

Schriften zum Betreuungsrecht

Band 1

Patientenverfügungen psychisch kranker Personen und fürsorglicher Zwang

Von

Jens Diener



Duncker & Humblot · Berlin

JENS DIENER

Patientenverfügungen psychisch kranker Personen
und fürsorglicher Zwang

Schriften zum Betreuungsrecht

Herausgegeben von

Adrian Schmidt-Recla und Bernd-Rüdiger Kern

Band 1

Patientenverfügungen psychisch kranker Personen und fürsorglicher Zwang

Von

Jens Diener



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristenfakultät der Universität Leipzig
hat diese Arbeit im Wintersemester 2012/2013
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2013 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 2197-1447
ISBN 978-3-428-14130-2 (Print)
ISBN 978-3-428-54130-0 (E-Book)
ISBN 978-3-428-84130-1 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorbemerkung der Herausgeber

Mit der vorliegenden Studie eröffnen die Herausgeber die „Schriften zum Betreuungsrecht“. Diese Schriftenreihe ist notwendig, weil das private und das öffentliche Fürsorge-, Betreuungs- und Unterbringungsrecht, insoweit es sich auf volljährige Personen bezieht, binnen historisch kurzer Frist eine praktische Relevanz gewonnen hat (und infolge der Veralterung der Gesellschaft weiter gewinnen wird), die bislang nicht nennenswert kritisch-wissenschaftlich begleitet wird. Zwar hat das Thema „Patientenverfügung“ in den vergangenen Jahren einige Dissertationsschriften hervorgebracht und zwar existieren einige Kommentarwerke – vor allem aus hoch verdienter Praktikerhand. Aber: Sowohl Grundfragen als auch charakteristische Spezialprobleme des materiellen und des prozessualen Fürsorge-, Betreuungs- und Unterbringungsrechts sind bislang wenig monographisch untersucht. Was ebenfalls fehlt, sind kritische Blicke auf die Rechtstatsachen, sowohl im Bereich der Betreuungsarbeit als auch in der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Vorzüge und Schwächen des geltenden Fürsorge- und Betreuungsrechts, das sich vor mehr als zwanzig Jahren von der Entmündigung lösen und an deren Stelle das neue Paradigma von der helfenden Unterstützung setzen wollte, sind ohne diese kritische Reflexion nicht genügend erkennbar.

Band 1 eröffnet die Schriftenreihe mit einem Thema, das genau an der Schnittstelle der Diskurse angesiedelt ist. Während die Diskussionen um die Patientenverfügung sich seit etwa 2009 beruhigten, rissen die UN-Behindertenrechtskonvention und das BVerfG kurz danach Lücken in das bisherige Modell der Behandlung psychisch kranker, volljähriger Personen. Es sind dogmatische Grundpfeiler, die hier ins Wanken gerieten und die durch eine Verzahnung der Argumentationsstränge wieder gefestigt werden könnten. Diesen Versuch unternimmt der Eröffnungsband der Schriftenreihe; weitere Arbeiten werden folgen.

Die Herausgeber danken dem Verlag Duncker & Humblot und seinem Geschäftsführer Dr. Florian R. Simon, LL.M., für den Rahmen, der sich mit der Schriftenreihe für die kritische Reflexion über Grundfragen des Fürsorge- und Betreuungsrechts eröffnet und der dazu beitragen kann, ein noch weitgehend unerschlossenes Rechtsgebiet zu kultivieren.

Leipzig, im Juni 2013

*Adrian Schmidt-Recla
Bernd-Rüdiger Kern*

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2012/2013 von der Juristenfakultät der Universität Leipzig als Dissertation angenommen.

Zu Beginn der Arbeit war nicht absehbar, welche Dynamik der Themenkomplex „Patientenverfügung und fürsorglicher Zwang“ im Allgemeinen gewinnen wird. Erst nach den Entscheidungen des BVerfG vom 23. März 2011 und vom 12. Oktober 2011 zur Verfassungswidrigkeit verschiedener landesgesetzlicher Eingriffsgrundlagen zur Zwangsbehandlung konnte erahnt werden, in welcher historischen Umbruchphase sich das Recht der Zwangsbehandlung – sowohl öffentlich-rechtlich als auch betreuungsrechtlich – befindet. Wenige Wochen nach Einreichung der Arbeit überschlugen sich die Ereignisse: Der BGH griff mit Beschluss vom 20. Juni 2012 die vom BVerfG vorgegebene Linie auf und erklärte in Abkehr zu seiner durchaus noch jungen Rechtsprechung aus dem Jahre 2006 die Zwangsbehandlung auf Grundlage des Betreuungsrechts für unzulässig. Der Gesetzgeber hat hierauf mit dem Gesetz zur Regelung der betreuungsrechtlichen Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme vom 18. Februar 2013 – in Kraft seit dem 26. Februar 2013 – reagiert und eine ausdrückliche Ermächtigungsgrundlage zur medizinischen Zwangsbehandlung in das BGB eingefügt. Davon unabhängig wurde durch das Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 20. Februar 2013 in die durch das Dritte Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts geschaffene Rechtslage im praktischen Ergebnis abermals eingegriffen.

Dieses durchaus widrige Umfeld stellte für die vorliegende Arbeit eine erhebliche Herausforderung dar. Um die Nußschale der Dissertation bis zur abschließenden Veröffentlichung durch die stürmische See zu steuern, wurden die skizzierten aktuellen Entwicklungen im erforderlichen Umfang aufgegriffen und eingearbeitet. Nicht mehr berücksichtigt werden konnte das Werk von Götz, „Die rechtlichen Grenzen der Patientenautonomie bei psychischen Erkrankungen“, da die Arbeiten am Manuskript bei Erscheinen bereits abgeschlossen waren.

Großer und nicht genug zu betonender Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Schmidt-Recla, der mir stets als kritischer und motivierender Diskussionspartner zur Verfügung stand. Herrn Prof. Dr. Kern danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens.

In privater Hinsicht danke ich meiner Frau Anne, die mir den notwendigen zeitlichen Freiraum zur Erstellung der Arbeit ermöglichte, was bei einer jungen Familie mit Kindern keinesfalls selbstverständlich ist.

Saarbrücken, im Mai 2013

Jens Diener

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	17
B. Die Entwicklung des Rechts der Patientenverfügung	24
I. Die Rechtslage vor dem 1. September 2009	24
1. Allgemeines	24
2. Diskussion in der Literatur	25
a) Begriff der Patientenverfügung	25
b) Dogmatische Einordnung der Patientenverfügung	28
c) Wirksamkeitsvoraussetzungen	29
d) Anwendungssituationen	30
e) Bindungswirkung	30
3. Entwicklung der Rechtsprechung	32
a) BGHSt 32, 367 – sog. Wittig Fall, Urteil vom 4. Juli 1984	32
b) BGHSt 40, 257 – sog. Kemptener Urteil vom 13. September 1994	33
c) BGHZ 154, 205 – sog. Lübecker Fall, Beschluss vom 17. März 2003	34
d) BGHZ 163, 195 – sog. Traunsteiner Fall, Beschluss vom 8. Juni 2005	35
e) Analyse der Rechtsprechung	36
f) Zusammenfassende Bewertung des Diskussionsstandes	38
II. Das Gesetzgebungsverfahren vorbereitende Materialien	39
1. Arbeitsgruppe 2003 „Patientenautonomie am Lebensende“	39
a) Allgemeines	39
b) Thesen zum Selbstbestimmungsrecht	39
c) Thesen zu Inhalt, Form und Verbindlichkeit von Patientenverfügungen	41
d) Besonderheiten in Bezug auf psychische Erkrankungen	42
e) Zusammenfassende Bewertung	43
2. Enquete-Kommission „Ethik und Recht der modernen Medizin“	44
a) Allgemeines	44
b) Zwischenbericht „Patientenverfügungen“ vom 13. September 2004	45
aa) Wirksamkeitsvoraussetzungen	47
bb) Verbindlichkeit und Reichweite	47
c) Sachbericht vom 6. September 2005	48
d) Besonderheiten in Bezug auf psychische Erkrankungen	48

e) Zusammenfassende Bewertung	49
III. Das Gesetzgebungsverfahren	50
1. Allgemeines	50
2. Stünker-Entwurf	50
a) Begriff	50
b) Wirksamkeitsvoraussetzungen	51
c) Reichweite des Selbstbestimmungsrechts	51
d) Besonderheiten in Bezug auf psychische Erkrankungen	53
3. Bosbach-Entwurf	53
a) Begriff	53
b) Wirksamkeitsvoraussetzungen	53
c) Reichweite des Selbstbestimmungsrechts	54
d) Besonderheiten in Bezug auf psychische Erkrankungen	56
4. Zöller/Faust-Entwurf	56
a) Begriff	56
b) Wirksamkeitsvoraussetzungen	56
c) Reichweite des Selbstbestimmungsrechts	57
d) Besonderheiten in Bezug auf psychische Erkrankungen	58
5. Beschlussempfehlungen und Bericht des Rechtsausschusses	58
6. gesetzgeberisches Leitbild – Beratungen im Plenum	59
a) Orientierungsdebatte zum Thema Patientenverfügungen am 29. März 2007	59
b) Erste Beratung des Stünker-Entwurfs am 26. Juni 2008	60
c) Erste Beratung der Entwürfe Bosbach und Zöller/Faust am 21. Januar 2009	61
d) Zweite und dritte Beratung der Entwürfe am 18. Juni 2009	62
7. Zusammenfassende Bewertung	62
C. Die Rechtslage nach dem Dritten Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts unter besonderer Berücksichtigung der Patientenverfügung von psychisch kranken Menschen	64
I. Anwendbarkeit des Rechts der Patientenverfügung bei psychischen Krankheiten	64
II. Begriff der psychischen Krankheit	65
1. Das medizinische Verständnis des Begriffs „psychische Krankheit“	65
2. Das juristische Verständnis des Begriffs „psychische Krankheit“	68
a) Begriff im BGB	68
b) Begriff in den Unterbringungsgesetzen der Länder	69
c) Begriff in der Europäischen Menschenrechtskonvention	70
d) Zusammenfassung	72
3. Der Sachverständige in Schnittstellenfunktion	72

a) Das Erfordernis medizinischen Sachverständes	72
b) Verfahrensrechtliche Absicherung	74
III. Begriff der Patientenverfügung gemäß § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB	76
IV. Wirksame Errichtung und Widerruf einer Patientenverfügung	78
1. Volljährigkeit	78
2. Schriftliche Festlegung	78
3. Einwilligungsfähigkeit im Zeitpunkt der Errichtung	79
4. Der Zustand der Einwilligungsunfähigkeit	84
5. Begriffliche Einschränkungen der Gestaltungsmöglichkeiten	85
a) Das Bestimmtheitserfordernis	85
b) Das Unmittelbarkeitserfordernis	89
6. Widerruf der Patientenverfügung	89
a) Erfordernis der Einwilligungsfähigkeit für den Widerruf	89
b) Möglichkeit des Ausschlusses der Widerrufsmöglichkeit	94
V. Die Durchsetzung des in der Patientenverfügung festgehaltenen Willens ..	101
1. Das sog. „Vier-Augen-Prinzip“	101
a) Ausgangsposition nach dem Dritten Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts	101
b) Veränderte Rechtslage nach dem Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 20. Februar 2013	104
2. Vermeidung der Einrichtung einer Betreuung durch Vorsorgevollmacht	107
3. Vorausverfügungen nach § 1901a Abs. 2 BGB	109
4. Problematik der Notfallmaßnahmen	110
a) Ausgangsposition nach dem Dritten Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts	110
b) Veränderte Rechtslage nach dem Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 20. Februar 2013	117
5. Genehmigung des Betreuungsgerichts bei ärztlichen Maßnahmen	120
VI. Zusammenfassung und Bewertung der wesentlichen Ergebnisse	122
D. Möglichkeiten der antizipierten Selbstbestimmung bei Zwangsmaßnahmen gegen psychisch kranke Menschen	126
I. Allgemeines	126
II. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen des Selbstbestimmungsrechts	129
1. Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG)	130
2. Allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)	134
3. Allgemeines Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG)	135
4. Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG)	136

5. Zusammenfassung	137
III. Möglichkeiten antizipierter Selbstbestimmung	138
1. Patientenverfügungen im Sinne des § 1901a Abs. 1 BGB	138
2. Vorausverfügungen gemäß § 1901a Abs. 2 BGB	139
3. Vorausverfügungen gemäß § 1901 Abs. 3 BGB	140
a) Verhältnis des § 1901 Abs. 3 BGB zu §§ 1901a ff. BGB	140
b) Der „Wunsch-Wohl-Konflikt“ in § 1901 Abs. 3 BGB	141
4. Behandlungsvereinbarungen	145
IV. Zwangsmaßnahmen auf Grundlage des BGB	146
1. Betreuerbestellung nach § 1896 Abs. 1 BGB	147
2. Einrichtung eines Einwilligungsvorbehalts nach § 1903 Abs. 1 BGB ..	150
3. Unterbringungen gemäß § 1906 Abs. 1 BGB	150
a) Unterbringung wegen Eigengefährdung, § 1906 Abs. 1 Nr. 1 BGB ..	150
aa) Einflussnahme durch eine Patientenverfügung gemäß § 1901a Abs. 1 BGB	151
bb) Einflussnahme durch eine Vorausverfügung gemäß § 1901a Abs. 2 BGB	152
cc) Einflussnahme durch eine Vorausverfügung gemäß § 1901 Abs. 3 BGB	153
dd) Verfassungsmäßigkeit des gefundenen Ergebnisses	155
(1) Die Prämissen Broseys – Schärfung der Betrachtungsweise	156
(2) Herleitung des Selbstbestimmungsrechts in den zu beurteilenden Fällen	158
ee) Zusammenfassung	163
b) Unterbringung zur Untersuchung des Gesundheitszustands, zur Heilbehandlung oder zur Vornahme eines ärztlichen Eingriffs, § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB	163
aa) Einflussnahme durch eine Patientenverfügung gemäß § 1901a Abs. 1 BGB	165
bb) Einflussnahme durch eine Vorausverfügung gemäß § 1901a Abs. 2 BGB	167
cc) Einflussnahme durch eine Vorausverfügung gemäß § 1901 Abs. 3 BGB	168
dd) Zusammenfassung	169
4. Unterbringungssähnliche Maßnahmen gemäß § 1906 Abs. 4 BGB	169
a) Freiheitsentzug durch Sedierung	170
aa) Einflussnahme durch eine Patientenverfügung gemäß § 1901a Abs. 1 BGB	171
bb) Einflussnahme durch Vorausverfügungen gemäß § 1901a Abs. 2 BGB	174

cc) Einflussnahme durch Vorausverfügungen gemäß § 1901 Abs. 3 BGB	174
b) Freiheitsentzug durch mechanische Vorrichtungen oder auf „andere Weise“	175
5. Zusammenfassung zu den Zwangsmaßnahmen auf Grundlage des BGB	176
V. Zwangsmaßnahmen auf Grundlage der Unterbringungsgesetze der Länder (ohne verfahrensrechtliche Zwangsmaßnahmen)	177
1. Allgemeines	177
2. Verhältnis der öffentlich-rechtlichen Unterbringung zur Unterbringung auf Grundlage des BGB	178
3. Einwirkungsmöglichkeiten auf das Recht der öffentlich-rechtlichen Unterbringung	182
a) Die Eingriffsgrundlage setzt die Einwilligung des Betreuers voraus; bei der in Rede stehenden Maßnahme handelt es sich um eine medizinische Maßnahme (Fallgruppe 1)	184
b) Die Eingriffsgrundlage setzt die Einwilligung des Betreuers voraus; bei der in Rede stehenden Maßnahme handelt es sich nicht um eine medizinische Maßnahme (Fallgruppe 2)	185
c) Die Einwilligung des Betreuers ist keine Tatbestandsvoraussetzung der Eingriffsgrundlage; bei der in Rede stehenden Maßnahme handelt es sich um eine medizinische Maßnahme (Fallgruppe 3)	185
d) Die Einwilligung des Betreuers ist keine Tatbestandsvoraussetzung der Eingriffsgrundlage; bei der in Rede stehenden Maßnahme handelt es sich nicht um eine medizinische Maßnahme (Fallgruppe 4) ..	186
4. Einflussmöglichkeiten auf die öffentlich-rechtliche Unterbringung	187
a) Situation in den Ländern	187
b) Anwendbarkeit des § 1901a BGB am Beispiel des § 10 Abs. 2 PsychKG Sachsen	188
c) Einflussnahme durch Vorausverfügungen außerhalb des Anwendungsbereichs des § 1901a BGB	188
aa) Unterbringung wegen Fremdgefährdung gemäß § 10 Abs. 2 Alt. 2 PsychKG Sachsen	189
bb) Unterbringung wegen Selbstgefährdung gemäß § 10 Abs. 2 Alt. 1 PsychKG Sachsen	190
d) Ergebnis	191
5. Einflussnahme auf die Zwangsbehandlung nach dem PsychKG	191
a) Situation in den Ländern	191
b) Verfassungsmäßigkeit der Eingriffsgrundlagen – Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	193
aa) Beschluss vom 23. März 2011, Az: 2 BvR 882/09	193
bb) Beschluss vom 12. Oktober 2011, Az: 2 BvR 633/11	194

cc) Rückschlüsse aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf die Eingriffsgrundlagen für Zwangsbehandlungen im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Unterbringung	195
c) Auswirkungen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf den Fortgang der Untersuchung	198
d) Anwendbarkeit des § 1901a BGB auf die Fallgruppen 1 und 3	199
e) Einflussnahme auf die Zulässigkeit einer Maßnahme nach der Fallgruppe 3 durch Vorausverfügungen außerhalb des Anwendungsbereichs des § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB	200
aa) Verstoß gegen das Recht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG	201
bb) Ergebnis der Grundrechtsprüfung	203
f) Zusammenfassung der Einflussnahmemöglichkeiten	203
6. Einflussnahme auf die Zwangsernährung nach dem PsychKG	204
a) Situation in den Ländern	204
b) Auswirkungen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf die Zulässigkeit der Zwangsernährung	204
c) Auswirkungen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf den Fortgang der Untersuchung	205
d) Einflussnahme durch Patientenverfügungen oder sonstige Vorausverfügungen auf Zwangsernährungen nach den Unterbringungsgesetzen der Länder	206
e) Zusammenfassung der Einflussnahmemöglichkeiten	206
7. Einflussnahme auf unterbringungähnliche Maßnahmen nach dem PsychKG	207
a) Situation in den Ländern	207
b) Anwendbarkeit des § 1901a BGB am Beispiel des § 31 PsychKG Sachsen	208
c) Einflussnahme auf die Zulässigkeit einer Maßnahme nach § 31 PsychKG Sachsen durch Vorausverfügungen außerhalb des Anwendungsbereichs des § 1901a BGB	208
aa) Maßnahmen, die für den Zweck der Unterbringung unerlässlich sind	209
bb) Maßnahmen zur Vermeidung oder Beseitigung einer erheblichen Störung der Sicherheit und Ordnung des Krankenhauses	209
cc) Gefahr von Flucht	209
dd) Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen	210
ee) Gefahr der Selbsttötung oder Selbstverletzung	210
d) Zusammenfassung der Einflussnahmemöglichkeiten	211
8. Zusammenfassung zu den Zwangsmaßnahmen auf Grundlage der Unterbringungsgesetze der Länder (ohne verfahrensrechtliche Maßnahmen)	211

VI.	Verfahrensrechtliche Maßnahmen nach dem FamFG	212
1.	Allgemeines	212
2.	Grundsatz der Amtsermittlung	213
3.	a) Entscheidungserheblichkeit der zu ermittelnden Tatsachen	213
4.	b) Erforderlichkeit der Ermittlungen	213
3.	Auswirkungen der Zulässigkeit der materiellen Maßnahme auf die Zulässigkeit der verfahrensrechtlichen Zwangsmittel	213
4.	Anwendbarkeit des § 1901a BGB auf verfahrensrechtliche Zwangsmaßnahmen	214
5.	Einflussnahme auf die Zulässigkeit einer verfahrensrechtlichen Maßnahme durch Vorausverfügungen	215
6.	a) Beschluss zur Einholung eines Sachverständigengutachtens nach § 280 FamFG oder § 321 FamFG	217
7.	b) Untersuchungsanordnung durch den Sachverständigen nach § 283 Abs. 1 S. 1 FamFG oder § 322 FamFG i.V.m. § 283 Abs. 1 S. 1 FamFG	218
8.	c) Beobachtung zur Vorbereitung eines Gutachtens im Rahmen einer Unterbringung zur Begutachtung nach § 284 Abs. 1 S. 1 FamFG oder § 322 FamFG i.V.m. § 284 Abs. 1 S. 1 FamFG	218
9.	d) Kein Wertungswiderspruch zur Rechtslage hinsichtlich der Siedierung nach § 1906 Abs. 4 BGB	219
6.	Zusammenfassung zu den verfahrensrechtlichen Maßnahmen nach dem FamFG	219
VII.	Verfahrensrechtliche Maßnahmen nach den Unterbringungsgesetzen der Länder	220
1.	Vorgerichtliche Verfahrensregeln	220
2.	a) Situation in den Ländern	220
3.	b) Möglichkeiten der Einflussnahme	220
2.	Regelungen hinsichtlich einer Eingangsuntersuchung	221
3.	a) Situation in den Ländern	221
4.	b) Einflussnahme auf die Zulässigkeit der Eingangsuntersuchung	221
3.	Zusammenfassung zu den verfahrensrechtlichen Maßnahmen nach den Unterbringungsgesetzen der Länder	222
VIII.	Metareflexion der gefundenen Ergebnisse	223
1.	Praktische Konsequenz der gefundenen Ergebnisse	223
2.	Lösungsansätze	223
IX.	Zusammenfassung der gefundenen Ergebnisse	224
1.	Betreuerbestellung und Einwilligungsvorbehalt	225
2.	Unterbringung	225
3.	Zwangsbehandlung und Zwangsernährung	225
4.	Unterbringungähnliche Maßnahmen	225
5.	Verfahrensrechtliche Zwangsmaßnahmen	226

E. Zusammenfassung und Bewertung der wesentlichen Ergebnisse	227
I. Zusammenfassende Bewertung des Dritten Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts im Allgemeinen	227
II. Zusammenfassende Bewertung der Einflussnahmemöglichkeiten von psychisch kranken Menschen durch das Abfassen einer Patientenverfügung oder sonstigen Vorausverfügung auf staatliche Zwangsmaßnahmen	230
Literaturverzeichnis	234
Sachverzeichnis	245

A. Einleitung

Wenn Menschen über Patientenverfügungen diskutieren, dauert es in aller Regel nicht lange, bis sich die Thematik auf einige konsensfähige Thesen kanalisiert: Eine „Apparatemedizin“ möchte niemand. Ebenso wenig gefällt Menschen die Vorstellung, irgendwann „nur an Schläuchen zu hängen“ und „dahinzuvegetieren“. Auch wenn die Verwendung solcher unscharfer Begriffe und Schlagwörter der sachlichen Diskussion wenig bis überhaupt nicht zuträglich ist, wird dennoch deutlich, was die Menschen bei der Diskussion um Patientenverfügungen am meisten umtreibt: Im Fokus der Überlegungen steht stets die Frage, wie man mit einem Menschen umgehen soll, der unheilbar erkrankt ist und dessen Tod in naher Zukunft zu erwarten ist. Hiermit eng verknüpft ist die Frage des Abbruchs lebenserhaltender Maßnahmen bei Menschen mit infanter Prognose.

Der Gesetzgeber hat diese Thematik aufgegriffen und durch das am 1. September 2009 in Kraft getretene Dritte Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts¹ die Patientenverfügung gesetzlich geregelt. Neben der Schaffung von mehr Rechtssicherheit für alle Beteiligten verfolgt das Dritte Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts auch den Zweck, das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen zu stärken und ihm zu erhöhter Beachtung zu verhelfen.² Der Einzelne soll sich nunmehr darauf verlassen können, dass die Regelungen in seiner Patientenverfügung Beachtung finden.

In § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB wird der Begriff der Patientenverfügung legal definiert. Hiernach ist eine Patientenverfügung die schriftliche Festlegung eines einwilligungsfähigen Volljährigen, ob er für den Fall seiner Einwilligungsunfähigkeit in bestimmte, zum Zeitpunkt der Festlegung noch nicht unmittelbar bevorstehende Untersuchungen seines Gesundheitszustands, Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe einwilligt oder sie untersagt. Liegt keine Patientenverfügung vor oder treffen die Festlegungen einer Patientenverfügung nicht auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zu, hat der Betreuer gemäß § 1901a Abs. 2 S. 1 BGB die Behandlungswünsche und den mutmaßlichen Willen des Betreuten festzustellen und auf dieser Grundlage zu entscheiden, ob er die Einwilligung in eine ärztliche Maßnahme nach Abs. 1 erteilt.³ Gemäß § 1901a Abs. 3 BGB gelten die Festlegungen in Patientenverfügungen unabhängig von Art und Stadium einer Erkrankung.

¹ Vom 29. Juli 2009, BGBl. I 2009, 2286.

² BT-Drs. 16/8442, S. 3.

³ Vgl. hierzu die Übersicht bei *Ihrig*, Notar 2009, 380, 382.

Ob tatsächlich für sämtliche Bereiche die durch die Regelung erhoffte Rechts-sicherheit eingetreten ist, wird im Schrifttum bereits bezweifelt⁴ und bleibt abzu-warten. Durch das klare Bekenntnis des Gesetzgebers zu einer Verbindlichkeit der Festlegungen in einer Patientenverfügung unabhängig von Art und Stadium einer Erkrankung dürfte jedoch die vor Inkrafttreten des Dritten Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts geführte breite Diskussion⁵ über Reichweite und Verbindlichkeit von Patientenverfügungen und den Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen jedenfalls in Bezug auf diese Fragestellung etwas verstummen.⁶ Un-abhängig davon steht jedoch zu erwarten, dass sich – wie oftmals nach der Kodifizierung einer Sachmaterie – bestehende Diskussionen verlagern und andere Problemfelder des neuen Gesetzes auftun.⁷

Dies vorangestellt, verfolgt die vorliegende Arbeit zwei Ziele:

- Zum einen soll im Allgemeinen untersucht werden, ob das Dritte Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts tatsächlich die erforderliche Rechtssicherheit in Bezug auf den Umgang mit Patientenverfügungen gebracht hat und zu einer Stärkung des Selbstbestimmungsrechts führt. Sollten sich bei der Untersu-chung „Schwachstellen“ oder Problemfelder des neuen Gesetzes auftun, wer-den diese herausgearbeitet und bewertet.
- Zum anderen widmet sich die vorliegende Arbeit im Besonderen einer Thematik, die in der Diskussion über Patientenverfügungen bislang, wenn überhaupt, nur eine untergeordnete Rolle gespielt hat⁸: Patientenverfügungen von psy-

⁴ Vgl. *Spickhoff*, FamRZ 2009, 1949, 1957; *Renner*, ZNotP 2009, 371.

⁵ Vgl. zum umfangreichen Schrifttum nur beispielhaft *Baumann/Hartmann*, DNotZ 2000, 594; *Becker-Schwarze*, FPR 2007, 52; *Eisenbart*, Patienten-Testament und Stell-vertretung in Gesundheitsangelegenheiten; *Füllmich*, Der Tod im Krankenhaus und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten; *ders.*, NJW 1990, 2301; *Geißendorfer*, Die Selbstbestimmung des Entscheidungsunfähigen an den Grenzen des Rechts; *Hahne*, FamRZ 2003, 1619; *Hartmann*, NStZ 2000, 113; *Höfling*, NJW 2009, 2849; *ders.*, FPR 2007, 67; *ders.*, JuS 2000, 111; *Holzhauer*, FamRZ 2006, 518; *Kreß*, ZRP 2009, 69; *Kutzer*, ZRP 2008, 197; *ders.*, ZRP 2005, 277; *ders.*, FPR 2004, 683; *Langenfeld*, Vor-sorgevollmacht, Betreuungsverfügung und Patientenverfügung nach dem neuen Betreuungsrecht; *Laufs*, NJW 1999, 1758; *Lipp*, FamRZ 2004, 317; *Müller*, DNotZ 2010, 169; *dies.*, ZEV 2008, 583; *Olzen*, ArzTR 2001, 116; *ders.*, JR 2009, 354; *Olzen/Metzmacher*, FPR 2010, 249; *Otto*, NJW 2006, 2217; *Röver*, Einflußmöglichkeiten des Patienten im Vorfeld einer medizinischen Behandlung; *Saueracker*, Die Bedeutung des Patienten-testamentes in der Bundesrepublik Deutschland aus ethischer, medizinischer und juris-tischer Sicht; *Schöllhammer*, Die Rechtsverbindlichkeit des Patiententestaments; *Schu-macher*, FPR 2010, 474; 115; *Schmidt-Recla*, MedR 2008, 181; *Spickhoff*, FamRZ 2009, 1949; *ders.*, AcP 208, 345; *ders.*, NJW 2000, 2297; *Schumann*, Dignitas – Voluntas – Vita; *Uhlenbrück*, MedR 1992, 134; *Vossler*, ZRP 2002, 295; *Wagenitz*, FamRZ 2005, 669.

⁶ So auch *Lange*, ZEV 2009, 537, 543.

⁷ Ebenfalls diese Einschätzung äußernd *Renner*, ZNotP 2009, 371.

⁸ Vgl. zum Beginn einer diesbezüglichen Diskussion *Marschner*, R&P 2000, 161; *Zinkler*, R&P 2000, 165.

chisch kranken Menschen und deren Einfluss auf staatliche Zwangsmaßnahmen. Im Kern soll es um die Frage gehen, ob und inwieweit psychisch kranke Menschen durch das Abfassen einer Patientenverfügung oder einer sonstigen Vorausverfügung staatliche Zwangsmaßnahmen verhindern können.

Die Arten der in Betracht kommenden Zwangsmaßnahmen sind hierbei äußerst vielfältig. Im Interesse der Konzentrierung auf die Kernproblematik wird sich in vorliegender Arbeit jedoch auf die Untersuchung von Zwangsmaßnahmen auf Grundlage des BGB⁹, Zwangsmaßnahmen auf Grundlage der Unterbringungsgesetze der Länder¹⁰ und verfahrensrechtliche Zwangsmaßnahmen auf Grundlage des FamFG¹¹ beschränkt. Nicht erörtert werden Maßnahmen, die eine Anlasstat voraussetzen, insbesondere Zwangsmaßnahmen auf Grundlage des Gesetzes zur Therapierung und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter (Therapieunterbringungsgesetz) und Zwangsmaßnahmen im Rahmen des Maßregelvollzugs.

Auch die verschiedenen Möglichkeiten der Selbstbestimmung können nach ihrer Art und rechtlichen Einordnung weiter unterschieden werden. Neben der definitionsgemäßen Patientenverfügung nach § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB¹² können

⁹ Konkret kommen nach dem BGB die Einrichtung einer Betreuung gegen den (unfreien) Willen nach § 1896 Abs. 1 BGB, die Einrichtung eines Einwilligungsvorbehalts nach § 1903 Abs. 1 BGB, die Unterbringung wegen Selbstgefährdung nach § 1906 Abs. 1 Nr. 1 BGB, die Unterbringung zur Untersuchung, zur Heilbehandlung oder zur Vornahme eines ärztlichen Eingriffs nach § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB sowie die unterbringungsgähnlichen Maßnahmen nach § 1906 Abs. 4 BGB in Betracht.

¹⁰ Auf Grundlage der Unterbringungsgesetze der Länder kommen die Unterbringung wegen Eigengefährdung (in Sachsen auf Grundlage des § 10 Abs. 2 Alt. 1 PsychKG Sachsen) oder Fremdgefährdung (in Sachsen auf Grundlage des § 10 Abs. 2 Alt. 2 PsychKG Sachsen), die Behandlung ohne Einwilligung des Patienten (in Sachsen auf Grundlage des § 22 Abs. 1 S. 2 PsychKG Sachsen), die Ernährung gegen den Willen des Patienten (in Sachsen auf Grundlage des § 22 Abs. 3 PsychKG Sachsen) oder andere unterbringungsgähnliche Maßnahmen, wie die Fesselung (in Sachsen auf Grundlage des § 31 Abs. 1 oder Abs. 2 PsychKG Sachsen) in Betracht. Des Weiteren sehen die Unterbringungsgesetze mancher Länder auch verfahrensrechtliche Befugnisse des sozialpsychiatrischen Dienstes oder der sonstigen Behörden (in Sachsen auf Grundlage des § 13 PsychKG Sachsen) sowie eine Eingangsuntersuchung (in Sachsen auf Grundlage des § 20 PsychKG Sachsen) nach Zuführung zur Unterbringung vor.

¹¹ In verfahrensrechtlicher Hinsicht kommen nach dem FamFG die Vorführung zur Anhörung vor das Gericht auf Grundlage des § 278 Abs. 5 FamFG für das Betreuungsverfahren und auf Grundlage des § 319 Abs. 5 FamFG für das Unterbringungsverfahren, der Beschluss zur Einholung eines Sachverständigengutachtens auf Grundlage des § 280 Abs. 1 FamFG für das Betreuungsverfahren und auf Grundlage des § 321 Abs. 1 FamFG für das Unterbringungsverfahren, die Untersuchungsanordnung und die Vorführung zu einer Untersuchung durch den Sachverständigen auf Grundlage des § 283 Abs. 1 FamFG für das Betreuungsverfahren und auf Grundlage des § 322 FamFG für das Unterbringungsverfahren und die Unterbringung zur Begutachtung auf Grundlage des § 284 Abs. 1 FamFG für das Betreuungsverfahren und auf Grundlage des § 322 FamFG für das Unterbringungsverfahren in Betracht.

¹² Vgl. hierzu S. 76 ff.