

# Inhaltsübersicht

Vorwort .....	v
Inhaltsverzeichnis .....	xi
Abkürzungsverzeichnis .....	xxvii
§ 1 Einleitung .....	1
I. Problemstellung .....	1
II. Gang der Untersuchung .....	6
§ 2 Die Rolle des Gesundheitsbevollmächtigten bei der ärztlichen Behandlung .....	9
I. Grundlagen der ärztlichen Behandlung .....	9
II. Die Rolle des Gesundheitsbevollmächtigten .....	21
§ 3 Die Funktion der Gesundheitsvollmacht .....	25
I. Erwachsenenschutz im deutschen Recht .....	25
II. Betreuungsvermeidende Funktion der Gesundheitsvollmacht .....	26
III. Funktion der Betreuung .....	27
IV. Funktioneller Gleichlauf zwischen Betreuung und privater Vorsorge .....	29
§ 4 Grund- und menschenrechtlicher Rahmen .....	31
I. Grundgesetz .....	32
II. UN-Behindertenrechtskonvention .....	42
III. Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) .....	47

<i>IV. Empfehlungen des Ministerkomitees des Europarats</i> .....	55
<i>V. Zwischenergebnis</i> .....	61
<b>§ 5 Die Betreuung als Referenz der Gesundheitsvollmacht</b> .....	63
<i>I. Voraussetzungen der Bestellung</i> .....	63
<i>II. Handlungsmaßstab des Betreuers</i> .....	67
<i>III. Aufgaben des Betreuers</i> .....	72
<i>IV. Auswahl des Betreuers</i> .....	81
<i>V. Kontrolle des Betreuers</i> .....	92
<i>VI. Erkenntnisse für die weitere Untersuchung</i> .....	105
<b>§ 6 Private Vorsorge durch Gesundheitsvollmacht</b> .....	109
<i>I. Zulässigkeit der Vorsorgevollmacht in Gesundheitsangelegenheiten</i> .....	109
<i>II. Gesundheitsvollmacht und Vorsorgeverhältnis</i> .....	110
<i>III. Außenverhältnis: Die Gesundheitsvollmacht</i> .....	111
<i>IV. Innenverhältnis: Das Vorsorgeverhältnis</i> .....	122
<i>V. Kontrolle des Gesundheitsbevollmächtigten</i> .....	192
<i>VI. Erlöschen der Gesundheitsvollmacht</i> .....	213
<b>§ 7 Zwischenbefund: Gemeinsamkeiten und Unterschiede von Gesundheitsvollmacht und Betreuung</b> .....	215
<i>I. Beginn und Beendigung der Fürsorgetätigkeit</i> .....	215
<i>II. Handlungsmaßstab</i> .....	218
<i>III. Pflichten</i> .....	219
<i>IV. Unbedingtheit und Unbeschränktheit der Gesundheitsvollmacht</i> .....	220
<i>V. Kontrolle</i> .....	220
<i>VI. Erkenntnisse für die weitere Untersuchung</i> .....	223

	<i>Inhaltsübersicht</i>	IX
<b>§ 8 Der Vergleich mit dem schwedischen Recht .....</b>		225
<i>I. Ziel des Rechtsvergleichs .....</i>		225
<i>II. Rechtslage in Schweden .....</i>		227
<i>III. Aktuelle Entwicklungen in der Gesetzgebung .....</i>		259
<i>IV. Vergleich des deutschen mit dem schwedischen Recht .....</i>		266
<i>V. Schlussfolgerungen und Bedeutung für die weitere Untersuchung</i>		268
<b>§ 9 Vertrauen als Grundlage der Gesundheitsvollmacht .....</b>		273
<i>I. Ausgangspunkt der konzeptionellen Untersuchung .....</i>		274
<i>II. Vertrauen und Kontrolle bei der Gesundheitsvollmacht .....</i>		275
<i>III. Ergebnis: Gesundheitsvollmacht als Vertrauensakt .....</i>		314
<b>§ 10 Feststellung und Umsetzung des Patientenwillens in der Behandlungssituation .....</b>		315
<i>I. Vorsorgeverhältnis als vertragliche Grundlage .....</i>		315
<i>II. Feststellung und Umsetzung des Patientenwillens .....</i>		316
<i>III. Ergebnis: Der Wille für die aktuelle Situation als maßgebendes Kriterium für die Entscheidung des Bevollmächtigten .....</i>		331
<b>§ 11 Ermessensspielräume des Gesundheitsbevollmächtigten in der Behandlungssituation .....</b>		333
<i>I. Grundsatz: Selbstständigkeit und Bindung an den Willen .....</i>		333
<i>II. Die jüngere Entwicklung der BGH-Rechtsprechung .....</i>		335
<i>III. Ausgestaltung des Ermessensspielraums durch vorsorgliche Willensbekundungen .....</i>		340
<i>IV. Abweichung von vorsorglichen Willensbekundungen .....</i>		344
<i>V. Möglichkeiten zur Erweiterung des Ermessensspielraums .....</i>		349
<i>VI. Ergebnis: Ermessensspielraum in Abhängigkeit vom Grad des Vertrauens .....</i>		353

§12 Pflichtverletzungen des Gesundheitsbevollmächtigten in der Behandlungssituation .....	355
I. Pflichtverletzung im Innenverhältnis .....	355
II. Auswirkung auf die Vertretungsmacht .....	362
III. Konsequenzen für den Arzt in der Behandlungssituation .....	373
§13 Zusammenfassung der Ergebnisse .....	381
Literaturverzeichnis .....	399
Register .....	425

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Inhaltsübersicht .....	VII
Abkürzungsverzeichnis .....	XXVII
§ 1 Einleitung .....	1
I. Problemstellung .....	1
II. Gang der Untersuchung .....	6
§ 2 Die Rolle des Gesundheitsbevollmächtigten bei der ärztlichen Behandlung .....	9
I. Grundlagen der ärztlichen Behandlung .....	9
1. Behandlungsvertrag .....	10
a) Inhalt des Vertrags .....	10
aa) Erarbeiten des Behandlungsziels .....	10
bb) Pflichten der Parteien .....	12
(1) „Behandlung gegen Vergütung“ .....	12
(2) Aufklärungs- und Informationspflichten .....	13
(3) Dokumentationspflicht und Schweigepflicht .....	13
b) Vertragsschluss .....	13
aa) Vertragsparteien .....	13
bb) Geschäftsfähigkeit .....	14
2. Ärztliche Maßnahme .....	15
a) Indikation .....	15
b) Einwilligung .....	17
aa) Selbstbestimmungsrecht als Grundlage .....	17
bb) Aufklärung .....	18
cc) Einwilligungsfähigkeit .....	19
3. Zwischenergebnis: Dialogischer Behandlungsprozess .....	20
II. Die Rolle des Gesundheitsbevollmächtigten .....	21

§ 3 Die Funktion der Gesundheitsvollmacht .....	25
I. Erwachsenenschutz im deutschen Recht .....	25
II. Betreuungsvermeidende Funktion der Gesundheitsvollmacht .....	26
III. Funktion der Betreuung .....	27
IV. Funktioneller Gleichlauf zwischen Betreuung und privater Vorsorge .....	29
§ 4 Grund- und menschenrechtlicher Rahmen .....	31
I. Grundgesetz .....	32
1. Die Vereinbarkeit von Betreuung und Gesundheitsvollmacht mit den Grundrechten .....	33
a) Die Selbstbestimmung als Kern der Menschenwürde .....	33
b) Betreuung als Grundrechtseingriff .....	34
c) Die Stellung der Gesundheitsvollmacht .....	39
2. Verfassungsrechtliche Grundlage von Betreuung und Gesundheitsvollmacht .....	39
a) Betreuung .....	42
b) Gesundheitsvollmacht .....	42
II. UN-Behindertenrechtskonvention .....	42
1. Die gleiche Anerkennung vor dem Recht gem. Art. 12 UN-BRK .....	43
2. Das Recht auf Assistenz bei der Ausübung der Rechts- und Handlungsfähigkeit gem. Art. 12 Abs. 3 UN-BRK .....	43
3. UN-BRK und Gesundheitsvollmacht .....	45
III. Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) .....	47
1. Das Recht auf Freiheit gem. Art. 5 EMRK .....	48
2. Das Recht auf Achtung des Privatlebens gem. Art. 8 EMRK .....	49
3. Das Diskriminierungsverbot gem. Art. 14 EMRK .....	52
4. EMRK und Gesundheitsvollmacht .....	53
IV. Empfehlungen des Ministerkomitees des Europarats .....	55
1. Recommendation No. R (99) 4 of the Committee of Ministers to member states on principles concerning the legal protection of incapable adults .....	55
2. Recommendation CM/Rec(2009)11 of the Committee of Ministers to member states on principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity .....	56
3. Bericht CDCJ(2017)2 von Ward im Auftrag des CDCJ, Enabling Citizens to Plan for Incapacity .....	57

4. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen .....	61
V. Zwischenergebnis .....	61
<b>§ 5 Die Betreuung als Referenz der Gesundheitsvollmacht . . . . .</b>	<b>63</b>
<i>I. Voraussetzungen der Bestellung .....</i>	<i>63</i>
1. Unvermögen, eigene Angelegenheiten zu besorgen .....	64
2. Erforderlichkeit .....	65
3. Kein entgegenstehender freier Wille .....	66
<i>II. Handlungsmaßstab des Betreuers .....</i>	<i>67</i>
1. Wille, Wünsche und Wohl .....	67
2. Vorsorglich mitgeteilte Wünsche ( <i>Betreuungsverfügung</i> ) .....	71
<i>III. Aufgaben des Betreuers .....</i>	<i>72</i>
1. Grundsätze der Betreuertätigkeit .....	72
a) Der Erforderlichkeitsgrundsatz .....	72
b) Grundsatz der persönlichen Betreuung .....	73
2. Allgemeine Aufgaben .....	75
a) Beratung und Unterstützung .....	76
b) Stellvertretung .....	77
3. Konkrete Aufgaben in Gesundheitsangelegenheiten .....	77
a) Beratung und Unterstützung .....	77
b) Stellvertretung .....	79
4. Zusammenfassung .....	80
<i>IV. Auswahl des Betreuers .....</i>	<i>81</i>
1. Der Grundsatz der persönlichen Betreuung als Ausgangspunkt der Betreuerauswahl .....	81
2. Selbstgewählter Betreuer .....	81
a) Vorschlag .....	82
b) Kein Widerspruch zum Wohl i.S.d. § 1897 Abs. 4 S. 1 BGB ..	82
c) Bindungswirkung .....	83
d) Eignung des Vorgeschlagenen .....	83
e) Zwischenergebnis .....	85
3. Angehörige und andere nahestehende Personen .....	85
4. Vorrang der ehrenamtlichen Betreuung vor der Berufsbetreuung .....	86
5. Vereins- und Behördenbetreuer .....	86
6. Betreuungsverein und -behörde .....	87
7. Zwischenergebnis und Schlussfolgerung für die weitere Untersuchung .....	87
a) Zusammenfassung des Stufenverhältnisses .....	87

b) Die Bedeutung persönlichen Vertrauens .....	88
c) Die Anerkennung des Vorschlags des Betroffenen als Ausdruck von Vertrauen .....	89
aa) Vorschlag als Ausdruck von Vertrauen .....	89
bb) Keine Vertrauensbeziehung zu Betreuungsvereinen und -behörden .....	90
cc) Abweichung vom Vorrang des ehrenamtlichen Betreuers .....	90
d) Grenzen der Eignung zur persönlichen Betreuung als Auswahlkriterium .....	91
e) Konsequenzen für die weitere Untersuchung .....	91
<i>V. Kontrolle des Betreuers</i> .....	92
1. Kontrolle im Zusammenhang mit der Betreuerbestellung .....	92
2. Berichte, Aufsicht und Genehmigungserfordernisse .....	92
a) Berichte und Auskunftspflicht .....	93
b) Anlassbezogene Aufsichtsmaßnahmen .....	93
c) Akteneinsicht .....	94
d) Ausschluss der Vertretungsmacht .....	94
e) Präventive Kontrolle durch Genehmigungserfordernisse .....	94
f) Unterschiedliche Aufsicht je nach Betreuertyp? .....	95
3. Kontrolle in Gesundheitsangelegenheiten .....	95
a) Genehmigung nach § 1904 BGB (künftig: § 1829 BGB n.F.) .....	96
aa) Dissens .....	96
bb) Gravierende Folgen der ärztlichen Maßnahme .....	97
cc) Der Wille des Betreuten als Prüfungsmaßstab des Gerichts .....	99
dd) Entfallen bei Eilmaßnahmen .....	100
b) Ärztliche Zwangsmaßnahmen gem. § 1906a BGB (künftig: § 1832 BGB n.F.) und Sterilisation gem. § 1905 BGB (künftig: § 1830 BGB n.F.) .....	100
aa) Ärztliche Zwangsmaßnahmen, § 1906a BGB (künftig: § 1832 BGB n.F.) .....	100
bb) Sterilisation, § 1905 BGB (künftig: § 1830 BGB n.F.) .....	102
cc) Weitere Genehmigungserfordernisse mit Gesundheitsbezug .....	103
4. Zusammenfassung .....	104
<i>VI. Erkenntnisse für die weitere Untersuchung</i> .....	105
1. Erkenntnisse für die Ausgestaltung der privaten Vorsorge durch Gesundheitsvollmacht .....	105
2. Erkenntnisse für die Konzeption der Gesundheitsvollmacht .....	106

<b>§ 6 Private Vorsorge durch Gesundheitsvollmacht . . . . .</b>	<b>109</b>
<i>I. Zulässigkeit der Vorsorgevollmacht in Gesundheitsangelegenheiten . . . . .</i>	<i>109</i>
<i>II. Gesundheitsvollmacht und Vorsorgeverhältnis . . . . .</i>	<i>110</i>
<i>III. Außenverhältnis: Die Gesundheitsvollmacht . . . . .</i>	<i>111</i>
1. Anforderungen an die Gesundheitsvollmacht . . . . .	112
a) Geschäfts- bzw. Einwilligungsfähigkeit . . . . .	112
b) Schriftform und Ausdrücklichkeit . . . . .	114
2. Inkrafttreten und Umfang der Vollmacht . . . . .	117
<i>IV. Innenverhältnis: Das Vorsorgeverhältnis . . . . .</i>	<i>122</i>
1. Gegenstand des Vorsorgeverhältnisses . . . . .	122
a) Eintritt des Fürsorgefalls . . . . .	123
b) Befugnisse und Pflichten . . . . .	125
c) Handlungsmaßstab . . . . .	125
aa) Verbot der Selbstentmündigung . . . . .	125
bb) Einschränkungen infolge der Funktion der Gesundheitsvollmacht – Wille, Wünsche und Wohl i.S.d. § 1901 Abs. 2 und Abs. 3 S. 1 BGB (künftig: § 1821 Abs. 2 S. 1 und 3, Abs. 3 und 4 BGB n.F.) . . . . .	126
(1) Rechtsprechung . . . . .	127
(2) Literatur . . . . .	127
(3) Stellungnahme . . . . .	129
cc) Zwischenergebnis . . . . .	132
d) Zusammenfassung . . . . .	133
2. Das Vorsorgeverhältnis als treuhänderisches Verhältnis . . . . .	133
a) Die Treuhand als Institut der Rechtsdogmatik . . . . .	134
b) Merkmale der Treuhand . . . . .	134
aa) Entwicklung der modernen Treuhanddogmatik . . . . .	134
bb) „Zweiatigkeit“ der Treuhand – zum Erfordernis einer dinglichen Rechtsposition als Treugut . . . . .	136
(1) Dingliche Rechtsposition als Treugut . . . . .	136
(2) „Machtmittel“ . . . . .	136
(3) Stellungnahme: Treuhand als Interessenwahrnehmung . . . . .	137
cc) Selbstständigkeit der Interessenwahrnehmung bei Diskrepanz zwischen rechtlichem „Können“ und „Dürfen“ . . . . .	139
dd) Machtmittel . . . . .	139
ee) Reichweite der Interessenwahrnehmung . . . . .	140
c) Vorsorgeverhältnis als Treuhandverhältnis . . . . .	140

d) Zwischenergebnis .....	141
3. Rechtliche Qualifikation des Vorsorgeverhältnisses .....	142
a) Familienrechtliche Sonderbeziehung .....	142
aa) Familienrechtliche Sonderbeziehung als Vorsorgeverhältnis? .....	143
bb) Bedeutung der familienrechtlichen Sonderbeziehung für das Vorsorgeverhältnis .....	146
b) Vertrag oder Gefälligkeitsverhältnis? .....	147
aa) Rechtsprechung .....	148
bb) Literatur .....	150
cc) Stellungnahme .....	150
c) Vertragstyp .....	152
aa) Bei Unentgeltlichkeit .....	152
bb) Bei Entgeltlichkeit .....	153
(1) Dienstvertrag .....	153
(2) Geschäftsbesorgungsvertrag .....	154
(a) Trennungstheorie .....	154
(b) Einheitstheorie .....	155
(c) Unterschied: Erfordernis des Vermögensbezugs und des wirtschaftlichen Charakters der Geschäftsbesorgung .....	157
(d) Stellungnahme .....	158
(e) Konsequenz: Vorsorgeverhältnis als Geschäftsbesorgungsvertrag .....	161
d) Zusammenfassung .....	162
4. Zustandekommen des Vorsorgeverhältnisses .....	162
a) Expliziter Vertragsschluss .....	162
b) Der praktische Regelfall: Übergabe der schriftlichen Vollmachtsskunde .....	163
c) Konkludenter Vertragsschluss vor Vollmachtsteilung .....	163
5. Rechte und Pflichten des Gesundheitsbevollmächtigten .....	164
a) Hauptpflichten des Gesundheitsbevollmächtigten .....	166
aa) Pflicht zur Wahrnehmung der erforderlichen Fürsorgeaufgaben, insbesondere zum Vollmachtsgebrauch .....	166
(1) Wahrnehmung der erforderlichen Fürsorgeaufgaben .....	166
(2) Beratung und Unterstützung .....	167
(3) Vollmachtsgebrauch .....	167
(4) Sorgfältige und sachgerechte Ausführung .....	167
(5) Konkrete Fürsorgeaufgaben .....	168
bb) Interessenwahrungspflicht .....	168

(1) Maßgeblichkeit der Interessen des Vollmachtgebers	169
(2) Handlungsmaßstab und Weisungsgebundenheit . . . . .	169
(3) „Denkender Gehorsam“ . . . . .	172
(4) Warnpflicht . . . . .	173
(5) Persönlicher Kontakt . . . . .	173
cc) Persönliche Geschäftsbesorgung . . . . .	174
b) Weitere Pflichten des Gesundheitsbevollmächtigten . . . . .	176
aa) Pflicht zur Bereithaltung . . . . .	176
bb) Pflicht zur Feststellung des Fürsorgefalls . . . . .	176
cc) Klärung der Vermögensverhältnisse und Versicherungen . . . . .	176
dd) Informationspflichten . . . . .	177
ee) Anzeige- und Wartepflicht . . . . .	178
ff) Pflicht zur Betreuungsanregung bei Ausfall . . . . .	178
gg) Bindung an den Erforderlichkeitsgrundsatz? . . . . .	179
hh) Herausgabepflicht . . . . .	179
c) Rechte des Gesundheitsbevollmächtigten . . . . .	180
aa) Recht und Pflicht zur Abweichung von Weisungen, § 665 BGB . . . . .	180
bb) Weitere Rechte . . . . .	183
6. Die konkreten Aufgaben des Gesundheitsbevollmächtigten in der Behandlungssituation . . . . .	183
a) Parallel zur Betreuung . . . . .	183
b) Beratung und Unterstützung . . . . .	184
c) Stellvertretung . . . . .	185
aa) Handeln als Stellvertreter bei Geschäfts- bzw. Einwilligungsfähigkeit des Vollmachtgebers . . . . .	185
bb) Handeln als Stellvertreter bei Geschäfts- bzw. Einwilligungsunfähigkeit des Vollmachtgebers . . . . .	189
7. Zusammenfassung . . . . .	191
<i>V. Kontrolle des Gesundheitsbevollmächtigten</i> . . . . .	192
1. Grundsatz: Kontrolle durch den Vollmachtgeber . . . . .	192
a) Informationspflichten . . . . .	193
b) Weisungen . . . . .	193
c) Kündigung/Widerruf . . . . .	193
d) Kontrollbevollmächtigter . . . . .	195
2. Kontrollbetreuer . . . . .	195
a) Voraussetzungen der Kontrollbetreuung . . . . .	196
aa) Unvermögen zur Ausübung der Kontrolle . . . . .	196
bb) Kein entgegenstehender freier Wille . . . . .	196
cc) Erforderlichkeit der Kontrollbetreuung . . . . .	197

(1) Überforderung .....	198
(2) Tauglichkeit und Redlichkeit unter Berücksichtigung von Vertrauen .....	198
(3) Verletzung der Pflichten aus dem Vorsorgeverhältnis .....	199
(4) Schlussfolgerung und Stellungnahme: Erforderlichkeit bei konkretem Verdacht auf künftige Pflichtverletzung .....	199
b) Aufgaben des Kontrollbetreuers .....	202
c) <i>Ultima Ratio</i> : Widerruf der Vollmacht und Bestellung eines ersetzen den Betreuers .....	202
3. Genehmigungserfordernisse .....	204
a) Genehmigung nach § 1904 BGB (künftig: § 1829 BGB n.F.)	205
b) Zwangsbehandlung gem. § 1906a BGB (künftig: § 1832 BGB n.F.) und Sterilisation gem. § 1905 BGB (künftig: § 1830 BGB n.F.) .....	205
c) Abdingbarkeit der präventiven gerichtlichen Kontrolle .....	206
d) Freiheitsentziehende Unterbringung und andere freiheitsentziehende Maßnahmen gem. §§ 1906, 1906a BGB (künftig: §§ 1831, 1832 BGB n.F.) .....	209
e) Schlussfolgerungen hinsichtlich der Konzeption der gerichtlichen Genehmigungserfordernisse .....	209
4. Zusammenfassung und Zwischenergebnis .....	211
<i>VI. Erlöschen der Gesundheitsvollmacht</i> .....	213
<b>§ 7 Zwischenbefund: Gemeinsamkeiten und Unterschiede von Gesundheitsvollmacht und Betreuung</b> .....	215
<i>I. Beginn und Beendigung der Fürsorgetätigkeit</i> .....	215
1. Betreuerbestellung / Vollmachtserteilung und Begründung des Vorsorgeverhältnisses .....	215
a) Möglichkeit der Bestimmung des Vertreters durch den Betroffenen .....	216
b) Eingeschränkte Verbindlichkeit des Betreuervorschlags als Unterschied zur Vollmachtserteilung? .....	216
c) Vermeidung des Betreuungsverfahrens .....	217
d) Anforderungen an den Betreuervorschlag bzw. die Vollmachtserteilung .....	217
2. Beendigung / Erlöschen .....	218
<i>II. Handlungsmaßstab</i> .....	218
<i>III. Pflichten</i> .....	219

<i>IV. Unbedingtheit und Unbeschränktheit der Gesundheitsvollmacht</i>	220
<i>V. Kontrolle</i> . . . . .	220
1. Reduzierte staatliche Kontrolle des Gesundheitsbevollmächtigten . . . . .	220
2. Abmilderung der Unterschiede in Gesundheitsangelegenheiten und Angelegenheiten mit Gesundheitsbezug . . . . .	221
3. Grund für die unterschiedliche Kontrollintensität . . . . .	222
<i>VI. Erkenntnisse für die weitere Untersuchung</i> . . . . .	223
1. Zur Konzeption . . . . .	223
2. Zu den Aufgaben des Gesundheitsbevollmächtigten im Behandlungsprozess . . . . .	223
<b>§ 8 Der Vergleich mit dem schwedischen Recht</b> . . . . .	225
<i>I. Ziel des Rechtsvergleichs</i> . . . . .	225
<i>II. Rechtslage in Schweden</i> . . . . .	227
1. Charakteristik des schwedischen Rechts . . . . .	227
2. Grundlagen der ärztlichen Behandlung vulnerabler Patienten in Schweden . . . . .	229
a) Rechtliche Grundlage der ärztlichen Behandlung . . . . .	230
b) Die konkrete Behandlungsmaßnahme . . . . .	231
aa) Das Einwilligungserfordernis . . . . .	231
bb) Aufklärung . . . . .	232
cc) Rechtliche Handlungsfähigkeit . . . . .	232
dd) Antizipierte Einwilligung . . . . .	234
ee) „Hypothetische“ Einwilligung (mutmaßlicher Wille) . . . . .	235
ff) Weitere Lösungen . . . . .	235
c) Zusammenfassung . . . . .	236
3. Patientenvertreter in Schweden . . . . .	237
a) Vorbemerkung . . . . .	237
b) Gesetzlicher Vertreter im Rahmen des Erwachsenenschutzes: <i>Godmanskap</i> und <i>Förvaltarskap</i> . . . . .	237
aa) God man . . . . .	237
bb) Förvaltare . . . . .	238
cc) Gemeinsame Voraussetzung: Erforderlichkeit . . . . .	238
dd) Aufgaben . . . . .	238
ee) Handlungsmaßstab . . . . .	238
ff) Auswahl . . . . .	239
gg) Kontrolle . . . . .	240
hh) Unterschiede zwischen god man und förvaltare . . . . .	240
ii) Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten als „Personensorge“? . . . . .	241

c) Gesundheitsvollmacht .....	242
aa) Die allgemeine Vollmacht nach AvtL .....	243
(1) Vollmacht und Grundverhältnis .....	243
(2) Die Möglichkeit der Erteilung einer „vorsorgenden“ allgemeinen Vollmacht .....	244
(a) Gesetzeswortlaut des AvtL .....	245
(aa) Wirksamkeit der Vollmacht bei rechtlicher Handlungsunfähigkeit .....	245
(bb) Vermeidung der godmanskap bzw. förvaltarskap .....	245
(cc) Zwischenergebnis .....	246
(b) Gesetzgebungsmaterialien .....	246
(c) Rechtsprechung .....	247
(aa) Wirksamkeit der Vollmacht bei rechtlicher Handlungsunfähigkeit .....	247
(bb) Vermeidung der godmanskap bzw. förvaltarskap .....	248
(cc) Zwischenergebnis .....	248
(d) Literatur .....	249
(aa) Wirksamkeit der Vollmacht bei rechtlicher Handlungsunfähigkeit .....	249
(bb) Vermeidung der godmanskap bzw. förvaltarskap .....	250
(cc) Zwischenergebnis .....	251
(e) Zusammenfassung und Stellungnahme .....	251
(3) Vollmacht in Gesundheitsangelegenheiten .....	252
(a) Argument 1: Vorsorgevollmacht generell nicht möglich .....	252
(b) Argument 2: AvtL gilt nur für Vermögensangelegenheiten .....	253
(c) Argument 3: Generell keine Stellvertretung bei der Einwilligung in eine ärztliche Maßnahme .....	253
(d) Zwischenergebnis: Keine Gesundheitsvollmacht nach schwedischem Recht .....	253
bb) Die neu eingeführte allgemeine Vorsorgevollmacht .....	254
(1) Wirksamkeitsvoraussetzungen .....	254
(2) Inkrafttreten .....	254
(3) Handlungsmaßstab .....	255
(4) Kontrolle .....	256
(5) Reichweite in Gesundheitsangelegenheiten .....	257
cc) Zwischenergebnis .....	257
d) Angehörige .....	258

4. Zusammenfassung .....	258
<i>III. Aktuelle Entwicklungen in der Gesetzgebung</i> .....	259
1. Vorschlag zur Einführung einer Gesundheitsvollmacht .....	260
a) Erforderlichkeit der Stellvertretung .....	260
b) Priorität der Vertretung durch Gesundheitsbevollmächtigten .....	261
c) Allgemeine Regeln für Stellvertreter in Gesundheitsangelegenheiten .....	262
d) Verweis auf Vorschriften zur allgemeinen Vorsorgevollmacht .....	262
2. Bewertung .....	263
a) Vertrauen und Selbstbestimmung als konzeptionelle Ausgangspunkte .....	263
b) Paradigmenwechsel im schwedischen Erwachsenenschutz in Gesundheitsangelegenheiten .....	264
<i>IV. Vergleich des deutschen mit dem schwedischen Recht</i> .....	266
1. Vergleich mit dem geltenden schwedischen Recht .....	266
2. Vergleich mit dem vorgeschlagenen schwedischen Recht .....	266
a) Unterschiede .....	266
b) Gemeinsamkeiten .....	267
3. Ergebnis des Vergleichs .....	268
<i>V. Schlussfolgerungen und Bedeutung für die weitere Untersuchung</i> .....	268
1. Gründe für die Ablehnung früherer Vorschläge zur Einführung der Gesundheitsvollmacht .....	268
2. Gründe für die Einführung der Gesundheitsvollmacht .....	269
3. Zusammenfassung .....	270
<b>§ 9 Vertrauen als Grundlage der Gesundheitsvollmacht .....</b>	<b>273</b>
<i>I. Ausgangspunkt der konzeptionellen Untersuchung</i> .....	274
<i>II. Vertrauen und Kontrolle bei der Gesundheitsvollmacht</i> .....	275
1. Erster Ansatz: Der Bevollmächtigte als der bessere „Willensermittler“ .....	276
a) Gesetz .....	276
aa) Erweiterte Kompetenzen? .....	276
bb) Bessere Eignung aufgrund eigener Auswahl des Bevollmächtigten? .....	276
b) Gesetzgebungsmaterialien .....	277
c) Rechtsprechung .....	277
d) Literatur .....	277

e) Empirischer Befund .....	278
f) Zwischenergebnis .....	279
2. Zweiter Ansatz: Der Bevollmächtigte als Vertrauensperson .....	279
a) Gesetz .....	279
b) Gesetzgebungsmaterialien .....	280
c) Rechtsprechung .....	280
d) Literatur .....	282
e) Empirischer Befund .....	284
aa) Auswahl des Gesundheitsbevollmächtigten .....	285
bb) Vertrauen auf bessere Kenntnis vom eigenen Willen .....	286
cc) Gewünschte Verbindlichkeit vorsorglicher Willensbekundungen .....	287
f) Zwischenergebnis .....	288
3. Stellungnahme .....	288
a) Rückschlüsse aus der rechtspolitischen Motivation .....	289
aa) Erkenntnisse aus dem Rechtsvergleich .....	289
bb) Der Vergleich mit der Betreuung .....	290
(1) Vertrauen und der Grundsatz der persönlichen Betreuung .....	291
(2) Hypothetische Vollmacht als Vorbild bei der Betreuerauswahl .....	291
(3) Bindung an den Erforderlichkeitsgrundsatz .....	292
(4) Unbedingtheit und Unbeschränktheit der Gesundheitsvollmacht .....	292
b) Rückschlüsse aus der Entstehung des Vorsorgeverhältnisses .....	293
c) Rückschlüsse aus der Ausgestaltung des Vorsorgeverhältnisses .....	293
aa) Treuhänderischer Charakter .....	293
bb) Charakteristika des Vorsorgeverhältnisses als Auftrag bzw. Geschäftsbesorgungsvertrag .....	294
(1) „Denkender Gehorsam“ .....	295
(2) Vorgabe des Handlungsrahmens .....	295
(a) Konkretisierung des Handlungsrahmens durch Weisungen .....	295
(b) Auslegung der Weisung .....	296
(c) Abweichungsrecht .....	297
(3) Informationspflichten .....	298
cc) Die persönliche Bindung des Gesundheitsbevollmächtigten .....	298
(1) Pflicht zur persönlichen Geschäftsbesorgung .....	298
(2) Erlöschen des Vorsorgeverhältnisses und der Vollmacht .....	299

d) Rückschlüsse aus den Grenzen der privaten Vorsorge .....	299
aa) Die Einschränkungen des RDG .....	299
(1) Rechtsdienstleistung i.S.d. § 2 Abs. 1 RDG .....	300
(2) Erlaubnis bei Unentgeltlichkeit .....	301
(3) Anerkennung der Vertrauensbeziehung .....	302
(4) Konflikt mit der familiären Beistandspflicht .....	302
bb) Die Bevollmächtigung juristischer Personen .....	303
cc) Zwischenergebnis .....	305
e) Zusammenfassung und Zwischenergebnis .....	306
4. Reduzierte staatliche Kontrolle als Ausdruck der Konzeption als Vertrauensakt .....	307
5. Verbleibende gerichtliche Kontrolle als Widerspruch zur Konzeption als Vertrauensakt? .....	309
a) Anlassbezogenheit und unterschiedliche Intensität der Kontrolle .....	309
b) Vereinbarkeit mit der Konzeption als Vertrauensakt .....	310
aa) Anknüpfen der Kontrolle an das enttäuschte Vertrauen .....	311
bb) Ausgleich der Defizite des Vollmachtgebers, auf das enttäuschte Vertrauen zu reagieren .....	312
cc) Abgestufte Kontrollintensität .....	313
dd) Zwischenergebnis .....	313
<i>III. Ergebnis: Gesundheitsvollmacht als Vertrauensakt</i> .....	314
§ 10 Feststellung und Umsetzung des Patientenwillens in der Behandlungssituation .....	315
<i>I. Vorsorgeverhältnis als vertragliche Grundlage</i> .....	315
<i>II. Feststellung und Umsetzung des Patientenwillens</i> .....	316
1. Unterschiede zwischen den Arten vorsorglicher Willensbekundungen für die Aufgaben des Gesundheitsbevollmächtigten .....	316
a) Patientenverfügung i.S.d. § 1901a Abs. 1 BGB (künftig: § 1827 Abs. 1 BGB n.F.) .....	317
b) Behandlungswünsche .....	319
c) Mitteilung von Überzeugungen und Wertvorstellungen .....	320
2. Willensbekundungen des Patienten als Weisungen i.S.d. § 665 BGB .....	322
3. Auslegung vorsorglicher Willensbekundungen .....	324
a) Auslegung .....	325
aa) Patientenverfügungen .....	325
bb) Behandlungswünsche .....	326

cc) Hilfsmittel .....	326
b) Ergänzende Auslegung bei veränderten Umständen .....	327
c) Willensänderungen .....	329
d) Folgeproblem: Verhältnis zum Weisungsabweichungsrecht gem. § 665 BGB .....	330
<b>III. Ergebnis: Der Wille für die aktuelle Situation als maßgebendes Kriterium für die Entscheidung des Bevollmächtigten .....</b>	<b>331</b>
<b>§ 11 Ermessensspielräume des Gesundheitsbevollmächtigten in der Behandlungssituation .....</b>	<b>333</b>
<b>I. Grundsatz: Selbstständigkeit und Bindung an den Willen .....</b>	<b>333</b>
<b>II. Die jüngere Entwicklung der BGH-Rechtsprechung .....</b>	<b>335</b>
1. Die Entscheidung XII ZB 202/13 vom 17.09.2014 .....	335
2. Die Entscheidung XII ZB 61/16 vom 06.07.2016 .....	336
3. Die Entscheidung XII ZB 604/15 vom 08.02.2017 .....	339
4. Zusammenfassung der Entwicklung .....	340
<b>III. Ausgestaltung des Ermessensspielraums durch vorsorgliche Willensbekundungen .....</b>	<b>340</b>
1. Verzicht auf vorsorgliche Willensbekundungen .....	340
2. Behandlungswünsche i.S.d. § 1901a Abs. 2 BGB (künftig: § 1827 Abs. 2 BGB n.F.) .....	341
3. Patientenverfügung i.S.d. § 1901a Abs. 1 BGB (künftig: § 1827 Abs. 1 BGB n.F.) .....	342
4. Konsequenz: Einschränkung des Ermessensspielraums durch vorsorgliche Willensbekundungen .....	343
<b>IV. Abweichung von vorsorglichen Willensbekundungen .....</b>	<b>344</b>
1. Abweichung gem. § 665 BGB .....	345
2. Abweichung gem. § 1901a Abs. 1 und 2 BGB (künftig: § 1827 Abs. 1 und 2 BGB n.F.) .....	345
3. Verhältnis von § 1901a BGB (künftig: § 1827 BGB n.F.) zu § 665 BGB .....	347
4. Abweichung von einer wirksamen und einschlägigen vorsorglichen Willensbekundung? .....	348
<b>V. Möglichkeiten zur Erweiterung des Ermessensspielraums .....</b>	<b>349</b>
1. Zur Möglichkeit der Befreiung von der Bindungswirkung einer Patientenverfügung .....	350
2. Einschränkung der heranzuziehenden Informationsquellen .....	351
3. Ermessensspielräume hinsichtlich des Handlungsmaßstabs .....	352

<i>VI. Ergebnis: Ermessensspielraum in Abhängigkeit vom Grad des Vertrauens</i> .....	353
<b>§ 12 Pflichtverletzungen des Gesundheitsbevollmächtigten in der Behandlungssituation</b> .....	355
<i>I. Pflichtverletzung im Innenverhältnis</i> .....	355
1. Pflichtverletzung bei Überschreitung der Grenzen des Ermessensspielraums .....	355
2. Haftungsmaßstab .....	358
a) Grundsatz .....	358
b) Ehegatten und Lebenspartner .....	359
c) Eltern-Kind-Verhältnis .....	360
3. Folgen der Pflichtverletzung .....	361
<i>II. Auswirkung auf die Vertretungsmacht</i> .....	362
1. Abstraktion von Innen- und Außenverhältnis .....	362
2. „Missbrauch der Vertretungsmacht“ .....	364
a) Kollusion .....	364
b) Erkennbarkeit bzw. Evidenz einer Pflichtverletzung .....	365
aa) Voraussetzungen auf Seite des Bevollmächtigten .....	367
bb) Anforderungen an die Erkennbarkeit für den Dritten .....	368
cc) Zwischenergebnis .....	370
3. Durchbrechung des Abstraktionsprinzips aufgrund der besonderen Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter? .....	370
a) Mangelnde Kompensationsmöglichkeiten? .....	371
b) Widerspruch zum Strafrecht? .....	371
c) Vorrang des Selbstbestimmungsrechts vor dem Verkehrsschutz? .....	372
d) Zwischenergebnis: Keine Durchbrechung des Abstraktionsprinzips .....	373
<i>III. Konsequenzen für den Arzt in der Behandlungssituation</i> .....	373
1. Vertrauen auf Bestehen der Vertretungsmacht .....	374
2. Vertrauen auf Pflichtgemäßheit des Handelns des Gesundheitsbevollmächtigten .....	375
a) Grundsatz .....	375
b) Kontrollfunktion des Arztes bei gravierenden Maßnahmen i.S.d. § 1904 BGB (künftig: § 1829 BGB n.F.) .....	376
c) Evidenz der Missachtung des Patientenwillens .....	377
3. Zusammenfassung und Ergebnis .....	378

<b>XXVI</b>	<i>Inhaltsverzeichnis</i>	
§ 13 Zusammenfassung der Ergebnisse .....	381	
Literaturverzeichnis .....	399	
Register .....	425	