



Kanzlei für Zahn- und Medizinrecht
Rechtsanwalt Volker Loeschner

RA Volker Loeschner • Zabel-Krüger-Damm 201/203 • 13469 Berlin

Kanzlei für Zahn- und Medizinrecht
Rechtsanwalt Volker Loeschner

10179 Berlin-Mitte
Neue Grünstraße 17
(Hauptsitz)

13469 Berlin-Reinickendorf
Zabel-Krüger-Damm 201/203
(Zweigstelle)

☎ (030) 54481786 (Zentrale)

📠 (030) 89640249

📞 (0177) 2993699

💻 www.zahn-medizinrecht.de

✉ post@zahn-medizinrecht.de

15.07.2013

Pressemitteilung
Therapeutische Gründe

**Einschränkung der Einsichtnahme in Behandlungsunterlagen
in § 630g BGB nach Inkrafttreten von § 1906 BGB
verfassungswidrig?**



QUALITÄT DURCH
FORTBILDUNG

Fortbildungszertifikat der
Bundesrechtsanwaltskammer

Das Recht Einsicht in die Behandlungsunterlagen zu nehmen, wird durch das neue Patientenrechtegesetz eingeschränkt. § 630g Absatz 1 BGB sieht vor, dass aus „erheblichen therapeutischen oder sonstigen erheblichen Gründen“ der Behandelnde Behandlungsunterlagen zurückhalten kann.

§ 630g BGB – Kopien der Patientenakte

(1) Dem Patienten ist auf Verlangen unverzüglich Einsicht in die vollständige, ihn betreffende Patientenakte zu gewähren, soweit der Einsichtnahme nicht erhebliche therapeutische Gründe oder sonstige erhebliche Rechte Dritter entgegenstehen. Die Ablehnung der Einsichtnahme ist zu begründen. § 811 ist entsprechend anzuwenden.

Die Ablehnung der Einsichtnahme ist zu begründen. Der Behandelnde muss das Einbehalten von Unterlagen begründen, mehr nicht. Die Regelungsmaterie betrifft vor allem Behandlungen in der Psychiatrie. Das Einsichtsrecht ist Ausdruck der informationellen Selbstbestimmung und der personalen Würde des einzelnen Patienten (NJW 1999, 1777). Im Bereich der psychiatrischen und psychotherapeutischen Behandlung reicht es indes nach BGH-Rechtsprechung aus, dass die Behandlungsseite ihre Erwägungen lediglich durch einen allgemeinen Hinweis darlegt (NJW 1985, 674). Begründet wird dies damit, dass in diesem Bereich typischer Weise die Persönlichkeit des Arztes als auch die dritter Personen in erheblichem Maße in die Aufzeichnungen einfließen und sich schneller und leichter spezifisch therapeutische Risiken für den Patienten aus einer Rekonstruktion seiner dokumentierten unverarbeiteten Problemfelder ergeben (BGH, Urteil vom 23.11.1982).

Die Gegenmeinung stellt auf andere Erwägungen ab. Das Selbstbestimmungsrecht schließt vielmehr die Befugnis des Einzelnen ein, darüber zu entscheiden, welchen Gefahren er sich durch eine Einsichtnahme aussetzen möchte (NJW 1989, 2960 f.). Die Vorenthaltung von Informationen kann mithin aus therapeutischen Gründen Misstrauen erzeugen und nachteilig sein. Problematisch ist vor allem die Überprüfbarkeit von Behandlungsunterlagen auch unter

dem Gesichtspunkt der Rechtsweggarantie und des informationellen Selbstbestimmungsrechtes. Der Ausschluss von Behandlungsunterlagen muss zur Vermeidung von Missbrauch zumindest gerichtlich begrenzt auf Plausibilität oder eben voll überprüfbar sein. In der Situation der Zwangsmedikation erscheint ein Vorenthalten der Einsichtnahme verfassungswidrig, da der Grundrechtseingriff in den Kern der Persönlichkeit sonst nicht überprüfbar wäre.

Hier kann vertreten werden, eine Parallele zur sog. Maßregelvollzugsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG, Beschluss vom 09.01.2006) zu ziehen. Die Verfassungsbeschwerde betraf das Recht eines im Maßregelvollzug Untergebrachten auf Einsicht in seine Krankenunterlagen. Auch beim zivilrechtlich untergebrachten Betreuten ist das Recht auf freie Arztwahl und Therapiefreiheit ähnlich eingeschränkt. Die Behandlungssituation ist, wenn auch nicht öffentlich-rechtlich, jedoch tatsächlich erheblich determiniert. Eine Abwägung nach Maßgabe des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit müsste sich auch hier zu einem Informationsanspruch verdichten. Dies kann auch in gesteigertem Maße für Informationen über die psychische Verfassung gelten (BVerfGE 89, 69). Eine Beschränkung allein auf sog. objektive Befunde ist abzulehnen. Der zweite Senat des BVerfG lehnt die Beschränkung des Einsichtnahmerechts auf objektive Daten für den Bereich der Zwangsbehandlung ab und stellt sie auch im Übrigen in Frage. Die Dokumentation richtet sich nach ihrem Sinn und Zweck von vornherein an Dritte, so auch an nachbehandelnde Ärzte oder das Pflegepersonal (NJW 2006, 1116//sog. Maßregelvollzugsentscheidung). Dies ist ebenfalls für Betreute anzuwenden, die Zwangsmedikation erhalten, da auch dort externe Gutachten vorgesehen sind (vgl. § 329 FamFG), ebenso die Überprüfung der Verhältnismäßigkeit durch den Betreuer (§ 1906 Abs. 3a BGB).

In einem Bereich, der wie der Maßregelvollzug in einem gewissen Maße zwangsläufig durch ein besonders hohes Machtgefälle zwischen den Beteiligten geprägt ist, sind die Grundrechte der Betroffenen naturgemäß besonderer Gefährdung ausgesetzt (BVerfG, Beschluss vom 09.01.2006). Dies gilt im Rahmen ärztlicher Zwangsmaßnahmen genauso.

Vor diesem Hintergrund besteht an der Akteneinsicht im Maßregelvollzug auch deshalb ein besonders starkes verfassungsrechtlich geschütztes Interesse, weil der Betroffene ohne sie seinen Anspruch auf Löschung oder Berichtigung falscher Informationen gegenüber der die Informationen erhebenden und verarbeitenden Stelle nicht verwirklichen und sich nicht vergewissern kann, ob die Akten auch im Übrigen so geführt sind, dass seine grundrechtlichen Ansprüche in Bezug auf Behandlung und eventuelle Beendigung der Unterbringung nicht beeinträchtigt werden (BVerfGE 100, 313). Dieser Gedanke muss für Patienten, die zu ärztlichen Zwangsmaßnahmen gem. § 1906 BGB untergebracht sind, ebenfalls Anwendung finden. § 1906 Abs. 2 und 3a BGB erwarten, dass der Betreuer die Unterbringung und die ärztlichen Zwangsmaßnahmen beendet und seine Einwilligung widerruft, wenn die Voraussetzungen nicht mehr vorliegen.

Die Möglichkeit der Beendigung der Unterbringung erhöht das Gewicht des Informationsinteresses des Betreuten und des Betreuers. Weiter ist zu berücksichtigen, dass Dokumentationen in der Krankenakte, auch im psychiatrischen Bereich, und erst Recht bei Unterbringung zum Zwecke der Zwangsmedikation zum absolut geschützten Privatbereich des Patienten gehören und somit auch nicht zum absolut geschützten Privatbereich eines Behandelnden oder eines Dritten gezählt werden dürfen.

Bei Fehlen einer gesetzlichen Grundlage für die Einsichtsgewährung können weder die grundrechtlichen Ansprüche des Therapeuten, noch die des Untergebrachten ausreichend gewahrt werden ohne zugleich grundrechtliche Ansprüche der jeweils anderen Seite zu missachten.

§ 323 FamFG – Inhalt der Beschlussformel

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

Die Regelung in § 323 Abs. 2 FamFG regelt erkennbar nicht ein direktes Einsichtnahmerecht des Betreuten, sondern nur Maßgaben durch den Richter für die Durchführung einer Dokumentation. Es erschließt sich nicht, warum ein Richter, zwar mit Verpflichtung zur Einholung eines Sachverständigengutachtens, als medizinischer Laie befugt sein kann, dem Arzt vorzuschreiben, was dieser auch aus medizinischen Gründen zu dokumentieren hat. Bei Unterbringung und ärztlichen Zwangsmaßnahmen gibt es die Pflicht zur Einholung eines Sachverständigengutachtens gem. § 321 FamFG. In der Regel handelt es sich jedoch um Ärzte, die in der Einrichtung tätig sind, jedoch nicht um den zwangsbehandelnden Arzt selbst. Dass ärztliche Zwangsmaßnahmen, z.B. die Anwendung von Elektroschocks, zu dokumentieren sind, ist an sich verfahrensimmanent. Die Verfahrensvorschrift zur Beschlussformel vermittelt zwar dem Betreuten ein Recht auf Akteneinsicht bei Gericht, dass dieses aber abschließend sein soll und weitere Rechte ausschließt, ist nicht geregelt. Die Frage, wie der Patient in Zwangsbehandlung Einsicht in seine Behandlungsunterlagen erhält, ist daher ausschließlich durch § 630g Abs. 1 BGB bestimmt.

Angeblich soll durch Einsicht in die Behandlungsunterlagen der Therapiezweck gefährdet oder eine Trauma- bzw. Misstrauenssituation geschaffen werden können, die bis zum Selbstmord reichen kann. Aus Sicht vieler Behandelnder erzeugt das Einbehalten von Behandlungsunterlagen Misstrauen, vor allem bei Personen, die besonders sensibel sind. Aus der Praxis kann berichtet werden, dass unter Berufung auf erhebliche therapeutische Gründe meist gar keine oder nur sehr lückenhafte Behandlungsunterlagen von entsprechenden Einrichtungen übersandt werden. Im Grunde genommen erfährt der Patient verfahrensnah nicht einmal seine Diagnose. Ihm wird mit einem Satz mitgeteilt, dass die Behandlungsunterlagen aus therapeutischen Gründen zurückgehalten werden. Von der Erpressung bei späterer Einsichtnahme „Sie erhalten aus therapeutischen Gründen die Behandlungsunterlagen nur, wenn Sie zu einem persönlichen Gespräch in die Einrichtung kommen.“ bis hin zur Lüge „Ihre Schweigepflichtentbindungserklärung ist durch den Patienten widerrufen worden.“ erfahren Rechtsanwälte wie Patienten extreme Hindernisse in der Transparenz. In dieser Situation ist das neue Gesetz zur Zwangsmedikation (Gesetz zur Regelung der betreuungsrechtlichen Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme) zum 26.02.2013 in Kraft getreten.

Betreuer sollen nun einwilligen und das Gericht soll diese Einwilligung genehmigen, um die Gabe von Zwangsmedikationen gerade gegen den Willen des Betreuten durchzuführen. Mit in die Einwilligung mit einzubeziehen sei eine Art Verhältnismäßigkeitsprüfung der verobjektivierten gesundheitlichen Gründe unter Behandlungsablehnung (§ 1906 Abs. 3 Nr. 5 BGB). Der Autor sieht hier bereits ein ganz erhebliches Vollzugsdefizit in der Praxis auf die Betreuten zukommen. Der zu erwartende medizinische Nutzen der ärztlichen Zwangsmaßnahme soll die zu erwartenden medizinischen Beeinträchtigungen deutlich überwiegen (vgl. § 1906 Abs. 3 Nr. 5 BGB). Genau dies soll der Betreuer bei seiner Einwilligung prüfen und dies muss schließlich überprüfbar sein. In wieweit diese Abwägung des Betreuers als Art Beurteilungsspielraum überprüfbar sein wird, muss sich erst gerichtlich zeigen, ist jedoch gesetzlich nicht geregelt. Ohne Einsicht in die Behandlungsunterlagen wird jede Prüfung nicht möglich sein (quasi Beurteilungsausfall mangels Faktenprüfung), sofern sie für einen medizinischen Laien überhaupt möglich ist. § 1906 BGB sieht nicht vor, dass eine Abwägung der medizinischen Notwendigkeit mit dem Selbstbestimmungsrecht stattfinden soll.

In der Regel wird die Unterbringung durch die Einrichtung beantragt und es wird ein Verfahrenspfleger bestellt (§ 312 FamFG), bis das Gericht einen Beschluss über einen Betreuer getroffen hat. Der Verfahrenspfleger hat meist innerhalb von einer Woche noch keinen Betreuungsbeschluss erhalten. In dieser Zeit wird aber der Patient meist schon aufgrund der Akutbehandlung medikamentös versorgt. Ein Rechtsanwalt oder der Patient selbst erhalten aber auch keine Behandlungsunterlagen, da es heißt, diese würden den „Therapieerfolg“ gefährden. Einblicke in einzelne Atteste sind allenfalls durch Einsichtnahme in die Gerichtsakte möglich. Welche Medikamente der Patient erhält und welche Therapie geplant ist und warum, findet sich jedoch in der Gerichtsakte meist nicht. Nur über die angebliche Gefahrensituation des Patienten für sich selbst ergeben sich Anhaltspunkte. Selbst die Tatsachen, wann welche Diagnosen gestellt wurden und durch wen, sind nicht immer in der Gerichtsakte dokumentiert.

Vor diesem Hintergrund hält der Autor hier das Patientenrechtegesetz in § 630g Abs. 1 BGB für verfassungswidrig, weil die Rechte des Untergebrachten auf Beendigung der Unterbringung und ärztlicher Zwangsmaßnahmen (§ 1906 Abs. 2 und 3a BGB) nicht durch Einsicht in die Behandlungsunterlagen herbeigeführt werden kann.

Es findet im Fall der Zwangsmedikation ein Eingriff in den Kernbereich des absolut geschützten Persönlichkeitsrechtes statt, nicht nur ein Eingriff in die körperliche, sondern vor allem in die seelische Freiheit. Somit stellt sich die Einbehaltung der Behandlungsunterlagen aus therapeutischen Gründen nach § 630g Abs. 1 BGB als unverhältnismäßiger Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und das allgemeine Persönlichkeitsrecht dar. Der Grundrechtskern des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes ist absolut geschützt. – Die Gedanken sind frei, aber nicht unter einer Zwangsmaßnahme mit Neuroleptika. – Daher kann hier kein Raum für eine Konkordanz gesehen werden, die eine Abwehr, Prüfung und Überprüfung des Grundrechtseingriffs ausschließt. Unter Umständen wäre bereits das Gesetz zur Zwangsmedikation verfassungswidrig.

Mittelbar ist nunmehr aber auch das Patientenrechtegesetz in § 630g Abs. 1 BGB in diesem Lichte zu sehen und als verfassungswidrig zu benennen. Eine Einschränkung des Einsichtsrechts in die Behandlungsunterlagen bei Zwangsmedikation ist im engeren Sinne unverhältnismäßig, da dies dazu führt, dass der Eingriff in den absolut geschützten Kern der Persönlichkeit nicht mehr juristisch überprüft werden kann. Die im Gesetz zur Zwangsmedikation geforderte Verhältnismäßigkeit (§ 1906 Abs. 3 Nr. 5 BGB) ist praktisch weder für den Patienten noch seinen Rechtsanwalt oder Betreuer überprüfbar, da die Einsichtnahme in die Behandlungsunterlagen durch § 630g Abs. 1 BGB des Patientenrechtegesetzes praktisch ausgeschlossen sind. Der Wortlaut des Patientenrechtegesetzes soll gerade auf diese Situation anwendbar sein. Eine verfassungskonforme Auslegung ist nicht möglich, da sie das genaue Gegenteil des Wortlauts darstellt, was im Sinne der Wesentlichkeitstheorie nicht hinzunehmen ist. Je wesentlicher der Eingriff ist, desto bestimmter muss auch die Formulierung dafür gewählt werden. Das Patientenrechtegesetz soll in § 630g Abs. 1 BGB ausdrücklich ein Zurückbehalten der Behandlungsunterlagen in der Psychiatrie ermöglichen. Im Falle der Zwangsmedikation muss aber gerade der besonders intensive Grundrechtseingriff justiziabel sein. Die Rechtsweggarantie und das Recht, einen Rechtsweg zu haben, werden damit unverhältnismäßig eingeschränkt. Es darf keine Black-Box entstehen, die unüberprüfbar ist. Das Verfahren läuft dem grundrechtlich gebotenen Schutz der Persönlichkeit und des informationellen Selbstbestimmungsrechts diametral entgegen. Der Schutz des Kernbereichs der Persönlichkeit gebietet, dass der Patient einen Anspruch hat, die vollständigen Behandlungsunterlagen einzusehen, wenn Zwangsmedikation stattfindet.

Hier kann auch nicht erkannt werden, welcher Therapieerfolg gefährdet werden kann, da das Gesetz zur Zwangsmedikation voraus setzt, dass der Patient nicht therapiewillig ist und sich ohne Zwang der Therapie entzieht. Wenn schon durch den Betreuer in Zwang eingewilligt werden soll, kann die Einsicht in die Behandlungsunterlagen keine Therapiemithilfe verhindern, da diese in diesem Fall (§ 1906 Abs. 3 BGB) ohnehin nicht vorliegt. Somit ließe sich argumentieren, dass § 630g Abs. 1 BGB nicht für den Fall der Zwangsmedikation vorgesehen ist, da erkennbar ein Behandlungserfolg durch Mitwirkung des Patienten das anknüpfende Kriterium für die Einbehaltung der Unterlagen darstellt. Das Argument verfängt jedoch nicht ganz, da quasi die Prognose der Reaktion auf die Einsichtnahme auch auf spätere Therapieansätze abzielen kann. Eine Beschränkung des Einbehaltungsrechts auf die aktuelle Therapie, die schwer abzugrenzen wäre, ergibt sich aus dem Patientenrechtegesetz nicht. Vor allem aber kann es nicht sein, dass die ärztliche Zwangsmedikation als besonders intensiver Grundrechtseingriff einer aktuellen Prüfung durch den Patienten ganz entzogen ist, weil er keine vollständigen Behandlungsunterlagen erhält. Nur der Patient nimmt die Behandlungssituation unmittelbar wahr und kann falsch dokumentierte Abläufe erkennen.

Eine Verhältnismäßigkeitsprüfung ist mit lückenhaften Unterlagen weder möglich noch angemessen durchzuführen, da somit eine Art Ermessensausfall impliziert ist. Weil nicht alle Anknüpfungspunkte, z.B. die Diagnose, der Zeitpunkt der Behandlungsablehnung, der Zeitpunkt der Informationsgespräche (§ 1906 Abs. 3 Nr. 2 BGB), die moderate Staffelung oder Einstellung der Medikamente als mildestes Mittel (§ 1906 Abs. 3 Nr. 4 BGB), bekannt sind, ist es

unverhältnismäßig im Angesicht des Eingriffs in den Kernbereich der Persönlichkeit Entscheidungen nach § 1906 BGB zuzulassen ohne eine Änderung von § 630g Abs. 1 BGB. Diese Gemengelage kann juristisch nur aufgelöst werden, wenn der Patient im Falle der Zwangsmedikation das volle Einsichtsrecht in die Behandlungsunterlagen erhält.

Dies ist im neuen Patientenrechtegesetz ausdrücklich klarzustellen und unter Inblicknahme der Wesentlichkeitstheorie sowie des Grundrechtseingriffs der Zwangsmedikation geboten. Solange dies nicht geschehen ist, ist § 630g Abs. 1 BGB als verfassungswidrig anzusehen. Unter Umständen genügt auch eine Regelung zur Ausübung des Auskunftsrechts/Einsichtnahme durch einen Rechtsanwalt wie im Versicherungsrecht (Einsichtnahme in Gutachten, § 202 VVG) oder im strafrechtlichen Nebenklageverfahren (§ 406e StPO). Da der Betreuer an sich seine Rechte und Pflichten über die Stellung des Betreuten ableitet, wäre es zwar atypisch aber auch denkbar, dem Betreuer zeitweise ein eigenes Einsichtsrecht einzuräumen. Dies wird der Interessenlage des Betreuten jedoch nicht gerecht, da dieser auch das Verhalten des Betreuers überprüfen können muss.

Daneben sei noch auf eine Besonderheit des Verfahrens hingewiesen, die der Autor ebenfalls für verfassungswidrig hält. Bisher gab es kein Gesetz zur Zwangsmedikation, daher mag es völlig ausreichend gewesen sein, einen Verfahrenspfleger, der nicht Jurist ist, zu bestellen. Mit Geltung des neuen Gesetzes ist ein Jurist als Verfahrenspfleger zwingend zu fordern. Die Regelung des § 312 FamFG ist dahingehend zu ändern. Nunmehr tangiert bereits die Bestellung des Verfahrenspflegers den sensiblen Grundrechtskern des Persönlichkeitsrechtes, da ein Betreuer ausgewählt wird, der dann über die mögliche Zwangsmedikation entscheidet. Zwar mag das Verfahren nur auf die Bestellung eines Betreuers ausgerichtet sein, der Patient muss jedoch bereits akut behandelt oder gar unter Entscheidungsdruck gesetzt werden. § 1906 Abs. 3 Nr. 2 BGB sieht selbst vor, dass der Betreute von der Notwendigkeit der ärztlichen Maßnahme zu überzeugen ist. Eine Regelung, dass diese Überzeugung ohne suggestiven Druck vorgenommen wird, fehlt. Diese Maßnahme selbst ist bereits ein Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht des Patienten und kann im Vorfeld der Betreuerbestellung stattfinden, auch wenn dies juristisch kritisch zu sehen ist. Das Recht auf Krankheit und das Recht des Patienten aus § 630e Abs. 3 BGB auf Verzicht der Aufklärung wird möglicher Weise bereits verletzt.

In dieser Situation, wo der Grundrechtseingriff unmittelbar konkret bevor steht oder bereits einfach gesetzlich definiert begonnen hat, sollte nur ein Rechtsanwalt als Verfahrenspfleger bestellt werden dürfen. Dies ist zwar häufig der Fall, aber gesetzlich bisher nicht geregelt. Ein Laie würde sich vielleicht zu leicht einer Behandlungsempfehlung der behandelnden Ärzte anschließen, während der Rechtsanwalt sich der komplizierten Grundrechtsgemengelage eher bewusst ist. So würde ein Rechtsanwalt als Verfahrenspfleger eher dem Schutz des Patienten genügen, da er leichter auch andere Rechtsbehelfe als die Beschwerde kennt und so den einstweiligen Rechtsschutz zur Betreuerbestellung geltend machen kann. Auch ein strafrechtliches Vorgehen mag eher von einem Rechtsanwalt eingeleitet werden. Einen Laien als Verfahrenspfleger zu bestellen und damit unter Umständen die Verfahrensführung erheblich zu verzögern, erscheint völlig unverhältnismäßig.

Aus Sicht des Autors ist nun im Betreuungsrecht zu verankern, dass der Verfahrenspfleger im Fall der Unterbringung zwecks Zwangsmedikation ein Rechtsanwalt sein muss. Da die Abgrenzung, wann eine Unterbringung in eine Zwangsmedikation mündet, in der Praxis kaum möglich sein wird, ist generell bei Unterbringung zu verankern, dass der Verfahrenspfleger ein Rechtsanwalt sein muss. Nur so kann der grundrechtlichen Gemengelage ausreichend Rechnung getragen werden. Gerade in der akuten Behandlungsphase muss der Grundrechtsschutz adäquat garantiert werden.

Letztendlich muss so auch mittelbar sichergestellt werden, dass Zwangsmedikation nur dann möglich ist, wenn ein gesetzlicher Betreuer/Vorsorgebevollmächtigter bestellt ist. Die Einflussnahme auf die Auswahl des Betreuers durch den Verfahrenspfleger kann hier entscheidende Bedeutung haben. Ebenso kann es Aufgabe des Verfahrenspflegers sein, den Betreuten anzuhören und von seinem „natürlichen Willen“ zu berichten (§ 1906 Abs. 3 BGB).

Weil Zwang nur gegen den „natürlichen Willen“ möglich ist, entsteht hier ein Indiz zur richterlichen Überprüfung der Entscheidung des Betreuers vor Genehmigung.

Nach alledem ist auch oft zu beobachten, dass in der Psychiatrie häufig Medikamente im sog. off-label-use verabreicht werden. Eine Dokumentation der Gaben und Mengen aller Medikamente ist medizinisch geboten und muss anhand des gesamten Behandlungsverlaufs überprüfbar sein. Nach § 1906 Abs. 3 Nr. 4 BGB kommt es auf zumutbare Maßnahmen an. Wenn sich also eine starke Nebenwirkung realisiert, kann die weitere Gabe nicht mehr vertretbar sein. Der Betreute, der unter Zwangsmedikamentengabe häufig wie sediert ist, muss nachträglich das Recht haben, die Behandlungsunterlagen einzusehen um Medikamentenlisten, Verabreichung, Dosierung, Gabezeiträume und Nebenwirkungen zuordnen zu können. Entsprechende Medikamentengabelisten dürften keinesfalls zurückgehalten werden. Der Betreuer muss die Medikation prüfen können und sie ggf. nach Verhältnismäßigkeitsprüfung beenden (§ 1906 Abs. 3a BGB).

Hier wird vertreten, dass es kein fiktives Patientenwohl für den off-label-use gibt und daher die Gabe dieser Medikamente auf jeden Fall verfassungswidrig ist.

Ärztliche Behandlung ist nach den Leitsatzentscheidungen des BGH als Eingriff in den Schutzbereich des Artikel 2 Abs. 2 Satz 1 Grundgesetz grundsätzlich nur mit Einwilligung des Patienten zulässig; auch ein medizinisch indizierter, den Regeln der ärztlichen Kunst entsprechend durchgeführter Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten ist rechtswidrig, es sei denn, dessen wirksame Einwilligung liegt vor (Soergel-Zeuner, BGB, 11. Auflage § 823 Rn. 200 f.).

Diese Einwilligung muss sich inhaltlich auf die jeweilige konkrete Maßnahme beziehen; das schließt aber nicht aus, dass der Patient auch ganz allgemein einer vom Arzt für erforderlich erachteten kunstgerechten Behandlung zustimmt (BGH NJW 1959, 811). Voraussetzung einer wirksamen Einwilligung ist ferner, dass der Arzt denjenigen, auf dessen Einwilligung es ankommt, so weit als möglich über Art, Bedeutung, Schwere und mögliche Folgen des Eingriffs aufgeklärt hat und dieser damit, wenn auch nur im Großen und Ganzen, weiß, wozu er seine Einwilligung gibt (BGH NJW 1984, Seite 1397).

Gegenstand der kunstgerechten Behandlung ist die sog. indizierte Behandlung bei Medikamentengabe. Dies bedeutet, dass bestimmte Medikamente für eine bestimmte Behandlung zugelassen sind und für andere Behandlungen eben nicht. Dies ist auch bei der Gabe von Zwangsmedikation zu berücksichtigen. Die Gabe von nicht-indizierten Medikamenten im Heilversuch, also Medikamenten im off-label-use, ist als verfassungswidrig anzusehen. Es muss vertreten werden, dass ein Betreuer nicht in die Gabe von Medikamenten im off-label-use einwilligen kann. Im Sinne von § 1906 Abs. 3 Nr. 5 BGB fehlt es am zu erwartenden Nutzen. Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 23.03.2011 kann eine Zwangsbehandlung angesichts der Schwere des Grundrechtseingriffs nur dann durchgeführt werden, wenn und soweit die Maßnahmen der Zwangsbehandlung im Hinblick auf das Behandlungsziel, das ihren Einsatz rechtfertigt, konkreten Erfolg versprechen (Bundesverfassungsgericht NJW 2011, 2113 f.). Das Bundesverfassungsgericht führt weiter aus:

„Über die Erfordernisse der Geeignetheit und Erforderlichkeit hinaus, ist Voraussetzung für die Rechtfertigungsfähigkeit einer Zwangsmaßnahme, dass sie für den Betroffenen nicht Belastungen verbunden ist, die außer Verhältnis zu dem zu erwartenden Nutzen stehen. Die Angemessenheit ist nur gewahrt, wenn, unter Berücksichtigung der jeweiligen Wahrscheinlichkeiten, der zu erwartende Nutzen der Behandlung den möglichen Schaden der Nichtbehandlung überwiegt. Im Hinblick auf die bestehenden Prognoseunsicherheiten und sonstigen methodischen Schwierigkeiten des hierfür erforderlichen Vergleichs trifft es die grundrechtlichen Anforderungen, wenn in medizinischen Fachkreisen ein deutlich feststellbares Überwiegen des Nutzens gefordert wird.“ (BVerfG NJW 2011, 2113 f.)

Das vom Bundesverfassungsgericht aufgestellte Erfolgserfordernis fehlt in der Regelung des § 1906 BGB völlig. Mit der Maßgabe eines Erfolgshindernisses ist der off-label-use als Heilversuch mit unklaren Nebenwirkungen offensichtlich verfassungswidrig. Mit dem Blick auf eine Risiko-

Nutzen-Abwägung ist die Gabe von off-label-use ebenfalls rechtswidrig, da der zu erwartende Nutzen kaum den zu erwartenden Beeinträchtigungen deutlich überwiegt. Die Beeinträchtigungen sind somit höher als der zu erwartende Nutzen, so dass ein off-label-use verfassungswidrig ist.

Das Gesetz zur Zwangsmedikation spricht hier von einem Steuerungsbegriff und zwar vom „Wohl“ des Betreuten. Der Begriff des Patientenwohls wird im Rahmen des § 1906 BGB über objektivierbare medizinische Interessen bestimmt. Dabei wird nicht berücksichtigt, dass das Wohl des Patienten an sich Ausfluss seines Selbstbestimmungsrechtes ist. Er hat ein Recht auf Krankheit und kann mit seinem „natürlichen Willen“ davon Gebrauch machen, was in § 1906 BGB unzureichend berücksichtigt wird. Es gibt keine Kriterien, die den Begriff „Wohl des Patienten“ überprüfbar machen. Eine ärztliche Indikation kann an sich nicht maßgebend sein, da dies das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, welches in der Patientenverfügung (§ 1901 BGB) zum Ausdruck kommt, unverhältnismäßig einschränken würde. Es darf niemals darauf ankommen, ob eine medizinische Maßnahme erfolgsversprechend ist, sondern es muss auch darauf ankommen, ob der Patient die Einwilligung in den jeweiligen Eingriff erteilt hat oder erteilen würde. Der Patient muss nicht eine medizinisch richtige Entscheidung treffen.

Insbesondere ist jetzt im Patientenrechtegesetz auch geregelt worden, dass der Patient von seinem Recht auf Verzicht auf Aufklärung und damit von seiner negativen Freiheit Kenntnis von seiner Erkrankung zu erlangen Gebrauch machen kann (§ 630e Abs. 3 BGB). Wenn der Patient schon keine Kenntnis von einer Diagnose haben muss, dann kann auch die medizinische Indikation für das Wohl des Patienten an sich keinen Ausschlag geben. Eine medizinische Notwendigkeit der Zwangseinnahme von Medikamenten im off-label-use ist daher ausgeschlossen. Es ist mehr als zweifelhaft, ob ein Patient von dieser Therapie überhaupt im Sinne von § 1906 Abs. 3 Nr. 2 BGB überzeugt werden sollte.

Der Patient möchte erkennbar gar keine Medikation, erst Recht keine gegen seinen Willen. Der geäußerte Wille ist mit dem „natürlichen Willen“ synonym zu verwenden. Würde man sich hier an einem mutmaßlichen Willen orientieren, so könnte dieser allenfalls nur getestete Medikamente umfassen, da die Tendenz des Patienten dahingehend zu berücksichtigen ist, dass er Nebenwirkungen ausschließen will. Wer gar keine Medikamente haben will, will erst Recht keine für seine Krankheit ungetesteten einnehmen müssen. Eine staatliche Vernunftshoheit im Sinne des § 1906 BGB für ungetestete Medikamente ist verfassungswidrig und als Menschenrechtsverletzung anzusehen. Patienten würden unverhältnismäßig hohen Risiken, z.B. durch ungetestete Psychopharmaka, ausgesetzt.

Hier fehlt der mögliche Heilerfolg für die Rechtfertigung gänzlich und ist jedenfalls als unverhältnismäßig zu benennen, da irreversible Nebenwirkungen möglich sind. Anderenfalls würde der Staat hier Menschen zwingen gegen ihren Willen ungetestete Medikamente mit erkennbar extremen Nebenwirkungen einzunehmen. Dies kann auch unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, insbesondere in der Entscheidung vom 23.03.2011, nicht für verfassungsgemäß gehalten werden (BVerfG, NJW 2011, 2113 f.).

Natürlich kann es einen Heilerfolg durch off-label-use-Medikamente geben. Dieser erscheint jedoch so unsicher, dass ein evident eklatanter Verstoß gegen Grundrechte und Menschenrechte vorliegen muss, selbst dann, wenn Betreuer und Richter verfahrensgemäß entschieden haben. Ein Wohl des Patienten bei Einnahme von Medikamenten im off-label-use anzunehmen, ist verfassungswidrig, weil es an einem deutlich feststellbaren Überwiegen des Nutzens fehlt und die Behandlung mit mehr als einen vernachlässigbaren Restrisiko irreversibler Gesundheitsschäden verbunden ist (BVerfG NJW 2011, 2113 f.). Leider stellt die Gabe dieser Medikamente im off-label-use jedoch den in der Praxis häufigsten und umfangreichsten Behandlungsteil dar. Insbesondere werden zum Beispiel auch mehrere Neuroleptika und Psychopharmaka gleichzeitig gegeben oder ausgeschlichen, so dass kaum Nebenwirkungen und Wechselwirkungen absehbar sind. Dies wird durch § 1906 BGB auch nicht berücksichtigt. An einem evidenzbasierten Standard in der psychiatrischen Praxis fehlt es nahezu völlig.

In Deutschland existieren, nachdem von der Deutschen Gesellschaft für Psychiatrie, Psychotherapie und Nervenheilkunde (DGPPN) initiierte Versuche zur Etablierung medizinischer

Standards für Zwangsbehandlungen nicht zu einem Ergebnis geführt haben (Steinert, in: Ketelsen/Schulz/Zechert, Seelische Krise und Aggressivität 2004, Seite 44, 47), keine medizinischen Standards für psychiatrische Zwangsbehandlungen.

Vor diesem Hintergrund hätte das Gesetz zur Zwangsmedikation nicht offen bleiben dürfen. Den Behandelnden wird hier durch das Verfahren eine Art Freischein für die Therapiefreiheit erteilt, da es der richterlichen Verfahrensführung obliegt, wie oft Richter oder Betreuer in der Akutsituation ein medizinisches Sachverständigengutachten einholen (vgl. § 329 FamFG). Die Einsicht in die Behandlungsunterlagen ist nicht durch § 630g Abs. 1 BGB vor diesem Hintergrund für den Betreuten gewährleistet. Eine Überprüfung des gesamten Behandlungsverlaufs parallel zur Medikation kann nicht erfolgen.

An sich erscheint bei Verwendung von off-label-use eine richterliche Entscheidung darüber geboten, die, wenn sie nicht schlechthin verfassungswidrig ist, aus Sicht des Autors nur dann verfassungsgemäß sein könnte, wenn gesetzlich die Einholung eines externen Sachverständigengutachtens vor Entscheidung für das Gericht verpflichtend ist. Ansonsten steht zu erwarten, dass sich der Richter als medizinischer Laie zu 100% auf die Einschätzung der behandelnden Ärzte verlässt. Dies würde einem Ausfall einer Einzelfallentscheidung gleichkommen, die hier jedoch als medizinische Abwägung in § 1906 Abs. 3 Nr. 5 BGB zwingend geboten ist und auch bei Genehmigungserteilung überprüft werden muss. Der Therapiefreiheit würde zu Lasten des Selbstbestimmungsrechts ein rechtswidriger Vorrang eingeräumt. Ob beim off-label-use ein Gutachten überhaupt Tendenzen aufweisen kann, kann hier nicht für den Einzelfall entschieden werden. Jedenfalls kann eine solche Entscheidung in der grundrechtlichen Gemengelagesituation nur dann verhältnismäßig sein, wenn die Entscheidungsfindung zwingend durch externe medizinische Sachverständige geleitet wird, was im Gesetz zur Zwangsmedikation vorzugeben ist. Aufgrund der Wesentlichkeit der Zusammenhänge sind neue gesetzliche Regelungen sowohl zum Recht auf Einsichtnahme in Behandlungsunterlagen unter ärztlichen Zwangsmaßnahmen und zur Anwendung oder zum Ausschluss des off-label-use geboten.

[Rechtsanwalt Volker Loeschner, Berlin]