

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	IX
Literaturverzeichnis	XXI
Abkürzungsverzeichnis	XLI
Einführung	1
A. Problemaufriss	1
B. Die sozialwissenschaftliche Ausgangslage	2
C. Die rechtliche Ausgangslage	5
D. Methodisches Vorgehen und Themeneingrenzung	7
E. Gang der Untersuchung	8
1. Kapitel: Rechtliche Ausgangslage	9
A. Völkerrechtliche Grundlagen	11
B. Verfassungsrechtliche Grundlagen.	15
C. Einfachgesetzliche Rechtsgrundlagen	19
D. Fazit zum ersten Kapitel	44
2. Kapitel: Zulässigkeitsvoraussetzungen	47
A. Deutschland	47
B. Österreich.	68
C. Vergleich und Resümee.	78
D. Fazit zum zweiten Kapitel.	103
3. Kapitel: Gerichtliche Überprüfung	105
A. Verfassungs- und völkerrechtliche Grundlagen	105
B. Richterliche Rechtmäßigkeitsskontrolle	106
C. Vergleich und Resümee.	123
D. Fazit zum dritten Kapitel	143
4. Kapitel: Unterstützung durch Interessenvertreter	145
A. Überblick	145
B. Individuelle Interessenvertretung	146
C. Neutrale Interessenvertretung	162
D. Fazit zum vierten Kapitel	190

5. Kapitel: Staatliche Kontrolle und Überwachung	191
A. Überprüfung von Pflegeeinrichtungen	191
B. Nationale Präventionsmechanismen zur Verhütung von Folter und Misshandlung	198
C. Resümee	204
D. Fazit zum fünften Kapitel	207
6. Kapitel: Prävention von freiheitsentziehenden Maßnahmen	209
A. Haftungsrecht	209
B. Prävention durch Fortbildung und Beratung	219
C. Fazit zum sechsten Kapitel	229
7. Kapitel: Gesamtfazit	231
A. Wesentliche Erkenntnisse des Rechtsvergleichs	231
B. Zusammenfassung der Thesen	237
C. Reformvorschlag zur Regelung von freiheitsentziehenden Maßnahmen im Bereich der stationären Altenpflege	242
D. Reformvorschlag zur Qualifikation von Betreuungsrichtern	243
E. Reformvorschlag zur Einholung eines Sachverständigungsgutachtens	244
F. Reformvorschlag zur Verfahrenspflegschaft in Unterbringungs- sachen	244
G. Reformvorschlag zur Prävention von freiheitsentziehenden Maßnahmen	245
Anhang: Auszüge österreichischer Gesetzestexte	247
A. Heimaufenthaltsgesetz (HeimAufG)	247
B. Bundesverfassungsgesetz zum Schutz der persönlichen Freiheit (PersFrG)	254
C. Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB)	257
D. Erwachsenenschutzvereinsgesetz (ErwSchVG)	269
E. Gesundheits- und Krankenpflegegesetz (GuKG)	272
F. Ärztegesetz 1998 (ÄrzteG 1998)	276
G. Außerstreitgesetz (AußStrG)	278
H. Volksanwaltschaftsgesetz 1982 (VolksanwG)	279
I. Bundesverfassungsgesetz (BV-G)	283

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	XXI
Abkürzungsverzeichnis	XLI
Einführung	1
A. Problemaufriss	1
B. Die sozialwissenschaftliche Ausgangslage	2
C. Die rechtliche Ausgangslage	5
D. Methodisches Vorgehen und Themeneingrenzung	7
E. Gang der Untersuchung	8
1. Kapitel: Rechtliche Ausgangslage	9
A. Völkerrechtliche Grundlagen	9
I. Überblick	9
II. Die Europäische Menschenrechtskonvention	10
1. Geltung und Rang der EMRK in Deutschland und Österreich	10
2. Art. 5 EMRK: Recht auf Freiheit und Sicherheit	10
III. Die Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen der Vereinten Nationen	11
1. Allgemeines	11
2. Relevante Konventionsrechte	12
a) Überblick	12
b) Art. 12 UN-BRK	13
aa) Gleiche Anerkennung vor dem Recht	13
bb) Spezifische staatliche Verpflichtungen	14
B. Verfassungsrechtliche Grundlagen	15
I. Deutschland	15
1. Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG: Recht auf Freiheit der Person	15
2. Art. 104 GG: Rechtsgarantien bei Freiheitsentziehung	16
a) Art. 104 Abs. 1 GG	16
b) Art. 104 Abs. 2 GG	17
II. Österreich	18
1. Verfassungsrechtlicher Schutz durch EMRK und PersFrG	18

2. Zulässigkeit eines Eingriffs und besondere Rechte bei Freiheitsentziehungen	18
C. Einfachgesetzliche Rechtsgrundlagen	19
I. Systematische Einordnung	19
1. Deutschland	19
a) Zivilrechtliche Ebene	20
b) Öffentlich-rechtliche Ebene	20
2. Österreich	21
a) Historischer Hintergrund	22
b) Qualifizierung als hoheitliche Zwangsmaßnahme	22
II. Geltungsbereich der Rechtsgrundlagen	23
1. Deutschland	23
a) Überblick	23
b) Einschränkung in örtlicher Hinsicht	23
c) Einschränkung in personeller Hinsicht	24
d) Einschränkung in zeitlicher Hinsicht	24
aa) Regelmäßigkeit	25
bb) Längerer Zeitraum	25
2. Österreich	26
III. Begriff der freiheitsentziehenden Maßnahme	27
1. Deutschland	27
a) Wesentliche Merkmale	27
b) Keine Freiheitsentziehung bei Einwilligung des Betroffenen	28
aa) Einwilligungsfähigkeit des Betroffenen	28
bb) Möglichkeit der antizipierten Einwilligung	29
c) Freiheitsentziehende Maßnahmen in der Altenpflege	31
aa) Medikamentöse Maßnahmen	32
bb) Personenortungsanlagen	33
2. Österreich	34
a) Wesentliche Merkmale	34
b) Keine Freiheitsentziehung bei Einwilligung des Betroffenen	35
c) Freiheitsbeschränkende Maßnahmen in der Altenpflege	36
aa) Medikamentöse Maßnahmen	36
bb) Androhung von freiheitsbeschränkenden Maßnahmen	37
IV. Vergleich und Resümee	38
1. Überblick	38

2. Geltungsbereich und Begriffsverständnis	38
a) Geltungsbereich der Rechtsgrundlagen	38
b) Begriffsverständnis	39
3. Differierende Stellung im Rechtssystem	41
a) Vergleich	41
b) Dualismus von zivil- und öffentlich-rechtlichem Unterbringungsrecht im deutschen Recht	42
aa) Möglichkeiten der Vereinheitlichung	42
bb) Streichung der betreuungsrechtlichen Regelung?	43
D. Fazit zum ersten Kapitel	44
2. Kapitel: Zulässigkeitsvoraussetzungen	47
A. Deutschland	47
I. Materiell-rechtliche Zulässigkeitsvoraussetzungen	47
1. Psychische Krankheit oder geistige oder seelische Behinderung	48
2. Unterbringungstatbestände des § 1906 Abs. 1 BGB	48
a) Gefahr einer Selbstschädigung	49
b) Notwendigkeit einer medizinischen Behandlung	50
aa) Doppelte Notwendigkeitsbedingung	50
bb) Zulässigkeit der medizinischen Behandlung	51
3. Verhältnismäßigkeitsgebot	52
a) Geeignetheit der Maßnahme	53
b) Erforderlichkeit der Maßnahme	53
aa) Mögliche Alternativmaßnahmen	54
bb) Berücksichtigung von personellen, sachlichen und finanziellen Rahmenbedingungen	55
c) Angemessenheit der Maßnahme	57
II. Formelle Zulässigkeitsvoraussetzungen	58
1. Einwilligung des Betreuers/Vorsorgebevollmächtigten	59
a) Zuständigkeit des Betreuers	59
aa) Ausdrückliche Bestellung für freiheitsentziehende Maßnahmen	60
bb) Wunschbefolgungspflicht des Betreuers	61
b) Zuständigkeit des Vorsorgebevollmächtigten	62
c) Subsidiäre Zuständigkeit des Gerichts	64
d) Subsidiäre Zuständigkeit der Ehegatten	64
2. Gerichtliche Genehmigung	65
III. Durchführung der freiheitsentziehenden Maßnahme	65

1. Durchführungsverantwortung des Betreuers/Vorsorgebevollmächtigten	65
2. Dokumentationspflichten	66
B. Österreich	68
I. Materiell-rechtliche Zulässigkeitsvoraussetzungen	68
1. Psychische Krankheit oder geistige Behinderung	68
2. Gefährdung von Leben oder Gesundheit	69
3. Verhältnismäßigkeit der Freiheitsbeschränkung	69
II. Formelle Zulässigkeitsvoraussetzungen	70
1. Überblick	70
2. Anordnung der freiheitsbeschränkenden Maßnahme	71
a) Überblick	71
b) Anordnungsbefugnis	71
aa) Ärztliche Zuständigkeit	72
bb) Pflegefachliche Zuständigkeit	72
c) Anordnung der Freiheitsbeschränkung	73
d) Vornahme ohne formelle Anordnung	74
3. Ärztliches Dokument bei längerfristigen Freiheitsbeschränkungen	74
4. Zustimmung des Vorsorgebevollmächtigten bzw. Erwachsenenvertreters bei medikamentösen Maßnahmen	75
5. Aufklärung des Betroffenen	75
6. Verständigungspflichten	76
7. Dokumentationspflichten	77
III. Durchführung der freiheitsbeschränkenden Maßnahme	78
C. Vergleich und Resümee	78
I. Überblick	78
II. Zulässigkeitstatbestände	79
1. Gemeinsamkeiten	79
2. Unterschiede	79
a) Überblick	79
b) Umgang mit Fremdgefährdungslagen	79
aa) Österreich	80
bb) Deutschland	80
3. Regulierung von Fremdgefährdungslagen	81
a) Schließung der Regelungslücke	81
b) Vorteile einer gesetzlichen Regelung	82

c) Regelungsmöglichkeit im Betreuungsrecht	83
III. Gesetzliche Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsprinzips	85
1. Vergleich	85
2. Anforderungen an die Bestimmtheit und Klarheit der gesetzlichen Regelung	86
3. Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgebots	86
4. Normierung der speziellen Verfahrensanforderungen für Fixierungen	87
IV. Entscheidung über die Anwendung einer freiheitsentziehenden Maßnahme	88
1. Vergleich	89
a) Individualisierungsansatz in Deutschland	89
b) Professionalisierungsansatz in Österreich.	90
2. Wertende Betrachtung	91
a) Vorteile einer Entscheidung durch Ärzte und Pflegepersonal	91
b) Vorteile einer Entscheidung durch den Betreuer/Vorsorgebevollmächtigten	92
3. Resümee	94
V. Beteiligung des Betroffenen	95
1. Überblick	95
2. Vergleich	96
a) Deutschland	96
b) Österreich.	97
c) Wertende Betrachtung	98
3. Resümee	98
4. Reformbedarf im deutschen Recht.	98
a) Qualitätsdefizite in der Praxis	98
b) Aufklärung und Überzeugungsversuch als Ausprägung des Ultima-Ratio-Prinzips.	99
c) Besprechungspflicht und Überzeugungsversuch als Zulässigkeitsvoraussetzung	100
VI. Dokumentationspflichten	101
1. Vergleich	101
2. Reformbedarf	102
D. Fazit zum zweiten Kapitel.	103
3. Kapitel: Gerichtliche Überprüfung.	105
A. Verfassungs- und völkerrechtliche Grundlagen	105
B. Richterliche Rechtmäßigkeitskontrolle	106

I.	Deutschland	106
1.	Überblick	106
2.	Richtervorbehalt gemäß Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG	106
3.	Ablauf des gerichtlichen Genehmigungsverfahrens	107
a)	Einleitung des Verfahrens	107
b)	Verfahrensbeteiligte	108
c)	Bestellung eines Verfahrenspflegers	108
d)	Sachverhaltsermittlung	109
aa)	Anhörung des Betroffenen	109
bb)	Sachverständigengutachten/Ärztliches Zeugnis	112
cc)	Anhörung weiterer Personen	114
e)	Entscheidung des Betreuungsgerichts	114
aa)	Genehmigungsbeschluss	114
bb)	Vorläufige Entscheidung	115
cc)	Kosten	116
4.	Funktionen des gerichtlichen Überprüfungsverfahrens	116
a)	Wirksamer Schutz vor unzulässigen Freiheits- entziehungen	116
b)	Kontrolle des Betreuers/Vorsorgebevollmächtigten	117
II.	Österreich	118
1.	Überblick	118
2.	Ablauf des gerichtlichen Überprüfungsverfahrens	118
a)	Zweistufiges Verfahren	118
b)	Antrag auf gerichtliche Überprüfung	119
c)	Erstanhörung und vorläufige Entscheidung	119
d)	Mündliche Verhandlung	120
e)	Beschluss des Bezirksgerichts	121
3.	Funktionen des gerichtlichen Überprüfungsverfahrens	123
C.	Vergleich und Resümee	123
I.	Garantie einer richterlichen Rechtmäßigkeitsskontrolle	124
1.	Vergleich	124
2.	Wertende Betrachtung	125
a)	Reaktionsschnelle Gefahrenabwehr durch unmittelbares Tätigwerden	125
b)	Hohes Schutzniveau einer vorangehenden Rechtmäßig- keitskontrolle	125
c)	Zwischenfazit	127

3. Resümee	127
a) Qualifikation von Betreuungsrichtern.....	127
b) Eingangsvoraussetzungen für die Tätigkeit als Betreuungsrichter.....	128
c) Reformvorschlag zur Qualifikation von Betreuungsrichtern.....	129
II. Beteiligung von Sachverständigen	132
1. Überblick	132
2. Rechtliche Umsetzung.....	133
a) Deutschland	133
b) Österreich.....	133
3. Auswahl des Sachverständigen.....	134
a) Deutschland	134
b) Österreich.....	136
c) Reformbedarf	136
aa) Zusätzliche Bestellung eines Pflegesachverständigen... ..	137
bb) Personenverschiedenheit von behandelndem Arzt und Sachverständigem.	138
4. Form der sachverständigen Beteiligung	140
a) Vergleich.....	140
b) Besonderheiten des ärztlichen Zeugnisses	140
c) Umkehr des Regel-Ausnahme-Prinzips in § 321 Abs. 2 FamFG.....	141
d) Reformvorschlag zu § 321 Abs. 2 FamFG.....	142
D. Fazit zum dritten Kapitel	143
4. Kapitel: Unterstützung durch Interessenvertreter	145
A. Überblick.....	145
B. Individuelle Interessenvertretung	146
I. Recht auf persönliche Unterstützung	146
II. Deutschland	147
1. Interessenvertretung durch den rechtlichen Betreuer/Vorsorgebevollmächtigten.....	147
2. Interessenvertretung bei Anwendung von freiheitsentziehenden Maßnahmen	147
a) Überblick	147
b) Einwilligung in die freiheitsentziehende Maßnahme.....	148
c) Partizipation im Genehmigungsverfahren.....	149
d) Fortlaufende Kontrolle	149

3. Interessenvertretung durch Angehörige oder Vertrauenspersonen	150
III. Österreich	150
1. Überblick	150
2. Allgemeine Interessenvertretung durch den Vorsorgebevollmächtigten bzw. Erwachsenenvertreter	151
a) Zum Institut der Erwachsenenvertretung	151
b) Rechte und Pflichten des Vorsorgebevollmächtigten bzw. Erwachsenenvertreters	153
3. Interessenvertretung bei Anwendung einer Freiheitsbeschränkung i.S.d. HeimAufG.	154
a) Verständigung nach § 7 Abs. 2 HeimAufG.	154
b) Ermittlungsbefugnisse nach § 9 Abs. 1 HeimAufG.	155
c) Befugnis zur Beantragung eines gerichtlichen Überprüfungsverfahrens	156
d) Befugnis zur Beantragung einer neuerlichen gerichtlichen Überprüfung der Maßnahme	156
IV. Vergleich	157
1. Überblick	157
2. Besprechung der freiheitsentziehenden Maßnahme	157
a) Deutschland	158
b) Österreich	158
c) Resümee	158
3. Verpflichtung zum persönlichen Kontakt	159
4. Rechtsschutz und Kontrolle durch Beteiligung der individuellen Interessenvertreter	160
a) Deutschland	160
b) Österreich	161
c) Resümee	161
C. Neutrale Interessenvertretung	162
I. Notwendigkeit der Beteiligung von neutralen Interessenvertretern zum Schutz der Betroffenen	162
II. Deutschland	163
1. Das Institut der Verfahrenspflegschaft	163
2. Person des Verfahrenspflegers	165
a) Auswahl der Person	165
b) Anforderungsprofil	165
c) Der „Werdenfelser Weg“	166

aa) Die Initiative	167
bb) Kritik.	167
3. Rolle und Aufgaben des Verfahrenspflegers	168
4. Vergütung und Aufwendungsersatz	170
III. Österreich	170
1. Das Institut der Bewohnervertretung	171
2. Person des Bewohnervertreters.	171
3. Aufgaben des Bewohnervertreters	172
a) Ermittlungsbefugnisse der Bewohnervertreter	172
b) Außergerichtliche Krisenintervention	173
c) Befugnis zur Beantragung einer Rechtmäßigkeitskontrolle ..	174
d) Zusammenarbeit mit weiteren Behörden	174
4. Rolle des Bewohnervertreters.	175
a) Fürsprecher der betroffenen Heimbewohner	175
b) Berater der Pflegeeinrichtung	176
5. Vergütung	177
IV. Vergleich	177
1. Notwendigkeit der Beteiligung	177
a) Vergleich.	177
b) Kritik an den gesetzlichen Einschränkungen im deutschen Recht	178
aa) Erforderlichkeit der Verfahrenspflegerbestellung	178
bb) Vorrang der anwaltlichen Vertretung	180
2. Aufgabenprofil.	181
a) Vergleich.	181
b) Wertende Betrachtung	181
3. Qualifikationsanforderungen.	183
a) Vergleich.	183
b) Wertende Betrachtung	184
c) Gesetzliche Qualifikationsvoraussetzungen für Verfahrensbeistände.	184
d) Mögliche Neuregelung	186
e) Formulierungsvorschlag	189
D. Fazit zum vierten Kapitel	190
5. Kapitel: Staatliche Kontrolle und Überwachung	191
A. Überprüfung von Pflegeeinrichtungen	191
I. Deutschland.	191

1. Heimaufsichtsbehörden	191
2. Medizinische Dienste (MD)	193
II. Österreich	194
1. Heimaufsichtsbehörden	194
2. Bewohnervertretungen	195
3. Pflegeanwaltschaften	196
III. Vergleich	196
1. Gemeinsamkeiten	196
2. Unterschiede	197
a) Meldung von freiheitseinschränkenden Maßnahmen	197
b) Vernetzung der Heimaufsichtsbehörden	197
B. Nationale Präventionsmechanismen	
zur Verhütung von Folter und Misshandlung	198
I. Fakultativprotokoll der Vereinten Nationen zum Anti-Folter-übereinkommen	199
II. Deutschland	199
1. Nationale Stelle zur Verhütung von Folter	199
2. Besuche in Einrichtungen der Altenpflege	200
III. Österreich	201
1. Kommissionen der Volksanwaltschaft	201
2. Besuche in Einrichtungen der Altenpflege	202
IV. Vergleich	203
C. Resümee	204
I. Meldung und Dokumentation von freiheitsentziehenden Maßnahmen mit Einwilligung des Betroffenen	204
II. Systematische Vernetzung der Heimaufsichtsbehörden	206
D. Fazit zum fünften Kapitel	207
6. Kapitel: Prävention von freiheitsentziehenden Maßnahmen	209
A. Haftungsrecht	209
I. Präventionsfunktion des Haftungsrechts	209
II. Deutschland	210
1. Anspruchsgrundlagen	210
2. Anspruchsgegner	210
a) Pflegeeinrichtung	211
aa) Rechtswidrige Anwendung	211
bb) Pflichtwidrige Unterlassung	211
cc) Unsachgemäße Durchführung	213

b) Betreuer/Vorsorgebevollmächtigter	214
aa) Rechtswidrige Anwendung	214
bb) Pflichtwidrige Unterlassung	215
c) Betreuungsrichter und Sachverständiger	215
d) Staatshaftung des Landes	216
aa) Passivlegitimation des Landes	216
bb) Anspruchsvoraussetzungen	217
III. Österreich	217
IV. Vergleich und Resümee	218
B. Prävention durch Fortbildung und Beratung	219
I. Deutschland	219
1. Schulung des Pflegepersonals	219
2. Erarbeitung von Präventionskonzepten	220
3. Beratung von Betreuern und Vorsorgebevollmächtigten	221
II. Österreich	221
1. Schulung und Fortbildung des Pflegepersonals	221
2. Beratung und Unterstützung durch die Bewohnervertretung	222
III. Vergleich	222
IV. Resümee	223
1. Prävention durch Fortbildung	223
a) Wirksamkeit von Schulungsprogrammen	224
b) Verpflichtung zur Erarbeitung eines Präventionskonzepts	225
c) Formulierungsvorschlag	225
2. Prävention durch Beratung	226
a) Institutionelle Beratungsangebote	226
b) Vorschlag von Klie	226
c) Vorschlag des Deutschen Ethikrates	228
d) Formulierungsvorschlag	228
C. Fazit zum sechsten Kapitel	229
7. Kapitel: Gesamtfazit	231
A. Wesentliche Erkenntnisse des Rechtsvergleichs	231
I. Rechtliche Ausgangslage	231
II. Zulässigkeitsvoraussetzungen	232
III. Gerichtliche Überprüfung	233
IV. Unterstützung durch Interessenvertreter	234
1. Individuelle Interessenvertretung	234

2. Neutrale Interessenvertretung	235
V. Staatliche Kontrolle und Überwachung	236
VI. Prävention	236
B. Zusammenfassung der Thesen	237
C. Reformvorschlag zur Regelung von freiheitsentziehenden Maßnahmen im Bereich der stationären Altenpflege	242
D. Reformvorschlag zur Qualifikation von Betreuungsrichtern	243
E. Reformvorschlag zur Einholung eines Sachverständigengutachtens ..	244
F. Reformvorschlag zur Verfahrenspflegschaft in Unterbringungs- sachen	244
G. Reformvorschlag zur Prävention von freiheitsentziehenden Maßnahmen	245
Anhang:	
Auszüge österreichischer Gesetzestexte	247
A. Heimaufenthaltsgesetz (HeimAufG)	247
B. Bundesverfassungsgesetz zum Schutz der persönlichen Freiheit (PersFrG)	254
C. Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB)	257
D. Erwachsenenschutzvereinsgesetz (ErwSchVG)	269
E. Gesundheits- und Krankenpflegegesetz (GuKG)	272
F. Ärztegesetz 1998 (ÄrzteG 1998)	276
G. Außerstreitgesetz (AußStrG)	278
H. Volksanwaltschaftsgesetz 1982 (VolksanwG)	279
I. Bundesverfassungsgesetz (BV-G)	283