

Schriften zum Betreuungsrecht

Band 7

**Die gesetzliche Ehegattenvertretung
als Teil der Reform des Vormundschafts-
und Betreuungsrechts im Jahr 2021 im
Vergleich mit den gesetzlichen
Angehörigenvertretungen in
Österreich und der Schweiz**

Von

Bianca Paar



Duncker & Humblot · Berlin

BIANCA PAAR

Die gesetzliche Ehegattenvertretung als Teil der Reform
des Vormundschafts- und Betreuungsrechts im Jahr 2021 im
Vergleich mit den gesetzlichen Angehörigenvertretungen
in Österreich und der Schweiz

Schriften zum Betreuungsrecht

Herausgegeben von

Adrian Schmidt-Recla und Bernd-Rüdiger Kern

Band 7

Die gesetzliche Ehegattenvertretung
als Teil der Reform des Vormundschafts-
und Betreuungsrechts im Jahr 2021 im
Vergleich mit den gesetzlichen
Angehörigenvertretungen in
Österreich und der Schweiz

Von

Bianca Paar



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Friedrich-Schiller-Universität Jena
hat diese Arbeit im Jahre 2023 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2024 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimplar
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 2197-1447
ISBN 978-3-428-19198-7 (Print)
ISBN 978-3-428-59198-5 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Für mich

Danksagung

An dieser Stelle möchte ich mich bei allen bedanken, die mich in unterschiedlicher Weise beim Verfassen dieser Dissertation unterstützt haben.

Zunächst gilt mein Dank meinem Doktorvater Professor Dr. Adrian Schmidt-Recla, der mir diese Promotion ermöglicht hat. Er hat mich ermutigt, meine eigenen Gedanken zu verfolgen, er hat mir Denkanstöße gegeben und mir dennoch jederzeit Vertrauen geschenkt und die volle Freiheit gelassen. Seine Tür stand stets offen, um Fragen zu diskutieren. Durch diesen außerordentlichen Rückhalt und durch seine wohlwollende Haltung wird mir meine Promotionszeit immer in positiver Erinnerung bleiben. Ebenso danke ich Professor Dr. Elisabeth Koch für ihren kritischen Blick bei der Erstellung des Zweitgutachtens.

Mein besonderer Dank gilt meinem Mann und meinen zwei Kindern, die mir die Zeit zur Anfertigung dieser Dissertation geschenkt haben. Zahlreiche exklusive „Papa-Zeiten“ haben es mir ermöglicht, mich selbst in der turbulenten Zeit mit kleinen Kindern in ein Thema zu vertiefen und eine Arbeit für mich zu erstellen.

München, im März 2024

Bianca Paar

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	15
B. Rechtsvergleich zwischen der deutschen gesetzlichen Ehegattenvertretung durch die Reform mit der gesetzlichen Angehörigenvertretung in Österreich und der Schweiz	18
I. Sinn und Zweck der Regelungen	18
1. Deutschland	18
2. Österreich	19
3. Schweiz	20
4. Vergleich	22
II. Gesetzessystematische Einordnung der gesetzlichen Angehörigenvertretung	23
1. Deutschland	23
2. Österreich	23
3. Schweiz	24
4. Vergleich	25
III. Materiell-rechtliche Aspekte der gesetzlichen Angehörigenvertretung	26
1. Voraussetzungen der gesetzlichen Angehörigenvertretung	26
a) Deutschland	26
b) Österreich	28
c) Schweiz	30
d) Vergleich	33
2. Ausübung des Vertretungsrechts	35
a) Deutschland	35
b) Österreich	36
c) Schweiz	36
d) Vergleich	37
3. Kreis der Angehörigen	37
a) Deutschland	37
b) Österreich	38
c) Schweiz	38
aa) Vermögenssorge	38
bb) Medizinische Maßnahmen und Aufenthalt in Wohn- oder Pflegeeinrichtungen	39
d) Vergleich	41

4. Wirkbereich	42
a) Deutschland	42
b) Österreich	43
c) Schweiz	44
aa) Vermögenssorge	44
bb) Medizinische Maßnahmen	46
cc) Aufenthalt in Wohn- oder Pflegeeinrichtungen	47
d) Vergleich	48
5. Rechte und Pflichten des Vertreters	49
a) Deutschland	49
b) Österreich	50
c) Schweiz	51
aa) Vermögenssorge	51
bb) Medizinische Maßnahmen	53
cc) Aufenthalt in Wohn- oder Pflegeeinrichtungen	53
d) Vergleich	54
6. Beendigung der gesetzlichen Angehörigenvertretung	55
a) Deutschland	55
b) Österreich	56
c) Schweiz	57
d) Vergleich	58
7. Haftung bzw. Aufwendungsersatz der gesetzlichen Angehörigenvertreter	59
a) Deutschland	59
b) Österreich	60
c) Schweiz	61
d) Vergleich	61
C. Kritische Bewertung des § 1358 BGB	63
I. Verfassungskonformität von § 1358 BGB im Hinblick auf Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG sowie Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG	63
1. Vorprüfung	63
2. Schutzbereich	64
a) Abgrenzung Schutzbereiche	64
b) Sachlicher Schutzbereich	66
c) Persönlicher Schutzbereich	66
3. Eingriff	66
4. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	67
a) Schranke	67
b) Schranken-Schranke	68
aa) Sozialstaatsprinzip	69

bb) Bestimmtheitsgrundsatz	70
(1) Objektiver Betreuungsbedarf	71
(2) Subjektiver Betreuungsbedarf	75
(3) Umfang der Vertretungsmacht	76
(4) Ergebnis Bestimmtheitsgebot	78
cc) Verhältnismäßigkeit	78
(1) Geeignetheit	78
(a) Kostenreduzierung	79
(b) Vermeidung staatlicher Mitwirkung	80
(c) Abschließende Beurteilung der Geeignetheit	81
(2) Erforderlichkeit	81
(a) Stärkung eigener Vorsorgeinstrumente	81
(b) Ausbau Unterstützungsmöglichkeiten	82
(c) Förderung ehrenamtlicher Betreuung	83
(d) Ergebnis Erforderlichkeit	84
(3) Angemessenheit	85
(a) Bedeutung des Grundrechts	85
(b) Schwere des Eingriffs	85
(aa) Keine Widerspruchsmöglichkeit	85
(bb) Kein absoluter Vorrang Vorsorgevollmacht	87
(c) Gewichtung der Ziele des Gesetzgebers	89
(d) Abwägung	90
(aa) Zeitliche Begrenzung	90
(bb) Begrenzter Umfang der Vertretungsmacht	91
(cc) Begrenzter Personenkreis	93
(dd) Beachtung des Willens	95
(ee) Informations- und Erläuterungspflichten durch Ärzteschaft	96
(ff) Haftungsrechtliche Folgen	97
(α) Haftung Arzt	97
(αα) Arzt, der Bestätigung erteilt	97
(ββ) Nachfolgend behandelnder Arzt	98
(γγ) Ergebnis haftungsrechtliche Folgen Ärzte	103
(β) Haftung Ehegatte	104
(gg) Staatliche Kontrollen	105
(4) Ergebnis Verhältnismäßigkeit	106
c) Ergebnis Rechtfertigung	107
II. Vereinbarkeit mit der UN-BRK	107
1. Einleitung	107
2. Gesetzliche Vertretungsrechte als Unterstützung	108

3. Sicherungsmaßnahmen	110
4. Ergebnis Vereinbarkeit mit UN-BRK	111
III. Ergebnis Kritik § 1358 BGB	111
D. Fazit	112
 Literaturverzeichnis	 120
Sachwortverzeichnis	124

Abkürzungsverzeichnis

2. ErwSchG	2. Erwachsenenschutz-Gesetz
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BtOG	Betreuungsorganisationsgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
GG	Grundgesetz
KESB	Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde
NO	Notariatsordnung
OR	Obligationenrecht
ÖZVV	Österreichisches Zentrales Vertretungsverzeichnis
PartG	Partnerschaftsgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
SWRÄG	Sachwalterrechts-Änderungsgesetz
ÜMB	Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin
UN-BRK	Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderung
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZVR	Zentrales Vorsorgeregister

A. Einleitung

Mit der im Jahr 2021 verabschiedeten Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts wurde in Deutschland für den Gesundheitsbereich und für damit zusammenhängende Angelegenheiten erstmals ein gesetzliches Vertretungsrecht für Ehegatten beschlossen. Für Volljährige¹, die nicht mehr zur Besorgung ihrer Angelegenheiten in der Lage sind und keine rechtsgeschäftliche Vertretung (Vorsorgevollmacht) bestimmt haben, sah die Rechtslage in Deutschland bis zum Beschluss der Reform lediglich die Möglichkeit der Bestellung eines Betreuers durch ein Gericht im Sinne des § 1896 BGB² vor. Der Betreuer vertritt den Betroffenen nach § 1902 BGB³ zwar gesetzlich, seine Vertretungsmacht ergibt sich jedoch nicht unmittelbar aus dem Gesetz, da der hoheitliche Akt der gerichtlichen Bestellung zur Entstehung des Vertretungsrechts erforderlich ist.⁴ Mit dem Institut der Betreuung erfüllt der Staat insoweit auch seine aus dem Sozialstaatsprinzip im Sinne des Art. 20 Abs. 1 GG herrührende Pflicht zur Fürsorge von Bedürftigen.⁵

Das BGB kennt grundsätzlich die Möglichkeit der Entstehung eines Vertretungsrechts durch Rechtsgeschäft sowie durch Gesetz. Bei einer rechtsgeschäftlichen Vertretung kann eine Person eine andere Person auswählen und im Sinne des § 167 Abs. 1 BGB mit der Vertretung in einem bestimmten Umfang ermächtigen. Bei einem gesetzlichen Vertretungsrecht ergibt sich die Vertretungsmacht unmittelbar aus einem Gesetz oder, wie bei der Betreuung, „aus einem auf Grund eines Gesetzes erlassenen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit“.⁶ Im Unterschied zur rechtsgeschäftlichen Vertretung geschieht dies, ohne dass sich der Vertretene den Vertreter zuvor ausgesucht hat. Die Tatsache, dass der Vertretene von einer nicht selbst gewählten Person vertreten wird, stellt daher auch stets einen Eingriff in das verfassungsrechtlich gebotene Selbstbestimmungsrecht einer Person als Teil des allge-

¹ Hinweis: Sofern in dieser Arbeit hilfsbedürftige Volljährige gemeint sind, werden sie im weiteren Verlauf auch als „Betroffene“ bezeichnet. Sofern bei Personenbezeichnungen nur die männliche Form gewählt wurde, beziehen sich die Angaben jeweils auf Angehörige beider Geschlechter.

² In der Fassung vom 12. September 1990 (BGBl. I 1990, 2002). Dieser Paragraph entspricht im Wesentlichen § 1814 BGB der aktuell geltenden Fassung des BGB.

³ In der Fassung vom 12. September 1990 (BGBl. I 1990, 2002). Dieser Paragraph entspricht im Wesentlichen § 1823 BGB der aktuell geltenden Fassung des BGB.

⁴ MüKoBGB/Schubert, Bürgerliches Gesetzbuch Band 1 Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2021, § 164 Rn. 2.

⁵ BVerfGE 10, 302 ff. (311); BVerfGE 54, 251 ff. (268 ff.); BVerfGE 58, 208 (225); BVerfGE 19, 93 (95 f.).

⁶ MüKoBGB/Schubert, (A., Fn. 4), § 164 Rn. 2.

meinen Persönlichkeitsrechts gem. Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG dar.⁷ Somit kommt ein gesetzliches Vertretungsrecht insbesondere nur dann in Betracht, wenn es der Schutz einer Person unbedingt erfordert. Dies ist beispielsweise bei minderjährigen Kindern der Fall, die daher von ihren Eltern gem. §§ 1626, 1629 BGB gesetzlich vertreten werden.⁸ Anders als bei Volljährigen sind allerdings Minderjährige aufgrund ihrer Reife grundsätzlich nicht oder nur eingeschränkt dazu in der Lage, selbstbestimmte Entscheidungen zu treffen. Da Volljährige hingegen in der Regel zur Einschätzung ihrer Handlungen fähig sind und ihre Entscheidungen daher rechtsverbindlicher Natur sind, kannte das BGB bis zur Einführung des Ehegattenvertretungsrechts kein gesetzliches Vertretungsrecht bei Volljährigen.⁹

Das Spannungsverhältnis zwischen dem Schutz bedürftiger Menschen einerseits und der Achtung ihrer Selbstbestimmung andererseits prägte auch die Überlegungen der Einführung eines gesetzlichen Angehörigenvertretungsrechts für die Gesundheitsvorsorge. Das BVerfG vertrat dabei die Auffassung, dass der Eingriff in das Recht auf körperliche Selbstbestimmung als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts grundsätzlich mit den Rechten der Betroffenen vereinbar sein kann, wenn die Verhältnismäßigkeit gewahrt ist. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn die Gefahr eines Missbrauchs durch den gesetzlichen Vertreter derart minimiert wird, dass die mit der Regelung einhergehende Einschränkung des Selbstbestimmungsrechts gerechtfertigt ist.¹⁰

In der Vergangenheit wurde immer wieder über die Einführung eines gesetzlichen Angehörigenvertretungsrechts für hilfsbedürftige Volljährige für den Gesundheitsbereich diskutiert. Eine entsprechende Regelung wurde unter anderem deshalb befürwortet, weil Betroffene und deren Angehörige durch das gerichtliche Verfahren zur Betreuerbestellung stets erheblichen Belastungen ausgesetzt seien. Zudem sei der Wille des Betroffenen insbesondere im Bereich der Gesundheitsvorsorge von erheblicher Bedeutung, da die in diesem Bereich oftmals schnell zu treffenden Entscheidungen für den Betroffenen weitreichende Konsequenzen haben können. Sofern der Betroffene zuvor keinen Vertreter bestimmt habe, sei davon auszugehen, dass Angehörige den Willen und die Wünsche der jeweiligen Betroffenen in der Regel am besten kennen würden.¹¹

In Österreich gibt es eine gesetzliche Angehörigenvertretung bereits seit dem Jahr 2007. Seit der Reform des Erwachsenenschutzrechts im Jahr 2018 bildet die gesetzliche Angehörigenvertretung als eine von insgesamt vier Vertretungsformen im Rahmen eines sogenannten Vier-Säulen-Modells den Erwachsenenschutz. Dabei ist das gesetzliche Vertretungsrecht auch in Österreich subsidiär zu den Vertretungs-

⁷ BVerfGE 65, 1 (43).

⁸ MüKoBGB/Schubert, (A., Fn. 4), § 164 Rn. 26.

⁹ Probst/Knittel, Gesetzliche Vertretung durch Angehörige – Alternative zur Betreuung?, ZRP 2001, S. 55 (55, 56).

¹⁰ BVerfGE 40, 121 (133); BVerfGE 10, 302 (311).

¹¹ BT-Dr. 15/2494, S. 1; BR-Dr. 865/03, S. 17.

formen, die durch das Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen gekennzeichnet sind. Die österreichische Vorschrift sieht eine umfassende gesetzliche Vertretung in zahlreichen Angelegenheiten durch einen breiten Kreis von Angehörigen der Betroffenen vor.

Das Institut der gesetzlichen Angehörigenvertretung in der Schweiz ist wiederum nach einem lang andauernden Reformprozess im Jahr 2013 in Kraft getreten. Als Teil des neuen Erwachsenenschutzrechts stellt auch die schweizerische Regelung eine breite Vertretungsform dar, welche die Fürsorge hilfsbedürftiger Volljähriger in drei unterschiedlichen Bereichen subsidiär zu eigenen Vorsorgemodellen regelt.

Ziel dieser Arbeit ist zum einen aufzuzeigen, welche Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen der deutschen, der österreichischen und der schweizerischen Rechtslage im Hinblick auf eine gesetzliche Angehörigenvertretung bestehen. Zum anderen ist das gesetzliche Ehegattenvertretungsrecht gem. § 1358 BGB vor dem Hintergrund seiner Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht kritisch zu bewerten. Im Einzelnen beschäftigt sich die Arbeit zunächst mit einem Rechtsvergleich zwischen den Instituten in Deutschland sowie in Österreich und in der Schweiz, da in diesen Ländern ebenfalls ein entsprechendes Vertretungsrecht vorgesehen ist. Dabei wird jedes zu vergleichende Merkmal zunächst einzeln nach dem in dem jeweiligen Land geltenden Recht dargestellt. Im nächsten Schritt folgt hinsichtlich jedes Merkmals ein Vergleich der Rechtslagen. An den Vergleich schließt sich nachfolgend die kritische Beurteilung des gesetzlichen Ehegattenvertretungsrechts im Sinne des § 1358 BGB an, wobei die Vereinbarkeit mit Verfassungsrecht sowie mit den Vorgaben des Übereinkommens der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (UN-BRK) geprüft wird. Der Fokus bei der kritischen Beurteilung der Vorschrift liegt dabei auf der Vertretung des Betroffenen im Gesundheitsbereich und deren Vereinbarkeit mit dem körperlichen Selbstbestimmungsrecht. Die Arbeit endet mit einem Fazit, das unter anderem durch Herausstellen wesentlicher Aspekte das gesetzliche Ehegattenvertretungsrecht gem. § 1358 BGB zusammenfassend bewertet. Dabei wird stellenweise Bezug auf die anderen Rechtsordnungen genommen, um unter anderem Möglichkeiten der Anpassung des § 1358 BGB zu diskutieren.