

Roland Rosenow

Einwilligungsfähigkeit.

Ein Konzept zwischen Tatbestand und Normativität

Vortrag im Rahmen des
2. Advisory Board Meetings des Projekts EmMa
der VolkswagenStiftung
mit dem Thema:

Konstruktion und Herstellung von Einwilligungsfähigkeit im Lichte der Be-
hindertenrechtskonvention

Frankfurt, 21.2.2013

1. Anwendungsbereiche – ohne Anspruch auf Vollständigkeit

Bereich	Duldung	Einwilligung	keine Erklärung	Nichteinwilligung
Heilbehandlung	ja	EWF?	EWF?	EWF? ²
Heilbehandlung	nein	–	1906 BGB?	1906 BGB
Freiheitsentzug	ja	EWF? ¹	1906 BGB	1906 BGB
Freiheitsentzug	nein	–	1906 BGB	1906 BGB
Sexuelle Handlung	ja	EWF? ³	EWF? ³	Verbot
Sexuelle Handlung	nein	Verbot	Verbot	Verbot

1. Negativattest durch das Betreuungsgericht?¹
2. Nichteinwilligung grundsätzlich auch bei fehlender EWF nicht unbeachtlich?
3. EWF vereint = Verbot² (Kann das Risiko bei fraglicher EWF diskriminierend wirken?)

1 Rink, in: HK-BUR, 43. EL vor § 1906 BGB Rn 3 ff.; Hoffmann, in: Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann, Betreuungsrecht, 4. Aufl., S. 511 f.; Hoffmann/Klie, Freiheitsentziehende Maßnahmen, Heidelberg 2004, S. 14 ff.; Juchart/Warmbrunn/Stolz, Unterbringungsgesetz Baden-Württemberg, Heidelberg 2003, 3. Aufl., S. 12 ff.

2 LG Freiburg, 05.07.2012, 3 S 48/12: „Selbstverständlich trifft den Kläger [=Heimbetreiber] die Pflicht, seine Bewohner und Bewohnerinnen, sofern diese nicht mehr einwilligungsfähig sind, vor sexuellen Avancen anderer Heimbewohner zu bewahren.“

2. Einwilligungsfähigkeit: Tatbestand oder Rechtsfolge?

Einwilligungsfähigkeit scheint ein Begriff zu sein, der sich einer systematischen Herangehensweise widersetzt. In der Rechtsprechung wird Einwilligungsfähigkeit im Großen und Ganzen als ein Tatbestandsmerkmal behandelt, also als eine Eigenschaft eines Betroffenen, die in tatsächlicher Hinsicht gegeben sein kann oder nicht.³ Wenn man dieser Auffassung folgt, dann kann das Recht Einwilligungsfähigkeit nur als tatbestandliche Voraussetzung behandeln. Über die Existenz von Tatbeständen kann das Recht nicht befinden. Es kann Tatbestände lediglich auf Rechtsfolgen beziehen. Anders gesagt: Wenn Einwilligungsfähigkeit ein Tatbestand ist und nichts sonst, dann kann sie nicht Rechtsfolge sein, sondern nur eine Rechtsfolgen auslösende Tatsache. Der BGH hat das 1958 im Kontext eines Streits um die Wirksamkeit einer Einwilligung in eine Elektroschocktherapie so formuliert: „Ob ein Kranker willensfähig in diesem Sinne ist, ist eine Frage, deren Beantwortung weitgehend in das Gebiet der ärztlichen Wissenschaft gehört.“⁴

In der Diskussion um die Frage, welche Rechtsfolgen aus Art. 12 UN-BRK erwachsen, wurde die gegenteilige Auffassung entwickelt: Art. 12 II UN-BRK verpflichte die Vertragsstaaten, nicht nur die volle Rechtsfähigkeit von Menschen mit Behinderungen, sondern auch deren uneingeschränkte rechtliche Handlungsfähigkeit anzuerkennen.⁵ Das umfasse auch die Einwilligungsfähigkeit.⁶ Diese Auffassung setzt voraus, dass Einwilligungsfähigkeit etwas ist, das von der Rechtsordnung anerkannt werden kann oder nicht. Das ist nur möglich, wenn man Einwilligungsfähigkeit als Rechtsfolge eines dem Begriff nicht immanenten Tatbestandes versteht. Es wäre zB nicht sinnvoll, von der Rechtsordnung zu fordern, die Fähigkeit aller Menschen, zu lesen und zu schreiben, anzuerkennen, denn das

3 Kristian Kühl, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2002, S. 336 mwN

4 BGH, 09.12.1958, VI ZR 203/57; zit. in BVerfG, 23.3.2011, 2 BvR 882/09

5 *Legal capacity* ist ein Rechtsbegriff des common law, in dem rechtliche Entscheidungen eher in einer Weise gefällt werden, die man im deutschen Recht kritisch als „vom Ergebnis her gedacht“ bezeichnen würde. Der Begriff umfasst zwar sowohl *Rechtsfähigkeit*, als auch *rechtliche Handlungsfähigkeit*. Das common law ist es aber nicht gewohnt, von Gesetzestexten auszugehen, sondern bezieht sich statt dessen auf rechtliche Prinzipien, die in der Rechtsprechung entwickelt wurden (*precedents*). Damit unterscheidet sich auch der Umgang mit Rechtsbegriffen, die oft kaum übersetzbar sind, weil die normative Denkweise, aus der sie entwickelt wurden, eine andere ist. Was das für die Anwendung eines solchen Rechtsbegriffes auf ein Code-basiertes System wie das deutsche bedeutet, ist eine interessante Frage, die sich erst mit der zunehmenden Bedeutung internationaler Normen stellt.

6 Klaus Lachwitz, Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderung. Auswirkungen auf die Rechte von Menschen mit geistiger Behinderung und/oder psychosozialen Problemen, BtPrax 2008, 143-148: „Einbezogen in die Handlungsfähigkeit i. S. d. Art 12 der Konvention ist jedoch auch die Einwilligungsfähigkeit einer Person, denn die Verweigerung eines behinderten Menschen, Medikamente einzunehmen, sich operieren zu lassen, den eigenen Körper für Forschungszwecke zur Verfügung zu stellen usw., ruft ebenfalls Rechtswirkungen hervor. Alle diese Fähigkeiten sind von dem in Abs 2 des Art 12 genannten Begriff der Handlungsfähigkeit voll umfasst, und zwar ‚in allen Lebensbereichen‘, das heißt nicht nur bei der Ausübung von Rechtsgeschäften, die nochmals explizit in Art 12 Abs 5 benannt sind, sondern in allen Lebenszusammenhängen, in denen behinderte Menschen - wie andere nichtbehinderte Menschen auch- durch Zustimmung oder Ablehnung zum Ausdruck bringen, wie sie sich in bestimmten Lebenssituationen verhalten wollen.“ <147>

würde nichts daran ändern, dass manche Menschen nicht lesen und schreiben gelernt haben und dass manche es aufgrund einer Behinderung nicht lernen können.

Anders als für die *Einwilligungsfähigkeit* liegt eine solche Auffassung für die *Geschäftsfähigkeit* nah, denn das Gesetz macht Geschäftsunfähigkeit ganz ausdrücklich zur Rechtsfolge eines Tatbestandes, nämlich eines „die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustandes krankhafter Störung der Geistestätigkeit“ (§ 104 Nr. 2 BGB). Der Begriff *Geschäftsfähigkeit* tritt im Gesetz semantisch als normativer Begriff in Erscheinung. Allerdings ist das Konzept der Geschäftsunfähigkeit auch nicht frei von derselben Ambivalenz. Die Ambivalenz „hängt“ hier allerdings nicht unmittelbar am Begriff der *Geschäftsfähigkeit*, sondern an dem des *freien Willens*, der im Gesetz als Tatbestandmerkmal erscheint, aber nicht frei von normativen Elementen ist.⁷ Sie schlägt auf den Begriff der Geschäftsunfähigkeit durch, wenn man § 104 Nr. 2 BGB als tautologische Legaldefinition der Geschäftsunfähigkeit Volljähriger liest – was jedenfalls eine interessante Möglichkeit ist, die auf die tatbestandliche Seite des Konzepts der Geschäfts(un)fähigkeit verweist.

Die Tatsache, dass der Begriff der *Geschäftsunfähigkeit* im Gesetz in der *Form* einer Rechtsfolge Verwendung findet, kann zu der Annahme verführen, Geschäftsunfähigkeit sei *nur* eine Rechtsfolge und nicht *auch* eine Tatsache. Diese Annahme kann mit Bezug auf den Begriff der *legal capacity* aus Art 12 II UN-BRK auch das Konzept der Einwilligungsfähigkeit auf die Seite der normativen Begriffe ziehen, die Rechtsfolgen konstituieren. So kann für einen Augenblick der Eindruck entstehen, es liege in der Macht der Legislative, Geschäftsunfähigkeit und Einwilligungsunfähigkeit abzuschaffen.⁸

Die Position – und mit ihr die juristische Praxis –, die Einwilligungsfähigkeit umstandslos als Tatbestand behandelt, kann man *konservativ* nennen. Die Position, die sich mit Bezug auf Art 12 II UN-BRK dagegen stellt, kann man zugespitzt als in Bezug auf das Selbstbestimmungsrecht *jakobinisch* bezeichnen, denn sie ist die radikalste Position in Bezug auf das Verhältnis von Selbstbestimmungsrecht zu anderen Rechtsgütern, die sich denken lässt.

In Bezug auf die Wirkung der UN-BRK auf das deutsche Recht kann es wegen des bedingten Nicht-Anwendungsbefehls aus Art 4 IV UN-BRK⁹ jedenfalls nicht zu einer Verschlechterung des rechtlichen Schutzes von Menschen mit Behinderung kommen.

7 Zum Begriff des „freien Willens“ in § 104 Nr. 2 BGB und in § 1896 I a BGB: Rosenow, Von der richterlichen Wertentscheidung zur medizinischen Tatsache? Begutachtungsprobleme im Betreuungsverfahren - aus juristischer Sicht, MedSach 2011, 151-161

8 Und nur dann stellt sich überhaupt die Frage, ob Art. 12 II UN-BRK eine solche Abschaffung meint.

9 dazu ausführlich: Rosenow, Betreuungsrechtliche Unterbringung und Zwangsbehandlung vor dem Hintergrund der UN-BRK, erscheint in: BtPrax 2/13 (Vortragsfassung unter www.srif.de); außerdem BVerfG zu Art 53 EMRK (= Parallelvorschrift zu Art 4 IV UN-BRK in 14.10.2004, 2 BvR 1481/04 (Görgülü))

Der wichtige Beitrag der in diesem Sinne „jakobinischen“ Position liegt mE darin, dass sie den Begriff der legal capacity nach seiner normativen Seite hin überspannt und die konservative Position damit zwingt, ihre Voraussetzungen zu reflektieren.

3. Normative und tatbestandliche Begriffselemente

Das Wort „normativ“ wird oft allgemein im Sinne von wertend, der Begriff der „normativen Entscheidung“ im Sinne von Wertentscheidung verwendet. Die Normativität des Rechtes ist jedoch etwas anderes als beliebige wertende Entscheidungen. Und gerade diese Differenz zwischen normativen wertenden Entscheidungen und persönlichen wertenden Entscheidungen spielt eine große Rolle für die Konstruktion von Einwilligungsfähigkeit.¹⁰

Deshalb möchte ich hier zunächst klarstellen, was ich aus juristischer Perspektive meine, wenn ich „normativ“ sage:

Normativ sind Wertentscheidungen aus juristischer Sicht dann, wenn sie den Anspruch erheben, für alle Menschen (im Geltungsbereich eines nationalen Rechts) zu gelten. Dabei kann der Geltungsanspruch an Bedingungen geknüpft werden, die nicht alle Menschen erfüllen. Normative Wertentscheidungen können sich also exklusiv an bestimmte Gruppen richten und tun das auch sehr häufig. Solche Bedingungen sind allerdings an eine universelle Zulässigkeitsvoraussetzung geknüpft: Sie müssen vor dem Gleichheitsgrundsatz gerechtfertigt sein.¹¹

Normative Entscheidungen können richtig oder falsch sein, folglich auch umstritten.

Zu unterscheiden von normativen Wertentscheidungen sind solche, die Menschen für sich treffen, und die ich hier persönliche Wertentscheidungen nenne. Solche Wertentscheidungen mögen den Anspruch erheben, für alle oder für eine bestimmte Gruppe zu gelten. Es kann aber sein, dass sie diesen Anspruch nicht begründen können. Das entwertet solche Entscheidungen zwar in ihrer Eigenschaft als normative Wertentscheidungen. Aber das entwertet sie nicht in ihrer Eigenschaft als persönliche Wertentscheidungen.

Das Konzept *Einwilligungsfähigkeit* umfasst mE in diesem Sinne normative Elemente.

10 Die juristische Bedeutung ist also eine ganz andere als diejenige, von der Vollmann im Rahmen seines Beitrags für das erste Meeting Gebrauch gemacht hat.

11 Schon Radbruch apostrophiert in dem als „Radbruchsche Formel“ in die Rechtsgeschichte eingegangenen Notausgang aus einer positivistischen Rechtsauffassung den Gleichheitsgrundsatz als Kern des Rechts. Recht wird danach zum „gesetzlichen Unrecht“, wenn es das Prinzip der Gleichheit aufs Größte verletzt: „... wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung positiven Rechts bewußt verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur ‚unrichtiges‘ Recht, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur.“ Gustav Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946, 105 <107> vgl. a. Robert Alexy, Begriff und Geltung des Rechts, 1992

Im Zentrum des ersten Meetings standen die tatbestandlichen Aspekte von Einwilligungsfähigkeit, auf die ich hier nicht weiter eingehen muss.

- Informationsverständnis
- Krankheits- und Behandlungseinsicht
- Urteilsvermögen
- Bestimmbarkeit des Willens
- Freie Willensbildung¹²

So, wie diese Begriffe in der Diskussion gefasst wurden, beschreiben sie die *qualitativen* Tatbestandselemente von Einwilligungsfähigkeit. Diese Beschreibungen helfen aber nicht unbedingt weiter, wenn es darum geht, das Maß des im Einzelfall erforderlichen Verständnisses von Information oder von Urteilsvermögen zu bestimmen. Einwilligungsfähigkeit kann keinesfalls voraussetzen, dass all diese Fähigkeiten umfassend gegeben sind. (Wer wäre dann noch einwilligungsfähig?)

Es besteht Konsens darüber, dass Einwilligungsfähigkeit – im Unterschied zur Geschäftsfähigkeit – nicht einer Person zu attestieren oder abzusprechen ist, sondern immer einer Person in Bezug auf eine bestimmte Entscheidung. Das ergibt sich schon daraus, dass die tatbestandlichen Elemente nicht abstrakt zu bestimmen sind, sondern ebenfalls nur in Bezug auf eine bestimmte Entscheidung. Darüber hinaus entscheidet die Rechtsprechung (und ich vermute: auch die alltägliche normative Praxis der rechtlichen Betreuung, des Gesundheitswesens u.a.) über Maß des jeweils Erforderlichen – ich möchte fast sagen: intuitiv –, indem sie es in Bezug zur Bedeutung der Rechtsgüter setzt, die durch eine aus einer Außenperspektive unvernünftige Einwilligung oder die Verweigerung einer Einwilligung (objektiv) gefährdet werden. Mit anderen Worten:

Die Frage, ob Einwilligung oder Nichteinwilligung Gültigkeit zuerkannt wird, wird auf Grundlage einer Rechtsgüterabwägung entschieden.

Das lässt sich an der Rechtsprechung zeigen und ließe sich vermutlich ebenso zeigen an der Rechtspraxis, wenn man dazu empirisches Material hätte. Der BGH geht sogar soweit, dass er Einwilligungsunfähigkeit auch bei Geschäftsfähigkeit für möglich hält.¹³

12 zit. aus Tagungsunterlagen

13 BGH, 22.01.1953, 4 StR 373/52. Leitsatz: „Eine rechtswirksame Einwilligung (StGB § 226a) liegt nur vor, wenn der Einwilligende eine zutreffende Vorstellung von der Tragweite seiner Erklärung hatte; die erforderliche Urteilskraft kann bei einem Angetrunkenen fehlen, auch wenn kein Fall der Geschäftsunfähigkeit oder Zurechnungsunfähigkeit gegeben ist.“ Im Urteil vom 22.02.1978, 2 StR 372/77 (Zahnextaktionsfall) hat der BGH Einwilligungsfähigkeit verneint, ohne Geschäftsfähigkeit ausdrücklich zu thematisieren, die allerdings im streitgegenständlichen Fall offensichtlich gegeben war. Dagegen geht Hoffmann davon aus, dass Geschäftsfähigkeit stets auch Einwilligungsfähigkeit bedeute: „Personen, die fähig sind, ihren Willen frei zu bestimmen, werden grundsätzlich einwilligungsfähig sein.“ (in: Bienwald/

Die konservative Position entscheidet auf diese Weise, was zu entscheiden ist, tut dabei aber so, als sei Einwilligungsfähigkeit ein „reiner“ Tatbestand. Ich halte das im Grundsatz für richtig, denn ich glaube nicht, dass bessere Entscheidungen gefällt würden, wenn man ganz schematisch erst über Einwilligungsfähigkeit befände und dann, je nach dem, die Willensäußerung des Betroffenen gar nicht mehr beachtete oder ihr absoluten Vorrang einräumte.

Ich plädiere jedoch dafür, die Rechtsgüterabwägung nicht inzident, sondern explizit vorzunehmen. Das könnte bedeuten, dass der Begriff der Einwilligungsfähigkeit in der Entscheidungspraxis in den Hintergrund tritt. Der Weg zur Entscheidung wird dann weniger schematisch, gleichzeitig aber transparenter, denn es würde nicht mehr verschleiert, dass die Frage, ob die soziale Praxis die Willenserklärung einer Person anerkennt, auch unter normativen Gesichtspunkten entschieden wird.

Gleichzeitig eröffnet das die Chance, dass diese normativen Gesichtspunkte in der *Beziehung* zwischen dem Betroffenen und den Entscheidern verhandelt werden. Ich finde, darauf hat der Betroffene ein Recht.