

Teil I Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)¹

idF v 2.1.2002 (BGBl I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 14.3.2023 (BGBl 2023 I Nr 72)
– Auszug der §§ 1358 und 1814 bis 1881 –

Buch 4 Familienrecht

Abschnitt 1 Bürgerliche Ehe

Titel 5 Wirkungen der Ehe im Allgemeinen

§ 1358 Gegenseitige Vertretung von Ehegatten in Angelegenheiten der Gesundheitsorge

(1) Kann ein Ehegatte aufgrund von Bewusstlosigkeit oder Krankheit seine Angelegenheiten der Gesundheitsorge rechtlich nicht besorgen (vertretener Ehegatte), ist der andere Ehegatte (vertretender Ehegatte) berechtigt, für den vertretenen Ehegatten

1. in Untersuchungen des Gesundheitszustandes, Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe einzuwilligen oder sie zu untersagen sowie ärztliche Aufklärungen entgegenzunehmen,
2. Behandlungsverträge, Krankenhausverträge oder Verträge über eilige Maßnahmen der Rehabilitation und der Pflege abzuschließen und durchzusetzen,
3. über Maßnahmen nach § 1831 Absatz 4 zu entscheiden, sofern die Dauer der Maßnahme im Einzelfall sechs Wochen nicht überschreitet, und
4. Ansprüche, die dem vertretenen Ehegatten aus Anlass der Erkrankung gegenüber Dritten zustehen, geltend zu machen und an die Leistungserbringer aus den Verträgen nach Nummer 2 abzutreten oder Zahlung an diese zu verlangen.

(2) ¹Unter den Voraussetzungen des Absatzes 1 und hinsichtlich der in Absatz 1 Nummer 1 bis 4 genannten Angelegenheiten sind behandelnde Ärzte gegenüber dem vertretenden Ehegatten von ihrer Schweigepflicht entbunden.

²Dieser darf die diese Angelegenheiten betreffenden Krankenunterlagen einsehen und ihre Weitergabe an Dritte bewilligen.

(3) Die Berechtigungen nach den Absätzen 1 und 2 bestehen nicht, wenn

1. die Ehegatten getrennt leben,
2. dem vertretenden Ehegatten oder dem behandelnden Arzt bekannt ist, dass der vertretene Ehegatte
 - a) eine Vertretung durch ihn in den in Absatz 1 Nummer 1 bis 4 genannten Angelegenheiten ablehnt oder
 - b) jemanden zur Wahrnehmung seiner Angelegenheiten bevollmächtigt hat, soweit diese Vollmacht die in Absatz 1 Nummer 1 bis 4 bezeichneten Angelegenheiten umfasst,
3. für den vertretenen Ehegatten ein Betreuer bestellt ist, soweit dessen Aufgabenkreis die in Absatz 1 Nummer 1 bis 4 bezeichneten Angelegenheiten umfasst, oder
4. die Voraussetzungen des Absatzes 1 nicht mehr vorliegen oder mehr als sechs Monate seit dem durch den Arzt nach Absatz 4 Satz 1 Nummer 1 festgestellten Zeitpunkt vergangen sind.

(4) ¹Der Arzt, gegenüber dem das Vertretungsrecht ausgeübt wird, hat

1. das Vorliegen der Voraussetzungen des Absatzes 1 und den Zeitpunkt, zu dem diese spätestens eingetreten sind, schriftlich zu bestätigen,
2. dem vertretenden Ehegatten die Bestätigung nach Nummer 1 mit einer schriftlichen Erklärung über das Vorliegen der Voraussetzungen des Ab-

1 Eine Gegenüberstellung der neuen und der bis zum 31.12.2022 geltenden Rechtslage (Synopsis) findet sich hier in Teil XII.

satzes 1 und das Nichtvorliegen der Ausschlussgründe des Absatzes 3 vorzulegen und

3. sich von dem vertretenden Ehegatten schriftlich versichern zu lassen, dass
 - a) das Vertretungsrecht wegen der Bewusstlosigkeit oder Krankheit, aufgrund derer der Ehegatte seine Angelegenheiten der Gesundheitspflege rechtlich nicht besorgen kann, bisher nicht ausgeübt wurde und
 - b) kein Ausschlussgrund des Absatzes 3 vorliegt.

²Das Dokument mit der Bestätigung nach Satz 1 Nummer 1 und der Versicherung nach Satz 1 Nummer 3 ist dem vertretenden Ehegatten für die weitere Ausübung des Vertretungsrechts auszuhändigen.

(5) Das Vertretungsrecht darf ab der Bestellung eines Betreuers, dessen Aufgabenkreis die in Absatz 1 Nummer 1 bis 4 bezeichneten Angelegenheiten umfasst, nicht mehr ausgeübt werden.

(6) § 1821 Absatz 2 bis 4, § 1827 Absatz 1 bis 3, § 1828 Absatz 1 und 2, § 1829 Absatz 1 bis 4 sowie § 1831 Absatz 4 in Verbindung mit Absatz 2 gelten entsprechend.

Schrifttum: *Dutta*, Handlungsbefugnisse von Ehegatten in Angelegenheiten der Gesundheitspflege – ein weiterer Versuch für einen neuen § 1358 BGB, FamRZ 2020, 1881; *Croon-Gestefeld*, Das gesetzliche Notvertretungsrecht von Ehegatten und seine kollisionsrechtliche Anknüpfung, FamRZ 2021, 1939; *Gehring*, Änderungen aufgrund der Reform des Betreuungsrechts, das Krankenhaus 2021, 606; *Joecker*, Das neue Betreuungsrecht S. 40 ff, 57 ff; *Kemper*, Die große Reform: Das Notvertretungsrecht für Ehegatten kommt, FamRB 2021, 260; *Koller/Stahl*, Ein neues (Not-)Vertretungsrecht für Ehegatten in der ärztlichen und klinischen Praxis, GesR 2021, 212; *Kraemer*, Das neue Ehegattenvertretungsrecht, BtPrax 2021, 208; *Müller-Engels*, Vorsorgevollmacht und Betreuung – Update und Ausblick, DNNotZ 2021, 84; *Szantay*, Notgeschäftsführung zwischen Eheleuten, NZFam 2021, 805; *Fröschele*, Das neue Vormundschafts- und Betreuungsrecht, 2022, S. 177 ff; *Hauser*, Vertretungsrecht unter Ehegatten ab 1. Januar 2023, das Krankenhaus 2022, 922; *Lugani*, Gegenseitige Vertretung von Ehegatten in Angelegenheiten der Gesundheitspflege – Der neue § 1358 BGB, MedR 2022, 91; *Mazur/Ziegler*, (Haftungs-)rechtliche Aspekte im Zusammenhang mit dem Ehegattenvertretungsrecht gem. § 1358 BGB n. F. im Arzt-Patienten-Verhältnis, GuP 2022, 41; *Palsberrn*, Neues Ehegattennotvertretungsrecht in Gesundheitsangelegenheiten, jM 2022, 454; *Spickhoff*, Das neue Ehegattenvertretungsrecht in Gesundheitsangelegenheiten, FamRZ 2022, 1897; *Grziewotz*, Neues Betreuungs- und Vormundschaftsrecht, Ehegattengesundheitsnotvertretung – Neuerungen bei der Vorsorgevollmacht und beim Vorsorgeregister, FF 2023, 49; *Jurgeleit*, Die gesetzliche Vertretung von Ehegatten in Angelegenheiten der Gesundheitspflege, NJW 2023, 1

Ausgewähltes Schrifttum zu vorherigen Entwürfen: *Probst/Knittel*, Gesetzliche Vertretung durch Angehörige – Alternative zur Betreuung?, ZRP 2001, 55; *Gödicke*, Gesetzliche Vertretungsmacht für nahe Angehörige?, FamRZ 2003, 1894; *Vossler*, Gesetzliche Vertretungsmacht für Angehörige – eine Alternative zur Betreuung?, BtPrax 2003, 6; *Chiusi*, Gesetzliche Vertretungsmacht für nahe Angehörige? Kritische Bemerkungen zu dem „Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts“, ZRP 2004, 119; *Probst*, Gesetzliche Vertretung durch Angehörige?, BtPrax 2004, 163; *Röthel*, Erwachsenenschutz in Europa: Von paternalistischer Bevormundung zu gestaltbarer Fürsorge, FamRZ 2004, 999; *Diekmann*, Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten, Diss Göttingen 2009; *Betz*, Stellvertretung als Instrument der Sicherung und Stärkung der Patientenautonomie, Diss Halle-Wittenberg 2011, S. 81 ff; *Probst*, Gesetzliche Vertretung durch Angehörige – doch eine Alternative zu Betreuung und Vorsorgevollmacht?, NDV 2014, 117; *Dutta*, Gesetzliche Beistandschaft unter Ehegatten und Lebenspartnern bei Handlungsunfähigkeit?, FamRZ 2017, 581; *Grziewotz*, Gesundheitsvollmacht – leider misslungen, ZRP 2017, 88

Übersicht

Rz

| | |
|--|--------|
| I. Allgemeines | 1–16 |
| 1. Gesetzesgeschichte | 1, 2 |
| 2. Normzweck | 3–8 |
| 3. Einfluss der UN-Behindertenrechtskonvention | 9 |
| 4. Systematik | 10–16 |
| a) Verhältnis zur rechtlichen Betreuung | 10–12 |
| b) Verhältnis zur Vorsorgevollmacht | 13, 14 |

| | | |
|-------------|--|---------------|
| c) | Verhältnis zu § 1357 | 15 |
| d) | Verhältnis zum Notverwaltungsrecht bei Gütergemeinschaft | 16 |
| II. | Voraussetzungen (Abs 1 und 3) | 17–47 |
| 1. | Ehe oder Lebenspartnerschaft (Abs 1) | 18 |
| 2. | Handlungsunfähigkeit aufgrund von Bewusstlosigkeit oder Krankheit (Abs 1) | 19–23 |
| a) | Bewusstlosigkeit | 20 |
| b) | Krankheit | 21 |
| c) | Bedeutung der Einwilligungsfähigkeit | 22, 23 |
| 3. | Geschäftsfähigkeit des vertretenden Ehegatten | 24 |
| 4. | Ausschlüsse, Ende des Vertretungsrechts (Abs 3) | 25–45 |
| a) | Getrenntleben (Abs 3 Nr 1) | 27 |
| b) | Kenntnis der Ablehnung durch den vertretenen Ehegatten (Abs 3 Nr 2 Buchst a) | 28–34 |
| c) | Kenntnis einer Vollmacht (Abs 3 Nr 2 Buchst b) | 35–37 |
| d) | Bestehende Betreuung (Abs 3 Nr 3), spätere Betreuerbestellung (Abs 5) | 38–41 |
| e) | Ende des Vertretungsrechts; maximale Dauer: sechs Monate (Abs 3 Nr 4) | 42–45 |
| 5. | Folgen bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen nach Abs 1 und 3 | 46, 47 |
| III. | Umfang der Vertretungsberechtigung (Abs 1 und 2) | 48–81 |
| 1. | Entscheidung über Untersuchungen, Heilbehandlungen und ärztliche Eingriffe (Abs 1 Nr 1) | 49–62 |
| a) | Erfasste Maßnahmen | 49 |
| b) | Begrenzung auf medizinisch notwendige und akut veranlasste Maßnahmen | 50 |
| c) | Aufklärungen, Schweigepflichtentbindung | 51 |
| d) | Patientenverfügung, Wille des vertretenen Ehegatten | 52–55 |
| e) | Gefahr des Todes oder eines schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schadens | 56–58 |
| f) | Nicht: Zwangsbehandlung, Sterilisation | 59, 60 |
| g) | Fehlerfolgen | 61, 62 |
| 2. | Abschluss von Behandlungsverträgen uÄ (Abs 1 Nr 2) | 63–69 |
| a) | Erfasste Verträge | 63, 64 |
| b) | Durchsetzung der Verträge | 65 |
| c) | Nicht: Öffnen der Post | 66 |
| d) | Fehlerfolgen | 67–69 |
| 3. | Entscheidung über freiheitsentziehende Maßnahmen (Abs 1 Nr 3) | 70–75 |
| a) | Voraussetzungen | 70 |
| b) | Zeitliche Beschränkung | 71 |
| c) | Genehmigungserfordernis | 72 |
| d) | Beendigung der freiheitsentziehenden Maßnahme, Anzeigepflicht | 73 |
| e) | Nicht: freiheitsentziehende Unterbringung | 74 |
| f) | Fehlerfolgen | 75 |
| 4. | Geltendmachung von Ansprüchen aus Anlass der Erkrankung (Abs 1 Nr 4) | 76–80 |
| a) | Erfasste Ansprüche | 76 |
| b) | Art der Geltendmachung | 77 |
| c) | Kein Zugriff auf das Vermögen des vertretenen Ehegatten | 78 |
| d) | Nicht: Öffnen der Post | 79 |
| e) | Fehlerfolgen | 80 |
| 5. | Krankenunterlagen (Abs 2 Satz 2) | 81 |
| IV. | Dokumentation (Abs 4) | 82–93 |
| 1. | Überblick | 82, 83 |
| 2. | Vorgaben zur Dokumentation nach Abs 4 im Einzelnen | 84–89 |
| 3. | Folgen fehlender oder unzureichender Dokumentation | 90 |
| 4. | Weitere Ausübung des Vertretungsrechts | 91, 92 |
| 5. | Kein Gutgläubenschutz | 93 |
| V. | Pflichten und Bindungen des vertretenden Ehegatten, Genehmigungserfordernisse (Abs 6) | 94–103 |
| 1. | Keine Vertretungspflicht | 95 |
| 2. | Wunschbefolgungspflicht (Abs 6 iVm § 1821 Abs 2 bis 4) | 96–100 |

| | |
|---|-----------------|
| a) Inhalt und Grenzen | 96–98 |
| b) Folgen von Verstößen | 99, 100 |
| 3. Patientenverfügung, Gespräch zur Feststellung des Patientenwillens (Abs 6 iVm § 1827 Abs 1 bis 3, § 1828 Abs 1 und 2) | 101 |
| 4. Genehmigungserfordernis bei bestimmten ärztlichen Maßnahmen (Abs 6 iVm § 1829 Abs 1 bis 4) | 102 |
| 5. Freiheitsentziehende Maßnahmen (Abs 6 iVm § 1831 Abs 4 iVm Abs 2) | 103 |
| VI. Haftung des vertretenden Ehegatten | 104, 105 |
| VII. Internationales Privatrecht, Rechtsvergleichung | 106, 107 |

I. Allgemeines

1. Gesetzesgeschichte

- 1** § 1358 ist mit Wirkung zum 1.1.2023 durch das VBRRefG v 4.5.2021 (BGBl 2021, 882) eingefügt worden. Der im RegEntw¹ vorgesehene Wortlaut wurde vom BTag aufgrund der Beschlussempfehlung seines Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz² insgesamt neu gefasst.³ Dabei wurden neben zahlreichen klarstellenden Änderungen insbes die Befristung von drei auf sechs Monate verlängert (hierzu näher Rz 43) und die Vorgaben zur Dokumentation nach Abs 4 (hierzu Rz 82 ff) neu formuliert.⁴
- 2** Das in § 1358 normierte Ehegattenvertretungsrecht hat eine lange Vorgeschichte: Seine Einführung war bereits im Jahr 1997 Gegenstand einer Prüfbitte des BRat anlässlich der Beratung des ersten Betreuungsrechtsänderungsgesetzes.⁵ Im Jahr 2001 wurde eine Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Betreuungsrecht“ eingesetzt, deren Arbeit von einer breiten Diskussion in der Fachöffentlichkeit begleitet wurde.⁶ Aufbauend auf den Ergebnissen dieser Arbeitsgruppe verabschiedete der BRat sodann im Jahr 2003 einen GesEntw, in dem unter anderem ein gesetzl Ehegattenvertretungsrecht vorgesehen war.⁷ Dieses war dem seit dem 1.1.2023 geltenden Ehegattenvertretungsrecht strukturell ähnlich, ging inhaltlich aber deutlich weiter und erfasste auch erhebliche Teile der Vermögenssorge. Der GesEntw wurde vom BTag insoweit nicht aufgegriffen.⁸ Ein weiterer GesEntw des BRat aus dem Jahr 2016 sah ein Ehegattenvertretungsrecht vor, das dem Umfang nach im Wesentlichen dem seit dem 1.1.2023 geltenden Ehegattenvertretungsrecht entsprach, allerdings nicht zeitlich befristet war.⁹ Der BTag griff diesen Entwurf im Jahr 2017 in einer auf die Gesundheitsvorsorge im engeren Sinne reduzierten Fassung auf und verknüpfte ihn mit einer Erhöhung der Vormünder- und Betreuervergütung.¹⁰ Diese Verknüpfung war aus Sicht der Länder „mangels Sachzusammenhangs nicht opportun“,¹¹ weshalb der BRat den zustimmungsbedürftigen Entwurf bis zum Ende der 18. Legislaturperiode nicht abschließend behandelte, sodass der Entwurf der Diskontinuität anheimfiel.¹² In den Jahren 2019 und 2020 einigten sich Bund und Länder auf einen Kompromiss, bei dem hinsichtlich des Umfangs der Vertretungsmacht weitgehend der Kon-

1 BT-Drucks 19/24445.

2 BT-Drucks 19/27287.

3 BR-Drucks 199/21; zur Beschlussfassung s das Plenarprotokoll 19/216 S. 27299.

4 Siehe *Joocker* Betreuungsrecht S. 58, 59 mit einer anschaulichen Zusammenstellung der Gesetzesmaterialien.

5 BT-Drucks 13/7158 S. 43; zur ablehnenden Stellungnahme der Bundesregierung ebenda S. 54.

6 Hierzu ausführlich *Probst* BtPrax 2004, 163 mwN insbes in Fn 9; der Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe ist abgedruckt in „Betrifft: Betreuung“ Nr 6/2003.

7 BR-Drucks 865/03 (Beschluss); zur ablehnenden Stellungnahme der Bundesregierung s BT-Drucks 15/2494 S. 46, 47.

8 Siehe die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Bundestags, BT-Drucks 15/4874 S. 3 ff, 26 und den folgenden Gesetzesbeschluss des BTag, BR-Drucks 121/05; mit einer anschaulichen Retrospektive *Probst* NDV 2014, 117, 118.

9 BR-Drucks 505/16 (Beschluss); zur Stellungnahme der Bundesregierung s BT-Drucks 18/10485 S. 20 ff.

10 BR-Drucks 460/17 S. 2, 5; zur entspr Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Bundestags s BT-Drucks 18/12427 S. 3, 6, 7.

11 BR-Drucks 460/17.

12 Vgl BT-Drucks 19/24445 S. 123.

zeption der Länder gefolgt und zum Ausgleich eine zeitliche Befristung eingeführt wurde. Dieser Kompromiss mündete in die nunmehrige Fassung.

2. Normzweck

§ 1358 ist eine **Gratwanderung** des Gesetzgebers zwischen zwei weitgehend gegenläufigen Zielen: Einerseits sollen **Ehegatten einander** in Akutsituationen auch **rechtlich beistehen** können, **ohne** dass hierzu eine vorläufige **Betreuung** angeordnet werden muss.¹³ Das kann umso besser gelingen, je weiter das Vertretungsrecht gefasst wird. Andererseits will der Gesetzgeber den handlungsunfähigen Ehegatten dabei **bestmöglich vor Missbrauch schützen**. Das streitet dafür, das Vertretungsrecht von vornherein eng zu begrenzen.¹⁴ Leider kommen mehrere vom Gesetzgeber zum Schutz des handlungsunfähigen Ehegatten vor Missbrauch für erforderlich gehaltene Einschränkungen nicht im Wortlaut der Norm zum Ausdruck, sondern sind erst aus der GesBegr ersichtlich.¹⁵ Das gilt insbes für die Beschränkung auf akut eingetretene Krankheiten (vgl Rz 21) und auf medizinisch notwendige und akut veranlasste Maßnahmen (vgl Rz 50).

Die rechtspolitische Diskussion zur grds Berechtigung eines gesetzl Ehegattenvertretungsrechts und dazu, wie die vorgenannten Ziele auf der Ebene der Normsetzung in Ausgleich gebracht werden sollten,¹⁶ soll vorliegend nicht vertieft werden.

Das Ziel, die Beistandsmöglichkeiten unter Ehegatten in Akutsituationen zu verbessern, wird in der GesBegr damit begründet, dass für Betroffene und Angehörige in einer ohnehin belastenden Akutsituation nicht auch noch eine zusätzliche Belastung dadurch entstehen soll, dass bei Nichtvorliegen einer Vorsorgevollmacht erst noch ein gerichtliches Verfahren zur Betreuerbestellung durchgeführt werden muss.¹⁷ Daneben ist freilich das unausgesprochene Ziel zu nennen, zugleich auch die Betreuungsgerichte von entspr Verfahren und damit den Staat von den damit verbundenen Kosten zu entlasten.¹⁸

Das Ziel, das dem Grunde nach gewünschte Ehegattenvertretungsrecht so zu begrenzen, dass der handlungsunfähige Ehegatte angemessen vor Missbrauch geschützt ist, bestimmt die Ausgestaltung der Norm auf vielfältige Weise. In personaler Hinsicht ist das Vertretungsrecht auf Ehegatten und eingetragene Lebenspartner beschränkt (vgl Rz 18).¹⁹ In sachlicher Hinsicht erfasst das Ehegattenvertretungsrecht nur einen begrenzten Kreis von Angelegenheiten (vgl Rz 48 ff) und gilt nicht bei Getrenntleben, nicht bei Kenntnis eines entgegenstehenden Willens oder einer Vollmacht und nicht bei einer bestehenden Betreuung (vgl Rz 27 ff). In zeitlicher Hinsicht ist es auf einen Zeitraum von sechs Monaten begrenzt (vgl Rz 42 ff). Und in prozeduraler Hinsicht wird vorgeschrieben, dass die erstmalige Ausübung des Ehegattenvertretungsrechts zu dokumentieren ist (vgl Rz 82 ff).

13 BT-Drucks 19/24445 S. 125.

14 Vgl *Lugani* MedR 2022, 91, 92: „Navigation zwischen zwei Übeln“.

15 *Lugani* MedR 2022, 91, 95.

16 Hierzu seien – einige wenige der zahlreichen Stellungnahmen herausgreifend – genannt: *Probst/Knitte*l ZRP 2001, 55; *Vossler* BtPrax 2003, 6; *Gödicke* FamRZ 2003, 1894; *Chiusi* ZRP 2004, 119; *Diekmann* Stellvertretung S. 111 ff; *Beetz* Stellvertretung S. 81 ff; *Grziwotz* ZRP 2017, 88, 90; *Dutta* FamRZ 2017, 581 und FamRZ 2020, 1881, 1882; *Kraemer* BtPrax 2021, 208; zu den Bedenken der seinerzeitigen Opposition („erhebliches Missbrauchsrisiko“) s BT-Drucks 19/27287 S. 18, 19; verfassungsrechtliche Bedenken bei *Jurgeleit/Jurgeleit* § 1358 BGB Rz 46 f.

17 BT-Drucks 19/24445 S. 109, 155; krit hierzu bereits *Chiusi* ZRP 2004, 119, 122.

18 Deutlicher *Lugani* MedR 2022, 91: Vorrangig fiskalisches Ziel; dazu, dass es auch ein Vorteil für die Krankenhäuser ist, dass bei Einlieferung eines handlungsunfähigen Patienten künftig öfter sofort ein vertretungsberechtigter Ansprechpartner vorhanden sein wird, *Gehring* das Krankenhaus 2021, 606, der das Ehegattenvertretungsrecht daher positiv bewertet; den genannten Vorteil sehen auch *Koller/Stabl* GesR 2021, 212, 215, die allerdings gleichwohl einen „medizinischen und organisatorischen Mehraufwand“ für die Ärzteschaft prognostizieren.

19 Anders noch der GesEntw des Bundesrats aus dem Jahr 2003, s BR-Drucks 865/03 (Beschluss).

- 7 Das Ehegattenvertretungsrecht soll ein „**Notvertretungsrecht**“ sein.²⁰ Die BReg verband diese Konzeption eng mit der im RegEntw vorgesehenen Befristung auf drei Monate.²¹ Die Befristung wurde dann in der Folge auf Empfehlung des Rechtsausschusses des BTag auf sechs Monate verlängert, gleichwohl verwendeten bei den Beratungen im Rechtsausschuss Vertreter aller Fraktionen weiterhin den Begriff „Notvertretungsrecht“.²² Man muss § 1358 hiernach unverändert als Notvertretungsrecht begreifen, freilich als eines, das nicht nur die ersten Stunden und Tage nach einer akuten Erkrankung erfasst, sondern bspw auch die Geltendmachung eines Anspruchs auf Leistungen aus einer privaten Krankenversicherung mehrere Monate nach der Erkrankung (Abs 1 Nr 4).
- 8 Dass mit dem Ehegattenvertretungsrecht normiert werde, was in der Bevölkerung schon bisher vielfach irrtümlich angenommen wurde, ist in der Vergangenheit vom BRat angeführt worden,²³ wird in der GesBegr aber nicht als Normzweck genannt.

3. Einfluss der UN-Behindertenrechtskonvention

- 9 Das Ehegattenvertretungsrecht kann auch Ehegatten betreffen, die in den persönlichen Anwendungsbereich des Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderungen v 13.12.2006 (UN-Behindertenrechtskonvention – UN-BRK) fallen.²⁴ Der Gesetzgeber hatte daher bei der Ausgestaltung des Ehegattenvertretungsrechts insbes die Gewährleistungen des Art 12 UN-BRK zu berücksichtigen.²⁵ Da die Verpflichtungen aus der UN-BRK sich auch an die Exekutive und die Judikative richten,²⁶ sind alle staatlichen Stellen gehalten, Art 12 UN-BRK auch iRd praktischen Umsetzung von § 1358 Wirksamkeit zu verschaffen. Hierzu gehört etwa, dass Ehegatten (zB bei der Information und Beratung durch Betreuungsbehörden nach § 5 Abs 1 BtOG) darüber aufgeklärt werden, dass sie sich bei der Ausübung des Ehegattenvertretungsrechts grds an den Wünschen des vertretenen Ehegatten zu orientieren haben und nicht an den eigenen Wünschen und Wertmaßstäben (vgl Rz 52 ff, 96 ff). Weiter ist Art 12 UN-BRK bei der Auslegung von § 1358 durch die Gerichte zu berücksichtigen. Inwieweit dieser Gesichtspunkt praktische Relevanz erlangen wird, bleibt abzuwarten.

4. Systematik

- 10 a) **Verhältnis zur rechtlichen Betreuung.** Soweit die Angelegenheiten einer Person durch einen Ehegatten gleichermaßen wahrgenommen werden können wie durch einen rechtlichen Betreuer, ist die Bestellung eines Betreuers nicht erforderlich und hat daher gem § 1814 Abs 3 grds zu unterbleiben.²⁷ Wenn ein vertretungsberechtigter Ehegatte vorhanden ist und nur vom Ehegattenvertretungsrecht umfasste Angelegenheiten zu regeln sind, kommt eine Betreuerbestellung also nur in Betracht, wenn der Ehegatte nicht willens oder in der Lage ist, von seinem Vertretungsrecht unter Beachtung seiner bei einer Wahrnehmung bestehenden Pflichten (vgl Rz 52 ff, 96 ff) Gebrauch zu machen (der Ehegatte ist nicht verpflichtet, vom Ehegattenvertretungsrecht Gebrauch zu machen, vgl Rz 95). Dass der Ehegatte

20 BT-Drucks 19/24445 S. 2, 232, ähnlich S. 155.

21 BT-Drucks 19/24445 S. 182.

22 BT-Drucks 19/27287 S. 17 ff.

23 BT-Drucks 18/10485 S. 9 unter Berufung auf eine im Jahr 2014 durchgeführte Umfrage; krit hierzu *Chiusi* ZRP 2004, 119 und *Beetz* Stellvertretung S. 87, 88; zu einer weiteren empirischen Studie vgl *Diekmann* Stellvertretung S. 127, 128.

24 Vgl allg zum persönlichen Anwendungsbereich der UN-Behindertenrechtskonvention *Banafsche*, in: *Deinert/Welti*, StichwortKommentar Behindertenrecht, „Behindertenrechtskonvention“ Rz 14.

25 Vgl *Lipp* FamRZ 2017, 4; nach Einschätzung von *Dodegge* BtPrax 2022, 13, 18 dürfte § 1358 der UN-Behindertenrechtskonvention zuwiderlaufen.

26 *Banafsche*, in: *Deinert/Welti*, StichwortKommentar Behindertenrecht, „Behindertenrechtskonvention“ Rz 17.

27 BT-Drucks 19/24445 S. 232.

nicht der deutschen Sprache mächtig ist, rechtfertigt nicht per se eine Betreuerbestellung.²⁸ Wenn im Einzelfall konkrete Zweifel vorliegen, ob das Ehegattenvertretungsrecht besteht, ist es nach § 26 FamFG Aufgabe des Betreuungsgerichts, zu ermitteln, ob die Bestellung eines (vorläufigen) Betreuers erforderlich ist.²⁹

11 Wird während der Geltungsdauer des Ehegattenvertretungsrechts ein Betreuer bestellt, dessen Aufgabenkreis die Angelegenheiten nach Abs 1 umfasst, darf das Ehegattenvertretungsrecht nicht mehr ausgeübt werden (Abs 5, vgl Rz 40).

12 Eine bereits bestehende Betreuung ist nicht deshalb aufzuheben, weil nach Bestellung eines Betreuers iÜ die Voraussetzungen für die Entstehung des Ehegattenvertretungsrechts eintreten.³⁰ Vielmehr ist das Ehegattenvertretungsrecht ausgeschlossen, soweit der Aufgabenkreis des Betreuers reicht (Abs 3 Nr 3, vgl Rz 38, 39).

13 **b) Verhältnis zur Vorsorgevollmacht.** Das Ehegattenvertretungsrecht ist ausgeschlossen, wenn dem vertretenden Ehegatten oder dem behandelnden Arzt bekannt ist, dass der vertretene Ehegatte einen Dritten bevollmächtigt hat. Der Ausschluss des Ehegattenvertretungsrechts betrifft allerdings nur die Angelegenheiten, für die der Dritte bevollmächtigt worden ist (Abs 3 Nr 2 Buchst b). Zu Einzelheiten vgl Rz 35 ff.

14 Der enormen praktischen Bedeutung der Vorsorgevollmacht sollte das Ehegattenvertretungsrecht keinen Abbruch tun.³¹ Dieses ist als inhaltlich und zeitlich begrenztes Notvertretungsrecht (vgl Rz 6, 7) nicht dazu geeignet (und auch nicht dazu bestimmt), eine rechtsgeschäftliche Vorsorge mittels Vorsorgevollmacht zu ersetzen. Die Erteilung einer Vorsorgevollmacht ist also auch dann unverändert empfehlenswert, wenn man im Vorsorgefall durch seinen Ehegatten vertreten werden möchte.³² Wird die Vorsorgevollmacht nicht dem Ehegatten, sondern einem Dritten erteilt, empfiehlt sich eine Registrierung im Zentralen Vorsorgeregister noch mehr als bisher. Seit dem 1.1.2023 können dort auch Ärzte Einsicht nehmen (vgl Rz 33), sodass mit der Registrierung das Risiko verringert werden kann, dass der vertretende Ehegatte und der behandelnde Arzt nichts von der Vorsorgevollmacht wissen und diese daher unbeachtet bleibt.³³

15 **c) Verhältnis zu § 1357.** Die GesBegr äußert sich nicht zum Verhältnis von § 1357 und § 1358. Das spricht dafür, dass § 1357 von § 1358 unberührt bleiben soll.³⁴ Da Verträge nach Abs 1 Nr 2 oft Geschäfte zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs iSv § 1357 sind (vgl Rz 69), werden oftmals die Voraussetzungen beider Vorschriften zugleich erfüllt sein. Für die Frage, ob dann neben dem vertretenden Ehegatten auch der vertretende Ehegatte verpflichtet wird, kommt es darauf an, ob sich „aus den Umständen“ ergibt, dass die Mitverpflichtung ausgeschlossen sein soll (§ 1357 Abs 1 Satz 2 Halbs 2). Das ist nach hM bei einem Auftreten eines Ehegatten als Vertreter des anderen Ehegatten nur dann der Fall, wenn der Ausschluss der Mitverpflichtung eindeutig offengelegt wird.³⁵ Zur

28 Herberger jurisPR-FamR 8/2023 Anm 5; instruktiv *Gietl* NZFam 2023, 238; kategorischer AG Frankfurt/M. FamRZ 2023, 476; von vornherein kein Ausschlussgrund.

29 AA AG Frankfurt/M. FamRZ 2023, 476.

30 BT-Drucks 19/24445 S. 232.

31 Entspr Befürchtungen hegen allerdings *Dutta* FamRZ 2017, 581, 584 und FamRZ 2020, 1881, 1884 sowie *Müller-Engels* FamRZ 2021, 645, 652.

32 Näher *Szantay* NZFam 2021, 805, 809.

33 Vgl *Szantay* NZFam 2021, 805, 810.

34 Vgl *Spickhoff* FamRZ 2022, 1897, 1898; *Lugani* MedR 2022, 91, 97, die sich nicht abschließend festlegt, aber darauf hinweist, dass dies im GesEntw des Bundesrats aus dem Jahr 2016 (BT-Drucks 18/10485 S. 14) ausdrücklich klargestellt war.

35 BGH FamRZ 2018, 673, 674 Rz 15; NJW 1985, 1394, 1395; BeckOK-BGB/*Hahn* § 1357 Rz 35; offener *Lugani* MedR 2022, 91, 97: „durch Auslegung zu ermitteln, welche Art von Geschäft gewollt war“.

Frage einer „Mitverpflichtung“ beider Ehegatten nach § 1357 bei einem Auftreten eines Ehegatten als Vertreter ohne Vertretungsmacht s Rz 69.

- 16 d) Verhältnis zum Notverwaltungsrecht bei Gütergemeinschaft.** Das Notverwaltungsrecht bei Gütergemeinschaft nach § 1429 und § 1454 einerseits und das Ehegattenvertretungsrecht nach § 1358 andererseits gehen auf unterschiedliche Interessenlagen zurück und unterscheiden sich sowohl hinsichtlich ihrer Voraussetzungen als auch hinsichtlich ihrer Rechtsfolgen wesentlich. Sie verdrängen einander daher nicht, sondern ergänzen sich.

II. Voraussetzungen (Abs 1 und 3)

- 17** Voraussetzung für eine wirksame Vertretung aufgrund des Ehegattenvertretungsrechts sind zunächst eine wirksame Ehe oder eingetragene Lebenspartnerschaft (hierzu Rz 18), die Handlungsunfähigkeit des vertretenen Ehegatten aufgrund von Bewusstlosigkeit oder Krankheit (hierzu Rz 19 ff) und selbstredend die Geschäftsfähigkeit des vertretenden Ehegatten (Rz 24). Weiter darf keiner der Ausschlussstatbestände des Abs 3 vorliegen (hierzu Rz 25 ff).

1. Ehe oder Lebenspartnerschaft (Abs 1)

- 18** Das Ehegattenvertretungsrecht besteht nur unter Ehegatten und eingetragenen Lebenspartnern. Für Letztere gilt § 1358 gem § 21 LPartG entspr; wenn hier der besseren Lesbarkeit halber nur von „Ehegatten“ die Rede ist, sind also auch eingetragene Lebenspartner gemeint. Selbstverständlich sind auch Ehegatten gleichen Geschlechts erfasst. Hingegen gilt das Vertretungsrecht nicht für Verlobte. Es gilt auch nicht für andere Angehörige wie Eltern und Abkömmlinge sowie Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, mag diese auch besonders verfestigt sein.³⁶ Eine Aufhebbarkeit der Ehe ist unschädlich.³⁷ Zur Terminologie „vertreter Ehegatte“ und „vertretender Ehegatte“ s Rz 26.

2. Handlungsunfähigkeit aufgrund von Bewusstlosigkeit oder Krankheit (Abs 1)

- 19** Das Vertretungsrecht des Ehegatten besteht nur und soweit der andere Ehegatte aufgrund von Bewusstlosigkeit oder Krankheit nicht in der Lage ist, die in Abs 1 und 2 genannten Angelegenheiten der Gesundheitsorge rechtlich zu besorgen.³⁸ Ist der zu vertretende Ehegatte nur teilw außerstande, seine Angelegenheiten der Gesundheitsorge zu besorgen, besteht das Vertretungsrecht also nur für diese Angelegenheiten.
- 20 a) Bewusstlosigkeit.** Ist ein Ehegatte bewusstlos (und liegt kein Ausschlussstatbestand nach Abs 3 vor), ist das Ehegattenvertretungsrecht unproblematisch gegeben. Inwieweit die Bewusstlosigkeit mit einer Krankheit zusammenhängt, ist in der Akutsituation nicht von Belang (vgl aber zur Dauer des Ehegattenvertretungsrechts Rz 44).³⁹
- 21 b) Krankheit.** Den Begriff „Krankheit“ will der Gesetzgeber im Ausgangspunkt so verstanden wissen wie in § 1814 Abs 1.⁴⁰ Allerdings ist der GesBegr weiter zu

³⁶ *Kraemer* BtPrax 2021, 208; zu Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft auch *Kemper* FamRB 2021, 260, 261; *Lugani* MedR 2022, 91, 93.

³⁷ *Kemper* FamRB 2021, 260, 261; *Jurgleit* NJW 2023, 1, 3.

³⁸ BT-Drucks 19/24445 S. 179.

³⁹ Hierdurch soll dem behandelnden Arzt die Rechtsanwendung erleichtert werden, indem er im Zusammenhang mit dem Ehegattenvertretungsrecht von der Verpflichtung entbunden wird, eine Ursächlichkeit zwischen einer Krankheit und einer Bewusstlosigkeit festzustellen, s BT-Drucks 19/24445 S. 480.

⁴⁰ BT-Drucks 19/24445 S. 179.

entnehmen, dass eine **akut eingetretene gesundheitliche Beeinträchtigung** des Ehegatten infolge eines Unfalls oder einer Erkrankung vorliegen muss, die auch eine ärztliche Akutversorgung notwendig macht.⁴¹ Man muss § 1358, dessen Wortlaut für eine solche Einschränkung zunächst nichts hergibt, daher entspr teleologisch reduzieren.⁴² Über einen längeren Zeitraum schleichend eintretende Verschlechterungen des Gesundheitszustands wie bei Demenzerkrankungen begründen also für sich genommen kein Vertretungsrecht.⁴³ Ebenso begründen Behinderungen für sich genommen kein Vertretungsrecht, was bereits aus dem unterschiedlichen Wortlaut von Abs 1 einerseits und § 1814 Abs 1 andererseits folgt.⁴⁴ Allerdings wird das Vertretungsrecht auch in den vorgenannten Konstellationen ausgelöst, wenn es, etwa aufgrund eines Sturzes, zu einer Akutsituation kommt.

c) Bedeutung der Einwilligungsfähigkeit. Jedenfalls soweit es um die Entscheidung über die Einwilligung in Untersuchungen des Gesundheitszustandes, Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe geht, besteht ein Ehegattenvertretungsrecht nur, wenn der vertretene Ehegatte einwilligungsunfähig ist.⁴⁵ Grds denkbar sind Konstellationen, in denen der vertretene Ehegatte zwar einwilligungsfähig, aber iÜ ganz oder teilw außerstande ist, seine Angelegenheiten wahrzunehmen. In solchen Konstellationen kann ein Ehegattenvertretungsrecht bestehen (soweit der vertretene Ehegatte zur Wahrnehmung seiner Angelegenheiten außerstande ist).⁴⁶ Wenn das Hindernis allerdings nur darin besteht, dass der vertretene Ehegatte das Krankenbett nicht verlassen kann, dürfte nicht ohne Weiteres anzunehmen sein, dass der vertretene Ehegatte deshalb zur *rechtlichen* Besorgung seiner Angelegenheiten außerstande ist. Schließlich kann bspw der Entwurf eines Vertrags im Prinzip auch vom Krankenbett aus gelesen und unterzeichnet werden. **22**

Die Anordnung einer freiheitsentziehenden Maßnahme nach Abs 1 Nr 3 iVm § 1831 Abs 4 kommt nur in Betracht, wenn der vertretene Ehegatte keinen freien Willen bilden kann (vgl Rz 70). **23**

3. Geschäftsfähigkeit des vertretenden Ehegatten

Selbstverständlich ist weitere Voraussetzung einer wirksamen Ehegattenvertretung, dass der vertretende Ehegatte selbst geschäftsfähig ist (§ 105 Abs 1). **24**

4. Ausschlüsse, Ende des Vertretungsrechts (Abs 3)

Abs 3 enthält verschiedene Ausschlüsse des Ehegattenvertretungsrechts. **25**

Die in Abs 1 legaldefinierten Begriffe „vertretener Ehegatte“ und „vertretender Ehegatte“ werden in § 1358 auch zur Beschreibung solcher Sachverhalte verwendet, in denen eine Vertretung gerade nicht stattfinden darf. Insbes im Kontext des Abs 3 ist mit „vertretener Ehegatte“ also der *zu vertretende* Ehegatte gemeint. Das war im RegEntw auch teilw – allerdings uneinheitlich – so formuliert, der Wortlaut wurde dann aber auf Empfehlung des BRat zu **26**

41 BT-Drucks 19/24445 S. 179; ohne eine solche Einschränkung allerdings S. 183: „Bei der Beurteilung der Voraussetzungen des Absatzes 1 gelten die gleichen Kriterien wie bei der Beurteilung, ob eine Betreuung erforderlich ist“; aA *Spickhoff* FamRZ 2022, 1897, 1898.

42 Vgl *Dutta* FamRZ 2020, 1881; wohl auch *Lugani* MedR 2022, 91, 92; MünchKomm-BGB/Roth § 1358 Rz 6; aA wohl *Szantay* NZFam 2021, 805, 806.

43 Wohl aA *Palsberm* jM 2022, 454, 455.

44 *Lugani* MedR 2022, 91, 92.

45 *Lugani* MedR 2022, 91, 96; *Kraemer* BtPrax 2021, 208.

46 *Kraemer* BtPrax 2021, 208; vgl auch *Lugani* MedR 2022, 91, 93; *Spickhoff* FamRZ 2022, 1897, 1900; s auch *Müller-Engels* DNotZ 2021, 84, 99 und *Szantay* NZFam 2021, 805, 807, die bemängeln, dass dies unklar sei.

gunsten einer einheitlichen Verwendung der genannten Legaldefinitionen angepasst.⁴⁷

- 27 a) Getrenntleben (Abs 3 Nr 1).** Das Ehegattenvertretungsrecht besteht nicht, wenn die Ehegatten getrennt leben. Der Begriff des Getrenntlebens ist **wie in § 1567 Abs 1** zu verstehen.⁴⁸ Danach leben die Ehegatten getrennt, wenn zwischen ihnen keine häusliche Gemeinschaft besteht und ein Ehegatte sie erkennbar nicht herstellen will, weil er die eheliche Lebensgemeinschaft ablehnt (§ 1567 Abs 1 Satz 1). Dass ein Ehegatte zwischenzeitlich im Heim lebt oder die Ehegatten aus beruflichen Gründen verschiedene Wohnungen haben, führt also noch nicht zu einem Getrenntleben iSd Gesetzes, solange nicht ein **Trennungswille** hinzukommt.⁴⁹
- 28 b) Kenntnis der Ablehnung durch den vertretenen Ehegatten (Abs 3 Nr 2 Buchst a).** Das Ehegattenvertretungsrecht ist auch ausgeschlossen, wenn dem vertretenden Ehegatten oder dem behandelnden Arzt⁵⁰ bekannt ist, dass der vertretene Ehegatte (zur Terminologie vgl Rz 26) eine Vertretung ablehnt. Warum der vertretene Ehegatte eine Vertretung ablehnt, ist unerheblich. Das Vertretungsrecht ist also auch dann ausgeschlossen, wenn die Ablehnung nicht auf Misstrauen ggü dem vertretenden Ehegatten zurückgeht, sondern bspw darauf, dass der vertretene Ehegatte dem vertretenden Ehegatten emotional belastende Entscheidungen im Krankheitsfall nicht zumuten möchte.⁵¹
- 29** Fraglich ist, inwieweit das Ehegattenvertretungsrecht ausgeschlossen ist, wenn der vertretene Ehegatte die Vertretung nur mit „**natürlichem Willen**“, also im Zustand der Einwilligungsunfähigkeit, ablehnt. Teilweise wird davon ausgegangen, dass das Ehegattenvertretungsrecht dann insgesamt ausgeschlossen sei.⁵² Das ist jedenfalls für die Einwilligung in Untersuchungen des Gesundheitszustandes, Heilbehandlungen und ärztliche Eingriffe (Abs 1 Nr 1) richtig, da Zwangsbehandlungen nicht vom Ehegattenvertretungsrecht gedeckt sind (vgl Rz 59). Einer Entscheidung des vertretenden Ehegatten über eine freiheitsentziehende Maßnahme nach § 1831 Abs 4 dürfte eine bloß vom natürlichen Willen getragene Ablehnung indes nicht entgegenstehen, da für Abs 1 Nr 3 sonst kaum ein Anwendungsbereich verbliebe.
- 30** Ein Ehegatte, der eine Vertretung ablehnt, kann dies vorsorglich dokumentieren, indem er einen **Widerspruch** gegen eine Vertretung nach § 1358 in das **Zentrale Vorsorgeregister** eintragen lässt (§ 78a Abs 2 Nr 7 BNotO, § 1 Abs 1 Nr 7 VRegV). Dieser Weg ist allerdings nicht zwingend. Der einer Vertretung nach § 1358 entgegenstehende Wille ist auch maßgeblich, wenn er dem vertretenden Ehegatten oder dem Arzt in anderer Weise bekannt wird. Er kann also bspw auch in einer Betreuungsverfügung zum Ausdruck gebracht werden, in der eine andere Person als Betreuer gewünscht wird.⁵³ Auch eine bloße mündliche Äußerung ist zu beachten. Zur Vorsorgevollmacht s Rz 35 ff.
- 31** Eine Ablehnung der Vertretung schließt eine Ehegattenvertretung nur aus, wenn sie dem vertretenden Ehegatten oder dem behandelnden Arzt bekannt ist. Für

47 BT-Drucks 19/27287 S. 22; zur Empfehlung des Bundesrats BT-Drucks 19/24445 S. 421.

48 So ausdrücklich BT-Drucks 19/24445 S. 181; anders *Szantay* NZFam 2021, 805, 808, der es auch für denkbar hält, dass ein faktisches Getrenntleben ausreichen könnte.

49 BT-Drucks 19/24445 S. 181.

50 Zur Rechtslage bei mehreren behandelnden Ärzten *Spickhoff* FamRZ 2022, 1897, 1903.

51 BT-Drucks 19/24445 S. 181.

52 *Kemper* FamRB 2021, 260, 262; *Lugani* MedR 2022, 91, 93; MünchKomm-BGB/Roth § 1358 Rz 15; zum Begriff des natürlichen Willens vgl MünchKomm-BGB/Schneider § 1906a aF Rz 14.

53 Vgl *Lugani* MedR 2022, 91, 93 unter Berufung auf *Kemper* FamRB 2021, 260, 262, der das Bsp etwas weiter ausdifferenziert; im Einzelfall mag eine Differenzierung nach unterschiedlichen Angelegenheiten in Betracht kommen.