



23. April 2017

## Stellungnahme

zum Gesetzentwurf der Bundesregierung  
zur Änderung der materiellen Zulässigkeitsvoraussetzungen von ärztlichen  
Zwangmaßnahmen und zur Stärkung des Selbstbestimmungsrechts von Betreuten vom 20.  
02. 2017

BT-Drucks. 18/11240

und

zur Stellungnahme des Bundesrates und Gegenäußerung der Bundesregierung  
BT-Drucks. 18/11617

für die öffentliche Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages  
am 26. April 2017

### I. Grundsätzliche Einschätzung

1. Der Entwurf ist **grundsätzlich zu begrüßen**. Allerdings muss er **in einzelnen Punkten überarbeitet** werden (dazu unten II.).

Der Entwurf erfüllt den **Gesetzgebungsauftrag des BVerfG**. Das BVerfG (Beschluss vom 26.7.2016 - 1 BvL 8/15) hat den Gesetzgeber verpflichtet, unverzüglich eine Regelung für ärztliche Zwangsmaßnahmen zugunsten von betreuten Patienten zu treffen, denen schwerwiegende gesundheitliche Beeinträchtigungen drohen, die aber die Notwendigkeit der erforderlichen ärztlichen Maßnahmen nicht erkennen oder nicht nach dieser Einsicht handeln können, sofern diese Patienten zwar stationär behandelt werden, aber nicht geschlossen untergebracht werden können, weil sie sich der Behandlung nicht entziehen wollen oder hierzu nicht in der Lage sind.

Der Entwurf beachtet sowohl die verfassungsrechtliche Schutzpflicht für nicht einwilligungsfähige kranke Menschen als auch die hohen verfassungsrechtlichen Anforderungen, die an eine Zwangsbehandlung als ultima ratio zu stellen sind.

Er behält auch die 2013 eingeführten verfahrensrechtlichen Regelungen für ärztliche Zwangsmaßnahmen, insbesondere die obligatorische Bestellung eines Verfahrenspflegers und die Anforderungen an die psychiatrische Qualifikation des Sachverständigen, bei und nutzt die Neuregelung für eine systematische Neuordnung dieser verfahrensrechtlichen Regelungen.

2. Der Entwurf lässt ärztliche Zwangsmaßnahmen zu Recht nur bei Patienten zu, die sich **in einem dafür geeigneten Krankenhaus** und dort **in stationärer Behandlung** befinden (§ 1906a Abs. 1 S. 1 Nr. 7 BGB-E).

Ärztliche Zwangsmaßnahmen außerhalb eines stationären Krankenhausaufenthaltes sollten weiterhin ausgeschlossen bleiben. Zum einen lassen sich die engen Voraussetzungen für die beabsichtigten ärztlichen Zwangsmaßnahmen, insbesondere die Einwilligungsunfähigkeit, außerhalb eines Krankenhauses nicht zuverlässig herstellen oder feststellen. Zum anderen ist die medizinische Versorgung des Patienten einschließlich einer erforderlichen Nachbehandlung gerade bei einer zwangsweisen ärztlichen Behandlung von besonderer Bedeutung und in aller Regel nur im Krankenhaus sichergestellt.

Es ist deshalb auch zu begrüßen, dass § 1906a Abs. 1 S. 1 Nr. 7 BGB-E eine ärztliche Zwangsmaßnahme nicht in jedem Krankenhaus erlaubt, sondern nur in einem Krankenhaus, das dafür im konkreten Fall qualifiziert ist.

3. Es ist grundsätzlich zu begrüßen, dass der Entwurf nicht nur die ärztlichen Zwangsmaßnahmen als solche regelt, sondern auch die **Verbringung des Patienten in ein Krankenhaus gegen seinen natürlichen Willen** (§ 1906a Abs. 4 BGB-E). Die Regelung sollte allerdings weiter gefasst und in § 1906 BGB eingestellt werden (dazu unten II.5.).

4. Der Entwurf beschränkt die neue Regelung für ärztliche Zwangsmaßnahmen zu Recht nicht auf betreute Patienten, sondern erstreckt sie auch auf Patienten, die eine **Vorsorgevollmacht** erteilt haben, wenn diese Vorsorgevollmacht schriftlich erteilt ist und auch ärztliche Zwangsmaßnahmen ausdrücklich umfasst (§ 1906a Abs. 4 BGB-E). Das sollte auch bei § 1901a Abs. 3 BGB-E erfolgen (dazu unten II.4.)

## II. Kritikpunkte

### 1. Entkoppelung und Gleichlauf von § 1906 BGB und § 1906a BGB-E

Der Entwurf regelt die ärztlichen Zwangsmaßnahmen in einer eigenständigen Norm (§ 1906a BGB-E) und entkoppelt sie damit von der Unterbringung. Es ist ausdrücklich zu begrüßen, dass der Entwurf damit nicht die Eingangsschwelle absenken und ärztliche Zwangsmaßnahmen erleichtern, sondern lediglich die bisherige Regelung entsprechend dem Auftrag des BVerfG auf nicht freiheitsentziehend untergebrachte Patienten erstrecken will. Die gesetzestechnische Entkoppelung von der Unterbringung wirft aber das Folgeproblem auf, dass die hohen Anforderungen an eine ärztliche Zwangsmaßnahme sich nunmehr vollständig aus der neuen Norm ergeben müssen.

Die neue Norm muss daher enthalten

- (1) die allgemeine Schwelle aus § 1906 Abs. 1 S. 1 BGB, d.h. die Erforderlichkeit der Zwangsmaßnahme zum Wohle des Patienten,
- (2) die besonderen Voraussetzungen aus § 1906 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB, d.h.
  - (a) die Notwendigkeit der ärztlichen Maßnahme zur Abwendung eines erheblichen gesundheitlichen Schadens, und
  - (b) die Einwilligungsunfähigkeit des Patienten.

Das sieht auch der Entwurf in der Sache ebenso. § 1906a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB-E formuliert die Voraussetzungen jedoch anders als § 1906 BGB, versucht die Voraussetzungen (1) und (2a) zusammenzufassen und verkürzt sie damit ungewollt.

Die Feststellung, dass eine ärztliche Zwangsmaßnahme zum Wohl des Patienten erforderlich ist, verlangt eine umfassende Bewertung aus Sicht des Betreuten durch Patientenvertreter und Betreuungsgericht. Demgegenüber ist die Notwendigkeit der ärztlichen Maßnahme zur Abwehr der Gesundheitsgefahr ist in erster Linie vom behandelnden Arzt und vom sachverständigen Gutachter zu beurteilen. § 1906a BGB-E sollte daher diese beiden Voraussetzungen wie in § 1906 BGB deutlich und getrennt voneinander anführen. Dadurch lassen sich zugleich Unsicherheiten in der Praxis vermeiden, die durch die unterschiedlichen Formulierungen in den beiden Normen entstehen werden.

**§ 1906a Abs. 1 S. 1 BGB-E** ist daher wie folgt zu fassen:

- (1) Widerspricht eine Untersuchung des Gesundheitszustands, eine Heilbehandlung oder ein ärztlicher Eingriff dem natürlichen Willen des Betreuten (ärztliche Zwangsmaßnahme), so kann der Betreuer in die ärztliche Zwangsmaßnahme nur einwilligen, **wenn sie zum Wohl des Betreuten erforderlich ist, weil**
  1. die ärztliche Zwangsmaßnahme ~~zum Wohl des Betreuten~~ notwendig ist, um einen drohenden erheblichen gesundheitlichen Schaden abzuwenden,

## 2. Maßgeblichkeit des Patientenwillens (§ 1906a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BGB-E)

Die Beachtung des Patientenwillens (§ 1906a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BGB-E) sollte in Übereinstimmung mit den allgemeinen Regeln der Gesundheitsorge in §§ 1901a, 1901b BGB positiv formuliert werden.

Der Patientenvertreter darf einer ärztlichen Maßnahme an Stelle des Patienten nur zustimmen, wenn die ärztliche Maßnahme dem Patientenwillen (§ 1901a BGB) entspricht, den der Patientenvertreter nach § 1901b BGB festzustellen hat. Für eine ärztliche Zwangsmaßnahme kann nichts anderes gelten. Wie das BVerfG zutreffend festgestellt hat (Beschluss vom 26.7.2016, Rn. 82), geht es auch bei der Zwangsbehandlung nicht nur um ein Vetorecht des Patienten, sondern um sein Recht auf eine Behandlung, die seinem (frei gebildeten) Willen entspricht. Es reicht deshalb nicht aus, dass Patient (früher) kein Veto gegen die ärztliche Zwangsmaßnahme geäußert hat. Die ärztliche Maßnahme, die zwangsweise durchgeführt werden soll, muss vielmehr dem nach §§ 1901a und 1901b BGB festzustellenden Willen des Patienten entsprechen. Der Entwurf teilt diese Ansicht (Begründung, BT-Drucks. 18/11240, S. 13 und S. 19), setzt dies jedoch in § 1906a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BGB-E nur unzureichend um. Dort kommt die Bindung des Patientenvertreters an den Patientenwillen nur teilweise, nämlich in negativer Hinsicht zum Ausdruck.

§ 1906a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BGB-E ist daher wie folgt zu fassen:

***3. die ärztliche Zwangsmaßnahme dem nach § 1901b BGB festgestellten Willen des Betreuten (§ 1901a BGB) entspricht,***

## 3. Beurteilung aus Sicht des Betreuten (§ 1906a Abs. 1 S. 1 Nr. 5 und 6 BGB-E)

Bei der Feststellung in § 1906a Abs. 1 S. 1 Nr. 5 und 6 BGB-E, was „weniger belastend“ (bisher „zumutbar“) ist und was „überwiegt“, kommt es auf die Sicht der Patienten und nicht auf die Sicht der Ärzte oder anderer Beteiligter an. Der Entwurf teilt diese Ansicht in der Begründung (BT-Drucks. 18/11240, S. 20), bringt das jedoch in §§ 1906a Abs. 1 S. 1 Nr. 5 und 6 BGB-E nicht zum Ausdruck.

§ 1906a Abs. 1 S. 1 Nr. 5 und 6 BGB-E sind daher wie folgt zu fassen:

5. der drohende erhebliche gesundheitliche Schaden durch keine andere den Betreuten **aus seiner Sicht** weniger belastende Maßnahme abgewendet werden kann,

6. der zu erwartende Nutzen der ärztlichen Zwangsmaßnahme die zu erwartenden Beeinträchtigungen **aus Sicht des Betreuten** deutlich überwiegt und ...

#### **4. Hinweis auf Möglichkeit einer Patientenverfügung und Unterstützung bei ihrer Errichtung (§ 1901a Abs. 3 BGB-E) auch durch Bevollmächtigte**

Der Entwurf beschränkt die Pflicht, den Patienten in geeigneten Fällen auf die Möglichkeit einer Patientenverfügung hinzuweisen und ihn bei der Errichtung zu unterstützen (§ 1901a Abs. 3 BGB-E) auf den Betreuer (BT-Drucks. 18/11240, S. 18). Es trifft zwar zu, dass die Pflichten des Bevollmächtigten sich aus der privatautonomen Vereinbarung mit dem Vollmachtgeber und nicht, wie bei einem Betreuer, aus dem Gesetz ergeben (BT-Drucks. 18/11240, S. 18). Bei der Gesundheitspflege behandelt das Gesetz den Bevollmächtigten und den Betreuer jedoch gleich (vgl. §§ 1901a Abs. 5, 1901b Abs. 3, 1904 Abs. 5, 1906 Abs. 5 BGB). Zu Recht, denn beide haben den Patienten primär bei der Wahrnehmung seiner Rechte als Patient zu unterstützen und dürfen erst dann stellvertretend in eine ärztliche Maßnahme einwilligen, wenn der Patient einwilligungsunfähig ist. Der Hinweis auf die Möglichkeit einer Patientenverfügung und die Unterstützung bei ihrer Errichtung gehört daher ebenso zu den Pflichten eines Bevollmächtigten wie zu denen eines Betreuers. Wenn diese Pflicht nun ausdrücklich ins Gesetz aufgenommen werden soll, muss dies auch für den Bevollmächtigten geschehen.

**§ 1901a Abs. 6 BGB-E** ist daher wie folgt zu fassen:

(6) Die Absätze 1 *bis* 4 gelten für Bevollmächtigte entsprechend.

#### **5. Verbringung eines Patienten in ein Krankenhaus gegen seinen natürlichen Willen, § 1906a Abs. 4 BGB-E**

5.1. Der Entwurf regelt nicht nur die ärztlichen Zwangsmaßnahmen als solche, sondern auch die Verbringung des Patienten in ein Krankenhaus gegen seinen natürlichen Willen zur Durchführung einer ärztlichen Zwangsmaßnahme und unterwirft diese denselben engen Voraussetzungen wie die ärztliche Zwangsmaßnahme (§ 1906a Abs. 4 BGB-E).

Diese Regelung ist für **immobile Patienten** gedacht, die einer geplanten Behandlung im Krankenhaus mit natürlichem Willen widersprechen, sich ihr aber nicht räumlich entziehen können, weil sie sich nicht fortbewegen können (BT-Drucks. 18/11240, S. 21).

§ 1906a Abs. 4 BGB-E regelt damit die Ausübung des **Aufenthaltsbestimmungsrechts** durch den Betreuer für den Fall, dass der betreute Patient sich nicht zur Behandlung in ein Krankenhaus begeben will.

Bei einem **mobilen Patienten** liegt darin eine **freiheitsentziehende Unterbringung**, die den besonderen Voraussetzungen des § 1906 Abs. 1 BGB unterliegt und eine gerichtliche Genehmigung erfordert (§ 1906 Abs. 2 BGB). Dafür ist nicht die Bezeichnung der Einrichtung oder der Station als geschlossen, halboffen oder offen entscheidend, sondern allein, ob der Patient dort gegen seinen Willen festgehalten und ihm damit die Freiheit entzogen wird.

Allerdings geht § 1906 BGB nach der Ansicht des BGH, die das BVerfG akzeptiert hat, von einem **engen Begriff der Freiheitsentziehung** aus. Nicht von § 1906 Abs. 1 BGB erfasst werden daher die Fälle, in denen der Patient körperlich nicht in der Lage ist, sich fortzubewegen, oder er sich der ärztlichen Maßnahme nicht räumlich entziehen will.

Bei **immobilen Patienten** ist der Betreuer deshalb bei der Ausübung seines Aufenthaltsbestimmungsrechts, konkret: bei der Verbringung des Patienten ins Krankenhaus, nur an die allgemeinen Vorgaben des Betreuungsrechts (§ 1901 BGB) gebunden und muss auch keine gerichtliche Genehmigung einholen.

Auch wenn die Verbringung eines immobilen Patienten in ein Krankenhaus begrifflich keine freiheitsentziehende Unterbringung darstellt, liegt darin jedoch ein ebenso **gravierender Eingriff** in das Selbstbestimmungsrecht über den eigenen Aufenthalt vor wie bei einem mobilen Patienten.

Es ist daher **grundsätzlich zu begrüßen**, dass der Entwurf hier eine gerichtliche Genehmigung, d.h. eine vorherige gerichtliche Kontrolle dieser gravierenden Maßnahme vorsieht. In folgender Hinsicht ist jedoch an der geplanten Regelung in § 1906a Abs. 4 BGB-E **Kritik** zu üben:

#### 5.2. Die Regelung ist **weiter zu fassen**.

§ 1906a Abs. 4 BGB-E erfasst nur die Verbringung **zum Zweck einer ärztlichen Zwangsmaßnahme**. Bei der Verbringung ins Krankenhaus steht aber in der Regel noch nicht fest, ob der Patient dort die Behandlung weiterhin ablehnen wird. Das Gesetz verlangt auch zu Recht, dass Arzt und Betreuer den Patienten dort zunächst zu überzeugen versuchen, die Behandlung freiwillig vornehmen zu lassen, und macht dies sogar explizit zur Voraussetzung für die Zulässigkeit einer ärztlichen Zwangsmaßnahme (§ 1906 Abs. 3 Nr. 2 BGB = § 1906a Abs. 1 Nr. 4 BGB-E). Es ist daher bei der Verbringung ins Krankenhaus in der Regel noch nicht abzusehen, ob eine ärztliche Zwangsmaßnahme erforderlich sein wird. Macht man dies zur Voraussetzung, wird eine Verbringung ins Krankenhaus in vielen Fällen nicht möglich sein, in denen sie geboten ist. Bei einem mobilen Patienten unterfällt dessen Verbringung ins Krankenhaus deshalb zu Recht in allen Fällen § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB. Dasselbe muss auch für immobile Patienten gelten.

Die Regelung muss daher die Verbringung zum **Zweck einer ärztlichen Maßnahme im Sinne des § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB** umfassen.

#### 5.3. Die Regelung ist **in § 1906 BGB einzustellen**.

§ 1906a Abs. 4 BGB-E stellt die Verbringung in ein Krankenhaus einer ärztlichen Zwangsmaßnahme gleich. Das ist sachlich wie systematisch nicht überzeugend.

Die ärztliche Zwangsmaßnahme ist ein Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht über die körperliche Integrität (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG). Demgegenüber stellt die Verbringung eines Patienten in ein Krankenhaus einen Eingriff in die Freiheit dar, den eigenen Aufenthaltsort zu bestimmen (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG).

Bei **mobilen Patienten** werden die Voraussetzungen für einen derartigen Eingriff durch § 1906 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 BGB festgelegt. Es ist deshalb weder sachlich noch systematisch überzeugend, einen derartigen Eingriff bei **immobilen Patienten** anders zu regeln und der Vorschrift für ärztliche Zwangsmaßnahmen zu unterstellen. Sie sollte deshalb in § 1906 BGB eingestellt werden.

Stellt man die Regelung in § 1906 BGB ein, wird auch eine ausdrückliche Regelung des (Subsidiaritäts-) Verhältnisses der Verbringungsregelung zur freiheitsentziehenden Unterbringung nach § 1906 Abs. 1 BGB entbehrlich.

5.4. Die Regelung ist daher wie folgt zu fassen und statt als Abs. 4 in § 1906a Abs. 4 BGB-E als **Abs. 5 in § 1906 BGB** einzufügen:

**Für die Einwilligung des Betreuers in eine notwendige Verbringung des Betreuten zu einem stationären Aufenthalt in ein Krankenhaus gegen seinen natürlichen Willen zum Zweck einer ärztlichen Maßnahme im Sinne des Absatzes 1 gelten die Absätze 1 bis 3 entsprechend.**

## **6. Weiteres Gutachten bei somatischer Erkrankung (§ 321 Abs. 1 FamFG)**

Das Verfahrensrecht (§§ 321 Abs. 1, 331 S. 1 Nr. 2 FamFG) verlangt einen psychiatrisch qualifizierten Gutachter, weil für eine ärztliche Zwangsmaßnahme stets die Einwilligungsunfähigkeit des Patienten festgestellt werden muss. Bei einer psychischen Erkrankung kann dieser Gutachter darüber hinaus auch die Behandlungsnotwendigkeit beurteilen. Ein psychiatrischer Gutachter dürfte jedoch im Regelfall nicht qualifiziert sein, die Behandlungsnotwendigkeit einer somatischen Erkrankung zu beurteilen. Dann muss das Betreuungsgericht ergänzend ein Gutachten eines für die somatische Erkrankung und ihre Behandlung fachlich qualifizierten Arztes einholen. Da eine ärztliche Zwangsmaßnahme einen sehr gravierenden Grundrechtseingriff darstellt, darf dies nicht dem Ermessen des Betreuungsgerichts im Rahmen der Amtsermittlung (§ 26 FamFG) überlassen bleiben. Das Gesetz sollte dies vielmehr für den Regelfall (§ 321 FamFG) zur Pflicht erklären.

Im Eilfall (§ 331 FamFG) würde die Verpflichtung, regelmäßig ein weiteres ärztliches Zeugnis einzuholen, jedoch zu unvermeidbaren Verzögerungen führen. Hier sollte es bei der derzeitigen Regelung verbleiben, wonach das Betreuungsgericht gemäß § 26 FamFG nach pflichtgemäßen Ermessen ein weiteres Zeugnis anfordern kann.

§ 321 Abs. 1 FamFG ist daher **um einen Satz 6** wie folgt zu ergänzen:

***Betrifft sie eine somatische Erkrankung, soll ein weiteres Gutachten zur Notwendigkeit der Behandlung eingeholt werden.***

**7. Sonstige freiheitsentziehende Maßnahmen nach Landesrecht (§§ 312 Nr. 3 und 321 Abs. 2 FamFG)**

Das laufende Gesetzgebungsverfahren sollte genutzt werden, in § 312 Nr. 3 FamFG auch die anderen freiheitsentziehenden Maßnahmen aufzunehmen, die nach Landesrecht einer gerichtlichen Entscheidung bedürfen. Derzeit erfasst § 312 Nr. 3 FamFG nur die freiheitsentziehende Unterbringung nach Landesrecht, andere freiheitsentziehenden Maßnahmen jedoch nicht. Es trifft zwar zu, wie die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung ausführt (BT-Drucks. 18/11617, S. 9 f.), dass sich der Richtervorbehalt für derartige freiheitsentziehende Maßnahmen nicht aus dem FamFG ergibt, sondern aus dem Landesrecht. Wo das Landesrecht jedoch einen solchen Richtervorbehalt enthält, muss das FamFG auch ein entsprechendes Verfahren bereitstellen. Da einige Bundesländer einen Richtervorbehalt für andere freiheitsentziehende Maßnahme vorsehen, sollten § 312 Nr. 3 FamFG und folgerichtig auch § 321 Abs. 2 FamFG entsprechend ergänzt werden.

Der Bundesrat hat dazu einen entsprechenden Vorschlag unterbreitet (BT-Drucks. 18/11617, S. 5 f., unter 4.). Auf diesen wird verwiesen.