

§ 1906 Abs. 1 Nr. 1 BGB²⁷ möglich ist. Er lässt aber schon erkennen, dass er sich angesichts des gesetzgeberischen Willens²⁸ eher der ersten Auffassung anschließen würde. Dies dürfte zutreffend sein, weil der Gesetzgeber ausdrücklich die durch die Änderung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wonach § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB keine ausreichende Eingriffsgrundlage für die Durchführung einer ärztlichen Zwangsmaßnahme enthält, entstandene Regelungslücke schließen wollte. Offenbleibt ebenfalls, ob eine ärztliche Zwangsmaßnahme nur in einem Krankenhaus oder auch in einer geschlossenen (Pflege-)Einrichtung durchgeführt werden darf. Der Wortlaut des § 1906 Abs. 3 BGB sieht keine Beschränkung auf Krankenhäuser vor, sodass eine ärztliche Zwangsmaßnahme auch in anderen Einrichtungen vorgenommen werden darf, sofern es sich um eine Einrichtung handelt, in der die Bewohner mit Freiheitsentzug untergebracht sind und die gewährleisten kann, dass die Behandlung unter Aufsicht und in Verantwortung des behandelnden Arztes geschieht.²⁹

e. *Weitere Hinweise*

Bemerkenswert ist weiter der Umstand, dass der Bundesgerichtshof auch die „Freiheit zur Krankheit“,³⁰ aus der in der juristischen Diskussion allzu oft fälschlich ein „Recht zur Krankheit“ wird, nicht als ausreichende Rechtfertigung dafür ansieht, diejenigen, die aufgrund einer Krankheit zu schwach für ein räumliches Entfernen sind, auch bei schwersten Erkrankungen ihrer Erkrankung überlassen zu müssen. Letztlich äußert der Bundesgerichtshof Bedenken, ob sich in Fallkonstellationen, die von § 1906 Abs. 3, 3a BGB nicht erfasst sind, eine Rechtfertigung der ärztlichen Behandlung über die Grundsätze des rechtfertigenden Notstandes nach § 34 StGB ergeben kann. Die

von einem Arzt vorzunehmende Interessenabwägung könne die vom Gesetzgeber vorzunehmende Festlegung der Voraussetzungen für eine Genehmigung einer ärztlichen Zwangsmaßnahme nicht ersetzen und biete nicht die gebotene Rechtssicherheit gegen ungerechtfertigte, schwerwiegende Grundrechtseingriffe. Inwieweit § 630d Abs. 1 Satz 4 BGB³¹ bei unaufschiebbaren ärztlichen Zwangsmaßnahmen eingreift, erörtert der Bundesgerichtshof in diesem Zusammenhang nicht.

3. **Fazit**

Zu bedauern ist, dass der Bundesgerichtshof in den Entscheidungsgründen – nicht zum ersten Mal – einer sprachlichen Ungenauigkeit unterliegt, die dem Wesen des Betreuungsrechts nicht gerecht wird. So führt er in den Gründen aus, dass die Betroffene „unter Betreuung steht“, was ein vom Gesetz nicht gewolltes Über- und Unterordnungsverhältnis impliziert. Nach dem Gesetz wird ein Betreuer für den Betroffenen bestellt, § 1896 Abs. 1 Satz 1 BGB.³²

Nach den ersten praktischen Erfahrungen mit dem § 1906 Abs. 3, 3a BGB und angesichts der Entscheidung des Bundesgerichtshofs wird sich der Gesetzgeber fragen lassen müssen, ob es verfassungskonform ist, die Zulässigkeit ärztlicher Zwangsmaßnahmen ausnahmslos an eine geschlossene Unterbringung zu koppeln. Zumindest bei Betreuten, die sich einer Behandlung nicht durch Weglaufen entziehen bzw. dies nicht organisieren können oder die eine rechtserhebliche Einwilligung in die Unterbringung bei Ablehnung einzelner Behandlungen erteilen sowie bei der Behandlung somatischen Erkrankungen gegen den natürlichen Willen des Betreuten sollte schon aus rein pragmatischen Gründen und Bedürfnissen der klinischen Praxis eine ärztliche Zwangsmaß-

nahme außerhalb der Unterbringung ermöglicht werden. In diesem Sinne hatte sich bereits der Abgeordnete Henke geäußert.³³ Um letztendlich nicht doch einer ambulanten Zwangsbehandlung den Weg zu öffnen,³⁴ bietet sich an, ärztliche Maßnahme gegen den Willen des Betreuten außerhalb von Unterbringungen nur in stationären Einrichtungen im Sinne des § 1906 Abs. 4 BGB³⁵ zuzulassen. Da allerdings § 1906 Abs. 4 BGB auch sonstige Einrichtungen, zum Beispiel betreute Wohngemeinschaften, erfasst, könnte eine Begrenzung auf Heimeinrichtungen im Sinne des § 5 Abs. 3 VBVG vorgenommen werden, um die Unverletzlichkeit der Wohnung, vgl. Art. 13 GG, zu respektieren. In diesem Fall bedürfte es zusätzlich der gesetzlichen Vorgabe, dass eine ärztliche und pflegerische Nachsorge in Bezug auf die ärztliche Zwangsmaßnahme gewährleistet ist.

27 So LG Augsburg, FamRZ 2014, 1734 (Ls).
 28 Dazu BT-Drs. 17/11513, S. 6, rechte Spalte und Dodegge/Roth, (o. Fn. 25) Teil G, Rn. 32b m.w.N.
 29 Weber/Leeb, BtPrax 2014, 119, 120; Dodegge, Tagungsmaterialien zum 14. Betreuungsgerichtstag, S. 18, 22.
 30 Dazu BVerfG, BtPrax 1998, 144.
 31 Er ermöglicht unaufschiebbare ärztliche Maßnahmen ohne Einwilligung eines Patienten, wenn sie dessen mutmaßlichem Willen entsprechen.
 32 So zutreffend in den Beschl. v. 8.7.2015, XII ZB 586/14 und 28.7.2015, XII ZB 44/15.
 33 Deutscher Bundestag, Stenografischer Bericht der 217. Sitzung vom 17.1.2013, S. 26885.
 34 Was der Sachverständige Marschner bereits in der Anhörung des Rechtsausschusses am 10.12.2012 bezüglich der Regelung des § 1906 Abs. 3, 3a BGB befürchtete, während der damalige Vorsitzende des Rechtsausschusses Kauder sie nicht ausschließen wollte, vgl. Protokoll der 105. Sitzung des Rechtsausschusses vom 10.12.2012, S. 62 und 52.
 35 Dazu gehören etwa Krankenhäuser und Pflegeeinrichtungen bzw. Altenheime, vgl. Dodegge/Roth, (o. Fn. 25) Teil G, Rn. 55.

Überlegungen zur Vertretungsbefugnis für Angehörige

Dr. Andrea Diekmann, Vizepräsidentin des LG Berlin

I. Vorbemerkung

Bereits bei den Erörterungen zum Ersten Betreuungsrechtsänderungsgesetz wurde die Frage der Einführung eines „gesetzlichen“ („automatischen“) Vertretungsrechtes für nahe- stehende Personen behandelt.¹ Ein Entwurf des Bundesrates vom 19.12.2003 für ein Zweites Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts² beinhaltete entsprechende Vorschläge für eine Vertretung durch Ehegatten, Lebenspartner und

Angehörige für die Gesundheits- sorge, für Vermögens-, Wohnungs- und Heimangelegenheiten.³ Die angedachten Regelungen sind damals kontrovers diskutiert worden.

Der Betreuungsgerichtstag e.V. (damals Vormundschaftsgerichtstag e.V.) hat in einer Stellungnahme vom 24.2.2004 dazu u.a.

1 Vgl. BT-Drs. 13/7158, Anl. 4.
 2 BR-Drs. 865/03.
 3 §§ 1358a, 1618b BGB-E i.V.m. § 1358 Abs. 1 BGB-E.

INHALT

- I. Vorbemerkung**
- II. Erfordernis der Einführung einer Vertretungsbefugnis?**
- III. Grundlagen der Vertretungsbefugnis**
- IV. Vertretungsberechtigte**
- V. Eilfälle in Gesundheitsangelegenheiten**
- VI. Bindung an den Willen des Betroffenen**
- VII. Nähere Ausgestaltung**

ausgeführt, dass es für die vorgeschlagenen Regelungen an der notwendigen Grundlage in den Überzeugungen der Bevölkerung fehle. Allenfalls bestehe diese für die Vertretung in Gesundheitsangelegenheiten. Grundlage einer Vertretungsmacht für Angehörige könne nur der typischerweise bestehende Wille des Betroffenen sein, dass der Angehörige dessen Angelegenheiten erledigen und ihn dabei auch vertreten können solle, wenn er selbst dies aufgrund einer Krankheit oder Behinderung nicht tun könne und auch kein Vertreter vorhanden sei.⁴ Bemängelt wurde auch, dass im Entwurf eine Bindung des Vertreters an den Willen des Betroffenen weder ausdrücklich vorgesehen noch auf andere Weise gesichert sei.⁵ Die Einführung der Vertretung für Angehörige in der vorgeschlagenen Form ist im Ergebnis abgelehnt worden, weil sie unpraktikabel sei und der völlig unkontrollierten Fremdbestimmung des Betroffenen Tür und Tor öffne.⁶

In der Stellungnahme ist weiter ausgeführt worden, dass eine Vertretungsbefugnis für Angehörige, die diesen Bedenken Rechnung trage, auf die Vertretung in Gesundheitsangelegenheiten beschränkt sein müsse. Außerdem müsse die Bindung des Vertreters an den erklärten oder mutmaßlichen Willen des Betroffenen gesetzlich verankert werden.⁷

Die Diskussion um die Einführung wird erneut geführt. Mit diesem Aufsatz soll dazu ein Beitrag geleistet werden.

II. Erfordernis der Einführung einer Vertretungsbefugnis?

Bei der früher geführten Diskussion ist die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung einer Vertretungsbefugnis für Angehörige u.a. damit begründet worden, dass es dann, wenn keine wirksamen oder hinreichenden Vollmachten vorlägen, im Bürgerlichen Gesetzbuch an einem „Zwischenstück“ auf dem Weg zur Betreuung fehle. Es gebe keine Notordnung, die den Versuch erlaube, das Defizit an Handlungskompetenz des Betroffenen zunächst innerhalb dessen Privatsphäre auszugleichen.⁸

Diese Argumentation trägt nicht. Das Gesetz sieht, wenn keine Vollmachten vorliegen, gerade die Bestellung eines Betreuers vor. Im Eilfall kommt die Bestellung eines vorläufigen Betreuers in Betracht. Ist auch dies nicht möglich, obliegt es dem Betreuungsgericht, die erforderlichen Maßnahmen gemäß § 1846 BGB zu treffen.

Sind ärztliche Maßnahmen im Eil-/Notfall erforderlich, kommt ein Handeln auf der Grundlage einer mutmaßlichen Einwilligung in Betracht.⁹

Auf das Erfordernis einer **Notordnung im Bereich der Gesundheitsangelegenheiten** kann nur unter Berücksichtigung anderer Er-

wägungen abgestellt werden. „Die Bestimmung über seine leiblich-seelische Integrität gehört zum ureigensten Teil der Persönlichkeit eines Menschen“.¹⁰ Ein Betroffener kann sein Selbstbestimmungsrecht nur wahrnehmen, wenn **seine** Entscheidung Voraussetzung gerechtfertigten ärztlichen Handelns ist.¹¹ Der Kern des Selbstbestimmungsrechts bei einer ärztlichen Maßnahme ist die Entscheidung, ob der Einzelne in diese einwilligt oder nicht. Liegt krankheitsbedingt keine wirksame Einwilligung des Betroffenen vor, kann die Maßnahme nicht gerechtfertigt durchgeführt werden.

Die Aufgabe der Betreuung besteht u.a. darin, zu gewährleisten, dass derjenige, der krankheitsbedingt nicht (vollumfänglich) eigenverantwortlich handeln kann, einem Menschen rechtlich gleichgestellt wird, der in der Ausübung seiner rechtlichen Handlungsfähigkeit nicht eingeschränkt ist. Diese Gleichstellung erfolgt dadurch, dass die vom Betreuer als Stellvertreter getroffene Entscheidung die entsprechende rechtliche Anerkennung erfährt. Der Entscheidung eines Bevollmächtigten kommt die gleiche Funktion zu.¹²

Vor diesem Hintergrund und insbesondere unter Berücksichtigung der UN-Behindertenrechtskonvention stellt sich die Frage, ob das Selbstbestimmungsrecht eines nicht mehr eigenverantwortlich handelnden Betroffenen hinreichend gewahrt ist, wenn in eilbedürftigen Fällen, in denen keine Entscheidung des Betroffenen (im Wege einer Patientenverfügung) oder eines Bevollmächtigten vorliegt, lediglich auf die mutmaßliche Einwilligung abgestellt wird.

Die mutmaßliche Einwilligung rechtfertigt zwar das ärztliche Handeln. Ihr fehlt aber die Legitimation, aufgrund derer sie als für den Patienten getroffene Entscheidung die notwendige rechtliche Anerkennung erfährt. **Bei einem Abstellen lediglich auf eine mutmaßliche Einwilligung ist die Beachtung des Selbstbestimmungsrechts des Einzelnen nicht hinreichend gewährleistet. Für diese entsprechenden Eilfälle besteht nach hiesiger Ansicht ein Regelungsbedarf für eine anderweitige Vertretungsbefugnis.**¹³

Eine darüber hinausgehende Notwendigkeit der Einführung einer entsprechenden Vertretungsbefugnis ist hingegen nicht erkennbar.

III. Grundlagen der Vertretungsbefugnis

In der früheren Diskussion war erörtert worden, ob eine umfassende gesetzliche Vertretungsbefugnis für nahe Angehörige in Betracht kommt. Das heißt, die Vertretungsbefugnis wäre nicht davon abhängig, dass ein Betroffener krankheitsbedingt nicht eigenverantwortlich handeln kann. Eine gesetzliche Vertretungs-

macht ist abzulehnen, weil sie einen verfassungsrechtlich nicht zulässigen Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht darstellt.¹⁴

In der Begründung des eingangs erwähnten Gesetzentwurfs des Bundesrates hieß es, dass mit der Einräumung der Befugnis, den anderen zu vertreten, der Wille der Menschen und die von ihnen gelebte familiäre Realität abgebildet werden könnten.¹⁵

Auch nach dem hier erörterten Ansatz ist das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen nur dann gewahrt, wenn dessen Wille umgesetzt wird.

Da in den nach hiesiger Ansicht regelungsbedürftigen Fällen dieser Wille nicht in einer ausdrücklich erteilten Vollmacht niedergelegt wurde, kommt nur eine vermutete Vollmacht als Grundlage in Betracht. Eine vermutete Vollmacht kann aber nur in engen Grenzen angenommen werden.

Maßgeblich ist, dass sie sich auf einen typischerweise bestehenden Willen eines Betroffenen stützen können muss; nämlich dahingehend, dass eine nahestehende Person im Fall seines durch eine Krankheit oder Behinderung entstandenen Unvermögens seine Angelegenheiten regeln und ihn hierbei vertreten kann, wenn kein anderer Vertreter vorhanden ist.¹⁶

IV. Vertretungsberechtigte

Ein typischerweise bestehender Wille eines Betroffenen, dass ihn eine nahestehende Person vertreten kann, kann nur für Fälle angenommen werden, in denen die Vermutung des Gesetzes an die tatsächlich in der Bevölkerung vorhandenen Vorstellungen anknüpfen kann.¹⁷

Eine solche Vermutung kommt nur bei einem gekorenen (Ehegatte, Lebenspartner) oder geborenem (Eltern, Kinder) Näheverhältnis in Betracht.¹⁸

In einer empirischen Studie von *Sahm/Will* sind entsprechende Fragen untersucht worden. Nach den dortigen Ausführungen stützen die Untersuchungsergebnisse die Annahme im früheren Gesetzentwurf – nämlich, dass eine in der Bevölkerung verbreitete Vorstellung

4 Brill (Hrsg.), *Betrifft Betreuung* 7, S. 26.

5 Brill (o. Fn. 4), S. 27.

6 Brill (o. Fn. 4), S. 29.

7 Brill (o. Fn. 4), S. 29.

8 S. *Probst/Knittel*, ZRP 2001, S. 55.

9 *Diekmann*, *Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten*, 2009, S. 112.

10 BVerfGE 52, 131 (175) unter Hinweis auf Art. 2 Abs. 2 GG.

11 BVerfGE 52, 131 (175/176).

12 *Diekmann* (o. Fn. 9), S. 114.

13 *Diekmann* (o. Fn. 9), S. 115.

14 *Diekmann* (o. Fn. 9), S. 125 m.w.N.

15 BR-Drs. 865/03, S. 18.

16 *Diekmann* (o. Fn. 9), S. 127.

17 *Diekmann* (o. Fn. 9), S. 127.

18 *Diekmann* (o. Fn. 9), S. 127.

existiere, wonach Angehörige berechtigt seien, stellvertretend in Gesundheitsangelegenheiten zu entscheiden, wenn ein Familienmitglied eigene Entscheidungen nicht treffen könne.¹⁹

V. Eilfälle in Gesundheitsangelegenheiten

Nach Vorstehendem sollte die Vertretungsbefugnis auf Eilfälle in Gesundheitsangelegenheiten begrenzt werden. Wie ausgeführt, ergibt sich in diesem Bereich ein Erfordernis für entsprechende Regelungen aus dem Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen.

Dass dieses für weitere Bereiche – insbesondere vermögensrechtliche Angelegenheiten – bestünde, ist nicht ersichtlich. Im Übrigen hat bereits die frühere Diskussion gezeigt, dass starke Bedenken gegen die Einführung einer Vertretungsbefugnis im Bereich der Vermögenssorge wegen einer fehlenden Akzeptanz in der Gesellschaft bestehen. Ein typischerweise bestehender Wille zur Vertretung in diesem Bereich, auf den eine vermutete Vollmacht gestützt werden könnte, existiert damit gerade nicht.

VI. Bindung an den Willen des Betroffenen

Ein Argument, das gegen die Einführung einer Vertretungsbefugnis in der damals vorgeschlagenen Form auch vom Betreuungsgerichtstag e.V. vorgebracht worden ist, war die Gefahr eines Missbrauchs oder einer unkontrollierten Fremdbestimmung (s.o.).

Dieser Gefahr kann nur dadurch begegnet werden, wenn im Innenverhältnis – also zwischen dem Betroffenen und dem nahen Angehörigen – eine strikte Bindung an den erklärten bzw. mutmaßlichen Willen des Betroffenen normiert wird.²⁰

VII. Nähere Ausgestaltung

Aus den vorstehenden Ausführungen ergeben sich folgende Einzelheiten zur näheren Ausgestaltung der Vertretungsbefugnis:

1. Die Vertretungsbefugnis sollte daran geknüpft werden, dass eine Krankheit oder Behinderung vorliegt, aufgrund derer ein Betroffener seine Angelegenheiten im gesundheitlichen Bereich nicht besorgen kann.

2. Es darf keine andere Bestimmung getroffen worden sein. Es darf kein Betreuer bestellt worden sein.
3. Die Vertretungsbefugnis soll lediglich in einem Eilfall greifen. Eine Befristung sollte nicht gesetzlich geregelt werden.
4. Die Vertretungsbefugnis erscheint am ehesten denkbar bei Ehegatten/Lebenspartnern im gegenseitigen Verhältnis und bei volljährigen Kindern gegenüber ihren Eltern.
5. Als sogenanntes Grundverhältnis kommt bei der vermuteten Vollmacht nur ein vermuteter Auftrag in Betracht. Der Vertretungsbefugte hat den wirklichen bzw. mutmaßlichen Willen des Betroffenen zu beachten. Sind hingegen Erklärungen gegen den Willen der Betroffenen bei der Gefahr krankheitsbedingter Selbstschädigungen erforderlich, ist ein Betreuungsverfahren einzuleiten.

¹⁹ *Sahm/Will*, Ethik in der Medizin, 2005, S. 7 ff., 18.

²⁰ *Diekmann* (o. Fn. 9), S. 143 (zu § 665 BGB).

Rezension

Thomas Lorz

Betreuung bei psychischen Erkrankungen. Ein medizinisch-rechtlicher Ratgeber mit 15 Fallbeispielen

Kohlhammer Verlag, 2015, 126 Seiten, ISBN 978-3-17-026080-1, 24,99 €

Kürzlich ist im Kohlhammer Verlag das Buch *Betreuung bei psychischen Erkrankungen* des Neurologen Thomas Lorz erschienen. Der Autor beschäftigt sich in seiner Veröffentlichung mit Betreuungsrecht und psychischen Erkrankungen. Damit hat sich Lorz durchaus keinem randständigen Themenkomplex angenommen. Den Ergebnissen von Köller und Engels (2009) zufolge bilden die psychischen Erkrankungen eine größer werdende Gruppe von Anlasserkrankungen für eine Betreuerbestellung. In einer Mitgliederbefragung des Bundesverbandes der Berufsbetreuer/innen (2009) ergab sich, dass Menschen mit einer psychischen Erkrankung einen großen Teil der Betreuten ausmachten. Sicher, beide Erhebungen sind nicht mehr ganz taufersch und die weißen Flecken auf der betreuungsstatistischen Landkarte haben seitdem wieder zugenommen, aber angesichts der Diskussionen, die man beispielsweise im Rahmen des letzten Betreuungsgerichtstages in Erkner wahrnehmen konnte, ist eines doch überdeutlich: Der Bereich psychische Erkrankungen ist betreuungsrechtlich von Relevanz.

Dies gilt für Berufsbetreuer, aber ebenso für ehrenamtliche Betreuer.

Umso wichtiger ist es für Praktiker des Betreuungswesens, über psychische Erkrankungen gut informiert zu sein, Krankheitsbilder zu kennen, typische Symptome als solche einordnen zu können und über Hintergrundwissen rund um Krankheitsentstehung, Verlaufsformen und Therapie- und Interventionsmöglichkeiten zu verfügen.

All das vermag das Buch von Lorz zu leisten. Und sicher sind mit der Auswahl die relevanten Störungsbilder abgedeckt. So geht es u.a. um Demenz, Schizophrenie, Depression, bipolare Störungen, Wahnerkrankungen und Persönlichkeitsstörungen.

Der Aufbau der Kapitel ist dabei stets gleich. Zunächst wird die jeweilige Erkrankung anhand von Fallbeispielen eingeführt. Lorz beschreibt vor allem die Situation der Begutachtung – das Verhalten der Betroffenen, deren Sprache und kognitiven Fähigkeiten. Darüber hinaus erörtert er den Anlass für das Betreuungsverfahren, skizziert anamnestiche Daten, Behandlungsversuche, das räumliche Umfeld, die soziale Einbindung sowie vorhandene Notlagen.

Nun besteht die Gefahr, dass selbst in sorgfältig ausgewählten Fallbeispielen einzelne Aspekte überbetont sind, andere hingegen in den Hintergrund geraten. Dieser Gefahr be-

gegnet Lorz, indem er jeder Praxisbeschreibung ein Kapitel mit medizinischem Hintergrundwissen anfügt. Hier erfährt der Leser vertiefende und ergänzende Inhalte über die vorgestellte Erkrankung – statistisches Material zur Entwicklung von demenziellen Erkrankungen, typische Verlaufsformen von Schizophrenien, Therapiemöglichkeiten bei ADHS oder prognostische Einschätzungen bei Posttraumatischen Belastungsstörungen. Leitsymptome werden erläutert, Studienergebnisse überblickend dargestellt oder die Möglichkeiten der Psychopharmakotherapie aufgezeigt.

Und so ist das Buch von Lorz eine wirkliche Praxishilfe für betreuungsrechtlich Tätige, die über keine einschlägige psychiatrische Vorbildung verfügen. Ein psychiatrisches Lehrbuch ist der Ratgeber hingegen nicht, will es aber auch gar nicht sein. Interessierte sollen sich kompakt und übersichtlich über einzelne Krankheitsbilder informieren können. Und das gelingt.

Gleiches kann man dem vorangestellten rechtlichen Teil des Buches leider nicht attestieren. Er kommt ein wenig unstrukturiert daher und ist sachlich nicht immer einwandfrei. So wird beispielsweise im Kapitel *Betreuungskosten* auf etwa anderthalb Seiten ohne weitere Untergliederung über Betreuungskosten, Gerichtskosten, Aufwandsentschädigung und Vergütungsregelungen referiert. Dies ist deutlich überfrachtet und damit wenig