

<https://doi.org/10.1007/s00350-021-6104-7>

# Gegenseitige Vertretung von Ehegatten in Angelegenheiten der Gesundheitsvorsorge – Der neue § 1358 BGB\*

Katharina Lugani

## Abstract

Zum 1.1.2023 wird ein neuer § 1358 BGB in Kraft treten, der ein gesetzliches gegenseitiges Vertretungsrecht unter Ehegatten in bestimmten Angelegenheiten der Gesundheitsvorsorge vorsieht. Der Beitrag stellt die Entstehungsgeschichte und das Bedürfnis nach einem solchen Recht dar und beleuchtet kritisch Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Norm. Fragen wirft ferner das Zusammenspiel mit dem Arzthaftungsrecht auf. Die Regelung erweist sich als hochkomplex und auslegungsbedürftig. Charakteristisch für die Norm ist desweiteren, dass der in der Gesetzesbegründung sehr präzise Charakter als Notvertretungsrecht nicht hinreichend im Normtext reflektiert ist. Der auf die Ärztinnen und Ärzte zukommende Aufwand ist nicht zu unterschätzen.

## I. Einführung

Wenn nach heute geltendem Recht ein verheirateter, volljähriger Patient geschäftsunfähig ist und somit keinen Behandlungsvertrag schließen kann und/oder einwilligungsunfähig ist und somit nicht die Aufklärung entgegennehmen und die Einwilligung erteilen kann, bedarf es des Handelns eines hierzu Berechtigten. Dies kann ein rechtsgeschäftlich Bevollmächtigter (§§ 164 ff. BGB) oder ein Betreuer (§§ 1896, 1902 BGB) sein, wobei die Bevollmächtigung Vorrang vor der Betreuung hat. Liegt eine Betreuungsverfügung vor, sind Wünsche zur Person des Betreuers und gegebenenfalls zur Ausübung der Betreuung zu beachten. Liegt eine Patientenverfügung vor, haben Bevollmächtigter und Betreuer sie zu beachten. Betreuer oder Bevollmächtigter kann der Ehegatte sein, dieser ist aber nicht per se vertretungsberechtigt.

Dies wird sich zum 1.1.2023 ändern, denn dann tritt das in § 1358 BGB normierte gesetzliche Vertretungsrecht unter Ehegatten in Kraft<sup>1</sup>. Der Weg zum gesetzlichen Vertretungsrecht unter Ehegatten war lang. Schon in der 15<sup>2</sup>. und 18<sup>3</sup>. Legislaturperiode gab es zwei Entwürfe, die letztlich nicht zur Umsetzung gelangten. Doch wenn bislang galt, dass das Ehegattenvertretungsrecht periodisch auftaucht und wieder verschwindet<sup>4</sup>, ist es dieses Mal gekommen, um zu bleiben. Im Koalitionsvertrag der Großen Koalition von 2018 war ein derartiges Recht explizit angekündigt worden. Dort hieß es: „Wir wollen Ehepartnern ermöglichen, im Betreuungsfall füreinander Entscheidungen über medizinische Behandlungen zu treffen, ohne dass es hierfür der Bestellung einer Betreuerin bzw. eines Betreuers oder der Erteilung einer Vorsorgevollmacht bedarf.“<sup>5</sup> In der 19. Legislaturperiode wurde am 23.6.2020 ein Referentenentwurf des BMJV vorgelegt, gefolgt vom Gesetzesentwurf der Bundesregierung<sup>6</sup> sowie

dem Bericht und der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz<sup>7</sup>. Nach erster Beratung im Bundestag am 26.11.2020, zweiter und dritter Lesung am 5.3.2021 sowie erstem und zweitem Durchgang im Bundesrat am 6.11.2020 und 26.3.2021 wurde das (weitaus umfassendere) Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts am 4.5.2021 verkündet<sup>8</sup>. Und so wurde kurz vor dem Ende der 19. Legislaturperiode ein neuer § 1358 BGB eingeführt, der den Titel trägt: „Gegenseitige Vertretung von Ehegatten in Angelegenheiten der Gesundheitsvorsorge“. Die Regelung tritt am 1.1.2023 in Kraft<sup>9</sup>.

Das Motiv des Gesetzgebers bei der Schaffung des § 1358 BGB war wohl weniger, die in der Bevölkerung zuweilen verbreiteten Fehlvorstellungen über die Existenz eines solchen Rechts<sup>10</sup> zu bewahren. Stattdessen verfolgte er vorrangig ein fiskalisches Ziel: Ziel der Neuregelung ist, bei Fehlen einer Vorsorgevollmacht die häufig notwendige Anordnung einer vorläufigen Betreuung nach § 300 FamFG zu vermeiden<sup>11</sup> und so dem Staat Geld und Auf-

\*) Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, der am 2.10.2021 auf dem 7. Ärzte- und Juristentag in Düsseldorf gehalten wurde. Frau Kathrin Leitges danke ich herzlich für den anregenden inhaltlichen Austausch.

- 1) Kollisionsrechtlich flankiert wird die Norm von Art. 15 EGBGB n.F., der vorsieht, dass § 1358 BGB in „Angelegenheiten der Gesundheitsvorsorge, die im Inland wahrgenommen werden ... auch dann anzuwenden [ist], wenn nach anderen Vorschriften insoweit ausländisches Recht anwendbar wäre“, dazu näher *Thorn/Varón Romero*, IPRax 2021, 15.
- 2) S. § 1358 BGB i.d.F.d. Entwurfs eines ... Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts (... Betreuungsrechtsänderungsgesetz – ... BtÄndG) vom 12.2.2004, BT-Dr. 15/2494. Ähnlich auch schon Art. 14 Abs. 5 EGBGB-E i.d.F. der BR-Dr. 460/17 vom 16.6.2017, S. 3.
- 3) S. § 1358 BGB i.d.F.d. Entwurfs eines Gesetzes zur Verbesserung der Beistandsmöglichkeiten unter Ehegatten und Lebenspartnern in Angelegenheiten der Gesundheitsvorsorge und in Fürsorgeangelegenheiten v. 30.11.2016, BT-Dr. 18/10485.
- 4) *Hauß*, FamRB Blog v. 24.6.2020.
- 5) Koalitionsvertrag für die 19. Legislaturperiode, Zeilen 6252–6255.
- 6) Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts v. 25.9.2020, BR-Dr. 564/20 und vom 18.11.2020, BT-Dr. 19/24445.
- 7) V. 3.3.2021, BT-Dr. 19/27287 v. 3.3.2021.
- 8) BGBl. I S. 882, vgl. DIP-Extrakt auf <https://dip.bundestag.de/vorgang/.../267744>.
- 9) Gemäß Art. 16 Abs. 1 Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts v. 4.5.2021, BGBl. I S. 882. Der lange „Vorlauf“ bis zum Inkrafttreten dürfte seinen Grund im enormen Ausmaß der Reformen finden, das das Gesetz im Vormundschafts- und Betreuungsrechts mit sich bringt und das entsprechende Vorbereitungszeit erfordert.
- 10) S. BT-Dr. 18/10485, S. 9 mit dem Verweis auf eine forsa-Umfrage von 2014, wonach 65% der Befragten (in der Altersgruppe 18–29 sogar 83% der Befragten) der Meinung waren, dass im Fall eines Unfalls oder einer schweren Erkrankung einer volljährigen Person automatisch deren nächste Angehörige Entscheidungen für sie treffen können.
- 11) BT-Dr. 19/24445, S. 179.

wand zu sparen. Der Gesetzgeber schätzt, dass von den ca. 90.000 einstweiligen Betreueranordnungen pro Jahr rund 21.600 eingespart werden könnten<sup>12</sup>.

Der das gesetzliche Ehegattenvertretungsrecht normierende Gesetzgeber muss – Odysseus zwischen Skylla und Charybdis gleich – zwischen zwei Übeln navigieren<sup>13</sup>: Auf der einen Seite einem weiten Verständnis des Ehegattenvertretungsrechts, das den Vorrang der selbstbestimmten Vorsorge qua Vorsorgevollmacht aushöhlt und dem Bild eines selbstbestimmten Ehegatten zuwiderläuft; auf der anderen Seite einem engen Verständnis des Ehegattenvertretungsrechts, das keine wirkliche Abhilfe für Situationen darstellt, in denen die Betreuerbestellung eine unnötige zeitliche und psychische Belastung für den Ehegatten bzw. fiskalische Belastung für den Staat bedeutet<sup>14</sup>.

Angesichts der Existenz von rechtsgeschäftlicher Bevollmächtigung insbesondere in Gestalt der Vorsorgevollmacht, der Möglichkeit der Betreuerbestellung und der Instrumente der Patientenverfügung und der Betreuungsverfügung, wird von nicht wenigen der Bedarf nach einem weiteren Institut bezweifelt<sup>15</sup>. Wie stark in der Praxis der Bedarf nach dem Ehegattenvertretungsrecht ist, wird sich zeigen<sup>16</sup>. Viel spricht dafür, dass sich die Notwendigkeit für ein neues Institut in diesem Bereich in engen Grenzen hält. Das gesetzliche Vertretungsrecht ist grundsätzlich subsidiär zu Vollmacht und Betreuung<sup>17</sup>. Es gibt rund fünf Millionen im Zentralen Vorsorgeregister hinterlegte Vorsorgevollmachten<sup>18</sup>, Tendenz steigend<sup>19</sup>. Hinzu kommen die nicht zahlenmäßig erfassten Vollmachten, die nicht dort hinterlegt sind. Es gibt ca. 1,2 Millionen Betreuungen<sup>20</sup>. Man geht zudem von ca. 3,5 Millionen Patientenverfügungen aus<sup>21</sup>. Dies sind folglich etablierte Institute, um den Fürsorgebedarf zu decken. Zudem ist nicht jeder verheiratet. Es gibt „nur“ ca. 18 Millionen Ehepaare, also ca. 36 Millionen Verheiratete<sup>22</sup>. Für alle anderen kommt das Institut ohnehin nicht in Betracht<sup>23</sup>. Der Anteil der verheirateten Betreuten ist relativ niedrig; im Jahr 2000 waren es lediglich ca. 15 %<sup>24</sup>. Hinzu kommen die Ausschlussgründe der Trennung und des entgegenstehenden Willens<sup>25</sup>. Ferner ist zu bedenken, dass durchaus möglich ist, dass der zur Vertretung grundsätzlich befugte Ehegatte aufgrund seines eigenen Alters oder gesundheitlichen Zustands diese Befugnis gar nicht ausüben möchte<sup>26</sup>.

## II. Voraussetzungen

### 1. Vertretungsbedürftigkeit (§ 1358 Abs. 1 BGB)

Gemäß § 1358 Abs. 1 BGB ist die Grundvoraussetzung des Ehegattenvertretungsrechts, dass der zu Vertretende „aufgrund von Bewusstlosigkeit oder Krankheit seine Angelegenheiten der Gesundheitsorge rechtlich nicht besorgen“ kann. Die Regelung ist bewusst an den Voraussetzungen der Betreuerbestellung orientiert, stellt aber anders als die Vorschrift über die Betreuerbestellung in den Vordergrund, dass es sich um eine akut eingetretene Beeinträchtigung des Ehegatten handeln muss<sup>27</sup>. Zu denken ist beispielsweise an einen Unfall, einen komatösen Patienten<sup>28</sup> oder eine Krankheit wie einen Herzinfarkt oder einen Schlaganfall<sup>29</sup>.

Es sollen nach der Gesetzesbegründung „die gleichen Kriterien wie bei der Beurteilung, ob eine Betreuung erforderlich ist“, gelten<sup>30</sup>. Die Situation wird im Koalitionsvertrag<sup>31</sup> und im Gesetzesentwurf<sup>32</sup> als „Betreuungsfall“ betitelt. Eine inhaltliche Veränderung des erfassten Personenkreises soll mit der Neufassung in § 1814 BGB n. F. gegenüber § 1896 BGB a. F. nicht einhergehen. Vielmehr sollte eine wohl lediglich „sprachliche Neufassung“ geschaffen werden, „die veraltete und potentiell stigmatisierende Begriffe durch zeitgemäße Begriffe ersetzt“<sup>33</sup>.

Doch der vom Gesetzgeber gewollte Gleichlauf zwischen „Betreuungsfall“ in § 1814 BGB n. F. und § 1358 BGB konfiguriert bereits mit der stärker auf Akutsituationen ausge-

richteten Formulierung des § 1358 BGB, der eine abweichende Auslegung erfordert<sup>34</sup>. Es soll gerade nicht jeder Betreuungsfall erfasst sein – die in § 1814 n. F. BGB genannte Behinderung ist in § 1358 BGB nicht enthalten. Das Konzept des Betreuungsfalls des § 1358 Abs. 1 BGB wird von Seiten der Ärzte zu Recht als nicht hinreichend klar umrissen moniert<sup>35</sup>. Gänzlich klar ist der akute Charakter der Situation nicht, kann doch eine „Krankheit“ durchaus chronisch sein<sup>36</sup>. Psychische Krankheiten sind vom neuen § 1814 BGB – und somit wohl ebenfalls von § 1358 BGB – durchaus umfasst, obwohl sie im Wortlaut nicht mehr explizit genannt werden<sup>37</sup>. Schwierig an dem vom Gesetzgeber gewollten Gleichlauf zwischen „Betreuungsfall“ in § 1814 BGB n. F. und in § 1358 BGB ist ferner, dass eben nur die Formulierung des § 1814 Abs. 1 BGB n. F. (modifizierend) aufgegriffen wird, nicht aber die wichtige Voraussetzung der Erforderlichkeit (§ 1814 Abs. 3 BGB n. F., § 1896 Abs. 2 BGB a. F.). Zwar schwingt die Erforderlichkeit in der Gesetzesbegründung mit und ist im Gesetzestext insbesondere schon durch die (unvollständige) Subsidiarität gegenüber Vollmacht und Betreuung reflektiert. Gleichwohl wird nicht deutlich, weshalb der Gesetzgeber nicht den einfacheren Weg über eine klarere Anbindung an das Betreuungsrecht gegangen ist. Insgesamt wäre die Benennung als „Vertretungsbedürftigkeit“ vorzugswürdig gegenüber

12) BT-Dr. 19/24445, S. 166 und 174. Wobei der Deutsche Juristinnenbund, Stellungnahme v. 10.10.2020, S. 3, die Belastbarkeit dieser Zahlen durchaus plausibel anzweifelt.

13) Ähnlich BdB, Stellungnahme v. 10.8.2020, S. 4 – „Spannungsfeld von Vereinfachung und Missbrauchsrisiko“.

14) Näher Kemper, FamRB 2021, 260, 260f.

15) So etwa BdB, Stellungnahme v. 10.8.2020, S. 4.

16) Für nicht erforderlich halten etwa folgende Stellungnahmen das Vertretungsrecht: BdB, Stellungnahme v. 10.8.2020, S. 3–5.

17) Wobei der Vorrang der Vollmacht subjektive Kenntnis von Arzt oder vertretendem Ehegatten voraussetzt, s. näher sogleich II.3.c.

18) <https://www.bundestag.de/presse/hib/707306-707306>.

19) BT-Dr. 19/24638, S. 1.

20) S. die Erhebung des BdB auf <https://www.berufsbetreuung.de/berufsbetreuung/was-ist-rechtliche-betreuung/daten-und-fakten/>.

21) <https://www.bundestag.de/presse/hib/707306-707306>.

22) [https://www.destatis.de/DE/Service/Statistik-Campus/Datenreport/Downloads/datenreport-2018-kap-2.pdf?\\_\\_blob=publicationFile#:~:text=Im%20Jahr%202017%20lebten%2017,rund%2020%2C8%20Millionen%20Paare](https://www.destatis.de/DE/Service/Statistik-Campus/Datenreport/Downloads/datenreport-2018-kap-2.pdf?__blob=publicationFile#:~:text=Im%20Jahr%202017%20lebten%2017,rund%2020%2C8%20Millionen%20Paare).

23) Die Lebenspartnerschaften, die ebenfalls erfasst sind (§ 21 LPartG), sind quantitativ wenig bedeutsam.

24) So BT-Dr. 15/2494, S. 46 (dort ist in einer Studie von 13,4% Verheirateten und in neLG Lebenden, in einer anderen Studie von 16% Verheirateten die Rede).

25) S. sogleich II.3.a. und II.3.b.

26) Ähnlich Deutscher Notarverein, Stellungnahme v. 10.8.2020, S. 2; DGPPN, Stellungnahme v. 10.8.2020, S. 4.

27) BT-Dr. 19/24445, S. 179. § 1814 BGB n. F. lautet: „Kann ein Volljähriger seine Angelegenheiten ganz oder teilweise rechtlich nicht besorgen und beruht dies auf einer Krankheit oder Behinderung, so bestellt das Betreuungsgericht für ihn einen rechtlichen Betreuer (Betreuer).“.

28) Kemper, FamRB 2021, 260, 261.

29) Müller-Engels, FamRZ 2021, 645, 652.

30) BT-Dr. 19/24445, S. 183.

31) S. oben Fn. 5.

32) BT-Dr. 19/24445, S. 179.

33) BT-Dr. 19/24445, S. 231.

34) Im Entwurf von 2016 waren die Voraussetzungen noch direkt wie im Wortlaut des § 1896 Abs. 1 S. 1 BGB formuliert und dies wurde in der Entwurfsbegründung zusätzlich hervorgehoben, vgl. BT-Dr. 18/10485 v. 30.11.2016, S. 13.

35) Stellungnahme BÄK v. 5.8.2020, S. 6.

36) Zu Recht hatte daher der Deutsche Notarverein, Stellungnahme v. 10.8.2020, S. 2, eine Änderung des Wortlauts in „von Bewusstlosigkeit oder einer akuten Krankheit“ befürwortet.

37) Deutlich BT-Dr. 19/24445, S. 230f.

der Bezeichnung als „Betreuungsfall“, weil letzteres eine Verwechslungsgefahr mit § 1814 BGB n. F. begründet.

Diese Vertretungsbedürftigkeit begrenzt das Ehegattenvertretungsrecht zeitlich und sachlich: „Das Vertretungsrecht des Ehegatten besteht *nur und soweit* der andere Ehegatte aufgrund von Bewusstlosigkeit oder einer Krankheit nicht in der Lage ist, die in der Vorschrift genannten Angelegenheiten der Gesundheitspflege rechtlich zu besorgen.“<sup>38</sup>

Ein Gleichlauf mit der Einwilligungsunfähigkeit besteht nicht<sup>39</sup>. Dagegen sprechen schon die unterschiedlichen Formulierungen von § 1358 Abs. 1 BGB einerseits und den üblichen Paraphrasen von Einwilligungsfähigkeit andererseits<sup>40</sup>. Dagegen spricht ferner der vom Gesetzgeber gewollte Parallellauf zum Betreuungsfall des § 1814 BGB n. F./§ 1896 BGB a. F., der nicht automatisch mit der Einwilligungsunfähigkeit gleichgesetzt werden kann.

## 2. Ehe oder Lebenspartnerschaft

Zweite positive Voraussetzung des Ehegattenvertretungsrechts ist freilich das Bestehen einer wirksamen Ehe, §§ 1303 ff. BGB. Gemäß § 21 LPartG gilt die Vorschrift entsprechend für Lebenspartner<sup>41</sup>. Eine Ausdehnung auf faktische Lebensgefährten kommt nicht in Betracht<sup>42</sup>.

## 3. Ausschlussstatbestände

Das Gesetz normiert zahlreiche Ausschlussstatbestände, bei deren Vorliegen kein gesetzliches Ehegattenvertretungsrecht besteht.

### a) Kein Getrenntleben (§§ 1358 Abs. 3 Nr. 1, 1567 BGB)

Die Ehegatten dürfen nicht getrennt leben (§§ 1358 Abs. 3 Nr. 1, 1567 BGB)<sup>43</sup>. Gemeint ist der Getrenntlebensbegriff des Scheidungsrechts. Es kommt also darauf an, ob sie getrennt leben, *weil* sie die eheliche Lebensgemeinschaft ablehnen<sup>44</sup>. Ein Getrenntleben aufgrund des Aufenthalts eines Ehegatten in bspw. einem Pflegeheim reicht also für sich genommen noch nicht<sup>45</sup>.

### b) Keine Kenntnis von Ablehnung durch den vertretenen Ehegatten (§ 1358 Abs. 3 Nr. 2 lit. a BGB)

Dem vertretenden Ehegatten oder dem behandelnden Arzt darf nicht bekannt sein, dass der Vertretene die Behandlung nicht wünscht (§ 1358 Abs. 3 Nr. 2 lit. a BGB<sup>46</sup>). Dafür genügen entsprechend klare Äußerungen vor Eintritt der Vertretungsbedürftigkeit nach § 1358 Abs. 1 BGB (etwa durch eine Betreuungsverfügung, durch die eine andere Person als der Ehegatte als Betreuer gewünscht wird<sup>47</sup> oder durch die Eintragung eines Widerspruchs im Zentralen Vorsorgeregister gem. § 78a S. 1 BNotO). Aber da es sich bei der Ablehnung nicht um eine Willenserklärung oder rechtsgeschäftsähnliche Erklärung handelt, sollte eine Äußerung des natürlichen Willens trotz Vorliegens der Voraussetzungen des § 1358 Abs. 1 BGB genügen<sup>48</sup>. Schon vom Grundansatz her ist nicht ganz unproblematisch, dass nun Ehegatten, die die Vertretung durch ihre/n Partner/in nicht wünschen, quasi gezwungen werden, dies klar kundzutun<sup>49</sup>. Es widerspricht dem Gedanken des individuellen Selbstbestimmungsrechts, dass es geäußert werden muss, um gewahrt zu werden<sup>50</sup>. Das Gesetz lässt die Frage unbeantwortet, wie genau der Arzt positive Kenntnis davon erhalten soll, dass der Vertretene die Behandlung nicht wünscht (außer in dem Fall, dass der Vertretene es ihm selbst gesagt hat oder sagt). Zum Schutz des Arztes sollte man das Erfordernis der positiven Kenntnis nicht gen (grob) fahrlässige Unkenntnis aufweichen; die Vertretungsmacht entfällt damit nicht etwa schon dann, wenn ein Kind des vertretenen Ehegatten an den Arzt herantritt und ihm mitteilt, dass seines Erachtens sein Vater eine Vertretung durch seine Mutter nicht gewollt hätte.

Um die Klarheit der Kenntnis des anderen Ehegatten ist es nicht viel besser bestellt. Die Beratungspraxis weist zu Recht auf die nicht seltene Situation hin, dass ein Ehegatte dem anderen eine Vorsorgevollmacht nicht alleine erteilen will, weil er aufgrund von dessen Alter oder gesundheitlichem Zustand Zweifel hat, dem anderen Ehegatten dies aber nicht in aller „Schonungslosigkeit“ mitteilen möchte<sup>51</sup>. Nimmt man die Vorschrift beim Wort, entsteht hier zudem ein erheblicher Graubereich: Wenn die Ehe, ohne dass der Arzt dies wissen könnte, von Entfremdung, Kälte, Streit, gegenseitigen Kränkungen etc. geprägt ist, aber nach außen intakt erscheint, dann wird oft das Ehegattenvertretungsrecht *ex lege* nicht bestehen, weil beide Ehegatten (aber eben nur diese) genau wissen, dass eine gegenseitige Vertretung nicht gewollt ist. Gleichwohl wird der vertretende Ehegatte hierzu regelmäßig keine übertriebene Transparenz schaffen, so dass er – ohne Vertretungsmacht – handeln wird. Letztlich handelt es sich, soweit es die Kenntnis unter den Ehegatten von der Ablehnung betrifft, um eine praktisch nur schwer nachprüfbare Voraussetzung.

### c) Keine Kenntnis von einer Vollmacht (§ 1358 Abs. 3 Nr. 2 lit. b BGB)

Dem Ehegatten oder dem Arzt darf nicht bekannt sein, dass eine rechtsgeschäftliche Vollmacht – sei es eine klassische Vorsorgevollmacht oder eine Generalvollmacht<sup>52</sup> – für den Aufgabenbereich Gesundheitspflege (§ 1358 Abs. 3 Nr. 2 lit. a BGB) besteht<sup>53</sup>. Eine partielle Überschneidung mit den Befugnissen des § 1358 Abs. 1 BGB genügt und führt dann zu einem Entfallen des Vertretungsrechts in der Reichweite der Überschneidung<sup>54</sup>. Die rechtsgeschäftliche Vollmacht ist somit grundsätzlich vorrangig, aber nur,

38) BT-Dr. 19/24445, S. 179, Hervorhebung d. Verf.

39) Andere Ansicht Stellungnahme BÄK v. 5. 8. 2020, S. 6.

40) Danach ist die Einwilligungsfähigkeit die Fähigkeit des Patienten, „Art, Bedeutung, Tragweite und Risiken der Maßnahmen zu erfassen und seinen Willen hiernach zu bestimmen (natürliche Einsichts- und Steuerungsfähigkeit)“ – s. nur m. umf. Nachw. aus der BGH-Rspr. *Walter*, in: BeckOGK, 15. 5. 2019, BGB § 630d, Rdnr. 5.

41) Aufgrund der abnehmenden praktischen Relevanz der Lebenspartnerschaft wird diese im Vorhergehenden und im Folgenden nicht gesondert genannt.

42) *Kemper*, FamRB 2021, 260, 261.

43) So schon § 1358 Abs. 1 S. 2 BGB-E i. d. F. von BT-Dr. 18/10485 v. 30. 11. 2016 und § 1358 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB-E i. d. F. der BR-Dr. 460/17 v. 16. 6. 2017.

44) BT-Dr. 19/24445, S. 181.

45) *Kemper*, FamRB 2021, 260, 261.

46) Ähnlich § 1358 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB-E i. d. F. der BR-Dr. 460/17 v. 16. 6. 2017, der aber nicht auf die subjektive positive Kenntnis durch vertretenden Ehegatten oder Arzt abstellt, sondern nur formulierte „... nicht berechtigt, wenn ... der andere Ehegatte einen entgegenstehenden Willen geäußert hat“. S. ähnlich sogleich bei Fn. 53. Allein auf die subjektive Kenntnis des vertretenen Ehegatten abstellend und mit anderer Rechtsfolge § 1358 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB-E i. d. F. von BT-Dr. 18/10485 v. 30. 11. 2016.

47) *Kemper*, FamRB 2021, 260, 262.

48) So im Ergebnis auch *Kemper*, FamRB 2021, 260, 262.

49) Deutlich kritischer noch DGPPN, Stellungnahme v. 10. 8. 2020, S. 3 f.

50) DGPPN, Stellungnahme v. 10. 8. 2020, S. 4 und FDP, BT-Dr. 19/27287, S. 19.

51) Deutscher Notarverein, Stellungnahme v. 10. 8. 2020, S. 2.

52) BT-Dr. 19/24445, S. 181.

53) Ähnlich § 1358 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BGB-E i. d. F. der BR-Dr. 460/17 vom 16. 6. 2017, der aber wiederum (s. schon Fn. 46) nicht auf die subjektive positive Kenntnis durch vertretenden Ehegatten oder Arzt abstellt, sondern formulierte „... nicht berechtigt, wenn ... der andere Ehegatte eine andere Person zur Wahrnehmung dieser Angelegenheiten bevollmächtigt hat“.

54) Vgl. BT-Dr. 19/24445, S. 181.

wenn davon Kenntnis seitens des Arztes oder des vertretenden Ehegatten besteht. Eine Nachforschungspflicht besteht grundsätzlich nicht, weder für den vertretenden Ehegatten noch für den Arzt<sup>55</sup>. Gleichwohl weist der Gesetzesentwurf darauf hin, dass die Möglichkeit besteht, einen Widerspruch in das Zentrale Vorsorgeregister eintragen zu lassen, dass der Arzt ein Einsichtsrecht hat und dass der Arzt, sollte er „Zweifel“ haben, die „Möglichkeit“ habe, zu überprüfen, ob ein Widerspruch eingetragen sei<sup>56</sup>. Eine Pflicht zur Nachforschung ist damit vom Gesetzgeber selbst im Fall von Zweifeln des Arztes nicht vorgesehen. Insgesamt überzeugt es nicht, dass die Vollmacht nur bei positiver Kenntnis von Arzt oder vertretendem Ehegatten vorrangig ist; ein genereller Vorrang, wie er bei der Betreuerbestellung vorgesehen ist (§ 1814 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 BGB n. F./§ 1896 Abs. 2 S. 2 BGB a. F.), hätte erhebliche Anwendungsprobleme vermieden und dem Vorrang des Selbstbestimmungsrechts des vertretenen Ehegatten den adäquaten Rang eingeräumt.

d) Kein Betreuer (§ 1358 Abs. 3 Nr. 3, Abs. 5 BGB)

Voraussetzung ist weiterhin, dass nicht bereits ein Betreuer mit dem Aufgabenbereich Gesundheitsorge bestellt ist oder im Laufe der Vertretungszeit bestellt wird (§ 1358 Abs. 3 Nr. 3, Abs. 5 BGB)<sup>57</sup>. Die Betreuung ist also ein gegenüber dem gesetzlichen Vertretungsrecht vorrangiges Institut, unabhängig von der Kenntnis von der Betreuerbestellung. Wie bei der Vollmacht ist das gesetzliche Ehegattenvertretungsrecht soweit ausgeschlossen, wie die Überschneidung mit der Betreuung reicht<sup>58</sup>. Da das gesetzliche Vertretungsrecht auf Gesundheitsangelegenheiten begrenzt ist, wird wohl häufig eine Betreuerbestellung für den Bereich der Vermögenssorge letztlich doch erforderlich werden, so dass häufig innerhalb des Sechsmonatszeitraums ein Betreuer bestellt werden wird<sup>59</sup>.

e) Kein Ablauf von sechs Monaten seit dem Vorliegen der Voraussetzungen des Ehegattenvertretungsrechts (§ 1358 Abs. 3 Nr. 4 BGB)

Das Ehegattenvertretungsrecht währt maximal sechs Monate am Stück. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der behandelnde Arzt das Vorliegen der Voraussetzungen des § 1358 Abs. 1 BGB festgestellt hat. Die Entwurfsbegründung (die indes noch auf drei Monate abstellte) erläuterte, dass nach Ablauf dieses Zeitraums der Vertretene häufig wieder in der Lage ist, seine Angelegenheiten selbst zu besorgen oder zumindest einen Vertreter zu benennen<sup>60</sup>. Als Begründung für die Erweiterung auf sechs Monate<sup>61</sup> wurde zum einen – wenig eingängig – angeführt, dass man so „abschließend klären“ könne, ob eine „Betreuung erforderlich ist oder nicht“ und zum anderen – eingängiger –, dass die Sechsmonatsgrenze der Obergrenze für die vorläufige Betreuung nach § 302 S. 1 FamFG entspreche<sup>62</sup>. Der Zeitraum von sechs Monaten ist für ein „Notvertretungsrecht“ überraschend lang. Vorgesprochen wurden erheblich kürzere Zeiträume (z. B. eine Woche<sup>63</sup>).

Nicht ausgeschlossen ist freilich, dass das Ehegattenvertretungsrecht für einen gewissen Zeitraum entsteht, der vertretene Ehegatte sodann seine Handlungsfähigkeit wiedererlangt und später, aufgrund einer weiteren Erkrankung oder Bewusstlosigkeit, das Ehegattenvertretungsrecht erneut entsteht.

f) Vorrang der mutmaßlichen Einwilligung (§ 630d Abs. 1 S. 4 BGB)

Nicht vom Normtext oder von der Gesetzesbegründung thematisiert wird das Verhältnis des gesetzlichen Ehegattenvertretungsrechts zur mutmaßlichen Einwilligung (§ 630d Abs. 1 S. 4 BGB)<sup>64</sup>. Nach der Natur der von der mutmaßlichen Einwilligung erfassten Situation („Kann eine Einwilligung für eine unaufschiebbare Maßnahme nicht rechtzeitig eingeholt werden, ...“) sollte die mutmaßliche

Einwilligung Vorrang vor dem Ehegattenvertretungsrecht haben – denn mit der von § 630d Abs. 1 S. 4 BGB erfassten Notfallsituation sind die Prüf- und Informationspflichten und der Beratungs- und Abstimmungsbedarf, der mit der Ausübung des gesetzlichen Ehegattenvertretungsrecht einhergeht, nicht vereinbar. Die mutmaßliche Einwilligung erfasst freilich nur die Einwilligung und somit nur einen Aspekt der Befugnisse, die § 1358 BGB erteilt (§ 1358 Abs. 1 Nr. 1 Var.1 BGB)<sup>65</sup>. Dies unterstreicht, dass der Charakter des § 1358 BGB als „Notvertretungsrecht“<sup>66</sup> eine milde Form der „Not“ meinen muss.

### III. Rechtsfolgen

#### 1. Bestätigung, Information und Versicherung

Der Arzt hat dem vertretenden Ehegatten im Zusammenhang mit der erstmaligen Ausübung des Vertretungsrechts einen Nachweis seiner Vertretungsberechtigung auszustellen. Ein derartiger Mechanismus war im Entwurf von 2017 nicht vorgesehen<sup>67</sup>; im Entwurf von 2016 gab es lediglich eine entfernt verwandte Regelung zu den Folgen bei einer entsprechenden (Selbst-)Bestätigung des vertretenen Ehegatten<sup>68</sup>.

Zunächst bedarf es einer Bestätigung des Arztes über das Ob und Wann des Vorliegens der Voraussetzungen des § 1358 Abs. 1 BGB (§ 1358 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 BGB). Diese ist dem vertretenen Ehegatten vorzulegen (§ 1358 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 Var. 1 BGB) und auszuhändigen (§ 1358 Abs. 4 S. 2 BGB). Der Arzt wird mit der Einschätzung des Vorliegens der Voraussetzungen des § 1358 Abs. 1 BGB „allein gelassen“. Es wurde von einigen befürchtet, dass aufgrund „der kulturellen Verankerung paternalistisch defizitorientierter Sichtweisen“ die Voraussetzungen des § 1358 Abs. 1 BGB künftig allzu weit gehandhabt und damit der Vertretungsfall verfrüht festgestellt werden könnte<sup>69</sup>.

Sodann hat der Arzt dem vertretenden Ehegatten eine schriftliche Erklärung über das Vorliegen der Voraussetzungen des Absatzes 1 und das Nichtvorliegen der Ausschlussgründe vorzulegen. Anschließend muss der vertretende Ehegatte dem Arzt auf dem Dokument schriftlich versichern, dass das Vertretungsrecht bislang nicht ausgeübt wurde und dass kein Ausschlussgrund nach § 1358 Abs. 3 BGB vorliegt (§ 1358 Abs. 4 S. 1 Nr. 3 lit. a und b BGB). Mit der Versicherung soll verhindert werden, dass der Ehegatte bei einer chronischen Erkrankung sich immer wieder von verschiedenen Ärzten das Vertretungsrecht bestätigen lässt und so die Maximaldauer von sechs Monaten überschritten

55) BT-Dr. 19/24445, S. 181; Müller-Engels, FamRZ 2021, 645, 652.

56) BT-Dr. 19/24445, S. 182.

57) So auch schon § 1358 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 BGB-E i. d. F. der BR-Dr. 460/17 v. 16. 6. 2017.

58) Vgl. BT-Dr. 19/24445, S. 182.

59) Müller-Engels, FamRZ 2021, 645, 652.

60) BT-Dr. 19/24445, S. 181.

61) In letzter Minute durch die Beschlussempfehlung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz.

62) BT-Dr. 19/27287, S. 19. Wobei freilich gem. § 302 S. 2 FamFG eine Verlängerung bis zu einem Jahr möglich ist.

63) Stellungnahme ASJ-Bundesvorstand v. 5. 8. 2020, S. 4.

64) Im Gesetzgebungsverfahren hatte etwa die BÄK eine diesbezügliche Klarstellung gefordert, vgl. Stellungnahme BÄK v. 5. 8. 2020, S. 5. Die DGPPN hält insbesondere ob des § 630d Abs. 1 S. 4 BGB das neue Ehegattenvertretungsrecht sogar für entbehrlich (DGPPN, Stellungnahme v. 10. 8. 2020, S. 3).

65) Zu den Befugnissen insgesamt sogleich III. 2.

66) Dazu näher III. 2. a.

67) S. BR-Dr. 460/17 v. 16. 6. 2017, S. 2.

68) S. § 1358 Abs. 3 BGB-E i. d. F. von BT-Dr. 18/10485 v. 30. 11. 2016.

69) BdB, Stellungnahme v. 10. 8. 2020, S. 4.

wird. Dies ist nicht praktikabel, weil der Arzt nicht wissen kann, ob bei anderen Kolleginnen und Kollegen bereits eine derartige Bestätigung erstellt und verwendet wurde<sup>70</sup>.

Wie soll der vertretende Ehegatte versichern, dass der Arzt keine positive Kenntnis von der Ablehnung des Vertretenen oder von der Existenz einer konfligierenden Vorsorgevollmacht hat? Man wird die Regelung so auslegen müssen, dass sich die Bestätigung des Vertretenden nur auf Umstände beziehen kann, die in seiner Sphäre liegen oder von denen er sicher Kenntnis haben kann<sup>71</sup>.

Diese Bestätigung (§ 1358 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 BGB) und die Versicherung (§ 1358 Abs. 4 S. 1 Nr. 3 BGB) sind für das Bestehen des Vertretungsrechts keine Voraussetzung, sie sind nicht konstitutiv<sup>72</sup>. Dafür sprechen der Wortlaut des Absatzes 1 und des Absatzes 3 („ist berechtigt“, „bestehen nicht, wenn“), die systematische Stellung des Absatzes 4 im Vergleich zu Absatz 1 und Absatz 3, und – vor allem – der Umstand, dass Absatz 4 schon voraussetzt, dass dem Arzt „gegenüber ... das Vertretungsrecht ausgeübt wird“, die Regelung also erst im Zeitpunkt der (wohl erstmaligen) Ausübung eingreift. Es ist grundsätzlich eine reine Wissenserklärung und Privaturkunde; grundsätzlich kann sich niemand darauf verlassen<sup>73</sup>. Doch wird man der Versicherung des vertretenden Ehegatten fahrlässigkeitsausschließende Wirkung zugunsten des Arztes beimessen dürfen, wenn der vertretende Ehegatte das Vorliegen von Ausschlussgründen verschweigt und so der Arzt auf Basis einer falschen Versicherung irrig vom Bestehen des Ehegattenvertretungsrechts ausgeht<sup>74</sup>.

Es dürfte sich für den Arzt, den die Pflicht des § 1358 Abs. 4 BGB trifft, um eine Nebenpflicht handeln. Es ergibt sich aus dem Kontext, ist aber nicht klar normiert, dass die Pflichten des § 1358 Abs. 4 BGB nur den Arzt treffen, demgegenüber das Vertretungsrecht erstmals ausgeübt wird<sup>75</sup>. Ebenso wenig klar normiert ist, dass der vertretende Ehegatte das Dokument bei späterer Ausübung des Vertretungsrechts vorzulegen hat<sup>76</sup>; sinnvollerweise sollte eine derartige Pflicht des Ehegatten angenommen werden (allein schon, um die Höchstdauer von sechs Monaten effektiv zu schützen).

Wirkt der Ehegatte vorsätzlich an der Errichtung einer wahrheitswidrigen Versicherung mit (weil er/sie vom Vorliegen eines Ausschlussgrundes Kenntnis hat), so ist dies nach der Neuregelung ohne unmittelbare Folge für diesen Ehegatten. Denkbar wäre, über eine Körperverletzung in mittelbarer Täterschaft nachzudenken<sup>77</sup> oder über eine Schadensersatzpflicht wegen Verletzung der Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft, §§ 1353 Abs. 1 S. 2, 280 Abs. 1 BGB. Klarer und eindeutiger wäre eine Einordnung als Ordnungswidrigkeit gewesen<sup>78</sup>.

Der Gesetzgeber schätzt, dass die Ärzte für diese Bestätigungen im Durchschnitt 30 Minuten benötigen werden<sup>79</sup>. Die Ärzteschaft beklagt zu Recht, dass weitere bürokratische Belastungen alles andere als ideal sind und dass der Gesetzgeber diese Bestätigungsschritte hätte verschlankt sollen<sup>80</sup>.

## 2. Befugnisse des vertretenden Ehegatten

Die Befugnisse des vertretenden Ehegatten hätten general-klauselartig formuliert werden können („Angelegenheiten der Gesundheitspflege“). Doch der Gesetzgeber entschied sich dagegen und normierte mit abschließend<sup>81</sup> genannten Befugnissen.

a) Vorab: Begrenzungen durch den Gedanken des „Notvertretungsrechts“?

aa) Beschränkung auf ein echtes Notvertretungsrecht  
Allgemein ist an den Befugnissen des § 1358 Abs. 1 BGB hochproblematisch, dass der in der Entwurfsbegründung deutlich angelegte Charakter als Notvertretungsrecht im

Normtext in keiner Weise reflektiert ist<sup>82</sup>: Immer wieder ist in der Entwurfsbegründung von einer „medizinischen Akutsituation“ die Rede<sup>83</sup>, ebenso wie von „eilige[n] ... unaufschiebbare[n] Maßnahmen“<sup>84</sup> der Rehabilitation und Pflege; von einer Behandlung, die aus medizinischer Sicht „notwendig und unaufschiebbar“ ist<sup>85</sup>. Das Recht wird an fünf Stellen explizit als „Notvertretungsrecht“ betitelt<sup>86</sup>.

Der Normtext des § 1358 BGB schweigt dazu. Die explizite Erwähnung von „eiligen“ Maßnahmen der Rehabilitation und Pflege (§ 1358 Abs. 1 Nr. 2 BGB) – wobei zu Recht moniert wurde, dass der Begriff „eilig“ hier unklar ist<sup>87</sup> – legt sogar geradezu nahe, dass allen anderen Maßnahmen kein Element der Dringlichkeit innewohnen muss. Zudem weist der immanente Vorrang der mutmaßlichen Einwilligung in „echten“ Notsituationen<sup>88</sup> in diese Richtung.

Während nach dem Normtext in diesem Sechsmonatszeitraum durchaus nur relativ indizierte oder nicht indizierte Maßnahmen möglich wären, ist mit Blick auf diese drängende Diktion in der Entwurfsbegründung davon auszugehen, dass das Vertretungsrecht nur absolut und vital indizierte Maßnahmen umfasst<sup>89</sup>. Denn die Möglichkeit, in eine nur relativ indizierte oder nicht indizierte Maßnahme, z. B. eine kosmetische Operation einzuwilligen, liefe der Intention des Gesetzgebers zuwider. Der Wortlaut sollte daher einschränkend ausgelegt werden.

## bb) Unklarer Maßstab der Dringlichkeit

Dabei ist nicht nur der fehlende Niederschlag des Notvertretungsrechtscharakters im Normtext problematisch. Problematisch ist darüber hinaus, dass – untechnisch gesprochen – „echte“ Notfälle ohnehin Situationen sind, in denen die mutmaßliche Einwilligung (§ 630d Abs. 1 S. 4 BGB) greift<sup>90</sup> und Aufklärungen entbehrlich sind (§ 630e Abs. 3 BGB). Der Gesetzgeber des § 1358 BGB muss sich folglich auf einen Grad der „Not“ beziehen, der von der Intensität her *unterhalb der Schwelle des § 630d Abs. 1 S. 4 BGB* liegt. Diese „Not“ ist neu im BGB und ihr Inhalt wird sich erst noch finden müssen. Erschwert wird diese Maßstabsbildung durch die eben erwähnte Formulierung des § 1358 Abs. 1 Nr. 2 BGB. Die Norm gestatte es, „Be-  
handlungsverträge, Krankenhausverträge oder Verträge über *eilige* Maßnahmen der Rehabilitation und der Pflege abzuschließen“<sup>91</sup>. Augenscheinlich gibt es also verschiedene

70) Stellungnahme BÄK v. 5. 8. 2020, S. 10.

71) Kritisch auch *Hauß*, FamRB Blog v. 24. 6. 2020. Noch weiter geht die Stellungnahme BÄK v. 5. 8. 2020, S. 10, die verlangt, dass der Arzt gar kein Nichtvorliegen von Ausschlussgründen nach § 1358 Abs. 3 BGB bestätigen müssen sollte.

72) So auch *Dutta*, FamRZ 2020, 1881, 1883. A. A. evtl. Deutscher Notarverein, Stellungnahme v. 10. 8. 2020, S. 2.

73) *Dutta*, FamRZ 2020, 1881, 1883.

74) Näher unten III. 4. a.

75) Deutscher Notarverein, Stellungnahme v. 10. 8. 2020, S. 3.

76) Deutscher Notarverein, Stellungnahme v. 10. 8. 2020, S. 3.

77) So etwa Deutscher Notarverein, Stellungnahme v. 10. 8. 2020, S. 3.

78) So der sinnvolle Vorschlag des Deutschen Notarvereins, Stellungnahme v. 10. 8. 2020, S. 3.

79) BT-Dr. 19/24445, S. 166.

80) Stellungnahme BÄK v. 5. 8. 2020, S. 9.

81) So explizit BT-Dr. 19/24445, S. 179.

82) DjB-Stellungnahme 20–24 v. 10. 8. 2020, S. 4.

83) BT-Dr. 19/24445, S. 2, 166, 181.

84) BT-Dr. 19/24445, S. 180.

85) BT-Dr. 19/24445, S. 179.

86) BT-Dr. 19/24445, S. 232, 412, 413, 480, 481.

87) Stellungnahme BÄK v. 5. 8. 2020, S. 6.

88) Dazu oben II. 3. f.

89) Ähnlich *Kemper*, FamRB 2021, 260, 263.

90) Dazu oben II. 3. f.

91) Hervorhebung d. Verf.

Ebenen der Eilbedürftigkeit: Am eiligsten ist der echte Notfall (§§ 630d Abs. 1 S. 4, 630e BGB). Es folgt darunter die „eilige“ Maßnahme der Rehabilitation oder Pflege, gefolgt von der allgemeinen Eilbedürftigkeit aller Maßnahmen des Ehegatten(not)vertretungsrecht. Schließlich, gleichsam als vierte Ebene, gibt es die fehlende Eilbedürftigkeit, die aus dem Anwendungsbereich des § 1358 BGB herausfällt.

Einfach ist diese Maßstabsbildung schließlich auch deswegen nicht, weil in der Gesetzgebung der Terminus „unaufschiebbar“ verwendet wird<sup>92</sup>, der sich ebenso im Normtext der §§ 630d Abs. 1 S. 4, 630e Abs. 3 BGB findet und hier den – untechnisch gesprochen – „echten“ Notfall kennzeichnet. Nach dem eben Gesagten scheint „unaufschiebbar“ somit gleichzeitig die oberste und die drittoberste Stufe der Eilbedürftigkeit zu kennzeichnen, während die zweite Stufe der Eilbedürftigkeit vom Adjektiv „eilig“ gekennzeichnet wird. Viel Sinn ergibt diese Terminologie nicht.

#### b) Einwilligung und Aufklärung (§ 1358 Abs. 1 Nr. 1 BGB)

Der vertretende Ehegatte hat ein Recht zur Einwilligung in oder Untersagung von „Untersuchungen des Gesundheitszustandes, Heilbehandlungen oder ärztliche[n] Eingriffe[n]“, § 1358 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 BGB. Die Überschneidungen dieser drei Konzepte Untersuchung, Heilbehandlung, Eingriff (eine Untersuchung kann invasiv sein, ein Eingriff eine Heilbehandlung etc.) mögen zunächst irritieren. Doch entspricht dies zum einen der Formulierung der Gesetzesvorschläge von 2016<sup>93</sup> und von 2017<sup>94</sup>, zum anderen ist dieser Dreiklang aus einer Reihe von Normen des Betreuungsrechts bekannt<sup>95</sup>. Ein Gleichlauf mit § 630d Abs. 1 S. 1 BGB („medizinische Maßnahme“) wäre gleichwohl vorzugswürdig gewesen.

Damit einher geht das Recht zur Entgegennahme ärztlicher Aufklärungen, § 1358 Abs. 1 Nr. 2 BGB. Dies hätte nicht explizit normiert werden müssen, denn es folgt schon aus § 630e Abs. 4 BGB. Als Klarstellung schadet es nicht.

Doch es darf nicht vergessen werden, dass der Zustand der Vertretungsbedürftigkeit (§ 1358 Abs. 1 BGB) nicht zwingend deckungsgleich mit dem Zustand der Einwilligungsunfähigkeit ist<sup>96</sup>. Ob der vertretene Ehegatte zu Einwilligungen (und damit zur Entgegennahme von Aufklärungen) noch selbst in der Lage ist oder ob insoweit das Ehegattenvertretungsrecht greift, muss gesondert festgestellt werden<sup>97</sup>.

Die Diktion von der Untersagung der Untersuchungen, Heilbehandlungen und Eingriffe ist aus der Logik eines Vertretungsrechts her nicht erforderlich – wo es einer gestattenden Einwilligung bedarf, bedarf es keiner verhindernden Untersagung. Doch auch diese Formulierung ist aus dem Betreuungsrecht, genauer aus dem Umgang mit Patientenverfügungen, bekannt und bewährt, hat dort eigenständige Funktion und ist vermutlich von dort übernommen<sup>98</sup>.

#### c) Vermögensrechtliche Angelegenheiten

§ 1358 Abs. 1 Nr. 2 und 4 BGB berechtigen den vertretenden Ehegatten zur Vertretung in bestimmten vermögensrechtlichen Angelegenheiten, die sich zu einer „kleinen Vermögenssorge“ summieren. Diese Befugnisse werden in der ärztlichen Praxis als kritisch und besonders missbrauchsanfällig angesehen<sup>99</sup>. Sie hatten in der Vergangenheit für besonders intensive Kritik gesorgt – während sie im Entwurf vom November 2016 noch (ähnlich wie heute) enthalten waren<sup>100</sup>, waren sie im Entwurf vom Juni 2017 gestrichen worden<sup>101</sup>.

#### aa) Vertragsschluss (§ 1358 Abs. 1 Nr. 2 BGB)

Der vertretende Ehegatte hat das Recht zum Abschluss und zur Durchsetzung von „Behandlungsverträge[n], Krankenhausverträge[n] oder Verträge[n] über eilige Maß-

nahmen der Rehabilitation und der Pflege“, § 1358 Abs. 1 Nr. 2 BGB.

Gesetzgebungstechnisch schön ist dies nicht. Schließlich sind Behandlungsverträge ein eigener Typus im BGB (§§ 630a ff. BGB), „Krankenhausverträge“ hingegen nicht, es handelt sich um gemischttypische Verträge. Besser wäre „Verträge mit Krankenhäusern“. In der Gesetzesbegründung zu § 1358 Abs. 1 Nr. 2 BGB zeigt sich leider eine gewisse Medizinrechtsblindheit des Gesetzgebers. So schreibt er zur Rechtfertigung dieser Befugnis: „Soweit die Behandlung nicht durch die gesetzliche Krankenversicherung ohne Vertragsabschluss abgedeckt ist, müssen entsprechende [Behandlungs-] Verträge abgeschlossen werden.“<sup>102</sup> Dabei wird übersehen, dass im Bereich der von der gesetzlichen Krankenversicherung gedeckten Leistungen selbstverständlich Behandlungsverträge i. S. v. § 630a BGB geschlossen werden. Nur der Zahlungsanspruch der Ärzte richtet sich nicht gegen die Patienten<sup>103</sup>. Zu den „eiligen Maßnahmen der Rehabilitation und Pflege“ zählt nicht der Abschluss eines Heimvertrags<sup>104</sup>.

Leider nicht explizit in Nr. 2 genannt sind andere Verträge, die in der konkreten Situation im Zuge der Gesundheitsversorgung erforderlich werden. Sie sollten aber nach dem Sinn der Vorschrift erfasst sein. Zu denken wäre etwa an Werkverträge über Laborleistungen oder die Anfertigung von Prothesen oder an Kaufverträge über Medizinprodukte. Der Entwurf von 2016 war noch so gehalten, dass derlei Verträge relativ unproblematisch erfasst werden hätten können<sup>105</sup>. Auch die heutige Fassung sollte daher trotz des grundsätzlich abschließenden Wortlauts so ausgelegt werden, dass diese Verträge noch erfasst sind.

Das Recht zum Abschluss von Verträgen ist flankiert von dem Recht, diese durchzusetzen – etwa durch eine Mängelrüge oder durch gerichtliche Geltendmachung<sup>106</sup>. Sinnvollerweise sollte – was Gesetz und Begründung nicht erwähnen – das Recht umfasst sein, ein einmal vom vertretenden Ehegatten geschlossenes Dauerschuldverhältnis durch Kündigung wieder zu beenden.

Wenn ein Ehegatte für den anderen einen Vertrag abschließt, wird sich im Übrigen häufig die Abgrenzungsfrage zum Eigengeschäft des Ehegatten im Rahmen seiner Schlüsselgewalt, § 1357 BGB, stellen. Denn unstreitig sind von der Schlüsselgewalt Geschäfte im Rahmen der Ge-

92) BT-Dr. 19/24445, S. 179.

93) S. § 1358 Abs. 1 Nr. 1 BGB-E i. d. F. von BT-Dr. 18/10485 v. 30.11.2016.

94) S. § 1358 Abs. 1 S. 1 BGB-E i. d. F. der BR-Dr. 460/17 v. 16.6.2017.

95) Insbesondere §§ 1827 Abs. 1 S. 1, 1829 Abs. 1, 2, 1831 Abs. 1 Nr. 2, 1832 Abs. 1 BGB n. F.

96) Dazu bereits oben II.1.

97) Ähnlich *Kemper*, FamRB 2021, 260, 263.

98) S. nur § 1827 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 BGB n. F.

99) Stellungnahme BÄK v. 5.8.2020, S. 6.

100) S. § 1358 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und 4 BGB-E i. d. F. von BT-Dr. 18/10485 v. 30.11.2016.

101) Vgl. BR-Dr. 460/17, S. 2.

102) BT-Dr. 19/24445, S. 180.

103) Djb-Stellungnahme 20–24 v. 10.8.2020, S. 5. Denkbar wäre allenfalls, dass der Gesetzgeber auf die Situation Bezug nehmen wollte, dass ein bewusster Patient behandelt wird, der sich nach Wiedererlangung der Geschäftsfähigkeit gegen die Behandlung ausspricht und so der Vergütungsanspruch des Behandlenden nicht aus einem Behandlungsvertrag erwächst, sondern „ohne Vertragsschluss“ aus §§ 683, 679, 670, 1835 Abs. 3 BGB. Doch dies erklärt nicht, weshalb der Gesetzgeber die gesetzliche Krankenversicherung an dieser Stelle erwähnt.

104) *Kemper*, FamRB 2021, 260, 263.

105) „[Ä]rztliche Behandlungsverträge, Krankenhausverträge sowie sonstige Verträge ..., die der medizinischen Versorgung, Pflege, Betreuung oder Rehabilitation dienen“, § 1358 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB-E i. d. F. von BT-Dr. 18/10485 v. 30.11.2016.

106) BT-Dr. 19/24445, S. 180.

sundheitsvorsorge umfasst, etwa wenn sie sich auf medizinisch gebotene Heilbehandlungen beziehen<sup>107</sup>. Der Entwurf bezieht zu diesem Problem leider nicht Stellung<sup>108</sup>. Geht man davon aus, dass § 1357 BGB vom neuen § 1358 BGB unberührt bleiben soll, so wird jeweils durch Auslegung zu ermitteln sein, welche Art von Geschäft gewollt war.

#### bb) Zahlungsverlangen und Abtretung (§ 1358 Abs. 1 Nr. 4 BGB)

Der vertretende Ehegatte kann „Ansprüche, die dem vertretenen Ehegatten aus Anlass der Erkrankung gegenüber Dritten zustehen, geltend ... machen und an die Leistungserbringer aus den Verträgen nach Nummer 2 ab ... treten oder Zahlung an diese ... verlangen“, § 1358 Abs. 1 Nr. 4 BGB<sup>109</sup>. Dabei wird es insbesondere um Versicherungsleistungen oder Beihilfeansprüche gehen<sup>110</sup>. Umfasst können Ansprüche gegen den Träger der gesetzlichen Krankenversicherung, der Pflegeversicherung, Rentenversicherung und Unfallversicherung sein, ebenso wie gegen private Krankenversicherungen und Beihilfestellen<sup>111</sup>. Der vertretende Ehegatte hat kein Inkassorecht, kann also nur verlangen, dass an den Leistungserbringer gezahlt wird (nicht an sich selbst) oder seinen Anspruch an den Leistungserbringer abtreten<sup>112</sup>.

#### cc) Befugnis, Post des Ehegatten zu öffnen?

Zu Recht wurde darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber es verabsäumt hat, dem vertretenden Ehegatten auch die Befugnis zu verleihen, die mit diesen Rechtsangelegenheiten der Ziffern 2 und 4 im Zusammenhang stehende Post zu öffnen<sup>113</sup>. Der Entwurf von 2016 hatte dies noch erwähnt<sup>114</sup>. Da die hier vorgesehene Besorgung von Rechtsangelegenheiten – der Gesetzgeber nennt explizit die Mängelrüge und gerichtliche Geltendmachung vertraglicher Ansprüche – ohne die Befugnis, in die Korrespondenz des Vertretenen Einsicht zu nehmen, nicht praktikabel ist, sollte die Norm weit ausgelegt werden und diese Befugnis mit einschließen.

#### d) Freiheitsentziehende Maßnahmen (§ 1358 Abs. 1 Nr. 3 BGB)

Der vertretende Ehegatte hat das Recht zur Entscheidung über freiheitsentziehende Maßnahmen (§ 1831 Abs. 4 BGB n.F., § 1358 Abs. 1 Nr. 3 BGB), die maximal sechs Wochen anhalten dürfen. Eine ähnliche Befugnis war bereits im Entwurf von 2016<sup>115</sup>, aber nicht mehr im Entwurf von 2017<sup>116</sup> vorgesehen. Es geht um Situationen, in denen dem Ehegatten, der sich im Krankenhaus oder einer Rehaeinrichtung aufhält, durch mechanische Vorrichtungen, durch Medikamente oder auf ähnliche Weise über einen längeren Zeitraum oder regelmäßig die Freiheit entzogen werden soll<sup>117</sup>. Freilich bedarf es der betreuungsgerichtlichen Genehmigung<sup>118</sup>. Angesichts dieser Begrenzung erscheint die nach außen nicht hinreichend klare Begrenzung auf echte Notfallsituationen hinnehmbar.

#### e) Flankierende Befugnisse

§ 1358 Abs. 2 BGB sieht ein Recht zur Einsicht in Krankenunterlagen und eine Entbindung von der Schweigepflicht vor. Zu Recht ist beklagt worden, dass die Befugnisse des § 1358 Abs. 2 BGB bislang bei Betreuern und Bevollmächtigten unter dem Gesichtspunkt der mutmaßlichen Einwilligung bestehen und dass eine Klarstellung hilfreich gewesen wäre, dass diese explizite Normierung für den Ehegatten nicht bedeutet, dass Betreuer und Bevollmächtigte keine Einsicht nehmen können und die Ärzte insoweit nicht von der Schweigepflicht entbunden sind<sup>119</sup>.

aa) Einsicht in Krankenunterlagen (§ 1358 Abs. 2 S. 2 BGB)  
Ferner hat der vertretende Ehegatte ein Recht zur Einsicht in „diese Angelegenheiten [scil. Angelegenheiten nach § 1358 Abs. 1 Nr. 1–4] betreffenden Krankenunterlagen“

zur Bewilligung ihrer Weitergabe an Dritte (§ 1358 Abs. 2 S. 2 BGB)<sup>120</sup>. Damit sind die Krankenunterlagen im Zusammenhang mit den gesundheitlichen Angelegenheiten, für die der vertretende Ehegatte vertretungsbefugt ist, gemeint<sup>121</sup>. Es wird kritisch zu beobachten sein, wie weit das Konzept der „diese Angelegenheiten betreffenden“ Krankenunterlagen in der Praxis gehandhabt wird – leidet der vertretene Ehegatte etwa an einer psychischen Krankheit und kommt es im Zusammenhang mit dieser psychischen Krankheit zur Vertretungsbedürftigkeit, kann es sich als zu weitgehend erweisen, dem vertretenden Ehegatten Einblick in die gesamte Krankenakte der psychischen Behandlung zu geben<sup>122</sup>.

#### bb) Entbindung der Ärzte von der Schweigepflicht (§ 1358 Abs. 2 S. 1 BGB)

Es kommt schließlich zu einer Entbindung der Ärzte von der Schweigepflicht in den o.g. Angelegenheiten (§ 1358 Abs. 2 S. 1 BGB). Hinsichtlich derjenigen gesundheitlichen Angelegenheiten, für die der vertretende Ehegatte vertretungsbefugt ist, ist der behandelnde Arzt von der Schweigepflicht befreit<sup>123</sup>. Hier stellt sich ähnlich wie soeben die Frage nach der Reichweite der Schweigepflichtentbindung „hinsichtlich der in Absatz 1 Nummer 1 bis 4 genannten Angelegenheiten“.

Zu Recht ist beklagt worden, dass der Wortlaut in anderer Hinsicht zu kurz greift. Denn er erfasst nur die „behandelnde[n] Ärzte“. Dem Klinikalltag entspricht es jedoch, dass auch Angehörige anderer Heilberufe oder berufsmäßige Gehilfen von der Schweigepflicht entbunden sein sollten (nämlich Therapeuten, Pflegekräfte, Hebammen, Laborpersonal, Sprechstundenhilfen etc.)<sup>124</sup>.

### 3. Ausübung und Grenzen des Vertretungsrechts

#### a) Bestehen eines gesetzlichen Vertretungsrechts

Liegen die Voraussetzungen des § 1358 Abs. 1 und 3 BGB vor, entsteht ein gesetzliches Vertretungsrecht, so wie es

107) *Siede*, in: *Palandt*, 80. Aufl. 2021, § 1357 BGB, Rdnr. 14.

108) Anders noch der Entwurf von 2016, BT-Dr. 18/10485 vom 30.11.2016 S. 14: „Anwendungsbereich und Reichweite des § 1357 BGB sollen durch die Neuregelung in § 1358 BGB nicht eingeschränkt werden. Die Neuregelung entbindet den handelnden Ehegatten und den Rechtsverkehr jedoch im Einzelfall von der Prüfung der Frage, ob es sich um ein Geschäft zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs der Familie handelt.“

109) Ähnlich schon § 1358 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BGB-E i. d. F. von BT-Dr. 18/10485 v. 30.11.2016.

110) BT-Dr. 19/24445, S. 180.

111) *Kemper*, FamRB 2021, 260, 264.

112) BT-Dr. 19/24445, S. 180.

113) So zu Recht *Kemper*, FamRB 2021, 260, 264.

114) Wortlaut: „zur Wahrnehmung der Angelegenheiten nach Nummer 1 bis 4 die Post des anderen Ehegatten entgegenzunehmen und zu öffnen“, § 1358 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 BGB-E i. d. F. von BT-Dr. 18/10485 v. 30.11.2016.

115) S. § 1358 Abs. 1 Nr. 3 BGB-E i. d. F. von BT-Dr. 18/10485 v. 30.11.2016.

116) S. BR-Dr. 460/17 v. 16.6.2017, S. 2.

117) BT-Dr. 19/24445, S. 180.

118) Dazu unten III.3.c.

119) Ebenso offenbar ungehört Stellungnahme BÄK v. 5.8.2020, S. 7.

120) So, bloß klarer („hinsichtlich der dort [in Absatz 1] genannten Angelegenheiten“) auch schon § 1358 Abs. 2 Nr. 2 BGB-E i. d. F. der BR-Dr. 460/17 v. 16.6.2017, S. 2.

121) BT-Dr. 19/24445, S. 181.

122) So zu Recht DGPPN, Stellungnahme v. 10.8.2020, S. 4.

123) So schon § 1358 Abs. 2 Nr. 1 BGB-E i. d. F. der BR-Dr. 460/17 v. 16.6.2017, S. 2.

124) Hierauf wies zu Recht und leider ungehört die Deutsche Krankenhausgesellschaft, Stellungnahme v. 9.12.2020, S. 2, hin.

das BGB bislang insbesondere für sorgeberechtigte Eltern, §§ 1626, 1629 BGB, Vormünder, §§ 1773, 1793 BGB, und Betreuer, §§ 1896, 1902 BGB, kennt<sup>125</sup>. Selbstverständlich ist dies nicht. Der Entwurf von 2016 sah stattdessen noch eine gesetzliche Fiktion der Bevollmächtigung vor<sup>126</sup>. Weshalb nun eine andere Gestaltung gewählt wurde, macht die Gesetzesbegründung nicht deutlich<sup>127</sup>. Angesichts der Volatilität des Vertretungsrechts und der fehlenden Publizität seines Erlöschens liegt es gar nicht mal ganz so nah, das Vertretungsrecht des Ehegatten an das von Elternteil, Vormund und Betreuer anzugliedern.

#### b) Pflichten des vertretenden Ehegatten

Das gesetzliche Vertretungsrecht besteht nicht schrankenlos. Der vertretende Ehegatte unterliegt bei der Ausübung gewissen Pflichten. Der Gesetzgeber verweist hier vor allem auf ausgewählte Vorschriften des Betreuungsrechts, im Einzelnen: Die Wünsche des Vertretenen sind grundsätzlich maßgeblich, es sei denn, der vertretene Ehegatte schadet sich hierdurch selbst oder die Wünsche sind nicht zu ermitteln; dann ist der mutmaßliche Patientenwille maßgeblich, §§ 1358 Abs. 6 i. V. mit 1821 Abs. 2–4 BGB. Liegt eine Patientenverfügung vor und ist sie einschlägig, so ist sie zu beachten, §§ 1358 Abs. 6 i. V. mit 1827 Abs. 1–3 BGB. Es hat ein Gespräch des behandelnden Arztes zur Feststellung des Patientenwillens stattzufinden, §§ 1358 Abs. 6 i. V. mit 1828 Abs. 1, 2 BGB.

Auch die gesetzgeberische Intention, das Ehegattenvertretungsrecht lediglich als Notvertretungsrecht einzusetzen<sup>128</sup>, wirkt sich auf den Pflichtenkatalog des vertretenden Ehegatten aus. Darüber hinaus ist der Ehegatte durch die Pflichten der ehelichen Lebensgemeinschaft, § 1353 Abs. 1 S. 2 BGB, gebunden (insbesondere ist an die Pflicht zu Beistand und Rücksicht zu denken)<sup>129</sup>.

All das Vorgenannte dürfte jedoch – nach überzeugender, wenngleich bislang noch nicht gefestigter Meinung – nur das Innenverhältnis der Ehegatten betreffen, nicht aber die Ausübung der Handlungsbefugnisse im Außenverhältnis unwirksam machen. Lediglich den Charakter als Notvertretungsrecht sollte man bereits bei der Auslegung des konkreten Zuschnitts der Befugnisse berücksichtigen.

#### c) Genehmigungsvorbehalt

Das Gesetz sieht vor, dass die Genehmigung des Betreuungsgerichts bei lebensgefährdenden Maßnahmen und Maßnahmen mit dem Risiko eines schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schadens, §§ 1358 Abs. 6 i. V. mit 1829 Abs. 1–4 BGB, erforderlich ist. Ferner bedarf es der Genehmigung des Betreuungsgerichts bei freiheitsentziehenden Maßnahmen, §§ 1358 Abs. 6 i. V. mit 1831 Abs. 4 i. V. mit 2 BGB.

### 4. Auswirkungen auf die Arzthaftung

Mit der Neuregelung entsteht die Gefahr von Unstimmigkeiten im Haftungssystem, die es durch sinnvolle Auslegung zu verhindern gilt<sup>130</sup>. Diese Unstimmigkeiten resultieren vor allem daraus, dass § 1358 BGB auf positive Kenntnis abstellt, das Haftungsregime aber vom Maßstab der Fahrlässigkeit beherrscht wird<sup>131</sup>.

#### a) Fahrlässigkeitshaftung des Arztes nach §§ 630a, 630d, 630e, 280 Abs. 1 BGB und §§ 823 ff. BGB

Nach dem Gesetzestext verhält es sich so, dass Ärzte, die den vertretenden Ehegatten das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen haben unterzeichnen lassen und die selbst nur (grob) fahrlässige Unkenntnis vom Vorliegen von Ausschlussgründen haben, auf der Grundlage der Annahme des Vorliegens des Ehegattenvertretungsrechts handeln werden und aus Perspektive von § 1358 BGB alles ihnen Obliegende getan haben. Nun sind indes Fälle denkbar, in denen

gleichwohl das Ehegattenvertretungsrechts ex lege fehlt – bspw. i) wenn eine andere Person, etwa die Schwester des Patienten, bevollmächtigt ist und der Ehegatte dies weiß, der Arzt aber (fahrlässig) nicht; oder wenn ii) der Patient die Vertretung ablehnt, der Ehegatte dies weiß, der Arzt aber (fahrlässig) nicht oder wenn iii) die Ehegatten getrennt leben und der vertretende Ehegatte dies selbstverständlich weiß, der Arzt aber (fahrlässig) nicht<sup>132</sup>. In diesem Fall gibt es nach dem Wortlaut des § 1358 Abs. 1, Abs. 2 BGB ex lege kein gesetzliches Vertretungsrecht.

Folglich fehlt es in derartigen Fällen (und wenn es an der Einwilligungsfähigkeit des Patienten fehlt) an einer wirksamen Einwilligung (§ 630d BGB) für die ärztlichen Eingriffe, wenn die Einwilligung vom vertretenden Ehegatten ohne Vertretungsmacht erteilt wurde. Auch fehlt es an einer wirksamen Aufklärung, weil mit dem vertretenden Ehegatten der falsche Aufklärungsadressat aufgeklärt wurde (§ 630d Abs. 2 Var. 2 BGB). Beim Vertragsschluss verhält sich die Lage etwas anders; zwar kann der vertretende Ehegatte als Vertreter ohne Vertretungsmacht (§ 179 BGB) nicht als Vertreter den Vertrag schließen. Doch wäre hier immer noch ein Rückgriff auf eine Mitberechtigung und Mitverpflichtung nach § 1357 BGB denkbar. Die Mitberechtigung und Mitverpflichtung über die „Schlüsselgewalt“ des § 1357 BGB kann insbesondere daran scheitern, dass die Ehegatten getrennt leben, § 1357 Abs. 3 BGB.

Der Behandelnde wäre folglich grundsätzlich wegen der Verletzung der Pflicht zur Einholung der Einwilligung und zur Aufklärung schadensersatzpflichtig nach §§ 630a, 630d, 280 Abs. 1 BGB sowie nach § 823 Abs. 1 BGB. Sofern der behandelnde Arzt das Vorliegen des Ausschlussgrundes nicht kennen konnte, scheitern diese Ansprüche am fehlenden Vertretenmüssen, §§ 280 Abs. 1 S. 2, 276, 823 BGB. Sofern er indes fahrlässig die Voraussetzungen des § 1358 BGB erkannt hat, ist die Lage problematischer. Man sollte hier wohl eine Konstruktion ersinnen, nach der in diesem Fall der überwiegende Verursachungsbeitrag des vertretenden Ehegatten – Verschweigen des Ausschlussgrundes – die Haftung des Arztes ausschließt. Insofern sollte man der Versicherung, die der vertretende Ehegatte unterschreibt, maßgebliche Wirkung zukommen lassen. Man sollte sie so werten, dass ihr Vorliegen den Fahrlässigkeitsvorwurf im Arzthaftungsrecht entfallen lässt.

#### b) Haftung des vertretenden Ehegatten als Vertreter ohne Vertretungsmacht, § 179 BGB

Wenn in diesem Fall des ex lege-Nichtbestehens des Ehegattenvertretungsrechts der vertretende Ehegatte als Vertreter ohne Vertretungsmacht im Sinne des § 179 BGB handelt und die Voraussetzungen des § 1357 BGB nicht eingreifen<sup>133</sup>, haftet der vertretende Ehegatte dem Arzt grund-

125) Daneben wären noch der Pfleger und der Vereinsvorstand zu nennen.

126) Wortlaut: „... gilt sein volljähriger Ehegatte als bevollmächtigt“, § 1358 Abs. 1 S. 1 BGB-E i. d. F. d. BT-Dr. 18/10485 v. 30. 11. 2016. Anders dann schon wieder § 1358 Abs. 1 BGB-E i. d. F. d. BR-Dr. 460/17 v. 16. 6. 2017, S. 2 („Jeder Ehegatte ist berechtigt ...“).

127) S. die anderen Bezugnahmen auf den früheren Entwurf in BT-Dr. 19/24445, S. 155.

128) Dazu oben III.2.a.

129) BT-Dr. 19/24445, S. 184. Eine – über § 1353 Abs. 1 S. 2 BGB hinausgehende – Pflicht des vertretenden Ehegatten, das gesetzliche Ehegattenvertretungsrecht auszuüben, besteht nicht (Kemper, FamRB 2021, 260, 262 und BT-Dr. 19/24445, S. 179). Wenn der Ehegatte dieses Recht nicht ausüben möchte, bedarf es einer Betreuerbestellung.

130) Vgl. DjB-Stellungnahme 20–24 v. 10. 8. 2020, S. 5.

131) DjB-Stellungnahme 20–24 v. 10. 8. 2020, S. 5.

132) DjB-Stellungnahme 20–24 v. 10. 8. 2020, S. 5.

133) S. soeben.

sätzlich wahlweise auf Erfüllung oder Schadensersatz<sup>134</sup>. Doch diese Haftung dieses Ehegatten entfällt, wenn – wie in unseren Beispielen des fahrlässig handelnden Arztes – „der andere Teil den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen musste“ (§ 179 Abs. 3 S. 1 BGB)<sup>135</sup>.

Es käme folglich zu einer Haftungslücke, weil § 1358 BGB auf die positive Kenntnis abstellt und für § 179 BGB schon die fahrlässige Unkenntnis des Arztes genügt<sup>136</sup>. Hier könnte wiederum der Gedanke, dass eine entsprechende Versicherung (§ 1358 Abs. 4 Nr. 3 BGB) des vertretenden Ehegatten den Fahrlässigkeitsvorwurf entfallen lässt, Abhilfe schaffen. Alternativ kann § 242 BGB und der Gedanke des *venire contra factum proprium* bemüht werden – der vertretende Ehegatte kann nicht zunächst durch Verschweigen von Ausschlussstatbeständen das Bestehen des Ehegattenvertretungsrechts vorspiegeln und sich sodann auf sein Nichtvorliegen berufen.

#### IV. Fazit

Eine wohlwollende Aufnahme der Neuregelung ist trotz allen Bemühens nicht leicht. Dass die Stellungnahmen im Gesetzgebungsverfahren den Entwurf durchgehend kritisch bis sehr kritisch aufnahmen<sup>137</sup>, kommt nicht von ungefähr.

Bereits der Bedarf nach dem Ehegattenvertretungsrecht kann mit gutem Grund kontrovers beurteilt werden<sup>138</sup>. Eng mit dem zweifelhaften Bedarf zusammen hängt die Frage, ob dieses Recht überhaupt inhaltlich wünschenswert ist. Dass ein solches Recht „dem Wesensgehalt der Ehe als Schicksalsgemeinschaft entspricht“<sup>139</sup> darf durchaus abgelehnt werden; ist doch ein Ehegatte auch nach Eheschließung ein selbstbestimmtes Individuum<sup>140</sup> und erlaubt es die Norm doch leicht, in ein Ehebild personaler Unselbständigkeit zurückzufallen, das den 1960er Jahren besser entspricht als der heutigen Zeit<sup>141</sup>. Wenn Ehegatten oft irrig von der Existenz eines Ehegattenvertretungsrechts auszugehen pflegen<sup>142</sup>, wäre womöglich eine offensivere Werbung für den Gebrauch von Vorsorgevollmachten der sinnvollere Weg gewesen<sup>143</sup>. Es steht durchaus zu befürchten, dass die Bereitschaft zur Errichtung von Vorsorgevollmachten geschwächt wird<sup>144</sup>.

Der Gesetzestext weist handwerkliche Defizite auf. Der abschließende kasuistische Charakter auf Rechtsfolgenseite wird bei der Auslegung Probleme bereiten und sollte durch pragmatische Handhabung überwunden werden. Dabei wiegen gewisse terminologische Schwierigkeiten weniger schwer als der Umstand, dass der Charakter als Notvertretungsrecht in der tatsächlichen Ausgestaltung des Normtextes nicht hinreichend zur Geltung kommt. Insofern sollte die Norm enger ausgelegt werden, als es ihr Wortlaut zulässt und sollte nur absolut und vital indizierte Maßnahmen erfassen.

Mit der Anknüpfung an die Vertretungsbedürftigkeit nach § 1358 Abs. 1 BGB und den Ausschlussgründen nach § 1358 Abs. 3 BGB wird ein gesetzliches Vertretungsrecht geschaffen, das sehr leicht und ohne Manifestation nach außen erlöschen kann – sei es durch eine Änderung der gesundheitlichen Situation des Vertretenen oder durch Trennung oder durch Kenntnis von Ablehnung oder Vollmacht. Blickt man auf die anderen Fälle gesetzlicher Vertretungsmacht im BGB – Eltern, Betreuer, Vormünder – sind diese von starker Stabilität, Kontinuität und Publizität gekennzeichnet. Die Schaffung eines derart volatilen und vulnerablen gesetzlichen Vertretungsrechts stellt einen Bruch mit den sonstigen gesetzlichen Vertretungsrechten dar.

Mit seiner starken Anbindung an das Betreuungsrecht – das Vertretungsrecht hat laut Gesetzgeber Substituti-

onsfunktion für die Notbetreuung, es bestehen verbale Überschneidungen bei den Kompetenzen (s. o.) und es gibt umfangreiche Verweise auf das Betreuungsrecht in § 1358 Abs. 6 BGB – erscheint der vertretende Ehegatte nachgerade als „vorläufiger Betreuer“; eine systematische Verortung im Betreuungsrecht wäre vielleicht stringenter gewesen als eine Verortung im Recht der allgemeinen Ehwirkungen.

Die Prüfung der relativ komplexen Voraussetzungen des Ehegattenvertretungsrechts durch juristische Laien (Arzt und Ehegatte) ist in hohem Maße fehleranfällig<sup>145</sup>. Die Anforderungen an den Arzt wachsen. Die Komplexität der Vorschrift ist enorm – in sich und in ihrem Zusammenspiel mit anderen Normen des Schuld-, Ehe- und Betreuungsrechts. In Summe entsteht ein nicht unerhebliches Missbrauchspotential<sup>146</sup>.

Die Rollen der deklaratorischen Bestätigung des Arztes und der ebenso deklaratorischen Versicherung des vertretenden Ehegatten sind noch unklar. Sie sollten nach hier vertretener Ansicht die Wirkung entfalten, eine Fahrlässigkeitshaftung des Arztes entfallen zu lassen.

Dieser Neuzugang im Recht der Fürsorgeverhältnisse für Volljährige wird Literatur und Rechtsprechung in den nächsten Jahren wahrscheinlich durchaus fordern. Bei der Auslegung sollten das Selbstbestimmungsrecht des vertretenen Ehegatten und der Schutz der Akteure vor inadäquaten Haftungsrisiken maßgeblich berücksichtigt werden.

Open Access. Dieser Artikel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Artikel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.

Weitere Details zur Lizenz entnehmen Sie bitte der Lizenzinformation auf <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>.

134) Djb-Stellungnahme 20–24 v. 10. 8. 2020, S. 5.

135) Djb-Stellungnahme 20–24 v. 10. 8. 2020, S. 5 f.

136) Djb-Stellungnahme 20–24 v. 10. 8. 2020, S. 6.

137) S. die Nennungen in den Fußnoten dieses Beitrags.

138) Dagegen: BdB, Stellungnahme v. 10. 8. 2020, S. 4.

139) So *Thomas Seitz*, AfD, Plenarprotokoll 19/195 v. 26. 11. 2020, S. 24708 Abschnitt D.

140) *Hauß*, FamRB Blog v. 24. 6. 2020.

141) Mit höchst erfreulicher Deutlichkeit *Hauß*, FamRB Blog v. 24. 6. 2020.

142) *Hauß*, FamRB Blog v. 24. 6. 2020: „Gesetzesvorhaben, ... auf dem Markt geboren“, Anpassung des Rechts an das „Ergebnis der Marktplatzumfrage“.

143) S. zu Recht nur SoVD, Stellungnahme v. 10. 8. 2020, S. 12.

144) So schon Deutscher Notarverein, Stellungnahme v. 10. 8. 2020, S. 1; Deutscher Juristinnenbund, Stellungnahme v. 10. 10. 2020, S. 2; ackpa, BDK et al., Gemeinsame Stellungnahme v. 11. 12. 2020, S. 2.

145) Stellungnahme ASJ-Bundesvorstand v. 5. 8. 2020, S. 3.

146) So auch BdB, Stellungnahme v. 10. 8. 2020, S. 4; SoVD, Stellungnahme v. 10. 8. 2020, S. 12; FDP-Fraktion, BT-Dr. 19/27287, S. 19.