

Wolf-Dieter Narr

Freie Universität Berlin
Potsdamer Strasse 41, 12205 Berlin

Ihr Zeichen Ihre Nachricht vom Unser Zeichen Email: narrwd@zedat.fu-berlin.de

Datum

15. Februar 2012

Gutachterliche Stellungnahme

zur Frage der Verfassungskonformität eines Entwurfs der Neufassung des § 8 des Unterbringungsgesetzes des Landes Baden-Württemberg (UBG).

Von Prof. Wolf-Dieter Narr und RA Thomas Saschenbrecker

1. Der Gesetzesentwurf der § 8 UBG n.F.

Die Behandlung mit Neuroleptika gegen den Willen eines Patienten kann auf verschiedenen Rechtsgrundlagen beruhen, zum einen betreuungsrechtlich auf §§ 1904, 1906 BGB, zum anderen öffentlich-rechtlich, entweder auf landesrechtlichen Unterbringungsgesetzen, hier dem UBG oder wie in vielen Bundesländern auf Vorschriften zum Maßregelvollzug.

Grundsätzlich sind etwaige betreuungs- und öffentlich-rechtliche Ermächtigungsgrundlagen für Zwangsmedikationen voneinander zu unterscheiden. Weil aber auch Betreuer im Innenverhältnis zu Betreuten öffentlich-rechtliche Befugnisse wahrnehmen, betreffen beide die Frage nach den Grenzen hoheitlicher Gewalt bei Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit durch Zwangsmedikation mit Neuroleptika.

Gegenständlich für die Regelungen des UBG sind öffentlich-rechtliche Eingriffstatbestände.

Das Ministerium für Arbeit und Sozialordnung, Familie und Senioren plant in Hinblick auf den Umstand, dass das Bundesverfassungsgericht mit Beschluss vom 12.10.2011 § 8 Abs. 2 S. 2 UBG für nichtig und mit Artikel 2 Absatz 2 Satz 1 in Verbindung mit Artikel 19 Absatz 4 des Grundgesetzes

unvereinbar erklärt hat ¹ eine Neufassung des § 8 UBG das neben anderen formellen Regelungen auch eine gesetzliche Regelung der Zwangsmedikation im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen Unterbringung bzw. der ärztlichen bzw. psychiatrischen Heilbehandlung mit Neuroleptika auch gegen den Willen eines Betroffenen zum Gegenstand hat.

Ziel der geplanten Gesetzesnovellierung ist, die Zwangsmedikation von nach dem UBG untergebrachten Personen auf eine gesetzliche Grundlage zu stellen und hierbei den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichtes, wie sie in den beiden jüngsten Entscheidungen zur Zwangsmedikation zum Ausdruck kommen, Rechnung zu tragen.

Der Entwurf § 8 UBG neue Fassung lautet wie folgt (Stand 02.01.2012):

§ 8 UBG

(1) Wer auf Grund dieses Gesetzes in einer anerkannten Einrichtung untergebracht ist hat Anspruch auf die notwendige Behandlung. Die Behandlung umfasst auch Maßnahmen, die erforderlich sind, um der untergebrachten Person nach ihrer Entlassung ein eigenverantwortliches Leben in der Gemeinschaft zu ermöglichen.

¹ BVerfG, Beschluss vom 12.10.2011, 2 BvR 633/11, BtPrax 2011, 253 = FamRZ 2011, 1927 = NJW 2011, 3571 = BeckRS 2011, 55175

- (2) *Die Behandlung bedarf der Einwilligung der untergebrachten Person. Die Einwilligung muss auf dem freien Willen der insoweit einwilligungsfähigen und ärztlich angemessen aufgeklärten untergebrachten Person beruhen. Die Aufklärung soll dem Ziel dienen, dass die untergebrachte Person der Behandlung zustimmt.*
- (3) *Die Einwilligung der untergebrachten Person ist dann nicht erforderlich, wenn*
- a. sie krankheitsbedingt zur Einsicht in die Behandlungsbedürftigkeit der Krankheit, wegen derer ihre Unterbringung notwendig ist, oder zum Handeln gemäß solcher Einsicht nicht fähig ist und die Behandlung dazu dient, die tatsächlichen Voraussetzungen freier Selbstbestimmung der untergebrachten Person wiederherzustellen, um ihr ein selbstbestimmtes, in der Gemeinschaft eingegliedertes Leben in Freiheit zu ermöglichen oder*
- b. die Behandlung dazu dient, eine Lebensgefahr oder eine akute schwerwiegende Gefahr für die Gesundheit der untergebrachten Person abzuwenden.*
- Die Behandlung nach Satz 1 muss im Hinblick auf das Behandlungsziel, das ihren Einsatz rechtfertigt, Erfolg versprechen. Sie darf nur als letztes Mittel eingesetzt werden, wenn mildere Mittel, insbesondere eine weniger eingreifende Behandlung, aussichtslos sind. In den Fällen von Satz 1 a) muss ihr der Versuch einer ernsthaften ärztlichen Aufklärung der betroffenen untergebrachten Person vorausgegangen sein, der darauf zielt, deren auf Vertrauen gegründete Zustimmung zu erreichen; in den Fällen von Satz 1 b) soll eine solche ärztliche Aufklärung erfolgen, sofern die Umstände diese zulassen. Die für die untergebrachte Person mit der Behandlung einhergehenden Belastungen dürfen nicht außer Verhältnis zu dem erwartbaren Nutzen stehen.*
- (4) *Eine Behandlung nach Absatz 3 darf nur auf Anordnung und unter Überwachung einer Ärztin oder eines Arztes durchgeführt werden, unbeschadet der Leistung erster Hilfe für den Fall, dass eine Ärztin oder ein Arzt nicht rechtzeitig erreichbar und mit einem Aufschub Lebensgefahr verbunden ist. Die Behandlungsmaßnahmen sind zu dokumentieren.*
- (5) *Eine Behandlung nach Absatz 3 ist nur mit Zustimmung des Betreuungsgerichts zulässig. Dies gilt nicht in den Fällen von Absatz 3 Satz 1 b), wenn hierdurch die Behandlung verzögert würde und sich hieraus Nachteile für das Leben und die Gesundheit der untergebrachten Person ergeben würden ("Gefahr im Verzug").*
- (6) *Eine Behandlung nach Absatz 3 muss der untergebrachten Person so rechtzeitig angekündigt werden, dass sie diese vor Schaffung vollendeter Tatsachen vorbeugend gerichtlich überprüfen lassen kann. Dies gilt nicht in den Fällen von Absatz 3 Satz 1 b), wenn durch die Notwendigkeit der Ankündigung die Behandlung verzögert würde und sich hieraus Nachteile für das Leben und die Gesundheit der untergebrachten Person ergeben würden ("Gefahr im Verzug"). Die Ankündigung muss in einer Weise konkretisiert sein, die die Wahrung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs sichert und eine hierauf gerichtete gerichtliche Überprüfung ermöglicht; insbesondere muss sie auch die vorgesehene Dauer der Maßnahme nennen. Satz 1 und 3 gelten auch dann, wenn die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters vorliegt.*
- (7) *Erfordert die Untersuchung oder Behandlung einen operativen Eingriff oder ist sie mit einer erheblichen Gefahr für Leben oder Gesundheit verbunden, darf sie nur mit der Einwilligung der untergebrachten Person vorgenommen werden.*
- (8) *Ist in den Fällen von Abs. 7 und bei sonstigen Erkrankungen die untergebrachte Person nicht fähig, Grund, Bedeutung oder Tragweite der Untersuchung oder Behandlung einzusehen oder ihren Willen nach dieser Einsicht zu bestimmen, so ist die Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters erforderlich. Besitzt die untergebrachte Person die in Satz 1 genannten Fähigkeiten, ist sie aber geschäftsunfähig oder beschränkt geschäftsfähig, so ist neben der Einwilligung der untergebrachten Person die des gesetzlichen Vertreters erforderlich.*
- (9) *Liegt eine wirksame Patientenverfügung der zu behandelnden Person vor, durch die eine Behandlung nach Absatz 3 ausgeschlossen ist, geht die Patientenverfügung vor.*

2. Die bisherige Gesetzeslage des § 8 UBG

§ 8 UBG in der bislang gültigen Fassung 2. Dezember 1991 (Gesetzblatt für Baden-Württemberg Seite 794) lautet wie folgt:

§ 8 Heilbehandlung

(1) Wer auf Grund dieses Gesetzes in einer anerkannten Einrichtung untergebracht ist, hat Anspruch auf notwendige Heilbehandlung. Die Heilbehandlung umfasst auch Maßnahmen, die erforderlich sind, um dem Untergebrachten nach seiner Entlassung ein eigenverantwortliches Leben in der Gemeinschaft zu ermöglichen.

(2) Der Untergebrachte ist über die beabsichtigte Untersuchung oder Behandlung angemessen aufzuklären. Er hat diejenigen Untersuchungs- und Behandlungsmaßnahmen zu dulden, die nach den Regeln der ärztlichen Kunst erforderlich sind, um die Krankheit zu untersuchen und zu behandeln, soweit die Untersuchung oder Behandlung nicht unter Absatz 3 fällt.

(3) Erfordert die Untersuchung oder Behandlung einen operativen Eingriff oder ist sie mit einer erheblichen Gefahr für Leben oder Gesundheit verbunden, darf sie nur mit der Einwilligung des Untergebrachten vorgenommen werden.

(4) Ist der Untergebrachte in den Fällen des Absatzes 3 nicht fähig, Grund, Bedeutung oder Tragweite der Untersuchung oder Behandlung einzusehen oder seinen Willen nach dieser Einsicht zu bestimmen, so ist die Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters maßgeblich. Besitzt der Untergebrachte die in Satz 1 genannten Fähigkeiten, ist er aber geschäftsunfähig oder beschränkt geschäftsfähig, so ist neben der Einwilligung des Untergebrachten die des gesetzlichen Vertreters erforderlich.

Bislang wurde § 8 und insbesondere der dortige Absatz 3 UBG in Verbindung mit § 15 Abs. 1 UBG von der Landesregierung Baden-Württemberg auch in deren Stellungnahme zum Bundesverfassungsgericht als ausreichende Eingriffsgrundlage auch für eine Behandlung gegen den Willen eines Betroffenen mit Neuroleptika gesehen.

Eine Untersuchung oder Behandlung bedurfte nach dieser Ansicht „nur dann der Einwilligung des Un-

tergebrachten, wenn sie einen operativen Eingriff erfordere oder mit einer erheblichen Gefahr für Leben oder Gesundheit verbunden“ sei. Beides sei bei einer Medikation mit Neuroleptika nicht der Fall. Eine Einwilligung in eine solche Zwangsbehandlung sei daher nicht erforderlich. Bei Neuroleptika handele es sich um „eine der weltweit am häufigsten verordneten Medikamentengruppen, bei denen der Nutzen bei weitem etwaige seltene ernstere Risiken überwiege“.

Für eine entsprechende Medikation gegen den Willen genüge als Eingriffsnorm § 15 Abs. 1 in Verbindung mit § 8 Abs. 2 Satz 2 UBG, da die Krankheit eines Patienten mit der avisierten Medikation behandelt werden könne.

Eine zwangsweise Verabreichung der Medikamente sei insbesondere dann angezeigt, wenn der Patient ohne die Medikation krankheitsbedingt nicht einsehbar sei und der Eingriff darauf abziele, die tatsächlichen Voraussetzungen freier Selbstbestimmung des Untergebrachten wiederherzustellen.

Ohne Medikation sei mit einer unabsehbar langen Verweildauer eines Patienten in der Psychiatrie bzw. im Maßregelvollzug, in jedem Falle in Unfreiheit, zu rechnen. Dem solle mit der Zwangsmedikation entgegengewirkt werden. Bei der Behandlung werde durch die Ärzte der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet. Die Zwangsmedikation erfolge nur dann, wenn weniger einschneidende Maßnahmen - wie beispielsweise eine Psychotherapie - zu keinen oder nur zu geringen Fortschritten bei der Behandlung der Krankheit führten und die medikamentöse Behandlung damit ein geeignetes und im Hinblick auf den Erfolg das mildeste Mittel sei.²

3. Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes zur Nichtigkeit der Eingriffsgrundlagen

Das Bundesverfassungsgericht hat mit Beschluss vom 12.10.2011, 2 BvR 633/11³, § 8 Absatz 2 Satz 2 des UBG und damit die Regelung der medizinischen Zwangsbehandlung im UBG als mit dem Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 GG i. V. mit dem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 IV GG unvereinbar und nichtig erklärt.

Bei der medizinischen Zwangsbehandlung eines Patienten mit Neuroleptika, handele es sich nach An-

² vgl. Stellungnahme des baden-württembergische Ministerium für Arbeit und Sozialordnung, Familie, Frauen und Senioren im Verfahren 2 BvR 633/11 des Bundesverfassungsgerichts

³ BVerfG NJW 2011, S. 3571

sicht des Bundesverfassungsgerichts um einen besonders schwerwiegenden Grundrechtseingriff⁴ in das Recht auf körperliche Unversehrtheit.

§ 8 Abs. 2 UBG, so das Bundesverfassungsgericht in der zitierten Entscheidung, entspreche nicht den aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz abzuleitenden „Anforderungen, denen ein zur medizinischen Zwangsbehandlung eines Untergebrachten ermächtigendes Gesetz genügen“ müsse.

Voraussetzung der Zulässigkeit für nicht unter § 8 Abs. 3 UBG (operativer Eingriff, erhebliche Lebens- oder Gesundheitsgefahr) fallende Maßnahmen der Zwangsbehandlung sei nach dieser Vorschrift nur, dass diese nach den Regeln der ärztlichen Kunst erforderlich seien, um die Krankheit zu untersuchen und zu behandeln. Damit aber sei „dem Erfordernis, die Voraussetzungen einer Zwangsbehandlung über abstrakte Verhältnismäßigkeitsanforderungen hinaus gesetzlich zu konkretisieren“, wie gerade jüngst in BVerfG NJW 2011, 2113 gefordert, gerade nicht genügt⁵.

Speziell im Fall des entscheidungsgegenständlichen Maßregelvollzugs (§ 63 StGB ff.) sei die medizinische Zwangsbehandlung des untergebrachten Patienten mit Neuroleptika zur Erreichung des Vollzugsziels nach § 8 Abs. 2 S. 2 UBG nicht, wie verfassungsrechtlich noch in BVerfG NJW 2011, S. 2113 ausdrücklich gefordert, auf die Fälle einer krankheitsbedingt fehlenden Einsichtsfähigkeit des Patienten begrenzt. Gemäß § 8 Abs. 2 S. 2 UBG in der bis dato gültigen Fassung vom 2. Dezember 1991 habe der Patient allgemein diejenigen Untersuchungs- und Heilmaßnahmen zu dulden, die nach den Regeln der ärztlichen Kunst erforderlich seien, um die Krankheit zu untersuchen und zu behandeln. Es sei denn, die Untersuchung oder Behandlung fiele nicht unter das Einwilligungserfordernis für operative Eingriffe und Eingriffe, die mit einer erheblichen Gefahr für Leben oder Gesundheit verbunden sind.

Den Begriff der „Regeln der ärztlichen Kunst“ sieht das Bundesverfassungsgericht als zu unbestimmt, als dass hieraus eine „hinreichend deutliche gesetzliche Begrenzung der Möglichkeit der Zwangsbehandlung auf Fälle der fehlenden Einsichtsfähigkeit“ abgeleitet werden könne.

Bereits der Umstand, dass im bisherigen § 8 UBG (Stand 1991) eine Einwilligungsfähigkeit des Patienten nur für operative Eingriffe und für Maßnahmen, die mit einer erheblichen Gefahr für Leben oder Gesundheit des Untergebrachten verbunden sind, verlangt wird, wenn es um Zwangsbehandlung mit Neuroleptika geht – nur diese bedürfen nach § 8 Abs. 3 UBG einer Einwilligung des Betroffenen, die dessen Einwilligungsfähigkeit voraussetzt –, spricht nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichtes dafür, dass Eingriffe unterhalb der genannten Schwelle unabhängig von der Frage einer krankheitsbedingten Selbstbestimmungsunfähigkeit auch gegen den Willen eines Patienten zugelassen sein sollen.

Auch wenn man annehmen wollte, dass zwischen der Fähigkeit zu wirksamer rechtfertigender Einwilligung in eine medizinisch indizierte Behandlung und der Fähigkeit zur Einsicht in die Notwendigkeit der Behandlung zu unterscheiden sei, weil eine psychische Krankheit speziell die letztere Fähigkeit – insbesondere die Fähigkeit, die Risiken der Behandlung nicht zu überschätzen – beeinträchtigen könne, stelle jedenfalls nicht schon der Verweis auf die sog. „Regeln der ärztlichen Kunst“ in der notwendigen Weise klar, dass krankheitsbedingt fehlende Einsichtsfähigkeit Voraussetzung der Zwangsbehandlung ist.

In Deutschland existieren, nach fruchtlosen Bemühungen der Deutschen Gesellschaft für Psychiatrie, Psychotherapie und Nervenheilkunde (DGPPN), die in den 90er Jahren Versuche initiierte, medizinische Standards für Zwangsbehandlungen zu etablieren, keine medizinischen Standards für psychiatrische Zwangsbehandlungen, aus denen mit der notwendigen Deutlichkeit hervorginge, dass Zwangsbehandlungen mit dem Ziel, den Untergebrachten entlassungsfähig zu machen, ausschließlich im Fall krankheitsbedingter Einsichtsunfähigkeit zulässig seien.

Dass dementsprechend ein Bewusstsein hierfür in den medizinischen und juristischen Fachkreisen nicht vorhanden sei und eine Regelung, wie in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes vom 23.03.2011 (NJW 2011, 2113ff.) festgestellt, unverzichtbar sei, zeige sich schon daran, dass weder die Klinik noch die Fachgerichte sich in der Entscheidung zugrunde liegenden Fallkonstellation mit der Frage, ob beim Patienten eine krankheitsbedingte Unfähigkeit zur Einsicht in die Notwendigkeit der Behandlung bestehe, auch nur ansatzweise auseinandergesetzt haben. Die bloße Diagnose einer Persön-

⁴ Sachs, Körperliche Unversehrtheit und Selbstbestimmung JuS 2011, 1047

⁵ BVerfG, a.a.O. S. 3571

lichkeitsstörung jedenfalls beantworte diese Frage nicht im Ansatz.

Vorausgegangen war eine Leitsatzentscheidung des Bundesverfassungsgerichtes vom 23. März 2011, in der es entschieden hat, dass bei einem im Maßregelvollzug Untergebrachten eine Zwangsbehandlung schon wegen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit nicht erlaubt sei, um den Schutz Dritter vor künftigen Straftaten oder auch Gefahren des Untergebrachten im Fall seiner Entlassung zu gewährleisten. Dieser Schutz, so die entsprechende Entscheidung, könne auch dadurch gewährleistet werden, dass der Betroffene unbehindert im Maßregelvollzug verbleibt.

Eine Zwangsbehandlung mit Neuroleptika zum Zwecke der Gefahrenabwehr ist seither ausgeschlossen.

Die Feststellung, dass die Zwangsbehandlung einen relevanten Eingriff in die körperliche Unversehrtheit der Betroffenen darstellt, ergibt sich schon daraus, dass das Selbstbestimmungsrecht ausdrücklich in den Grundrechtsschutz aus Art. 2 Abs. 1 S. 1 GG einzu beziehen ist.

Die Zwangsmedikation stellt auch nach dieser Entscheidung einen schwerwiegenden Eingriff in das Grundrecht aus Artikel 2 Abs. 2 Grundgesetz dar.

Der in einer medizinischen Zwangsbehandlung liegende Eingriff berühre nicht nur die körperliche Integrität des Betroffenen als solche, sondern in besonders intensiver Weise auch das von Artikel 2 Abs. 2 Satz 1 Grundgesetz geschützte Recht auf Selbstbestimmung. Dieses Grundrecht schütze die körperliche Integrität des Grundrechtsträgers und damit auch das diesbezügliche Selbstbestimmungsrecht. Zu seinem traditionellen Gehalt gehöre der Schutz gegen staatliche Zwangsbehandlung (vgl. BVerfGE 79, 174 S. 201).

Vor diesem Hintergrund stelle die Gabe von Neuroleptika gegen den Willen des Patienten (Zwangsbehandlung) einen besonders schweren Grundrechtseingriff dar und greife in das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit ein (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG).

Die medizinische Zwangsbehandlung sei, wie jeder andere Grundrechtseingriff auch, nur auf der Grundlage eines Gesetzes zulässig, das die Voraussetzungen des Eingriffs bestimme. Dies gelte nicht nur für die materiellen, sondern auch für die formellen Eingriffsvoraussetzungen.

Zudem bestätigt das Bundesverfassungsgericht in dieser Entscheidung, dass der Zweck der Heilung den Eingriffscharakter einer Zwangsbehandlung nicht ausschließt. Das bloße Unterbleiben physischen Widerstandes könne zudem „nicht ohne Weiteres“ als Zustimmung gedeutet werden könne.

Im Einklang mit den üblichen Kriterien für einen wirksamen Grundrechtsverzicht verlangt das Bundesverfassungsgericht vielmehr, dass der Betroffene einwilligungsfähig sein müsse und keinem unzulässigen Druck ausgesetzt sein dürfe.

„Krankheitsbedingte Einsichtsunfähigkeit eines Untergebrachten ändert 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 S. 1 GG darstellt. Sie kann im Gegenteil dazu führen, dass der Eingriff von dem Betroffenen als besonders bedrohlich erlebt wird, und daher das Gewicht des Eingriffs noch erhöhen lässt. Fehlende Einsichtsfähigkeit lässt den Schutz des Art. 2 Abs. 2 GG nicht von vornherein entfallen.“

„Selbst die Einwilligung des für einen einsichts- und einwilligungsunfähigen Untergebrachten bestellten Betreuers nimmt daher der Maßnahme nicht den Eingriffscharakter, der darin liegt, dass sie gegen den natürlichen Willen des Betroffenen erfolgt“.

Entsprechend diesen Motiven und aufgrund des Umstandes, dass eine geltungserhaltende Reduktion bzw. eine verfassungskonforme Auslegung des § 8 UBG in seinem Abs. 2 UBG ausgeschlossen wurde, ist der gegenständliche Gesetzesentwurf zu sehen.

4. Die derzeitige Diskussion und der derzeitige Sachstand zur Zwangsbehandlung

Inzwischen hat sich in der Rechtsprechung der Betreuungsgerichte die Auffassung durchgesetzt, dass die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes vom 23.03.2011 (NJW 2011, 2113ff.) sowie vom 12.10.2011 (NJW 2011, 3571ff) für die Praxis auch über Baden-Württemberg und Rheinland-Pfalz hinaus und auch jenseits des Maßregelvollzugs bei der Beurteilung der Frage Anwendung finden, inwieweit die bestehenden gesetzlichen Regelungen über Zwangsbehandlungen den vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Anforderungen genügen⁶.

⁶ Sachs, Grundrechte: Körperliche Unversehrtheit und Selbstbestimmung JuS 2011, 1047

Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes sind in der Rechtsprechung und weiten Teilen der Literatur durchweg angenommen worden und finden jenseits der Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug auf alle hinsichtlich einer Behandlung mit Neuroleptika gegen den Willen eines Pateinten relevanten Bereiche Anwendung.

Zwar hat das Bundesverfassungsgericht in einer weiteren Entscheidung zur Zwangsbehandlung eines auf der Grundlage des Sächsischen Gesetzes über die Hilfen und die Unterbringung bei psychischen Krankheiten (SächsPsychKG) vom 10. Oktober 2007 eine Annahme der Verfassungsbeschwerde abgelehnt, dies aber mit dem tragenden Argument, dass mit der Leitsatzentscheidung BVerfG NJW 2011, 2113 ff. die wesentlichen Anforderungen an die gesetzlichen Grundlagen einer Zwangsbehandlung geklärt seien und von den Fachgerichten zu erwarten stehe, dass sie diese bei künftigen Entscheidungen, die die Zwangsbehandlung von Untergebrachten betreffen, von Amts wegen im Auge behalten und entsprechend verfahren⁷.

Die Rechtsprechung jedenfalls geht überwiegend davon aus, dass neben den öffentlich-rechtlichen Unterbringungen im Maßregelvollzug und der Unterbringung nach dem allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht auch § 1906 Abs. 1 S. 2 BGB den vom Bundesverfassungsgericht in den Entscheidungen vom 23.03.2011 (NJW 2011, 2113ff.) sowie vom 12.10.2011 (NJW 2011, 3571ff) aufgestellten Anforderungen an ein das Grundrecht des Betroffenen auf körperliche Unversehrtheit einschränkendes Gesetz entsprechen⁸ soll.

Nach den Maßstäben des Bundesverfassungsgerichts, so die Rechtsprechung der Betreuungsgerichte, könne insbesondere § 1906 Abs. 1 Ziff. 2 BGB keine ausreichende gesetzliche Grundlage für eine Zwangsbehandlung darstellen, diese sei auch keiner erweiternden oder ergänzenden Auslegung entsprechend der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (grundlegend insoweit BGH, Urt. vom 1.2.2006, NJW 2006, S.1277ff.) zugänglich. 1906 Abs. 1 Ziff. 2 BGB regle ausschließlich die Zulässigkeit der betreuungsrechtlichen Unterbringung zur Heilbehandlung, enthalte jedoch keinerlei Regelungen dazu, unter welchen Voraussetzungen

eine Zwangsbehandlung durchgeführt werden dürfe. § 1906 Abs.1 Ziff. 2 BGB genüge damit nicht ansatzweise den Anforderungen, die an die Klarheit und Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage für einen so besonders schweren Grundrechtseingriff zu stellen sind⁹.

Den vom Bundesverfassungsgericht aufgezeigten Mängeln einer gesetzlichen Regelung sowohl in materieller als auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht könne nach Auffassung der Betreuungsgerichte auch nicht im Wege verfassungskonformer Auslegung des § 1906 Abs. 1 Ziffer 2 BGB abgeholfen werden.

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 01.02.2006 (NJW 2006, S. 1277), wonach § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB nur dahingehend sinnvoll auszulegen sei, dass der Betreute die notwendigen medizinischen Maßnahmen, in die der Betreuer zu seinem Wohl eingewilligt habe und derentwegen der Betreute untergebracht werden durfte, unabhängig von seinem möglicherweise entgegenstehenden natürlichen Willen während der Unterbringung zu dulden habe und diese Vorschrift die Zwangsbehandlung einwilligungsunfähiger Betroffener gegen deren natürlichen Willen während der stationären Unterbringung gestatte, kann nach Ansicht der Rechtsprechung der Betreuungsgerichte wegen der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 23.03.2011 nicht mehr aufrecht erhalten bleiben¹⁰, zumal der Gesetzgeber keine gesetzliche Regelung der Zwangsbehandlung schaffen wollte¹¹.

Eine zunächst vom Justizministerium des Landes Baden-Württemberg vorgesehene Vorgehensweise, wonach die Zwangsmedikation, sofern diese der Bewältigung einer akuten Krisensituation mit Selbst- oder Fremdgefährdung diene, unter engen Voraussetzungen ohne Einwilligung zulässig sei, ist von der Rechtsprechung abgelehnt worden.

So hat das Amtsgericht Nürtingen in Anlehnung an die Entscheidung des Verfassungsgerichtes festgestellt, dass psychisch Kranke, die krankheitsbedingt für sich oder andere gefährlich sind, nur noch untergebracht, aber nicht zwangsbehandelt werden dürfen (AG Nürtingen, Beschluss vom 10. November 2011, 11 XIV 80/11)^{12 13}

⁹ AG Bremen a.a.O.

¹⁰ AG Ludwigsburg Beschluß vom 30.1.2012, 8 XVII 58/2012

¹¹ Bt-Drucksache 11/4528, Seite 72, OLG Celle, Beschluss vom 10.08.2005 - 17 W 37/05 -, Moll-Vogel, FamRZ 2011, S. 250

¹² Walter, Henrik; Heinz, Andreas Dtsch Arztebl 2012; 109(5): A-198 / B-174 / C-174

⁷ BVerfG, 2 BvR 2362/11 vom 15.12.2011 Abs. Nr. 6

⁸ vgl. statt vieler AG Bremen BeckRS 2012, 03619 m. w. Nachw.

Auch die Literatur hat die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes zur Zwangsbehandlung weitgehend begrüßt¹⁴.

Die vom Verfassungsgericht geschaffene Rechtsklarheit zur Zwangsbehandlung ist allerdings andererseits auf ganz erhebliche Kritik der Deutschen Gesellschaft für Psychiatrie, Psychotherapie und Nervenheilkunde (DGPPN) gestoßen.

Zwar erkennt man die im Zuge der beiden Entscheidungen des Verfassungsgerichtes erfolgte Stärkung des Patientenwillens und der Patientenautonomie an, denn auch nach dieser Ansicht soll die selbstbestimmte Einsicht in die Notwendigkeit einer Behandlung wesentliche Grundlage des Erfolgs einer sachgerechten Behandlung sein.¹⁵

Die beiden einschlägigen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes aber auch die sich anschließende Rechtsprechung der Betreuungsgerichte werde den tatsächlichen Gegebenheiten und dem Interesse psychiatrischer Patienten wie der Helfenden in der Psychiatrie nicht gerecht.

Die Rigorosität des Verbots der Behandlung ohne und auch gegen den Willen des Betroffenen führe vielmehr dazu, dass den Patienten erfolgversprechende Hilfe vorenthalten würde und psychisch Kranke einem eigengesetzlich verlaufenden Schicksal überlassen würden. Das Postulat der „freien Willensentscheidung“ diene, so ein weiterer Vorwurf, zudem der Legitimation der langfristigen Verwahrung psychisch Kranker¹⁶.

Im Gegensatz zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes, wonach der Behandlungszwang nicht durch einen Schutz Dritter vor Straftaten des Patienten zu rechtfertigen sei, weil dieser Schutz auch dadurch gewährleistet werden könne, dass der Untergebrachte unbehandelt im Maßregelvollzug verbleibe¹⁷, misst die DGPPN Behandlungen ohne den Willen des Patienten insbesondere da Bedeutung zu, wo Menschen auf Grund ihrer psychischen Störung für sich oder andere gefährlich seien¹⁸.

Patienten, die auf Grund ihrer psychischen Störung straffällig geworden seien, sollen durch die Unterbringung in einer Klinik für Forensische Psychiatrie und Psychotherapie gebessert und gesichert werden. Die überwiegende Mehrzahl der dort untergebrachten Patienten profitiere von der Behandlung und könne in ein soziales Umfeld oder eine weniger eingreifende Lebensform (re)sozialisiert werden. Die Patienten im Maßregelvollzug seien dort auf Grund ihrer störungsbedingten Gefährlichkeit untergebracht. Die Gesellschaft werde in Konsequenz der Entscheidungen des Verfassungsgerichtes nicht durch eine wirksame Behandlung, sondern durch freiheitsentziehende Zwangsmaßnahmen geschützt.

Unabhängig von der Frage der Einwilligungsfähigkeit eines Patienten in eine Behandlung mit Neuroleptika sei es im Einzelfall aber aus medizinischer Sicht im objektiven Patienteninteresse geboten und erforderlich, diese auch gegen ihren Willen mithin zwangsweise zu behandeln.

Aktuelle Entscheidungen der Betreuungsgerichte stärkten die Freiheits- und Selbstbestimmungsinteressen der Menschen, auch wenn diese psychisch krank seien und sich selbst und ihr Umfeld schädigten, ohne jedoch die kaum zu verantwortenden Konsequenzen für die betroffenen Patienten und deren Nahfeld zu berücksichtigen.

Exemplarisch werden die Entscheidungen des OLG Celle vom 03.08.2011 - 1 Ws 233/11 (Ablehnung einer Zwangsbehandlung zur Abwehr von Gefahren für Leib und Gesundheit von Mitpatienten oder Pflegepersonal)¹⁹, des OLG Zweibrücken 1 Ws 90/11 vom 01.08.2011 (Ablehnung der Kameraüberwachung zur Nachtzeit und der Behandlung einer interkurrenten Erkrankung bei entgegenstehenden Willen des Patienten) sowie weitere Entscheidungen der Betreuungsgerichte, die eine Zwangsbehandlung ablehnen, genannt.

Auch der BGH geht zwischenzeitlich von einer unzulässigen Unterbringung nach § 1906 I Nr. 1 BGB bei möglicher ambulanter Überwachung der Medikamenteneinnahme aus²⁰.

Konsequenz dieser Rechtsprechung und des Verbotes der Behandlung ohne oder auch gegen den Willen des psychisch kranken Menschen sei, dass Ärzte gezwungen würden, behandelbaren Menschen wirksame Hilfe vorzuenthalten. Gestützt auf das Selbst-

¹³ vollständiger Abdruck des Urteils des AG Nürtingen in BeckRS 2011, 26606

¹⁴ Bublitz, Psychiatrische Zwangseingriffe im Maßregelvollzug ZIS 8-9/2011

¹⁵ Prof. Dres. med. Jürgen Müller (Göttingen), N. Saimeh (Lippstadt), N. Nedopil (München), Frank Schneider (Aachen), P. Falkai (Göttingen), Stellungnahme der Deutschen Gesellschaft für Psychiatrie, Psychotherapie und Nervenheilkunde (DGPPN) vom 16.01.2012

¹⁶ Müller, Saimeh, Nedopil, Schneider, P. Falkai, a.a.O.

¹⁷ BVerfG NJW 2011, S. 3571; vgl. auch schon BGH NJW 2001, S. 888

¹⁸ Müller, Saimeh, Nedopil, Schneider, P. Falkai, a.a.O.

¹⁹ OLG Celle BeckRS 2011, 20345

²⁰ BGH FGPrax 2011, 319

bestimmungsrecht psychisch kranker Menschen würden diese einem eigengesetzlich verlaufenden Krankheits- und Sozialschicksal überlassen und letztlich langfristig aus der Gesellschaft ausgegrenzt.

Ausdruck der psychischen Veränderung eines Menschen sei gerade häufig eine Verminderung der Einsicht in die bestehende Störung und der damit verbundenen Minderung selbstreflektierender Fähigkeiten. Das „Recht zur Krankheit“, wie es den Urteilen des Bundesverfassungsgericht zu entnehmen sei, werde so durch die mit der Krankheit verbundenen Konsequenzen für den Betroffenen relativiert.

Für die Ärzte bestehe zudem der Konflikt der beidseits strafbedrohten unterlassenen Hilfeleistung einerseits und der rechtswidriger Zwangsbehandlung andererseits. Therapeuten und Pflegende würden gezwungen, sich mit behandelbaren und aufgrund der psychischen Störung gewalttätigen Menschen körperlich auseinanderzusetzen²¹.

Demgegenüber begrüßen Betroffenenverbände und die beteiligten Praktiker die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes.

Das Bundesverfassungsgericht habe Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG menschenrechtlich zutreffend als Aktivrecht jeder Person ausgelegt: „Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit.“ Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG laute konsequent: „Die Freiheit der Person ist unverletzlich.“ Das bedeute, jeder erfahre sich als Person, indem er über sich, das eigene Leben und eigene Unversehrtheit zu allererst ihres/seines Körpers selbst entscheidet. Darum habe das Verfassungsgericht zutreffend formuliert, es sei unzulässig, stellvertretend, und sei es als Psychiater aus gesundheitlichen oder anderen Gründen der Rehabilitation, eine Person zwangsweise zu behandeln. Die Selbstbestimmung des Menschen schließe alle kranken oder gesunden Befindlichkeiten ein.

Indem das Bundesverfassungsgericht über die historisch herkömmliche Begrenzung des Kerns der Menschenrechte als Abwehrrechte hinausgehe, folge es der Behindertenrechtskonvention der Vereinten Nationen von 2006. Sie sei auf Vorschlag der Bundesregierung im Dezember 2008 vom Deutschen Bundestag als Gesetz übernommen worden. Die Behindertenrechtskonvention gehe sogar folgerichtig im Sinne der Wirklichkeit des Menschen und seiner sozialen

Bedingungen darüber hinaus und verlange, dass die sozialen, technischen und wissenschaftlichen Bedingungen zu schaffen seien, Behinderungen zu überwinden oder zu relativieren. Damit die Behindertenrechtskonvention nicht nur deklamatorischen Lärm mache. Die Behinderten würden ansonsten um ihre Grund- und Menschenrechte gebracht, obwohl sie nominell gelten.²²

Die „Freiheit zur Krankheit“, als Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und der allgemeinen Handlungsfreiheit werde durch die Entscheidungen der Gerichte bekräftigt.

Der Staat müsse es von jeher hinzunehmen, wenn der Bürger fürsorgerische Leistungen eigenverantwortlich ablehne²³.

Zudem habe die Entscheidung wesentlich zu einer Rechtsklarheit beigetragen. Zum einen sieht das Verfassungsgericht keine dem Fürsorgegedanken des Staates aus Art. 20 Abs. 1 GG entspringende Verpflichtung des Staates zur Fürsorge, zum anderen sei dem alten Theorienstreit zum tatbestandsausschließenden Einverständnis der ärztlichen Behandlung mit der Position des Bundesverfassungsgerichtes der Boden entzogen worden. Das Bundesverfassungsgericht habe mit der nötigen Deutlichkeit klargestellt, dass ein ärztlicher „Heil“-Eingriff ebenso eine Körperverletzung sei wie ein mit einer anderen Zielrichtung vorgenommener körperlicher Eingriff²⁴. Allerdings habe das Bundesverfassungsgericht angenommen, dass eine Eingriffsqualität entfallen könne, wenn der Untergebrachte umfassend ärztlich aufgeklärt und frei von jeglichem Druck, wie etwa dem Inaussichtstellen von Nachteilen, einer medizinischen Behandlung zugestimmt habe. Diese Haltung beziehe sich indes nur auf die verfassungsrechtliche Eingriffs-Qualität einer medizinischen „Heil“-Behandlung und sage nichts über deren Charakter als Körperverletzung aus²⁵.

5. Die geplante Novellierung des § 8 UBG

a. Begriffliche Änderungen

Die Novellierung betrifft zunächst begriffliche Veränderungen der Begriffe des „Untergebrachten“ und der „Heilbehandlung“:

²² Narr et al. Behinderung, Menschenrechte und Zwang 2011

²³ Rinke NStZ 1988, 10 S. 13

²⁴ Dr. David Schneider-Addae-Mensah, Anmerkung zum Zwangsbehandlungsbeschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 23.03.2011

²⁵ Dr. Schneider Addae-Mensah, a.a.O.

²¹ Müller, Sabine; Walter, Henrik; Heinz, Andreas, Zwangsbehandlung..., Dtsch Arztebl 2012; 109(5): A 198–202

Bisher war in § 8 UBG vom „Untergebrachten“ die Rede. Dieser Begriff wurde im Zuge des „Gender-Mainstreaming-Gedankens“ modifiziert und in der Neufassung durch "die untergebrachte Person" ersetzt.

Bisher regelte § 8 die "Heilbehandlung". Der Begriff wurde aber innerhalb des Paragraphen nicht durchgängig benutzt, später ist von "Behandlung" die Rede. Da inhaltlich kein Unterschied vorliege, soll einheitlich der Begriff "Behandlung" verwendet werden.

b. Keine Zwangsbehandlung ohne Einwilligung des einwilligungsfähigen Patienten, § 8 Abs. 2 UBG

Die Zwangsmedikation mit Neuroleptika wird nunmehr durch den Neuentwurf des § 8 Abs. 2 UBG erstmals als Eingriff in die körperliche Unversehrtheit erkannt und der Einwilligung eines öffentlich-rechtlich untergebrachten Patienten unterstellt. Es gibt keine Duldungspflichten der Zwangsbehandlung mehr, grundsätzlich sollen alle Eingriffe einer voraus erklärten Einwilligung des Patienten unterliegen.

Zudem wird die Behandlung mit Neuroleptika von einer vorausgegangen umfassenden Aufklärung des Patienten abhängig gemacht, Ziel dieser Aufklärung soll allerdings die Zustimmung des Patienten in die Behandlung sein.

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

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 nicht²⁶. Dieses Selbstbestimmungsrecht hat seine Rechtsgrundlage sowohl in Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG, als auch in Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG²⁷.

Dieses Grundrecht schütze „die körperliche Integrität des Grundrechtsträgers und damit auch das diesbezügliche Selbstbestimmungsrecht“. Der Betroffene wird nunmehr soweit § 8 Abs. 2 UBG zur Anwen-

dung gelangt, nicht mehr wie in der zuvor geltenden Fassung des § 8 Abs. 2 UBG im Zuge einer Duldungspflicht genötigt, einen medizinischen Eingriff und damit eine Maßnahme zu dulden, die „den Straftatbestand der Körperverletzung erfüllt und normalerweise nur mit Einwilligung zulässig ist“.

Der Patient hat nunmehr das Recht, über das „ob“ und „wie“ seiner Behandlung nach entsprechender Aufklärung durch seine Einwilligung zu entscheiden²⁸ sofern er zu einer Einwilligung in der Lage ist.

Dies entspricht dem Selbstbestimmungsrecht, wie es an sich im Zuge einer medizinischen Behandlung jenseits psychiatrischer Behandlung üblich ist.

Das Selbstbestimmungsrecht kommt in § 8 Abs. 2 UBG hinreichend zum Tragen, die Regelung entspricht auch den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichtes.

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

aa. Die geplante Regelung des § 8 Abs. 3 a UBG – Zwangsbehandlung bei mangelnder Einsichtsfähigkeit

Bestimmte Formen von Zwangsbehandlungen von nicht einwilligungsfähigen, psychisch kranken Patienten sollen nach der Novelle des § 8 Abs. 3 a. UBG zulässig sein und als Eingriffsnorm für eine solche Zwangsbehandlung dienen.

Gleiches soll gelten, wenn und soweit eine schwerwiegende Gefahr für die Gesundheit der untergebrachten Person oder aber Lebensgefahr abzuwenden sei, § 8 Abs. 3 b. UBG.

Zur Begründung wird ausgeführt, der Schutz Dritter vor Straftaten, die die untergebrachte Person im Fall ihrer Entlassung begehen könnte, sei keine Rechtfertigung für eine Zwangsbehandlung. Die beabsichtigte Neuregelung betreffe damit alle Menschen in der öffentlich-rechtlichen Unterbringung.

Eine Zwangsmedikation zur Abwehr anderer Gefahren für Dritte werde, so die Begründung, von der beabsichtigten Neuregelung auch anders als in vorausgegangen Regelwerken zur öffentlich-rechtlichen Unterbringung nicht mehr umfasst.

²⁶ BGH NJW 1958, S. 267 m. w. Nachw.

²⁷ BVerfG NJW 1979, S. 1925

²⁸ Spickhoff, Medizinrecht, Art. 2 GG Rn. 12

Eine solche Zwangsmedikation stelle eine Maßnahme zur Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung dar und falle grundsätzlich nicht unter den Begriff der "Behandlung" im Sinne des § 8 UBG. Bei einer Gefährdung Dritter könne gegebenenfalls in den Grenzen des § 34 StGB zwangsbehandelt werden.

Weitere Begründungen, insbesondere hinsichtlich der Eingriffsnorm bei erheblichen gesundheitlichen Gefahren, enthält das Gesetzesvorhaben nicht.

Hinsichtlich der Einwilligungsfähigkeit dürfte zum entscheidenden Kriterium zu machen sein, dass die Einwilligung – streng zu trennen von der Geschäftsfähigkeit – keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, sondern die Gestattung der tatsächlichen Handlung ist²⁹. 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 müsste eingeschätzt und das für- und wider gegeneinander abgewogen werden.

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

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 und erfüllt den Tatbestand der Körperverletzung, es sei denn, eine wirksame Einwilligung des Patienten liegt vor³⁰.

Diese Einwilligung muss sich inhaltlich auf die jeweilige konkrete Maßnahme beziehen; das schließt aber nicht aus, dass der Patient allgemein einer vom Arzt für erforderlich erachteten kunstgerechten Behandlung zustimmt³¹.

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 gibt³².

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 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“ so das Bundesverfassungsgericht „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 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. Für die grundrechtliche Beurteilung der Schwere eines Eingriffs ist auch das subjektive Empfinden von Bedeutung (vgl. BVerfG 89, 315 S. 324). Die Gabe von Neuroleptika gegen den natürlichen Willen des Patienten schließlich stellt - unabhängig davon, ob nach fachgerichtlicher Einschätzung der Eingriff die [nach Gesetzeslage - d. Verf.] statuierten Voraussetzungen der Einwilligungsbedürftigkeit erfüllt oder im betreuungsrechtlichen Zusammenhang die Voraussetzungen der Genehmigungsbedürftigkeit nach § 1904 Abs. 1 Satz 1 BGB erfüllen würde - einen besonders schweren Grundrechtseingriff auch im

²⁹ BGH NJW 1959, S. 811

³⁰ Soergel-Zeuner, BGB, 11. Aufl. § 823 Rn. 200 f.

³¹ BGH NJW 1959, 811

³² BGH NJW 1984, S. 1397

Hinblick auf die Wirkungen dieser Medikamente dar.“

Dies gelte schon im Hinblick auf die nicht auszuschließende 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 berühre daher, auch unabhängig davon, ob sie mit körperlichem Zwang durchgesetzt wird, in besonderem Maße den Kern der Persönlichkeit.

Hinsichtlich des geplanten Gesetzesvorhabens, insbesondere in § 8 Abs. 3 a UBG, 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 soll³³.

Der Verfasser der Verfassungsbeschwerde in dem Verfahren BVerfG NJW 2011, 2113 hat hierzu zutreffend 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 (be)handeln. Dies wäre nach dem Bundesverfassungsgericht begrifflich allerdings gar keine Zwangsbehandlung“³⁴.

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 Gesundheitsvormundschaft³⁵ wird.

Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 23.03.2011 kann eine Zwangsbehandlung nur auf Grund einer klaren und bestimmten gesetzlichen Regelung angeordnet werden. Eine solche Re-

gelung ist in den geplanten Vorschriften nicht enthalten. Ferner bedarf es nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts klarer Anforderungen an das Verfahren. Auch die Verfahrensvorschriften enthalten insoweit keine Bestimmungen über das bei der Zwangsmedikation anzuwendende gerichtliche Verfahren.

Es ist bereits fraglich, wie und auf welcher Grundlage festzustellen sein soll, ob jemand krankheitsbedingt in seiner Einwilligungsfähigkeit und damit in seinem "Wollen" so eingeschränkt ist, dass er oder sie deshalb nicht das für und wider einer Behandlung mit Neuroleptika abwägen kann. Die Kriterien, mit denen nachgewiesen und beurteilt werden können soll, dass der betroffene Patient nicht Gründe für seine ablehnende Haltung hat, sondern dass diese Haltung durch eine Krankheit verursacht wird, sind hinsichtlich einer Allgemeingültigkeit ebenso fraglich, wie die Möglichkeit insgesamt, solche Feststellungen auf hinreichender Tatsachengrundlage zu treffen.

Es verbleibt gerade in Hinsicht auf die der geplanten Gesetzesänderung zugrundeliegenden Entscheidungen des Verfassungsgerichtes dabei, dass der ärztliche Eingriff, zu dem auch die Zwangsbehandlung mit Neuroleptika zählt, den Tatbestand der Körperverletzung erfüllt³⁶. Entsprechend sollte auch der einwilligungsunfähige Patient in Ausfluss seines Selbstbestimmungsrechtes über das „ob“ und „wie“ einer medikamentösen Behandlung befinden können.

Dies gilt nicht nur wegen des ansonsten unüberbrückbaren Widerspruchs, worauf noch einzugehen sein wird, dass nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtes einerseits die ärztliche Aufklärung in jedem Falle nach § 8 Abs. 3 UBG für die Rechtfertigung eines Eingriffes notwendig sein soll, andererseits aber dem vermeintlich „einwilligungsunfähigen“ Patienten nicht die Wahlmöglichkeit, sich für oder gegen seine Behandlung mit Neuroleptika auszusprechend, belassen bleiben soll.

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. Eine medizinische Behandlung, die ihrer Art nach das Grundrecht auf körperliche

³³ Dr Schneider Addae-Mensah a.a.O.

³⁴ Dr Schneider Addae-Mensah a.a.O.

³⁵ BVerfGE 58, 208 (226) mit weiteren Nachweisen zum UBG Baden-Württemberg

³⁶ BGH BeckRS 2011, 25321

Unversehrtheit berührt, greift in dieses Grundrecht damit nur dann nicht ein, wenn sie von der auf der Grundlage der gebotenen ärztlichen Aufklärung, erteilten Einwilligung des Untergebrachten gedeckt ist (BverfG, Beschluss vom 23. März 2011³⁷).

Auch im Minderjahrenrecht wird dem nicht volljährigen ein Vetorecht hinsichtlich von Eingriffen in seine körperliche Unversehrtheit zugebilligt³⁸, eine Fremdbestimmung des Willens bei in Frage stehenden medizinischen Maßnahmen sukzessive abgelehnt³⁹.

Die Ablehnung einer Zwangsbehandlung einwilligungsunfähiger Patienten gründet auch auf dem Rechtsgedanken der Patientenverfügung, die allgemein als antizipierte Einwilligung in die ärztliche Heilbehandlung⁴⁰ gesehen wird.

Auch für die Errichtung einer Patientenverfügung wird allgemein als Voraussetzungskriterium nicht die Geschäftsfähigkeit, sondern die Einwilligungsfähigkeit als ausreichend erachtet⁴¹.

Dann aber sollte eine zu errichtende Patientenverfügung, wie sie nunmehr auch in § 8 Abs. 9 UBG normiert werden soll, nicht zum Ausschlusskriterium einer Zwangsbehandlung, sondern zu einem Zulässigkeitskriterium der Behandlung mit Neuroleptika gemacht werden, so der Patient im Vorfeld in einer solchen Behandlung gegebenenfalls unter Angabe des Medikaments oder des Wirkstoffes zustimmen kann.

Diese Lösung jedenfalls birgt den Vorteil in sich, dass dem Selbstbestimmungsrecht auf diese Weise in jedem Falle der Vorrang eingeräumt wird.

bb. Die geplante Regelung des § 8 Abs. 3 b UBG – Zwangsbehandlung bei Gefahr für Leib und Leben des Patienten

Die entsprechende Regelung, dass eine Zwangsbehandlung dann zulässig sein soll, wenn Gefahr für Leib und Leben des Patienten besteht, dürfte den in den Beschlüssen des Bundesverfassungsgerichtes aufgestellten Postulaten hinsichtlich einer hinreichenden Bestimmtheit nicht genügen und in diesen auch keine Stütze finden, zumal in keiner Weise er-

kennbar wäre, welche verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer medizinischen Zwangsbehandlung mit dem Ziel, Gefahren für Leib und Leben des Betroffenen abzuwenden, gegen den erklärten Willen eines einwilligungsfähigen Patienten zulässig sein sollten und welchen Nutzen eine solche Zwangsbehandlung haben soll.

Einen operativer Eingriff oder die sonstige Gefahr ernster Nebenfolgen jedenfalls knüpft der Gesetzesentwurf in § 8 Abs. 7 UBG wiederum an das Einwilligungskriterium, nur eben bei sonstigen Maßnahmen, zu denen dann auch die Zwangsbehandlung zählt, soll dies nicht gelten. Es mag dahingestellt bleiben, ob verfassungsrechtlich zu beanstanden ist, wie in § 6 Abs. 2 des rheinland-pfälzischen Landesgesetzes über den Vollzug freiheitsentziehender Maßregeln (Maßregelvollzugsgesetz - MVollzG), eine Eingriffsgrundlage für eine zwangsweise Ernährung des untergebrachten Patienten geschaffen wird, eine generelle Ermächtigungsgrundlage zur Behandlung entgegen dem Willen eines Patienten für den Legitimationsgrund „erhebliche Gefahr für Gesundheit, Leib oder Leben“ zu schaffen, dürfte jedoch nicht verfassungskonform sein.

Der Gesetzesentwurf stellt in § 8 Abs. 3 b. UBG gezielt auf eine medizinische Behandlung jenseits eines operativen Eingriffes ab, um die Behandlung wiederum mit dem Hinweis auf Gefahren für Leib und Leben auch ohne Einwilligung des Patienten zu legitimieren. Denn der Begriff einer „schwerwiegenden Gefahr“ für die Gesundheit eines Patienten ist ebenso wie der Begriff der „Regeln der ärztlichen Kunst“ nicht aus sich selbst heraus bestimmt, sondern auslegungsbedürftig, zu unbestimmt und unterliegt einem schnellen zeitlichen wie auch örtlichen Wandel.

Damit wird einerseits eine Ermächtigungsgrundlage für unbestimmte Zwangsmaßnahmen und auch einer medizinischen Zwangsbehandlung geschaffen, andererseits liegt wiederum keine hinreichend deutliche gesetzliche Begrenzung der Möglichkeit der Zwangsbehandlung vor, zumal das Bundesverfassungsgericht beispielsweise die Eingriffsintensität einer Zwangsbehandlung mit Neuroleptika in zutreffender Weise auch hinsichtlich der Gefahren und Nebenwirkungen nicht geringer bewertet, als beispielsweise einen operativen Eingriff.

Soweit die Gesetzesinitiative zu § 8 Abs. 3 b. UBG durch die Stellungnahme der DGPPN vom 16.01.2012 und deren Kritik an der Entscheidung des

³⁷ Rn. 41 der Internetversion

³⁸ vgl. BGH NJW 2007, 217 S. 218

³⁹ Sternenberg-Lieben, die gesetzliche Regelung der Patientenverfügung und das medizinische Selbstbestimmungsrecht Minderjähriger, NJW 2012, S. 257 ff.

⁴⁰ Sternenberg-Lieben a.a.O. S. 258

⁴¹ BGH MedR 2003, S. 512 (514)

OLG Zweibrücken vom 01.08.2011 motiviert ist, so ist es in Hinblick auf das Gesetzesvorhaben und insbesondere § 8 Abs. 3 b. UBG lohnenswert, auf diese Entscheidung näher einzugehen:

Das OLG Zweibrücken hat im kritisierten Beschluss 1 Ws 90/11 auf die Grundrechte des Patienten abgestellt und hat der unterbringenden Einrichtung entsprechend verwehrt, gegen den natürlichen Willen des einwilligungsfähigen Patienten zwangsweise eine interkurrente und mithin nicht psychiatrische Erkrankung zu behandeln und diesen während der Nachtzeiten mit einer Videokamera zu überwachen.

Das OLG Zweibrücken hat in der zitierten Entscheidung nicht einmal primär auf die neuere Rechtsprechung des Verfassungsgerichtes abgestellt, sondern darauf, dass es wegen der Grundrechte des Patienten aus Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 GG verwehrt sei, die bei dem Patienten bestehende interkurrente Erkrankungen gegen dessen natürlichen Willen zwangsweise zu behandeln.

Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG schütze, so das OLG Zweibrücken, die körperliche Integrität des Grundrechtsträgers und damit auch sein diesbezügliches Selbstbestimmungsrecht. Zu seinem Gehalt gehöre dabei auch der Schutz gegen staatliche Zwangsbehandlung, selbst wenn sie zum Zwecke der Heilung vorgenommen wird. Eine schädliche Zielrichtung sei dabei nicht Voraussetzung für das Vorliegen eines Eingriffs in das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit. Der Patient werde ansonsten genötigt, eine Maßnahme zu dulden, die grundsätzlich den Straftatbestand der Körperverletzung erfüllt und daher normalerweise nur mit der - in strafrechtlicher Hinsicht rechtfertigenden - Einwilligung des Betroffenen zulässig sei.

Eine medizinische Behandlung, die ihrer Art nach das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit berührt, greift in dieses Grundrecht des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG allenfalls dann nicht ein, wenn sie von der freien und auf der Grundlage der gebotenen ärztlichen Aufklärung, erteilten Einwilligung des Untergebrachten gedeckt ist (vgl. BVerfG Beschluss vom 07.10.1981, 2 BvR 1194/80, Rdnr. 39 ff.).

Der Patient selbst hatte ausdrücklich eine ärztliche Intervention zur Behandlung seiner somatischen Erkrankung, hier der koronaren Herzerkrankung, bei Einwilligungsfähigkeit abgelehnt. Es lag allerdings aus ärztlicher Sicht eine deutliche und erhebliche

Gefahr für die Gesundheit des Patienten vor, die für den Fall, dass § 8 Abs. 3 b. UBG Gesetz würde, unbeschadet einer möglichen Verfassungswidrigkeit der Regelung als Eingriffsgrundlage für eine Zwangsbehandlung des Patienten herangezogen würde.

Demgegenüber hat das OLG Zweibrücken in der seitens der DGPPN kritisierten Entscheidung⁴² weiter ausgeführt:

„Zumindest bei genügend gesunder Wahrnehmungsfähigkeit, um im somatischen Bereich für sich selbst Erkrankungen wahrzunehmen und behandeln zu lassen, ist es jedem Patienten unbelassen, abgestufte Denkmodelle zu entwickeln oder mit alternativen Behandlungsverfahren (asiatische Medizin) zu spekulieren. Soweit er den Tod für die somatische Störung in Kauf nehme, stehe dies in Übereinstimmung mit seinen innersten Vorstellungen und Absichten. Insofern sei sein Wertesystem zwar etwas bizarr oder exzentrisch, mithin anders als die Norm, dürfe aber als Ausdruck von Freiheit angesehen werden. Soweit er mit dem Risiko seiner Herzerkrankung bewusst spiele, um sich Unterbringungs Vorteile, Mitleid oder eine "moralische Bestrafung" der Ärzte der forensischen Klinik im Sinne eines Märtyrertums zu verschaffen, sei dies ein Ausdruck seines Privatmotivs, und nicht als psychotischer Anteil einer Persönlichkeit zu werten.

Dem Senat ist dabei bewusst, dass (die unterbringende Einrichtung) aus wohlgemeiner Sorge um die Gesundheit des Patienten die Kameraüberwachung veranlasst hat, um im Ernstfall sofort handeln zu können. Jedoch stellen auch die zur Erhaltung des Lebens notwendigen medizinischen Maßnahmen Eingriffe in die körperliche Integrität des Patienten dar, die grundsätzlich der Einwilligung des Betroffenen bedürfen.

Dies gilt auch dann, wenn die Verweigerung einer Behandlung lebensgefährlich ist. Denn die grundrechtlich geschützte Freiheit schließt auch die "Freiheit zur Krankheit" und damit das Recht ein, auf Heilung abzielende Eingriffe abzulehnen, selbst wenn diese nach dem Stand des medizinischen Wissens dringend angezeigt sind.

Zwangsbehandlungen sind insoweit unzulässig (vgl. BGH NJW 2005, 2385 und Palandt/Diederichsen, BGB, 70. Aufl. 2011, § 1901 a, Rdnr. 7).

⁴² Oberlandesgericht Zweibrücken Beschluss vom 01.08.2011, 1 Ws 90/11

Das OLG Zweibrücken hat dann noch auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichtes 2 BvR 882/09 abgestellt, in den Entscheidungsgründen spiegele sich wieder, dass „Nichts anderes (...) deshalb für die Behandlung der somatischen Erkrankung des Beschwerdeführers gelte. Wenn aber bereits die Behandlung als solche gegen den Willen des Erklärenden als Zwangsbehandlung und somit als unzulässig anzusehen ist, gilt dies erst recht für eine dieser vorgeschalteten Überwachungsmaßnahme.

Die Neuregelung des § 8 Abs. 3 b. UBG ist daher abzulehnen. Zwangseingriffe in Körper und Geist zählen zu den intensivsten Grundrechtseingriffen und sind seit jeher verfassungsrechtlich und rechtspolitisch umstritten. Dies gilt erst recht, wenn der Betroffene öffentlich-rechtlich untergebracht ist⁴³.

Soweit ausnahmsweise eine Befugnis des Staates, den Einzelnen „vor sich selbst in Schutz zu nehmen“⁴⁴, anzuerkennen ist, eröffnet dies keine „Vernunftthoheit“ staatlicher Organe über den Grundrechtsträger dergestalt, dass dessen Wille, beispielsweise auch zur Inanspruchnahme von Alternativmedizin, allein deshalb beiseitegelegt werden darf, weil von durchschnittlichen Präferenzen abgewichen wird oder weil der Wille unvernünftig erscheint⁴⁵ (Gefahr eines fürsorglichen Paternalismus - Fink, Selbstbestimmung und Selbsttötung, 1992, S. 188 ff., Hermes, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, S. 228 ff. und Schwabe, JZ 1998, 66 S. 70).

cc. Das Verhältnismäßigkeitserfordernis des § 8 Abs. 3 UBG

Nach § 8 Abs. 3 UBG muss die Zwangsbehandlung im Hinblick auf das Behandlungsziel, das ihren Einsatz rechtfertigt, Erfolg versprechen. Sie darf nur als letztes Mittel eingesetzt werden, wenn mildere Mittel, insbesondere eine weniger eingreifende Behandlung, aussichtslos sind. Zudem muss die Zwangsbehandlung auch verhältnismäßig im engeren Sinne sein, so dass die mit der Behandlung einhergehenden Belastungen nicht außer Verhältnis zu dem erwarteten Nutzen stehen.

Das Gesetzesvorhaben bleibt damit weit hinter den Anforderungen zurück, die das Bundesverfassungs-

gericht für eine Zwangsbehandlung eines Einwilligungsunfähigen aufgestellt hat.

In der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes 2 BvR 882/09 wird unter Nachweis in Rechtsprechung und Literatur ausgeführt:

„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 erwartbaren 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.“

Daran aber, so das Bundesverfassungsgericht, „wird es bei einer auf das Vollzugsziel gerichteten Zwangsbehandlung regelmäßig fehlen, wenn die Behandlung mit mehr als einem vernachlässigbaren Restrisiko irreversibler Gesundheitsschäden verbunden ist (Garlipp, BtPrax 2009, S. 55; für die Unvereinbarkeit irreversibler Eingriffe mit der UN-Behindertenrechtskonvention Aichele/von Bernstorff, BtPrax 2010, S. 199 S. 203; Böhm, BtPrax 2009, S. 218 S. 220)“.

Das Bundesverfassungsgericht hat damit in tatsächlicher wie in rechtlicher Hinsicht hohe Hürden für ein Gesetz zur neuerlichen Legalisierung psychiatrischer Zwangsbehandlungen aufgestellt, denen das Gesetzesvorhaben hinsichtlich der Postulate an „vernachlässigungswürdiges Restrisiko“ und eines „deutlich feststellbares Überwiegen des Nutzens“ insbesondere für den Prüfungsbereich der Verhältnismäßigkeit einer Zwangsbehandlung in § 8 Abs. 3 S. 2 UBG nicht gerecht werden kann⁴⁶.

Das Bundesverfassungsgericht hat aus beachtlichen Gründen festgelegt, dass es an einem "deutlich feststellbaren Überwiegen des Nutzens ... bei einer ... Zwangsbehandlung regelmäßig fehlen" wird. Damit hat das Bundesverfassungsgericht ein Hindernis für

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

⁴⁴ BVerfG NJW 1998, 1774 S. 1775

⁴⁵ BVerfGE 58, 208 S. 226 f.

⁴⁶ Denkschrift der Bundesarbeitsgemeinschaft Psychiatrie- Erfahrener vom Juli 2011

eine gesetzliche Regelung der Zwangsbehandlung aufgestellt, dem die Gesetzesvorlage nicht gerecht wird, wenn dieses Kriterium alleine auf der Verhältnismäßigkeitsebene des § 8 Abs. 3 S. 2 UBG und dann auch nur im Ansatz geprüft wird.

In den Fällen von § 8 Abs. 3 a. UBG muss die Prüfung des Tatbestands der Eingriffsnorm hinsichtlich der Prüfung der Verfassungskonformität der Regelung erfolgen. Soweit hier darauf abgestellt wird, der Versuch einer ernsthaften ärztlichen Aufklärung der betroffenen untergebrachten Person müsse vorausgegangen sein, erklärt dies nicht, warum dem Patienten einerseits die Teilnahme an einem Aufklärungsgespräch auferlegt wird, andererseits aber sein Selbstbestimmungsrecht einer medikamentösen Zwangsbehandlung und damit einer ärztlichen Vernunftshoheit, die sich aus sich selbst heraus definiert, untergeordnet werden soll.

Die elementare Prüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, der für die untergebrachte Person mit der Behandlung einhergehenden Belastungen, die nicht außer Verhältnis zu dem erwartbaren Nutzen stehen dürfen, wird weitgehend leerlaufen, wenn § 8 Abs. 3 Satz 1 UBG als Eingriffsnorm der medikamentösen Zwangsbehandlung dienen soll, denn nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichtes darf bei einer medikamentösen Zwangsbehandlung allenfalls das Freiheitsinteresse des Untergebrachten selbst ein rechtfertigender Grund für eine Zwangsbehandlung sein, nicht aber der Selbstzweck der Heilbehandlung um jeden Preis. Zwangsbehandlungen Untergebrachter können sich danach allenfalls aus dem Ziel der Entlassungsfähigkeit legitimieren, wenn und soweit sie „nicht [...] generell unzulässig“ sind.

Voraussetzung zur Entlassung eines Patienten aus dem Straf- und Maßregelvollzug ist eine günstige Kriminalprognose, die zu einem wesentlichen und ausschlaggebenden Faktor aus der Krankheitseinsicht und der Therapiemotivation besteht⁴⁷. Diese Entlassungsperspektive ist gerade bei Patienten, bei denen eine mangelnde Einsichtsfähigkeit vorliegt, nicht gegeben, viele Maßregelvollzugspatienten werden auch nach Jahrzehnten nicht aus dem Maßregelvollzug entlassen und sterben im Maßregelvollzug, ob sie nun Medikamente nehmen oder nicht⁴⁸.

Vor diesem Hintergrund erscheint das Gesetzgebungsverfahren auch vor dem Hintergrund der Verhältnismäßigkeit fraglich, zumal die vorgesehene Zwangsbehandlung wie aus den bisherigen Erfahrungen der Praxis ersichtlich, zumindest bei Teilen der Patienten des Maßregelvollzuges keinen signifikanten Vorteil der Entlassung in sich birgt.

6. Der Ärztevorbereitung und die Dokumentationspflicht des geplanten § 8 Abs. 4 UBG

Die geplante Regelung, wonach eine Behandlung nach Absatz 3 nur auf Anordnung und unter Überwachung einer Ärztin oder eines Arztes durchgeführt werden darf, findet seine Stütze in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes, wonach wegen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes jede medizinische Anordnung und Überwachung einer medikamentösen Zwangsbehandlung durch einen Arzt erfolgen muss, weil nur dies auch den völkerrechtlichen Maßgaben, den internationalen Standards in Menschenrechtsfragen und den fachlichen Standards der Psychiatrie entspricht (UN-Grundsätze für den Schutz von psychisch Kranken, Grundsatz 10 Abs. 2)⁴⁹.

Als „Vorwirkung der grundrechtlichen Garantie gerichtlichen Rechtsschutzes“ ergibt sich zudem nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichtes die Notwendigkeit, gegen den Willen des Untergebrachten ergriffene Behandlungsmaßnahmen, einschließlich ihres Zwangscharakters, der Durchsetzungsweise, der maßgeblichen Gründe und der Wirkungsüberwachung, zu dokumentieren.

7. Der Richtervorbereitung des geplanten § 8 Abs. 5 UBG

Eine Behandlung nach § 8 Absatz 3 UBG soll nur mit Zustimmung des Betreuungsgerichts zulässig sein. (Ausnahme: In den Fällen von Absatz 3 Satz 1 b bei "Gefahr im Verzug").

Gestützt wird das Vorhaben durch die Entscheidung BVerfG NJW 2011, 2113 die einer solchen Kontrollinstanz entscheidende objektive Schutzwirkung, die in der Einschaltung eines externen Dritten liegt, beimisst.

Das Gesetzesvorhaben spricht sich für eine Entscheidungskompetenz des Betreuungsgerichtes aus, weil gegen die Bestellung eines Betreuers bereits spreche, dass eine solche bereits heute - vor allem im würt-

⁴⁷ Schneider, Facharztwissen Psychiatrie, Kapitel 50 Begutachtung (S. 605).

⁴⁸ Handelsblatt vom 15.04.2011, Interview mit Herrn Dr. Schneider Addae-Mensah

⁴⁹ BVerfG NJW 2011, 2113

tembergischen Landesteil - sehr lange dauere und „mit der oft vorliegenden Eilbedürftigkeit“ in diesen Fällen kaum zu vereinbaren wäre. Auch die Einholung eines neutralen Sachverständigengutachtens würde zu viel Zeit in Anspruch nehmen.

Diese Einschätzung des Gesetzgebers insbesondere zur Effektivität des eingeschlagenen Weges wird den tatsächlichen verfassungsrechtlichen Gegebenheiten auch in Ansehung der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes, auf die sich das Vorhaben stützt, vermutlich nicht gerecht.

Aus der Schwere des Eingriffs in das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG wie auch aus der Verpflichtung des Staates, über dessen Eingriffsintensität, ergeben sich auch Folgerungen für das Prozessrecht und seine Handhabung in Verfahren.

Zwar wird es primär in Verfahren mit Amtsermittlungsgrundsatz dem erkennenden Gericht und dem Gesetzgeber überlassen bleiben, welchen Weg es im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften für geeignet hält, um zu den für seine Entscheidung notwendigen Erkenntnissen zu gelangen.

Das Verfahren muss aber grundsätzlich geeignet sein, eine möglichst zuverlässige Grundlage für eine am Wohl des betroffenen Patienten orientierte Entscheidung zu erlangen.

Die Fachgerichte wären danach mangels eigener Sachkunde zur Frage der Erforderlichkeit, der Effektivität, der Verhältnismäßigkeit und auch der Einwilligungsfähigkeit stets gehalten, ein Sachverständigengutachten einzuholen⁵⁰. Wenn sie wie geplant aus Zeitgründen von der Beiziehung eines anstaltsexternen Sachverständigen absehen, müssten sie anderweitig über eine möglichst zuverlässige Entscheidungsgrundlage verfügen, was nicht erkennbar wäre.

Im Rahmen der gebotenen Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der erforderlichen gerichtlichen Genehmigung einer Zwangsbehandlung wären insbesondere auch die mit der beabsichtigten Behandlung verbundenen möglichen Gefahren und Beeinträchtigungen für den Betroffenen zu berücksichtigen. Bei der dem Gericht insoweit obliegenden Amtsermittlung sind u.a. auch die Ergebnisse etwaig bereits erfolgter Behandlungen in der Vergangenheit zu ermitteln und zu berücksichtigen⁵¹.

Die Notwendigkeit der Bestellung eines externen Gutachters bei der Beurteilung von Fragen in Zusammenhang mit den Voraussetzungen und der Notwendigkeit der Zwangsbehandlung ergäbe sich dann daraus, dass die zwangsweise Medikamentengabe jedenfalls nach dem Gesetzesvorhaben erklärtermaßen nicht als Erstbehandlung einer psychischen Erkrankung in Betracht käme, sondern vielmehr als „ultima ratio“ am Ende von in aller Regel langwierigen erfolglosen Behandlungsversuchen stehen würde.

Nur durch einen externen Sachverständigen könnte so sichergestellt werden, dass eine Unterbringung nicht auf Grund einer fest gefügten Meinung länger als erforderlich ausgedehnt würde (vgl. schon BT-Dr 11/4528, S. 186)⁵².

Diese Modalität in den Gründen des Gesetzesentwurfs als zu zeitaufwendig zu vermuten, entspricht den rechtsstaatlichen Gegebenheiten selbst dann nicht, wenn die gerichtliche Prüfung in § 8 Abs. 6 UBG gewährleistet sein soll.

Das geplante Vorhaben ist insoweit defizitär, als die Gerichtsentscheidung durch das Betreuungsgericht regelmäßig nach dem Verfahrensrecht auf dem Beschlusswege erfolgen dürfte und jedwede betreuungsrechtliche Beschlussfassung auf hinreichender Tatsachenermittlung beruhen muss, um den verfassungsrechtlichen Anforderungen eines möglichen Eingriffs in Art. 2 Abs. 2 GG gerecht zu werden. Hier verbietet sich jede übereilte Entscheidung zugunsten einer nicht vorgesehenen vermeintlichen Effektivität aus anderen Motiven heraus.

8. Die Rechtswegegarantie des geplanten § 8 Abs. 6 UBG

Der Verfassungsgeber hat in Art. 19 Abs. 4 GG nicht die Kontrolle der objektiven Rechtmäßigkeit staatlicher Maßnahmen, sondern den individuellen Rechtsschutz der Bürger in den Mittelpunkt richterlicher Arbeit gestellt.

Individualrechtsschutz und objektive Rechtmäßigkeitskontrolle sind jedoch kein Gegensatz, sondern untrennbar miteinander verknüpft, weil ein subjektives Recht ohne eine auf einem objektiven Rechtssatz beruhende Rechtspflicht undenkbar ist, so dass das Regelungswerk insoweit nicht zu beanstanden wäre. Subjektiver Rechtsschutz wie mit Art. 8 Abs. 6 UBG durch das Ankündigungserfordernis gewährleistet, bedeutet immer auch objektive Rechtskontrolle im

⁵⁰ BVerfGE 55, 171 (182)

⁵¹ OLG Celle NJW-RR 2008, S. 230

⁵² Im Ergebnis ebenso KG 1 W 279/06 Beschluss vom 28.11.2006

Sinne eines objektiven Rechtsschutz- und Kontrollverfahrens.

Dies folgt auch aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG in Verbindung mit der Garantie effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG), die Vorwirkungen auf das Verwaltungsverfahren entfaltet. Der Untergebrachte muss allerdings stets und auch für den Fall einer anstehenden Eilentscheidung wegen angenommener „Gefahr in Verzug“ Gelegenheit haben, vor Schaffung vollendeter Tatsachen eine gerichtliche Entscheidung herbeizuführen (Art. 13, 14 Abs. 2 BRK) da auch die Annahme einer solchen Gefahr der gerichtlichen Kontrolle im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes unterzogen werden muss.

9. Der Einwilligungsvorbehalt des geplanten § 8 Abs. 7 und 8 UBG

Das Einwilligungserfordernis der Absätze 7 und 8 missachtet das Rechtsinstitut der Vorsorgevollmacht, wie sie beispielsweise in der Broschüre des Justizministeriums Baden-Württemberg „Vorsorgevollmacht und Betreuungsverfügung“ auch unter rechtlichen Aspekten erörtert wird. Es wird im Regelwerk des § 8 UBG insgesamt, insbesondere aber § 8 Abs. 7 und 8 UBG die Option einer Vorsorgevollmacht auch hinsichtlich Inhalt und Tragweite ausgeblendet, um für etwaige Einwilligungen lediglich auf den gesetzlichen Vertreter und damit auf den Betreuer eines Patienten Bezug zu nehmen.

Eine rechtliche Betreuung kann durch eine Vorsorgevollmacht institutionell ersetzt werden. Dies ist im Gesetzesvorhaben nicht erwähnt. In einer solchen Erklärung gibt die betroffene Person in gesunden Tagen für den Fall einer später eintretenden Unfähigkeit, eigene Angelegenheiten zu regeln einem anderem die Vollmacht, im Namen der betroffenen Person zu handeln. Die Vorsorgevollmacht darf nicht mit einer Patientenverfügung verwechselt werden, in der eine gewünschte Heilbehandlung für den Bevollmächtigten (oder Betreuer) nach § 1901a BGB verbindlich festgelegt werden kann.

Eine Vorsorgevollmacht ist eine Willenserklärung, die einem anderen Menschen die rechtsgeschäftliche Vertretung erlaubt. Nach § 1896 Abs. 2 BGB ist dann die Bestellung eines rechtlichen Betreuers auch bei Vorliegen der medizinischen Voraussetzungen (§ 1896 Abs. 1 BGB) entbehrlich, wenn die Angelegen-

heiten des Betroffenen durch eine Vollmacht ebenso gut erledigt werden können.⁵³

Desweiteren ist beachtlich, dass ein operativer Eingriff oder eine Behandlung, die mit erheblichen Gefahren für Leib und Leben des Betroffenen verbunden sind, dem Genehmigungsvorbehalt des § 1904 Abs. 1, 2 und 5 BGB unterliegen.

Das bedeutet, dass nicht der Betreuer ohne weiteres – gegebenenfalls mit dem Patienten selbst – in die Behandlung oder Operation einwilligen kann, vielmehr entscheidet das Betreuungsgericht, dieses erteilt dann dem Betreuer eine Einwilligungsgenehmigung.

Zu differenzieren ist daher nach der Gesetzeslage wie folgt:

- Soweit der (einwilligungsfähige) Patient selbst in eine Operation oder in einen schwerwiegenden Eingriff einwilligen kann, ist die zusätzliche Regelung des § 8 Abs. 3, 7 UBG an sich obsolet und kann lediglich der Klarstellung dienen, dass auch ein öffentlich-rechtlich untergebrachter Patient wie jeder Patient einer Klinik sonst in Eingriffe wie Operationen etc. einwilligen kann.

- Soweit der Patient selbst nicht in eine Operation oder in einen schwerwiegenden Eingriff einwilligen kann, ist die Genehmigung des Betreuungsgerichtes erforderlich, § 1904 BGB.

10. Der Vorrang der Patientenverfügung in § 8 Abs. 9 UBG

Durch § 8 Abs. 9 UBG soll klargestellt werden, dass für eine Behandlung in erster Linie der tatsächliche Wille der untergebrachten Person entscheidend ist. Voraussetzung ist das Vorliegen einer wirksamen Patientenverfügung.

Die Regelung erfolgt in Beachtung des aus § 1901a Abs. 1 Satz 1 BGB resultierenden Selbstbestimmungsrechtes eines Patienten bei Errichtung einer Patientenverfügung.

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.

⁵³ BtPrax Onlinelexikon Betreuungsrecht – Vorsorgevollmacht Kap. 1

Ärztliche Untersuchungen, Diagnosestellungen, Behandlungen und Befundungen betreffen mit ihren Angaben über Anamnese, Diagnose und therapeutische Maßnahmen den Patienten unmittelbar in Hinblick auf dessen Privatsphäre⁵⁴. 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 (BGH) vom 17. März 2003 (BGH, XII ZB 2/03 vom 17. März 2003) 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 einwilligungsfähigen 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 auch an mögliche Formerfordernisse einer Patientenverfügung geringe Anforderungen gestellt.

Dem eindeutigen gesetzgeberische Willen, der mit der Neuschaffung des § 1901a Abs. 1 Satz 1 BGB zum Ausdruck kam, wird durch § 8 Abs. 9 UBG Genüge getan. Den entsprechenden Anforderungen an die Beachtlichkeit einer Patientenverfügung wird § 8 Abs. 9 UBG gerecht.

11. Zusammenfassung

Zusammenfassend dürften lediglich § 8 Abs. 1, 2 und Abs. 9 UBG derzeit den hohen verfassungsrechtlichen Anforderungen gerecht werden, die das Bundesverfassungsgericht zur Voraussetzung einer Eingriffsnorm in weitreichende und bedeutsame Grundrechtspositionen eines öffentlich-rechtlich untergebrachten Patienten gemacht hat.

Auch wenn die Regelung möglicherweise den Grundsätzen des Gesetzesvorbehaltes der Art. 2 Abs. 2 und 104 Abs. 1 GG noch genügen, begegnet der Entwurf zu § 8 UBG nebst den Begründungen verfassungsrechtlichen Bedenken insbesondere in Hinblick auf die avisierte Behandlung eines Betroffenen gegen dessen Willen mit Neuroleptika. Besonders gravierend erscheint, dass eine Zwangsbehandlung eines einwilligungsfähigen Patienten in Ausnahmefällen einer erheblichen Gesundheitsgefahr zulässig sein soll.

Die beabsichtigten Regelungen berücksichtigen nicht hinreichend die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Grundsätze des Selbstbestimmungsrechtes und des Verhältnismäßigkeitsprinzips hinsichtlich von Alternativoptionen aber auch hinsichtlich der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn; auch dem Bestimmtheitsgrundsatz bei einzelnen Maßnahmen wird wegen der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe wie dem der „erheblichen Gefahr für die Gesundheit“ nicht Rechnung getragen.

Hinzu kommt, dass das Regelungswerk nicht die Rechtsinstitute der Vorsorgevollmacht und des Genehmigungsvorbehaltes der Betreuungsgerichte beachtet.

Gez. Thomas Saschenbrecker

⁵⁴ BVerfGE 32, 373 S. 379