

Nr. 8/2026

März 2026

Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zum Referentenentwurf des BMJV betreffend den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Regelung über ärztliche Zwangsmaßnahmen im Betreuungsrecht und zur Stärkung des ultima-ratio-Gebots sowie der Selbstbestimmung der Betroffenen

A. Tenor der Stellungnahme

Der Gesetzesentwurf erfüllt den durch das Bundesverfassungsgericht erteilten Auftrag und hält sich bei den materiell-rechtlichen Vorgaben eng an die Aussagen der Entscheidung vom 26.11.2024. Hierdurch werden in den tatsächlichen Auswirkungen bundesweit nur sehr wenige Fälle erfasst werden, was dem Gesetzgeber auch bewusst ist. Insofern erscheint es hinnehmbar, dass das Verfahren durch zusätzliche schriftliche Stellungnahmen des Betreuers und Verfahrenspflegers sowie ggf. einer Vertrauensperson, die Erstellung einer Bescheinigung der Einrichtung/„Stelle“ sowie die Berücksichtigung der Punkte im Gutachten ganz erheblich ausgeweitet wird. Weitaus größere Auswirkungen werden durch die begleitenden Änderungen der Regelungen zur „allgemeinen“ Zwangsbehandlung sowie des Unterbringungsverfahrensrechtes zu verzeichnen sein. Sie leiden teilweise unter gesetzgeberisch-formalen Mängeln und führen entgegen der Annahme der Entwurfsbegründung partiell und dadurch auch in der Summe zu einem erheblichen organisatorischen Mehraufwand, der die Verfahren zeitlich streckt. Das seit langem nicht geänderte Zeitpensum nach PEBBSY dürfte für die richterliche Tätigkeit kaum mehr ausreichend sein. Auch dürfte der zeitliche Mehraufwand vielfach gerade nicht im Sinne der Betroffenen sein, insbesondere in Ansehung der bei der ärztlichen Zwangsmaßnahme ohnehin sehr rigiden Fristen und oftmals schon jetzt kaum einzuhaltenden Regelungen der §§ 329 Abs. 1 Satz 2 und 331 Abs. 2 FamFG.

Deutscher Richterbund
Haus des Rechts
Kronenstraße 73
10117 Berlin

T +49 30 206 125-0
F +49 30 206 125-25

info@drb.de
www.drb.de

Verfasser der Stellungnahme:
Dr. Jörg Grötkopp
Direktor des Amtsgerichts

B. Bewertung im Einzelnen

Der Gesetzesentwurf beruht maßgeblich auf dem Gesetzgebungsauftrag, den das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 26.11.2024 (1 BvL 1/24) unter Fristsetzung bis zum 31.12.2026 im Hinblick auf die Möglichkeit, eine ärztliche Zwangsmaßnahme auch außerhalb eines stationären Krankenhausaufenthaltes durchzuführen, erteilt hat. Allerdings belässt der Referentenentwurf es nicht dabei. Denn er nimmt einerseits Änderungen im BGB vor, die alle ärztlichen Zwangsmaßnahmen betreffen. Vor allem aber erfolgen im Verfahrensrecht Neuerungen, die alle Unterbringungssachen im Sinne des § 312 FamFG umfassen. Dieser inhaltlichen Aufteilung entsprechend soll auch die folgende Stellungnahme aufgebaut sein.

I. Ärztliche Zwangsmaßnahmen außerhalb eines stationären Krankenhausaufenthaltes

Die wesentliche Änderung im materiellen Recht soll durch die Schaffung eines umfangreichen zusätzlichen Absatzes in § 1832 BGB erfolgen. Er wird an die zweite Stelle gesetzt, die bisherigen Abs. 2-5 werden zu Abs. 3-6, wobei der bisherige Abs. 2 (nun Abs. 3) ebenfalls deutlich erweitert wird. Insgesamt würde durch die Reform eine Norm entstehen, die im materiellen Betreuungsrecht in Bezug auf den Umfang einen Spitzenrang einnimmt. Diese Feststellung ist deswegen erwähnenswert, weil die sogenannte Zwangsbehandlung oder nachfolgend durchgängig "ärztliche Zwangsmaßnahme" bis zum Jahr 2013 ohne gesetzliche Regelung geblieben ist und allein auf der Basis einer durch den entsprechenden Aufgabenkreis legitimierten Betreuerentscheidung im Rahmen der Unterbringung nach § 1906 Abs. 1 Ziffer 2 BGB a.F. veranlasst werden konnte. Die nachfolgende Geschichte der Normierung der Zwangsbehandlung ist ebenfalls in ihrer mehrfachen Fortschreibung bemerkenswert. Ausgehend von zwei Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes zum Maßregelvollzug (v. 3.3.2011 -2 BvR 882/09; sowie v. 12.10.2011 -2 BvR 633/11) wurde zunächst mit dem Gesetz zur Regelung der betreuungsrechtlichen Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme vom 18.2.2013 (BGBl. I 2013, S. 266f.) unmittelbar in der die Unterbringung regelnden Norm des § 1906 BGB ein neuer Abs. 3a geschaffen. Dies war konsequent, da die nun eigenständige Regelung nachgerade aus der zuvor in § 1906 Abs. 1 Ziff. 2

BGB a.F. inkludierten Befugnis erwuchs. Mit dem Gesetz vom 17.7.2017 (BGBl. I 2017, S. 2426ff.) wurde als Folge der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes vom 26.7.2016 (-2BvL 8/15, wonach eine Zwangsbehandlung bei fehlender Fortbewegungsmöglichkeit auch ohne Unterbringungsbeschluss in einem Krankenhaus durchführbar sein sollte) die Abkoppelung vom Unterbringungstatbestand durch die Neuschaffung eines § 1906a BGB vorgenommen. Dies wurde durch die große Reform des Betreuungsrechtes (Gesetz v. 4.5.2021, BGBl 2021 I 882) im Wege der Schaffung einer auch in der Ziffer gänzlich eigenständigen Norm des § 1832 BGB übernommen. Der über die Gesamtzeit betrachtet etwas verschlungene Weg wird nun, leicht versteckt, sogar auf doppelte Weise fortgesetzt, nämlich einerseits durch die Streichung der Voraussetzung des stationären Aufenthaltes in § 1832 Abs. 1 Ziff. 7 BGB-RefE, andererseits durch die Ermöglichung der Behandlung vollständig ohne Krankenhausberührung in § 1832 Abs. 2 BGB-RefE. Der seit Jahren von einigen geforderten ambulanten Zwangsbehandlung wird allerdings weiter eine Absage erteilt.

§ 1832 Abs. 1 Ziff. 7 BGB-RefE

Während es bislang notwendig war, dass die ärztliche Zwangsmaßnahme im Rahmen eines stationären Krankenhausaufenthaltes erfolgte, soll der Begriff „stationär“ nun entfallen. Die eingetretene Differenzierung erschließt sich auf den ersten Blick nicht, weil ja ein Aufenthalt im Krankenhaus weiter erforderlich bleibt. Gemeint ist, dass ein sog. teilstationärer Aufenthalt ausreicht, bei dem z.B. die erforderliche Nachsorge „nicht zwingend mit einer Übermachtung in der Klinik einhergehen muss“, wobei die Begründung zugleich Beispiele mit dem Bemerken anführt, dass es sich um „seltene Fälle“ handeln dürfte (S. 25). Sodann wird gefordert, dass „es in diesen Fällen allerdings einer gesonderten Prüfung und Begründung [bedürfe], warum im konkreten Behandlungsfall vom Regelfall der vollstationären Aufnahme abgewichen“ wird. Mithin soll es sich hier um eine begründungspflichtige Ausnahme zur Regel des stationären Aufenthaltes handeln, so dass eine Parallele zur Ausnahme des neuen Abs. 2 gegeben wäre. Dann aber hätte es doch nahe gelegen, dies auch im Gesetz zu verankern. Im vorliegenden Entwurf will der Gesetzgeber hingegen durch die Streichung des Wortes „stationär“ die Möglichkeit der „teilstationären“ Behandlung als begründungspflichtige Ausnahme ermöglichen, ohne dass dies in den neuen Regelungen verdeutlicht wird. Eine klarere Formulierung wäre hier wünschenswert.

§ 1832 Abs. 2 BGB-RefE

Der höchstrichterliche Auftrag an den Gesetzgeber bestand darin, ärztliche Zwangsmaßnahmen außerhalb eines Krankenhauses zuzulassen. Er folgt aus dem in der Entwurfsbegründung (S. 1) zitierten Leitsatz 5 der o.g. Entscheidung. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil allerdings durchgängig gesetzgeberische Spielräume und deren Grenzen aufgezeigt. Der Entwurf nimmt dies so auf, dass die Erweiterung auf genau beschriebene Ausnahmefälle beschränkt wird. Ob dies so sein muss, mag dahingestellt bleiben. Unter der gewählten Prämisse wird die grundsätzliche Zielsetzung den Entwurf im systematischen Aufbau ebenso wie in den aufgestellten Voraussetzungen klar erfüllt.

Die neue Variante der Krankenhausbedingungen entsprechenden Zwangsmaßnahme soll mit der neuen Regelung die weitaus meisten Tatbestandsmerkmale aller im materiellen Betreuungs- wie Unterbringungsrecht kodifizierten Einzelmaßnahmen aufweisen. Denn es ist zunächst erforderlich, dass die lange Liste der allgemeinen Voraussetzungen des § 1832 Abs. 1 BGB gegeben sein muss. Der geplante Abs. 2 stellt dann eine zusätzliche, aus fünf weiteren Merkmalen bestehende Agenda auf, deren Vorliegen das Gericht im Einzelfall „nach sorgfältiger Prüfung“ (Begr. S. 16) bejahen muss. Sie folgen in den Ziff. 1 - 4 im Wesentlichen den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichtes. So tragen sie dem staatlichen Schutzauftrag durch Ermöglichung einer Zwangsbehandlung außerhalb des Krankenhauses zur Vermeidung der ansonsten eintretenden Rechtsgutsbeeinträchtigung einerseits, der Sicherstellung der gebotenen medizinischen Standards einer Krankenhausbehandlung sowie der strikten Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und der Wahrung der Rechte des Betroffenen bei dieser Behandlungsvariante (insbesondere im Hinblick auf seinen Wohnort, auch als „safe space“ bezeichnet, s. S. 28 der Begründung) andererseits Rechnung. Die einzelnen Merkmale sind daher schlüssig aus der höchstrichterlichen Vorgabe ableitbar und nicht zu kritisieren. Sie müssen daher im Einzelnen nicht dargelegt werden. Allerdings wird die aus der Vielzahl von Kriterien resultierende Einengung der tatbestandlichen Bedingungen dazu führen, dass - wie auch die Entwurfsbegründung an mehreren Stellen (insbesondere auf S. 26) ausführt - die Zahl der tatsächlichen Anwendungsfälle sehr gering sein wird.

In § 1832 Abs. 2 Ziff. 5 BGB-RefE soll als ausdrückliche Voraussetzung aufgenommen werden, dass die konkrete Durchführung eben dieser „Ausnahmebehandlung“ dem nach § 1827 zu beachtenden und nach § 1828 festgestellten Willen des Betreuten entspricht. Dies ist inhaltlich zweifelsfrei richtig, aber bereits gem. § 1832 Abs. 1 Ziff. 3 BGB-RefE - der ja auch § 1832 Abs. 2 BGB-RefE gilt- für jede ärztliche Zwangsmaßnahme ausdrücklich als Voraussetzung normiert. Einer Doppelung bedarf es mithin nicht einmal aus deklaratorischen Gründen.

§ 1832 Abs. 3 Satz 2 BGB-RefE

Flankierend zu den materiellen Voraussetzungen sollen durch die Neuregelungen in § 1828 Abs. 3 Satz 2 BGB-RefE formelle Pflichten errichtet werden. Der Betreuer soll dem Gericht nicht nur die in § 1828 Absatz 3 BGB-Ref-E neu konzipierte Dokumentation zur Feststellung des Betroffenenwillens übermitteln, sondern auch darlegen, wie und von wem der Überzeugungsversuch i.S.d § 1832 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BGB durchgeführt wurde. Daneben ist zu erläutern, welche anderen den Betreuten weniger belastenden Maßnahmen nach § 1832 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 BGB geprüft wurden. Diese geballte, in einer schriftlichen Niederlegung bestehende Darlegungslast wird das Verfahren erheblich belasten. In einer Vielzahl von Fällen sind bisher die entsprechenden Darlegungen im ärztlichen Gutachten erfolgt, obwohl sie von der grundsätzlichen Aufgabe eines ärztlichen Sachverständigen nicht umfasst sind. Der Betreuer soll nun deutlich stärker in die Pflicht genommen werden, vor allem, was die Dokumentation anbelangt. Der hier wie auch beim Verfahrenspfleger auftretende Aufwand dürfte mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu einer Verfahrensverlängerung führen, die oftmals den gesundheitlichen Interessen des Betroffenen nicht entspricht. Insofern wäre zu überlegen, ob die nun beabsichtigten Darlegungspflichten statt obligatorisch statuiert, fakultativ in das Ermessen des Gerichtes gelegt werden sollten. Denn dieses kann so von Fall zu Fall entscheiden, welche Verfahrensgestaltung erforderlich und den berechtigten Schutz- wie Abwehrinteressen des Betroffenen im konkreten Fall am besten dienlich ist.

Die Festschreibung der Pflicht eines Beteiligten, dem Gericht etwas vorzulegen, hat im Verfahrensrecht zu erfolgen, nicht in den materiellen Bestimmungen. So ist es i.Ü. auch in § 321 Abs. 3 FamFG-RefE für die Angaben des Leiters der Einrichtung/“die Stelle“ geschehen.

II. (Neu-)Regelung von Vorschriften, die alle ärztlichen Zwangsmaßnahmen betreffen

§ 1827 Abs. 4 Sätze 2, 3 BGB-RefE

Die Patientenverfügung stellt in der für einen Arzt, den Betreuer und den Vorsorgevollmachtnehmer schwierigen Situation, gravierende medizinische Eingriffe bei einem nicht aus eigener Kraft einwilligungsfähigen Betroffenen vornehmen zu müssen, ein ebenso geeignetes wie bewährtes Mittel dar, seinem Willen, Wünschen und Vorstellungen Geltung zu verschaffen. Deswegen sieht das Gesetz seit dem Jahr 2017 in § 1827 Abs. 4 BGB (damals noch: § 1901a BGB; die Begründung gibt hier auf S. 21 unzutreffend als Norm § 1827 BGB an) eine entsprechende Hinweispflicht des Betreuers zur Erstellung in "geeigneten Fällen" vor. Als solche Konstellation soll gemäß dem neu hinzuzufügenden § 1827 Abs. 4 Satz 2 BGB die Konstellation einer durchgeführten Zwangsbehandlung bei Wiederholungswahrscheinlichkeit gelten, wobei nach Satz 3 der behandelnde Arzt möglichst in die Erstellung der Patientenverfügung einzubinden ist. Die Regelung hat mithin in beiden Sätzen keinen verbindlichen Charakter, sondern lediglich eine Hinweis- und Appellfunktion. Es steht zu befürchten, dass Betreuer und Ärzte, die trotz der offensichtlichen Sinnhaftigkeit der Erstellung einer Patientenverfügung in der Vergangenheit hiervon abgesehen haben, dies lediglich aufgrund der beabsichtigten Normen auch in Zukunft kaum tun werden.

§ 1828 Abs. 3 BGB-RefE

Nach langen Diskussionsprozessen zur Frage der Genehmigungspflichtigkeit von Betreuerentscheidungen am Lebensende von Betroffenen wurde seit 2009 (damals noch § 1904 BGB) in § 1829 Abs. 4 BGB der grundlegende Gedanke fixiert, dass ein betreuungsgerichtliches Genehmigungsbedürfnis bei schwerwiegenden und folgenreichen medizinischen Entscheidungen nicht besteht, wenn sich der behandelnde Arzt und der Betreuer bzw. Vorsorgevollmachtnehmer nach Feststellung des entsprechenden Betroffenenwillens in der konkret geplanten Vorgehensweise einig sind. Wegen der besonderen Bedeutung dieses Konsenses wurde daher in § 1828

BGB der Prozess genauer geregelt. Völlig zutreffend weist die Entwurfsbegründung (S. 22) darauf hin, dass das vom Gesetzgeber erwünschte Gesprächsniveau, das idealerweise einen Konsilcharakter hat, bis heute - dies kann aus der Praxis nur bestätigt werden - ganz überwiegend nicht erreicht wird. Dies liegt an mehreren Gründen, oftmals aber weniger an den Bemühungen der Vertretungsberechtigten als an tatsächlichen Verhältnissen in den Krankenhäusern. Dabei wird insbesondere die in § 1828 Abs. 2 BGB geregelte Sollvorgabe, nahen Angehörigen und sonstigen Vertrauenspersonen Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, so gut wie nie gelebt. Um den Druck zu erhöhen, sieht der neu zu schaffende Abs. 3 nun für die Fälle der ärztlichen Zwangsmaßnahme eine Dokumentationspflicht bezüglich der entsprechenden Gespräche und ein Begründungserfordernis für das Unterbleiben des Austausches mit nahen Angehörigen und sonstigen Vertrauenspersonen vor. Darüber hinaus hat der zivilrechtlich Vertretungsberechtigte die entsprechende schriftliche Dokumentation gem. § 1832 Abs. 3 BGB-RefE dem Gericht vorzulegen. Dies erhöht den Aufwand für den Vertretungsberechtigten sehr, was gerade ehrenamtliche Betreuer abschrecken könnte. Überdies wird das gerichtliche Verfahren verzögert. Gleichwohl sichert die Neuregelung im Sinne der gesetzgeberischen Intention die seit langem gesetzlich fixierte Achtung des Betroffenenwillens.

§ 1832 Abs. 1 Ziff. 3 BGB-RefE

Bei der ärztlichen Zwangsmaßnahme geht es um eine Untersuchung des Gesundheitszustandes, eine Heilbehandlung oder einen ärztlichen Eingriff, mithin eine Angelegenheit im Aufgabenbereich der Gesundheitspflege. Eine Vertreterentscheidung ist, wenn der Betroffene noch mit freiem Willen handeln kann, unzulässig. Mithin haben Betreuer und Vorsorgevollmachtnehmer in den hier relevanten Konstellationen den Betroffenenwillen nach Maßgabe des § 1827 BGB zu erforschen. Dies ist seit 2017 durch die ausdrückliche Erwähnung dieser Norm (damals § 1901a BGB) in Ziff. 3 geltendes Recht. Dabei war schon zu diesem Zeitpunkt klar, dass der Feststellungsprozess nach Maßgabe der Vorgaben des § 1828 BGB (damals § 1901b BGB) zu erfolgen hat, wenngleich diese Vorschrift nicht erwähnt wurde. Nunmehr soll an dieser Stelle § 1828 BGB aufgenommen werden. Da dies inhaltlich schon immer so war, hat die Änderung entweder rein deklaratorischen Charakter oder möchte die in Abs. 3 Satz 2 neu konzipierte Dokumentationspflicht als materielle Zulässigkeitsvoraussetzung

installieren. Beides ist denklogisch möglich, wird in der Begründung (S. 28) aber leider nicht weiter ausgeführt.

III. (Neu-)Regelung des Verfahrensrechtes

§ 312 Ziff. 3 FamFG-RefE

Ärztliche Zwangsmaßnahmen sollen auch weiterhin als Unterbringungssachen im Sinne des § 312 FamFG definiert werden. Dies ist eine Folge des Eingangs dargestellten Erwachens der eigenständig geregelten Zwangsbehandlung aus der zuvor inkludierten Befugnis aus § 1906 Abs. 1 Ziff. 2 BGB a.F. Trotz dieser in gewisser Weise logischen inhaltlich-formalen Verknüpfung war sie begrifflich schon immer schwierig zu verstehen. Abwegig wurde sie allerdings mit der Abkoppelung von der Unterbringung der Jahre 2016/2017 (s.o.) und ist inzwischen gänzlich verfehlt. Denn wenn eine Zwangsbehandlung auch außerhalb eines Krankenhauses möglich sein wird, so ist die Verbindung zur freiheitsentziehenden Unterbringung ebenso wie zum Aufenthalt im Krankenhaus vollständig aufgehoben. Die Regelungen zur ärztlichen Zwangsmaßnahme wären mithin systematisch deutlich besser hinter § 298 FamFG angesiedelt. Denn war schon bislang sprachlich keinem Betreuer oder Betroffenen zu vermitteln, warum die zwangsweise Behandlung als Unterbringung definiert wird, so wird dies jetzt gänzlich unmöglich.

§ 315 FamFG-RefE

Der Entwurf möchte für die Zwangsbehandlung außerhalb des Krankenhauses eine nur für diese Konstellation geltende Mussbeteiligung schaffen. In das Verfahren obligatorisch einbezogen werden sollen der Leiter der Einrichtung, in der die ärztliche Zwangsmaßnahme durchgeführt werden soll, oder aber, wenn es sich nicht um eine „Einrichtung“ handelt, die „Stelle“, welche für die Durchführung verantwortlich ist. In der Begründung (S. 30) wird dazu ausgeführt, es könne „andernfalls [...] passieren, „dass eine Einrichtung entgegen des eigenen Dafürhaltens verpflichtet wird, eine ärztliche Zwangsmaßnahme durchzuführen, auch wenn die strukturellen Gegebenheiten in der Einrichtung eine derartige Maßnahme nicht erlauben.“ Die Vorschrift erscheint missglückt. Natürlich mag der "Leiter der Einrichtung" zu allem Möglichen angehört

werden und seine Ansichten einbringen. Bereits das dürfte dazu führen, dass die Maßnahme dort nicht durchgeführt wird. Allerdings werden „Leiter“ und „Stelle“ in § 321 Abs. 3 FamFG-RefE (der Vorschrift, die sich originär mit der Erstattung des Gutachtens in Unterbringungssachen befasst) in Bezug auf die Geeignetheit des „Durchführungsortes“ ausdrücklich zur Erstellung einer entsprechenden „Bescheinigung“ gegenüber dem Gericht verpflichtet. Das dürfte zur Einbeziehung genügen. Insbesondere ist nicht ersichtlich, warum als notwendige Folge der Beteiligung „Leiter“ und „Stelle“ das ärztliche Gutachten ebenso wie den Bericht des Verfahrenspflegers erhalten. Das Recht des Betroffenen auf informationelle Selbstbestimmung dürfte hier entgegenstehen. Letztlich wäre der Weg über die Ermöglichung einer sog. Kann-Beteiligung die zutreffendere und den Gegebenheiten des Einzelfalles deutlich besser Rechnung tragende Lösung.

Im Übrigen erscheint die Verwendung des Begriffes „Stelle“ im Rahmen dieser Norm unglücklich. Damit soll eine sonstige, nicht näher umschriebene Örtlichkeit beschrieben werden, der kein „Einrichtungscharakter“ zukommt. Was das sein kann, erläutert die Begründung nicht. Die „Stelle“ war zwar schon immer in § 315 Abs. 2 FamFG ebenso vorhanden wie an anderen Orten des Gesetzes. Eine Konformität mit § 8 FamFG allerdings besteht nicht. Hier wäre im Sinne der systematischen Klarheit die Verwendung eines anderen Begriffes sinnvoller gewesen, zumal die Gesetzesbegründung auch keinerlei Aufklärung schafft, insbesondere durch die mehrfache Betonung des „Krankenhausstandards“ nicht begründet, wo außerhalb einer „Einrichtung“ i.S.d. Gesetzes eine Behandlung durchgeführt werden kann.

§§ 317 – 318 FamFG-RefE

Den zweitgrößten Raum der Reform nimmt die Änderung der Vorschriften zum Verfahrenspfleger bei Unterbringungssachen ein. Es findet sich eine starke Annäherung an das Institut des Verfahrensbeistandes, was sich auf den ersten Blick bereits im Normenumfang (drei statt bisher einer Vorschrift) zeigt. Insgesamt sind verschiedene Aspekte betroffen.

1. Obligatorische Bestellung des Verfahrenspflegers, § 317 Abs. 1 Satz 1 FamFG-RefE

In § 317 Abs. 1 FamFG-RefE ist vorgesehen, dass die Verfahrenspflegerbestellung nicht nur in den Fällen der Genehmigung oder Anordnung einer Zwangsmaßnahme (wie bisher), sondern in allen Fällen des

§ 312 FamFG obligatorisch ist. Dabei weist die Gesetzesbegründung (S. 30) zutreffend darauf hin, dass in den Unterbringungssachen i.e.S. (also § 312 Ziff. 1., Ziff. 4 1. Alt. FamFG) aufgrund der Vorgaben der höchstrichterlichen Rechtsprechung (grundlegend BGH v. 2.3.2011 -XII ZB 346/10, FamRZ 2011, S. 805 ff. [S. 806]) bereits in der Vergangenheit ganz überwiegend durchgängig ein Verfahrenspfleger bestellt worden ist. Insofern vollzieht der Entwurf die richterrechtlich ausgebildeten und praktizierten Vorgaben nach. Gänzlich anders aber sieht es bei den sog. unterbringungsähnlichen Maßnahmen des § 1831 Abs. 4 BGB aus. Der Entwurf (S. 30) will diese „wegen der erheblichen Grundrechtsintensivität“ nicht anders bewertet wissen, als die klassische Freiheitsentziehung i.S.d. Art 2 Abs. 2, 104 GG. Dies ist sicherlich dann zu bejahen, wenn es um Fixierungen erheblichen Ausmaßes geht, wie eine solche an 5 oder gar 7 Punkten. Bei Zwangsmaßnahmen mit niedriger Eingriffsintensität ist die Situation jedoch anders zu bewerten. Dies entspricht i.ü. auch der Gesetzessystematik. Ein Blick auf § 321 Abs. 2 FamFG (im RefE: Abs. 4) und § 331 Satz 1 Ziff. 2 FamFG macht deutlich, dass der Gesetzgeber im Verfahrensrecht deutlich differenziert. Solange diese Unterscheidung, die zudem äußerst wichtige Fragen (Gutachten/Zeugnis, Facharztqualifikation des attestierenden Arztes) betrifft, nicht aufgehoben wird, ist die Verschärfung bei der Verfahrenspflegerbesterstellung gesetzssystematisch widersprüchlich.

Im Übrigen übersieht der RefE in der Präambel unter „F. Weitere Kosten“ (S. 3) diesen Punkt. Dort wird ausgeführt, dass die „im Entwurf vorgesehenen Änderungen im Bereich der Verfahrenspflegschaft in Unterbringungssachen [...] keinen nennenswerten Mehraufwand bei den Betreuungsgerichten mit sich“ bringen. Da, jedenfalls derzeit, in einer durchaus relevanten Reihe von Verfahren mit dem Gegenstand der unterbringungsähnlichen Maßnahmen keine Verfahrenspflegerbesterellung erfolgt, ist durchaus mit einer Kostensteigerung über die entsprechende Auslagenerstattung bei mittellosen Betroffenen zu rechnen.

2. Bestellung zum frühestmöglichen Zeitpunkt, § 317 Abs. 1 Satz 2 FamFG-RefE

Gem. § 317 Abs. 1 Satz 2 FamFG-RefE soll die zwingend erforderliche Bestellung des Verfahrenspflegers „so früh wie möglich“ erfolgen. Dies rechtfertigt sich aus der Vielzahl von Aufgaben, die ihm neben den traditionell bestehenden durch die Neuschaffung des § 317b FamFG-RefE auferlegt

werden. Insbesondere die in allen Unterbringungssachen erforderliche Erforschung des Betroffenenwillens unter Einschluss von Gesprächen mit Angehörigen u.a. sowie die nachfolgende Erstellung einer schriftlichen Stellungnahme erfordern Zeit und Planung. Insofern ist das neue Momentum zum Beststellungszeitpunkt konsequent.

3. Aufgaben des Verfahrenspflegers, § 317b FamFG-RefE

War der Verfahrenspfleger zum Inkrafttreten des „neuen“ Betreuungsrechtes im Jahre 1992 noch gesetzlicher Vertreter des Betroffenen mit rein verfahrensrechtlichen Aufgaben (s. z.B. Bassenge/Herbst/Roth, FGG/RPflG, 10. Aufl., § 13 FGG Rz. 4, § 70b FGG, Rz. 6), so hat sich seine Aufgabe im Laufe der Zeit verändert. Insbesondere unter den sich verbreitenden Grundgedanken des sog. Werdenfelser Weges sowie der im Gefolge der großen Reform des Betreuungsrechtes erfolgten Schaffung des § 317 Abs. 3 FamFG ist ein verfahrensrechtliches Organ entstanden, welches das Gericht im Rahmen seiner Amtsermittlungspflicht aus § 26 FamFG aktiv im Hinblick auf die Feststellung einiger Tatbestandsmerkmale unterstützt. Die nun vorgesehene Erweiterung seiner Aufgaben betrifft die Verfahrensaufklärung sowie den mutmaßlichen Willen und die Wünsche des Betroffenen. Diese Tendenz soll durch die Schaffung eines neuen § 317b FamFG-RefE fortgeschrieben werden. Sein Abs. 1 entspricht dem aktuell geltenden § 317 Abs. 3 S. 1, 2 FamFG. Neu hinzu tritt die Pflicht, „Gespräche mit Angehörigen und Vertrauenspersonen des Betroffenen zu führen, soweit dies erforderlich ist und der Betroffene dem zustimmt.“ Gem. § 317b Abs. 2 Satz 1 FamFG-RefE hat er sodann „dem Gericht über die zu den Zwecken des Absatzes 1 Satz 1 bis 3 erbrachten Tätigkeiten eine schriftliche Stellungnahme vorzulegen“. Dabei soll die Stellungnahme „insbesondere eine Äußerung des Verfahrenspflegers zu den Wünschen oder hilfsweise zu dem mutmaßlichen Willen des Betroffenen und dazu, ob und inwieweit der Verfahrenspfleger nach seinen Feststellungen die beabsichtigte Unterbringungsmaßnahme für erforderlich hält“, enthalten. Gewünscht ist mithin eine umfassende schriftliche Darlegung, die selbstverständlich vor der richterlichen Anhörung vorzuliegen hat, damit der Betroffene sie i.S.d. § 37 Abs. 2 FamFG auch noch zur Kenntnis bekommen kann (s. insoweit auch § 319 Abs. 2 FamFG-RefE). Schließlich hat der Verfahrenspfleger im Falle einer „Endentscheidung“ den „gerichtlichen Beschluss“ mit dem Betroffenen zu erörtern. Im Ergebnis findet

so im Unterbringungsrecht eine starke Angleichung an die in § 158b FamFG geregelte Funktion des Verfahrensbeistandes statt. Mag dies aus Betroffenen-sicht auch wünschenswert erscheinen, so hat sich allerdings in den Kind-schaftssachen gezeigt, dass eine dem Wortlaut des Gesetzes entsprechende Aufgabenwahrnehmung viel an Zeit erfordert. Gerade die ist aber in Unterbringungssachen oftmals nicht vorhanden. Da hilft es auch wenig, dass § 317b Abs. 2 Satz 2 FamFG-RefE die Abgabe der schriftlichen Stellungnahme in Eilverfahren für nicht erforderlich erklärt. Denn die eingangs geschilderten grundsätzlichen Pflichten bleiben unberührt.

4. Abkehr vom Grundsatz der Ehrenamtlichkeit, §§ 317 Abs. 2, 317a FamFG-RefE

Schon immer musste die Person, welche zum Verfahrenspfleger bestellt wurde, zur Ausübung des Amtes geeignet sein. Etwas verschachtelt erfolgt nun zunächst in § 317 Abs. 2 FamFG-RefE die Vorgabe, dass regelhaft zu bestellen ist, wer „Verfahrenspflegschaften berufsmäßig führt“. Mit dieser Formulierung findet eine Abkehr vom Wortlaut des § 317 Abs. 4 FamFG statt, der formuliert „wer Verfahrenspflegschaften im Rahmen seiner Berufsausübung führt“. Ein Grund für den Wechsel ist nicht ersichtlich. Denn das Berufsbild des Verfahrenspflegers gab und gibt es nicht. Vielfach wurden und werden Rechtsanwältinnen sowie Rechtsanwälte oder beruflich tätige Betreuerinnen und Betreuer bestellt, die aber keineswegs ausschließlich Verfahrenspflegschaften führen. Dies wird auch in Zukunft kaum anders sein. So ermöglicht § 317a Abs. 2 FamFG-RefE den Nachweis der entsprechenden Eignung durch die Registrierung bei der Betreuungsbehörde, nicht etwa durch eine „Verfahrenspflegerprüfung“. Nach alledem erscheint die neue Formulierung irreführend, und es wäre sinnvoller, die alte beizubehalten, zumal die Begründung (S. 31f.) sich zu dem Formulierungswechsel mit keinem Wort verhält.

Die Regelbestellung einer Person, welche die Qualifikation aus § 317b Abs. 1 FamFG-RefE aufweisen und i.S.d. Abs. 2 nachweisen kann, entspricht der langjährigen Rechtswirklichkeit in Unterbringungssachen. Da zudem im geeigneten Fällen durch das Gericht Ausnahmen zugelassen werden können, ist diese Neuerung nicht zu beanstanden.

5. Vergütung, § 318 FamFG-RefE

Die Vergütung des Verfahrenspflegers wird in § 318 FamFG-RefE in Abkehr von der bisherigen Bezugnahme auf § 277 FamFG unmittelbar geregelt. Aufgrund der oben dargestellten erheblichen Erweiterung der Aufgaben und der damit verbundenen Annäherung an die Stellung des Verfahrensbeistandes scheint aus Sicht der Praxis die Schaffung einer dem § 158c Abs. 1 FamFG entsprechenden Vorschrift zur Pauschalvergütung der zielführendere Weg zu sein, um neben einer adäquaten Vergütung die Attraktivität der hauptsächlich beruflich ausgeführten Verfahrensfunktion zu stärken.

§ 319 FamFG-RefE

Gem. § 319 Satz 2 RefE soll sich das Gericht in Verfahren nach § 1832 Absatz 2 BGB-RefE den nach Abs. 1 erforderlichen persönlichen Eindruck vom Betroffenen dort verschaffen, wo die Durchführung der Maßnahme beabsichtigt ist. Dies impliziert, dass es sich dabei nicht um „die übliche Umgebung des Betroffenen“ handelt, da die Regelung sonst gegenüber Abs. 1 leer liefe. Damit aber erscheint die Regelung aus zwei Gründen zweifelhaft. Die Anhörung in der üblichen Umgebung, die ja auch § 278 Abs. 1 FamFG normiert, dient neben der richterlichen Sachaufklärung in Bezug auf das Lebensumfeld dem Schutz des Betroffenen. Wird ihm doch der Kontakt mit Richter, Verfahrenspfleger und ggf. weiteren Personen zu in der Regel nicht angenehmen Themen dort ermöglicht, wo er zu Hause ist und sich sicher fühlen kann. Die ausnahmslose Zumutung einer neuen Umgebung erscheint da schon *per se* problematisch. Hinzu kommt ggf. die Frage der Widrigkeiten eines Transportes. Die Begründung des Entwurfes setzt sich mit dieser Frage nicht auseinander. Sie führt an, dass „das erkennende Gericht nicht nur aufgrund von Ausführungen des Sachverständigen oder anderen am Verfahren Beteiligten eine Entscheidung fällt, sondern auch aus eigener Anschauung den gewählten Ort als geeignet feststellen kann“. Damit aber beschäftigt sie sich mit einer Frage der Amtsermittlung aus § 26 FamFG in Bezug auf die Geeignetheit einer Einrichtung oder durch eine „Stelle“ repräsentierten sonstigen, nicht näher benannten Örtlichkeit. § 319 FamFG regelt aber primär das auf Art. 103 GG fußende Kernstück des Verfahrens in Gestalt der Anhörung des Betroffenen. Ist also allein das bezweckt, was die Entwurfsbegründung sagt, so mag das Gericht sich die

Einrichtung oder „Stelle“ allein anschauen. Die Anhörung kann dann wie bisher in der üblichen Umgebung des Betroffenen stattfinden.

Allerdings erscheint die eben dargestellte Begründung auch aus einem anderen Grunde hinterfragenswert. Das Gericht erhält zur Frage der Geeignetheit der Einrichtung oder „Stelle“ („Krankenhausstandard“)

- eine Bescheinigung des Leiters der Einrichtung oder der „Stelle“ gem. § 321 Abs. 3 FamFG-RefE,
- das im fachärztlichen Gutachten niedergelegte Prüfungsergebnis des Sachverständigen gem. § 321 Abs. 2 FamFG-RefE i.V.m. § 1832 Abs. 2 Ziff. 3 FamFG-RefE,
- die schriftliche Stellungnahme des Verfahrenspflegers, die sich wegen der Angabe zur Erforderlichkeit der Unterbringungsmaßnahme (§ 317b Abs. 2 FamFG-RefE) auch zwingend zu diesem Punkt zu äußern hat,
- ggf. eine schriftliche Stellungnahme der Vertrauensperson (vgl. dazu Begründung S. 33).

Da zudem das Gericht die Möglichkeit hat, gem. § 11 Abs. 1 Ziff 3 BtOG einen entsprechenden Bericht der Betreuungsbehörde anzufordern, bestehen zu der o.g. Frage weit mehr, und im Übrigen auch schriftlich vorzulegende, Erkenntnisquellen für das Gericht, als in allen anderen Bereichen des Betreuungs- und Unterbringungsrechtes. Hier zusätzlich die Prüfung durch eine Feststellung „zum Standard der Einrichtung“ (s. S. 34, die „Stelle“ wird nicht mehr genannt) aufgrund eigener Inaugenscheinnahme zu fordern, erscheint bei den nun beabsichtigten Standards der Darlegung von Beteiligten, Sachverständigen u.a. jedenfalls als nicht erforderlich.

§ 321 FamFG-RefE

In Anlehnung zu den bereits erwähnten zusätzlichen Voraussetzungen einer ärztlichen Zwangsmaßnahme außerhalb eines Krankenhauses soll in einem neuen Abs. 2 des § 321 FamFG geregelt werden, dass das fachärztliche Gutachten sich zusätzlich auf das Vorliegen der Voraussetzungen des § 1832 Abs. 2 Satz 2 Ziff. 1 bis 4 BGB-RefE zu erstrecken hat. Dies ist konsequent und sinnvoll, da es sich um Tatbestände handelt, die - im Falle der Ziff. 3 jedenfalls auch - eine dezidierte medizinische Fragestellung betreffen.

Da ein wesentlicher Punkt der Zwangsbehandlung außerhalb des Krankenhauses den „Krankenhausstandard“ der Einrichtung betrifft, ist von

dem Leiter der Einrichtung bzw. der „Stelle“ nach § 321 Abs. 3 FamFG-RefE eine „Bescheinigung“ auszustellen zur Möglichkeit der medizinischen Versorgung des Betroffenen einschließlich einer erforderlichen Nachsorge. Diese wiederum ist dem Betreuungsgericht zuzuleiten, das die „Bescheinigung“ dem Sachverständigen zur Berücksichtigung im Gutachten übermittelt. Letzteres ergibt sich nicht direkt aus dem Gesetz, wohl aber aus dem im neuen Abs. 2 umschriebenen Gutachteninhalt („Vorliegen der Voraussetzungen des § 1832 Absatz 2 Satz 2 Nummer 1 bis 4“, s. dazu o., i.Ü. Begründung S. 35). Dieser Zwischenschritt wird die Dauer der Erstellung des Gutachtens sicher nicht verkürzen und führt zu einer weiteren Bürokratisierung und zeitlichen Dehnung des Verfahrens.

§ 323 Abs. 3 FamFG-RefE

Im Unterbringungsrecht ist es traditionell nicht erforderlich, dass das Gericht in einer genehmigenden oder anordnenden Entscheidung angibt, in welchem Krankenhaus oder in welcher Einrichtung konkret eine Unterbringung, Fixierung oder Zwangsbehandlung vollzogen bzw. durchgeführt wird. Denn die Entscheidung bezieht sich allein auf die stark grundrechtsrelevante Maßnahme an sich; die konkrete Ausgestaltung bzw. Ausführung obliegt dem Vertretungsberechtigten (§ 312 Ziff. 1 - 3 FamFG) oder der Behörde (§ 312 Ziff. 4 FamFG). Da die ärztliche Zwangsmaßnahme außerhalb eines Krankenhauses nur in speziellen Einrichtungen mit „Krankenhausstandard“, der durch das Gericht sorgfältig zu prüfen ist, stattfinden darf, liegt es nahe, die erteilte Genehmigung auch formal hierauf zu beschränken. Dies will § 323 Abs. 3 FamFG-RefE durch die Aufnahme des „konkreten Ortes“ in die Beschlussformel sicherstellen. Gemeint ist der in der Begründung häufiger so bezeichnete „Durchführungsort“ (S. 22, 25, 26, 27, 34, 25). Im Sinne der Normenklarheit wäre daher die Verwendung des Begriffs des „Durchführungsortes“ (s. insoweit auch o. zu § 315 FamFG-RefE) klarer und damit vorzugswürdig.

Der Deutsche Richterbund ist mit mehr als 18.500 Mitgliedern in 25 Landes- und Fachverbänden der mit Abstand größte Berufsverband der Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte in Deutschland.