

Roland Rosenow

## Die Problematik der betreuungsrechtlichen Unterbringung und Zwangsbehandlung vor dem Hintergrund der UN-BRK<sup>1</sup>

### I. Einleitung

Wir wissen zu wenig über die Realität fürsorglichen Zwanges im Betreuungsrecht. Ich möchte damit beginnen, zwei unterschiedliche Perspektiven auf diese Realität mit einander zu kontrastieren:

Auf der einen Seite kennen wir Beschreibungen von Ausübung von Zwang in einem mehr oder weniger rechtsfreien Raum, den das Rechtssystem innerhalb der Psychiatrie über Jahrzehnte gelassen hat. Bis zu den beiden wegweisenden Entscheidungen des BVerfG zur Zwangsbehandlung aus dem Jahr 2011<sup>2</sup> und im Betreuungsrecht bis zu der Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2006,<sup>3</sup> bestanden in der Psychiatrie Räume, in denen zum einen in Grundrechte in drastischer Weise eingegriffen wurde, und die dabei gleichzeitig jedweder gerichtlichen Kontrolle entzogen waren. Diese psychiatriekritische Perspektive wurde auch außerhalb einer Fachwelt rezipiert – zum Beispiel durch den Film 'Einer flog über das Kuckucksnest'.

Ganz anders als der Blick auf die gelingende Psychiatrie verfügt diese Wahrnehmung über eine breite Öffentlichkeit.

Auf der anderen Seite steht eine Erfahrung, die nur im Rahmen einer spezifischen Fachlichkeit wahrgenommen wird und die ich anhand eines Einzelfalles kurz illustrieren möchte:

Der im Jahr 1936 geborene Herr B. erkrankte 1972 erstmals an einer Psychose. 1972 und 1976 wurde er jeweils für sechs Wochen gegen seinen Willen in einer psychiatrischen Klinik behandelt. Danach kümmerte sich bis zum Jahr 1998 niemand mehr um ihn. Erst das Betreuungsrecht, das anders als das alte Vormundschaftsrecht von vielen als Mittel wirksamer Hilfe und nicht als ihn entrechtendes Institut wahrgenommen wurde, führte zu einer Betreuerbestellung. In der Folge kam es zu einer Unterbringung gegen seinen Willen nach § 1906 I Nr. 2 BGB. Er wurde mit der Polizei in ein

---

<sup>1</sup> Vortrag im Rahmen einer Tagung des Deutschen Paritätischen Wohlfahrtsverbandes Gesamtverband, am 11.10.2012, Paritätisches Forum Rechtliche Betreuung, Workshop: Selbstbestimmung im Rahmen des Betreuungsrechts vor dem Hintergrund der UN-Behindertenrechtskonvention

<sup>2</sup> BVerfG, 23.3.2011, 2 BvR 882/09; BVerfG, 12.10.2011, 2 BvR 633/11

<sup>3</sup> BGH, 01.02.2006, XII ZB 236/05

psychiatrisches Krankenhaus gebracht. Es zeigte sich, dass die Wohnung, die seit vielen Jahren außer ihm selbst niemand mehr betreten hatte, in grober Weise verwahrlost und zum Teil verkotet war. Im Krankenhaus kam es zu keinerlei Konfrontationen oder gar Zwangsmaßnahmen. Herr B. wurde medikamentös behandelt. Vor seiner Entlassung wurde ein ambulantes Unterstützungssystem installiert. Er konnte umziehen und sich neu einrichten und wurde dann in die eingerichtete Wohnung entlassen.

Schon eine Woche nach der Zwangseinweisung sagte er: „Das ist ja hier wie Urlaub.“ Nach vielen Jahren der Verwahrlosung erfuhr er wieder grundlegende Wohltaten wie eine gesunde Ernährung, Körperpflege, saubere Wohnung, Hygiene usw. Er starb etwa zwölf Jahre später. Während dieses Zeitraums wurde er durchgehend psychiatrisch behandelt. Alle drei Wochen bekam er in der Ambulanz der psychiatrischen Klinik, die ihn behandelt hatte, eine Depotspritze. Eine Betreuerin stellte sicher, dass ein ambulantes betreutes Wohnen und die notwendige hauswirtschaftliche Hilfe zur Verfügung standen. Es kam nie wieder zu Zwangsmaßnahmen.

Diese beiden Perspektiven begegnen einander oft kriegerisch:

Die psychiatriekritische Perspektive sieht in Beschreibungen, die ihr zu widersprechen scheinen, Versuche, Repression zu legitimieren.

Die Perspektive auf Menschen, für die Psychiatrie ein Segen ist, unterstellt der psychiatriekritischen Perspektive, eine Art fünfte Kolonne des Kostenkommissars dieser Welt zu sein.

In dieser Situation erleben wir eine eindrucksvolle Entwicklung der Rechtsprechung, die deutlich sichtbar den Konsens darüber, dass die bisherige Praxis zu verändern ist, teilt und sich an die Arbeit macht – so schnell, dass die Legislative gelegentlich von der Entwicklung überrollt wird.

## II. Zwang in der rechtlichen Betreuung

Das Betreuungsrecht dient dazu, die Rechtssubjekthafte von Volljährigen, die ihre Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht selbst besorgen können, in der Rechtswirklichkeit herzustellen.<sup>4</sup> Dem Betreuer stehen dabei unterschiedliche Handlungsmodi zur Verfügung, um das Ziel, den Betroffenen so weit als möglich in den Stand seiner Rechte zu setzen, zu erreichen.

---

<sup>4</sup> Lipp, Freiheit und Fürsorge: Der Mensch als Rechtsperson, Tübingen 2000

Das „schwächste und zugleich vornehmste Mittel“<sup>5</sup> des Betreuers liegt in der Beratung und Unterstützung des Betroffenen.

An zweiter Stelle ist die rechtsgeschäftliche Vertretung zu nennen (§ 1902 BGB).<sup>6</sup> Rechtsgeschäftliche Erklärungen, die der Betreuer im Namen des Betreuten abgibt, stehen in der Sphäre zivilrechtlicher Rechtsbeziehungen in der Regel gleichwertig neben denjenigen des Betroffenen. Es gibt jedoch in ihrer rechtlichen Struktur sehr unterschiedliche Ausnahmen. Zwei davon sind in der Praxis einigermaßen geläufig, nämlich der Einwilligungsvorbehalt (§ 1903 BGB), und die Geschäftsunfähigkeit (§ 104 Nr. 2 BGB).

Weitgehend unbekannt ist eine dritte Ausnahme: Der Betreute unterliegt nicht nur im gerichtlichen Verfahren, sondern auch im Verwaltungsverfahren einer Verfahrensunfähigkeitsfiktion, wenn der Betreuer anzeigt, dass er ihn im Verfahren vertritt.<sup>7</sup> Übersetzt heißt das: Im Rechtsverhältnis zu Behörden wirkt die Mitteilung des Betreuers, dass der den Betroffenen im Verwaltungsverfahren vertritt, faktisch „entmündigend“, denn sie führt dazu, dass der Betroffene seine Postulationsfähigkeit im Verwaltungsverfahren verliert.

Den dritten Handlungsmodus möchte ich allgemein als Zwang bezeichnen. Wenn der Betreuer Zwang ausübt, setzt er sich gegen entgegenstehende Willenäußerungen oder gegen physischen Widerstand des Betroffenen durch. Zwang in diesem weite Sinn kann also durch Gebrauch der Vertretungsmacht oder durch unmittelbaren Zwang bis hin zum Einsatz körperlicher Gewalt – wie im Fall einer Unterbringung nicht nur gegen den Willen, sondern auch gegen den physischen Widerstand des Betroffenen – ausgeübt werden.

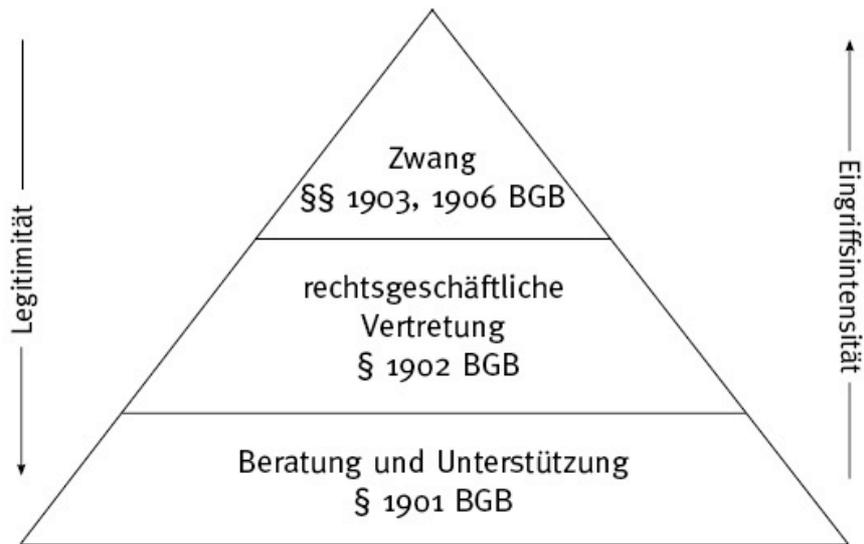
Die drei Handlungsmodi lassen sich schematisch wie folgt darstellen:

---

<sup>5</sup> Volker Lipp, *Betreuung: Rechtsfürsorge im Sozialstaat aus betreuungsrechtlicher Perspektive*, S. 26, in: *Betrifft: Betreuung* Nr. 8, S. 15 – 28 (z.T. auch veröff. in: *BtPrax* 05, S. 6-10)

<sup>6</sup> Ausführlicher zur Trias der Handlungsmodi: Roland Rosenow, *Der Betreuer zwischen Sozialleistungsträger, Dienstleistern und dem Betreuten*, [http://www.srif.de/dokumente/upload/f7887\\_rosenow\\_dreiecksverh%C3%A4ltnis.pdf](http://www.srif.de/dokumente/upload/f7887_rosenow_dreiecksverh%C3%A4ltnis.pdf)

<sup>7</sup> § 53 ZPO iVm § 12 III VwVfG, § 11 III SGB X, § 79 III AO



Wenn man nun quasi in das obere Feld hineinzoomt und dabei ausschließlich § 1906 BGB fokussiert, wird sehr schnell deutlich, dass die Praxis, auf die diese Vorschrift wirkt oder wirken soll, ganz außerordentlich heterogen ist. Zum Teil korreliert diese Heterogenität mit Differenzierungen, die § 1906 BGB vornimmt, zum Teil tut sie das nicht.

Freiheitszug nach § 1906 BGB kann nur für einige Tage oder lebenslang erfolgen. Er kann der Abwehr einer unmittelbaren und konkreten Gefahr dienen. Er kann einer erforderlichen Heilbehandlung dienen. Die Freiheit kann auf eine Klinik, eine große Einrichtung, ein Zimmer oder ein Bett beschränkt werden. Die Mittel können ein Zaun, verschlossene Türen, ein Bettgitter, ein Bauchgurt oder das Festbinden von Händen und Füßen sein.

Auch hinter dem Begriff der Zwangsbehandlung verbirgt sich eine heterogene Praxis. Zwangsbehandlung kann in einer psychiatrischen Klinik stattfinden, indem ein Patient gefesselt wird, um ihm dann eine Spritze zu verabreichen. Aber auch eine „bloße“ Unterbringung ohne eine Fixierung übt erheblichen Druck aus, den ein Betroffener als ebenso drastischen Zwang empfinden kann wie eine Fixierung.

Schließlich darf in diesem Zusammenhang nicht übersehen werden, dass es auch Zwangsmaßnahmen außerhalb jeder gerichtlichen Kontrolle gibt, vor allem die freiheitsentziehenden Maßnahmen im häuslichen Umfeld, in deren Rahmen auch weitergehende Zwangsmaßnahmen wie die Gabe von

Medikamenten gegen den Willen, in dem Medikamente in das Essen gemischt werden, vorkommen.<sup>8</sup>

In Fällen schwerer Mehrfachbehinderungen wird ganz selbstverständlich physischer Zwang ausgeübt, zB um eine Zahnbehandlung zu ermöglichen.

Die unterschiedlichen Erscheinungsformen fürsorglichen Zwanges gelangen nicht in gleicher Weise in den Fokus der aktuellen rechtspolitischen Debatte. Deshalb ist es wichtig, dass wir uns hier vergegenwärtigen, dass die legislativen Rahmenbedingungen, über die wir hier sprechen, sehr viel mehr Menschen in sehr viel vielfältigeren Situationen betreffen, als wir in der Regel übersehen können.

### **III. Bedeutung der UN-BRK**

#### **1. UN-BRK als Rechtsquelle**

Die UN-Behindertenrechtskonvention ist ein völkerrechtlicher Vertrag, der den im Herrschaftsbereich der Vertragsstaaten lebenden Menschen Rechte gegen diese Staaten gewährt (traité loi).<sup>9</sup> Mit Ausnahme der EMRK<sup>10</sup> hat es bislang kein völkerrechtlicher Vertrag, der Menschenrechte zum Gegenstand hat, vermocht, eine so breite Rezeption und Diskussion zu entfachen wie die UN-BRK. Anders als frühere Verträge wie der Sozialpakt von 1966 wird die UN-BRK völlig zu Recht überwiegend als positives Recht und damit als verbindliche normative Vorgabe rezipiert und akzeptiert.<sup>11</sup>

Nun liegt eines der grundsätzlichen Probleme positiven Rechtes darin, dass ein Gesetzestext, der immer ein im Vergleich zur Breite seiner Wirkung dramatisch kurzer Text ist, eine nicht überschaubare Anzahl von Fällen, Lebenssachverhalten, sozialen Situationen, Streitfragen usw. in irgendeiner

---

<sup>8</sup> Klie, ReduFix ambulant freiheitseinschränkende und -entziehende Maßnahmen in der häuslichen Pflege, BtPRax 2011, 154-158 mwN

<sup>9</sup> „Bei jedem Vertrag dieser Art ist ein gemeinsames Merkmal zu erkennen, nämlich die Einräumung von Rechten zugunsten der Individuen und Anerkennungs- und Schutzverpflichtung seitens der Staaten innerhalb ihrer jeweiligen Hoheitsgewalt. Adressaten dieser Rechts sind nicht die anderen am Vertrag beteiligten Staaten, sondern alle ihrer Herrschaftsgewalt unterstehenden Personen.“ Casals, Die Auslegungsmethoden bei Menschenrechtsverträgen, Baden-Baden 2010, 41

<sup>10</sup> Im Fall der EMRK liegt die Ursache für deren Wahrnehmung in erster Linie darin, dass es mit dem EGMR einen zuständigen und funktionierenden internationalen Spruchkörper gibt, der aus den einzelnen Gewährleistungen ein konkretes „case-law of the court“ (in der Terminologie des EGMR) entwickelt.

<sup>11</sup> „Die UN-BRK ist als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite der Grundrechte heranzuziehen, insbesondere auch des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG; ebenso ist sie bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe und bei der Ermessensausübung zu beachten.“ LSG Stuttgart, 26.9.2012, S 12 SO 5707/07; vgl. a. BSG, Urteil vom 6.3.2012, B 1 KR 101/1 R, hier auch grundlegend zur methodischen Stellung des lex posterior-Grundsatzes, dazu ausführlich: Erich Vranes, Lex Superior, Lex Specialis, Lex Posterior –Zur Rechtsnatur der „Konfliktlösungsregeln“, ZaöRV 65 (2005), 391-405 (online unter www.zaerv.de)

Weise regeln soll. Dieses Missverhältnis ist im Fall von Grundrechten besonders ausgeprägt: Einerseits ist der Wirkungsbereich grundrechtlicher Gesetzestexte besonders groß. Andererseits sind solche Texte meist besonders kurz, zB: „Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.“ Ein Recht, das es vermöchte, in die soziale Realität einzugreifen, ist das *noch* nicht. Das sogenannte „Hartz IV-Urteil“ des BVerfG<sup>12</sup> vom 9.2.2010 dagegen, das ua auf Art. 1 GG fußt, tut das sehr wohl. Ein weiteres sehr bekanntes Beispiel ist das vom BVerfG aus Art. 2 GG *entwickelte* Recht auf informationelle Selbstbestimmung.<sup>13</sup> Das zeigt: Grundrechte „stehen“ nicht einfach „im Gesetz“, sondern werden von den dafür berufenen Spruchkörpern aus „Eingangsdaten“<sup>14</sup>, zu denen das Material der sogenannten „Norm“ gehört, entwickelt. Der EGMR spricht in diesem Zusammenhang treffend vom „case-law of the court“.

Die deutsche Rechtswissenschaft ist geprägt von der wohl doch naiven Idee, Gesetzestexte enthielten einen objektiven Normgehalt, den man ihnen unter Zuhilfenahme bestimmter Auslegungsmethoden entlocken und dann auf einen konkreten Fall „anwenden“ könne. Etwas polemisch kann man sagen: Juristen scheinen manchmal zu glauben, der Richter sei nicht jemand, der entscheidet, sondern quasi ein besonders qualifiziertes Medium, vermittels dessen der vermeintlich objektive Gehalt der Norm in Gestalt des konkreten Urteilstenors in Erscheinung trete.

Ich möchte diesem vielleicht etwas polemischen Bild ein anderes entgegensetzen:

Gesetzestexte im allgemeinen und das Grundgesetz sowie menschenrechtliche Verträge im besonderen gleichen dem Stein, in dem die Statue – das konkrete Recht – schon vorhanden ist, die der Bildhauer – der Rechtsanwender – „nur“ noch befreit. Das Diktum Michelangelos lässt keinen Zweifel daran, dass *er* es ist, der die Statue erschafft, und unterwirft diesen Prozess doch einer Eigenlogik, die nicht die seine ist. In ganz ähnlicher Weise hat das BVerfG im Lauf der Jahrzehnte Rechte *geschaffen*, die im Grundgesetz angelegt sein mögen, aber dort verborgen waren wie die Statue vor ihrer Erschaffung im Stein. Und auf dieselbe Weise konkretisieren Rechtsanwender auf allen Ebenen tagtäglich die oft schwer verständlichen Texte, die wir etwas ungenau „Normen“ nennen.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> BVerfG, 9.2.2010, 1 BvL 1/09

<sup>13</sup> BVerfG, 15.12.1983, 1 BvR 209/83 u.a.; zur methodischen Praxis des BVerfG: Müller/Christensen, Juristische Methodik, Bd. 1, 9. Aufl. 2004, 46-79

<sup>14</sup> Müller/Christensen, Juristische Methodik, Bd. 1, 9. Aufl. 2004

<sup>15</sup> Zum Problem der Normativität von Gesetzestexten: Müller/Christensen aaO

Die Justiz tut das nicht in einem Elfenbeinturm, sondern in der Auseinandersetzung mit der sozialen und kulturellen Realität der Gesellschaft, der sie dient. Deshalb ist es folgerichtig, dass Rechte sich verändern, wenn die Gesellschaft sich verändert, ohne dass die zugrunde liegenden Gesetzestexte sich verändern müssten: Das BVerfG hat sich schon 1973 ausdrücklich zu einer dynamischen Auslegung legislativer Vorgaben bekannt:

„Die Norm steht ständig im Kontext der sozialen Verhältnisse und der gesellschaftlich-politischen Anschauungen, auf die sie wirken soll; ihr Inhalt kann und muß sich unter Umständen mit ihnen wandeln.“<sup>16</sup> Der EGMR hat 1978 formuliert: „The Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions.“<sup>17</sup>

In diesem Sinne sind die gesellschaftlich-politischen Anschauungen, die wir hier diskutieren ein Beitrag zu einem normativen Diskurs – oder um in meinem Bild zu bleiben: ein Beitrag zur Bildhauerei, die aus abstrakten Texten konkrete Normen erwachsen lässt, wie der Bildhauer aus dem Stein die Statue schlägt.

## 2. Verhältnis der UN-BRK zu deutschem Recht

In Bezug auf die Frage, wie sich die Garantien der UN-BRK zu einfachgesetzlichen Vorgaben verhalten, werden sehr unterschiedliche<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> „Hier sieht sich der Richter der großen Kodifikation des Bürgerlichen Gesetzbuchs gegenüber, die seit über 70 Jahren in Kraft steht. Das ist in doppeltem Sinn von Bedeutung: einmal wächst mit dem ‚Altern der Kodifikationen‘ [...] mit zunehmendem zeitlichen Abstand zwischen Gesetzesbefehl und richterlicher Einzelfallentscheidung notwendig die Freiheit des Richters zur schöpferischen Fortbildung des Rechts. Die Auslegung einer Gesetzesnorm kann nicht immer auf die Dauer bei dem ihr zu ihrer Entstehungszeit beigelegten Sinn stehenbleiben. Es ist zu berücksichtigen, welche vernünftige Funktion sie im Zeitpunkt der Anwendung haben kann. Die Norm steht ständig im Kontext der sozialen Verhältnisse und der gesellschaftlich-politischen Anschauungen, auf die sie wirken soll; ihr Inhalt kann und muß sich unter Umständen mit ihnen wandeln. Das gilt besonders, wenn sich zwischen Entstehung und Anwendung eines Gesetzes die Lebensverhältnisse und Rechtsanschauungen so tiefgreifend geändert haben wie in diesem Jahrhundert. Einem hiernach möglichen Konflikt der Norm mit den materiellen Gerechtigkeitsvorstellungen einer gewandelten Gesellschaft kann sich der Richter nicht mit dem Hinweis auf den unverändert gebliebenen Gesetzeswortlaut entziehen; er ist zu freierer Handhabung der Rechtsnormen gezwungen, wenn er nicht seine Aufgabe, ‚Recht‘ zu sprechen, verfehlen will.“ BVerfG, Beschluss vom 14.2.1973 „Soraya“, 1 BvR 112/65; vgl. a. Müller/Christensen, Juristische Methodik, Bd. 1, 9. Aufl. 2004, 55

<sup>17</sup> EGMR Urteil vom 25.7.1978, Tyrer vs. The United Kingdom; vgl. a. Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl. 2009, § 5 Rn 12

<sup>18</sup> Aichele/Bernstorff, Das Menschenrecht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht: Zur Auslegung von Art. 12 UN-BRK, BtPrax 2010, 199-203; Lachwitz/Trenk-Hinterberger, Zum Einfluss der Behindertenrechtskonvention (BRK) der Vereinten Nationen auf die deutsche Rechtsprechung, RdLH 2010, 45-52; Lipp, V., UN-Behindertenrechtskonvention und Betreuungsrecht, online Beiträge des 12. BGT, www.bgt-ev.de; Masuch, P., Die UN-Behindertenrechtskonvention anwenden!, in: Hohmann-Dennhardt u.a., Festschrift für Renate Jäger – Grundrechte und Solidarität – Durchsetzung und Verfahren, Kehl 2011; Banafsche, M., Die UN-Behindertenrechtskonvention und das deutsche Sozialrecht, SGB 2012, 373-379 (Teil 1) und 440-445 (Teil 2)

Auffassungen vertreten, die die Rechtslage, wie das BVerfG sie entwickelt hat, oft nicht berücksichtigen. Das BVerfG hat im Görgülü-Beschluss vom 14.10.2004<sup>19</sup> ein Regelwerk für das Zusammenspiel menschenrechtlicher Verträge mit nationalem Recht entfaltet. Der Görgülü-Beschluss ist gewissermaßen Meta-case-law des BVerfG: Case-law, das die Anwendbarkeit und Verbindlichkeit bestimmter normativer Vorgaben regelt. Die Vorgaben des Görgülü-Beschlusses sind im Wesentlichen:

1. Die Konvention rangiert in der deutschen Rechtsordnung im Rang einfachen Bundesrechts. Das führt dazu, dass Gerichte und die Verwaltung die Konvention wie anderes Gesetzesrecht des Bundes im Rahmen methodisch vertretbarer Auslegung zu beachten und anzuwenden haben.
2. Die Gewährleistungen der Konvention sind wegen ihres Ranges als einfaches Recht kein *unmittelbarer* verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, können aber ein *mittelbarer* Prüfungsmaßstab sein: Denn sie beeinflussen die Auslegung der *Grundrechte* und nationalen rechtsstaatlichen Grundsätze. Auf der Ebene des Verfassungsrechts dienen menschenrechtliche Verträge als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite der Vorgaben des Grundgesetzes. Das BVerfG formuliert:  
„Die verfassungsrechtliche Bedeutung eines völkerrechtlichen Vertrages, der auf regionalen Menschenrechtsschutz zielt, ist Ausdruck der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, das die Betätigung staatlicher Souveränität durch Völkervertragsrecht und internationale Zusammenarbeit sowie die Einbeziehung der allgemeinen Regeln des Völkerrechts fördert und deshalb nach Möglichkeit so auszulegen ist, dass ein Konflikt mit völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland nicht entsteht. Das Grundgesetz hat den allgemeinen Regeln des Völkerrechts Vorrang vor dem einfachen Gesetzesrecht eingeräumt [...] und das Völkervertragsrecht [...] in das System der Gewaltenteilung eingeordnet.“<sup>20</sup>
3. Allerdings darf die Konvention nicht so ausgelegt werden, dass der nationale Grundrechtsschutz gemindert wird. Das Gericht nimmt hier ausdrücklich auf Art. 53 EMRK Bezug. Für die UN-BRK gilt dasselbe, denn sie trifft in Art. 4 Abs. 4 eine inhaltsgleiche Regelung:  
„Dieses Übereinkommen lässt zur Verwirklichung der Rechte von Menschen mit Behinderungen besser geeignete Bestimmungen, die im

---

<sup>19</sup> 2 BvR 1481/04

<sup>20</sup> Görgülü-Beschluss, Rn 33

Recht eines Vertragsstaats oder in dem für diesen Staat geltenden Völkerrecht enthalten sind, unberührt. Die in einem Vertragsstaat durch Gesetze, Übereinkommen, Verordnungen oder durch Gewohnheitsrecht anerkannten oder bestehenden Menschenrechte und Grundfreiheiten dürfen nicht unter dem Vorwand beschränkt oder außer Kraft gesetzt werden, dass dieses Übereinkommen derartige Rechte oder Freiheiten nicht oder nur in einem geringeren Ausmaß anerkenne.“

4. Die vierte Grundregel betrifft die Judikatur des EGMR und ist deshalb hier jedenfalls noch nicht relevant.<sup>21</sup>

Art. 4 IV UN-BRK ist im betreuungsrechtlichen Zusammenhang noch nicht in den Fokus der juristischen Debatte gerückt. Das ist ein Desiderat, dessen Aufarbeitung dringend notwendig zu sein scheint:

Die Vorschrift stellt unmissverständlich klar, dass die UN-BRK *nicht anzuwenden* ist, wenn das nationale Recht Bestimmungen getroffen hat, die zur Verwirklichung der Rechte von Menschen mit einer Behinderung *besser geeignet* sind. Es ist bemerkenswert, dass das BVerfG es für notwendig hielt, im Görgülübeschluss auf die Parallelvorschrift in der EMRK ausdrücklich hinzuweisen. In der wichtigsten Kommentierung zu EMRK wird Art. 53 ziemlich knapp als eine „Selbstverständlichkeit“ abgehandelt.<sup>22</sup>

Für die umstrittenen Aspekte des Betreuungsrechtes bedeutet das: Selbst dann, wenn man zum Ergebnis gelangt, dass die eine oder andere Regelung des Betreuungsrechtes mit einer Vorschrift der UN-BRK unvereinbar sei, dann wäre im nächsten Schritt zu prüfen, ob die Regel des Betreuungsrechtes die Rechte von Menschen mit Behinderungen besser schützt als die in Frage kommende Regel der BRK.

Denn Art. 4 Abs. 4 UN-BRK ist nicht etwa eine Konkurrenzregel, die im Zuge des Auslegungsprozesses zu berücksichtigen wäre, sondern nichts weniger als ein bedingter Nichtanwendungsbefehl. Das bedeutet: Es ist stets zuerst zu prüfen, ob die Bedingung dieses Nichtanwendungsbefehls erfüllt ist. Die Bedingung lautet: Die Regelungen des deutschen Rechtes schützen die Rechte von Menschen mit Behinderung nicht besser als die Regelungen der UN-BRK.

Das deutsche Betreuungsgesetz ist eines der im weltweiten Vergleich fortschrittlichsten Gesetze zur Herstellung der Rechtspersönlichkeit von

---

<sup>21</sup> zum Zusammenhang Görgülü-Beschluss – deutsches Recht – UN-BRK vgl. auch Rosenow, Vortrag 30.3.2012, Badischer BGT, Veröffentlichung demnächst unter [www.bgt-ev.de](http://www.bgt-ev.de) und unter [www.srif.de](http://www.srif.de)

<sup>22</sup> Frowein/Peuchert, EMRK Kommentar, Kom. zu Art. 53

Menschen mit Behinderungen<sup>23</sup> und ist deshalb sub specie Art. 4 Abs. 4 UN-BRK besonders genau zu prüfen.

#### **IV. "Die Rechte von Menschen mit Behinderungen"**

##### **1. Selbstbestimmung und Schutz**

Die Rechte von Menschen mit Behinderungen umfassen zunächst – unterstrichen durch die BRK – die Grundrechte. Neben dem Selbstbestimmungsrecht ist im vorliegenden Zusammenhang das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 II 1 GG von besonderer Bedeutung. Dieses Recht wird für Menschen mit Behinderungen konkretisiert durch Art. 17 UN-BRK:

„Jeder Mensch mit Behinderungen hat gleichberechtigt mit anderen das Recht auf Achtung seiner körperlichen und seelischen Unversehrtheit.“

Der Streit um die Frage, ob der Schutz aus Art. 2 II 1 GG auch den Schutz der seelischen Unversehrtheit einschließt, ist damit jedenfalls für Menschen mit Behinderung entschieden.<sup>24</sup> Denn Art. 2 II 1 GG kann jedenfalls dahingehend ausgelegt werden. Damit *muss* die Vorschrift nach Maßgabe der Ausführungen des BVerfG im Görgülü-Beschluss für Menschen mit Behinderungen den Schutz der seelischen Unversehrtheit umfassen.

Art. 2 II 1 GG enthält nicht nur subjektive Abwehrrechte gegen staatliche Eingriffe. „Vielmehr ergibt sich aus seinem objektiv-rechtlichen Gehalt für die staatlichen Organe auch die Pflicht zum Schutz und zur Förderung der darin genannten Rechtsgüter.“<sup>25</sup>

Das bedeutet: Das Grundrecht auf Schutz körperlicher und seelischer Unversehrtheit kann nicht nur durch ein staatliches Handeln, sondern auch durch ein *staatliches Unterlassen* verletzt werden.

Damit reißt Art. 2 GG das ganze Spannungsfeld auf: Auf der einen Seite steht das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit aus Art. 2 I 1 GG, das wir etwas verkürzt „Selbstbestimmungsrecht“ nennen. Auf der anderen Seite steht das Recht aus Art. 2 II 1 GG, also das Recht auf Schutz der körperlichen und seelischen Unversehrtheit durch den Staat. Immer dann, wenn eine Person sich tatsächlich oder vermeintlich dafür entscheidet, ihre körperliche oder seelische Gesundheit zu beschädigen, geraten die

---

<sup>23</sup> Lipp, V., Freiheit und Fürsorge: Der Mensch als Rechtsperson, Tübingen 2000

<sup>24</sup> Murswiek in: Sachs, Kommentar zum GG, 5. Aufl., Art. 2 Rn 209 ff

<sup>25</sup> Antonio, in: Seifert/Hömig, Kom. zum GG, Art. 2 Rn 9; vgl. auch Murswiek in: Sachs, aaO

Grundrechte des Art. 2 in eine Frontstellung zueinander. Mit anderen Worten: Selbstschädigendes Verhalten führt stets zu einem Rechtsgüterkonflikt.

## 2. Schutz vor sich selbst

Anhand ganz unterschiedlicher Regelungen und auch anhand der Rechtsprechung des BVerfG wird schnell sichtbar, dass das Selbstbestimmungsrecht im Verhältnis zum Recht auf Schutz der körperlichen Unversehrtheit keineswegs uneingeschränkter Vorgang genießt:

Einerseits würde niemand auf die Idee kommen, den Genuss von Tabak oder Alkohol zu verbieten. Andererseits besteht jedenfalls weitgehend Konsens dahingehend, dass das Verbot jedenfalls besonders gefährlicher Drogen wie Heroin nicht wegen Art. 2 I GG verfassungswidrig ist.

In Bezug auf die Gurtanlegepflicht hat das BVerfG 1986 entschieden, dass es sich um einen Eingriff handelt, der verhältnismäßig ist und daher das Selbstbestimmungsrecht nicht verletzt.<sup>26</sup>

Die Rechtsordnung beugt sich auch solchen Willenserklärungen, deren Validität fraglos außer Zweifel steht, auch dann nicht immer, wenn die Folge „nur“ eine Selbstschädigung wäre. Sie reflektiert damit nicht zuletzt, dass die Selbstschädigung andere Menschen sehr wohl etwas angeht. Denn wir leben – vereinfacht gesagt – nicht auf einer einsamen Insel wie Robinson Crusoe, sondern: „Der Mensch als Person existiert notwendig in sozialen Bezügen.“<sup>27</sup>

Darüber hinaus sind Willensäußerungen nicht alle in gleicher Weise qualifiziert. Die Rechtswissenschaft begnügt sich bislang überwiegend mit der sehr groben Unterscheidung von freiem und natürlichem Willen.<sup>28</sup> Diese Distinktion ist unzureichend, da eine Hopp-oder-Topp-Lösung einem großen Teil der Probleme, über die wir hier sprechen, nicht gerecht wird. Keinesfalls aber kann diese Unterscheidung einfach abgeschafft werden. Denn die Ausübung des Selbstbestimmungsrechtes kann nur gelingen, wenn bestimmte Kompetenzen in einem Mindestmaß vorliegen. Mindestmaß heißt hier wirklich *Mindestmaß*: Es geht nicht ganz und gar ohne und es genügt möglicherweise ein Weniges.

---

<sup>26</sup> BVerfG, 24.7.1986, ! BvR 331/85 u.a.

<sup>27</sup> BVerfG, 09.02.2010, 1 BvL 1/09, Rn 135

<sup>28</sup> zur Kategorie des freien Willens in § 1896a BGB: Roland Rosenow, Von der richterlichen Wertentscheidung zur medizinischen Tatsache? Begutachtungsprobleme im Betreuungsverfahren - aus juristischer Sicht, MedSach 2012, 151-161

1. Am Anfang steht die Kompetenz, überhaupt eine Erklärung abzugeben, die das notwendige Mindestmaß an Klarheit erreicht.
2. Derjenige, der eine Willenserklärung abgibt, muss verstehen, was diese Willenserklärung bedeutet – d.h.: Welche Konsequenzen andere aus der Abgabe dieser Willenserklärung ziehen bzw. wie die Erklärung voraussichtlich verstanden wird.
3. Im Fall von Willenserklärungen, die nicht lediglich den Zeitpunkt ihrer Abgabe betreffen, sondern deren Wirkung sich in die Zukunft richtet, ist es erforderlich, zu einem Mindestmaß zu antizipieren, welche Konsequenzen sich aus einer gegenwärtigen Entscheidung ergeben können.
4. Die Abgabe einer qualifizierten Willenserklärung setzt ein Mindestmaß an Realitätsbezug voraus. Natürlich kann man über das, was Realität ist, immer streiten. Das ändert aber nichts daran, dass ein Mordversuch, der mit einer Pistole ausgeführt wird, in der Regel zum Tod des Opfers führt, während ein Mordversuch, der mit Voodoo-Zauber ausgeführt wird, für das Opfer folgenlos bleibt und deshalb strafrechtlich auch gar nicht erst als Mordversuch gewertet wird (untauglicher Versuch).
5. Schließlich kann eine Willenserklärung dann nicht ohne weiteres der Person, die sie abgibt zugeschrieben werden, wenn der Erklärende fremdbestimmt handelt (Rechtsgedanke des § 138 II BGB).

Diese Aufzählung ist nicht abschließend. Sie dient vor allem zwei Zwecken:

- a) Ich möchte zeigen, dass es evident ist, dass nicht alle Willenserklärungen in gleicher Weise als authentisch anerkannt werden können.
- b) Ich möchte zeigen, dass die Rechtsordnung das in vielfältiger Weise, die uns zT ganz selbstverständlich ist, reflektiert.

Ich komme zurück zum Problem selbstschädigenden Verhaltens:

Selbstschädigendes Verhalten führt stets zu einem Konflikt der Grundrechte auf Selbstbestimmung einerseits und auf Schutz der körperlichen und seelischen Unversehrtheit andererseits.

Dieser Konflikt ist in der Regel zugunsten der auf freier Willensbildung beruhenden Selbstschädigung zu entscheiden, aber das ändert nichts daran, dass eine *Rechtsgüterabwägung* zwischen Selbstbestimmung und Schutz zugrunde liegt.

Dabei spielen mindestens die folgenden Kriterien eine Rolle:

- Wurde die Willenerklärung im Rahmen freier Willensbildung abgegeben? Dieses Kriterium muss weiter ausdifferenziert werden: Je qualifizierter –juristisch gesprochen: „freier“ – die Willensbildung ist, desto mehr Gewicht kommt ihr zu.
- Wie schwer wiegt der Eingriff, der die Selbstschädigung verhindern soll, im Verhältnis zu der Gefahr, die von der Selbstschädigung ausgeht?

Dabei möchte ich keinen Zweifel daran lassen, dass schwere Eingriffe in grundrechtlich geschützte Rechtsgüter wie Freiheit und körperliche Integrität nur in besonderen Ausnahmesituationen zulässig sein können. Der Hinweis darauf, dass die Rechtsordnung nicht jede Willenerklärung in der Weise als Ausdruck des Selbstbestimmungsrechtes akzeptiert, dass alle widerstreitenden Interessen sich unterordnen müssten, soll zeigen, dass das Selbstbestimmungsrecht nicht als absolutes Grundrecht über allem steht, sondern sogar im Fall fraglos qualifizierter Willensbildung dann hinter Schutzinteressen zurücktreten muss, wenn diese nur geringfügige Eingriffe fordern (Beispiel Gurtpflicht).

## **V. Zur BGH-Entscheidung vom 20.06.2012**

Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen komme ich ganz direkt zum heißesten Eisen der Debatte, nämlich zu Zwangsbehandlung. Mit der Frage nach der Notwendigkeit von Zwangsbehandlung möchte ich mich aus gegebenem Anlass in der Weise auseinandersetzen, dass ich den BGH-Beschluss vom 20.6.2012 untersuche:

Der BGH hat am 20.6.2012 in Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung entschieden, dass § 1906 I Nr. 2 BGB nicht als Rechtsgrundlage für eine Zwangsbehandlung herangezogen werden könne. Er bezieht sich dabei auf die Entscheidung des BVerfG vom 23.3.2011<sup>29</sup> zur Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug. Allerdings verzichtet der BGH darauf, die Unterschiede zwischen der Situation des Maßregelvollzuges und der der betreuungsrechtlichen Situation überhaupt zu thematisieren, obwohl das sicher notwendig gewesen wäre.

Der Senat nimmt dagegen ausführlich Bezug auf seine früheren Entscheidungen zur Zwangsbehandlung im Rahmen einer Unterbringung nach § 1906 I Nr. 2 BGB. Am 01.02.2006 hatte der BGH entschieden, dass

---

<sup>29</sup> BVerfG, 23.3.2011, 2 BvR 882/09

die Befugnis des Betreuers auch das Recht umfasst, erforderlichenfalls einen der ärztlichen Maßnahme entgegenstehenden Willen des Betreuten zu überwinden.<sup>30</sup>

In diesem Beschluss ging der BGH zum Teil von ungeprüften Annahmen über die Praxis der Unterbringung nach § 1906 I 2 BGB aus. Er meinte, dass die Möglichkeit der Unterbringung zur Heilbehandlung in der überwiegenden Zahl der Fälle ins Leere laufe, wenn damit nicht gleichzeitig die Zulässigkeit der Zwangsbehandlung verbunden sei. Das ist so wohl nicht richtig. Jedenfalls nach der Erfahrung vieler rechtlicher Betreuer genügt in aller Regel die Unterbringung zur Heilbehandlung, um eine Behandlung zu ermöglichen. Nur im Ausnahmefall ist darüber hinaus eine Zwangsbehandlung erforderlich.<sup>31</sup>

Möglicherweise hat der BGH hier in der Sphäre revisionsgerichtlicher Reflexion, in der man sich den Fährnissen des Tatbestandes gar zu leicht entziehen kann, ein Missverständnis in die Welt gesetzt, das nun dazu beiträgt, dass in Bezug auf die Unterbringung zur Heilbehandlung zum Teil Positionen vertreten werden, die mir verantwortungslos erscheinen.

Andererseits hat der BGH jedoch im Jahr 2006 grundlegend und richtig festgestellt:

„Wer aufgrund seiner psychischen Krankheit oder geistigen Behinderung seine Behandlungsbedürftigkeit nicht erkennen kann und eine Behandlung deshalb ablehnt, dem soll nicht schon deshalb die Behandlung versagt werden.“<sup>32</sup>

Das ist eine notwendige Konsequenz aus Art. 3 III 2 GG iVm Art. 2 II 1 GG und dem Diskriminierungsverbot der UN-BRK.<sup>33</sup>

Der BGH hat im Jahr 2006 darauf verzichtet, in diesem Zusammenhang auch den Anspruch auf Schutz, der sich aus Art. 2 II 1 GG ergibt, zu thematisieren. Das war auch nicht notwendig, weil er § 1906 I Nr. 2 BGB als geeignete und ausreichende Schutznorm auslegte.

In der aktuellen Entscheidung vom 20.06.2012 hat er ausführlich thematisiert, dass ein Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht und der mit der Zwangsbehandlung verbundene Eingriff in die körperliche Unversehrtheit einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bedarf, und kommt dann auf Grundlage des Beschlusses des BVerfG vom 23.03.2011 zu dem Ergebnis,

---

<sup>30</sup> BGH, 01.02.2006 XII ZB 236/05

<sup>31</sup> Leider gibt es dazu keine empirischen Untersuchungen.

<sup>32</sup> BGH, 1.2.2006, XII ZB 236/05, Rn 17

<sup>33</sup> Art. 5 UN-BRK

dass eine solche Ermächtigungsgrundlage fehle. Daraus schließt der Senat schmucklos, dass die Zwangsbehandlung im Rahmen der gesetzlichen Betreuung unzulässig sei.

Am Ende seiner Entscheidung führt der Senat dann aber aus, dass er von dem Ergebnis, zu dem er kommt, selbst alles andere als überzeugt ist:

„Der Senat verkennt nicht, dass das Fehlen von Zwangsbefugnissen zur Durchsetzung notwendiger medizinischer Maßnahmen dazu führen kann, dass ein Betroffener ohne eine solche Behandlung erheblichen Schaden nimmt. Der Senat hat bereits hinsichtlich der Problematik einer ambulanten Zwangsbehandlung wiederholt darauf hingewiesen.“<sup>34</sup>

Dennoch unterlässt der BGH es im Beschluss vom 20.06.2012, den Anspruch auf Schutz – auch vor sich selbst – ausreichend zu würdigen. Und diese Unterlassung ist fatal:

Im Kern beruht die Entscheidung auf dem verfassungsgerichtlichen Gebot der Normenklarheit.<sup>35</sup> Normen, die Eingriffe – vor allem Eingriffe in Grundrechte – legitimieren, müssen hinreichend klar sein, um Gültigkeit beanspruchen zu können. Das Gebot der Normenklarheit ist immer dann ein starkes Mittel, wenn es um den Schutz vor staatlichen Eingriffen in die Rechte des Bürgers geht.

Der Tatbestand, den der BGH hier zu entscheiden hatte, liegt jedoch anders:

Einerseits wäre die Zwangsbehandlung ein Eingriff in das Recht auf Selbstbestimmung und das Recht auf körperliche Unversehrtheit. Andererseits führt jedoch auch das *Unterlassen* der Zwangsbehandlung zu einer möglicherweise erheblichen Beschädigung der körperlichen und seelischen Unversehrtheit. Im Ergebnis bedeutet das, dass derjenige, den das Gebot der Normenklarheit schützen soll, den Preis dafür zahlt, dass die Frage, unter welchen Bedingungen eine Zwangsbehandlung zulässig ist, im Gesetz nicht explizit geregelt ist. Das Gebot der Normenklarheit soll aber gerade denjenigen schützen, der von einem staatlichen Eingriff betroffen ist. In der Auslegung, die der BGH am 20.06.2012 gefunden hat, verkehrt sich das in sein Gegenteil: Derjenige, der geschützt werden soll, wird einem möglicherweise unabsehbaren und sein ganzes Leben bestimmenden Schaden ausgesetzt, der durch ein Unterlassen verursacht wird.

Im Ergebnis:

---

<sup>34</sup> BGH, 20.06.2012, XII ZB 99/12, Rn 47

<sup>35</sup> BVerfG, 9.2.2010, 1 BvL 1/09, Rn 91; BVerfG, 23.6.2010 2 BvR 2559/08, Rn 71; BVerfG, 25.2.1997, 1 BvR 2263/94, Rn 54; BVerfG, 3.9.2009, 2 BvR 1826/09, Rn 22; BVerfG, 11.8.2009, Rn 17

Solange das Gesetz keine explizite Regelung der Zwangsbehandlung vorsieht, muss § 1906 I Nr. BGB dahingehend in der Weise verfassungsgemäß ausgelegt werden, wie es sich aus dem Beschluss des BGH vom 1.2.2006 ergibt. Wegen der so grundsätzlichen wie großen Unterschiede zwischen betreuungsrechtlicher Unterbringung und Maßregelvollzug ist eine Divergenz zum Beschluss des BVerfG vom 23.3.2011 nicht erkennbar. Dessen ungeachtet muss der Gesetzgeber so schnell als möglich handeln und eine klare und sachgerechte Rechtsgrundlage für die psychiatrische Zwangsbehandlung schaffen, die auch ein Verfahren umfasst, das der besonderen grundrechtlichen Relevanz des Themas gerecht wird.

## **VI. Zusammenfassende Thesen**

1. Das Recht auf Selbstbestimmung spielt im Kanon der Grundrechte eine zentrale Rolle. Aber es gibt keinen absoluten Vorrang der Selbstbestimmung. Ein Blick über den Tellerrand des Betreuungsrechtes hinaus macht schnell deutlich, dass die Rechtsordnung mit dem Recht auf Selbstbestimmung differenziert verfährt. Es ist kein Spezifikum der Rechtsvorschriften, die Menschen mit Behinderungen betreffen, dass das Recht auf Selbstbestimmung in bestimmten Fällen hinter das Recht auf Schutz zurücktritt.
2. Selbstgefährdendes Verhalten führt aus rechtswissenschaftlicher Perspektive immer zu einem Konflikt der Rechts auf Selbstbestimmung mit dem Recht auf Schutz der körperlichen und seelischen Unversehrtheit. Dabei stehen diese beiden Grundrechte weder gleichberechtigt, noch isoliert nebeneinander: Einerseits geht das Recht auf Selbstbestimmung grundsätzlich – nicht aber absolut – vor. Andererseits kann von einer selbstbestimmten Entscheidung zur Selbstschädigung nur dann die Rede sein, wenn die Entscheidung auf einer authentischen Willensbildung beruht.
3. § 1906 I Nr. 2 BGB ist eine Vorschrift, auf die Betroffene einen grundrechtlich garantierten Anspruch haben. Art. 2 II 1 GG iVm Art. 17 UN-BRK konstituiert nicht nur einen Anspruch auf das Unterlassen von Eingriffen, sondern gleichermaßen einen Anspruch darauf, dass der Staat geeignete Maßnahmen zum Schutz der körperlichen und seelischen Unversehrtheit trifft. Dazu gehört grundsätzlich auch der Schutz vor sich selbst. In gleicher Weise besteht ein Anspruch auf eine hinreichend bestimmte Rechtsgrundlage für Zwangsbehandlung. Nach der Entscheidung des BGH vom 20.6.2012 besteht hier ganz dringend legislativer

Handlungsbedarf.

4. Es ist ein großer Fortschritt in der Rechtsgeschichte, dass die Konflikte zwischen Selbstbestimmung und Selbstschädigung nicht mehr in Räume deligiert werden, in die das Recht nicht hineinschaut. Dieser Fortschritt bringt ein Desiderat der Rechtswissenschaft zum Vorschein: Die rechtswissenschaftliche Unterscheidung von freiem und (bloß) natürlichem Willen ist zu grobschlüchtig, um Menschen mit solchen Behinderungen, die die Fähigkeit zu authentischer Willensbildung beeinträchtigen, gerecht zu werden. Das Recht verfügt noch nicht über das begriffliche Handwerkszeug, um die Abwägung zwischen Willenserklärungen, die bislang als bloß natürlich disqualifiziert werden, und dem Recht auf Schutz der körperlichen und seelischen Unversehrtheit auf eine transparente und verlässliche Weise zu handhaben.

Ein solches Handwerkszeug muss differenzierte Unterscheidungen zur Verfügung stellen. Denn das Recht muss Ungleiches ungleich behandeln, um Gleichheit zu erzeugen. Dazu braucht es ein Begriffe, anhand derer es unterscheiden kann, was nicht gleich ist.