



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Stellungnahme Nr. 13 Mai 2019

**Verfassungsbeschwerde des Herrn S.
gegen § 1906a BGB i.d.F. des Gesetzes zur Änderung der materiellen
Zulässigkeitsvoraussetzungen von ärztlichen Zwangsmaßnahmen und zur
Stärkung des Selbstbestimmungsrechts von Betreuten vom 17. Juli 2017
(BGBl. I, S. 2426)**

1 BvR 1578/18

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 Prof. Dr. Michael Uechtritz
RA Frank Johnigk, Bundesrechtsanwaltskammer

Bundesrechtsanwaltskammer

The German Federal Bar
Barreau Fédéral Allemand
www.brak.de

Büro Berlin – Hans Litten Haus

Littenstraße 9 Tel. +49.30.28 49 39 - 0
10179 Berlin Fax +49.30.28 49 39 -11
Deutschland Mail zentrale@brak.de

Büro Brüssel

Avenue des Nerviens 85/9 Tel. +32.2.743 86 46
1040 Brüssel Fax +32.2.743 86 56
Belgien Mail brak.bxl@brak.eu

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 165.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Stellungnahme

A.

Ausgangslage

I.

Sachverhalt

1. Gesundheitszustand und Behandlungsbedürftigkeit des Beschwerdeführers

Der im September 1929 geborene Beschwerdeführer leidet seit 2014 an einer fortschreitenden und inzwischen stark fortgeschrittenen Demenz. Seine kognitiven Fähigkeiten sind eingeschränkt, ein freier Wille ist nicht mehr vorhanden. Er lebt seit Februar 2015 in einer Senioreneinrichtung, die auf die Betreuung von Patienten eingerichtet ist, die an Demenz erkrankt sind. Er wird dort ganztätig pflegerisch betreut. Die Gabe der ärztlich verordneten Medikamente erfolgt durch das Pflegepersonal.

Der Beschwerdeführer wurde in den letzten Jahren verschiedentlich aufgrund akuter Erkrankungen stationär im Krankenhaus behandelt. Die Krankenhausaufenthalte bewirkten regelmäßig akute und schwerwiegende Verschlechterungen seines seelischen Zustands (Delir). Nach der jeweiligen Rückkehr in das Heim dauerten diese Zustände zunächst noch an, der Beschwerdeführer verhielt sich teilweise gegenüber Mitbewohnern und Pflegepersonen aggressiv und attackierte sie körperlich.

Seit dem November 2017 weigert sich der Beschwerdeführer immer wieder, die ihm ärztlich verordneten und vom den Pflegekräften verabreichten Medikamente zu nehmen. Überzeugungsversuche scheiterten und wurden teilweise aggressiv abgewehrt. Die fehlende Medikation bewirkt beim Beschwerdeführer Angstzustände und Wahrnehmungsstörungen.

2. Anordnung in der Vorsorgevollmacht und Betreuung

Der Beschwerdeführer hatte seiner Tochter im September 2005 eine Vorsorgevollmacht erteilt. In dieser hat er u. a. verfügt, ihm sollen

„im Falle einer schweren Erkrankung, die nach ärztlichem Ermessen unabwendbar zum Tode führen wird und ihm starke Schmerzen bereitet, Medikamente verabreicht werden, die ihn von Schmerzen und großer Belastung befreien, selbst wenn dadurch der Tod voraussichtlich früher eintreten wird.“

Der Beschwerdeführer macht glaubhaft, dass diese Anordnung nicht nur im Falle todbringender Krankheiten gelten solle, sondern er allgemein durch Medikamentengaben vor starken Schmerzen und Pein bewahrt werden wollte.

Die Tochter des Beschwerdeführers ist 2015 zu seiner Betreuerin bestellt worden (Aufgabenkreis: Sorge für die Gesundheit, Aufenthaltsbestimmung, Rechts- Antrags- und Behördenangelegenheiten). Sie ist Rechtsanwältin und vertritt den Beschwerdeführer im Verfahren der Verfassungsbeschwerde.

3. Anlass der Verfassungsbeschwerde

Die Tochter des Beschwerdeführers sieht sich in einem Dilemma: Sie will einerseits sicherstellen, dass dem Beschwerdeführer die ärztlich verordneten Medikamente verabreicht werden, die ihn von seiner Seelenpein so befreien, wie er es in seiner Vorsorgevollmacht als Behandlungsziel beschrieben hatte. Andererseits darf diese Medikation gegen den Willen des Beschwerdeführers, also zwangsweise, nur im Rahmen eines stationären Krankenhausaufenthalts erfolgen. Eben solche Krankenhausaufenthalte will die betreuende Tochter dem Beschwerdeführer ersparen, weil sie aufgrund seiner Behandlungsgeschichte befürchtet, dass so eine gravierende Verschlechterung seines Gesundheitszustands bewirkt werden wird.

Um dieses Dilemma zu umgehen, hat die Tochter des Beschwerdeführers beim Betreuungsgericht den Antrag gestellt, das Gericht möge feststellen, dass die heimliche Verabreichung der verordneten Medikamente (durch Untermischen in die Speisen und Getränke) nicht genehmigungspflichtig sei („Negativattest“). Das Gericht hat den Antrag im Februar 2018 abgewiesen.

Die Tochter des Beschwerdeführers meint, dass ihrem Vater, dem Beschwerdeführer, der alle Voraussetzungen des § 1906a Abs. Nr. 1 bis Nr. 6 BGB erfüllt, eine Behandlung nicht vorenthalten werden darf, die nach Maßgabe der Vorsorgevollmacht geboten wäre. Es sei Folge einer verfassungswidrigen Regelungslücke, dass eine solche Behandlung gem. § 1906a Abs. 1 Nr. 7 BGB nur im Rahmen eines stationären Krankenhausaufenthalts erfolgen und nicht unter ärztlichen Aufsicht in dem Heim stattfinden darf, in dem der Beschwerdeführer lebt.

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, soweit es um Personen geht, die nicht untergebracht sind:

- Eine Untersuchung des Gesundheitszustands, eine Heilbehandlung oder ein ärztlicher 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. § 1906a Abs. 1 BGB und einer entsprechenden gerichtlichen Genehmigung gem. § 1906a Abs. 2 BGB. Die Einwilligung des Betreuers und die Genehmigung dürfen nur unter den in § 1906a Abs. 1 Nr. 1 bis 6 BGB beschriebenen Voraussetzungen erteilt werden. Wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, dann darf die ärztliche Zwangsmaßnahme gem. § 1906a Abs. 1 Nr. 7 BGB ausschließlich im Rahmen eines stationären Aufenthalts in einem Krankenhaus durchgeführt werden, in dem die gebotene medizinische Versorgung des Betreuten einschließlich einer erforderlichen Nachbehandlung sichergestellt ist.

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

2. Rechtsentwicklung

Das Grundgesetz schützt das Selbstbestimmungsrecht des Menschen. Das umfasst auch seine „Freiheit zur Krankheit“¹. Andererseits bedürfen kranke, behinderte und alte Menschen eines besonderen staatlichen Schutzes. Das umfasst die gute und angemessene gesundheitliche Versorgung.² Der einfachgesetzliche Ausgleich dieser partiell konkurrierenden Interessen des Erwachsenenschutzes³ war bereits in der Vergangenheit Gegenstand von Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht und dem Bundesgerichtshof. Die gerichtlichen Entscheidungen veranlassten den Gesetzgeber zuletzt im Jahre 2017 zur Einfügung des § 1906a BGB, der jetzt Gegenstand der Gesetzesverfassungsbeschwerde ist:

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 Fassung⁴ 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

¹ BVerfG, 2. Kammer des Zweiten Senats, 14. Juli 2015 - 2 BvR 1549/14, 2 BvR 1550/14 – juris Rn. 30.

² Grundlegend Lipp, FamRZ 2013, 913.

³ 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.

⁴ Der Nr. 2 sind 2013 die Worte „zur Abwendung eines drohenden erheblichen gesundheitlichen Schadens“ vorangestellt worden.

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 messen⁵ 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.⁶
- 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 Abs.1 Nr. 1 BGB „notwendiges Korrektiv“.⁷ 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.⁸ 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.⁹
- 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.¹⁰

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

⁵ BGH, Beschluss vom 1. Februar 2006 - XII ZB 236/05 – juris Rn.10 = BGHZ 166, 141.

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

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

⁸ BGH, Beschluss vom 1. Februar 2006 - XII ZB 236/05 – juris Rn.18 = BGHZ 166, 141.

⁹ BGH, Beschluss vom 1. Februar 2006 - XII ZB 236/05 – juris Rn.11 = BGHZ 166, 141.

¹⁰ BGH, Beschluss vom 1. Februar 2006 - XII ZB 236/05 – juris Rn.9 = BGHZ 166, 141 unter Verweis auf BVerfGE 58, 208, 224 ff.

nicht herangezogen werden, dass eine solche Maßnahme als graduell geringerer Eingriff gegenüber einer sonst erforderlichen freiheitsentziehenden Maßnahme angesehen werden könne.¹¹

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, wegen des Eingriffs in die durch Gesetzesvorbehalt gesicherten Grundrechte des Betroffenen sei ein solches weites Begriffsverständnis verfassungsrechtlich nicht hinnehmbar.¹²

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.¹³

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.¹⁴

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

Die Identifizierung 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 BGB¹⁵ in Kraft, die folgenden Wortlaut haben:

¹¹ *BGH*, Beschluss vom 11. Oktober 2000 - XII ZB 69/00 – juris Rn. 3.

¹² *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.

¹³ *BVerfG*, Beschluss vom 23. März 2011 - 2 BvR 882/09 – juris Rn. 72 = *BVerfGE* 128, 282.

¹⁴ *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.

¹⁵ Gesetz zur Regelung der betreuungsrechtlichen Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme vom 18. Februar 2013, *BGBI.* I S. 266.

„(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
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).“¹⁶ 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.¹⁷

d) Vorlagebeschluss des BGH und Konkretisierung der staatlichen Schutzpflicht durch das BVerfG

Im Jahr 2015 legte der Bundesgerichtshof den neugefassten § 1906 BGB dem Bundesverfassungsgericht vor. Er sah es als mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar an, 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 ermöglichte, wenn der Betroffene zivilrechtlich untergebracht ist, nicht jedoch in Fällen, in denen eine freiheitsentziehende Unterbringung ausschied,

¹⁶ BT-Drucks. 17/11513, S. 1 sub B. Lösung.

¹⁷ BT-Drucks. 17/11513, S. 1, 5, 6.

weil der Betroffene sich der Behandlung räumlich nicht entziehen will und/oder aus körperlichen Gründen nicht kann.¹⁸

Das Bundesverfassungsgericht folgte dem Bundesgerichtshof und entschied:

„Es ist mit der aus Artikel 2 Absatz 2 Satz 1 des Grundgesetzes folgenden Schutzpflicht des Staates unvereinbar, dass für Betreute, denen schwerwiegende gesundheitliche Beeinträchtigungen drohen und die die Notwendigkeit der erforderlichen ärztlichen Maßnahme nicht erkennen oder nicht nach dieser Einsicht handeln können, eine ärztliche Behandlung gegen ihren natürlichen Willen unter keinen Umständen möglich ist, sofern sie zwar stationär behandelt werden, aber nicht geschlossen untergebracht werden können, weil sie sich der Behandlung räumlich nicht entziehen wollen oder hierzu körperlich nicht in der Lage sind.“¹⁹

e) Schaffung von § 1906a BGB

Der Gesetzgeber reagierte erneut. Ein knappes Jahr nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts trat § 1906a BGB in Kraft, der seither unverändert bestimmt:

„(1) Widerspricht eine Untersuchung des Gesundheitszustands, eine Heilbehandlung oder ein ärztlicher Eingriff dem natürlichen Willen des Betreuten (ärztliche Zwangsmaßnahme), so kann der Betreuer in die ärztliche Zwangsmaßnahme nur einwilligen, wenn

1. die ärztliche Zwangsmaßnahme zum Wohl des Betreuten notwendig ist, um einen drohenden erheblichen gesundheitlichen Schaden abzuwenden,
2. 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,
3. die ärztliche Zwangsmaßnahme dem nach § 1901a zu beachtenden Willen des Betreuten entspricht,
4. zuvor ernsthaft, mit dem nötigen Zeitaufwand und ohne Ausübung unzulässigen Drucks versucht wurde, den Betreuten von der Notwendigkeit der ärztlichen Maßnahme zu überzeugen,
5. der drohende erhebliche gesundheitliche Schaden durch keine andere den Betreuten weniger belastende Maßnahme abgewendet werden kann,
6. der zu erwartende Nutzen der ärztlichen Zwangsmaßnahme die zu erwartenden Beeinträchtigungen deutlich überwiegt und
7. die ärztliche Zwangsmaßnahme im Rahmen eines stationären Aufenthalts in einem Krankenhaus, in dem die gebotene medizinische Versorgung des Betreuten einschließlich einer erforderlichen Nachbehandlung sichergestellt ist, durchgeführt wird.

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

¹⁸ BGH, (Vorlage-)Beschluss vom 1. Juli 2015 – XII ZB 89/15 – Rn. 5.

¹⁹ BVerfG, Beschluss vom 26. Juli 2016 – 1 BvL 8/15 – Tenor zu 1.

(2) Die Einwilligung in die ärztliche Zwangsmaßnahme bedarf der Genehmigung des Betreuungsgerichts.“

B.

Rechtliche Erörterung

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig und begründet.

I.

Zulässigkeit

Der Beschwerdeführer rügt eine ihn betreffende Verletzung der staatlichen Schutzpflicht, die aus Art. 2 Abs. 1 GG folgt.

Er ist durch die Regelung des § 1906a Abs. 1 Nr. 7 BGB selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen, weil er zwar zu dem von § 1906a Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 6 BGB geschützten Personenkreis gehört, aber gleichwohl die seinem Schutz dienende Medikation nur erhalten kann, wenn er sich einer stationären Krankenhausbehandlung unterzieht, die ihrerseits nach seiner Behandlungsgeschichte mit schwerwiegenden gesundheitlichen Risiken verbunden wäre.

Der Rechtsschutz durch eine Verfassungsbeschwerde ist subsidiär, vgl. § 90 Abs. 2 BVerfGG. Er ist grundsätzlich erst dann gegeben, wenn der Beschwerdeführer den Rechtsweg vor den Fachgerichten erschöpft hat. Die Anrufung der Fachgerichte könnte dem Beschwerdeführer aber keinen Rechtsschutz bieten. Die Fachgerichte sind an § 1906a Abs. 1 BGB gebunden. Die klare Regelung des § 1906a BGB entzieht sich einer erweiternden Auslegung.

„Die verfassungskonforme Auslegung findet ihre Grenzen dort, wo sie zum Wortlaut der Norm und zum klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch treten würde.“²⁰

Würde das Gericht eine verfassungswidrige Regelungslücke erkennen, dann könnte es sie nicht schließen, weil sich aus grundrechtlicher Sicht dafür nicht nur eine Regelungsmöglichkeit böte. In dieser Lage wäre im Ergebnis eines Verfahrens der konkreten Normenkontrolle, in dem das Bundesverfassungsgericht dem vorlegenden Fachgericht folgt und eine verfassungswidrige Regelungslücke feststellt, diese vom Gesetzgeber zu schließen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist es allein Sache des Gesetzgebers, ein Konzept für nicht einsichtsfähige Betreute zu statuieren und umzusetzen, dass diese vor drohenden gesundheitlichen Beschwerden schützt, indem es als letztes Mittel auch Behandlungen gegen ihren Willen vorsieht.²¹ Wenn die Verfassungsbeschwerde Erfolg haben sollte, kann also nicht sicher gesagt werden, ob der Bundesgesetzgeber bei der Neugestaltung des einfachen Rechts die Möglichkeit der ärztlichen Zwangsbehandlung so ausdehnt, dass Personen bei Vorliegen der therapiebezogenen medizinischen Voraussetzungen diese auch in dem Heim erhalten können, in dem sie leben. Das Rechtsschutzinteresse des Beschwerdeführers ist aber schon dann zu bejahen, wenn

²⁰ BVerfG, Beschluss vom 11. Juli 2013 - 2 BvR 2302/11, 2 BvR 1279/12 – juris Rn. 77 = BVerfGE 134, 33, 63.

²¹ BVerfG, Beschluss vom 26. Juli 2016 – 1 BvL 8/15 – juris Rn. 70.

ein Erfolg der Beschwerde ihm die Chance offenhielte, dass der Gesetzgeber daraufhin eine ihm günstige Regelung trifft.²²

Der Beschwerdeführer hat die Verfassungsbeschwerde innerhalb der für die Gesetzesverfassungsbeschwerde gem. § 93 Abs. 3 BVerfGG geltenden Jahresfrist erhoben.

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig.

II.

Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

Das Bundesverfassungsgericht hat den grundrechtlichen Prüfungsmaßstab für einfachgesetzliche Regelungen, welche die medizinische Zwangsbehandlung regeln, wie folgt konkretisiert:

„Die aus den Grundrechten folgenden subjektiven Abwehrrechte gegen staatliche Eingriffe einerseits und die sich aus der objektiven Bedeutung der Grundrechte ergebenden Schutzpflichten andererseits unterscheiden sich insofern grundlegend voneinander, als das Abwehrrecht in Zielsetzung und Inhalt ein bestimmtes staatliches Verhalten verbietet, während die Schutzpflicht grundsätzlich unbestimmt ist. Die Aufstellung und normative Umsetzung eines Schutzkonzepts ist Sache des Gesetzgebers, dem grundsätzlich auch dann ein Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zukommt, wenn er dem Grunde nach verpflichtet ist, Maßnahmen zum Schutz eines Rechtsguts zu ergreifen (...). Das Bundesverfassungsgericht kann die Verletzung einer solchen Schutzpflicht nur feststellen, wenn Schutzvorkehrungen entweder überhaupt nicht getroffen sind, wenn die getroffenen Regelungen und Maßnahmen offensichtlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen, oder wenn sie erheblich hinter dem Schutzziel zurückbleiben (...).“²³

Der Gesetzgeber hat durch die Regelungen des § 1906a Abs. 1 Nr. 1 bis 6 BGB sein Schutzkonzept umgesetzt und den Kreis der Personen bestimmt, die zur Abwehr eines ihnen drohenden erheblichen gesundheitlichen Schadens eine Behandlung gegen ihren Willen erfahren sollen. Diese konkretisierenden Regelungen halten sich im Rahmen des Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum, der dem Gesetzgeber zukommt.

Im konkreten Fall ist aber zu prüfen, ob die Regelung im Hinblick auf die Vorgabe des § 1906a Abs. 1 Nr. 7 BGB mit dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit vereinbar ist.

1. Erforderlichkeit des ärztlichen Vier-Augen-Prinzips zweifelhaft

Medizinische Zwangsbehandlungen setzen gem. § 1906a BGB ein einvernehmliches Handeln des Arztes, des Betreuers und des Gerichts voraus. Im Interesse des Betreuten wird aufgrund der unterschiedlichen Verantwortungsbereiche dieser Akteure sichergestellt, dass alle potentiell konfligierenden Interessen erkannt und abgewogen werden. Der Gesetzgeber hat so gewährleistet, dass nur die Personen gegen ihren Willen behandelt werden, die nach dem Schutzkonzept behandelt werden sollen.

²² S. dazu *BVerfG*, Beschluss vom 24. Januar 2012 - 1 BvL 21/11 – juris Rn. 36 = BVerfGE 130, 131, 140; *Lenz/Hansel*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 80 Rn. 82.

²³ *BVerfG*, Beschluss vom 26. Juli 2016 – 1 BvL 8/15 – juris Rn. 70.

Die Regelung in § 1906a Abs. 1 Nr. 7 BGB kann allerdings bewirken, dass die vorgeschriebene Modalität dieser Behandlung (stationärer Krankenhausaufenthalt) Patienten faktisch von der Behandlung ausschließt, die nach den gesetzlichen Kriterien zu dem zu schützenden Personenkreis gehören. Der Fall des Verfassungsbeschwerdeführers veranschaulicht das: Obwohl der Beschwerdeführer nach Einschätzung der behandelnden Ärzte und seiner Betreuerin in den Kreis der zu schützenden, d. h. der zu behandelnden Personen gehört, verzichtet die Betreuerin auf einen Antrag beim Gericht gem. § 1906a Abs. 2 BGB, weil nach ihrer empirisch begründeten Einschätzung als Betreuerin, die mit einem Krankenhausaufenthalt verbundenen Beeinträchtigungen und Risiken die gesundheitlichen Vorteile der gebotenen Behandlung überwiegen. Diese Einschätzung basiert nicht auf den mit der Behandlung selbst verbundenen Risiken, sondern ausschließlich auf dem Umstand, dass diese aufgrund der gesetzlichen Regelung stationär in einem Krankenhaus erfolgen muss.

Das führt zu der Frage, aus welchem Grund der Gesetzgeber die Regelung in § 1906a Abs. 1 Nr. 7 BGB getroffen hat. Die Begründung des Gesetzesentwurfs beantwortet diese Frage:

„Mit diesen Voraussetzungen soll erreicht werden, dass ärztliche Zwangsmaßnahmen entsprechend dem Ultima-Ratio-Gedanken auf das unvermeidbare Mindestmaß reduziert werden. ... Vielmehr ist der stationäre Aufenthalt insbesondere zeitlich so auszugestalten, dass die gebotene sorgfältige Prüfung der Zulässigkeitsvoraussetzungen für die beabsichtigte ärztliche Zwangsmaßnahme durch den verantwortlichen Arzt und den Betreuer im Rahmen dieses Aufenthalts möglich ist.“²⁴

Diese Begründung findet im Wortlaut der Regelung keinen Anknüpfungspunkt. Diese kann nur so verstanden werden, dass § 1906a Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 6 BGB abschließende das „Ob“ der Zwangsbehandlung und § 1906a Abs. 1 Nr. 7 BGB (ausschließlich) das „Wie“ dieser Behandlung regelt. Nur dieses Verständnis reflektiert auch die Versorgungspraxis: Der Krankenhausaufnahme eines Patienten, der zu der Personengruppe gehört, die von § 1906a Abs.1 Nr. 1 bis Nr. 6 BGB erfasst wird, geht selbstverständlich die Entscheidung des diesen Patienten regelmäßig behandelnden Arztes voraus, dass nach Maßgabe der Kriterien des einfachgesetzlichen Schutzkonzepts eine Zwangsbehandlung geboten ist. Der Gesetzgeber begegnet dieser ärztlichen Entscheidung mit Vorsicht und setzt auf den Krankenhausarzt, der seinerseits die medizinischen Voraussetzungen der Zwangsbehandlung prüfen soll:

„Aufgrund des Ultima-Ratio-Gebots sollen die Hürden für ärztliche Zwangsmaßnahmen nicht gesenkt werden. Bei einer Ausweitung von ärztlichen Zwangsmaßnahmen auf Heime bzw. sonstigen Einrichtungen, wie etwa spezialisierte ambulante Zentren, besteht die Gefahr, dass es zu einer deutlichen Zunahme von Zwangsbehandlungen käme und die Alternativen nicht immer sorgfältig geprüft würden.“²⁵

Mit anderen Worten, durch die verpflichtend stationäre Krankenhausbehandlung soll die Behandlung von einer ärztlichen Entscheidung abhängig gemacht werden, die nach dem Vier-Augen-Prinzip getroffen wird. Abgesehen davon, dass die gesetzliche Regelung von einem irritierenden allgemeinen Misstrauen gegen die behandelnden Ärzte getragen wird, bestehen erhebliche Zweifel, ob es erforderlich ist, die Entscheidung über die Zwangsbehandlung von der Entscheidung eines zweiten Arztes abhängig zu machen, der denselben Bindungen unterliegt, wie der erstbehandelnde Arzt.

²⁴ BT-Ds. 18/11240, S. 20.

²⁵ BT-Ds. 18/11617, S. 5.

2. Ungeeignetheit des Schutzkonzepts aufgrund verpflichtender stationärer Krankenhausbehandlung

a) Ärztliches Vier-Augen-Prinzips

Die gesetzlich vorgeschriebene stationäre Krankenhausbehandlung, die das Vier-Augen-Prinzip sichern soll, führt letztlich dazu, dass Patienten aus der zu schützenden Gruppe die gebotene Behandlung faktisch vorenthalten wird, wie dies der Fall des Beschwerdeführers zeigt.

Die in § 1906a Abs. 1 Nr. 7 BGB getroffene Regelung erweist sich damit als offensichtlich ungeeignet, weil sie Patienten aus dem Kreis der gem. § 1906a Nr. 1 bis Nr. 6 BGB zu schützenden Personen ausschließt, für die eine Behandlung geboten ist, die aus medizinischer Sicht außerhalb eines Krankenhauses erfolgen kann und für die aus gewichtigen nachvollziehbaren Gründen eine stationäre Krankenhausbehandlung nicht in Frage kommt.

b) Kostenrisiko für Patienten

Ein relevanter Aspekt ist im Gesetzgebungsverfahren zudem offensichtlich nicht bedacht worden:

Die Norm, die Gegenstand der verfassungsrechtlichen Prüfung ist, bestimmt, dass die ärztliche Zwangsmaßnahme „im Rahmen eines stationären Aufenthalts in einem Krankenhaus“ zu erfolgen hat. In der Begründung des Regierungsentwurfs heißt es, diese Regelung folge aus dem „Ultima-Ratio-Gedanken“, nach dem ärztliche Zwangsmaßnahmen auf das unvermeidbare Mindestmaß zu reduzieren sind. Aus der weiteren Begründung ergibt sich dann, dass es sich bei § 1906a Abs. 1 Nr. 7 BGB nicht um eine weitere inhaltliche Voraussetzung der Zwangsbehandlung handelt, sondern eine *Modalität* dieser Behandlung die in besonderer Weise gewährleisten soll, dass die Voraussetzungen der Behandlung *in praxi* beachtet werden, die sich allein aus § 1906a Abs. 1 Nr. 1 bis 6 BGB ergeben.

Der Fall des Beschwerdeführers zeigt, dass durch diese Regelung eine die inhaltlichen Voraussetzungen gem. § 1906a Abs. 1 Nr. 1 bis 6 BGB erfüllende Zwangsbehandlung davon abhängig gemacht wird, dass sie während eines stationären Krankenhausaufenthalts erfolgt, obwohl eine stationäre Versorgung *aus medizinischer Sicht* nicht notwendig ist. Das hat Konsequenzen für die Vergütung dieser Leistungen. Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts hat die gesetzliche Krankenkasse die Kosten eines Krankenhausaufenthalts nach dem SGB V dann nicht zu tragen, wenn die stationäre Versorgung des Versicherten keine medizinischen Gründe hat:

„Ob einem Versicherten vollstationäre Krankenhausbehandlung zu gewähren ist, richtet sich nach medizinischen Erfordernissen. Reicht nach den Krankheitsbefunden eine ambulante Therapie aus, so hat die Krankenkasse die Kosten eines Krankenhausaufenthalts auch dann nicht zu tragen, wenn der Versicherte aus anderen, nicht mit der Behandlung zusammenhängenden Gründen eine spezielle Unterbringung oder Betreuung benötigt...“²⁶

§ 1906a Abs. 1 BGB konkretisiert die verfassungsrechtliche Schutzpflicht des Staates für die Fälle, in denen die Voraussetzungen gem. § 1906a Abs. 1 Nr. 1 bis 6 BGB erfüllt sind. Diese Voraussetzungen sind Ausdruck der vom Gesetzgeber vorgegeben Abwägung zwischen den durch die Zwangsbehandlung begründeten Belastungen und der Wohltat, welche der Patient durch die Behandlung erfährt. In den Fällen, in denen diese Behandlung allerdings auch ambulant durchgeführt werden kann, trägt der Patient das Risiko, dass er sich die Gewährung dieser verfassungsrechtlich gebotenen Leistung durch eine Vergütung der Leistungen des Krankenhauses erkaufen muss, weil

²⁶ BSG, *Großer Senat*, Beschluss vom 25. September 2007 – GS 1/06 – juris = BSGE 99, 111.

sein Sachleistungsanspruch gegen die Krankenkasse diese Leistungen nicht erfasst. Das Schutzkonzept erweist sich auch unter diesem Aspekt als offensichtlich ungeeignet und verletzt daher die Grundrechte des Beschwerdeführers.
