Prof. Dr. Annette Riedel und Prof. Konrad Stolz***

„Altenwohlgefährdung"

Pflegewissenschaftliche und betreuungsrechtliche Überlegungen zu Gefährdungen in der häuslichen Pflege

Das Wohl hilfloser und pflegebedürftiger Menschen in Heimen steht häufig im Mittelpunkt öffentlicher Debatten. Dem Wohl Hilfebedürftiger im Bereich der häuslichen Pflege wird dabei weniger Beachtung geschenkt. Dabei ist gerade Gewalt im familiären Nahraum das häufigere Phänomen, als Gewalt in stationären Altenhilfeeinrichtungen. Welche Behörde hat aber den Auftrag, bei einer Gefährdung des Wohls alter pflegebedürftiger Menschen Hilfen anzubieten und erforderlichenfalls ein Gericht – in diesem Falle das Vormundschaftsgericht – anzurufen?

INHALT

A. Einleitung
B. Fallbeispiel – Frau M.
Relevanz trotz Exemplarik
C. „Altenwohlgefährdung"
I. Altenwohlgefährdung und häusliche Pflege
II. „Altenwohl" – pflegeethischer Fokus
III. „Altenwohl" – juristischer Fokus
D. Fazit

A. Einleitung

Während nach mehreren schlimmen Todesfällen in jüngster Zeit der Schutz von Kindern vor einer „Kindeswohlgefährdung"[1] im Vordergrund der gesellschaftlichen und rechtspolitischen Diskussion steht, wird der Gefährdung von hilflosen alten Menschen, also einer „Altenwohlgefährdung", in der Öffentlichkeit nur vergleichsweise wenig Beachtung geschenkt. Mit dem Kinder- und Jugendhilfeweiterentwicklungsgesetz vom 13.9.2005[2] wurde der Kinderschutzauftrag des Jugendamtes, der letztlich auf dem Wächteramt des Staates (Art. 6 Abs. 2 S 2 GG) beruht, im § 8a SGB VIII verdeutlicht. Wenn dem Jugendamt „gewichtige Anhaltspunkte für die Gefährdung des Wohls eines Kindes oder Jugendlichen" bekannt werden, so hat es nach dieser Vorschrift das „Gefährdungsrisiko im Zusammenwirken mehrerer Fachkräfte abzuschätzen" und gegebenenfalls den Personensorgeberechtigten geeignete Hilfen zur Abwendung der Gefährdung anzubieten. Falls diese Hilfen nicht angenommen werden oder nicht ausreichen, ist das Familiengericht anzurufen, das auf der Grundlage des § 1666 BGB alle erforderlichen Schutzmaßnahmen ergreifen kann. Kinder sind vor allem deshalb im besonderen Maße schutzbedürftig, weil sie umfassend von der Betreuung ihrer Eltern oder sonstigen Pflegepersonen abhängig und gefährdet sind, wenn die Betreuungspersonen überfordert oder ungeeignet sind. Sind nicht in ganz ähnlicher Weise ältere pflegebedürftige Menschen in häuslichen Pflegerarrangements vom guten Willen und Vermögen ihrer Pflegepersonen abhängig? Dies vor allem dann, wenn sie aufgrund einer demenziellen Symptomatik oder anderweitiger kognitiver Einschränkungen ihren persönlichen Willen und ihre individuellen Wünsche und Bedürfnisse nicht mehr adäquat formulieren oder vermitteln können, sie für ihr eigenes Wohl nicht mehr explizit einstehen beziehungsweise dieses nicht mehr eindeutig artikulieren können. Abhängigkeiten in häuslichen Pflegesituationen sind komplex und vielschichtig, auch ihre Hintergründe sind vielgestaltig. Überforderungsspiralen können zu unkontrollierten Handlungen oder auch zu Maßnahmen führen, die vermeintlich dem Schutz des zu Pflegenden dienen sollen. Hieraus kann sich für den pflegebedürftigen älteren Menschen eine hilflose Lage ergeben, die durchaus mit der Situation von Kindern zu vergleichen ist, die sich nicht aus eigener Kraft und Selbstbestimmung gegen Gefährdungen und Gefahren, die von ihren Pflegepersonen ausgehen können, wehren können. Auch von Pflege abhängige Menschen können sich nicht gegen eine ihr Wohl gefährdende Pflege zur Wehr setzen, zum Beispiel, wenn ihre Fähigkeit zur Selbstbestimmung und zur „korrekten" Artikulation von Wünschen und Bedürfnissen krankheitsbedingt (z. B. in Folge einer Demenz) eingeschränkt oder weitgehend verloren gegangen ist. Welche Behörde hat aber – dem Jugendamt vergleichbar – den Auftrag, bei einer Gefährdung des Wohls alter pflegebedürftiger Menschen Hilfen anzubieten und erforderlichenfalls ein Gericht – in diesem Falle das Vormundschaftsgericht – anzurufen? Dieses könnte gem. § 1896 BGB einen dem Wohl des Betroffenen verpflichteten gesetzlichen Betreuer bestellen oder gem. § 1846 BGB vorläufig die im Interesse des Betroffenen erforderlichen Maßregeln treffen. Es geht im Kontext der „Altenwohlgefährdung" nicht generell und pauschal um alte Menschen, die zu einem großen Teil bis zu ihrem Lebensende ihr Selbstbestimmungsrecht ausüben können und deshalb nicht schutzbedürftig sind. Vielmehr geht es um pflegebedürftige alte Menschen, die ihre Fähigkeit zur Selbstbestimmung krankheitsbedingt verloren haben und deshalb des besonderen Schutzes bedürfen. Auch geht es nicht um den Verdacht, bei der Pflege alter Menschen im Nahraum sei deren Wohl generell in Gefahr. Vielmehr geht es – wie bei Kindern – um eine unbekannte Zahl von Fällen,[3] in denen tatsächlich die Pflege das Wohl der Betroffenen beeinträchtigt oder ihnen schadet.

Ziel des Beitrags ist es – analog zur gesellschaftlichen und politisch gestützten Sensibilisierung für den Schutz des körperlichen, geistigen oder seelischen Wohls von Minderjährigen – auf die Relevanz des Schutzes der im Nahraum gepflegten älteren Menschen aufmerksam zu machen und das Thema aus dem Tabubereich zu heben. Es geht darum, auf das gesellschaftliche Problem und dessen Bedeutsamkeit – wenngleich bedauerlicher Weise auch nicht auf der Basis von validem Zahlenmaterial – aufmerksam zu machen. *„Altenwohlgefährdung"* ist gegenwärtig im öffentlichen Bewusstsein ein verdrängtes beziehungsweise vernachlässigtes Problem, das nicht alleine durch pflegerische Hilfs- und Beratungsangebote und Kontrollmechanismen zu bewältigen ist, sondern auch auf der gesellschaftlichen und rechtspolitischen Ebene bearbeitet werden muss.

* Professorin für Pflegewissenschaft an der Hochschule Esslingen.

** Professor für Familien- und Jugendrecht an der Hochschule Esslingen, Fakultät Soziale Arbeit, Pflege und Gesundheit, ehemals Vormundschaftsrichter.

1 § 1666 BGB.

2 BGBl. I Nr. 57, S 2729 ff.

3 Über das Ausmaß von Gewalt in häuslichen Pflegearrangements liegen bislang wenige Untersuchungen vor, so dass man von einer großen Dunkelziffer ausgeht. Häusliche Gewalt in der Pflege ist zudem gegenwärtig kein Inhalt polizeilicher Kriminalstatistiken. Vgl. Seidel, L., Gewalt an alten Menschen. Entstehungsfaktoren für Gewalt an pflegebedürftigen alten Menschen und Lösungsansätze 2007, S 59 f., S 79; vgl. Hirsch, R. D., Gewalt gegen alte Menschen: Ein Überblick zur Situation in Deutschland – Möglichkeiten zur Prävention und Intervention durch private Initiativen, 2003, S 15 ff.; vgl. Carell, A., Gewalt gegen ältere Menschen im sozialen Nah- und Fernraum: Ein Literaturüberblick, in: Hirsch, R. D. u. a. (Hrsg.), Untersuchungen zu Gewalt gegen alte Menschen. Bonn, 1999.

Im Folgenden wird bewusst – entsprechend dem zwischenzeitlich allseits bekannten Begriff der Kindeswohlgefährdung (§ 1666 BGB) – der Begriff „Altenwohlgefährdung" benutzt. Es werden Hintergründe und Ansätze zur Entdeckung und Abwendung von „Altenwohlgefährdungen" zur Diskussion gestellt.

B. Fallbeispiel – Frau M.

Die folgende Betrachtung bezieht sich beispielhaft auf eine Situation im häuslichen Pflegearrangement und auf eine ältere Frau, die nach dem Pflegeversicherungsgesetz nicht eingestuft ist und (bislang) in kein formelles Hilfenetzwerk eingebunden ist.[4] Zudem zeigen die vorliegenden Publikationen, dass Gewalt im familiären Nahraum das häufigere Phänomen ist als Gewalt in stationären Altenhilfeeinrichtungen.[5]

Bei Frau M., 87 Jahre, wurde im vergangenen Jahr eine fortgeschrittene demenzielle Erkrankung diagnostiziert. Sie hat den Bezug zur Realität und zu ihrer Person weitgehend verloren und kann keine eigenverantwortlichen Entscheidungen mehr treffen. Frau M. ist Witwe, bewohnt jetzt mit ihrem einzigen Sohn das Haus, das sie gemeinsam mit ihrem Mann nach den Kriegsjahren gebaut hat. Der Sohn übernimmt die morgendliche und abendliche Unterstützung seiner Mutter bei der Körperpflege. Da Frau M. noch über erhebliche Mobilitätsressourcen verfügt, kann sie die Teilschritte der Körperpflege nach erfolgter Anleitung und unter Beaufsichtigung ihres Sohnes eigenständig durchführen. Die vorhandenen Mobilitätsressourcen ermöglichen es Frau M., sich innerhalb des Hauses frei zu bewegen und so ihrem krankheitsbedingten Mobilitätsdrang gerecht zu werden. Aufgrund des durch die demenzielle Erkrankung eingeschränkten Hunger- und Durstgefühls erfolgt auch die Nahrungs- und Flüssigkeitsaufnahme nur nach Anleitung. Die beginnende Inkontinenz und den vorhandenen Anleitungsbedarf, regelmäßig die Toilette aufzusuchen, kompensiert der Sohn in seiner Abwesenheit über den Tag mit einem geschlossenen Inkontinenzsystem. Zur Sicherheit legt er ergänzend zwei Mullwindeln in die Inkontinenzhose. Nach dem gemeinsamen Frühstück verlässt der Sohn am Morgen seine Mutter, um zur Arbeit zu fahren. Nach längerer Zeit der Arbeitslosigkeit ist er froh, wieder einer beruflichen Tätigkeit nachgehen zu können. Um zu verhindern, dass seine Mutter die Wohnung entsprechend dem Stadium ihrer demenziellen Erkrankung „umgestaltet", schließt er seine Mutter in ihr Zimmer ein. Der Sohn stellt seiner Mutter ausreichend Tee, belegte Brote, Kuchen und Obst auf den Tisch. Nach der Rückkehr am Abend trifft er seine Mutter wiederholt sehr ruhelos an. Von dem zubereiteten Essen und Trinken hat sie nichts angerührt. Nicht immer kann der Sohn nach einem langen und anstrengenden Arbeitstag die emotionale Beherrschung bewahren und bei diesem Anblick ruhig bleiben. Die Nachbarschaft kam in den vergangenen Wochen bereits mehrfach auf den Sohn zu und berichtete ihm, dass seine Mutter im Tagesverlauf vielfach gegen das Fenster klopfe und laut rufe. Auch haben sie die lauten schimpfenden Worte gegenüber seiner Mutter und Geräusche wie von Schlägen an den vergangenen Abenden vernommen. Tatsächlich waren diverse Hämatome an den Handoberflächen und den Armen sichtbar.

Relevanz trotz Exemplarik

Beim Lesen des Fallbeispiels könnte sehr schnell der Einwand erfolgen, dass es sich hierbei um einen Einzelfall handelt. Da kein empirisches Zahlenmaterial vorliegt, ist unsererseits an dieser Stelle keine valide Aussage möglich. Von der Hand zu weisen sind allerdings derartige Konstellationen nicht.[6] Denn noch zu keiner Zeit wurde in Familien so viel und über eine so lange Zeit gepflegt wie heute.[7] Mit einem Anteil von 92 % erhält fast jeder Pflegebedürftige im häuslichen Pflegearrangement private Hilfeleistungen aus der Familie[8] oder der Bekanntschaft. Rund zwei Drittel (64 %) werden ausschließlich privat gepflegt.[9] Selbst in der höchsten Pflegestufe werden noch mehr als die Hälfte der Pflegebedürftigen (56 %) in Privathaushalten gepflegt.[10] Auch bei Menschen mit demenziellen Erkrankungen sind es vor allem informelle Netzwerke, die das ambulante Versorgungssetting sichern.[11]

C. „Altenwohlgefährdung"

Die Verwendung des Begriffs „Altenwohlgefährdung" analog zur Kindeswohlgefährdung lenkt den Blick auf die betroffene Person und nicht auf die Täter oder die Tat. Der Begriff Wohlgefährdung sensibilisiert für eine Befindlichkeit und nicht für den potenziellen und schnell kategorisierbaren Straftatbestand der Gewalt. Der Begriff „Gewalt" wird selten wertfrei und häufig zum Zweck einer Skandalisierung verwendet. „Altenwohl" umfasst für die Autorin und den Autor nicht nur den Aspekt des körperlichen, geistigen und seelischen Wohls oder des Wohlseins einer Person, sondern verbindet zugleich das Recht auf Achtung ihres persönlichen Willens – selbst wenn diese Willensbekundung auf den ersten Blick nicht sofort erkennbar erscheint oder für uns die Willensbekundung nicht sofort verständlich, nachvollziehbar oder entsprechend interpretierbar ist. Ziel ist es, zentrale Grundbedürfnisse und die Würde zu schützen.

Werden die pflegebedürftigen Älteren in den Familien der Pflegenden versorgt und/oder mangelt es in der Pflegebeziehung an der erforderlichen „filialen Reife",[12] können (emotionale) Überfor-

4 Zu den Grenzen des Schutzes von Bewohnerinnen und Bewohnern der stationären Altenhilfe vgl. Seidel, L., Gewalt an alten Menschen. Entstehungsfaktoren für Gewalt an pflegebedürftigen alten Menschen und Lösungsansätze 2007, S 71 ff.

5 Vgl. Seidel, L., Gewalt an alten Menschen. Entstehungsfaktoren für Gewalt an pflegebedürftigen alten Menschen und Lösungsansätze 2007, S 79.

6 Vgl. auch Lebert, S., Wenn aus Liebe Wut wird, in: Die Zeit, 21.5.2008, S 33.

7 Schneekloth, U., Entwicklungstrends und Perspektiven in der häuslichen Pflege, in: Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2006: 39: 6: S 405–412.

8 Klie formuliert 2001, dass, entgegen allen hartnäckig sich behauptenden „Un- und Halbwahrheiten" zur Situation der familiären Pflege, „noch nie im geschichtlichen Zurückdenken [...] in Familien so viel und so lange gepflegt [wurde] wie gerade heute – und dies unter Bedingungen, die in mancher Hinsicht durchaus gegenüber früheren Zeiten komplizierter sind"; Klie, Th., Gewalt gegen alte Menschen, in: Kohl, H. und Landau, H. (Hrsg.), Gewalt in sozialen Nahbeziehungen, 2001, S 90.

9 Schneekloth, U., Möglichkeiten und Grenzen selbstständiger Lebensführung, in: Döring D. (Hrsg.), Was brauchen alte Menschen? Herausforderungen für eine alternde Gesellschaft. Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit 2006, S 26.

10 Statistisches Bundesamt, Pflegestatistik 2005. Pflege im Rahmen der Pflegeversicherung, Deutschlandergebnisse, 2007, S 12. An dieser Stelle ist auf die Grenzen bezüglich der Validität und Aussagekraft der publizierten Zahlen zur Pflegebedürftigkeit zu verweisen, die sich vornehmlich und ausschließlich auf die Ergebnisse der sozialrechtlichen Begutachtung stützen. Sie bilden nicht die soziale Wirklichkeit der Pflegebedürftigkeit und des Pflegebedarfs ab, sondern ausschließlich die Ergebnisse der Begutachtungen des MDK und die jeweiligen Entscheidungen der Pflegekassen im Verwaltungsverfahren.

11 Werner, B., Das Heim und die Angehörigen. Die Bedeutung des informellen sozialen Netzwerkes bei der Pflege und Versorgung demenzkranker Heimbewohner, in: Pflegewissenschaft 2008: 4: S 235–247; Klie, Th., Prüfsteine für eine nachhaltige Reform der Pflegeversicherung. Zeitschrift für Gerontologie & Geriatrie 2008: 41: 2: S 117–123; Zank, S./Schacke, C., Projekt Längsschnittstudie zur Belastung pflegender Angehöriger von demenziell Erkrankten (LEANDER), Siegen, 2007.

12 Das entwicklungspsychologische Konzept der „filialen Reife" wurde von Blenkner 1965 entworfen; in: Peters, M., Klinische Entwicklungspsychologie des Alters, 2004, S 189. Wird das Entwicklungsstadium der pflegenden Töchter nicht erfolgreich durchlaufen und die „filiale Reife" nicht erlangt, reagieren die Pflegenden in belastenden Situationen oftmals mit Schuldgefühlen, Depressionen oder auch Aggressionen (Geister, Ch., „Weil ich für meine Mutter verantwortlich bin". Der Übergang von der Tochter zur pflegenden Tochter, 2004, S 34 f.; Peters, M., Klinische Entwicklungspsychologie des Alters, 2004, S 189 f.

derungen auftreten und Grenzen der Belastbarkeit das Pflegearrangement tangieren.[13] Die Qualität der familialen Pflege ist in dieser Konstellation gefährdet.[14] Gerade in informellen Netzwerken und familialen Kontexten kann ein Nichterkennen von indizierten Pflegebedarfssituationen ein häufiger Grund dafür sein, dass ungewollt und nicht intentional durch Vernachlässigung Gewalt ausgeübt wird und somit die Rechte und/oder das Wohlbefinden des älteren Menschen massiv beeinträchtigt werden.

Deutlich wird bei einer Analyse vielfach zitierter Definitionen von Gewalt im Kontext pflegerischer Versorgung,[15] dass Gewalt – in all ihren Facetten – in dem direkten Zusammenhang mit der Reduktion der Selbstbestimmung, mit der Missachtung individueller Bedürfnisse, mit der Geringschätzung und der Einschränkung des Grundrechts der freien Willensentscheidung sowie der Würde einer Person steht. Einzelne Definitionen greifen auf den Begriff des „Wohlseins" zurück.[16]

13 Werner, B., Das Heim und die Angehörigen. Die Bedeutung des informellen sozialen Netzwerkes bei der Pflege und Versorgung demenzkranker Heimbewohner, in: Pflegewissenschaft 2008: 4: 235. Zur Belastungssituation pflegender Angehöriger von demenziell Erkrankten vgl. Zank, S./Schacke, C., Projekt Längsschnittstudie zur Belastung pflegender Angehöriger von demenziell Erkrankten (LEANDER), 2007.

14 Görgen, T./Nägele, B., Nahraumgewalt gegen alte Menschen, in: Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2005: 38: 1: S 4 ff.; Geister, Ch., „Weil ich für meine Mutter verantwortlich bin". Der Übergang von der Tochter zur pflegenden Tochter, 2004, S 36 ff.

15 Hirsch, D./Nikolaus, T., Aspekte zur Gewalt im häuslichen Bereich und in Institutionen, in: Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2005: 38: 1: S 1–3.; vgl. Hirsch, R. D., Welche Hindernisse bestehen gegen eine menschenwürdige Pflege? – Offene und verdeckte Gewalt, in: AGP: Für eine menschenwürdige Pflege, 1999; vgl. Schneider, C., Gewalt in Pflegeeinrichtungen, 2005; vgl. Görgen T. u. a.: Gewalt gegen Ältere im persönlichen Nahraum, 2002; vgl. Görgen, T./Nägele, B., Präventions- und Interventionskonzepte zur Problematik der Gewalt gegen ältere Menschen im persönlichen Nahraum, in: Hirsch, R. D./Kranzhoff, E.U., Prävention von Gewalt gegen alte Menschen: Im häuslichen Bereich und in Einrichtungen, 1999; Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Gewalt gegen Ältere im persönlichen Nahraum. Wissenschaftliche Begleitung und Evaluation eines Modellprojekts, 2002; Eastman, M., Gewalt gegen alte Menschen, 1985, S 38; 1975, 1993; in: Hirsch, R. D., Gewalt gegen alte Menschen: Ein Überblick zur Situation in Deutschland – Möglichkeiten zur Prävention und Intervention durch private Initiativen, 2003, S 14; Ruthemann, U., Aggression und Gewalt im Altenheim. Verständnishilfen und Lösungswege für die Praxis, 1993, S 14; Dieck, M., Gewalt gegen ältere Menschen im familialen Kontext: ein Thema der Forschung, der Praxis und der öffentlichen Information, in: Zeitschrift für Gerontologie 1987: 20: S 311.

I. Altenwohlgefährdung und häusliche Pflege

Der Gesetzgeber verfolgt in dem im Juli 2008 in Kraft getretenen Pflegeweiterentwicklungsgesetz – wie auch bereits im Pflegeversicherungsgesetz – die Prämisse „ambulant vor stationär" (§ 3 SGB XI).[17] Diese Forderung deckt sich mit den individuellen Wünschen in der Gesellschaft, auch bei eintretender Pflegebedürftigkeit so lange wie möglich im häuslichen Umfeld verbleiben zu können. Dieses Ziel wird umso intensiver und vehementer angestrebt, je negativer über die Gegebenheiten/Rahmenbedingungen und die Versorgungssituation in den stationären Altenhilfeeinrichtungen publiziert wird.[18] So mannigfaltig und komplex sich die jeweiligen Entscheidungsgrundlagen für das häusliche Pflegearrangement erweisen,[19] so vielgestaltig sind demgegenüber die Pflege- und Betreuungsprobleme, die in der häuslichen Pflege zum Tragen kommen können und schließlich die Versorgungs- und Pflegequalität der/des Pflegebedürftigen gefährden und ältere Menschen zu Opfer innerfamiliärer Gewalt werden lassen.[20] Die Gründe für die Gefährdung sind vielschichtig und beziehungsreich. Zumeist handelt es sich hierbei um ein ganzes Ursachenbündel.[21] Das Wohl der älteren Menschen ist somit in besonderem Maße einem sensiblen und fragilen System ausgesetzt. Insbesondere sind hier auf Hilfe und Pflege angewiesene einwilligungsunfähige und geschäftsunfähige ältere Menschen betroffen. Die „Altenwohlgefährdung" ist gerade bei dieser Zielgruppe zu thematisieren, einer Zielgruppe, deren Würde und deren Schutz einer besonderen Achtsamkeit bedürfen. Unseres Erachtens wird dieses Thema in den gegenwärtigen gesellschaftlichen Diskussionen tabuisiert. Nur vereinzelt wird in der Presse auf die Gefahr hingewiesen, die von überforderten Angehörigen für die pflegebedürftigen älteren Menschen ausgeht.[22] Fraglich ist bislang, an wen sich die verantwortungsbewusste Nachbarschaft wenden kann, wenn diese den Verdacht hegt, dass die Pflegesituation nicht dem Wohl des älteren Menschen dient. Besonderes Augenmerk verdienen an dieser Stelle Personen, die nicht eingestuft sind, da bislang kein Antrag auf Einstufung gestellt wurde oder aber der Zeitwert bezogen auf die einstufungsrelevanten Verrichtungen bei einer zurückliegenden Antragstellung nicht erreicht wurde.

16 Galtung 1975, 1993; in: Hirsch, R. D., Gewalt gegen alte Menschen: Ein Überblick zur Situation in Deutschland – Möglichkeiten zur Prävention und Intervention durch private Initiativen, 2003, S 14.

17 Bundesgesetzblatt Jahrgang 2008 Teil I Nr. 20, ausgegeben zu Bonn am 20. Mai 2008.

18 Vgl. zum Beispiel: Fussek, C./Schober, G., Im Netz der Pflege-Mafia. Wie mit menschenunwürdiger Pflege Geschäfte gemacht werden, 2008. S 15 ff.; vgl. Breitscheidel, M., Abgezockt und Totgepflegt. Alltag in deutschen Pflegeheimen, 2005; vgl. Anonymus: Wohin mit Vater? Ein Sohn verzweifelt am Pflegesystem, 2007.

19 Geister, Ch., „Weil ich für meine Mutter verantwortlich bin". Der Übergang von der Tochter zur pflegenden Tochter, 2004, 18 ff.. Geister, Ch., Sich-verantwortlich-Fühlen als zentrale Pflegemotivation, in: Pflege 2005: 18: 1: S 5 ff..

20 Seidel, L., Gewalt an alten Menschen. Entstehungsfaktoren für Gewalt an pflegebedürftigen alten Menschen und Lösungsansätze 2007, S 58f..

II. „Altenwohl" – pflegeethischer Fokus

Im Folgenden geht es zunächst um die Reflexion der ethischen Besonderheiten, in der die Menschenwürde den übergeordneten Orientierungspunkt vorgibt. Es geht um Autonomie (Entscheidungs- und Handlungsautonomie) und Fürsorge – im Kern um die menschenwürdige Pflege und Versorgung von Frau M.

Aufgrund der beschriebenen demenziellen Erkrankung und der in dem Fallbeispiel dargestellten kognitiven Einschränkungen vornehmlich in komplexen Handlungssituationen und außerhalb des häuslichen Milieus darf nicht gefolgert werden, dass Frau M. grundsätzlich und bezogen auf *alle* individuellen und alltagsrelevanten Entscheidungen inkompetent ist.[23] Ferner ist nicht davon auszugehen, dass aufgrund der gegenwärtigen krankheitsbedingten Situation von Frau M. das ethische Prinzip – die Autonomie von Frau M. zu respektieren – nur (noch) begrenzte Gültigkeit hat. Gerade bei Menschen, die nicht mehr bezogen auf alle komplexen und umfassenden Entscheidungen noch einen eigenen Willen klar und nachvollziehbar artikulieren und vertreten können, gilt es hinsichtlich der alltäglich wiederkehrenden und weniger komplexen (Alltags-)Entscheidungen, genau hinzuhören und hinzuschauen. So ist

21 Zu den Bedingungsfaktoren und Einflussfaktoren für die Entstehung von Gewalt gegenüber älteren Menschen in der häuslichen Pflege vgl. Seidel, L., Gewalt an alten Menschen. Entstehungsfaktoren für Gewalt an pflegebedürftigen alten Menschen und Lösungsansätze 2007, S 50 ff.; zum Zusammenhang der Gewaltformen vgl. Hirsch, R. D., Gewalt gegen alte Menschen: Ein Überblick zur Situation in Deutschland – Möglichkeiten zur Prävention und Intervention durch private Initiativen, in: Stiftung Deutsches Forum für Kriminalprävention: Prävention von Gewalt gegen alte Menschen – private Initiativen, 2003, S 25.

22 Lebert, S., Wenn aus Liebe Wut wird, in: Die Zeit, 21.5.2008, S 33.

23 Vgl. Hirsch, R. D., Im Spannungsfeld zwischen Medizin, Pflege und Politik: Menschen mit Demenz. Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2008: 41: 2: S 114 f.

Frau M. zwar nicht mehr in der Lage, bezüglich ihrer eigenen Sicherheit und Versorgung umfassend und zielorientiert für sich zu entscheiden. Dass es ihr in ihrer eingeengten und verlassenen Situation in Abwesenheit ihres Sohnes nicht gut geht, kann sie hingegen noch explizit ausdrücken in Form von Klopfen gegen das Fenster und lautem Rufen.

In der vorliegenden Situation gilt es, aus ethischer Perspektive zu erfassen, wie Fürsorge und Autonomie miteinander interagieren. Gerade die ausgeprägte Vulnerabilität von Menschen mit Demenz bedingt einen spezifischen Bedarf an Pflege und Betreuung. Vulnerabilität kann ferner zu asymmetrischen Machtverhältnissen beitragen[24] und birgt zugleich die Gefahr der Missachtung der Entscheidungs- und Handlungsautonomie der von Pflege und Betreuung abhängigen Menschen. Fremdbestimmung und Autonomieverlust wären dann die Konsequenz. Diese wiederum sind nicht in einem direkten Zusammenhang mit einem reduzierten Handlungsspielraum zu sehen, vielmehr würde eine solche Grundhaltung diesen Personen jegliche Form der Selbstbestimmung absprechen, dies in klarer begrifflicher Abgrenzung zur Selbstständigkeit. Hervorzuheben ist vor diesem Hintergrund, dass mit dem Verlust der rechtlichen Einwilligungsfähigkeit und der mangelnden Geschäftsfähigkeit sich Autonomiebedürfnisse nicht per se reduzieren und nicht alle Fähigkeiten der Autonomie zeitgleich verschwinden. Es muss also auch bei Frau M. um die Achtung ihrer Autonomie, ihres persönlichen Willens und ihrer Würde gehen, versus eines paternalistischen Handelns. Rehbock spricht hier von einer „moralischen Würde", die „unverlierbar" und „unantastbar" ist und einem Menschen „allein aufgrund seines Menschseins zugeschrieben" wird.[25] Die Autonomie und im weitesten Sinne auch das Wohl von Frau M. wird in dem beschriebenen Fall verletzt, wenngleich auch auf Seiten des Sohnes nicht unterstellt werden darf, dass er diese bewusst missachtet. Allerdings wird deutlich, dass in der Abwesenheit des Sohnes – das heißt also bei mangelnder Fürsorge – das leibliche und psychische Wohl von Frau M. als grundlegende Komponente der Würde auf alle Fälle gefährdet ist. In der Situation von Frau M. geht es nicht ausschließlich um den Schutz der Autonomie (Handlungs- und Entscheidungsautonomie), sondern ergänzend um den Schutz eines würdigen Lebens, um die Achtung der Würde der Person, den Schutz des psychischen und physischen Wohls.

Im Zentrum steht somit die Sicherung einer bedarfs- und bedürfnisorientierten Pflege- und Versorgung von Frau M. Diese gilt es zunächst seitens der professionell Pflegenden zu erfassen, gemeinsam mit dem Sohn und Frau M. Auf der Basis der erhobenen Daten und Informationen ist das optimale und angemessene Pflegearrangement abzuleiten. Hierbei ist der Sohn von Frau M. auf die nötigen Informationen über den indizierten Pflegebedarf und auf die professionelle lebensweltorientierte Beratung seitens der Pflegenden angewiesen, um zwischen den Pflegeangeboten, aber auch zwischen den möglichen Unterstützungs- und Entlastungsangeboten abwägen und entscheiden zu können. Neben der adäquaten Versorgungsstruktur sollten hierbei konsequent die Entlastung des Sohnes, seine Pflegebereitschaft wie auch die Besonderheiten der Pflegesituation und der Pflegebeziehung zwischen Sohn und Mutter Berücksichtigung finden. Im Mittelpunkt der Entscheidung stehen die individuelle (Pflege-)Situation und das Wohl von Frau M.

III. „Altenwohl" – juristischer Fokus

Im Fallbeispiel sind das körperliche und seelische Wohl von Frau M. offensichtlich gefährdet und ihre Freiheitsrechte verletzt. Im Folgenden soll untersucht werden, mit welchen betreuungsrechtlichen Möglichkeiten eine derartige „Altenwohlgefährdung" abgewendet werden kann und welche „Schutzlücken" eventuell vorhanden sind.

Frau M. ist demenziell erkrankt und offensichtlich nicht mehr in der Lage, ihre Angelegenheiten umfassend zu besorgen (§ 1896 BGB). Insbesondere kann sie nicht mehr eigenverantwortlich Entscheidungen treffen, die ihre pflegerische und medizinische Versorgung und ihren Aufenthalt betreffen. So kann sie wegen fehlender Geschäftsfähigkeit bzw. Handlungsfähigkeit i. S. von § 36 SGB I weder einen Antrag auf Pflegegeld stellen noch sonstige Hilfen organisieren. Auch in eventuell erforderliche freiheitsentziehende Schutzmaßnahmen kann sie nicht rechtswirksam einwilligen. Ihr wäre deshalb vom Vormundschaftsgericht, das für ihren Wohnsitz örtlich zuständig ist, ein gesetzlicher Betreuer zu bestellen. Der Aufgabenkreis des Betreuers sollte die Aufenthaltsbestimmung einschließlich freiheitsentziehender Maßnahmen in der eigenen Häuslichkeit umfassen,[26] außerdem die Entscheidung über medizinische und pflegerische Maßnahmen.

1. Erste „Schutzlücke": Keine Betreuerbestellung trotz Betreuungsbedürftigkeit

Solange nämlich das „Finanzielle" geregelt ist, wird bei häuslicher Pflege einwilligungsunfähiger Menschen eher ausnahmsweise ein gesetzlicher Betreuer bestellt. Das Vormundschaftsgericht ist von Amts wegen verpflichtet, Anregungen zur Bestellung eines Betreuers nachzugehen und die Erforderlichkeit einer Betreuerbestellung zu prüfen (§ 1896 Abs. 1 S 1 BGB i.V. mit § 12 FGG).

Aber wie kommt das Vormundschaftsgericht zu der Information, dass Frau M. akut gefährdet und betreuungsbedürftig ist?

Zwar können alle Personen oder Institutionen aus der Umgebung betreuungsbedürftiger Menschen beim Vormundschaftsgericht eine Betreuerbestellung anregen, soweit dies datenschutzrechtliche Bestimmungen[27] erlauben bzw. Verschwiegenheitsverpflichtungen[28] nicht entgegenstehen. Gem. § 35a FGG z. B. können Gerichte und Behörden und gem. § 71 Abs. 3 SGB X Sozialbehörden unter bestimmten Umständen dem Vormundschaftsgericht Mitteilung machen, wenn sie ein Tätigwerden für erforderlich halten. Eine rechtliche Verpflichtung im Sinne einer Meldepflicht besteht jedoch nicht. Nach Klie sind Pflegekräfte bei gravierenden Problemen bei der häuslichen Versorgung „als verpflichtet anzusehen", die Angehörigen darauf anzusprechen und gegebenenfalls auf die Bestellung eines gesetzlichen Betreuers zu dringen.[29] Es handelt sich dabei jedoch um eine berufsethisch begründete Verpflichtung, das Gespräch mit den Angehörigen zu suchen, und nicht um eine Rechtspflicht, das Vormundschaftsgericht über eine vorliegende Betreuungsbedürftigkeit zu informieren. Ambulante Pflegedienste scheuen sich häufig, sich derart in die „Familienangelegenheiten" ihrer „Kunden" einzumischen, zumal sie befürchten müssen, gegen einen anderen „Anbieter" ausgetauscht zu werden, der der Familie keine Vorschriften macht. Im Übrigen sind im Fallbeispiel (noch) keine Pflegekräfte an der Versorgung von Frau M. beteiligt.

24 Vgl. hierzu: Eibach, U., Autonomie, Menschenwürde und Lebensschutz in der Geriatrie und Psychiatrie, 2005, S 26 f.; vgl. Behrens, J./Zimmermann, M., Das Bedürfnis nach Selbstbestimmung bei Pflegebedürftigkeit. Konzept und Forschungsperspektiven. Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2006: 39: 3: S 165–172.

25 Rehbock, Th., Achtung der Autonomie gegenüber „nicht-einwilligungsfähigen" Patienten? Zur ethischen Problematik von Patientenverfügungen, in: Pflege 2005: 18: S 384; vgl. hierzu auch Bobbert, M., Patientenautonomie und Pflege, 2002, S 135 f.

26 Klie, Th., Lehrbuch Altenpflege Rechtskunde, 2006, S 230.

27 Für Sozialbehörden § 71 Abs. 3 SGB X.

28 Z.B. § 203 StGB für Ärzte und andere Heilberufe

29 Klie, Th., Lehrbuch Altenpflege Rechtskunde, 2006, S 232.

a. Informationspflicht der Betreuungsbehörde

Wäre denn die Betreuungsbehörde, von Nachbarn auf die Gefährdungssituation hingewiesen, verpflichtet, das Vormundschaftsgericht zu informieren? Nach § 7 Betreuungsbehördengesetz (BtBG) „kann" sie dem Vormundschaftsgericht „Umstände" mitteilen, die die Bestellung eines Betreuers oder eine andere Maßnahme in Betreuungssachen erforderlich machen. Auch diese Vorschrift beinhaltet keine Pflicht zur Mitteilung, sondern nur ein „Anzeigerecht".[30] Nach der Gesetzesbegründung soll die Behörde nämlich „unter Umständen" von einer Mitteilung absehen können, auch wenn sie ein Einschreiten des Gerichts an sich für geboten hält. Es könne durchaus Fälle geben, in denen übergeordnete Gründe dafür sprächen, von einer Mitteilung abzusehen, z. B., wenn das Vertrauensverhältnis der Behörde zu Betroffenen oder zu anderen Personen unter einer Mitteilungspflicht leiden könnte.[31] Die Mitteilung an das Vormundschaftsgericht steht allerdings im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde.[32] Bei der Ausübung des pflichtgemäßen Ermessens kommt es auf die Beurteilung der Frage an, ob die Information des Vormundschaftsgerichts erforderlich ist, um eine erhebliche Gefahr für das Wohl des Betroffenen abzuwenden. Eine erhebliche Gefahr ist anzunehmen, wenn in dem zu beurteilenden konkreten Einzelfall in überschaubarer Zukunft mit dem Eintritt eines erheblichen Schadens hinreichend wahrscheinlich gerechnet werden muss.[33] Bei der fachlichen Einschätzung einer Beurteilung einer Gefährdungssituation sind – in entsprechender Anwendung des § 1901 BGB – auch die individuelle Lebenssituation, der Lebensstil des Betroffenen sowie seine Risikobereitschaft zu berücksichtigen.[34] Unterlässt die Behörde pflichtwidrig eine Mitteilung an das Vormundschaftsgericht und entsteht dem Betroffenen dadurch ein Schaden, kommt Schadenersatz wegen Amtspflichtverletzung in Betracht.[35]

b. Ermittlung durch die Betreuungsbehörde

Dürfte die Behörde vor einer Mitteilung an das Gericht gem. § 7 BtBG die entsprechenden Hinweise der Nachbarn überprüfen und den Sachverhalt auch ohne gerichtlichen Auftrag ermitteln? Eigentlich „unterstützt" die Betreuungsbehörde erst auf Anforderung das Vormundschaftsgericht insbesondere bei der „Feststellung des Sachverhalts, den das Gericht für aufklärungsbedürftig hält" (§ 8 BtBG). Bienwald schließt aus der Formulierung „insbesondere" in § 8 Satz 2 BtBG eine eigene Ermittlungsbefugnis der Behörde. Diese könne von sich aus an das Gericht mit der Information herantreten, dass bestimmte Umstände für die Bestellung eines Betreuers oder eine andere Maßnahme in Betreuungssachen sprechen.[36] Wie sich aus § 7 BtBG ergibt, muss diese Information erforderlich sein, um eine erhebliche Gefahr für das Wohl des Betroffenen abzuwenden. Soweit eine Mitteilung an das Gericht nicht erforderlich ist, kann die Behörde „andere Hilfen" im Sinne von § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB anregen oder organisieren.[37] Auch nach Klie kann die Behörde unabhängig von einer direkten Aufforderung des Vormundschaftsgerichts Ermittlungsaufgaben wahrnehmen, habe allerdings keine Zwangsbefugnisse gegenüber dem Betroffenen, etwa zur Durchsetzung eines Hausbesuchs.[38] Kania/Langholf/Schmidt[39] schließen die Berechtigung zu eigenen Ermittlungen vorab der Weiterleitung an das Gericht nicht aus § 8, sondern aus § 7 BtBG. Bei der Ermittlung des Sachverhalts geht es u. a. um die Information über angebotene und in Anspruch genommene Hilfen,[40] die Darstellung des sozialen Netzwerks und die Beschreibung der aktuellen Lebenssituation des Betroffenen sowie vor allem um die Frage, ob eine Betreuung überhaupt erforderlich ist, ob Angehörige oder sonstige Bezugspersonen des Betroffenen als Betreuer in Frage kommen.[41] Nach Klie ist bei der Sachverhaltsermittlung allerdings die „informationelle Gewaltenteilung innerhalb der Behörden"[42] mit der Folge zu beachten, dass ohne die Einwilligung des Betroffenen Akten anderer Dienststellen über den Betroffenen nicht genutzt werden dürfen.

Deinert und Walther schlagen eine Ergänzung von § 7 BtBG in dem Sinne vor, dass in Fällen mangelnder Einwilligungsfähigkeit eine Datenerhebung auch ohne Einwilligung des Betroffenen bei Dritten zulässig ist, wenn keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass überwiegend schutzwürdige Interessen des Betroffenen beeinträchtigt werden.[43]

Aus dem Wortlaut der §§ 7 und 8 BtBG ergibt sich jedenfalls nicht eindeutig, ob – z. B. im Falle der Frau M. – die Behörde vor einer Mitteilung an das Gericht den Hinweisen der Nachbarn nachgehen und eigene Ermittlungen zur Frage der Betreuungsbedürftigkeit oder anderer Hilfen im Sinne von § 1896 BGB anstellen dürfte oder ob sie – nach einer bloßen Weitergabe der Hinweise an das Gericht – dessen Aufforderung zur Ermittlung des Sachverhalts abwarten muss.

c. Die Betreuungsbehörde und ihr „Schutzauftrag"

Es wäre somit zu prüfen, ob die Betreuungsbehörde zur Klarstellung ihrer Aufgaben (in Anlehnung an die Formulierung in § 8a SGB VIII bei gewichtigen Anhaltspunkten für eine Kindeswohlgefährdung) de lege ferenda nicht verpflichtet werden sollte, *bei „gewichtigen Anhaltspunkten" für eine „Altenwohlgefährdung" das Gefährdungsrisiko abzuschätzen, d. h., den Sachverhalt hinsichtlich Betreuungsbedürftigkeit und Gefährdungsrisiken von Amts wegen zu ermitteln, Vorschläge zur Verbesserung der Pflege- und Versorgungssituation zu machen, Alternativen zu einer Betreuerbestellung zu prüfen und erforderlichenfalls das Vormundschaftsgericht anzurufen.* Damit wäre die Behörde auch zur Prüfung von Anhaltspunkten für einen missbräuchlichen Gebrauch einer Vorsorgevollmacht zuständig und könnte dem Gericht nach Überprüfung des Sacherhalts erforderlichenfalls die Bestellung eines Kontrollbetreuers nach § 1896 Abs. 3 BGB vorschlagen.

Was die Hinweise der Nachbarn von Frau M. anbelangt, ist davon auszugehen, dass sie sich, wenn sie sich denn überhaupt zu einer „Anzeige" entschlössen, eher an eine Behörde als gleich an das Gericht wenden würden. Dies setzt allerdings voraus, dass die Betreuungsbehörde ihre „Ermittlungsfunktion" durch entsprechende Öffentlichkeitsarbeit bekannt macht, so dass sie im Bewusstsein der Bürgerinnen und Bürger – ähnlich wie das Jugendamt bei Verdacht auf Kindeswohlgefährdung – als die für eine Überprüfung von Altenwohlgefährdungen zuständige Stelle bekannt ist.

d. Betreuerbestellung durch das Vormundschaftsgericht

Wenn im Falle der Frau M. das Vormundschaftsgericht, auf welchem Wege auch immer, von der Gefährdungssituation der Frau M. und der Betreuungsbedürftigkeit erführe, würde dann auch ein „geeigneter" Betreuer (§ 1897 Abs. 1 BGB) bestellt werden?

30 BT-Drucks. 11/4528 S 199.

31 BT-Drucks. 11/4528 S 199.

32 Klie, Th. in HKBUR § 7 BtBG Rn. 4 (Stand Dez. 2007).

33 Bienwald, W., Betreuungsrecht, zum BtG/BtBG einschl. BtAndG, 1999, § 7 Rn. 13, Kommentar.

34 Klie, Th., Datenschutz in der Arbeit der Betreuungsbehörde, BtPrax 1998, S 3.

35 Bienwald, Fn. 33, Rn. 16.

36 Bienwald Fn. 33, § 8a BtBG Rn. 10.

37 Bienwald Fn. 33, § 8 BtBG Rn. 11.

38 Klie, Th., in: HKBUR § 8 BtBG Rn. 12.

39 In: Jurgeleit (Hrsg.) Betreuungsrecht 2006, § 7 BtBG Rn. 3.

40 Klie, Th. in: Bauer/Klie/Rink, HK-BUR, Stand Dez.2007, § 8 BtBG Rn. 10.

41 Deinert, H./Walter, G., Handbuch Betreuungsbehörde, 2006, S 120, mit weiteren Inhalten der Stellungnahme.

42 Fn. 40.

43 Deinert, H./Walter, G., Handbuch Betreuungsbehörde, 2006, S 110 – in Anlehnung an einen Gesetzesentwurf des Bundesrates –BR-Drucks. 97/06.

Bei der Auswahl eines Betreuers ist auf „verwandtschaftliche Bindungen", aber auch auf die „Gefahr von Interessenkonflikten" Rücksicht zu nehmen (§ 1897 Abs. 5 BGB). Obwohl der Sohn der Frau M. angesichts seiner im Sachverhalt geschilderten Verhaltensweisen möglicherweise nicht „geeignet" wäre, würde er in der Praxis vermutlich doch zum Betreuer seiner Mutter bestellt werden. Zweite „Schutzlücke" (im Verantwortungsbereich des Gerichts): Bestellung ungeeigneter Betreuer.

2. Zweite „Schutzlücke": Bestellung ungeeigneter Betreuer

Würde ein „geeigneter" Betreuer bestellt, im Fallbeispiel möglicherweise ein Betreuer außerhalb der Familie, hätte er die Pflicht, die bestehende erhebliche Gefährdung des Wohls von Frau M. durch eine Verbesserung der Pflege abzuwenden. Gemäß § 1901 Abs. 2 S 1 BGB müsste er die Angelegenheiten der Frau M. so besorgen, wie es ihrem Wohl entspricht. Zu ihrem Wohl gehört auch die Möglichkeit, im Rahmen ihrer Fähigkeiten ihr Leben nach ihren eigenen Wünschen und Vorstellungen zu gestalten (§ 1901 Abs. 1 S.2 BGB). Auch muss der Betreuer dazu „beitragen, dass Möglichkeiten genutzt werden, die Krankheit ... der Betreuten zu beseitigen, zu bessern, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder ihre Folgen zu mildern" (§ 1901 Abs. 4 S 1 BGB). Vor allem die Milderung der Folgen stünde im Falle von Frau M. im Vordergrund der Aufgaben eines Betreuers, der dafür zu sorgen hätte, dass Gewaltanwendungen, Freiheitsentziehungen und Mangelernährung vermieden würden.

Wie überprüft das Gericht die Eignung eines Betreuers? Gem. 68 a S 1 FGG könnte es vor der Bestellung eines Betreuers der zuständigen Betreuungsbehörde „Gelegenheit zur Äußerung" geben, „wenn es der Betroffene verlangt" (was Frau M. nicht tun kann) oder „wenn es der Sachaufklärung dient". Eine Verpflichtung des Gerichts, in jedem Fall die Behörde mit der „Erforschung des sozialen Umfeldes und der individuellen und sozialen Lebensbedingungen des Betroffenen"[44] zu beauftragen, besteht jedoch nicht. Nach § 8 S 2 Betreuungsbehördengesetz (BtBG) könnte das Gericht die Behörde auch auffordern, „eine Person vorzuschlagen, die sich im Einzelfall zum Betreuer eignet." Eine Verpflichtung besteht auch hierzu nicht.

Das Vormundschaftsgericht sollte deshalb in § 68a FGG de lege ferenda verpflichtet sein, in jedem Fall vor der Bestellung eines Betreuers die zuständige Behörde zu einer inhaltlich qualifizierten Stellungnahme in Form eines Sozialberichts aufzufordern. So könnte der „Sachverstand"[45] der regelmäßig sozialpädagogisch ausgebildeten Mitarbeiter der Behörde[46] bei der Einschätzung des sozialen Netzwerks, der Beschreibung der aktuellen Lebenssituation des Betroffenen und der Erforderlichkeit einer Betreuerbestellung *einschließlich der Beurteilung der Geeignetheit des Betreuers genutzt werden.*

Im vorliegenden Fall hätte die Behörde sich bei einem Hausbesuch bei Frau M. ein Bild vom Gesundheitszustand von Frau M. und der desolaten Pflegesituation machen können. Mit Frau M. (soweit möglich) und mit ihrem Sohn hätte besprochen werden können, welche Unterstützungsmöglichkeiten in Frage kommen, ob eine Betreuerbestellung erforderlich erscheint und wer gegebenenfalls zum Betreuer bestellt werden sollte. Den Sohn von Frau M. würde die Behörde nur dann als Betreuer vorschlagen, falls er die „Altenwohlgefährdung" seiner Mutter einsehen und glaubhaft zusagen würde, sich als Betreuer für eine angemessene und menschenwürdige Pflege und Versorgung einzusetzen.

3. Dritte Schutzlücke: Freiheitsentziehende Maßnahmen in der Familie ohne Genehmigungspflicht

Würde im Falle von Frau M. ein Betreuer freiheitsentziehende Maßnahmen irgendwelcher Art im Rahmen der häuslichen Versorgung in Erwägung ziehen, könnte er sich zwar im Zweifel vom Vormundschaftsgericht beraten lassen (§ 1837 Abs. 1 S 1 i.V.m. § 1908i Abs. 1 BGB) oder sie nachträglich in seinem jährlichen Bericht über die persönlichen Verhältnisse offenlegen. Das Vormundschaftsgericht, das „über die gesamte Tätigkeit des Betreuers die Aufsicht zu führen" hat (§ 1837 Abs. 1 S 2 i.V.m. § 1908i Abs. 1 BGB), könnte dann (unterhalb der Schwelle einer Genehmigung gem. § 1906 Abs. 4 BGB) Einzelanweisungen erteilen, wenn es Ausmaß und Umstände der Freiheitsentziehungen beanstandete (§ 1837 Abs. 2 i.V.m. § 1908i Abs. 1 BGB).

Wie sich aus § 1906 Abs. 4 BGB ergibt, kann und muss die Freiheitsentziehung von Frau M. durch zeitweiliges Einschließen in ihrer Wohnung in der Regel jedoch nicht vom Vormundschaftsgericht genehmigt werden, denn sie hält sich nicht „in einer Anstalt, einem Heim oder einer sonstigen Einrichtung" auf.

Der Gesetzgeber hat bei der Reform des Entmündigungs- und Pflegschaftsrechts für Freiheitsentziehungen im häuslichen Bereich bewusst auf einen Genehmigungsvorbehalt verzichtet.[47] Man wollte einen Eingriff des Staates in die Familienpflege und eine damit verbundene Demotivierung der pflegenden Angehörigen vermeiden.[48] Dies bedeutet zwar keine generelle Erlaubnis zu Freiheitsentziehungen im familiären Bereich.[49] Es gelten (theoretisch!) die strafrechtlichen Vorschriften der Freiheitsberaubung (§ 239 Strafgesetzbuch) und einer möglichen Rechtfertigung durch § 34 Strafgesetzbuch (rechtfertigender Notstand). Entsprechende Strafverfahren aus neuerer Zeit sind, soweit ersichtlich, nicht bekannt. Allerdings hat der Bundesgerichthof im Jahr 1959 (!) in einem Strafverfahren wegen Freiheitsberaubung festgestellt, dass eine im Rahmen der Familienpflege notwendig werdende „zeitweilige Einschließung" eines „Geisteskranken" als „Selbsthilfemaßnahme" ohne Anrufung des Gerichts zulässig sein könne, andernfalls würde die familiale Selbsthilfe, auf die auch die moderne Gesellschaft nicht verzichten könne, staatlicher Kontrolle und Reglementierung unterworfen und sie damit ihres sittlichen Eigenwerts beraubt.[50] Nach der Reform des Entmündigungs- und Pflegschaftsrechts im Jahre 1992 ist diese Rechtsprechung zumindest insoweit überholt, als wenigstens die Bestellung eines Betreuers mit Aufgabenkreis Freiheitsentziehung im häuslichen Bereich als weitere Voraussetzung für die Zulässigkeit der Zwangsmaßnahme anzunehmen ist. Obwohl freiheitsentziehende Maßnahmen im familiären Bereich juristisch nicht anders zu beurteilen sind als solche im stationären Bereich, können Angehörige keine richterliche Genehmigung für Zwangsmaßnahmen einholen. Ihnen bleibt nur die Bestellung eines Betreuers und der Rückgriff auf den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB).[51]

Gegen den Ausschluss der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bei Freiheitsentziehungen von Betreuten im Rahmen der Familienpflege wurden in der Literatur schon früh verfassungsrechtliche Bedenken geltend gemacht, da die Rechtsgarantien der Art. 2 Abs. 2 S 2 und 104 Abs. 2 S 1 GG unabhängig davon zu gewähren seien, ob der Staat fürsorgliche Freiheitsentziehungen unmittelbar durch staatliche Organe bewirke oder ob er sie mit Mitteln des

44 Bienwald, W., Betreuungsrecht, Kommentar zum BtG/BtBG einschl BtÄndG.1999, § 68a FGG, Rn. 10.

45 BT-Drucks. 11/4528 S 91.

46 Bucic in Jurgeleit (Hrsg.), Betreuungsrecht Handkommentar 2006, § 68a FGG, Rn. 4.

47 BT-Drucks. 11/4528 S 210.

48 57. Deutscher Juristentag, Gutachten Holzhauer, S.B 104, und Gutachten Schwab, S.K. 37.

49 Rink in: Heidelberger Kommentar zum Betreuungs- und Unterbringungsrecht, Stand Dezember 2007, § 1906 BGB Rn. 45.

50 BGHS 13, 197.

51 Klie, Th., Lehrbuch Altenpflege Rechtskunde, 2006, S 230.

Privatrechts herbeiführe.[52] Unter anderem wurde eine gesetzgeberische Überarbeitung[53] des § 1906 BGB oder eine analoge Anwendung[54] des § 1906 Abs. 4 BGB im häuslichen Bereich gefordert. Die Rechtsprechung hat vereinzelt einen Genehmigungsvorbehalt bei häuslicher Pflege angenommen, wenn die Betroffenen ausschließlich durch fremde ambulante Pflegedienste versorgt werden[55] oder wenn die eigene Wohnung durch besondere Maßnahmen für den zwangsweisen beschränkten Aufenthalt hergerichtet ist.[56] Das Amtsgericht Tempelhof-Kreuzberg hat – soweit bekannt – als einziges Vormundschaftsgericht das zeitweise Einschließen in der Wohnung durch Pflegedienste (ohne weitere Umstände) als genehmigungspflichtige unterbringungsähnliche Maßnahme angesehen, da sonst ein in seiner Wohnung lebender Betreuter hinsichtlich der Schutzvorschrift des § 1906 Abs. 4 BGB schlechter gestellt werde als ein Heimbewohner.[57] In Anlehnung an die Entscheidung des Landgericht Hamburgs geht auch die Literatur vereinzelt von einer Genehmigungspflicht von Freiheitsentziehungen im häuslichen Bereich aus, wenn die tatsächliche Pflege, Betreuung und Beaufsichtigung durch ambulante Dienste gewährleistet werde, da die eigene Wohnung dadurch einen entscheidenden Teil ihres privaten Charakters verliere.[58] Allerdings macht es für die Betroffenen und deren Schutzinteresse keinen Unterschied, ob Freiheitsentziehungen von Angehörigen oder von ambulanten Diensten vorgenommen werden.

In der Praxis bilden derartige Genehmigungsverfahren bei der Pflege im häuslichen Bereich durch Familienangehörige (mit und ohne Hilfe durch ambulante Pflegedienste) eine seltene Ausnahme.

Es sollte somit geprüft werden, die ursprüngliche Fassung des Entwurfs des Betreuungsgesetzes[59] wieder herzustellen und freiheitsentziehenden Maßnahmen auch im häuslichen Bereich der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung zu unterwerfen, wie dies von Teilen der Literatur und vereinzelt von der Rechtsprechung schon de lege lata trotz der derzeitigen Formulierung des § 1906 Abs. 4 BGB angenommen wird. Wenigstens sollte sichergestellt werden, dass einwilligungsunfähigen Betroffenen immer ein Betreuer bestellt werden muss, wenn ihnen im häuslichen Bereich durch mechanische Vorrichtungen, Medikamente oder auf andere Weise über einen längeren Zeitraum oder regelmäßig die Freiheit entzogen wird.

D. Fazit

Der Gesetzgeber hat, bezogen auf die häuslichen Pflegearrangements, in der Pflegereform 2008 wiederholt den Aufklärungs- und Beratungsaspekt aufgegriffen. So zum Beispiel explizit in § 7 SGB XI. Durch die Einführung der Pflegestützpunkte versucht der Gesetzgeber ergänzend, eine institutionalisierte Form der Beratung zu etablieren. Beratung nehmen allerdings nur die Personen in Anspruch, die für sich einen Beratungsbedarf erkannt haben. Die bestehende Komm-Struktur lässt nach wie vor die oben genannten Schutzlücken offen. Zudem ist die individuelle Beratung nach § 7a des Pflegeweiterentwicklungsgesetzes begrenzt auf den Personenkreis, der Leistungen nach dem SGB XI erhält. Auch hier ergibt sich wiederum eine explizite Ausgrenzung eines erheblichen Anteils von pflegebedürftigen Menschen, pflegenden Angehörigen und Bezugspersonen. Identisches gilt für die Beratung in der Häuslichkeit für zugelassene Pflegeeinrichtungen nach § 37 Abs. 3 SGB XI.

Die vorhandenen Schutzlücken für die potenzielle „Altenwohlgefährdung" werden somit im Reformgesetz ansatzweise aufgenommen, allerdings nicht in einem befriedigenden und ausreichenden Maß geschlossen, da sich die Unterstützungs- und Beratungsangebote auf eine begrenzte Gruppe pflegebedürftiger Menschen bezieht.

Die vorausgehenden Ausführungen verdeutlichen den Handlungsbedarf für niederschwellige Hilfs- und Anlaufstellen – die jeglicher Stigmatisierung entgegenwirken – bezogen auf den Schutz der älteren Menschen in ambulanten Versorgungssettings. Es geht um die Vermeidung von „Altenwohlgefährdung" und im weitesten Sinne auch um das Wohl der Pflegenden.

Unseres Erachtens resultieren aus den Ausführungen sowohl ein rechtspolitischer wie auch ein pflegewissenschaftlicher und pflegeethischer Handlungsbedarf. Es geht darum, die aufgezeigten Schutzlücken zu schließen. Ferner sind valide und praxistaugliche Instrumente zur Gefährdungseinschätzung zu entwickeln.[60] Professionell Pflegende – die Zugang zu potenziell gefährdeten Pflegearrangements haben – bedürfen der Sensibilität und der Kompetenz, (potenzielle) „Altenwohlgefährdung" zu erkennen und zu erfassen. Zudem sind lebensweltorientierte Beratungskompetenzen im Kontext ambulanter Pflege unerlässlich.

Ziel der Ausführungen war es nicht, pflegende Angehörige zu stigmatisieren. Es ging auch in keiner Weise darum, implizit zu kriminalisieren oder aufgrund des beschriebenen exemplarischen Fallbeispieles „Altenwohlgefährdung" im häuslichen Versorgungssetting zu generalisieren. Vielmehr gebührt dem gegenwärtig hohen gesellschaftlichen Pflegeengagement ein hohes Maß an Respekt und Anerkennung. Die vorgeschlagenen gesetzlichen Änderungen können keinesfalls das Problem in seiner Komplexität lösen. Die Intention war es, Schutzlücken aufzuzeigen und für den vielschichtigen Handlungsbedarf zu sensibilisieren. Im weitesten Sinne ging es um eine gesellschaftliche und rechtspolitische Sensibilisierung. ◀

52 Schumacher, U., Rechtsstaatliche Defizite im neuen Unterbringungsrecht, FamRZ 1991, 280.

53 Z.B. Grauer, T., Freiheitsentziehung in der eigenen Wohnung oder in einer offenen Einrichtung, BtPrax 1999, S 20.

54 Neumann, S., § 1906 Abs. 4 BGB analog in der ambulanten Pflege?, PflegeRecht 2000, S 286.

55 LG München I BtPrax 1999, S 242.

56 LG Hamburg BtPrax 1994, S 1619.

57 BtPrax 1998, S 194.

58 Raack, W./Thar, J., Leitfaden Betreuungsrecht, 2005, S 114, Sträßner, Heinz R., Fixierung und Sedierung in der stationären und ambulanten Altenpflege, Pflegerecht 2008, S 258.

59 BT-Drucks. 11/4528 S 210.

60 Dass die umfassende Problematik und Komplexität der Belastungssituationen seitens der Pflege(wissenschaft) erfasst wird, zeigt sich in der gegenwärtigen Entwicklung von Instrumenten, die die Angehörigenbelastung erfassen: zum Beispiel im Projekt Ede – Entlastungsprogramm bei Demenz des Deutschen Instituts für angewandte Pflegeforschung, in: Perspektiven 1/2008, S 1 ff.; hervorzuheben ist an dieser Stelle auch das Berliner Inventar zur Erfassung der Angehörigenbelastung von Demenzpatienten BIZA-D; in: Zank, S./Schacke, C., Projekt Längsschnittstudie zur Belastung pflegender Angehöriger von demenziell Erkrankten (LEANDER), 2007. Bezogen auf die Instrumente soll und kann es allerdings nicht nur darum gehen, ein Assessment zu entwickeln, das die gegenwärtige Belastung der Pflegepersonen misst. Diesbezüglich liegen bereits Instrumente vor; vgl. Blom, M./Duijnstee, M., Wie soll ich das nur aushalten? Mit dem Pflegekompaß die Belastung pflegender Angehöriger einschätzen, 1999. Vielmehr muss das Instrument sowohl die Belastungssituation der Pflegepersonen erfassen – als eine Komponente – als auch das eingeschränkte Wohl des Gepflegten, was nicht ausschließlich und primär an messbaren und/oder erkennbaren Pflegemängeln ersichtlich wird. Altenwohlgefährdung hat vielfältige Ursachen und präsentiert sich in unterschiedlicher Qualität mit mannigfaltigen Facetten. Deren Indikatoren gilt es zu definieren und mit entsprechenden Items zu erfassen. Auf der Basis ist der indizierte Beratungsbedarf zu erfassen und/oder der Pflegebedarf auszuhandeln. Unseres Erachtens muss es um die Prävention gehen und um den Schutz der im familialen Kontext gepflegten älteren Menschen, die von regelmäßigen professionellen Qualitätskontrollen/Beratungsbesuchen durch professionelle Pflegefachkräfte ausgeschlossen sind.