

THOMAS SASCHENBRECKER

RECHTSANWALT

Friedrichstrasse 2
D - 76275 Ettlingen

Tel. 0 72 43 - 33 20 10
Fax 0 72 43 - 71 96 30
Email anwalt@gmx.com

Stellungnahme

Zur Frage der Verfassungskonformität des Entwurfs einer Neufassung der §§ 1906 BGB, 312 ff. FamFG als Eingriffstatbestand für eine Zwangsbehandlung mit Neuroleptika.

1. Problemstellung

Für die medizinische Behandlung eines Menschen gilt generell, dass der Patient selbst entscheidet, ob er ärztliche Hilfe in Anspruch nimmt oder aber diese ablehnt, unabhängig davon, ob diese Vorgabe an den Arzt aus medizinischer Sicht vernünftig erscheint oder nicht.

Kein Patient kann im Zuge einer Duldungspflicht genötigt werden, einen medizinischen Eingriff oder eine medizinische Behandlung und damit eine Maßnahme zu dulden, „die grundsätzlich den Straftatbestand der Körperverletzung erfüllt“ weil jedweder Eingriff in die körperliche Unversehrtheit „nur mit der – in strafrechtlicher Hinsicht rechtfertigenden – Einwilligung des Betroffenen zulässig ist“¹.

¹ OLG Zweibrücken, 1 Ws 90/11 Beschluss vom 01.08.2011 (juris)

Zwangsbehandlung, also jede medizinische bzw. ärztliche Behandlung gegen den natürlichen (verbal, durch Gesten oder sonst in irgendeiner Ausdrucksform erklärten) Willen eines Patienten ist rechtlich zunächst verboten, weil die Behandlung gegen den Willen in das Grundrecht eines Betroffenen aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, dessen Recht auf körperliche Unversehrtheit, eingreift.

Dieses Grundrecht aus Art. 2 GG schützt die körperliche Integrität des Grundrechtsträgers und damit auch sein Selbstbestimmungsrecht. Zu seinem traditionellen Gehalt gehört der Schutz gegen jedwede angeordnete oder auch nur gebilligte Zwangsbehandlung².

Das gilt auch dann, wenn eine ärztliche Behandlung zu dem Zweck der Heilbehandlung und damit mit dem Ziel der Linderung und Heilung von Krankheiten vorgenommen wird, denn eine „schädigende Zielrichtung“ der Behandlung ist nicht Voraussetzung für das Vorliegen eines Eingriffs in das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit³.

Die Eingriffsqualität entfällt auch nicht bereits dann, wenn der Betroffene der abgelehnten Behandlung keinen physischen Widerstand entgegensetzt, denn das bloße Aufgeben einer bestimmten Form des Protests darf hier nicht als Zustimmung gedeutet werden⁴.

Kein Mensch muss sich folglich, so der aus dem Grundrechtsschutz des Art. 2 GG resultierende Grundsatz, gegen seinen Willen einer ärztlichen Behandlung oder einem ärztlichem Eingriff unterziehen, wenn er dies erklärtermaßen nicht will.

² BVerfGE 79, 174 S. 201

³ BVerfG NJW 1997, S. 3085

⁴ BVerfG NJW 2011, 2113 ff.

Die medizinische Behandlung eines Betroffenen, die ihrer Art nach das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit berührt, greift in dieses Grundrecht allenfalls dann nicht ein, wenn sie von der frei erteilten Einwilligung des Patienten gedeckt ist und auf der Grundlage einer hinreichenden ärztlichen Aufklärung, die den Patienten in die Lage versetzt, die Risiken einer Behandlung bzw. eines Eingriffes mit dem Nutzen abzuwägen, beruht.

Dies setzt nach obergerichtlicher Rechtsprechung allerdings voraus, dass der Betroffene einwilligungsfähig ist und diese Folgen absehen kann⁵, keinem unzulässigen Druck ausgesetzt wurde, etwa durch das Androhen oder Ankündigen von Sanktionen für den Fall der Noncompliance bzw. Behandlungsverweigerung⁶.

Krankheitsbedingte Einsichtsunfähigkeit eines Betreuten ändert nach der aktuellen höchstrichterlichen Rechtsprechung allerdings nichts daran, dass eine gegen den natürlichen Willen erfolgende Behandlung, die die körperliche Integrität berührt, einen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG darstellt.

Denn gerade diese Behandlung kann dazu führen, dass der Eingriff von dem Betroffenen als besonders bedrohlich erlebt wird, was die Intensität des Eingriffs noch erhöht.

Fehlende Einsichtsfähigkeit in eine Erkrankung lässt den Schutz des Art. 2 Abs. 2 GG nicht entfallen⁷. Auch die Einwilligung des für einen einsichts- und einwilligungsunfähigen nach § 1906 BGB Untergebrachten bestellten Betreuers würde im Zuge der früher favorisierten sog. „betreuungsrechtlichen

⁵ BGHZ 29, 46 S. 51; 154, 205 S. 210

⁶ BVerfG NJW 2011, 2113 ff. und FamRZ 2011, 1128 ff.

⁷ BVerfG NJW 2002, S. 206 f.

Lösung“ der Maßnahme nicht einen Eingriffscharakter in Art. 2 GG nehmen. Dies ist damit begründet, dass ein Eingriff auch bei Einwilligung des Betreuers gegen den natürlichen Willen des Betroffenen erfolgen würde⁸ und in dessen Recht auf körperlicher Unversehrtheit eingreift. Die Stellung eines Betroffenen als Rechtssubjekt auch dann, wenn für ihn eine Betreuung für den Aufgabenkreis der Gesundheitsorge bzw. einer Unterbringungsgenehmigung nach § 1906 BGB eingerichtet ist, gebietet es, ihm eigenständige Abwehrrechte gegen staatliche Maßnahmen wegen eines Eingriffes in seine körperliche Unversehrtheit zuzubilligen.

Eine mögliche krankheitsbedingte Einschränkung der Einwilligungsfähigkeit kann nicht die Übertragung dieser möglichen Abwehrrechte auf einen Dritten, etwa den Betreuer oder den Bevollmächtigten einer Vorsorgevollmacht bedeuten. Grundrechte sind generell nicht disponibel und höchstpersönliche Rechte.

2. Der Gesetzesentwurf des § 1906 BGB

a. Eingriffsgrundlage für die medikamentöse bzw. neuroleptische Zwangsbehandlung eines einwilligungsunfähigen Betroffenen, für den eine Betreuung eingerichtet ist, war nach bisheriger Ansicht des BGH⁹ materiellrechtlich während der - gerichtlich genehmigten - stationären Unterbringung bislang die Vorschrift des § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB¹⁰.

Eine Zwangsbehandlung sollte demnach in den gesetzlich geregelten Fällen einer nach dem Maßstab des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zulässigen

⁸ BVerfGE 10, 302 S. 309 ff.; v. Storch, *Der fürsorgliche Entzug von Grundrechten*, 2006, S. 30 ff.

⁹ BGH NJW 2006, S. 1277 ff.

¹⁰ BGH XII ZB 236/05 - Beschluss vom 01.02.2006 (juris)

medizinischen Unterbringungsmaßnahme nach § 1906 BGB grundsätzlich in Betracht kommen ¹¹.

Diese Rechtsprechung hat der Bundesgerichtshof in mehreren Beschlüssen seit dem 20.06.2012 aufgegeben ¹²:

§ 1906 BGB und auch die übrigen betreuungsrechtlichen materiellen und verfahrensrechtlichen Vorschriften sind nach dieser Ansicht keine hinreichende Eingriffsgrundlage zur Zwangsbehandlung. Für die aktuell bzw. potentiell Betroffenen einer Maßnahme der zwangsweisen Behandlung mit Neuroleptika gegen den Willen nach § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB seien die wesentlichen Voraussetzungen für eine Zwangsbehandlung aus dem Gesetz selbst nicht erkennbar und auch nicht (mehr) im Wege der Auslegung ableitbar.

Hinzu komme, dass § 1906 BGB seinem Wortlaut nach unmittelbar nur die Kontrolle eines Eingriffs in die von Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG geschützte Freiheit der Person gewährleiste, sich aber nicht zu dem in besonders intensiver Weise tangierten, von Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG mit geschützten Recht auf Selbstbestimmung des Betroffenen hinsichtlich seiner körperlichen Integrität ¹³(vgl.) verhalte.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sei zwar auch in der bisherigen Rechtsprechung des BGH ¹⁴ beachtet worden, weil „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“ einbezogen worden sei.

¹¹ BGH XII ZB 236/05 - Beschluss vom 01.02.2006 (juris)

¹² BGH XII ZB 99/12 Beschluss vom 20.06.2012; BGH XII ZB 130/12 Beschluss vom 20.06.2012

¹³ BVerfG FamRZ 2011, 1128 Rn. 44

¹⁴ BGH FamRZ 2006, 615, S. 616

§ 1906 BGB selbst enthalte aber, so der BGH in aktuellen Beschlüssen unter Verweis auf die jüngste verfassungsrechtliche Rechtsprechung ¹⁵ keine unmittelbaren gesetzlichen Ausführungen zur Zwangsbehandlung.

Konkret anzuwendenden Maßnahmen nach Art und Dauer - einschließlich der Auswahl und Dosierung einzusetzender Medikamente und begleitender Kontrollen - seien zwar durch Rechtsgrundsätze des BGH geregelt worden ¹⁶, gleichwohl seien die Regelungen nicht gesetzlich normiert. Auch würden gesetzliche Regelungen dazu fehlen, dass die Zwangsbehandlung nicht mit Belastungen verbunden sein dürfe, die außer Verhältnis zu dem erwartbaren Nutzen stehen. Ebenso fehlten Regelungen dahingehend, dass die Zwangsbehandlung nur das letzte Mittel darstellen dürfe, also eine weniger eingreifende Behandlung aussichtslos sein müsse ¹⁷.

Die bisherigen Leitsätze des BGH zur Zwangsbehandlung wie die Entscheidung des BGH vom 01.02.2006 ¹⁸ seien berücksichtigt, man halte diese aber durch die Entscheidungen des BVerfG für nicht mehr haltbar. Jedenfalls seien diese Leitsätze und Grundzüge reines „Richterrecht“ ohne Niederschlag im gesetzlichen Regelungswert und nur im Wege der Auslegung ermittelt. Dies reiche hierzu wegen der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts nicht aus ¹⁹, denn die Anforderungen an den Grad der Klarheit und Bestimmtheit seien umso strenger, je intensiver der Grundrechtseingriff sei, den eine Norm vorsehe.

¹⁵ BVerfG NJW 2011, 2113 ff. und FamRZ 2011, 1128 ff.

¹⁶ vgl. „Rezepturteil“ des BGH in XII ZB 236/05 - Beschluss vom 01.02.2006 (juris)

¹⁷ BVerfG NJW 2011, 2113 ff und FamRZ 2011, 1128 ff.

¹⁸ BGH XII ZB 236/05 nach Vorlagebeschluss des OLG Celle im Verfahren 17 W 132/05

¹⁹ BGH XII ZB 99/12 Beschluss vom 20.06.2012

Für die näheren Anforderungen sei auch der jeweilige Kreis der Betroffenen und der befassten Gerichte, in diesem Falle der Betreuungsgerichte von Bedeutung²⁰.

Auch sind in verfahrensrechtlicher Hinsicht im FamFG nach Ansicht des BGH die für die Verwirklichung der Grundrechte wesentlichen Fragen zur Zwangsbehandlung gesetzlich nicht geregelt.

Die Gabe von Neuroleptika gegen den natürlichen Willen des Betreuten stelle, so der BGH zusammenfassend, einen schweren Eingriff sowohl in das Grundrecht auf körperliche Integrität wie auch in das Selbstbestimmungsrecht (Art. 2 Abs. 2 GG) dar. Auch die Einwilligung des Betreuers für die einwilligungs- und krankheitsuneinsichtigen Betroffenen nehme einer gegen den natürlichen Willen erfolgten Zwangsbehandlung nicht ihren Eingriffscharakter.

Der Eingriff bedürfe, wie bei anderen Grundrechtseingriffen auch, eines Gesetzes, das sowohl die materiellen wie die formellen Eingriffsvoraussetzungen bestimme.

Da das BVerfG in einer Entscheidung vom 15.12.2011 (2 BvR 2362/11)²¹ ausdrücklich darauf hingewiesen habe, so der dieser Entscheidung folgende BGH, dass das Verfassungsgericht die wesentlichen Grundlagen einer Zwangsbehandlung geklärt habe und dass es an den Fachgerichten sei, entsprechend zu verfahren, sei in § 1906 BGB keine Eingriffsgrundlage der Zwangsbehandlung mehr zu sehen.

²⁰ BVerfG NJW 2011, 2113 ff. und FamRZ 2011, 1128 ff.

²¹ BVerfG NJW 2011, 2113 ff. und FamRZ 2011, 1128 ff.

b. Der Gesetzgeber plant wegen der faktischen Untersagung jedweder Zwangsbehandlung durch die Obergerichte auf dem Bereich des Betreuungsrechtes eine Neufassung des § 1906 BGB und der korrespondierenden verfahrensrechtlichen Regelungen des FamFG. Die entsprechenden Regelungen sollen dann eine pharmakologische Zwangsbehandlung bei einwilligungsunfähigen Betreuten (wieder) ermöglichen.

§ 1906 BGB soll nach diesen Vorgaben künftig voraussichtlich lauten:

§ 1906 BGB - Genehmigung des Betreuungsgerichts bei der Unterbringung

(1) Eine Unterbringung des Betreuten durch den Betreuer, die mit Freiheitsentziehung verbunden ist, ist nur zulässig, solange 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. zur Abwendung eines drohenden erheblichen gesundheitlichen Schadens eine Untersuchung des Gesundheitszustands, eine Heilbehandlung oder ein ärztlicher Eingriff notwendig ist, ohne die Unterbringung des Betreuten nicht durchgeführt werden kann und der Betreute auf Grund einer psychischen Krankheit oder geistigen oder seelischen Behinderung die Notwendigkeit der Unterbringung nicht erkennen oder nicht nach dieser Einsicht handeln kann.*

(2) Die Unterbringung ist nur mit Genehmigung des Betreuungsgerichts zulässig. Ohne die Genehmigung ist die Unterbringung nur zulässig, wenn mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist; die Genehmigung ist unverzüglich nachzuholen. Der Betreuer hat die Unterbringung zu beenden, wenn ihre Voraussetzungen wegfallen. Er hat die Beendigung der Unterbringung dem Betreuungsgericht anzuzeigen

(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. die ärztliche Zwangsmaßnahme im Rahmen dieser Unterbringung zum Wohle des Betreuten erforderlich ist, um einen drohenden erheblichen gesundheitlichen Schaden abzuwenden,

3. der erhebliche gesundheitliche Schaden durch keine andere zumutbare Maßnahme abgewendet werden kann und

4. wenn 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.

(4) Die Absätze 1 und 2 gelten entsprechend, wenn dem Betreuten, der sich in einer Anstalt, einem Heim oder einer sonstigen Einrichtung aufhält, ohne untergebracht zu sein, durch mechanische Vorrichtungen, Medikamente oder auf andere Weise über einen längeren Zeitraum oder regelmäßig die Freiheit entzogen werden soll.

(5) Die Unterbringung durch einen Bevollmächtigten und die Einwilligung eines Bevollmächtigten in Maßnahmen nach den Absätzen 3 und 4 setzen voraus, dass die Vollmacht schriftlich erteilt ist und die in den Absätzen 1, 3 und 4 genannten Maßnahmen ausdrücklich umfasst. Im Übrigen gelten die Absätze 1 bis 4 entsprechend.

§§ 312, 323, 329 und 333 FamFG sollen das Verfahrensrecht zu Unterbringung und Zwangsbehandlung künftig wie folgt regeln:

§ 312 FamFG - Unterbringungssachen

Unterbringungssachen sind Verfahren, die

1. die Genehmigung einer freiheitsentziehenden Unterbringung und die Genehmigung einer Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme (§ 1906 Absatz 1 bis 3a des Bürgerlichen Gesetzbuchs) eines Betreuten oder einer Person, die einen Dritten zu ihrer freiheitsentziehenden Unterbringung und zu einer ärztlichen Zwangsmaßnahme bevollmächtigt hat (§ 1906 Absatz 5 des Bürgerlichen Gesetzbuchs),

2. die Genehmigung einer freiheitsentziehenden Maßnahme nach § 1906 Abs. 4 des Bürgerlichen Gesetzbuchs oder

3. eine freiheitsentziehende Unterbringung und eine ärztliche Zwangsmaßnahme eines Volljährigen nach den Landesgesetzen über die Unterbringung psychisch Kranker.

Auf die ärztliche Zwangsmaßnahme finden die für die Unterbringung in diesem Abschnitt geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung, soweit nichts anderes bestimmt ist.

§ 323 FamFG - Inhalt der Beschlussformel (des Betreuungsgerichtes zur Unterbringung)

(1) Die Beschlussformel enthält im Fall der Genehmigung oder Anordnung einer Unterbringungsmaßnahme auch

1. die nähere Bezeichnung der Unterbringungsmaßnahme sowie
2. den Zeitpunkt, zu dem die Unterbringungsmaßnahme endet.

(2) Die Beschlussformel enthält im Fall der Genehmigung einer Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme oder im Fall der Anordnung einer ärztlichen Zwangsmaßnahme auch Angaben zur Durchführung und Dokumentation dieser Maßnahme in der Verantwortung eines Arztes.

§ 329 - Dauer und Verlängerung der Unterbringung

(1) Die Unterbringung endet spätestens mit Ablauf eines Jahres, bei offensichtlich langer Unterbringungsbedürftigkeit spätestens mit Ablauf von zwei Jahren, wenn sie nicht vorher verlängert wird. Die Genehmigung einer Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme oder deren Anordnung darf die Dauer von sechs Wochen nicht überschreiten, wenn sie nicht vorher verlängert wird.

(2) (...)

§ 333 - Dauer der einstweiligen Anordnung

(1) Die einstweilige Anordnung darf die Dauer von sechs Wochen nicht überschreiten. Reicht dieser Zeitraum nicht aus, kann sie nach Anhörung eines Sachverständigen durch eine weitere einstweilige Anordnung verlängert werden. Die mehrfache Verlängerung ist unter den Voraussetzungen der Sätze 1 und 2 zulässig. Sie darf die Gesamtdauer von drei Monaten nicht überschreiten. Eine Unterbringung zur Vorbereitung eines Gutachtens (§ 322 FamFG) ist in diese Gesamtdauer einzubeziehen.

(2) Die einstweilige Anordnung im Falle der Genehmigung einer Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme oder deren Anordnung darf die Dauer von zwei Wochen nicht überschreiten. Bei mehrfacher Verlängerung darf die Gesamtdauer sechs Wochen nicht überschreiten.

c. Die Gesetzesinitiative sieht Anlass für die Formulierung in der derzeit wegen der obergerichtlichen Rechtsprechung fehlenden rechtlichen Grundlage und den daraus resultierenden drohenden gesundheitlichen Gefahren für Betreute.

Menschen, denen krankheitsbedingt die Einsicht in die Behandlungsnotwendigkeit fehle, könnten derzeit medizinisch nicht ausreichend versorgt werden. Dies würde unter Umständen „zu erheblichen gesundheitlichen Schäden“ führen. So könne bei einem psychisch Kranken eine akute Krankheitsepisode bei einer Nichtbehandlung einen schwereren und längeren Verlauf nehmen. Dies kann für den Betroffenen mit einem extremen Leiden verbunden sein.

Motiv des Gesetzgebers ist ausweislich der Begründung der Formulierungshilfe der Umstand, dass „auch die Erhaltung der Gesundheit und die Verringerung und Beseitigung von Krankheiten“ zum Wohl des Betreuten zu den staatlichen Pflichten im Sinne des Betreuungsrechtes gehöre. Könne der Betreute „aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer seelischen oder geistigen Behinderung die Notwendigkeit der ärztlichen Maßnahme nicht erkennen oder nicht nach dieser Einsicht handeln“ und drohe dem Betreuten erheblicher gesundheitlicher Schaden, müsse „der Betreuer in die ärztlich gebotenen Maßnahmen auch gegen den natürlichen Willen des Betreuten einwilligen“ können. Der Betreuer muss aber „für seine Entscheidung prüfen, ob die ärztliche Maßnahme dem früher erklärten freien Willen des Betreuten“ oder dem entspreche, was der Betreute aktuell „wollen würde, wenn er nicht aktuell einwilligungsunfähig wäre“. Die hierfür maßgeblichen Regelungen enthalte das Betreuungsrecht in den §§ 1901, 1901a, 1901b und 1904 BGB.

Allerdings fehle es „an den verfassungsrechtlich gebotenen Anforderungen und Verfahrensgarantien für ärztliche Zwangsmaßnahmen“, weil § 1906 BGB und die dazu kongruenten verfahrensrechtlichen Regelungen „nur die Unterbringung, nicht aber die ärztlichen Zwangsmaßnahmen“ benennen. Deshalb sei es „Aufgabe des Gesetzgebers, eine gesetzliche Regelung für die Einwilligung des Betreuers in eine ärztliche Zwangsmaßnahme im Rahmen einer Unterbringung nach § 1906 Absatz 1 Nummer 2 BGB zu schaffen“.

Die vorgeschlagene Formulierungshilfe schaffe für die Beteiligten damit mehr Transparenz und werde dazu beitragen, die gerichtliche Praxis stärker zu vereinheitlichen.

Die strengen materiellen und verfahrensrechtlichen Anforderungen würden zudem die Selbstbestimmung der Betreuten stärken und auch den Zielen des Übereinkommens der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (VN-Behindertenrechtskonvention) Rechnung tragen.

3. Die geplante Novellierung der §§ 1906 BGB, 312, 323, 329 und 333 FamFG vor dem Hintergrund der aktuellen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes und des Bundesgerichtshofes

Grundsätzlich sind auch nach zitierter aktueller Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes und des Bundesgerichtshofes betreuungsrechtliche Eingriffsgrundlagen für Zwangsmedikation und Zwangsbehandlung denkbar.

a. Das Wohl des Betroffenen als Motiv der Gesetzesnovellen und als Legitimation der Zwangsmaßnahme in § 1906 Abs. 3 S. 2 BGB n.F.

Bedenklich ist, dass die Begründung der Formulierungshilfe ebenso wie die Legitimation des vorgesehenen § 1906 Abs. 3 S. 2 BGB auf ein vermeintliches „Wohl eines Betreuten“ Bezug nimmt, ohne dem individuellen Rechtscharakter dieses ausfüllungsbedürftigen unbestimmten Rechtsbegriffes des „Wohles des Betreuten“ hinreichend Rechnung zu tragen.

Dieser Begriff des „Wohles“ ist letztlich seit jeher zu unbestimmt, als dass hieraus eine hinreichend deutliche gesetzliche Grundlage der Legitimation der Zwangsbehandlung für Fälle der fehlenden Einsichtsfähigkeit abgeleitet werden könnte.

Eine woraus auch immer hergeleitete Definition dieses Rechtsbegriffes darf insbesondere nicht dazu dienen, ersichtlich gegen den erklärten und natürlichen Willen eines Betroffenen gerichtete Maßnahmen unbeschadet einer Einwilligungsfähigkeit zur Geltung zu verhelfen.

Was gegen den erklärten Willen eines Betreuten gerichtet ist, kann nicht dessen subjektivem Wohl entsprechen.

Andere Ansichten sind antiquiert und werden dem Primat eines Selbstbestimmungsrechtes für alle Bereiche ärztlicher Behandlung und dem seit 01.09.2009 in Kraft getretenen Patientenverfügungsgesetz und der daraus resultierenden Stärkung der individuellen Selbstbestimmung nicht mehr gerecht. Eine restriktive Handhabe bei der Zwangsbehandlung einwilligungsunfähiger Betreuer widerspricht zudem dem von der Rechtsprechung seit langem anerkannten „Recht auf Krankheit“²² auch bei einem psychisch Kranken.

Ein Betroffener kann nicht deshalb zu einem bloßen Objekt staatlichen Handelns herabgestuft werden, weil eben dieses staatliche Handeln in letzter Konsequenz einer wie auch immer zu definierenden Vernunftshoheit der Ärzte Subordination abverlangt.

Ein beachtlicher Behandlungswille im Sinne der erklärten Ablehnung einer Behandlung jedenfalls läuft dem beachtlichen Willen des einwilligungsunfähigen Betreuten nicht bereits dann im Sinne des § 1901 Abs. 3 Satz 1 BGB dessen Wohl zuwider, weil er dem objektivierten Interesse des Betreuten aus gesundheitlichen Gründen widerspricht.

Vielmehr muss ein Behandlungswille und auch Nichtbehandlungswille des Betreuten im Grundsatz beachtlich sein, sofern die Erfüllung des Willens nicht höherrangige Rechtsgüter des Betreuten ganz erheblich gefährden oder seine gesamte Lebenssituation erheblich verschlechtern würde. Der Vorrang des Willens des Betreuten gilt seit jeher in der betreuungsrechtlichen Rechtsprechung für solche natürlichen Willensbekundungen, die Ausfluss des Selbstbestimmungsrechts des Betreuten sind.

Gemäß § 1901 Abs. 2 Satz 2 BGB gehört zum Wohl des Betreuten auch die Möglichkeit, im Rahmen seiner Fähigkeiten sein Leben nach seinen eigenen Wünschen und Vorstellungen zu gestalten. Folglich läuft ein Wunsch nicht bereits dann im Sinne des § 1901 Abs. 3 Satz 1 BGB dem Wohl des Betreuten zuwider, wenn dieser Wille „wohlverstandenen“, objektiv-ärztlichen Interessen widerspricht²³.

Zudem könnte das Ziel des Gesetzes, das Selbstbestimmungsrecht des Betreuten zu stärken und seinem Willen grundsätzlich den Vorrang einzuräumen, nicht erreicht werden, wenn die Wunschbefolgungspflicht des

²³ Vgl. BGH, Urteil vom 22.07.2009 - XII ZR 77/06

Betreuers ²⁴ sich nunmehr an einem „objektiven Wohl“ des Betreuten orientiert.

Die Motive der Formulierungshilfe können damit nicht aus dem unbestimmten Rechtsbegriff des Wohles des Betreuten hergeleitet werden. Dieses kann auch nicht Legitimationsgrundlage der Zwangsbehandlung wie in § 1906 Abs. 3 S. 2 vorgesehen sein.

b. Keine Zwangsbehandlung ohne Einwilligung des einwilligungsfähigen Patienten

Aus der Formulierungshilfe des § 1906 Absatz 3 BGB n.F.

„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“

ergibt sich, wenn auch erstmals klarstellend, die Selbstverständlichkeit, dass eine Zwangsmedikation mit Neuroleptika einen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit darstellt. Zugleich wird deutlich, dass medizinische Behandlung generell der Einwilligung auch eines nach § 1906 BGB untergebrachten Patienten unterstellt ist. Es gibt keine Duldungspflichten der Zwangsbehandlung bei Unterbringung, wenn, sobald und solange der Untergebrachte einwilligungsfähig ist. Grundsätzlich unterliegen alle Eingriffe einer im Voraus erklärten Einwilligung des Patienten.

Entsprechend den Feststellungen des Bundesverfassungsgerichtes²⁵, dass die „medizinische Zwangsbehandlung eines Untergebrachten in schwerwiegender Weise in [...] das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG“, d.h. in die körperliche Unversehrtheit, eingreift, kommt eine Behandlung mit Neuroleptika bei einem untergebrachten Patienten gegen dessen Willen nicht in Betracht.

Der Patient hat, so der klarstellende Wortlaut des § 1906 Abs. 3 BGB das Recht, über das „ob“ und „wie“ einer ärztlichen Behandlung oder eines Eingriffes nach entsprechender Aufklärung durch seine Einwilligung zu entscheiden²⁶. Dies soll zumindest dann gelten, wenn der Betroffene „zu einer Einwilligung in der Lage“ ist.

Hinsichtlich einer solchen Einwilligungsfähigkeit dürfte entscheidendes Kriterium sein, dass die Einwilligung – nicht gleichzusetzen mit der Geschäftsfähigkeit – keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, sondern die Gestattung der tatsächlichen Handlung bzw. des Eingriffs in die körperliche Unversehrtheit ist. Insofern kommt es für die Rechtmäßigkeit nicht auf die Geschäftsfähigkeit an, sondern darauf, ob der Patient in der Lage ist, die Bedeutung und Tragweite des Eingriffs und seiner Gestattung zu erfassen.

Das bestehende Risiko muss vom Betroffenen eingeschätzt und das „für“ und „wider“ gegeneinander abgewogen werden, wofür der Betroffene in der Lage sein muss.

Problematisch ist allerdings bereits, dass weder die Neufassung des § 1906 BGB, noch die beabsichtigten Novellierungen der §§ 312 ff. FamFG Regelungen dazu enthalten, wer entsprechende sachverständige Feststellungen zur Frage einer solchen Einwilligungsfähigkeit treffen kann,

²⁵ BVerfG NJW 2011, 2113 ff. und FamRZ 2011, 1128 ff.

²⁶ Spickhoff, Medizinrecht, Art. 2 GG Rn. 12

wie diese zu definieren ist und wie sich ein mit effektivem Rechtsschutz versehenes Verfahren ausgestalten soll, wenn und soweit der Betroffene auf dem Rechtsweg die einmal zu seiner Einwilligungsunfähigkeit getroffenen Feststellungen überprüfen lassen will.

Das Kammergericht hat seit 2006 in ständiger Rechtsprechung²⁷ wegen des Umstandes möglicher Interessenkollisionen und wegen bestehender Schweigepflichten ausgeschlossen, dass gutachterliche Feststellungen zu Fragen der Unterbringung von der Einrichtung und deren Ärzten sachverständig beantwortet werden.

Auch das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Leitsatzentscheidung zur Zwangsbehandlung gefordert, die Notwendigkeit einer Zwangsbehandlung sei von einem externen Gutachter zu prüfen²⁸.

Die geplanten Novellierungen des Betreuungsrechtes schweigen sich hierzu aus. Obgleich auch der BGH in den für die Gesetzesänderung Anlass gebenden Entscheidungen zum Betreuungsrecht in Abkehr von früheren Rechtsauffassungen generell davon ausgeht, dass eine bloße Auslegung der einschlägigen Vorschriften zur Zwangsmedikation unter Beachtung der Leitsätze der Senate des BGH im Wege des Richterrechtes nicht ausreicht, einen derart weitreichenden Eingriff in das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit zu rechtfertigen, hat es der Gesetzgeber bislang verabsäumt, vorliegend ein Regelungswerk zu schaffen, dass diesen verfassungsrechtlichen Postulaten fachärztlicher Feststellungen durch unabhängige Sachverständige gerecht würde und die Rechtswegegarantie bei der Überprüfung der Diagnosen zur Feststellung einer wie auch immer gearteten Einwilligungsunfähigkeit gewährleistet.

²⁷ KG 1 W 279/06 Beschluss vom 28.11.2006

²⁸ Heitmann, Zwangsbehandlung und Verfassungsrecht in jurisPR-FamR 13/2012 S. 18 m.w.Nachw.

Derzeit jedenfalls sind die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen eines Eingriffes nicht hinreichend gewährleistet. Die Gefahr einer in der Praxis nicht selten anzutreffenden Handhabe, die ärztlichen Feststellungen zur Einwilligungsfähigkeit von der unterbringenden Einrichtung zu veranlassen und die Rechtsschutzgarantie auf die „betreuerrechtliche Lösung“ und damit auf die Genehmigung der Zwangsmedikation durch den Betreuer einzuschränken, ist evident.

c. Gefahr der "Vernunftlosigkeit" staatlicher Organe über den Grundrechtsträger - Ungleichbehandlung zwischen psychisch krankem einwilligungsunfähigem Patienten und einwilligungsfähigem Patienten

Die Differenzierung zwischen einem einwilligungsfähigen und einem nicht einwilligungsunfähigen Patienten begegnet grundsätzlichen Bedenken dahingehend, dass kein Grund ersichtlich ist, der es rechtfertigen soll, dass ein einwilligungsunfähiger Patient, der seinen Willen kundtun kann, anders zu behandeln wäre als der, dem eine Einwilligungsfähigkeit zuerkannt wird.

Nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichtes soll die Ausnahmebefugnis des Staates, den Einzelnen für den Fall der Einwilligungsunfähigkeit "vor sich selbst in Schutz zu nehmen" jedenfalls keine "Vernunftlosigkeit" ²⁹ staatlicher Organe über den Grundrechtsträger dergestalt eröffnen, dass dessen Wille allein deshalb beiseite gesetzt werden dürfte, weil er „von durchschnittlichen Präferenzen abweicht oder aus der Außensicht unvernünftig erscheint“ ³⁰.

²⁹ BVerfGE 58, 208 S. 224; BVerfG NJW 1998, S. 1774 f.

³⁰ BVerfGE 58, 208 S. 226 f.

Auf eine eingriffslegitimierende Unfähigkeit zu freier Selbstbestimmung darf daher nicht schon deshalb geschlossen werden, weil der Betroffene eine aus ärztlicher Sicht erforderliche Behandlung, deren Risiken und Nebenwirkungen nach vorherrschendem Empfinden im Hinblick auf den erwartbaren Nutzen hinzunehmen sind, nicht dulden will. Die Behandlungsverweigerung darf nicht mit Einsichtsunfähigkeit gleichgesetzt werden.

Gerade aber diese Gefahr des Entscheidungsautomatismus schafft der Gesetzgeber in seiner Novelle des § 1906 BGB in letzter Konsequenz, weil er ohne Abwägung zwischen individueller Lebensgestaltung einerseits und Zwangsbehandlung bei abweichendem „kranken“ Verhalten mit persönlichkeitsverändernden Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit durch Neuroleptika andererseits gesetzlich normiert. Durch den Mangel individueller Kontrollmechanismen, die der Individualität des Grundrechtsträgers gerecht wird, ist vom Gesetzgeber nunmehr festgelegt, dass Einwilligungsunfähigkeit bei Behandlungsverweigerung die Konsequenz der Option der dem Betreuer gegenüber genehmigten Zwangsbehandlung implizieren soll.

Der Gesetzgeber regelt nicht die Problematik, die sich daraus ergibt, dass ein Entscheidungsautomatismus zu Lasten einer individuellen Lebensgestaltung und zugunsten einer "Vernunftthoheit" staatlicher Organe über den Grundrechtsträger droht.

d. Zulässigkeit der Zwangsbehandlung, wenn der untergebrachte Patient nicht einwilligungsfähig ist oder konkrete Gefahr für Leib und Leben des untergebrachten Patienten droht

Bestimmte Formen von Zwangsbehandlungen von nicht einwilligungsfähigen, psychisch kranken Patienten sollten nach der Novelle des § 1906 BGB zulässig sein und als Eingriffsnorm in eine solche Zwangsbehandlung dienen. Gleiches soll gelten, wenn und soweit ein schwerwiegender Schaden für die Gesundheit der untergebrachten Person droht und nicht anders abzuwenden sei, § 1906 Abs. 1 Nummer 2 BGB.

Ärztliche Behandlung ist, so man den Leitsatzentscheidungen des BGH folgt, als Eingriff in den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG grundsätzlich nur mit Einwilligung des Patienten zulässig; auch ein medizinisch indizierter, den Regeln der ärztlichen Kunst entsprechend durchgeführter Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten ist rechtswidrig, es sei denn, dessen wirksame Einwilligung liegt vor³¹.

Diese Einwilligung muss sich inhaltlich auf die jeweilige konkrete Maßnahme beziehen; das schließt aber nicht aus, dass der Patient auch ganz allgemein einer vom Arzt für erforderlich erachteten kunstgerechten Behandlung zustimmt³². Voraussetzung einer wirksamen Einwilligung ist ferner, dass der Arzt denjenigen, auf dessen Einwilligung es ankommt, so weit als möglich über Art, Bedeutung, Schwere und mögliche Folgen des Eingriffs aufgeklärt hat und dieser damit, wenn auch nur im Großen und Ganzen, weiß, wozu er seine Einwilligung gibt³³.

Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes jedenfalls ändert die krankheitsbedingte Einsichtsunfähigkeit eines Untergebrachten ebenfalls nichts daran, dass eine gegen seinen natürlichen Willen erfolgende Behandlung, die seine körperliche Integrität berührt, einen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG darstellt. Sie kann im Gegenteil dazu

³¹ Soergel-Zeuner, BGB, 11. Aufl. § 823 Rn. 200 f.

³² BGH NJW 1959, 811

³³ BGH NJW 1984, S. 1397

führen, dass der Eingriff von dem Betroffenen als besonders bedrohlich erlebt wird, und daher das Gewicht des Eingriffs noch erhöhen. Fehlende Einsichtsfähigkeit lässt den Schutz des Art. 2 Abs. 2 GG nicht entfallen.

„Der in einer medizinischen Zwangsbehandlung liegende Eingriff berührt nicht nur die körperliche Integrität des Betroffenen als solche, sondern in besonders intensiver Weise auch das von Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG mit geschützte Recht auf diesbezügliche Selbstbestimmung. Ein von anderen Menschen gezielt vorgenommener Eingriff in die körperliche Integrität wird als umso bedrohlicher erlebt werden, je mehr der Betroffene sich, wie in einer geschlossenen psychiatrischen Einrichtung regelmäßig der Fall, dem Geschehen hilflos und ohnmächtig ausgeliefert sieht. Hinzu kommt, dass der Eingriff in der Unterbringung häufig Menschen treffen wird, die aufgrund ihrer psychischen Verfassung den Schrecken der Zwangsinvasion in ihre körperliche Integrität und der Beiseitesetzung ihres Willens sowie die Angst davor besonders intensiv empfinden.“

Hinsichtlich des geplanten Gesetzesvorhabens, insbesondere in § 1906 Abs. 3, 3a BGB, ist in keiner Weise nachvollziehbar, dass auf der einen Seite verfassungsrechtlich garantierte „Freiheit zur Krankheit“ betont wird, andererseits aber eine Behandlung „gegen den natürlichen Willen des Betroffenen“ (= Zwangsbehandlung) zugelassen werden soll.

Der Verfasser der Verfassungsbeschwerde³⁴ in dem Leitsatzverfahren BVerfG NJW 2011, S. 2113 hat hierzu ausgeführt:

„Wer einen natürlichen Willen hat und äußert muss damit auch Gehör finden. Es kann schlechterdings keine verfassungsrechtliche Rechtfertigung dafür geben, diesen natürlichen Willen zu ignorieren oder gar zu brechen. Allenfalls wäre es verfassungsrechtlich zu rechtfertigen, bei Absenz dieses natürlichen Willens zu

³⁴ Dr. Schneider-Addae-Mensah, Straßburg und Karlsruhe

(be)handeln. Dies wäre nach dem Bundesverfassungsgericht begrifflich allerdings gar keine Zwangsbehandlung“.

Vor dem Hintergrund der praktischen Auswirkungen des Gesetzesentwurfs würde durchaus Gefahr bestehen, dass der einwilligungsunfähige Patient - jenseits eines derzeit aufgrund des begrenzten "Rechtes auf Krankheit" freien Rechtssubjektes - zu einem Objekt einer umfassenden staatlichen Gesundheitsvormundschaft wird.

In Deutschland existieren, nachdem von der Deutschen Gesellschaft für Psychiatrie, Psychotherapie und Nervenheilkunde (DGPPN) initiierte Versuche zur Etablierung medizinischer Standards für Zwangsbehandlungen nicht zu einem Ergebnis geführt haben³⁵, keine medizinischen Standards für psychiatrische Zwangsbehandlungen, aus denen mit der notwendigen Deutlichkeit hervorgeht, dass Zwangsbehandlungen mit dem Ziel, den Untergebrachten entlassungsfähig zu machen, ausschließlich im Fall krankheitsbedingter Einsichtsunfähigkeit zulässig sind. Dass dementsprechend ein Bewusstsein hierfür in den medizinischen und juristischen Fachkreisen noch nicht allgemein verbreitet und eine gesetzliche Regelung, wie im Beschluss des Senats vom 23. März 2011 festgestellt, unverzichtbar ist, illustriert den üblichen und auch den vielzitierten Entscheidungen des Verfassungsgerichtes zugrundeliegenden Fall, in dem weder die Klinik noch die Fachgerichte sich mit der Frage, ob beim Beschwerdeführer eine krankheitsbedingte Unfähigkeit zur Einsicht in die Notwendigkeit der Behandlung besteht, auch nur ansatzweise auseinandergesetzt haben. Die bloße Feststellung einer Persönlichkeitsstörung beispielsweise beantwortet diese Frage nicht³⁶.

³⁵ Steinert, in: Ketelsen/Schulz/Zechert, Seelische Krise und Aggressivität, 2004, S. 44, 47

³⁶ BVerfG, 2 BvR 633/11 vom 12.10.2011

Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber in seinem Vorhaben einerseits die ärztliche Aufklärung und das Bemühen hierzu gerade für den Fall des § 1906 BGB unter Dokumentationspflicht in § 323 Abs. 2 FamFG fordert, es andererseits aber ablehnt, dem Patienten mangels „Krankheitseinsicht“ einen eigenen und autonomen Willen zuzusprechen, was einen Widerspruch in sich impliziert.

e. Das erforderliche Erfolgskriterium der Zwangsbehandlung

Für die grundrechtliche Beurteilung der Schwere eines Eingriffs ist auch das subjektive Empfinden des Betroffenen von Bedeutung³⁷. Die Gabe von Neuroleptika gegen den natürlichen Willen des Patienten schließlich stellt - unabhängig davon, ob nach fachgerichtlicher Einschätzung der Eingriff nach Gesetzeslage die Voraussetzungen der Einwilligungsbefähigung erfüllt oder im betreuungsrechtlichen Zusammenhang die Voraussetzungen der Genehmigungsbefähigung nach § 1906 Abs. 3a BGB erfüllen würde - einen besonders schweren Grundrechtseingriff auch im Hinblick auf die Wirkungen dieser Medikamente dar.

Dies gilt auch und gerade wegen der nicht auszuschließenden Möglichkeit schwerer, irreversibler und lebensbedrohlicher Nebenwirkungen und die teilweise erhebliche Streuung in den Ergebnissen der Studien zur Häufigkeit des Auftretens erheblicher Nebenwirkungen. Psychopharmaka sind zudem auf die Veränderung seelischer Abläufe gerichtet. Ihre Verabreichung gegen den natürlichen Willen des Betroffenen berührt daher, so das Bundesverfassungsgericht „auch unabhängig davon, ob sie mit körperlichem Zwang durchgesetzt wird, in besonderem Maße den Kern der Persönlichkeit.“

Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 23.03.2011 kann eine Zwangsbehandlung angesichts der besonderen Schwere des Eingriffs nur dann durchgeführt werden, wenn und soweit die Maßnahmen der Zwangsbehandlung im Hinblick auf das Behandlungsziel, das ihren Einsatz rechtfertigt, konkreten Erfolg versprechen³⁸.

Das Bundesverfassungsgericht³⁹ führt hierzu aus: „Über die Erfordernisse der Geeignetheit und Erforderlichkeit hinaus ist Voraussetzung für die Rechtfertigungsfähigkeit einer Zwangsbehandlung, dass sie für den Betroffenen nicht mit Belastungen verbunden ist, die außer Verhältnis zu dem zu erwartenden Nutzen stehen. Die Angemessenheit ist nur gewahrt, wenn, unter Berücksichtigung der jeweiligen Wahrscheinlichkeiten, der zu erwartende Nutzen der Behandlung den möglichen Schaden der Nichtbehandlung überwiegt. Im Hinblick auf die bestehenden Prognoseunsicherheiten und sonstigen methodischen Schwierigkeiten des hierfür erforderlichen Vergleichs trifft es die grundrechtlichen Anforderungen, wenn in medizinischen Fachkreisen ein deutlich feststellbares Überwiegen des Nutzens gefordert wird.“

Bei einer auf Heilbehandlung gerichteten Zwangsbehandlung wird es daran regelmäßig schon dann fehlen, wenn die Behandlung „mit mehr als einem vernachlässigbaren Restrisiko irreversibler Gesundheitsschäden verbunden ist“ (Unvereinbarkeit irreversibler Eingriffe auch mit der UN-Behindertenrechtskonvention).

Das Bundesverfassungsgericht hat damit in tatsächlicher wie in rechtlicher Hinsicht hohe Hürden für ein Gesetz zur neuerlichen Legalisierung

³⁷ BVerfGE 89, 315 S. 324

³⁸ BVerfG NJW 2011, 2113 ff. BVerfGE 91, 1 S. 29; OLG Köln, NJW-RR 2006, S. 1664 f.

³⁹ BVerfG NJW 2011, 2113 ff.

psychiatrischer Zwangsbehandlungen aufgestellt, denen das Gesetzesvorhaben hinsichtlich der Postulate an „vernachlässigungswürdiges Restrisiko“ und eines „deutlich feststellbares Überwiegen des Nutzens“ nicht gerecht werden kann.

Dies schon weil es auch nach der Ansicht des Bundesverfassungsgerichtes an einem "deutlich feststellbaren Überwiegen des Nutzens ... bei einer ... Zwangsbehandlung regelmäßig fehlen" wird. Damit hat Bundesverfassungsgericht ein Hindernis für eine gesetzliche Regelung der Zwangsbehandlung aufgestellt, dem die Gesetzesvorlage nicht gerecht wird.

Die Regelung der entsprechenden Prognosekriterien und das vom Bundesverfassungsgericht für erforderlich gehaltene Erfolgserfordernis fehlt in der Gesetzesnovelle abgesehen von einer Begrenzung der zulässigen Dauer des Einsatzes von Neuroleptika bei der Zwangsmedikation, §§ 1906 Abs. 2 BGB n.F. ; § 329 Abs. 1 2. Halbsatz FamFG n.F.

Eine zur Erreichung des Behandlungsziels begonnene Zwangsmedikation darf, wenn sie nicht zu einer deutlichen Verbesserung der Heilungs- und Entlassungsaussichten führt, aber nicht einmal begonnen, geschweige denn aufrechterhalten werden. Zwangsmaßnahmen dürfen zudem nur als letztes Mittel eingesetzt werden, wenn mildere Mittel keinen Erfolg versprechen⁴⁰.

Für eine medikamentöse Zwangsbehandlung zur Erreichung des Behandlungsziels bedeutet dies, dass

- Ein therapeutischer Erfolg nach aktuellen Kenntnissen der medizinischen Fachkreise regelmäßig gewährleistet ist.

⁴⁰ OLG Celle NJW-RR 2008, S. 230 f.

- Der Zwangsbehandlung muss, soweit der Betroffene geschäftsfähig ist, der ernsthafte, mit dem nötigen Zeitaufwand und ohne Ausübung unzulässigen Drucks unternommene Versuch vorausgegangen sein, unter dokumentierter Sachaufklärung zu Risiken und Nutzen der Behandlung eine auf Vertrauen des Betroffenen gegründete Zustimmung zu erreichen ⁴¹ . Dies gilt, da der grundrechtseingreifende Charakter der Zwangsbehandlung nicht von der Einsichts- und Einwilligungsfähigkeit des Untergebrachten abhängt unabhängig davon, ob der Untergebrachte einwilligungsfähig ist oder nicht.
- Eine weniger eingreifende Behandlung muss aussichtslos sein.

Eine solche umfassende Regelung, wie vom Bundesverfassungsgericht für erforderlich gehalten, ist den betreuungsrechtlichen Vorschriften und auch ihrer Novellierung nicht zu entnehmen, obgleich das Fehlen oder die Mangelhaftigkeit einer gesetzlichen Regelung nicht im Wege einer verfassungskonformen Auslegung ergänzt werden kann, sondern Abhilfe generell nur durch den Gesetzgeber möglich ist.

Nicht nur, dass in der Gesetzesnovelle nicht auf das notwendige Erfolgskriterium Bezug genommen wird, auch auf das Erfordernis hinreichender non-suggestibler ärztlicher Aufklärungsversuche ohne jedwede in der Praxis nicht selten anzutreffende Druckmittel betreffend des Nutzens und der Risiken einer Zwangsbehandlung wird trotz gegenteiliger Postulate des Bundesverfassungsgerichtes verzichtet. Lediglich auf die Verhältnismäßigkeit im eigentlichen Sinne des Nutzensüberwiegens einer Maßnahme wird in § 1906 Abs. 3 Ziffer 4 BGB Bezug genommen.

⁴¹ OLG Celle, a.a.O., S. 231

Die nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts klaren Anforderungen an das Verfahren dürften hinsichtlich des Erfolgserforderniskriteriums und des Aufklärungserfordernisses mit der vorliegenden Gesetzesnovelle nicht eingehalten sein.

f. Die fehlende Bezugnahme auf den Vorrang der Patientenverfügung

Die vorgesehene gesetzliche Regelung stellt zumindest nicht ausdrücklich klar, dass für eine Behandlung in erster Linie der tatsächliche Wille der untergebrachten Person, der gegebenenfalls zu ermitteln ist, entscheidend sein muss. Beispielsweise hindert das Vorliegen einer wirksamen Patientenverfügung, die eine Zwangsbehandlung mit Neuroleptika ablehnt, auch dann an einer Zwangsbehandlung, wenn vorübergehend Einwilligungsunfähigkeit angenommen wird.

Nur so wird das aus § 1901a Abs. 1 Satz 1 BGB resultierende Selbstbestimmungsrecht eines Patienten bei Errichtung einer Patientenverfügung hinreichend beachtet.

Das Recht auf Selbstbestimmung und die personale Würde des Patienten (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG) gebieten es, jedem Patienten gegenüber einem Arzt und Krankenhaus grundsätzlich einen Anspruch auf Ablehnung von Diagnosestellungen und ärztlichen Behandlungen einzuräumen.

Ärztliche Untersuchungen, Diagnosestellungen, Behandlungen und Befundungen betreffen mit ihren Angaben über Anamnese, Diagnose und therapeutische Maßnahmen den Patienten unmittelbar in Hinblick auf dessen Privatsphäre. Der grundsätzliche Anspruch des Patienten auf Ablehnung

möglicherweise aus ärztlicher Sicht notwendiger Behandlungen ist auch in der zivilrechtlichen Rechtsprechung allgemein anerkannt.

Nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 17. März 2003⁴² sollen Patientenverfügungen (wie auch aktuelle Willensäußerungen) prinzipiell verbindlich sein. Dies folge, so der BGH, „aus der Würde des Menschen, die es gebietet, sein in einwilligungsfähigem Zustand ausgeübtes Selbstbestimmungsrecht auch dann noch zu respektieren, wenn er zu eigenverantwortlichem Entscheiden nicht mehr in der Lage ist“

Diesem Selbstbestimmungsrecht hat der Gesetzgeber mit Neuregelung des § 1901a Abs. 1 Satz 1 BGB umfassend und rechtsverbindlich Rechnung getragen:

§ 1901a Abs. 1 Satz 1 BGB definiert eine Patientenverfügung als schriftliche Festlegung eines „einwilligungsfähige[n] Volljährigen“ „für den Fall seiner Einwilligungsunfähigkeit“, „ob er in bestimmte, zum Zeitpunkt der Festlegung noch nicht unmittelbar bevorstehende Untersuchungen seines Gesundheitszustandes, Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe einwilligt oder sie untersagt“.

Auf jedwede Reichweitenbegrenzung einer Patientenverfügung wurde verzichtet und an mögliche Formerfordernisse einer Patientenverfügung wurden geringe Anforderungen gestellt.

Dem eindeutigen gesetzgeberische Willen, der mit der Neuschaffung des § 1901a Abs. 1 Satz 1 BGB zum Ausdruck kam, wird durch die geplante Novellierung des Betreuungsrechtes nicht Genüge getan, weil eine

⁴² BGH, XII ZB 2/03 Beschluss vom 17. März 2003

ausdrückliche Bezugnahme auf die Patientenverfügung und die Einbindung der Möglichkeit einer solchen Verfügung und deren Auswirkung auf die Zwangsbehandlung fehlen.

Den entsprechenden Anforderungen an die Beachtlichkeit einer Patientenverfügung wird die geplante Neuregelung deshalb nicht ohne Weiteres gerecht.

4. Zusammenfassung

Zwangseingriffe in Körper und Geist zählen zu den intensivsten Grundrechtseingriffen und sind seit jeher verfassungsrechtlich und rechtspolitisch umstritten. Dies gilt besonders, wenn der Betroffene in einer psychiatrischen Einrichtung untergebracht ist⁴³.

Weder das Bundesverfassungsgericht, noch in darauffolgenden Entscheidungen der Bundesgerichtshof gehen zwingend von der Notwendigkeit einer Zwangsbehandlung bei einwilligungsunfähigen Betreuten aus.

Auch wenn möglicherweise die Rechtswegegarantie zur Überprüfung staatlicher Zwangsmaßnahmen sowohl in Hinblick auf die Kontrolle der objektiven Rechtmäßigkeit staatlicher Maßnahmen gewährleistet ist, so ist das Regelwerk insoweit zu beanstanden als wesentliche Kriterien wie der zu sichernde Erfolg einer Behandlung im Sinne einer gesicherten Heilung der Krankheit ebenso wenig gesetzlich normiert wurde wie die Notwendigkeit, die Zwangsbehandlung sowohl hinsichtlich des Kriteriums der Einwilligungsunfähigkeit, als auch hinsichtlich der Notwendigkeit der

⁴³ Bublitz, Psychiatrische Zwangseingriffe im Maßregelvollzug ZIS 8-9/2011

Maßnahme einer hinreichenden sachverständigen Begutachtung durch externe Sachverständige zu unterziehen.

Schließlich ist die Frage, wie trotz Zwangsbehandlung psychisch Kranker vermieden werden kann, dass der Betreute zu einem Objekt einer umfassenden staatlichen Gesundheitsvormundschaft wird, im vorgesehenen gesetzlichen Regelungswerk unbeantwortet geblieben, wodurch der Individualität des Grundrechtsträgers und dessen Selbstbestimmungsrecht nicht mehr Genüge getan ist.

Auch die Differenzierung zwischen einem einwilligungsfähigen und einem nicht einwilligungsfähigen Patienten begegnet grundsätzlichen Bedenken dahingehend, dass kein Grund ersichtlich ist, der es rechtfertigen soll, dass ein einwilligungsunfähiger Patient, der seinen Willen kundtun kann, anders zu behandeln wäre als der, dem eine Einwilligungsfähigkeit zuerkannt wird.

Ettlingen, den 19.11.2012

Gez. Thomas S a s c h e n b r e c k e r

Rechtsanwalt