

Masterarbeit
im Masterstudiengang „Betreuung/Vormundschaft/Pflegschaft“
zur Vorlage beim Prüfungsausschuss der Hochschule
für Wirtschaft und Recht Berlin:
Erstgutachterin: Frau Diplom - Rpfl. in Zorn
Zweitgutachterin: Frau Prof. in Sonnenfeld

**Aufgaben und rechtliche Stellung des Betreuers am Beispiel
seiner Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme
gemäß § 1906 Abs. 3a BGB**

Vorgelegt von:
Stefanie Ernst, Harvestehuder Weg 17, 20148 Hamburg
Matrikel Nr. 77230531462
2. Februar 2015

Ich versichere, dass ich die heute abgelieferte Masterarbeit ohne fremde Hilfe angefertigt und mich anderer als der von mir angegebenen Hilfsmittel und Quellen nicht bedient habe. Zitate habe ich kenntlich gemacht.

Hamburg, den 2. Februar 2015

Stefanie Ernst

Gliederung	Seite
A. Einführung	1
B. Rechtliche Betreuung	3
I. Aufgaben rechtlicher Betreuung	3
1. Handlungsfähigkeit des Betreuten	4
a. Geschäftsfähigkeit	5
b. Einwilligungsfähigkeit	5
2. Rechtliche Stellung des Betreuers	6
a. Im Außenverhältnis	6
b. Im Innenverhältnis	7
3. Funktion des Staates	10
4. Fazit	12
II. Zwang in Form der Unterbringung	12
1. Öffentlich-rechtliche	13
2. Privatrechtliche	14
a. Gefahr der Selbstschädigung	14
b. Notwendige Heilbehandlung	16
c. Genehmigung des Betreuungsgerichts	17
III. Ärztliche Zwangsmaßnahmen	18
1. Rechtsgrundlage §1906 BGB alter Fassung	20
2. Entwicklung in der Rechtsprechung	22
3. Entwicklung in der Gesetzgebung - § 1906 BGB neuer Fassung	31
a. Patientenrechtegesetz	32
b. Patientenverfügung § 1901a Abs. 1 BGB	34
c. Behandlungswünsche und mutmaßlicher Wille	35
d. Die Einwilligung des Betreuers gemäß § 1906 Abs. 3 BGB	37
aa. Mangelnde Erkenntnis oder Einsichtsfähigkeit	37
bb. Überzeugungsversuch	38
cc. Erforderlichkeit	40

dd. Zumutbare Alternativen	41
ee. Güterabwägung	42
e. Die gerichtliche Genehmigung seiner Einwilligung gemäß § 1906 Abs. 3a BGB	43
4. Verfahrensrecht	46
a. § 312 FamFG	46
b. § 321 FamFG	48
c. § 323 FamFG	49
d. § 329 FamFG	51
e. §§ 331,333 FamFG	51
f. Bedeutung für den Betreuer	52
C. Abschlussbetrachtung	53

Literaturverzeichnis

I. Kommentare

- | | |
|---|--|
| Bienwald, Werner/
Sonnenfeld, Susanne/
Hoffmann, Birgit | Betreuungsrecht
5. Auflage, Bielefeld 2011 |
| Dodegge, Georg/
Roth, Andreas | Betreuungsrecht
4. Auflage, Köln 2014 |
| Fröschle, Tobias
Guckes, Thomas
Jox, Rolf
Kuhrke, Neithard
Fischer, Michael | Betreuungs- und Unterbringungsverfahren
3. Auflage, Köln 2014 |
| Münchener Kommentar | zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Band 8: Familienrecht II, §§1589-1921
6. Auflage, München 2012 |
| Palandt | Bürgerliches Gesetzbuch
73. Auflage, München 2014 |
| Soergel, Hans | Bürgerliches Gesetzbuch
Familienrecht II, §§ 1589- 1921,
13. Auflage, Stuttgart 2000 |

- Grotkopp, Jörg
Medizinische Zwangsbehandlung untergebrachter
Personen – in Grenzen- wieder möglich
BtPrax 2013, 83 ff.
- Lindemann, Volker
Die betreuungsrechtliche (Neu-)Regelung der
Zwangsbehandlung von Untergebrachten
BtPrax 2013, 44 ff.
- Lipp, Volker
Erwachsenenschutz und Verfassung – Betreuung,
Unterbringung und Zwangsbehandlung,
FamRZ 2013, 913 ff.
Gerichtliche Genehmigung und Wille des Betreuten-
zugleich eine Anmerkung zu LG Hagen, Beschl. v.
- Moll-Vogel, Eva
Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom
23.3.2011
FamRB 2011, 249 ff.
- Müller, Markus
Hat sich was geändert und wenn ja, was?
Erste naturalistische Daten aus der Berliner
Psychiatrie zur Änderung des § 1906 BGB,
FamRZ 2014, 173 ff.
- Olzen, Dirk/
Angela Metzmacher
Zulässigkeit der Zwangsbehandlung untergebrachter
Personen
BtPrax 2011, 233 ff.
- Olzen, Dirk
Patientenrechtegesetz und rechtliche Betreuung
BtPrax 2013, 127 ff.

- Putzke, Holm
Körperverletzung mit Zustimmung des Geschädigten
im Lichte der Strafbarkeit nach §§ 223 ff. StGB - unter
besonderer Berücksichtigung ärztlicher Heileingriffe
RPflStud. 2012, 66 ff.
- Rasch, Edna
Schutzpflichten zugunsten pflegebedürftiger
Menschen- welche Bedeutung haben Betreuer/innen
und Bevollmächtigte
BtPrax 2014, 204 ff.
- Rosenow, Roland
Betreuungsrechtliche Unterbringung und
Zwangsbehandlung vor dem Hintergrund der UN-
Behindertenrechtskonvention
BtPrax 2013, 39 ff.
- Sonnenfeld, Susanne
Selbst- und Fremdbestimmung des Aufenthalts
Volljähriger
FamRZ 1995, 393 ff.
- Anmerkung zum Beschluss des LG Stuttgart vom
20.06.2012, FamRZ 2012, 1372 ff.
- Schweitzer, Karl Heinz
Heilbehandlung und Selbstbestimmung,
FamRZ 1996, 1317 ff.
- Thar, Jürgen
Die Einwilligung des Betreuers in die
Zwangsbehandlung
BtPrax 2013, 91 ff.

Unterstützen vor Vertreten – methodische Grundlagen

BtPrax 2013, 231 ff.

Wedlich, Sven

Wege der Behandlungsentscheidung

BtPrax 2014, 60 ff.

IV. Internetquellen

Diakonie Bundesverband

Stellungnahme Freiheit, Sicherheit und Schutz der Unversehrtheit der Person – Konsequenzen der Art.14 und 17 der UN Behindertenrechtskonvention für die Psychiatrie, zuletzt besucht am 5.10.2014

<https://fachinformationen.diakonie-wissen.de>

IDC 10- GM

International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems, Version 2014, zuletzt besucht am 5.10.2014

<http://www.dimdi.de/static/de/klassi/icd-10-gm/index.htm>

A. Einführung

Der Staat hat die Würde und Autonomie des Menschen auch im Falle einer psychischen Krankheit oder geistigen und seelischen Behinderung zu achten und zu schützen. Dies ergibt sich bereits aus den im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland manifestierten Grundrechten des Einzelnen sowie dem allgemeinen Gleichheitsgrundsatz. Durch Unterzeichnung und Ratifizierung der UN Behindertenrechtskonvention vom 13.12.2006 durch die Bundesrepublik Deutschland hat dies zusätzlich eine ausdrückliche Normierung im Rang eines Bundesgesetzes erfahren. Allerdings bedürfen gerade kranke und behinderte Menschen häufig auch eines besonderen Schutzes durch den Staat. Dieser geht dann mit Einschränkungen der Rechte der Betroffenen einher, wenn gegen ihren natürlichen Willen, sich selbst körperlich oder seelisch zu schädigen, gehandelt und für sie ein Betreuer bestellt, ihre Unterbringung angeordnet und eine ärztliche Maßnahme durchgeführt werden soll.

Diese Eingriffe müssen stets im Spannungsfeld zwischen dem verfassungsrechtlich geschützten Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen aus Art. 2 Abs. 1 S. 1 GG auf der einen Seite und ihrem Recht auf Schutz ihrer körperlichen und seelischen Unversehrtheit durch den Staat aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG andererseits betrachtet werden. Der verfassungsrechtliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebietet es, dass Eingriffe dieser Art stets einer gesetzlichen Grundlage bedürfen, mit vorrangigem Recht im Einklang stehen müssen und nur in dem Maße zulässig sind, als dies zum Schutz des Betroffenen unerlässlich ist.

Für die Tätigkeit eines rechtlichen Betreuers bedeutet dies, dass im konkreten Einzelfall jede Entscheidung gegen den natürlichen Willen des Betreuten in eben diesem Spannungsverhältnis zwischen Freiheitsrecht des Betreuten und der Fürsorgepflicht des bestellten Betreuers zu treffen ist. Es ist von Seiten des Betreuers

stets eine umfassende Güterabwägung vorzunehmen und insbesondere bei der Wahl seiner Mittel, hat der Betreuer die Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit der Maßnahme zu prüfen, zu deren Wirksamkeit es bei besonders schwerwiegenden Eingriffen zusätzlich der vorangehenden gerichtlichen Genehmigung bedarf.

Zum Betreuer bestellt werden kann, nach der bereits seit 1992 bestehenden Gesetzeslage, jede natürliche Person, die geeignet ist, die erforderlichen Angelegenheiten des Betreuten rechtlich zu besorgen und den Betreuten in dem dafür erforderlichen Umfang persönlich zu betreuen. Eine besondere fachliche Qualifikation des Betreuers ist danach nicht gefordert und wird lediglich im Rahmen der Höhe der Vergütung des Berufsbetreuers relevant.

Die Aufgaben und die Funktion des rechtlichen Betreuers haben sich seit der Betreuungsrechtsreform im Jahr 1993, der Ratifizierung der UN-Behindertenrechtskonvention im Jahr 2009, der nachfolgenden höchstrichterlichen Rechtsprechung sowie gesetzlicher Neuregelungen, jedoch maßgeblich verändert. Das Selbstbestimmungsrecht des Betreuten hat in diesem Prozess mehr und mehr an Bedeutung gewonnen, sein Anspruch auf Gleichbehandlung gleichermaßen. Der rechtliche Betreuer hat diesen gestiegenen Anforderungen zu genügen.

Dies tritt im Rahmen der allein von ihm zu treffenden Entscheidung zur Unterbringung und Zwangsbehandlung seines Klienten ganz besonders deutlich zu Tage. Die Einwilligung des Betreuers in einen derart gravierenden Eingriff erfordert von dem rechtlichen Betreuer nicht nur gute Rechtskenntnisse, ein gutes medizinisches und psychologisches Grundwissen, sondern darüber hinaus braucht es ebenso gute Fähigkeiten im Umgang mit den Betreuten sowie allen anderen an der jeweiligen Entscheidung Beteiligten.

Eine besondere fachliche Qualifikation des rechtlichen Betreuers ist daher in vielen Fällen unerlässlich.

B. Rechtliche Betreuung

I. Aufgaben rechtlicher Betreuung

Ein rechtlicher Betreuer wird vom Betreuungsgericht auf Antrag oder von Amts wegen bestellt, wenn ein Volljähriger infolge einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung nicht mehr in der Lage ist, seine eigenen rechtlichen Angelegenheiten zu besorgen (§ 1896 Abs. 1 S. 1 BGB).

Die Bestellung des Betreuers kann dann notfalls auch gegen den erklärten Willen des Betroffenen erfolgen, wenn dem Betroffenen die Fähigkeit zu einer freien Willensbildung fehlt (§ 1896 Abs. 1a BGB), d.h., wenn ihm die Einsichtsfähigkeit oder die Fähigkeit fehlt, nach dieser Einsicht zu handeln.¹

Ein Betreuer wird dann in dem jeweils erforderlichen Umfang für bestimmte Aufgabenkreise bestellt (§ 1896 Abs. 2 S. 1 BGB). Dieser mit Verfassungsrang ausgestattete **Erforderlichkeitsgrundsatz** gilt für das gesamte Betreuungsrecht.² Die rechtliche Betreuung hat die Aufgabe, das **Selbstbestimmungsrecht** des Betreuten zu sichern und zu verwirklichen. Das umfasst einerseits die Unterstützung bei der Ausübung seiner Rechte bzw. bei der Ausübung der rechtlichen Handlungsfähigkeit, andererseits den **Schutz des Betreuten** vor Selbstschädigung.³ Die Frage der Erforderlichkeit wird daher sowohl hinsichtlich der Frage relevant, ob überhaupt eine Betreuung statthaft ist, als auch hinsichtlich des gesamten Umfangs der Betreuung, deren Auswirkungen, der gerichtlichen Maßnahmen sowie deren Dauer.⁴

¹ Dodegge/ Roth, E Rn. 4

² BVerfG FamRZ 1999, S. 1419 (1420)

³ Lipp, BtPrax 2014, 208

⁴ Dodegge/Roth, A Rn. 17

Grundsätzlich ist eine Betreuung nicht erforderlich, soweit die Angelegenheiten des Betroffenen auch durch die Inanspruchnahme anderer Hilfen, etwa rein tatsächlicher Unterstützung oder rechtlicher Vollmachten besorgt werden können (§ 1896 Abs. 2 S. 2 BGB). Entsprechend diesem **Subsidiaritätsprinzip** ist Betreuung nur dann erforderlich, wenn andere gleich geeignete und weniger intensive Maßnahmen nicht in Betracht kommen.⁵

Ist die Betreuung danach erforderlich wird eine natürliche Person bestellt, die geeignet ist, eben diese Aufgaben zu besorgen und den Betroffenen in dem erforderlichen Umfang persönlich betreut (§ 1897 Abs. 1 BGB). Die **persönliche Betreuung** beschränkt sich bei allen Aufgabenkreisen jedoch immer auf die Besorgung der rechtlichen Angelegenheiten, sodass Akte rein tatsächlicher Zuwendung wie persönliche Gespräche, Besuche oder Begleitung zwar wünschenswert und für das Vertrauensverhältnis unerlässlich sind, nicht jedoch zum eigentlichen Aufgabenbereich der Rechtsfürsorge gehören.⁶ Sofern der Betreute innerhalb der bestehenden Aufgabenkreise einzelne Entscheidungen selbstverantwortlich treffen kann, kommt der Betreuende nicht zum Zuge, denn das Selbstbestimmungsrecht und die Würde des Betreuten die in Art. 12 der UN Behindertenrechtskonvention nochmals ausdrücklich normiert sind, verbieten es dem Betreuenden dann tätig zu werden.⁷

1. Handlungsfähigkeit des Betreuten

Die Handlungsfähigkeit des Betreuten wird durch die Anordnung der Betreuung in unterschiedlicher Weise tangiert.

⁵ Grengel, S. 41

⁶ MüKo – Schwab, Vor § 1896 Rn. 24

⁷ Rasch, BtPrax 2014, 204 (205)

a. Geschäftsfähigkeit

Soweit es die **Geschäftsfähigkeit** des Betreuten betrifft, d.h., die Fähigkeit rechtlich bedeutsame Handlungen, insbesondere Rechtsgeschäfte selbständig und voll wirksam vornehmen zu können,⁸ wird diese durch die Einrichtung der Betreuung grundsätzlich nicht eingeschränkt,⁹ sondern bleibt im bestehenden Umfang erhalten. Eine Aussage über die Geschäftsfähigkeit des Betreuten wird mit der Anordnung der Betreuung nicht getroffen.¹⁰

b. Einwilligungsfähigkeit

Davon zu unterscheiden ist die Frage der **Einwilligungsfähigkeit**. Allgemein wird die Einwilligung zwar als eine geschäftsähnliche Handlung angesehen, die jedoch eine auf einen tatsächlichen Erfolg gerichtete Erklärung darstellt, deren Rechtsfolgen kraft Gesetzes eintreten.¹¹ Dem Einwilligenden muss eine Dispositionsbefugnis in Bezug auf die betroffenen Rechtsgüter zustehen und die Fähigkeit, die Tragweite seiner Entscheidung zu überblicken.¹² Das Vorliegen dieser Fähigkeit kann nicht abstrakt festgestellt werden, sondern ist in jedem Einzelfall an der Verstandesreife des Betroffenen und der Komplexität der zu treffenden Entscheidung festzustellen. Durch die Anordnung der Betreuung ist der Betreute nicht zwangsläufig als einwilligungsunfähig einzustufen.¹³

Einwilligungsunfähig ist ein Betreuer aber dann, wenn er in der konkreten Situation nicht erfassen kann, welchen Wert die von der

⁸ Palandt - Ellenberger, Einf. v. § 104 Rn. 6

⁹ Brosey, BtPrax 2014, 211 (212)

¹⁰ Bienwald - Hoffmann, § 1902 Rn. 5

¹¹ Palandt – Ellenberger, Einf. v. § 104 Rn. 9

¹² Putzke, RpfIStud 2012, 66 (69)

¹³ Dodegge/Roth, A 16

Einwilligungsentscheidung betroffenen Rechtsgüter und Interessen für ihn haben, welche Folgen und Risiken sich aus der Entscheidung ergeben und welche weniger belastenden Mittel es zur Erreichung des gleichen Zwecks gibt. Dies hängt im Einzelfall von diversen medizinischen und psychiatrischen Faktoren ab.¹⁴ Dazu weiter unten.

Das Vorliegen der Geschäfts- und Einwilligungsfähigkeit ist daher getrennt voneinander zu beurteilen und kann gegebenenfalls auseinander fallen.

2. Rechtliche Stellung des Betreuers

Bei bestehender Geschäftsfähigkeit des Betreuten tritt der Betreuer daher rechtlich neben den Betreuten und nicht an dessen Stelle und nimmt im Rahmen seines Zuständigkeitsbereiches die Stellung eines **gesetzlichen Vertreters** (§1902 BGB) ein. Für ihn gelten damit die allgemeinen Vorschriften über die Stellvertretung (§§ 164 ff. BGB).

a. Im Außenverhältnis

Im sogenannten Außenverhältnis d.h., gegenüber Dritten ist der Betreuer aufgrund des Beschlusses damit berechtigt, den Betreuten innerhalb der bezeichneten Aufgabenkreise mit Wirkung für und gegen den Betreuten gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten (§ 1902, § 164 Abs. 1 S. 1BGB).

Inhalt und Grenzen dieser Vertretungsmacht ergeben sich damit in erster Linie aus dem übertragenen **Aufgabenkreis**.¹⁵ Daneben ergeben sich Grenzen aus diversen gesetzlichen Regelungen,

¹⁴ Gregel, S. 39

¹⁵ Henn - Baier, S. 99

beispielsweise den Vorschriften über höchstpersönliche Rechtsgeschäfte, wie die der Eheschließung (§1303 BGB), bei Rechtsgeschäften mit potentiellen Interessenskonflikten zwischen Betreuer und Betreutem, wie Verträgen miteinander (§ 181 BGB), sowie bei Rechtsgeschäften von besonderer Tragweite für den Betreuten, wie der Wohnungskündigung (§ 1907 Abs. 1, S. 1 BGB), die der zusätzlichen Genehmigung des Betreuungsgerichtes bedürfen.

In diesem Zusammenhang sind zwei Formen von **Genehmigungen** zu unterscheiden. Zum einen die, bei denen die Genehmigung eine bloße **Innenwirkung** zwischen dem Gericht und dem Betreuer entfaltet,¹⁶ so beispielsweise die Genehmigungen bei der Anlage von Geld des Betreuten (§ 1908 i Abs. 1, S. 1, § 1810 BGB) und damit eine bloße Ordnungsvorschrift darstellt. Zum anderen die mit **Außenwirkung**, bei der wegen der besonderen Relevanz der Entscheidung die Wirksamkeit des gesamten Rechtsgeschäftes bzw. die Rechtmäßigkeit des Betreuerhandelns von ihrem Vorliegen abhängt,¹⁷ beispielsweise bei einseitigen Rechtsgeschäften, wie der Wohnungskündigung (§ 1907 Abs. 1 S. 1 BGB) oder der Einwilligung des Betreuers in bestimmte ärztliche Maßnahmen (§ 1904 Abs. 1 S. 1 BGB).

b. Im Innenverhältnis

Im Innenverhältnis also im Verhältnis zum Betreuten hat der Betreuer alle erforderlichen Angelegenheiten zu besorgen. Wie dies zu geschehen hat, hat der Gesetzgeber geregelt (§ 1901 Abs. 2 bis 4 BGB) und damit die **Pflichten des Betreuers** gegenüber dem Betreuten näher konkretisiert.

¹⁶ Bienwald - Hoffmann, §1904 Rn.27

¹⁷ Lipp, BtPrax 2014, 208 (209)

Der Betreuer hat bei der Ausübung seiner Vertretungsmacht auf das **Wohl** und die **Wünsche** des Betreuten Rücksicht zu nehmen (§ 1901 Abs. 2 und Abs. 3 BGB). Der Betreuer hat dabei vorrangig auf das Wohl des Betreuten zu achten (§ 1901 Abs. 2 S. 1 BGB), wobei das Wohl nicht nur nach objektiven Kriterien zu bewerten ist, sondern zum Wohl des Betreuten auch die Möglichkeit gehört, subjektiv sein Leben im Rahmen seiner Fähigkeit nach den eigenen Wünschen und Vorstellungen zu gestalten (§ 1901 Abs. 2, S. 2 BGB). Da Wünsche unabhängig von der Geschäftsfähigkeit geäußert werden können, kommt es allein auf den **natürlichen Willen** an.¹⁸

Diesen hat der Betreuer im Rahmen eines Gespräches mit dem Betreuten in allen wichtigen Angelegenheiten zu ermitteln, mit dem Betreuten zu besprechen (sog. **Besprechungspflicht** § 1901 Abs. 3 S. 3 BGB) und zu berücksichtigen, um dem Selbstbestimmungsrecht des Betreuten zu genügen.¹⁹

Bei der Ermittlung des Wohls ist daher auf alle konkret zu ermittelnden vorhandenen **objektiven** und **subjektiven** Umstände abzustellen,²⁰ sowie darauf, ob die Erfüllung des Wunsches dem Betreuer zumutbar ist (§ 1901 Abs. 3 S. 1 BGB). Dabei kommt es für die Frage der **Zumutbarkeit** vor allem auf die zeitliche und persönliche Inanspruchnahme des Betreuers an²¹.

Der Betreuer kann und muss daher gegebenenfalls auch gegen den natürlichen Willen des Betreuten handeln, wenn dies zu dessen Schutz erforderlich ist (§ 1901 Abs. 3 S.1 BGB). In besonderen Fällen kann der Betreuer den Betreuten daher auch gegen dessen erklärten Willen unterbringen oder in andere freiheitsentziehende Maßnahmen einwilligen (§ 1906 BGB), wenn sein Wohl dies

¹⁸ Bienwald - Hoffmann, § 1901 Rn. 31

¹⁹ Grengel, S. 37

²⁰ Thar, BtPrax 2013, 231 (234)

²¹ Bienwald - Hoffmann, § 1901 Rn. 30

erfordert und der Betreute selber nicht mehr einwilligungsfähig ist (Siehe oben).

Was im Einzelfall dem „Wohl“ des Betreuten entspricht ist anhand fehlender klarer gesetzlicher Vorgaben und einer feststehenden Definition des unbestimmten Rechtsbegriffs des „Wohls“ stets von dem Betreuer anhand aller **konkreten Umstände** zu ermitteln. Der Betreuer hat sich dabei um eine Beurteilung aus Sicht des Betreuten zu bemühen, seine eigenen Ansichten und Wertvorstellungen haben außer Acht zu bleiben.²² Als Mittel stehen die Beratung und Unterstützung des Betreuten zur Verfügung mit dem Ziel diesen zu eigenem Handeln zu motivieren. Erst wenn diese schwachen Formen der Rechtsfürsorge nicht genügen oder nicht geeignet sind den Zweck zu erfüllen und Stellvertretung erforderlich ist, darf der Betreuer überhaupt stellvertretend tätig werden.²³ Dabei besteht für den Betreuer innerhalb der nach pflichtgemäßem Ermessen gewonnenen Einschätzung der Sachlage ein gewisser Beurteilungs- und Entscheidungsspielraum welche konkreten Maßnahmen er zum Wohle des Betreuten ergreift.²⁴

Der **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** gebietet es jedoch, dass die gewählten Mittel stets **individuell angemessen** und für den Betroffenen **zumutbar** sein müssen.²⁵

Seiner **selbständigen** und **eigenverantwortlichen Führung der Betreuung** wohnt damit für den rechtlichen Betreuer immer zugleich auch das Risiko inne, besonders bei schwierigen

²² Lipp, BtPrax 2014, 208 (209)

²³ Lipp, FamRZ 2013, 913 (917)

²⁴ Müko – Schwab, § 1901 Rn. 16

²⁵ BVerfGE 83, 1 (19)

Entscheidungen, die rechtliche Grenze zu verfehlen und pflichtwidrig zu handeln.²⁶

Der Betreuer wird damit stets zum Wohle des Betreuten und nicht im öffentlichen Interesse tätig. Er erfüllt ein **privates Amt** und bedient sich dazu der **Mittel und Formen des Privatrechts**.²⁷

3. Funktion des Staates

Zugleich übt er mit seiner zivilrechtlichen Vertretung aber auch **öffentliche Fürsorge** aus und muss daher den gleichen rechtlichen Bindungen wie der Staat unterliegen.²⁸

Die Kompetenzen des Betreuers sind wegen ihres Eingriffscharakters in die Rechte des Betreuten sowie auch zu seinem Schutze daher zwingend gesetzlich geregelt und sowohl die Bestellung eines Betreuers (§ 1897 BGB), sowie seine Amtsführung (§ 1908b Abs. 1, § 1908i Abs. 1 S. 1, § 1837 Abs. 2 S. 1 BGB), obliegen der **Aufsicht und Kontrolle des Staates**. Liegen Pflichtwidrigkeiten vor, hat das Betreuungsgericht geeignete Gebote und Verbote in Form von Mahnungen und Weisungen gegen den Betreuer auszusprechen und ihn bei Bedarf sogar zu entlassen (§1908b BGB).

Daneben **berät das Betreuungsgericht** den Betreuer und wirkt dabei mit, ihn in seine Aufgaben einzuführen (§ 1908i, Abs. 1 S. 1, § 1837 Abs. 1 S. 1 BGB, § FGG). Nur in **Ausnahmefällen**, d.h., wenn ein Betreuer noch nicht bestellt ist oder er an der Ausübung seines Amtes vorübergehend verhindert ist, hat das **Gericht** selber die

²⁶ Grengel, S. 43

²⁷ Müko – Schwab, § 1896 Rn. 78

²⁸ BVerfG FamRZ 1960, 186

Befugnis zum vorläufigen Handeln (§1908i Abs. 1, S.1 § 1846 BGB).

Bei besonders gravierenden Grundrechtseingriffen besteht darüber hinaus ein **präventiver Schutz** der Betreuten darin, dass der Betreuer zwar die Rechtsmacht hat gewisse Entscheidungen zu treffen, ihm allerdings die zur Durchsetzung der Entscheidung erforderlichen Machtbefugnisse fehlen. Die Einwilligung des Betreuers in eine gravierende Maßnahme bedarf zu ihrer Wirksamkeit daher einer **vorangehenden Genehmigung** durch das Betreuungsgericht.²⁹ So grundsätzlich auch die Einwilligung des Betreuers in eine ärztliche Maßnahme (§ 1904 BGB), die immer einen erheblichen Grundrechtseingriff darstellt.

Angesichts der Schwere dieser Eingriffe kann der Betreuer aber auch bei Zweifeln, ob eine konkret geplante Maßnahme der gerichtlichen Genehmigung bedarf oder nicht, sich an das Gericht wenden und von diesem auch ein **sog. Negativattest** erbitten, dass eine Genehmigung nicht erforderlich ist. Dies vermittelt der Entscheidung des Betreuers damit eine Legitimität, die geeignet ist, den Betreuer subjektiv zu entlasten sowie seine Entscheidung objektiv anderen zu vermitteln und ihn so vor einer abweichenden strafrechtlichen Beurteilung ex post zu schützen.³⁰

Ist eine Genehmigung hingegen erforderlich, steht ihre Erteilung nicht im Ermessen des Betreuungsgerichts, sondern ist lediglich ein Mittel zur präventiven Kontrolle, ob der Betreuer bei bedeutsamen Geschäften pflichtgemäß handelt (Siehe oben B. I. 2. b). Zu prüfen hat das Betreuungsgericht daher lediglich, ob der Betreuer für das genehmigungspflichtige Geschäft Vertretungsmacht besitzt und dabei seine Pflichten einhält. Ist die Genehmigung dem Betreuer danach zu erteilen, obliegt es allein seiner pflichtgemäßen

²⁹ Lipp, BtPrax, 208 (210)

³⁰ BGH FamRZ 2014, 1909 (1911)

Entscheidung, ob er von ihr Gebrauch macht oder vielleicht in Anbetracht geänderter Umstände von ihrem Gebrauch absieht.³¹

4. Fazit

Betreuung ist daher mehr als nur gesetzliche Vertretung. Die gesetzliche Vertretung (§ 1902 BGB) ist nur ein Mittel, das dem Betreuer zur Erfüllung seiner Aufgaben zur Verfügung steht. Sie ist nicht Aufgabe der Betreuung.³² Sie dient nicht dazu, den Betreuten zu verwalten, zu erziehen oder zu bessern und ist auch kein Instrument zum Schutz Dritter.³³ Rechtliche Betreuung soll vielmehr ein Instrument zur Verfügung stellen, mit dessen Hilfe ein Kranker oder Behinderter sein **Recht auf Selbstbestimmung** tatsächlich und in gleicher Weise wie alle anderen Menschen verwirklichen kann.³⁴

Falls erforderlich kann rechtliche Betreuung sich aber auch genau gegen die eigene Handlungsfähigkeit des Betreuten wenden nämlich dann, wenn dies zu seinem **Schutz** erforderlich ist. Rechtliche Betreuung kann dann in Form der Unterbringung, bei unterbringungsähnlichen Maßnahmen oder indizierten, aber von dem Betreuten abgelehnten ärztlichen Behandlungen, zu Zwang führen.

II. Zwang in Form der Unterbringung

Eine **geschlossene Unterbringung**, d.h., die Unterbringung eines Menschen gegen oder ohne seinen Willen in einem räumlich

³¹ Lipp, BtPrax 2014, 208 (210)

³² Lipp, FamRZ 2013, 913 (917)

³³ BVerfG 58, 208 (225)

³⁴ Lipp, FamRZ 2013, 913 (917)

abgegrenzten Bereich eines geschlossenen Krankenhauses bzw. einer anderen geschlossenen Einrichtung für eine gewisse Dauer und mit der nur beschränkten Möglichkeit zur Kontaktaufnahme mit anderen Personen außerhalb des ständig überwachten Bereichs,³⁵ ist in drei unterschiedlichen Sachzusammenhängen möglich und verfolgt dabei jeweils einen anderen Vollzugs- und Schutzzweck. Entsprechend sind ihre Voraussetzungen in unterschiedlichen Gesetzen geregelt.

1. Öffentlich-rechtliche

Zu nennen ist dabei zunächst die **strafrechtliche Unterbringung** (§ 63 StGB), wonach die Unterbringung im Maßregelvollzug vom Strafgericht angeordnet wird, wenn jemand eine rechtswidrige Tat im Zustand der Schuldunfähigkeit (§ 20 StGB) oder der verminderten Schuldfähigkeit (§ 21 StGB) begangen hat und die Gesamtwürdigung des Täters und seiner Tat ergibt, dass von ihm infolge seines Zustandes erhebliche rechtswidrige Taten zu erwarten sind und er deshalb für **die Allgemeinheit gefährlich** ist.

Daneben besteht die ebenfalls **öffentlich-rechtliche** Form der Unterbringung nach den einschlägigen Landesgesetzen zur Gefahrenabwehr (z.B. § 10 Abs. 1 HmbPsychKG) in einem geeigneten Krankenhaus, wenn ein psychisch kranker Mensch infolge seiner Krankheit sein Leben, seine Gesundheit oder Rechtsgüter anderer erheblich gefährdet und die Gefahr nicht anders abgewendet werden kann. Eine Unterbringung des Betroffenen ist hier zur **Gefahrenabwehr für die Allgemeinheit** und auch zur Abwehr einer **Gefahr für eigene Rechtsgüter** unter gewissen Voraussetzungen möglich. Im Eilfall wird sie von der zuständigen Behörde veranlasst oder im Regelfall auf ihren Antrag hin vom Betreuungsgericht angeordnet.

³⁵ BGH FamRZ 2001, 149 (150)

2. Privatrechtliche

Die **betreuungsrechtliche Unterbringung** (§ 1906 Abs.1 BGB) erfolgt demgegenüber **privatrechtlich**. Grundlage für die Unterbringung des Betreuten durch seinen Betreuer ist die ihm vom Betreuungsgericht zugewiesene privatrechtliche Befugnis, den Aufenthalt des Betreuten zu bestimmen. Der Betreuer handelt dabei auf der Grundlage des ihm zugewiesenen Aufgabenkreises (§ 1896 BGB). Die Ausübung dieser Befugnis setzt zwingend eine **Selbstgefährdung des Betreuten** voraus. Sie ist kein Eingriffsrecht im Interesse der Angehörigen oder zum Schutze der Allgemeinheit.³⁶

Sie hat vielmehr die Aufgabe, den Anspruch des Betroffenen auf Leben und Gesundheit und auf gleichen Zugang zu ärztlicher Versorgung umzusetzen und ihn vor den Folgen seiner psychischen Erkrankung zu schützen.³⁷ Im Übrigen muss sie gegen den natürlichen Willen des Betreuten und aus bestimmten Gründen zu seinem Wohl erfolgen (§1906 Abs. 1 BGB).

a. Gefahr der Selbstschädigung

Das Gesetz sieht in § 1906 Abs. 1 Nr.1 BGB das Wohl des Betroffenen tangiert. Die Unterbringung erfolgt zur Abwendung einer Eigengefährdung. Das ist der Fall, wenn die Gefahr besteht, dass sich der Betreute selbst **tötet** oder sich **erheblichen gesundheitlichen Schaden** zufügt.

Gefahr bedeutet, dass aufgrund festgestellter Tatsachen und weder aus übertriebener Ängstlichkeit noch umgekehrt aus bloßer Drohung, mit dem Eintritt der Selbstschädigung ernstlich und

³⁶ Lipp, FamRZ 2013, 913 (919)

³⁷ Lipp, FamRZ 2013, 913 (922)

konkret zu rechnen ist³⁸. Ausreichend ist auch die **konkrete und ernstliche Gefahr** für einen erheblichen gesundheitlichen Schaden. Als Beispiele können genannt werden, die völlige körperliche Verelendung und Unterversorgung,³⁹ notwendige Entgiftung bei Alkohol oder Drogenmissbrauch⁴⁰ oder krankheitsbedingte Verweigerung der Nahrungsaufnahme.⁴¹

Für beide Tatbestände der Selbstgefährdung ursächlich muss eine **psychische Krankheit oder geistige oder seelische Behinderung sein**, aufgrund derer der Betreute seinen Willen nicht frei bilden kann. Psychische Krankheiten sind fachpsychiatrisch zu konkretisieren⁴².

Psychiatrische Krankheiten werden in Deutschland wie alle anderen Krankheiten der Medizin über das international angewandte Klassifikationssystem der WHO, die International Classification of Diseases, abgekürzt ICD, klassifiziert.

Diese liegt derzeit in der 10. Version vor, die ICD 10.⁴³ In Kapitel V. befinden sich alle Phänomene psychischer Störungen, angefangen von psychischen Störungen durch psychotrope Substanzen (F1), über schizophrene und wahnhaftige Störungen (F2), affektive Störungen (F3), neurotische und Belastungsstörungen (F4), Verhaltensauffälligkeiten mit körperlichen Störungen (F5), Persönlichkeits- und Verhaltensstörungen (F6), Entwicklungsstörungen (F8) bis hin zu den Verhaltens- und emotionalen Störungen mit Beginn der Kindheit und Jugend (F9).

³⁸ Palandt – Götz, § 1896 Rn. 11

³⁹ BGH FamRZ 2010, 365

⁴⁰ BayOLG BtPrax, 2004, 193

⁴¹ BT Drucksache 11/4528, S. 146

⁴² BayOLG NJW 1992, 2100 (2101)

⁴³ ICD 10 GM

Soziale Fehlentwicklungen reichen demgegenüber nicht,⁴⁴ und auch bei der Pathologisierung charakterlicher Auffälligkeiten ist Zurückhaltung geboten.⁴⁵

Auch im Bereich der Behinderungen reicht eine bloße soziale Behinderung in Form unangepassten Verhaltens oder Neigung zu Straftaten nicht aus. Es muss sich vielmehr um eine geistige, also einen angeborenen oder frühzeitig erworbenen Intelligenzdefekt verschiedener Schweregrade (ICD 10, F7) handeln oder eine seelische, also bleibende psychische Beeinträchtigung als Folge psychischer Krankheit oder infolge Altersabbaus⁴⁶(ICD 10, F0-F09). Eine senile Verlangsamung bei Bewusstseinsklarheit reicht nicht aus.⁴⁷

Hat die Selbstgefährdung demgegenüber andere Ursachen, rechtfertigt sie keine Unterbringung. Der in freier Willensbildung vorgenommene Selbstmordversuch rechtfertigt daher keine Unterbringung.⁴⁸ Und auch bei Suchterkrankungen erlangt dies große Bedeutung, da diese eine Unterbringung nur rechtfertigen, wenn die Selbstgefährdung durch Sucht entweder Folge einer psychischen Erkrankung ist oder der durch die Sucht erreichte Persönlichkeitsabbau bereits den Grad einer psychischen Erkrankung erreicht hat.⁴⁹

b. Notwendige Heilbehandlung

Eine Unterbringung ist ferner gemäß § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB auch

⁴⁴ AG Neuruppin FamRZ 2006, 1629 (1630)

⁴⁵ AG Obernberg FamRZ 2009, 1515 (1516)

⁴⁶ Palandt – Götz, § 1906 Rn.7

⁴⁷ BayOLG FamRZ 2001, 1244 (1245)

⁴⁸ Müko - Schwab, §1906 Rn. 16

⁴⁹ OLG Schlesw BtPrax 1998, 185

zulässig, wenn zur Abwendung eines **drohenden erheblichen gesundheitlichen Schadens**, eine Untersuchung des Gesundheitszustandes, eine **Heilbehandlung oder ein ärztlicher Eingriff** notwendig ist und dieser ohne Unterbringung nicht durchgeführt werden kann. Die Genehmigung einer Unterbringung zur Heilbehandlung ist daher möglich, wenn von vorneherein zumindest nicht ausgeschlossen ist, dass sich der Betroffene in der Unterbringung behandeln lassen wird, sein natürlicher Wille also nicht bereits der medizinischen Behandlung entgegensteht, er aber die Notwendigkeit der dazu erforderlichen Unterbringung nicht einsieht.⁵⁰ Die **Einsichtsfähigkeit** muss sich hierbei allein auf die Notwendigkeit der **Unterbringung** erstrecken.⁵¹ Ist der Betreute hingegen einsichts- und damit selbst einwilligungsfähig (Siehe oben B. I. b.), scheidet ein Handeln des Betreuers mangels Erforderlichkeit aus.

Die Notwendigkeit der Maßnahme richtet sich im Übrigen nach medizinischen Gesichtspunkten.⁵² Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebietet es hier, dass drohende gewichtige gesundheitliche Schädigungen von dem Betroffenen abgewendet werden sollen und nicht weniger einschneidende Maßnahmen in Betracht kommen, um den gewünschten Erfolg zu erreichen.⁵³

c. Genehmigung des Betreuungsgerichts

Die Unterbringung durch den Betreuer ist ferner grundsätzlich nur mit **vorheriger Genehmigung** durch das Betreuungsgericht zulässig (§1906 Abs. 2 S. 1 BGB). In Notfällen, d.h., wenn mit dem Aufschub der Unterbringung Gefahr verbunden ist, muss die

⁵⁰ BGH FamRZ 2014, 1694 (1695)

⁵¹ Sonnenfeld FamRZ 2012, 1372

⁵² Dodegge/Roth, G 27

⁵³ BVerfG FamRZ 1998, 895 (896)

Genehmigung unverzüglich nachgeholt werden (§ 1906 Abs. 2 S. 2 BGB).

Fehlt einer Unterbringung die erforderliche Genehmigung, so kann sie als Freiheitsentzug (§ 239 StGB) strafbar sein und einen Schadensersatzanspruch des Betroffenen begründen. Sofern die nachträgliche Genehmigung durch das Gericht verweigert wird, allerdings erst ab diesem Moment.⁵⁴

Die Genehmigung des Betreuungsgerichts enthält demnach nicht die hoheitliche Anordnung der Unterbringung, sondern billigt lediglich die **Unterbringungsanordnung des rechtlichen Betreuers** und begründet damit die Rechtmäßigkeit der damit verbundenen Freiheitsentziehung (§ 312 FamFG). Entscheidungsträger ist und bleibt der Betreuer, der allein dem Betroffenen zum Gebrauch oder zum Unterlassen verpflichtet ist.⁵⁵ Die konkrete Auswahl einer geeigneten Einrichtung obliegt bei Gebrauch der Genehmigung allein dem Betreuer im Rahmen seiner eigenverantwortlichen Amtsführung und ist auch nicht vom Betreuungsgericht überprüfbar.⁵⁶

Ferner hat der Betreuer die Unterbringung zu beenden, sofern ihre Voraussetzungen weggefallen sind (§ 1906 Abs. 2 S. 3 BGB) und dies hat er dem Betreuungsgericht anzuzeigen (§ 1906 Abs. 2 S. 4 BGB).

III. Ärztliche Zwangsmaßnahmen

Widerspricht demgegenüber auch die nachfolgende ärztliche Maßnahme der vorgenannten Art (§ 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB), d.h. eine Untersuchung des Gesundheitszustandes, eine Heilbehandlung

⁵⁴ Palandt – Götz § 1906 Rn.22

⁵⁵ Bienwald, BtPrax 2014, 112

⁵⁶ OLG München FamRZ 2006, 63

oder ein ärztlicher Eingriff dem **natürlichen Willen** des in dieser Form untergebrachten Betreuten, so handelt es sich um eine **ärztliche Zwangsmaßnahme**.⁵⁷

Der natürliche Wille ist der bewusst, verbal oder nonverbal zum Ausdruck gebrachte Wunsch oder die Absicht eines Menschen.⁵⁸ Diesen kann auch ein einwilligungsunfähiger Betroffener bilden.⁵⁹ Nicht erforderlich ist, dass der Betroffene die Bedeutung und Tragweite der Maßnahme versteht.⁶⁰ Es genügt daher, dass der Betroffene die ärztliche Maßnahme nicht bloß reflexartig ablehnt.⁶¹

Dieser Zwangsmaßnahme vermag auch die Einwilligung des rechtlichen Betreuers als gesetzlichem Vertreter nicht den Eingriffscharakter zu nehmen, der darin liegt, dass die Maßnahme gegen den Willen des Betroffenen erfolgt,⁶² denn das Recht auf körperliche Unversehrtheit obliegt zunächst allein seiner Disposition.

Die Zwangsbehandlung greift unabhängig davon, ob die Maßnahme mit körperlichem Zwang oder allein psychischem Druck durchgesetzt wird, daher immer in die Grundrechte des Betroffenen auf seine körperliche Integrität und das diesbezügliche Selbstbestimmungsrecht ein.⁶³

Die Zahl der Menschen mit seelischer Behinderung oder psychischer Erkrankung, die gegen ihren Willen in eine psychiatrische Klinik eingewiesen und dort zwangsbehandelt

⁵⁷ BVerfGE 129, 269 (280)

⁵⁸ BGH NJW 2012, 2967 ()

⁵⁹ Dodegge/Roth, Teil G, Rn. 32f

⁶⁰ Lipp, FamRZ 2013, 913 (920)

⁶¹ Grotkopp, BtPrax 2013, 83 (85)

⁶² BVerfGE 10, 302 (309)

⁶³ BVerfGE 128, 282 (300)

wurden, ist seit den 90er Jahren bis zum Jahr 2012 kontinuierlich angestiegen. Ca. 10 % der psychiatrischen Patienten in Kliniken waren in diesem Zeitraum von Zwangsmaßnahmen betroffen.⁶⁴

Neben der rechtlichen Dimension des Grundrechtseingriffs ist eine Zwangsmaßnahme für die Betroffenen zugleich aber auch psychisch immer sehr belastend und kann zu Traumatisierungen desjenigen führen, der ihnen ohnmächtig ausgesetzt und ausgeliefert ist. Gegen den eigenen Willen untergebracht und behandelt zu werden kann bedeuten, das Vertrauen zu den Personen zu verlieren, die einem nahe stehen oder auf die man besonders angewiesen ist. Es kann auch dazu führen, dass in weiteren Krisen oder Krankheitsphasen Hilfen gar nicht mehr oder so spät in Anspruch genommen werden, dass erneute Zwangsmaßnahmen zur Anwendung kommen.⁶⁵

1. Rechtsgrundlage § 1906 BGB alter Fassung

Obwohl § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB a. F. zur Zwangsbehandlung im Rahmen einer Unterbringung keine ausdrückliche Regelung, insbesondere keine Ermächtigung des Betreuers zur Einwilligung in eine solche Maßnahme enthielt, sondern lediglich die Voraussetzungen der Unterbringung regelte, betrachtete der BGH noch im Jahr 2006 eine **Zwangsbehandlung** im Rahmen der **stationären Unterbringung** mit Einwilligung des Betreuers nach **§ 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB a. F.** als verfassungsrechtlich zulässig.

Sofern der Betreute einwilligungsunfähig und der Grundsatz der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit strengstens beachtet war,

⁶⁴ Müller, FamRZ 2014, 173

⁶⁵ Stellungnahme des Bundesverbandes der Diakonie, S. 2

wurde mit der Unterbringung zugleich auch die Zwangsbehandlung genehmigt.⁶⁶

Zur Begründung führte der BGH aus, dass eine Unterbringung zur Heilbehandlung gemäß § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB a. F. nur dann betreuungsrechtlich zu genehmigen ist, wenn auch eine Heilbehandlung notwendig ist, zu deren Durchführung die Unterbringung überhaupt erfolgen soll. Auch wenn der Wortlaut der Vorschrift nur die Genehmigung der Unterbringung an sich und nicht auch die Genehmigung der Zwangsbehandlung selbst regelt, konnte nach Auffassung des BGH die Vorschrift nur so sinnvoll ausgelegt werden. Deshalb war im Rahmen der gerichtlichen Entscheidung über die Unterbringung zur Heilbehandlung die dann zwangsweise zu dulden Behandlung ebenfalls mit aufzunehmen und so präzise wie möglich anzugeben.⁶⁷

Der BGH entschied damit die in der Rechtsprechung mehrerer Oberlandesgerichte⁶⁸ und in der Literatur⁶⁹ bis dahin unterschiedlich beantwortete Frage der Rechtmäßigkeit der Einwilligung des Betreuers in eine Zwangsbehandlung und die an die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme zu stellenden Anforderungen. Sofern die gerichtliche Unterbringungsgenehmigung auch ausdrückliche Ausführungen zur notwendigen Heilbehandlung d.h., auch hinsichtlich Art und

⁶⁶ BGH NJW 2006, 1277 (1279)

⁶⁷ BGH NJW 2006, 1277 ()

⁶⁸ Ablehnend: OLG Bremen FamRZ 2006, 730, OLG Celle FamRZ 2006, 443, bejahend: OLG München FamRZ 2005, 1196

⁶⁹ Ablehnend: Schweitzer FamRZ 1996, 1317 (1324), bejahend: Soergel/Zimmermann, § 1904 Rn. 16, Bienwald/Hoffmann § 1904

Umfang der Behandlung enthielt, war dies nach dieser Rechtsprechung des BGH in der Folgezeit ausreichend.⁷⁰

2. Entwicklung in der Rechtsprechung

Nach den beiden Beschlüssen des **Bundesverfassungsgerichtes** vom 23.03.2011⁷¹ und 12.10.2011⁷² zu den verfassungsgemäßen Anforderungen an eine hinreichend klare und bestimmte Ermächtigungsgrundlage für Zwangsbehandlungen im Maßregelvollzug (**öffentlich-rechtliche Form der Unterbringung**), herrschte erneute Unsicherheit darüber, ob § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB a. F. diesen Grundsätzen genüge und eine hinreichende Rechtsgrundlage für Zwangsbehandlungen darstellte.⁷³

Dies, weil den vom Bundesverfassungsgericht in den beiden genannten Entscheidungen gemachten Ausführungen zufolge, die Behandlung eines Untergebrachten gegen seinen Willen (Zwangsbehandlung) in schwerwiegender Weise in sein Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG eingreift und daher einer **hinreichend bestimmten Rechtsgrundlage** bedarf.⁷⁴

Dem Eingriffscharakter einer Zwangsbehandlung steht dabei nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichtes auch nicht entgegen, dass sie zum Zweck der Heilung vorgenommen wird, denn eine

⁷⁰ BGH NJW 2010, 3718

⁷¹ BVerfG NJW 2011, 2113

⁷² BVerfG NJW 2011, 3571

⁷³ Bejahend: LG Berlin, Beschluss von 21.05.2012, Az. 83 T 163/12, Ablehnend LG Stuttgart FamRZ 2012, 1086, AG Bremen NJW 2012, 1090, LG Ffm. FamRZ 2012, 1084, AG Ludwigsburg FamRZ 2012, 739

⁷⁴ BVerfG NJW 2011, 2113, Rn. 39

schädigende Zielrichtung ist nicht Voraussetzung für das Vorliegen eines Eingriffs in die körperliche Unversehrtheit.⁷⁵

Die besondere Schwere des Grundrechtseingriffs liegt vielmehr darin, dass der Betroffene genötigt wird, eine Maßnahme zu dulden, die den Straftatbestand der Körperverletzung erfüllt⁷⁶ und daher normalerweise nur mit der in strafrechtlicher Hinsicht rechtfertigenden Einwilligung des Betroffenen zulässig ist. Der in einer Zwangsbehandlung liegende Eingriff berührt damit nicht nur die körperliche Integrität des Betroffenen als solche, sondern in besonders intensiver Weise auch sein von Art. 2 Abs. 2 S. 1 des Grundgesetzes mitgeschütztes Recht auf diesbezügliche Selbstbestimmung.⁷⁷

Ein von anderen Menschen gezielt vorgenommener Eingriff in die körperliche Integrität wird nach der Begründung des Bundesverfassungsgerichtes als umso bedrohlicher erlebt, je mehr der Betroffene sich dem Geschehen hilflos und ohnmächtig ausgeliefert sieht. Hinzu kommt, dass der Eingriff der Unterbringung häufig Menschen treffen wird, die aufgrund ihrer psychischen Verfassung den Schrecken der Zwangsinvasion in ihre körperliche Integrität und der Beiseitesetzung ihres Willens und die Angst davor besonders intensiv empfinden.⁷⁸

Für die grundrechtliche Beurteilung der Schwere eines Eingriffs ist nach den Beschlüssen des Bundesverfassungsgerichtes damit auch das subjektive Empfinden des Betroffenen von Bedeutung.⁷⁹

⁷⁵ BVerfGE 89, 120 (130)

⁷⁶ BGH NSTz 2008, 278 (279)

⁷⁷ BVerfG NJW 2011, 2113, Rn. 44

⁷⁸ BVerfG NJW 2011, 2113, Rn.

⁷⁹ BVerfG 89, 315 (324)

Gerade auch die Gabe von Neuroleptika gegen den natürlichen Willen eines Patienten stellt schließlich auch im Hinblick auf die Wirkung dieser Medikamente einen besonders schweren Grundrechtseingriff dar. Dies besonders, weil neben den irreversiblen und lebensbedrohlichen Nebenwirkungen die auftreten können, Psychopharmaka gerade auf die Veränderung seelischer Abläufe gerichtet sind. Ihre Verabreichung gegen den natürlichen Willen des Betroffenen berührt daher - unabhängig von den körperlichen Auswirkungen- in besonderem Maße den Kern ihrer Persönlichkeit.⁸⁰

Jedoch hat das Bundessverfassungsgericht auch festgestellt, dass es dem Gesetzgeber in Anbetracht der Schwere des Eingriffs der in der Zwangsbehandlung eines Untergebrachten liegt, nicht prinzipiell verwehrt ist, solche Eingriffe zuzulassen. Zur Rechtfertigung des Eingriffs kann das grundrechtlich geschützte Freiheitsinteresse des Untergebrachten aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 des Grundgesetzes selbst geeignet sein, sofern der Untergebrachte zur Wahrnehmung dieses Interesses infolge krankheitsbedingter Einsichtsunfähigkeit nicht in der Lage ist.⁸¹ Ein Eingriff, der darauf zielt, die tatsächlichen Voraussetzungen freier Selbstbestimmung des Untergebrachten wiederherzustellen, kann daher unter Umständen zulässig sein, weil der Betroffene insoweit hilfebedürftig ist.⁸²

An dieser Befugnis des Gesetzgebers hat sich den Ausführungen des Verfassungsgerichtes zufolge auch durch Inkrafttreten der UN Behindertenrechtskonvention zum 13. Dezember 2006 die als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite der Grundrechte herabgezogen werden muss, nichts geändert.⁸³

⁸⁰ BVerfG NJW 2011, 2113, Rn. 44

⁸¹ BVerfG NJW 2011, 3571, Rn. 37

⁸² BVerfGE 58, 208 (225)

⁸³ BVerfG NJW 2011, 2113, Rn. 45

Die Regelungen der Konvention, die auf Sicherung und Stärkung der Autonomie behinderter Menschen gerichtet sind, insbesondere Art. 12 Abs. 2 BRK (Gleichberechtigung von Menschen mit Behinderungen) und Art. 12 Abs. 4 Satz 2 BRK (Achtung der Rechte und des Willens von Menschen mit Behinderungen), verbieten nicht grundsätzlich gegen den natürlichen Willen gerichtete Maßnahmen, die an eine krankheitsbedingt eingeschränkte Selbstbestimmungsfähigkeit anknüpfen. Vielmehr beschränkt sie nur ihre Zulässigkeit insoweit, als sie die Vertragsstaaten zu geeigneten Sicherungen gegen Interessenkonflikte, Missbrauch und Missachtung sowie zur Gewährleistung der Verhältnismäßigkeit verpflichtet.⁸⁴

Den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichtes nach gebietet es der **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** jedoch, dass die Zwangsbehandlung eines Untergebrachten wie jeder andere Grundrechtseingriff nur auf der Grundlage eines Gesetzes zulässig ist, das die Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Eingriffs bestimmt. Dies gilt nicht nur für **die materiellen**, sondern auch für **die formellen Eingriffsvoraussetzungen**.

Das Bundesverfassungsgericht hat damit unmissverständlich klar gestellt, dass auch in diesem Sachzusammenhang alle für die Verwirklichung der Grundrechte wesentlichen Fragen, einer gesetzlichen Regelung bedürfen.⁸⁵ Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Eingriffs müssen hinreichend klar und bestimmt geregelt sein.

Der Gesetzgeber ist gehalten, seine Vorschriften so bestimmt zu verfassen, wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck möglich

⁸⁴ BVerfG NJW 2011, 2113, Rn. 44

⁸⁵ BVerfGE 57, 295 (320)

ist.⁸⁶ Die notwendige Bestimmtheit fehlt dabei einer Norm zwar nicht schon deshalb, weil sie auslegungsbedürftig ist.⁸⁷ Die Betroffenen müssen jedoch die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten danach ausrichten können.⁸⁸ Zur notwendigen Erkennbarkeit des Norminhaltes gehört damit die Klarheit.⁸⁹ Die Anforderungen an den Grad der **Klarheit und Bestimmtheit** sind umso strenger, je intensiver der Grundrechtseingriff ist, den eine Norm vorsieht.

Weder für die Untergebrachten noch für die, die zur Normanwendung in erster Linie berufenen Entscheidungsträger, die ebenfalls im Eigeninteresse einer Rechtssicherheit vermittelnden Rechtsgrundlage bedürfen, waren die wesentlichen Voraussetzungen für eine Zwangsbehandlung in diesem öffentlich-rechtlichen Kontext erkennbar.⁹⁰

Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichtes konnte den Mängeln der gesetzlichen Regelung auch nicht durch verfassungskonforme Auslegung abgeholfen werden, vielmehr verlangte es nach einer Regelung durch den Gesetzgeber.⁹¹

So wurde im Anschluss an die Beschlüsse des Bundesverfassungsgerichtes sowohl in der Rechtsprechung einzelner Instanzgerichte⁹² als auch in der Literatur⁹³ weiterhin

⁸⁶ BVerfGE 49, 168 (181)

⁸⁷ BVerfGE 45, 400 (420)

⁸⁸ BVerfGE 103, 332 (384)

⁸⁹ BVerfGE 110, 33 (54)

⁹⁰ BVerfGE 110, 33 (64)

⁹¹ BVerfG NJW 2011, 2113, Rn. 80

⁹² LG Berlin Beschluss vom 21.5.2012, Az. 83 T 163/12 (zitiert nach Juris)

⁹³ Olzen/Metzmacher, BtPrax 2011, 233

die Auffassung vertreten, dass § 1906 Abs. 1, Nr. 2 BGB bei verständiger Auslegung und unter Berücksichtigung des von dem Gesetzgeber hiermit angestrebten Zwecks, bereits aus seinem Wortlaut nicht nur allein eine Unterbringung ermöglicht, sondern auch die notwendige Zwangshandlung. Neben den in § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB a. F. geregelten Tatbestandsvoraussetzungen ergäben sich die weiteren Voraussetzungen der Unterbringungsgenehmigung, ohne dass dies einer gesonderten gesetzlichen Regelung bedürfte, unmittelbar aus dem bei jeder Eingriffsnorm von den Gerichten zu beachtenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Im Rahmen der bei Unterbringungen von Verfassung wegen gebotenen strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung, sei von dem Gericht zum einem zu prüfen, ob nicht durch weniger einschneidende Maßnahmen die erforderliche Heilbehandlung ermöglicht werden könne. Zum anderen, müsse unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls, der durch die vorgesehene Heilbehandlung erreichbare Behandlungserfolg unter Abwägung der mit der Unterbringung und einer zwangsweise durchgeführten Heilbehandlung verbundene schwer wiegende Eingriff in die Grundrechte des Betroffenen verhältnismäßig sein.

Die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts könne nicht auf § 1906 BGB a. F. übertragen werden. Denn diesen Entscheidungen hätten Sachverhalte aus dem öffentlich-rechtlichen Maßregelvollzug zu Grunde gelegen, bei denen eine Zwangsbehandlung aufgrund einer Anweisung staatlicher Exekutivorgane ohne vorherige Prüfung durch ein Gericht erfolgen sollte. Dies sei mit der gesetzlichen Regelung des § 1906 BGB a. F. und den betreuungsrechtlichen Sachverhalten nicht im Ansatz vergleichbar.⁹⁴

⁹⁴ LG Berlin, Beschluss vom 21.5.2012, Az. 83 T 163/12(zitiert nach

Die überwiegende Auffassung in der Literatur und Rechtsprechung kam unter Berücksichtigung der neueren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts jedoch zu dem Schluss, dass auch nach verfassungskonformer Auslegung des § 1906 BGB a. F. dieser den Bestimmtheiterfordernissen nicht genüge.⁹⁵ Bereits der Wortlaut des § 1906 Abs.1, Nr. 2 BGB enthalte keinerlei Hinweis auf eine Zwangsbehandlung. Dies folge auch nicht aus den übrigen Vorschriften des Betreuungsrechts, die an sich auch kein geschlossenes Regelungssystem enthielten.⁹⁶ Auch wenn die Vorschrift des § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB im Ergebnis so nur einen eingeschränkten Anwendungsbereich hätten und die unbefriedigende Situation entstünde, dass mangels Rechtsgrundlage gar nicht behandelt werden könne, sei dieser Nachteil angesichts der Schwere des Grundrechtseingriffs hinzunehmen. Denn es sei allein dem Gesetzgeber vorbehalten, Eingriffsbereiche und deren Ziele zu formulieren.⁹⁷

Auch der **Bundesgerichtshof** änderte daraufhin im **Juni 2012** seine Rechtsprechung und verneinte mangels ausdrücklicher gesetzlicher Grundlage, die Zulässigkeit einer solchen Zwangsbehandlung in Betreuungssachen⁹⁸. Die Forderung des Verfassungsgerichtes, dass für eine Zwangsbehandlung wegen des besonders schwerwiegenden Grundrechtseingriffs eine hinreichend klare und bestimmte Regelung der

⁹⁵ Bienwald, FPR 2012, 4 (8), Moll-Vogel, FamRB 2011, 249 (250)

LG Stuttgart, FamRZ 2012, 1086 (1088), AG Ffm FamRZ 2012, 1084, AG Bremen BtPrax 2012, 85

⁹⁶ AG Ludwigsburg FamRZ 2012, 739 (740)

⁹⁷ AG Ffm FamRZ 2012 S. 1084 (1085).

⁹⁸ BGH FamRZ 2012, 1366

Eingriffsvoraussetzungen erforderlich ist, sollte auch im **Betreuungsrecht** Geltung beanspruchen.⁹⁹

Dabei machte auch der Bundesgerichtshof nochmals deutlich, dass auch bei einer von einem Betreuer veranlassten Unterbringung und Zwangsbehandlung ebenfalls von einem „staatlichen Eingriff“ auszugehen ist (Siehe oben B. 3.). Der Betroffene muss sich daher auch gegen Handlungen des Betreuers auf seine Grundrechte berufen können mit der Konsequenz, dass auch die Handlungen des Betreuers einer hinreichend konkreten Ermächtigungsgrundlage bedarf.¹⁰⁰

Nach der Dogmatik des Betreuungsrechts ergeben sich die Handlungsbefugnisse des Betreuers aus den §§ 1901, 1902 BGB. Aus diesen Vorschriften ergibt sich mit hinreichender Bestimmtheit jedoch nichts zu den materiellen oder verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für eine Zwangsbehandlung. Ebenso wenig enthielten sie zusammen mit § 1906 BGB ein in sich geschlossenes System, aus dem sich eine hinreichend konkrete Ermächtigung für Zwangsmaßnahmen ergab. Gleiches galt für § 1906 Abs. 1 Nr. 2 a.F. BGB der ebenfalls keine ausreichend bestimmte Regelung enthielt. Vielmehr ermächtigte diese Norm nicht einmal direkt zum Eingriff in die Rechte des Betroffenen sondern regelte nur die gerichtliche Kontrolle, der dem Grunde nach unbeschränkten Vertretungsmacht des Betreuers. Aber auch die staatliche Kontrolle muss inhaltlich den Anforderungen genügen, die das Bundesverfassungsgericht für eine an den Staat adressierte Ermächtigungsgrundlage fordert.¹⁰¹ Daher bedurfte es auch unter diesem Aspekt einer Rechtsgrundlage, welche die relevanten Fragen der Zwangsbehandlung regelt.

⁹⁹ BGH FamRZ 2012, 1366 (1369)

¹⁰⁰ BGH FamRZ 2012, 1366 (1369)

¹⁰¹ BGH FamRZ 2012, 1366 (1370)

Auch wenn bis zu den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in der Rechtsprechung bei Zwangsmaßnahmen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch so entsprochen worden sei, konnte das nicht darüber hinweg helfen, dass das Gesetz selbst dazu keine Ausführungen enthielt, namentlich zur Auswahl der konkret angewendeten Maßnahmen nach Art und Dauer- einschließlich der Auswahl und Dosierung einzusetzender Medikamente und begleitender Kontrollen. Ebenso fehlten Regelungen dazu, dass die Zwangsbehandlung nicht mit Belastungen verbunden sein darf, die außer Verhältnis zu den erwarteten Nutzungen stehen und dass die Zwangsbehandlung nur das letzte Mittel darstellen darf, also eine weniger belastende Behandlung aussichtslos sein muss. Schließlich waren auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht wesentliche Fragen zur Zwangsbehandlung nicht gesetzlich geregelt, so beispielsweise die Durchführung einer förmlichen Beweisaufnahme durch Einholung eines Gutachtens über die Notwendigkeit der Maßnahme, die Dokumentation der Maßnahme und die Behandlungsdauer.¹⁰²

In der Praxis führte dies dazu, dass in der Zeit nach den Entscheidungen des Bundesgerichtshofes - mangels hinreichender gesetzlicher Grundlage - keine betreuungsrechtlichen Zwangsbehandlungen mehr veranlasst werden durften.

Da nach § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB a. F. eine Unterbringung zur Heilbehandlung nur in Betracht kam, wenn auch behandelt werden darf, war eine Unterbringung zu diesem Zweck nicht mehr möglich. Ein für die Betroffenen teilweise fatales Ergebnis,¹⁰³ welches in vielen psychiatrischen Krankenhäusern zu kaum tragbaren Situationen führte. In letzter Konsequenz konnte daher nur über den **rechtfertigenden Notstand** (gemäß § 34 StGB) d.h., bei einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren drohenden Gefahr für

¹⁰² BGH FamRZ 2012, 1366 (1371)

¹⁰³ Sonnenfeld FamRZ 2012, 1372

Leib oder Leben des Betroffenen, eine lebenserhaltende Behandlung erfolgen, wenn bei Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren, das geschützte Interesse das Beeinträchtigte wesentlich überwog.

Teilweise wurde statt einer sinnvollen Medikamentengabe fixiert oder eine Unterbringung trotz begründeter Heilungsaussicht als reine Freiheitsentziehung vollzogen. Die eingetretene Behandlungsvakanz löste als positive Folge aber auch eine Bewusstseinschärfung in der Frage der dem Willen widersprechenden Medikamentengabe als Teil ärztlicher Tätigkeit aus. Infolge der zum Teil unhaltbaren Zustände wurde jedoch die Notwendigkeit der Zwangsbehandlung als Ultima Ratio von vielen Ärzten und Angehörigen sowie verschiedenen Verbänden auch weiterhin überwiegend befürwortet.¹⁰⁴

3. Entwicklung in der Gesetzgebung –

§ 1906 BGB neuer Fassung

Als Folge der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und nach den Beschlüssen des Bundesgerichtshofes wurde daraufhin im Sommer 2012 im Bundesjustizministerium ein Gesetzesentwurf erarbeitet, der nach diversen Beratungen und Änderungen durch das Gesetz zur Regelung der betreuungsrechtlichen Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme zum 26.02.2013 in Kraft getreten ist.¹⁰⁵ Dieses beinhaltet Neuerungen des materiellen Rechts sowie des Verfahrensrechts. Geblieben ist, dass auch nach der Neuregelung durch den Gesetzgeber die Zwangsbehandlung nur im Rahmen einer Unterbringung des Betroffenen nach § 1906 Abs. 1

¹⁰⁴ Grotkopp, BtPrax 2013, 83 (84)

¹⁰⁵ BGBl. 2013 I 266 v. 25.02.2013

Nr. 2 BGB möglich ist. Ambulante Zwangsbehandlungen sind danach weiter ausgeschlossen.

Wegen dieses systematischen Zusammenhangs der Zwangsbehandlung mit der Unterbringung ist diese nunmehr ebenfalls in § 1906 BGB geregelt.¹⁰⁶

Zu beachten ist aber, dass für ärztliche Maßnahmen zunächst die allgemeinen Regelungen Anwendung finden.

a. Patientenrechtegesetz

Am 26.02.2013 ist gleichzeitig das neue Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten in Kraft getreten.¹⁰⁷ Danach ist der ärztliche Behandlungsvertrag nunmehr als besonderer Vertragstypus des Dienstleistungsvertrages in den §§ 630a ff. BGB normiert.

Im Rahmen der Neuregelungen sind erstmals ausdrückliche **Mitwirkungspflichten des Patienten** (§630c Abs. 1 BGB) und umfassende **Informationspflichten des behandelnden Arztes** normiert worden (§ 630c Abs. 2 - 4 BGB).

Nach § 630c Abs. 1 BGB sollen Behandelnder und Patient bei der Behandlung zusammenwirken.

Aus der Gesetzesbegründung folgt, dass die Norm eine Mitwirkungsobliegenheit des Patienten umschreibt.¹⁰⁸ Sofern ein Betreuer seiner Mitwirkungspflicht krankheitsbedingt nicht nachkommen kann, hat daher der Betreuer, soweit erforderlich, mitzuwirken. Dies ergibt sich bereits aus der Verpflichtung des

¹⁰⁶ Lipp, FamRZ 2013, 913(920)

¹⁰⁷ BGBl. I 2013, 277 v. 25.02.2013

¹⁰⁸ BT-Drs 17/10488, S.21

Betreuers innerhalb seines Aufgabenkreises dazu beizutragen, dass eine Krankheit oder Behinderung des Betreuten beseitigt oder zumindest gelindert wird (§ 1901 Abs. 4 BGB).¹⁰⁹

Adressat der andererseits bestehenden ärztlichen Aufklärungspflicht ist zunächst der **Patient** (§ 630c Abs. 2 - 4 BGB). Der Patient ist über sämtliche für die Einwilligung wesentlichen Umstände aufzuklären, in einer für den Patienten jeweils verständlichen Form (§ 630e BGB). Daran ändert auch das Bestehen einer Betreuung zunächst nichts.¹¹⁰

Ist der Patient jedoch nicht in der Lage, die Ausführungen des Arztes zu verstehen und damit auch nicht einwilligungsfähig, ist der **Betreuer** umfänglich zu informieren und aufzuklären (§§ 630c Abs. 2-4, 630d Abs. 2, 630e Abs. 4 BGB).¹¹¹ Die Adressatenstellung des Betreuers ergibt sich hier aus seiner Stellung als gesetzlicher Stellvertreter (§ 1902 BGB) und dem Umstand, dass eine umfassende Aufklärung die informierte Einwilligung des Betreuers (§ 630d Abs. 1, S. 2 BGB) vorbereiten muss.¹¹²

Eine **Aufklärung des einwilligungsunfähigen Patienten** durch den behandelnden Arzt hat daneben unter Berücksichtigung des Entwicklungsstandes des Betroffenen, seiner Verständnismöglichkeiten und unter Beachtung seines Wohls zu erfolgen (§ 630e Abs. 5 BGB).

Daneben ist allerdings auch der **Betreuer zur Information und Aufklärung des Betreuten** verpflichtet. Dies folgt aus seiner allgemeinen Pflicht, sich in allen wichtigen Angelegenheiten mit dem Betreuten zu besprechen (§ 1901 Abs. 3 BGB). Im Rahmen seiner Verständnismöglichkeiten ist auf diesem Wege zu versuchen, die

¹⁰⁹ Olzen, BtPrax 2013, 127 (129)

¹¹⁰ Wedlich, BtPrax 2014, 60

¹¹¹ Wedlich, BtPrax 2014, 60

¹¹² Olzen, BtPrax 2013, 127 (129)

natürliche Zustimmung des Betroffenen zu der geplanten Maßnahme zu erreichen und den Dialog zwischen den an der Behandlungsentscheidung Beteiligten zu fördern.¹¹³

Vor Durchführung der medizinischen Maßnahme ist des Weiteren die Einwilligung des Patienten und bei einwilligungsunfähigen Patienten, die **Einwilligung des hierzu Berechtigten** einzuholen (§ 630d Abs. 1 S. 2 BGB). Dies wird in den hier behandelten Fällen in der Regel der Betreuer im Rahmen des ihm übertragenen Aufgabenkreises „Gesundheitsorge“ sein. Davon ist auch der Gesetzgeber ausgegangen.¹¹⁴

b. Patientenverfügung § 1901a Abs. 1 BGB

Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn der Patient zuvor wirksam in einer Patientenverfügung (§ 1901 a Abs. 1 S. 1 BGB) etwas anderes geregelt hat (§ 630d Abs. 1, S. 2 BGB) und die Patientenverfügung auch nicht wirksam widerrufen wurde (§1901a Abs.1 S.3 BGB). Dabei ist zu beachten, dass ein wirksamer Widerruf nicht allein schon in der nachträglichen Verweigerung einer Maßnahme, mit lediglich natürlichem Willen, gesehen werden kann.¹¹⁵

Liegt danach eine eigene Einwilligung des Patienten vor, ist ein Handeln des Betreuers nicht mehr zulässig. Primäre Funktion der **Patientenverfügung** ist damit die Wahrung des **Selbstbestimmungsrechtes des Patienten** über den Zeitpunkt hinaus, in welchem dieser nicht mehr die Art, Bedeutung und Tragweite der ärztlichen Maßnahme erfassen und selbst entscheiden kann.¹¹⁶

¹¹³ Olzen, BtPrax 2013, 127 (131)

¹¹⁴ BT- Drs. 17/10488 S. 23

¹¹⁵ Wedlich, BtPrax 2014, 60 (63)

¹¹⁶ Wedlich, BtPrax 2014, 60 (61)

Dem Betreuer kommt in diesen Fällen jedoch die entscheidende Funktion zu, dem Willen des Patienten Ausdruck und Geltung zu verschaffen (§§ 1901a Abs. 1 S. 2, 1901b BGB).¹¹⁷

Dazu hat er zu prüfen und am Ende auch zu entscheiden, ob der in der Patientenverfügung dargelegte Wille des Patienten auf die tatsächliche Lebenssituation anwendbar ist. Hierzu hat er sich mit dem behandelnden Arzt zu besprechen und zu erörtern, welche ärztlichen Maßnahmen im Hinblick auf den Gesamtzustand und die Prognose des Patienten unter Berücksichtigung des Patientenwillens indiziert sind (§ 1901b Abs. 1 BGB). Darüber hinaus sind die nahen Angehörigen und sonstigen Vertrauenspersonen des Patienten zu seinem Willen zu befragen (§1901b Abs. 2 BGB). Diese Erörterung mit allen Beteiligten trägt der Wahrung der Selbstbestimmung des Betroffenen sowie dem Schutz seines Lebens und seiner Gesundheit Rechnung.¹¹⁸

c. Behandlungswünsche und mutmaßlicher Wille

Liegt keine Patientenverfügung vor oder trägt sie der aktuellen Situation nicht Rechnung, so hat der Betreuer die **Behandlungswünsche oder den mutmaßlichen Willen** des Patienten festzustellen und auf dieser Grundlage zu entscheiden, ob eine ärztliche Maßnahme vorgenommen wird oder nicht (§1901a Abs. 2 S.1 BGB). Auch bei dieser Entscheidung handelt es sich nicht um eine freie Entscheidung des Betreuers, vielmehr setzt er auch hier nur den Behandlungswunsch oder den mutmaßlichen Willen des Betroffenen um.¹¹⁹

¹¹⁷ Thar, BtPrax 2013, 90 (91)

¹¹⁸ Wedlich, BtPrax 2014, 60 (61)

¹¹⁹ Wedlich BtPrax 2014, 60 (62)

Die Ermittlung des Behandlungswunsches und des mutmaßlichen Willens hat der Betreuer aufgrund konkreter Anhaltspunkte vorzunehmen (§ 1901a Abs.2 S. 2 BGB), wobei insbesondere frühere mündliche oder schriftliche Äußerungen, ethische oder religiöse Überzeugungen und sonstige persönliche Wertvorstellungen des Betroffenen zu berücksichtigen sind (§ 1901a Abs. 2 S. 3 BGB). Bestenfalls hat sich der Betreuer bereits im Vorfeld einer erwarteten Krankheit oder einer erwarteten Verschlimmerung der bestehenden Krankheit mit dem Betreuten besprochen, dessen Wünsche ermittelt und eine entsprechende Dokumentation erstellt.¹²⁰ Auch in diesem Fall sind im Übrigen die nahen Angehörigen sowie Vertrauenspersonen in den Prozess der Entscheidungsfindung einzubeziehen und es hat ein Gespräch mit dem behandelnden Arzt zu erfolgen (Siehe oben B.III.3.b).

Lässt sich auch danach **kein Behandlungswunsch** oder **mutmaßlicher Wille** des Patienten ermitteln, trifft der **Betreuer** eine **eigene Entscheidung**, die sich wie bereits oben dargelegt, am „**Wohl**“ des Betreuten auszurichten hat (§ 1901 Abs.2 S.1 BGB), das ebenfalls eine subjektive Komponente enthält.

Eine ganz besondere Konstellation der Behandlungsentscheidung besteht daneben in den Fällen, in denen die Behandlung nicht ohne, sondern vielmehr gegen den natürlichen Willen des rechtlich betreuten Patienten erfolgen soll. Auch hier ist eigene Behandlungsentscheidung des Betreuers nach den zuvor dargelegten Grundsätzen zu treffen und gegebenenfalls in eine ärztliche Zwangsmaßnahme des Betroffenen einzuwilligen.

¹²⁰ Thar, BtPrax 2013, 90 (92)

d. Die Einwilligung des Betreuers gemäß § 1906 Abs. 3 BGB.

Unter welchen weiteren Voraussetzungen dies möglich ist, hat der Gesetzgeber nunmehr in § 1906 Abs. 3 S. 1 BGB n. F. ausdrücklich geregelt.

aa. Mangelnde Erkenntnis oder Einsichtsfähigkeit

Danach setzt eine eigene Entscheidung des Betreuers zunächst voraus, dass der Betreute selbst aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer geistigen oder seelischen Behinderung die Notwendigkeit der ärztlichen Maßnahme nicht erkennen oder nicht nach dieser Einsicht handeln kann (§ 1906 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB).

Diese Regelung entspricht in Formulierung und Inhalt derjenigen, die § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB für die Unterbringung aufstellt, so dass insoweit auf die Ausführungen verwiesen wird (B.II.2), mit dem einzigen Unterschied, dass hier die **Einsichtsfähigkeit** allein im Hinblick auf die **ärztliche Maßnahme** geprüft werden muss, durch die zusätzlich in das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit eingegriffen wird.¹²¹ Zwar hat auch ein psychisch Kranker einen Anspruch auf „Freiheit zur Krankheit“ jedoch darf ihm aufgrund seiner Erkrankung medizinische Hilfe nicht vorenthalten werden.¹²²

Die Beurteilung der Einwilligungsfähigkeit hat primär durch den behandelnden **Arzt** zu erfolgen und ist bei Zweifeln durch einen weiteren Arzt und bei Bedarf auch durch das Pflegefachpersonal zu überprüfen und abzusichern. Die Einschätzung der Einwilligungsfähigkeit ist im Übrigen eingehend zu dokumentieren.¹²³

¹²¹ Dodegge/Roth Teil G, Rn. 32g

¹²² BVerfGE 58, 208 (225)

¹²³ Wedlich, BtPrax 2014, 60

Aber auch den **Betreuer** trifft die Pflicht, sich ein eigenes aktuelles Bild von den Fähigkeiten seines Betreuten in dem anstehenden Prozess zu machen.¹²⁴ Dies folgt bereits aus dem, dem gesamten Betreuungsrechts innewohnenden Grundsatz der Erforderlichkeit und Subsidiarität.

bb. Überzeugungsversuch

Weitere materiell rechtliche Voraussetzung ist daneben, dass zuvor versucht wurde, den Betreuten von der Notwendigkeit der medizinischen Maßnahme zu überzeugen (§ 1906 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB).¹²⁵ Der Gesetzgeber hat damit dem vorrangigen Prinzip des **einvernehmlichen Zusammenwirkens** zwischen Betreuten und Betreuer Rechnung getragen, was seinen Ausdruck bereits in der Verpflichtung des Betreuers gefunden hat, sich in allen wichtigen Angelegenheiten vor ihrer Erledigung mit dem Betreuten zu besprechen, sofern dies dessen Wohl nicht zuwider läuft (§ 1901 Abs. 3 S. 3 BGB).¹²⁶

Ziel des mit dem nötigen Zeitaufwand und ohne unzulässigen Drucks geführten ernsthaften Gespräches ist es, den Betreuten von der Notwendigkeit der Maßnahme zu überzeugen, d.h., dass der Betreute seinen natürlichen Willen so ändert, dass er sich nicht mehr gegen die Maßnahme richtet. Dies gebietet der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, da so eine Zwangsbehandlung eventuell vermieden werden kann.¹²⁷ Die aus der Erkrankung des Betroffenen resultierenden Einschränkungen in der

¹²⁴ Thar, BtPrax 2013, 231 (232)

¹²⁵ BGH NJW 2014, 2497 (2498)

¹²⁶ BGH NJW 2014, 2497 (2498)

¹²⁷ BGH NJW 2014, 2497 (2498)

Gesprächsfähigkeit sind in dem Zusammenhang als systemimmanent zu akzeptieren.¹²⁸

Der Versuch muss daher nach dem Auftreten der Erforderlichkeit der Behandlung und vor deren Durchführung erfolgen, wobei auch mehr als ein Versuch sinnvoll sein kann, insbesondere in der Zeit zwischen Unterbringung und Durchführung der Maßnahme, wenn der zeitliche Rahmen dies erlaubt.¹²⁹

Da das Gesetz nicht ausdrücklich regelt, wer diesen Überzeugungsversuch unternehmen soll, ist auch insoweit zunächst wieder auf die allgemeinen Regeln abzustellen.¹³⁰ Danach besteht neben der allgemeinen sog. Besprechenspflicht für den Betreuer aus § 1901 Abs. 3 S. 3 BGB auch für den behandelnden Arzt bereits nach dem neuen Patientengesetz gemäß § 630c Abs.2 S. 1 BGB eine Pflicht zur umfassenden Aufklärung des Betroffenen unter Berücksichtigung der Möglichkeiten des Betreuten,¹³¹ zumal häufig der Arzt allein über die notwendige medizinische Fachkompetenz verfügt.¹³²

Der geforderte Überzeugungsversuch geht über diese allgemeinen Informations- und Besprechenspflichten jedoch hinaus, da er darauf abzielt auch das Vertrauen des Betroffenen zu gewinnen¹³³ und durch geduldiges Verhandeln bzw. durch ein permanentes Gespräch ein **Therapieeinverständnis** erlangt werden soll.¹³⁴

¹²⁸ Grotkopp, BtPrax 2013, 83 (87)

¹²⁹ Thar, BtPrax 2013, 91 (92)

¹³⁰ Lipp, FamRZ 2013, 913 (921)

¹³¹ Wedlich, BtPrax 2014, 60 (63)

¹³² Grotkopp, BtPrax 2013, 83 (87)

¹³³ BGH NJW 2014, 2497 (2498)

¹³⁴ Dodegge /Roth Teil G, Rn. 32j

In Betracht kommen für diesen Überzeugungsversuch daher neben dem Betreuer und dem behandelnden Arzt auch andere Vertrauenspersonen des Betroffenen aus dem Bereich seiner Freunde oder Angehörigen.¹³⁵

Die Ausgestaltung dieses Überzeugungsversuchs hängt damit stark vom jeweiligen Einzelfall ab. In der Regel wird es jedoch der **ärztliche beratene Betreuer** sein, der diesen Überzeugungsversuch unternimmt.¹³⁶ Dies erfordert von dem Betreuer neben der medizinischen Fachlichkeit, auch eine individuell angepasste gute Methodik der Gesprächsführung und vorangegangener Beziehungspflege sowie ein hohes Maß an Selbstreflexion.¹³⁷

cc. Erforderlichkeit

Ferner muss die ärztliche Zwangsmaßnahme im Rahmen der Unterbringung zum Wohl des Betreuten erforderlich sein, um einen drohenden erheblichen gesundheitlichen Schaden abzuwenden (§1906 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB). Denn die Überwindung des entgegenstehenden natürlichen Willens kann nur dann gerechtfertigt sein, wenn es gilt, gewichtige gesundheitliche Nachteile zu verhindern. Umgekehrt ist der natürliche Wille des Betroffenen zu respektieren, wenn auch bei Unterbleiben der Behandlung keine wesentlichen Beeinträchtigungen des Betroffenen zu erwarten sind.¹³⁸

Bei der **Prognoseentscheidung** kann einfließen, inwieweit die Erkrankung die Willensbildungs- und Steuerungsfähigkeit des

¹³⁵ Thar, BtPrax 2013, 91 (92)

¹³⁶ BHG NJW 2014, 2497 (2498)

¹³⁷ Thar, BtPrax 2013, 231 (234)

¹³⁸ BGH NJW 2014, 2496

Betreuten beeinflusst. Je länger der erwartete erhebliche gesundheitliche Schaden andauern wird, desto gewichtiger wird er sein. Dies gilt umso mehr, wenn irreversible Schäden zu erwarten sind.¹³⁹ Für die Frage ob ein erheblicher gesundheitlicher Schaden droht, wird im Übrigen auf die bereits oben gemachten Ausführungen zur Unterbringung gemäß § 1906 Abs. 1 Nr. 1 BGB (B. II.2) verwiesen.

dd. Zumutbare Alternativen

Der erhebliche gesundheitliche Schaden muss ferner durch keine andere **dem Betreuten zumutbare Maßnahme** abgewendet werden können (§ 1906 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 BGB). Dieses Erfordernis, dass der gesundheitliche Schaden nicht durch ein milderes Mittel abgewendet werden kann, ist ebenfalls Ausfluss des **Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes**.¹⁴⁰ Eine solche kann etwa in einer alternativen Behandlungsmethode zu sehen sein, die nicht dem natürlichen Willen widerspricht und die ebenfalls das mit der Zwangsbehandlung verfolgte Behandlungsziel erreichen kann, aber auch in sonstigen die Behandlung entbehrlich machenden Maßnahmen.¹⁴¹

Allein maßgeblich für die Frage der Zumutbarkeit ist auch hier allein die **Sicht des Betreuten**, nicht die Dritter. Dies hat der Gesetzgeber eindeutig formuliert. Im Ergebnis darf es daher aus der Sicht des Betroffenen keine zumutbare Handlungsalternative geben.¹⁴² Die Sicht des Betroffenen ist daher gründlich von Seiten des Betreuers und der an der Behandlung Beteiligten zu ermitteln. Auch insoweit kommt daher einem ernsthaften und ausführlichen

¹³⁹ Dodegge, NJW 2013, 1266 (1267)

¹⁴⁰ Grotkopp, BtPrax 2013, 83 (88)

¹⁴¹ BGH NJW 2014, 2496 (2498)

¹⁴² Dodegge, NJW 2013, 1266 (1268)

Gespräch mit dem Betroffenen eine maßgebliche Bedeutung zu. Sofern ein die Zwangsbehandlung vermeidendes Konzept der Behandlung danach möglich scheint, ist dieses vom Betreuer einzufordern und darf er sich auch nicht vorschnell mit dem Hinweis auf die gegebene Strukturen in der Klinik zufrieden geben.¹⁴³

ee. Güterabwägung

Ferner muss der erwartete Nutzen der ärztlichen Zwangsmaßnahme die zu erwartende Beeinträchtigung deutlich überwiegen (§ 1906 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BGB). Der Gesetzgeber will damit verdeutlichen, dass die ärztliche Zwangsmaßnahme immer **Ultima Ratio** sein muss. Die Belastung des Betreuten durch eine ärztliche Zwangsmaßnahme darf nicht **außer Verhältnis** zu ihrem Nutzen stehen.¹⁴⁴

Je schwerwiegender der Eingriff ist, etwa durch das mit ihm einhergehende Gefühl der Traumatisierung oder im Hinblick auf unerwünschte Nebenwirkungen, desto deutlicher muss der Nutzen für den Betreuten hervortreten und die eingetretenen Nachteile wesentlich übersteigen. Angesichts medizinischer Prognoserisiken und methodischer Schwierigkeiten der Vergleichserhebung kann dies nur bejaht werden, wenn in medizinischen Fachkreisen ein deutliches Überwiegen des Nutzens der geplanten ärztlichen Maßnahme feststellbar ist.¹⁴⁵ Daran wird es in der Praxis häufig mangeln, weshalb oft nur ein Rückgriff auf die Erfahrungen

¹⁴³ Thar, BtPrax 2013, 91 (93)

¹⁴⁴ BT-Drs. 17/11513, 7

¹⁴⁵ BVErfG NJW 2011, 2113, Rn. 61

entweder des Betroffenen selbst oder seiner ihn schon länger begleitenden Bezugspersonen möglich ist.¹⁴⁶

Für den Betreuer bedeutet dies, dass er in jedem einzelnen Fall sorgfältig den **konkreten Nutzen und die Risiken** für den Betroffenen ermitteln, prüfen und gewichten muss.¹⁴⁷ Dabei hat er neben den Erklärungen des Arztes zu Wirkung und Nebenwirkung der Behandlung alle anderen Folgen der Zwangsbehandlung in gleicher Weise zu berücksichtigen, wie etwa die mit der Zwangsbehandlung verbundene Gewalt von dem Betroffenen erlebt wird.

Entsprechend der Grundsatznorm des § 1901 Abs. 2 BGB ist auch die **Angemessenheit** der Maßnahme aus der subjektiven Sicht des Betreuten zu beurteilen. Das Gesetz stellt dies zwar nur für die Zumutbarkeit ausdrücklich klar (§ 1906 Abs. 3 Nr.4 BGB); für die Angemessenheit muss jedoch dasselbe gelten.¹⁴⁸

e. Die gerichtliche Genehmigung seiner Einwilligung gemäß

§ 1906 Abs. 3a BGB

Wie an sich auch schon die Freiheitsentziehung, muss auch die Einwilligung des Betreuers in die ärztliche Zwangsmaßnahme vom Betreuungsgericht **vorab genehmigt** werden (§1906 Abs. 3 a BGB). Dazu hat das Betreuungsgericht zu prüfen, ob die in § 1906 Abs. 3 BGB aufgezählten Voraussetzungen kumulativ vorliegen.¹⁴⁹

Eine **Eilfallkompetenz**, des Betreuers d.h. eine Einwilligung des Betreuers ohne vorherige Genehmigung bei „Gefahr“, wie z.B. bei

¹⁴⁶ Thar, BtPrax 2013, 91 (93)

¹⁴⁷ Lipp, FamRZ 2013, 913 (921)

¹⁴⁸ Lipp, FamRZ 2013, 913 (921)

¹⁴⁹ BGH FamRZ 2014, 1358

der Unterbringung (§ 1906 Abs. 2 S. 2 BGB) oder bei schwerwiegenden ärztlichen Eingriffen (§ 1904 Abs. 1 S.2 BGB), besteht nicht.¹⁵⁰ Dies stärkt die Rechte der Betroffenen¹⁵¹ und trägt dem Umstand des erheblichen Grundrechtseingriffs Rechnung.¹⁵²

Eine einstweilige eigene Maßregel des Betreuungsgerichts nach § 1846 BGB (**Ersetzungsbefugnis** Siehe oben B. I. 3.) ist daneben nur zulässig, wenn ein Betreuer bereits bestellt aber an der Erfüllung seiner Pflichten verhindert ist (§ 1906 Abs. 3 S. 2 BGB). Eine generelle Ermächtigungsgrundlage zur Zwangsbehandlung in Krisensituationen besteht für das Betreuungsgericht daher nicht. Vielmehr ist in diesen Eilfällen zunächst einstweilig ein Betreuer zu bestellen, dessen Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme, dann einstweilen genehmigt werden kann.¹⁵³

Der bestellte Betreuer hat dafür an das zuständige Betreuungsgericht einen **Antrag auf Genehmigung seiner Behandlungsentscheidung** zu stellen. Beantragt wird die betreuungsgerichtliche Genehmigung einer **bestimmten ärztlichen Zwangsmaßnahme** im Rahmen einer bestehenden Unterbringung des betreuten Menschen sowie **deren Dauer**.¹⁵⁴ Dazu hat der Betreuer das Vorliegen aller Voraussetzungen des § 1906 Abs. 3 BGB vorzutragen und seine Entscheidung nachvollziehbar zu begründen. Genehmigt das Gericht daraufhin die beantragte Maßnahme, obliegt es allein der Verantwortung des Betreuers, ob er von der Genehmigung Gebrauch macht. Ebenso kann er seinen Antrag jederzeit zurück nehmen.¹⁵⁵

¹⁵⁰ Lindemann, BtPrax 2013, 44 (45)

¹⁵¹ Grotkopp, BtPrax 2013, 83 (88)

¹⁵² Wedlich BtPrax 2014, 60 (63)

¹⁵³ Dodegge, NJW 2013, 1265 (1268)

¹⁵⁴ Thar, BtPrax 2013, 91 (94)

¹⁵⁵ Thar, BtPrax 2013, 91 (94)

Für den Betreuer bedeutet dies, dass er sorgfältig das Vorliegen der Voraussetzungen ermitteln, eine umfassende Güterabwägung vornehmen und diese in nachvollziehbarer Weise dem Gericht darlegen muss. Auch wenn der Betreuer dabei, wie bereits oben dargelegt, fachliche Unterstützung in Anspruch nehmen kann und muss, bleibt es am Ende doch die allein von ihm zu treffende Behandlungsentscheidung. Daneben obliegt die Auswahl der konkreten Unterbringungseinrichtung, als auch die Durchführung der genehmigten Maßnahme dem Betreuer. Wie er dies zu vollziehen hat, ist gesetzlich nicht geregelt und hängt vom jeweiligen Einzelfall ab.¹⁵⁶

Die zuständige Behörde kann dabei als unterstützende Instanz in Anspruch genommen werden (§ 326 Abs. 1 FamFG). Wie sich die Beteiligten bei der Unterbringung der betroffenen Person allerdings miteinander oder nebeneinander verhalten sollen, ist gesetzlich nicht geregelt, was in der Praxis der behördlichen Unterstützung zu unterschiedlichen Verfahrenweisen führt.¹⁵⁷ Auch insoweit ist der Betreuer daher gefordert, sich mit allen Beteiligten abzustimmen und alles zum **Wohle des Betroffenen erforderliche** zu veranlassen. Die allgemeinen Grundsätze des Betreuungsrechts (Siehe oben B. II. 2) finden auch insoweit Anwendung, allen voran, der **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**.

Ferner hat der Betreuer die **Einwilligung zu widerrufen**, wenn die Voraussetzungen nach § 1906 Abs. 3 BGB entfallen sind (§ 1906 Abs. 3a S.2 BGB). Dies hat er dem Betreuungsgericht anzuzeigen (§ 1906 Abs. 3a S. 3 BGB). Für den Betreuer bedeutet dies, dass er die genehmigte Zwangsmaßnahme aufmerksam begleiten und das Vorliegen der erforderlichen Voraussetzungen fortlaufend einer sorgfältigen Überprüfung unterziehen muss.

¹⁵⁶ Bienwald, BtPrax 2013, 112

¹⁵⁷ Bienwald, BTPrax 2014, 112 (113)

4. Verfahrensrecht

Da das Bundesverfassungsgericht mit seinen Beschlüssen unmissverständlich klar gestellt hat, dass auch die **formellen Voraussetzung** einer Zwangsbehandlung hinreichend bestimmt geregelt sein müssen,¹⁵⁸ ist der Gesetzgeber auch insoweit tätig geworden. Zum 18.2.2013 sind durch das Gesetz zur Regelung der betreuungsrechtlichen Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme daher auch diverse verfahrensrechtliche Gesetzesänderungen in das FamFG eingefügt worden.¹⁵⁹ Diese sichern zum Schutz des Selbstbestimmungsrechts des Betreuten den Charakter der Zwangsbehandlung als „ultima ratio“ ab.¹⁶⁰

a. § 312 FamFG

Mit Einfügen von § 312 S. 2 FamFG hat der Gesetzgeber seit dem 26.2.2013 geregelt, dass die Einwilligung des Betreuers in eine **ärztliche Zwangsmaßnahme als Unterbringungssache** gemäß § 312 S. 1 Nr. 1 FamFG zu definieren ist und insoweit die entsprechenden Vorschriften des FamFG Anwendung finden.¹⁶¹

Ferner wurde S. 3 in § 312 FamFG eingefügt.¹⁶² Danach ist bei der Genehmigung der Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme **stets die Bestellung eines Verfahrenspflegers erforderlich**. Der Gesetzgeber wollte damit dem besonderen Schutzbedürfnis des Betreuten, insbesondere seinem Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs, Rechnung tragen.¹⁶³ Jeder von einer

¹⁵⁸ BVerfG NJW 2011, 2113, BVerfG NJW 2011, 3571

¹⁵⁹ BGBl. 2013 I S. 266 vom 25.02.2013

¹⁶⁰ Lipp, FamRZ 2013, 913 (921)

¹⁶¹ Fröschle - Fröschle § 312 FamFG Rn.1

¹⁶² BGBl. 2013 I S. 266 vom 25.02.2013

¹⁶³ BT-Drs. 17/12086, S. 14

Zwangsbehandlung Betroffene muss die Möglichkeit haben, das Verfahren als handelndes Verfahrenssubjekt beeinflussen zu können und darf nicht lediglich zum Objekt des Verfahrens gemacht werden.¹⁶⁴ Zwar verbürgt bereits § 275 FamFG dem Betroffenen, die rechtliche Möglichkeit zum aktiven Handeln im Verfahren. Es besteht aber die Gefahr, dass er wegen seiner eingeschränkten tatsächlichen Möglichkeiten und seinem Zustand, um sein Recht auf rechtliches Gehör gebracht wird.

Dieser Gefahr zu begegnen ist gemäß §§ 312, 317 FamFG Aufgabe der Verfahrenspfleger, die darin besteht, die Belange des Betroffenen im Verfahren zu wahren und gegenüber dem Gericht den Willen des Betreuten als sein Sprachrohr kundzutun. Gespräche mit dem Betroffenen gehören daher in allen Verfahrensstadien zu den Kernaufgaben des Verfahrenspflegers.¹⁶⁵

Der Verfahrenspfleger wird daher gemäß § 274 Abs. 2 FamFG durch seine Bestellung zum Beteiligten des Verfahrens und kann damit alle Verfahrensrechte des Betroffenen im eigenen Namen geltend machen. Anders als der Betreuer (Siehe oben B. 2. a.) wird der Verfahrenspfleger jedoch nicht zum gesetzlichen Vertreter. Der Betroffene wird durch die Bestellung des Verfahrenspflegers jedoch genauso, wie bei der Bestellung eines Betreuers, nicht aus seinen Rechten verdrängt. Vielmehr können beide nebeneinander agieren. Die Bestellung des Verfahrenspflegers führt daher zu einer Verdopplung der Verfahrensrechte¹⁶⁶ Die Verpflichtung des Gerichts zur **persönlichen Anhörung des Betroffenen** gemäß § 319 FamFG wird dadurch ergänzt.

Zeitlich soll nach dem Wortlaut des Gesetzes, die Bestellung des Verfahrenspflegers „bei“ der Genehmigung erfolgen. Da der

¹⁶⁴ Fröschle – Fröschle § 317 FamFG Rn1

¹⁶⁵ Fröschle - Guckes § 276 FamFG Rn. 51

¹⁶⁶ Fröschle – Guckes § 276 FamFG Rn. 44

Verfahrenspfleger häufig so regelmäßig zu spät in das Verfahren involviert wäre und seine Funktion nicht mehr sinnvoll erfüllen könnte, ist der Verfahrenspfleger daher abweichend von der Grundregel des § 317 Abs. 1 FamFG, bereits zu Beginn des Verfahrens zu bestellen.¹⁶⁷ Nur so ist gewährleistet, dass er noch Einfluss auf die gerichtliche Entscheidung nehmen kann.¹⁶⁸

Wegen der Schwere des Grundrechtseingriffs wird im Übrigen regelmäßig ein in rechtlichen oder medizinischen Fragen besonders qualifizierter Verfahrenspfleger zu bestellen sein.¹⁶⁹

b. § 321 FamFG

Um eine sachgerechte Entscheidung des Betreuungsgerichts zu gewährleisten, regelt § 321 Abs. 1 S. 1 - S. 4 FamFG weiter, dass vor der Unterbringungsmaßnahme eine förmliche Beweisaufnahme, durch **Einholung eines Sachverständigengutachtens** eines Arztes der Psychiatrie oder eines Arztes mit Erfahrung auf dem Gebiet der Psychiatrie, stattzufinden hat. Die Vorschriften für eine förmliche Beweisaufnahme gemäß der §§ 402 ff. ZPO sind gemäß § 30 Abs. 1 FamFG insoweit anwendbar.

Eingeführt durch die Gesetzesänderung wurde des Weiteren § 312 Abs. 1 S. 5 FamFG, wonach bei der Genehmigung einer Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme, der Sachverständige nicht der zwangsbehandelnde Arzt sein soll.¹⁷⁰

Mit diesem sogenannten **Vier-Augen-Prinzip**, wollte der Gesetzgeber eine unabhängige Überprüfung der angestrebten Zwangsmaßnahme durch einen unvoreingenommenen Facharzt

¹⁶⁷ Fröschle - Fröschle § 312 FamFG Rn. 2b

¹⁶⁸ BGH NJW 2011, 2365

¹⁶⁹ Dodegge, NJW 2013, 1265 (1269)

¹⁷⁰ BGBl. 2013 I S. 266 vom 25.02.2013

erreichen.¹⁷¹ Zudem erhoffte er sich, dass der Betreute im Rahmen der Begutachtung doch noch die Behandlung akzeptieren könnte.¹⁷² Die Vorschrift ist nach dem Wortlaut als **Sollvorschrift** ausgestattet, was dem in der gerichtlichen Praxis auftretenden Problem Rechnung tragen soll, geeignete Sachverständige zu finden. Sofern das Gericht von dieser Regel abweichen will, sind die Gründe allerdings im Genehmigungsbeschluss konkret aufzuführen.¹⁷³

Schließlich muss das Sachverständigengutachten zwar nicht zwingend schriftlich erfolgen, wenn auch eine schriftliche Begutachtung vielfach in Anbetracht des schwerwiegenden Grundrechtseingriffs durch die beabsichtigte Maßnahme angezeigt erscheint.¹⁷⁴ Jedenfalls aber muss das Gutachten namentlich Art und Ausmaß der Erkrankung im Einzelnen anhand der Vorgeschichte sowie der persönlich durchgeführten Untersuchung und der sonstigen Erkenntnisse darstellen und wissenschaftlich begründen.¹⁷⁵

c. § 323 FamFG

Die genehmigte ärztliche Zwangsmaßnahme ist im Übrigen gemäß § 323 Abs. 2 FamFG, ebenfalls eingefügt am 18.2.2013,¹⁷⁶ in die **Beschlussformel** mit aufzunehmen und unter der **Verantwortung eines Arztes durchzuführen** und zu **dokumentieren**.

¹⁷¹ Fröschle – Jox § 312 FamFG Rn. 4a

¹⁷² BT- PlenProt. 17/217 S. 26879

¹⁷³ BT-Drucks. 17/12086 S. 11

¹⁷⁴ BGH BtPrax 2014, 39 (40)

¹⁷⁵ BGH FamRZ 2013, 211 (212)

¹⁷⁶ BGBl. 2013 I S. 266 vom 25.02.2013

Hierbei handelt es sich nicht lediglich um einen klarstellenden Ausspruch, der aus dem zwischen Arzt und Patient ohnehin aus dem Behandlungsvertrag folgenden Pflichten (Siehe oben B. III. 3. a.). Vielmehr wird durch den Beschlusstenor die Rechtmäßigkeit der Zwangsmaßnahme daran geknüpft, dass eben diese Vorgaben erfüllt sind.¹⁷⁷

Sie muss so genau beschrieben werden, dass der Arzt anhand der Entscheidungsformel feststellen kann, welche Maßnahmen er gegen den Willen des Patienten durchführen darf. Dazu ist jedenfalls die Angabe von Diagnosemethode und Therapieform erforderlich.¹⁷⁸ Inwieweit darüber hinaus bei medikamentöser Behandlung, die möglichst genaue Angabe des Wirkstoffs, der Höchstdosierung und der Verabreichungshäufigkeit verlangt werden muss, ist dem Gesetzeswortlaut nicht zu entnehmen und wird bislang nicht einheitlich beurteilt. Bei Erteilung einer Genehmigung nach der alten Rechtslage hatte der Bundesgerichtshof dies noch gefordert¹⁷⁹. Dazu wird jedoch auch die Auffassung vertreten, dass dies den behandelnden Arzt und den Betreuer zu wenig Möglichkeiten lässt, sich auf die Besonderheiten der jeweiligen Behandlung einzustellen und flexibel reagieren zu können.¹⁸⁰

Einigkeit besteht jedoch darin, dass sich das Gericht mit diesen Fragen jedenfalls bei der **Begründung seiner Genehmigungsentscheidung** auseinandersetzen hat, dies gebietet der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz¹⁸¹ Zumindest den

¹⁷⁷ BGH FamRZ 2014, 1358 (1360)

¹⁷⁸ Fröschle- Fröschle § 323 FamFG Rn. 8a

¹⁷⁹ BGH BtPrax 2006, 145

¹⁸⁰ Fröschle –Fröschle § 3223 FamFG Rn. 8a, Dodegge/Roth Teil G, Rn.157a,
Grotkopp BtPrax 2013, 83,(90)

¹⁸¹ Dodegge, NJW 2013, 1265 (1269)

Entscheidungsgründen können Arzt und Betreuer daher genau entnehmen, welche konkrete Behandlung genehmigt wurde.

d. § 329 FamFG

Ferner wurde die **Höchstdauer der Genehmigung** zeitlich auf 6 Wochen begrenzt gemäß § 329 Abs. 1 S. 2 FamFG.¹⁸² Der Gesetzgeber ist aufgrund von Erfahrungswerten in der ärztlichen Praxis davon ausgegangen, dass nur eine Behandlungsbedürftigkeit von wenigen Wochen besteht.¹⁸³ Eine Verlängerung der Genehmigung ist bei weiterem Vorliegen der Voraussetzungen möglich.

e. §§ 331, 333 FamFG

In besonders **dringenden Fällen** besteht darüber hinaus die Möglichkeit einer **einstweiligen Anordnung** gemäß § 331 S. 1 Nr. 2 Halbsatz 2 FamFG. Die Einstweilige Anordnung darf bei der Genehmigung einer Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme gemäß § 333 Abs. 2 S. 1 FamFG die **Dauer** von 2 Wochen nicht überschreiten. Bei mehrfacher Verlängerung darf gemäß § 333 Abs. 2 S.2 FamFG die Gesamtdauer von 6 Wochen nicht überschritten sein.

Angesichts des massiven Grundrechtseingriffs und des Erfordernis, zunächst den Versuch eines Therapieeinverständnis des Betreuten zu unternehmen (§ 1906 Abs.3, S. 1 Nr. 2 BGB), kommt eine einstweilige Anordnung allerdings nur höchst selten in Betracht.¹⁸⁴

¹⁸² BGBl. 2013 | S. 266 vom 25.02.2013

¹⁸³ BT-Drs. 17/11513, S. 8

¹⁸⁴ Dodegge, NJW 2013, 1265 (1270)

f. Bedeutung des Verfahrensrechts für den Betreuer

Gerichtliche Genehmigung, Verfahrenspfleger und neutraler Sachverständiger stellen die Kernelemente der verfassungsrechtlich gebotenen Kontrolle des Betreuers bei seiner Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme dar.¹⁸⁵

Dies sichert zum Wohle des Betroffenen zum einen den Charakter der Zwangsbehandlung als „ultima ratio“ ab. Zum anderen schützt es aber auch den eigenverantwortlich handelnden Betreuer objektiv vor dem Risiko einer nachträglich abweichenden und gegebenenfalls sogar strafrechtlich relevanten Beurteilung durch Dritte. Außerdem bietet sich ihm subjektiv die Gelegenheit, seine Behandlungsentscheidung umfassend zu erörtern und durch die fachliche Kompetenz Dritter abzusichern.

Zum Wohle des Betreuten ist es wichtig, dass der Betreuer in diesem Verfahren seine Rolle und seine Aufgaben kennt ebenso, wie er die der anderen Verfahrensbeteiligten kennen muss. In dem sicheren Wissen, dass alle Beteiligten zum Wohle des Betreuten agieren sollte er versuchen, eine gute Kommunikation zwischen allen Beteiligten zu unterstützen und den Betroffenen – soweit möglich - durch alle Verfahrensschritte begleiten.

Da das Verfahren, insbesondere sein Überzeugungsversuch (§ 1906 Abs. 3 BGB) und die förmliche Beweisaufnahme durch das Gericht (§ 321 FamFG), eine gewisse Zeit in Anspruch nimmt, sollte er zudem rechtzeitig agieren und sich selber die erforderliche Zeit nehmen.

¹⁸⁵ Lipp, FamRZ 2013, 913 (921)

C. Abschlussbetrachtung

Oberstes Grundprinzip des seit 1992 geltenden Betreuungsrechts ist die **Stärkung der Rechtsposition des Betreuten**. Dazu gehört auch, die Maßnahmen staatlicher Fürsorge über Erwachsene einschließlich der damit einhergehenden Beschränkungen auf das im Einzelfall unabdingbar erforderliche Maß zu reduzieren.¹⁸⁶

Durch das Gesetz zur Regelung der betreuungsrechtlichen Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme vom 18.02.2013 hat der Gesetzgeber die Rechtsposition der Betreuten noch weiter gestärkt und ist den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichtes und des Bundesgerichtshofes zur Schaffung einer ausdrücklichen Ermächtigungsgrundlage für Eingriffe dieser Art in die Grundrechte der Freiheit und der körperlichen Unversehrtheit der Betroffenen gefolgt. Sowohl die materiellen Voraussetzungen des Eingriffs, als auch die zur Sicherung dienenden Verfahrensschritte, wurden umfassend geregelt.

In seiner Begründung hat das Bundesverfassungsgericht allerdings nicht nur die bis dahin bestehende Rechtsunsicherheit für den Untergebrachten allein, sondern ausdrücklich auch die für die mit der Unterbringung und Zwangsbehandlung befassten Entscheidungsträger mit in den Blick genommen und auch für diese und in Ihrem Interesse, eine ausreichende gesetzliche Grundlage gefordert.¹⁸⁷ Damit hat auch dem Bundesverfassungsgericht dem Umstand Rechnung getragen, dass mit der Stärkung der Rechte der Betroffenen auch eine **erhöhte Achtsamkeit der Entscheidungsträger** einhergeht. Die gesetzlichen Anforderungen an die eigenverantwortliche Entscheidung des Betreuers sind gleichsam gestiegen.

¹⁸⁶ Grengel, S. 37

¹⁸⁷ BverfG NJW 2011, 2113, Rn.73

Wie vorstehend dargelegt, hat der Betreuer bei der Entscheidungsfindung über eine Zwangsbehandlung vielfältige Aufgaben wahrzunehmen, angefangen von der Klärung des Sachverhalts, bis hin zur Umsetzung der Maßnahme sowie seine eigene Rolle zum Wohle des Betroffenen verantwortungsbewusst auszufüllen.

Der Gesetzgeber hat bislang allerdings davon Abstand genommen, die **Eignung des Betreuers** gemäß § 1897 Abs. 1 BGB besonders zu definieren. Es handelt sich insoweit um einen unbestimmten Rechtsbegriff und es obliegt daher im jeweiligen Einzelfall der Entscheidung des Gerichts, wen es für geeignet hält.

Bei Betreuung im Sinne der §§ 1896 ff. BGB handelt es sich immer um **rechtliche Betreuung**. Was dies für alle Beteiligten bedeutet, zeigt sich am Beispiel der Einwilligung eines Betreuers in eine ärztliche Zwangsmaßnahme ganz besonders. Ohne umfassende Kenntnisse des gesamten Betreuungsrechts, dem ihm zu Grunde liegenden Menschenbild sowie seiner Grundsätze ist eine verantwortungsvolle Entscheidungsfindung des Betreuers gar nicht denkbar. Daneben erfordert der Grundsatz der **persönlichen Betreuung** auch besondere Kenntnisse und Methoden des Betreuers im Umgang mit unterstützungsbedürftigen Menschen. Sei es um ein besonderes Vertrauensverhältnis mit dem Betroffenen aufzubauen oder aber auch nur, um sich selber abzugrenzen und den objektiven Blick auf das individuelle Wohl des Betreuten nicht zu verlieren.

Diesen zum Wohle des Betroffenen gestiegenen Anforderungen an die fachliche Qualifikation des Betreuers gilt es künftig noch mehr Beachtung zu schenken durch besondere Eignungskriterien und Definition eines einheitlichen Standards.

Denn auch wenn die bestehende staatliche Kontrolle grundsätzlich einen effektiven Schutz des Betroffenen vor pflichtwidrigem Handeln oder Fehlentscheidungen des Betreuers gewährleistet,

besteht ein besonderer Schutz des hilfebedürftigen Menschen sowie seine effektive Unterstützung bei der Verwirklichung seines Selbstbestimmungsrechts gerade darin, ihm einen interdisziplinär gut ausgebildeten Betreuer zu bestellen.

Dies ganz besonders in den Fällen, in denen es um eine Unterstützung des Betreuten in den besonders grundrechtssensiblen Bereichen, der Aufenthaltsbestimmung und der Gesundheitspflege geht.

Eine besondere fachliche Qualifikation zumindest aller Berufsbetreuer ist daher wünschenswert.