

fungengericht den Parteivortrag dahin gewürdigt, dass Anhaltspunkte für veränderte Einkommensverhältnisse des Kindesvaters bis Ende Dezember 1994 nicht zu ersehen sind. Der Bekl hat selbst nicht behauptet, dass sich die Vermögensverhältnisse des Kindesvaters zwischen November 1993 und Dezember 1994 wesentlich verbessert hätten, sondern hat die Auffassung vertreten, es sei nicht seine Aufgabe gewesen, die Vermögensverhältnisse des Kindesvaters zu erforschen. Soweit die Einkommensverhältnisse des Kindesvaters dem Bekl bekannt waren, begründeten sie aber, wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei angenommen hat, die Gefahr, dass der Kindesvater die den Kl zustehenden Versicherungsleistungen unter Verstoß gegen § 1642 BGB für eigene Zwecke verwendete.

Bei pflichtgemäßem Verhalten des Bekl wäre der geltend gemachte Schaden nicht eingetreten. Das Vormundschaftsgericht hat nach der mit Schreiben des Bekl v. 3.4.1995 erfolgten Mitteilung über den Eingang der Versicherungsleistungen den Kindesvater aufgefordert, die Konten mit einem Mündelsperrvermerk zu versehen (...), und hat ihm, nachdem er dieser Aufforderung nicht nachkam, die Vermögenssorge entzogen. Hätte der Bekl von der Weiterleitung der Gelder vor der Mitteilung an das Vormundschaftsgericht abgesehen und damit nach der Mitteilung bis zum Nachweis des vom Vormundschaftsgericht geforderten Mündelsperrvermerkes oder – bei Nichtbefolgen der entsprechenden vormundschaftsgerichtlichen Verfügung durch den Kindesvater – bis zum Entzug der Vermögenssorge zugewartet, wozu er zur Schadensverhütung den Kl gegenüber vertraglich verpflichtet war, hätte der Kindesvater die nachteiligen Kontoverfügungen nicht vornehmen können.

Anm. der Red.: Die Mutter der minderjährigen Kl hatte bei einer Lebensversicherungs-AG einen Versicherungsvertrag geschlossen, dessen Begünstigte im Versicherungsfall die Kl sein sollten. Im Dezember 1993 war die Mutter verstorben; die elterliche Sorge für die Kl stand nunmehr dem Kindesvater zu.

Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zur Verweigerung der Einwilligung des Betreuers in eine ärztlicherseits angebotene lebenserhaltende oder -verlängernde Behandlung beim Vorliegen einer sog. Patientenverfügung des Betreuten

§§ 1896, 1901, 1904 BGB

BGH, Beschl. v. 17.3.2003 – XII ZB 2/03 – (OLG Schleswig)

- 1. Ist ein Patient einwilligungsunfähig und hat sein Grundleiden einen irreversiblen tödlichen Verlauf angenommen, so müssen lebenserhaltende oder -verlängernde Maßnahmen unterbleiben, wenn dies seinem zuvor – etwa in Form einer sog. Patientenverfügung – geäußerten Willen entspricht. Dies folgt aus der Würde des Menschen, die es gebietet, sein in einwilligungsfähigem Zustand ausgeübtes Selbstbestimmungsrecht auch dann noch zu respektieren, wenn er zu eigenverantwortlichem Entscheiden nicht mehr in der Lage ist. Nur wenn ein solcher erklärter Wille des Patienten nicht festgestellt werden kann, beurteilt sich die Zulässigkeit solcher Maßnahmen nach dem mutmaßlichen Willen des Patienten, der dann individuell – also aus dessen Lebensentscheidungen, Wertvorstellungen und Überzeugungen – zu ermitteln ist.**
- 2. Ist für einen Patienten ein Betreuer bestellt, so hat dieser dem Patientenwillen gegenüber Arzt und Pflegepersonal in eigener rechtlicher Verantwortung und**

nach Maßgabe des § 1901 BGB Ausdruck und Geltung zu verschaffen. Seine Einwilligung in eine ärztlicherseits angebotene lebenserhaltende oder -verlängernde Behandlung kann der Betreuer jedoch nur mit Zustimmung des Vormundschaftsgerichts wirksam verweigern. Für eine Einwilligung des Betreuers und eine Zustimmung des Vormundschaftsgerichts ist kein Raum, wenn ärztlicherseits eine solche Behandlung oder Weiterbehandlung nicht angeboten wird – sei es, dass sie von vornherein medizinisch nicht indiziert, nicht mehr sinnvoll oder aus sonstigen Gründen nicht möglich ist. Die Entscheidungszuständigkeit des Vormundschaftsgerichts ergibt sich nicht aus einer analogen Anwendung des § 1904 BGB, sondern aus einem unabwiesbaren Bedürfnis des Betreuungsrechts.

3. Zu den Voraussetzungen richterlicher Rechtsfortbildung.

Anm. der Red.: Die – zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehene – Entscheidung ist abgedruckt in NJW 2003, 1588 und FamRZ 2003, 748 mit Anm. von Lipp (a.a.O. S. 756).

■ **Anmerkung:** Die Entscheidung des BGH befasst sich mit der Frage, ob ein Behandlungsabbruch, den ein Betreuer in Bindung an den Patientenwillen anordnet, besser: ob die Verweigerung der Einwilligung des Betreuers in weitere lebenserhaltende Maßnahmen der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf.

Die Entscheidung war nach Diskussion über die Entscheidungen des OLG Frankfurt/M, FamRZ 2002, 575 und OLG Karlsruhe, FamRZ 2002, 488, beide wandten § 1904 BGB analog auf diesen Fall an und unterstellten den Abbruch einer Weiterbehandlung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung.

Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung ist nach BGH auch dann erforderlich, wenn der Betreuer bei Vorliegen einer wirksamen Patientenverfügung und in Übereinstimmung mit der Auffassung des Arztes, dass heilende oder den Gesundheitszustand bessernde Behandlungen nicht existieren, die Einwilligung in die weitere Behandlung verweigert. Er handelt dann zwar in Übereinstimmung mit dem Willen des Patienten, dessen Selbstbestimmungsrecht vorrangig zu achten ist. Der BGH hat damit die Bedeutung der Patientenverfügung hervorgehoben, die allerdings nicht allzu lange Zeit zuvor zum Ausdruck gekommen sein sollte. Nach wie vor muss deshalb empfohlen werden, zunächst eine Patientenverfügung ohne Rücksicht auf den Gesundheitszustand und das Alter zu errichten, aber auch diese – jährlich – zu bestätigen.

Lipp kritisiert in FamRZ 2003, 756 die Entscheidung des BGH, da die Patientenverfügung als Ausdruck der Privatautonomie des Betreuten vollständig entwertet werde. Es sei nicht wirklich der Betreuer, der entscheide, sondern der Patient selbst. Der Schutz durch ein Genehmigungsverfahren sei nicht erforderlich. Trotz der gestärkten Bedeutung des durch Vorliegen einer Patientenverfügung feststellbaren Willens des Betreuten begründet der BGH die Erforderlichkeit der Genehmigung aus den divergierenden Auffassungen zwischen Arzt und Betreuer. Dies ist auch folgerichtig, da die Befolgung der Patientenverfügung (keine lebenserhaltenden Behandlungsmaßnahmen bei Aussichtslosigkeit) erst dann stattfinden kann, wenn ärztlich geklärt ist, ob eine Behandlung oder Weiterbehandlung wirklich keine positive Änderung des Gesundheitszustandes des Patienten herbeiführen kann. Erst, wenn dies durch eine Vorprüfung feststeht, greift der Wille des Patienten, der für diese Situation vorsorgen wollte.

Das Gericht wird daher zunächst die Prüfung der medizinischen Voraussetzungen durch ein Sachverständigengutachten eines anderen Arztes vornehmen. Es wird sich auch

einen persönlichen Eindruck von dem Betroffenen verschaffen müssen. Die Bestellung eines Verfahrenspflegers ist zwingend geboten (§ 67 I FGG). Auch die Anhörung der Verwandten kann erforderlich sein, um die Wertvorstellungen des Betroffenen ggf. zu ermitteln. Zum weiteren praktischen Verfahren vgl. *Stackmann*, NJW 2003, 1568.

Ungeklärt ist, wie vorgegangen wird, wenn der subjektive mutmaßliche Wille des Betroffenen nicht ohne weiteres festgestellt werden kann, weil eine wirksame und aussagekräftige Patientenverfügung nicht vorliegt. An die Feststellung des Willens werden hohe Anforderungen gestellt, die für das Gericht schwierig zu ermitteln sein werden. Im Zweifel wird das Gericht den Betreuer zur Erhaltung des Lebens des Betreuten verpflichten und die Genehmigung verweigern, weil andere Anhaltspunkte nicht festzustellen sind (AG Frankfurt BtPrax 2002, 223).

Die Situation, dass die medizinischen Voraussetzungen für einen Behandlungsabbruch gegeben sind, ein Wille des Patienten jedoch in keiner Weise feststellbar ist, ist nach wie vor nicht befriedigend gelöst. Die dem Betreuer auferlegte hohe Verantwortung, sowohl dem von ihm Betreuten ein Sterben in Würde zu ermöglichen, als auch dessen Lebenserhalt verpflichtet zu sein, ist für diesen kaum verantwortungsbewusst wahrzunehmen. Daneben bleibt es bei einer evtl. strafrechtlichen Beurteilung des Handelns des Betreuers und des Arztes, die sich, wenn kein feststellbarer Wille des Patienten vorliegt, wohl schwerlich werden entlasten können.

Zu unklar ist nach meiner Auffassung formuliert, dass es einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung dann nicht bedarf, wenn „ärztlicherseits eine solche Behandlung oder Weiterbehandlung nicht angeboten wird, sei es, dass sie von vorneherein medizinisch nicht indiziert, *nicht mehr sinnvoll oder aus sonstigen Gründen nicht möglich* ist“. Auch dies dürfte dann im Ergebnis nur mit den Mitteln des Strafrechts überprüft werden können, so dass den Betreuern und den Ärzten insoweit zu erheblicher Vorsicht geraten werden muss. Der Betreuer sollte dann in jedem Fall mit dem Arzt diskutieren und mögliche bessernde Behandlungsmaßnahmen einfordern, so es sie geben sollte, um nicht leichtfertig die Meinung des Arztes, der „keine solche Behandlung oder Weiterbehandlung anbietet“ zu folgen. Der Betreuer bleibt klar dem Willen des Patienten verpflichtet (§ 1901 BGB), der zunächst „subjektiv“, also aus dessen feststellbarem Willen zu ermitteln und durch dessen mutmaßliche Sicht und Wertvorstellungen zu konkretisieren ist. Im Übrigen ist er zweifellos der Erhaltung des Lebens des Betroffenen verpflichtet.

Rechtsanwältin, Fachanwältin für Familienrecht
und Notarin *Ingeborg Rakete-Dombek*, Berlin

Anm. d. Red.: Vgl. außerdem: OLG München NJW 2003, 1744; ARD-Ratgeber Recht Auszug, FF 2003, 171 (in diesem Heft); *Rakete-Dombek*, Vorsorgevollmacht erübrigt Betreuung – Breite Beratung erforderlich –, FPR 2000, 176 ff.; *Coeppecus*, Anreize zur Errichtung von Patientenverfügungen, ZRP 2003, 175 ff.; *Uhlenbruck*, Bedenkliche Aushöhlung der Patientenrechte durch die Gerichte, NJW 2003, 1710.

Zur Obliegenheit des Unterhaltsschuldners zur Einleitung eines Verbraucherinsolvenzverfahrens mit Restschuldbefreiung

§ 1603 Abs. 2 BGB; §§ 286 ff., 304 ff. InsO; § 850d ZPO

OLG Dresden, UrT. v. 10.1.2003 – 10 UF 684/02 – (AG Meißen)

1. Bei nachhaltiger und dauerhafter Überschuldung ist es in der Regel zumutbar, den Unterhaltsschuldner

auf die Einleitung eines Verbraucherinsolvenzverfahrens und einer Restschuldbefreiung nach §§ 286 ff., §§ 304 ff. InsO zu verweisen.

2. Unterhaltsrechtlich hat dies zur Folge, dass sich der Schuldner auf bestehende Verbindlichkeiten gegenüber dem Unterhaltsberechtigten nicht berufen kann.

Anm. der Red.: Die Entscheidung ist veröffentlicht in MDR 2003, 575 mit Anm. von *Hauß* (a.a.O. S. 576) und in FamRZ 2003, 1028 mit Anm. von *Schürmann* (a.a.O. S. 1030); s. dazu auch die Anm. von *Biehl*, NJ 2003, 269, und *Melchers*, FamRB 2003, 144, und FamRZ 2003, 1033. Zu beachten bleibt, dass die (ausführlichen) Ausführungen des OLG Dresden im Streitfall als *sog. obiter dictum* erfolgt sind.

Für eine Obliegenheit des Unterhaltsschuldners zur Einleitung eines Verbraucherinsolvenzverfahrens mit Restschuldbefreiung bei gesteigerter Unterhaltungspflicht (§ 1603 Abs. 2 BGB) auch das nachfolgend abgedruckte – allerdings nicht rechtskräftige – UrT. des OLG Stuttgart. Nach Ziff. 10.4.2 der Leitlinien des OLG Oldenburg (Stand: 1.7.2003) können „im Einzelfall ... bei besonders beengten Verhältnissen und insbesondere bei einem möglichen und zumutbaren Antrag auf Restschuldbefreiung Schulden nur bis zur Höhe des pfändbaren Betrages zu berücksichtigen sein“.

Das OLG Naumburg FamRZ 2003, 1215 hat sich unter Bezugnahme auf die bisherige Rechtsprechung des BGH – insbesondere BGH FamRZ 1984, 657 – *gegen* eine unterhaltsrechtliche Berücksichtigung der Möglichkeit, einen Verbraucherinsolvenzantrag zu stellen, ausgesprochen; dafür entscheidend sei, „dass sich die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners nicht nach den Regeln des Vollstreckungsrechts, sondern dem materiellen Unterhaltsrecht richtet“.

Zur Thematik vgl. die bisherigen Nachweise in FF 2002, 145 und 217 sowie den Beitrag von *Hoppertz* in diesem Heft (S. 158 ff.).

Das Thema „Unterhalt und Verbraucherinsolvenz“ ist am 19.9.2003 Gegenstand des Arbeitskreises 18 des 15. Deutschen Familiengerichtstages in Brühl (Leiter: Rechtsanwalt *Hauß*, Duisburg).

OLG Stuttgart, nicht rechtskräftiges UrT. v. 24.4.2003 – 16 UF 268/02 – (AG Bad Saulgau)

Zur Obliegenheit eines mit Drittschulden belasteten Unterhaltspflichtigen, zur Verbesserung seiner Leistungsfähigkeit ein Insolvenzverfahren mit Restschuldbefreiung einzuleiten (Änderung der bisherigen Rechtsprechung des Senats, vgl. FamRZ 2002, 982 = OLGReport Stuttgart 2002, 146).

I. Tatbestand: Die Parteien streiten über Kindesunterhalt für den Kl, den am ...5.1990 geborenen Sohn des Bekl aus geschiedener Ehe, im Abänderungsverfahren. Das Familiengericht hat den Ausgangstitel, ein von der Mutter des jetzigen Kl in Prozessstandschaft erstrittenes UrT. des AG – Familiengericht – Bad Saulgau v. 8.8.2001, worin dem Kl ab Juli 2001 Unterhalt von monatlich 244,20 DM zugesprochen wurde, unter Abweisung der weitergehenden Abänderungsklage dahin abgeändert, dass der Bekl dem Kl ab 1.1.2003 monatlichen Unterhalt von 222,50 EUR schuldet. Gegen das ihm am 14.11.2002 zugestellte UrT. hat der Bekl Berufung mit dem Ziel der Klagabweisung eingelegt, die am 27.11.2002 beim OLG eingegangen ist und sogleich begründet wurde. Der Kl verteidigt das UrT.

Dem abzuändernden UrT. lag ein bereinigtes Erwerbseinkommen des unstreitig allein barunterhaltspflichtigen Bekl von monatlich 2.548 DM zu Grunde. Hieraus musste der