



**Stellungnahme Nr. 38/2015**  
**Oktober 2015**

**Zum Beschluss des Bundesgerichtshofes vom 1. Juli 2015 – XII ZB 89/15,**

**mit dem gem. Art. 100 Abs. 1 GG eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu der Frage eingeholt wird, ob § 1906 Abs. 3 BGB in der Fassung des Gesetzes zur Regelung der betreuungsrechtlichen Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme vom 18. Februar 2013 (BGBl. I S. 266) mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar ist, soweit er für die Einwilligung des Betreuers in eine stationär durchzuführende ärztliche Zwangsmaßnahme auch bei Betroffenen, die sich der Behandlung räumlich nicht entziehen wollen oder hierzu körperlich nicht in der Lage sind, voraussetzt, dass die Behandlung im Rahmen einer Unterbringung nach § 1906 Abs. 1 BGB erfolgt.**

**1 BvL 8/15**

**Mitglieder des Verfassungsrechtsausschusses**

RA Prof. Dr. Christian Kirchberg, Vorsitzender  
RA Dr. Christian-Dietrich Bracher  
RAuN Prof. Dr. Wolfgang Kuhla (Berichterstatter)  
RA Prof. Dr. Christofer Lenz  
RA Dr. Michael Moeskes  
RA Prof. Dr. Michael Quaas  
RA Dr. iur. h.c. Gerhard Strate  
RA und Notar Prof. Dr. Bernhard Stürer  
RA Prof. Dr. Michael Uechtritz

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit etwa 164.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

## Inhaltsverzeichnis

<b>A.</b>	<b>Ausgangslage</b> .....	<b>2</b>
<b>I.</b>	<b>Sachverhalt</b> .....	<b>2</b>
<b>II.</b>	<b>Rechtslage und Rechtsentwicklung</b> .....	<b>3</b>
<b>1.</b>	<b>Einfachgesetzlicher Rahmen</b> .....	<b>3</b>
<b>2.</b>	<b>Rechtsentwicklung</b> .....	<b>3</b>
<b>III.</b>	<b>Vorlagebeschluss</b> .....	<b>7</b>
<b>B.</b>	<b>Rechtliche Erörterung</b> .....	<b>7</b>
<b>I.</b>	<b>Zulässigkeit der Richtervorlage</b> .....	<b>8</b>
<b>1.</b>	<b>Unterlassen des Gesetzgebers</b> .....	<b>8</b>
<b>2.</b>	<b>Entscheidungserheblichkeit</b> .....	<b>8</b>
<b>II.</b>	<b>Begründetheit der Richtervorlage</b> .....	<b>10</b>

## A. Ausgangslage

### I. Sachverhalt

Die zum Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesgerichtshofs 63-jährige Betroffene leidet unter einer schizoaffektiven Psychose<sup>1</sup>. Sie steht deswegen unter Betreuung. Der Aufgabenkreis der Betreuerin umfasst die Pflege der Gesundheit einschließlich der Zustimmung zu ärztlichen Maßnahmen und Behandlungen sowie die Aufenthaltsbestimmung einschließlich der Entscheidung über eine Unterbringung oder unterbringungsähnliche Maßnahmen.

Die Betroffene leidet auch an verschiedenen körperlichen Erkrankungen. Im August 2014 ergab sich im Rahmen einer ärztlichen Behandlung der Verdacht, dass sich bei der Betroffenen eine Brustkrebserkrankung entwickle. Seit Mitte September 2014 befindet sich die Betroffene aufgrund richterlicher Genehmigung in einer geschlossenen Demenzstation. Sie wurde dort verschiedenen ärztlichen Zwangsbehandlungen unterzogen, die der Bekämpfung ihrer seelischen und körperlichen Leiden dienten. Eine ebenfalls als ärztliche Zwangsbehandlung durchgeführte Stanzbiopsie bestätigte den Krebsverdacht.

<sup>1</sup> Die schizoaffektive Störung ist eine psychische Störung, die Symptome der Schizophrenie und der manisch-depressiven Störung (bipolaren affektiven Störung) in sich vereint. Zusätzlich zu Symptomen einer affektiven Störung wie Depression oder Manie treten hier Symptome aus dem schizophrenen Formenkreis wie Wahn oder Halluzinationen auf (Wikipedia, Zugriff am 19. August 2015)

Die Betroffene ist krankheitsbedingt stark geschwächt. Sie kann weder gehen noch sich selbst mittels eines Rollstuhls fortbewegen. Sie hat einer Krebsbehandlung widersprochen.

Die Betreuerin hat beantragt, die Unterbringungsgenehmigung zu verlängern und ärztliche Zwangsmaßnahmen u.a. zur Behandlung des Brustkrebses (Brustektomie, Bestrahlung) zu erteilen.

Das Amtsgericht hat die Genehmigung verweigert, die dagegen gerichtete Beschwerde hat das Landgericht zurückgewiesen. Der Vorlagebeschluss des Bundesgerichtshofes erging im Rahmen des Rechtsbeschwerdeverfahrens.

## II. Rechtslage und Rechtsentwicklung

### 1. Einfachgesetzlicher Rahmen

Wenn ein Volljähriger auf Grund einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung seine Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht besorgen kann, so bestellt das Betreuungsgericht auf seinen Antrag oder von Amts wegen für ihn einen Betreuer, vgl. § 1896 Abs. 1 BGB, sog. „rechtliche Betreuung“. Das Gesetz regelt die Bestellung des Betreuers (§§ 1896 BGB ff.), den Umfang der Betreuung (§ 1901 ff. BGB) und macht bestimmte Maßnahmen von der Genehmigung des Betreuungsgerichts abhängig (§§ 1904 BGB ff.).

Hinsichtlich *ärztlicher Maßnahmen*, die den Betreuten betreffen, unterscheidet das Gesetz zwei Sachverhalte:

- Eine Untersuchung des Gesundheitszustands, eine Heilbehandlung oder ein ärztlichen Eingriff, die jeweils *im Einklang mit dem Willen* des Betreuten stehen, vgl. § 1904 Abs. 3 BGB, bedürfen der Genehmigung des Betreuungsgerichts (nur dann), wenn die begründete Gefahr besteht, dass der Betreute auf Grund der Maßnahme stirbt oder einen schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet, vgl. § 1904 BGB.
- Eine Untersuchung des Gesundheitszustands, eine Heilbehandlung oder ein ärztlicher Eingriff, die zur Abwendung eines drohenden erheblichen gesundheitlichen Schadens notwendig sind, bedürfen, wenn sie *gegen den natürlichen Willen* des Betreuten durchgeführt werden sollen (*ärztliche Zwangsmaßnahme*), einer Einwilligung des Betreuers gem. § 1906 Abs. 3 BGB und einer entsprechenden gerichtlichen Genehmigung gem. § 1906 Abs. 3a BGB. Die Einwilligung des Betreuers setzt tatbestandlich voraus, dass der Betreute gem. § 1906 Abs. 1 BGB untergebracht ist.

Diese einschränkende Voraussetzung für die Einwilligungsbefugnis des Betreuers hält der Bundesgerichtshof für verfassungswidrig.

### 2. Rechtsentwicklung

Das Grundgesetz schützt das Selbstbestimmungsrecht des Menschen. Das umfasst auch seine „Freiheit zur Krankheit“<sup>2</sup>. Andererseits bedürfen kranke, behinderte und alte Menschen eines besonderen staatlichen Schutzes. Das umfasst die gute und angemessene gesundheitliche

---

<sup>2</sup> BVerfG, 2. Kammer des Zweiten Senats, 14. Juli 2015 - 2 BvR 1549/14, 2 BvR 1550/14 – juris Rn. 30.

Versorgung.<sup>3</sup> Der einfachgesetzliche Ausgleich dieser partiell konkurrierenden Interessen des Erwachsenenschutzes<sup>4</sup> war bereits in der Vergangenheit Gegenstand von Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht und dem Bundesgerichtshof. Die gerichtlichen Entscheidungen veranlassten den Gesetzgeber zuletzt im Jahre 2013 zur Ergänzung des § 1906 BGB:

**a) Regelungsgegenstand der ursprünglichen Fassung von § 1906 Abs. 1 BGB (1992 bis 2013)**

§ 1906 BGB regelte seit der Einführung des neuen Betreuungsrechts im Jahr 1992 nach seinem *Wortlaut* ausschließlich die Voraussetzungen der *Unterbringung* eines Betreuten. Weitgehend entsprechend der aktuell geltenden Fassung<sup>5</sup> erklärte die Norm die Unterbringung seither für zulässig, wenn sie

„zum Wohl des Betreuten erforderlich ist, weil

1. auf Grund einer psychischen Krankheit oder geistigen oder seelischen Behinderung des Betreuten die Gefahr besteht, dass er sich selbst tötet oder erheblichen gesundheitlichen Schaden zufügt, oder
2. eine Untersuchung des Gesundheitszustandes, eine Heilbehandlung oder ein ärztlicher Eingriff notwendig ist, ohne die Unterbringung des Betreuten nicht durchgeführt werden kann und der Betreute auf Grund einer psychischen Krankheit oder geistigen oder seelischen Behinderung die Notwendigkeit der Unterbringung nicht erkennen oder nicht nach dieser Einsicht handeln kann.“

§ 1906 BGB enthielt in der bis zum 25. Februar 2013 geltenden Fassung keine gesonderte Regelung *ärztlicher Zwangsmaßnahmen*.

Im Hinblick auf diese gesetzliche Grundlage betonte der Bundesgerichtshof, auch die zivilrechtliche Unterbringung sei am Maßstab der Verhältnismäßigkeit zu messen<sup>6</sup> und unterschied ausgehend von den beiden gesetzlichen Tatbeständen des § 1906 Abs. 1 BGB konkretisierend vier Sachverhaltskonstellationen:

- Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 1906 Abs. 1 Nr. 1 BGB (Gefahr des Suizids oder der erheblichen gesundheitlichen Selbstschädigung) sind Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsprinzips und rechtfertigen ohne weiteres die Unterbringungsentscheidung.<sup>7</sup>
- Im Hinblick auf die Tatbestandsvoraussetzungen des § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB (Notwendigkeit der Unterbringung, um eine notwendige ärztliche Maßnahme durchzuführen) sei das Verhältnismäßigkeitsprinzip in Abgrenzung zu den viel engeren Voraussetzungen des § 1906

<sup>3</sup> Grundlegend *Lipp*, FamRZ 2013, 913.

<sup>4</sup> Dieser Begriff hat vor allem auf der Grundlage des Haager Übereinkommens über den internationalen Schutz von Erwachsenen v. 13. 1. 2000 breiten Eingang in die juristische Terminologie gefunden. Der Erwachsenenschutz umfasst sowohl die staatliche Fürsorge in öffentlich-rechtlichen Handlungsformen (z.B. Unterbringung auf der Grundlage der Unterbringungsgesetz der Länder) als auch die rechtliche Betreuung, also zivilrechtliche Maßnahmen (dazu *Lipp*, FamRZ 2013, 913, 916 ff.), die gegebenenfalls staatlich überwacht werden; vgl. auch *Ludwig*, DNotZ 2009, 251.

<sup>5</sup> Der Nr. 2 sind 2013 die Worte „zur Abwendung eines drohenden erheblichen gesundheitlichen Schadens“ vorangestellt worden.

<sup>6</sup> *BGH*, Beschluss vom 1. Februar 2006 - XII ZB 236/05 – juris Rn.10 = BGHZ 166, 141.

<sup>7</sup> *BGH*, Beschluss vom 1. Februar 2006 - XII ZB 236/05 – juris Rn.10 = BGHZ 166, 141.

Abs.1 Nr. 1 BGB „notwendiges Korrektiv“.<sup>8</sup> Das bedeute insbesondere, dass die tatbestandlichen Grenzen bzw. Anforderungen dieser Norm in zwei Richtungen nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu bestimmen seien:

- § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB ermögliche grundsätzlich auch die Zwangsbehandlung einwilligungsunfähiger Betroffener gegen deren natürlichen Willen während der - gerichtlich genehmigten - stationären Unterbringung.<sup>9</sup> Es liege auf der Hand, dass ein noch strengerer Prüfungsmaßstab anzulegen sei, wenn die Freiheitsentziehung mit einer solchen Zwangsbehandlung des Betroffenen verbunden werden soll. Dies folge schon daraus, dass in diesem Falle nicht nur die Unterbringung und ihre Dauer, sondern auch der mit der Zwangsbehandlung verbundene Eingriff und dessen Folgen in die gebotene Güterabwägung nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit einzubeziehen seien.<sup>10</sup>
- Dem psychisch Kranken bleibe auf der anderen Seite in weniger gewichtigen Fällen die "Freiheit zur Krankheit". In deren Grenzen dürfe der Kranke gerade bei behandlungsbedürftigen psychischen Erkrankungen selbst entscheiden, ob er das Durchleben seiner Krankheit einer aus seiner Sicht unzumutbaren Behandlung in einer psychiatrischen Klinik vorziehen will.<sup>11</sup>

Schon vorher hatte der Bundesgerichtshof entschieden, dass das BGB eine vormundschaftsgerichtliche (jetzt: betreuungsrechtliche) Genehmigung einer *ambulanten ärztlichen Zwangsbehandlung* nicht ermögliche. Es ging um einen kurzfristigen, auf das unaufschiebbar notwendige Maß beschränkten Klinikaufenthalt zum Zwecke der zwangsweisen medikamentösen Therapie. Der Bundesgerichtshof versagte aus tatbestandlichen Gründen die Genehmigung nach § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB. Diese Norm könne als Ermächtigungsgrundlage ungeachtet des Umstandes nicht herangezogen werden, dass eine solche Maßnahme als graduell geringerer Eingriff gegenüber einer sonst erforderlichen freiheitsentziehenden Maßnahme angesehen werden könne.<sup>12</sup>

Der Bundesgerichtshof hat seinen Entscheidungen den sog. *engen Unterbringungsbegriff* zugrunde gelegt. Für die erzwungene Einnahme von Medikamenten ist es regelmäßig nur erforderlich die persönliche Bewegungsfreiheit des Betroffenen kurzfristig räumlich einzuschränken. Das Gericht hat diese kurzfristige Bewegungseinschränkung als solche nicht als eine freiheitsentziehende Unterbringung angesehen. Maßgeblich für die Frage nach der Unterbringung war nach dieser Rechtsprechung allein, wo und unter welchen Umständen sich die Zwangsbehandlung vollzieht. Zur Begründung hat das Gericht darauf hingewiesen, dass eine Auslegung, nach der bereits die Zwangsbehandlung als solche vom Begriff der „Unterbringung“ erfasst werde, mit dem Wortlaut des § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB nicht vereinbar und auch vom Zweck dieser Vorschrift nicht gedeckt sei. Der Bundesgerichtshof hat zwar Verständnis für das Bemühen bekundet, den Anwendungsbereich des § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB auszuweiten, um auf diese Weise der Zulässigkeit einer Zwangsbehandlung Betroffener in deren wohlverstandenen Eigeninteresse größeren Raum zu schaffen. Er hat aber diesen sog. *weiten Unterbringungsbegriff* als methodisch nicht akzeptabel angesehen. Er hat betont,

<sup>8</sup> BGH, Beschluss vom 1. Februar 2006 - XII ZB 236/05 – juris Rn.10 = BGHZ 166, 141.

<sup>9</sup> BGH, Beschluss vom 1. Februar 2006 - XII ZB 236/05 – juris Rn.18 = BGHZ 166, 141.

<sup>10</sup> BGH, Beschluss vom 1. Februar 2006 - XII ZB 236/05 – juris Rn.11 = BGHZ 166, 141.

<sup>11</sup> BGH, Beschluss vom 1. Februar 2006 - XII ZB 236/05 – juris Rn.9 = BGHZ 166, 141 unter Verweis auf BVerfGE 58, 208, 224 ff.

<sup>12</sup> BGH, Beschluss vom 11. Oktober 2000 - XII ZB 69/00 – juris Rn. 3.

wegen des Eingriffs in die durch Gesetzesvorbehalt gesicherten Grundrechte des Betroffenen sei ein solches weites Begriffsverständnis verfassungsrechtlich nicht hinnehmbar.<sup>13</sup>

**b) Konkretisierung der verfassungsrechtlichen Anforderungen an die einfachgesetzliche Regelung der ärztlichen Zwangsbehandlung**

Im Jahr 2011 hatte das Bundesverfassungsgericht über die Voraussetzungen von *ärztlichen Zwangsmaßnahmen* im Rahmen des *Maßregelvollzugs* zu entscheiden. Es kam zu der Erkenntnis, dass die wesentlichen Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Zwangsbehandlung einer klaren und bestimmten gesetzlichen Regelung bedürfen. Dies gelte auch für die Anforderungen an das Verfahren.<sup>14</sup>

Diese Entscheidung veranlasste den Bundesgerichtshof zur ausdrücklichen Aufgabe seiner Rechtsprechung, nach der die von einem Betreuer veranlasste Unterbringung eines Betreuten grundsätzlich auch die Veranlassung einer ärztlichen Zwangsbehandlung im Rahmen der Unterbringung umfassen kann. Das Gericht betonte, dass es allgemein an einer verfassungsrechtlichen Anforderungen entsprechenden gesetzlichen Grundlage für eine betreuungsrechtliche Zwangsbehandlung fehle.<sup>15</sup>

**c) Gesetzliche Regelung der ärztlichen Zwangsbehandlung in § 1906 Abs. 3 BGB**

Die Identifikation dieser Regelungslücke durch den Bundesgerichtshof rief den Gesetzgeber auf den Plan. Neun Monate nach der Entscheidung, am 26. Februar 2013, traten § 1906 Abs. 3 und 3a BGB<sup>16</sup> in Kraft, die folgenden Wortlaut haben:

(3) Widerspricht eine ärztliche Maßnahme nach Absatz 1 Nummer 2 dem natürlichen Willen des Betreuten (ärztliche Zwangsmaßnahme), so kann der Betreuer in sie nur einwilligen, wenn

1. der Betreute auf Grund einer psychischen Krankheit oder einer geistigen oder seelischen Behinderung die Notwendigkeit der ärztlichen Maßnahme nicht erkennen oder nicht nach dieser Einsicht handeln kann,
2. zuvor versucht wurde, den Betreuten von der Notwendigkeit der ärztlichen Maßnahme zu überzeugen,
3. die ärztliche Zwangsmaßnahme im Rahmen der Unterbringung nach Absatz 1 zum Wohl des Betreuten erforderlich ist, um einen drohenden erheblichen gesundheitlichen Schaden abzuwenden,
4. der erhebliche gesundheitliche Schaden durch keine andere dem Betreuten zumutbare Maßnahme abgewendet werden kann und

<sup>13</sup> *BGH*, Beschluss vom 1. Juli 2015 – 12 ZB 89/15 – Rn. 20 unter Verweis auf *BGH*, Beschluss vom 23. Januar 2008 – XII ZB 185/07 – juris Rn. 22 ff.

<sup>14</sup> *BVerfG*, Beschluss vom 23. März 2011 - 2 BvR 882/09 – juris Rn. 72 = *BVerfGE* 128, 282.

<sup>15</sup> *BGH*, Beschluss vom 20. Juni 2012 – XII ZB 99/12 – juris = *BGHZ* 193, 337; ebenso *BGH*, Beschluss vom 20. Juni 2012 – XII ZB 130/12.

<sup>16</sup> Gesetz zur Regelung der betreuungsrechtlichen Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme vom 18. Februar 2013, *BGBl. I* S. 266.

5. der zu erwartende Nutzen der ärztlichen Zwangsmaßnahme die zu erwartenden Beeinträchtigungen deutlich überwiegt.

§ 1846 ist nur anwendbar, wenn der Betreuer an der Erfüllung seiner Pflichten verhindert ist.

(3a) Die Einwilligung in die ärztliche Zwangsmaßnahme bedarf der Genehmigung des Betreuungsgerichts. Der Betreuer hat die Einwilligung in die ärztliche Zwangsmaßnahme zu widerrufen, wenn ihre Voraussetzungen wegfallen. Er hat den Widerruf dem Betreuungsgericht anzuzeigen.

§ 1906 Abs. 3 und 3a BGB finden nach ihrem Wortlaut nur Anwendung, wenn der Betreute gem. § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB aufgrund einer Entscheidung seines Betreuers *untergebracht* ist. Der Gesetzgeber beabsichtigte, „die bis zu den jüngsten Beschlüssen des Bundesgerichtshofs bestehende Rechtslage möglichst nah (abzubilden).“<sup>17</sup> Diese Rechtsprechung hatte nur die ärztliche Zwangsbehandlung von Patienten beurteilt, die gem. § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB untergebracht waren. Sie hatte zudem abgrenzend betont, dass eine (ambulante) Zwangsbehandlung nicht untergebrachter Patienten nicht genehmigungsfähig sei. Vor dem Hintergrund dieser Judikatur ist es verständlich, dass in den Gesetzgebungsunterlagen wiederholt betont wird, die nunmehr geregelte ärztliche Zwangsbehandlung setze stets eine Unterbringung gem. § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB voraus.<sup>18</sup>

### III. Vorlagebeschluss

Nach der vom Bundesgerichtshof im Vorlagebeschluss vertretenen Rechtsauffassung ist es mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar, dass § 1906 Abs. 3 BGB eine in stationärem Rahmen erfolgende ärztliche Maßnahme nach § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB gegen den natürlichen Willen des Betroffenen - bei Vorliegen der sonstigen materiell- und verfahrensrechtlichen Voraussetzungen - nur als möglich vorsieht, wenn der Betroffene zivilrechtlich untergebracht ist, nicht jedoch für Fälle, in denen eine freiheitsentziehende Unterbringung ausscheidet, weil der Betroffene sich der Behandlung räumlich nicht entziehen will und/oder aus körperlichen Gründen nicht kann.<sup>19</sup>

## B. Rechtliche Erörterung

Die Vorlage des Bundesgerichtshofs ist zulässig und begründet.

---

<sup>17</sup> BT-Drucks. 17/11513, S. 1 sub B. Lösung.

<sup>18</sup> BT-Drucks. 17/11513, S. 1, 5, 6.

<sup>19</sup> BGH, (Vorlage-)Beschluss vom 1. Juli 2015 – XII ZB 89/15 – Rn. 5.

## I. Zulässigkeit der Richtervorlage

### 1. Unterlassen des Gesetzgebers

Wenn ein Gericht ein *Bundesgesetz*, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt, für grundgesetzwidrig hält, so hat es gem. Art. 100 Abs. 1 GG das Verfahren auszusetzen und die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes einzuholen. Ein Unterlassen des Gesetzgebers steht einem Gesetz nicht gleich und kann als solches daher grundsätzlich nicht dem Bundesverfassungsgericht gem. Art. 100 Abs. 1 GG zur Prüfung vorgelegt werden.<sup>20</sup> Allerdings kann Gegenstand einer konkreten Normenkontrolle die Frage sein, ob ein Gesetz unter Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG eine nach bestimmten Kriterien abgrenzbare Personengruppe von einer Begünstigung ausschließt<sup>21</sup> und damit staatliche Schutzpflichten verletzt.<sup>22</sup>

Das führt zu der Frage, ob die Norm, deren Erlass der Bundesgerichtshof für geboten erachtet, den Betreuten „begünstigt“. Dagegen spricht auf den ersten Blick, dass die Betreuerentscheidung über eine ärztliche Zwangsbehandlung und deren gerichtliche Genehmigung einer einfachgesetzlichen Regelung der verfahrensrechtlichen und inhaltlichen Voraussetzungen deshalb bedürfen, weil diese Maßnahme aus Sicht des Betreuten *belastender Natur* ist: Die Zwangsbehandlung greift in das Grundrecht des Betroffenen aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG ein, das die körperliche Integrität des Grundrechtsträgers und damit auch das diesbezügliche Selbstbestimmungsrecht schützt.<sup>23</sup> Sie bezweckt aber eben auch eine Begünstigung im rechtlichen Sinne, indem sie es ermöglicht, dass der Betreute im Rahmen des zivilrechtlichen Erwachsenenschutzes eine seiner Gesundheit dienende Behandlung erhält. So wie Rechtsakte im Verhältnis zu *unterschiedlichen Adressaten* belastend oder begünstigend wirken können (Verwaltungsakt mit Doppelwirkung), so kann ein Rechtsakt auch gegenüber *derselben Person* im Hinblick auf die dieser Person zugeordneten Rechte unterschiedlich wirken.<sup>24</sup> Im konkreten Fall wird die Freiheit der Betreuten, nach dem natürlichen Willen zu handeln eingeschränkt, um eine zum Tode führende Erkrankung zu bekämpfen und sie so davor zu bewahren, sich wegen der fehlenden Fähigkeit zur Selbstbestimmung selbst zu schädigen.<sup>25</sup>

Bei der Beurteilung des gesetzgeberischen Unterlassens geht es (auch) darum, dass diese *Begünstigung* den Angehörigen einer Personengruppe vorenthalten wird. Gegen die Zulässigkeit der Vorlage bestehen also unter diesem Aspekt keine Bedenken.

### 2. Entscheidungserheblichkeit

#### a) Eingeschränkte fachgesetzliche Entscheidungsreife

Der Bundesgerichtshof hält fest, dass die Sachverhaltsaufklärung von den Vorinstanzen noch nicht abschließend durchgeführt sei, ohne dass er dies weiter ausführt.<sup>26</sup> Die Vorinstanzen haben die Möglichkeit einer Rechtfertigung der ärztlichen Zwangsbehandlung allein deshalb verneint, weil die Betreute entgegen § 1906 Abs. 3 BGB nicht untergebracht ist. Sie konnten daher einfachrechtlich

<sup>20</sup> Lenz/Hansel, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2. Auflage 2015, § 80 Rn. 61 m. w. N.

<sup>21</sup> Lenz/Hansel, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 80 Rn. 61.

<sup>22</sup> BVerfG, 1. Kammer des Ersten Senats, 16. Januar 2013 - 1 BvR 2004/10 – juris Rn. 21 = FamRZ 2013, 605.

<sup>23</sup> BVerfG, 2. Kammer des Zweiten Senats, 14. Juli 2015 - 2 BvR 1549/14, 2 BvR 1550/14 – juris Rn. 27.

<sup>24</sup> Zutreffend BGH, (Vorlage-)Beschluss vom 1. Juli 2015 – XII ZB 89/15 – Rn. 47 ff.

<sup>25</sup> Zu dieser Aufgabe des Erwachsenenschutzes s. Lipp, BtPrax 2008, 51, 52.

<sup>26</sup> BGH, (Vorlage-)Beschluss vom 1. Juli 2015 – XII ZB 89/15 – Rn. 14.



offenlassen, ob die weiteren, kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen der Zwangsbehandlung (vgl. § 1906 Abs. 3 Nr. 1 bis Nr. 5 BGB<sup>27</sup>) erfüllt sind. Diese Voraussetzungen begegnen aber als Ausdruck des Gebots der Verhältnismäßigkeit keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Mit anderen Worten, wenn der Bundesgesetzgeber die vom Bundesgerichtshof identifizierte, grundgesetzwidrige Lücke im Tatbestand des § 1906 Abs. 3 BGB schließt und dessen Anwendungsbereich auf Betreute erweitert, die „sich der Behandlung räumlich nicht entziehen wollen oder hierzu körperlich nicht in der Lage sind“<sup>28</sup>, so bliebe offen, ob die Zwangsbehandlung der Betreuten erfolgen dürfte, weil fachgerichtlich nicht geklärt worden ist, ob die Voraussetzungen der § 1906 Abs. 3 Nr. 1 bis Nr. 5 BGB vorliegen.

Der Bundesgerichtshof war prozessrechtlich gehindert die (fachgesetzliche) Entscheidungsreife herzustellen. Das Gericht wurde durch eine Rechtsbeschwerde gem. §§ 70 ff. FamG angerufen. Als Rechtsbeschwerdegericht war seine Kompetenz darauf beschränkt zu prüfen, ob „eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist“, vgl. § 72 Abs. 1 Satz 2 FamG. Im Falle fehlender (fachgesetzlicher) Entscheidungsreife mangels Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen verweist der Bundesgerichtshof die Sache gem. § 74 Abs. 6 Satz 2 FamG an die Tatsacheninstanz zurück. Solange auf diesem Wege keine Entscheidungsreife hergestellt wird, ist eine Vorlage gem. Art. 100 GG mangels Entscheidungserheblichkeit der verfassungsrechtlichen Frage grundsätzlich unzulässig.<sup>29</sup> Auch prozessökonomische Erwägungen sind nicht geeignet, diese Zulässigkeitsvoraussetzung zu suspendieren.<sup>30</sup>

Die mangelnde fachgesetzliche Entscheidungsreife steht hier gleichwohl aus zwei unterschiedlichen Gründen der Zulässigkeit der Vorlage nicht entgegen: Der Bundesgerichtshof musste mangels Normverwerfungskompetenz von der Verbindlichkeit der gegebenen einfachrechtlichen Rechtslage ausgehen. Danach war eine weitere Sachverhaltsermittlung nicht erforderlich: Mangels Unterbringung der Betreuten gem. § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB war das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen des § 1906 Abs. 3 Nr. 1 bis 5 BGB unter keinem denkbaren Gesichtspunkt entscheidungserheblich. Folgerungen aus der von ihm angenommenen Verfassungswidrigkeit des Gesetzes durfte der Bundesgerichtshof im Hauptsacheverfahren nicht ziehen. Deshalb war hier eine weitere Sachverhaltsaufklärung vor einer Vorlage nicht geboten.<sup>31</sup>

Im Übrigen wäre es im fachgerichtlichen Verfahren gar nicht möglich gewesen, die Entscheidungsreife (auch) für den Fall herzustellen, dass das Bundesverfassungsgericht dem Bundesgerichtshof folgt, ein verfassungswidriges Unterlassen bejaht und der Bundesgesetzgeber sodann den Tatbestand des § 1906 Abs. 3 BGB erweitert. Es wäre nicht auszuschließen, dass der Bundesgesetzgeber für diese Fälle künftig weitere, spezielle Voraussetzungen der Zwangsbehandlung statuiert. Deren Vorliegen konnten die Fachgerichte nicht antizipieren und prüfen.

#### b) **Potentielles Profitieren von gesetzlicher Neuregelung**

Der Entscheidungserheblichkeit steht nicht entgegen, dass nicht sicher gesagt werden kann, ob der Bundesgesetzgeber – wenn das Bundesverfassungsgericht die Vorlagefrage bejaht – das einfache Recht so gestaltet, dass die Möglichkeit der ärztlichen Zwangsbehandlung auf Personen ausgedehnt

<sup>27</sup> S. im Einzelnen zu diesen Anforderungen *BVerfG, 2. Kammer des Zweiten Senats*, 14. Juli 2015 - 2 BvR 1549/14, 2 BvR 1550/14 – juris Rn. 29 ff.

<sup>28</sup> *BGH*, (Vorlage-)Beschluss vom 1. Juli 2015 – XII ZB 89/15 – Vorlagefrage im Tenor.

<sup>29</sup> *BVerfG, 2. Kammer des Zweiten Senats*, Beschluss vom 16. November 2010 - 2 BvL 12/09 – juris Rn. 58 f.; *Lenz/Hansel*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 80 Rn. 74.

<sup>30</sup> Anders wohl *BGH*, (Vorlage-)Beschluss vom 1. Juli 2015 – XII ZB 89/15 – Rn. 14 a.E.

<sup>31</sup> S. zu einem vergleichbaren Fall *BVerfG*, Urteil vom 21. Januar 1989 - 1 BvL 17/87 – juris Rn. 33 = *BVerfGE* 79, 256, 265 f. sub IV.

wird, die – wie die Betreute - sich der Behandlung räumlich nicht entziehen wollen oder hierzu körperlich nicht in der Lage sind:

„Ist das vorlegende Gericht - wie hier - der Überzeugung, dass die zur Prüfung gestellte Norm das in Art. 3 Abs. 1 GG verbürgte Grundrecht oder einen speziellen Gleichheitssatz verletzt, reicht es für die Feststellung der Entscheidungserheblichkeit aus, dass die Verfassungswidrigerklärung der Norm der im Ausgangsverfahren klagenden Partei die Chance offen hält, eine für sie günstige Regelung durch den Gesetzgeber zu erreichen.“<sup>32</sup>

## II. Begründetheit der Richtervorlage

Die zulässige Vorlage ist aus den Erwägungen des Vorlage-Beschlusses (dort sub. B. III., Rn. 39 ff.) begründet:

- Der Bundesgerichtshof qualifiziert die gesetzlichen Regelungen über die Voraussetzungen der ärztlichen Zwangsbehandlung zutreffend als den Betreuten nicht nur belastende (freiheitseinschränkende), sondern ihn auch begünstigende (seinem Schutz) dienende Normen.<sup>33</sup>
- Es verletzt den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG, wenn der Gesetzgeber bestimmte Gruppen im Rahmen des Tatbestands einer begünstigenden Norm unberücksichtigt lässt, wenn zu der gesetzlich begünstigten Gruppe keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten.<sup>34</sup>
- Ein solcher Grund, den Menschen, die sich der Behandlung räumlich nicht entziehen wollen oder hierzu körperlich nicht in der Lage sind, die Behandlung vorzuenthalten, die untergebrachte Betreute erhalten, ist nicht zu erkennen:

Die verschiedenen Gründe, die den Gesetzgeber bewogen haben, keine *ambulante Zwangsbehandlung* zu ermöglichen, rechtfertigen nicht den Ausschluss der hier betrachteten Gruppe der Betreuten von der *stationären Zwangsbehandlung*.<sup>35</sup>

Andere Gründe für die Differenzierung zwischen beiden Gruppen vermochte der Bundesgerichtshof zu Recht nicht zu erkennen. Zutreffend konstatierte er daher eine insoweit identische Schutzbedürftigkeit beider Gruppen von Betreuten.<sup>36</sup>

- Die Verfassungswidrigkeit des einfachen Rechts kann nicht durch eine *erweiternde, verfassungskonforme Auslegung* von § 1906 Abs. 3 BGB überwunden werden. Das scheidet aus verschiedenen Gründen aus:

„Die verfassungskonforme Auslegung findet ihre Grenzen dort, wo sie zum Wortlaut der Norm und zum klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch treten würde.“<sup>37</sup>

<sup>32</sup> BVerfG, Beschluss vom 24. Januar 2012 - 1 BvL 21/11 – juris Rn. 36 = BVerfGE 130, 131, 140; Lenz/Hansel, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 80 Rn. 82.

<sup>33</sup> BGH, (Vorlage-)Beschluss vom 1. Juli 2015 – XII ZB 89/15 – Rn. 47 ff.

<sup>34</sup> BGH, (Vorlage-)Beschluss vom 1. Juli 2015 – XII ZB 89/15 – Rn. 42.

<sup>35</sup> BGH, (Vorlage-)Beschluss vom 1. Juli 2015 – XII ZB 89/15 – Rn. 53.

<sup>36</sup> BGH, (Vorlage-)Beschluss vom 1. Juli 2015 – XII ZB 89/15 – Rn. 62.

Der ausdrückliche Bezug in § 1906 Abs. 3 BGB auf „Absatz 1 Nummer 2“ ist sprachlich nicht interpretationsfähig, sondern regelt klar, dass die Norm nur auf Betreute zur Anwendung kommt, die untergebracht sind.

Der Gesetzgeber hat in der Gesetzesbegründung verschiedentlich deutlich gemacht, dass die Regelung ausschließlich für *untergebrachte*, betreute Personen gelten soll.<sup>37</sup> Im parlamentarischen Raum hat man vor dem Hintergrund der rechtspolitischen Diskussion über die ambulante Zwangsbehandlung dabei zwar möglicherweise weniger an die *untergebrachten* als an die *stationären* Patienten in Abgrenzung zu den *ambulant*en gedacht. Das muss aber dahinstehen, denn jedenfalls wollte der Gesetzgeber die Rechtslage aufgrund der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bis zu dessen Beschluss vom 20. Juni 2012 „nah abbilden“.<sup>38</sup> Nach dieser Rechtslage bestand die Möglichkeit der Zwangsbehandlung ausschließlich im Falle der Unterbringung.<sup>39</sup> Der Bundesgerichtshof hat verschiedentlich betont, dass in allen anderen Fällen die gesetzlichen Voraussetzungen für Zwangsbehandlungen fehlten und die Betreuten daher Gefahr liefen, dass sie erheblichen Schaden nähmen.<sup>40</sup>

Schließlich kommt eine verfassungskonforme, d. h. über die Grenzen des Wortlauts der Norm des § 1906 Abs. 3 BGB hinausgehende Auslegung auch im Hinblick auf die *Doppelnatur der Maßnahme* nicht in Betracht. Die medizinische Behandlung gegen den natürlichen Willen eines Betreuten, also die Zwangsbehandlung, greift in das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit ein (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG). Dieses Grundrecht schützt die körperliche Integrität des Grundrechtsträgers und damit auch das diesbezügliche Selbstbestimmungsrecht. Zu seinem traditionellen Gehalt gehört der Schutz gegen staatliche Zwangsbehandlung.<sup>41</sup> Die Zwangsbehandlung ist wie jeder andere Grundrechtseingriff nur auf der Grundlage eines Gesetzes zulässig, das die Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Eingriffs bestimmt.<sup>42</sup>

„Das Erfordernis einer verfassungskonformen gesetzlichen Grundlage für Grundrechtseingriffe besteht auch dann, wenn für den jeweils betrachteten Eingriff gute oder sogar zwingende sachliche Gründe sprechen mögen.“<sup>43</sup> Der verfassungsrechtliche Grundsatz, dass in Grundrechte nur auf der Grundlage eines Gesetzes eingegriffen werden darf (Vorbehalt des Gesetzes), hat gerade den Sinn, die primäre Zuständigkeit für die Bewertung von Grundrechtsbeschränkungen als wohlbegründet oder ungerechtfertigt zu bestimmen. Er stellt sicher, dass die Grenzen zwischen zulässigem und unzulässigem Grundrechtsgebrauch, zwischen zulässiger und unzulässiger Grundrechtseinschränkung nicht fallweise nach eigener Einschätzung von beliebigen Behörden oder Gerichten, sondern primär - in der Form eines allgemeinen Gesetzes - durch den Gesetzgeber gezogen werden.“<sup>44</sup>

- - -

<sup>37</sup> BVerfG, Beschluss vom 11. Juli 2013 - 2 BvR 2302/11, 2 BvR 1279/12 – juris Rn. 77 = BVerfGE 134, 33, 63; BVerfG, Beschluss vom 16. Dezember 2014 – 1 BvR 2142/11 – juris Rn. 86.

<sup>38</sup> BT-Drucks. 17/11513, S. 1, 5, 6.

<sup>39</sup> BT-Drucks. 17/11513, S. 1 sub B. Lösung.

<sup>40</sup> S. oben sub. A II 2 a.

<sup>41</sup> Vgl. Nachweise in *BGH*, (Vorlage-)Beschluss vom 1. Juli 2015 – XII ZB 89/15 – Rn. 21.

<sup>42</sup> BVerfG, Beschluss vom 23. März 2011 - 2 BvR 882/09 – juris Rn. 39 = BVerfGE 128, 282, 300.

<sup>43</sup> BVerfG, Beschluss vom 23. März 2011 - 2 BvR 882/09 – juris Rn. 72 = BVerfGE 128, 282, 317.

<sup>44</sup> vgl. BVerfGE 116, 69 <80>; BVerfGK 9, 123 <126 f.>

<sup>45</sup> BVerfG, Beschluss vom 20. Februar 2013 - 2 BvR 228/12 – juris Rn. 53.