



Prof. Dr. Adrian Schmidt-Recla, Leipzig

## Zwangsmedikation von psychisch Kranken

*Im „Betreuungsrechtsherbst 2012“ jagten sich verschiedene Gesetzgebungsprojekte im materiellen und prozessualen Betreuungsrecht - eines davon veränderte auch § 1906 BGB. Veranlasst durch die 2008 verabschiedete Konvention der Vereinten Nationen über die Rechte von Personen mit Behinderungen und durch die aktuelle Rechtsprechung des BVerfG, die theoretische Gebäude hat einstürzen lassen, hat der Gesetzgeber § 1906 BGB um einige Vorschriften erweitert, die die von einem rechtlichen Betreuer veranlasste Zwangsbehandlung von psychisch kranken Personen betreffen. Diese Einführung skizziert den Anwendungsbereich der Regel, erklärt die Voraussetzungen, unter denen eine Zwangsbehandlung rechtlich zulässig ist und umreißt kurz die prozessualen Anforderungen, die dabei eingehalten werden müssen.*

S. 111

- HFR 10/2013 S. 1 -

### 1 I. Einleitung

„Zwangsbehandlung“ - das Wort muss für deutsche Juristen<sup>1</sup> negativ konnotiert sein und bleiben. Psychisch kranke Menschen wurden, wenn sie „wahnsinnig“ oder „tobsüchtig“ waren, in Europa noch gegen Ende der frühen Neuzeit wie Tiere in Ketten gehalten, sie wurden - neben „geistig Minderwertigen“, „psychisch Toten“ und „seelisch Abartigen“ - in Deutschland nach 1933 in einem historisch beispiellosen Vorgang auf gesetzlicher Grundlage im Dienst einer falsch verstandenen „Eugenik“ nicht nur zwangsweise unfruchtbar gemacht, sondern später auch (auf Führerbefehl) „vergast“. Damit nicht genug: Die Schatten, die sowohl das Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses<sup>2</sup> als auch die euphemistisch als „Euthanasie“ bezeichnete Krankenmordaktion in die deutsche Nachkriegsgeschichte und (etwa in Gestalt des Kastrationsgesetzes<sup>3</sup>, das dazu benutzt wurde, bis in die 1970er Jahre hinein psychochirurgische Eingriffe am Hypothalamus vorzunehmen) in das Recht der Bundesrepublik warfen, sind länger, als einer breiteren Öffentlichkeit bekannt sein dürfte.

2 Nun geht die Rede in Deutschland derzeit unter dem Stichwort „Zwangsbehandlung“ nicht um operative Eingriffe an psychisch kranken Personen, obwohl auch diese vorkommen<sup>4</sup> und es geht auch nicht darum, psychisch-deviantes Verhalten aus eugenischen Gründen zu unterdrücken oder zu kontrollieren. Vielmehr geht es um den Einsatz von antipsychotisch wirkenden Psychopharmaka<sup>5</sup> bei an psychotischen Symp-

<sup>1</sup> Wenn in diesem Beitrag von Patienten, Ärzten, Psychiatern, Richtern, Betreuern und Pflegern gesprochen wird, dann sind Patientinnen und Patienten, Ärztinnen und Ärzte, Psychiaterinnen und Psychiater, Richterinnen und Richter, Betreuerinnen und Betreuer, Pflegerinnen und Pfleger gemeint.

<sup>2</sup> V. 25. Juli 1933, RGBl. I, S. 529.

<sup>3</sup> KastrG v. 15. August 1969, BGBl. I, S. 1143; zul. geänd. dch. Art. 85 des Gesetzes v. 17. Dezember 2008, BGBl. I, S. 2586.

<sup>4</sup> Verwiesen sei nur auf die Sterilisationsmöglichkeit des § 1905 BGB, von der in der Praxis zwar selten aber immerhin doch Gebrauch gemacht wird; BayObLG NJW 2002, S. 149 ff.; OLG Hamm NJW 2001, S. 1800 ff.; BayObLG NJW-RR 1997, S. 578 ff.; OLG Düsseldorf FamRZ 1996, S. 375 ff. Psychochirurgische Eingriffe zielen ebenfalls darauf ab, psychische Krankheiten zu therapieren; vgl. zu den heute angewendeten Verfahren (vor allem bei Affekt- und Angststörungen), bei denen es darum geht, bestimmte Strukturen des limbischen Systems auszuschalten, George Mashour/Erin Walker/Robert Martuza, Psychosurgery: Past, present and future, in: Brain Research Reviews 48 (2005), S. 409-419, 413 f.

<sup>5</sup> Nicht selten als langfristige Dauermedikation in Tabletten- oder Injektionsform. Depotpräparate sorgen für eine langsame und kontinuierliche Freisetzung des Wirkstoffes. Eingesetzt werden nieder-, mittel- und hochpotente Neuroleptika; es existieren typische und atypische Neuroleptika. Die Unterschiede sind für die rechtliche Bewertung irrelevant.

tomen leidenden Personen, um damit deren Leiden zu bessern oder mindestens zu stabilisieren. Solche Therapien wurden und werden in Deutschland seit Jahrzehnten als Standard vorgenommen und bis vor kurzem hatten weder Ärzte noch Juristen ein gesteigertes Problembewusstsein hinsichtlich der Frage, ob der Einsatz von Psychopharmaka ohne oder gegen den Willen der betroffenen, psychisch kranken Person rechtlich zulässig sei oder nicht. Es dürfte auch einer noch immer verbreiteten Ansicht unter Ärzten entsprechen, wenn moderne amerikanische Autoren für psychochirurgische Eingriffe an psychisch kranken Patienten zwar die Einwilligung aller beteiligten Familienangehörigen für nötig halten, über die Einwilligung des Patienten selbst aber kein Wort verlieren.<sup>6</sup> Das mag daran liegen, dass der Alltag dem Psychiater einwilligungsunfähige und/oder krankheitsuneinsichtige Patienten zeigt, deren Willen und deren Psyche von allem möglichen beherrscht zu sein scheint - nur nicht von rationaler Reflexion. Zwar hat es seit Jahrzehnten Kritiker der an diese Evidenz anknüpfenden benevolent-paternalistischen Zwangsbehandlung gegeben. Jedoch scheint es im Rückblick Konsens gewesen zu sein, dass psychisch kranke Personen wegen ihrer Gefährlichkeit für sich und andere „besonderen Gewaltverhältnissen“<sup>7</sup> unterworfen werden können, in denen ihre Rechtsposition automatisch gemindert erscheint.<sup>8</sup> Der Regierungsentwurf zum BtG aus dem Jahre 1989 referierte als Beispiel einer notwendigen Zwangsbehandlung bezeichnenderweise den Fall einer akuten Blinddarmreizung, in dem die betreute Person die notwendige Appendektomie verweigert, weil sie glaubt, keinen Appendix mehr zu haben.<sup>9</sup> Hieraus spricht jedenfalls eines: die Zwangsmedikation psychisch Kranker war für den Gesetzgeber des BtG eher kein Problem. Fahrt aufgenommen hat das Thema „Zwangsmedikation“ in der juristischen Debatte erst seit 2009.<sup>10</sup> Bis dahin begnügten

<sup>6</sup> George Mashour/Erin Walker/Robert Martuza, Psychosurgery: Past, present and future, in: Brain Research Reviews 48 (2005), S. 409-419, 415.

<sup>7</sup> Horst Deinert, Betreuer Tätigkeit und Freiheitsentziehungen nach den Psychisch-Kranken-Gesetzen, in: BtPrax 2000, S. 191-194, 193: öffentlich-rechtliche Unterbringung ist ein besonderes öffentlich-rechtliches Gewaltverhältnis.

<sup>8</sup> Diese Beobachtung teilt auch Petra Daniela Kirsch, Rechtsgrundlagen der stationären und ambulanten Zwangsbehandlung im Betreuungsrecht, Tübingen 2010, S. 3.

<sup>9</sup> BT-Drs. 11/4528, S. 141.

<sup>10</sup> Bis zur Reform des § 1906 BGB chronologisch (absteigend): Dieter Schwab, in: MüKo/BGB, 6. Aufl. 2012, § 1896 Rdnrn. 24-27, 77 f.; Werner Bienwald, Die Zwangsbehandlung und Unterbringung geistig verwirrter Menschen aus betreuungsrechtlicher Sicht, in: FPR 2012, S. 4-8; Dieter Pauling, Die fehlende Gesetzesgrundlage für eine betreuungsrechtliche Zwangsbehandlung und ihre Folgen, in: FamFR 2012, Nr. 336475; Jörg Grotkopp, Vorerst keine Zwangsbehandlung in der Psychiatrie möglich, in: LSK 2012, 360943 = SchlHA 2012, S. 285; Wolfgang Lesting, Die Rechtsprechung in Unterbringungssachen nach dem FamFG, in: FGPrax 2012, S. 139-142, insb. S. 140; Dirk Olzen/Angela Metzmaker, Zulässigkeit der Zwangsbehandlung untergebrachter Personen, in: BtPrax 2011, S. 233-239; Rolf Marschner, Aktuelles zur Zwangsbehandlung - in welchen Grenzen ist sie noch möglich?, in: R & P 2011, S. 160-167; Peter Kieß, Zwangseinweisung und Zwangsbehandlung im Betreuungsrecht aus juristischer Sicht, in: Michael Bauer (Hrsg.), Zwangseinweisung und Zwangsbehandlung. Indikation, Legitimation, Kontrolle, Berlin 2011, S. 29-38; Helmut Pollähne, Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug - Rechtslage und Regelungsbedarf nach der Grundsatzentscheidung des BVerfG vom 23. März 2011, in: Michael Bauer (Hrsg.), Zwangseinweisung und Zwangsbehandlung. Indikation, Legitimation, Kontrolle, Berlin 2011, S. 109-128; Petra Daniela Kirsch, Rechtsgrundlagen der stationären und ambulanten psychiatrischen Zwangsbehandlung im Betreuungsrecht, Tübingen 2010; Dirk Olzen, Die Auswirkungen des Betreuungsrechtsänderungsgesetzes (Patientenverfügungsgesetz) auf die medizinische Versorgung psychisch Kranker, 2009; Volker Lipp, Rechtliche Betreuung und das Recht auf Freiheit, in: BtPrax 2008, S. 51-56; Hans-Joachim Cremer, Freiheitsentzug und Zwangsbehandlung in einer Privatklinik, in: EuGRZ 2008, S. 562-299; Friederike Kamin, Möglichkeiten und Grenzen der Zwangsbehandlung gesetzlich Betreuer, Lüneburg 2008 (eine Bachelor-Arbeit); Julia Honds, Die Zwangsbehandlung im Betreuungsrecht, Remscheid 2008; Hannes Ludyga, Rechtmäßigkeit von medizinischen Zwangsmaßnahmen bei einer Unterbringung gemäß § 1906 BGB, in: FPR 2007, S. 104-107; Georg Dodegge, Zwangsbehandlung und Betreuungsrecht, in: NJW 2006, S. 1627-1629; Wolf-Dieter Narr/Thomas Saschenbrecker, Unterbringung und Zwangsbehandlung, in: FamRZ 2006, S. 1079; Volker Lipp, Unterbringung und Zwangsbehandlung, in: BtPrax 2006, S. 62-65; Daniel Seigert, Die Zwangsbefugnisse des Betreuers, Marburg 2006; Rolf Marschner, Zwangsbehandlung in der ambulanten und stationären Psychiatrie, in: R & P 2005, S. 47-51; Andrea Tietze, Ambulante Zwangsbehandlungen im Betreuungsrecht, Bielefeld 2005; Harald Dreßing/Hans-Joachim Salize, Zwangsunterbringung und Zwangsbehandlung psychisch Kranker, Bonn 2004; Lena Trichterborn, Zulässigkeit und Bedingungen einer ambulanten Zwangsbehandlung von Betreuten, Aachen 2003; Wolfgang Popp, Zwangsbehandlung von psychisch Kranken im Betreuungsrecht, Frankfurt/M. 2003; Rolf Marschner, Gewalt und Betreuungsrecht, in: R & P 2001, S. 132-135; Thomas Klie/Ulrike Orywal, Zulässigkeit von ambulanter Zwangsbehandlung, in: Das Altenheim 2001, S. 12-15; Jochen Heide, Medizinische Zwangsbehandlung. Rechtsgrundlagen und verfassungsrechtliche Grenzen der Heilbehandlung gegen den Willen des Betroffenen,

sich etwa auch juristische Dissertationsschriften damit, die Rechtsprechung des BGH aus dem Jahre 2006, die eine geeignete Ermächtigungsgrundlage für Zwangsbehandlungen in § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB aF. gesehen hatte,<sup>11</sup> für verfassungsgemäß zu erklären.<sup>12</sup>

S. 112

- HFR 10/2013 S. 2 -

- <sup>3</sup> Seit 2010 ist das Thema in der (Fach-) Öffentlichkeit ununterbrochen präsent.<sup>13</sup> Eine Parallele zur Debatte über den konsentierten Behandlungsabbruch und die Patientenverfügung einerseits und ein Impuls durch die 2009 erfolgte deutsche Ratifikation der im Jahre 2008 in Kraft getretenen UN-Behindertenrechtskonvention<sup>14</sup> ist unschwer zu erkennen. Diese Impulse einerseits und die lange geplante Reform des für die freiwillige Gerichtsbarkeit geltenden Prozessrechts andererseits haben sowohl absehbare als auch unerwartete Schockwellen im Betreuungsrecht ausgelöst. Sie führten zunächst im Jahr 2009 zum FamFG, zu den §§ 1901a-c BGB und zur Neufassung des § 1904 BGB. Im Herbst des Jahres 2012 kam es infolge mehrerer höchstrichterlicher Eingriffe in das bürgerliche und das öffentliche Betreuungs- und Unterbringungsrecht<sup>15</sup> zu hektischer Betriebsamkeit<sup>16</sup> des Gesetzgebers. Diese mündete in die seit dem 26. Februar 2013 geltende, neue Fassung des § 1906 BGB.<sup>17</sup> Um diese Norm als Ermächtigungsgrundlage für Zwangsmedikationen in der zivilrechtlichen Unterbringung geht es in diesem Beitrag.<sup>18</sup> Die Diskussionen um die Notwendigkeit einer Ermächtigungsgrundlage für die medikamentöse Zwangsbehandlung auch im Betreuungsrecht des BGB müssen nicht mehr geführt werden,<sup>19</sup> sie existiert. Momentan stehen noch die Anpassungsarbeiten in den PsychKG bzw. UnterbrG'en der Bundesländer an. Hier hat das BVerfG jüngst noch einmal Druck aufgebaut.<sup>20</sup>

---

Berlin 2001; Annegret Hartmann, Umfang und Grenzen ärztlicher Zwangsbehandlung im psychiatrischen Maßregelvollzug, Frankfurt/M. 1997; Andreas Frost, Arztrechtliche Probleme des neuen Betreuungsrechts, Berlin u. a. 1994; Hans-Ludwig Schreiber, Ethische und rechtliche Probleme der Zwangsbehandlung, in: Otto Marquard (Hrsg.), Ethik der Wissenschaften Bd. 8: Medizinische Ethik und soziale Verantwortung, Bad Homburg 1989, S. 61-75 (im gleichen Band, S. 49-60, ein Beitrag von Hildburg Kindt aus psychiatrischer Sicht); Rolf Marschner, Stufen der Zwangsbehandlung, in: R & P 1988, S. 19-23.

<sup>11</sup> BGHZ 166, S. 141-154 = NJW 2006, S. 1277-1281. Diese Rechtsprechung hatte ihre theoretische Entsprechung in dem von Volker Lipp vorgeschlagenen, hier so genannten „Aufbaumodell“ der rechtlichen Betreuung insgesamt; vgl. dazu Adrian Schmidt-Recla/Jens Diener, Betreuungsrechtliche Denkmodelle auf dem Prüfstand der Zwangsbehandlung, in: MedR 2013, S. 6-11, 7, 9.

<sup>12</sup> Vgl. Julia Honds, Die Zwangsbehandlung im Betreuungsrecht, Remscheid 2008, S. 133; Petra Daniela Kirsch, Rechtsgrundlagen der stationären und ambulanten Zwangsbehandlung im Betreuungsrecht, Tübingen 2010, S. 178 (die vorschlug, § 1906 Abs. 4 BGB aF analog anzuwenden); sehr pointiert Daniel Siegert, Die Zwangsbefugnisse des Betreuers, Marburg 2006, S. 218; aA aber Wolfgang Popp, Zwangsbehandlung von psychisch Kranken im Betreuungsrecht, Frankfurt/M. u.a. 2002, S. 260 f.

<sup>13</sup> Vgl. die Beiträge von Volker Lindemann, Rolf Marschner, Peter Kruckenberg, Margret Osterfeld, Ruth Fricke und Annette Loer in: Andrea Diekmann/Gerold Oeschger im Auftrag des BGT e.V. (Hrsg.), Menschen und Rechte - Behindertenrechtskonvention und Betreuung. Berichte vom 12. Betreuungsgerichtstag vom 4.-6. November 2010 in Brühl, Bochum 2011, S. 69-104.

<sup>14</sup> Übereinkommen der Vereinten Nationen — Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (Behindertenrechtskonvention), BGBl. 2008 II, S. 1419 ff.

<sup>15</sup> BVerfG FamRZ 2009, S. 1814 ff.; vgl. dazu Adrian Schmidt-Recla/Jens Diener, Zwangsmittel im Betreuungs- und Unterbringungsverfahren, in: FamRZ 2010, S. 696-702; BVerfGE 128, S. 282-322 = NJW 2011, S. 2113-2120 und BVerfGE 129, S. 269-283 = NJW 2011, S. 3571 f.; BGHZ 193, S. 337-353 = MedR 2013, S. 39-44 (m. Anm. Dirk Olzen/Torben Götz) = NJW 2012, S. 2967-2972.

<sup>16</sup> Kritisch dazu Rolf Marschner, Neuregelung der Zwangsbehandlung im Betreuungsrecht - eine verpasste Chance?, in: R & P 2013, S. 2.

<sup>17</sup> IdF. des Gesetzes zur Regelung der betreuungsrechtlichen Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme v. 18. Februar 2013, BGBl. I, S. 266; Materialien in BT-Drs. 17/11513.

<sup>18</sup> Auf die Änderungen des FamFG (als dem einschlägigen Prozessgesetz) wird hier nicht eingegangen; vgl. dazu etwa Georg Dodegge, Ärztliche Zwangsmaßnahmen und Betreuungsrecht, in: NJW 2013, S. 1265-1270, 1269 f. und die aktuellen Kommentare zum FamFG; etwa Adrian Schmidt-Recla, in: MüKo/FamFG, 2. Aufl. 2013, §§ 312, 319, 321, 329, 333.

<sup>19</sup> S. noch Martin Grengel/Andreas Roth, Die Zwangsbehandlung von Betreuten - Notwendigkeit und Inhalt einer Neuregelung, in: ZRP 2013, S. 12-16, 12 f.

<sup>20</sup> BVerfG, Beschl. v. 20. Februar 2013 - 2 BvR 228/12. Dazu Adrian Schmidt-Recla, Auf den Trümmern der Unterbringungsgesetze der Länder und im Niemandsland zwischen Einsichts- und Einwilligungsunfähigkeit, in: MedR 2013, S. 567-570.

**4 II. § 1906 BGB nF.**

Der Standort der Neuregelung zur Zwangsmedikation psychisch kranker Personen zeigt, auf welche Situationen die Vorschrift zugeschnitten ist (und auf welche nicht). § 1906 BGB regelt die Voraussetzungen und einige prozessuale Bedingungen, unter denen der rechtliche Betreuer einer volljährigen, unter rechtlicher Betreuung stehenden Person diese Person in einer geschlossenen Einrichtung unterbringen und sie dort notfalls auch ohne oder gegen ihren Willen behandeln lassen kann. Der Aufbau dieses Aufsatzes folgt der Legalordnung: Zunächst ist der gegenständliche Anwendungsbereich der Norm zu bestimmen (unter 1. und 2.). Danach werden die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen, unter denen eine Zwangsmedikation nur stattfinden darf (unter 3.) erörtert. Schließlich soll (unter 4.) dargelegt werden, welche prozessualen Anforderungen das materielle Recht an die tatbestandlich zulässige Zwangsmedikation stellt.

- 5 Vorab ist auf die medizin- und betreuungsrechtliche Systematik hinzuweisen: § 1906 Abs. 3 BGB regelt, unter welchen Voraussetzungen der rechtliche Betreuer in eine Zwangsbehandlung einwilligen kann und bindet die Wirksamkeit dieser vom rechtlichen Betreuer erteilten Einwilligung im Wesentlichen an ein Genehmigungserfordernis. Damit folgt die Norm zunächst dem allgemeinen medizinrechtlichen Grundsatz, wonach die ärztliche Heilbehandlung einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in eine fremde physische und psychische Entität darstellt, der nur durch eine wirksame Einwilligung der Person, in deren Physis oder Psyche eingegriffen werden soll, gerechtfertigt werden kann. Für die Defizitbereiche, um die es bei betreuten Personen oft geht, weist das Gesetz dem Betreuer nun ausdrücklich die Rechtsmacht zu, eine solche Einwilligung anstelle der betreuten Person zu erklären. Das ist insofern nicht ganz selbstverständlich, als Einwilligungsfähigkeit und Betreuungsbedürftigkeit keine Synonyma sind und als die rechtliche Betreuung der §§ 1896 ff. BGB sich weder auf die (rechtlich fingierte) Geschäftsfähigkeit auswirkt, noch an die (naturwissenschaftlich feststellbare) Einwilligungsunfähigkeit anknüpft. Das hier drohende Problem (Betreuereinwilligung bei einwilligungsfähigen betreuten Personen) wird dadurch gelöst, dass § 1906 Abs. 3 Nr. 1 BGB die Einwilligungsunfähigkeit als Voraussetzung für die Betreuereinwilligung in eine Zwangsbehandlung speziell fordert. Der eigentliche Schwerpunkt liegt darin, dass die Einwilligung des Betreuers nur wirksam wird, wenn das Betreuungsgericht sie genehmigt. § 1906 Abs. 3 BGB erklärt daher letztlich, unter welchen Voraussetzungen die richterliche Genehmigung erteilt werden darf.<sup>21</sup>

**S. 113**

- HFR 10/2013 S. 3 -

- 6 An den einzelnen Formulierungen zum Anwendungsbereich, zu den Personenkriterien und zu den prozessualen Absicherungen lässt sich erkennen, dass das Gesetz versucht, Art. 12 der UN-Behindertenrechtskonvention<sup>22</sup>, und hier insbesondere dessen Abs. 4<sup>23</sup> umzusetzen.<sup>24</sup> Dieser Gedanke hat auch die Rechtsprechung des BVerfG beherrscht. Sowohl diese Rechtsprechung als auch das neue Gesetz sind daher keine eigenständigen Schöpfungen, sondern zu einem Großteil Übernahmen des Rechts der UN. Wenden wir uns nun den einzelnen Komplexen des neuen § 1906 BGB zu.

<sup>21</sup> Georg Dodegge, Ärztliche Zwangsmaßnahmen und Betreuungsrecht, in: NJW 2013, S. 1265-1270, 1266.

<sup>22</sup> BGBl. 2008 II, S. 1419-1452, 1429 f.

<sup>23</sup> Die Vertragsstaaten stellen sicher, dass zu allen die Ausübung der Rechts- und Handlungsfähigkeit betreffenden Maßnahmen im Einklang mit den internationalen Menschenrechtsnormen geeignete und wirksame Sicherungen vorgesehen werden, um Missbräuche zu verhindern. Diese Sicherungen müssen gewährleisten, dass bei den Maßnahmen betreffend die Ausübung der Rechts- und Handlungsfähigkeit die Rechte, der Wille und die Präferenzen der betreffenden Person geachtet werden, es nicht zu Interessenkonflikten und missbräuchlicher Einflussnahme kommt, dass die Maßnahmen verhältnismäßig und auf die Umstände der Person zugeschnitten sind, dass sie von möglichst kurzer Dauer sind und dass sie einer regelmäßigen Überprüfung durch eine zuständige, unabhängige und unparteiische Behörde oder gerichtliche Stelle unterliegen. Die Sicherungen müssen im Hinblick auf das Ausmaß, in dem diese Maßnahmen die Rechte und Interessen der Person berühren, verhältnismäßig sein.

<sup>24</sup> Vgl. Rolf Marschner, UN-Konvention über Rechte von Menschen mit Behinderungen - Auswirkungen auf das Betreuungs- und Unterbringungsrecht, in: R & P 2009, S. 135-137, 137.

## 7 1. Stationäre, vom Betreuer initiierte Behandlungen

Zunächst sind einige Negativabgrenzungen vorzunehmen: Die Norm bezieht sich nicht auf minderjährige psychisch kranke Personen, sie bezieht sich ferner nicht auf psychisch kranke Personen, die nicht durch einen rechtlichen Betreuer in geschlossenen Einrichtungen untergebracht werden und sie bezieht sich nicht auf medizinische Behandlungen, die außerhalb von geschlossenen Einrichtungen durchgeführt werden (sollen). Dass für diese von § 1906 BGB nicht erfassten Bereiche ähnliche Regeln gelten (müssen), liegt auf der Hand.<sup>25</sup> Da § 1906 BGB nur den stationären Bereich betrifft,<sup>26</sup> beantwortet er nicht die weitere Frage, ob ambulante Zwangsmedikationen rechtlich möglich sind.<sup>27</sup> Das lässt sich vor dem Hintergrund der jüngsten Rechtsprechung des BVerfG und des BGH kaum noch mit Erfolg vertreten, es gibt aber wieder Stimmen, die auch die ambulante Zwangsbehandlung befürworten und - konsequent - eine gesetzliche Grundlage dafür einfordern.<sup>28</sup>

## 8 2. Gegenständlicher Anwendungsbereich: Ärztliche Somatotherapien

Ein erster Zugriff auf den so auf stationäre Behandlungen eingegrenzten Anwendungsbereich des § 1906 Abs. 3 BGB muss danach fragen, welche stationären Behandlungen volljähriger, durch ihren rechtlichen Betreuer untergebrachter Personen konkret erfasst sein können. Es geht wegen des Verweises auf Abs. 1 um ärztliche Untersuchungen des Gesundheitszustands, ärztliche Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe. Welche das konkret sein können, erklärt das abstrakt regelnde Gesetz nicht, auch die Materialien schweigen dazu.<sup>29</sup> Immerhin betrifft die Norm nicht pflegerische Maßnahmen oder Maßnahmen von Personen, die nicht approbierte Ärzte sind. § 1906 Abs. 3 BGB erlaubt also nicht die von einem rechtlichen Betreuer initiierte Verabreichung von Psychopharmaka durch nichtärztliche Psychotherapeuten aller Art (ausgeschlossen sind damit auch Psychologische Psychotherapeuten), Heilpraktiker oder sonstige Heilberufler. Inwieweit sich das mit dem Ordnungsverhalten bei Psychopharmaka deckt, hinterfragt das Gesetz nicht. Da die Norm weiterhin klar erkennbar nur ärztliche Behandlungen betrifft, in die die betroffene Person selbst nicht einwilligt oder einwilligen kann, scheiden sämtliche Behandlungen, an denen die betroffene Person tatkräftig mitwirken muss, indem sie sprechend oder handelnd ihren Willen betätigt, a priori aus: § 1906 BGB kann daher nicht für die psychotherapeutische Behandlung (etwa die Psychoanalyse oder andere tiefenpsychologische Behandlungsmethoden, verschiedene Verhaltenstherapien) gelten.

9 Vom Anwendungsbereich der Norm erfasst sein können daher nur alle, auch die psychisch wirkenden, stationär vorgenommenen Somatotherapien. Letztere sind, wie die Sachverhalte der BVerfG- und BGH-Entscheidungen aus den Jahren 2011 bis 2013 zeigen, auch der unmittelbare Anlass für die Regelung. Die psychisch wirkenden Somatotherapien zerfallen in drei Gruppen: die Psychochirurgie, die Psychopharmakotherapie und die sonstigen somatischen Therapieverfahren. Da das Gesetz keine Eingrenzung kennt, sind sämtliche somatotherapeutischen Eingriffe nach den Voraussetzungen des § 1906 Abs. 3 BGB zu beurteilen.

---

<sup>25</sup> Daran wird in den Bundesländern derzeit gearbeitet, indem die PsychKG'e bzw. UnterbrG'e reformiert werden. Aus diesen, der Gefahrenabwehr dienenden Gesetzen ergeben sich die Ermächtigungsgrundlagen für die öffentlich-rechtliche Unterbringung und den Maßregelvollzug.

<sup>26</sup> Georg Dodegge, Ärztliche Zwangsmaßnahmen und Betreuungsrecht, in: NJW 2013, S. 1265-1270, 1265.

<sup>27</sup> Der BGH hat das 2000 und 2008 ausdrücklich ausgeschlossen; BGH NJW 2001, S. 888; BGH NJOZ 2008, S. 1890-1899 = MedR 2008, S. 737. Zum Streit hierüber s. Dieter Schwab, in: MüKo/BGB, Bd. 8, 6. Aufl. 2012, § 1906 Rdnr. 28.

<sup>28</sup> Jüngst etwa Martin Grengel/Andreas Roth, Die Zwangsbehandlung von Betreuten - Notwendigkeit und Inhalt einer Neuregelung, in: ZRP 2013, S. 12-16, 15; Georg Dodegge, Ärztliche Zwangsmaßnahmen und Betreuungsrecht, in: NJW 2013, S. 1265-1270, 1270.

<sup>29</sup> BT-Drs. 17/11513, S. 7.

### 10 a) Psychochirurgische Eingriffe

Psychochirurgische Eingriffe sind, nachdem Lobotomien, Leukotomien oder Hypothalamotomien<sup>30</sup> heute nicht mehr vorgenommen werden, entweder (offene oder stereotaktische) radikale Eingriffe in bestimmte Hirnareale wie die Zingulotomie, die anteriore Kapsulotomie, die subkaudale Traktotomie und (etwas jünger) weniger radikale Eingriffe wie die tiefe Hirnstimulation.<sup>31</sup> Sie alle sind in ihrer generellen Indiziertheit, ihrer therapeutischen Wirksamkeit und wegen ihrer persönlichkeitsverändernden Wirkungen umstritten.<sup>32</sup> Nach hier vertretener Ansicht sind sie, ebenso wie das Psycho- oder Neuroenhancement, mit dem ärztlichen Heilauftrag, der ein ärztliches Einschreiten nur bei Vorliegen einer Indikation erlaubt, nicht vereinbar. Sie sind ferner nicht zur Abwendung einer Dritten drohenden Gefahr erlaubt (wie etwa die Lebendorganspende oder der gerechtfertigte Schwangerschaftsabbruch). Sie können schließlich in den meisten Konstellationen, um die es bei der hier betroffenen Patientenpopulation geht, auch nicht dadurch tolerabel werden, dass eine fehlende Indikation durch eine besonders qualifizierte Einwilligung infolge schonungsloser Aufklärung aufgewogen wird (wie bei den kosmetischen Operationen). Dem folgen auch einzelne öffentlich-rechtliche Verbote (vgl. etwa § 30 Abs. 4 PsychKG BLN).

### 11 b) Psychopharmakotherapien

Psychopharmakotherapien werden eingesetzt, um als krankhaft beschriebene psychische Symptome wie Halluzinationen, Denkstörungen, gedrückte Stimmung etc. zu beseitigen, die psychische Krankheiten kennzeichnen. So werden etwa Neuroleptika eingesetzt, um Symptome, die schizophrene Psychosen begleiten (psychomotorische Erregung und Spannung, Denk- und Verhaltensstörungen, Halluzinationen, Ich-Störungen), zu bessern.<sup>33</sup> Das geschieht im Wesentlichen dadurch, dass sie die postsynaptische Dopaminrezeption von Nervenzellen steuern.<sup>34</sup> Sie ermöglichen es so, dass die durch die vorherrschende Symptomatik teils maskierten Persönlichkeitseigenschaften der psychotisch erkrankten Person wieder zum Vorschein kommen. Die schizophrene Psychose heilen können Neuroleptika dagegen nicht. Gleiches gilt für die Thymoleptika, die bei der unipolaren affektiven Psychose eingesetzt werden. Das erste Neuroleptikum Chlorpromazin bot aber seit 1952/1953 (endlich) die Möglichkeit, die bis dahin alternativlosen Verwahrunterbringungen von an Psychosen erkrankten Menschen in psychiatrischen Krankenhäusern in symptomatische Therapien umzuwandeln. Es stellte einen unbestreitbaren therapeutischen Gewinn dar und führte auch dazu, dass

<sup>30</sup> Jorge R. Schvarcz/R. Driollet/E. Rios/O. Betti, Stereotactic hypothalamotomy for behaviour disorders, in: Journal of Neurology, Neurosurgery and Psychiatry 1972, S. 356-359. In einem indischen Lehrbuch zur Neurochirurgie werden sowohl die Amygdalotomie als auch die Hypothalamotomie noch im Jahre 2005 als indizierte Eingriffe bei hyperkinetischem und aggressivem Verhalten beschrieben; vgl. Ravi Ramamurthi et al. (Hrsg.), Textbook of operative Neurosurgery, Vol. 2, New Delhi 2005, S. 639. Der Gedanke, abweichendes Verhalten wegoperieren zu können, wird wohl nie *ad acta* gelegt werden.

<sup>31</sup> George Mashour/Erin Walker/Robert Martuza, Psychosurgery: Past, present and future, in: Brain Research Reviews 48 (2005), S. 409-419.

<sup>32</sup> Zu Persönlichkeitsveränderungen durch die (derzeit v.a. bei Parkinson und bei behandlungsresistenter schwerster Depression erprobte) „tiefe Hirnstimulation“ vgl. Karsten Witt, Das Identitätsproblem der tiefen Hirnstimulation und einige seiner praktischen Implikationen, in: Ethik Med 25 (2013), S. 5-18; Sabine Müller/Markus Christen, Tiefe Hirnstimulation. Mögliche Persönlichkeitsveränderungen bei Parkinson-Patienten, in: Neuroethik und Neurophilosophie 2010, S. 779-783; Matthias Synofzik/Thomas Schlaepfer, Stimulating personality: Ethical criteria for deep brain stimulation in psychiatric patients and for enhancement purposes, in: Biotechnol J 2008, S. 1511-1520.

<sup>33</sup> Christoph Mattern, Einführung in die Psychiatrie, in: Gerd Schmitt/Reiner Bayerlein/Christoph Mattern/Jochen Ostermann, Betreuungspraxis und psychiatrische Grundlagen, Köln 2007, S. 217.

<sup>34</sup> Christoph Mattern, Einführung in die Psychiatrie, in: Gerd Schmitt/Reiner Bayerlein/Christoph Mattern/Jochen Ostermann, Betreuungspraxis und psychiatrische Grundlagen, Köln 2007, S. 217, und Reiner Bayerlein, Schizophrenie, in: Gerd Schmitt/Reiner Bayerlein/Christoph Mattern/Jochen Ostermann, Betreuungspraxis und psychiatrische Grundlagen, Köln 2007, S. 226.

Lobotomien nicht mehr flächendeckend angewendet wurden.<sup>35</sup> Heute werden Medikamente eingesetzt, die z.B. antidepressiv, phasenprophylaktisch, neuroleptisch, tranquilierend, antidement und/oder psychostimulierend wirken. Dass die Ansichten über den Wert insbesondere der antipsychotisch-medikamentösen Therapie mit Psychopharmaka<sup>36</sup> jedoch auseinandergehen und dass erfahrene Psychiatriekritiker von medikamentöser Sozialkontrolle, von forced drugging und von erzwungener Anpassung an Mainstream-Anschauungen sprechen, muss bei allen juristischen und psychowissenschaftlichen Überlegungen berücksichtigt werden. Auch die neuroleptische und die thymoleptische Behandlung hat ganz abgesehen davon, dass sie die (schizophrene oder affektive) Psychose als solche nicht heilt, sondern die Symptome bekämpft, Schattenseiten. Dass Antipsychotika unerwünschte, teils schwere und mitunter den Therapieerfolg konterkarierende Wirkungen und Nebenwirkungen haben,<sup>37</sup> ist mittlerweile Alltagswissen: Der thorazine shuffle, eine Bezeichnung für die nicht selten beobachtete Akathisie bei der Behandlung mit Neuroleptika, hat es sogar bis zum Rocksong<sup>38</sup> gebracht.<sup>39</sup>

## 12 c) Sonstige somatische Therapien

Bei der Behandlung psychischer Krankheiten werden neben den beiden genannten Therapien auch weitere Methoden eingesetzt. Wenig umstritten sind Physiotherapien (also körperlich aktivierende Verfahren - Sport, Bewegungstherapie etc.). Geschickt eingesetzt tauchen hier wenig Probleme mit einem entgegenstehenden Willen der betroffenen Personen auf. Zwangsarbeit im engen Sinne kommt in heutigen geschlossenen Anstalten nicht mehr vor. Problembeladener dagegen sind die Schlaf-Wachtherapie und die Elektrokrampftherapie. Der therapeutisch wirksame planmäßige Schlafentzug bei Depressionen und die unter Narkose auch heute als psychiatrischer Standard geltende Elektrokrampftherapie bei Schizophrenien (etwa zur Therapie der perniziösen Katatonie) und bei therapieresistenten Depressionen mit Suizidalität weisen dieselbe Eingriffsqualität auf wie die psychochirurgischen und die psychopharmakologischen Therapien. Sie sind ebenso wie diese nach § 1906 Abs. 3 BGB zu beurteilen.

S. 115

- HFR 10/2013 S. 5 -

## 13 3. Persönlicher Anwendungsbereich: Personenkriterien

### a) Psychische Krankheit

Ein erstes Problem ist die Frage, ob die ärztliche Somatotherapie, die unter den Voraussetzungen von § 1906 Abs. 3 BGB zulässig sein kann, eine bestimmte Indikation verlangt. Die Frage mag überraschen - sie ist in Text und Materialien nicht abgebildet. Sie lautet: Setzt die ärztliche Zwangsbehandlung (etwa in Form der Psychopharmakotherapie) eine bestimmte psychische Krankheit als Anlass voraus? Die Note liegt hier im Adjektiv „bestimmt“. Oben wurde bereits darauf hingewiesen, dass Neuroleptika psychotische Symptome beseitigen/zurückdrängen können, dass sie aber die Psychose (also v. a. die Schizophrenie in ihren verschiedenen Formen) selbst nicht therapieren.

<sup>35</sup> Diesen Beitrag der Psychopharmakologie zu „rise and fall of the lobotomy“ betonen George Mashour/Erin Walker/Robert Martuza, *Psychosurgery: Past, present and future*, in: *Brain Research Reviews* 48 (2005), S. 409-419, 411 f.

<sup>36</sup> Weniger umstritten etwa sind die Antidementiva bei der Parkinson-Krankheit.

<sup>37</sup> Nur ein aktueller Nachweis statt vieler: Ingo Haas/Renate Grohmann/Eckart Rütter/Detlef Degner, *Durch Trimipramin induzierte Zwangsstörung*, in: *Psychopharmakotherapie* 2013, S. 82-87. Allgemeiner s. Volkmar Aderhold/Wolf Crefeld, *Menschenrechte in der medikamentösen Therapie. Zum Umgang mit Psychopharmaka*, in: Andrea Diekmann/Gerold Oeschger im Auftrag des BGT e.V. (Hrsg.), *Menschen und Rechte - Behindertenrechtskonvention und Betreuung. Berichte vom 12. Vormundschaftsgerichtstag vom 4.-6. November 2010 in Brühl, Bochum 2011*, S. 106-111, 108.

<sup>38</sup> „Thorazine Shuffle“ der amerikanischen Rock- und Southern-Rockband *Gov't Mule* auf dem Album „Dose“ aus dem Jahre 1998.

<sup>39</sup> Das soll die teils schweren Nebenwirkungen (Dyskinesien, Parkinsonoid, kognitive Defizite, Hirnschädigungen, Leber-, Nieren- und Herzrhythmusstörungen, Einschränkungen der Sexualität und der Libido, Thromboembolien), über die breit auch in populärwissenschaftlichen Medien berichtet wird, nicht verharmlosen.

Gleiches für Psychopharmaka, die keine neuroleptische Wirkung haben: Antidepressiva bessern oder stabilisieren zwar die Herabgestimmtheit oder die Angst, sie beseitigen aber nicht die Depression. Auch Antidementiva heilen die Parkinson-Krankheit nicht, sie sorgen lediglich dafür, dass das Nachlassen der kognitiven Fähigkeiten zeitlich verzögert wird.<sup>40</sup> Das allein ist aber noch nicht das Zentralproblem, denn immerhin geht es hier um die symptomatische Therapie von Psychosen, Affektstörungen oder Demenzen.

- 14 Aber: Psychopharmaka werden auch eingesetzt, um etwa Störungen der Antriebskontrolle bei Persönlichkeitsstörungen zu regulieren - ebenso wie in den 60-er und 70-er Jahren des 20. Jahrhunderts „psychopathische“ Personen (so der damalige Begriff für die heute so genannten Persönlichkeitsstörungen) lobotomiert wurden. Psychiater sprechen vom so genannten „off label-use“ von Psychopharmaka,<sup>41</sup> der nicht nur weit verbreitet<sup>42</sup> sondern eher die Regel als die Ausnahme darstellt.<sup>43</sup> „Off label-use“ bezeichnet den Umstand, dass ein bestimmtes Präparat auch zu Zwecken eingesetzt wird, für die es ursprünglich nicht entwickelt und zugelassen worden ist, also jenseits seiner Indikation verwendet wird. Das Gesetz schweigt dazu und überlässt die Einschätzung, ob ein Psychopharmakon etwa auch zur Verhaltenssteuerung bei Personen eingesetzt werden darf, die nicht an einer Psychose leiden, sondern persönlichkeitsgestört sind, dem das Medikament einsetzenden, die Indikation stellenden Arzt. Richter sollten wissen, mit wem sie in solchen Fragen worüber sprechen: Psychiater halten nämlich fest, dass die Indikation für den Psychopharmakaeinsatz sich primär aus den Symptomen und nicht aus der Krankheitsdiagnose ergebe und dass die psychiatrischen Diagnosen (ohnehin) Konstrukte (Konventionen) darstellten, für die externe Validierungskriterien weitgehend fehlten, so dass psychiatrische Diagnosen mit deutlich stärkerer Unsicherheit behaftet seien als in somatischen Fachgebieten.<sup>44</sup> Der Psychiater setzt ein Neuroleptikum also nicht ein, weil der Patient „schizophren ist“ oder eine „paranoide Schizophrenie hat“, sondern weil er Symptome zeigt, die als schizophren zu bezeichnen sind. Dass es sich hier nicht um ein akademisches Scheinproblem handelt, zeigt die Rechtsprechung des BVerfG. In der zweiten 2011 ergangenen Leitentscheidung zur Zwangsbehandlung wurde der Beschwerdeführer, der keine Symptome einer Psychose aufwies, sondern persönlichkeitsgestört war, mit Psychopharmaka behandelt, obwohl es hier streng genommen nichts mit Chemikalien zu therapieren gab.<sup>45</sup> Nach hier vertretener Ansicht genügt es nicht, nur darauf hinzuweisen, dass Ärzte und Betreuer eine besondere Verantwortung dahingehend tragen, in solchen Situationen nach nichtmedikamentösen Problemlösungen zu suchen.<sup>46</sup> Letztlich steht hinter diesem Problem die (ewig junge) Frage nach dem psychiatrischen Krankheitsbegriff. Sie ist auch nicht dadurch gelöst, dass der Gesetzgeber des BtG den Versuch unternommen hat, psychische Krankheiten zu listen.<sup>47</sup>

<sup>40</sup> Jochen Tenter, Psychopharmaka bei alten Menschen, in: Andrea Diekmann/Gerold Oeschger im Auftrag des BGT e.V. (Hrsg.), Menschen und Rechte - Behindertenrechtskonvention und Betreuung. Berichte vom 12. Vormundschaftsgerichtstag vom 4.-6. November 2010 in Brühl, Bochum 2011, S. 130 f.

<sup>41</sup> Christoph Mattern, Erlebens-, Ess- und Verhaltensstörungen - Persönlichkeitsstörungen, in: Gerd Schmitt/Reiner Bayerlein/Christoph Mattern/Jochen Ostermann, Betreuungspraxis und psychiatrische Grundlagen, Köln 2007, S. 399.

<sup>42</sup> Volkmar Aderhold/Wolf Crefeld, Menschenrechte in der medikamentösen Therapie. Zum Umgang mit Psychopharmaka, in: Andrea Diekmann, Gerold Oeschger im Auftrag des BGT e.V. (Hrsg.), Menschen und Rechte - Behindertenrechtskonvention und Betreuung. Berichte vom 12. Vormundschaftsgerichtstag vom 4.-6. November 2010 in Brühl, Bochum 2011, S. 106-111, 109.

<sup>43</sup> Jürgen Fritze, Off-label-use in der Psychopharmakotherapie: epidemiologische Relevanz. Stellungnahme für die Deutsche Gesellschaft für Psychiatrie, Psychotherapie und Nervenheilkunde und die Arbeitsgemeinschaft für Neuropsychopharmakologie und Pharmakopsychiatrie (AGNP); abrufbar auf der website der AGNP unter [www.agnp.de/AGNP-Homepage-Dateien/Downloads/epidemiologische\\_Relevanz.pdf](http://www.agnp.de/AGNP-Homepage-Dateien/Downloads/epidemiologische_Relevanz.pdf).

<sup>44</sup> Jürgen Fritze, Off-label-use in der Psychopharmakotherapie: epidemiologische Relevanz. Stellungnahme für die Deutsche Gesellschaft für Psychiatrie, Psychotherapie und Nervenheilkunde und die Arbeitsgemeinschaft für Neuropsychopharmakologie und Pharmakopsychiatrie (AGNP); abrufbar auf der website der AGNP unter [www.agnp.de/AGNP-Homepage-Dateien/Downloads/epidemiologische\\_Relevanz.pdf](http://www.agnp.de/AGNP-Homepage-Dateien/Downloads/epidemiologische_Relevanz.pdf).

<sup>45</sup> BVerfGE 129, S. 269-283 = NJW 2011, S. 3571 f.

- 15 Deutlicher wird das Gesetz, wenn es sich den subjektiven Personalkriterien zuwendet. Es sind dies zwei: Einmal der Umstand, der die Therapie erst zur Zwangstherapie macht und der das Einschreiten des einwilligenden Betreuers und des genehmigenden Betreuungsgerichts überhaupt notwendig erscheinen lässt - die Ablehnung oder Nicht-einwilligung der betroffenen Person gegenüber der Therapie (2) - und zweitens der Umstand, auf dem diese Ablehnung beruht - die fehlende Krankheitseinsicht (3).

S. 116

- HFR 10/2013 S. 6 -

16 **b) Entgegenstehender „natürlicher Wille“**

§ 1906 Abs. 3 BGB betrifft Behandlungen, die „dem natürlichen Willen“ der betroffenen Person widersprechen. Diesen Begriff verwendet das Gesetz auch an anderer Stelle - und zwar durchaus disparat. Die Kontexte, in denen er auftaucht, scheinen zwar irgendwie (nähere Konkretisierungsversuche fehlen) mit der Einwilligungsfähigkeit verwandt zu sein. Sie betreffen aber unterschiedliche Probleme (die folgenden Beispiele sind nicht erschöpfend).

17 **(1) Rechtsbegriff**

Der „natürliche Wille“ taucht als Gegenpol zum rechtsgeschäftlichen Willen etwa bei der Besitzerlangung auf<sup>48</sup>, wird deshalb für §§ 104 ff. BGB<sup>49</sup>, mitunter auch bei der Geschäftsführung ohne Auftrag<sup>50</sup> und bei den Voraussetzungen für das Getrenntleben von Ehegatten (§ 1567 BGB) genannt<sup>51</sup> und kann Rechtsfolgen bei über Vertragende hinaus fortgesetzter Arbeitsleistung auslösen<sup>52</sup>. Die Rechtsprechung verwendet ihn auch, um Schuldfähigkeitsproblemen bei der Pflichtteilsentziehung (§ 2333 BGB) aus dem Weg gehen zu können<sup>53</sup>, um bei § 239 StGB eine Strafbarkeit annehmen zu können, wenn der Täter eine psychisch kranke oder (und) minderjährige Person ihrer „Freiheit“ beraubt<sup>54</sup> oder um nach § 218 Abs. 2 StGB die Strafe schärfen zu können, wenn der die Schwangerschaft abbrechende Arzt einen dem Abbruch eventuell entgegenstehenden (mindestens: natürlichen) Willen der Schwangeren bricht<sup>55</sup>. Der natürliche Wille kehrt schließlich auch im Betreuungsverfahren wieder, wenn es darum geht zu begründen, warum § 275 FamFG die Verfahrensfähigkeit von psychisch kranken Personen anerkennt.<sup>56</sup> Ein keineswegs ausdiskutiertes, geschweige denn gesetzlich gelöstes Problem stellt schließlich die Frage dar, ob eine Patientenverfügung im Zustand der

<sup>46</sup> Volkmar Aderhold/Wolf Crefeld, Menschenrechte in der medikamentösen Therapie. Zum Umgang mit Psychopharmaka, in: Andrea Diekmann/Gerold Oeschger im Auftrag des BGT e.V. (Hrsg.), Menschen und Rechte - Behindertenrechtskonvention und Betreuung. Berichte vom 12. Vormundschaftsgerichtstag vom 4.-6. November 2010 in Brühl, Bochum 2011, S. 106-111, 109.

<sup>47</sup> BT-Drs. 11/4528, S. 116: endogene und exogene Psychosen, Alkohol- und Drogenabhängigkeiten, Neurosen und Persönlichkeitsstörungen. Jeder Psychiater weiß, wie wenig diese Grobrasterungen für den Einzelfall aussagen.

<sup>48</sup> Vgl. nur Martin Gutzeit, in: Staudinger/BGB, Neubearb. 2012, § 854, Rdnr. 17; Detlev Joost, in: MüKo/BGB, Bd. 6, 5. Aufl. 2009, § 854, Rdnr. 9; Christian Baldus, in: MüKo/BGB, Bd. 6, 5. Aufl. 2009, § 940, Rdnr. 5.

<sup>49</sup> Hans-Georg Knothe, in: Staudinger/BGB, Neubearb. 2011, Vor §§ 104-115, Rdnr. 9.

<sup>50</sup> Andreas Bergmann, in: Staudinger/BGB, Neubearb. 2006, Vor §§ 677 ff., Rdnr. 46.

<sup>51</sup> Thomas Rauscher, in: Staudinger/BGB, Neubearb. 2011, § 1567, Rdnr. 91; Christian Berger/Heinz-Peter Mansel, in: Jauernig/BGB, 14. Aufl. 2011, § 1567, Rdnr. 4.

<sup>52</sup> Stefan Greiner, in: Reiner Ascheid/Ulrich Preis/Ingrid Schmidt, Kündigungsrecht, 4. Aufl. 2012, § 33 TVOeD, Rdnr. 16.

<sup>53</sup> BVerfG NJW 2005, S. 1561-1567, 1566: § 2333 BGB aF schließe es nicht aus, „dass auch ein mit ‚natürlichem‘ Vorsatz handelnder psychisch Kranker eine solche“ (zur Erbunwürdigkeit führende) „Handlung vornehmen“ könne.

<sup>54</sup> BGHSt 32, S. 183 ff. = NJW 1984, S. 673 f.; vgl. Brunhild Wieck-Noodt, in: MüKo/StGB, 2. Aufl. 2012, § 239, Rdnr. 7; in dieselbe Richtung bei § 177 StGB Joachim Renzikowski, in: MüKo/StGB, 2. Aufl. 2012, § 177, Rdnr. 21.

<sup>55</sup> Walter Gropp, in: MüKo/StGB, 2. Aufl. 2012, § 218, Rdnr. 63.

<sup>56</sup> Vgl. dazu Adrian Schmidt-Recla, in: MüKo/FamFG, 2. Aufl. 2013, § 275, Rdnr. 2.

Einwilligungsunfähigkeit mit „natürlichem Willen“ widerrufen werden kann.<sup>57</sup> Es mag zwar vielleicht eine „common sense“-Vorstellung darüber geben, was mit „natürlichem Willen“ gemeint sein könnte - es erscheint aber angesichts der Häufung der Rechtsfigur notwendig, zu klären, was darunter verstanden werden soll. Ohne weitere Begründung setzt etwa *Petra Daniela Kirsch* den natürlichen Willen mit „Handlungsbewusstsein“ gleich<sup>58</sup> und dürfte damit auf eines der drei Kriterien aus dem subjektiven Tatbestand von Willenserklärungen abstellen. Damit ist inhaltlich nichts gewonnen, sondern nur ein juristisches Etikett gegen ein anderes ausgetauscht.

- 18 Da der Text des BGB seit dem Jahre 2005 schließlich auch den „freien Willen“ kennt (§ 1896 Abs. 1a BGB) - ein überraschender Befund nach den Mühen, unter denen die „freie Willensbestimmung“ bis 1934 aus dem StGB verschwand<sup>59</sup> und zutreffend in ihre Bestandteile Einsichts- und Steuerungsfähigkeit zerlegt wurde -, ist das Bedürfnis nach einer psychowissenschaftlich abgestützten Begriffsklärung für das Privatrecht mit Händen greifbar.<sup>60</sup>

S. 117

- HFR 10/2013 S. 7 -

## 19 (2) Kritik

Diese psychowissenschaftlich notwendige Erklärung kann und will dieser Beitrag nicht leisten. Hier sei aber auf vier kritische Gesichtspunkte hingewiesen.

- 20 Erstens meint die Erklärung in der Begründung zum Regierungsentwurf für den neuen § 1906 Abs. 3 BGB zu leichthändig, mit dem natürlichen Willen in § 1906 Abs. 3 sei derselbe natürliche Wille gemeint, auf den auch in § 1905 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB<sup>61</sup> abgestellt werde.<sup>62</sup> Während es dort darum geht, dass der „natürliche Wille“ auf keinen Fall gebrochen werden darf (Verbot der Zwangssterilisation), geht es hier darum, diesen „Willen“ zulässigerweise zu brechen oder zu umgehen (Erlaubnis der Zwangsmedikation) und es ist keineswegs ausgemacht, dass die psychologischen Kriterien, die einerseits zum Verbot und andererseits zur Erlaubnis führen dürfen oder können, identisch sind - wie die synonyme Begriffsverwendung suggeriert. In der Kommentarliteratur ist zu lesen, dass beim zum Verbot führenden Willen irgend ein Grad von Einsichts- und Steuerungsfähigkeit nicht vorausgesetzt werde.<sup>63</sup> Wenn das richtig ist,<sup>64</sup> dann lässt sich darüber nachdenken, ob es Grade von Einsichts- und Steuerungsfähigkeit gibt, die es geboten erscheinen lassen, den erlaubten Eingriff auch unterhalb der Schwelle, ab der von Einwilligungsfähigkeit gesprochen werden kann, zu unterlassen. Hier lässt sich eine Parallele zu den minderjährigen einwilligungsunfähigen Spendern bei der Knochenmarkspende ziehen, für die § 8 a S. 1 Nr. 4 und 5 TPG in Bezug auf die Aufklärung

<sup>57</sup> S. nur Rolf Coeppecus, Offene Fragen zum „Patientenverfügungsgesetz“, in: NJW 2011, S. 2085-2091, 2089 f.; Andreas Spickhoff, Medizinrecht, 2011, § 1901a BGB, Rdnr. 3; Dieter Schwab, in: MüKo/BGB, Bd. 8, 6. Aufl. 2012, § 1901a, Rdnr. 35; Wolfgang Höfling, Das neue Patientenverfügungsgesetz, in: NJW 2009, S. 2849-2852, 2850 f.; und jüngst Dorothea Magnus, Sterbehilfe und Demenz, in: NSTZ 2013, S. 1, 4 f. Dazu Jens Diener, Patientenverfügungen psychisch kranker Personen und fürsorglicher Zwang, Berlin 2013.

<sup>58</sup> Petra Daniela Kirsch, Rechtsgrundlagen der stationären und ambulanten psychiatrischen Zwangsbehandlung im Betreuungsrecht, Tübingen 2010, S. 20.

<sup>59</sup> Adrian Schmidt-Recla, Theorien zur Schuldfähigkeit, Leipzig 2000, S. 21-93.

<sup>60</sup> Das Problem umreißt auch Thomas Steenbreker, Zivilrechtliche Unerheblichkeit eines „natürlichen Willens“ für den Widerruf der Patientenverfügung, in: NJW 2012, S. 3207-3211, wenn er unter Verweis auf BT-Drs. 16/8442, S. 15 auf S. 3207 festhält, natürliche Willensfähigkeit sei eine offene Wertungsfrage und auf S. 3210 das „situativ spontane Verhalten“ als eventuellen Anknüpfungspunkt nennt.

<sup>61</sup> Diese Regel wird allgemein so verstanden, dass sie auf den „natürlichen“ Willen der betroffenen Person abstelle; vgl. schon BT-Drs. 11/4528, S. 143; OLG Hamm FamRZ 2001, S. 314, 316; Werner Bienwald, in: Staudinger/BGB, Neubearb. 2006, § 1905, Rdnr. 41; Dieter Schwab, in: MüKo/BGB, Bd. 8, 6. Aufl. 2012, § 1905, Rdnr. 17.

<sup>62</sup> BT-Drs. 17/11513, S. 7: „... entspricht dem Willen des Betreuten nach § 1905 Absatz 1 Nummer 1 BGB“.

<sup>63</sup> Dieter Schwab, in: MüKo/BGB, Bd. 8, 6. Aufl. 2012, § 1905, Rdnr. 17.

<sup>64</sup> Jede historische Vernunft spricht in Deutschland dafür, dieser Formulierung nicht nur beizutreten, sondern darüber hinaus die Sterilisation einwilligungsunfähiger Volljähriger ebenso zu verbieten wie die Minderjähriger. Wer ehrlich alle wohlmeinenden Verschleierungsfloskeln beiseite lässt, muss der Tatsache ins Auge blicken, dass die Sterilisation einwilligungsunfähiger Volljähriger schlicht eugenische Gründe hat. Genau deswegen sollte sie verboten sein.

und Einwilligung auf die momentane geistige Reife abstellt. Diese Blickrichtung wird verstellt, wenn mehr verdunkelnd als klärend von einem einheitlich zu denkenden natürlichen Willen gesprochen wird.

- 21 Zweitens ist die Formulierung in § 1906 Abs. 3 S. 1 BGB unnötig. Diese Erkenntnis hat das Strafrecht schon lange vollzogen - das bürgerliche Betreuungsrecht greift dagegen nun auf überholte Konzepte aus dem 19. Jahrhundert zurück. Entscheidend (nicht nur für die betroffenen Personen, sondern auch für die Dogmatik des Betreuungsrechts) ist nicht die Vorstellung des Gesetzgebers davon, was eine Zwangsbehandlung in definitiver Hinsicht sei, welcher Wille frei, welcher unfrei und welcher nicht ganz unfrei aber auch nicht ganz frei und daher vielleicht natürlich sei. Entscheidend sind die Voraussetzungen, unter denen ein Eingriff an krankheitsbedingt einwilligungsunfähigen Personen erlaubt sein soll. Dieses entscheidende Kriterium enthält das Gesetz selbst in § 1906 Abs. 3 Nr. 1 BGB. Weitere Definitionsversuche sind überflüssig und tragen nur den Keim für letztlich unfruchtbare Debatten zwischen Juristen und Psychiatern in sich. Hier wird daher dafür plädiert, den Begriff bei nächstbesten Gelegenheit wieder aus dem Text des § 1906 Abs. 3 BGB zu entfernen, ihm bis dahin nicht allzu viel Gewicht beizulegen und in ihm nicht einen Versuch zu erblicken, psychologische Fakten im Gesetz mit rechtlichen Kategorien abzubilden.

**S. 118**

- HFR 10/2013 S. 8 -

- 22 Drittens bleibt die Formulierung hinter dem Diskussionsstand zurück, der bis etwa 2010 erreicht worden ist. Diskutiert wurde, ob von Zwangsbehandlung erst dann gesprochen werden könne, wenn die Therapie gegen den ausdrücklich erklärten Willen eines Patienten vorgenommen wird oder bereits dann, wenn kein ablehnender Wille geäußert wurde oder nicht geäußert werden konnte, etwa weil der Patient getäuscht wurde und ob körperliche Gewalt ausgeübt werden muss oder psychischer Druck genügt.<sup>65</sup> Dabei hatte sich bis etwa 2010 die letztere Ansicht als die wohl überwiegende herausgebildet. Sie wird auch hier für richtig gehalten. Nur sie dürfte Art. 12 Abs. 4 der Behindertenrechtskonvention entsprechen, weil diese Vorschrift fordert, dass der Wille „geachtet“ werden soll. Eine Entscheidung dieser Fragen liefert das Gesetz mit der Formulierung „widerspricht die ärztliche Maßnahme dem natürlichen Willen“ leider nicht mit wünschenswerter Deutlichkeit. Es verwundert daher nicht, wenn die alte Diskussion nun wieder neu aufzubrechen scheint,<sup>66</sup> denn es lässt sich für § 1906 Abs. 3 BGB ebenso gut vertreten, dass die Ablehnung geäußert werden muss, als auch, dass ein Widerspruch auch ein mentaler Vorbehalt oder ein gar nicht vorhandener Willensinhalt<sup>67</sup> sein kann. Die in der veröffentlichten Rechtsprechung entschiedenen Fallkonstellationen illustrieren, dass die Hospitalisierung den betroffenen Personen in aller Regel die effektive Möglichkeit nimmt, ihre Ablehnung durchzuhalten.<sup>68</sup> Nicht selten dulden die Patienten die Behandlung, mit der sie in Wahrheit (krankheitsbedingt oder nicht krankheitsbedingt) nicht einverstanden sind. Das sollte aber keinem Psychiater, keinem Pfleger und keinem rechtlichen Betreuer vortäuschen, dass die betroffene Person am Ende doch zustimme. Eine lediglich philologische Wertung des Wortes „Zwang“<sup>69</sup> kann aus Rechtsgründen nicht genügen - gezwungen wird nicht nur diejenige Person, deren körperlicher Widerstand mit Gewalt (und das heißt auch heute im Grenzfall: Festhalten oder Niederwerfen durch kräftige Pfleger und Fesselung) überwunden wird,

<sup>65</sup> Streitstand bei Petra Daniela Kirsch, Rechtsgrundlagen der stationären und ambulanten psychiatrischen Zwangsbehandlung im Betreuungsrecht, Tübingen 2010, S. 14-24 und bei Julia Honds, Die Zwangsbehandlung im Betreuungsrecht, Remscheid 2008, S. 19-21.

<sup>66</sup> Martin Grengel/Andreas Roth, Die Zwangsbehandlung von Betreuten - Notwendigkeit und Inhalt einer Neuregelung, in: ZRP 2013, S. 12-16, 15: Zwang sei nur gegeben, wenn ein Widerstand überwunden werden soll.

<sup>67</sup> So zu Recht Georg Dodegge, Ärztliche Zwangsmaßnahmen und Betreuungsrecht, in: NJW 2013, S. 1265-1270, 1267, wenn er die Fälle, in denen die betroffene Person demenzbedingt keinen eigenen Willen bekunden kann, zu den Anwendungsfällen des § 1906 Abs. 3 BGB zählt.

<sup>68</sup> Exemplarisch zuletzt BVerfG, Beschl. v. 20. Februar 2013 - 2 BvR 228/12. Auch die beiden Entscheidungen von 2011 zeigen nichts anderes.

<sup>69</sup> So aber Martin Grengel/Andreas Roth, Die Zwangsbehandlung von Betreuten - Notwendigkeit und Inhalt einer Neuregelung, in: ZRP 2013, S. 12-16, 15.

sondern auch diejenige, die sich gar nicht äußert oder äußern kann, weil ihr alle oder die entscheidenden physischen und psychischen Möglichkeiten dazu fehlen. Praktisch heißt das, dass die antipsychotisch-medikamentöse Behandlung jeglicher Person, die (krankheitsbedingt einwilligungsunfähig, s. u.) der Behandlung nicht zustimmt, dem Regime des § 1906 BGB unterfällt und dass damit die Einwilligung des rechtlichen Betreuers in allen diesen Fällen vom Betreuungsgericht genehmigt werden muss.

- 23 Viertens zeigt sich die Untauglichkeit des Definitionskriteriums „natürlicher Wille“ besonders deutlich dann, wenn der Arzt es im Vorfeld des (medikamentösen) Eingriffs schafft,<sup>70</sup> die betroffene Person von der Notwendigkeit der Behandlung zu überzeugen und sie dazu bringt, die Behandlung zumindest nicht abzulehnen oder sie sogar zu wünschen. Ändert sich dadurch etwas an den Zulässigkeitskriterien der (Zwangs-) Behandlung? Nein, denn ist die betroffene Person krankheitsbedingt einwilligungsunfähig, dann kommt es auf ihre eventuelle tatsächliche *compliance* rechtlich nicht an - einwilligen muss ein gesetzlicher Vertreter mit der Genehmigung des Betreuungsgerichts. Und ist die Person einwilligungsfähig, dann braucht es das ganze Prozedere nicht.

S. 119

- HFR 10/2013 S. 9 -

### 24 c) Krankheitsbedingte Einwilligungsunfähigkeit

§ 1906 Abs. 3 Nr. 1 BGB konkretisiert weiter, dass Anlass einer medikamentösen Zwangsbehandlung und zugleich der Grund, der die Behandlung zur Zwangsbehandlung macht, nur der Umstand sein kann, dass die betroffene Person auf Grund einer psychischen Krankheit oder einer geistigen oder seelischen Behinderung nicht erkennen kann, dass die ärztliche Maßnahme notwendig ist oder dass sie nicht nach dieser Einsicht handeln kann. Dieses Kriterium ist aus dem allgemeinen Medizinrecht entlehnt und hat sich in mittlerweile jahrzehntelanger Übung als taugliches Abgrenzungsmittel etabliert.

### 25 (1) Kognition und Volition

Das Gesetz zerlegt die Einwilligungsfähigkeit in zwei (juristisch definierte) Grundfähigkeiten: in die Fähigkeit, einsehen zu können, dass ein bestimmter ärztlicher Eingriff indiziert ist<sup>71</sup> (kognitives Element) und in die Fähigkeit, dieser Einsicht gemäß zu handeln, d.h. die bei genügender Einsicht getroffene Entscheidung verantwortlich umzusetzen<sup>72</sup> (voluntatives Element) - also krank sein zu wollen oder nicht krank sein zu wollen. Ein etwas differenzierteres Modell zur Einwilligungsfähigkeit hatte zuletzt *Knut Amelung* vorgeschlagen,<sup>73</sup> dessen einzelne Kriterien aber immer einer der beiden hier genannten Fähigkeiten zugeordnet werden können und das deshalb inhaltlich nicht über das Konzept des Gesetzes hinausgeht. Fehlt eine dieser beiden Fähigkeiten, ist Einwilligungsfähigkeit wegen der alternativen Konjunktion nicht gegeben. Psychische Störungen wirken sich typischerweise entweder isoliert auf eine der beiden Fähigkeiten<sup>74</sup> oder auf beide zusammen aus und führen häufig zur Einwilligungsunfähigkeit. Es erscheint nicht sinnvoll, die einzelnen Störungsbilder aufzulisten; die ICD-10 gibt in den Störungsbildern F00-F99 hinreichend Auskunft. Außerdem ist es Aufgabe des psychiatrischen oder psychologischen Sachverständigen, hier die notwendigen Einordnungen vorzunehmen. Es kommt dabei immer auf den Moment der Begutachtung und der Therapie<sup>75</sup> an und es spielt keine Rolle, ob es sich bei der konkreten Störung um eine zeitweilige oder eine dauernde Störung handelt.

<sup>70</sup> Wie das funktioniert, wissen Ärzte besser als Juristen.

<sup>71</sup> Einsichtsfähigkeit besteht, wenn die betroffene Person erkennen kann, dass sie krank ist, dass und welche ärztlichen Behandlungsmöglichkeiten bestehen, wenn sie ferner realisieren kann, welche Gründe für und welche gegen die Therapie sprechen und wenn sie diese gegeneinander abwägen kann. Das ist medizinrechtliches Allgemeinwissen.

<sup>72</sup> So etwa (statt vieler) Georg Dodegge, *Ärztliche Zwangsmaßnahmen und Betreuungsrecht*, S. 1265-1270, 1267 und Petra Daniela Kirsch, *Rechtsgrundlagen der stationären und ambulanten psychiatrischen Zwangsbehandlung im Betreuungsrecht*, Tübingen 2010, S. 19 f.

<sup>73</sup> Knut Amelung, *Probleme der Einwilligungsfähigkeit*, in: R & P 1995, S. 20 ff., 26.

26 **(2) Konkrete psychische Verfasstheit**

Das so gestaffelte Anknüpfungskriterium verhindert insbesondere Verallgemeinerungen, die etwa an Altersstufen oder an bestimmte bekannte Krankheitsbilder<sup>76</sup> angelehnt werden könnten und rückt den Einzelfall des konkret betroffenen Patienten und sein psychophysisches Handlungspotential in den Mittelpunkt. Ärzte für Psychiatrie und Psychotherapie oder Nervenheilkunde und Psychologische Psychotherapeuten können als Sachverständige hierüber verlässliche Aussagen treffen. Krankheitsbedingte Einwilligungsunfähigkeit ist bei manifesten exogenen und endogenen Psychosen nicht selten gegeben. Bei der Schizophrenie gehört die fehlende Krankheitseinsicht sogar als regelhaftes Phänomen zu den Symptomen, die die psychische Störung als Schizophrenie kennzeichnen.<sup>77</sup> Patienten, die Wahnerlebnisse und Halluzinationen als real empfinden, haben schlicht keinen vernünftigen Grund, diese Realität für krankhaft zu erklären und an der Beseitigung dieser Realität zu arbeiten und Maniker, die sich gut fühlen, haben allen subjektiven psychischen Grund, sich zum Teil heftig gegen eine Behandlung zu wehren. Auch das Korsakow-Syndrom, die alkoholische Wesensveränderung und die Alkoholhalluzinose gehören hierher. Insofern werden Psychiater immer geneigt sein, eine bestimmte psychische Störung mit diesen Zentralkategorien oder Höhenmarken<sup>78</sup> zu vergleichen. Das heißt aber im Gegenzug nicht (und darf es nicht heißen), dass Personen, die keine Symptome der Schizophrenie oder der bipolaren affektiven Psychose etc. zeigen, immer einwilligungsfähig wären.

27 Auch ist hier wichtig zu betonen, dass nicht schon daraus, dass die betroffene Person die ärztlicherseits für notwendig gehaltene Behandlung nicht dulden will, auf die eingriffslegitimierende Unfähigkeit, ihr eigenes Verhalten selbst und verantwortlich zu bestimmen, geschlossen werden darf. Es gibt keine allgemeine Rechtspflicht, sich vernünftig, nicht unvernünftig oder so, wie es dem Umfeld tolerabel erscheint, zu verhalten.<sup>79</sup> Das mag banal erscheinen - wie weit die einzelnen Ansichten über vernünftiges oder motiviertes Verhalten aber auseinander gehen können, zeigt sich nirgendwo sonst so plastisch wie in der Psychiatrie. Das heißt andererseits noch nicht, dass es ein schrankenloses Recht auf Krankheit gebe. Auf den Gutachtern in den Genehmigungsverfahren lastet daher eine erhebliche Verantwortung. Sie sind verpflichtet, belastbare Gründe für die Aussage anzuführen, die betroffene Person sei krankheitsbedingt einwilligungsunfähig. Dazu müssen sie (das fordert § 280 FamFG) evidenzbasiert und methodentransparent vorgehen. Die berüchtigten „Fünfzeilenatteste“ müssen aus der Praxis verschwinden.

---

<sup>74</sup> Klassisches Beispiel ist der paranoid schizophrene Psychiater, der glaubt, die Kollegen hätten ihm die paranoide Schizophrenie an den Hals gehext.

<sup>75</sup> Werner Bienwald, in: Staudinger-BGB, Neubearb. 2006, § 1904, Rdnr. 18.

<sup>76</sup> Das ist eine typische „Falle“ für Ärzte und Juristen; vgl. nur die jahrzehntelangen Diskussionen um den Krankheitsbegriff der „Agnostiker“ um Kurt Schneider; dazu Adrian Schmidt-Recla, Theorien zur Schuldfähigkeit, Leipzig 2000, S. 147-180.

<sup>77</sup> Reiner Bayerlein, Schizophrenie, in: Gerd Schmitt/Reiner Bayerlein/Christoph Mattern/Jochen Ostermann, Betreuungspraxis und psychiatrische Grundlagen, Köln 2007, S. 237. Auch die affektiven Psychosen können die Krankheitseinsicht trüben; vgl. Jochen Ostermann, Affektive Störungen, in: Gerd Schmitt/Reiner Bayerlein/Christoph Mattern/Jochen Ostermann, Betreuungspraxis und psychiatrische Grundlagen, Köln 2007, S. 284 f.

<sup>78</sup> So Henning Saß, Ein psychopathologisches Referenzsystem für die Beurteilung der Schuldfähigkeit, in: Forensia 1985, S. 33 ff., 37.

<sup>79</sup> Das ist allgemeine Ansicht; vgl. nur Martin Grengel/Andreas Roth, Die Zwangsbehandlung von Betreuten - Notwendigkeit und Inhalt einer Neuregelung, in: ZRP 2013, S. 12-16, 16.

- 28 Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass das Kriterium der krankheitsbedingten Einwilligungsunfähigkeit unabhängig von § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB zu prüfen ist. Es geht hier um den konkreten ärztlichen Eingriff und nicht um die Unterbringungs Voraussetzungen.<sup>80</sup> Es war das Zentralanliegen der BVerfG-Entscheidungen aus dem Jahre 2011, den Nexus zwischen Unterbringung und Zwangsbehandlung, der bis dahin die Praxis beherrscht hatte, aufzulösen und für die Zwangsbehandlung in der Unterbringung eine eigene gesetzliche Ermächtigungsgrundlage einzufordern. Wer das verkennt und die Prüfung der Voraussetzungen von § 1906 Abs. 1 einer- und von § 1906 Abs. 3 BGB andererseits miteinander vermengt, beschreitet genau den für verfassungswidrig erklärten Weg weiter.

S. 120

- HFR 10/2013 S. 10 -

29 **(3) Abwehr durch Patientenverfügung**

Personen, die befürchten, im Zustand der Einwilligungsunfähigkeit einer Behandlung unterzogen zu werden, die sie, solange sie einwilligungsfähig sind, ablehnen, können der Zwangsmedikation mit einer wirksamen Patientenverfügung entgegen treten. Das ist zwar grundsätzlich nicht problematisch und auch wenig umstritten<sup>81</sup> - in den Einzelheiten bestehen aber zahlreiche Detailprobleme. Nach wie vor nicht monographisch geklärt ist, welche einzelnen Betreuermaßnahmen verhindert werden können und wann eine Patientenverfügung als widerrufen angesehen werden kann (oder muss), wenn der Patient bei der Errichtung derselben (noch) einwilligungsfähig, danach aber nicht mehr einwilligungsfähig war oder ist. Fraglich ist auch, welches Regime bei den Notfällen gilt, in denen der Arzt handeln muss, ohne dass Zeit für eine Abstimmung mit dem Betreuer ist. Hier sorgt die Verankerung des Behandlungsvertrages im BGB (§§ 630 a BGB nF) für Anpassungsprobleme im Betreuungsrecht.<sup>82</sup>

30 **d) Benevolente Schadensabwehr**

Solcherart veranlasste Zwangsbehandlungen können nur zu dem Zweck vorgenommen werden, von der betroffenen Person einen ihr drohenden erheblichen gesundheitlichen Schaden zu ihrem Wohl abzuwenden, § 1906 Abs. 3 Nr. 2 BGB. Die Vorschrift ist zweigleisig angelegt: die mit der Behandlung bezweckte Schadensabwehr muss dem Wohl der betroffenen Person dienen.

31 **(1) Schadensabwehr**

Zum Schadensabwehrkriterium lässt sich festhalten, dass jedweder erhebliche gesundheitliche Schaden, den die betroffene Person dadurch erleiden könnte, dass sie nicht behandelt wird, ausreicht. Es muss also nicht eine besondere Gefährdungslage bestehen, die Gesundheitsbeschädigung muss nicht unmittelbar bevorstehen und es muss insbesondere keine Gefahr für das Leben der betroffenen Person bestehen. Insoweit unterscheidet sich die Regel von den Unterbringungs Voraussetzungen des § 1906 Abs. 1 Nr. 1 BGB, die eine konkrete und ernstliche, erhebliche Gesundheitsgefährdung bzw. Lebensgefahr (durch Suizid) fordern.<sup>83</sup> Zwar verlangt auch § 1906 Abs. 1 Nr. 1 BGB nicht eine unmittelbare Gefahr (wie die meisten Ermächtigungsgrundlagen zur öffentlich-rechtlichen Unterbringung).<sup>84</sup> Allerdings muss aufgrund objektiverer und konkreter Anhaltspunkte die Möglichkeit der Schädigung abzusehen sein.<sup>85</sup> Das scheint Abs. 3 Nr. 2 nun nicht zu fordern. Mit dem Adjektiv „erheblich“ meinen die Materialien zum Regierungsentwurf eine Abgrenzung zu weniger gewichtigen Fällen herbeizuführen, bei denen die „Überwindung des natürlichen Willens“ außer Verhältnis zum Nutzen

<sup>80</sup> Georg Dodegge, Ärztliche Zwangsbehandlungen und Betreuungsrecht, in: NJW 2013, S. 1265-1270, 1266.

<sup>81</sup> Deshalb äußert sich die Begründung zum Regierungsentwurf hierzu auch nur knapp; vgl. BT-Drs. 17/11513, S. 7.

<sup>82</sup> Zu diesen Fragen Jens Diener, Patientenverfügungen psychisch kranker Personen und fürsorglicher Zwang, Berlin 2013.

<sup>83</sup> Dieter Schwab, in: MüKo/BGB, 8. Bd., 6. Aufl. 2012, § 1906, Rdnr. 15.

<sup>84</sup> Dieter Schwab, in: MüKo/BGB, 8. Bd., 6. Aufl. 2012, § 1906, Rdnr. 15.

<sup>85</sup> BGH FamRZ 2010, S. 365; OLG München FamRZ 2006, S. 445, 446.

der Behandlung stünden.<sup>86</sup> Erheblich iSd. § 1906 Abs. 3 Nr. 2 BGB müssen daher alle zu suizidalen oder parasuizidalen Handlungen führenden Störungen sein<sup>87</sup> - denn diese erfüllen schon die Kriterien des § 1906 Abs. 1 Nr. 1 BGB (dazu gehört auch die Unterschreitung eines kritischen body-mass-index bei bulimischen Patienten). Hier geht es darum, der betroffenen Person (paternalistisch) „in den Arm zu fallen“ und sie am Leben zu erhalten. Ebenfalls erheblich sind Gesundheitsbeeinträchtigungen, die zu dauernden organischen Schädigungen<sup>88</sup> oder Verstümmelungen führen. Genannt wird aber auch die Chronifizierung von Krankheitssymptomen<sup>89</sup> - und das sind, wenn die Symptomatik keine lebensbedrohlichen Züge annimmt, die kritischen Fälle, um derentwillen der gesamte Streit vom Zaun gebrochen wurde.

## S. 121

- HFR 10/2013 S. 11 -

- 32 Das Standardargument, weshalb hier eine Behandlung möglich sein soll, lautet, dass bei der Chronifizierung (insbesondere schizophrener Symptome) die Gefahr bestehe, dass die betroffene Person ihre noch vorhandenen (oder mit der Psychopharmakotherapie wieder herstellbaren) sozialen Kompetenzen verlöre, eventuell auch in ihrer Intelligenz gemindert und in ihrem Wesen verändert würde und sie deshalb schließlich dauerhaft hospitalisiert werden müsste.<sup>90</sup> Niemand kann bestreiten, dass es aus ganz verschiedenen Gründen nützlich sein kann, dem durch sinnvoll eingesetzte Medikation gegenzusteuern. Mitunter findet sich auch das Argument, betreuten Personen sollten hilfreiche Behandlungen nicht grundsätzlich deshalb versagt werden,<sup>91</sup> weil sie eben willigungsunfähig sind. Aber ebenso wenig bestreiten lässt sich, dass paternalistische Heteronomie hier ganz unverhüllt zu Tage tritt und mit einem „Recht auf Krankheit“ kollidieren muss. Um es konkret zu machen: Warum soll jemand, zu dessen in der Anstalt deutlich gewordener Symptomatik es (auch) gehört, tagtäglich mehrfach vor anderen zu masturbieren, sich und die Zimmerwände mit seinen Exkrementen zu beschmieren und dies als „lustvolles Erleben“ zu beschreiben, fürderhin aus Rechtsgründen (!) vom Ausleben dieser (und weiterer, vom Psychiater als psychotisch beschriebener) Symptomatik abgehalten werden, indem er mit Risperidon und Olanzapin behandelt wird, während er selbst der Meinung ist, das Studium heiliger Krishna-Schriften helfe ihm besser als ein Neuroleptikum?<sup>92</sup> Natürlich stört eine solche Person und natürlich besteht Konsens, dass es besser wäre, sie von diesem Wege abzubringen als ihn weiter zu beschreiten. Und ebenso selbstverständlich ist es, dass es schwer sein kann zuzusehen, wie jemand seine Tage in (noch) nicht suizidaler, aber depressiver Stimmung verbringt, während das abgelehnte Thymoleptikum vielleicht schnell für eine Stimmungsaufhellung und neue Lebensenergie sorgen könnte. Ein drohender Gesundheitsschaden ist aber in solchen und vielen anderen kritischen Fällen nicht ohne Weiteres zu erkennen. Es lastet eine erhebliche Verantwortung auf Ärzten und Richtern, bei der Beurteilung der Frage, ob durch die Therapie eine erhebliche Gesundheitsbeeinträchtigung abgewendet werden kann, nicht die lediglich einfachere Handhabbarkeit der betroffenen Personen durch das Pflegepersonal und auch nicht die Befriedigung von Angehörigenwünschen unter diesem Tatbestandsmerkmal zu verstecken. Hier wird deshalb dafür plädiert, bei Abs. 3 Nr. 2 dieselbe Prüfung der Gefahrenlage wie bei Abs. 1 Nr. 1 (konkrete und ernstliche Gefahr) anzustellen.

---

<sup>86</sup> BT-Drs. 17/11513, S. 7.

<sup>87</sup> So auch Georg Dodegge, Ärztliche Zwangsmaßnahmen und Betreuungsrecht, in: NJW 2013, S. 1265-1270, 1267.

<sup>88</sup> Vgl. dazu die Plenarprotokolle; BT-PlenProt. 17/217, S. 26877-26884.

<sup>89</sup> Georg Dodegge, Ärztliche Zwangsbehandlung und Betreuungsrecht, in: NJW 2013, S. 1265-1270, 1267 unter Hinweis auf OLG Schleswig BtPrax 2003, S. 223 und OLG München FamRZ 2006, S. 445.

<sup>90</sup> Kritisch dazu etwa schon OLG Schleswig BtPrax 2003, S. 223, 224.

<sup>91</sup> Martin Grengel/Andreas Roth, Die Zwangsbehandlung von Betreuten – Notwendigkeit und Inhalt einer Neuregelung, in: ZRP 2013, S. 12-16, 15.

<sup>92</sup> So der Sachverhalt bei BVerfG, Beschl. v. 20. Februar 2013 – 2 BvR 228/12.

33 **(2) Benevolenz**

Das zweite Kriterium, das Wohl der betroffenen Person, soll ersichtlich dazu dienen, Behandlungen auszuschließen, die deshalb vorgenommen werden, weil Dritte der Ansicht sind, von der betroffenen Person gehe eine Störung/Gefahr für sich selbst oder andere aus. Dieser Umstand rechtfertigt die Unterbringung, nicht aber die Behandlung, denn die Gefahrenabwehr wird schon dadurch möglich, dass die betroffene Person sicher verwahrt wird. Jenseits dieser einfachen Feststellung wird das Terrain aber schwierig,<sup>93</sup> denn das Wohl der betroffenen Person, das (§ 1901 Abs. 2 BGB) im Mittelpunkt des gesamten Betreuungsrechts steht, wird zunächst subjektiv über deren Wünsche, Vorstellungen und Ziele definiert. Allerdings ist es Standardwissen, dass die Wünsche der betroffenen Person unbeachtlich sind, wenn sie deren „Wohl zuwiderlaufen“, § 1901 Abs. 3 S. 1 BGB. Indem § 1906 Abs. 3 Nr. 2 BGB nun auch darauf abstellt, handelt sich das Gesetz hier die gleiche Problematik wie dort ein, denn letztlich wird so das Wohl der betroffenen, krankheitsbedingt einwilligungsunfähigen Person nach objektiven Kriterien fremdbestimmt. Es gibt für die zwangsweise Psychopharmakotherapie und die sonstigen somatischen Behandlungen nur einen verlässlichen Wegweiser: Richtet sich die von der Krankheit determinierte Subjektivität der betroffenen Person gegen deren Leben und/oder gegen ihren Körper, (nur) dann darf und muss sie vernachlässigt werden. Das rechtfertigt sich allein daraus, dass ohne diese beiden von personellem Sein, das aufrechtzuerhalten Verfassungsgebot ist, nicht gesprochen werden kann. Nach hier vertretener Ansicht hätte das Gesetz in Abs. 3 Nr. 2 sowohl zur Klärung der Schadensintensitätsfrage als auch zur besseren Bestimmbarkeit der Wohlgrenze auf eine unmittelbare Lebensgefahr bzw. eine unmittelbare schwere Gesundheitsgefahr abstellen müssen. Da es das nicht tut, ist abzusehen, dass die konkreten Streitigkeiten zwischen renitenten betroffenen Personen und Ärzten/Betreuern in der Praxis unverändert weitergehen werden. Immerhin wissen Betreuungsrichter jetzt, dass sie diesen Streit anhand einer gesetzlichen Genehmigungsvoraussetzung zu entscheiden haben. Zu hoffen bleibt, dass nicht ein Formblatt diese Aufgabe übernimmt.

S. 122

- HFR 10/2013 S. 12 -

34 **e) Alternativlosigkeit/Zumutbarkeit**

Ferner muss die Behandlung alternativlos sein (der drohende gesundheitliche Schaden darf nicht durch eine andere zumutbare Maßnahme abgewendet werden können), § 1906 Abs. 3 Nr. 3 BGB. Psychiatriekritiker werden dieses ultima ratio-Kriterium begrüßen. Auch hier schlägt sich Art. 12 Abs. 4 der UN-Behindertenrechtskonvention direkt im BGB nieder. Betreuer und Betreuungsgericht erhalten hiermit ein für die Praxis erhebliches Ärztekorrektiv. Es wird in vielen Fällen nicht einfach sein vorzutragen, dass der gewünschte Erfolg nicht auch auf anderem Wege erreicht werden kann oder hätte erreicht werden können. Unkenntnis, Arbeitsverdichtung, unzureichende Ausstattung, Ressourcenknappheit und Budgetrestriktionen sind jedenfalls keine rechtlich erheblichen Indikationen dafür, nicht invasive und nicht medikamentöse Alternativen a priori weder zu prüfen noch einzusetzen. Das Gesetz kommt mit diesem Kriterium denjenigen betroffenen Personen, die sich einer Psychopharmakotherapie widersetzen, weit entgegen. Allein die Behauptung, es bestehe eine Alternative, zwingt Betreuer und Gericht zur Prüfung, die ohne eine sachverständige Begutachtung nicht zu bewerkstelligen ist. Auf diese Weise wird die Entscheidung zur Behandlung auf die Aussage von mehr als nur einem Arzt<sup>94</sup> gestützt und der behandelnde Arzt gezwungen, seine Indikation von einem anderen Arzt überprüfen zu lassen.

<sup>93</sup> Zum Widerstreit zwischen Wohl und Wunsch auch BGHZ 182, S. 116-140, 125 (hier ging es um die Betreuerhaftung bei Verschlechterung der Vermögensverhältnisse der betreuten Person).

<sup>94</sup> Beachte dazu das Vier-Augen-Prinzip des § 321 Abs. 1 S. 5 FamFG. Klar ist auch, dass solche normativen Forderungen dem verbreiteten Hausgutachterschlendrian und dem Umstand, dass viele Gutachter unzureichend qualifiziert sind, nur appellativ entgegenwirken können.

Diese nun auch im materiellen Recht angelegte Transparenz der Entscheidungsprozesse allein dürfte der Rechtssicherheit einerseits und der Beachtung der subjektiven Belange der betroffenen Personen andererseits dann effektiv dienen, wenn alle Beteiligten ihre Rolle im Verfahren genügend ernst nehmen.

### 35 **f) Verhältnismäßigkeit/Risiko-Nutzen-Abwägung**

Schließlich muss der zu erwartende Nutzen der Behandlung die abzusehenden Beeinträchtigungen deutlich überwiegen. Die Materialien begründen diese ebenfalls Art. 12 Abs. 4 der UN-Behindertenrechtskonvention entnommene Forderung unter Bezug auf die Rechtsprechung des BVerfG damit, dass der Nutzen für die betreute Person umso deutlicher überwiegen müsse, je schwerwiegender der Eingriff sei. Im Hinblick auf die bestehenden Prognoseunsicherheiten und sonstigen methodischen Schwierigkeiten des hierfür erforderlichen Vergleichs träfe es die grundrechtlichen Anforderungen, wenn in medizinischen Fachkreisen ein deutlich feststellbares Überwiegen des Nutzens gefordert werde.<sup>95</sup> Inhaltlich klärt das kaum etwas. Immerhin ist das Adverb „deutlich“ ein Fingerzeig, ohne dass damit klar wäre, um welchen Prozentsatz der Nutzen die Risiken übersteigen muss. 51 % werden aber kaum ausreichen. Primär wird dieses Kriterium darauf hinauslaufen, dass behandelnder Arzt und einwilligender Betreuer erklären können müssen, dass und warum erstens die bekannten, eingriffstypischen und abzusehenden Wirkungen und Nebenwirkungen des konkreten Psychopharmakons in Kauf genommen werden müssen, um eine Besserung der krankhaften Symptomatik beim Patienten zu erzielen und warum zweitens noch unbekannte Wirkungen und Nebenwirkungen angesichts des erzielbaren Erfolges vernachlässigt werden dürfen.<sup>96</sup>

36 Das ist durchaus nicht wenig: Die gesetzlich geforderte Abwägung zwischen Risiko und Nutzen, die überprüfbar sein muss, sichert neben der Transparenz der Entscheidungsprozesse auch die Evidenzbasierung derselben. Der behandelnde Arzt ist aufgefordert, das aktuelle Fachwissen über Wirkweisen, Nebenwirkungen und Kontraindikationen nicht nur zu beherrschen, sondern auch anzuwenden.<sup>97</sup> Zwar ist das ohnehin ärztliche Berufspflicht. Allerdings ist zu beobachten, dass die Fachrichtung der Psychiatrie und Psychotherapie bzw. der Nervenheilkunde von Patienten, Öffentlichkeit und (Haftungs-) Rechtsprechung bislang keineswegs so kritisch begleitet wird wie andere Fachrichtungen, deren Haftungsrisiko allein zur Evidenzbasierung zwingt. Auf jeden Fall kann dieses Kriterium die Behandlung von psychischen Störungen, die durch Psychopharmaka nicht therapiert werden können (etwa Persönlichkeitsstörungen), mit solchen Medikamenten verhindern. Und - diese Hoffnung ist immerhin nicht ganz unbegründet - eventuell ermöglicht das nun *ex lege* nötige Diskutieren, Abwägen und Rechtfertigen von Eingriffen vor einem unabhängigen Forum auch neue Impulse für die Forschung zur Wirkweise von Psychopharmaka.

S. 123

- HFR 10/2013 S. 13 -

## 37 **4. Prozessuale Voraussetzungen**

### **a) Ankündigung**

Die einzelnen durch das materielle Recht vorgegebenen prozessualen Grundvoraussetzungen, mit denen der (Behandlungs-) Eingriff in die körperliche Integrität der betroffenen psychisch kranken Person verfahrensrechtlich abgesichert werden soll, beginnen mit einer ungeschriebenen Forderung. Es wird davon ausgegangen, dass die geplante Behandlung der betroffenen Person gegenüber angekündigt werden müsse - damit es dieser möglich wird, eine Entscheidung einer unabhängigen Institution (so der Plan des

<sup>95</sup> BT-Drs. 17/11513, S. 7.

<sup>96</sup> So - vorsichtig tastend - auch Georg Dodegge, Ärztliche Zwangsbehandlung und Betreuungsrecht, in: NJW 2013, S. 1265-1270, 1268.

<sup>97</sup> Gutachterkritik ist zwar mitunter billig, aber nicht immer ganz unbegründet. Zwar existieren Handbücher und Empfehlungen, die Praxis sieht aber meist viel hemdsärmeliger aus, als (rezipierende) Juristen sich das vorstellen können; vgl. dazu demnächst die Mikrostudie von Markus Müller, Das Betreuungsverfahren vom Antrag bis zum Beschluss - Aktuelle Rechtstatsachen zum FamFG, Berlin \*\* (im Druck).

Art. 12 Abs. 4 der UN-Behindertenrechtskonvention) herbeizuführen. Auch das BVerfG hatte sich dieser Forderung der Konvention in seinem 2011 aufgestellten Kriterienkatalog angeschlossen. Im Wortlaut des § 1906 BGB ist das nun nicht explizit abgebildet, gleichwohl aber von der Begründung des Regierungsentwurfes zum Gesetz vorausgesetzt, wobei der Betreuer für verpflichtet gehalten wird, die Behandlung gegenüber der betroffenen Person anzukündigen.<sup>98</sup> Möglicherweise ist nichts anderes gemeint als die für alle wichtigen Betreuerentscheidungen geltende Informationspflicht des § 1901 Abs. 3 S. 3 BGB, die belegt, dass jedenfalls an dieser Stelle das Betreuungsrecht des BGB konventionskonform war. Darüber, dass es sich bei der nicht konsentierten Behandlung um eine wichtige Angelegenheit handelt, bestand nie Streit.

### 38 **b) Konsensbemühung**

Problematisch erscheint nach den Personenkriterien (oben 3.) die vom BVerfG 2011 aufgestellte und 2013 wiederholte<sup>99</sup> Forderung, wonach die Ermächtigungsgrundlage zur Zwangsbehandlung den Ärzten vorschreiben müsse, dass sie sich vor der Behandlung darum zu bemühen hätten, mit der betroffenen Person einen Konsens über die Behandlung herbeizuführen. Dieser Versuch soll eine „freiwillige Zustimmung“ der betroffenen Person erwirken und damit der Therapie ersichtlich den Ruch der Zwangsbehandlung nehmen oder diesen zumindest abmildern. In der Aufsatzliteratur wird das insoweit konkretisiert, als ein ernsthafter, mit angemessenem, also ausreichendem Zeitaufwand und ohne Druckausübung vorgenommener Versuch vorgeschaltet werden müsse, bei dem Betreuten ein Therapieverständnis nebst -einwilligung zu erreichen.<sup>100</sup>

### 39 **(1) Dogmatik**

Kritisch anzumerken ist, dass sich der Sinn dieser Forderung, die sich im Wortlaut des § 1906 Abs. 3 BGB selbst nicht (dafür aber in den Materialien<sup>101</sup>) findet, nicht erschließt. Es mag zwar sinnvoll sein, dass Vereinte Nationen und BVerfG den Ärzten insoweit ins Gewissen reden<sup>102</sup> - Ärzte sind als der Gesundheit und der Selbstbestimmung des Patienten verpflichtete Vertragspartner und Leistungserbringer hierzu aber ohnehin und immer verpflichtet, weil der ärztliche Heileingriff eben ein rechtfertigungsbedürftiger Eingriff ist und weil derjenige, der diesen Eingriff vornehmen will, um die Rechtfertigung nachsuchen und diese nachweisen muss. Außerdem ist der rechtliche Betreuer nach § 1901 Abs. 3 S. 3 BGB ohnehin verpflichtet, geplante ärztliche Maßnahmen mit der betroffenen Person zu besprechen und er wird das bei pflichtgemäßem Vorgehen mit dem die Therapie vorschlagenden Arzt tun. Nicht selten ist es gerade der Versuch, von dem hier die Rede ist, das Mittel, mit dem der Arzt die Fakten beschafft, aus denen er auf Einwilligungsfähigkeit oder -unfähigkeit schließt. Es lohnt sich, das Betreuungs- und Unterbringungsrecht insoweit vom allgemeinen Medizin- bzw. Arztrecht her zu denken<sup>103</sup> und nicht umgekehrt. Aus dieser Perspektive ist die Formulierung (*nota bene*:) aus Rechtsgründen so überflüssig wie die des § 1901 b Abs. 1 S. 1 BGB.

<sup>98</sup> BT-Drs. 17/11513, S. 6, 7.

<sup>99</sup> Vgl. schon BVerfGE 128, S. 282, 307.

<sup>100</sup> Georg Dodegge, Ärztliche Zwangsmaßnahmen und Betreuungsrecht, in: NJW 2013, S. 1265-1270, 1267.

<sup>101</sup> BT-Drs. 17/11513, S. 6, 7 (müssen zusammengelesen werden).

<sup>102</sup> Auch einwilligungsunfähige Personen sollen über das Ob und Wie der Behandlung nicht im Unklaren bleiben - das hatte das BVerfG 2011 betont und der Gesetzgeber hat es 2012 wiederholt; vgl. BT-Drs. 17/11513, S. 7.

<sup>103</sup> In diese Richtung ging etwa die Schrift von Andreas Frost, Arztrechtliche Probleme des neuen Betreuungsrechtes, Berlin u.a. 1994.

40 **(2) Perplexität und Unsicherheiten in der Rechtsprechung**

Außerdem ist die Forderung perplex: Wenn aufgrund sachverständiger Beurteilung feststeht, dass die betroffene Person auf Grund einer psychischen Krankheit oder einer geistigen oder seelischen Behinderung nicht erkennen kann, dass die ärztliche Maßnahme notwendig ist oder dass sie nicht nach dieser Einsicht handeln kann - und nur dann ist, wie wir gesehen haben, die Zwangsbehandlung allenfalls erlaubt und möglich - dann muss nicht mehr nach Konsens gestrebt werden. Krankheitsbedingt einwilligungsunfähige Personen können in Bezug auf die indizierte Therapie der Krankheit keinen rechtlich relevanten Willen bilden und eine eventuelle Zustimmung entpuppte sich als schöner Wahn, hinter dem sich die Beteiligten allenfalls gegenseitig beruhigen könnten. Das BVerfG jedoch glaubt differenzieren zu können: Die den Anlass der Behandlung bildende krankheitsbedingte Unfähigkeit zu verhaltenswirksamer Einsicht (kurz: krankheitsbedingte Einsichtsunfähigkeit) sei, so die erste 2011 ergangene Entscheidung, nicht gleichbedeutend mit der Einwilligungsunfähigkeit.<sup>104</sup>

S. 124

- HFR 10/2013 S. 14 -

41 Das kann einen juristische Weisheiten rezipierenden Arzt schon ratlos machen; offenbar soll es möglich sein, krankheitsbedingt nicht einsehen zu können, dass die antipsychotisch-medikamentöse Behandlung notwendig sei und andererseits doch wirksam in diese Behandlung wirksam einwilligen zu können. Beunruhigend an diesem Begriffstohuwabohu ist, dass das BVerfG diese unterschiedlichen Kategorien ohne moderne psychopathologische, willens-, neuro-, verhaltens- und affektpsychologische Beratung ausmachen zu können glaubt.<sup>105</sup> In der zweiten 2011 ergangenen Entscheidung wurde diese in sich widersprüchliche Differenzierung bereits etwas relativiert<sup>106</sup> und 2013 hat sich das BVerfG noch weiter zurückgezogen. Unter Bezug auf einen Aufsatz von *Martin Böse*<sup>107</sup> unterscheidet es nun zwischen der Fähigkeit zu positiver Einwilligung in eine ärztlich indizierte Behandlung einerseits und der Vetofähigkeit andererseits und gibt zu bedenken, dass bestimmte (etwa paranoische) psychische Erkrankungen nur die letztere Fähigkeit beeinträchtigen könnten.<sup>108</sup> Abgesehen davon, dass die Unterscheidung zwischen Einwilligungsfähigkeit und Vetofähigkeit ein seit langem (vgl. nur § 1905 Abs. 1 S. 1 BGB und daneben § 2 Abs. 2 S. 3 und § 8a S. 1 Nr. 4 TPG; verwiesen werden kann auch auf den Rechtsgedanken des § 1626 Abs. 2 BGB<sup>109</sup>) eingeführtes Instrument ist, geht es im vorliegenden Kontext nicht darum. Dass es darum auch gar nicht gehen kann, zeigen die Streitigkeiten: Würde bei der antipsychotisch-medikamentösen Behandlung ein Vetorecht akzeptiert, könnte sie in zahlreichen Fällen, in denen die mangelnde Krankheitseinsicht zu den relevanten Krankheitssymptomen gehört, niemals stattfinden. Ross und Reiter müssen hier klar genannt werden: schizophrene Symptome lassen sich mitunter eben nur gegen den erklärten, von der Krankheit getrüben Willen des Patienten behandeln und die Frage ist, ob die Gemeinschaft diese Therapie will oder nicht.

<sup>104</sup> Vgl. BVerfGE 128, S. 282, 310: der grundrechtseingreifende Charakter der Zwangsbehandlung hänge nicht von der Einsichts- und Einwilligungsfähigkeit ab; S. 307: die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer medizinischen Behandlung habe strikt dessen krankheitsbedingte Unfähigkeit zu verhaltenswirksamer Einsicht zur Voraussetzung; S. 310: auch beim Einwilligungsunfähigen sei daher ärztliche Aufklärung nicht von vornherein entbehrlich.

<sup>105</sup> Für diese Ansicht wird nicht eine Belegstelle aus psychiatrischer oder psychologischer Literatur genannt.

<sup>106</sup> Vgl. BVerfGE 129, S. 269, 281: „... auch wenn man annehmen wollte, dass...“.

<sup>107</sup> Martin Böse, Zur Rechtfertigung von Zwangsbehandlungen einwilligungsunfähiger Erwachsener, in: Manfred Heinrich/Christian Jäger/Bernd Schünemann (Hrsg.), Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin, Berlin u. a. 2011, Bd. 1, S. 523-536, besonders S. 529. Zum Problem umfassend Knut Amelung, Vetorechte beschränkt Einwilligungsfähiger in Grenzbereichen medizinischer Intervention, 1995.

<sup>108</sup> BVerfG, Beschl. v. 20. Februar 2013 – 2 BvR 228/12: Es könnte „die Möglichkeit zu erwägen sein...“: Aus den Gründen I. 3. b) aa) (1). Nicht sehr hilfreich ist es, wenn das BVerfG auch hier wieder nicht auf psychopathologische oder willenspsychologische Beratung oder Literatur zurückgreift.

<sup>109</sup> Ein darauf gestütztes Vetorecht des Kindes anerkennt BGH NJW 2007, S. 217, 218; vgl. auch Peter Huber, in: MüKo/BGB, Bd. 8, 6. Aufl. 2012, § 1626, Rdnr. 43.

42 Das Medizinrecht stellt ferner nicht auf eine generelle Einwilligungsfähigkeit ab und ist deshalb auch nicht gezwungen, so konstruiert wie das BVerfG zu differenzieren. Ob der Patient einwilligungsfähig ist, wird vielmehr immer eingriffsspezifisch geprüft;<sup>110</sup> Referenzmaße<sup>111</sup> lassen sich nicht begründen. Es existiert kein Unterschied zwischen dem, was das BVerfG als Anlass der Zwangsbehandlung akzeptiert und der (eingriffsbezogenen) Einwilligungsunfähigkeit. Hineingeraten in dieses Niemandsland ist das BVerfG durch den (unterstützenswerten) Versuch, die zwangsbehandelnden Ärzten zu mehr Rücksicht gegenüber den (vielleicht gestörten, vielleicht aber auch nicht gestörten) Befindlichkeiten ihrer psychisch kranken Patienten aufzufordern. Der angemessene Standort dafür wäre aber wohl eher das Berufsrecht.

### 43 (3) Karenzzeit?

Derzeit wird noch in einer anderen Hinsicht Kritik an den Ankündigungsregeln bzw. an der Forderung nach dem Versuch der Therapieeinwilligung geübt. *Rolf Marschner* bemängelt, dass weder das Gesetz noch die Rechtsprechung des BVerfG und des BGH Fristen vorsehen, die zwischen dem Versuch einer Therapieeinwilligung einerseits und der förmlichen Ankündigung der Zwangsbehandlung und der Aufnahme der Behandlung selbst verstreichen müssen, dass es also keine Karenzzeitregelung gibt.<sup>112</sup> Dem ist insofern beizupflichten, als eine Ankündigung einer Maßnahme nur dann rechtlichen Sinn macht, wenn die Person, der etwas angekündigt wird, die Möglichkeit bekommt, auf die Ankündigung hin tätig zu werden (und etwa zu widersprechen). Diese Möglichkeit besteht aber nicht, wenn der Arzt dem gefesselten Patienten erklärt, er werde ihn jetzt erstens sedieren und zweitens ein Neuroleptikum als Depotspritze verabreichen, damit die anders nicht zu beseitigende wahnhafte Vorstellung, der Patient werde verfolgt, abklinge und dann tatsächlich zur Tat schreitet. Makulaturen bewirken rechtlich nichts - wenn die Ankündigungspflicht irgendeinen Sinn machen soll, dann muss eine Karenzzeit eingehalten werden.

44 Freilich gilt hier dasselbe wie oben zum Versuch der Therapieeinwilligung. Was soll rechtlich mit der Ankündigung gegenüber einer einwilligungsunfähigen Person ausgerichtet werden? Das Gesetz wird daher so zu verstehen sein, dass Ankündigung und Versuch der Therapieeinwilligung nichts anderes meinen als das ohnehin einzuhalten-ende, aus dem allgemeinen Medizinrecht bekannte Aufklärungs- und Einwilligungsprozedere, in dessen Verlauf sich herausstellen kann, dass die betroffene Person einwilligungsunfähig ist.

---

<sup>110</sup> Andreas Spickhoff, in: Soergel/BGB, 13. Aufl. 2005, § 823 Anh I, Rdnr. 108; Klaus Ulsenheimer, in: Adolf Laufs/Bernd-Rüdiger Kern (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl., München 2010, § 139, Rdnr. 43; Petra Daniela Kirsch, Rechtsgrundlagen der stationären und ambulanten psychiatrischen Zwangsbehandlung im Betreuungsrecht, Tübingen 2010, S. 30; zuletzt Dorothea Magnus, Sterbehilfe und Demenz, in: NSTZ 2013, S. 1-6, 2. Das ergibt sich schon aus der vom BGH seit 1958 verwendeten Standardformel zur Einwilligungsfähigkeit; vgl. BGHZ 29, S. 33-37, 36. Vgl. weiter Karl August Prinz v. Sachsen-Gessaphe, Der Betreuer als gesetzlicher Vertreter für eingeschränkt Selbstbestimmungsfähige, Tübingen 1999, S. 333 ff.

<sup>111</sup> Vgl. dazu Jochen Taupitz, Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens? Gutachten A für den 63. Deutschen Juristentag 2000, S. A 62 f.

<sup>112</sup> Rolf Marschner, Neuregelung der Zwangsbehandlung im Betreuungsrecht - eine verpasste Chance?, in: R & P 2013, S. 2.

**45 c) Richterliche Genehmigungspflicht und Rechtsschutzmöglichkeit**

Die entscheidende Neuerung im Bereich der Zwangsbehandlung psychisch kranker Personen ist § 1906 Abs. 3a BGB. Diese Vorschrift unterwirft - wiederum eine Forderung des Art. 12 Abs. 4 der UN-Behindertenrechtskonvention und des BVerfG erfüllend - alle Behandlungen, die an psychisch kranken Personen ohne deren Einwilligung vorgenommen werden, einer Genehmigungspflicht nach dem Muster des § 1904 Abs. 1 und 2 BGB, das seinerseits den altbekannten Genehmigungspflichten der §§ 1819-1823 BGB nachgebildet ist. Damit schafft das Gesetz ein unabhängiges Forum, vor welchem die Behandlungsentscheidung zu begründen ist.

46 Das BVerfG hatte 2011 gefordert, dass vor der Durchführung der Zwangsbehandlung eine - sich nicht in bloßer Schreibtischroutine erschöpfende - Prüfung in gesicherter Unabhängigkeit von der Unterbringungseinrichtung stattfinden müsse.<sup>113</sup> Das ist nun mit Sicherheit erreicht, denn vor der richterlichen Genehmigung muss ein reguläres Verfahren<sup>114</sup> mit Verfahrenspflegerbestellung (§ 312 S. 3 FamFG), richterlicher Anhörung (§ 319 FamFG), sachverständiger Begutachtung (§ 321 FamFG mit „vier Augen-Prinzip“<sup>115</sup>), richterlichem Beschluss und Beschwerdemöglichkeit stattfinden. Hierzu sind noch einige Eckpunkte zu nennen.

47 Im Beschluss darf grundsätzlich keine Einwilligung genehmigt werden, die eine Zwangsbehandlung betrifft, die länger als sechs Monate andauert (§ 329 Abs. 1 S. 2 FamFG). Hieran zeigt sich, dass das Gesetz die Zwangsbehandlung richtig allenfalls zur akuten Krisenintervention für tolerabel hält.<sup>116</sup> Für den Beschluss gilt nach § 323 Abs. 2 FamFG, dass die Beschlussformel Angaben zur Durchführung und Dokumentation dieser Maßnahme in der Verantwortung eines Arztes enthalten muss. Damit wird die Rechtsprechung des BGH aus den Jahren 2006 und 2012 nicht vollständig umgesetzt.<sup>117</sup> In den betreffenden Urteilen hatte das Gericht einerseits gefordert, dass die durchzuführende (Zwangs-)Behandlung in der gerichtlichen Genehmigungsentscheidung über die Unterbringung nach § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB hinsichtlich Arzneimittel, Wirkstoff, Dosis, Verabreichungshäufigkeit, Nebenwirkungen und gegebenenfalls Behandlungsalternativen präzise zu bezeichnen sei und andererseits festgehalten, dass überhaupt nur Ärzte (also nach der BÄO und der ÄAppO approbierte Personen) befugt seien, entsprechende Behandlungen durchzuführen und dass die betreffenden Maßnahmen dokumentiert werden müssten. Das BGB fordert nun nicht die Angabe des Präparats, seiner Dosierung und seiner Verabreichungsform und -folge;<sup>118</sup> es verwirft aber die Ansicht,<sup>119</sup> die den Ärzten durch das jeweils einschlägige Berufsrecht ihrer Ärztekammer auferlegte Dokumentationspflicht genüge. Das Betreuungsgericht ist daher verpflichtet, bei der Abfassung des Beschlusses die ärztliche Maßnahme erstens so genau wie möglich zu beschreiben, zweitens lückenlose ärztliche Aufsicht und drittens ebenso lückenlose Dokumentation anzuordnen.

48 Verlängerungsentscheidungen sind zwar möglich, die Anforderungen sind hier aber insofern gesteigert, als dann auch Ärzte, die die betroffene Person im Vorfeld behandelt oder betreut haben, als Sachverständige im Genehmigungsverfahren ausgeschlossen sind.

<sup>113</sup> BVerfGE 128, S. 282-322, 317.

<sup>114</sup> Überblick bei Adrian Schmidt-Recla, in: MüKo/FamFG, 2. Aufl. 2013, Vor §§ 312 ff. Rdnr. 12.

<sup>115</sup> Zum Umstand, dass es sich bei § 321 Abs. 1 S. 5 FamFG um eine Sollvorschrift handelt, Georg Dodegge, Ärztliche Zwangsmaßnahmen und Betreuungsrecht, in: NJW 2013, S. 1265-1270, 1269. Nach hier vertretener Ansicht darf der Gutachter im Betreuungs- und Unterbringungsverfahren (und auch in den dazu gehörenden Genehmigungsverfahren) nie der behandelnde Arzt sein; vgl. dazu Adrian Schmidt-Recla, in: MüKo/FamFG, 2. Aufl. 2013, § 321 Rdnr 8 f.

<sup>116</sup> BT-Drs. 17/11513, S. 8.

<sup>117</sup> BT-Drs. 17/11513, S. 8.

<sup>118</sup> Georg Dodegge, Ärztliche Zwangsmaßnahmen und Betreuungsrecht, in: NJW 2013, S. 1265-1270, 1270.

<sup>119</sup> Dirk Olzen/Angela Metzmacher, Zulässigkeit der Zwangsbehandlung untergebrachter Personen, in: BtPrax 2011, S. 233-239, 238.

- 49 Mit diesem Genehmigungsverfahren stellt das Gesetz die notwendige Transparenz für Zwangsbehandlungen her. Seit 2013 ist es nicht mehr möglich, dass sich in Deutschland auf Initiative eines Betreuers erstens Anstaltstüren hinter psychisch kranken Personen schließen, ohne dass ein Richter das anordnet (auch die einstweilige und die eilige einstweilige Anordnung wird durch den Richter vorgenommen) und zweitens auf private Initiative psychisch kranke Personen ohne oder gegen ihren Willen mit Psychopharmaka behandelt werden, ohne dass ein Richter dies anordnet (zwar sind auch hier einstweilige und eilige einstweilige Anordnungen möglich; Richterbeteiligung ist aber in allen Fällen gesichert). Für die Behandlung in der öffentlich-rechtlichen Unterbringung wird nach entsprechender Änderung der betreffenden Landesgesetze nichts anderes gelten können. Behandlungen von krankheitsbedingt einwilligungsunfähigen, psychisch kranken Personen ohne richterliche Genehmigung sind daher rechtswidrig (und verpflichtet zum Schadensersatz).

S. 126

- HFR 10/2013 S. 16 -

50 **III. Gesamtbetrachtung**

Die UN-Behindertenrechtskonvention und das BVerfG haben seit 2009 das bürgerliche Betreuungsrecht als Teil des Familienrechts des BGB verändert. Jahrzehntelange Übungen in der praktischen Psychiatrie wurden - so empfanden es nicht wenige Ärzte - über Nacht über den Haufen geworfen und für eine Übergangszeit erschien es so, als würfen die Verfassungsrichter den zum Besten der Patienten handelnden Ärzten absichtlich Stöcke zwischen die Beine, auf dass sie strauchelten. Auch nach der Übergangszeit wird eines bleiben: Der praktische Aufwand bei der Durchführung nicht konsentierter Behandlungen psychisch kranker Patienten wird steigen - nicht nur auf Seiten der zu mehr und besserer Begründung gezwungenen Ärzte, sondern auch auf Seiten der genehmigenden (und daher zu intensiverer Prüfung gezwungenen Betreuungs-) Richter. Manch Praktiker fragt sich sicher auch, wozu dieser ganze verfahrenstechnische Aufwand betrieben werden soll.

- 51 Der schmerzende Nerv ist gar nicht so schwer aufzufinden. Es geht darum anzuerkennen, dass sowohl das bürgerliche Betreuungs- und Unterbringungsrecht als auch das öffentlich-rechtliche Unterbringungsrecht (dessen Vorschriften für den Maßregelvollzug benutzt werden) seinem etwa auch in den amtlichen Bezeichnungen der betreffenden Gesetze zum Ausdruck kommenden Grundgedanken als Hilfs- und Fürsorgerecht zum Trotz ein janusköpfiges Eingriffsrecht ist. Das paternalistisch-heteronome Helfenwollen darf nicht dazu führen, dass den betroffenen Personen die unverhandelbare Qualität als Rechtssubjekt genommen wird. Hilfe und Fürsorge dürfen nicht in Disziplinierung umschlagen, paternalistische Heteronome braucht Grenzen, die sie nicht überschreiten darf, Rechtfertigungen für innerhalb erlaubter Grenzen stattfindende Eingriffe, Maßstäbe, anhand derer sich entscheidet, ob Eingriffe verhältnismäßig sind und nicht zuletzt den Nachweis tatsächlicher Benevolenz im Einzelfall. Damit werden nicht mehr Rechte für betroffene Personen geschaffen als sie ohnehin schon haben - für die behandelnden Ärzte steigt aber durch das Abstecken rechtlicher Grenzen die Rechtssicherheit.
- 52 Die Norm, die diese Rechtssicherheit für die Behandlung zivilrechtlich untergebrachter, betreuter psychisch kranker Personen bietet, weist einzelne Kritikpunkte auf. Insbesondere das Abstellen auf den „natürlichen Willen“ der betroffenen Person hat sich bei näherem Hinsehen als unnötig erwiesen. Die Forderung nach dem Versuch einer Therapieeinwilligung bei einwilligungsunfähigen Personen ist rechtlich nicht zu begründen. Die prozessualen Sicherungen, die ins materielle Recht inkorporiert wurden, sind sinnvoll. Die Praxis muss Ernst machen mit dem vier Augen-Prinzip, das besagt, dass der begutachtende Arzt im Genehmigungsverfahren nicht der behandelnde Arzt sein darf. Nur so ist Transparenz gewährleistet.

- 53 Zwischen 2009 und 2011 wurde ein letztes, früher so genanntes „besonderes Gewaltverhältnis“ geschleift und damit die von Philippe Pinel (1745-1826) durch die Befreiung der „Irren“ von ihren Ketten im Pariser Hospice de Bicêtre 1794 begonnene Humanisierung der Psychiatrie fortgesetzt. Auch im Verhältnis zwischen psychisch kranken Personen und denjenigen, die als fürsorgende oder Gefahren abwehrende Entscheidungsträger im privaten oder öffentlichen Interesse tätig sind, hat jede einzelne Entscheidung Grundrechtsrelevanz:<sup>120</sup> Auch der psychisch noch so kranke Mensch (und mag er für das gesamte Umfeld und Personal extrem störend sein) ist Grundrechtsträger. Seine Freiheit beschränkende und seinen Körper in Anspruch nehmende Eingriffe brauchen eine verfassungskonforme gesetzliche Grundlage, über die das Parlament diskutieren und abstimmen muss. Der Staat des Grundgesetzes erlaubt keine a priori grundrechtsfreien Räume.

*Zitierempfehlung:* Adrian Schmidt-Recla, HFR 2013, S. 111 ff.

---

<sup>120</sup> Zur diesbezüglichen Entscheidung auch des BGH vgl. Adrian Schmidt-Recla/Jens Diener, Betreuungsrechtliche Denkfiguren auf dem Prüfstand der Zwangsbehandlung, in: MedR 2013, S. 6-11, 10.