

Fachhochschule für
Verwaltung und Rechtspflege Berlin

- University of Applied Sciences -



Fachbereich 2 (Rechtspflege)

Heft 66

2008

Alexander Dressler

**Das Verhältnis des Betreuers
gegenüber seinem Betreuten
– Ausgewählte Fragen zur
Zwangsanwendungsbefugnis**

Beiträge aus dem Fachbereich 2

Alexander Dressler

**Das Verhältnis des Betreuers gegenüber seinem
Betreuten – Ausgewählte Fragen zur
Zwangsanwendungsbefugnis**

Beiträge aus dem Fachbereich 2
der Fachhochschule für Verwaltung und Rechtspflege Berlin

Herausgeber	Dekan des Fachbereichs 2 Alt-Friedrichsfelde 60, 10315 Berlin Telefon: (0 30) 90 21 44 22, Fax: (0 30) 90 21 44 25 E-Mail: u.blaßing@fhvr-berlin.de
© copyright	Bei den jeweiligen Autorinnen und Autoren.
Nachdruck	Mit Quellenhinweis gestattet. Belegexemplar erwünscht.
ISBN	978-3-940056-32-0

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis unter Angabe der entsprechenden Zitierweise.....	(SEITE V)
Abkürzungsverzeichnis.....	(SEITE IX)
A. Einleitung.....	(SEITE 1)
B. Rechtliche Einordnung der Handlungen des Betreuers.....	(SEITE 2)
I. Rechtsnatur des Instituts der Betreuung – Vereinigung von privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Elementen.....	(SEITE 3)
1. Betreuer als Organ des staatlichen Handelns.....	(SEITE 3)
2. Anwendung der Grundrechte im Wege der Drittwirkung.....	(SEITE 3)
3. Privatrechtliche Theorie.....	(SEITE 4)
4. Meinung des BVerfG mit eigener Stellungnahme.....	(SEITE 4)
5. Ergebnis.....	(SEITE 8)
II. Grundrechtsträger.....	(SEITE 8)
III. Tangierte Grundrechte.....	(SEITE 10)
IV. Ergebnis.....	(SEITE 12)
C. Die ambulante Zwangsbehandlung.....	(SEITE 13)
I. Darstellung des Problems.....	(SEITE 13)
II. Zwang – ein Definitionsversuch.....	(SEITE 14)
1. Substitution der Einwilligungserklärung durch den Betreuer – Teil 1.....	(SEITE 14)
a. Einwilligungsfähigkeit.....	(SEITE 14)
aa. Rechtsnatur.....	(SEITE 15)
bb. Geschäftsfähigkeit als falscher Anknüpfungspunkt.....	(SEITE 15)
cc. Relativität der Erklärung.....	(SEITE 16)
dd. Natürlicher Wille.....	(SEITE 17)
ee. Einsichts- und Urteilsfähigkeit.....	(SEITE 17)
ff. Steuerungsfähigkeit.....	(SEITE 18)
gg. Vernünftigkeit der getroffenen Entscheidung.....	(SEITE 19)
hh. Vetorechte.....	(SEITE 19)
b. Ergebnis.....	(SEITE 21)
2. Substitution der Einwilligungserklärung durch den Betreuer – Teil 2.....	(SEITE 21)
3. Zwang bei der ambulanten Zwangsbehandlung.....	(SEITE 23)
a. Verbringung zum Behandlungsort.....	(SEITE 23)
b. Fixierung für Behandlung.....	(SEITE 24)
c. Heilbehandlung.....	(SEITE 24)
4. Definition des Zwangs.....	(SEITE 25)
III. Aufgabenkreis.....	(SEITE 25)
IV. Ermächtigungsgrundlagen zur Ausübung von Zwang im FGG.....	(SEITE 27)
1. § 68 III FGG.....	(SEITE 27)
2. § 68b III S.1 FGG.....	(SEITE 28)
3. § 70g V S.2 FGG.....	(SEITE 28)
4. § 33 II S.1 FGG.....	(SEITE 29)

V.	Ermächtigungsgrundlagen zur Ausübung von Zwang im BGB.....	(SEITE 30)
1.	§ 1906 I BGB.....	(SEITE 30)
a.	Der Unterbringungs-Begriff.....	(SEITE 30)
b.	Ergebnis.....	(SEITE 33)
2.	§ 1906 IV BGB.....	(SEITE 33)
a.	Gesetzgebungsgeschichte.....	(SEITE 33)
b.	Aufenthalt des Betreuten.....	(SEITE 34)
c.	Zweck der Vorschrift.....	(SEITE 35)
d.	Ergebnis.....	(SEITE 35)
3.	§ 1631 III BGB.....	(SEITE 35)
4.	§ 1896 IV BGB (analog).....	(SEITE 36)
5.	§ 1901 BGB.....	(SEITE 37)
6.	§§ 1896 und 1902 BGB – Zwangsbefugnis kraft Bestellung?.....	(SEITE 38)
7.	§ 1904 BGB.....	(SEITE 39)
VI.	Ermächtigungsgrundlagen zur Ausübung von Zwang im GG – Art. 104 GG.....	(SEITE 40)
VII.	§ 1906 BGB – Prüfung der analogen Anwendung.....	(SEITE 40)
1.	unbewusste, echte Regelungslücke.....	(SEITE 41)
a.	Überlegungen des Gesetzgebers zur Reform der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige – Schaffung des Betreuungsrechts.	(SEITE 41)
b.	Überlegungen des Gesetzgebers zum Zweiten Betreuungsrechts- änderungsgesetz.....	(SEITE 45)
c.	Ergebnis.....	(SEITE 48)
2.	Vergleichbarkeit der Sachverhalte.....	(SEITE 48)
3.	Ambulante Zwangsbehandlung – der Schluss vom Größeren auf das Kleinere (argumentum a maiore ad minus).....	(SEITE 49)
a.	Ambulante Zwangsbehandlung als geringerer Eingriff im Vergleich zur Unterbringung (minus).....	(SEITE 49)
b.	Ambulante Zwangsbehandlung als andersartiger Eingriff im Vergleich zur Unterbringung (aliud).....	(SEITE 50)
c.	Ambulante Zwangsbehandlung – ein minus zur Unterbringung bei einmaligem Grundrechtseingriff.....	(SEITE 52)
d.	Ergebnis.....	(SEITE 53)
D.	Die stationäre Zwangsbehandlung.....	(SEITE 53)
I.	Darstellung des Problems.....	(SEITE 53)
II.	Zwang bei der stationären Zwangsbehandlung.....	(SEITE 56)
1.	Verbringung zum Behandlungsort.....	(SEITE 56)
2.	Fixierung für Behandlung.....	(SEITE 56)
3.	Heilbehandlung.....	(SEITE 56)
III.	Aufgabenkreis.....	(SEITE 56)
IV.	Ermächtigungsgrundlagen zur Ausübung von Zwang im FGG – § 70g V S.2 FGG.....	(SEITE 57)
V.	Ermächtigungsgrundlagen zur Ausübung von Zwang im BGB.....	(SEITE 59)

1.	§ 1906 I BGB.....	(SEITE 59)
a.	Der Unterbringungs-Begriff.....	(SEITE 59)
b.	Fehlende Einwilligungsfähigkeit des Betreuten bezüglich Unterbringung und Heilbehandlung.....	(SEITE 60)
c.	Entbehrlichkeit der Genehmigung bei „Einwilligung des Betreuten mit dem natürlichen Willen“?.....	(SEITE 62)
d.	Unterbringung aufgrund Anlass- und/oder Begleiterkrankung.....	(SEITE 63)
e.	§ 1906 I Nr.1 BGB.....	(SEITE 64)
f.	§ 1906 I Nr.2 BGB.....	(SEITE 65)
g.	Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung im Innen- oder Außenverhältnis.....	(SEITE 65)
2.	§ 1906 I Nr.2 BGB – ein nicht ganz eindeutiger Wortlaut.....	(SEITE 66)
a.	Die BGH-Entscheidungen im Vergleich – Fortentwicklung oder Abkehr.....	(SEITE 66)
b.	Der Wortlaut des § 1906 I Nr.2 BGB.....	(SEITE 68)
c.	§ 1906 I Nr.2 BGB – hinreichende Bestimmtheit bezüglich des Gesetzesvorbehalts.....	(SEITE 71)
d.	Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.....	(SEITE 73)
aa.	Geeignetheit.....	(SEITE 74)
bb.	Erforderlichkeit.....	(SEITE 74)
cc.	Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.....	(SEITE 75)
dd.	Ergebnis.....	(SEITE 77)
e.	Zitiergebot, Art. 19 I S.2 GG.....	(SEITE 78)
aa.	Grundsätzliche Anwendbarkeit.....	(SEITE 78)
bb.	Beachtung des Zitiergebots unter Berücksichtigung der Vorgaben des BVerfG.....	(SEITE 79)
cc.	Ergebnis.....	(SEITE 82)
VI.	Zwangsbehandlung nach öffentlich-rechtlichem Unterbringungsrecht, hier: nach dem Berliner PsychKG.....	(SEITE 82)
VII.	Ergebnis.....	(SEITE 83)
E.	Die zwangsweise Verbringung des Betreuten in ein „offenes“ Alten- oder Pflegeheim.....	(SEITE 85)
I.	Darstellung des Problems.....	(SEITE 85)
II.	Anwendung von Zwang bei der Verschaffung in ein offenes Altenpflegeheim....	(SEITE 85)
1.	Zuführung zur Unterbringung.....	(SEITE 85)
2.	Eindringen in die Wohnung.....	(SEITE 87)
III.	Aufgabenkreis.....	(SEITE 87)
IV.	Frage der Einwilligungsfähigkeit.....	(SEITE 88)
V.	Rechtsgrundlage.....	(SEITE 89)
1.	§ 1906 I BGB.....	(SEITE 89)
a.	Der Unterbringungs-Begriff.....	(SEITE 89)
b.	§ 1906 I Nr.1 BGB.....	(SEITE 91)
c.	§ 1906 I Nr.2 BGB.....	(SEITE 91)
2.	Ergebnis.....	(SEITE 91)

VI.	Rechtsgrundlagen im Wege des Erst-recht-Schlusses.....	(SEITE 92)
1.	Fehlende Voraussetzungen für einen Erst-recht-Schluss.....	(SEITE 92)
2.	Starrheit des § 1906 BGB.....	(SEITE 93)
3.	Ergebnis.....	(SEITE 95)
F.	Zwangsweiser Zutritt des Betreuers zur Wohnung des Betreuten.....	(SEITE 95)
I.	Darstellung des Problems.....	(SEITE 95)
II.	Aufgabenkreis: „Zutritt zur Wohnung“ o. Ä.....	(SEITE 97)
III.	Kriterium der Einwilligungsunfähigkeit oder Geschäftsunfähigkeit für die Anordnung des Aufgabenkreises „Zutritt zur Wohnung“.....	(SEITE 102)
IV.	Ermächtigungsgrundlagen zur Ausübung von Zwang im FGG.....	(SEITE 103)
V.	Ermächtigungsgrundlagen zur Ausübung von Zwang im BGB.....	(SEITE 104)
1.	Verweis.....	(SEITE 104)
2.	Prüfung der Anwendung von § 1907 I BGB im Wege des Erst-recht-Schlusses.....	(SEITE 104)
a.	Voraussetzungen für den Erst-recht-Schluss.....	(SEITE 104)
b.	Schluss vom Größeren auf das Kleinere (argumentum a maiore ad minus).....	(SEITE 106)
c.	Ergebnis.....	(SEITE 107)
VI.	Ermächtigungsgrundlagen zur Ausübung von Zwang im GG.....	(SEITE 108)
1.	Grundrechtsträger – Unterscheidung zwischen Betreuer und Betreutem.....	(SEITE 108)
2.	Art. 13 II GG.....	(SEITE 109)
a.	Durchsuchung.....	(SEITE 109)
b.	Betreuer als Person des fürsorgenden Staates.....	(SEITE 112)
c.	Subsidiäre Anwendbarkeit des Art. 13 II GG.....	(SEITE 112)
d.	Ergebnis.....	(SEITE 114)
3.	Art. 13 VII GG.....	(SEITE 114)
a.	Eingriffe und Beschränkungen.....	(SEITE 114)
b.	Art. 13 VII 1. Alt. GG.....	(SEITE 115)
aa.	Gemeine Gefahr.....	(SEITE 115)
bb.	Lebensgefahr.....	(SEITE 116)
c.	Art. 13 VII 2. Alt. GG.....	(SEITE 116)
aa.	Öffentliche Sicherheit und Ordnung.....	(SEITE 116)
bb.	Qualifizierter Gesetzesvorbehalt.....	(SEITE 117)
d.	Ergebnis.....	(SEITE 117)
G.	Konsequenz des Mangels gesetzlicher Grundlagen.....	(SEITE 118)
H.	Schlussbemerkung und Ausblick.....	(SEITE 119)
-	Zutritt zur Wohnung.....	(SEITE 122)
-	Ambulante Zwangsbehandlung.....	(SEITE 125)
-	Stationäre Zwangsbehandlung.....	(SEITE 126)
-	Zwangsweise Heimverbringung.....	(SEITE 126)

Literaturverzeichnis unter Angabe der entsprechenden Zitierweise

A. Aufsätze

Abram Zwangsweiser Zutritt des Betreuers zur Wohnung des Betroffenen und Befugnis zur Entrümpelung, FamRZ 2004, 11

Amelung Probleme der Einwilligungsfähigkeit,
R&P 1995, 20 (22)

Arnold/Kloß Offene Psychiatrie, ambulante Behandlung und Betreuungsgesetz,
FuR 1996, 263

Bauer Anmerkung zum Beschluß des OLG Frankfurt/Main vom 28.11.1995 zu Az. 20 W 507/95 [= BtPrax 1996, 71], BtPrax 1996, 55

Bauer Zwangsbefugnisse des Betreuers im Aufgabenkreis „Wohnungsangelegenheiten“?,
FamRZ 1994, 1562

Bienwald Anmerkung [zu LG Freiburg, Beschluss vom 25.02.2000, 4 T 349/99 – 4 T 350/99
= FamRZ 2000, 1316], FamRZ 2000, 1322

Dodegge Zwangsbehandlung und Betreuungsrecht,
NJW 2006, 1627

Erdsiek Umwelt und Recht · Freiheitsentziehung und richterliche Kontrolle,
NJW 1960, 1385

Ewers Anmerkung [zu LG Köln, Beschluss vom 27.04.1992, 1 T 117/92 =
FamRZ 1993, 110], FamRZ 1993, 853

Fratzky Kann der Betreuer die Wohnung des Betreuten gegen dessen Willen betreten?,
BtPrax 2000, 239

Helle Zwangsbefugnisse des Vormundes Erwachsener,
FamRZ 1984, 639

Holzhauser Der Umfang gerichtlicher Kontrolle privatrechtlicher Unterbringung nach § 1906
BGB i.d.F. des Betreuungsgesetzes, FuR 1992, 249

Hufen Verfassungsrechtliche Grenzen des Richterrechts,
ZRP 2003, 248

Kemper Anmerkung [zu OLG Frankfurt, Beschluss vom 28.11.1995, 20 W 507/95 = BtPrax
1996, 71], FuR 1996, 152

Lipp Anmerkung [zu BGH, Beschluss vom 11.10.2000, XII ZB 69/00 = BtPrax 2001, 32],
JZ 2001, 825

Marschner Anmerkung zu 5. und 6. [zu OLG Zweibrücken, Beschluss vom 16.11.1999, 3 W 223/99 = FamRZ 2000, 1114 und zu OLG Hamm, Beschluss vom 06.04.2000, 15 W 76/00 = FamRZ 2000, 1115], R&P 2000, 149

Marschner Gewalt und Betreuungsrecht,
R&P 2001, 132

Marschner Zwangsbehandlung in der ambulanten und stationären Psychiatrie,
R&P 2005, 47

Marschner Ausnahmsweise Zwangsbehandlung?,
R&P 2007, 180

Maurer Das privatrechtliche Unterbringungsrecht und Art. 104 des Grundgesetzes,
FamRZ 1960, 468

Meyer Zur zwangsweisen Heilbehandlung im Rahmen der Unterbringung nach § 1906 I Nr.2
BGB, BtPrax 2002, 252

Muscheler Anmerkung [zu BGH, Beschluss vom 01.02.2006, XII ZB 236/05 =
FamRZ 2006, 615], FamRZ 2006, 690

Schweitzer Heilbehandlung und Selbstbestimmung – Zur Frage der Zulässigkeit ambulanter
Zwangsbehandlung psychisch Kranker –, FamRZ 1996, 1317

Sonnenfeld Selbst- und Fremdbestimmung des Aufenthaltes Volljähriger,
FamRZ 1995, 393

Tietze Zwangsbehandlung in der Unterbringung,
BtPrax 2006, 131

Walther Ambulante Zwangsbehandlung und Fürsorglicher Zwang,
BtPrax 2001, 96

Walther Vor- und Zuführungen in Betreuungs- und Unterbringungsverfahren,
R&P 2007, 167

Windel Darf der Betreuer sein Aufenthaltsbestimmungsrecht gegenüber dem Betreuten
zwangsweise durchsetzen?, BtPrax 1999, 46

Wojnar Der Einsatz von Psychopharmaka in der Betreuung demenzkranker Menschen,
BtPrax 1999, 11

B. Kommentare

Bauer/Klie/Rink, HK-BUR, Heidelberger Kommentar zum Betreuungs- und
Unterbringungsrecht

Stand: 62. Aktualisierung, Februar 2008

zitiert als: Bauer in HK-BUR § ... Rz. ...

- Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann, *Betreuungsrecht, Kommentar*
 4. Auflage, 2005
 zitiert als: Bienwald/Bearbeiter § ... Rz. ...
- Damrau/Zimmermann, *Betreuungsrecht, Kommentar zum materiellen und formellen Recht*
 3. Auflage, 2001
 zitiert als: Bearbeiter in Damrau/Zimmermann § ...Rz. ...
- Dodegge · Roth, *Systematischer Praxiskommentar Betreuungsrecht*
 2. Auflage, 2005
 zitiert als: BtKomm/Bearbeiter Teil [gegliedert nach Großbuchstaben] Rz. ...
- Dreier, *Grundgesetz, Kommentar*,
 Band I: Präambel, Artikel 1-19 2. Auflage, 2004
 Band III: Artikel 83-146 (1. Auflage), 2000
 zitiert als: Bearbeiter in Dreier, GG, Art. ... Rz. ...
- Erman, *Handkommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Band II*
 11. Auflage, 2004
 zitiert als: Erman/Bearbeiter § ... Rz. ...
- Jansen, *FGG, Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*,
 herausgegeben von von Schuckmann/Sonnenfeld, *Zweiter Band §§ 35-70n FGG*
 3. Auflage, 2005
 zitiert als: Bearbeiter in Jansen, FGG, § ... Rz. ...
- Jarass/Pieroth, *GG, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar*
 9. Auflage, 2007
 zitiert als: Bearbeiter in Jarass/Pieroth Art. ... Rz. ...
- Maunz-Dürig, *Grundgesetz Kommentar, Band VI Art. 100-146*
 Stand: 50. Ergänzungslieferung, Juni 2007
 zitiert als: Bearbeiter in Maunz-Dürig Art. ... Rz. ...
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, *Band 8 Familienrecht II*,
 §§ 1589-1921
 4. Auflage, 2002
 zitiert als: MünchKommBGB-Bearbeiter § ... Rz. ...
- Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*
 66. Auflage, 2007
 zitiert als: Palandt/Bearbeiter (66. Auflage) § ... Rz. ...
- Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*
 67. Auflage, 2008
 zitiert als: Palandt/Bearbeiter § ... Rz. ...
- Sachs, *GG, Grundgesetz Kommentar*
 4. Auflage, 2007
 zitiert als: Bearbeiter in Sachs, GG, Art. ... Rz. ...

Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 20,
Familienrecht 4, §§ 1741-1921
13. Auflage, 2000
zitiert als: Soergel/Bearbeiter § ... Rz. ...

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und
Nebengesetzen, Buch 4, Familienrecht §§ 1896-1921 (Rechtliche Betreuung und
Pflegschaft)
Neubearbeitung 2006 (von der dreizehnten Bearbeitung 1999)
zitiert als: Staudinger/Bearbeiter § ... Rz. ...

Umbach/Clemens (Hrsg.), Grundgesetz, Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Band I,
Art. 1-37 GG
(1. Auflage), 2002
zitiert als: Bearbeiter in Umbach/Clemens, GG, Art. ... Rz. ...

v. Mangoldt · Klein · Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Band 1 Präambel · Art. 1-19
5. Auflage, 2005
zitiert als: Bearbeiter in v.Mangoldt/Klein/Starck Art. ... Rz. ...

C. Bücher

Haug, Staats- und Verwaltungsrecht, Fallbearbeitung, Übersichten, Schemata
5. Auflage, 2004
zitiert als: Haug – Staats-/VerwaltungsR Rz. ...

Heide, Medizinische Zwangsbehandlung, Rechtsgrundlagen und verfassungsrechtliche
Grenzen der Heilbehandlung gegen den Willen des Betroffenen, in:
Schriften zum öffentlichen Recht Band 855
zitiert als: Heide S. ...

Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein, Betreuungsrecht kompakt
6. Auflage, 2007
zitiert als: Bearbeiter in Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein Rz. ...

Sonnenfeld, Betreuungs- und Pflegschaftsrecht
2. Auflage, 2001
zitiert als: Sonnenfeld Rz. ...

Tietze, Ambulante Zwangsbehandlungen im Betreuungsrecht, in:
Schriften zum deutschen, europäischen und vergleichenden Zivil-, Handels- und
Prozessrecht Band 224
zitiert als: Tietze S. ...

Abkürzungsverzeichnis

aA	andere Auffassung
a.a.O.	am angegebenen Ort
aE	am Ende
AG	Amtsgericht
Alt.	Alternative
Art.	Artikel
Artt.	Artikel (Mehrzahl)
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BGH	Bundesgerichtshof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGB-E	Bürgerliches Gesetzbuch – Entwurf
BGBI.	Bundesgesetzblatt, zitiert nach Jahr und Seite
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache, zitiert nach Legislaturperiode/Drucksache, Seite
BtÄndG	Betreuungsrechtsänderungsgesetz
BtPrax	Betreuungsrechtliche Praxis
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungs- gerichts, zitiert nach Band und Seite
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungs- gerichts, zitiert nach Band und Seite
Einf	Einführung
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
ff.	folgende Seiten
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
Fn.	Fußnote
FuR	Familie und Recht
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
hM	herrschende Meinung
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KreisG	Kreisgericht
LG	Landgericht
LS	Leitsatz
mwN	mit weiteren Nachweisen
o. Ä.	oder Ähnliches
OLG	Oberlandesgericht
OLGReport	OLG-Report (nach Ländern getrennt)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJWE-FER	NJW-Entscheidungsdienst – Familien- und Erbrecht
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport
Nr.	Nummer
PsychKG	Gesetz für psychisch Kranke
RPfIG	Rechtspflegergesetz

Rpfleger
Rz.
R&P
S.
StGB
vgl.
Vor, Vorb., v
ZRP

Der Deutsche Rechtspfleger
Randziffer
Recht und Psychiatrie
Satz, Seite
Strafgesetzbuch
vergleiche
Vorbemerkung
Zeitschrift für Rechtspolitik

A. Einleitung

In der vorliegenden Arbeit soll untersucht werden, ob das derzeit geltende Betreuungsrecht eine Grundlage dafür bildet, dass der Betreuer gegenüber seinem Betreuten Zwang anwenden darf.

Dabei hat der Verfasser nicht das Ziel, sämtliche, denkbare Konstellationen, in denen die Anwendung von Zwang in Betracht kommt, anzusprechen.

Vielmehr hat der Verfasser den Anspruch, die Zulässigkeit von so genannten Zwangsbehandlungen in ambulanter und stationärer Form, die Zulässigkeit der zwangsweisen Heimverbringung sowie des zwangsweisen Betretens der Wohnung des Betreuten durch den Betreuer zu überprüfen und die soeben aufgezeigten Problemfelder einer umfassenden rechtlichen Würdigung zu unterziehen.

Zu den oben genannten Themenschwerpunkten gibt es eine Vielzahl an Literatur und Judikatur, wobei dem Betreuer oftmals das Recht abgesprochen wird, gegen den Betreuten Zwang anzuwenden.

Diese herrschende Ansicht ist inzwischen offenbar besonders von einer Entscheidung des BGH¹ geprägt, der der Zulässigkeit von ambulanten Zwangsbehandlungen eine klare Absage erteilt hat; die Entscheidung hat in der Folge dazu geführt, dass von einem Teil der Literatur und Judikatur nahezu alle Zwangsmaßnahmen des Betreuers für unzulässig erachtet wurden.

Doch dabei sind die Argumentationen nicht immer stichhaltig und konsequent; es fällt auf, dass teilweise pauschal auf die bereits angesprochene Entscheidung des BGH zurückgegriffen wird oder allgemein ein Hinweis auf das Fehlen einer Ermächtigungsgrundlage im BGB ergeht mit dem Ergebnis, dass der Betreuer vom Vormundschaftsgericht nicht mit der nötigen Rechtsmacht versehen werden könne, um gegen den Betreuten Zwang anzuwenden.

Um von Anfang an Missverständnissen vorzubeugen: es geht in dieser Arbeit nicht um willkürliche Gewaltanwendungen des Betreuers, die es diesem ermöglichen sollen, seine Arbeit zu erleichtern.

Angesprochen sind nur solche Zwangsmaßnahmen, die zum Wohle des Betreuten vorgenommen werden sollen, der so genannte fürsorgliche Zwang.

¹ BtPrax 2001, 32

Diese Maßnahmen sollen dem Betreuten dienen und ihm nicht schaden, auch wenn es der Betreute bei dem eigentlichen Vorgang der Zwangsausübung nicht so empfinden wird.

Es ist aber logisch, dass Zwangsmaßnahmen niemals aus einer neutralen, gar objektiven Position heraus beurteilt werden können.

Doch will und kann sich der Verfasser auch nicht auf die Stufe des objektiven Betrachters stellen.

Vielmehr soll geklärt werden, ob unter rechtlichen Gesichtspunkten jedwede Zwangsmaßnahmen unzulässig sind oder ob nach geltendem Recht auch eine andere Betrachtungsweise möglich ist, nach der Zwangsmaßnahmen unter Umständen für zulässig erachtet werden können.

B. Rechtliche Einordnung der Handlungen des Betreuers

Um die Handlungen des Betreuers einordnen zu können, ist es notwendig, zunächst die Stellung des Betreuers im Verhältnis zu dem Betreuten genauer darzustellen.

Die verfassungsrechtliche Stellung des Betreuers ist besonders in der Literatur keineswegs unumstritten.

Dieser Frage ist eine hohe Bedeutung beizumessen, weil ein Grundrechtseingriff, der auf staatlichem Handeln beruht, gegenüber einer Privatperson nur aufgrund einer Ermächtigungsgrundlage erfolgen darf, vgl. Artt. 2 II S.3 iVm 104 I S.1, II sowie 13 I, II GG.

Verwunderlicherweise berufen sich dabei alle Meinungen auf eine Entscheidung des BVerfG², weswegen eine genauere Betrachtung dieser Entscheidung unerlässlich ist.

In dieser Entscheidung musste das BVerfG darüber befinden, ob der Vormund ohne gerichtliche Genehmigung nach Art. 104 II S.1 GG berechtigt ist, den entmündigten Volljährigen in einer geschlossenen Anstalt unterzubringen.

I. Rechtsnatur des Instituts der Betreuung – Vereinigung von privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Elementen

1. Betreuer als Organ des staatlichen Handelns

² BVerfGE 10, 302

Eine Meinung sagt, dass der Betreuer im Rahmen staatlicher Fürsorge öffentliche Funktionen wahrnehme und sich somit der Betreute gegenüber seinem Betreuer auf seine Abwehrrechte aus Artt. 2 II, 104 I, II GG stützen könne.³

Die unmittelbare Anwendung des Grundrechts, also die unmittelbare Grundrechtswirkung zwischen dem Betreuer und dem Betreuten, betonen hierbei insbesondere Heide⁴ und das LG Berlin⁵, wobei das LG Berlin bezüglich des zwangsweisen Zutritts zur Wohnung expliziert ausführt, dass der Betreuer hierbei als Träger öffentlicher Gewalt handele und eben nicht als Privatmann.

Dementsprechend bedarf der Betreuer nach dieser Auffassung eine Ermächtigungsgrundlage, um in die Grundrechte des Betreuten eingreifen zu können.⁶

2. Anwendung der Grundrechte im Wege der Drittwirkung

Eine weitere Ansicht geht nicht von der unmittelbaren Anwendung der Grundrechtswirkungen zwischen dem Betreuer und dem Betreuten aus, erreicht die Anwendbarkeit der Artt. 2 II, 104 II GG aber zumindest über das anerkannte Rechtsinstitut der Drittwirkung von Grundrechten im Privatrecht bei natürlichen Personen untereinander.⁷

Diese Meinung setzt damit voraus, dass das Verhältnis des Betreuers rein privatrechtlicher Natur ist.

3. Privatrechtliche Theorie

Eine dritte Auffassung betont wie die vorherige Meinung den privatrechtlichen Charakter der Betreuung, wendet aber Artt. 2 II, 104 II GG nicht im Wege der mittelbaren Drittwirkung an.⁸ Art. 104 GG beziehe sich nämlich nur auf die durch die öffentliche Gewalt veranlasste Freiheitsentziehung, sodass die Unterbringung des Betreuten nicht dem Anwendungsbereich

³ BGH BtPrax 2001, 32 (35); LG Freiburg FamRZ 2000, 1316 (1320, 1321); LG Berlin FamRZ 1996, 821 (822, 823); Heide S. 130, 159; Degenhart in Sachs, GG, Art. 104 Rz. 8

⁴ S. 130/131

⁵ FamRZ 1996, 821 (823)

⁶ BGH BtPrax 2001, 32 (35)

⁷ in diese Richtung argumentierend Schulze-Fielitz in Dreier, GG, Art. 104 Rz. 59; Jarass in Jarass/Pieroth Art. 104 Rz. 25; so hilfswise auch Degenhart in Sachs, GG, Art. 104 Rz. 8; allgemein zur Drittwirkung der Grundrechte: Jarass in Jarass/Pieroth Vorb. vor Art. 1 Rz. 58-60

⁸ Dürig in Maunz-Dürig Art. 104 Rz. 3; Tietze S. 60, 72

des Art. 104 II GG unterliege, da das Verhältnis des Betreuers zu seinem Betreuer dem Privatrecht zuzuordnen sei.⁹

4. Meinung des BVerfG mit eigener Stellungnahme

Das BVerfG führt aus, dass die Einrichtung einer Vormundschaft über Volljährige¹⁰ aus dem öffentlichen Interesse der Fürsorge für jeden schutzbedürftigen Einzelnen folge, wobei die Eigenart sei, dass sich die öffentliche Fürsorge auf die Wahrnehmung privater Angelegenheiten durch den Vormund erstrecke.¹¹

Weiterhin bringe das Amt des Einzelvormunds sowohl Rechte und Pflichten des privaten als auch des öffentlichen Rechts mit sich.¹²

Schon an dieser frühen Stelle des Beschlusses bringt das BVerfG die Doppelseitigkeit der Vormundschaft für Volljährige zum Ausdruck.

Es betont dabei das Nebeneinandersein von öffentlichen und privatrechtlichen Elementen, ohne dabei zunächst das Institut der Vormundschaft explizit und ausschließlich einem der beiden Rechtsgebiete zuzuordnen.

Doch sogleich weist das BVerfG auf die ausschließliche obrigkeitliche Bestellung und die staatliche Überwachung der Vormundschaft aufgrund der obervormundschaftlichen Gewalt des Staates hin.¹³

Es erweckt zunächst den Eindruck, als ob sich die Verfassungshüter bei der Zuordnung des Vormundschaftsrechts zum öffentlichen oder Privatrecht zurückgehalten haben und sich bewusst nicht festlegen wollten.¹⁴

So führt das BVerfG weiterhin aus, dass eine richterliche Entscheidung nach Art. 104 II S.1 GG auch in „fürsorgerischen“ Fällen erforderlich sei, sodass Art. 104 II S.1 GG auch im Bereich des Vormundschaftsrechts anwendbar sei.¹⁵

⁹ Dürig in Maunz-Dürig Art. 104 Rz. 3; Tietze S. 60, 72

¹⁰ Zum damaligen Entscheidungszeitpunkt existierte das Institut der Vormundschaft über Volljährige und nicht das Institut der Betreuung. Aufgrund der vergleichbaren rechtlichen Stellung des Betreuers kann auf diese Rechtsprechung weiterhin zurückgegriffen werden. Dies ist auch völlig unstrittig, vgl. nur die vorgenannte Literatur, wo die Entscheidung die BVerfG nahezu ausnahmslos zitiert wird.

¹¹ BVerfGE 10, 302 (311)

¹² BVerfGE 10, 302 (312)

¹³ BVerfGE 10, 302 (312)

¹⁴ so Tietze S. 71; ähnlich auch Maurer, FamRZ 1960, 468 (469) Fn. 7a

¹⁵ BVerfGE 10, 302 (322)

Dabei stützt sich das BVerfG auf Art. 2 II S.2 GG und die darin durch den Verfassungsgeber aufgrund der pathetischen Wortwahl gefallene Wertentscheidung zugunsten der Verfassung und damit zugunsten des Mündels.

Die Zugehörigkeit der Vormundschaft zur öffentlichen Fürsorge spreche weiterhin dafür, Art. 104 II S.1 GG auch im Verhältnis zwischen dem Vormund und Mündel anzuwenden.¹⁶

An dieser Stelle der Entscheidung macht das BVerfG deutlich, dass auch der Mündel im Verhältnis zum Vormund einen Anspruch auf Rechtsschutz hat, was insbesondere auch aus den allgemeinen Aufsichts- und Überwachungsvorschriften im BGB gefolgert wird; der Schutz der Freiheit könne dem Mündel nicht versagt werden, wenn es sich hierbei um ein in der Verfassung festgeschriebenes Grundrecht wie das Recht auf Freiheit aus Art. 2 II S.2 GG handele.¹⁷

Für die Anwendung des Art. 104 II S.1 GG kommt es eben nicht auf den äußeren Anschein, dass die Unterbringung von einer Privatperson durchgeführt wird und somit nicht unmittelbar als staatliche Maßnahme erkennbar ist, an.

Dies führte nämlich ansonsten zu dem Wertungswiderspruch, dass ein mit den Aufgaben eines Vormunds betrauter Beamter als Träger öffentlicher Gewalt die Unterbringung unmittelbar durch den Staat vollzieht,¹⁸ während eine als Vormund handelnde Privatperson nicht dem Gesetzesvorbehalt unterläge und somit scheinbar keiner vormundschaftsgerichtliche bedürfe und dies, obwohl sich die Unterbringung nach derselben materiellen Rechtsgrundlage vollzieht.¹⁹

Dass das BVerfG im Handeln des Vormunds auch staatliches Handeln erkennt, wird aus weiteren sorgfältig gewählten Formulierungen der Entscheidung deutlich (dazu sogleich).

Auch Windel²⁰ interpretiert die Entscheidung in diese Richtung, was an seinen Ausführungen, das BVerfG habe die Zwangsausübung gegen Erwachsene durch einen Vormund aus dem Privatrecht ausgegliedert, erkennbar ist.

Anderer Auffassung ist unter anderem Maurer²¹, der den Formulierungen des BVerfG keine „klare Entscheidung“ entnehmen kann.

¹⁶ BVerfGE 10, 302 (324)

¹⁷ BVerfGE 10, 302 (324)

¹⁸ BVerfGE 10, 302 (324)

¹⁹ so auch BVerfGE 10, 302 (325)

²⁰ BtPrax 1999, 46 (48)

²¹ FamRZ, 1960, 468 (470)

Das BVerfG führt jedoch aus, dass es nicht darauf ankomme, dass „die Unterbringung des volljährigen Mündels in einer geschlossenen Anstalt nach geltendem Recht nicht als unmittelbarer Akt der öffentlichen Fürsorge erscheint, sondern in die Gestalt einer – privatrechtlichen – Aufenthaltsbestimmung durch den Vormund gekleidet ist.“²²

Diese Formulierung ist deswegen so bemerkenswert, weil Art. 104 II S.1 GG unmittelbar nur bei Freiheitsentziehungen durch die öffentliche Gewalt anwendbar ist.²³

Wäre das Handeln des Vormunds ausschließlich nach privatrechtlichen Kriterien zu beurteilen, könnte der Grundrechtsschutz jedoch lediglich durch die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte gewährleistet werden.²⁴

Von dem privatrechtlichen Lösungsansatz distanziert sich das BVerfG.

So führt es nämlich aus, dass die Unterbringung durch den Vormund zwar nicht als unmittelbarer Akt der öffentlichen Fürsorge „erscheint“, was den Schluss nahe legt, dass der Vormund in Wirklichkeit im Auftrag des Staates und somit letztendlich staatlich unterbringt.

Daher ist Art. 104 II S.1 GG im Verhältnis vom Betreuer zum Betreuten unmittelbar anwendbar, der Umweg über die mittelbare Drittwirkung muss nicht beschränkt werden.

Der Betreuer wird vielmehr als verlängerter Arm des Staates im Rahmen des Art. 104 GG tätig, das BVerfG beschreibt den Vormund (Betreuer) deswegen auch als ein dem Staat zur Verfügung stehendes „Ausführungsorgan“.²⁵

Im Betreuungsrecht wirken jedoch privates und öffentliches Recht zusammen.²⁶

Eine strikte Einordnung in das eine oder andere Rechtsgebiet kommt nicht in Frage.

Dass eine Freiheitsentziehung durch den Vormund aus Sicht des BVerfG unter den Schutzbereich des Art. 104 II S.1 GG fällt, unterstreicht abschließend folgende Formulierung desselbigen:²⁷

„Es verbietet sich hiernach, die Unterbringung volljähriger Geisteskranker durch den Vormund so zu würdigen, als ob die Freiheitsentziehung sich im Rahmen privatrechtlicher

²² BVerfGE 10, 302 (324)

²³ nahezu einhellige Meinung, vgl. nur Dürig in Maunz-Dürig Art. 104 Rz. 2; Jarass in Jarass/Pieroth Art. 104 Rz. 25; Maurer, FamRZ, 1960, 468 (470)

²⁴ Schulze-Fielitz in Dreier, GG, Art. 104 Rz. 59; Jarass in Jarass/Pieroth Art. 104 Rz. 25; so hilfsweise auch Degenhart in Sachs, GG, Art. 104 Rz. 8

²⁵ BVerfGE 10, 302 (327)

²⁶ Das BVerfGE 10, 302 (326) beschreibt dies als „Verschränkung öffentlichen und privaten Rechts“; vgl. auch Maurer, FamRZ, 1960, 468 (470, 471)

²⁷ BVerfGE 10, 302 (327)

Beziehungen zwischen Staatsbürgern abspielte. Der Staat kann sich von der Grundrechtsbindung nicht dadurch befreien, daß er einen Privatmann zur Wahrung einer öffentlichen Aufgabe bestellt und ihm die Entscheidung über den Einsatz staatlicher Machtmittel zur Verfügung überläßt.“

Hierbei wird nochmals deutlich, dass die Unterbringung durch den Vormund so zu beurteilen ist, wie wenn der Staat unmittelbar selbst untergebracht bzw. die Freiheit entzogen hätte.²⁸

5. Ergebnis

Das Institut der Betreuung vereint privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Elemente gleichermaßen.

Dabei ist anzuerkennen, dass es durch die Bestellung des Betreuers nicht zu einem Grundrechtsverlust des Betreuten kommen kann; der Betreute kann sich gegenüber dem Betreuer auf den vollständigen, unmittelbaren Grundrechtsschutz aus Artt. 2 II S.3, 104 I S.1 sowie Art. 13 I, II GG berufen, weil sich der Staat durch die Bestellung des Betreuers nicht von seiner Grundrechtsbindung gegenüber seinen Bürgern befreien kann.

Daher bedarf es für Grundrechtseingriffe zulasten des Betreuten durch den Betreuer einer Ermächtigungsgrundlage.

II. Grundrechtsträger

Grundrechtsträger ist jede natürliche Person unabhängig ihres Alters, ihres geistigen Zustands und ihrer Geschäftsfähigkeit.²⁹

Die Grundrechtsträgerschaft, auch Grundrechtsfähigkeit oder -subjektivität genannt, beschreibt den Zustand, dass jede natürliche Person Inhaber der im Grundgesetz enthaltenen Grundrechtsnormen ist und sich demzufolge auch darauf berufen kann.

Praktisch wird das nicht immer möglich sein; so wird ein Kleinkind sein durch die Verfassung garantiertes Recht auf körperliche Unversehrtheit und Freiheit aus Art. 2 II S.1, 2 GG nicht selbst aktiv ausüben können, jedoch ist es bereits Inhaber des Rechts.

²⁸ in diese Richtung interpretierend auch Erdsiek, NJW 1960, 1385 (1386)

²⁹ Starck in v.Mangoldt/Klein/Starck Art. 1 Rz. 210; Dreier in Dreier, GG, Vorb. Rz. 109, 112

Die Fähigkeit, die Grundrechte tatsächlich auszuüben, wird als Grundrechtsmündigkeit beschrieben.³⁰

Starre Altergrenzen, gibt es nicht, der Gesetzgeber hat aber an einigen Stellen ein bestimmtes Alter vorgegeben; so kann beispielsweise ein eigenhändiges Testament erst ab Volljährigkeit errichtet werden (§§ 2231 Nr.2, 2247 I, IV BGB), währenddessen ein Minderjähriger ein Testament nur unter bestimmten Voraussetzungen vor einem Notar errichten kann (§§ 2229 I, 2231 Nr.1, 2232, 2233 I BGB).

Existieren solche Grenzen nicht, so muss auf die Einwilligungsfähigkeit abgestellt werden.³¹

Auf den Betreuer und den Betreuten bezogen heißt das, dass der Betreute unabhängig seines geistigen Zustands, seiner Geschäftsfähigkeit oder Einwilligungsfähigkeit in jedem Fall Grundrechtsträger ist; die Anordnung der Betreuung hat hierauf keinerlei Auswirkungen.

Ist der Betroffene einwilligungsfähig, so wird er bei nicht rechtsgeschäftlichem Handeln seine Grundrechte in eigenverantwortlicher Tätigkeit wahrnehmen können.

Ist der Betreute jedoch einwilligungsunfähig, so nimmt an seiner Stelle der Betreuer (wenn er den entsprechenden Aufgabenkreis innehat) die Grundrechte des Betreuten wahr.

Diese Konstellation ist abgesehen von der Feststellung der Einwilligungsunfähigkeit rechtlich gesehen relativ unproblematisch; nimmt der Betreuer doch anstelle des Betreuten dessen Grundrechte gegenüber einem Dritten wahr, so zum Beispiel wenn er gegenüber dem Arzt die Einwilligung in die Heilbehandlung erteilt, vgl. Art. 2 II S.3 GG.

Problematisch ist es, wenn der Betreuer eine Handlung gegen den Willen des Betreuten vornehmen möchte; es ist unverkennbar, dass eine Konfliktsituation entsteht.

Denn einerseits übt der Betreuer die Grundrechte des Betreuten aus, andererseits möchte er aber in diese selbst eingreifen.

Diese Kollisionsproblematik wird jedoch dadurch hinnehmbar, dass die durch das Grundgesetz geforderten Ermächtigungsgrundlagen konsequent verlangt werden, denn nur so wird es möglich sein, den stetigen Grundrechtsschutz des Betreuten zu gewährleisten.

III. Tangierte Grundrechte

³⁰ Dreier in Dreier, GG, Vorb. Rz. 112

³¹ Starck in v.Mangoldt/Klein/Starck Art. 1 Rz. 210; Dreier in Dreier, GG, Vorb. Rz. 113 mwN auch zur auf die Volljährigkeit abstellenden Gegenmeinung; zur Einwilligungsfähigkeit vgl. die Ausführungen unter C. II. 1. a.

Wie bereits in der Einleitung angesprochen wird in erster Linie die Zulässigkeit von Zwangsheilbehandlungen, des zwangsweisen Wohnungszutritts sowie der zwangsweisen Heimverbringung thematisiert.

Durch den ärztlichen Eingriff, beispielsweise das Setzen einer Spritze, könnte das Recht auf körperliche Unversehrtheit des Betreuten aus Art. 2 II S.1 GG verletzt sein.

Wie oben erörtert ist der Betreute Grundrechtsträger; das ergibt sich hierbei schon aus dem Wortlaut der Norm, da „jedem“, also jeder natürlichen Person, das Recht auf körperliche Unversehrtheit zuteil wird und zwar unabhängig seines geistigen Zustands, sodass der gesetzliche Vertreter nicht Grundrechtsträger ist.³²

Das Setzen der Spritze stellt einen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit dar; durch den ärztlichen Behandlungsvorgang wird die Haut des Betreuten perforiert, sodass ganz unzweifelhaft ein Eingriff in die körperliche Integrität vorliegt.

Denn insbesondere gewährt Art. 2 II S.1 GG vor Beeinträchtigungen des biologisch-physischen Seins jeder natürlichen Person Schutz.³³

Dabei ist es unerheblich, ob die Maßnahme zum Zweck der Wiederherstellung der Gesundheit führt, weil die Norm nicht darauf abstellt, ob die Behandlung objektiv gesehen erforderlich ist; ein Eingriff in die körperliche Integrität des Betreuten ist auch dann gegeben, wenn dadurch sein Gesundheitszustand verbessert werden soll.³⁴

Erst recht liegt daher ein Grundrechtseingriff vor, wenn sich der Betreute gegen die Maßnahme wehrt, weil er sie ablehnt.

Dieses Verweigerungs- bzw. Nichtbehandlungsrecht wird aus der negativen Komponente des Rechts auf körperliche Unversehrtheit hergeleitet.³⁵

Im Ergebnis ist bei einer Zwangsbehandlung also ein Eingriff in das Grundrecht aus Art. 2 II S.1 GG gegeben.

Durch die zwangsweise Verbringung des Betreuten zum Behandlungsort könnte dessen Grundrecht aus Art. 2 II S.2 GG verletzt sein.

³² Jarass in Jarass/Pieroth Art. 2 Rz. 84

³³ Jarass in Jarass/Pieroth Art. 2 Rz. 81, 83

³⁴ Tietze S. 58

³⁵ Tietze S. 58; sehr überzeugend Heide S. 191/192; Jarass in Jarass/Pieroth Art. 2 Rz. 101

Dabei ist Art. 2 II S.2 GG als Abwehrrecht nicht isoliert neben Art. 104 I S.1 GG anzusehen, vielmehr stehen Artt. 2 II S.2 und 104 I S.1 GG in einem untrennbaren rechtlichen Zusammenhang.³⁶

Grundrechtsträger ist nach ganz allgemeiner Ansicht auch hier die natürliche Person unabhängig ihres Geisteszustands bzw. der Geschäftsfähigkeit.³⁷

Der Freiheitsbegriff in Art. 2 II S.2 GG umfasst die körperliche Bewegungsfreiheit einer jeden Person.³⁸

Somit ist klar, dass bei einer zwangsweisen Zuführung zur Heilbehandlung sowie der sich eventuell anschließenden Fixierung in die körperliche Bewegungsfreiheit des Betreuten eingegriffen wird, da der Betroffene in dieser Zeit nicht in der Lage ist, seine Bewegungsfreiheit auszuüben und seinen Aufenthalt frei zu bestimmen.

Das ist keineswegs selbstverständlich, weil nicht jede Beschränkung der körperlichen Bewegungsfreiheit eine Freiheitsbeschränkung darstellt.³⁹

Daher ist auch das Grundrecht des Betreuten aus Art. 2 II S.2 GG berührt.

Es gilt nunmehr festzuhalten, dass der Betreute durch die Zuführung zur Behandlung und durch die Behandlung selbst in seinen Rechten auf körperliche Unversehrtheit und Freiheit aus Art. 2 II S.1, 2 GG beschränkt wird.

Bei der zwangsweisen Heimverbringung wird ebenso das Recht auf körperliche Bewegungsfreiheit aus Art. 2 II S.2 GG tangiert; wird der Betreute, dem Willen des Betreuers, in ein Heim zu ziehen, nicht unmittelbar Folge leisten, so wird der Betreuer unter Umständen versuchen, die Heimverlegung trotzdem durchzusetzen.

Daher kann es zu einer Verletzung der Freiheitsrechte des Betreuten kommen.

Gegebenenfalls ist der durch Art. 13 I GG verbürgte Schutz auf Unverletzlichkeit der Wohnung zu beachten, wenn der Betreute den Betreuer aus Angst vor der Heimverlegung gar nicht mehr in die Wohnung lässt, der Betreuer die Wohnung aber trotzdem betreten will.

Möchte der Betreuer die Wohnung des Betreuten gegen dessen Willen betreten, etwa um den Zustand der Wohnung im Hinblick auf eine drohende Vermüllung festzustellen, ist ebenso der Schutzbereich des Art. 13 I GG tangiert.

³⁶ Dürig in Maunz-Dürig Art. 104 Rz. 1

³⁷ BVerfGE 10, 302 (309); Jarass in Jarass/Pieroth Art. 2 Rz. 113; Kemper, FuR 1996, 152 (153)

³⁸ Dürig in Maunz-Dürig Art. 104 Rz. 5; Jarass in Jarass/Pieroth Art. 2 Rz. 112

³⁹ vgl. hierzu Jarass in Jarass/Pieroth Art. 2 Rz. 114

IV. Ergebnis

Das Institut der Betreuung vereint sowohl privatrechtliche als auch öffentlich-rechtliche Elemente in sich.

Der Grundrechtsschutz zwischen dem Betreuer und Betreuten wirkt daher nicht nur im Wege der mittelbaren Drittwirkung zwischen Privatpersonen.⁴⁰

Dieses Resultat ist maßgeblich von der bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidung geprägt. Das Institut der Betreuung erscheint zwar nicht unmittelbar als ein Akt öffentlicher Gewalt, oder, wie es das BVerfG formuliert, als ein Akt öffentlicher Fürsorge; der Betreuer handelt aber gleichwohl kraft seiner hoheitlichen Gewalt und setzt die Gewalt des Staates gegenüber seinem Betreuten ein, sodass auch er sein Handeln unmittelbar an den Grenzen der Verfassung messen lassen muss.

Andererseits darf auch der privatrechtliche Charakter des Rechtsinstituts der Betreuung nicht bestritten werden; so gibt es auch Vertreter der privatrechtlichen Theorie, die auf die öffentlichen Elemente in der Vormundschaft bzw. Betreuung hinweisen.⁴¹

Es steht somit fest, dass das Rechtsinstitut sowohl öffentlich- wie privatrechtliche Elemente in sich vereint.

Soweit der Betreute die Grundrechte selbst nicht mehr ausüben kann, werden sie durch den Betreuer wahrgenommen.

Dabei sind die Situationen unproblematisch, in denen die Einwilligung in eine ärztliche Maßnahme erteilt wird, soweit sich der Betreute nicht tatsächlich zur Wehr setzt.

Komplizierter sind die Fälle, in denen der Betreuer selbst in die grundrechtsrelevanten Bereiche des Betreuten eingreifen möchte.

Für dieses Handeln bedarf es der in Artt. 2 II S.3, 104 I S.1, 13 II GG geforderten Ermächtigungsgrundlagen, weil der Betreuer als verlängerter Arm des Staates handelt und er infolgedessen unmittelbar die genannten Abwehrgrundrechte gegen sich gelten lassen muss.

Ob es im materiellen oder formellen Recht eine solche Ermächtigungsgrundlage gibt, soll im Folgenden untersucht werden.

⁴⁰ wie hier: BVerfGE 10, 302 (324, 327, 328); BGH BtPrax 2001, 32 (34); LG Freiburg FamRZ 2000, 1316 (1321); Marschner, R&P 2005, 47 (48); Kemper, FuR 1996, 152 (153)

⁴¹ MünchKommBGB-Wagenitz Vor § 1773 Rz. 19, 22

C. Die ambulante Zwangsbehandlung

I. Darstellung des Problems

Der Betreute ist in vielen Bereichen darauf angewiesen, dass der Betreute mit ihm kooperiert. Besteht die Bereitschaft zur Zusammenarbeit nicht, so stößt das Betreuungsrecht schnell an die Grenzen seiner Durchsetzbarkeit.⁴²

Der BGH hat in seinem Beschluss vom 11.10.2000⁴³ grundlegend entschieden, dass die Zuführung von Zwang zur ambulanten Behandlung mit anschließender Verabreichung von einer Depotspritze mit Neuroleptika nicht genehmigungsfähig ist.

Dem lag folgender Sachverhalt zugrunde, welcher beispielhaft für eine Vielzahl von Fällen steht:

Für den Betroffenen besteht eine Betreuung mit dem Aufgabenkreis „Bestimmung des Aufenthalts, Besorgung der Vermögensangelegenheiten und Einwilligung in die Behandlung mit Psychopharmaka“.

Der Betreute leidet an einer psychischen, in Schüben auftretenden Erkrankung, welche in regelmäßigen Abständen zu einer geschlossenen Unterbringung des Betreuten führt.

Dies liegt mitunter daran, dass der Betreute die von den Ärzten für erforderlich gehaltene Dauermedikation mit Neuroleptika strikt ablehnt und daher auch nach Entlassung aus dem Krankenhaus die aus Sicht der Ärzte notwendigen Medikamente nicht einnimmt.

Anfang des Jahres 1999 erteilt das AG die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung auf Antrag des Betreuers dahingehend, den Betroffenen in zweiwöchigen Abständen zwecks Verabreichung einer Depotspritze kurzfristig geschlossen unterzubringen und bei seiner Zuführung in die Klinik durch die mitwirkende Behörde Gewalt anwenden zu lassen.

Die Genehmigung ist für den Zeitraum bis zum Jahresende 1999 erteilt.

Im Ergebnis wird die gleiche Genehmigung auch für das Jahr 2000 erteilt.

Hiergegen richtet sich der Verfahrenspfleger, wobei schließlich im Instanzenzug der BGH die Frage geklärt hat.

II. Zwang – ein Definitionsversuch

⁴² Sonnenfeld Rz. 193

⁴³ BtPrax 2001, 32

5. Substitution der Einwilligungserklärung durch den Betreuer – Teil 1

Bei einer ambulanten Zwangsbehandlung muss der Betreute insoweit einwilligungsunfähig (zum Begriff sogleich) sein.

Eine Ersetzung der Einwilligungserklärung bei einem einwilligungsfähigen Betreuten scheidet wie bei jeder anderen Person von vornherein aus.⁴⁴

Ist der Betreute einwilligungsunfähig, kann der Betreuer diese Einwilligung im Rahmen seiner gesetzlichen Vertretungsmacht und seines Aufgabenkreises gem. § 1902 BGB ersetzen. Was die Einwilligungsfähigkeit genau ist und aus welchen verschiedenen Faktoren sie sich zusammensetzt, soll im Folgenden dargestellt werden.

a. Einwilligungsfähigkeit

Die Einwilligungsfähigkeit ist nach der allgemeinen, zum Teil leicht abweichenden Definition die Fähigkeit, Art, Bedeutung und Tragweite eines ärztlichen oder medizinischen Eingriffs in seinem wesentlichen Ablauf zu erkennen, zu verstehen und zu überschauen sowie die Entscheidung über den Eingriff aufgrund der gewonnenen Erkenntnisse zu treffen und umzusetzen.⁴⁵

Diese doch etwas formelhaft aber im Kern durchaus zutreffende Formulierung soll im Folgenden noch etwas näher erörtert werden, um die Vielschichtigkeit der Begrifflichkeit näher zu dokumentieren.⁴⁶

aa. Rechtsnatur

Die Einwilligungserklärung ist keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung; vielmehr dient die Erklärung dazu, die tatsächliche Vornahme einer ärztlichen oder medizinischen Maßnahme zu gestatten und bei Eingriffen in die körperliche Integrität strafrechtliche Konsequenzen zu vermeiden, vgl. § 228 StGB.⁴⁷

Hierbei auf eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung abzustellen wäre verfehlt und würde dem besonderen Charakter der Einwilligungserklärung nicht gerecht.

⁴⁴ Jürgens in Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein Rz. 200; Wojnar, BtPrax 1999, 11 (14); LG Kassel FamRZ 1996, 1501

⁴⁵ BT-Drucks. 11/4528 S. 71; Heide S. 141; Sonnenfeld Rz. 276 mwN

⁴⁶ kritisch Amelung, R&P 1995, 20 (22)

⁴⁷ inzwischen wohl unstrittig, vgl. nur Heide 141/142; Sonnenfeld Rz. 275 jeweils mwN

bb. Geschäftsfähigkeit als falscher Anknüpfungspunkt

Wie bereits festgestellt handelt es sich bei der Einwilligungserklärung nicht um eine Willenserklärung; demzufolge kann aber auch keine starre Altersgrenze geeignet sein, zwischen einer wirksamen und unwirksamen Einwilligungserklärung zu unterscheiden.⁴⁸

Deswegen schlägt eine pauschale Aufteilung dahingehend, dass ein Minderjähriger einwilligungsunfähig und ein Volljähriger einwilligungsfähig ist, fehl.

Vielmehr ist bei jeder Person gesondert die Einwilligungsfähigkeit zu prüfen.

Die Betreuungsanordnung berührt die Geschäftsfähigkeit des Betroffenen nicht.⁴⁹

Ein unter Betreuung stehender Geschäftsfähiger kann aber nicht per se als einwilligungsfähig betrachtet werden, nur weil er volljährig ist; das hat insbesondere zu gelten, wenn der Betreute unter dem Aufgabenkreis „Gesundheitsfürsorge, Zuführung zur ärztlichen Heilbehandlung“ steht.

Es wäre mit dem Betreuungsrecht nicht vereinbar, die Einwilligungsfähigkeit ohne nähere Prüfung anzunehmen, da bei einem einwilligungsfähigen Betreuten die Einwilligungserklärung niemals ersetzt werden kann und die Betreuung unter Umständen gar nicht erforderlich wäre, § 1896 II S.1 BGB.⁵⁰

Er kann aber nicht ohne weiteres als einwilligungsunfähig angesehen werden, auch wenn er für den genannten Aufgabenkreis unter Betreuung steht; gleichwohl kann ein entsprechender Aufgabenkreis als Indiz dafür dienen.⁵¹

cc. Relativität der Erklärung

Im Unterschied zur Geschäftsfähigkeit gibt es eine relative Einwilligungsfähigkeit.

Die Relativität beschreibt die Fähigkeit, bei einigen Maßnahmen einwilligungsfähig zu sein, bei anderen aber nicht; dabei ist nach der Komplexität und Schwere des Eingriffs zu differenzieren.⁵²

⁴⁸ Heide S. 142; Sonnenfeld Rz. 276

⁴⁹ absolut unstrittig Sonnenfeld Rz. 50; Dies hielt der Gesetzgeber für so selbstverständlich, dass von einer ausdrücklichen Regelung abgesehen wurde, BT-Drucks. 11/4528 S. 227.

⁵⁰ Sonnenfeld Rz. 278; MünchKommBGB-Schwab § 1906 Rz. 27 aE

⁵¹ Sonnenfeld Rz. 278

⁵² BT-Drucks. 11/4528 S. 71; Heide S. 149; Sonnenfeld Rz. 278

Hierbei wird der Unterschied zu dem Kriterium der Geschäftsfähigkeit deutlich; die Geschäfts(un)fähigkeit beurteilt sich nach § 104 BGB und die sich daraus ergebenden Folgen nach §§ 105 BGB ff.

So einfach ist es bei der Einwilligungsfähigkeit aber nicht.

Wie oben angedeutet darf bei einem Betreuten, der unter dem Aufgabenkreis „Gesundheitssorge“ steht, nicht per se von der Einwilligungsunfähigkeit ausgegangen werden. Darum ist im gerichtlichen Gutachten (§ 68b I S.1 FGG) zwingend zur Frage der Einwilligungsfähigkeit Stellung zu nehmen.

Hierbei müssen die Relativität und eventuell bereits anstehende ärztliche Maßnahmen aber hinreichend berücksichtigt werden.

Die Einwilligungsfähigkeit ist nämlich streng genommen für jede ärztliche Maßnahme erneut gesondert zu prüfen; schließlich kann der Betreute bei einer Behandlung eines grippalen Infekts einwilligungsfähig sein bei einer komplizierten Zahnbehandlung aber nicht.

dd. Natürlicher Wille

Der natürliche Wille beschreibt die Fähigkeit, willensgetragen zu handeln.⁵³

Die Literatur hat sich hierzu insbesondere im Rahmen des § 1905 I S.1 Nr.1 BGB mit dem natürlichen Willen beschäftigt.

So wird aus der Gesetzesbegründung erkennbar, dass Zeichen von Ablehnung und/oder Gegenwehr die Unzulässigkeit der Sterilisation herbeiführen.⁵⁴

Nicht ganz widerspruchsfrei formuliert der Gesetzgeber an anderer Stelle, dass der natürliche Wille gegeben sei, wenn der Betroffene über die gebotene Einsichtsfähigkeit verfüge.⁵⁵

Mit dem natürlichen Willen ist aber jede Form verbalen oder körperlichen Widerspruchs gemeint, der in irgendeiner Form zum Ausdruck kommt; es ist somit irrelevant, auf welcher Wertvorstellung die Weigerung beruht und dass die ablehnende Haltung ohne Verstehen des eventuell bevorstehenden Eingriffs sowie ohne Abwägung von Vor- und Nachteilen getroffen wird.⁵⁶

Der natürliche Wille ist im Vergleich zur Einwilligungsfähigkeit daher ein Weniger.

⁵³ Heide S. 145

⁵⁴ BT-Drucks. 11/4528 S. 143

⁵⁵ BT-Drucks. 11/4528 S. 146

⁵⁶ vgl. auch Bienwald/Bienwald § 1905 Rz. 31; Heide S. 145

ee. Einsichts- und Urteilsfähigkeit

Die Einsichtsfähigkeit ist als Pendant zur ärztlichen Aufklärungspflicht zu verstehen.⁵⁷

Die Fähigkeit zur Einsicht heißt, dass der Betroffene in der Lage ist, den Ablauf eines Eingriffs in seinem wesentlichen Umfang zu verstehen, die Vor- und Nachteile zu erkennen und den weiteren Heilungs- bzw. Behandlungsverlauf prognostisch zu erfassen.

Kann dies der Betreute nicht, dann hat er auch nicht hinreichende Kenntnisse erworben, um sich aus den erworbenen Informationen ein abschließendes Urteil zu bilden.

Der Betroffene reflektiert bei der Urteilsfähigkeit die erworbenen Kenntnisse über den Eingriff oder die Behandlung auf sein eigenes Sein mit all seinen Facetten hinsichtlich des Gesundheitszustands, der sozialen Veränderung, beruflichen Risiken, persönlichen Angstgefühlen und lässt in seine Beurteilung mitunter auch alternative Behandlungsmethoden einfließen.⁵⁸

Das Urteil ist eine höchst persönliche und subjektive Angelegenheit, bei der eine Stellvertretung von vornherein ausscheidet.

Dabei muss es prinzipiell auch unbeachtlich sein, ob das Urteil aus der Sicht der Ärzte als sinnvoll erachtet wird oder als abstrus verworfen werden muss.

Denn jedes Individuum gewichtet die oben genannten Rechtsgüter anders, sodass jedes Urteil zu akzeptieren ist.

Voraussetzung ist, dass der Betroffene unter Einbeziehung aller Risiken und Alternativbehandlungen die ärztliche Maßnahme als solche verstanden hat; er muss also einsichtsfähig sein.

ii. Steuerungsfähigkeit

Als weiterer Punkt sollte die Steuerungsfähigkeit Beachtung finden.

Darunter ist die Fähigkeit zu verstehen, sich entsprechend der selbst gewonnenen Einsicht tatsächlich zu verhalten; sie beschreibt also die Fähigkeit, seinen getroffenen Entschluss in die Tat umzusetzen.

Auf den ersten Blick scheint es vielleicht verwunderlich, wieso ein Einsichts- und Urteilsfähiger seine eigene Entscheidung, zum Beispiel für eine Behandlung, nicht mehr umsetzen kann.

⁵⁷ Heide S. 147

⁵⁸ vgl. hierzu Heide S. 148

Zur besseren Erklärung der Steuerungsfähigkeit dient folgendes Beispiel:⁵⁹

Ein schwerstabhängiger Drogensüchtiger hat seine Abhängigkeit erkannt und möchte sich gegen seine Drogensucht behandeln lassen.

Nachdem er das Therapieprogramm verstanden hat, das eine stückweise Reduzierung des Drogenkonsums vorsieht, fasst er den Entschluss, sich behandeln zu lassen.

Jedoch kann er aufgrund der schweren Abhängigkeit seinen Drogenkonsum nicht einschränken und nimmt so viele Drogen wie bisher.

Daraus wird deutlich, dass im Rahmen der Einwilligungsfähigkeit auch die Steuerungsfähigkeit als Element anzuerkennen ist.

Denn im Beispiel ist der Drogenabhängige einsichts- und urteilsfähig, aber (noch) nicht in der Lage, nach der gewonnenen Einsicht zu handeln.

jj. Vernünftigkeit der getroffenen Entscheidung

Wenn eine Entscheidung aus medizinischer Sicht falsch ist, kann daraus nicht auf die Einwilligungsunfähigkeit geschlossen werden.⁶⁰

Es ist nicht zu verleugnen, dass bei allen Objektivierungsversuchen der Einwilligungsfähigkeit in diesem Punkt das größte Spannungsfeld liegt.

Hierbei hat der Betreuer zusammen mit dem Arzt besonders bei Maßnahmen, die nicht unter die Genehmigungspflicht des § 1904 BGB fallen, die überaus vertrauensvolle Aufgabe, im Rahmen der Wunschbeachtungspflicht aus § 1901 III S.1 BGB zu entscheiden, ob der eine nach medizinischen Kriterien unvernünftige Entscheidung treffende Betreute diese mit Einsichts- und Urteilsfähigkeit gefällt hat, oder ob er beispielsweise die Art der Operation nicht einschätzen konnte und in Verkennung der wahren Umstände eine Operation ablehnt.⁶¹

Es ist also zu betonen, dass auch der Betreute das Recht hat, objektiv gesehen vernünftige Eingriffe abzulehnen wie es das Recht eines jeden Nichtbetreuten ist, objektiv vernünftige Eingriffe abzulehnen.

Schützenswert sind daher die ohne Einsicht Handelnden und nicht diejenigen, die sich mit Einsicht schädigen.⁶²

⁵⁹ Beispiel ist Heide S. 152 entnommen.

⁶⁰ Tietze S. 111; Schweitzer, FamRZ 1996, 1317 (1319); Sonnenfeld, FamRZ 1995, 393 (394)

⁶¹ vgl. BT-Drucks. 11/4528 S. 141, wo der Betreute eine Blinddarmoperation ablehnt in dem Irrglauben, gar keinen Blinddarm mehr zu besitzen.

⁶² eindrucksvoll Sonnenfeld, FamRZ 1995, 393 (394)

In den Grenzen der Einwilligungsfähigkeit ist dem Betreuten das uneingeschränkte Recht auf Krankheit zuzugestehen.⁶³

kk. Vetorechte

Über ein so genanntes Vetorecht wird vor allem in der Literatur diskutiert.

Das Vetorecht soll den einwilligungsunfähigen Betreuten befähigen, die grundsätzlich aufgrund wirksamer Einwilligung durch den Betreuer anstehende ärztliche Maßnahme durch eine Art „Noteinspruchsrecht“ noch zu verhindern.⁶⁴

Das Rechtsinstitut als solches ist strittig, jedoch gibt es einige wenige gesetzlich gewährleistete Vetorechte.⁶⁵

Das Betreuungsrecht kennt lediglich das in § 1905 I S.1 Nr.1 BGB normierte Vetorecht, wonach gegen den natürlichen Willen des Betreuten eine Sterilisation nicht durchgeführt werden darf, dem Wortlaut zufolge der Betreuer nicht einmal in diese einwilligen darf.

Ein darüber hinaus gehendes generelles Vetorecht, welches sich praktisch gesehen als tatsächlicher Widerstand des Betreuten herausstellt,⁶⁶ gibt es nicht und ist infolgedessen nicht anzuerkennen.

Der Gesetzgeber hat sich bewusst dafür entschieden, den tatsächlichen, natürlichen Willen nur im Rahmen der Sterilisation rechtlich eine Bedeutung beizumessen.⁶⁷

Das ist eine Wertentscheidung, die nicht zuletzt auch aufgrund der deutschen Vergangenheit gefallen ist, Zwangssterilisationen gegen den natürlichen Willen des Betreuten in jedem Fall zu verbieten.

Der Schutz des Betreuten wird jedoch – außerhalb der Sterilisation – bereits durch die Prüfung der Einwilligungs(un)fähigkeit hinreichend gewahrt, weil nur die Erklärung eines einwilligungsunfähigen Betreuten ersetzt werden kann.

Im Ergebnis kann der Betreute durch seinen sichtbar entgegenstehenden, natürlichen Willen Eingriffe seitens des Betreuers nicht von vornherein vermeiden, ein Vetorecht ist außerhalb des § 1905 I S.1 Nr.1 BGB nicht anzuerkennen.⁶⁸

⁶³ BVerfGE 58, 208 (225)

⁶⁴ Amelung, R&P 1995, 20 (22); Heide S. 171

⁶⁵ vgl. Heide S. 171

⁶⁶ so zutreffend Tietze S. 139

⁶⁷ BT-Drucks. 11/4528 S. 143

⁶⁸ Tietze S. 139/140; ähnlich Heide S. 172; Amelung, R&P 1995, 20 (26)

Damit ist aber noch nichts über die Zulässigkeit von Zwangsmaßnahmen gesagt; der Betreute kann den Eingriff zwar nicht von sich aus verhindern, der Betreuer braucht aber trotzdem eine Ermächtigungsgrundlage.

b. Ergebnis

Die Einwilligungserklärung dient dazu, einen ärztlichen Eingriff zu legitimieren.

Die Fähigkeit, eine solche Erklärung abzugeben, bemisst sich nicht nach der Geschäftsfähigkeit; dies lässt sich schon aus der Relativität der Erklärung ableiten.

Weitere Merkmale sind die Einsichts- und Urteilsfähigkeit sowie die Fähigkeit, nach dieser Einsicht zu handeln (Steuerungsfähigkeit).

Kein Kriterium ist aber die Vernünftigkeit der Entscheidung.

Daher kann an dieser Stelle auf die bereits unter a. geäußerte allgemeine Definition der Einwilligungsfähigkeit zurückgegriffen werden.

6. Substitution der Einwilligungserklärung durch den Betreuer – Teil 2

Fraglich ist, ob die Ersetzung der Einwilligungserklärung bereits eine Zwangsmaßnahme darstellt.

Die Einwilligung des Betreuers ist substituierend, das heißt, dass sie niemals im Widerspruch zu einer rechtswirksamen Einwilligungserklärung des einwilligungsfähigen Betreuten stehen darf.

Wie oben festgestellt muss der Betreute aber einwilligungsunfähig sein, damit der Betreuer die Erklärung überhaupt substituieren kann.

Somit können die Erklärungen des Betreuers und Betreuten rein rechtlich betrachtet nicht im Widerspruch zueinander stehen, weil bei Einwilligungsunfähigkeit rechtlich nur die Erklärung des Betreuers maßgeblich ist.

Schon allein deswegen ist nicht einzusehen, die Einwilligungserklärung des Betreuers bereits als Zwangsmaßnahme zu qualifizieren.⁶⁹

Die obige Frage muss daher verneint werden.

⁶⁹ so auch Tietze S. 47 mwN auch zur Gegenmeinung

Eine andere Frage ist, inwieweit der Betreuer die entgegenstehenden Wünsche des Betreuten im Rahmen des § 1901 III S.1 BGB beachten muss.

Die Einwilligungserklärung ist eine Erklärung, die im Außenverhältnis zum Arzt oder anderen Personen abgegeben wird.

§ 1901 III S.1 BGB betrifft jedoch nur das Innenverhältnis zwischen dem Betreuer und Betreuten, welches der Einwilligungserklärungsempfänger nicht zu beachten hat.

Vielmehr muss der Betreuer eigenverantwortlich entscheiden, inwieweit er die Wünsche des Betreuten beachtet.⁷⁰

Die Zwangsmaßnahme als solche umfasst nur die Brechung des natürlichen Willens, was Schweitzer⁷¹ zutreffend mit den Worten beschreibt, dass das Brechen des natürlichen Willens die eigentliche Zwangsbehandlung, die Zwangsbehandlung im engeren Sinne, sei.

Dies sollen die folgenden Ausführungen verdeutlichen:

Ist der Betreute einwilligungsfähig, ist eine Zwangsbehandlung unzulässig.

Dies folgt schon daraus, dass der Betreuer die Einwilligungserklärung nicht ersetzen kann, da sie der Betreute schon rechtswirksam abgegeben hat.

Eine zwangsweise Durchsetzung der Einwilligungserklärung scheidet daher von vornherein aus.

Auf den natürlichen Willen des Betreuten kommt es in dieser Situation nicht mehr an; dieser steht nämlich im Gleichklang mit dem im Zustand der Einwilligungsfähigkeit geäußerten Willen, sodass dem natürlichen Willen keine gesonderte Bedeutung zukommt.

Anders ist der Sachverhalt jedoch zu bewerten, wenn der Betreute einwilligungsunfähig ist und eine Maßnahme gegen seinen natürlichen Willen stattfinden soll.

Der Betreuer kann die Einwilligungserklärung des Betreuten ersetzen, welcher aufgrund seiner Einwilligungsunfähigkeit keine rechtlich bedeutsame Erklärung abgibt.⁷²

Die Umsetzung gegen den natürlichen Willen ist jedoch nicht ohne weiteres möglich, die Durchsetzung ist daher als die eigentliche Zwangsmaßnahme zu verstehen.⁷³

⁷⁰ Tietze S. 47 Fn. 228; Sonnenfeld Rz. 182, 183

⁷¹ Schweitzer, FamRZ 1996, 1317 (1320); vgl. hierzu auch MünchKommBGB-Schwab § 1896 Rz. 64; Lipp, JZ 2001, 825 (827)

⁷² hM Tietze S. 52; Jürgens in Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein Rz. 204; Staudinger/Bienwald § 1904 Rz. 26;

⁷³ Schweitzer, FamRZ 1996, 1317 (1320)

Dabei wird sich der natürliche Wille vor allem gegen die Zwangsbehandlung aber auch schon gegen die Zuführung zu derselbigen richten.

7. Zwang bei der ambulanten Zwangsbehandlung

Die ambulante Zwangsbehandlung wird meist in zwei Phasen gegliedert, in welchen Zwang anzuwenden ist.

a. Verbringung zum Behandlungsort

Die erste Phase besteht darin, den Betreuten gegen seinen Willen zum Behandlungsort zu verbringen.

Es liegt in der Natur der Sache, dass der Betreuer bei Anwendung von körperlicher Gewalt gegenüber dem Betreuten eindeutig Zwang anwendet; dies ist unstreitig.⁷⁴

Doch so klar und eindeutig wie die Sachlage bei der Anwendung von körperlichem Zwang erscheint, ist die Sachlage nicht; problematisch sind all diejenigen Fälle, in denen der Betreuer keinen unmittelbaren körperlichen Zwang anwendet, sondern dem Betreuten mit Sanktionen droht, wie zum Beispiel Taschengeldentzug, oder ihm eine falsche Situation schildert, also beispielsweise vorgibt, ein Eis essen zu gehen, in Wirklichkeit aber auf dem Weg in eine Klinik ist.⁷⁵

Diese Art von Zwang, wenn das Vorgehen des Betreuers überhaupt als Zwang qualifiziert wird, wird auch als verdeckter Zwang bezeichnet.⁷⁶

Der verdeckte Zwang muss im hiesigen Sinne unter den Begriff des Zwangs subsumiert werden.

Hierbei wird zwar nicht der entgegenstehende natürliche Wille des Betreuten gegen die Zuführung überwunden.

Das wird aber nur dadurch erreicht, dass dem Betreuten die eigentliche Maßnahme, insbesondere die Zuführung zum Behandlungsort, nicht bekannt gemacht wird und er infolgedessen gar keinen natürlichen Willen gegen diese Maßnahme bilden kann bzw. er den eventuell schon vorher gebildeten natürlichen Willen nicht mehr in Widerstand umzusetzen vermag, weil es zu spät ist.

⁷⁴ Arnold/Kloß, FuR 1996, 263 (265); Schweitzer, FamRZ 1996, 1317 (1320); Tietze S. 48, 50

⁷⁵ insoweit zutreffend dargestellt von Tietze S. 48

⁷⁶ vgl. hierzu Tietze S. 49 mwN

Aus diesem Grund muss der verdeckte Zwang aber auch unter den Zwangsbegriff im hiesigen Sinne fallen.⁷⁷

Es besteht rechtlich kein Unterschied, ob eine Person an der Durchsetzung des natürlichen Willens gehindert werden soll oder eine (zeitliche) Stufe früher dafür gesorgt wird, dass in Verknennung der wahren Sachlage bezüglich der Zuführung zum Behandlungsort kein natürlicher Wille gebildet wird.

b. Fixierung für Behandlung

Die zweite Phase besteht darin, den Betreuten kurzzeitig zu fixieren, um ihm beispielsweise eine Spritze zu setzen.⁷⁸

Dass die Bewegungsfreiheit des Betreuten damit eingeschränkt wird, steht außer Zweifel, eine Zwangsmaßnahme ergibt sich schon aus der Natur der Sache.

c. Heilbehandlung

Die Heilbehandlung an sich wird scheinbar nicht mehr als Zwangsmaßnahme angesehen, Schweitzer⁷⁹ und Arnold/Kloß⁸⁰ sprechen nur von zwei Phasen, die Behandlung als solche soll scheinbar keine Zwangsmaßnahme darstellen.

Völlig unverständlich ist aber die Ansicht Dodegges⁸¹, welcher die Meinung vertritt, dass die ärztliche Behandlung als solche juristisch unproblematisch sei und in jedem Fall bei Einwilligungsunfähigkeit des Betreuten von der Einwilligung des Betreuers im Rahmen seines Aufgabenkreises gedeckt sei.

Dieser Ansicht widerspricht Tietze⁸² zu Recht.

Wie bereits oben ausgeführt wird sich der natürliche Wille, den es zu überwinden gilt, auch gegen die ärztliche Behandlung richten.

Es ist kaum vorstellbar, dass nach der zwangsweisen Zuführung und der anschließenden Fixierung der Betreute seinen Willen ins Gegenteil umkehrt und mit der Behandlung einverstanden ist.

⁷⁷ überzeugend Tietze S. 53

⁷⁸ Arnold/Kloß, FuR 1996, 263 (265); Schweitzer, FamRZ 1996, 1317 (1320); Tietze S. 50

⁷⁹ FuR 1996, 263 (265)

⁸⁰ FamRZ 1996, 1317 (1320)

⁸¹ BtKomm/Dodegge Teil G Rz. 40

⁸² S. 51

Diesem Fall ist nicht der Fall gleichzusetzen, dass sich der Betreute infolge der Fixierung und der damit einher gehenden Aussichtslosigkeit, sich zu wehren, den körperlichen Widerstand aufgibt und sich seinem Schicksal ergibt, weil der natürliche Wille weiterhin existiert und gegen die Behandlung gerichtet ist.

Wenn der Arzt nun die Spritze setzt, überwindet er den natürlichen Willen des Betreuten, sodass auch hier eine Zwangsmaßnahme vorliegt.⁸³

Bei der Heilbehandlung selbst kann es auch zu verstecktem Zwang kommen, etwa dann, wenn dem Betreuten eine Substanz oder Tablette in das Essen gemischt wird, weil dieser die Heilmittel ansonsten nicht einnehmen würde.

Wie schon unter a. beschrieben liegt eine Zwangsmaßnahme vor, weil die versteckte Medikamentengabe den Zweck hat, den natürlichen Widerstand des Betreuten nicht zur Entfaltung kommen zu lassen.

8. Definition des Zwangs

Ein Zwangsmaßnahme liegt dann vor, wenn der Betreuer gegenüber dem Betreuten eine Maßnahme ausführt, die gegen den natürlichen Willen des Betreuten erfolgt oder der Betreute infolge der Falschdarstellung der Absichten des Betreuers an der freien Willensbildung gegen die anstehende Maßnahme gehindert wird, wobei es rechtlich gesehen unerheblich ist, ob die Durchführung der Maßnahme aufgrund der Anwendung von körperlicher Gewalt oder unter Vorspiegelung falscher Tatsachen ohne körperliche Gewalt vollzogen wird.

III. Aufgabenkreis

Der Betreuer ist der gesetzliche Vertreter des Betreuten im Rahmen seines Aufgabenkreises, § 1902 BGB.

Unter den oben genannten Voraussetzungen ist er auch befugt, die Einwilligungserklärung anstelle des Betreuten abzugeben.

Fraglich ist nur, welchen Aufgabenkreis er für die ambulante Zwangsbehandlung unabhängig der Frage, ob diese zulässig ist, haben müsste.

Das Betreuungsrecht schreibt bewusst keine festen Aufgabenkreise für einzelne Bereiche vor, von einer Typisierung hat der Gesetzgeber bewusst abgesehen.⁸⁴

⁸³ Tietze S. 54

⁸⁴ BT-Drucks. 11/4528 S. 121

Lediglich in § 1896 IV BGB ist vorgeschrieben, dass die Kontrolle des Post- und Fernmeldeverkehrs ausdrücklich und daher gesondert im Anordnungsbeschluss ausgewiesen werden muss; für die Unterbringung oder Einwilligung in ärztliche Maßnahmen sind aber keine gesetzlichen Besonderheiten vorgesehen und damit auch keine besondere Formulierung eines solchen Aufgabenkreises.

Der Aufgabenkreis des Betreuers muss im Rahmen einer ambulanten Zwangsbehandlung alle Maßnahmen abdecken, also die Zuführung zur Heilbehandlung, die anschließende Fixierung und die Einwilligung zur Behandlung mit dem Ziel, diese unter Zwang durchzuführen.

Der Aufgabenkreis „Zuführung zur Heilbehandlung“ ist hierbei zwar weit verbreitet, deckt jedoch nicht den Bereich der Einwilligung in die ärztliche Behandlung ab.⁸⁵

Daher muss der Aufgabenkreis auch die Gesundheitsorge umfassen, damit der Betreuer überhaupt in die Behandlung einwilligen kann.

Ausreichend muss daher ein Aufgabenkreis wie „Zuführung zur Heilbehandlung und Gesundheitsorge“ sein.

Der umfassendere Aufgabenkreis der Personensorge dürfte ebenso genügen, weil darin sowohl das Aufenthaltsbestimmungsrecht als auch die Gesundheitsorge enthalten ist.⁸⁶

Aufgrund der gesetzgeberischen Intention, starre Aufgabenkreise zu vermeiden und auf vorgegebene Aufgabenkreise zu verzichten, darf eine allgemeine Formulierung hierbei kein Hinderungsgrund sein.⁸⁷

Ob die Anordnung des Aufgabenkreises auch die gleichzeitige Befugnis zur Durchsetzung der getroffenen Entscheidungen enthält, wird unter C. V. 6. genauer erörtert.

IV. Ermächtigungsgrundlagen zur Ausübung von Zwang im FGG

Das FGG regelt das Verfahrensrecht für das Betreuungsrecht, §§ 65 ff. FGG.

Dementsprechend liegt es nahe, auch hier nach einer möglichen Ermächtigungsgrundlage zu suchen.

⁸⁵ vgl. hierzu Rink in HK-BUR vor § 1904 Rz. 19, der den genannten Aufgabenkreis wohl als ausreichend ansieht.

⁸⁶ aA (allerdings zur Unterbringung nach § 1906 I Nr.2 BGB) wohl Sonnenfeld Rz. 320 mwN, wonach auch der Aufgabenkreis „Gesundheitsorge“ oder „Heilbehandlung“ notwendig sei.; noch eindeutiger Palandt/Diederichsen § 1906 Rz. 2

⁸⁷ kritisch und zweifelnd MünchKommBGB-Schwab § 1906 Rz. 6

5. § 68 III FGG

§ 68 III FGG ist eine Vorschrift, die systematisch das Verfahren bei der Betreuerbestellung beschreibt; ein Betreuer ist hierbei also noch gar nicht bestellt.

Die Norm verleiht dem Gericht die notwendige Kompetenz, unter Zuhilfenahme der zuständigen Behörde den Betroffenen vorführen zu lassen, damit sich das Gericht einen unmittelbaren Eindruck verschaffen und den Betroffenen anhören kann, § 68 I S.1 FGG.

Allein aus der systematischen Stellung der Norm wird deutlich, dass diese Norm nicht das Verhältnis des Betreuers gegenüber dem Betreuten regelt.

Es geht schlichtweg um das Verhältnis des Gerichts zum Betroffenen im Stadium der Prüfung zur Bestellung eines Betreuers.

Damit ist § 68 III FGG keine Ermächtigungsgrundlage, die Art. 104 I S.1 GG gerecht würde.

Interessanterweise wird die Frage, ob Vorführungen (nicht Zuführungen nach § 70g V FGG) im Rahmen dieser Norm unter Anwendung von Zwang geschehen dürfen, nicht einhellig beantwortet.

So vertritt Walther⁸⁸ die Auffassung, dass § 68 III FGG (vgl. auch §§ 68b III S.1, 70c S.5 FGG) keine Befugnis enthalte, gegenüber dem Betreuten Zwang anzuwenden, während zu Recht auch die Ansicht vertreten wird, dass die Behörde zur Zwangsanwendung im Rahmen der Vorführung befugt ist.⁸⁹

6. § 68b III S.1 FGG

§ 68b III S.1 FGG hilft ebenso nicht weiter.

Auch diese Vorschrift ist systematisch in das Betreuerbestellungsverfahren einzuordnen.

Das Vormundschaftsgericht hat hierbei die Kompetenz, die Vorführung zur Untersuchung und die Untersuchung selbst in Vorbereitung eines Gutachtens nach § 68b I S.1 FGG anzuordnen.

Das Verhältnis vom Betreuer gegenüber dem Betreuten ist nicht tangiert, weil ein Betreuer noch gar nicht bestellt ist und bei der anstehenden Maßnahme das Verhältnis zwischen Betreuer und Betreutem noch gar nicht berührt sein kann.

Daher muss auch § 68b III S.1 FGG als Ermächtigungsgrundlage ausscheiden.

⁸⁸ R&P 2007, 167 (168)

⁸⁹ Bienwald/Bienwald § 68 Rz. 56

7. § 70g V S.2 FGG

Die Norm regelt die Unterstützung des Betreuers durch die zuständige Behörde bei Unterbringungsmaßnahmen nach § 70 I S.2 Nr.1b) FGG und die Anwendung von Zwang bei der Zuführung des Betreuten zur Unterbringung.

Diese Vorschrift ist die einzige, welche die Durchsetzung einer Maßnahme, hier also die Zuführung zur Unterbringung, unter Anwendung von Zwang vorsieht.⁹⁰

Zuständige Behörde im Sinne dieser Vorschrift ist die Betreuungsbehörde oder das Jugendamt.⁹¹

Dabei ist aber zu beachten, dass § 70g V FGG dem Betreuer keine eigene Zwangsanwendung gestattet;⁹² die Behörde leitet das Recht zur Zwangsanwendung aus eigenem Recht her und nicht etwa vom Betreuer ab, was sich aus dem Wortlaut des § 70g V S.2 FGG ergibt.

§ 70g V S.1 FGG spricht lediglich davon, den Betreuer bei der Zuführung zur Unterbringung zu unterstützen, erst § 70g V S.2 FGG erwähnt bei entsprechender Notwendigkeit die Gewaltanwendung.

Dabei bedarf es einer besonderen gerichtlichen Entscheidung, § 70g V S.2 FGG.

Die Zwangsanwendung beruht im Ergebnis auf einer gerichtlichen Anordnung und steht auch nur der Behörde, gegebenenfalls unter Zuhilfenahme der Polizei gem. § 70g V S.3 FGG, zu.⁹³

Dies verkennt aber der BGH, wenn er ausführt, dass der Betreuer außer in den Fällen § 70g V S.2 FGG keinen Zwang zur Überwindung des körperlichen Widerstands anwenden bzw. ausüben dürfe.⁹⁴

§ 70g V FGG hat vielmehr die Funktion, die Behörde zur Zwangsanwendung zu legitimieren. Somit kann aber nicht im Umkehrschluss aus der Regelung geschlossen werden, dass der Betreuer außerhalb des § 70g V FGG von vornherein keinen Zwang anwenden darf, wenn er es schon innerhalb des Anwendungsbereichs der Norm nicht darf.

Des Weiteren ist auch der Tatbestand der Zuführung zur Unterbringung nicht erfüllt.

⁹⁰ stellvertretend für viele Sonnenfeld Rz. 194

⁹¹ Sonnenfeld in Jansen, FGG, § 70g Rz. 29

⁹² BGH BtPrax 2001, 32 (35); Tietze S. 14; so ausdrücklich auch Marschner, R&P 2001, 132 (134); Lipp, JZ 2001, 825 (826)

⁹³ Sonnenfeld in Jansen, FGG, § 70g Rz. 34

⁹⁴ BGH BtPrax 2001, 32 (36)

Bei einer ambulanten Zwangsbehandlung liegt keine Unterbringung vor, da die Behandlung als solche nicht unter den Unterbringungsbegriff des § 1906 I BGB fällt.⁹⁵

Im Ergebnis ist § 70g V S.2 FGG ebenfalls keine geeignete Ermächtigungsgrundlage für den Betreuer, gegenüber dem Betreuten Zwang anzuwenden.⁹⁶

8. § 33 II S.1 FGG

Fraglich ist, ob § 33 II S.1 FGG die zu einem Grundrechtseingriff nach Art. 104 I S.1 GG legitimierende Grundlage ist.

Jedoch darf nach dem eindeutigen Wortlaut der Norm Gewalt nur aufgrund einer besonderen gerichtlichen Verfügung angewendet werden.

Eine solche gerichtliche Verfügung liegt aber gerade nicht vor, sodass § 33 II S.1 FGG nicht einschlägig ist.

In § 33 II S.1 FGG kann auch nicht etwa eine das Gericht ermächtigende Grundlage gesehen werden, eine entsprechende Verfügung zu erlassen, weil § 33 II S.1 FGG lediglich die Vollziehung einer bereits vorhandenen Verfügung erfasst.⁹⁷

Nach wohl ganz herrschender und richtiger Meinung stellt § 33 II S.1 FGG daher keine Ermächtigungsgrundlage dar.⁹⁸

V. Ermächtigungsgrundlagen zur Ausübung von Zwang im BGB

8. § 1906 I BGB

Bis zur Entscheidung des BGH⁹⁹ war es in der Rechtsprechung umstritten, ob § 1906 BGB eine hinreichende gesetzliche Grundlage für die ambulante Zwangsbehandlung darstellte.¹⁰⁰

Für eine unmittelbare Anwendung des § 1906 I BGB müssen dessen Voraussetzungen vorliegen.

⁹⁵ Tietze S. 14/15; vgl. hierzu ausführlich die Ausführungen unter C. V. 1.; OLG Hamm FamRZ 2000, 1115 (1117)

⁹⁶ hM BGH BtPrax 2001, 32 (35); OLG Hamm FamRZ 2000, 1115 (1117); OLG Jena R&P 2003, 29; Tietze S. 15; Marschner in Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein Rz. 572

⁹⁷ BGH BtPrax 2001, 32 (35); Tietze S. 15

⁹⁸ BGH BtPrax 2001, 32 (35); OLG Hamm FamRZ 2000, 1115 (1117); Tietze S. 15; Sonnenfeld Rz. 194; Jürgens in Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein Rz. 245

⁹⁹ BtPrax 2001, 32

¹⁰⁰ Für die Zulässigkeit der ambulanten Zwangsbehandlung aufgrund des § 1906 BGB: OLG Hamm FamRZ 2000, 1115; dagegen: OLG Zweibrücken FamRZ 2000, 1114; LG Kassel FamRZ 1996, 1501

a. Der Unterbringungs-Begriff

Gem. § 1906 I BGB ist die Unterbringung Voraussetzung.

Der BGH¹⁰¹ definiert diese wie folgt:

„Eine freiheitsentziehende Unterbringung [...] ist gegeben, wenn der Betroffene gegen seinen Willen oder im Zustand der Willenlosigkeit in einem räumlich begrenzten Bereich eines geschlossenen Krankenhauses, einer anderen geschlossenen Einrichtung oder dem abgeschlossenen Teil einer solchen Einrichtung festgehalten, sein Aufenthalt ständig überwacht und die Kontaktaufnahme mit Personen außerhalb des Bereichs eingeschränkt wird.“

Weiterhin betont der BGH¹⁰², dass die Unterbringung auf eine gewisse Dauer angelegt sein müsse, um als Freiheitsentziehung qualifiziert werden zu können, das heißt, dass es sich nicht nur um eine kurzfristige Beschränkung der persönlichen Bewegungsfreiheit auf einen bestimmten Lebensraum handeln dürfe.

Die letztgenannte Voraussetzung dürfte jedoch bei der ambulanten Zwangsbehandlung nicht erfüllt sein, weil sich die konkrete Behandlung und die Zuführung zu derselbigen innerhalb von Minuten, gegebenenfalls vielleicht einer Stunde, ereignen, sodass der Grad einer Unterbringung als nicht erreicht anzusehen ist.¹⁰³

Dies erkennt auch die die Zwangsbehandlung für zulässig erachtende Meinung an.¹⁰⁴

Das Kriterium der gewissen Dauer wird zumindest von einem Teil der Literatur nicht gänzlich ohne Widerspruch hingenommen.

So wird vertreten, dass nach dem Sinn und Zweck des § 1906 I BGB auch stunden- und tageweise andauernde Freiheitsentziehungen darunter fallen müssen.¹⁰⁵

Jedoch teilen auch diese Autoren die Auffassung, dass eine kurzweilige Zuführung zur ambulanten Behandlung nicht unter § 1906 I BGB fällt.¹⁰⁶

¹⁰¹ BtPrax 2001, 32 (33); vgl. hierzu auch Sonnenfeld Rz. 324 mwN – In der Literatur gibt es ähnliche Definitionen, deren genaue Aufschlüsselung entbehrlich erscheint, da die Definition des BGH zumindest im Kern allgemein anerkannt ist.

¹⁰² BtPrax 2001, 32 (33)

¹⁰³ BGH BtPrax 2001, 32 (33); OLG Zweibrücken FamRZ 2000, 1114; LG Kassel FamRZ 1996, 1501; Tietze S.16

¹⁰⁴ OLG Hamm FamRZ 2000, 1115 (1116, 1117)

¹⁰⁵ MünchKommBGB-Schwab § 1906 Rz.12; Palandt/Diederichsen § 1906 Rz. 6

¹⁰⁶ MünchKommBGB-Schwab § 1906 Rz.12; Palandt/Diederichsen (66. Auflage) § 1906 Rz. 6

Vereinzelt gibt es daher Literaturstimmen, die vorschlagen, den Betreuten kurzfristig unterzubringen, und im Ergebnis zur Einschlägigkeit von § 1906 I BGB (unter Vorlage der übrigen Voraussetzungen) gelangen.¹⁰⁷

Konsequenterweise könnte die ambulante Zwangsbehandlung dann auf § 1906 I BGB gestützt werden.¹⁰⁸

In diesem Zusammenhang hat das OLG Bremen¹⁰⁹ entschieden, dass eine stationäre Unterbringung allein zum Zweck der Behandlung mit Depotspritzen im Wege der Zwangsmedikation im Rahmen des § 1906 I BGB unzulässig ist.

In dem vom OLG zu entscheidenden Fall war die Genehmigung zur Unterbringung vom AG für sechs bzw. sieben Tage erteilt worden; die Besonderheit bestand aber darin, dass die Betreute bereits noch an demselben Tag der Zwangsbehandlung, die während der „Unterbringung“ erfolgte, oder am Tag nach der Behandlung entlassen worden ist.

Nach der Meinung von Diederichsen¹¹⁰ könnte eine Unterbringung vorliegen.

Zu Recht hat das OLG Bremen¹¹¹ die Frage des Vorliegens einer Unterbringung jedoch verneint.

Die stationäre, wenn auch nur stundenweise Aufnahme des Betreuten im Krankenhaus oder einer ähnlichen Einrichtung ausschließlich zum Zweck der Zwangsbehandlung ändert rechtlich gesehen nichts an der Tatsache, dass in Wirklichkeit die ambulante Zwangsbehandlung umgangen werden soll.

Aus einer ambulanten Zwangsbehandlung kann durch einen längeren Aufenthalt am Behandlungsort keine Unterbringung im Sinne des § 1906 I BGB werden, sodass der Sachverhalt im Ergebnis gleich zu beurteilen ist wie die ambulante Zwangsbehandlung.¹¹²

Daher kommt es an dieser Stelle auch noch nicht auf die Frage an, ob im Rahmen einer stationären Unterbringung eine Zwangsbehandlung zulässig ist.

Lediglich hilfsweise wurde zutreffend die Genehmigungsfähigkeit auch deswegen verneint, weil es an einer konkreten, erheblichen Selbstgefährdung gem. § 1906 I Nr.1 BGB ermangelt

¹⁰⁷ Palandt/Diederichsen § 1906 Rz. 20 mwN

¹⁰⁸ so nunmehr Palandt/Diederichsen § 1906 Rz. 6, 20; anders noch Palandt/Diederichsen (66. Auflage) § 1906 Rz. 6, 20

¹⁰⁹ OLG Bremen NJW-RR 2006, 75

¹¹⁰ Palandt/Diederichsen § 1906 Rz. 20

¹¹¹ OLG Bremen NJW-RR 2006, 75 (76)

¹¹² vgl. hierzu auch Dodegge, NJW 2006, 1627 (1628 Fn. 7)

und für die Genehmigung nach § 1906 I Nr.2 BGB die erforderliche, dringend behandlungsbedürftige Erkrankung nicht vorliegt.¹¹³

b. Ergebnis

§ 1906 I BGB ist schon deswegen nicht einschlägig, weil es an einer Unterbringung fehlt. Diese ist nicht erfüllt, weil die nach wohl überwiegender Meinung erforderliche Mindestdauer der Unterbringung selbst unter Einbeziehung der Zeit zur Zuführung zum Behandlungsort nicht erreicht wird.¹¹⁴

Eine Unterbringung liegt auch dann nicht vor, wenn die stationäre Aufnahme einzig den Zweck hat, den Betreuten mit Zwang zu behandeln und durch die Aufnahme den Unterbringungsbegriff nach § 1906 I BGB scheinbar zu erfüllen mit dem Ziel der Erwirkung einer Genehmigung gem. § 1906 I Nr.2 BG.¹¹⁵

In Wirklichkeit liegt eine verdeckte ambulante Zwangsbehandlung vor.

Für die ambulante Zwangsbehandlung bildet § 1906 I BGB in unmittelbarer Anwendung daher nicht die gem. Artt. 2 II S.3, 104 I S.1 GG erforderliche Ermächtigungsgrundlage.

9. § 1906 IV BGB

a. Gesetzgebungsgeschichte

§ 1906 IV BGB war in seiner konkreten Fassung bis zum Ende des Gesetzgebungsverfahrens stark umstritten.¹¹⁶

Es ist jedoch festzuhalten, dass sich § 1906 IV BGB nicht nur auf freiheitsbeschränkende sondern auch auf freiheitsentziehende Maßnahmen erstreckt, weil § 1906 IV BGB solche

¹¹³ OLG Bremen NJW-RR 2006, 75 (76)

¹¹⁴ BGH BtPrax 2001, 32 (33); OLG Hamm FamRZ 2000, 1115 (1116, 1117); OLG Zweibrücken FamRZ 2000, 1114; LG Kassel FamRZ 1996, 1501; Tietze S.16; Jarass in Jarass/Pieroth Art. 104 Rz. 10; vgl. hierzu auch BVerfG NJW 2004, 3697, das in anderem Zusammenhang bei einer dreitägigen stationären Untersuchung von einer Freiheitsentziehung ausgeht.

¹¹⁵ OLG Bremen NJW-RR 2006, 75 (76); Dodegge, NJW 2006, 1627 (1628 Fn. 7)

¹¹⁶ sehr ausführlich Holzhauser, FuR 1992, 249 (251 ff.)

Maßnahmen erfasst, die in ihren Auswirkungen einer freiheitsentziehenden Unterbringung nach § 1906 I BGB gleichkommen.¹¹⁷

Holzauer¹¹⁸ unterscheidet zwischen der Unterbringung im engeren Sinn und der Unterbringung im weiteren Sinn, wobei die freiheitsentziehende Unterbringung nach § 1906 I BGB die engere Unterbringung ist, und beschreibt die freiheitsentziehenden Maßnahmen nach § 1906 IV BGB zutreffend als Untertatbestand des Kerntatbestandes aus § 1906 I BGB, da die Maßnahmen aus IV einer Unterbringung nach I in ihren tatsächlichen Auswirkungen entsprechen.

§ 1906 IV BGB regelt die „Unterbringung in der Unterbringung“ nach § 1906 I BGB und beschreibt bei einem bereits nach § 1906 I BGB Untergebrachten die stärkste Form der Freiheitsentziehung.¹¹⁹

Völlig zu Recht kritisiert daher Sonnenfeld¹²⁰, dass bei Maßnahmen nach § 1906 IV BGB euphemistisch von „unterbringungsähnlichen Maßnahmen“ gesprochen wird.

§ 1906 I, IV BGB gehen somit von einem engen Unterbringungs begriff aus.¹²¹

Die Anwendung des § 1906 IV BGB dürfte somit schon daran scheitern, dass durch die ambulante Zwangsbehandlung auch unter der Berücksichtigung der Zuführung zum Behandlungsort nicht die erforderliche Intensität einer freiheitsentziehenden Unterbringung nach § 1906 I BGB erreicht wird.¹²²

Trotzdem soll geprüft werden, ob die weiteren Voraussetzungen des § 1906 IV BGB im Fall der ambulanten Zwangsbehandlung überhaupt vorliegen.

b. Aufenthalt des Betreuten

Nach dem eindeutigen Wortlaut muss sich der Betreute bereits in einer Anstalt, einem (auch offenen) Heim oder sonstigen Einrichtung aufhalten.¹²³

Schon hieran scheitert es bei der ambulanten Zwangsbehandlung in aller Regel, da der Betreute erst von seinem Aufenthaltsort, der eben nicht in einer Anstalt o. Ä. liegt, in ein

¹¹⁷ BGH BtPrax 2001, 32 (34); Marschner in Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein Rz. 512; Holzauer, FuR 1992, 249 (252)

¹¹⁸ FuR 1992, 249 (252)

¹¹⁹ Dass bei einem bereits Untergebrachten für Maßnahmen nach § 1906 IV BGB eine separate Genehmigung – entgegen dem Wortlaut – notwendig ist, ist inzwischen wohl unbestritten, vgl. nur Marschner in Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein Rz. 516; Sonnenfeld Rz. 340 – jeweils mwN.

¹²⁰ Sonnenfeld Rz. 338, 339

¹²¹ BGH BtPrax 2001, 32 (34)

¹²² so auch BGH BtPrax 2001, 32 (34)

¹²³ vgl. nur Palandt/Diederichsen § 1906 Rz. 32

Krankenhaus oder eine entsprechende Einrichtung zur ambulanten Behandlung gebracht werden muss.¹²⁴

c. Zweck der Vorschrift

Die aus § 1906 IV BGB resultierende Genehmigungsbedürftigkeit schützt letztlich die persönliche Bewegungsfreiheit in der Einrichtung, weil die freiheitsentziehende Maßnahme mit dem Hauptzweck der Einschränkung der körperlichen Bewegungsfreiheit erfolgt; der Betreute soll am Verlassen seines Aufenthaltsortes gehindert werden.¹²⁵

Dies ist bei der ambulanten Zwangsbehandlung aber nicht der Fall, weil der Betreute durch die Medikation nicht am Verlassen seines Aufenthalts gehindert werden soll.¹²⁶

d. Ergebnis

§ 1906 IV BGB ist als Ermächtigungsgrundlage zur Durchführung einer ambulanten Zwangsbehandlung nicht geeignet, was daran scheitert, dass der Betreute seinen Aufenthalt nicht in einer Anstalt o. Ä. begründet hat, aber auch die übrigen Voraussetzungen nicht vorliegen.

Durch die zwangsweise Verbringung in eine Anstalt zum Zweck der Behandlung hält sich der Betreute auch keineswegs in einer Anstalt im Sinne des § 1906 IV BGB auf.¹²⁷

Vielmehr soll er erst in eine solche verbracht werden.

Die Anwendung von § 1906 IV BGB kommt deswegen nicht in Betracht.¹²⁸

10. § 1631 III BGB

§ 1631 III BGB ist seit der Einführung des Betreuungsrechts im Jahre 1992 nicht mehr anwendbar, da ein entsprechender Verweis des § 1908i I S.1 BGB auf § 1800 I BGB fehlt.

¹²⁴ BGH BtPrax 2001, 32 (34)

¹²⁵ OLG Zweibrücken FamRZ 2000, 1114; OLG Hamm FamRZ 2000, 1115 (1117); ähnlich Palandt/Diederichsen § 1906 Rz. 32

¹²⁶ zutreffend daher OLG Zweibrücken FamRZ 2000, 1114

¹²⁷ Palandt/Diederichsen § 1906 Rz. 32 aE

¹²⁸ BGH BtPrax 2001, 32 (34); OLG Zweibrücken FamRZ 2000, 1114; OLG Hamm FamRZ 2000, 1115 (1117); Marschner in Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein Rz. 519; Tietze S. 16

Eine unbewusste echte Regelungslücke des Gesetzgebers kann hierbei aber nicht angenommen werden.

Bauer selbst hat die Bundesregierung noch im Reformprozess darauf aufmerksam gemacht, welche im Ergebnis jedoch nicht auf die Hinweise reagierte.¹²⁹

Mangels Anwendbarkeit ist eine Ermächtigungsgrundlage für die Anwendung von Zwang in dieser Vorschrift nicht zu sehen.

Dies ist seit dem Inkrafttreten des Betreuungsrechts in Rechtsprechung und Literatur unstrittig.¹³⁰

11. § 1896 IV BGB (analog)

Die Norm erlaubt, durch die besondere richterliche Anordnung des Aufgabenkreises das Grundrecht des Betreuten aus Art. 10 I GG einzuschränken.

Dass § 1896 IV BGB nach dem eindeutigen Wortlaut nicht einschlägig ist, bedarf keiner besonderen Erörterung.

Fraglich ist, ob eine analoge Anwendung in Betracht kommt.

Das dürfte jedoch schon daran scheitern, dass die Norm aufgrund ihres spezialgesetzlichen Regelungsgehaltes nicht analogiefähig ist und im Übrigen der Sachverhalt der ambulanten Zwangsbehandlung in keiner Weise mit dem Eingriff in das Grundrecht aus Art. 10 I GG zu vergleichen ist.

Das ist allgemeine Ansicht in Rechtsprechung und Literatur.¹³¹

Ob § 1896 IV BGB wirklich die zwangsweise Durchsetzung dieses besonders anzuordnenden Aufgabenkreises beinhaltet, kann an dieser Stelle daher dahingestellt bleiben.

Diese Ansicht wird zwar oftmals wie selbstverständlich vertreten,¹³² lässt sich aber aus dem Wortlaut des Gesetzes nicht ohne weiteres ableiten.¹³³

Aus der Begründung des Gesetzgebers¹³⁴ lässt sich nichts zur zwangsweisen Durchsetzung der Postkontrolle entnehmen, vielmehr ist mit der Vorschrift nur dem Gesetzesvorbehalt des Art. 10 II S.1 GG Rechnung getragen worden.

¹²⁹ nach eigener Aussage Bauer, BtPrax 1996, 55

¹³⁰ BGH BtPrax 2001, 32 (35); OLG Hamm FamRZ 2000, 1115 (1117); Tietze S. 14; Heide S. 134; Bauer in HK-BUR § 1901 Rz. 22; Kemper, FuR 1996, 152 (153)

¹³¹ Kemper, FuR 1996, 152 (153); Heide S. 134; Bauer, FamRZ 1994, 1562 (1565); Bauer, BtPrax 1996, 55; OLG Frankfurt/M. BtPrax 1996, 71; aA LG Frankfurt/M, 2/9 T 510/93, Beschluss vom 9.6.1993

(unveröffentlicht; zitiert nach Bauer, FamRZ 1994, 1562) – zum zwangsweisen Wohnungszutritt

¹³² Fratzky, BtPrax 2000, 239 (240); Kemper, FuR 1996, 152 (153); Bauer in HK-BUR § 1901 Rz. 20; vgl. insbesondere auch Jürgens in Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein Rz. 240

¹³³ so auch Tietze S. 86

Es ist eben zweifelhaft, ob der Betreuer dem Betreuten einen Brief, zu dessen Entgegennahme er aufgrund eines entsprechenden Aufgabenkreises befugt wäre, tatsächlich entreißen darf, wenn der Betreute ihn mit seinen Händen festhält.

12. § 1901 BGB

§ 1901 ist eine Generalklausel und beschreibt das Verhältnis zwischen dem Betreuer und dem Betreuten; die Vorschrift ist daher lediglich im Innenverhältnis anwendbar und hat auf das Handeln des Betreuers im Außenverhältnis keinerlei Wirkung.¹³⁵

Fraglich ist, ob § 1901 III BGB eine Ermächtigungsgrundlage zur Zwangsanwendung enthält. Dies ist jedoch zu verneinen.

§ 1901 III BGB beschreibt lediglich generalklauselartig, wie der Betreuer das geltende Recht im Verhältnis zum Betreuten umzusetzen hat, hat aber darüber hinaus nicht die Funktion einer Ermächtigungsgrundlage.¹³⁶

Des Weiteren kann § 1901 III BGB auch deswegen keine Eingriffsnorm darstellen, weil aufgrund des allgemeinen Regelungsgehalts der Norm dem Gesetzesvorbehalt aus Art. 104 I S.1 GG nicht genüge getan wird und zweifelhaft ist, ob das Zitiergebot nach Art. 19 I S.2 GG überhaupt erfüllt ist.¹³⁷

Aus demselben Grund bildet § 1901 II S.1, IV S.1 BGB keine hinreichende Ermächtigungsgrundlage.¹³⁸

Die Ermächtigungsgrundlage kann daher auch nicht aus dem Zusammenspiel der §§ 1901 II S.1, III S.1, 1902 BGB in Verbindung mit Art. 1 I S.2 GG hergeleitet werden.¹³⁹

Holzhauser¹⁴⁰ vertritt hingegen die Auffassung, dass § 1901 BGB im Zusammenhang mit § 33 FGG die Ermächtigungsgrundlage sei, da durch § 33 I FGG der materielle Duldungsanspruch tituliert und im Ergebnis die „relative Unbestimmtheit“ von § 1901 BGB hinreichend präzisiert werde.

Nach Ansicht des Verfassers ist diese Meinung aber wegen den oben genannten Argumenten nicht mit dem Grundgesetz vereinbar.

¹³⁴ BT-Drucks. 11/4528 S. 123/124

¹³⁵ Sonnenfeld Rz. 182; Heide S. 133 mwN

¹³⁶ Schweitzer, FamRZ 1996, 1317 (1321); Arnold/Kloß, FuR 1996, 263 (265); Sonnenfeld Rz. 194

¹³⁷ BGH BtPrax 2001, 32 (36); OLG Frankfurt/M. BtPrax 1996, 71; LG Görlitz NJWE-FER 1998, 153 (154); Bauer, FamRZ 1994, 1562 (1563) – letztere für den zwangsweisen Wohnungszutritt; Heide S. 134; allgemein zur Anwendbarkeit des Zitiergebots bei einer Freiheitsbeschränkung Jarass in Jarass/Pieroth Art. 104 Rz. 4, 5

¹³⁸ wie hier Tietze S. 29/30; aA Lipp, JZ 2001, 825 (827)

¹³⁹ so aber Abram, FamRZ 2004, 11 (16)

¹⁴⁰ Erman/Holzhauser § 1901 Rz. 16

Hierbei ist hervorzuheben, dass Holzauer¹⁴¹ wohl ganz bewusst aus Zweckmäßigkeitsgründen den vom Grundgesetzgeber vorgegebenen Weg des Rechtsstaats verlässt; insoweit konsequent, aber gleichzeitig bedenklich bezeichnet er das Ergebnis der fehlenden Rechtsgrundlage als „verfassungspositivistischen Perfektionismus“.

Zu demselben, aber nicht tragbaren Ergebnis kommt auch Lipp¹⁴², der ausführt, dass die Durchführung der Zwangsmaßnahme im Rahmen der Betreuung aufgrund des § 1901 II S.1 BGB im Prinzip verfassungsrechtlich zulässig sein müsse.

Was darunter zu verstehen ist, wird indes nicht näher erörtert.

13. §§ 1896 und 1902 BGB – Zwangsbefugnis kraft Bestellung?

Wie oben aufgezeigt muss der Betreuer einen entsprechenden Aufgabenkreis für die Heilbehandlung und eventuell damit verbundene Unterbringung innehaben.

Jedoch ist der Betreuer nach heutigem verfassungsrechtlichem Verständnis nicht dazu befugt, seinen Aufgabenkreis kraft seiner Bestellung mit Zwang durchzusetzen.¹⁴³

Die Befugnis zur Anwendung von Zwang kann daher nicht schon aus der Betreuerbestellung bzw. dem angeordneten Aufgabenkreis abgeleitet werden.

Vielmehr bedarf es einer konkreten Ermächtigungsgrundlage.¹⁴⁴

Andererseits kann auch nicht durch die ausdrückliche Anordnung im Aufgabenkreis, der Betreuer dürfe notfalls Zwang anwenden, dem Betreuer durch vormundschaftsgerichtliche Anordnung eine entsprechende Zwangsanwendungsbefugnis erteilt werden, wenn es dafür keine Ermächtigungsgrundlage gibt.

Denn auch der Richter ist an Recht und Gesetz gebunden und kann es nicht aus eigener Machtvollkommenheit erweitern, Artt. 1 III, 20 III, 92 GG.¹⁴⁵

14. § 1904 BGB

Diese Norm regelt die Genehmigungspflicht für bestimmte ärztliche Maßnahmen, bei denen die begründete Todesgefahr des Betreuten oder die eines länger dauernden Schadens besteht.

¹⁴¹ Erman/Holzauer § 1901 Rz. 14

¹⁴² JZ 2001, 825 (827), der aber wohl von einem privatrechtlichen Betreuerverhältnis ausgeht.

¹⁴³ BGH BtPrax 2001, 32 (35); Schweitzer, FamRZ 1996, 1317 (1321); Bauer in HK-BUR § 1901 Rz. 19; Bauer, FamRZ 1996, 1562 (1563); allgemeiner Staudinger/Bienwald § 1904 Rz. 26 aE; Sonnenfeld Rz. 194; Marschner, R&P 2001, 132; zur älteren Rechtsauffassung vgl. Helle, FamRZ 1984, 639 (640, 641)

¹⁴⁴ BGH BtPrax 2001, 32 (35); vgl. auch Jürgens in Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein Rz. 240

¹⁴⁵ vgl. hierzu insbesondere Bauer, FamRZ 1996, 1562 (1563)

§ 1904 BGB passt auf den vorliegenden Fall von seinem Regelungsgehalt nicht.

Die Vorschrift stellt nur ärztliche Eingriffe ab einer gewissen Intensität und einem gewissen Gefahrenpotenzial unter die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

Allerdings ist dies völlig unabhängig der Frage der Ausübung von Zwang zu beurteilen, da die durch den Betreuer erteilte Einwilligung in die Maßnahme nicht mit der Zwangsvornahme gleichzusetzen ist.¹⁴⁶

§ 1904 BGB hat lediglich den Zweck, eine an sich wirksame Einwilligungserklärung ab einem gewissen Grad der ärztlichen Indikation unter vormundschaftsgerichtliche Genehmigung zu stellen.¹⁴⁷

Der Gesetzgeber unterscheidet in der Vorschrift bewusst nur nach der Schwere des Eingriffs und nicht nach Maßnahmen, die mit oder ohne Zwang durchgeführt werden.¹⁴⁸

Im Ergebnis kann § 1904 BGB dann aber auch keine Ermächtigungsgrundlage für die Ausübung von Zwang sein, weil der Sinn und Zweck der Norm ein anderer ist.

Es darf jedoch nicht verkannt werden, dass sich eine zusätzliche Genehmigungspflicht aus § 1904 BGB ergeben kann, wenn das Depotneuroleptikum solch schwere Nebenwirkungen mit sich bringt, dass ein schwerer, länger dauernder gesundheitlicher Schaden zu befürchten ist.¹⁴⁹

VI. Ermächtigungsgrundlagen zur Ausübung von Zwang im GG – Art. 104 GG

In Art. 104 I S.1 GG ist selbst einen Gesetzesvorbehalt formuliert, sodass hierin keine eigenständige Ermächtigungsgrundlage gesehen werden kann.

Art. 104 II S.1 GG dient ebenso nicht als eigenständige Ermächtigungsgrundlage, da die Norm den Richtervorbehalt festschreibt, wobei Voraussetzung für einen Grundrechtseingriff eine materielle Vorschrift ist, die das Recht zur Freiheitsentziehung gewährt.

Art. 104 II S.1 GG ist vielmehr eine Verfahrensvorschrift zur Freiheitssicherung mit Verfassungskraft.¹⁵⁰

VII. § 1906 BGB – Prüfung der analogen Anwendung

¹⁴⁶ BGH BtPrax 2001, 32 (35); Tietze S. 15

¹⁴⁷ Schweitzer, FamRZ 1996, 1317 (1321)

¹⁴⁸ BT-Drucks. 11/4528 S. 72

¹⁴⁹ OLG Zweibrücken FamRZ 2000, 1114; OLG Hamm FamRZ 2000, 1115 (1117)

¹⁵⁰ BVerfGE 10, 302 (310); Lipp, JZ 2001, 825 (826 Fn. 14)

Wie oben festgestellt handelt es sich bei der Zuführung zur Zwangsbehandlung nicht um eine freiheitsentziehende Maßnahme, sodass § 1906 I, IV BGB keine Ermächtigungsgrundlage für einen Grundrechtseingriff darstellen kann.

Gleichwohl beschränkt die zwangsweise Zuführung zum Behandlungsort das Recht des Betreuten auf körperliche Unversehrtheit und Freiheit aus Art. 2 II S.1, 2 GG und ist somit eine Freiheitsbeschränkung.¹⁵¹

Das ist nicht selbstverständlich, weil nicht jede Beschränkung der körperlichen Bewegungsfreiheit eine Freiheitsbeschränkung darstellt.¹⁵²

In diese Rechte des Betreuten darf nur aufgrund eines förmlichen Gesetzes eingegriffen werden gem. Artt. 2 II S.3, 104 I S.1 GG.

Dabei gestaltet sich im grundrechtsrelevanten Bereich die analoge Anwendung als äußerst schwierig, da durch die analoge Anwendung einer Norm dem Gesetzesvorbehalt nicht im hinreichenden Maß Rechnung getragen wird.¹⁵³

Nicht von vornherein ausgeschlossen ist aber der so genannte Erst-recht-Schluss.¹⁵⁴

Ob es sich dabei um eine Sonderform der Analogie oder um ein eigenständiges rechtsdogmatisches Gebilde handelt, muss an dieser Stelle nicht näher erörtert werden, weil er für grundsätzlich zulässig gehalten wird.¹⁵⁵

Jedoch sind auch beim Erst-recht-Schluss zunächst zu prüfen, ob eine unbewusste, echte Regelungslücke vorliegt und ob die Vergleichbarkeit des Sachverhalts mit dem der im Erst-recht-Schluss anzuwendenden Norm gegeben ist.

Daher muss hinterfragt werden, inwieweit der Gesetzgeber bei der Schaffung und Änderung des Betreuungsrechts die Fälle der ambulanten Zwangsbehandlung oder allgemeiner die Anwendung von Zwang beurteilt hat.

4. unbewusste, echte Regelungslücke

a. Überlegungen des Gesetzgebers zur Reform der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige – Schaffung des Betreuungsrechts

¹⁵¹ Jarass in Jarass/Pieroth Art. 2 Rz. 115 für den Fall der zwangsweisen Durchsetzung einer amtsärztlichen Untersuchung

¹⁵² Jarass in Jarass/Pieroth Art. 2 Rz. 114

¹⁵³ Jarass in Jarass/Pieroth Art. 104 Rz. 3

¹⁵⁴ BGH BtPrax 2001, 32 (34); OLG Hamm FamRZ 2000, 1115 (1117)

¹⁵⁵ vgl. zur Dogmatik Haug – Staats-/VerwaltungsR Rz. 75 Fn. 47

Der Gesetzgeber hat die Befugnis des Betreuers zur Anwendung von Zwang gegenüber dem Betreuten nur punktuell und unzureichend geregelt; ein in sich abgeschlossenes System zur Zwangsanwendung lässt das Betreuungsrecht nicht erkennen.

So bringt der Gesetzgeber an verschiedenen Stellen bezüglich des § 1904 BGB zum Ausdruck, dass Zwangsbehandlungen nicht von vornherein als unzulässig verboten werden und begründet dies – aus Sicht des Gesetzgebers scheinbar selbstverständlich – mit dem Zweck des Betreuungsrechts:¹⁵⁶

„Nicht einwilligungsfähige Betreute dürfen natürlich auch künftig von solchen Maßnahmen nicht ausgeschlossen werden, da ansonsten ihre gesundheitliche Versorgung und damit letztlich ihr Wohl an ihrer mangelnden Einsichts- oder Urteilsfähigkeit scheitern würde. Aus dem gleichen Grunde werden durch den Entwurf auch Zwangsbehandlungen nicht generell verboten. Wer auf Grund seiner psychischen Krankheit oder geistigen oder seelischen Behinderung seine Behandlungsbedürftigkeit nicht erkennen kann und eine Behandlung deshalb ablehnt, dem soll nicht schon deshalb die Behandlung versagt werden. [...]

Der Entwurf sieht deshalb ein Verbot von Zwangsbehandlungen, zwangsweisen Untersuchungen oder zwangsweisen ärztlichen Eingriffen nicht vor. Eine Ausnahme gilt lediglich für die Sterilisation; [...]“

Offenbar geht der Gesetzgeber davon aus, dass aufgrund des helfenden, fürsorglichen Zwecks des Betreuungsrechts der Betreuer – gewissermaßen kraft seines Amtes – zur Anwendung von Zwang legitimiert ist, soweit dies zum Wohl des Betreuten erforderlich ist.

Anders lassen sich die obigen Worte, dass ansonsten letztlich das eigene Wohl an ihrer mangelnden Einsichts- und Urteilsfähigkeit scheitert und dem Betreuten deswegen nicht die Behandlung versagt werden dürfe, nicht erklären.

Dies zeigt weiterhin die Formulierung, dass bei einer Heilbehandlung aufgrund der Einwilligung des Betreuers nicht nur in schwerwiegende Eingriffe in die körperliche Integrität sondern gleichermaßen Eingriffe in die Freiheit des Betreuten in Betracht kommen würden mit der Folge der Zulässigkeit von Zwangsbehandlungen.¹⁵⁷

Untermuert wird diese Ansicht noch durch folgende Begründung des Gesetzgebers:¹⁵⁸

¹⁵⁶ BT-Drucks. 11/4528 S. 70, insbesondere 72; Das Zitat ist von S. 72.

¹⁵⁷ BT-Drucks. 11/4528 S. 70 aE

¹⁵⁸ BT-Drucks. 11/4528 S. 141 aE

„Der Entwurf enthält keine allgemeinen Regelungen über Zwangsbehandlungen. Zwangsbehandlungen Einwilligungsunfähiger werden vom Entwurf nicht grundsätzlich verboten. Wer auf Grund seiner psychischen Krankheit oder geistigen oder seelischen Behinderung seine Behandlungsbedürftigkeit nicht erkennen kann und eine Behandlung deshalb ablehnt, dem soll nicht schon deshalb die Behandlung versagt werden. So wäre es nicht zu verantworten, eine Blinddarmoperation am Betreuten deshalb zu verweigern, weil dieser auf Grund einer wahnhaften Vorstellung der Überzeugung ist, keinen Blinddarm mehr zu besitzen, und daher den lebensnotwendigen Eingriff ablehnt. Zwangssterilisationen sind allerdings generell untersagt; [...]“

Hieraus geht deutlich hervor, dass der Gesetzgeber offenbar von einer Zwangsbehandlungsbefugnis durch den Betreuer ausgeht.

Nach dem aufgezeigten Beispiel dürfte es sich um einen einwilligungsunfähigen Betreuten handeln, sodass seine Einwilligung durch die des Betreuers im Rahmen seines Aufgabenkreises nach § 1902 BGB substituiert werden kann.

Somit könnte der Betreuer den Betreuten – nach der gesetzgeberischen Intention – unter Umständen unter Mitwirkung des Vormundschaftsgerichts im Rahmen des § 1904 I S.1 BGB auch gegen dessen natürlichen Willen mithilfe von Zwang behandeln lassen.

Der gesetzgeberische Wille reicht jedoch nicht aus; ein solcher Eingriff in die Grundrechte des Betreuten muss sich an den verfassungsmäßigen Garantien des Grundgesetzes messen lassen.

Die dafür erforderliche Ermächtigungsgrundlage gem. Art. 2 II S.3 GG fehlt aber.

Dieser Problematik bei den Zwangsbefugnissen war sich der Gesetzgeber bewusst und hat aus seiner Sicht die Zwangsbehandlung nicht per se verboten, er ging vielmehr von der Zulässigkeit aus:¹⁵⁹

„Von einer Regelung der Zwangsbehandlung sieht der Entwurf auch deshalb ab, weil sich bei einwilligungsunfähigen Betreuten die Probleme, die sich aus dem Einsatz anderer Mittel als Zwang ergeben – etwa: Überredung unter Ausnutzung der mangelnden Einsichtsfähigkeit –, in gleicher Schwere stellen. Der Entwurf differenziert deshalb bei einwilligungsunfähigen Betreuten grundsätzlich nicht zwischen Zwangsbehandlungen und anderen Behandlungen, sondern nur nach der Schwere des Eingriffs.“

¹⁵⁹ BT-Drucks. 11/4528 S. 72

Eine Ermächtigungsgrundlage kann dadurch aber nicht ersetzt werden.

Ein bloßer gesetzgeberischer Hinweis darauf, dass es nicht Sinn staatlichen Handelns sei, einen Betreuer zu bestellen, der an der Selbstschädigung des Betreuten mitwirken müsse,¹⁶⁰ ist ebenso nicht geeignet, einen solchen schwerwiegenden Grundrechtseingriff zu legitimieren.

Dieses Ergebnis mutet eigentümlich und nicht immer mit dem Zweck des Betreuungsrechts vereinbar an, verfassungsrechtlich ist aber keine andere Lösung vertretbar.

Es ist bedauerndswert, dass der Gesetzgeber das Problem der Zwangsbehandlung zwar erkannt, jedoch die Grundrechtsrelevanz verkannt hat, was zur Unvollkommenheit des Betreuungsrechts führt und dazu, dass die gesetzgeberische Intention von der Zulässigkeit der Zwangsbehandlung keinen gesetzlichen Niederschlag gefunden hat.

So spricht der Gesetzgeber an verschiedenen Stellen im Betreuungsrecht von der Unzulässigkeit von Zwangssterilisationen.¹⁶¹

Der Gesetzgeber führt zu § 1905 I Nr.1 BGB aus, dass gegen den natürlichen Willen des Betreuten, auch wenn dieser gerade nicht von Einsichts- und Urteilsfähigkeit getragen werde, jegliche Zwangssterilisation verboten sei.¹⁶²

Er normiert somit ausdrücklich die Unzulässigkeit von Zwangssterilisationen gegen den natürlichen Willen; dies ist ein weiteres Indiz dafür, dass der Gesetzgeber im Übrigen von der Zulässigkeit der Zwangsbehandlung ausgeht, er diese jedoch nicht gesondert für regelungsbedürftig erachtet.

Im Ergebnis hat der Gesetzgeber also keine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage zur Zwangsbehandlung geschaffen in dem Glauben, dass diese nicht notwendig ist.

Den Fall der zwangsweisen Zuführung zur ambulanten Zwangsbehandlung hat der Gesetzgeber ebenfalls nicht bedacht.

Insofern ist es nach Ansicht des Verfassers allein unter Berücksichtigung des damaligen Standes der Gesetzgebung zum Betreuungsrecht nicht unmöglich, eine unbewusste, echte Regelungslücke zu bejahen, die grundsätzlich einen Erst-recht-Schluss ermöglichen würde.

¹⁶⁰ BT-Drucks. 11/4528 S. 67

¹⁶¹ BT-Drucks. 11/4528 S. 72, 141, 143

¹⁶² BT-Drucks. 11/4528 S. 143

Dass der BGH¹⁶³ in seiner Grundsatzentscheidung gleichwohl nur darauf verweist, dass der Gesetzgeber auf Regelungen im grundrechtsrelevanten Bereich verzichtet habe und dies von den Gerichten daher zu respektieren sei, ist Zeugnis von der unzureichenden Analyse der gesetzgeberischen Intention.

Der BGH hat den Widerspruch zwischen dem gesetzgeberischen Willen und dem Gesetz nicht hinreichend dargestellt.

b. Überlegungen des Gesetzgebers zum Zweiten Betreuungsrechtsänderungsgesetz

Durch den Gesetzesentwurf des Bundesrates sollte der oben genannten Rechtsprechung des BGH durch die Schaffung eines neuen § 1906a BGB „Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bei der zwangsweisen Zuführung zur ärztlichen Heilbehandlung“ begegnet werden.¹⁶⁴

§ 1906a BGB-E lehnte sich an den bestehenden § 1906 BGB an und enthielt auch Verweisungen auf § 1906 III bis V BGB, was die weitere Nähe zu dieser Vorschrift dokumentierte.

Der Bundesrat begründete diese Norm mit einem erheblichen Bedürfnis des Interesses der Allgemeinheit, da mit abnehmender Wirkung der Medikation sowohl das vom Betreuten ausgehende Selbstgefährdungs- als auch das Fremdgefährdungspotential erheblich ansteige, eine Unterbringung mangels des Erreichens der Voraussetzungen aber noch nicht möglich sei.¹⁶⁵

Die Norm habe somit den Zweck, die Unterbringung als erheblicheren Eingriff zu vermeiden;¹⁶⁶ offensichtlich ging der Bundesrat also von der ambulanten Zwangsbehandlung als milderer Mittel im Vergleich zur Unterbringung aus.¹⁶⁷

Interessant ist, dass die damit verbundene Zwangsbehandlung nicht für regelungsbedürftig gehalten und diesbezüglich nur festgestellt wurde – wohl in Anlehnung an die ursprüngliche Gesetzgebung zum Betreuungsrecht – dass die ärztliche Zwangsbehandlung des untergebrachten Betreuten nicht in Frage gestellt werde.¹⁶⁸

¹⁶³ BtPrax 2001, 32 (35, 36)

¹⁶⁴ BT-Drucks. 15/2494 S. 7

¹⁶⁵ BT-Drucks. 15/2494 S. 23

¹⁶⁶ BT-Drucks. 15/2494 S. 23

¹⁶⁷ vgl. hierzu auch BT-Drucks. 15/2494 S. 30, 43

¹⁶⁸ BT-Drucks. 15/2494 S. 23; kritisch hierzu auch Tietze S. 184/185

Das verwundert, weil bei dem eigentlichen ambulanten Behandlungsvorgang ebenso ein Eingriff in die körperliche Unversehrtheit vorliegt, Art. 2 II S.1 GG, wofür es eines Gesetzes bedurft hätte, Art. 2 II S.3 GG.

Dies ist deswegen so bemerkenswert ist, weil der Gesetzesentwurf eine Reaktion auf die Rechtsprechung des BGH ist, in welcher dieser jegliche Art von Zwangsanwendung gegenüber dem Betreuten außerhalb einer Unterbringung im Rahmen des § 1906 BGB für unzulässig erklärt.¹⁶⁹

Jedoch hat die fehlende Regelung in § 1906a BGB-E bezüglich der Zwangsbehandlung niemals Relevanz erlangt.

Die Bundesregierung hat nämlich in ihrer Stellungnahme zum Gesetzesvorschlag des Bundesrates eine ablehnende Haltung eingenommen und diese im Wesentlichen auf zwei Argumente gestützt.¹⁷⁰

So zweifelt die Bundesregierung bereits an der Notwendigkeit einer entsprechenden Regelung; einem erfahrenen Betreuer werde es möglich sein, durch gezielte Einwirkung auf den Betroffenen dafür zu sorgen, dass er sich rechtzeitig ärztlich behandeln lasse.¹⁷¹

Ob dies der Rechtswirklichkeit in jedem Fall gerecht wird, darf bezweifelt werden.¹⁷²

Im Übrigen kann es einem erfahrenen Betreuer vielleicht wirklich möglich sein, den Betroffenen zu einer Heilbehandlung zu bewegen; die Frage ist nur, ob dies dann nicht auch durch versteckten Zwang erfolgt, das heißt, dass dem Betreuten zum Beispiel mit Taschengeldentzug gedroht oder er unter Vorspiegelung falscher Tatsachen zum Arzt gelockt wird.

Dieses Problem hat auch schon der Gesetzgeber bei Schaffung des Betreuungsrechts gesehen und sich – aus seiner Sicht konsequent – gegen die Regelung eines Zwangsbehandlungsverbots entschieden mit dem Hinweis darauf, dass sich bei dem Einsatz anderer Mittel als Zwang – „etwa: Überredung unter Ausnutzung der mangelnden Einsichtsfähigkeit –“¹⁷³ die Probleme in gleicher Weise stellen würden.

Weiterhin beruft sich die Bundesregierung darauf, dass eine pauschale, im Vorhinein erteilte Genehmigung mit dem Richtervorbehalt des Grundgesetzes nicht vereinbar sei.¹⁷⁴

¹⁶⁹ BtPrax 2001, 32 (35, 36)

¹⁷⁰ BT-Drucks. 15/2494 S. 47

¹⁷¹ BT-Drucks. 15/2494 S. 47

¹⁷² daher zu Recht hinterfragend Tietze S. 183/184

¹⁷³ BT-Drucks. 11/4528 S.72

¹⁷⁴ BT-Drucks. 15/2494 S. 47

Mit dem Verweis auf die Pauschalität will die Bundesregierung ausdrücken, dass es eine Genehmigung für mehrere Behandlungen, die unter Umständen ein oder zwei Wochen auseinander liegen, für unzulässig hält.

Das allein kann aber noch nicht zur Unzulässigkeit führen.

Besonders im Rahmen des § 1906 IV BGB gibt es freiheitsbeschränkende Maßnahmen, die dem Betreuten regelmäßig die Freiheit entziehen, also zum Beispiel die Anbringung eines Bettgitters, damit der Betroffene beim Schlafen nicht heraus fällt und sich dadurch selbst gefährdet.¹⁷⁵

Die Genehmigung ist nicht schon etwa nach dem einmaligen Anbringen eines Bettgitters verbraucht, sondern hat gerade den Zweck, die Genehmigung im Vorhinein zu erteilen und bei Bedarf ein Bettgitter anzubringen.

Auch bei dieser Maßnahme prüft der Richter nur einmal die Notwendigkeit der Genehmigung und überprüft diese dann in gewissen zeitlichen Abständen, §§ 70 I S.1 Nr.2, 70f I Nr.3 FGG. Somit kann dieses Argument nicht überzeugen.

Es ist aber zuzugestehen, dass eine für ein Jahr im Voraus erteilte Genehmigung zur zweiwöchigen ambulanten Zwangsbehandlung nicht mit rechtsstaatlichen Grundsätzen vereinbar ist.¹⁷⁶

Dass die Genehmigung im Vorhinein erteilt werden soll, ist logisch; nur so kann die Notwendigkeit der ambulanten Zwangsbehandlung zum Schutz des Betreuten überprüft werden.

Dies deckt sich im Übrigen auch mit § 1906 II S.1 BGB.

Eine ambulante Zwangsbehandlung ohne vorherige Genehmigung, vergleichbar § 1906 II S.2 BGB, dürfte es nicht geben, weil mit dem Aufschub einer ambulanten Zwangsbehandlung regelmäßig keine erhöhte Gefahr für den Betreuten verbunden ist, da der Grad der Behandlungsbedürftigkeit eben noch nicht so hoch ist wie vor einer stationären Unterbringung im Rahmen des § 1906 I BGB.

Insofern ist die Begründung zur ablehnenden Haltung der Bundesregierung gegenüber einer zur ambulanten Zwangsbehandlung berechtigenden Eingriffsnorm nicht restlos überzeugend.

c. Ergebnis

¹⁷⁵ anerkannte Maßnahme nach § 1906 IV BGB, vgl. nur Marschner in Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein Rz. 522

¹⁷⁶ vgl. auch Marschner, R&P 2000, 149 (150), der darauf hinweist, dass die Genehmigung für die ambulante Zwangsbehandlung nach derzeitiger Rechtslage theoretisch für jeden Fall erneut erteilt werden müsste.

Nach der ursprünglichen Gesetzesbegründung zur Schaffung des Betreuungsrechts konnte das Vorhandensein einer unbewussten, echten Regelungslücke durchaus bejaht werden.

Aus der eindeutigen und ablehnenden Stellungnahme der Bundesregierung¹⁷⁷ ist ersichtlich, dass der Gesetzgeber das Problem von Zwangsanwendungen nunmehr bedacht hat, unabhängig der Frage nach der Richtigkeit des Ergebnisses.

Der Gesetzgeber wollte keine Ermächtigungsgrundlage schaffen, folglich ist § 1906a BGB-E auch nicht Gesetz geworden.¹⁷⁸

Jedenfalls kann nun nicht mehr von einer unbewussten Regelungslücke gesprochen werden; es liegt vielmehr eine bewusste, unechte Regelungslücke vor, die durch einen Erst-recht-Schluss und selbstverständlich auch eine Analogie aus dogmatischen Gründen nicht mehr geschlossen werden kann.

Trotzdem soll an dieser Stelle nicht mit der Prüfung des Erst-recht-Schlusses abgebrochen werden; vielmehr ist eine Darstellung der in Literatur und Rechtsprechung gebotenen Vielfalt unterschiedlichster Lösungen geboten, auch wenn diese nach der gesetzgeberischen Entscheidung mangels einer unbewussten Regelungslücke dogmatisch gesehen nicht mehr haltbar – gewissermaßen obsolet – sind.

5. Vergleichbarkeit der Sachverhalte

Um einen Erst-recht-Schluss vornehmen zu können, muss die Vergleichbarkeit des unregelten mit dem geregelten Sachverhalt gegeben sein.

Dies ist aber auch gerade das Wesen des Erst-recht-Schlusses, sodass an dieser Stelle nicht näher auf die Vergleichbarkeit der Sachverhalte eingegangen werden soll.

Vielmehr wird dieser Punkt bei den verschiedenen Lösungsansätzen unter 3. a. bis d. erörtert.

6. Ambulante Zwangsbehandlung – der Schluss vom Größeren auf das Kleinere (argumentum a maiore ad minus)

¹⁷⁷ BT-Drucks. 15/2494 S. 47

¹⁷⁸ BT-Drucks. 15/4874 S. 8, 27

Bei dem Erst-recht-Schluss ist Voraussetzung, dass § 1906 I BGB tatbestandlich in vollem Umfang einschlägig sein muss, sodass sich aus diesem Kriterium bereits die Vergleichbarkeit der Sachverhalte ergeben muss.

§ 1906 I Nr.1 BGB scheidet nach dem Wortlaut von vornherein aus; Voraussetzung wäre eine psychische Krankheit bzw. geistige oder seelische Behinderung, welche beim Betreuten zu einer erheblichen Selbstgefährdung führt.

Dabei muss die Eigengefährdung bereits überwiegend wahrscheinlich sein; die bloße Möglichkeit erfüllt den Tatbestand der Gefahr im Sinne des § 1906 I Nr.1 BGB nicht.¹⁷⁹

Gerade diese Konstellation liegt bei einer ambulanten Zwangsbehandlung aber nicht vor.

Durch die ambulante Zwangsbehandlung soll gerade verhindert werden, dass der Betreute in eine solche Gefahrensituation kommt.

Somit muss § 1906 I Nr.2 BGB einer näheren Prüfung unterzogen werden.

a. Ambulante Zwangsbehandlung als geringerer Eingriff im Vergleich zur Unterbringung (minus)

Ein Teil der Literatur wertet den Eingriff in die körperliche Bewegungsfreiheit und Unversehrtheit im Rahmen der Zwangszuführung mit anschließender Heilbehandlung trotz der Rechtsprechung des BGH als milderes Mittel im Vergleich zur Unterbringung – allerdings ohne nähere Prüfung, ob § 1906 I Nr. 2 BGB tatbestandlich erfüllt ist.¹⁸⁰

Allerdings müsse das Vormundschaftsgericht einen entsprechenden Beschluss erlassen, damit die Betreuungsbehörde bei der Umsetzung auch tatsächlich helfe.¹⁸¹

Die Unterstützung bei der Zuführung dürfte Zimmermann wohl aus § 70g V S.2 FGG herleiten.

Ähnlich (pauschal) fällt auch die Begründung von Rink¹⁸² aus, der die Zulässigkeit der ambulanten Zwangsbehandlung aus § 70g V S.2 FGG analog herleitet.

Auch das OLG Hamm¹⁸³ vertritt die Ansicht, dass die ambulante Zwangsbehandlung ein geringerer Eingriff gegenüber einer Unterbringung nach § 1906 I Nr. 2 BGB sei.

¹⁷⁹ Marschner in Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein Rz. 503; Schweitzer, FamRZ 1996, 1317 (1324); OLG Hamm R&P 2001, 109 (109/110)

¹⁸⁰ Zimmermann in Damrau/Zimmermann § 1904 Rz. 16; bereits vor der BGH-Entscheidung: Soergel/Zimmermann § 1904 Rz. 16

¹⁸¹ Zimmermann in Damrau/Zimmermann § 1904 Rz. 16; Soergel/Zimmermann § 1904 Rz. 16

¹⁸² in HK-BUR vor § 1904 Rz. 19

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz würde in sein Gegenteil verkehrt, wenn die Genehmigung nicht erteilt werden könne, weil die von § 1906 I Nr.2 BGB geforderte Freiheitsentziehung nicht vorliege und infolgedessen abgewartet werden müsse, bis das Gericht eine freiheitsentziehende Maßnahme genehmigen könne.

Dabei hat das OLG Hamm zwar die andersartigen Belastungen des Betreuten als bei einer länger andauernden Unterbringung erkannt, hat aber aufgrund der soeben genannten Argumente die Genehmigung der ambulanten Zwangsbehandlung im Rahmen des § 1906 I Nr.2 BGB als graduell geringeren Eingriff befürwortet.¹⁸⁴

b. Ambulante Zwangsbehandlung als andersartiger Eingriff im Vergleich zur Unterbringung (aliud)

Nach anderer, wohl überwiegender Ansicht ist die ambulante Zwangsbehandlung zu Recht nicht als minus zur Unterbringung zu betrachten, sondern vielmehr als eine der Unterbringung andersartige Maßnahme.¹⁸⁵

Bei einer Behandlung mit Depotmedikation alle zwei Wochen müsste der Betreute im Jahr zirka 25-mal massive Einschränkungen in sein Grundrecht auf Fortbewegungsfreiheit und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 II S.1, 2 GG hinnehmen.

Bei der Frage, ob hierbei ein geringerer Eingriff als bei einer länger andauernden Unterbringung vorliegt, kann nicht nur die reine Zeit der ambulanten Zwangsbehandlung einschließlich Zuführung zu dieser mit der Zeit einer länger dauernden Unterbringung verglichen werden; wahrscheinlich dauerte die Unterbringung zeitlich gesehen länger an.¹⁸⁶

Vielmehr ist das Augenmerk darauf zu richten, dass der Betreute wahrscheinlich 25-mal unter einer zum Teil massiven Gewalteinwirkung zu leiden hätte und im Rahmen des § 70g V S.2 FGG, der in der Konsequenz ebenso Anwendung fände, unter Umständen unter Zuhilfenahme eines Spezialfahrzeugs zum Behandlungsort abtransportiert werden müsste.

Diese Maßnahmen sind nicht vergleichbar mit einer stationären Unterbringung.

Aufgrund der oben genannten Häufung der Zwangsanwendung könnte zynisch auch von einem öffentlichen, zweiwöchentlichen Schauspiel gesprochen werden, was den Betreuten entwürdigt und zusätzlich zu seiner Krankheit in seiner unmittelbaren Umgebung

¹⁸³ OLG Hamm FamRZ 2000, 1115 (1117) (Vorlagebeschluss)

¹⁸⁴ OLG Hamm FamRZ 2000, 1115 (1118)

¹⁸⁵ BGH BtPrax 2001, 32 (34, 35); OLG Zweibrücken FamRZ 2000, 1114 (1115); Walther, BtPrax 2001, 96 (98, 99); Marschner, R&P 2000, 149 (150); Marschner, R&P 2001, 132 (133); bereits stark an der Zulässigkeit zweifelnd: Arnold/Kloß, FuR 1996, 263 (265/266)

¹⁸⁶ aA offenbar OLG Hamm FamRZ 2000, 1115 (1118)

diskriminiert, sodass dabei wohl auch ein Verstoß gegen die Menschenwürde aus Art. 1 I GG in Betracht kommen könnte.¹⁸⁷

Berücksichtigt werden muss dabei auch, dass der Betreute nach der reinen Behandlungszeit wohl kaum in der Lage sein wird, seinen ursprünglichen Aufenthalt sicher und ungefährdet erneut zu erreichen; es ist jedenfalls nicht Aufgabe der Betreuungsbehörde, den Betreuten in seine Wohnung zurück zu begleiten, da § 70g V FGG lediglich die Unterstützung bei der Zuführung definiert.¹⁸⁸

Insofern liegt in der ambulanten Zwangsbehandlung nicht der geringere Grundrechtseingriff zugunsten des Betreuten sondern eine den Betreuten in anderer Art und Weise belastende Maßnahme vor.

Die Unterbringung und die ambulante Zwangsbehandlung sind zwei qualitativ verschiedene Behandlungsmethoden, die bezüglich der Grundrechtseingriffe aufgrund der Häufigkeit bei der ambulanten Zwangsbehandlung nicht gegeneinander abgewogen werden können.¹⁸⁹

Umgedreht ist fast zu fragen, ob nicht die stationäre Unterbringung im Vergleich zur ambulanten Zwangsbehandlung das mildere Mittel ist.

c. Ambulante Zwangsbehandlung – ein minus zur Unterbringung bei einmaligem Grundrechtseingriff

Wie oben aufgezeigt sind die in Rede stehenden Behandlungsmethoden qualitativ nicht miteinander zu vergleichen und unterscheiden sich demzufolge nicht nur in ihrer Intensität bzw. Qualität.

Aufgrund dessen wird vorwiegend in der Literatur darauf hingewiesen, dass die gleiche Qualität der Eingriffe bei der Unterbringung und ambulanten Zwangsmedikation nur dann bestehe, wenn die ambulante Zwangsbehandlung einmalig sei.¹⁹⁰

Nur in diesem Fall wäre die einmalige Zwangsbehandlung als geringerer Eingriff anzusehen, sodass eine Genehmigung nach § 1906 I BGB aufgrund des Erst-recht-Schlusses erteilt werden könnte.

¹⁸⁷ zur diskriminierenden Wirkung BGH BtPrax 2001, 32 (35)

¹⁸⁸ Walther, BtPrax 2001, 96 (98)

¹⁸⁹ Walther, BtPrax 2001, 96 (98); Schweitzer, FamRZ 1996, 1317 (1323)

¹⁹⁰ Schweitzer, FamRZ 1996, 1317 (1323, 1324); ähnlich Marschner, R&P 2000, 149 (150)

Dabei wäre eine Zuführung unter Zuhilfenahme der Betreuungsbehörde gem. § 70g V S.2 FGG ebenso möglich.

Dass diese Meinung freilich nur theoretischer Natur ist, zeigt sich schon daran, dass das Wesen der Depotmedikation gerade in der regelmäßigen Gabe der Medikamente besteht, die nur eine gewisse Zeit ihre Wirkung entfalten und dann erneut verabreicht werden müssen.

Hinzu kommt, dass in der Konsequenz des Erst-recht-Schlusses auch die Verfahrensvorschriften der Unterbringung bei jeder erneuten Genehmigung nach §§ 70 ff. FGG angewendet werden müssten, was insbesondere im Hinblick auf das einzuholende Gutachten wenig praktikabel erscheint.¹⁹¹

Nur so könnte aber eine Vorausgenehmigung für mehrere Zwangsbehandlungen vermieden werden.

Daher kommt eine Behandlung von psychischen Krankheiten mithilfe dieser rechtlichen Konstruktion praktisch nicht in Betracht und ist daher abzulehnen.¹⁹²

d. Ergebnis

Die ambulante Dauerbehandlung mit Depotmedikation ist kein geringerer, sondern ein andersartiger Eingriff in die Grundrechte des Betreuten, wobei sich die stationäre und ambulante Behandlung in qualitativer und nicht nur quantitativer Hinsicht unterscheiden.

Im Ergebnis ist der Erst-recht-Schluss des § 1906 I Nr.2 BGB nicht durchführbar, weil die Sachverhalte der ambulanten und stationären Behandlung inhaltlich nicht miteinander vergleichbar sind.

Die einmalige ambulante Zwangsbehandlung ist zwar rechtlich im Rahmen des § 1906 I Nr.2 BGB als geringerer Eingriff zulässig, scheidet aber aufgrund des damit nicht erfüllbaren Therapieziels der ambulanten Zwangsbehandlung ebenso aus.¹⁹³

Somit ist nach derzeit geltendem Recht keine nach Artt. 2 II S.3, 104 I S.1 GG notwendige Ermächtigungsgrundlage für einen Eingriff in das Recht auf Bewegungsfreiheit und

¹⁹¹ Marschner, R&P 2000, 149 (150)

¹⁹² BGH BtPrax 2001, 32 (35)

¹⁹³ BGH BtPrax 2001, 32 (35); Marschner, R&P 2000, 149 (150); Walther, BtPrax 2001, 96 (99)

körperliche Unversehrtheit zum Zweck der ambulanten Zwangsbehandlung mit Depotneuroleptika (oder anderen Medikamenten) vorhanden.

D. Die stationäre Zwangsbehandlung

I. Darstellung des Problems

Seit der Entscheidung des BGH vom 11.10.2000, in welcher die Anwendung von Zwang für unzulässig erklärt wurde, ist umstritten, ob im Rahmen einer nach § 1906 I Nr.2 BGB genehmigten Unterbringung auch Zwangsbehandlungen zulässig sind.

Dieser streitigen Frage liegt stellvertretend für viele der folgende Sachverhalt zugrunde:¹⁹⁴

Für den Betroffenen ist durch eine einstweilige Anordnung eine vorläufige Betreuung mit den Aufgabenkreisen Gesundheits- und Vermögenssorge, Entscheidung über die Unterbringung und Geltendmachung von gesetzlichen Ansprüchen eingerichtet.

Der vorläufige Betreuer entscheidet sich aufgrund der – jahrelang unbehandelten – Schizophrenie für eine geschlossene Unterbringung mit einer antipsychotischen Heilbehandlung; das Amtsgericht genehmigt die geschlossene Unterbringung „unter Vornahme der notwendigen Untersuchungen und Heilbehandlungen, auch zwangsweise“.

Die Stellungnahme der psychiatrischen Klinik ergibt die vollständig fehlende Krankheitseinsicht des Betroffenen, der infolge der fehlenden Krankheitseinsicht die orale Medikation verweigert.

Aus der Stellungnahme ist weiterhin ersichtlich, dass die alleinige Unterbringung ohne Medikation nicht zu einer Verbesserung des Krankheitsbildes beitragen wird.

Der Betroffene legte sofortige Beschwerde ein, die vom Landgericht abgewiesen wurde.

Die Verfahrenspflegerin legte dagegen weitere sofortige Beschwerde ein, woraufhin das OLG die ursprüngliche Entscheidung aufhob und die Sache an das LG zurückverwies; das LG wies die sofortige Beschwerde wiederum zurück.

Die Unterbringung ist inzwischen abgelaufen, die Verfahrenspflegerin begehrt nunmehr mit der weiteren sofortigen Beschwerde die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Unterbringung. Das OLG Celle¹⁹⁵ hat dem BGH die Sache zur Entscheidung vorgelegt.

¹⁹⁴ verkürzte Darstellung, entnommen der Entscheidung des BGH FamRZ 2006, 615

¹⁹⁵ OLGReport Celle 2006, 167 (Vorlagebeschluss)

Der Sachverhalt wird von verschiedenen Gerichten unterschiedlich beurteilt.

In der Begründung verweisen die Gerichte allesamt auf die Rechtsprechung des BGH aus dem Jahre 2000, nach der wegen einer fehlenden Rechtsgrundlage jegliche Zwangsanwendung gegenüber dem Betreuten unzulässig sei.

Einige Gerichte sind strikt gegen die Zwangsbehandlung im Rahmen der stationären Unterbringung.¹⁹⁶

Die vom Grundgesetz geforderte Ermächtigungsgrundlage sei weder in § 1906 I BGB noch in § 1906 IV BGB zu sehen.¹⁹⁷

Der eindeutige Wortlaut des § 1906 I, IV BGB enthalte lediglich die Befugnis zur Unterbringung bzw. unterbringungsähnlichen Maßnahmen, nicht aber die Befugnis zur deutlich eingriffsintensiveren Zwangsbehandlung.¹⁹⁸

Demgegenüber vertreten andere Obergerichte die Auffassung, dass die stationäre Zwangsbehandlung zulässig sei.¹⁹⁹

Diese Obergerichte sehen ihre Rechtsauffassung nicht im Widerspruch zur Rechtsprechung des BGH, da dieser den Einsatz von Zwangsmitteln bei einer vom Unterbringungszweck umfassten Behandlung gerade nicht für ausgeschlossen halte.²⁰⁰

Außerdem müsse die Zwangsanwendung bei der Unterbringung unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erfolgen.²⁰¹

Der BGH²⁰² hat sich mit einer weiteren Entscheidung der Meinung angeschlossen, dass Zwangsbehandlungen unter strenger Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Rahmen einer stationären Unterbringung zulässig seien.

Inwieweit der BGH eine in sich schlüssige Argumentation für die Zwangsbehandlung im Verlauf einer stationären Unterbringung geliefert hat und ob diese Rechtsprechung die

¹⁹⁶ OLG Jena R&P 2003, 29; OLG Celle BtPrax 2005, 235; OLGReport Celle 2006, 167

¹⁹⁷ OLG Celle BtPrax 2005, 235 (236); OLGReport Celle 2006, 167 (168)

¹⁹⁸ OLG Celle BtPrax 2005, 235 (236); gleichlautend OLGReport Celle 2006, 167 (168)

¹⁹⁹ OLG Jena Rpfleger 2006, 124 (unter Aufgabe der früheren Rechtsprechung); OLG München FamRZ 2005, 1196; OLG Düsseldorf, I-25 Wx 73/03, Beschluss vom 24.07.03, veröffentlicht unter http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/duesseldorf/j2003/I_25_Wx_73_03beschluss20030724.html Stand: 27.03.2008; OLG Schleswig BtPrax 2003, 223; OLG Schleswig FamRZ 2002, 984; LG Rostock BtPrax 2003, 87

²⁰⁰ so insbesondere OLG München FamRZ 2005, 1196 (1199); ähnlich OLG Jena Rpfleger 2006, 124 (125); OLG Düsseldorf a.a.O. Rz. 9

²⁰¹ so OLG München FamRZ 2005, 1196 (1198); OLG Jena Rpfleger 2006, 124 (125)

²⁰² FamRZ 2006, 615

konsequente Fortführung der Rechtsprechung zur ambulanten Zwangsbehandlung darstellt oder vielmehr eine Abkehr von der ursprünglichen BGH-Rechtsprechung, soll im Folgenden untersucht werden.

II. Zwang bei der stationären Zwangsbehandlung

Wie schon unter C. II. 3. dargestellt, sind auch bei der stationären Zwangsbehandlung drei Phasen zu unterscheiden; auf detaillierte Ausführungen wird verzichtet und stattdessen auf C. II. 3. verwiesen.

4. Verbringung zum Behandlungsort

Wenn der Betreute durch die Anwendung von körperlichem oder verdecktem Zwang unter Überwindung seines natürlichen Willens in eine Klinik (oder Ähnliches) gebracht wird, liegt hierbei ohne Frage eine Zwangsmaßnahme vor.

5. Fixierung für Behandlung

Weigert sich der Betreute, die Behandlung durchführen zu lassen, wird er regelmäßig versuchen, die Behandlung durch körperliche Abwehrreaktionen zu unterbinden.

Um die Behandlung dennoch durchzuführen, wird der Betreute durch das Anstaltspersonal je nach der Schwere der Gegenwehr seitens des Betreuten fixiert, beispielsweise durch Arm- und Fußfesseln, sodass er anschließend bewegungsunfähig ist; ohne nähere Erklärung ergibt sich, dass es sich hierbei um einen schweren, mit Zwang durchgesetzten Eingriff in die körperliche Integrität handelt.

6. Heilbehandlung

Die Heilbehandlung an sich muss ebenso zu den Zwangsmaßnahmen gezählt werden, weil der natürliche Wille des Betreuten überwunden wird.

III. Aufgabenkreis

Der Betreuer muss als gesetzlicher Vertreter gem. § 1902 BGB auch bei der Unterbringung den entsprechenden Aufgabenkreis haben, um eine Entscheidung über die Unterbringung treffen zu können.

Dabei ist der sich auf die konkrete Unterbringung beziehende Aufgabenkreis ebenso ausreichend wie die Aufenthaltsbestimmung; bei diesen konkreten Aufgabenkreisen muss für eine Unterbringung nach § 1906 I Nr.2 BGB dann aber noch die Gesundheitsorge hinzukommen.²⁰³

Fraglich ist aber, ob der allgemein formulierte Aufgabenkreis der Personensorge zur Unterbringung zum Zweck der Heilbehandlung berechtigt.

Der Gesetzgeber hat die Formulierung von starren Aufgabenkreisen nicht für notwendig erachtet, sodass auch für die Unterbringung kein spezieller Aufgabenkreis erforderlich ist, der in besonderer Weise die Unterbringungsbefugnis des Betreuers zum Ausdruck bringt.²⁰⁴

Daher reicht der Aufgabenkreis „Personensorge“ für die Unterbringung nach § 1906 I Nr.1 und Nr.2 BGB aus.²⁰⁵

Die Personensorge umfasst auch den Bereich der Gesundheitsorge.²⁰⁶

Eine andere Argumentation findet keine Stütze im Gesetz und wenn der Aufgabenkreis eben nicht die gesamte Personensorge umfassen soll, muss der Aufgabenkreis dementsprechend eingeschränkt werden.

Das ergibt sich aber schon aus dem Grundsatz der Erforderlichkeit, § 1896 II S.1 BGB.

Im Übrigen umfasst die Personensorge auch das Aufenthaltsbestimmungsrecht, was aus der Formulierung des § 1631 I BGB, eine im Betreuungsrecht keine Anwendung findende Vorschrift der elterlichen Sorge, hergeleitet werden kann.

IV. Ermächtigungsgrundlagen zur Ausübung von Zwang im FGG – § 70g V S.2 FGG

²⁰³ Sonnenfeld Rz. 320; Palandt/Diederichsen § 1906 Rz. 2

²⁰⁴ BT-Drucks. 11/4528 S. 121

²⁰⁵ Palandt/Diederichsen § 1906 Rz. 2 verlangt bei einer Unterbringung nach § 1906 I Nr.2 BGB trotzdem den Aufgabenkreis der „Gesundheitsorge“; so wohl auch Sonnenfeld Rz. 320

²⁰⁶ ähnlich für den Fall der Heilbehandlung Zimmermann in Damrau/Zimmermann § 1904 Rz. 17; andererseits Zimmermann in Damrau/Zimmermann § 1906 Rz. 12, wonach bei § 1906 Nr.2 BGB die Gesundheitsorge hinzutreten muss.

§ 70g V S.2 FGG regelt die Unterstützung des Betreuers durch die zuständige Behörde bei Unterbringungsmaßnahmen nach § 70 I S.2 Nr.1b) FGG und die Anwendung von Zwang bei der Zuführung des Betreuten zur Unterbringung.

Die Vorschrift legitimiert jedoch nicht den Betreuer zur Zwanganwendung, sondern lediglich die Behörde, die damit aus eigenem Recht handelt und das Recht nicht vom Betreuer ableitet.²⁰⁷

Die Zwanganwendungsbefugnis beruht auf der besonderen gerichtlichen Entscheidung nach § 70g V S.2 FGG und steht der Behörde, eventuell unter Zuhilfenahme der Polizei gem. § 70g V S.3 FGG, zu.²⁰⁸

Anders als bei der ambulanten Zwangsbehandlung ist die Norm direkt anwendbar, wenn der Betreute sich weigert, freiwillig die Einrichtung aufzusuchen.

Da der Betreute der Unterbringung zugeführt werden soll, ist dieses Tatbestandsmerkmal – im Unterschied zur ambulanten Zwangsbehandlung – erfüllt.

§ 70g V S.2 FGG ist daher im Ergebnis anzuwenden, wenn der Betreute gegen seinen körperlichen Widerstand und natürlichen Willen in einer Anstalt untergebracht werden soll.

Nicht der Betreuer ist zur Zwanganwendung befugt, sondern die durch besondere gerichtliche Entscheidung legitimierte Behörde.

Nach dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift bezieht sich die Zwanganwendungsbefugnis nur auf die Zuführung zur Unterbringung.

Das heißt, dass die Zwangsmaßnahmen zwingend an der Anstaltstür zu beenden sind.²⁰⁹

Somit ist die erste Phase, in der Zwang angewandt wird (Verbringung zum Behandlungsort), vom formellen Unterbringungsrecht gedeckt.

Weitere Eingriffsnormen stellt das FGG für den Vollzug der Unterbringung nicht zur Verfügung; es wird auf die obigen Ausführungen unter C. IV. verwiesen.

²⁰⁷ BGH BtPrax 2001, 32 (35); Tietze S. 14; so ausdrücklich auch Marschner, R&P 2001, 132 (134); Lipp, JZ 2001, 825 (826)

²⁰⁸ Sonnenfeld in Jansen, FGG, § 70g Rz. 34

²⁰⁹ unstrittig, vgl. nur Sonnenfeld in Jansen, FGG, § 70g Rz. 30

V. Ermächtigungsgrundlagen zur Ausübung von Zwang im BGB

3. § 1906 I BGB

Damit im Rahmen einer stationären Unterbringung eine Behandlung durchgeführt werden kann, müssen zunächst die Voraussetzungen für die Unterbringung vorliegen.

Es ist daher notwendig, zunächst die Tatbestandsmerkmale der Unterbringung anhand des § 1906 BGB kurz darzustellen.

a. Der Unterbringungs-Begriff

Bereits unter C. V. 1. a. ist zum Begriff der Unterbringung umfassend Stellung genommen worden.

Es kann daher auf die bereits gewonnenen Erkenntnisse Bezug genommen werden.

Eine Unterbringung nach § 1906 I BGB liegt demzufolge laut BGH²¹⁰ vor, wenn

„[...] der Betroffene gegen seinen Willen oder im Zustand der Willenlosigkeit in einem räumlich begrenzten Bereich eines geschlossenen Krankenhauses, einer anderen geschlossenen Einrichtung oder dem abgeschlossenen Teil einer solchen Einrichtung festgehalten, sein Aufenthalt ständig überwacht und die Kontaktaufnahme mit Personen außerhalb des Bereichs eingeschränkt wird.“

Damit eine Freiheitsentziehung und nicht eine freiheitsbeschränkende Maßnahme vorliegt, ist weiterhin eine gewisse Mindestdauer erforderlich.²¹¹

Am Vorliegen dieser Voraussetzung bestehen indes keine Zweifel, so wurde im vom BGH²¹² entschiedenen Fall die Unterbringung für einen Zeitraum von sechs Wochen genehmigt.

b. Fehlende Einwilligungsfähigkeit des Betreuten bezüglich Unterbringung und Heilbehandlung

²¹⁰ BtPrax 2001, 32 (33); vgl. hierzu auch Sonnenfeld Rz. 324 mwN

²¹¹ BGH BtPrax 2001, 32 (33); OLG Zweibrücken FamRZ 2000, 1114; OLG Hamm FamRZ 2000, 1115 (1116, 1117); LG Kassel FamRZ 1996, 1501; Tietze S.16; Jarass in Jarass/Pieroth Art. 104 Rz. 10; vgl. hierzu auch BVerfG NJW 2004, 3697 bejaht Unterbringung bei einer dreitägigen stationären Untersuchung.

²¹² FamRZ 2006, 615

Die Vielschichtigkeit der Einwilligungsfähigkeit ist bereits oben erörtert worden.

Fraglich ist, inwieweit der Betreute tatsächlich einwilligungsunfähig sein muss, um ihn rechtmäßig unterzubringen.

Der Betreute muss in jedem Fall bezüglich der Unterbringung einwilligungsunfähig sein.

Bei § 1906 I Nr.1 BGB ergibt sich das bei näherer Betrachtung der Vorschrift.

Ist der Betreute aufgrund seiner psychischen Krankheit nicht in der Lage, seine eigene Selbstschädigungsgefahr zu erblicken, dann ist er insoweit einwilligungsunfähig und kann demzufolge nicht wirksam in die Unterbringung zur Verhinderung der Selbstschädigung einwilligen bzw. diese ablehnen.

Im Fall des § 1906 I Nr.2 BGB ist die Situation ein wenig anders.

Dort müssen nämlich zwei Einwilligungserklärungen abgegeben werden.

§ 1906 I Nr.2 BGB aE normiert die Einwilligungsunfähigkeit nur hinsichtlich der Unterbringung.

Fraglich ist daher, ob sich die Einwilligungsunfähigkeit auch auf die die Unterbringung verursachende Krankheit bzw. die damit verbundene Heilbehandlung erstrecken muss.

Nach wohl überwiegender Meinung muss sich die fehlende Einwilligungsfähigkeit des Betreuten jedoch auch auf die in der Unterbringung vorzunehmende Heilbehandlung beziehen.²¹³

Nur dahingehend kann § 1906 I Nr.2 BGB sinnvoll ausgelegt werden, da die Unterbringung ja gerade nur deswegen notwendig wird, weil sich der nicht einwilligungsfähige Betreute mit seinem natürlichen Willen gegen die Behandlung wehrt, sodass die Heilbehandlung nur im Rahmen einer Unterbringung durchgeführt werden kann.²¹⁴

Insoweit enthält § 1906 I Nr.2 BGB eine unglückliche Formulierung.

Im Regelfall wird die fehlende Krankheitseinsicht mit der fehlenden Einsicht in die Unterbringungsbedürftigkeit korrespondieren.²¹⁵

Eine Unterscheidung ist aber durchaus sinnvoll.

Wenn beispielsweise der Drogenabhängige seine Abhängigkeit erkennt, er seine Sucht bekämpfen will, aufgrund fehlender Steuerungsfähigkeit aber weiterhin Drogen konsumiert,

²¹³ BGH FamRZ 2006, 615 (618); OLG Hamm FamRZ 2000, 1115 (1118); OLG München FamRZ 2005, 1196 (1197)

²¹⁴ BayObLG FamRZ 1996, 511 [LS]; sehr anschaulich OLG Düsseldorf FamRZ 1995, 118; MünchKommBGB-Schwab § 1906 Rz. 23

²¹⁵ BT-Drucks. 11/4528 S. 147; Staudinger/Bienwald § 1906 Rz. 28

kann es vorkommen, dass der Betreute zwar hinsichtlich der Drogentherapie einwilligungsunfähig, hinsichtlich der Unterbringung jedoch einwilligungsfähig ist und in diese tatsächlich auch einwilligt.

Dann würde es sich nicht mehr um eine Unterbringung nach § 1906 I BGB handeln.

Dieses Beispiel zeigt, dass es durchaus zweckmäßig ist, die Einwilligungsfähigkeit hinsichtlich der Unterbringung und Heilbehandlung gesondert zu prüfen.

Das meint der Gesetzgeber, wenn er ausführt, dass die Unterbringung eröffnen solle, Defizite in Einsichts- und Steuerungsfähigkeit auszugleichen.²¹⁶

Der Betreuer hat als gesetzlicher Vertreter des Betreuten gem. § 1902 BGB die Aufgabe, anstelle des Betreuten dessen Einwilligungserklärungen substituierend unter der Voraussetzung der fehlenden Einwilligungsfähigkeit sowohl in die Unterbringung als auch in die Heilbehandlung abzugeben, wenn er die Unterbringung und Heilbehandlung für geboten hält.

Der Betreuer muss hierbei also zwei Einwilligungserklärungen abgeben, wobei diese im Regelfall miteinander korrespondieren werden.

Der gegen die Unterbringung und damit auch gegen die Behandlung gerichtete Wille, der auch Gegenstand der oben genannten Unterbringungsdefinition ist, ist ein natürlicher Wille, welcher nicht mehr unter Abwägung aller Vor- und Nachteile der Unterbringung mit einhergehender Heilbehandlung gebildet wird.

Insofern muss der entgegenstehende natürliche Wille durch den Betreuer überwunden werden.

c. Entbehrlichkeit der Genehmigung bei „Einwilligung des Betreuten mit dem natürlichen Willen“?

Fraglich ist, ob eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nicht erforderlich ist, wenn der Betreute mit seinem natürlichen Willen in die Unterbringung einwilligt oder er keinen entgegenstehenden Willen hat bzw. kundgibt.

Der Gesetzgeber hat hierzu ausgeführt, dass dann keine Unterbringung vorliege, wenn der einsichtsfähige Betreute mit seinem natürlichen Willen einwillige.²¹⁷

²¹⁶ BT-Drucks. 11/4528 S. 148

Der natürliche Wille ist wie oben festgestellt jeder verbale oder körperliche Widerspruch, der in irgendeiner Form zum Ausdruck kommt unabhängig der Frage der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit.

Ist der Betreute einwilligungsfähig, ist die Unterbringung durch den Betreuer unzulässig, da kein Raum für eine Substitution der Einwilligungserklärung bleibt.

Eine zwangsweise Durchsetzung kommt demzufolge nicht in Betracht.

Dem natürlichen Willen des Betreuten kommt separat keine Bedeutung zu, weil er als Element der Einwilligungsfähigkeit bereits durch die ablehnende Einwilligungserklärung bezüglich der Unterbringung repräsentiert wird.

Ist der Betreute einwilligungsunfähig aufgrund fehlender Einsichts- und Steuerungsfähigkeit, wird er sich entweder mit seinem natürlichen Willen gegen die Unterbringung und eventuelle Behandlung wehren oder sich ohne Widerstand seinem Schicksal ergeben.

Ohne Zweifel ist der Anwendungsbereich des § 1906 I BGB in einem solchen Fall gegeben.

Davon zu unterscheiden ist die Situation, wenn der Betreute keinen Willen mehr bilden kann; eine Genehmigung erscheint dann mangels Unterbringung entbehrlich.²¹⁸

Sollte der Betreute trotz fehlender Einsichts- und Steuerungsfähigkeit mit natürlichem Willen für die Unterbringung sein, liegt es auf der Hand, dass hierbei trotzdem der Anwendungsbereich des § 1906 I BGB mangels wirksamer Einwilligung seitens des Betreuten gegeben ist.

Es fehlt hierfür einfach die Einwilligungsfähigkeit, deren wichtige Elemente, die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit, nicht hinreichend beachtet wären.

Denn wenn eine geistig verwirrte Person, in dem Glauben ein warmes Essen und ein warmes Bett zu bekommen, freiwillig in die Anstalt läuft, braucht der Betreuer dieser Person unter den weiteren Voraussetzungen des § 1906 BGB eine Genehmigung.

Insofern wird mit der Aussage „keine Genehmigung bei Zustimmung des einsichtsfähigen Betreuten mit natürlichem Willen“ ein unnötiges Problemfeld begründet.

Die Aussage ist schlichtweg dahingehend zu präzisieren, dass bei rechtlich wirksamer Einwilligung keine Unterbringung vorliegt; nicht mehr und nicht weniger.²¹⁹

²¹⁷ BT-Drucks. 11/4528 S. 146

²¹⁸ Palandt/Diederichsen § 1906 Rz. 7

Maßgeblich dafür ist die Einwilligungsfähigkeit des Betreuten.

Schwab²²⁰ merkt hierzu kritisch an, dass bei Einwilligungsfähigkeit des Betreuten die Betreuung mangels Erforderlichkeit insoweit aufgehoben werden könne, § 1896 II S.1 BGB.

d. Unterbringung aufgrund Anlass- und/oder Begleiterkrankung

Ob die Unterbringung nach § 1906 I Nr.1 und Nr.2 BGB aufgrund der Krankheit angeordnet wird, wegen der ein Betreuer bestellt wurde (= Anlasserkrankung) oder ob die Unterbringung aufgrund einer anderen neben der Betreuung aufgetretenen Krankheit (= Begleiterkrankung) notwendig geworden ist, ist rechtlich gesehen unerheblich.

Das Gesetz unterscheidet nämlich nicht nach der Unterbringung aufgrund Anlass- bzw. Begleiterkrankung.

Das hat der BGH²²¹ in seiner jüngsten Entscheidung nochmals bestätigt und wird von der Literatur geteilt.²²²

Bezüglich § 1906 I Nr.2 BGB bringt bereits der Gesetzgeber zum Ausdruck, dass hierunter sowohl die Anlass- als auch die Begleiterkrankungen fallen.²²³

Es ist bezüglich der Unterbringung deswegen keine Unterscheidung dahingehend geboten, ob die Unterbringung aufgrund Anlass- oder Begleiterkrankung erfolgen soll.

e. § 1906 I Nr.1 BGB

Für die Unterbringung nach Nr.1 muss die ernsthafte Gefahr einer bloßen Selbstschädigung bestehen.²²⁴

Es reicht nicht die bloße Möglichkeit der Selbstgefährdung aus, vielmehr muss die Gefahr einen gewissen Grad des wahrscheinlichen Eintritts erreicht haben.²²⁵

Vom Gesetzgeber wird das als ernstliche, konkrete Gefahr beschrieben.²²⁶

²¹⁹ MünchKommBGB-Schwab § Rz. 27; Bienwald/Hoffmann § 1906 Rz. 25

²²⁰ MünchKommBGB-Schwab § Rz. 27 aE

²²¹ FamRZ 2006, 615 (615/616)

²²² Staudinger/Bienwald § 1906 Rz. 28; MünchKommBGB-Schwab § 1906 Rz. 21 bezüglich Nr.2

²²³ BT-Drucks. 11/4528 S. 147

²²⁴ MünchKommBGB-Schwab § 1906 Rz. 16

²²⁵ Sonnenfeld Rz. 330

²²⁶ BT-Drucks. 11/4528 S. 147

Die Unterbringung nach § 1906 I Nr.1 BGB liegt außerhalb dieses Problemfeldes, weil mit der Unterbringung keine medizinische Behandlung verbunden ist.

Sie dient lediglich dazu, die akute Selbstschädigungsabsicht des Betreuten abzuwenden.

Wenn dies gegebenenfalls mit einer weiteren Behandlung erforderlich ist, kann § 1906 I Nr.1 BGB nicht allein einschlägig sein, weil für die Unterbringung zum Zweck der Heilbehandlung ausschließlich § 1906 I Nr.2 BGB anwendbar ist.

Daher muss im Folgenden § 1906 I Nr.1 BGB nicht näher erörtert werden.

f. § 1906 I Nr.2 BGB

Wie oben angedeutet ist der primäre Zweck der Unterbringung nach Nr.2 den Gesundheitszustand zu untersuchen, die Heilbehandlung durchzuführen, oder einen ärztlichen Eingriff vorzunehmen.

Eine Heilbehandlung liegt vor, wenn diese darauf gerichtet ist, das Krankheitsbild des Betreuten zu verbessern sowie die Verhütung von Krankheiten bzw. deren Verschlimmerung herbeizuführen.²²⁷

Die Behandlung mit Spritzen oder oral einzunehmenden Medikamenten ist unter diesen Begriff zu subsumieren, sodass bei einer Unterbringung mit anschließender medikamentöser Behandlung die Genehmigung gem. § 1906 I Nr.2 BGB erforderlich ist.

g. Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung im Innen- oder Außenverhältnis

Bei der Genehmigung nach § 1906 I iVm II S.1 BGB handelt es sich um eine Außengenehmigung, das heißt, dass sie für eine wirksame Unterbringung zwingend erforderlich und eine echte Wirksamkeitsvoraussetzung ist.²²⁸

²²⁷ zum Begrifflichen MünchKommBGB-Schwab § 1904 Rz. 25

²²⁸ so wohl auch Sonnenfeld Rz. 322, 323

Diese Wertung lässt sich dem Wortlaut des § 1906 II S.1 BGB entnehmen, da die Unterbringung „nur“ mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zulässig ist; daher ist sie bei Gefahr im Verzug auch unverzüglich nachzuholen, § 1906 II S.2 BGB.

Dabei entscheidet über die Unterbringung der Betreuer, dem deswegen der entsprechende Aufgabenkreis zugewiesen sein muss.

Die Genehmigung des Gerichts vervollständigt die Rechtsmacht des Betreuers zur Unterbringung, die ursprüngliche Rechtsmacht gründet sich aber nicht aus § 1906 BGB, sondern aus der entsprechenden Zuweisung des Aufgabenkreises.²²⁹

4. § 1906 I Nr.2 BGB – ein nicht ganz eindeutiger Wortlaut

Nunmehr ist zu klären, ob eine nach § 1906 I Nr.2 BGB erteilte Genehmigung unter den genannten Voraussetzungen tatsächlich im Rahmen der Unterbringung die Zwangsbehandlung indiziert.

Wie bereits oben aufgezeigt, haben sich in der Rechtsprechung zwei Meinungen gebildet.

Die die Zwangsbehandlung ablehnende Meinung²³⁰ stützt sich – in gewisser Weise logisch nachvollziehbar – auf die Entscheidung des BGH²³¹, die Zwangsbefugnisse im Betreuungsrecht nahezu ausschließt.

Daher muss untersucht werden, inwieweit die nunmehrige Rechtsprechung des BGH²³² mit der ursprünglichen Grundsatzentscheidung in Einklang steht oder vielmehr eine Abkehr von dieser darstellt.

a. Die BGH-Entscheidungen im Vergleich – Fortentwicklung oder Abkehr

In der ursprünglichen Entscheidung gibt der BGH mehrfach zu verstehen, dass die Anwendung von Zwang im Betreuungsrecht nicht mit der geltenden Rechtslage vereinbar sei.

²²⁹ zum Ganzen MünchKommBGB-Schwab § 1906 Rz. 6; Tietze S. 27, 28

²³⁰ OLG Jena R&P 2003, 29; OLG Celle BtPrax 2005, 235; OLGReport Celle 2006, 167

²³¹ BtPrax 2001, 32

²³² FamRZ 2006, 615

Wenn der Senat ausführt, dass aus der Einwilligungsbefugnis des Betreuers in ärztliche Maßnahmen nicht die Befugnis zur gewaltsamen Durchsetzung folge und anschließend betont, dass das Betreuungsrecht (insoweit) – auch im Hinblick auf Art. 13 GG – auf Regelungen verzichte,²³³ lässt sich daraus unschwer schließen, dass der BGH für Zwangsmaßnahmen keine Rechtsgrundlage sieht.

Lediglich in folgender Formulierung deutet der BGH an, dass es bei Unterbringungen noch anders sein könnte, ohne jedoch eine dahingehend klarstellende Aussage zu tätigen.²³⁴

„Demgegenüber lehnen andere Autoren und Gerichte die Anwendung von Zwang durch den Betreuer außerhalb des Unterbringungsrechts und der dort geregelten Grundlagen in § 1906 BGB und 70g V FGG ab [es folgen Quellen]. Der Senat schließt sich der letztgenannten Auffassung an.“

Dass der BGH die Unterbringung als Zwangsmaßnahme qualifiziert, bringt er mit folgender Formulierung zum Ausdruck:²³⁵ „Wie der hier zu entscheidende Fall deutlich zeigt, sind klare Grenzen zwischen der gesetzlich geregelten Unterbringung und anderen Zwangsmaßnahmen des Betreuers notwendig.“

Auch an dieser Stelle bezieht der BGH keine Stellung zu der Frage von Zwangsbehandlungen in der Unterbringung; vielmehr hält er sich diesbezüglich zurück und erwähnt wenig später im Widerspruch zum ersten Zitat, dass Zwangsbefugnisse im Unterbringungsrecht fehlen.²³⁶

Schließlich dürfen die verfassungsmäßigen Rechte nicht aus Zweckmäßigkeitsgründen missachtet werden.²³⁷

Im Ergebnis hat der BGH die Entscheidung über die Zwanganwendung im Rahmen der Unterbringung offen gelassen, weil darüber nicht zu entscheiden war.²³⁸

Dass aber nach den schwammigen, widersprüchlichen Andeutungen bezüglich der Zwanganwendungsbefugnis im Rahmen des § 1906 BGB einige Gerichte die Zwangsbehandlung ablehnen würden, ist nicht weiter verwunderlich.

Schließlich wird auch von Marschner²³⁹ mittlerweile vertreten, dass die zwangsweise Heilbehandlung im Verlauf der Unterbringung unzulässig sei.

²³³ BGH BtPrax 2001, 32 (35)

²³⁴ BtPrax 2001, 32 (35)

²³⁵ BtPrax 2001, 32 (36)

²³⁶ BtPrax 2001, 32 (36) letzter Absatz

²³⁷ BtPrax 2001, 32 (36)

²³⁸ ebenso Meyer, BtPrax 2002, 252

²³⁹ R&P 2001, 132 (134); R&P 2005, 47 (48, 50); R&P 2007, 180 (181); anders noch: Marschner, R&P 2000, 149 (150)

Insbesondere das OLG München²⁴⁰ wendet mit aller Deutlichkeit – und wie sich später herausstellen sollte im Sinne des BGH – die Rechtsprechung der ambulanten Zwangsbehandlung nicht auf Fälle der stationären Zwangsbehandlung an, weil der BGH zur stationären Zwangsbehandlung keine Ausführungen gemacht habe.

Aufgrund der oben wiedergegebenen Ausführungen des BGH ist das sicherlich eine mutige Entscheidung.

Der BGH hält die zwangsweise Heilbehandlung im Rahmen der Unterbringung ebenfalls für zulässig und betont zugleich, dass sich dem früheren Beschluss von 2000 dazu keine anderen Ausführungen entnehmen lassen.²⁴¹

Er konkretisiert damit seine Aussagen zur Zwanganwendung in der Unterbringung, ohne dafür eine dogmatisch überzeugende Begründung zu liefern.

Er führt in der Folge sogar die Begründung des Gesetzgebers zur Unterbringung an, aus der sich ergibt, dass Zwangsbehandlungen zulässig seien.²⁴²

Der gesetzgeberische Wille ersetzt aber keine Ermächtigungsgrundlage, die für den Eingriff in die körperliche Integrität gem. Art. 2 II S.3 GG erforderlich ist.

Schließlich hat der BGH²⁴³ ursprünglich gesagt, dass es respektiert werden müsse, wenn auf gesetzliche Regelungen verzichtet werde.

Insofern kann die letzte Begründung aufgrund der Widersprüchlichkeit nicht überzeugen.

b. Der Wortlaut des § 1906 I Nr.2 BGB

In Bezug auf die Zwanganwendung bei der Heilbehandlung im Rahmen des § 1906 I Nr.2 BGB ist die Vorschrift nicht eindeutig formuliert.²⁴⁴

Der Gesetzgeber geht wohl schlichtweg von der Zulässigkeit von Zwangsbehandlungen im Rahmen der Unterbringung aus, was daran erkennbar ist, dass er in der Begründung zu § 1906 I Nr.2 BGB beispielsweise ausführt, dass Heilbehandlungen gegen den natürlichen Willen des Betreuten ohne Unterbringung nicht möglich seien, ihm die fehlende Krankheitseinsicht aber nicht zum Nachteil gereichen dürfe.²⁴⁵

²⁴⁰ OLG München FamRZ 2005, 1196 (1199)

²⁴¹ BGH FamRZ 2006, 615 (617)

²⁴² BGH FamRZ 2006, 615 (617) mit Verweis auf BT-Drucks. 11/4528 S. 72, 141

²⁴³ BtPrax 2001, 32 (36)

²⁴⁴ ebenso Meyer, BtPrax 2002, 252 (253)

²⁴⁵ BT-Drucks. 11/4528 S. 147

Es ist somit festzuhalten, dass der Gesetzgeber von der Zulässigkeit der Zwangsbehandlung ausgeht, die Norm aber nicht in dieser Eindeutigkeit formuliert ist.

Wenn sich die Einwilligungsunfähigkeit auf Krankheit und Unterbringung beziehen muss, ist natürlich zu hinterfragen, inwieweit die Norm sonst anderweitig sinnvoll erscheint.

Schließlich darf die Unterbringung nicht dazu dienen, die Einwilligungsfähigkeit des Betreuten zu erzwingen.²⁴⁶

§ 1906 I Nr.2 BGB könnte so zu verstehen sein, dass sich ein untergebrachter Patient eher auf eine Heilbehandlung einlässt als ein nicht untergebrachter Patient, weil die Schwelle der Behandlungsbereitschaft seitens des Patienten deutlich niedriger liegt.²⁴⁷

Die Vorschrift wäre dann tatsächlich auf den seltenen Fall beschränkt, dass der Betreute zwar die Unterbringung im Zustand fehlender Einwilligungsfähigkeit verneint, in die Behandlung im Zustand der Einwilligungsfähigkeit einwilligt.

Allein die schwierigen Abgrenzungskriterien der Einwilligungsfähigkeit dürften diese Fälle überaus selten machen, wobei einer nach zwangsweise durchgesetzter Unterbringung abgegebene Einwilligungserklärung des Betreuten tendenziell eher der Makel der Unwirksamkeit anhaften wird.

Besonders im Rahmen der Prüfung zur Genehmigungserteilung ist prognostisch schwer zu beurteilen, ob die Person in der Unterbringung einer Behandlung im Zustand der Einwilligungsfähigkeit zustimmen wird; vor allem ist hier aber der Aspekt des Verbots der Erzwingung der Einwilligungsfähigkeit zu beachten, was sicherlich erschwerend hinzukommt.

Jedoch muss die Unterbringung unter Vorliegen der übrigen Voraussetzungen möglich sein, um den therapeutischen Kontakt mit dem Betreuten herzustellen, ohne ihn sogleich zwangszubehandeln.²⁴⁸

Dass § 1906 I Nr.2 BGB die Zwangsbehandlung im Rahmen der Unterbringung umfasst, dürfte sich neben dem Sinn und Zweck auch aus § 1906 IV BGB ableiten lassen.

§ 1906 IV BGB regelt die freiheitsentziehenden Maßnahmen im Verlauf einer Unterbringung mit dem Ziel, den Bewegungsdrang einzuschränken, und greift damit in dessen Grundrechte auf körperliche Bewegungsfreiheit aus Art. 2 II S.2 GG ein.

²⁴⁶ Staudinger/Bienwald § 1906 Rz. 29 mwN

²⁴⁷ Meyer, BtPrax 2002, 252 (253)

²⁴⁸ Meyer, BtPrax 2002, 252 (254)

Wenn in der Unterbringung eine noch stärkere Stufe der Freiheitsentziehung geboten erscheint, greift zum Schutze des Betreuten § 1906 IV BGB ein, der eine noch stärkere Eingriffsform der Unterbringung aufweist.²⁴⁹

Hierbei ist die Zwangsanwendungsbefugnis der Norm immanent und lässt sich ohne größere rechtliche Schwierigkeiten dem Sinn und Zweck der Norm entnehmen.

Wenn nun der Betreute mit gerichtlicher Genehmigung nach § 1906 I Nr.2 BGB untergebracht wird und anschließend mit vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung nach § 1906 IV BGB wegen akuter Selbstmordgefahr an Armen und Beinen fixiert werden muss, lässt sich dem Gesetz keine weitere Genehmigungspflicht für die im Rahmen dieser Fixierung beginnende medikamentöse Heilbehandlung mit Beruhigungsmittel und Antidepressiva entnehmen (soweit die Medikamente nicht bereits ihrerseits Wirkungen entfalten, die unter § 1906 IV BGB fallen).

Eine solche Genehmigungspflicht ist dem Gesetz fremd, weil sie bereits in § 1906 I Nr.2 BGB enthalten ist.

Die Heilbehandlung, die unter Anwendung von Zwang passiert, ist auf der Rechtsgrundlage des § 1906 I Nr.2 BGB möglich, der die nach Artt. 2 II S.3, 104 I S.1 GG notwendige Ermächtigungsgrundlage darstellt.²⁵⁰

Gegebenenfalls ist eine weitere Genehmigung nach § 1906 IV BGB erforderlich.²⁵¹

Tietze²⁵² hingegen vertritt die Ansicht, dass § 1906 BGB nicht einmal für die Freiheitsentziehung eine Ermächtigungsgrundlage darstelle, weil Grundlage für die Unterbringung nicht die gerichtliche Genehmigung sondern die Entscheidung des Betreuers sei.

Das ist so nicht richtig.

Dass der Betreuer die Entscheidung über die Unterbringung trifft, ist nicht strittig; es gibt keine vom Gericht vorgenommene Unterbringung.

Jedoch komplettiert die Genehmigung die Rechtsmacht des Betreuers, da auch er die Unterbringung nur mit vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung durchführen darf.

Daher vermag die verkürzte Darstellung Tietzes²⁵³ nicht zu überzeugen.

²⁴⁹ Sonnenfeld Rz. 340

²⁵⁰ andeutend Meyer, BtPrax 2002, 252 (254); aA Tietze, BtPrax 2006, 131 (133); Marschner, R&P 2007, 180 (181)

²⁵¹ BGH FamRZ 2006, 615 (618)

²⁵² BtPrax 2006, 131 (133)

²⁵³ BtPrax 2006, 131 (133)

Im Ergebnis kommt die gesetzgeberische Intention, im Rahmen des § 1906 I Nr.2 BGB Zwangsbehandlungen zuzulassen, nur unvollendet zum Ausdruck.

Doch die am Sinn und Zweck der Vorschrift orientierte Auslegung der Norm gebietet es, sie als hinreichende Ermächtigungsgrundlage nach Artt. 2 II S.3, 104 II S.1 GG anzusehen.

Wenn zusätzlich zur Unterbringung weitere freiheitsentziehende Maßnahmen erforderlich sind, ist die Prüfung einer weiteren Genehmigung nach § 1906 IV BGB unerlässlich.

Ob § 1906 I Nr.2 BGB als Ermächtigungsgrundlage zur Anwendung von Zwang auch die dafür erforderliche Bestimmtheit enthält, soll im Folgenden untersucht werden.

c. § 1906 I Nr.2 BGB – hinreichende Bestimmtheit bezüglich des Gesetzesvorbehalts

Es ist die Aufgabe der Fachgerichte, den Inhalt und die Reichweite des § 1906 BGB in der Weise auszulegen, dass die Auslegung dem Sinn und Schutzcharakter der Grundrechte entspricht und so dem hohen Gut der Verfassung gebührend Rechnung getragen werden kann.²⁵⁴

Es ist daher zu fragen, ob § 1906 I Nr.2 BGB als Ermächtigungsgrundlage hinreichend nach Art, Inhalt und Umfang bestimmt ist, weil nur das Gesetz in Grundrechte eingreifen kann, wenn es dem bundesverfassungsgerichtlichen Bestimmtheitsgrundsatz genügt.²⁵⁵

Das heißt aber nicht, dass der Gesetzgeber die das Grundrecht einschränkende Norm dergestalt formulieren muss, dass die Norm die Grundrechtseinschränkung ohne weiteres wörtlich widerspiegelt.

Das würde zu einer zu eingeschränkten Normanwendung führen und den Gesetzgeber vor die Aufgabe stellen, die Ermächtigungsgrundlagen streng am Wortlaut des Grundgesetzes zu orientieren.

Daher ist es dem Gesetzgeber erlaubt, Ermächtigungsgrundlagen mit unbestimmten und ausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriffen zu schaffen und trotzdem dem Gesetzesvorbehalt aus Artt. 2 II S.3, 104 I S.1 GG gerecht zu werden, weil der Gesetzgeber ohne Verwendung

²⁵⁴ BVerfG FamRZ 1998, 895 (896)

²⁵⁵ zum Bestimmtheitsgrundsatz: BVerfGE 29, 183 (196); BGH BtPrax 2001, 32 (34); Jarass in Jarass/Pieroth Art. 104 Rz. 16

flüssiger Rechtsbegriffe der Vielgestaltigkeit der Lebenssachverhalte nicht mehr Herr werden könnte.²⁵⁶

Dann ist es jedoch – zurückkommend auf den Ausgangsgedanken – die besondere Aufgabe des Gerichts, die ausfüllungsbedürftigen Normen unter dem Lichte der Verfassung so auszulegen, dass der durch den Gesetzesvorbehalt aus Artt. 2 II S.3, 104 I S.1 GG verbürgte Grundrechtsschutz eines jeden einzelnen gewahrt bleibt.

Dabei ist relativ unstrittig, dass § 1906 I Nr.2 BGB in das Recht auf Freiheit nach Art. 2 II S.2 GG eingreift und dies der Norm ohne weiteres zu entnehmen ist.²⁵⁷

Die Zulässigkeit des Eingriffs in das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 II S.1 GG) im Zuge der Zwangsbehandlung ist derweil der sprachlichen Verknüpfung von Unterbringung und Heilbehandlung zu entnehmen, weil die Heilbehandlung die Unterbringung erst begründet.

Es ist mit dem aus Art. 2 II S.3, 104 I S.1 GG resultierenden Gesetzesvorbehalt durchaus vereinbar, dass, wenn die Unterbringung an sich eine Zwangsmaßnahme darstellt, auch in dieser durch Zwang herbeigeführten Situation Zwang zum Zweck der Behandlung angewandt werden darf, weil eben das eine ohne das andere Element keinen Bestand hätte.

Nach Ansicht des Verfassers ist der Gesetzesvorbehalt aus Art. 2 II S.3 GG somit erfüllt.²⁵⁸

Die vom BGH in seiner Entscheidung vom 01.02.2006²⁵⁹ vorgenommene, am Gesetzeszweck orientierte Auslegung des § 1906 I Nr.2 BGB wird diesen Anforderungen gerecht, sodass der BGH im Ergebnis auch zu Recht feststellt, dass § 1906 I Nr.2, IV BGB nach ihrem Inhalt, Gegenstand, Zweck und Ausmaß dem Bestimmtheitsgrundsatz genügen und somit den Gesetzesvorbehalt erfüllen.²⁶⁰

Untermuert wird diese Ansicht durch die Heranziehung des § 1906 IV BGB.

Das verfassungsmäßige Regulativ der Norm, die eine Ausweitung auf schlichtweg jede Krankheit verhindert, ist die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Rahmen der Unterbringung.²⁶¹

Nur durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kann der Anwendungsbereich der Norm auf das verfassungsmäßig zulässige Maß begrenzt werden.

²⁵⁶ BVerfGE 4, 352 (358); BVerfGE 11, (234) 237; auch BVerfGE 14, 245 (251); BVerfGE 41, 314 (320)

²⁵⁷ vgl. hierzu Marschner, R&P 2007, 180, 181

²⁵⁸ aA Marschner, R&P 2007, 180 (181); Tietze, BtPrax 2006, 131 (133)

²⁵⁹ FamRZ 2006, 615 (617, 618)

²⁶⁰ so schon Meyer, BtPrax 2002, 252 (254); aA Marschner, R&P 2007, 180 (181)

²⁶¹ vgl. nur BGH FamRZ 2006, 615 (616)

f. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist ein verfassungsmäßiger Grundsatz, der im Rahmen der Unterbringung und der damit verbundenen Einschränkung des Art. 2 II S.2 GG anerkannt ist.²⁶²

Die Unterbringung hat den primären Zweck, den Betreuten anschließend zu behandeln.

Das Korrektiv zur Verhinderung nicht nötiger Zwangsbehandlungen ist eine Abwägung der schweren Grundrechtseingriffe durch die Unterbringung unter Berücksichtigung der Notwendigkeit der Heilbehandlung im Zusammenhang mit der Schwere der Krankheit.

Das heißt, dass in jedem Fall im Rahmen der Genehmigungserteilung/-versagung bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung die Krankheit und die damit verbundene Heilbehandlung Berücksichtigung finden muss.

Somit gibt es keine getrennte Verhältnismäßigkeitsprüfung von Unterbringung und (Zwangs-)Heilbehandlung, vielmehr ist die Heilbehandlung als weiteres Element der Unterbringung mit zu prüfen.²⁶³

Das ist schon der in § 1906 I Nr.2 BGB enthaltenen sprachlichen Verknüpfung zu entnehmen, weil eine notwendige Heilbehandlung ohne die Unterbringung nicht durchgeführt werden kann.

aa. Geeignetheit

Die Geeignetheit der Unterbringung ist dann gegeben, wenn der Betreute gegen seinen Willen mit Zwang behandelt wird mit anschließendem Behandlungserfolg.

Zunächst scheint dies für die Unterbringung zum Zweck der Behandlung stets zu bejahen zu sein.

Jedoch dürfte es auch Konstellationen geben, in welcher eine völlige Weigerung aufgrund des mit natürlichem Willen erzeugten Widerstands zu einer faktischen Unbehandelbarkeit führt, weil der Erfolg der Behandlung in einem gewissen Umfang von der Mitwirkung des Betreuten abhängig ist.

²⁶² BVerfGE 58, 208 (224, 226); BVerfG FamRZ 1998, 895 (896); danach in ständiger Rechtsprechung BayObLG FamRZ 2000, 566 (567); BayObLG FamRZ 2000, 1537; BayObLG FamRZ 2001, 576; nun auch BGH FamRZ 2006, 615 (616); so schon früher OLG Düsseldorf FamRZ 1995, 118 (119)

²⁶³ OLG Düsseldorf FamRZ 1995, 118

Dazu dürfte es nicht erforderlich sein, dass der Betreute körperlichen Widerstand leistet, sodass für den entsprechenden Behandlungsvorgang genehmigungspflichtige Maßnahmen nach § 1906 IV BGB angezeigt erscheinen.

Allein der geistige Widerstand kann zum Scheitern der Behandlung führen, was zur mangelnden Geeignetheit dieser Behandlungsform führt.²⁶⁴

Wenn jedoch die Behandlung keinen Erfolg haben kann, ist die Unterbringung unbegründet, weil die Heilbehandlung als Grund nach § 1906 I Nr.2 BGB weggefallen ist.

Die Unterbringung ist dann ebenfalls nicht geeignet, da auf diesem Weg die Heilbehandlung unter dem Gesichtspunkt des Erfolgs – auch unter Zuhilfenahme von Zwang – nicht durchsetzbar ist.

bb. Erforderlichkeit

Der Erforderlichkeitsgrundsatz durchzieht das gesamte Betreuungsrecht und hat seine Bedeutung besonders bei der Aufgabenkreisbestimmung gem. § 1896 II S.1 BGB.

Im hiesigen Problemkreis heißt erforderlich, dass die Unterbringung das mildeste Mittel sein muss, um die Heilbehandlung durchzuführen.

Es müssen also alle anderen möglichen Behandlungsformen ausscheiden.

Selbstverständlich müssen dabei nicht alle erdenklichen Behandlungsformen am Betreuten ausprobiert werden, um die Unterbringung für erforderlich zu halten; vielmehr reicht die prognostische Beurteilung bezüglich einzelner Behandlungsmethoden aus.

Da die Unterbringung aber gleichzeitig das in die Grundrechte des Betreuten am stärksten eingreifende Mittel ist, muss es auch das letzte Mittel zur Durchsetzung der Behandlung sein, die ultima ratio.²⁶⁵

Der Gesetzgeber deutet das Prinzip der Erforderlichkeit mit dem Begriff der Notwendigkeit (§ 1906 I Nr.2 BGB) an, um dem Grundsatz der ultima ratio im Gesetz Geltung zu verschaffen.²⁶⁶

Ist eine weniger einschneidende Maßnahme möglich, um den Betreuten zu behandeln, etwa wenn sich herausstellt, dass der Betreute auch in einem Krankenhaus weiterbehandelt werden kann, weil er der notwendigen Behandlung nicht mit Widerstand und Fluchtgedanken begegnet, ist die Unterbringung zu beenden, weil sie nicht mehr erforderlich ist, § 1906 III S.1 BGB.

²⁶⁴ vgl. hierzu in einem etwas anderen Zusammenhang Tietze S. 128

²⁶⁵ OLG München FamRZ 2005, 1196 (1198); BT-Drucks. 11/4528 S. 147

²⁶⁶ MünchKommBGB-Schwab § 1906 Rz. 21

cc. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne beschreibt die Zweck-Mittel-Reaktion, welche stets angemessen ausfallen muss.

Dabei ergibt sich dieses Prinzip ansatzweise bereits aus dem Erforderlichkeitsgrundsatz, weil die Unterbringung zum Zweck der Heilbehandlung stets das letzte Mittel ist.

Am Begriff der Notwendigkeit in § 1906 I Nr.2 BGB ist zu erkennen, dass eine gewisse Dringlichkeitsstufe erreicht sein muss, um die gesundheitliche Gefahr durch die Heilbehandlung noch abzuwenden; die Beurteilung der Notwendigkeit ist somit hauptsächlich aus medizinischer Sicht durchzuführen.²⁶⁷

Das BVerfG²⁶⁸ sagt zu der Frage, jedoch ohne zur Zwangsbehandlung Stellung zu nehmen, dass die Unterbringung unumgänglich sein müsse, um einen drohenden, gewichtigen, gesundheitlichen Schaden von dem Betreuten abzuwenden.

Unter Notwendigkeit ist daher die Dringlichkeit, Ernstlichkeit („drohend“) und Schwere („gewichtig“) des Gesundheitsschadens zu verstehen.²⁶⁹

Insofern kann das Recht des Betreuten auf Freiheit zur Krankheit in diesen Fällen auf der Grundlage des § 1906 I Nr. 2 BGB eingeschränkt werden.²⁷⁰

Aus der Voraussetzung, dass es sich um einen schweren Gesundheitsschaden handeln muss, ist weiterhin zu folgern, dass nicht schlichtweg jede Unterbringung zum Zweck der Heilbehandlung notwendig ist.

Aufgrund der Erheblichkeit, scheiden leichtere körperliche Beeinträchtigungen aus.

So darf beispielsweise der an Heuschnupfen leidende Betreute nicht zum Zweck der zwangsweisen Behandlung mit Antihistaminika untergebracht werden, nur um ihm die dreimonatige Zeit der tränenden Augen und schnupfenden Nase zu ersparen.

In diesen Fällen kommt nämlich die vom BVerfG²⁷¹ postulierte und viel zitierte „Freiheit zur Krankheit“ zum Tragen, was dem Staat nicht in jedem Fall gebietet, den Bürger zu bessern und zu erziehen.²⁷²

²⁶⁷ Palandt/Diederichsen § 1906 Rz. 18

²⁶⁸ BVerfGE 58, 208 (225/226); BVerfG FamRZ 1998, 895 (896)

²⁶⁹ ähnlich Meyer, BtPrax 2002, 252 (254)

²⁷⁰ BVerfGE 58, 208 (226); aA OLG München FamRZ 2005, 1196 (1198), das die Freiheit zur Krankheit nur dann als bestehend ansieht, wenn der Betreute einwilligungsfähig ist.

²⁷¹ BVerfGE 58, 208 (226)

²⁷² so auch BGH FamRZ 2006, 615 (616)

In schwereren Fällen ist der Betreuer befugt, den Betreuten unterbringen zu lassen und im Endeffekt einer Zwangsbehandlung zu unterziehen; die Stufe der Lebensgefahr muss dabei nicht erreicht sein.²⁷³

Schwere, erhebliche Gesundheitsschäden liegen zweifelsohne auch bei drohendem Verlust von Gliedmaßen vor oder beim Verlust innerer Organe, wobei die entsprechenden Krankheitsbilder nicht mit der Lebensgefahr einhergehen.

dd. Ergebnis

Im Ergebnis muss aber ein gewichtiger Gesundheitsschaden drohen, welcher sich nicht auf andere Weise abwenden lässt.

Dabei muss der mögliche Behandlungserfolg der Grundrechtseinschränkung durch die Unterbringung gegenübergestellt werden; insbesondere muss der Nutzen der Behandlung mit Zwang größer sein als der etwaige Gesundheitsschaden, welcher ohne die Behandlung eintreten würde.

Der Begriff der Notwendigkeit in § 1906 I Nr.2 BGB bringt dabei zweierlei zum Ausdruck: zum einen muss die Unterbringung zum Zweck der Heilbehandlung das letzte Mittel zur Behandlung des Betreuten sein und zum anderen folgt daraus auch die Beachtung des verfassungsmäßig anerkannten Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

Danach ist die Zwangsbehandlung nicht in jedem Fall zulässig, sie ist vielmehr nur dann zulässig und somit notwendig im Sinne des § 1906 I Nr.2 BGB, wenn dadurch ein erheblicher gesundheitlicher Schaden vom Betreuten abgewendet werden kann.

Bei weniger schweren Fällen darf der (einwilligungsunfähige) Betreute nicht behandelt werden, weil die Behandlung zur Abwendung eines weniger gewichtigen gesundheitlichen Schadens unter der Prämisse der Zweck-Mittel-Reaktion nicht mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vereinbar wäre und dem Betreuten in diesen Fällen sein Recht auf Freiheit zur Krankheit verbleibt, was zu beachten ist.

Zur Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist es auch nicht zu beanstanden, dass der BGH²⁷⁴ fordert, in der Unterbringungsgenehmigung die Behandlung nach Inhalt, Gegenstand

²⁷³ Das BVerfG FamRZ 1998, 895 und der BGH FamRZ 2006, 615 sprechen nicht von Lebensgefahr; eindeutiger OLG Düsseldorf FamRZ 1995, 118 (119); aA Marschner, R&P 2005, 47 (51) mwN

und Ausmaß so konkret und bestimmbar wie möglich anzugeben, auch wenn § 70f I Nr.2 FGG lediglich die nähere Bezeichnung der Unterbringungsmaßnahme verlangt.

Nicht gefolgt wird aber der noch weitergehenden Ansicht, dass bei Medikationen genaue Angaben über den Wirkstoff und die Dosierung zu machen seien sowie gegebenenfalls vorsorglich eine alternative Medikation, weil diese Angelegenheiten bereits den Ausführungen der medizinischen Behandlung unterliegen.²⁷⁵

Durch die zusätzlichen Angaben wird auch nicht – wie dies Marschner²⁷⁶ andeutet – das Fehlen einer expliziten, hinreichend bestimmten gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage in die Unterbringungsentscheidung verlagert, weil der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als verfassungsrechtliches Gebot selbstständig neben der gesetzlichen Grundlage aus § 1906 I Nr.2 BGB anzuwenden ist.

g. Zitiergebot, Art. 19 I S.2 GG

§ 1906 I Nr.2 BGB ist aufgrund hinreichender Bestimmtheit Ermächtigungsgrundlage zur Einschränkung der Grundrechte, Artt. 2 II S.3, 104 I S.1 GG.

Nunmehr muss trotzdem untersucht werden, ob das Zitiergebot des Art. 19 I S.2 GG beachtet ist bzw. überhaupt beachtet werden muss.

aa. Grundsätzliche Anwendbarkeit

Das Zitiergebot findet auf vorkonstitutionelles Recht keine Anwendung; das ist unstrittig und wird damit begründet, dass der damalige Gesetzgeber kein Gesetz einhalten konnte, was er nicht kannte.²⁷⁷

Bestritten ist, ob Art. 19 I S.2 GG Anwendung findet, wenn das nachkonstitutionelle Gesetz auf vorkonstitutionelles Recht zurückgreift und dieses wiederholt.²⁷⁸

Windel²⁷⁹ vertritt die Ansicht, dass das Zitiergebot bezüglich § 1906 I Nr.2 BGB keine Anwendung findet, weil die Norm lediglich vorkonstitutionelles Recht wiederhole.

²⁷⁴ BGH FamRZ 2006, 615 (618), so schon OLG Düsseldorf FamRZ 1995, 118; auch Bienwald/Bienwald § 70f Rz. 7; ablehnend Dodegge, NJW 2006, 1627 (1629)

²⁷⁵ so aber BGH FamRZ 2006, 615 (618); wie hier OLG Karlsruhe R&P 2007, 195 (197)

²⁷⁶ Marschner, R&P 2007, 180 (182)

²⁷⁷ Huber in v.Mangoldt/Klein/Starck Art. 19 Rz. 85; Dreier in Dreier, GG, Art. 19 I Rz. 22 – jeweils mwN zur Rechtsprechung

²⁷⁸ hierzu Huber in v.Mangoldt/Klein/Starck Art. 19 Rz. 80-84

²⁷⁹ BtPrax 1999, 46 (49)

Schließlich konnte nach altem Recht viel stärker in die Rechte des Mündels eingegriffen werden als nunmehr in die Rechte des Betreuten.²⁸⁰

Diese Ansicht hat zu Recht Widerspruch erfahren.

Überzeugend vertritt Meyer²⁸¹ die Auffassung dass die Unterbringung nach BGB kein vorkonstitutionelles Gesetz ist, weil vom BVerfG die genehmigungsfreie Unterbringung des Mündels durch den Vormund erst 1961 – und damit nach dem maßgeblichen Zeitpunkt für vorkonstitutionelles Recht⁻²⁸² für verfassungswidrig erklärt wurde, sodass nicht recht verständlich ist, wieso sich § 1906 BGB auf vorkonstitutionelles Recht beziehen soll.

Auch der infolge der bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidung geschaffene § 1800 II BGB ist kein vorkonstitutionelles Recht, sodass von der grundsätzlichen Anwendbarkeit des Art. 19 I S.2 GG auszugehen ist.²⁸³

bb. Beachtung des Zitiergebots unter Berücksichtigung der
Vorgaben des BVerfG

Wenn § 1906 I Nr.2 BGB die Ermächtigungsgrundlage zur zwangsweisen Heilbehandlung während der Unterbringung darstellt, muss sie auch dem Zitiergebot genügen.

Art. 19 I S.2 GG ist bei der Unterbringung anwendbar, weil durch die Freiheitsentziehung das Grundrecht auf Freiheit aus Art. 2 II S.2 GG eingeschränkt wird und das Zitiergebot auf Art. 2 II S.2 GG einschränkende Normen Anwendung findet.²⁸⁴

Das ist deswegen so bemerkenswert, weil ein Verstoß gegen Art. 19 I S.2 GG zur Nichtigkeit der gegen das Zitierverbot verstoßenden Norm führt.²⁸⁵

Nach dem eindeutigen Wortlaut des Art. 19 I S.2 GG muss das Gesetz, aufgrund dessen ein Grundrecht eingeschränkt werden kann, die Grundrechtseinschränkung durch Nennung des betroffenen Grundrechts kenntlich machen.

Demzufolge hätte das das Institut der Betreuung einführende Artikelgesetz²⁸⁶ einen einschränkenden Hinweis auf Artt. 2 und 104 GG geben müssen, was aber nicht erfolgt ist.

²⁸⁰ BtPrax 1999, 46 (49)

²⁸¹ BtPrax 2002, 252 (255)

²⁸² Pieroth in Jarass/Pieroth Art. 100 Rz. 8 mwN: Nachkonstitutionelles Gesetze liegt vor, wenn es nach dem 23.05.1949 verkündet wurde.

²⁸³ Meyer, BtPrax 2002, 252 (255)

²⁸⁴ vgl. nur Jarass in Jarass/Pieroth Art. 19 Rz. 4 und Art. 104 Rz. 4

²⁸⁵ Huber in v.Mangoldt/Klein/Starck Art. 19 Rz. 102; Jarass in Jarass/Pieroth Art. 19 Rz. 3

Fraglich ist daher, ob das Gesetz, insoweit es die besagten Grundrechte einschränkt, nichtig ist und daher keine Wirkung entfaltet.

Das Zitiergebot sollte ursprünglich eine psychologische Warnfunktion für den Gesetzgeber darstellen und ihm die Grundrechtseingriffe vor Augen führen.²⁸⁷

Umso unverständlicher ist, wieso das BVerfG das Zitiergebot seit jeher restriktiv anwendet und es durch die Zulassung zahlreicher Ausnahmen erheblich an Bedeutung verloren hat, sodass dem Zitiergebot zumindest beim Erlass grundrechtsrelevanter Normen praktisch keine Bedeutung mehr beigemessen werden und den ursprünglichen Zweck der Warn- und Signalfunktion für den Gesetzgeber und die Allgemeinheit nicht mehr erfüllen kann.²⁸⁸

Nach dem BVerfG²⁸⁹ bedürfe es einer engen Auslegung, damit die Vorschrift nicht zu einer leeren Förmlichkeit erstarre und den die verfassungsmäßige Ordnung konkretisierenden Gesetzgeber in seiner Arbeit nicht unnötig behindere.

Weiterhin sei bei bloßen Wiederholungen von Grundrechtseingriffen ebenso wie bei offensichtlichen Eingriffen keine Anwendung des Zitiergebots notwendig.²⁹⁰

Diese einschränkende Anwendung durch das BVerfG ist vor allem in der Literatur – zu Recht – auf Kritik gestoßen, weil mit dieser Argumentation zwingende verfassungsrechtliche Vorgaben in der Gesetzgebung nicht eingehalten werden.²⁹¹

Doch ist es nicht Aufgabe, im Rahmen dieser Arbeit die einschränkende Anwendung des Zitiergebots bis in das Detail aufzuarbeiten und eine verfassungsrechtliche Stellungnahme abzugeben.

Insoweit muss im Umfang der hiesigen Arbeit die aufgeworfene Frage, ob § 1906 I Nr.2 BGB gegen das Zitiergebot verstößt, unter Rückgriff auf den vom BVerfG gemachten Vorgaben untersucht werden.

Die freiheitsentziehende Unterbringung dürfte insofern eine Wiederholung bzw. ein offensichtlicher Eingriff in Artt. 2 II S.3, 104 I S.1 GG sein, weil der Bezug zum Wortlaut des

²⁸⁶ BGBI. 1990 I, 2002; Das Artikelgesetz reicht aus, um den Grundrechtseingriff zu kennzeichnen, vgl. Huber in v.Mangoldt/Klein/Starck Art. 19 Rz. 99

²⁸⁷ Huber in v.Mangoldt/Klein/Starck Art. 19 Rz. 70-73

²⁸⁸ Huber in v.Mangoldt/Klein/Starck Art. 19 Rz. 79 mit deutlicher, kritischer Stellungnahme ab Rz. 89

²⁸⁹ BVerfGE 28, 36 (46); BVerfGE 35, 185 (188)

²⁹⁰ BVerfGE 35, 185 (189);

²⁹¹ Dreier in Dreier, GG, Art. 19 I Rz. 24 Fn. 89, 90; Huber in v.Mangoldt/Klein/Starck Art. 19 Rz. 89 ff.

Grundgesetzes durch das in § 1906 I BGB enthaltene Wort „Freiheitsentziehung“ hergestellt wird und somit den verfassungsmäßigen Anforderungen genüge trägt.

Dann reduziert sich die im Rahmen des Art. 19 I S.2 GG zu behandelnde Frage aber im Wesentlichen darauf, ob § 1906 I Nr.2 BGB die Befugnis zur Zwangsbehandlung in sich trägt und es sich um einen offensichtlichen Grundrechtseingriff handelt.

Hierbei ist zunächst zu berücksichtigen, dass das Recht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 II S.1 GG eingeschränkt wird.

In diesem Zusammenhang muss die tatsächliche Verknüpfung von Heilbehandlung und Unterbringung beachtet werden, welche der Gesetzgeber – zugegeben etwas unklar – dadurch hergestellt hat, dass er die Heilbehandlung als notwendig, also unumgänglich, beschreibt, um gleichzeitig darauf hinzuweisen, dass sie ohne die Unterbringung nicht durchgeführt werden kann.

Insofern bedient sich der Gesetzgeber der Unterbringung, um den Betreuten letztlich zwangszubehandeln.

Diese Auslegung des § 1906 I Nr.2 BGB wird nach Ansicht des Verfassers somit den vom BVerfG vorgegebenen, niedrigen verfassungsmäßigen Anforderungen an das Zitiergebot gerecht.²⁹²

Gleichwohl erscheint das Ergebnis unter rechtsdogmatischen Gesichtspunkten und dem eindeutigen Wortlaut des Art. 19 I S.2 GG jedoch zweifelhaft.²⁹³

Weil die verfassungsrechtliche Literatur und die Praxis der Spruchkörper diametral andere Meinungen vertreten, soll sich im Rahmen dieser Arbeit an der Rechtsprechung des BVerfG orientiert werden.

So hat das BVerfG²⁹⁴ die gewichtigen Argumente der Literatur ohne umfangreiche Diskussion in der Sache zurückgewiesen, wenn es ausführt, dass sich die Staatspraxis inzwischen auf die einschränkende Anwendung des Zitiergebots eingestellt habe, ohne dass Nachteile für den Grundrechtsschutz erkennbar seien.

Bereits im Jahre 1973 hat das BVerfG²⁹⁵ darauf hingewiesen, dass eine Vorschrift nicht schon deshalb verfassungswidrig sei, weil das sie einfügende Gesetz den betroffenen Grundrechtsartikel nicht nenne.

²⁹² aA Meyer, BtPrax 2002, 252 (255)

²⁹³ Huber in v.Mangoldt/Klein/Starck Art. 19 Rz. 89 ff.; Dreier in Dreier, GG, Art. 19 I Rz. 27 spricht von einem „Bruch zwischen allgemeiner Grundrechtsdogmatik und der Judikatur“.

²⁹⁴ BVerfGE 64, 72 (80)

²⁹⁵ BVerfGE 35, 185 (188)

Selbst wenn das BVerfG die Rechtsprechung bezüglich des Zitiergebots umstellte, würde dies nicht automatisch zur Nichtigkeit der bereits bestehenden Gesetze, die dann eigentlich als gegen das Zitiergebot verstoßend anzusehen wären, führen.

Vielmehr müssten diese Bestand haben.²⁹⁶

cc. Ergebnis

Das Zitiergebot ist grundsätzlich anwendbar, weil es sich um nachkonstitutionelles Recht handelt.

Wenn auch mit erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken erfüllt § 1906 I Nr.2 BGB die Anforderungen des Art. 19 I S.2 GG; dies muss insbesondere im Hinblick auf die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung gelten, infolgedessen das Zitiergebot erheblich an Bedeutung verloren hat.

VI. Zwangsbehandlung nach öffentlich-rechtlichem Unterbringungsrecht, hier: nach dem Berliner PsychKG

Der Anwendungsbereich der Unterbringung nach dem Betreuungsrecht (so genannte zivilrechtliche Unterbringung) und die Unterbringung nach öffentlichem Recht (so genannte öffentlich-rechtliche Unterbringung)²⁹⁷ überschneiden sich in ihrem Anwendungsbereich dergestalt, dass die öffentlich-rechtliche Unterbringung bei Eigen- und Fremdgefährdung gem. § 8 I S.1 Berliner PsychKG möglich ist, die Unterbringung nach § 1906 I BGB hingegen nur bei Eigengefährdung.

Gem. § 30 II S.2 Berliner PsychKG ist aber nur die Zwangsbehandlung von Anlasskrankheiten zulässig und nicht die von Begleiterkrankungen, worauf Tietze²⁹⁸ zutreffend hinweist; das ist ein Unterschied zur zivilrechtlichen Unterbringung.

In Bundesländern mit einer vergleichbaren Regelung ist es daher möglich, dass der Betroffene durch Begleiterkrankungen einen erheblichen gesundheitlichen Schaden davonträgt, wenn er nicht behandelt wird.

Insofern enthält das Berliner PsychKG keine umfassende Regelung bezüglich der Zwangsbehandlung, sodass der Schutz des Betroffenen nicht optimal gewährleistet ist.

²⁹⁶ so Sachs in Sachs, GG, Art. 19 Rz. 32

²⁹⁷ ausführlich Sonnenfeld in Jansen, FGG, Vor §§ 70-70n Rz. 6 ff. Das Nähere regelt das jeweilige Landesrecht.

²⁹⁸ BtPrax 2006, 131 (133)

Außerdem ist die zivilrechtliche der öffentlich-rechtlichen Unterbringung gegenüber vorrangig mit dem Ziel, dass der Betreuer über die Unterbringung entscheidet und diese gegebenenfalls auch beenden muss, § 1906 III S.1 BGB.²⁹⁹

Die zivilrechtliche Unterbringung ist der öffentlich-rechtlichen Unterbringung in jedem Fall vorzuziehen; nach § 30 II S.2 Berliner PsychKG ist die Zwangsbehandlung von Begleiterkrankungen nicht zulässig, sodass insofern die zivilrechtliche Unterbringung die einzige Alternative ist.

Dementsprechend ist es besonders bedeutsam, dass im Rahmen der zivilrechtlichen Unterbringung Zwangsheilbehandlungen von Anlass- und Begleiterkrankungen zulässig sind.

VII. Ergebnis

Die Anwendung von Zwang im Rahmen einer vormundschaftsgerichtlich genehmigten Unterbringung zum Zweck der Heilbehandlung des Betreuten ist zulässig.

Die gem. Artt. 2 II S.3, 104 I S.1 GG notwendige Ermächtigungsgrundlage ist § 1906 I Nr.2 BGB, der nur dahingehend sinnvoll ausgelegt werden kann, dass die Unterbringung zum Zweck der Heilbehandlung zulässig ist, auch wenn diese mit Zwang durchgesetzt werden muss.

Denn der primäre Zweck der Unterbringung liegt in der Heilbehandlung.

Ein Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz liegt nicht vor, sodass § 1906 I Nr.2 BGB bezüglich der Zwanganwendung nicht gegen den Gesetzesvorbehalt verstößt.

Das Zitiergebot des Art. 19 I S.2 GG ist trotz verfassungsrechtlicher Bedenken erfüllt.

Die vermeintliche Inkonsequenz der Rechtsprechung und ihr folgend der Literatur ist der Unvollkommenheit der Regelungen des Gesetzgebers zu verdanken, der die Zwangshandlungsbefugnisse des Betreuers gegenüber dem Betreuten nur unzureichend geregelt hat.

Muscheler³⁰⁰ bezeichnet dies überaus zutreffend als Inkonsequenz des Gesetzes.

Kann bei der ambulanten Zwangsbehandlung § 1906 I BGB weder direkt noch im Wege des Erst-recht-Schlusses im grundrechtsrelevanten Bereich Anwendung finden, scheint die Anwendung von Zwang unter den Voraussetzungen des § 1906 I Nr.2 BGB mit dem Grundgesetz vereinbar, weil der Gesetzgeber bezüglich der stationären Unterbringung eine

²⁹⁹ zur Vorrangigkeit Sonnenfeld in Jansen, FGG, Vor §§ 70-70n Rz. 14; Tietze, BtPrax 2006, 131 (133)

³⁰⁰ FamRZ 2006, 690 (691)

nicht eindeutige, aber immerhin noch hinreichend bestimmte Norm geschaffen hat, die zur Bejahung der Zwangsbehandlung während der Unterbringung führt und als Ermächtigungsgrundlage dient.

Die Anwendung von Zwang zur Durchsetzung der Heilbehandlung im Rahmen der Unterbringung ist daher mit dem Grundgesetz vereinbar.

Inwieweit die Anwendung von Zwang im Rahmen der psychiatrischen Praxis tatsächlich zu befürworten ist, ist eine medizinische und daher von der psychiatrischen Literatur und Praxis zu klärende Frage, die durch das Gesetz und das Gericht nicht entschieden werden kann.

Es ist die Aufgabe des Richters, zu entscheiden, was im Rahmen des Gesetzes mit dem Grundgesetz vereinbar ist.

Es ist aber nicht die Aufgabe des Gesetzes und des Richters zu überprüfen, inwieweit aus psychiatrischer Sicht Zwangsanwendungen wünschenswert sind.

Insofern muss entgegen Marschners³⁰¹ Ansicht die Diskussion über die Anwendung von Gewalt in der Psychiatrie von medizinischer, psychiatrischer Seite aus geführt werden; das Recht und Gesetz kann das nicht leisten.

Der öffentlich-rechtlichen Unterbringung kommt hingegen nur eine nachrangige, subsidiäre Bedeutung zu; im Rahmen des Berliner PsychKG sind ohnehin nur Zwangsbehandlungen von Anlasskrankheiten zulässig.

E. Die zwangsweise Verbringung des Betreuten in ein „offenes“ Alten- oder Pflegeheim

I. Darstellung des Problems³⁰²

Für den Betreuten ist eine Betreuung eingerichtet; unter anderem umfasst der Aufgabenkreis das Aufenthaltsbestimmungsrecht.

Der Betreute bewohnt eine eigene Wohnung.

Seit dem 16.06.2000 befindet er sich in stationärer Behandlung in einem Krankenhaus.

Nach dem Krankenhausaufenthalt kommt er in das dortige Kurzzeitpflegeheim.

³⁰¹ R&P 2007, 180 (182)

³⁰² entnommen der Entscheidung des AG Mainz FamRZ 2001, 656 (657)

Laut ärztlicher Stellungnahme und dem Bericht der Betreuerin ist langfristig gesehen die Übersiedlung des Betreuten in ein Pflegeheim auf Dauer und zum Wohl des Betreuten erforderlich.

Der Betreute sträubt sich gegen die geplante Umsiedlung und möchte lieber in seine Wohnung mit gewohntem Umfeld zurückkehren.

Daher sieht sich die Betreuerin gezwungen, beim Vormundschaftsgericht die Genehmigung zur „Heimunterbringung gegen seinen Willen“ zu beantragen, wobei unter Umständen der Einsatz von Zwangsmitteln erforderlich sei.

Das AG Mainz³⁰³ versagt die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung der Maßnahme.

II. Anwendung von Zwang bei der Verschaffung in ein offenes Altenpflegeheim

2. Zuführung zur Unterbringung

Das oben beschriebene Problem führt dazu, dass der Betreuer unter Umständen versuchen wird, mit körperlichem Zwang gegen den Betreuten vorzugehen und ihn mit diesen Mitteln in ein Heim zu zwingen.

Dieses Vorgehen ist überaus bedenklich, weil besonders ältere Leute körperlich nicht in der Lage sind, sich gegen ein gewaltsames Vorgehen des Betreuers zu wehren.

Fraglich ist, ob bereits eine Zwangsmaßnahme vorliegt, wenn der Betreuer versucht, den Betreuten mit psychischem Druck in ein Altenpflegeheim zu drängen, obwohl der Betreute lieber zu Hause wohnen bleiben möchte.

Dabei liegt solange keine Art von verdecktem Zwang vor, wie er dem Betreuten nicht mit Sanktionen droht.

Wenn der Betreuer aufgrund des entsprechenden Aufgabenkreises von der Androhung von Sanktionen Gebrauch macht, ist auch hier bereits der Grad von verdecktem Zwang erreicht.

Denn auf diese Weise wird der natürliche Wille des Betreuten überwunden bzw. gebrochen, was eindeutig das Merkmal einer Zwangsmaßnahme ist.

³⁰³ a.a.O.

Es darf jedoch nicht verkannt werden, dass sich das Handeln des Betreuers nicht in jedem Fall eindeutig zuordnen lässt, sodass sich das Handeln des Betreuers in einem gewissen Umfang in einer rechtlichen Grauzone abspielt.

Die Beurteilung, ob der natürliche Wille gebrochen wird oder ob der Betreuer in mühevoller Arbeit den Betreuten von dem Heimaufenthalt überzeugen und ihn somit von seiner Meinung, in der eigenen Wohnung zu bleiben, abbringen kann, fällt äußerst schwer.

Schließlich führt diese Gespräche der Betreuer, wozu er gesetzlich verpflichtet ist, § 1901 III S.3 BGB.

Nicht zuletzt muss aber in diesem Bereich die Sensibilität des Betreuers geschärft werden, um zu erkennen, dass die dem Wohl des Betreuten dienende Heimverschaffung nicht um jeden Preis durchgesetzt werden kann bzw. muss.

Kann der Betreute nicht mit sachlichen Argumenten zu einer Übersiedlung in ein Heim bewegt werden, sind die Grenzen des fürsorglichen Charakters der Betreuung erreicht.³⁰⁴

Die Situation wird besonders misslich, wenn der Betreuer beabsichtigt, die Wohnung zu kündigen sowie mit der zwangsweisen Heimverschaffung des Betreuten seine Entscheidung in die Tat umzusetzen.

Hierbei ist es die verantwortungsvolle Aufgabe des Rechtspflegers³⁰⁵, im Rahmen seiner Genehmigungsentscheidung nach § 1907 I BGB, sofern kein Fall § 1907 II S.2 BGB vorliegt, zu prüfen, inwieweit der Betreute tatsächlich heimverschaffungsbedürftig ist; im Zweifel kann sogar ein Sachverständigengutachten im Wege der Amtsermittlungspflicht gem. § 12 FGG eingeholt werden.

Durch die zwangsweise Heimverbringung wird der Betreute in seinem Grundrecht auf körperliche Bewegungsfreiheit aus Art. 2 II S.2 GG massiv eingeschränkt; der Betreute darf sich nicht mehr dort aufhalten, wo er es möchte.³⁰⁶

Der besondere Schutz des Betreuten wird hierbei durch den in Art. 104 I S.1 GG grundrechtlich garantierten Gesetzesvorbehalt gewährt.

2. Eindringen in die Wohnung

³⁰⁴ Sonnenfeld Rz. 195d

³⁰⁵ § 14 I Nr.4 RPfIG im Umkehrschluss

³⁰⁶ Jarass in Jarass/Pieroth Art. 2 Rz. 112 mwN; LG Offenburg FamRZ 1997, 899

Das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung aus Art. 13 I GG ist ebenfalls tangiert, wenn der Betreuer gegen den Willen des Betreuten in die Wohnung des Betreuten eindringt.

– Das Eindringen in die Wohnung soll an dieser Stelle noch nicht näher behandelt werden, weil unter F. der Arbeit bezüglich des Eindringens in die Wohnung zum Zweck der Entmüllung zu diesem Themenkreis ausführlicher Stellung genommen werden soll. –

Es kann aber schon an dieser Stelle festgehalten werden, dass auch bei der zwangsweisen Heimverschaffung das Grundrecht aus Art. 13 I GG verletzt ist, wenn der Betreuer gegen den natürlichen Willen des Betreuten dessen Wohnung betritt.

III. Aufgabenkreis

Der Betreuer braucht natürlich auch hier einen entsprechenden Aufgabenkreis, um den Aufenthalt des Betreuten zu bestimmen.

Oftmals wird im hiesigen Zusammenhang der Aufgabenkreis der Aufenthaltsbestimmung gewählt.³⁰⁷

Die Frage ist nur, welche rechtliche Bedeutsamkeit diesem Aufgabenkreis überhaupt noch beigemessen werden kann; der Aufgabenkreis beinhaltet nach dem Wortlaut und der Logik zwar in gewisser Hinsicht immanent die Befugnis, das Aufenthaltsbestimmungsrecht durchzusetzen.

Nach dem bereits Gesagten ist aber das Gegenteil der Fall.

Dem Betreuer wird durch die Anordnung eines entsprechenden Aufgabenkreises nicht mit der Rechtsmacht ausgestattet, seine im Rahmen dieses Aufgabenkreises getroffenen Entscheidungen durchzusetzen.

Das ist spätestens seit der Grundsatzentscheidung des BGH wohl herrschende Auffassung in Rechtsprechung und Literatur und führt dazu, dass der Betreuer, wenn er durch die Umsetzung seiner Entscheidungen in die Grundrechte (Artt. 2 II S.2, 13 I GG) eingreift, eine Ermächtigungsgrundlage braucht.³⁰⁸

Das Fremdbestimmungsrecht des Betreuers geht dem Selbstbestimmungsrecht des Betreuten grundsätzlich zwar vor.³⁰⁹

³⁰⁷ vgl. hierzu Sonnenfeld, FamRZ 1995, 393 (394)

³⁰⁸ BGH BtPrax 2001, 32 (34, 35); OLG Hamm Rpfleger 2003, 189; LG Offenburg FamRZ 1997, 899 (900); ähnlich AG Mainz FamRZ 2001, 656 (657); Jürgens in Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein Rz. 240

³⁰⁹ Sonnenfeld Rz. 186; Sonnenfeld, FamRZ 1995, 393 (394)

Dass der Aufgabenkreis der Aufenthaltsbestimmung jedoch sinnentleert ist, wenn der Betreute die notwendige Mitarbeit verweigert, muss insoweit hingenommen werden, weil die Gefahr von sinnlosem Recht nicht die Ermächtigungsgrundlage zu ersetzen vermag.³¹⁰

Daher sind auch im Fall der Aufenthaltsbestimmung bei konsequenter Beachtung des Grundgesetzes die Grenzen schnell erreicht.³¹¹

IV. Frage der Einwilligungsfähigkeit

Weil die Entscheidung über den Aufenthalt nicht rechtsgeschäftlicher Natur ist, ist die die Geschäftsunfähigkeit in diesem Zusammenhang der falsche Ansatzpunkt, vielmehr ist zu prüfen, ob der Betreute in den Grenzen seiner eigenen Aufenthaltsbestimmung einwilligungs(un)fähig ist.³¹²

Insoweit kann es keine gegenteiligen, rechtlich bedeutsamen Entscheidungen über den Aufenthalt von Betreuer und Betreuten geben, weil der Betreuer die Erklärung über die Aufenthaltsbestimmung nur wirksam ersetzen kann, wenn dieser seinerseits einwilligungsunfähig ist.

Die so genannte Doppelzuständigkeit bezüglich der Aufenthaltsbestimmung kann es somit nicht geben.³¹³

Im Ergebnis ist also für die Anordnung des Aufgabenkreises der Aufenthaltsbestimmung Voraussetzung, dass der Betreute insoweit einwilligungsunfähig ist.

V. Rechtsgrundlage

3. § 1906 I BGB

Auch in dem hiesigen Problemkreis ist zu überlegen, ob § 1906 BGB als Ermächtigungsgrundlage angewandt werden kann.

Dabei müssen natürlich die Voraussetzungen erfüllt sein.

a. Der Unterbringungs-Begriff

³¹⁰ Heide S. 158, 159

³¹¹ vgl. Sonnenfeld Rz. 187, 195d, die Zwangsbefugnisse zu Recht verneint.

³¹² so überzeugend Sonnenfeld, FamRZ 1995, 393 (394)

³¹³ Sonnenfeld, FamRZ 1995, 393 (395)

Wie bereits oben dargestellt definiert der BGH³¹⁴ die Unterbringung wie folgt:

„Eine freiheitsentziehende Unterbringung [...] ist gegeben, wenn der Betroffene gegen seinen Willen oder im Zustand der Willenlosigkeit in einem räumlich begrenzten Bereich eines geschlossenen Krankenhauses, einer anderen geschlossenen Einrichtung oder dem abgeschlossenen Teil einer solchen Einrichtung festgehalten, sein Aufenthalt ständig überwacht und die Kontaktaufnahme mit Personen außerhalb des Bereichs eingeschränkt wird.“

Diese Definition setzt voraus, dass der Betreute in einer – wie auch immer – geschlossenen Einrichtung verbleiben muss.

§ 1906 I BGB als Regelung der zivilrechtlichen Unterbringung knüpft nicht an einen bestimmten Anstaltstypus, der ausschließlich zur Unterbringung geeignet wäre, an.

Das gibt auch der BGH³¹⁵ in seiner Definition zu verstehen, wenn er von einer „anderen geschlossenen Einrichtung“ spricht.

Damit kann grundsätzlich auch ein Altenpflegeheim als Einrichtung für eine geschlossene Unterbringung in Betracht kommen, wenn zum Beispiel die Fenster und Türen ständig mit einem Schlüssel abgeschlossen sind, der von den Bewohnern nicht ohne Weiteres besorgt werden kann; in dieser Situation liegt bereits eine geschlossene Einrichtung vor, weil der Kontakt zur Außenwelt gegen den natürlichen Willen des Betroffenen beschränkt ist.³¹⁶

Ein Altenheim in dem soeben beschriebenen Problemkreis ist aber nicht gemeint, weswegen in der Literatur und Judikatur auch von der Verbringung in ein „offenes“ Pflegeheim gesprochen wird, um auszuschließen, dass ein Pflegeheim vorliegt, in dem potenziell eine Unterbringung im Sinne des § 1906 I BGB möglich ist.

In den so genannten offenen Alten- oder Pflegeheimen muss es den Bewohnern daher möglich sein, das Gebäude ohne Hindernisse zu verlassen.

Dass der Betreute gegebenenfalls aufgrund seines physischen und/oder psychischen Gesundheitszustandes das offene Heim nicht verlassen kann, macht den Heimaufenthalt dadurch nicht zu einer freiheitsentziehenden Unterbringung.³¹⁷

³¹⁴ BtPrax 2001, 32 (33); vgl. hierzu auch Sonnenfeld Rz. 324 mwN

³¹⁵ a.a.O.

³¹⁶ überzeugend Sonnenfeld Rz. 325 in einer Anmerkung zu KreisG Schwedt FamRZ 1993, 601; ebenso MünchKommBGB-Schwab § 1906 Rz. 7 aE

³¹⁷ so auch OLGReport Bremen 1998, 296

Daher sind mangels Erfüllung der Anforderungen an die Unterbringung die Voraussetzungen des § 1906 I BGB nicht gegeben.³¹⁸

b. § 1906 I Nr.1 BGB

Wie bereits oben erörtert muss für die Unterbringung nach § 1906 I Nr.1 BGB die schwere Gefahr der gesundheitlichen Selbstschädigung gegeben sein, die bloße Möglichkeit reicht hingegen nicht aus.³¹⁹

In dem beschriebenen Fall wird der Grad der Selbstgefährdung in der Regel in dem erforderlichen Maße nicht erreicht sein, sodass auch aus diesem Grund die Anwendung von § 1906 I Nr.1 BGB ausscheiden muss.

c. § 1906 I Nr.2 BGB

Der primäre Zweck der Unterbringung nach Nr.2 ist es, den Gesundheitszustand zu untersuchen, die Heilbehandlung durchzuführen, oder einen ärztlichen Eingriff vorzunehmen. Fraglich ist, ob § 1906 I Nr.2 BGB – unabhängig der fehlenden Unterbringung – erfüllt sein könnte.

Hierbei muss jedoch entschieden auf den originären Zweck der Unterbringung abgestellt werden.

Dieser ist die Durchführung der Heilbehandlung oder Ähnliches.

Der Zweck, den Betreuten in einem Altenheim wohnen zu lassen, liegt aber hauptsächlich darin, dem Betreuten soziale Kontakte zu gewähren, ihm ein Obdach zu geben sowie die Versorgung mit Lebensmitteln zu gewährleisten.

Dass dabei eine medizinische Überwachung und Grundversorgung erfolgt, ist insoweit unerheblich, weil der Aufenthalt in einem Altenheim eben nicht hauptsächlich dem Zweck der medizinischen Heilbehandlung dient.

³¹⁸ OLG Hamm Rpfleger 2003, 189; OLGReport Bremen 1998, 296; LG Offenburg FamRZ 1997, 899 (900); AG Mainz FamRZ 2001, 656 (657); Sonnenfeld, FamRZ 1995, 393 (395)

³¹⁹ MünchKommBGB-Schwab § 1906 Rz. 16; Sonnenfeld Rz. 330

Daher kommt eine Unterbringung auch aus diesem Grunde nicht in Betracht.

4. Ergebnis

Im Ergebnis kann ein Genehmigungsverfahren nach § 1906 I BGB aus mehreren Gründen nicht eingeleitet werden.

Zum einen ist der Begriff der Unterbringung nicht erfüllt und zum anderen sind zusätzlich weder die Voraussetzungen des § 1906 I Nr.1 BGB oder des § 1906 I Nr.2 BGB gegeben.

Somit existiert im gegenwärtigen Betreuungsrecht nicht die nach Artt. 2 II S.3, 104 I S.1 GG notwendige Ermächtigungsgrundlage, die einen Eingriff in das Recht auf körperliche Bewegungsfreiheit zur zwangsweisen Heimverbringung legitimieren könnte.

Die Entscheidung des LG Bremen³²⁰, wonach § 1906 BGB sinngemäß angewandt werden könne, wenn die Maßnahme zum Wohl des Betreuten objektiv notwendig sei, ist aufgrund der mangelnden Verfassungskonformität abzulehnen.

Der Betreuer kann den Betreuten deswegen nicht unter Zuhilfenahme der Betreuungsbehörde gem. §§ 70g V, 70 I S.2 Nr.1b) FGG zwangsweise in das offene Pflegeheim verbringen, weil die dafür erforderliche Unterbringung wie oben aufgezeigt nicht gegeben ist.³²¹

VI. Rechtsgrundlagen im Wege des Erst-recht-Schlusses

4. Fehlende Voraussetzungen für einen Erst-recht-Schluss

Fraglich ist, ob im Wege des Erst-recht-Schlusses § 1906 I BGB nicht doch auf die zwangsweise Verbringung in ein offenes Pflegeheim angewandt werden kann und in der Konsequenz § 70g V FGG Anwendung findet.

In Betracht käme wiederum nur der Schluss vom Größeren auf das Kleinere (argumentum a maiore ad minus), die zwangsweise Heimverbringung könnte im Vergleich zur Unterbringung das mildere Mittel sein.

Dafür müssten jedoch die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 1906 I BGB – unabhängig der Frage einer echten, unbewussten Regelungslücke – gegeben sein.

³²⁰ BtPrax 1994, 102 (103); ausdrücklich ablehnend inzwischen OLGReport Bremen 1998, 296 (297)

³²¹ so auch OLGReport Bremen 1998, 296 (297); MünchKommBGB-Schwab § 1906 Rz. 13; Sonnenfeld in Jansen, FGG, § 70g Rz. 37

Wie soeben festgestellt sind weder die Voraussetzungen des § 1906 I Nr.1 noch Nr.2 BGB erfüllt, sodass schon deswegen der Erst-recht-Schluss ausscheiden muss.³²²

In Wirklichkeit ist die zwangsweise Heimverbringung auch kein milderes Mittel (minus) im Vergleich zur Unterbringung, sondern eine andersartige Maßnahme (aliud), weil die zwangsweise Heimverbringung auf die Durchsetzung eines dauerhaften Aufenthaltswechsels abzielt, die Unterbringung aber nur eine temporäre Beschränkung darstellt.³²³

Insofern überzeugt auch die Argumentation Windels³²⁴ nicht, dass, wenn die zwangsweise Heimverbringung ausreichend sei, diese in jedem Fall einer Unterbringung vorzuziehen sei.

5. Starrheit des § 1906 BGB

Wenn der Betreute eine hohe Selbstschädigungsgefahr in sich trägt, diese aber durch die Herstellung sozialer Kontakte mit den übrigen Heimbewohnern und dem Personal beseitigt werden könnte, ist es unter Umständen auch möglich, dass der Betreuer den Betreuten nicht in eine geschlossene Einrichtung geben will, sondern in ein offenes Pflegeheim, obwohl die Voraussetzungen der Unterbringung nach § 1906 I BGB erfüllt sind.

Fraglich ist, ob der Betreute dem Pflegeheim in diesem speziellen Fall zugeführt werden kann, wenn er sich gegen die Verbringung wehrt.

Hierbei tritt eine in Literatur und Rechtsprechung noch unzureichend diskutierte Problematik zutage, weil in dieser Frage die starre Systematik des § 1906 I BGB deutlich wird.

Nach dem Sinn und Zweck der Norm überzeugt es auf den ersten Blick nicht restlos, dass der Betreuer den Betreuten nur in einer geschlossenen Einrichtung unterbringen kann, um das Genehmigungsverfahren zur eigenen rechtlichen Absicherung herbeizuführen, weil durch die Genehmigung nach § 1906 II S.1 BGB die Rechtmäßigkeit der Unterbringung und somit die Entscheidung des Betreuers legitimiert wird.

Begibt sich der Betreute derweil ohne körperlichen Widerstand in das Pflegeheim, stellt sich die Frage der zwangsweisen Verbringung nicht, sodass insoweit die Anwendung von § 70g V FGG von vornherein ausscheidet.

³²² OLG Hamm Rpfleger 2003, 189; LG Offenburg FamRZ 1997, 899 (900)

³²³ so eindringlich OLG Hamm Rpfleger 2003, 189; Marschner, R&P 2001, 132 (133)

³²⁴ BtPrax 1999, 46 (50)

Eine Anwendung von § 1906 I BGB ist in diesem Fall überhaupt nicht erforderlich und rechtlich nicht möglich, weil deren Tatbestandsvoraussetzung nicht gegeben ist.

Problematisch ist hingegen, wenn der Betreute nur unter Anwendung von Zwang in ein Pflegeheim verbracht werden kann.

Die Verbringung in einem offenen Pflegeheim mit anschließendem dauernden Aufenthalt des Betreuten ist im Vergleich zur Unterbringung in einer geschlossenen Einrichtung zunächst tatsächlich das mildere Mittel, weil der Betreute jederzeit die Möglichkeit hat, das Heim zu verlassen.

Wenn bei dem Betreuten die Voraussetzungen nach § 1906 I Nr.1 oder Nr.2 BGB vorliegen, ist es aber vollkommen verantwortungslos, den Betreuten in eine offene Einrichtung zu bringen.

Der Betreuer müsste auf eine Unterbringung in eine geschlossene Einrichtung hinwirken, wobei § 1906 I BGB unmittelbar anwendbar wäre.

Alternativ könnte der Heimaufenthalt in einem offenen Pflegeheim nur mit Maßnahmen nach § 1906 IV BGB gewährleistet werden, damit der Betreute hinreichend vor sich selbst geschützt ist.

Wenn aber zu dem Heimaufenthalt Maßnahmen nach § 1906 IV BGB in Form von Freiheitsbeschränkungen – zum Beispiel durch Fixierungen am Bett – hinzutreten, ist der Sachverhalt auch anders zu beurteilen.

Falsch ist in diesem Zusammenhang die Ansicht des LG Köln³²⁵, dass rein rechtlich der Aufenthalt in einer geschlossenen Anstalt im Vergleich zu einem Heimaufenthalt kombiniert mit Maßnahmen nach § 1906 IV BGB der stärkere Eingriff sei.

Diese Ansicht, welche sich wohl aus den Begrifflichkeiten der einzelnen Maßnahmen heraus ableitet, § 1906 I BGB (Freiheitsentziehung) und § 1906 IV BGB (Freiheitsbeschränkung), ist nicht mit dem Grundsatz der Erforderlichkeit des Eingriffs vereinbar.

Wenn dabei die stark in die Freiheitsrechte des Betreuten aus Art. 2 II S.2 GG eingreifende Bettfixierung durch die Unterbringung nach § 1906 I BGB vermieden werden kann, dürfte die Unterbringung für den Betreuten in der geschlossenen Anstalt die vorzugswürdigere

³²⁵ FamRZ 1993, 110 (111)

Alternative sein, weil sich der Betreute innerhalb des abgeschlossenen Bereichs „frei“ bewegen kann.³²⁶

Dieser Fall beweist eindrucksvoll, dass nicht jede Maßnahme zur Vermeidung einer Unterbringung tatsächlich auch den geringeren Eingriff darstellt.

3. Ergebnis

Im Ergebnis scheidet somit die analoge Anwendung von § 1906 I Nr.1 oder Nr.2 BGB auf die zwangsweise Verbringung in ein offenes Pflegeheim aus, weil eine Unterbringung nicht vorliegt und im Übrigen nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden kann, dass bei einem Aufenthalt in einem offenen Pflege- oder Altenheim ein geringerer Eingriff als bei der Unterbringung vorliegt.

Die letztgenannte Problematik darf nicht überschätzt werden, weil der Betreuer schon allein aus haftungstechnischen aber auch aus verfahrensökonomischen Gründen bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 1906 I BGB auch eine Unterbringung in einer dementsprechenden Einrichtung anstreben wird.

Andere Interessenlagen können sich hingegen bei familiären Betreuungen ergeben.

F. Zwangsweiser Zutritt des Betreuers zur Wohnung des Betreuten

I. Darstellung des Problems³²⁷

„Die Betroffene (Betreute) leidet seit vielen Jahren an Verwahrlosungs- und Vermüllungstendenzen. [...]

Bei der letzten Zwangsräumung im Dezember 1999 fanden sich in Wohnung und Keller zahlreiche verdorbene und verschimmelte Lebensmittel, Einmachgläser mit undefinierbarem Inhalt, nach Angaben des Betreuers teilweise wohl Fäkalien, weil Toilette und Waschbecken nicht mehr benutzbar waren.

Das Bad war mit zahlreichen versifften Gegenständen angefüllt, in der Badewanne lagerten Unmengen von gebrauchten Papierwindeln.

Vor dem Fenster hing in einem Glas ein angefressener verfaulter Fisch.

Es herrschte ein unbeschreiblicher, bestialischer Geruch in der gesamten Wohnung. [...]

³²⁶ Ewers, FamRZ 1993, 853 in einer Anmerkung zu LG Köln FamRZ 1993, 110; ebenso Sonnenfeld Rz. 339

³²⁷ entnommen der Entscheidung des LG Freiburg FamRZ 2000, 1316

Anschließend musste aus seuchenhygienischen Gründen in der Wohnung eine Entwesung und Desinfektion durchgeführt werden.

Diese Zustände wiederholen sich seit Jahren.

Im Oktober 1996 hatte der damalige Vereinsbetreuer anlässlich einer nach nur kurzer Nutzung der Wohnung erfolgten Zwangsräumung berichtet und darauf hingewiesen, daß sich in der Wohnung kleine Insekten und Ungeziefer fanden und der Geruch kaum zu ertragen war.“

Eine Schadensersatzklage seitens des Vermieters wurde u. a. damit begründet, „daß aus der Wohnung und aus dem Kellerraum Verwesungsgerüche drangen.

Die Betroffene habe verfaultes Obst, Knochenreste, Fisch und Käse gelagert.

Lebensmittel unterschiedlichster Art seien im Kellerraum gelagert gewesen, zum Teil in festen Behältnissen, zum Teil Molkereiprodukte in Plastiktüten.

Die Beklagte [Betroffene] habe sich auch aus Mülleimern Dritter versorgt.

Sie habe Hausmüll gesammelt, Obst, faule Früchte, faules Fleisch, Joghurt, und alle anderen Milchprodukte seien offen in der Wohnung gelagert worden. [...]“

Das AG Freiburg als Vormundschaftsgericht führte in seinem Beschluss aus: „Die einzige Möglichkeit, einer Verwahrlosung und Vermüllung vorzubeugen oder entgegenzuwirken, bestünde in einer regelmäßigen Reinigung der Wohnung, die jedoch gegen ihren erklärten Willen durchgeführt werden müßte.“

Die Frage ist nun, ob es eine Ermächtigungsgrundlage gibt, den Betreuer richterlich mithilfe einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung zu ermächtigen, unter Ausübung von Zwang in die Wohnung der Betreuten zu gelangen und ihn so in seinem verfassungsrechtlich geschützten Recht der Unverletzlichkeit der Wohnung aus Art. 13 I GG einzuschränken.

Diese Frage ist streitig.

II. Aufgabenkreis: „Zutritt zur Wohnung“ o. Ä.

Der Betreuer muss zum Betreten der Wohnung einen entsprechenden Aufgabenkreis innehaben.

Dabei wird bereits die Frage der Zulässigkeit dieses Aufgabenkreises von Literatur und Rechtsprechung nicht einheitlich beantwortet.

Hinzu kommt, dass der Aufgabenkreis, obwohl er im Kern dasselbe Ziel verfolgt, oftmals anders formuliert wird, was zu einer gewissen Unübersichtlichkeit führt.

Jedoch ist eines unumstößlich: die Anordnung der Betreuung in Verbindung mit der Übertragung des Aufgabenkreises – gleich welchen Wortlaut dieser besitzt – berechtigt auch im grundrechtsrelevanten Bereich der Wohnung nicht zur Anwendung von Zwang seitens des Betreuers gegenüber dem Betreuten.³²⁸

Insofern ist es auch konsequent, dass dem Betreuer ohne eine spezielle Ermächtigungsgrundlage durch eine besondere Formulierung des Aufgabenkreises keine Zwangsbefugnisse eingeräumt werden können.³²⁹

Nicht ganz verständlich ist daher die Aussage des LG Freiburg³³⁰, welches das Betreuungsverhältnis als eine Art Sonderrechtsverhältnis beschreibt; der Begriff des Sonderrechtsverhältnisses impliziert nach älterer Auffassung³³¹ jedoch gerade die Zwangsbefugnis des Betreuers.

An späterer Stelle sagt das LG Freiburg³³² auch, dass es einer gesonderten richterlichen Ermächtigung bedürfe und nicht schon allein der entsprechende Aufgabenkreis zur Zwanganwendung berechtige.

Das LG Berlin³³³ hält den Aufgabenkreis „Zutritt zur Wohnung“ für zulässig mit der Begründung, dass der Zweck sei, die Wohnung zu erhalten.

Der Erhalt der Wohnung sei nur zu realisieren, wenn der Betreuer auch die Möglichkeit habe, die Vertragsverletzungen, die zur Kündigung berechtigen oder dem Vermieter Duldungs-/Unterlassungsansprüche geben, anstelle des Betreuten zu beseitigen, da dieser aufgrund der Krankheit die Ursachen nicht selbst beseitigen werde bzw. könne.³³⁴

Der Aufgabenkreis solle schließlich klarstellen, dass der Betreute mit dem Betreuer zusammenarbeiten müsse.³³⁵

Das LG Freiburg³³⁶ vertritt sogar die Auffassung, dass der oben genannte Aufgabenkreis bereits im Aufgabenkreis „Wohnungsangelegenheiten“ enthalten sei, jedoch solle klarstellend darauf hingewiesen werden.

³²⁸ Bauer, BtPrax 1996, 55; Bauer, FamRZ 1994, 1562 (1563)

³²⁹ vgl. nur Bauer, FamRZ 1994, 1562 (1564, 1565)

³³⁰ LG Freiburg FamRZ 2000, 1316 (1320)

³³¹ hierzu Helle, FamRZ 1984, 639 (640, 641)

³³² LG Freiburg FamRZ 2000, 1316 (1321)

³³³ LG Berlin FamRZ 1996, 821 (822); vom Grundsatz her ebenso LG Freiburg FamRZ 2000, 1316 (1321)

³³⁴ LG Berlin FamRZ 1996, 821 (822)

³³⁵ LG Berlin FamRZ 1996, 821 (822)

Rechtlich gesehen hilft diese Aussage nicht weiter; entweder ist die Konkretisierung des Aufgabenkreises erforderlich oder der allgemeinere Aufgabenkreis „Wohnungsangelegenheiten“ ist ausreichend.

Bei der Anordnung der Betreuung mit diesem Aufgabenkreis ist nicht absehbar, ob sich aufgrund einer eventuellen, krankheitsbedingten Abwehrhaltung die Situation des Wohnungszutritts später einstellt.

Daher muss ausnahmsweise tatsächlich der Aufgabenkreis „Zutritt zur Wohnung“ besonders angeordnet werden, weil nach allgemeinem Verständnis nicht davon auszugehen ist, dass der Aufgabenkreis „Wohnungsangelegenheiten“ ein Betretungsrecht der Wohnung einschließen soll.

Des Weiteren weist das LG Freiburg³³⁷ darauf hin, dass der Aufgabenkreis „Wohnungsangelegenheiten“ auch die Reinigung, Entwesung und Desinfektion umfasse und nicht nur das rechtsgeschäftliche Handeln.

Zur Unterstützung dieser Meinung kann als Argument die Herstellung des mietvertraglichen Zustands der Wohnung herangezogen werden, weil sich der Betreuer mit diesen Handlungen durchaus im Rahmen seiner Tätigkeit bewegt.

Im Übrigen sind unter Umständen auch bei der Reinigung der Wohnung, etc. Rechtsgeschäfte zu schließen, bei denen der Betreuer gem. § 1902 BGB vertritt.

Das OLG Frankfurt³³⁸ hält auch den Aufgabenkreis „Entrümpelung“ für zulässig.

Dabei wird der Aufgabenkreis „Zutritt zur Wohnung“ und „Entrümpelung der Wohnung“ zumindest in der praktischen Konsequenz mit dem Ziel erteilt, die Wohnung zu entmüllen.

Auf die genaue Unterscheidung des Wortlauts des Aufgabenkreises kommt es mithin nicht an, weil alle denselben Zweck und dasselbe Ziel haben.

So hält das LG Görlitz³³⁹ den Aufgabenkreis „Säuberung der Wohnung“ ebenfalls für zulässig.

Dagegen schließt Bienwald³⁴⁰ einen solchen Aufgabenkreis kategorisch aus.

Dies ergebe sich daraus, dass es ein Gebot der Logik sei, dass der Betreuer durch den Zutritt zur Wohnung quasi Zwang gegen sich selbst ausübe.

³³⁶ LG Freiburg FamRZ 2000, 1316 (1321)

³³⁷ LG Freiburg FamRZ 2000, 1316 (1319/1320)

³³⁸ OLG Frankfurt BtPrax 1996, 71; ebenso BayObLG Rpfleger 2001, 545; OLG Oldenburg FamRZ 2004, 1320 (1321)

³³⁹ LG Görlitz NJWE-FER 1998, 153 (154)

³⁴⁰ Staudinger/Bienwald § 1901 Rz. 42

Ein solcher Aufgabenkreis passe nicht in das Modell der Betreuung, da der Betreuer neben dem Betreuten stehe und ihm nicht als Partei gegenüber.³⁴¹

Weiterhin vertritt er die Meinung, dass der Betreute die Wohnung ja selbst betreten könne und dies auch tue und deswegen ein solcher Aufgabenkreis nicht übertragen werden könne.³⁴²

Das Vormundschaftsgericht könne nur solche Aufgaben übertragen, zu denen der Betreute nicht in der Lage sei.

Des Weiteren sei die Säuberung der Wohnung eine rein tatsächliche Angelegenheit.

Der Meinung Bienwalds kann jedoch nicht gefolgt werden.

Zwar ist es richtig, dass der Betreuer eine Art Beistandsfunktion ausübt, aber gerade dieser Funktion versucht er, in der vorliegenden Situation gerecht zu werden.

Der Betreuer versucht, dem Betreuten in der schwierigen Lage beizustehen und die Lage des Wohnungszustands einzuschätzen.

Die Lage kann aber nur in der Wohnung beurteilt werden und nicht von außen.

Das Argument, dass das Vormundschaftsgericht nur solche Aufgaben übertragen kann, zu denen der Betreute nicht in der Lage ist, ist richtig.

Das folgt schon aus dem Erforderlichkeitsgrundsatz gem. § 1896 II S.1 BGB.

Jedoch geht es primär gerade nicht um den Zutritt zur Wohnung, sondern vielmehr um die Prüfung, wie eine Entmüllung aufgrund des Zustands der Wohnung zu bewerkstelligen ist.

Zur Entscheidung über die Entmüllung der Wohnung ist der Betreute krankheitsbedingt nämlich nicht in der Lage.

Insofern vermag Bienwalds Argumentation nicht zu überzeugen, weil der Zutritt zur Wohnung nur dem Ziel dient, den Zustand der Wohnung zu überprüfen.

Somit ist der Grundsatz, dass der Betreuer nur Aufgabenkreise wahrnehmen kann, in denen der Betreute selbst nicht mehr handeln kann, erfüllt.

Die Besichtigung der Wohnung zur Einleitung der Entmüllung ist zwar eine rein tatsächliche Angelegenheit.

Trotzdem muss der Betreuer versuchen, den vertragsmäßigen Zustand der Wohnung herzustellen, sodass die Säuberung der Wohnung für den Betreuer eine rechtliche relevante Bedeutung hat.

³⁴¹ Staudinger/Bienwald § 1901 Rz. 43

³⁴² Bienwald, FamRZ 2000, 1322 (1323)

Wäre Bienwalds Auffassung schlüssig, so müsste er den Aufgabenkreis „Entrümpelung der Wohnung“ für zulässig erachten, da dies der Betreute aufgrund krankheitsbedingter Einwilligungsunfähigkeit³⁴³ ja selbst nicht wahrnehmen kann.

Daher überzeugt die Auffassung Bienwalds nicht.

Deswegen wird sich der Meinung angeschlossen, die den Aufgabenkreis wie die „Entmüllung“ oder „Zutritt zur Wohnung“ für zulässig erachtet, da er, wie der Ausgangsfall zeigt, ermöglicht, in die Wohnung des Betreuten zu gelangen und sich einen Überblick über die Situation zu verschaffen.

Wie oben ausgeführt ist eine klare Unterscheidung des Wortlauts zwischen „Zutritt zur Wohnung“ und „Entmüllung der Wohnung“ in Literatur und Judikatur soweit ersichtlich nicht erfolgt, da mit den unterschiedlichen Umschreibungen dasselbe Ziel verfolgt wird.

Wenn der Zutritt zur Wohnung Erfolg hat, kann bei entsprechendem Zustand die Entmüllung der Wohnung organisiert werden, weswegen eine wörtliche Unterscheidung nach Ansicht des Verfassers nicht ausschlaggebend ist.

Dabei beinhaltet ein solcher Aufgabenkreis keineswegs bereits die Ausübung von Zwang.

Eine besondere gerichtliche Ermächtigung ist nicht schon in der Betreuerbestellung mit dem oben genannten Aufgabenkreis zu sehen, worüber in der Literatur und Rechtsprechung insofern weitgehend Einigkeit herrscht.³⁴⁴

Nur vereinzelt wird vertreten, dass es keiner gesonderten richterlichen Ermächtigung bedarf, wenn in das Grundrecht aus Art. 13 I GG eingegriffen wird.³⁴⁵

Nach dieser Meinung könne sich der Betreute gegenüber dem Betreuer nicht auf Art. 13 I GG berufen, da er als gesetzlicher Vertreter berechtigt sei, Sachen sowie das Anwesen des Betreuten in Besitz zu nehmen und gegen den Willen des Betreuten zu betreten; im Übrigen sei eine etwaige erforderliche, richterliche Entscheidung bereits in der richterlichen Anordnung des Aufgabenkreises zu sehen.³⁴⁶

Diese Ansicht vermag jedoch nicht zu überzeugen; spätestens seit der Entscheidung des BVerfG³⁴⁷ müssen Grundrechtseingriffe durch eine Ermächtigungsgrundlage legitimiert sein.

³⁴³ zu dieser Voraussetzung sogleich

³⁴⁴ LG Freiburg FamRZ 2000, 1316 (1321); LG Berlin FamRZ 1996, 821 (822, 824); Bauer, FamRZ 1994, 1562 (1563); Bauer, BtPrax 1996, 55; Jürgens in Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein Rz. 240

³⁴⁵ Zimmermann in Damrau/Zimmermann § 1896 Rz. 69

³⁴⁶ Zimmermann in Damrau/Zimmermann § 1896 Rz. 69

³⁴⁷ BVerfGE 10, 302 (322, 324)

Insofern weist das LG Berlin³⁴⁸ auch zutreffend darauf hin, dass die richterliche Entscheidung über die Betreuungsanordnung mit Aufgabenkreiszuweisung schon deswegen keine späteren Grundrechtseingriffe legitimieren kann, weil diese nicht zwangsläufig weitere Grundrechtseingriffe nach sich zieht.

Ob der Eingriff in Art. 13 I GG dem Betreuer überhaupt zusteht, ist umstritten, jedoch kann die Legitimation keinesfalls aus der Erteilung des entsprechenden Aufgabenkreises hervorgehen.

Ob eine Legitimation durch richterliche Ermächtigung möglich ist, wird im Folgenden geprüft.

III. Kriterium der Einwilligungsunfähigkeit oder Geschäftsunfähigkeit für die Anordnung des Aufgabenkreises „Zutritt zur Wohnung“

Nach einer Meinung ist weder die Geschäfts- noch die Einwilligungsunfähigkeit Voraussetzung, um den Aufgabenkreis „Zutritt zur Wohnung“ oder ähnlich anzuordnen.³⁴⁹

Nach einer zweiten, richtigen Meinung ist die Geschäftsunfähigkeit nicht erforderlich bzw. der falsche Anknüpfungspunkt, weil es sich bei der Entscheidung nicht um ein Rechtsgeschäft handelt sondern um einen Realakt.³⁵⁰

Veranschaulichen lässt sich dies daran, dass natürlich auch geschäftsunfähige Personen darüber entscheiden können, wem sie den Zutritt zur Wohnung gewähren; auf die Geschäftsfähigkeit kann es nicht ankommen, weil dieses Recht auch von Minderjährigen ausgeübt werden kann.

Die Geschäftsfähigkeit ist daher auch an dieser Stelle das falsche Kriterium, da es nicht um rechtsgeschäftliches Handeln geht sondern um die Entscheidung über die Zulassung eines Realakts.³⁵¹

Es bleibt somit nur das Kriterium der Einwilligungsunfähigkeit.³⁵²

³⁴⁸ LG Berlin FamRZ 1996, 821 (824)

³⁴⁹ LG Berlin FamRZ 1996, 821 (822)

³⁵⁰ BayObLG Rpfleger 2001, 545; insoweit zutreffend LG Freiburg FamRZ 2000, 1316 (1318, 1319); so scheinbar selbstverständlich Abram, FamRZ 2004, 11 (12); nicht ganz eindeutig Bauer, FamRZ 1994, 1562

³⁵¹ Abram, FamRZ 2004, 11 (12)

³⁵² zur Begrifflichkeit ausführlich unter C. II. 1. a.

Nur wenn der Betreute einwilligungsunfähig ist, kann ein zum Zutritt der Wohnung berechtigender Aufgabenkreis angeordnet werden, andernfalls würde gegen den Grundsatz der Erforderlichkeit gem. § 1896 II S.1 BGB verstoßen.

Der Begriff der Einwilligungsfähigkeit ist bezüglich des hiesigen Problemkreises etwas anders zu verstehen als oben erläutert.

Einwilligungsfähigkeit ist in dem hiesigen Zusammenhang die Fähigkeit, die Art, Bedeutung und Tragweite eines Eingriffs in das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung in seinem wesentlichen Ablauf zu erkennen, zu verstehen und zu überschauen sowie die Entscheidung über den Eingriff aufgrund der gewonnenen Erkenntnisse zu treffen und umzusetzen.

Damit ist gemeint, dass der Betreute im Zustand der Einwilligungsunfähigkeit nicht in der Lage ist, einen von Vernunft und Verstand getragenen freien Willen über die Entscheidung des Wohnungszutritts zu treffen, weil er wegen der Krankheit in der Willensbildung beeinträchtigt wird.

Ob davon regelmäßig auszugehen ist, wenn der Betreute ein derart starkes Vermüllungssyndrom zeigt und die Notwendigkeit des Zutritts zur Wohnung durch den Betreuer nicht mehr erkennt, sodass es überhaupt zur Anwendung von Zwang kommen muss, kann nur im konkreten Einzelfall entschieden werden.

Daher ist die Einwilligungsfähigkeit im Rahmen des Anordnungsverfahrens zu prüfen, um Betreuungen mit dem speziellen Aufgabenkreis des Wohnungszutritts bei einem einwilligungsfähigen Betreuten zu vermeiden, vgl. § 68b I FGG.

IV. Ermächtigungsgrundlagen zur Ausübung von Zwang im FGG

Es wurde bereits unter C. IV. geprüft, ob es im FGG hinreichende Ermächtigungsgrundlagen für die Ausübung von Zwang gibt mit dem Ergebnis, dass diese Frage zu verneinen ist.

Diese Meinung wird auch von der Literatur und Rechtsprechung bezüglich der Frage des gewaltsamen Wohnungszutritts geteilt.³⁵³

Daher wird auf die obigen Ausführungen verwiesen.

³⁵³ Bauer, BtPrax 1996, 55; Bauer, FamRZ 1994, 1562 (1564); Staudinger/Bienwald § 1901 Rz. 41, 42 aE; Bienwald/Bienwald § 1901 Rz. 62; Zimmermann in Damrau/Zimmermann § 1896 Rz. 66; OLG Frankfurt BtPrax 1996, 71; LG Görlitz NJWE-FER 1998, 153 (154)

Die Entscheidung des KG³⁵⁴ betrifft hingegen einen anderen Fall.

In dieser Entscheidung ging es um die Frage, inwieweit im Rahmen des § 68b III S.1 FGG, Vorführung zwecks Begutachtung des Betreuten im Anordnungsverfahren, das Vormundschaftsgericht die zuständige Behörde ermächtigen kann, die Wohnung zu betreten und gegebenenfalls gewaltsam zu öffnen.

Das KG³⁵⁵ hat ausgeführt, dass das Gericht die Befugnis hat, der Behörde durch eine entsprechende Anordnung den zwangsweisen Wohnungszutritt zu gestatten.

Gleichlautend müsste auch der Fall des zwangsweisen Wohnungszutritts im Rahmen des § 70g V S.2, 3 FGG zu beurteilen sein, das heißt, dass die Behörde auch zum zwangsweisen Wohnungszutritt ermächtigt werden könnte.³⁵⁶

V. Ermächtigungsgrundlagen zur Ausübung von Zwang im BGB

1. Verweis

Bezüglich der Prüfung von §§ 1631 III, 1896 IV und 1901 BGB wird auf die Ausführung unter C. V. 3., 4. und 5. verwiesen.

Die Literatur und Rechtsprechung zum zwangsweisen Zutritt zur Wohnung ist bereits an dortiger Stelle berücksichtigt.

Jedoch soll der besondere Ansatz von Abram³⁵⁷ zu § 1907 BGB nicht unerwähnt bleiben.

2. Prüfung der Anwendung von § 1907 I BGB im Wege des Erst-recht-Schlusses

a. Voraussetzungen für den Erst-recht-Schluss

Abram³⁵⁸ schlägt die Anwendung von § 1907 I BGB im Wege des so genannten Schlusses vom Größeren auf das Kleinere (argumentum a maiore ad minus) vor.

³⁵⁴ FamRZ 1997, 442

³⁵⁵ FamRZ 1997, 442; vgl. auch Bienwald/Bienwald § 68b Rz. 79

³⁵⁶ Sonnenfeld in Jansen, FGG, § 70g Rz. 34; Jürgens in Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein Rz. 247

³⁵⁷ FamRZ 2004, 11 (15)

³⁵⁸ FamRZ 2004, 11 (15)

Das wird aber von der ganz überwiegenden Meinung abgelehnt, was darin zu sehen ist, dass die Anwendung von § 1907 BGB nicht einmal diskutiert wird.

Die Anwendung von § 1907 BGB wird vom BGH³⁵⁹ in seiner Grundsatzentscheidung bezüglich der ambulanten Zwangsbehandlung (stillschweigend) ausgeschlossen, wenn er ausführt, dass der Verzicht des Gesetzgebers auf gesetzliche Regelungen respektiert werden müsse.

Jedoch stellt der BGH³⁶⁰ ausdrücklich in einem Nebensatz fest, dass sich dieser Verzicht auch auf den grundrechtsrelevanten Bereich der Wohnung (Art. 13 GG) erstrecke.

Abram³⁶¹ argumentiert dagegen, dass dem Gesetzgeber die Vielgestaltigkeit der hiesigen Problematik nicht vollumfänglich bekannt gewesen und daher nicht von einem abschließenden gesetzgeberischen Willen, keine Grundlagen für die Zwangsanwendung zu schaffen, auszugehen sei, vielmehr habe der Gesetzgeber die Problematik unterschätzt.

Zusätzlich verweist Abram³⁶² auf die Begründung des Gesetzgebers.

Wie bereits unter C. VII. 1. dargestellt hat der Gesetzgeber seine aus der Gesetzesbegründung erkennbare Intention nicht in das endgültige Gesetz umgesetzt, weil er offensichtlich von der Zulässigkeit der Zwangsanwendung ausgeht.³⁶³

Aus der Gesetzesbegründung³⁶⁴ wird weiterhin deutlich, dass der Betreuer gerade nicht die Selbstschädigung des Betreuten ohne weiteres hinnehmen müsse.

Der Gesetzgeber hat mit Einführung des Betreuungsrecht gem. §§ 1896 ff. BGB eine Lücke bezüglich der Zwangsanwendungsbefugnis hinterlassen, weil allein der gesetzgeberische Wille für den Gebrauch von Zwang keine Ermächtigungsgrundlage zur Einschränkung des Grundrechts auf Unverletzlichkeit der Wohnung gem. Art. 13 I GG schafft.

Mit Abram³⁶⁵ konnte also vorerst die stets erforderliche echte, unbewusste Regelungslücke bejaht werden.

Diese Ansicht kann wie bereits oben aufgezeigt nunmehr keinen Bestand haben.

³⁵⁹ BtPrax 2001, 32 (35, 36)

³⁶⁰ BtPrax 2001, 32 (35)

³⁶¹ FamRZ 2004, 11 (15)

³⁶² FamRZ 2004, 11 (15) mit Hinweis auf BT-Drucks. 11/4528 S. 72

³⁶³ BT-Drucks. 11/4528 S. 72

³⁶⁴ BT-Drucks. 11/4528 S. 67

³⁶⁵ FamRZ 2004, 11 (15)

Der Gesetzgeber hat im Zuge der Überlegungen zum Zweiten BtÄndG in seiner ablehnenden Stellungnahme bezüglich des § 1906a BGB-E, der die Möglichkeit der zwangsweisen Zuführung zur ambulanten Heilbehandlung vorsah, unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass die Regelung nicht gewollt sei, unter anderem mit der Begründung, dass sie sofort Forderungen nach weiteren Zwangsbefugnissen – wie der zwangsweise Zutritt der Wohnung – aufkommen lasse.³⁶⁶

Spätestens in dieser Begründung gibt der Gesetzgeber zu erkennen, dass er das Problemfeld der mangelnden gesetzlichen Grundlage für den Wohnungszutritt sieht; offensichtlich soll aber derzeit keine Ermächtigungsgrundlage geschaffen werden.

Im Ergebnis kann dann aber auch nicht mehr von einer unplanmäßigen, echten Regelungslücke ausgegangen werden; vielmehr liegt eine unechte Regelungslücke vor, die daher gegenwärtig nicht mehr durch einen Analogieschluss geschlossen werden kann.

Zweite Voraussetzung für die Analogie ist die Vergleichbarkeit der Sachverhalte.

Der in § 1907 I BGB geregelte und der unregelte Sachverhalt bezüglich des zwangsweisen Wohnungszutritts bewegen sich zwar beide im grundrechtsrelevanten Bereich des Art. 13 GG. Das allein reicht jedoch nicht aus, um zwischen den Sachverhalten eine Vergleichbarkeit anzunehmen.

Der in § 1907 I BGB gesetzlich geregelte Fall behandelt die Frage der Genehmigung zur Kündigung bzw. Aufhebung eines Mietverhältnisses und der unregelte Fall betrifft den zwangsweisen Zutritt zur Wohnung.

Von einer Vergleichbarkeit der beiden Sachverhalte kann dabei nicht ausgegangen werden, weil § 1907 I BGB ein Rechtsgeschäft betrifft, während der Wohnungszutritt eine Entscheidung über die Zulassung eines tief in die Grundrechte des Betroffenen eingreifenden Realakts ist.

b. Schluss vom Größeren auf das Kleinere (argumentum a maiore ad minus)

Der Schluss vom Größeren auf das Kleinere bezieht sich ausschließlich auf die Rechtsfolgesseite.

³⁶⁶ so ausdrücklich BT-Drucks. 15/2494 S. 47

Die Rechtsfolge einer erteilten Genehmigung nach § 1907 I BGB ist, dass die Kündigung wirksam vorgenommen werden kann.

Der zwangsweise Wohnungszutritt hat derweil das Ziel, die Wohnung zu erhalten.

Dieses Ziel ist aber nicht die unmittelbare Rechtsfolge, wenn sich der Betreuer den zwangsweisen Zutritt zur Wohnung verschafft.

Rechtsfolge einer etwaigen Genehmigung des zwangsweisen Wohnungszutritts wäre lediglich die Legitimation eines Grundrechtseingriffs in das Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung.

Dieser Grundrechtseingriff ist jedoch eine ganz andere Maßnahme als eine im Rahmen des § 1907 I BGB genehmigte Kündigung, weil eine unter Umständen nicht zur Familie gehörende Person in den Bereich der Privatsphäre eindringt und sich der Betroffene in seinem innersten Schutzbereich verletzt fühlt.

Gewissermaßen wäre die Genehmigung zum Wohnungszutritt damit als aliud gegenüber der Genehmigung einer Kündigung zu beurteilen, sodass dann ein Schluss vom Größeren auf das Kleinere nicht mehr in Frage kommen kann.

Die Rechtsfolgen unterscheiden sich nämlich nicht bloß in ihrer Intensität, sondern in ihrer Qualität.

Hierbei ist es irrelevant, dass der Grundrechtseingriff nicht mit dem Ziel erfolgt, dem Betreuten zu schaden, sondern ihm die Wohnung zu erhalten.

c. Ergebnis

Es fehlt die unplanmäßige, echte Regelungslücke sowie die Vergleichbarkeit der Sachverhalte, sodass aus dogmatischen Gründen eine analoge Anwendung des § 1907 I BGB nicht in Betracht kommt.

Im Übrigen sind die Voraussetzungen für einen Schluss vom Größeren auf das Kleinere nicht gegeben, weil die Genehmigung zum zwangsweisen Zutritt zur Wohnung andersartige Rechts- und tatsächliche Folgen auslöst als die Genehmigung einer Wohnungskündigung.

Deswegen kann der von Abram³⁶⁷ angewandte Schluss vom Größeren auf das Kleinere (argumentum a maiore ad minus), der die Rechtsfolge betrifft, nicht angewandt werden.

³⁶⁷ Abram, FamRZ 2004, 11 (15)

– Nunmehr steht auch fest, dass es im BGB keine Ermächtigungsgrundlage gibt, die den Betreuer dazu ermächtigen würde, die Wohnung des Betreuten zum Zweck der zwangsweisen Heimverbringung unter der Anwendung von Zwang zu betreten. –

Das unter IV. erörterte Betretungsrecht der Behörde bleibt hiervon unberührt.

VI. Ermächtigungsgrundlagen zur Ausübung von Zwang im GG

Wie oben aufgezeigt existiert im derzeit geltenden Betreuungsrecht keine Ermächtigungsgrundlage für die Vornahme von Zwang auch im Bereich des gem. Art. 13 I GG geschützten Bereichs der Wohnung.

Verschiedentlich wird daher über eine Anwendung des Art. 13 II GG als unmittelbare, subsidiäre Ermächtigungsgrundlage nachgedacht.

Das LG Berlin³⁶⁸ und ihm im wesentlichen folgend das LG Freiburg³⁶⁹ wenden im Rahmen des zwangsweisen Wohnungszutritts Art. 13 II GG an, während der BGH³⁷⁰ in seiner Grundsatzentscheidung stillschweigend davon ausgeht, dass Art. 13 II GG nicht als Ermächtigungsgrundlage dienen kann.

Im Folgenden muss daher geprüft werden, inwieweit Art. 13 II GG überhaupt einschlägig ist und demzufolge den Grundrechtseingriff legitimieren kann.

1. Grundrechtsträger – Unterscheidung zwischen Betreuer und Betreutem

Träger des Grundrechts auf Unverletzlichkeit der Wohnung ist der Betreute, weil er die Wohnung tatsächlich bewohnt.³⁷¹

Das Grundrecht aus Art. 13 I GG ist nicht an die Rechtslage, also etwa Eigentum oder Miete geknüpft, es knüpft vielmehr nur an das Kriterium des tatsächlichen Bewohnens an.³⁷²

Ob er oder der Betreuer gem. § 1902 BGB den Mietvertrag geschlossen hat, spielt für die Grundrechtsberechtigung keine Rolle.

Der Betreuer ist daher in keinem Fall der Grundrechtsträger, da Grundrechte höchstpersönlich sind.

³⁶⁸ FamRZ 1996, 821 (823)

³⁶⁹ FamRZ 2000, 1316 (1320, 1321)

³⁷⁰ BtPrax 2001, 32 (35)

³⁷¹ Jarass in Jarass/Pieroth Art. 13 Rz. 6; vgl. auch die Ausführungen unter B. II.

³⁷² Hermes in Dreier, GG, Art. 13 Rz. 21

Jedoch kann der Betreuer in dem ihm übertragenen Aufgabenkreis die Grundrechte des Betreuten wahrnehmen, wenn der Betreute die Grundrechte nicht mehr wahrnehmen kann.³⁷³

2. Art. 13 II GG

e. Durchsuchung

Seit einer Entscheidung des BVerwG³⁷⁴ ist es ständige Rechtsprechung, dass die Durchsuchung „das ziel und zweckgerichtete Suchen staatlicher Organe in einer Wohnung“ nach denjenigen Sachen (oder Personen) ist, die „der Inhaber der Wohnung von sich aus nicht offen legen oder herausgeben will“.

Begriffsmerkmal der Durchsuchung ist danach die Suche nach Personen oder Sachen oder die Ermittlung eines Sachverhalts in einer Wohnung.

Fraglich ist, ob der Zutritt des Betreuers bereits den Tatbestand der Durchsuchung erfüllt.

Die Frage ist von entscheidender Relevanz.

Wenn die Anwendung des Art. 13 II GG mangels Durchsuchung scheitert, käme als weitere Eingriffsgrundlage lediglich Art. 13 VII GG in Betracht, der im Kern auf polizeirechtliche Maßnahmen ausgerichtet ist.

Hierbei zeigt sich das ganze Dilemma in der Diskussion um die Abgrenzungsproblematik des Art. 13 II GG mit Art. 13 VII GG.

Wenn nämlich der Begriff der Durchsuchung wie vom BVerwG und ihm folgend vom BVerfG vorgegeben eng ausgelegt wird, müsste sich der Grundrechtseingriff an den Voraussetzungen des Art. 13 VII GG messen lassen.

Dabei kann es auch zu Eingriffen kommen, die weder unter Art. 13 II GG subsumiert werden können noch unter die polizeirechtliche Norm des Art. 13 VII GG passen, wenn dessen Voraussetzungen ernst genommen werden.³⁷⁵

³⁷³ Abram, FamRZ 2004, 11 (13); in diese Richtung Starck in v.Mangoldt/Klein/Starck Art.1 Rz. 210

³⁷⁴ BVerwGE 47, 31 (36, 37); in ständiger Rechtsprechung danach BVerfGE 51, 97 (106/107); BVerfGE 75, 318 (328); BVerfGE 76, 83 (89); nunmehr erneut bestätigt durch BVerwG NJW 2006, 2504

³⁷⁵ Hermes in Dreier, GG, Art. 13 Rz. 30

Problematisch ist, dass nach der bundesverwaltungsgerichtlichen³⁷⁶ Rechtsprechung das bloße Betreten der Wohnung mit unweigerlicher Kenntnisnahme von Sachen und dem Zustand der Wohnung den Durchsuchungsbegriff nicht erfüllt.

Dieser enge Begriff der Durchsuchung wird von der Literatur weitestgehend gebilligt.³⁷⁷

Das heißt, dass der Betreuer, der lediglich durch die Wohnung schreitet, keine Durchsuchung im Sinne der obigen Definition durchführen würde.

Jedoch dürfte diese Betrachtungsweise dem wahren Problem nicht gerecht werden; denn was passiert, wenn der Betreuer bei der Begehung der Wohnung plötzlich aus Küchenschränken einen bestialischen Geruch wahrnimmt und er infolgedessen die Schränke öffnet, um der Ursache auf den Grund zu gehen?

Nach Ansicht des Verfassers ist bereits das Betreten der Wohnung eine Durchsuchung im Sinne des Art. 13 II GG, weil der Betreuer – in Anlehnung an die Terminologie des BVerwG – Sachverhaltsermittlung betreibt und den Zustand der Wohnung feststellt, auch wenn dabei keine Schränke geöffnet werden.³⁷⁸

Hinzu kommt, dass der vom BVerwG³⁷⁹ postulierte Geheimhaltungswille, „etwas nicht klar zutage Liegendes, vielleicht Verborgenes aufzudecken oder ein Geheimnis zu lüften“, auch auf den vorliegenden Sachverhalt zutrifft.

Bei den am Vermüllungssyndrom leidenden Kranken ist es häufig so, dass sie aus Scham- und Angstgefühlen keine Personen mehr in ihre Wohnung lassen, weil die Geheimhaltung des Zustands der Wohnung bereits an der Wohnungstür beginnt.

Es geht selbstverständlich nicht darum, dass der Betreute etwa einen wertvollen Gegenstand an einem geheimen Ort in der Wohnung verstecken will, sondern darum, die Beschaffenheit der Wohnung insgesamt zu verbergen, sodass der Durchsuchungsbegriff als erfüllt anzusehen ist.³⁸⁰

Durch die zusätzliche Öffnung von Schränken, etc. wird die Durchsuchung nochmals intensiviert; selbst unter Berücksichtigung der bundesverwaltungs- und

³⁷⁶ BVerwGE 47, 31 (36, 37)

³⁷⁷ Hermes in Dreier, GG, Art. 13 Rz. 46; Jarass in Jarass/Pieroth Art. 13 Rz. 14, 15

³⁷⁸ in diese Richtung auch Cassardt in Umbach/Clemens, GG, Art. 13 Rz. 66, insbesondere 67; Fratzky, BtPrax 2000, 239 (241); insoweit richtig auch LG Berlin FamRZ 1996, 821 (824); offen lassend LG Freiburg FamRZ 2000, 1316 (1321) aA BVerwGE 47, 31 (36, 37); Hermes in Dreier, GG, Art. 13 Rz. 46

³⁷⁹ BVerwGE 47, 31 (37)

³⁸⁰ aA wohl Bauer, FamRZ 1994, 1562 (1564); ebenso in die Richtung der bloßen Besichtigung und nicht Durchsuchung LG Freiburg FamRZ 2000, 1316 (1321); differenzierter Gornig in v.Mangoldt/Klein/Starck Art. 13 Rz. 63 aE, wonach sich jede pauschale Lösung verbiete.

bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung dürfte dann der Tatbestand der Durchsuchung erfüllt sein.

Somit ist der Anwendungsbereich des Art. 13 II GG grundsätzlich gegeben.

– Erst recht ist der Durchsuchungsbegriff erfüllt, wenn der Zutritt zur Wohnung zum Zweck der zwangsweisen Heimverbringung des Betreuten erfolgen soll, weil dabei nach einer Person gesucht werden soll.³⁸¹ –

Das LG Berlin³⁸² geht regelmäßig wohl auch von einer Durchsuchung aus, löst aber den Fall, wenn keine Durchsuchung vorliegen sollte, mithilfe der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung (dazu sogleich).

Das BVerfG³⁸³ hat geradezu sibyllinisch formuliert, dass Eingriffe, die weder unter Art. 13 II oder III (nunmehr VII) GG zu subsumieren sind, – wenn überhaupt – nur zulässig seien, wenn durch hinreichende vorherige Anhörung die geringfügigste Grundrechtseinschränkung erreicht wird.

Mit dieser waghalsigen Formulierung hat das BVerfG nicht die nötige Rechtssicherheit geschaffen; während ein Teil der Literatur von der Zulässigkeit von Eingriffen nur im Rahmen des Art. 13 VII GG ausgeht,³⁸⁴ wird die Rechtsprechung des BVerfG auch einfach übernommen.³⁸⁵

Die unklare Formulierung vermag jedoch nicht zu überzeugen mit der Folge, dass sich jeder nicht unter Art. 13 II GG fallende Eingriff ausschließlich an Art. 13 VII GG messen lassen muss.³⁸⁶

f. Betreuer als Person des fürsorgenden Staates

Art. 13 GG ist ein Abwehrrecht gegenüber dem Staat.³⁸⁷

Daher muss das Eindringen des Betreuers als staatliches Handeln zu qualifizieren sein.

Unter B. I. ist bereits ausführlich erörtert worden, dass das Handeln des Betreuers insoweit staatlicher Natur ist, sodass der Grundrechtsschutz des Art. 13 I GG zugunsten des Betreuten

³⁸¹ so auch LG Offenburg FamRZ 1997, 899

³⁸² FamRZ 1996, 821 (824); Das LG Freiburg FamRZ 2000, 1316 (1321) lässt offen, ob es sich bei den vorliegenden Eingriffen um Durchsuchungen handelt und löst den Fall gleich über die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung.

³⁸³ BVerfGE 75, 318 (328)

³⁸⁴ so Hermes in Dreier, GG, Art. 13 Rz. 109

³⁸⁵ Gornig in v.Mangoldt/Klein/Starck Art. 13 Rz. 170

³⁸⁶ so auch Hermes in Dreier, GG, Art. 13 Rz. 109

³⁸⁷ unstrittig vgl. nur Gornig in v.Mangoldt/Klein/Starck Art. 13 Rz. 11

unmittelbar Anwendung findet und nur aufgrund von Art. 13 II GG eingeschränkt werden kann.

Somit ist die Voraussetzung des staatlichen Eingriffs in das Grundrecht des Betreuten als erfüllt anzusehen.³⁸⁸

g. Subsidiäre Anwendbarkeit des Art. 13 II GG

Wie oben festgestellt mangelt es an einer einfachgesetzlichen Grundlage für einen Grundrechtseingriff in die Unverletzlichkeit der Wohnung, Art. 13 I GG.

Fraglich ist, ob Art. 13 II GG in diesem Fall tatsächlich als Ermächtigungsgrundlage in subsidiärer Anwendung dienen kann.

Dies ist umstritten.

Die wohl überwiegende Meinung Rechtsprechung und Literatur lehnt die subsidiäre Anwendung des Art. 13 II GG ab, da Art. 13 II GG nicht selbst als Legitimation des Grundrechtseingriffs dienen könne, sondern vielmehr eine materiell-rechtliche Grundlage voraussetze, um einen Grundrechtseingriff herbeizuführen; deswegen sei Art. 13 II GG lediglich als Verfahrensvorschrift anzusehen.³⁸⁹

Jedoch beruft sich die andere Meinung³⁹⁰ hauptsächlich auf eine Entscheidung des BVerwG³⁹¹, die eine subsidiäre Anwendung des Art. 13 II GG bejaht.

Wörtlich heißt es in dieser Entscheidung:³⁹²

„Zwar gebietet Art. 13 II GG dem Gesetzgeber, für die gesetzlich vorgesehenen Durchsuchungsfälle auch das Verfahren der Anrufung des Richters gesetzlich zu regeln [...]. Soweit aber diese Verfahrensregelung noch fehlt, ist nicht deshalb die Durchsuchungsregelung als solche verfassungswidrig; sie ist vielmehr weiter anwendbar und durch unmittelbare Anwendung des Art. 13 II GG zu ergänzen.“

Der Entscheidung ist zu entnehmen, dass materiell-rechtlich grundsätzlich bereits eine Durchsuchungsregelung existieren muss; so hat das BVerwG³⁹³ lediglich ausgeführt, dass Art.

³⁸⁸ aA MünchKommBGB-Schwab § 1896 Rz. 84

³⁸⁹ BVerfGE 57, 346 (355); stillschweigend BGH BtPrax 2001, 32 (35); OLG Frankfurt/M. BtPrax 1996, 71; LG Görlitz NJWE-FER 1998, 153 (154); Bauer, FamRZ 1994, 1562 (1565); Abram, FamRZ 2004, 11 (14); Hermes in Dreier, GG, Art. 13 Rz. 49; Gornig in v.Mangoldt/Klein/Starck Art. 13 Rz. 68

³⁹⁰ LG Berlin FamRZ 1996, 821 (824); LG Freiburg FamRZ 2000, 1316 (1321)

³⁹¹ BVerfGE 28, 285

³⁹² BVerfGE 28, 285 (290)

13 II GG bei einer bereits bestehenden Durchsuchungsregelung zur Anwendung kommt, wenn die dazu gehörigen Verfahrensvorschriften, die die Beteiligung des Richters regeln, noch nicht vorhanden sind.

Es wäre praktisch wohl schwerlich vorstellbar, dass es allein ein Richter in bestimmten Situationen in der Hand hat, nur aufgrund der allgemeinen Grundlage des Art. 13 II GG eine Durchsuchung anzuordnen und durch subsidiäre Anwendung zu legitimieren.

Auch steht dem der qualifizierte Gesetzesvorbehalt des Art. 13 II GG entgegen, weil das Grundrecht nicht gleichzeitig einen Gesetzesvorbehalt aussprechen und, wenn kein Gesetz vorhanden ist, die verlangte Ermächtigungsgrundlage im Wege der Subsidiarität selbst darstellen kann.

Insofern kann durch die subsidiäre Anwendung des Art. 13 II GG lediglich eine verfahrensrechtliche Lücke geschlossen werden.

Deswegen kann Art. 13 II GG keine materiell-rechtliche Ermächtigungsgrundlage darstellen.

h. Ergebnis

Art. 13 II GG kann mangels einfachgesetzlicher Ermächtigungsgrundlage nicht selbst als Eingriffsgrundlage dienen, weil Art. 13 II GG gerade den qualifizierten Gesetzesvorbehalt ausspricht.

Diese Ansicht steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts³⁹⁴.

Art. 13 II GG hat nur den Charakter einer subsidiär anwendbaren Verfahrensvorschrift.

– Gleichmaßen kann Art. 13 II GG daher auch nicht als Eingriffsgrundlage zum Zweck der zwangsweisen Heimverbringung dienen. –

6. Art. 13 VII GG

a. Eingriffe und Beschränkungen

Art. 13 VII GG ist als ein Auffangtatbestand zu verstehen, weil unter Eingriffe und Beschränkungen alle Beeinträchtigungen des Art. 13 I GG fallen, die nicht unter den Begriff der Durchsuchung subsumiert werden können.³⁹⁵

³⁹³ BVerwGE 28, 285 (290)

³⁹⁴ BVerwGE 28, 285 (290)

Dabei folgt aus der wörtlichen Differenzierung zwischen Eingriffen und Beschränkungen kein sachlicher Unterschied.³⁹⁶

Wie oben erläutert wird davon ausgegangen, dass der Betreuer Durchsuchungen durchführt und dieses Handeln damit grundsätzlich Art. 13 II GG unterfällt.

Doch soll an dieser Stelle auch die wohl herrschende Meinung, nach derer das Betreten der Wohnung des Betreuers keine Durchsuchung darstellt, Berücksichtigung finden, sodass nach der überwiegenden Ansicht folgerichtig lediglich die Anwendung von Art. 13 VII GG in Frage kommen kann.

b. Art. 13 VII 1. Alt. GG

Bei einem Eingriff aufgrund einer gemeinen Gefahr oder Lebensgefahr (beide Gefahren stellen in der hiesigen Vorschrift die 1. Alt. dar) ist es fraglich, ob dieser nur aufgrund einer Ermächtigungsgrundlage vorgenommen werden darf.

Diese Frage wird nicht einhellig beantwortet.

So wird vertreten, dass es nach dem Gesetzeswortlaut so scheint, als ob Eingriffe ohne gesetzliche Ermächtigung zulässig seien, in Wirklichkeit könne aber auf eine gesetzliche Grundlage nicht verzichtet werden.³⁹⁷

Dem kann nicht gefolgt werden.

Der in Art. 13 VII GG formulierte Gesetzesvorbehalt bezieht sich nicht bereits auf die 1. Alt. sondern erst auf die 2. Alt., was an der Satzstellung des Gesetzesvorbehalts zu erkennen ist.

Daher enthält Art. 13 VII 1. Alt. GG einen verfassungsunmittelbaren Gefahrenabwehrvorbehalt und es bedarf keiner besonderen gesetzlichen Ermächtigung.³⁹⁸

aa. Gemeine Gefahr

Die gemeine Gefahr ist eine Gefahr mit einem nicht zu überblickenden, unberechenbaren Schadenspotential für eine ungewisse Anzahl an Personen, deren Leben deswegen bedroht ist oder die aufgrund der gemeinen Gefahr mit einem beträchtlichen Vermögensschaden zu rechnen haben.³⁹⁹

³⁹⁵ Hermes in Dreier, GG, Art. 13 Rz. 105

³⁹⁶ Gornig in v.Mangoldt/Klein/Starck Art. 13 Rz. 150

³⁹⁷ so Hermes in Dreier, GG, Art. 13 Rz. 112; Jarass in Jarass/Pieroth Art. 13 Rz. 35

³⁹⁸ überzeugend Gornig in v.Mangoldt/Klein/Starck Art. 13 Rz. 155

³⁹⁹ Gornig in v.Mangoldt/Klein/Starck Art. 13 Rz. 156 mwN

Darunter sind Naturkatastrophen, die Freisetzung gefährlicher Strahlungen oder schwere Unfälle mit Luft- oder Schienenfahrzeugen zu verstehen, die in ihrer Bedeutung aber keine Lebensgefahr zur Folge haben müssen.⁴⁰⁰

Unter Berücksichtigung der genannten Beispielsfälle wird deutlich, dass die vermüllte, unter Umständen von Ungeziefer befallene Wohnung nicht unter die Gemeingefahr im Sinne des Art. 13 VII GG zu subsumieren ist, weil die daraus resultierende Gefahr niemals das für die gemeine Gefahr erforderliche Gefahren- und Schadenspotential erreicht.⁴⁰¹

Damit kann sich der Betreuer nicht auf diesen verfassungsunmittelbaren Gefahrenabwehrvorbehalt berufen.

bb. Lebensgefahr

Im Fall der Lebensgefahr erfolgt die Eingriffsberechtigung ebenso wie bei der Gemeingefahr unmittelbar aus der Verfassung.

Jedoch kann die Gefahr, die von einer vermüllten Wohnung zulasten des Betreuten ausgeht, nicht mit einer Lebensgefahr gleichgesetzt werden; eine solche Auslegung würde Art. 13 VII 1. Alt. GG nicht gerecht, weil wegen des Ausnahmecharakters beide Unteralternativen eng zu interpretieren sind.⁴⁰²

Deswegen reicht die bloße Gesundheitsgefährdung, welcher der Betreute in seiner Wohnung ausgesetzt ist, nicht aus, um den Anwendungsbereich dieser Norm zu eröffnen.⁴⁰³

c. Art. 13 VII 2. Alt. GG

Eingriffe in die Unverletzlichkeit der Wohnung sind hiernach aufgrund eines Gesetzes zur Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung zulässig.

aa. Öffentliche Sicherheit und Ordnung

⁴⁰⁰ wie hier Gornig in v.Mangoldt/Klein/Starck Art. 13 Rz. 156; aA Jarass in Jarass/Pieroth Art. 13 Rz. 35, der die Gemeingefahr nur anerkennt, wenn sie einer Lebensgefahr nahe kommt.

⁴⁰¹ ebenso BayObLG Rpfleger 2001, 545; Kemper, FuR 1996, 152 (153); aA aber offenbar Fratzky, BtPrax 2000, 239 (240)

⁴⁰² Jarass in Jarass/Pieroth Art. 13 Rz. 35; BayObLG Rpfleger 2001, 545

⁴⁰³ zur nicht ausreichenden Gesundheitsgefahr vgl. Gornig in v.Mangoldt/Klein/Starck Art. 13 Rz. 157

Die Begrifflichkeiten orientieren sich am Sicherheits- und Polizeirecht, weil die Norm auch für polizeiliche Eingriffe geschaffen wurde.⁴⁰⁴

Schon aus diesem Grund kann das Handeln des Betreuers nicht unter diese Alternative subsumiert werden.⁴⁰⁵

Es stünde im Übrigen auch nicht im Einklang mit dem Sinn und Zweck der Betreuung, weil das Betreuerhandeln dem Wohl des Betreuten dienen soll und nicht der öffentlichen Sicherheit und Ordnung.

Dieser Aspekt kommt auch im Betreuungsrecht zum Ausdruck; so ist beispielsweise in § 1906 I Nr.1 BGB Voraussetzung, dass eine Eigengefährdung des Betreuten vorliegt, die bloße Fremdgefährdung reicht für eine Unterbringung nach § 1906 I Nr.1 nicht aus.

bb. Qualifizierter Gesetzesvorbehalt

Zwingende Voraussetzung ist, dass der Eingriff aufgrund des qualifizierten Gesetzesvorbehalts auf der Grundlage eines Gesetzes erfolgt.

Wie bereits festgestellt ist aber im Betreuungsrecht keine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage vorhanden, sodass auch die 2. Alt. nicht einschlägig ist und das Betreuerhandeln nicht hinreichend legitimieren kann.⁴⁰⁶

Nicht widerspruchsfrei sind daher die Aussagen Schwabs⁴⁰⁷, dass die von Art. 13 VII GG geforderte Ermächtigungsgrundlage im Betreuungsrecht nicht vorliege, andererseits aber Art. 13 VII GG mit Hilfe des § 1902 BGB als besondere gesetzliche Grundlage anzuwenden sei.

Im Übrigen hätte die Anwendung von Art. 13 VII GG den Nachteil, dass das Handeln des Betreuers höchstens im Nachhinein beurteilt werden könnte, vgl. §§ 1908i I S.1, 1837 II S.1 BGB.⁴⁰⁸

d. Ergebnis

Weder Art. 13 VII 1. Alt. GG noch die 2. Alt. bilden eine für den Betreuer taugliche Ermächtigungsgrundlage.

Bei der 1. Alt. scheidet es am Vorliegen der Gemein- bzw. Lebensgefahr.

⁴⁰⁴ Gornig in v.Mangoldt/Klein/Starck Art. 13 Rz. 160

⁴⁰⁵ ähnlich Abram, FamRZ 2004, 11 (14); andeutend auch LG Berlin FamRZ 1996, 821 (823)

⁴⁰⁶ so ausdrücklich Hermes in Dreier, GG, Art. 13 Rz. 110 Fn. 364 mit dem Hinweis darauf, dass bloßes Richterrecht nicht genüge; ebenso MünchKommBGB-Schwab § 1896 Rz. 84 aE; Fratzky, BtPrax 2000, 239 (240); Kemper, FuR 1996, 152 (153)

⁴⁰⁷ MünchKommBGB-Schwab § 1896 Rz. 84 aE und 85

⁴⁰⁸ LG Berlin FamRZ 1996, 821 (824)

Die 2. Alt. stellt einen qualifizierten Gesetzesvorbehalt auf; da aber aufgrund vorheriger Prüfung gerade keine einfachgesetzliche Ermächtigungsgrundlage existiert, ist die 2. Alt. ebenfalls nicht einschlägig.

G. Konsequenz des Mangels gesetzlicher Grundlagen

Die ambulante Zwangsbehandlung ist nicht mit dem Grundgesetz zu vereinbaren, weil die erforderliche Ermächtigungsgrundlage nach Artt. 2 II S.3, 104 I S.1 GG fehlt.

Dass dies die Aufhebung einer Betreuung zur Folge hat, ist nicht sehr wahrscheinlich, weil der Betreuer meist mit den Aufgabenkreisen Gesundheitsfürsorge und gegebenenfalls Aufenthaltsbestimmungsrecht oder Entscheidung über die Unterbringung innehaben wird.

Insofern hat der Betreuer die Möglichkeit, den Betreuten erst dann unterzubringen, wenn die Voraussetzungen nach § 1906 I Nr.1 oder Nr.2 BGB gegeben sind.

Unter Umständen hat der Betreuer daher auf den nächsten Krankheitsschub zu warten und dann die erforderlichen Schritte einzuleiten, den Betreuten also gegebenenfalls mithilfe der Behörde nach § 70g V FGG unterzubringen.

Bezüglich der zwangsweisen Heimverbringung ist festzustellen, dass der Betreute an seinem Wohnort verbleiben darf und der Betreuer keine Möglichkeit hat, ihn zwangsweise umzusiedeln.

Aus objektivierter Sicht des gesunden Menschen mögen zwar einzelne Lebensverhältnisse und -umstände des Betreuten nicht menschenwürdig erscheinen, trotzdem ist der Betreute in seinem gewohnten Umfeld zu belassen.

Ob daraus die (teilweise) Aufhebung der Betreuung folgt, ist pauschal nicht zu beantworten.

Wenn beispielsweise der Betreuer den Aufgabenkreis Aufenthaltsbestimmung innehat, ist zu prüfen, inwieweit dieser Aufgabenkreis aufrechterhalten muss.

Insoweit ist festzustellen, ob in Zukunft auch Unterbringungsmaßnahmen notwendig sein werden, um den Betreuten vor sich selbst zu schützen.

Ist der Betreute tatsächlich unterbringungsbedürftig, ist die Unterbringung in einer geschlossenen Einrichtung der Verbringung in einem offenen Heim unter gleichzeitiger Zuhilfenahme von unter § 1906 IV BGB fallenden Maßnahmen vorzuziehen.

Bei Betreuern mit dem Aufgabenkreis „Zutritt zur Wohnung“ dürfte hingegen tatsächlich zumindest teilweise die Aufhebung des Aufgabenkreises in Betracht kommen, weil die

Betreuung mit diesem Aufgabenkreis nur zum Zweck des Eintritts in die Wohnung angeordnet wurde, um anschließend die Vermüllung zu beseitigen,.

Verweigert der Betreute den Zutritt zur Wohnung, darf der Betreuer sie nach gegenwärtiger Gesetzeslage nicht betreten bzw. gewaltsam öffnen.

Nach Ansicht des Verfassers ist die Betreuung in diesem Aufgabenkreis aufzuheben, weil es mit dem Grundsatz der Erforderlichkeit nach § 1896 II S.1 BGB nicht vereinbar ist, die Betreuung insoweit aufrechtzuerhalten, auch wenn feststeht, dass sie keinen Erfolg haben wird; die Institut der Betreuung ist dann nicht mehr geeignet, das angestrebte Ziel zu erreichen.⁴⁰⁹

Ein Betreuer ist hingegen gar nicht erst zu bestellen, wenn schon vor der Betreuung endgültig feststeht, dass die Betreuung mit diesem Aufgabenkreis aufgrund mangelnder Bereitschaft des Betreuten, keinen Erfolg haben wird.⁴¹⁰

Die Grenzen des Betreuungsrechts sind dann erreicht.

Die (teilweise) Aufhebung der Betreuung ist zwar wenig befriedigend, worauf Schwab⁴¹¹ zutreffend hinweist, jedoch ist der Gesetzgeber gefordert, Abhilfe zu schaffen.

Dieser missliche Zustand muss aber hingenommen werden.

H. Schlussbemerkung und Ausblick

Aus der vorangegangenen Untersuchung bezüglich der Zwangsbefugnisse ist deutlich geworden, dass das Betreuungsrecht unzureichend geregelt ist.

Es lässt bei praktischen Fragen häufig die notwendigen, klaren gesetzlichen Regelungen vermissen.

Doch pauschal gesetzliche Grundlagen für die Anwendung von Zwang zu fordern, ist sicherlich nicht der richtige Weg.

Vielmehr bedarf es der genauen Prüfung, wo überhaupt Zwangsbefugnisse benötigt werden.

Jedenfalls erscheint der Hinweis darauf, dass es einem guten Betreuer auch ohne Zwang möglich sein muss, seine Entscheidungen durchzusetzen, fehl am Platz und hilft in der betreuungsrechtlichen Praxis nicht weiter.

⁴⁰⁹ LG Görlitz NJWE-FER 1998, 153 (154); Kemper, FuR 1996, 152 (153); andeutend auch Bauer, FamRZ 1994, 1562 (1565); Bauer in HK-BUR § 1901 Rz. 22b; Tietze, BtPrax 2006, 131 (132)

⁴¹⁰ LG Görlitz NJWE-FER 1998, 153 (154)

⁴¹¹ MünchKommBGB-Schwab § 1896 Rz. 85 Fn. 200

Letztendlich bewirkt das eine große Verunsicherung bei den Betreuern, die gegenüber den Betreuten im wohlverstandenen Interesse dosiert Zwang anwenden wollen.

Seit der grundsätzlichen Entscheidung des BGH aus dem Jahre 2001 dürften die Betreuer mit der Anwendung von Zwang noch vorsichtiger geworden sein.

Es könnten Haftungsansprüche drohen oder die künftige Berücksichtigung bei Betreuerbestellungen durch das Vormundschaftsgericht bleibt aus.

Ebenso kann es vorkommen, dass die Betreuten durch die Anwendung von verstecktem Zwang zu gewissen Handlungen genötigt werden, ohne dass hierbei die Zwangsanwendung für die Umwelt ersichtlich ist; das ist aber ebenfalls kein wünschenswerter Zustand.

In diesem Zusammenhang ist nochmals das in sich nicht immer schlüssige Konzept des Betreuungsrechts zu erwähnen.

So hat der Gesetzgeber im Anschluss an die Rechtsprechung des BayObLG⁴¹² durch das Zweite BtÄndG⁴¹³ in § 1896 BGB einen Absatz 1a einfügt, nach welchem die Betreuung gegen den freien Willen unzulässig ist.

Das heißt, dass der einwilligungsunfähige Betreute, gegen seinen natürlichen Willen (zur freien Willensbildung ist er krankheitsbedingt gerade nicht mehr in der Lage) eine Betreuung angeordnet werden kann, die aber nicht in jedem Fall bzw. in allen Aufgabenkreisen zu durchsetzungsfähigen Entscheidungen des Betreuers führt.

Zunächst ist festzustellen, dass das ein richtiges Ergebnis ist, weil die Betreuung nur so verfassungskonform angeordnet werden darf.

Diese gegen den natürlichen Willen angeordnete Betreuung wird zutreffend auch als Zwangsbetreuung bezeichnet.⁴¹⁴

Daraus folgt, dass die Betreuung zwar gegen den natürlichen Willen des Betreuten angeordnet werden kann, die Betreuerentscheidungen im Rahmen dieser Zwangsbetreuung aber nicht unter Zuhilfenahme von Zwang (ausgenommen die stationäre Zwangsbehandlung) durchgesetzt werden können.

Wie oben festgestellt wird durch die Bestellung dem Betreuer nicht automatisch die Rechtsmacht verliehen, seine Entscheidungen zur Not auch mit Zwang durchzusetzen.

⁴¹² BayObLG FamRZ 1994, 720 (721); BayObLG FamRZ 1994, 1551 (1552): Die verfassungskonforme Auslegung gebietet, dass die Betreuung nicht gegen den freien Willen angeordnet werden dürfe.

⁴¹³ BGBl. 2005 I, 1073

⁴¹⁴ Palandt/Diederichsen Einf v § 1896 Rz. 11 und § 1896 Rz. 4

Insofern droht die Zwangsbetreuung doch aber bereits am Kriterium der Erforderlichkeit nach § 1896 II S.1 BGB, zu scheitern.

Denn eine Betreuung gegen den natürlichen Willen des Betreuten scheint wenig geeignet zu sein, die bestehenden Probleme mit dem Betreuer zu lösen.

Das ist jedenfalls bei den Aufgabenkreisen anzunehmen, wo der Betreuer auf die Mitwirkung des Betreuten angewiesen ist wie zum Beispiel bei dem Zutritt zur Wohnung.

Wenn die Betreuung aber nicht geeignet ist, die Probleme des Betreuten zu bewältigen, ist sie auch nicht mit dem in § 1896 II S.1 BGB festgeschriebenen Grundsatz der Erforderlichkeit vereinbar; die Betreuungsanordnung muss schon im Vorfeld unterbleiben, wenn sich der Betroffene massiv gegen die Betreuerbestellung wehrt und Widerstand zu erwarten ist.

Insofern wird es schon bei der Betreuungsanordnung notwendig sein, sorgfältig zu prüfen, inwieweit sich der Betreute im Verlauf der Betreuung noch auf den Betreuer einlässt.

Es ist nicht sinnvoll, die Betreuung anzuordnen, um nach kurzer Zeit festzustellen, dass sie zwecklos ist mit der Konsequenz der Aufhebung.

Nach Ansicht des Verfassers ist nicht nachvollziehbar, wieso das Betreuungsrecht nunmehr ausdrücklich regelt, unter welchen Voraussetzungen zwangsweise eine Betreuung angeordnet werden kann, der Gesetzgeber aber keine Regelungen trifft, inwieweit der Betreuer gewissen Situationen auch unter Anwendung von Zwang seine Entscheidungen durchsetzen kann.

Daraus wird ersichtlich, dass das Gesamtkonzept des Betreuungsrechts in sich nicht vollkommen geschlossen ist.

Zum anderen verwundert es, dass der BGH⁴¹⁵ bezüglich einer etwaigen Genehmigungspflicht bei einem Behandlungsabbruch mit Todesfolge, also einem Eingriff mit einer mindestens ebenso hohen grundrechtlichen Relevanz wie bei den im Rahmen dieser Arbeit dargestellten Sachverhalten, die Genehmigungspflicht aus einem unabweisbaren Bedürfnis des Betreuungsrechts herleitet, diese Frage aber noch nicht einmal ansatzweise in seiner Grundsatzentscheidung von 2000⁴¹⁶ thematisiert, sondern dort lediglich feststellt, dass es keine gesetzlichen Grundlagen für Zwangsbefugnisse des Betreuers gebe und dass dieser gesetzgeberische Wille akzeptiert werden müsse.⁴¹⁷

⁴¹⁵ FamRZ 2003, 748

⁴¹⁶ BtPrax 2001, 32

⁴¹⁷ Es ist zweifelhaft, ob das Ergebnis des BGH FamRZ 2003, 748 methodischen Anforderungen an die richterliche Rechtsfortbildung genügt, hierzu sehr kritisch und ablehnend Hufen, ZRP 2003, 248 (249, 251)

Der BGH⁴¹⁸ sagt zwar, dass es im Einzelfall sinnvoll und im Interesse des Betreuten sein könne, wenn der Betreuer die Einwilligung in die Behandlung gegen den Willen des Betreuten durchsetzen könne.

Offensichtlich erkennt der BGH im Rahmen der fehlenden Zwangsbefugnisse aber kein unabweisbares Bedürfnis des Betreuungsrechts an.

Insofern können die Entscheidungen des BGH zu zwei verschiedenen Sachverhalten nicht restlos überzeugen, weil der BGH nicht unbedingt eine einheitliche Richtung im Betreuungsrecht bezüglich etwaiger, bisher un geregelter Genehmigungspflichten aufzeigt.

- Zutritt zur Wohnung

Es wäre vielmehr zu untersuchen gewesen, inwieweit ein unabweisbares Bedürfnis des Betreuungsrechts für etwaige Zwangsbefugnisse bestehen, anstatt obiter dictum⁴¹⁹ auch die Zwangsbefugnisse im grundrechtsrelevanten Bereich der Wohnung ohne Entscheidungsnot auszuschließen.

Insofern hätte sicherlich auch hier die Gesamtschau des Betreuungsrechts unter Berücksichtigung des die Wohnung schützenden § 1907 BGB dazu führen können, die Genehmigungspflicht aus dem unabweisbaren Bedürfnis des Betreuungsrechts herzuleiten.⁴²⁰

Besonders im grundrechtlich geschützten Bereich der Wohnung ist nach Ansicht des Verfassers Handlungsbedarf gegeben.

Es ist schwerlich mit dem Betreuungsrecht zu vereinbaren, dass der Betreuer zur Verhinderung einer Wohnungskündigung und vielleicht sogar der sich daraus anschließenden Obdachlosigkeit keine gesetzliche Befugnis hat, die Wohnung kurzzeitig zu betreten.

Dabei liegt zweifellos ein Grundrechtseingriff vor, jedoch ein Grundrechtseingriff, welcher zum Erhalt der Wohnung und damit zum Wohl des Betreuten beiträgt.

Daher wäre in diesem Bereich eine Ermächtigungsgrundlage in Form einer richterlichen Genehmigung wünschenswert.

⁴¹⁸ BtPrax 2001, 32 (36)

⁴¹⁹ so der BGH BtPrax 2001, 32 (35)

⁴²⁰ so BGH FamRZ 2003, 748 (753) für den Fall des tödlich endenden Behandlungsabbruchs

Die Verfahrensvorschriften müssten dann ebenfalls angepasst werden: so ist der Betreute persönlich anzuhören, ein Sachverständigengutachten zu fertigen und gegebenenfalls ein Verfahrenspfleger zu bestellen.

Verweigert der Betreute die Mitwirkung, kann das Gericht den Betreuten vorführen lassen.

Der Verfahrenspfleger wird insbesondere dafür zu sorgen haben, dass die Anhörung des Betreuten nicht schon dazu führt, dass der Betreuer auf diese Weise die Wohnung betritt, weil durch die verfahrensrechtliche Hintertür der Milieuanhörung die eigentliche Genehmigung ansonsten umgangen werden könnte.⁴²¹

Rechtlich gesehen wäre dann nichts gewonnen.

Ob der Gesetzgeber das Institut der Betreuung auch für die Fälle von am Vermüllungssyndrom leidenden Patienten und die Beseitigung der daraus resultierenden Zustände geschaffen hat, ist indes fraglich.

Es handelt sich um eine Gratwanderung zwischen der öffentlich-rechtlichen Verantwortung, die der Staat in Form der Seuchenpolizei und des Gesundheitsamts gerecht werden muss, und dem Institut der rechtlichen Betreuung.⁴²²

Unter Herausstellung dieses Gesichtspunkts ist es fragwürdig, inwieweit der Betreuer diese Tätigkeiten wahrnehmen muss.

Dies bringt unmissverständlich das OLG Oldenburg⁴²³ zum Ausdruck, wenn es ausführt, dass die schleichende Verlagerung öffentlicher Aufgaben ins privatrechtliche Betreuungsverfahren der gesetzlich vorgesehenen Subsidiarität des Instituts der Betreuung widerspreche.

Insoweit zutreffend führt auch Bienwald⁴²⁴ aus, dass das Institut der Betreuung als ein Auffanginstrument für nicht gelöste Probleme benutzt werde.

So kommt es zu einer Verlagerung von Aufgaben, die originär bei den entsprechenden Behörden liegen, in Wirklichkeit aber bereits in das Rechtsinstitut der Betreuung Einzug gehalten haben.

Das führt dann mitunter auch zu den explodierenden Betreuungskosten, die von der Politik ebenfalls nicht gewünscht und mit Verwundern festgestellt werden.

⁴²¹ vgl. hierzu auch Bauer, BtPrax 1996, 55 (56)

⁴²² kritisch hierzu Bienwald, FamRZ 2000, 1322 (1323)

⁴²³ OLG Oldenburg FamRZ 2004, 1320 (1321)

⁴²⁴ Bienwald, FamRZ 2000, 1322 (1323)

Dieser Konflikt der Aufgabenverlagerung vom öffentlichen Dienst hin zu der rechtlichen Betreuung darf jedoch nicht zulasten des einzelnen Betreuten ausgetragen werden, weil diese Personen hilfebedürftig sind und als Erste darunter leiden.

Deswegen ist es richtig, dieses grundsätzliche Strukturproblem zwar anzuerkennen, ein bloßer Verweis in der Praxis auf die mangelnde Zuständigkeit löst das Problem aber nicht.

Insofern ist es ebenso vernünftig und notwendig, die Rechte des Betreuers gesetzlich genau zu definieren.

Bienwald⁴²⁵ merkt zum Abschluss eines Mietvertrags, bei dem nicht sicher ist, ob der Betreute den mietvertraglichen Pflichten aufgrund des Vermüllungssyndroms nachkommen kann, nahezu zynisch folgendes an:

„Ist sie zur Wahrnehmung der Mieterpflichten nicht in der Lage, darf der Betreuer nicht erst einen Mietvertrag schließen, von dem von vornherein feststeht, dass er durch die Mieterin nicht erfüllt werden kann. Wohnen, Mieter sein, ist durch einen Stellvertreter ebenso wenig möglich wie das Heiraten oder ein Testament machen.“

Diese Auffassung ist zwar konsequent, weil Bienwald⁴²⁶ den Aufgabenkreis „Zutritt zur Wohnung“ generell ablehnt.

Doch ob das dem Sinn und Zweck der Betreuung entspricht, ist zweifelhaft.

Schutzbedürftig sind doch die Leute, die sich krankheitsbedingt selbstgefährden.

Daher ist eine gewisse strukturelle Gleichartigkeit von Betreuungssachverhalten anzuerkennen, in welchen es nicht primär um Rechtsgeschäfte geht, sondern um Einwilligungserklärungen – zum Beispiel in ärztliche Heilbehandlungen, Unterbringungen oder auch das Betreten der Wohnung.

- Ambulante Zwangsbehandlung

Die Schaffung einer Ermächtigungsgrundlage mit dem Ziel der Zu- und Durchführung der ambulanten Zwangsbehandlung wird abgelehnt.

Insbesondere gehen mit der ambulanten Zwangsbehandlung durch Depotmedikation regelmäßig, also alle zwei Wochen, dermaßen schwerwiegende Grundrechtseingriffe einher, die dem Betreuten nicht zugemutet werden können.

⁴²⁵ Bienwald, FamRZ 2000, 1322 (1324)

⁴²⁶ Bienwald, FamRZ 2000, 1322 (1323)

Fraglich ist hierbei, inwieweit die Behandlung überhaupt Erfolg versprechend verlaufen könnte, wenn der Betreute die Behandlung zutiefst ablehnt, sodass die ambulante Zwangsbehandlung auch unter therapeutischen Gesichtspunkten nicht sinnvoll erscheint.

Insoweit ist es vorzuziehen, den Betreuten erst später unterzubringen, wenn die Gefahrenschwelle gem. § 1906 I Nr.1 BGB erreicht ist oder Voraussetzungen des § 1906 I Nr.2 BGB vorliegen.

- Stationäre Zwangsbehandlung

Nach Ansicht des Verfassers ist die Zwangsbehandlung im Rahmen einer Unterbringung gem. § 1906 I Nr.2 BGB mit dem geltenden Recht vereinbar.

Dabei ist eine andere Auslegung der Norm denkbar, jedoch ist die Auslegung der Norm zu bevorzugen, welche die Befugnis zur Zwangsanwendung zum Zweck der Heilbehandlung in § 1906 I Nr.2 BGB als immanent anerkennt.

Wäre die Zwangsbefugnis der Norm nicht inhärent, so wäre der Anwendungsbereich auf den seltenen Fall beschränkt, dass der (noch) einwilligungsunfähige Betreute die Unterbringung ablehnt, im weiteren Verlauf aber im Zustand der Einwilligungsfähigkeit der Behandlung zustimmt.

Weiterhin genügt § 1906 I Nr.2 BGB dem Bestimmtheitsgrundsatz sowie dem Zitiergebot des Art. 19 I S.2 GG.

Als besonderes verfassungsrechtliches Regulativ dient der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, dessen strenge Anwendung dazu führt, dass nicht jede Krankheit im Rahmen einer stationären Unterbringung behandelbar ist, auch wenn der Betreute einwilligungsunfähig ist.

Einer Klarstellung des Gesetzes bedarf es infolge der obergerichtlichen Rechtsprechung nicht.

- Zwangsweise Heimverbringung

Die gem. Artt. 2 II S.2, 104 I S.1 GG notwendige Ermächtigungsgrundlage für die zwangsweise Heimverbringung ist derzeit aus zwei Gründen nicht vorhanden.

Es fehlt an den strengen Voraussetzungen der Unterbringung, weil sich die hiesige Problematik auf die Verbringung in ein offenes Pflege- oder Altenheim bezieht.

Weiterhin liegen aber auch die übrigen Voraussetzungen des § 1906 I Nr.1, 2 BGB nicht vor, sodass insbesondere auch deswegen die zwangsweise Heimverbringung aufgrund des § 1906 I BGB ausscheidet.

Hierbei ist es auch zu belassen, ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht insoweit nicht.

Problematischer sind die Fälle, in denen der Betreute tatsächlich unterbringungsbedürftig ist, der Betreuer ihn aber nicht geschlossen unterbringen, sondern nur in ein Altenpflegeheim zum Zweck des dauerhaften Wohnungswechsels verbringen möchte.

Dabei ist aber zu beachten, dass nach Ansicht des Verfassers der Aufenthalt in einem offenen Heim keine im Vergleich zur Unterbringung in einer geschlossenen Anstalt mildere Maßnahme ist, weil zur Sicherung des Betreuten vor sich selbst, beispielsweise bei Selbstgefährdung (§ 1906 I Nr. 1 BGB), Maßnahmen gem. § 1906 IV BGB ergriffen werden müssten, um den Betreuten vor sich selbst zu schützen.

In diesen Fällen ist aber eine Unterbringung in einer geschlossenen Einrichtung gem. § 1906 I BGB als geeignetere Maßnahme vorzuziehen, um die schwerwiegenderen Grundrechtseingriffe gem. § 1906 IV BGB zu vermeiden.

Daher ist auch an dieser Stelle keine neue Eingriffsgrundlage zu schaffen.

Dass die vom Verfasser für notwendig erachtete gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für den zwangsweisen Zutritt zur Wohnung in naher Zukunft zu realisieren ist, erscheint mehr als fraglich.

Insbesondere nach der letzten Stellungnahme der Bundesregierung zu § 1906a BGB-E, welcher eine ablehnende Haltung gegenüber Zwangsbefugnissen seitens des Betreuers gegenüber dem Betreuten zu entnehmen ist, kann eine neue Regelung nicht erwartet werden, zumal der Gesetzgeber die ablehnende Haltung gerade mit der Furcht vor Forderungen zur Einräumung weiterer Zwangsbefugnisse – insbesondere im Bereich der Wohnung – begründet hat.⁴²⁷

⁴²⁷ BT-Drucks. 15/2494 S. 47

ISBN 978-3-940056-32-0