

45116 Essen

Schriftliche Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der betreuungsrechtlichen Zwangsbehandlung vom 19.11.2012 - BT-Drs. 17/11513

## **A. Aktuelle Rechtssituation**

### **I. Gesetzliche Grundlagen ärztlicher Behandlung**

Ärztliche Behandlungsmaßnahmen, auch die Gabe von Medikamenten, bedürfen einer Rechtfertigung, weil sie in die von Art. 2 I 1 GG geschützte körperliche Unversehrtheit eingreifen. Sofern die ärztliche Behandlung gegen den Willen des Betroffenen erfolgen soll, stellt diese Behandlung zugleich einen Eingriff in das durch Art. 2 II 1 GG geschützte Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen dar. Rechtfertigungsgrund für eine ärztliche Maßnahme ist regelmäßig die Einwilligung des Grundrechtsträgers, also des Betroffenen. Für eine wirksame Einwilligung in ärztliche Maßnahmen kommt es dabei nicht auf die Geschäfts-, sondern auf die natürliche Einsichts- und Steuerungsfähigkeit an (BGH, NJW 2001, 888, 890).

Ist ein Grundrechtsträger nicht einwilligungsfähig, erteilt sein gesetzlicher Vertreter die Einwilligung – dies gilt auch im Betreuungsrecht. Gemäß § 1902 BGB steht dem für den Gesundheitsbereich bestellten Betreuer die Befugnis zu, in ärztliche Maßnahmen einzuwilligen (BGH, NJW 2006, 1277, 1280; BSG, FPR 2002, 459). Problematisch sind die Fälle, in denen der Betroffene die ärztlich indizierte Maßnahme mit natürlichem Willen ablehnt. Ein entgegenstehender Wille des Betroffenen kann aktuell geäußert werden, sich aber auch aus einer wirksam errichteten Patientenverfügung ergeben. Trifft diese Patientenverfügung auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation des Betroffenen zu, bindet sie Arzt und Betreuer, § 1901a I 2 BGB. Ein aktuell geäußerter Wunsch bindet den Betreuer ebenfalls, § 1901 III 1, 1. HS BGB.

Ein Betreuer darf andererseits gegen den ausdrücklichen Wunsch des Betreuten handeln, wenn dieser Wunsch dessen Wohl zuwiderläuft, § 1901 III 1, 2. HS BGB. Zum Wohl des Betreuten gehört auch seine Gesundheit, die durch seine mangelnde Steuerungs- und Einsichtsfähigkeit nicht gefährdet werden darf (BGH, NJW 2001, 888, 890). Nach bisheriger Rechtsprechung konnte der Betreuer die Einwilligung in eine bestimmte ärztliche Maßnahme unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erteilen, wenn der Betroffene sie ohne ausreichende Einsichtsfähigkeit, also mit natürlichem Willen, ablehnte. Der Arzt durfte sie durchführen (BGH, NJW 2001, 888, 890), ohne dass eine rechtswidrige Einschränkung der Grundrechte des Betreuten eintritt (BGH, NJW 2006, 1277, 1280). Entsprechendes galt für einen Bevollmächtigten.

Neben der Einwilligung durch den Betroffenen bzw. den Betreuer kommen allgemeine Rechtfertigungsgründe, in diesem Rahmen zunächst der Rechtfertigungsgrund der mutmaßlichen Einwilligung in Betracht. Ärztliche Eingriffe, die dem mutmaßlichen Willen des Patienten entsprechen, dürfen auch dann vorgenommen werden, wenn sie nicht der Beseitigung einer gegenwärtigen Lebensgefahr dienen (BGH, NJW 1988, 2310). Eine ärztliche Behandlung, die sich auf eine mutmaßliche Einwilligung stützt, kann nicht den Charakter einer Zwangsbehandlung aufweisen, da es an einer Fremdbestimmung fehlt (Bienwald, FPR 2012, 4, 8). Dieser Rechtfertigungsgrund ist allerdings nicht einschlägig, wenn der Betroffene die ärztliche Maßnahme mit natürlichem Willen ablehnt und dies aktuell oder im Vorfeld zum Ausdruck gebracht hat.

Greift die mutmaßliche Einwilligung nicht, kann ein ärztlicher Eingriff gegen den erklärten Willen des Patienten auch gerechtfertigt sein, wenn eine gegenwärtige Gefahr für Leben oder Leib oder ein anderes Rechtsgut besteht, die nicht anders als durch den Eingriff abgewendet werden kann, und bei Abwägung der betroffenen Rechtsgüter und der ihnen drohenden Gefahren, das geschützte Rechtsgut das beeinträchtigte wesentlich überwiegt, sog. rechtfertigender Notstand, § 34 StGB. Der Eingriff muss ein angemessenes Mittel sein, die Gefahr abzuwenden. Daran fehlt es, in denen der Betroffene durch eine im Vorfeld wirksam errichtete und die jetzige Lebenssituation treffende Patientenverfügung die ärztliche Maßnahme abgelehnt.

Schließlich kann eine Eingriffsmaßnahme des Arztes nach § 32 StGB als Notwehr bzw. Nothilfe gerechtfertigt sein, wenn sie erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von ihm selbst oder einem Dritten abzuwehren. Das BVerfG hat allerdings zum Ausdruck gebracht, dass zur Abwehr einer Fremdgefährdung eine Zwangsbehandlung – selbst bei entsprechender gesetzlicher Grundlage – kaum verhältnismäßig sein dürfte, da es in Form der Unterbringung des unbehandelten Betreuten mildere Mittel gibt (BVerfG, NJW 2011, 2113, 2115, Rn. 46).

## **II. Bisherige und aktuelle Rechtsprechung**

Bereits im Jahre 2001 hatte der BGH (NJW 2001, 888) entschieden, dass einem Betreuer mangels gesetzlicher Grundlage kein Recht zusteht, die zwangsweise Zuführung des Betreuten zur ambulanten Verabreichung der Medikation zu veranlassen. Ein späterer Gesetzesentwurf mit § 1906a BGB-E (dazu BT-Drs. 15/2494, S. 7, 23, 30) wurde aufgrund verfassungsrechtlicher Bedenken nicht umgesetzt (dazu BT-Drs. 15/2494, S. 46 und 15/4874, S. 59).

Seit dem Jahre 2006 erachtete der BGH (NJW 2006, 1277, 1279 und zuletzt NJW 2010, 3718) eine Zwangsbehandlung im Rahmen der stationären Unterbringung hingegen für rechtlich zulässig, wenn der Betreute einwilligungsunfähig und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit strengstens beachtet ist. Die Befugnis des Betreuers den Betreuten bei der Entscheidung über ärztliche Maßnahmen bei entsprechendem Aufgabenkreis zu vertreten, leitete der BGH aus §§ 1901, 1902 BGB, das Recht, Zwang zur Überwindung eines entgegenstehenden Willens des Betreuten im Rahmen einer Unterbringung anzuwenden, aus § 1906 I Nr. 2, IV BGB her.

Dem BVerfG (NJW 2011, 2113, 2114, Rn. 39) folgend qualifiziert der BGH (NJW 2012, 2967) aktuell jede medizinische Behandlung eines Betroffenen gegen seinen natürlichen Willen – selbst bei Einwilligung des Betreuers – als Zwangsbehandlung. Der BGH führt aus, dass die nach §§ 1901, 1902 BGB an sich gegebene Handlungsbefugnis des Betreuers im Bereich der Zwangsbehandlung einer

gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage und staatlichen Kontrolle unterliegen muss, die ihrerseits inhaltlich den Anforderungen genügt, die das BVerfG für eine an den Staat adressierte Ermächtigungsgrundlage fordert. Der BGH erachtet den Gesetzgeber auch für befugt, eine Zwangsbehandlung gesetzlich zu regeln. In Hinblick auf die weitreichenden Folgen sind an ihre Zulässigkeit jedoch hohe Anforderungen zu stellen. Eine entsprechende gesetzliche Ermächtigungsgrundlage fehlt dem BGH bislang im Betreuungsrecht.

### III. Konsequenzen für die Praxis

Die Entscheidung des BGH hat zum einen zur Folge, dass einem Betreuer die Befugnis fehlt, für einen Betreuten gegen dessen manifestierten natürlichen Willen eine Einwilligung in eine ärztliche Maßnahme zu erteilen. Dies betrifft nicht nur die Behandlung psychiatrischer Krankheitsbilder, sondern jegliche Form von körperlichen bzw. organischen Erkrankungen. Eine auf eine derartige Einwilligung gestützte Behandlung würde sich nämlich nach der Definition des BVerfG als Zwangsbehandlung darstellen, für die es aber derzeit keine ausreichende gesetzliche Ermächtigungsgrundlage gibt. Eine ärztliche Behandlung kommt demgemäß allenfalls noch im Rahmen von Notfallsituationen in Betracht. Ist der Betreute nicht in der Lage, sich zu äußern und ist dem herbeigerufenen Arzt der Wille des Betreuten nicht bekannt, kann er, wenn für die Ermittlung individueller Umstände keine Zeit bleibt, die ärztlich indizierten Maßnahmen durchführen. Hier darf ein Arzt nämlich davon ausgehen, dass dieses Vorgehen dem mutmaßlichen Willen des Betroffenen entspricht (Nr. 11 der Empfehlungen der Bundesärztekammer und der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis, Dt. Ärzteblatt 2010, A 877, 882). Kann sich der Betreute äußern (Dies können auch Behandlungswünsche sein, die in der Vergangenheit geäußert wurden oder in einer wirksamen Patientenverfügung festgehalten sind, vgl. § 1901a I 2, II BGB.) und lehnt in der Notfallsituation ärztliche Maßnahmen ab, kann unter den Voraussetzungen des rechtfertigenden Notstandes nach § 34 StGB in Einzelfällen ein ärztliches Handeln erlaubt sein.

Zum anderen beschränkt sich der Anwendungsbereich des § 1906 I Nr. 2 BGB aufgrund der Entscheidung des BGH derzeit für die Praxis auf Konstellationen, in denen der Betroffene die Notwendigkeit der medizinischen Maßnahme bejaht oder zumindest keinen der medizinischen Maßnahme entgegenstehenden natürlichen Willen manifestiert, er aber nicht die Notwendigkeit der Unterbringung einsieht. Der Betreuer kann hier die Unterbringung zur Untersuchung des Gesundheitszustandes, zur Heilbehandlung oder zum Zwecke des ärztlichen Eingriffes weiterhin veranlassen, weil den ärztlichen Maßnahmen in diesem Fall kein Zwangscharakter zukommt. Darüber hinaus kommt die Genehmigung einer Unterbringung zur Heilbehandlung dann in Betracht, wenn nicht von vorneherein ausgeschlossen ist, dass der Betroffene sich in der Unterbringung behandeln lassen wird (BGH, NJW 2012, 3234).

Von der geänderten Rechtsprechung nicht betroffen ist die Unterbringung nach § 1906 I Nr. 1 BGB zur Abwehr einer Eigengefährdung. Setzt sich der Betroffene also aufgrund einer verweigerten Behandlung einer erheblichen Eigengefährdung aus, kann er weiterhin untergebracht werden. Therapiefähigkeit oder -erfolg sind hier -

anders als bei Nr. 2 - nicht zu verlangen (BGH, NJW 2011, 3518). Beruht die Eigengefährdung ihrerseits auf einem Absetzen der Medikamente bleiben Betreuer, Ärzte und Pflegekräfte darauf beschränkt, den behandlungsunwilligen Betroffenen – ohne Druck – durch vertrauensbildende Maßnahmen zu einer Therapiebereitschaft und anschließend zu einer Behandlungsaufnahme zu bewegen. Sollte dies scheitern, wird es – wie in den 50-iger Jahren als es noch keine wirksamen Medikamente gab – zu einer bloßen Verwahrung psychisch Kranker kommen.

## **B. Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung**

Ein gesetzliches Regelungsbedürfnis lässt sich kaum verneinen. Das Recht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 II 1 GG schützt den Einzelnen nicht nur als subjektives Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe. Es enthält auch die staatliche Verpflichtung sich schützend und fördernd vor die Rechtsgüter Leben und körperliche Unversehrtheit zu stellen und sie vor rechtswidrigen Eingriffen von Seiten anderer zu bewahren (BVerwG, NVwZ 2011, 991, Rn. 37). Ein Grundrechtsträger bedarf aber darüber hinaus auch des Schutzes vor selbst verursachten Eingriffen, wenn er krankheitsbedingt zur Einsicht in die Schwere seiner Krankheit und die Notwendigkeit von Behandlungsmaßnahmen nicht fähig ist (BVerfG, NJW 2011, 2113, 2115, Rn. 49). Dieser Gedanke klang bereits in der Gesetzesbegründung zum Betreuungsrecht an. Dort wurde der weite Einschätzungs-, Wertungs-, und Gestaltungsraum dahin eingegrenzt, dass „das Wohl des Betroffenen, sprich die Erhaltung seiner Gesundheit und die Verringerung oder Beseitigung von Krankheiten oder Behinderungen, nicht durch dessen mangelnde Einsichts- und Steuerungsfähigkeit gefährdet werden dürfe“ (BT-Drs. 11/4528, S. 147).

Auch in der Praxis besteht ein Regelungsbedürfnis. Die psychiatrischen Kliniken regen verstärkt Unterbringungen nach den Landesunterbringungsgesetzen an, soweit diese noch Zwangsbehandlungen zulassen. Darüber hinaus werden Zwangsbehandlungen auf allgemeine Rechtfertigungsgründe gestützt, wobei hinsichtlich dieser Rechtsinstitute in der Ärzteschaft vielfältige Unsicherheiten geäußert werden. Schließlich kommt es verstärkt zu rein verwahrenden Unterbringungen, vgl. Mende, Stabsstelle Recht LVR Kliniken, Dezernat 8, 50663 Köln, Schreiben vom 05.11.2012.

Vorstehendes spiegelt sich in der gerichtlichen Praxis wider, vgl. zum Ausweichen in das Landesunterbringungsrecht AG Elmshorn, SchlHA 2012, 384, zum bloßen Verwahren AG Nürtingen, Beschluss vom 05.10.2012, 11 XIV 65/12, zur Anwendung allgemeiner Rechtfertigungsgründe LG Kassel, Beschluss vom 24.08.2012, 3 T 432/12, sowie zum „Umgehen“ der BGH Rechtsprechung durch verfassungskonforme Auslegung des § 1906 BGB, AG Offenbach, Beschluss vom 26.10.2012, 14 XVII 1205/12, oder zum Unterlassen der Gabe lebensnotwendiger Herzmedikation bei wahnhafter Ablehnung durch den Betroffenen, LG Duisburg, Beschluss vom 29.10.2012, 12 T 189/12. Siehe auch zum dringenden Regelungsbedarf in der Praxis Grotkopp, SchlHA 2012, 285, 289.

## **C. Stellungnahme zum Gesetzesentwurf**

Der Gesetzesentwurf orientiert sich weitgehend an den verfassungsrechtlichen Vorgaben sowie der aktuellen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Maßregelvollzug und des Bundesgerichtshofs zur betreuungsrechtlichen Zwangsbehandlung. Inhaltlich wird durch die vorgeschlagenen Regelungen einem Betreuer bzw. Bevollmächtigten die rechtliche Befugnis wieder eingeräumt, die ihm die betreuungsgerichtliche Rechtsprechung bis zu den Entscheidungen des Bundesgerichtshofs am 20.06.2012 (NJW 2012, 2967) zugebilligt hatte. Darüber hinaus sieht der Entwurf für die Einwilligung des Betreuers bzw. Bevollmächtigten in eine ärztliche Zwangsmaßnahme – anders als nach bisheriger Rechtslage – einen betreuungsgerichtlichen Genehmigungsvorbehalt vor.

### **I. Allgemeines**

Die vorgeschlagenen Regelungen des Gesetzentwurfes zur betreuungsrechtlichen Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme sind begrüßenswert. Sie enthalten eine den verfassungsrechtlichen Anforderungen entsprechende materielle Eingriffsermächtigung für Betreuer und Bevollmächtigte, die dem Spannungsverhältnis zwischen dem Schutz des krankheitsbedingt nicht einsichtsfähigen Betroffenen einerseits und dessen Anspruch auf „Freiheit zur Krankheit“ andererseits dadurch gerecht werden, dass sie die betreuungsrechtliche Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme als „ultima ratio“ ausgestalten. Zugleich wird diese rechtliche Befugnis mit weitgehenden verfahrensrechtlichen Sicherungen und Kontrollen versehen, um für den Betroffenen einen effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten.

Die vorgeschlagenen Regelungen bedürfen aber in Einzelfragen einer Ergänzung bzw. Klarstellung.

### **II. Zur Gesetzssystematik**

Der Gesetzesentwurf schlägt vor, die Befugnis des Betreuers bzw. Bevollmächtigten, in eine ärztliche Zwangsmaßnahme einzuwilligen, nicht gesondert ausdrücklich zu regeln, sondern eine solche Einwilligung einem Genehmigungsvorbehalt zu unterstellen, Art. 1 Nr. 3. Dieser Vorschlag orientiert sich offenbar eng an der Begründung des BGH, NJW 2012, 2967, Rn. 20, 37.

#### **1. Gesetzliche Verankerung des Rechts zur Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme**

Der Gesetzesentwurf regelt die Befugnis eines Betreuers zur Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme nicht ausdrücklich, sondern unterstellt eine entsprechende Einwilligung eines Betreuers einem Genehmigungsvorbehalt, vgl. Art. 1 Nr. 3 des Gesetzesentwurfes. Dies ist m.E. gesetzessystematisch unglücklich.

Der bisherigen Gesetzessystematik entsprechend sollte dem Betreuer im Rahmen des § 1901 BGB die Befugnis eingeräumt werden, auch über ärztliche Zwangsmaßnahmen entscheiden zu dürfen. Angeknüpft werden könnte hier an § 1901 III BGB, der es dem Betreuer ermöglicht, zum Wohl des Betreuten von dessen Wünschen abzuweichen. Eine weitere Möglichkeit wäre es, eine entsprechende Regelung im Kontext des § 1904 BGB zu treffen, vgl. Gesetzesinitiative der Bundesländer, § 1904a BGB-E.

Schließlich bietet es sich an, auch um mehr Transparenz im Sinne der UN-Behindertenrechtskonvention zu schaffen, in § 1896 BGB – ähnlich wie bereits jetzt in Hinblick auf Einschränkungen des Grundrechts des Art. 11 GG in § 1896 IV BGB erfolgt – eine Regelung einzufügen, wonach die Entscheidung über eine Einwilligung in eine ärztliche Zwangsbehandlung vom Aufgabenkreis des Betreuers nur dann erfasst wird, wenn das Gericht dies ausdrücklich angeordnet hat. Dies hätte den Vorteil, dass das Gericht bereits im Rahmen der Betreuerbestellung bzw. später im Rahmen eines Erweiterungs- oder Verlängerungsverfahrens nachprüft, ob es überhaupt erforderlich ist, dem Betreuer eine entsprechende Rechtsbefugnis einzuräumen. Es ergäbe sich dadurch eine doppelte Absicherung der Betroffenen, weil sowohl im Rahmen der Betreuerbestellung als auch im Rahmen der gerichtlichen Überprüfung einer konkreten ärztlichen Zwangsmaßnahme eine gerichtliche Kontrolle stattfindet. Darüber hinaus würde für den Rechtsverkehr transparenter, ob ein Betreuer über ärztliche Zwangsmaßnahmen entscheiden darf oder nicht. Schließlich würde so ein Gleichklang der Vorsorgevollmacht erreicht. Insoweit sieht der Gesetzentwurf unter Art. 1 Nr. 5 nämlich vor, dass ein Bevollmächtigter zur Entscheidung über eine ärztliche Zwangsmaßnahme nur befugt ist, wenn die Vollmacht dieses Recht „ausdrücklich umfasst“.

Für diese Lösung sprechen zwei Argumente:

Schon der BGH hat in NJW 2012, 2967, 2970, Rn. 32, ausgeführt, dass sich die betreuungsrechtlichen Vorschriften des § 1906 BGB nicht ausdrücklich zu einer Zwangsbehandlung verhalten. § 1906 I und IV BGB regeln unmittelbar nur die Kontrolle des Eingriffes in die geschützte Freiheit der Person, nicht aber die des Eingriffes in die körperliche Integrität. Letzteres ist indes vorrangig verletztes Rechtsgut bei einer Zwangsbehandlung (BVerfG, NJW 2011, 2113, 2114, Rn.39).

Zweitens sehen die Landesunterbringungsgesetze zum Teil vor, dass eine ärztliche Zwangsmaßnahme mit Einwilligung des gesetzlichen Vertreters erfolgen kann, vgl. § 18 III 2 PsychKG NRW. Derartige Regelungen laufen ins Leere, wenn einem Betreuer nicht durch Gesetz ausdrücklich das Recht übertragen ist, in eine ärztliche Zwangsmaßnahme auch außerhalb einer betreuungsrechtlichen Unterbringung einzuwilligen. Nach der Begründung zum Gesetzesentwurf soll ein Betreuer nur im Rahmen einer Unterbringung nach § 1906 I Nr. 2 BGB befugt sein, in eine ärztliche Zwangsmaßnahme einzuwilligen (vgl. Seite 6 Begründung zu Art. 1), nicht aber im Rahmen einer landesrechtlichen Unterbringung. Das beinhaltet indes einen Wertungswiderspruch zur inzwischen anerkannten Gleichrangigkeit betreuungs- und landesrechtlicher Unterbringung (dazu Dodegge/Zimmermann, PsychKG NRW, 3. Auflage, 2011, § 11 PsychKG NRW, Rz. 17 und 17a), wonach die jeweils mildeste und effektivere Unterbringungsform zum Wohl des Betroffenen gewählt werden soll.

## 2. Erfordernis einer gerichtlichen Genehmigung

Ich halte die Einführung eines Genehmigungsvorbehaltes nicht für zwingend.

Das BVerfG hat in seiner grundlegenden Entscheidung keinen Genehmigungsvorbehalt für erforderlich erachtet. Das BVerfG, NJW 2012, 2113, 2114, Rn. 38, verlangt lediglich, dass die Eingriffsvoraussetzungen hinreichend klar und bestimmt gesetzlich geregelt sind, und auf Seite 2117 Rn. 63, dass der Betreute rechtzeitig gegen die Erteilung der Einwilligung vorgehen kann. Ein genereller Genehmigungsvorbehalt führt in der gerichtlichen Praxis zu einem zusätzlichen richterlichen Personalbedarf und weiteren Kostensteigerungen (Kosten für Verfahrenspfleger, Gutachter).

Die vom BVerfG, NJW 2011, 2113, 2117, Rn. 63, und BGH geforderte Gelegenheit für die Betreuten, vor der Schaffung von vollendeten Tatsachen eine gerichtliche Entscheidung herbeiführen zu können, ließe sich im Verfahrensrecht schaffen. Dabei bietet sich eine Lösung entsprechend § 327 FamFG an, der bereits für öffentlich rechtliche Unterbringungsmaßnahmen die gerichtliche Überprüfung einer Zwangsbehandlung ermöglicht (SBW-Dodegge, FamFG Kommentar, 3. Auflage 2012, § 327, Rn. 3). Ggfs. müssten der Betreuer verpflichtet werden, einen solchen Antrag zu stellen, wenn der Betreuten seinen ablehnenden Willen manifestiert, ihn – krankheitsbedingt - aber nicht an das Gericht herantragen kann. Weiter müssten verfahrensrechtlich die Ärzte zu einer rechtzeitigen Anzeige der beabsichtigten Zwangsbehandlung gegenüber dem Betreuten verpflichtet sein.

Sofern ärztliche Zwangsmaßnahmen sich während eines anhängigen Verfahrens erledigen, könnte eine nachträgliche gerichtliche Überprüfung nach Erledigung der Hauptsache entsprechend § 62 FamFG ermöglicht werden.

## III. Zum Anwendungsbereich

Der Entwurf beschränkt sich auf die Regelung ärztlicher Zwangsmaßnahmen im Rahmen der Unterbringung nach § 1906 I BGB. Aus der Entwurfsbegründung (vgl. Blatt 8, 4. Absatz) ergibt sich, dass weiterhin nicht zwischen Anlass- oder Begleiterkrankung unterschieden wird. Letzteres ist zu begrüßen, weil es widersprüchlich wäre, psychiatrische Erkrankungen zwangsweise behandeln zu dürfen, gravierende somatische Erkrankungen, deren Behandlung aufgrund der Anlasserkrankung abgelehnt wird, dagegen nicht. Das gesundheitliche Wohl des Betroffenen ist nicht teilbar. In der gerichtlichen Praxis werden regelmäßig Fälle relevant in denen es im Rahmen der psychischen Grunderkrankung auch zu krankheitsbedingter Ablehnung sonstiger ärztlicher Maßnahmen kommt. Genannt sei etwa die wahnhafte Verweigerung von Insulinspritzen des insulinpflichtigen Betroffenen, das Ablehnen einer Dialyse durch einen Betroffenen mit Niereninsuffizienz bei Vergiftungsideen bis hin zur Verweigerung der Zahnbehandlung durch einen geistig Behinderten mit vereitertem Zahn. Solche somatische Erkrankungen von Betreuten werden nach dem Entwurf zukünftig nur über den Weg der Einweisung in eine geschlossenen psychiatrische Station zu lösen sein. Ob dies so gewollt ist, muss letztlich der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit überlassen bleiben. Aus der Sicht der Praxis wäre ein weiter reichender Anwendungsbereich – ggfs. angelehnt an den Anwendungsbereich des § 1906 IV BGB – bedenkenswert. Bei einem derart ausgedehnten Anwendungsbereich blieben

Betroffene in ihrem verfassungsrechtlich besonders geschützten häuslichen Wohnumfeld weiterhin vor staatlichen Zwangseingriffen geschützt, zum anderen unterbliebe eine Ungleichbehandlung von geschlossen und nicht geschlossen untergebrachten Betreuten.

#### IV. Zu einzelnen Regelungen

##### 1. Zu Art. 1 Nr. 1

Zu begrüßen ist, dass der Entwurf klarstellt, dass nur erhebliche gesundheitliche Schäden einen Eingriff in die grundgesetzlich geschützten Rechtspositionen eines Betreuten rechtfertigen. Damit werden die Vorgaben der Rechtsprechung des BVerfG und der bisherigen Rechtsprechung zu § 1906 I Nr. 2 BGB aufgegriffen.

##### 2. Zu Art. 1 Nr. 3

###### a. Natürlicher Wille

Im Gesetzesentwurf wird formuliert:

„Widerspricht eine ärztliche Maßnahme nach Absatz 1 Nummer 2 dem natürlichen Willen des Betreuten ...“

Dieser Passus sollte dahin ergänzt werden, dass es sich um den „manifestierten natürlichen Willen des Betreuten“ handeln muss, da ansonsten unklar bleibt, wann ein entgegenstehender natürlicher Wille besteht. Schon das BVerfG hatte nur einen Rahmen abgesteckt, indem es allein einer freien, d.h. ohne Druck, und auf der Grundlage der gebotenen ärztlichen Aufklärung erteilten Einwilligung des einwilligungsfähigen Betroffenen den Charakter einer Zwangsbehandlung abspricht und andererseits für die Kundgabe der Ablehnung einer Behandlung keinen physischen Widerstand verlangt (BVerfG, NJW 2011, 2113, 2114, Rn. 41). Allerdings lässt der BGH anklingen, dass der Betreute einen entgegenstehenden natürlichen Willen ausdrücklich äußern, zumindest aber seinen der beabsichtigten medizinischen Maßnahme entgegenstehenden natürlichen Willen manifestieren muss (BGH, NJW 2012, 2967, 2968, Rn. 15 und NJW 2012, 3234, Rn. 13). Ein geheimer oder innerer Vorbehalt des Betreuten genügt demnach nicht. Für Willenserklärungen bestimmt § 106 Satz 1 BGB dies ausdrücklich. Die Einwilligung in eine ärztliche Maßnahme enthält indes keine Willenserklärung, bedeutet lediglich das Einverständnis in die Vornahme einer tatsächlichen Handlung im eigenen Rechtskreis. Der Betreute muss demnach seine Ablehnung äußern oder konkludent durch sein Verhalten – Weigerungshaltung – zu erkennen geben, was im Gesetz klargestellt werden müsste.

Zwar ergibt sich aus der Gesetzesbegründung, dort S. 7 2. Absatz a.E., dass eine Zwangsbehandlung nur bei Äußerung eines entgegen stehenden natürlichen Willens vorliegt. Dies ist – wie die Erfahrung hinsichtlich der Beachtung des einer Betreuung entgegen stehenden Willens des Betroffenen zeigt – nicht ausreichend. Im Rahmen des 2. BtÄndG wurde deshalb der § 1896 Abs. 1a BGB zur Klarstellung eingefügt.

###### b. Ernsthafter Versuch zur Erlangung einer Behandlungseinwilligung

Das BVerfG, NJW 2011, 2113, 2114, Rn. 58, erachtet es – als Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – für erforderlich, dass vor einer ärztlichen Zwangsmaßnahme ein ernsthafter Versuch, eine auf dem Vertrauen des Betreuten

gegründete Zustimmung zu der geplanten ärztlichen Maßnahme zu erreichen, voran gegangen sein muss. Dieser Gesichtspunkt könnte in dem Entwurf dergestalt einfließen, dass ein Betreuer erst dann in die ärztliche Zwangsmaßnahme einwilligen darf, wenn ein vorangegangener ärztlicher Versuch, die Zustimmung des Betreuten zu erreichen, gescheitert ist.

#### c. Beachtung des Willens des Betroffenen

Die Regelungen zur Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme sollten zum Schutz des Betroffenen und zur Verdeutlichung für den Rechtsverkehr um den Passus erweitert werden, dass der Betreuer im Rahmen seiner Entscheidungsfindung hinsichtlich der Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme früher erklärte Einwilligungen bzw. Untersagungen in bzw. von ärztlichen Maßnahmen oder bei Fehlen einer wirksamen Patientenverfügung Behandlungswünsche oder den mutmaßlichen Willen des Betroffenen zu beachten hat. Eine entsprechende Regelung findet sich zwar bereits in § 1901a I 2, II 1 BGB, sollte dennoch zur Verdeutlichung aufgenommen werden. Insoweit kann ergänzend auf IV.2.a. Bezug genommen werden.

### 3. Zu Art. 2 Nr. 1c

Ich halte den pauschalen Verweis auf die entsprechende Anwendung der „für die Unterbringung in diesem Abschnitt geltenden Vorschriften“ für nicht ausreichend.

#### a. Inhalt von ärztlichen Zeugnissen und Gutachten

Das BVerfG und insbesondere der BGH, NJW 2012, 2967, 2971, Rn. 39, haben darauf hingewiesen, dass es Regelungen zur Notwendigkeit ärztlicher Zeugnisse und zur Notwendigkeit eines förmlichen Beweisverfahrens mit zwingender Gutachteneinholung bedarf. Angesichts des Umstandes, dass nach dem BVerfG die Zwangsbehandlung einen zusätzlichen, über die Unterbringung hinausgehenden Eingriff beinhaltet, bedarf es m.E. in § 321 FamFG näherer Angaben zum zwingenden Inhalt eines Gutachtens, insbesondere zur Frage der Aufhebung der freien Willensbestimmung bei dem Betroffenen, zur Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und zur ärztlichen Indikation einer Behandlung unter Zwang. Gleiches gilt hinsichtlich des in § 331 Satz 1 Nr. 2 FamFG geregelten ärztlichen Zeugnisses im Rahmen eines einstweiligen gerichtliches Verfahrens.

#### b. Aussteller des ärztlichen Zeugnisses und Qualifikation des Arztes bzw. Gutachters

Weiter wäre eine ergänzende Regelung bedenkenswert, wonach nicht der – ambulant bzw. stationär - behandelnde Arzt das ärztliche Zeugnis bzw. Gutachten erstatten darf. Damit wäre zum Schutz des Betroffenen sicher gestellt, dass eine zweite ärztliche Meinung einfließt. Eine Regelung, dass der Aussteller des ärztlichen Zeugnisses bzw. der Sachverständige stets extern gesucht werden muss, halte ich für nicht erforderlich und angesichts der Probleme, in Flächenstaaten bzw. in ländlichen Bereichen einen geeigneten Facharzt zu finden, aus der Sicht eines Praktikers für wenig sinnvoll. Sie kommt allenfalls in Betracht, wenn wiederholende Begutachtungen erforderlich werden.

Schließlich sollten an die notwendige Qualifikation des Gutachters und des Ausstellers des ärztlichen Zeugnisses zum Schutz des Betroffenen besondere

Anforderungen gestellt werden. In Betracht kommt m.E. insoweit eine dem § 321 I 4 FamFG entsprechende Regelung.

#### c. Wirksamwerden der Genehmigung

Angesichts der pauschalen Verweisung auf das Unterbringungsverfahren gilt für das Wirksamwerden der Genehmigung § 324 FamFG. Dies wird den Bedürfnissen der Praxis gerecht, da in Eilfällen die sofortige Wirksamkeit herbeigeführt werden kann. Diese kann ihrerseits im Wege der Beschwerde durch das Beschwerdegericht bei Bedarf vorab wieder aufgehoben werden. Von daher erscheinen mir zum Schutz des Betroffenen zusätzliche Sicherungen, wie sie etwa § 287 III FamFG im Rahmen einer Genehmigung nach § 1904 II BGB vorsieht nicht erforderlich zu sein.

#### d. Zusätzliche Verfahrensregelungen

Der Gesetzesentwurf sollte um eine Regelung ergänzt werden, wonach das Betreuungsgericht vor einer Entscheidung über die Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme eine Auskunft aus dem Vorsorgeregister einzuholen hat, damit dort hinterlegte Vorsorgeverfügungen, die oftmals auch Patientenverfügungen enthalten, im gerichtlichen Verfahren nicht unbeachtet bleiben. So kann das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen sicherer und besser berücksichtigt werden.

#### 4. Zu Art. 2 Nr. 2b

Der Gesetzesentwurf bezieht sich zur Notwendigkeit dieser Regelung ausdrücklich auf BGH, NJW 2006, 1277. Dort hatte der BGH allerdings die genaue und konkrete Angabe der zu dulddenden Behandlung für erforderlich erachtet. Dies würde voraussetzen, dass im Beschlusstenor die genaue Angabe des Arzneimittels oder Wirkstoffes, der Dosierung, der Verabreichungshäufigkeit sowie die Angabe einer (vorsorglichen) Alternativmedikation erfolgen müssten. Der BGH verlangt in NJW 2012, 2967, 2971, Rn. 41, eine Verfahrensregelung, die angibt, wie konkret die Genehmigung erfolgen muss. Der Gesetzesentwurf beschränkt sich allerdings darauf, die Durchführung und Dokumentation der Zwangsmaßnahme in Verantwortung eines Arztes vorzuschreiben, was m.E. zu kurz greift. Zudem werden die Gerichte durch die vom BGH verlangten weiteren Hinweise zum notwendigen Inhalt der Beschlussformel veranlasst, die ärztliche Wertung zu erfragen, kritisch zu hinterfragen und zu überprüfen.

#### 5. Zu Art 2 Nr. 3

In § 329 FamFG wird die Dauer der Genehmigung einer Zwangsbehandlung in der Hauptsache auf 6 Wochen begrenzt. In der Praxis könnte dies zu Problemen führen, da Zwangsbehandlungen immer wieder über mehrere Wochen und Monate hin andauern müssen, oftmals die neuerliche Eindosierung eines Medikamentes mehr als 6 Wochen in Anspruch nimmt. In solchen Fällen müssten innerhalb kürzester Wochenfristen immer wieder neue Gutachten eingeholt werden.

Weiter erscheint es mir widersprüchlich zu sein, im selbstständigen Verfahren der einstweiligen Anordnung im Ergebnis ohne Gutachten eine Zwangsbehandlung für bis zu 6 Wochen ohne Gutachten genehmigen zu können, während im Hauptsacheverfahren selbst nach Gutachteneinholung nur insgesamt eine sechswöchige Genehmigung erfolgen kann. In der Praxis könnte das – zu einem nicht gewollten – Ausweichen ins einstweilige Anordnungsverfahren führen.

6. Zu Art. 2 Nr. 4 b

Hinsichtlich der Frist von 2 Wochen gelten die unter 4. genannten Bedenken.