

## Bundesgerichtshof

**Die gegen den Willen eines Betreuten in regelmäßigen, hier zweiwöchentlichen, Zeitabständen durchzuführende Dauermedikation mit Neuroleptika und die zwangsweise Zuführung des Betreuten zu dieser - jeweils kurzfristigen - Behandlung stellen keine mit Freiheitsentziehung verbundene Unterbringung oder unterbringungsähnliche Maßnahme dar und sind nicht nach § 1906 II i. V. mit § 1906 I Nr. 2 oder § 1906 IV BGB genehmigungsfähig.**

(XII. ZS, Beschluss v. 11.10.2000 - XII ZB 69/00) FamRZ 2001, 149 = BtPrax 2001, 32

Gründe:

I.

1. Bei dem 1964 geborenen Betroffenen [Betr.] wurde 1986 eine Psychose aus dem schizophrenen Formenkreis festgestellt, deren Verlauf in den folgenden Jahren chronisch wurde. Nach mehreren - teilweise freiwilligen - stationären Behandlungen in der psychiatrischen Klinik ordnete das AmtsG 1989 für den Betr. eine Pflugschaft mit den Wirkungskreisen „Bestimmung des Aufenthalts“ und „Besorgung der Vermögensangelegenheiten“ an. Die Pflugschaft wurde 1990 auf die „Einwilligung in die Behandlung mit Psychopharmaka“ erweitert und später in eine Betreuung mit gleichem Wirkungskreis übergeleitet.

Seit 1989 sind in mindestens 24 Fällen Genehmigungen für die geschlossene Unterbringung des Betr. zur stationären psychiatrischen Behandlung erteilt worden, die teilweise mehrere Wochen oder Monate andauerte. Mehrfach wurde der Betr. auch auf der Grundlage des PsychKG untergebracht. Der Betr. lehnt die von den Fachärzten für erforderlich gehaltene Dauermedikation mit Neuroleptika ab. Da er nach der Entlassung aus dem Krankenhaus die Medikamente nicht einnahm, kam es regelmäßig in gewissen Abständen zu einem akuten Schub seiner psychischen Erkrankung. Dies machte jeweils eine erneute geschlossene Unterbringung erforderlich. Anfang 1999 wurde, befristet bis zum 31. 12. 1999, die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erteilt, den Betr. in zweiwöchigen Abständen für die Verabreichung einer Depotspritze kurzfristig geschlossen unterzubringen und bei seiner Zuführung in die Klinik durch die mitwirkende Behörde Gewalt anwenden zu lassen. Unter dem 13. 12. 1999 beantragte der Betreuer - erneut - die Genehmigung „zur zwangsweisen Vorführung“ des Betr. „zur Medikation und ggf. zur zeitweisen Unterbringung im Rahmen der Zwangsmedikation in einer geschlossenen psychiatrischen Klinik gemäß § 1906 BGB“. Auf diesen Antrag erteilte das AmtsG mit Beschluß v. 12. 1. 2000 erneut, befristet bis zum 31. 12. 2000, die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung, den Betr. in zweiwöchigen Abständen zum Zwecke der Verabreichung seiner Medikation für die nach ärztlicher Anordnung unabdingbare Dauer geschlossen unterzubringen; die zuständige Behörde dürfe bei der Zuführung zur Unterbringung Gewalt anwenden. Das LG wies die sofortige [sof.] Beschwerde des Betr. gegen diesen Beschluß zurück. Dagegen wendet sich der Verfahrenspfleger mit der weiteren sof. Beschwerde im Namen des Betr., weil dieser durch die Nebenwirkungen des Neuroleptikums schwerwiegend beeinträchtigt werde.

2. Das OLG hat die Sache gemäß § 28 II FGG dem BGH zur Entscheidung vorgelegt (Beschluß veröffentlicht in FamRZ 2000, 1115 ff. = BtPrax 2000, 173). Es möchte von der Entscheidung des OLG Zweibrücken v. 16. 11. 1999 (FamRZ 2000, 1114 = BtPrax 2000, 88) abweichen.

...

II.

Die Vorlage ist gemäß § 28 II FGG zulässig.

1. Für die Zulässigkeit ist erforderlich, daß es vom Rechtsstandpunkt des vorlegenden Gerichts aus auf die streitige Rechtsfrage für die Entscheidung ankommt. Aus dem Vorlagebeschluß muß sich ergeben, daß das vorlegende Gericht bei Befolgung der abweichenden Ansicht zu einer anderen Fallentscheidung gelangen würde (Senatsbeschlüsse, BGHZ 82, 34, 36 f. = FamRZ 1982, 44; BGHZ 133, 384, 386 = FamRZ 1997, 85). Das OLG hat dargelegt, daß es auf der Grundlage seiner Rechtsauffassung die Sache zur weiteren Aufklärung und erneuten Prüfung der Voraussetzungen des § 1906 I BGB an das AmtsG zurückgeben müsse. Demgegenüber müsse es die nach § 1906 I Nr. 2 BGB vom AmtsG erteilte Genehmigung abschließend aufheben, wenn es der rechtlichen Beurteilung des OLG Zweibrücken folge.

Auch wenn das OLG es hat dahinstehen lassen, ob neben einer endgültigen Aufhebung noch eine Zurückverweisung an das AmtsG im Hinblick auf eine eventuell zu erteilende Genehmigung nach § 1904 BGB in Betracht käme, läßt dies die Zulässigkeit der Vorlage nicht entfallen. Denn auch im Falle einer Zurückverweisung ist die Vorinstanz an die tragende rechtliche Beurteilung durch das Beschwerdegericht gebunden (BGHZ 15, 122, 124; Keidel/Kahl, FGG, 14. Aufl. 1999, § 27 Rz. 69). Die unterschiedlichen Rechtsauffassungen hätten daher Entscheidungen unterschiedlicher Tragweite zur Folge, was für die Annahme einer Divergenz ausreicht (Senatsbeschluß, BGHZ 82, a.a.O., S. 37).

2. Der Beschluß des OLG Zweibrücken beruht auch auf der Rechtsauffassung, von der das vorliegende OLG abweichen will. Dem Beschluß sind zwar keine Feststellungen dazu zu entnehmen, ob die Behandlung in einem allgemeinen oder in einem psychiatrischen Krankenhaus mit geschlossener Abteilung vorgenommen werden sollte. Aus der Begründung des Beschlusses ergibt sich aber, daß das OLG Zweibrücken unabhängig vom Ort der Behandlung eine ambulante Maßnahme nicht als Unterbringung, als unterbringungsähnliche Maßnahme oder als „geringeren Eingriff“ gegenüber einer Unterbringung ansieht, sondern dafür einen stationären Aufenthalt für erforderlich hält (a.a.O., S. 1114). Auf der Grundlage dieser Auffassung bedurfte es jedoch keiner näheren Feststellungen zum Behandlungsort.

### III.

Die zulässige weitere (sof.) Beschwerde ist begründet. Die regelmäßige ambulante Verabreichung einer Depotspritze mit einem Neuroleptikum und der damit verbundene kurzfristige Aufenthalt in der psychiatrischen Klinik, dem der Betr. notfalls unter **Anwendung von Zwang** zugeführt werden soll, sind **nicht genehmigungsfähig**.

1. Die vom Betreuer beabsichtigte Maßnahme ist keine mit Freiheitsentziehung verbundene Unterbringung i. S. des § 1906 I BGB.

a) Diese Vorschrift geht von einem engen Unterbringungs begriff aus

(Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige - Betreuungsgesetz, BTG -, BT-Drucks. 11/4528, S. 145 f.; Bienwald, Betreuungsrecht, 3. Aufl. 1999, § 1906 BGB Rz. 43; Saage/Göppinger/Marschner, Freiheitsentziehung und Unterbringung, 3. Aufl. 1994, § 1906 BGB Rz. 1).

Eine **freiheitsentziehende Unterbringung** in diesem Sinn ist gegeben, wenn der Betr. gegen seinen Willen oder im Zustand der Willenlosigkeit in einem räumlich begrenzten Bereich eines geschlossenen Krankenhauses, einer anderen geschlossenen Einrichtung oder dem abgeschlossenen Teil einer solchen Einrichtung festgehalten, sein Aufenthalt ständig überwacht und die Kontaktaufnahme mit Personen außerhalb des Bereichs eingeschränkt wird (Damrau/Zimmermann, Betreuungsrecht, 2. Aufl. 1995, § 1906 BGB Rz. 1; Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein, Das neue Betreuungsrecht, 4. Aufl. 1999, Rz. 493; Staudinger/Bienwald, BGB, 1999, § 1906 Rz. 18; MünchKomm/Schwab, BGB, 3. Aufl. 1992, § 1906 Rz. 5 f.; LG Hamburg, FamRZ 1994, 1619, 1620; OLG Düsseldorf, FamRZ 1963, 312 = NJW 1963, 397, 398; auch BGHZ 82, 261, 266 ff.).

Die Maßnahme muß auf eine gewisse Dauer angelegt sein, um als Freiheitsentziehung angesehen werden zu können (Damrau, a.a.O., § 1906 BGB Rz. 1; Holzauer/Reinicke, Betreuungsrecht, 1993, § 1906 BGB Rz. 17). Die ausdrückliche Einschränkung auf eine freiheitsentziehende Unterbringung in § 1906 I BGB dient allein der Abgrenzung zu anderen Unterbringungen nach bürgerlichem Recht, die ohne Freiheitsbeschränkungen erfolgen können, z. B. zu der Unterbringung in einer anderen Familie nach dem zu Beginn des Gesetzgebungsverfahrens noch geltenden § 1838 BGB (BT-Drucks. 11/4528, S. 145; § 1838 BGB wurde aufgehoben durch das KJHG v. 26. 6. 1990 (SGBVIII), BGBI I 3546). Entscheidendes Kriterium für eine zivilrechtliche freiheitsentziehende Unterbringung ist daher wie auch im öffentlichen Recht die nicht nur kurzfristige **Beschränkung der persönlichen Bewegungsfreiheit** auf einen bestimmten Lebensraum (vgl. OLG Düsseldorf, a.a.O., S. 398).

b) Beide Kriterien sind im vorliegenden Fall nicht erfüllt. Die Verabreichung der Depotspritze, die der Betreute zwar unter Protest, aber ohne körperlichen Widerstand in einem offenen Behandlungsraum der Klinik über sich ergehen läßt, dauert lediglich ca. 10 Minuten. Insoweit kann nicht von einer erheblichen Dauer der Maßnahme, auch bei Berücksichtigung des notwendigen Transports innerhalb derselben Stadt, gesprochen werden. Dies gilt unabhängig davon, nach welchen Kriterien die Mindestdauer einer freiheitsentziehenden Maßnahme im

einzelnen bemessen wird. Im übrigen wird der Betr. weder durch die Behandlung noch durch die Zuführung zum Krankenhaus in seiner gesamten Lebensführung auf einen bestimmten räumlichen Bereich begrenzt.

2. Die Voraussetzungen für eine Genehmigung nach § 1906 IV BGB liegen ebenfalls nicht vor.

§ 1906 IV BGB schützt - ebenso wie Abs. I der Vorschrift - die körperliche Bewegungsfreiheit und die Entschließungsfreiheit zur Fortbewegung i. S. der Aufenthaltsfreiheit (vgl. OLG Zweibrücken, a.a.O., S. 1114; Bienwald, a.a.O., § 1906 BGB Rz. 63; Marschner, in: Jürgens u. a., a.a.O., Rz. 518). Zwar ist im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens der im Regierungsentwurf noch enthaltene Zweck der Maßnahme „wenn der Betreute . . . am Verlassen seines Aufenthalts gehindert werden soll“ (BT-Drucks. 11/4528, S. 16), aus dem Gesetzestext gestrichen worden. Jedoch wird in der beschlossenen Gesetzesfassung auf den Erfolg der Freiheitsentziehung abgestellt, um zu verdeutlichen, daß nur Maßnahmen erfaßt werden sollen, deren Auswirkungen der Unterbringung vergleichbar sind (BT-Drucks. 11/6949, S. 76). Das ist nicht der Fall, wenn der Betr., wie hier, gegen seinen Willen für kurze Zeit von seinem gewöhnlichen Aufenthaltsort weggebracht wird. Damit wird zwar in die körperliche Bewegungsfreiheit eingegriffen, der Lebensraum und die persönliche Freiheit zur Wahl des dauernden Aufenthaltsorts aber **nicht allseitig eingeschränkt**, wie es eine Unterbringung zur Folge hat. Die Behandlung selbst erfolgt hier **ohne körperlichen Zwang**.

Hinzu kommt im übrigen, daß nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut des § 1906 IV BGB der persönliche Anwendungsbereich der Vorschrift auf solche Betreute beschränkt ist, die sich in einer Anstalt, einem Heim oder einer sonstigen **Einrichtung** aufhalten. In einer entsprechenden Einrichtung lebt der Betr. jedoch nicht.

3. Eine - unmittelbare oder ggf. entsprechende - Anwendung des § 1906 I Nr. 2 BGB kommt auch nicht im Hinblick darauf in Betracht, daß sich die beabsichtigte ambulante Behandlung gegenüber einer genehmigungsfähigen freiheitsentziehenden Unterbringung als „milderes Mittel“ darstellen würde. Insoweit teilt der Senat die Auffassung des OLG Zweibrücken (a.a.O., S. 1156).

a) Das Gesetz geht in § 1906 I BGB, wie bereits anhand der Gesetzesgeschichte und der Systematik des § 1906 BGB dargelegt, von einem engen Unterbringungsbegriff aus. Um Unschärfen bei der Definition dieses Begriffs zu vermeiden, werden andere freiheitsentziehende oder -beschränkende Maßnahmen, bei denen es sich nicht um einen nach § 1906 I BGB zu genehmigenden länger dauernden Aufenthalt in geschlossenen Einrichtungen oder geschlossenen Teilen solcher Einrichtungen handelt, von der in § 1906 IV BGB enthaltenen Pauschalverweisung erfaßt. Der im Gesetzgebungsverfahren eingebrachte Vorschlag des Bundesrats, § 1906 IV BGB nur auf freiheitsbeschränkende Maßnahmen zu beziehen, während Abs. I alle freiheitsentziehenden Maßnahmen erfassen sollte (BT-Drucks. 11/4528, S. 209 f., Gegenäußerung der Bundesregierung: S. 228.), ist nicht Gesetz geworden. Vielmehr ist der Gesetzgeber der Beschlußempfehlung des Rechtsausschusses des Bundestages gefolgt, der § 1906 IV BGB ausdrücklich wieder auf freiheitsentziehende Maßnahmen ausgeweitet hat. Dabei wurde klargestellt, daß nur solche Maßnahmen erfaßt werden sollten, deren Auswirkungen denen der Unterbringung vergleichbar seien (BT-Drucks. 11/6949, S. 76). Diese Einschränkung verdeutlicht, daß mit der Vorschrift des § 1906 BGB vor allem dem Richtervorbehalt des Art. 104 II GG Rechnung getragen werden sollte. Der Gesetzgeber setzte damit für die Unterbringung Betreuter die Rspr. des BVerfG um, die eine richterliche Entscheidung nach Art. 104 II S. 1 und 2 GG auch dann für erforderlich hielt, wenn der Vormund in Ausübung eines Aufenthaltsbestimmungsrechts den volljährigen Entmündigten in einer geschlossenen Anstalt unterbrachte (BVerfGE 10, 302, 327 f. = FamRZ 1960, 186 [LS. m. Anm. Bosch]). Bei der Ermittlung des Anwendungsbereichs des § 1906 BGB ist daher auch Art. 104 GG zu beachten. Dieser enthält einen festen Begriffskern der Freiheitsentziehung - als Aufhebung der Bewegungsfreiheit in jeder Richtung von einer gewissen Mindestdauer - wie bei der Verhaftung, Einsperrung, Arrestierung, etc. (vgl. nur BGHZ 82, 261, 263 ff.; Jarass/Pieroth, GG, 5. Aufl. 2000, Art. 104 Rz. 10). Dem entspricht die von dem Betreuer im vorliegenden Fall beantragte Maßnahme nicht. Sie wird daher sowohl nach dem Wortlaut als auch nach einer dem Sinn und Zweck entsprechenden verfassungsrechtlich gebotenen Auslegung des § 1906 BGB nicht von dieser Vorschrift gedeckt.

b) Dem vorliegenden OLG kann ferner nicht darin zugestimmt werden, daß die regelmäßigen kurzfristigen Aufenthalte in der Klinik als „**milderes Mittel**“ gegenüber einer Unterbringung gemäß § 1906 I BGB genehmigungsfähig seien.

Unabhängig davon, ob die ca. 25mal im Jahr stattfindenden Vorführungen zur Verabreichung der Depotspritze auch in ihrer Gesamtheit lediglich als freiheitsbeschränkende Maßnahme - so das vorliegende OLG - oder aber als Freiheitsentziehung (zur Abgrenzung vgl. BGHZ 82, 261, 266 f., m. N.) zu behandeln wären, hält der Senat die dafür beantragte Genehmigung aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht für zulässig. Nach Art. 2 II S. 2 und 3 GG darf in die Freiheit der Person, die unverletzlich ist, nur aufgrund eines Gesetzes eingegriffen werden. Dieses Grundrecht wird durch die formellen **Garantien des Art. 104 GG** verstärkt (Maunz/Dürig, GG, Art. 104 Rz. 1, Anm. 1a). Die Vorschriften richten sich an die Träger öffentlicher Gewalt (BGH, Urteil v. 16. 6. 1959 - 1 StR 191/59 -, FamRZ 1959, 498 = NJW 1959, 1595). Allerdings greift ihr Schutz auch dann ein, wenn der Staat sich einer Privatperson bedient, um öffentliche Aufgaben, wie hier die Fürsorge, wahrzunehmen (vgl. grundlegend BVerfGE 10, a.a.O., S. 327). Um dem formellen Gesetzesvorbehalt des Art. 104 I GG gerecht zu werden, müssen die Grundzüge der Eingriffsvoraussetzungen in einem formellen Gesetz geregelt werden (Jarass, a.a.O., Art. 104 Rz. 3, m. N.). Dadurch soll der Gesetzgeber gezwungen werden, Freiheitsentziehungen in berechenbarer, meßbarer und kontrollierbarer Weise zu regeln (BVerfGE 29, 183, 196; Jarass, a.a.O., Art. 104 Rz. 4). Die vom OLG vorgenommene „Auslegung“ entspricht diesen Grundsätzen nicht.

Zu Recht hat das OLG allerdings aus dem Gesetzesvorbehalt des Art. 104 I GG geschlossen, daß eine Anwendung des § 1906 I BGB im Wege der erweiternden Analogie nicht in Betracht kommt

(zum Analogieverbot im Schutzbereich des Art. 104 I GG: BVerfGE 29, 183, 195 f.; 83, 24, 31 ff.; NStZ 1995, 399; Rüping, in: Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Art. 104 Rz. 30).

Zuzustimmen ist auch dem Ansatz, daß es zugunsten des von einer Freiheitsbeschränkung Betr. möglich sein könnte, in Übereinstimmung mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine sich nur in der Intensität, nicht aber in der Art und Weise unterscheidende Maßnahme zuzulassen und vormundschaftsgerichtlich zu genehmigen, wenn die Voraussetzungen für die belastendere Maßnahme ebenfalls erfüllt wären. Das ist hier jedoch nicht der Fall. Denn die beabsichtigten zwangsweisen Zuführungen zu den 14-tägig vorgesehenen Medikationen stellen nicht einen lediglich in der Dauer gegenüber der Unterbringung beschränkten Eingriff in das Freiheitsrecht des Betr. dar, sondern eine **andersartige Maßnahme**.

Es geht bereits vom Zweck her nicht um eine Unterbringung, sondern darum, den Betr. einer **ambulanten medizinischen Behandlung gegen seinen Willen** zuzuführen.

Auch die Belastung für den Betr. ist eine andere als die durch eine einmalige - selbst länger dauernde - Unterbringung verursachte und mit dieser nicht vergleichbar. Der Betr. läßt sich nur mit Zwang, unter Einschaltung der Polizei oder durch entsprechende Drohung, in das Psychiatrische Krankenhaus bringen, auch wenn er die Behandlung dort ohne Gegenwehr über sich ergehen läßt: Diese Art der Vorführung hat nach außen hin diskriminierende Wirkung.

Hinzu kommt, daß der Betr. über **Nebenwirkungen der Medikamente** klagt und angibt, es sei ihm lieber, für längere Zeit geschlossen untergebracht zu werden, wenn aufgrund der unterbliebenen Medikation ein Krankheitsschub mit Selbstgefährdung auftritt, als die Beeinträchtigungen durch die Medikamente hinzunehmen. Der Staat kann im Rahmen seiner Fürsorgepflicht auch einem Kranken, der seine Behandlungsbedürftigkeit aufgrund seiner Krankheit nicht einsehen kann, nicht die medizinische Hilfe versagen (BT-Drucks. 11/4528, S. 72, 141 f.; BVerfG, FamRZ 1998, 895 = NJW 1998, 1774, 1775). Dabei kommt es auf die natürliche Einsichts- und Steuerungsfähigkeit des Betr. an (BT-Drucks. 11/4528, S. 71; BGHZ 29, 33 f. = FamRZ 1959, 200; Steinle, BtPrax 1996, 139, 142). Da der Betr. hier bezüglich seiner Behandlungsbedürftigkeit nach den bisherigen Feststellungen nicht einwilligungsfähig ist, verhindert seine Weigerung zwar unter weiteren Voraussetzungen nicht die Behandlung, wenn sein Betreuer dieser zustimmt. Allerdings ist bei der Beurteilung, ob gegen den Willen des nicht einsichtsfähigen Betr. eine Unterbringung angeordnet werden kann, zu berücksichtigen, daß das Recht auf persönliche Freiheit auch dem psychisch Kranken in gewissen Grenzen die „Freiheit zur Krankheit“ einräumt (BVerfGE 58, 208, 224 ff. = FamRZ 1982, 23 [LSe]; BVerfG, a.a.O., S. 1775). Diese Freiheit läßt auch bei einem einwilligungsunfähigen Betr. weder eine Unterbringung noch eine Zwangsbehandlung in jedem Falle als verhältnismäßig erscheinen. Für den Betr. stellt sich die Gewißheit, für die Dauer eines Jahres regelmäßig der Behandlung zugeführt zu werden, als eine andere, subjektiv möglicherweise stärkere Belastung dar als eine zeitnah angeordnete Unterbringung, selbst wenn diese mit der gleichen Behandlung verbunden ist. Die Verwirklichung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes kann daher nicht zu einer Anwendung des § 1906 BGB auf die regelmäßige Behandlung mit Depotmedikamenten führen.

4. Nachdem § 1906 BGB hiernach die Erteilung der beantragten Genehmigung aus Rechtsgründen nicht zuläßt, läßt sich eine Rechtsgrundlage für die von dem Betreuer beabsichtigte Zuführung des Betr. zur ambulanten Behandlung und für die dafür beantragte Genehmigung auch nicht aus anderen Vorschriften herleiten.

a) Eine Anwendung des § 70g V FGG zur Rechtfertigung der Anwendung unmittelbaren Zwangs scheidet aus. Die Vorschrift setzt eine Unterbringungsmaßnahme voraus, bei deren Vollzug die Betreuungsbehörde die Zuführung, erforderlichenfalls mit Unterstützung der polizeilichen Vollzugsorgane, sicherzustellen hat. Darüber hinaus kann die Vorschrift weder für den Betreuer noch für die Behörde eine eigenständige Rechtsgrundlage für eine Zuführung zu einer ärztlichen Behandlung bilden.

b) Auch § 33 II FGG kann nicht als selbständige Rechtsgrundlage für die zwangsweise Zuführung des Betr. zum Arzt herangezogen werden. Nach allg. A. setzt § 33 FGG das Vorliegen einer gerichtlichen Verfügung voraus und regelt nur deren Vollziehung (vgl. nur Keidel/Zimmermann, a.a.O., § 33 Rz. 8 f., Rz. 32; Jansen, FGG, 2. Aufl. 1969, § 33 Rz. 48). Der Erlaß einer entsprechenden gerichtlichen Verfügung scheitert aber - wie dargelegt - am Fehlen einer rechtlichen Grundlage.

c) Aus der Befugnis des Betreuers, für den einwilligungsunfähigen Betreuten in ärztliche Behandlungen mit Psychopharmaka einzuwilligen, folgt nicht, daß der Betreuer auch befugt wäre, körperlichen Widerstand des Betreuten mit Gewalt zu brechen. Insoweit verzichtet das Betreuungsrecht - wie auch im grundrechtsrelevanten Bereich des Betretens der Wohnung (Art. 13 I, VII GG) - auf Regelungen (BT-Drucks. 11/4528, S. 141).

aa) Ein Teil der Literatur und Rspr. hält es gleichwohl, zumeist aus Zweckmäßigkeitgründen, für zulässig, daß der Betreuer - ggf. mit Genehmigung des VormG - in seinem Aufgabenbereich zur Durchsetzung des Wohls des Betreuten notfalls auch Zwang anwenden kann (für die ambulante Zwangsbehandlung: AmtsG Bremen, RuP 1997, 84, 86; Frost, Arztrechtliche Probleme des neuen Betreuungsrechts, 1994, S. 72 f.; Knittel, Betreuungsrecht, § 1904 BGB Anm. 6f, § 1906 Anm. 22d; Schweitzer, FamRZ 1996, 1317, 1324; Zimmermann, Betreuungsrecht, 4. Aufl. 1999, S. 169; für die Heimunterbringung gegen den Willen des Betreuten: LG Bremen, BtPrax 1994, 102, 103; LG Berlin, FamRZ 1996, 821; Jürgens/Kröger u. a., a.a.O., Rz. 243 f.). Dabei wird die Anwendung von Zwang in diesen Fällen mit der Verwirklichung des Wohls des Betreuten und der Vermeidung weitergehender Beeinträchtigungen begründet. Bei der ambulanten Behandlung wird die Anwendung unmittelbaren Zwangs allerdings auf einmalige oder in der Wiederholung seltene Maßnahmen beschränkt, so daß sie für eine Behandlung einer psychischen Erkrankung kaum in Betracht kommt (vgl. Knittel, a.a.O., § 1904 BGB Rz. 6 ff., § 1906 Rz. 22d; Schweitzer, a.a.O., S. 1324; Jürgens/Kröger u. a., a.a.O., Rz. 241).

bb) Demgegenüber lehnen andere Autoren und Gerichte die Anwendung von Zwang durch den Betreuer außerhalb des Unterbringungsrechts und der dort geregelten Grundlagen in § 1906 BGB und § 70g V FGG ab (Arnold/Kloß, FuR 1996, 263, 265 f.; wohl auch Damrau/Zimmermann, a.a.O., § 1901 BGB Rz. 3b; Dodegge, BtPrax 1996, 173; Pardey, Betreuung Volljähriger: Hilfe oder Eingriff, 1989, S. 140 f.; differenzierend Bienwald, § 1904 BGB Rz. 24; zur zwangsweisen Verbringung eines Betreuten in ein Altenpflegeheim: LG Offenburg, FamRZ 1997, 899, 900; BayObLG, BtPrax 1995, 182, 183).

cc) Der Senat schließt sich der letztgenannten Auffassung an. Der Betreuer ist nach § 1902 BGB der **gesetzliche [ges.] Vertreter** des Betreuten. Er hat dessen Angelegenheiten so zu besorgen, wie es seinem Wohl entspricht, § 1901 II S. 1 BGB. Durch die ges. Vertreterstellung wird die Rechtsmacht des Betreuers nach außen begründet. Gleichzeitig ist er gegenüber dem Betreuten berechtigt, innerhalb des Aufgabenkreises, für den er bestellt ist, dessen Geschäfte zu besorgen. Allerdings ist nach heutigem Verständnis die Einräumung einer Rechtsmacht nicht zwingend mit der Macht zur Durchsetzung der getroffenen Entscheidung verbunden (Jürgens/Kröger u. a., a.a.O., Rz. 240; Helle, FamRZ 1984, 639, 643). Gerade im grundrechtsrelevanten Bereich ist die Rechtsmacht des ges. Vertreters beschränkt. Bei Minderjährigen wird das Recht der Eltern, Anweisungen - notfalls mit Hilfe einer Behörde - durchzusetzen, aus dem Erziehungsrecht und insbesondere aus § 1631 III BGB hergeleitet. Auf diese Vorschrift verweist das Betreuungsrecht in § 1908i I BGB jedoch nicht, da die Funktion des Betreuers für die Personensorge nicht mit derjenigen der sorge- und erziehungsberechtigten Eltern vergleichbar ist. Dementsprechend hat das BVerfG darauf hingewiesen, daß der Vormund im Rahmen der Fürsorge öffentliche Funktionen wahrnimmt und sich daher der Mündel auch gegenüber Handlungen des Vormunds auf seine Grundrechte berufen kann (BVerfGE 10, a.a.O., S. 327 ff.). Insoweit gilt für das Verhältnis des Betreuers zum Betreuten nichts anderes. Dies vorausgesetzt, greift der Gesetzesvorbehalt in Art. 2 II, 104 I GG ein, und es

bedarf zur Vornahme von Zwangshandlungen gegen den Widerstand des Betreuten einer **Rechtsgrundlage durch ein formelles Gesetz**. Eine Analogie zu § 1906 I BGB oder anderen Vorschriften über Zwangsmaßnahmen scheidet ebenso aus wie eine Zwangsbefugnis aufgrund der allgemeinen Regelungen der §§ 1896, 1901, 1902 BGB (Pardey, a.a.O., S. 140). Anderenfalls wäre nicht sichergestellt, daß Eingriffe in die durch Gesetzesvorbehalt gesicherten Grundrechte berechenbar und kontrollierbar bleiben.

Wie der hier zu entscheidende Fall deutlich zeigt, sind klare Grenzen zwischen der **ges. geregelten Unterbringung** und **anderen Zwangsmaßnahmen** des Betreuers notwendig. Die vom OLG vorgenommene Differenzierung danach, ob die ambulante Zwangsbehandlung in einer Einrichtung vorgenommen wird, die auch eine Unterbringung i. S. des § 1906 BGB vornehmen könnte, oder in einer ärztlichen Praxis, ist nicht geeignet, die verfassungsrechtlichen Bedenken zu entkräften. Das gilt unabhängig davon, ob für die Einordnung als **freiheitsentziehende** oder **freiheitsbeschränkende Maßnahme** auf den **Zweck der Maßnahme** oder **deren Dauer** abgestellt wird (vgl. dazu BGHZ 82, a.a.O., S. 266 f., m. N.). Der Zweck der zwangsweisen Verbringung des Betr. zum Arzt ist unabhängig von der Art der Einrichtung, in der die Behandlung vorgenommen werden soll, stets der gleiche. Auch der Eingriff in die Grundrechte des Betr. ist nicht abhängig davon, ob die Depotspritze in einem psychiatrischen Krankenhaus mit geschlossener Abteilung, einem allgemeinen Krankenhaus oder einer Arztpraxis gegeben wird.

Auch im Hinblick auf die **Verfahrensgarantien der §§ 70 ff. FGG** kann die Ansicht des OLG nicht überzeugen. Sie macht eine **Abgrenzung zwischen den Unterbringungsmaßnahmen nach § 1906 I BGB und den unterbringungsähnlichen Maßnahmen nach § 1906 IV BGB** unmöglich. Diese Abgrenzung ist jedoch für das Verfahren von Bedeutung, da die Verfahrensgarantien bei Maßnahmen nach § 1906 IV BGB weniger stark ausgeprägt sind als für die Unterbringung nach § 1906 I BGB. Für erstere ist lediglich die Einholung eines ärztlichen Zeugnisses erforderlich, während für letztere ein Sachverständigengutachten eingeholt werden muß, § 70e I FGG.

Schließlich ist aus **§ 70g V S. 2 FGG**, demzufolge Gewalt bei der Zuführung zur Unterbringung nur bei ausdrücklicher Anordnung durch das Gericht angewandt werden darf, zu schließen, daß der Betreuer in sonstigen Fällen keinen Zwang zur Überwindung körperlichen Widerstandes des Betreuten anwenden darf. Reicht selbst eine gerichtliche Genehmigung der Unterbringungsverfügung, mit der die Rechtmäßigkeit der Unterbringung festgestellt wird, allein nicht aus, um eine Gewaltanwendung zu rechtfertigen, so kann der Einsatz unmittelbaren Zwangs zur Durchsetzung anderer vom Gericht nicht zu genehmigender Maßnahmen des Betreuers erst recht nicht zulässig sein.

Der Senat verkennt nicht, daß das Fehlen einer Zwangsbefugnis dazu führen kann, daß ein Betr. einen erneuten Krankheitsschub erleidet und dann möglicherweise für längere Zeit untergebracht werden muß. Es könnte daher im **Einzelfall** sinnvoll erscheinen und im Interesse des Betr. liegen, daß der Betreuer seine Einwilligung in die **Behandlung auch gegen den Willen des Betr.** durchsetzen könnte. Die Problematik der fehlenden Zwangsbefugnisse im Unterbringungsrecht war indessen bereits im Zeitpunkt des Gesetzgebungsverfahrens zum BtG bekannt (vgl. nur Helle, FamRZ 1984, 643; Pardey, a.a.O., S. 140 f.). Daß der Gesetzgeber gleichwohl auf Regelungen verzichtet hat (BT-Drucks. 11/4528, S. 72, 92 ff.), muß von den Gerichten respektiert werden. Wenn das Anliegen des Betreuungsrechts ernstgenommen wird, die Rechtsstellung psychisch kranker und körperlich, geistig und seelisch behinderter Menschen durch eine grundlegende Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft zu verbessern (BT-Drucks. 11/4528, S. 1), dürfen deren verfassungsrechtlich garantierte Rechte nicht aus **Zweckmäßigkeitgründen** - auch nicht im **wohlverstandenen Interesse der Betr.** - **mißachtet** werden. Darüber hinaus kann den Betreuern, insbesondere den ehrenamtlich tätigen, nicht zugemutet werden, ohne verlässliche Kriterien zu entscheiden, ob die Anwendung unmittelbaren Zwangs in einer bestimmten Situation rechtmäßig ist oder nicht. Schließlich besteht auch nur auf einer ges. Grundlage ein Rechtsanspruch des Betreuers gegen die Behörde, ihn bei der Ausübung von Zwang zu unterstützen.

#### IV.

Aus den dargelegten Gründen sind die Entscheidungen des AmtsG und des LG aufzuheben. Der Senat kann selbst abschließend in der Sache entscheiden.

Die von dem Betreuer beantragte Genehmigung nach § 1906 BGB kann aus **rechtlichen Gründen nicht erteilt werden**. Unter diesen Umständen kommt es auf etwaige den Betr. belastende Verfahrensfehler der Vorinstanzen im Hinblick auf § 70e I FGG und § 70c S. 1 FGG nicht an.

Da der Antrag des Betreuers ausdrücklich- nur - auf eine Genehmigung nach § 1906 BGB gerichtet ist, bedarf es keiner Auseinandersetzung mit der - hiervon zu unterscheidenden - Frage, ob und ggf. inwieweit die Voraussetzungen für eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung der Einwilligung des Betreuers in die ärztliche Behandlung des Betr. nach Maßgabe des § 1904 BGB erfüllt wären.