IV. Zusammenfassung

Deutlich wird: Es bedarf der rechtlichen, medizinischen und der ethischen Kenntnisse angesichts der Komplexität der Thematik. Es bedarf der Berücksichtigung der individuellen Situation aller Betroffenen sowie ihrer individuellen (Lebens-)Umstände und (Lebens-)Einstellungen. Es geht um Wahrnehmung der jeweils spezifischen Krankheitssituation und der jeweiligen psychischen und sozialen situativen Verfasstheit. Und: es geht um den individuell (verfügten) Willen des betroffenen Menschen. Es gilt, die Vielschichtigkeit der Motivlagen und Einflussfaktoren zu erfassen, mit der Intention für die individuelle und einzigartige Situation eine verantwortungsvolle, werteorientierte Entscheidungsgrundlage zu erlangen. Denn das Ziel sind individuumsbezogene und werteorientierte Entscheidungen versus „Sedierungs-Automatismen" und versus pauschalierter Urteile/Antworten. Dies auch vor dem Hintergrund einer gesamtgesellschaftlichen und kulturellen Verantwortung und der besonderen Verantwortung gegenüber vulnerablen Gruppen, den Menschen in der letzten Lebensphase.

Deutlich wird: Stellvertreter, die mit derartigen Entscheidungssituationen konfrontiert werden, müssen 1. die Komplexität der Thematik, die Vielfalt der Kontexte und Motive sowie die damit verbundenen potenziellen Anforderungen und Konsequenzen erfassen und 2. sich ihrer besonderen Verantwortung der indizierten Entscheidungen und deren Tragweite in Bezug auf diese spezifische Thematik bewusst sein. ◀

Prof. Dr. Dagmar Brosey*

Psychiatrische Patientenverfügung nach dem 3. Betreuungsrechtsänderungsgesetz

Wille und Behandlungswünsche bei psychiatrischer Behandlung und Unterbringung

Viele psychisch kranke Menschen beschäftigen sich selbst mit ihrer Gesundheit und den Konsequenzen einer Behandlung oder Nichtbehandlung. Gerade aus ihren Erfahrungen in Kliniken, dem eigenen Erleben ihrer Verfassung und den Folgen bestimmter Behandlungen ziehen sie Rückschlüsse für künftiges Vorgehen im Falle einer erneuten Krise. Daher haben viele Betroffene klare Vorstellungen von nachfolgenden Maßnahmen oder der Art und Weise einer medikamentösen Behandlung. Der folgende Beitrag befasst sich mit den Rechtswirkungen psychiatrischer Patientenverfügungen als Verschriftlichung dieser Erklärungen nach den neuen §§ 1901a ff. BGB.

INHALT

I. Einleitung
II. Begriffsbestimmung
III. Adressat der psychiatrischen Patientenverfügung
IV. Wirkung der psychiatrischen Patientenverfügung
V. Folge einer psychiatrischen Patientenverfügung
VI. Vorgehen bei Behandlungswünschen oder Feststellung des mutmaßlichen Willens
VII. Psychiatrische Verfügung und Freiheitsentziehung
VIII. Patientenverfügung und PsychKG
IX. Schlussbetrachtung

I. Einleitung

Durch das Dritte Betreuungsrechtsänderungsgesetz wurden mit Wirkung zum 1.9.2009 Regelungen zum Umgang mit Patientenverfügungen, Behandlungswünschen und dem mutmaßlichen Behandlungswillen von Patienten geschaffen.[1] Die Debatte um die gesetzliche Regelung von Patientenverfügungen wurde vor allem im Hinblick auf Entscheidungen am Lebensende geführt. Das Unterlassen lebensverlängernder Maßnahmen stand dabei im Fokus der Diskussion.[2]

Ein besonderes Gewicht erfährt für diesen Beitrag § 1901a Abs. 3 BGB. Nach dieser Vorschrift gelten die Regelungen zur Beachtung und Umsetzung von Patientenverfügungen, Behandlungswünschen und mutmaßlichem Willen **unabhängig von Art und Stadium der Erkrankung**. Die Neuregelung hat damit keineswegs nur Auswirkungen auf die Frage nach der Zulässigkeit der sogenannten passiven Sterbehilfe. Vielmehr ist der Einfluss auf die Entscheidungsfindung von Betreuern und Bevollmächtigten hinsichtlich der Einwilligung oder der Nichteinwilligung in alle Untersuchungen, Heilbehandlungen und ärztlichen Maßnahmen offenkundig, die stellvertretend für den nicht (mehr) einwilligungsfähigen Patienten zu treffen sind. Die Begründung des Gesetzentwurfs führt dazu lediglich auf, dass schwerstkranke Menschen die Gewissheit haben müssen, dass sie keine Zwangsbehandlungen erdulden müssen.[3]

Ob ein **Ende der Zwangspsychiatrie** eingeläutet ist, wie Asmus Finzen[4] kurz nach dem Inkrafttreten des Gesetzes fragte, wird den vorliegenden Beitrag beschäftigen. Der Einfluss von Patientenverfügungen und Behandlungswünschen wird im Folgenden sowohl für den Bereich medizinischer Behandlung als auch für freiheitsentziehende Unterbringungen im Sinne des § 1906 Abs. 1 BGB dargestellt. Ebenfalls wird die Auswirkung von Patientenverfügungen auf die Zwangsbehandlung nach dem öffentlich-rechtlichen Unterbringungsrecht aufgegriffen.

Die Möglichkeit einer psychiatrischen Patientenverfügung wird seit vielen Jahren von Betroffenen genutzt, um Vorsorge für den Fall einer psychiatrischen Krise zu treffen,[5] während der Betroffene einwilligungsunfähig ist. Die Bedeutung solcher Verfügungen für Betreuer, Bevollmächtigte, behandelnde Ärzte und Betreuungsgerichte wurde bisher unterschätzt. Vielmehr wurden in der Praxis gar rechtliche Betreuer bestellt, um psychiatrische Vorausverfügungen zu umgehen.[6] Dabei wurde offenbar nicht beachtet, dass ein Betreuer schon vor dem 3. BtÄndG nach § 1901 Abs. 3 Satz 2 und Abs. 2 Satz BGB an frühere

---

* Die Verfasserin ist Hochschullehrerin an der Fachhochschule Köln, Fakultät für Angewandte Sozialwissenschaften und verantwortliche Redakteurin der BtPrax.

1 Ausführlich *Brosey*, BtPrax 2009, 175 ff., *Höfling* NJW 2009, 2849 ff.

2 *Stünker-Entwurf*, BT-Drs. 16/8442.

3 *Stünker-Entwurf*, BT-Drs. 16/8442, 12.

4 *Finzen*, Ende der Zwangspsychiatrie?, Psychosoziale Umschau 04-2009, 26.

5 Übersicht zu Vorausverfügungen unter: http://www.antipsychiatrieverlag.de/info/voraus.htm.

6 *Marschner*, Rechtliche Grundlagen für die Arbeit in psychiatrischen Einrichtungen, Bonn 2009, 56. Zur Erforderlichkeit der Bestellung eines Betreuers bei Vorliegen einer Vorsorgevollmacht des psychische Kranken, KG FamRZ 2007, 580 f = R&P 2007, 81 ff.

Erklärungen des Betroffenen gebunden war.[7] Dies wird nun durch § 1901a BGB noch deutlicher. Ob die Grundsätze des § 1901a BGB auf psychiatrische Verfügungen übertragen werden können, soll im Folgenden erörtert werden.

II. Begriffsbestimmung

1. Formen psychiatrischer Verfügungen

Die psychiatrische Vorausverfügung eines Betroffenen wird in der Praxis häufig auch als *„Psychiatrisches Testament"* bezeichnet.[8] Es handelt sich dabei um eine einseitige Erklärung, in der eine Person Einzelheiten für eine künftige Behandlung festlegt, z. B. welche Art von psychiatrischer Behandlung sie ablehnt, welche Einnahme von Psychopharmaka oder Neuroleptika abgelehnt oder akzeptiert wird, und dies sowohl im Hinblick auf Darreichungsform als auch hinsichtlich der (Maximal-)Dosierung; generelle Ablehnung von Untersuchungen durch Psychiater und Diagnosen können ebenfalls Inhalt sein. Überdies können auch Erklärungen erfolgen, ob der Betroffene Freiheitsentziehungen oder freiheitsentziehende Maßnahmen verweigert oder die Unterbringung in bestimmten Einrichtungen ausschließt oder bevorzugt.

Das Psychiatrische Testament, so wie die meisten psychiatrischen Verfügungen, ist damit umfassender als eine Patientenverfügung im Sinne des § 1901a Abs. 1 Satz 1 BGB, da diese über eine Einwilligung oder Ablehnung von medizinischen Maßnahmen auch Angelegenheiten regeln, die die Fortbewegungsfreiheit betreffen. Der Verfasser kann damit auch Vorausverfügungen zum Bereich der Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrecht des Betreuers/Bevollmächtigten hinsichtlich der Unterbringung nach § 1906 Abs. 1 BGB und unterbringungsähnliche Maßnahmen nach § 1906 Abs. 4 BGB treffen. Diese Erklärungen gehören zwar nicht in den Regelungsbereich des § 1901a BGB, sie haben aber dennoch Auswirkungen auf die Zulässigkeit von Zwangsmaßnahmen gegenüber dem Betroffenen. Psychiatrische Testamente können eine Patientenverfügung enthalten. Ob dies der Fall ist, ist unabhängig der Bezeichnung am Maßstab des § 1901a Abs. 1 BGB zu prüfen.

Neben dem Psychiatrischen Testament hat sich in der Praxis die *Behandlungsvereinbarung*[9] etabliert. Eine Behandlungsvereinbarung erfolgt dabei im Regelfall mit einer bestimmten Klinik, in der der Patient bereits behandelt worden ist und baut auf den Erfahrungen dieser Behandlungen auf. Die Behandlungsvereinbarung kann ebenfalls konkrete Angaben zu Heilbehandlungen oder ärztlichen Maßnahmen enthalten, z. B. eine Zustimmung zu einer Elektrokrampftherapie, die gegen oder ohne den Willen des Betroffenen als unzulässig erachtet wird.[10] Die Behandlungsvereinbarung erfolgt nach einem Vereinbarungsgespräch und setzt naturgemäß auch die Akzeptanz der Klinik voraus.

2. Patientenverfügung, Behandlungswunsch und mutmaßlicher Wille

Die soeben beschriebenen Vorsorgeformen des Psychiatrischen Testaments und der Behandlungsvereinbarung können eine schriftliche Einwilligung oder Ablehnung in bestimmte, zum Zeitpunkt der Festlegung noch nicht unmittelbar bevorstehende Untersuchungen des Gesundheitszustandes, Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe enthalten und damit Patientenverfügungen darstellen. Sie haben für eine Entscheidungssituation sowohl für den Betreuer als auch für den Arzt erhebliche Bedeutung. Dabei ist zu prüfen, ob in der Erklärung eine Patientenverfügung, ein beachtlicher Behandlungswunsch oder Indikatoren zur Ermittlung des mutmaßlichen Willens liegen. Dies ist durch Auslegung der (schriftlichen) Erklärung zu ermitteln.

Käme man zu dem Ergebnis, dass eine *Patientenverfügung* für den zu entscheidenden Fall vorliegt, so hat der Betreuer/Bevollmächtigte nach § 1901a Abs. 1 Satz 2 BGB dem Willen des Verfügenden Ausdruck und Geltung zu verschaffen.

Wird hingegen festgestellt, dass für den zu entscheidenden Fall *keine Patientenverfügung* im Sinne von § 1901a Abs. 1 Satz 1 BGB vorliegt, hat der Betreuer/Bevollmächtigte die Erklärung des Betroffenen aber dennoch nach §1901a Abs. 2 BGB zu berücksichtigen. Mangelt es einer Patientenverfügung daran, dass der Betroffene bei der Abgabe der Erklärung nicht einwilligungsfähig war, die Schriftform nicht eingehalten wurde oder die Erklärung nicht bestimmt genug ist, hat der Betreuer diese Erklärung dennoch als *Behandlungswunsch* aufzufassen und seine Entscheidung daran auszurichten. Jegliche mündliche oder schriftliche Äußerungen des Betroffenen können zudem konkrete Anhaltspunkte zur Feststellung des *mutmaßlichen Willens* sein,[11] sodass eine psychiatrische Vorsorgeverfügung Bedeutung erlangt.

Diese Bedeutung ergibt sich gleichermaßen für den Fall, dass die Festlegungen der psychiatrischen Patientenverfügung nach Auffassung von Vertreter und ggf. Arzt nicht auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zu treffen. Dann kann die Vorausverfügung Behandlungswünsche begründen oder wichtige Anhaltspunkte zur Ermittlung des mutmaßlichen Willens des Patienten geben. Ein bewusstes Handeln gegen sie fordert von Vertreter und Arzt einen Begründungszwang.

Psychiatrische Testamente und Behandlungsvereinbarungen sind daher immer erheblich für eine stellvertretende Entscheidung von Betreuern im Rahmen von Gesundheitssorge und Unterbringung. Eine Auseinandersetzung mit diesen Formen der Vorsorge ist daher dringend anzuraten, um ein pflichtgemäßes Handeln aller Beteiligten zu gewährleisten. Ob die Verfügung zu beachten ist, ist Gegenstand einer rechtlichen Prüfung.

III. Adressat der psychiatrischen Patientenverfügung

Die Patientenverfügung ist ein Instrument der Selbstbestimmung für den Fall künftiger Entscheidungsunfähigkeit. Als Adressat kommt eine unbestimmte Anzahl von Erklärungsempfängern infrage. Wer eine psychiatrische Verfügung abgibt, wird vor allem Ärzten gegenüber erklären wollen, dass er bestimmten Maßnahmen zustimmt bzw. häufiger, dass er bestimmte Maßnahmen ablehnt.[12]

Ist der Betroffene einwilligungsunfähig, wird die Notwendigkeit eines rechtlichen Vertreters für den Betroffenen grundsätzlich begründet sein. §§ 1901a und § 1901b BGB begründen, dass der Einwilligungsunfähige seinen Willen durch einen Vertreter kundtun kann. Der Betreuer erfüllt seine Aufgabe mit dem Mittel der Aktualisierungsentscheidung.[13] Er hat festzustellen, ob es sich um eine Patientenverfügung handelt, die auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutrifft. Damit wird die rechtliche Handlungsfähigkeit des einwilligungsunfähigen Patienten hergestellt, da er dem Willen Ausdruck und Geltung verschaffen kann. Adressat der Patientenverfügung ist damit in erster Linie der Betreuer oder Bevollmächtigte.[14]

---

7 Zur Verbindlichkeit dieser Verfügungen für den Arzt, *Hartmann*, Patientenverfügung und psychiatrische Verfügung – Verbindlichkeit für den Arzt?, NStZ 2000, 113-120.

8 *Lehmann*, Alles über das Psychiatrische Testament, Berlin, 2008.

9 Vgl. z. B. http://www.psychiatrie-bielefeld.de/behandlungsvereinbarung/frame.html; *Dietz/Pörksen/Voelzke*, Behandlungsvereinbarungen, Bonn, 1998.

10 Dazu: *Dodegge*, Die Elektrokrampftherapie, FamRZ 1996, S 74; *Zinkler/Scheeweiß*, Zur vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungspflicht der Elektrokrampftherapie; RuP 2000, 12.

11 § 1901a Abs. 2 Satz 3 BGB.

12 Allgemein: *Lipp*, Handbuch der Vorsorgeverfügungen, München 2009, § 17 Rdnr. 96 m. w. N.

13 *Diehn/Rebhan*, NJW 2010, 326, 327.

14 *Albrecht/Albrecht*, Die Patientenverfügung, Bielefeldt 2009, Rdnr. 226 ff.

Zur Prüfung und Umsetzung der Verfügung bedarf es daher grundsätzlich eines Vertreters. Eine psychiatrische Verfügung kann darauf nicht wirksam verzichten. Sofern zum Zeitpunkt des Behandlungsbedarfs kein Betreuer mit entsprechendem Aufgabenkreis vorhanden ist, ist eine Betreuerbestellung in die Wege zu leiten. In Eilfällen könnte das Betreuungsgericht selbst eine Entscheidung nach §§ 1908i, 1846 BGB treffen. Eine Betreuerbestellung kann nur dadurch vermieden werden, dass der Betroffene zuvor selbst eine *Vertrauensperson* beauftragt und dieser wirksam eine Vollmacht erteilt hat, sodass dieser als Vertreter entscheidungsbefugt ist. In diesem Fall ist eine Betreuerbestellung generell nicht erforderlich und der Bevollmächtigte hat die Aufgabe, dem Willen des Betroffenen Ausdruck und Geltung zu verschaffen.[15] Der Betroffene kann mittels psychiatrischen Testaments die Erforderlichkeit eines Vertreters nicht beeinflussen. Er kann lediglich selbst einen Vertreter bevollmächtigen. Sofern diese Vertrauensperson selbst nicht handlungsunfähig oder verfügbar ist, wäre wiederum ein Betreuer zu bestellen.[16] Dieser hat aber ebenso wie das Betreuungsgericht, welches nach § 1846 BGB entscheidet, die psychiatrische Verfügung zwingend zu berücksichtigen und auf der Basis von § 1901a BGB anzuwenden.[17]

Patientenverfügungen richten sich auch an den künftigen **Arzt, der Untersuchung und Behandlung vornimmt**. Dieser prüft nach § 1901b Abs. 1 Satz 1 BGB zunächst nur, welche Maßnahme medizinisch indiziert ist. Untersagt der Patienten in seiner Verfügung bereits jede Diagnose oder Untersuchung, so bindet dies bereits den Arzt, denn er hat keine rechtliche Grundlage für ein Handeln gegen den Willen des Patienten. Eine Zwangsuntersuchung ist rechtlich nicht legitimiert.

Für den Fall, dass eine Untersuchung durch den Vertreter legitimiert wird, wird der Arzt eine indizierte Behandlung anbieten. Der Arzt ist insofern in die Entscheidung über die Einwilligung oder Ablehnung in eine Heilbehandlung nach § 1901b Abs. 1 Satz 2 BGB eingebunden, da er mit dem Vertreter auf Basis der Indikation den Patientenwillen erörtert. Er ist damit an der Auslegung der Patientenverfügung beteiligt. Für den Fall einer Nichteinwilligung oder des Widerrufs einer Einwilligung durch den Vertreter kann er bei Lebensgefahr oder der Gefahr einer erheblichen gesundheitlichen Schädigung die Entscheidung durch das Betreuungsgericht nach § 1904 Abs. 2 BGB erzwingen. Dies gilt dann, wenn Arzt und Vertreter kein Einvernehmen über den Willen des Betroffenen herstellen. Das Betreuungsgericht würde auf der Basis der psychiatrischen Verfügung den Willen des Patienten ermitteln müssen und der Entscheidung des Vertreters die Genehmigung erteilen oder versagen.

Nimmt der Arzt eine Untersuchung oder eine indizierte ärztliche Maßnahme in Kenntnis einer ablehnenden Erklärung des Patienten und liegt ebenfalls keine Einwilligung des Vertreters vor, so trägt er das Risiko, dass sich keine Legitimation für sein Handeln ergibt und er somit eine strafbare Körperverletzung begeht.[18] Denn solange keine Einwilligung des Patienten bzw. des Vertreters vorliegt, kann eine Legitimation lediglich z. B. im Notfall über eine mutmaßliche Einwilligung herbeigeführt werden. Im Falle des Vorliegens einer psychiatrischen Patientenverfügung, die eine Behandlung ausschließt, ist eine Begründung mit dem mutmaßlichen Willen aber nicht nachvollziehbar.

IV. Wirkung der psychiatrischen Patientenverfügung

Voraussetzung der Verbindlichkeit einer psychiatrischen Patientenverfügung ist, dass ein einwilligungsfähiger Betroffener für den Fall seiner Einwilligungsunfähigkeit schriftlich festgelegt hat, *ob er in eine bestimmte, zum Zeitpunkt der Festlegung noch nicht unmittelbar bevorstehende Untersuchung seines Gesundheitszustandes, Heilbehandlung oder ärztlichen Eingriff einwilligt oder untersagt*.[19] Dem Vertreter kommt zunächst die Aufgabe zu, festzustellen, ob eine schriftliche[20] und wirksame Verfügung vorliegt und ob diese auf die vorliegende Situation anzuwenden ist.

1. Einwilligungsfähigkeit des Verfassers

§ 1901a Abs. 1 BGB bestimmt, dass ein einwilligungsfähiger Volljähriger eine Patientenverfügung für den Fall seiner Einwilligungsunfähigkeit abgeben kann. Bei einem Volljährigen ist grundsätzlich davon auszugehen, dass dieser einwilligungsfähig ist. Einwilligungsfähigkeit erfordert die natürliche Einsichtsfähigkeit und Steuerungs- (bzw. Urteils-)fähigkeit[21] in eine konkrete, zur Entscheidung stehende Maßnahme. Entscheidend ist, dass der Patient Art, Bedeutung und Tragweite seiner Entscheidung und auch die Risiken der Maßnahme erfassen und seinen Willen danach bestimmen kann.[22] Diese Einwilligungsfähigkeit muss im Zeitpunkt des Verfassens der Verfügung vorhanden sein und sie muss sich auf den Inhalt der in der Verfügung bestimmten Untersuchung, Heilbehandlung oder ärztlichen Maßnahme beziehen.

Bedeutsam ist daher, dass bei Vorliegen einer Patientenverfügung zunächst davon ausgegangen werden muss, dass der Verfasser einwilligungsfähig war, es sei denn, es ergeben sich gewichtige Anhaltspunkte für das Gegenteil.

Von *Einwilligungsunfähigkeit* kann nur ausgegangen werden, wenn konkrete Tatsachen diese begründen. Bloße Vermutungen reichen nicht aus. Auch die Tatsache, dass der Betroffene unter Betreuung steht und der Aufgabenkreis der Gesundheitssorge angeordnet wurde, begründet allein nicht die Einwilligungsunfähigkeit des Betroffenen. In der Literatur wird empfohlen, dass ein Dritter dem Verfügenden bestätigt, dass dieser beim Verfassen seiner Patientenverfügung einwilligungsfähig war.[23] Dies könnte eine Vertrauensperson, ein Arzt oder ein Notar sein. Allerdings kann aus dem Fehlen einer solchen Bestätigung nicht der Schluss gezogen werden, der Verfasser sei einwilligungsunfähig gewesen. Zweifel über die Einwilligungsfähigkeit müssen durch konkrete Anhaltspunkte begründet sein, wie z. B. ein schwerer Krankheitsschub zum Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung. Das Gesetz fragt nicht, ob die Verfügung vernünftig oder gar selbstgefährdend ist, sondern nur danach, ob der Betroffene eine eigenverantwortliche Entscheidung treffen konnte.[24]

Für den Fall, dass festgestellt werden sollte, dass der Patient im Zeitpunkt des Verfassens der Patientenverfügung einwilligungsunfähig war, ist die Verfügung dennoch von Bedeutung. Aus der antizipierten Erklärung im Sinne des § 1901a Abs. 1 BGB wird so ein Behandlungswunsch nach § 1901a Abs. 2 BGB oder ein wichtiger konkreter Anhaltspunkt für den mutmaßlichen Willen des Patienten.

2. Einwilligung oder Untersagen bestimmter Maßnahmen

Die Verfügung muss hinreichend bestimmt sein. Verlangt wird ein Maß an Bestimmtheit, das der Situation entspricht, in der ein einwilligungsfähiger Patient in eine konkrete vom Arzt vorgeschlagene Maßnahme einwilligt oder diese untersagt.[25] Unwirksam wäre in diesem Zusammenhang aber eine Erklärung, mit der der

15 § 1901a Abs. 3 i. V. m. Abs. 1 Satz 1 BGB.

16 Zur Erforderlichkeit einer Betreuerbestellung trotz vorliegender Vollmacht OLG Schleswig, BtPrax 2008, 43 f.

17 Zur Erforderlichkeit einer Betreuerbestellung trotz vorliegender Vollmacht OLG Schleswig, BtPrax 2008, 43 f.; KG FamRZ 2007, 580 f = R&P 2007, 81 ff.

18 Zu Fragen der Garantenpflicht sh. *Hoffmann*, BtPrax 2010, S. 151 ff. in dieser Ausgabe.

19 § 1901a Abs. 1 BGB.

20 § 126 BGB.

21 Vgl. grundlegend BGHZ 29, 33 ff.

22 *Stünker-Entwurf*, BT-Drs. 16/8442, 13.

23 *Albrecht/Albrecht*, Fn. 13, Rdnr. 155, *Marschner*, Fn. 6, 55.

24 *Finzen*, Fn. 4, 26.

25 *Albrecht/Albrecht,* Fn. 13, Rdnr. 163.

Betroffene künftige Einwilligungen in eine Behandlung oder Untersuchung für unwirksam erklärt, da die einer unzulässigen Selbstentmündigung gleichkommt.[26]

Menschen mit wiederkehrender psychiatrischer Krise werden die geforderte Bestimmtheit des § 1901a Abs. 1 BGB regelmäßig einhalten können, da sie auf frühere negative oder positive Erfahrungen zurückgreifen und Behandlungssituationen abschätzen können.[27]

Die Verfügung kann sich auch darauf beziehen, überhaupt psychiatrisch untersucht oder diagnostiziert zu werden und diese bereits abzulehnen. Werden gewisse Medikamente (z. B. Neuroleptika, Tranquilizer, Litium) oder Behandlungsformen (z. B. Elektrokrampf, Depotmedikation) konkret bezeichnet, so ist das Merkmal der Bestimmtheit erfüllt.

Ob die Verfügung bestimmt genug ist, ist durch Auslegung zu ermitteln. Kommt der Vertreter zu dem Ergebnis, dass keine ausreichende bestimmte Erklärung vorliegt, die eine antizipierte Einwilligung oder Nichteinwilligung ergibt, so ist die Verfügung des Verfassers aber als Behandlungswunsch nach § 1901a Abs. 2 BGB oder als gewichtiger Anhaltspunkt für den mutmaßlichen Willen für diese Entscheidungssituation beachtlich.

3. Aktuelle Lebens- und Behandlungssituation

Wenn die Verfügung hinreichend bestimmt ist, muss überprüft werden, ob diese auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutrifft, so sieht es § 1901a Abs. 1 Satz 1 am Ende vor. Dabei ist zu ermitteln, für welche Fälle der Verfasser die Verfügung entworfen hat und ob die Entscheidungssituation mit dieser übereinstimmt.

Psychiatrische Verfügungen werden, im Gegensatz zu vielen Patientenverfügungen, die das Lebensende betreffen, keine genauen Angaben hinsichtlich der Lebens- und Behandlungssituation enthalten, wie z. B. einer Erklärung, dass die Verfügung für den Fall, dass das Endstadium einer unheilbaren, tödlich verlaufenden Krankheit erreicht ist, Geltung haben soll. Psychiatrische Verfügungen werden sich häufig gerade nicht einschränkend äußern und damit für alle Lebens- und Behandlungssituationen Geltung beanspruchen. Deshalb müssen sich der Vertreter und ggf. auch der Arzt mit dieser Frage auseinandersetzen. Diese Prüfung ist sicher ein schwieriger Aspekt bei der Frage der Verbindlichkeit einer psychiatrischen Verfügung. Diese Frage bezieht sich darauf, ob der Betroffene auch bei einer Lebens- oder gewichtigen Selbstschädigungsgefahr eine Behandlung ausschließen wollte oder ob er „nur" sein **Recht auf Freiheit zur Krankheit** ausüben wollte, ohne sich ernsthaft selbst zu gefährden.

Es ist ferner denkbar, dass Umstände nach dem Abfassen der Verfügung hinzugetreten sind, die die Lebenssituation verändert haben. Bei der Beurteilung der Behandlungssituation kann dem Arzt eine bedeutsame Rolle zukommen. Dieser prüft, welche ärztliche Behandlungsmaßnahme im Hinblick auf den Gesamtzustand und die Prognose des Patienten indiziert ist. Entscheidungen in Patientenverfügungen, die erkennbar in Unkenntnis der Möglichkeiten medizinischer Behandlung oder späterer medizinischer Entwicklungen abgegeben wurden und bei deren Kenntnis der Betroffene wahrscheinlich eine andere Entscheidung getroffen hätte,[28] können eine Übereinstimmung von Verfügung und aktueller Situation beeinflussen. Denkbar wäre hier eine (neue) Medikation, die wesentlich geringere Beeinträchtigungen und Nebenwirkungen hat, als der Verfügende glaubte. Diese schwierige Frage ist durch Auslegung der Verfügung zu ermitteln und bedarf ggf. auch der Einbeziehung weiterer Personen entsprechend des § 1901b Abs. 2 BGB, denn es geht auch hier um die Feststellung des Patientenwillens für die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation. Es ist herauszufinden, ob die psychiatrische Verfügung in der aktuellen Situation Anwendung finden soll.

Auslegung der Patientenverfügung[29]

Auch eine Erklärung mit scheinbar eindeutigem oder widersinnigem Wortlaut ist auszulegen.[30] Nach § 133 BGB ist nicht allein der Text der Patientenverfügung maßgeblich, sondern es ist der wirkliche Wille des Verfügenden zu ermitteln.[31] Die Anwendbarkeit der Patientenverfügung auf die aktuelle Situation ist daher immer eine Frage der Auslegung, d. h. der Feststellung, ob eine Regelung für die aktuelle Situation enthalten ist.[32] Es ist daher im Rahmen der Auslegung zu fragen, was der Patient bezogen auf die aktuelle Behandlungssituation wirklich erklären wollte. Die Auslegung eröffnet dem Betreuer keine Möglichkeit, eine Entscheidung nach seinem Ermessen zu treffen, sondern er hat den Willen des Betroffenen zu erforschen. Er hat dadurch unter Umständen die Möglichkeit, von dem verfassten Text abzuweichen, wenn die Auslegung es gebietet.

Trifft die Patientenverfügung die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation nicht, so könnte sie aber als Behandlungswunsch nach § 1901a Abs. 2 BGB beachtlich oder wichtige Anhaltspunkte zur Ermittlung des mutmaßlichen Willens geben.

5. Kein Widerruf des Betroffenen

Ein weiterer Prüfungsschritt vor der Umsetzung der Patientenverfügung ist die Frage, ob der Betroffene seine Erklärung widerrufen hat oder nicht. Eine Patientenverfügung kann nach § 1901a Abs. 1 Satz 3 BGB jederzeit **formlos** widerrufen werden, während die Verfügung selbst der Schriftform des § 126 BGB bedarf. Dem Vertreter obliegt es, einen möglichen Widerruf zu prüfen und ggf. auch mit dem einwilligungsunfähigen, aber ansprechbaren Betroffenen zu besprechen.[33] Aber auch der Arzt, der eine Behandlung vornimmt, hat den Widerruf zu berücksichtigen. Für einen Widerruf müssen konkrete Anhaltspunkte für eine Willensänderung des Betroffenen vorliegen, die dem Arzt und/oder dem Vertreter erkennbar sind.[34] Der Widerruf muss eine klare Willensänderung des Patienten erkennen lassen und bei einer psychiatrischen Verfügung zwingend dokumentiert werden. Festlegungen in einer Patientenverfügung sind dann nicht mehr bindend, wenn aufgrund konkreter Anhaltspunkte anzunehmen ist, dass der Betroffene sie zum Behandlungszeitpunkt nicht mehr gelten lassen will. Probleme werden auch die Fälle bereiten, in denen der Betroffene in der Patientenverfügung bereits vorsorglich einen eigenen Widerruf ausgeschlossen hat. Ein Verzicht auf einen Widerruf käme auch hier einer Selbstentmündigung gleich und ist abzulehnen.

V. Folge einer Patientenverfügung

Hat der Betreuer/Bevollmächtige festgestellt, dass die in der Patientenverfügung vorgesehene Situation auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutrifft, hat er **dem Willen** des Verfügenden Ausdruck und Geltung zu verschaffen. Er muss zudem festgestellt haben, ob die psychiatrische Verfügung noch dem aktuellen Willen entspricht, andernfalls läge ein Widerruf vor. Er muss je nach Verfügung in eine Untersuchung, eine indizierte Behandlung oder andere ärztliche Maßnahme einwilligen oder diese untersagen.

Der Vertreter hat dabei **keinen eigenen Ermessensspielraum** – auch dann nicht, wenn Selbstschädigungen oder Nachteile für den Verfügenden befürchtet oder gar erwartet werden. Hier kann

26 *Lipp*, Fn. 11, § 17 Rdnr. 181.

27 *Marschner*, Fn. 6, 55.

28 Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drs. 16/13314, 6.

29 *Roth*, JZ 2004, 494 ff., *Hoffmann*, BtPrax 2009, 1 ff.

30 *Lipp*, Stellungnahme für den Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags zur Vorbereitung der Anhörung zum 3. BtÄndG am 4. März 2009, 14. (www.bundestag.de).

31 *Lipp*, Fn. 30, 14.

32 *Lipp*, Fn. 30, 15.

33 § 1901 Abs. 3 Satz 3 BGB.

34 BGHZ 154, 105, 210 = BtPrax 2003, 123, 126.

nicht damit argumentiert werden, dass der Wille dem Wohl des Betroffenen zuwiderläuft, mit der Folge, dass er für den Betreuer unbeachtlich wäre. Die sog. „Wohlschranke“ des § 1901 Abs. 3 Satz 1 BGB greift hier aber gerade nicht ein.[35] Im Falle einer Patientenverfügung handelt es sich um die Erklärung eines einwilligungsfähigen Patienten, dessen **Wille nicht krankheitsbedingt** war.[36] Ein Handeln des Betreuers gegen den Willen des Betreuten ist aber immer erst dann erforderlich, wenn sich dieser krankheitsbedingt zu schädigen droht.[37] War der Betroffene also bei der Abgabe der Erklärung frei verantwortlich, dann trägt er auch bei einer psychiatrischen Patientenverfügung die Last der Selbstverantwortung und damit das Risiko, an seiner Verfügung festgehalten zu werden.[38] Dieses Risiko besteht darin, dass der einmal erklärte Wille solange Geltung und Beachtung erlangt, bis der Betroffene ihn erkennbar für andere widerruft.[39] Genau darin liegt aber auch der Zweck einer psychiatrischen Verfügung, nach deren Auffassung der Verfasser offenbar das größere Risiko in einer Behandlung sieht. *Marschner* hat diesbezüglich zutreffend festgestellt: „Fantasie und psychiatrische Kunst sind gefragt, um im Dialog mit den Betroffenen den richtigen Weg für eine einverständliche Behandlung zu finden“.[40]

VI. Vorgehen bei Behandlungswünschen oder Feststellung des mutmaßlichen Willens

Für den Fall, dass keine schriftliche Patientenverfügung im Sinne des § 1901a Abs. 1 BGB vorliegt oder die Auslegung ergeben hat, dass diese nicht auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutrifft, hat der Betreuer/Bevollmächtige auf der Grundlage von aktuellen Behandlungswünschen oder des mutmaßlichen Willens zu entscheiden, ob er für den Betroffenen in eine ärztliche Maßnahme einwilligt oder nicht, § 1901a Abs. 2 Satz 2 BGB.

Der Vertreter hat den **mutmaßlichen Willen** aufgrund konkreter Anhaltspunkte zu ermitteln. Der mutmaßliche Wille ist der Wille, von dem angenommen wird, dass der Betroffene diesen aktuell erklären würde, wenn er einwilligungsfähig wäre. Dieser ist auf der Basis früherer Äußerungen (schriftlich und mündlich), ethischer und religiöser Überzeugung und sonstiger persönlicher Wertvorstellungen des Betroffenen zu ermitteln, § 1901a Abs. 2 BGB. Dabei können sich aus einer psychiatrischen Verfügung wichtige Anhaltspunkte ergeben. Es geht nicht darum, eine objektiv vernünftige Entscheidung zu finden, sondern um die Erforschung des Willens des Betroffenen zu dieser Entscheidungssituation. Auch aktuelle Äußerungen und Verhaltensweisen, die ein einwilligungsunfähiger Patient abgibt, können Rückschlüsse auf den mutmaßlichen Willen ergeben, gerade wenn sie mit dem Inhalt einer Äußerung außerhalb eines Krankheitsschubes übereinstimmen.

Davon zu unterscheiden sind **Behandlungswünsche oder Nichtbehandlungswünsche**. Dies sind z. B. allgemeine Erklärungen, z. B. keine Psychopharmaka nehmen zu wollen, also solche Äußerungen, die mangels Bestimmtheit keine antizipierte Einwilligung oder Untersagung darstellen. Ebenfalls fallen darunter Äußerungen, die der Betroffene bereits im Zustand der Einwilligungsunfähigkeit abgegeben hat. Ein Wunsch ist keine antizipierte Einwilligung oder Untersagung von ärztlichen Maßnahmen nach § 1901a Abs. 1 BGB und setzt damit zur Beachtlichkeit keine Einwilligungsfähigkeit voraus. Dies ergibt sich aus dem systematischen Kontext mit § 1901 Abs. 3 Satz 1 BGB.[41]

Dies ist insbesondere für solche Patienten von Bedeutung, die entweder bereits krankheitsbedingt einwilligungsunfähig sind oder möglicherweise wegen einer geistigen Behinderung als einwilligungsunfähig angesehen werden. Auch deren Wünsche sind für den Betreuer beachtlich und müssen berücksichtigt werden. Ob der Vertreter sich dennoch über einen Wunsch hinwegsetzen kann, ist dann wiederum eine Frage des § 1901 Abs. 3 Satz BGB, nämlich der Prüfung, ob der Wunsch dem Wohl des Betroffenen zuwiderläuft.

Ob ein Behandlungs- oder Nichtbehandlungswunsch vorliegt, ist wiederum durch Auslegung zu ermitteln. Ein solcher liegt nicht vor, wenn lediglich allgemeine Wünsche oder Wertvorstellungen, die eine Feststellung des mutmaßlichen Willens erforderlich machen, da der Vertreter noch keine Entscheidungsleitlinie vorgegeben bekommen hat.

Dem ermittelten Behandlungs- oder Nichtbehandlungswunsch ist dann zu entsprechen, sofern darin **keine krankheitsbedingte erhebliche Selbstschädigung** liegt.[42]

Gerade bei psychiatrischen Behandlungen ist stets mit besonderer Sorgfalt zu prüfen, ob Wünsche des Betroffenen nach Nichtbehandlung mit bestimmten Medikamenten oder Behandlungsformen tatsächlich krankheitsbedingt sind oder auf anderen Erwägungen beruhen, z. B. weil sie Nebenwirkungen der Behandlungsform als unerträglich empfinden. Dies gilt insbesondere auch für Menschen mit geistiger Behinderung, die auch Wünsche äußern können, die gerade nicht Ausdruck ihrer Behinderung sind.

Hat die Auslegung ergeben, dass kein Behandlungswunsch vorliegt, so hat der Vertreter unter *Einbeziehung der Angehörigen und Vertrauenspersonen* den mutmaßlichen Willen des Betreuten festzustellen. Auch dabei bleibt ihm kein eigener Ermessensspielraum, ob er die Entscheidung zum Wohl des Betreuten für richtig oder vernünftig hält. Er hat allein die Entscheidung zu ermitteln, die der Betreute in der Situation treffen würde.

VII. Psychiatrische Verfügung und Freiheitsentziehung

Psychiatrische Patientenverfügungen sind nach den dargestellten Grundsätzen bei der Vertreterentscheidung im Hinblick auf eine ärztliche Behandlung zu berücksichtigen und können ärztliche Maßnahmen wirksam ausschließen. Damit wird eine medizinische Behandlung des Verfügenden unzulässig. Fraglich ist zudem, ob eine solche Patientenverfügung auch die Entscheidung des Betreuers über eine Unterbringung nach § 1906 Abs. 1 BGB beeinflusst.

Patientenverfügungen nach § 1901a Abs. 1 BGB betreffen ausschließlich die Einwilligung oder Untersagung in eine Untersuchung des Gesundheitszustandes, eine Heilbehandlung oder einen ärztlichen Eingriff. Sie betreffen aber nicht den Regelungsbereich einer freiheitsentziehenden Unterbringung. Das bedeutet nicht, dass Erklärungen eines Betroffenen gar nicht oder nicht in einer bestimmten Einrichtung untergebracht zu werden, unbeachtlich sind. Vielmehr richtet sich die Beachtlichkeit dieser Erklärung nach § 1901 Abs. 3 Satz 1 BGB, nach der der Betreuer dem Wunsch des Betreuten grundsätzlich zu entsprechen hat.

Bei der Bedeutung von § 1901a BGB für die Unterbringung ist zu differenzieren.

1. Behandlungsunterbringung nach § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB

Nach § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB ist eine Unterbringung des Betreuten durch den Betreuer, die mit Freiheitsentziehung verbunden ist, nur zulässig, solange sie zum Wohl des Betreuten erforderlich ist, weil eine Untersuchung des Gesundheitszustandes, eine Heilbehandlung oder ein ärztlicher Eingriff notwendig ist, der ohne die Unterbringung nicht durchgeführt werden

35 *Lipp*, Fn. 11 § 17 Rdnr. 52; *Roth*, JZ 2004, 494, 495.

36 *Lipp*, Fn. 133, 13.

37 *Lipp,* Freiheit und Fürsorge, 1999, 159.

38 Allgemein zur Patientenverfügung: *Taupitz*, Gutachten A für den Deutschen Juristentag 2000, 105 f.

39 *Lipp*, Fn. 11, § 17 Rdnr. 99.

40 *Marschner*, R&P, 2009, Editorial Nr. 4.

41 Vgl. zu § 1901 Abs. 3 BGB, BGH, BtPrax 2009, 290 ff.; *Thar,* BtPrax 2010, 12 ff., *Brosey*, BtPrax 2010, 16 ff.

42 *Lipp*, Fn. 11, § 17 Rdnr. 160 m. w. N.

kann. Die Unterbringung ist aber nur dann zulässig, wenn die Untersuchung oder medizinische Maßnahme auch durchgeführt werden kann und darf.[43] Ist die Untersuchung oder die Behandlungsmaßnahme durch eine psychiatrische Patientenverfügung ausgeschlossen, so ist eine Behandlungsunterbringung von vornherein nicht zulässig, da die angestrebte Behandlung nicht durchgeführt werden darf.[44] Das **Betreuungsgericht** hätte einen Genehmigungsantrag nach § 1906 Abs. 2 BGB zu versagen.

Dies gilt natürlich auch für die Fälle, in denen eine Behandlung wegen des ermittelten entgegenstehenden, mutmaßlichen Willens des Betroffenen unzulässig wäre. Gleiches gilt, wenn der Betreuer den ablehnenden Behandlungswunsch nach § 1901 Abs. 3 Satz 1 BGB zu entsprechen hat, der Gegenstand seines Rechts auf Freiheit zur Krankheit[45] ist.

Ein psychiatrisches Testament kann damit ein wirksames Instrument sein, um eine betreuungsrechtliche Zwangsbehandlung, die nur im Rahmen der Unterbringung nach § 1906 BGB Abs. 1 Nr. 2 BGB zulässig ist, zu verhindern.

2. Verwahrungsunterbringung nach § 1906 Abs. 1 Nr. 1 BGB

Die Unterbringung nach § 1906 Abs. 1 Nr. 1 BGB erfolgt nicht, um den Betreuten zu behandeln, sondern allein unter dem Gesichtspunkt einer Gefahr, dass der Betreute sich selbst tötet oder erheblichen gesundheitlichen Schaden zufügt. Eine Patientenverfügung, die eine Behandlung untersagt, kann daher diese Form der Unterbringung nicht ausschließen.

Fraglich ist, ob eine Vorausverfügung des Patienten, die eine Unterbringung als solche ausschließt, Verbindlichkeit für den Betreuer hat. Maßgeblich dafür ist § 1901 Abs. 3 Satz 1 und 2 BGB. Danach ist der Betreuer an Wünsche – auch an frühere – des Betreuten gebunden, sofern sie dem Wohl des Betreuten nicht zuwiderlaufen.

Ist die Verfügung im selbstbestimmten Zustand verfasst worden und lässt sie erkennen, dass der Betroffene die für ihn gefährliche Situation erwogen hat, so ist dieser Wunsch des Betreuten zu respektieren.[46] Ein vorausverfügter Wunsch kann daher auch eine Verwahrungsunterbringung ausschließen, wenn er auf einer selbstbestimmten Entscheidung des Betroffenen beruht. Die Würde des Menschen gebietet es, sein im einwilligungsfähigen Zustand ausgeübtes Selbstbestimmungsrecht auch dann noch zu respektieren, wenn er zu einer eigenverantwortlichen Entscheidung nicht mehr in der Lage ist.[47] Ob diese Grundsätze auch auf Eigengefährdungen psychisch kranker Menschen übertragbar sind, wird noch umfassend zu diskutieren sein.

Es stellt sich die Frage, ob bei irreversibler erheblicher Schädigung der vorausverfügte Wille jeglicher fürsorgerischen Handlung durch den Betreuer entgegensteht. Damit ist die Diskussion verbunden, ob bestimmte höherwertige Interessen und Rechtsgüter Vorrang gegenüber dem Wunsch des Betreuten genießen.[48] Wegen des hohen Gewichts des Rechtsgutes Leben und der Irreversibilität einer Selbsttötung könnte der Vorrang des Wunsches auf Nichtunterbringung bei einer bestehenden Suizidgefahr oder auch der Gefahr einer irreversiblen Gesundheitsschädigung zweifelhaft sein. Gestützt wird dies durch statistische Erhebungen, wonach die überwiegende Zahl der Suizidenten nicht wirklich sterben wollte.[49]

Hat der Betreute für den Fall eines Suizides vorsorglich verfügt, unbedingt sterben zu wollen, so muss es auf zweierlei ankommen. Der Suizid darf nicht krankheits- oder behinderungsbedingt sein, sondern muss auf einer eigenverantwortlichen Entscheidung beruhen.[50] Daneben muss feststehen, dass der Betreute weiterhin erkennbar an diesem Wunsch festhalten will.

Stellt sich eine Erklärung im Hinblick auf die Ablehnung einer geschlossenen Unterbringung des Betreuten als eigenverantwortlich dar, so ist diese als Bestandteil der Selbstbestimmung des Betreuten zu akzeptieren und von dem Betreuer zur Geltung zu bringen. Der Betreuer muss aber auch noch überprüfen, ob die Erklärung des Betroffenen auf die aktuelle Lebenssituation zutrifft und ob der Betreute erkennbar noch an seiner Verfügung festhalten will (§ 1901 Abs. 3 Satz 2 BGB). Auch hier ist es wiederum möglich, dass der Betroffene seine Erklärung widerrufen hat (s. o.).

Damit kann ein psychiatrisches Testament auch eine Unterbringung durch den Betreuer/Bevollmächtigten ausschließen, wenn es auf einer eigenverantwortlichen Entscheidung beruht.

3. Freiheitsentziehende Maßnahmen nach § 1906 Abs. 4 BGB.

Im Rahmen von psychiatrischen Verfügungen ist es denkbar, dass Unterbringungen gerade nicht ausgeschlossen werden oder die Auslegung der Verfügung dies ergibt. Zur Durchführung einer Unterbringung können ebenfalls Angaben gemacht werden. Dies kann insbesondere das Einverständnis oder den Ausschluss (bestimmter) freiheitsentziehender Maßnahmen betreffen. Auch hier kann eine Vorausverfügung, die im eigenverantwortlichen Zustand verfasst worden ist, bindende Wirkung für den Betreuer/Bevollmächtigten haben. Es gelten die zu § 1901 Abs. 3 Satz 1 und 2 BGB ausgeführten Erwägungen. Der Wille des Betroffenen zur der jeweiligen Entscheidung ist zu ermitteln.

VIII. Patientenverfügung und PsychKG

Die Bedeutung der psychiatrischen Verfügung für Behandlung und Unterbringung wurde im Hinblick auf die Entscheidung des Vertreters dargestellt, da die Verfügung für den Vertreter verbindlich oder zumindest beachtlich ist. Inwieweit diese auch Auswirkungen auf das PsychKG hat, ist umstritten und soll hier nur in Kürze erörtert werden, da das Verhältnis von Betreuungsrecht und PsychKG ohnehin Fragen aufwirft.[51]

Bei einer Unterbringung nach den Landesunterbringungsgesetzen kommt es auf die Entscheidung des Vertreters gar nicht an. Bei einer Behandlung kann die Vertreterentscheidung ebenfalls nicht notwendig sein.[52] Eine Zwangsbehandlung soll daher im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Unterbringungsgesetze möglich sein, so es eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage gibt.[53] Aktueller Wille wie auch der vorab erklärte Wille des Betroffenen sollen hier ihre Grenze finden.[54] Dies erscheint zumindest fraglich.

Nach § 18 Abs. 3 PsychKG NRW bedarf eine Behandlung der Einwilligung des Betroffenen oder, im Falle der Einwilligungsunfähigkeit, der des Vertreters. Dieser Vertreter ist auch hier im Verhältnis zum Betroffenen durch § 1901a BGB an die psychiatrische Verfügung gebunden. Insofern ist der Vertreter auch im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Unterbringung nicht frei in seiner Entscheidung. Daneben bietet § 18 Abs. 4 PsychKG NRW eine weitere Regelung:

„Nur in den Fällen von Lebensgefahr, von erheblicher Gefahr für die eigene und für die Gesundheit anderer Per-

43 BGH, BtPrax 2008, 115 ff.

44 *Lipp*, Fn.11, § 17 Rdnr. 182.

45 BVerfGE 58, 208-233.

46 *Brosey*, Wunsch und Wille des Betreuten bei Einwilligungsvorbehalt und Aufenthaltsbestimmungsrecht, 2009, S 184.

47 BGHZ 154, 205 ff., BtPrax 2003, 123 ff. zur Bindungswirkung von Patientenverfügungen.

48 BGH, BtPrax 2009, S 290 ff.

49 *Coeppicus*, Sachfragen des Betreuungs- und Unterbringungsrechts, Stuttgart, 2000, S 206 m. w. N.

50 OLG Zweibrücken, FGPrax 2006, 23 ff., OLG Hamm FamRZ 2007, 934 f.

51 Z. B. OLG München v. 7.4.2009, BtPrax 2009, S 243 f.

52 Z.B. § 11 PsychKG NRW, § 18 Abs. 3 und Abs. 4 PsychKG NRW für die Behandlung gegen oder den Willen.

53 *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, 6. Auflage 2008, Rdnr. 825, 851.

54 OLG Hamm, FamRZ 2007, S 934, OLG Schleswig, BtPrax 2008, S 43.

sonen ist die Behandlung ohne oder gegen den Willen Betroffener oder deren gesetzlicher Vertretung oder der rechtsgeschäftlich Bevollmächtigten zulässig."

Auch diese Vorschrift muss seit dem 1.9.2009 im Licht des § 1901a BGB ausgelegt werden.[55] Dem Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen ist im Rahmen der PsychKG's Rechnung zu tragen. Das Selbstbestimmungsrecht ist durch das Grundgesetz geschützt (Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 GG) und damit bei der Auslegung einfachgesetzlicher Regelungen zu beachten. Eingegriffen werden darf zwar grundsätzlich auf der Basis eines Gesetzes, doch muss dieser Eingriff verhältnismäßig sein.

Dabei könnte ihm Rahmen des PsychKG zu unterscheiden sein, ob die Zwangsmaßnahme wegen Fremd- oder Eigengefährdung erfolgt.

Eine Zwangsbehandlung im Falle einer erheblichen **Eigengefährdung** beruht ebenso, wie die betreuungsrechtliche Behandlungsunterbringung, auf dem Gedanken der Rechtsfürsorge und des Schutzes des Betroffenen vor Selbstschädigungen. Ist der Betroffene eigenverantwortlich oder hat er eine verbindliche Vorausverfügung verfasst, so muss der Staat das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen anerkennen.[56] Zwangsmaßnahmen wären dann bei Eigengefährdung und einer verbindlichen psychiatrischen Verfügung auch hier unzulässig und von dem behandelnden Arzt zu berücksichtigen. Diese Frage gilt es künftig zu diskutieren und sinnvoll zu beantworten.

Nur bei einer Fremdgefährdung kann eine psychiatrische Verfügung unbeachtet bleiben, da es hier um die Rechtsgüter Dritter geht, über die der Betroffene in seiner Verfügung nicht disponieren kann.[57]

IX. Schlussbetrachtung

Patientenverfügungen haben über den Bereich der Entscheidungen am Lebensende eine große Bedeutung. § 1901a Abs. 1 und Abs. 2 BGB normieren die Umsetzungspflicht von Patientenverfügungen und verdeutlichen die Tragweite von Behandlungswünschen und mutmaßlichem Willen als Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts. Das Betreuungsrecht hat die Aufgabe, die Selbstbestimmung des Betreuten zu verwirklichen. Dem Vertreter kommt die Aufgabe zu, Entscheidungen zu treffen, die dem Selbstbestimmungsrecht des Vertretenen entsprechen. Gerade im Bereich der psychiatrischen Behandlung und Unterbringung wird dies ein Instrument sein, welches die Betroffenen nutzen werden, um sich vor Zwangsbehandlungen zu schützen. Das Betreuungsrecht erlaubt fürsorglichen Schutz des Betroffenen nur dort, wo der Schutz notwendig ist, weil sich der Betreute **aufgrund** seiner psychischen Krankheit, geistigen oder seelischen Behinderung erheblich schädigt.

Es wird notwendig sein, die Bedeutung der psychiatrischen Verfügungen für das öffentlich-rechtliche Unterbringungsrecht noch weiter herauszuarbeiten. ◀

55 *Olzen*, Gutachten v. 2.12.2009: Die Auswirkungen der UN-Behindertenrechtskonvention auf die Unterbringung und Zwangsbehandlung nach § 1906 BGB und §§ 10 ff. PsychKG NRW, 11; Quelle: http://media.dgppn.de/mediadb/media/dgppn/pdf/aktuell/gutachten-zur-behindertenrechts-konvention.pdf.

56 *Olzen*, Fn. 55, 12, der in einer Zwangsbehandlung gegen den festbestellbaren Willen auch eine Ungleichbehandlung im Sinne des Art. 12 der UN- Behindertenkonvention sieht.

57 Zur Zwangsbehandlung im Rahmen des Maßregelvollzugs BVerfG, BtPrax 2009, 234-235.

Prof. Dr. Werner Bienwald*

Brauchen wir eine (bundes-) gesetzliche Regelung der Zahl der Kontakte zwischen Betreuer und Betreutem?

1. Anlass für die Frage

Anfang des Jahres erhielten Fachkreise und Verbände den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Vormundschaftsrechts und damit die Gelegenheit zu einer Stellungnahme. Die Vorlage des Entwurfs beruht auf einem Beschluss der Bundesregierung auf ihrer Kabinettsklausur in Meseberg. Der Entwurf stellt eine erste Reaktion auf die in den vergangenen Monaten und wenigen Jahren erfahrenen Fälle von Kindesmisshandlung und Kindesvernachlässigung, zum Teil begangen mit Todesfolge, dar. Der Entwurf sieht vor, die Notwendigkeit ausreichenden persönlichen Kontakts des Vormunds mit seinem Mündel im Gesetz zu verankern; die Pflicht des Vormunds zur Aufsicht über die Pflege und Erziehung des Mündels hervorzuheben; die jährliche Berichtspflicht auf den persönlichen Kontakt auszudehnen; den persönlichen Kontakt zum Gegenstand der Aufsicht des Familiengerichts zu machen und die Fallzahlen in der Amtsvormundschaft auf 50 Vormundschaften/Pflegschaften je Mitarbeiter zu begrenzen.

Die nach § 1837 Abs. 2 Satz 1 BGB beabsichtigte Einfügung des Satzes „Es hat insbesondere die Einhaltung der erforderlichen persönlichen Kontakte des Vormunds mit dem Mündel zu überwachen" würde bereits aufgrund der Verweisungsvorschrift des § 1908i Abs. 1 Satz 1 BGB im Betreuungsrecht sinngemäß zu berücksichtigen sein. Ob auch für den persönlichen Kontakt des Betreuers zu seinem Betreuten eine dem vorgelegten Entwurf entsprechende Kontaktpflicht eingeführt werde, bedürfe nach Aussage des Entwurfs (Begründung S 5) noch der Prüfung. Die Entwurfsbegründung weist in diesem Zusammenhang auf Ergebnisse der Evaluation des 2. BtÄndG und eine dort getroffene Feststellung hin, dass die durchschnittliche Zahl der Kontakte von bisher einmal monatlich auf vierteljährlich einmal zurückgegangen sei.

2. Mangelhafte Praxis keine zwangsläufige Folge anscheinend fehlender Regelungen

Bereits während der Entstehungszeit des Betreuungsgesetzes und danach immer wieder wird darauf hingewiesen, dass nicht die im BGB getroffenen Regelungen rechtlicher Betreuung, sondern deren Umsetzung die Qualität der Betreuungsarbeit im weiteren Sinne beeinflussen. Obwohl das Grundrecht des rechtlichen Gehörs vor Gericht (Art. 103 Abs. 1 GG) seit In-Kraft-Treten des Grundgesetzes gilt, litten noch zu Zeiten des Vormundschafts- und Pflegschaftsrechts für Volljährige viele Verfahren darunter, dass verabsäumt wurde, dem Betroffenen rechtliches Gehör zu gewähren. Und obwohl der Gesetzgeber des Betreuungsgesetzes im Hinblick auf

* Der Autor ist Rechtsanwalt in Oldenburg i. O.

Familie · Betreuung· Soziales

Unentbehrlich
im Betreuungsrecht!

BtPrax

Jetzt attraktive Prämie sichern!

Betreuungsrechtliche Praxis

Die Zeitschrift für soziale Arbeit, gutachterliche Tätigkeit und Rechtsanwendung in der Betreuung

Die BtPrax ist das interdisziplinäre Informations- und Diskussionsforum für alle Beteiligten des Betreuungswesens. Bereits seit Bestehen des Betreuungsrechts erhalten Sie mit jeder Ausgabe umfassende Informationen, wichtige Rechtsprechung sowie konkrete Praxishilfen zum gesamten Betreuungs- und Unterbringungsrecht und angrenzenden Rechtsgebieten.

Die BtPrax richtet sich an alle mit der rechtlichen Betreuung und angrenzenden Themenbereichen befassten Berufsgruppen, insbesondere:

- Betreuer, insbesondere Berufsbetreuer
- Betreuungsbehörden
- Betreuungsvereine
- Betreuungsgerichte
- Rechtsanwälte
- Wohlfahrtsverbände
- Alten- und Pflegeheime

Die systematische Auswertung der einschlägigen Rechtsprechung bietet Ihnen Rechtssicherheit in Ihrem Berufsalltag.

Das Inhaltsverzeichnis jeder Ausgabe, aktuelle Nachrichten sowie Leseproben finden sie im Internet auf www.btprax.de.

ISSN 0942-2390
Format: A4
Erscheinungsweise:
alle zwei Monate, jeweils zur Mitte eines geraden Monats
Jahresabonnementpreis: 113,30 €
Vorzugspreis:
für Mitglieder des BdB, BGT, VfB und Studenten 83,70 €
(gegen Nachweis)

Preise inkl. MwSt. und Versandkosten (deutschlandweit)

In Zusammenarbeit mit
BGT
Betreuungsgerichtstag e.V.

Werden Sie jetzt BtPrax-Abonnent!

Sichern Sie sich eine unserer attraktiven Prämien für ein Jahresabonnement oder testen Sie das **3 für 2 Kennenlern-Abo.**

Bundesanzeiger Verlag
www.bundesanzeiger-verlag.de

Jetzt versandkostenfrei (deutschlandweit) bestellen:

www.bt-portal.de/praemie

Bestellung und Beratung: Tel. 0221 / 9 76 68-229

Fax: 0221/ 9 76 68-236 · in jeder Fachbuchhandlung

BESTELLSCHEIN

→ Bestellung und Beratung: Tel. 0221/9 76 68-229

→ www.bundesanzeiger-verlag.de/btprax
→ **per Fax** an 02 21/9 76 68-236
→ in jeder **Fachbuchhandlung**
→ im **Fensterkuvert** einsenden an:

Bundesanzeiger Verlag
Postfach 10 05 34
50445 Köln

Prämie Nr. 1 (6107265)
EVA SOLO Design-Wasserkocher, weiß

- Kanne rotiert um 360° auf der Basis und ist kabellos
- Tropfschutz
- Abschaltautomatik
- Henkel mit Gummibeschichtung.
- Inhalt: ca. 1,5 l
- Leistung: max. 2.400 Watt
- Farbe: weiß

Prämie Nr. 2 (6779395)
Gutschein „Tchibo" 50,– €

Prämie Nr. 3 (6059716)
Gutschein „Douglas" 50,– €

Prämie Nr. 4 (6059708)
Gutschein „Amazon" 50,– €

Jahresabonnement plus Prämie!

☐ **Ja,** ich möchte die Zeitschrift „BtPrax" direkt im Jahresabonnement für 113,30 € bestellen.

☐ **Ja,** ich bin Mitglied des BGT, BdB, BVfB oder Student und möchte die Zeitschrift „BtPrax" im Jahresabonnement für 83,70 € bestellen.

Preise inkl. MwSt. und Versandkosten (deutschlandweit)

Als Dankeschön erhalte ich Prämie Nr. .....
Sie bekommen die Prämie zugesendet, nachdem die Zahlung des Jahresabonnementpreises bei uns eingegangen ist.

3 für 2 Kennenlern-Abonnement!

☐ **Ja,** ich möchte die Zeitschrift „BtPrax" im Kennenlern-Abonnement für nur 35,60 €* bestellen.

Preis inkl. MwSt. und Versandkosten (deutschlandweit)

Ich erhalte drei Ausgaben zum Preis von zwei!

☐ Bitte senden Sie mir ein **kostenloses Probeheft** zu!

ABSENDER:

Firma

Name, Vorname

Straße, Nr.

PLZ, Ort

Telefon | Fax

E-Mail – wichtig bei der Bestellung von Online-Produkten

☐ **Ja,** ich möchte kostenlos über Neuerscheinungen, Angebote und Aktionen per E-Mail auf dem Laufenden gehalten werden. Diese Zustimmung ist freiwillig und kann jederzeit unter vertrieb@bundesanzeiger.de widerrufen werden.

Datum, Unterschrift 11001709

3 FÜR 2 KENNENLERN-ABONNEMENT

* Wenn ich das Produkt darüber hinaus regelmäßig beziehen möchte, brauche ich nichts weiter zu unternehmen. Das reguläre Abonnement beginnt dann mit der nächsten Ausgabe zum Jahresabonnementpreis. Wenn ich an der Lieferung weiterer Ausgaben nicht interessiert bin, teile ich dies dem Bundesanzeiger Verlag oder meiner Fachbuchhandlung spätestens innerhalb einer Woche nach Erhalt der dritten Ausgabe mit.

Es ist nicht möglich, die beide oben genannten Abonnementangebote miteinander zu kombinieren.

VERBRAUCHERSCHUTZHINWEIS:

Bitte beachten Sie unsere AGB sowie die Widerrufsbelehrungen auf unserer Webseite: shop.bundesanzeiger-verlag.de/agb.

DATENSCHUTZHINWEIS:

Ihre Daten sind bei uns in sicheren Händen! Informationen zu unseren AGB und Datenschutzbestimmungen finden Sie unter www.bundesanzeiger-verlag.de.

Ihre Bundesanzeiger Verlag GmbH.

VIELEN DANK FÜR IHRE BESTELLUNG!

www.bundesanzeiger-verlag.de

Bundesanzeiger Verlag