wie es in dem Beschluss des Bundesgerichtshof vom 17. März 2003 heißt – "Ausdruck und Geltung zu verschaffen". Zu Recht muss dies auch für den Fall gelten, dass eine Erkrankung noch keinen tödlichen Verlauf genommen hat (§ 1901 b Abs. 2 Satz 2 BGB-E). Es ist Ausfluss des verfassungsrechtlich verbürgten Selbstbestimmungsrechts, dass die antizipierte Entscheidung genauso berücksichtigt wird, wie die eines in der aktuellen Situation entscheidungsfähigen Patienten.

Ausfluss des verfassungsrechtlich verbürgten Selbstbestimmungsrechts soll nach der Begründung des Entwurfs (S. 18) jedoch auch sein, dass der Betroffene von seinem *Vertreter* die Durchsetzung seines Willens erwarten kann. Entsprechend differenziert der Entwurf nicht zwischen einem Betreuer und einem Bevollmächtigten. Vielmehr stellt er letzteren in § 1901 a Abs. 3 BGB-E dem Betreuer gleich.

Der Referentenentwurf sieht damit entsprechend der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vom 17. März 2003 nicht den Arzt, sondern den Betreuer bzw. den Bevollmächtigten als Adressaten der Patientenverfügung. Die Arbeitsgruppe "Patientenautonomie am Lebensende" wie auch die Enquete-Kommission "Ethik und Recht der modernen Medizin" empfehlen deshalb denjenigen Personen, die eine Patientenverfügung erstellen und damit Vorgaben für künftige Entscheidungssituationen machen, in denen sie selbst nicht mehr entscheiden können, auch zugleich eine Person zu bestimmen, die als Vertreter die Umsetzung des eigenen Willens durchsetzen soll. Dieser Vertreter hat die bereits vom Patienten getroffenen Entscheidungen umzusetzen und muss selbst jedenfalls dann keine eigene Entscheidung treffen, wenn die Patientenverfügung für den konkreten Fall einschlägig ist.

Ausfluss des verfassungsrechtlich verbürgten Selbstbestimmungsrechts ist die Verpflichtung des Betreuers, den in der Patientenverfügung geäußerten Willen des Betreuten zu übermit-

teilen, im Rahmen des rechtlich Zulässigen durchzusetzen. Anders als der Bevollmächtigte ist der Betreuer jedoch durch das Vormundschaftsgericht staatlich bestellt und gerade nicht privatrechtlich beauftragt. Seine Pflichten müssen daher gesetzlich normiert sein, während sich die des Bevollmächtigten aus dem Grundverhältnis (Auftrag, Geschäftsbesorgung, Dienstvertrag) ergeben und damit Ausfluss der Privatautonomie sind. Die Grenzen des Selbstbestimmungsrechts dürften dort erreicht sein, wo die Durchsetzung der eigenen Willensbekundung ohne ein entsprechendes vertragliches Grundverhältnis verlangt wird.

Der Vorschlag zu § 1901 a Abs. 3 i.V.m. Abs. 2 BGB-E kann mit Blick auf vorstehende Erwägungen nur als gesetzliche Klarstellung verstanden werden: Liegt eine entsprechende Anweisung des Vollmachtgebers im Grundverhältnis vor, ist der Bevollmächtigte verpflichtet, auch diesen höchstpersönlichen Wünschen Geltung zu verschaffen. Nach Ansicht des Deutschen Notarvereins kann es hingegen nicht gewollt sein, eine gesetzliche Verpflichtung unabhängig von einem entsprechenden Grundverhältnis allein aufgrund einer erteilten Vollmacht zu begründen. Abgesehen davon muss es einem Bevollmächtigten stets möglich sein, von einer Vollmacht im Einzelfall oder generell keinen Gebrauch zu machen. Zur Vermeidung etwaiger Missverständnisse wird hier eine Klarstellung angeregt.

III.

Erforderlichkeit der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung

1. § 1904 Abs. 3 BGB-E

Eine Genehmigung nach Absatz 1 und 2 des § 1904 BGB-E soll dann nicht erforderlich sein, wenn zwischen Betreuer und Arzt Einvernehmen darüber besteht, dass die Erteilung, die Nichterteilung oder der Widerruf der Einwilligung dem mutmaßlichen Willen des Patienten entspricht. Mit der Begründung des Entwurfs ist zunächst zu Recht festzustellen, dass gegen diese gesetzliche Regelung kein generalisierter Missbrauchsverdacht gegen den behandelnden Arzt und den Betreuer angeführt werden kann, da ein solcher jeder Grundlage entbehrt. In der Begründung (Seite 23) wird jedoch auch ausgeführt, dass eine Missbrauchsgefahr durch rechtsmissbräuchliches Zusammenwirken von behandelndem Arzt und Betreuer nicht gänzlich auszuschließen ist. Dem soll zum einen jedoch mit dem Mittel der jederzeitigen Möglichkeit der vormundschaftsgerichtlichen Kontrolle der Betreuerentscheidung, zum anderen mit der vom Strafrecht ausgehenden Prävention ausreichend begegnet sein. Dies ist sehr fraglich.

2. § 1904 Abs. 4 Satz 2 BGB-E

Nach § 1904 Abs. 4 Satz 2 BGB-E ist für die nach den Absätzen 1 und 2 durch den Bevollmächtigten getroffenen Entscheidungen eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung generell und insbesondere auch in Konfliktfällen nicht erforderlich. Begrüßenswert ist hieran, dass die Stellung des Bevollmächtigten gestärkt werden soll. Problematisch erscheint jedoch, dass damit von der bei der Schaffung des heute geltenden § 1904 Abs. 2 BGB gefundenen Grundentscheidung, auch für die konkret bezeichneten Erklärungen des Bevollmächtigten eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung zu verlangen, nunmehr ausnahmslos abgewichen wird. Nach dem durch das Betreuungsrechtsänderungsgesetz vom 25. Juni 1998 angefügten § 1904 Abs. 2 BGB 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 BGB näher beschriebenen Gefahren bestehen. Die Einwilligungsbefugnis ist zudem von der Vollmacht nur dann umfasst, wenn die Vollmacht schriftlich erteilt ist und sich ausdrücklich – zumindest auch – auf Untersuchungen des Gesundheitszustandes, auf Heilbehandlungen oder auf ärztliche Eingriffe bezieht. Entsprechendes gilt nach dem seinerzeit neuen § 1906 Abs. 5 BGB für Unterbringungen oder unterbringungsähnliche Maßnahmen. Hierdurch sollte sichergestellt werden, dass Vorsorgevollmachten in höchstpersönlichen Angelegenheiten nicht voreilig erteilt und dass einschneidende Maßnahmen des Bevollmächtigten vom Vormundschaftsgericht kontrolliert werden (vgl. BT-Drs. 13/7158, S. 34).

Für eine derartige Regelung sprach sich im Jahre 2000 auch Taupitz in seinem Gutachten zum 63. Deutschen Juristentag in Leipzig aus (vgl. Taupitz Verhandlungen des 63. DJT 2000 Thesen, Seite 9). Für die Erstreckung des Erfordernisses einer gerichtlichen Genehmigung in den Fällen des § 1904 Abs. 1 und 2 BGB spreche insbesondere der in § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB anklingende Schutzaspekt. Danach ist immer dann eine Betreuung nicht erforderlich, wenn die Angelegenheiten des Volljährigen *ebenso gut* durch einen Bevollmächtigten, der nicht zu den in § 1897 Abs. 3 BGB genannten Personen gehört, besorgt werden können (vgl. Taupitz, Verhandlungen des 63. DJT 2000 Gutachten A97 f.). Die staatliche Bestellung eines Betreuers sei gegenüber der privatautonomen Vorsorge des Betroffenen in Gestalt der Bevollmächtigung einer Person seines Vertrauens zu Recht subsidiär, allerdings nur, soweit die Tätigkeit des Bevollmächtigten keine größeren Gefahren für den Betroffenen heraufbeschwört, als dies bei Bestellung eines Betreuers der Fall wäre. Dieser Schutzaspekt werde für besonders gefahrenträchtige Entscheidungen des Bevollmächtigten im geltenden § 1904 Abs. 2 BGB konkretisiert (vgl. Taupitz aaO A 98).

Diese in § 1896 Abs. 2 Satz 2 getroffene grundsätzliche Abwägung zugunsten des Schutzes des Betroffenen beansprucht auch heute noch Geltung und ist auch unabhängig davon, dass dem Betreuer seine Vertretungsmacht durch einen staatlichen Akt verliehen wird, während die des Bevollmächtigten hingegen auf einem privatrechtlichen Akt (der Vollmacht) beruht (vgl. Begründung Entwurf S. 24).

3. Schutz des Betroffenen

Dies vorausgeschickt erscheint es aus folgenden Gründen fraglich, ob der vorliegende Entwurf dem Schutz des Betroffenen ausreichend gerecht wird.

- a) Die Mittel, auf die in der Begründung zum Entwurf hinsichtlich einer Missbrauchs-kontrolle verwiesen werden, erscheinen insbesondere aus Sicht des Betroffenen eher wenig effektiv. So fragt sich, wer den vorgeschlagenen Weg, das Vormund-schaftsgericht anzurufen und anzuregen, einen Betreuer zur Kontrolle des Bevoll-mächtigten (§ 1896 Abs. 3 BGB) einzusetzen, gehen soll, wenn neben dem Be-vollmächtigten niemand anderes vorhanden ist, der in dem entsprechenden Nähe-verhältnis zum Vollmachtgeber steht. Letztlich bleiben in diesen Fällen als Dritte der Arzt und das Pflegepersonal. Soll aber diesen zugemutet werden, jede Entschei-dung eines Bevollmächtigten zu werten und auf möglichen Missbrauch zu überprü-feren? Würde sich dieser Personenkreis dann in der Praxis einer derartigen Verant-wortung überhaupt stellen wollen? Eine gerichtliche Überprüfung von derartig ein-schneidenden Maßnahmen hinge mehr oder weniger von dem Zufall ab, auf wel-chen Arzt bzw. auf welches Pflegepersonal der Betroffene trifft. Für die Unterbrin-gung oder unterbringungsähnliche Maßnahmen nach § 1906 Abs. 5 BGB wird hin-gegen zu Recht weiterhin das Erfordernis der vormundschaftsgerichtlichen Geneh-migung aufrecht erhalten. So gewichtig und einschneidend diese Entscheidungen für den Betroffenen sind, so stehen ihnen die Entscheidungen nach § 1904 Abs. 1 und 2 BGB-E an Tragweite in nichts nach. Auch der Verweis auf die Möglichkeit, nachträglich das Verhalten des Bevollmächtigten in einem strafrechtlichen Ermitt-lungsverfahren zu überprüfen, kann nicht wirklich tragen.
- b) Es fragt sich, warum der Entwurf nicht einen anderen Weg zum effektiven Schutz des Betroffenen beschritten hat. Das BGB kennt als ein wichtiges präventives Schutzinstrumentarium die Statuierung von Formerfordernissen. Die Vollmacht, aufgrund derer ein Dritter die Patientenverfügung umsetzt oder mangels einer sol-chen für den Betroffenen die Entscheidung trifft, bedarf der Schriftform. Schlägt der

Betroffene hingegen in einer Betreuungsverfügung eine Person vor, die zu seinem Betreuer bestellt werden soll, kann auch dies formfrei erfolgen (§ 1897 Abs. 4 BGB). Die Anforderungen an die Form einer Vollmacht, auch und gerade in Gesundheitsangelegenheiten, sind de lege lata und de lege ferenda damit nicht hoch und erfüllen im Wesentlichen nur eine Beweisfunktion. Zwar soll das Erfordernis der Unterschrift gemäß § 126 BGB daneben auch dazu dienen, die Identität des Ausstellers erkennbar zu machen und die Echtheit der Urkunde zu gewährleisten. Eine beweiskräftige Gewähr für die Urheberschaft und die Authentizität der Erklärung ist damit jedoch nicht gegeben. Über das Schriftformerfordernis ist ferner nicht sichergestellt, dass der Betroffene die Erklärungen gut informiert über die damit verbundene rechtliche Tragweite abgibt. Gerade aber über die mit dem Entfallen des Erfordernisses der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung einhergehenden möglichen Gefahren sollte der Betroffene umfassend informiert sein. Nur so kann er wirklich selbstbestimmt eine eigene Entscheidung treffen.

Den genannten Anforderungen würde man mit dem Erfordernis der notariellen Beurkundung vollumfänglich gerecht. Der Notar stellt zum einen zweifelsfrei die Identität des Erklärenden fest, zum anderen zählt es zu den originären Aufgaben des Notars, seinen Klienten im Beurkundungsverfahren vollumfänglich zu informieren und zu beraten. Diese Pflicht ist gesetzlich in § 17 BeurkG normiert. Wenn die Vollmacht notariell beurkundet wird, wäre es im Lichte der grundrechtlich gewährleisteten Privatautonomie vor diesem Hintergrund und im Interesse des durch die notarielle Beratung nunmehr auch entsprechend informierten Betroffenen folgerichtig, diesem letztlich selbst die Entscheidung zu überlassen, auf das Erfordernis der gerichtlichen Genehmigung zu verzichten. Dies sollte sowohl in der notariellen Betreuungsverfügung möglich sein und als auch für die Fälle des § 1906 Abs. 5 BGB.

In allen anderen Fällen muss es bei der jetzt schon bestehenden Erforderlichkeit der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung verbleiben, die sich zukünftig dann auch auf die in § 1904 Abs. 2 BGB-E genannten Fälle erstreckt.

- c) Vorstehende Einschätzungen basieren auf vielfältigen Erfahrungen der notariellen Praxis. Der Notar hat täglich die Möglichkeit, mit Betroffenen in sehr persönlichen Gesprächen die Sorgen und Ängste in schwierigen Lebenslagen ganz praktisch zu besprechen. Dabei zeigt sich häufig, dass die vormundschaftsgerichtliche Kontrolle in den gesetzlich vorgesehenen Fällen vom Vollmachtgeber oftmals für sinnvoll er-

achtet wird. Es ist aus Sicht des Betroffenen häufig eher beruhigend, dass bei derartig einschneidenden Maßnahmen neben ein möglicherweise subjektiv geprägtes Urteil des Bevollmächtigten das eines unabhängigen Richters tritt.

Nach Ansicht des Deutschen Notarvereins sollte es dem Betroffenen nach Erörterung und Beratung ermöglicht werden, auf diese Bedenken selbstbestimmt zu reagieren, und die gerichtliche Kontrolle sollte nicht per se wie vorgeschlagen verkürzt werden. Dem könnte wie unter lit a) vorgeschlagen dadurch Genüge getan werden, dass die Genehmigungsbedürftigkeit von der Frage der Form der Betreuungsverfügung bzw. Vollmacht und einem etwaigen Verzicht des Betroffenen abhängig gemacht würde.

- d) An die Patientenverfügung stellt der Entwurf keine Formerfordernisse. Dies ist aus Sicht des Deutschen Notarvereins auch nicht erforderlich; wünschenswert wäre es aber, wenn der Entwurf vorsehen würde, dass Patientenverfügungen in einem zentralen Register, ähnlich dem zentralen Vorsorgeregister der Bundesnotarkammer, registriert werden.

IV.

Zusammenfassung

Nachstehend sollen die Vorschläge des Deutschen Notarvereins abschließend zusammengefasst werden:

1. § 1901 a Abs. 3 i.V.m. Abs. 2 BGB-E sollte zur Vermeidung von Missverständnissen klargestellt werden: Liegt eine entsprechende Anweisung des Vollmachtgebers im Grundverhältnis vor, ist der Bevollmächtigte verpflichtet, auch diesen höchstpersönlichen Wünschen Geltung zu verschaffen.
2. Die Genehmigungsbedürftigkeit von Entscheidungen der in § 1904 bs. 1 und 2 BGB-E genannten Art durch den Betreuer bzw. Bevollmächtigten sollte von der Frage der Form der Betreuungsverfügung bzw. Vollmacht und einem etwaigen Verzicht des Betroffenen abhängig gemacht werden.
3. Wünschenswert wäre es, wenn der Entwurf vorsehen würde, dass Patientenverfügungen in einem zentralen Register, ähnlich dem zentralen Vorsorgeregister der Bundesnotarkammer, registriert werden.

Für Rückfragen oder ein weiterführendes Gespräch stehen wir Ihnen gern zur Verfügung.
Wir würden uns freuen, in die weitere Diskussion eingebunden zu werden.