

Roland Rosenow

## Zum Verhältnis von Gleichheit und Zwang<sup>1</sup>

### Einleitung

Das Thema der Veranstaltung lautet *Teilhabe von Menschen mit psychischer Beeinträchtigung und das Spannungsfeld von Selbstbestimmung, Freiheit und Zwang*. Die Behindertenrechtskonvention der Vereinten Nationen hat zu diesem Thema einiges zu sagen. Nun ist *Behinderung* und *psychische Beeinträchtigung* nicht unbedingt dasselbe. Ich möchte im folgenden u.a. zeigen, dass psychische Beeinträchtigungen jedenfalls dann, wenn sie aus rechtlicher Perspektive die Ursache dafür sind, dass das Recht auf Selbstbestimmung in Konflikt mit anderen Grundrechten geraten kann, als Behinderung im Sinne der UN-BRK zu verstehen sind. Ich nehme dabei eine dezidiert *juristische* Perspektive ein. Ich möchte wie folgt vorgehen:

In einem ersten Schritt gehe auf den Begriff der Behinderung selbst ein, um dann im zweiten Schritt ich den Begriff der Behinderung im Recht von einem allgemeinen Begriff zu trennen und auf die *Intentionalität* des juristischen Behinderungsbegriffs hinweisen.

Im dritten Schritt werde ich mir einen kurzen Exkurs zu der Frage, wie Recht konstituiert wird, erlauben.

Im vierten Schritt komme ich dann – endlich – auf Zwangsmaßnahmen zu sprechen. Im fünften Abschnitt ziehe ich, allerdings auf sehr abstraktem Niveau, Konsequenzen aus meinen Überlegungen.

Im sechsten und letzten Abschnitt wende ich mich dagegen, bei meinen abstrakten juristischen Konsequenzen zu bleiben und möchte den Blick auf die Geschichte vor der Anwendung von Zwang lenken und vertrete, dass das Erfordernis ambulanter Unterstützung nicht nur sozialpolitisch, sondern grundrechtlich begründet und damit auch geboten ist.

Eine Vorbemerkung erscheint mir erforderlich:

Wir führen hier keine abstrakte juristische Diskussion. Sondern wir streiten um Rechtsfragen vor dem Hintergrund einer Geschichte, in der Menschen mit Behinderungen grauenvollem Unrecht ausgesetzt waren und sind. Ich

---

<sup>1</sup> Vortrag im Rahmen der Fachtagung DPWV/IMEW, Katholische Akademie Berlin, 26.06.2012

meine damit keineswegs nur die nationalsozialistischen Verbrechen, sondern auch die deutsche Geschichte nach 45 bis in die Gegenwart. Die Rechtswissenschaft und die Rechtspraxis hat sich an der Entrechtung von Menschen mit Behinderungen in vielfältiger Hinsicht beteiligt und muss es daher aushalten, wenn sie nun unter dem Generalverdacht steht, ihr Instrumentarium zum Zweck der Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen zu missbrauchen. Auch eine Rechtswissenschaft, die sich ausdrücklich in den Dienst der Gleichberechtigung stellt, muss sich deshalb in einem Sturm der Kritik bewähren, dessen Heftigkeit die historische und gegenwärtige Realität der Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen reflektiert.

## 1. Was heißt Behinderung?

### a) Normierung als zentrale Eigenschaft moderner Gesellschaften

Der Begriff der Behinderung verweist auf ein soziales Phänomen, das offensichtlich typisch ist für moderne Industriegesellschaften. Man kann eine solche moderne Industriegesellschaft auf sehr unterschiedliche Weise charakterisieren. Wenn man sich darüber Gedanken macht, was Behinderung ist, dann scheint das ausgeprägte Bedürfnis unserer Gesellschaft, alles und jedes zu normieren, ein zentrales Spezifikum zu sein. Papierformate, Metallgewinde, die Abstände von Handtuchhaltern im Kindergarten, die Abmessungen der Bettwäsche, Konfektions- und Schuhgrößen, der Rauch aus dem Kamin, das Maß einer Türe, die Breite eines Krankenhausflures – wie Sie wissen, ist all das normiert.

Wer von Ihnen Kinder hat, der weiß, dass auch die Maße unserer Kinder normiert sind: Die Vorsorgepässe, die die Krankenkassen verteilen, enthalten Kurven, zum Beispiel für den Umfang des Kopfes oder die Entwicklung des Gewichtes. So ergeben sich Normkorridore, die uns sagen, ob unser Kind normal ist oder nicht. In der Schule gibt es normierte Leistungsvorgaben usw. Schon hier zeigt sich die Ambivalenz dieser normativen Vorgaben: Die Abweichung von einer Norm kann einerseits diskriminierende Folgen zeitigen. Andererseits sollte sie eine spezifische Unterstützung nach sich ziehen, die ein Kind, das den Standardanforderungen nicht genügen kann, benötigt, um gerade *nicht* aufgrund seiner Besonderheit Diskriminierung zu erfahren.

## b) Normen sind dynamisch

Die normativen Vorgaben, deren Nichterfüllung die Verleihung des Etikettes „behindert“ nach sich zieht, sind dynamisch. Sie verändern sich mit der Gesellschaft. Besonders deutlich wird das zB an der Entwicklung des Arbeitslebens. Das Rentenversicherungsrecht kennt den Begriff der „üblichen Anforderungen des ersten Arbeitsmarktes“.<sup>2</sup> Wer diese nicht erfüllen kann, kann in bestimmten rechtlichen Zusammenhängen als *behindert* gelten. Die üblichen Anforderungen des ersten Arbeitsmarktes verändern sich jedoch. Wir wissen, dass Anforderungen, Druck und Erwartungen an die Leistungsfähigkeit nunmehr seit Jahrzehnten ansteigen.<sup>3</sup> Wenn aber der Rahmen, innerhalb dessen ein Mensch als normgerecht gilt, enger gefasst wird, führt das dazu, dass mehr Menschen das Etikett *Behinderung* bekommen müssen.

## c) Normen sind umstritten

Der normative Rahmen, von dem ich spreche, wird nicht von irgend jemandem definiert, sondern entsteht in sozialen und wirtschaftlichen Prozessen. Erst im zweiten Schritt wird er definiert. Dabei ist im Einzelfall oft umstritten, wo genau die Grenzlinie verläuft. Ein kleiner Streit im Rahmen einer Fachtagung zum Thema Schwerbehindertenrecht kann das illustrieren:

Eine junge Ärztin vertrat engagiert die Auffassung, ein 85-Jähriger, der am Stock gehe, sei nicht behindert. Denn es sei „normal“, dass man mit 85 am Stock gehe. Das rief heftigen Protest eines älteren Tagungsteilnehmers hervor, der die Auffassung vertrat, eine solche Auffassung diskriminiere alte Menschen.

Im schulischen Bereich findet eine vergleichbare Diskussion statt:

Immer mehr Kinder werden mit dem Etikett ADHS ausgestattet. Dabei ist umstritten, ob hier Kinder zu Behinderten gemacht werden, um gesteigerte Anforderungen des Schulsystems rechtfertigen zu können, oder ob es sich „tatsächlich“ um eine Behinderung handelt. Diesen Streit kann man interpretieren als einen Streit um die Grenze, jenseits derer eine Person als

---

<sup>2</sup> § 43 SGB VI; das Konzept findet auch im Rahmen der Grundsicherung für Arbeitsuchende ( § 8 SGB II) und der Grundsicherung für Erwerbsunfähige (§ 41 Abs. 3 SGB XII) Verwendung.

<sup>3</sup> Reusch, Jürgen, Mehr Arbeitsintensität, mehr Zeit- und Leistungsdruck. Belastungswandel und die Erosion des Normalarbeitsverhältnisses, in: Arbeit & Ökologie Briefe, 2003, H. 1, S. 19-24 mwN

nicht mehr normgerecht gilt und damit u.U. behindert wird – m.a.W.: als einen Streit um die Ausmaße des Rahmens der Norm.

#### d) Was ausgegrenzt wird, ist heterogen

Behinderung ist nicht identisch mit der Abweichung von einer Norm, steht aber immer im Zusammenhang mit einer solchen Abweichung. Die Abweichung von einer Norm ist keine positive, sondern eine negative Kategorie: Behindert wird, wer bestimmte Normen nicht erfüllt. *Die Normierungsprozesse unserer Gesellschaft definieren primär nicht Menschen als behindert, sondern umgekehrt: Sie definieren Personen, die bestimmten Anforderungen genügen und bestimmte Eigenschaften haben, als normgerecht.* Menschen mit Behinderung sind Menschen, die in diesem Sinne nicht normgerecht sind. Der Begriff der Behinderung ist also eine negative Kategorie: Er bezeichnet nicht, was jemand „hat“, sondern, was jemand „nicht hat“. Das erklärt, warum das Etikett *Behinderung* auf eine extrem heterogene Gruppe von Menschen verweist.

## 2. Rechtliches Verständnis von Behinderung

### a) Der Grundsatz der Gleichheit als zentrale normative Prämisse

Der Idee des Rechtes in einer modernen Gesellschaft liegt die normative Idee der Gleichheit aller Menschen zugrunde. Gustav Radbruch formulierte deshalb in seiner berühmten Formel, die unter Juristen zwar dem Sinn nach, aber kaum im Wortlaut bekannt ist:

*„Wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Satzung positiven Rechts bewusst verleugnet wurde, heißt das Gesetz nicht etwa nur ‚unrichtiges‘ Recht, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur. Denn man kann Recht, auch positives Recht, gar nicht anders definieren als eine Ordnung und Satzung, die ihrem Sinne nach bestimmt ist, der Gerechtigkeit zu dienen.“<sup>4</sup>*

### b) Ungleiches darf nicht gleich behandelt werden

Nun sind Menschen unterschiedlich und gerade nicht gleich. Soziale und wirtschaftliche Beziehungen sind vielfältig und oftmals asymmetrisch. Der

---

<sup>4</sup> Gustav Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946, 105 <107> vgl. a. Robert Alexy, Begriff und Geltung des Rechts, 1992

tatsächlichen Ungleichheit trägt das Recht dadurch Rechnung, dass es Ungleiches auch ungleich behandelt. Denn die gleiche Behandlung von Ungleichem führt gerade nicht zur Gleichheit, sondern bestätigt oder verstärkt sogar die Ungleichheit.<sup>5</sup>

Deshalb gelten zum Beispiel unterschiedliche arbeitsrechtliche Regelungen für Arbeitnehmer und Arbeitgeber, unterschiedliche Regelungen für kleine und große Betriebe, unterschiedliche mietrechtliche Regelungen für Vermieter und Mieter, unterschiedliche Steuerpflichten für Bezieher kleiner und Bezieher großer Einkommen, besondere Prüfungsbedingungen für Studierende mit bestimmten Behinderungen usw.

Wenn das Gesetz im Interesse der Gleichheit Ungleiches ungleich behandelt, dann muss es das Ungleiche benennen. Denn das Medium des Rechtes sind Begriffe.

### c) Das Etikett *Behinderung* dient der Herstellung von Gleichheit

Das Recht will Menschen mit Behinderungen nicht gleich behandeln wie Menschen ohne Behinderungen, weil das Ungleiche zur Folge hätte. Ein Studierender mit einer starken Sehbehinderung, der den gleichen Prüfungsbedingungen unterworfen wird wie andere Studierende, würde gerade durch die Gleichbehandlung diskriminiert. Ein Mensch mit einer schweren geistigen Behinderung, der nicht sprachfähig ist, würde diskriminiert, wenn man die Bewilligung von Grundsicherungsleistungen von denselben Voraussetzungen abhängig machen würde, die für einen Menschen ohne Behinderung gelten.

Das Gesetz kann Ungleichbehandlung im Interesse der Gleichheit jedoch nur dann vorgeben, wenn es einen Begriff verwendet, der diejenigen Personen, die anders behandelt werden sollen, bezeichnet. Das Gesetz braucht also den Begriff der Behinderung, um zu verhindern, dass durch die Gleichbehandlung von Ungleichem Diskriminierung entsteht. Der Begriff der Behinderung im Gesetz unterliegt dem Normzweck – der Intention – der Nichtdiskriminierung. Das Gesetz braucht einen Begriff, der es ermöglicht, unterschiedliche Sachverhalte unterschiedlichen Rechtsfolgen zuzuordnen, um Diskriminierung durch Gleichbehandlung von Ungleichem zu verhindern. Für den Begriff der psychischen Krankheit gilt nichts anderes. Das bedeutet aber: Die Begriffe der psychischen Erkrankung und der Behinderung finden im Gesetz im Dienste der Nichtdiskriminierung, also der Gleichheit,

---

<sup>5</sup> Lipp, Freiheit und Fürsorge: Der Mensch als Rechtsperson, Tübingen 2000, S. 68

Verwendung. In diesem Sinne sind sie intentionale Begriffe.<sup>6</sup>

#### d) Misstrauen gegen das Rechtssystem

Rechtspraxis und Rechtswissenschaft in ihrer Praxis reflektieren die Grundlagen des Rechtes eher selten. Sie haben einen Diskurs etabliert, dessen Medium eine spezifische Rhetorik ist, die – wie viele Fachsprachen – eine Tendenz zeigt, sich gegen das Mitwirken von Menschen, die der Disziplin nicht angehören, abzuschotten. Für den Laien erscheinen juristische Texte mitunter wie ein unverständliches Wortgeklingel, das am Ende Ergebnisse produziert, die als mitunter als ungerecht empfunden und oft von niemandem nachvollzogen werden können. Die Rechtswissenschaft hat eindrucksvoll vorgeführt, dass sie in der Lage ist, ihr Instrumentarium illegitimen Intentionen zu unterwerfen. Mit anderen Worten: Das Rechtssystem kann seine Rhetorik verwenden, um Diskriminierung durchzusetzen und sogar, um Verbrechen den Anschein der Legitimität zu verleihen. Ich erinnere hier an die Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis, mit der den Insassen von Anstalten bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes vom 14.03.1972<sup>7</sup> schmucklos Grundrechte entzogen wurden. (Damals war das Grundgesetz schon fast 23 Jahre in Kraft!) Und ich erinnere an die Juristen Donald Rumsfelds, die ihr ganzes technisches Können aufbrachten, um Folter zu legalisieren.

Die Rechtswissenschaft kann keinen Anspruch auf Vorvertrauen geltend machen. Sie muss das Misstrauen, das ihr und auch der Rechtsanwendung durch Verwaltung und Gerichte entgegenschlägt, nicht nur akzeptieren. Sie muss geradezu dazu auffordern, ihr selbst zu misstrauen. Verschärfter Rechtfertigungsdruck tut der Rechtswissenschaft ganz gut. Rechtfertigung gehört zu ihrem Geschäft. Das heißt natürlich nicht, dass die Sphäre des Rechtes sich dem common sense unterwerfen soll. Das Recht muss oft und in vielen Situationen standfest gegen Versuchungen des Zeitgeistes sein.

### 3. Exkurs: Recht

Die UN-BRK hat große Hoffnungen und eine intensive Debatte ausgelöst. Die Debatte kreist zum Einen die Rechte von Menschen mit Behinderung. Zum Zweiten – und das ist mehr eine rechtswissenschaftliche Debatte – um die Frage, wie völkerrechtlich konstituierte Menschenrechte in das innerstaatliche Recht hineinwirken. Juristen, die wissen, wie schwer ältere

---

<sup>6</sup> Grundlegend zum Rechtsbegriff der Behinderung: Welti, Behinderung und Rehabilitation im sozialen Rechtsstaat, Tübingen 2005, insbesondere S. 112 ff.

<sup>7</sup> BVerfG, 14.3.1972, 2 BvR 41/71

menschenrechtliche Verträge es bis heute haben, von der nationalen Rechtspraxis anerkannt zu werden<sup>8</sup>, neigen dazu, auch die UN-BRK in das Reich allgemeiner Programmsätze und damit letztlich in die Sphäre der Politik zu exterritorialisieren. Wer sich hingegen für die Rechte von Menschen mit Behinderungen stark macht, neigt oft dazu, einzelne Normen der UN-BRK isoliert zu betrachten und daraus unmittelbar und ohne Rücksicht auf den normativen Kontext, in den die UN-BRK fällt, rechtliche Ansprüche abzuleiten.<sup>9</sup> Deshalb erscheint es mir notwendig, einige Sätze zu der Frage, was Recht ist, zu verlieren.

Bereits eine rechtspositivistische und insofern methodisch unzureichende Betrachtung zeigt<sup>10</sup>, dass einerseits die Exterritorialisierung der UN-BRK in das Reich der Luftschlösser falsch und dass andererseits der Versuch, die UN-BRK als Brecheisen zu gebrauchen, naiv ist. Gesetzestexte und damit auch die UN-BRK wirken nicht unmittelbar normativ.<sup>11</sup> Normativ – also im einzelnen Fall konkret entscheidend – wirkt die Rechtspraxis – also die konkreten Entscheidungen der Rechtsanwender. Im Streitfall sind das die Gerichte. Im Fall sozialrechtlicher Vorgaben ist das primär die Verwaltung. Das können aber auch andere Akteure sein, wie zB psychiatrische Kliniken oder rechtliche Betreuer. Ich beschränke mich nun auf die Gerichte, denn deren normative Entscheidungen sollten die Leitentscheidungen sein, an denen sich die Rechtspraxis anderer Rechtsanwender orientiert.

Der Ausdruck „Gerichte wenden das Gesetz an“ ist insofern naiv, als das Gesetz nicht einfach „anwendbar“ ist. Denn das Gesetz regelt keine Einzelfälle, Gerichtsentscheidungen hingegen tun das. Insofern wirken sie – Gerichtsentscheidungen –, anders als Gesetze tatsächlich und konkret normativ. Wenn dem Gericht unterschiedliche gesetzliche Vorgaben zur

---

<sup>8</sup> vgl. dazu Wimalasena, Die Durchsetzung soziale Menschenrechte. Rechtsfortbildung am Beispiel des Internationalen Sozialpakts von 1966, KJ 2008, 2-23

<sup>9</sup> Die folgenden Arbeiten geben einen großen Teil des Spektrums wieder: 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, UN-Behindertenrechtskonvention und Betreuungsrecht, online Beiträge des 12. BGT, www.bgt-ev.de; Masuch, Die UN-Behindertenrechtskonvention anwenden!, in: Hohmann-Dennhardt u.a., Festschrift für Renate Jäger – Grundrechte und Solidarität – Durchsetzung und Verfahren, Kehl 2011; Banafsche, Die UN-Behindertenrechtskonvention und das deutsche Sozialrecht, SGB 2012, 373-379 (Teil 1) und 440-445 (Teil 2)

<sup>10</sup> Grundlegend zur Kritik am Rechtspositivismus: Dworkin, Bürgerrechte ernst genommen, Frankfurt/M 1984

<sup>11</sup> Diese und die folgenden Überlegungen basieren auf: Müller/Christensen, Juristische Methodik, Bd. 1, 9. Aufl. 2004

Verfügung stehen, die zu einem Fall „passen“ könnten, jedoch Widersprüchliches aussagen, entscheidet das Gericht, welche Vorgabe in welcher Weise in die Entscheidung einfließt. Rechtspraxis und -wissenschaft haben Konkurrenzregeln entwickelt, die jedoch wiederum zu widersprüchlichen Ergebnissen führen können.<sup>12</sup> Darüber hinaus fließen nicht nur Vorgaben aus Gesetzestexten, sondern auch viele andere Vorgaben in eine Entscheidung ein. Das wird zum einen daran deutlich, dass sowohl das Bundesverfassungsgericht als auch der EGMR sich zu einer dynamischen Auslegung von Gesetzestexten bekennen.<sup>13</sup> Eine bestimmte Vorschrift kann also heute was anderes bedeuten als morgen, ohne dass sich am Gesetzestext irgend etwas geändert hätte. Zum Zweiten genügt eine kursorische Betrachtung bundesgerichtlicher Rechtsprechung, um sich davon zu überzeugen, dass Bundesgerichte in überraschend großzügiger Weise Rechtssätze entwickeln – man kann auch sagen: „erfinden“ –, die nicht nur für den konkret entschiedenen Fall, sondern für ganze Rechtsgebiete weitreichende Folgen zeitigen.

Die UN-BRK ist weder ein „Supergesetz“, das alle anderen Regeln kurzerhand aushebeln könnte, noch ist ihre normative Autorität in der Rechtsprechung in gleicher Weise anerkannt wie diejenige des BGB oder des SGB XII. In welcher Weise die Gerichte die Vorgaben der UN-BRK in

<sup>12</sup> zu den sog. Kollisionsregeln vgl. Vranes, *Lex Superior, Lex Specialis, Lex Posterior* – Zur Rechtsnatur der „Konfliktlösungsregeln“, *ZaöRV* 65 (2005), 391-405 (online unter [www.zaoerv.de](http://www.zaoerv.de)); außerdem BSG, 06.03.2012, B 1 KR 10/11 R

<sup>13</sup> BVerfG, 14.2.1973 „Soraya“, 1 BvR 112/65: „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>1313</sup> „Hier sieht sich der Richter die 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 vgl. a. Müller/Christensen, *Juristische Methodik*, Bd. 1, 9. Aufl. 2004, 55 EGMR, 25.7.1978, *Tyrer vs. The United Kingdom*: „The Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions.“<sup>1313</sup> EGMR Urteil vom 25.7.1978, Ty

normative Praxis umgesetzt werden, bleibt abzuwarten. Denn es ist jedenfalls Recht, dass Gerichte entscheiden, welche konkreten normativen Konsequenzen aus Gesetzestexten erwachsen.

Man kann die normativen Entscheidungen, die Gerichte fällen, für falsch halten. Man kann der deutschen Rechtswissenschaft durchaus vorwerfen, dass sie in Bezug auf die Rechtsprechung der Bundesgerichte manchmal opportunistisch ist und die kritische Auseinandersetzung mit höchstrichterlichen Sprüchen vermissen lässt.

Dazu benötigt man aber einen nicht-positivistischen und damit einen anspruchsvollen Begriff von Recht. Es genügt nicht oder nur in seltenen Ausnahmefällen, alleine den Wortlaut eines Gesetzes gegen eine (bundes)gerichtliche Entscheidung in Stellung zu bringen. Das gilt erst recht, wenn es sich um grundrechtliche und damit sehr allgemeine Regelungen handelt. Ein sozusagen verschärfter Rechtspositivismus, der die Rolle der Gerichte ignoriert und in einem trotzigem „Es steht im Gesetz“ verharret, verkennt, wie Recht konstituiert wird.

Im Kontext der UN-BRK kommt langsam eine rechtswissenschaftliche Diskussion um die Frage, inwieweit, in welcher Weise, in welcher Tiefe usw. die einzelnen Vorschriften der BRK bestimmte Entscheidungen determinieren, in Gang. Wer sich für die Rechte von Menschen mit Behinderungen einsetzt, sollte sich hier einmischen und nicht glauben, der Verweis darauf, dass die BRK „gilt“, mache diese Auseinandersetzung entbehrlich.

#### 4. Zwang

Die Möglichkeit, in bestimmten Fällen Zwang gegen einen Menschen in seinem eigenen Interesse auszuüben, kann und darf nicht grundsätzlich abgeschafft werden. Rechtlich lässt sich der Grund dafür abstrakt einfach formulieren:

1. Die Grundrechte eines Menschen sind kein harmonischer Akkord, sondern können in vielfältiger Hinsicht miteinander in Konflikt geraten. In diesen Fällen hat eine Rechtsgüterabwägung stattzufinden.
2. Grundrechte stehen nicht zur Disposition einer Mehrheit. Sie sind individuell und unveräußerlich. Das bedeutet, dass wir uns der Verantwortung für Menschen mit psychischen Krankheiten oder mit Behinderungen nicht dadurch entledigen können, dass wir (andere) Betroffene befragen, was sie für richtig halten,

oder dadurch, dass wir uns dem Votum von Betroffenenverbänden unterwerfen. Denn jeder einzelne Mensch hat Menschenrechte – auch in einem psychotischen Zustand, auch wenn er der Sprachfähigkeit verlustig gegangen ist oder nie Sprachfähigkeit besaß.

Staatlicher Zwang im Dienst der Ungleichbehandlung von Ungleichen und damit im Dienst der Nichtdiskriminierung kann unterschiedlicher Intensität sein und unterschiedliche Formen annehmen. Bevor ich auf die eigentlich entscheidende Frage komme, nämlich die Frage nach der Rechtsgüterabwägung, möchte ich deshalb eine vorläufige Kategorisierung unterschiedlicher Arten und unterschiedlicher Intensitäten von Zwang vorstellen:

#### 1. Beratung und Unterstützung gegen den Willen

Rechtliche Betreuung sieht vor, dass ein Betreuer auch gegen den Willen des Betroffenen bestellt werden kann.<sup>14</sup> Ich unterscheide an dieser Stelle nicht zwischen natürlichem und freiem Willen, weil ich diese Unterscheidung für problematisch halte und weil ich der Auffassung bin, dass Entscheidungen gegen den Willen des Betroffenen auch dann als solche zu benennen sind, wenn dieser Wille aus rechtlicher Perspektive als „bloß natürlicher“ Wille disqualifiziert wird.<sup>15</sup> Das schwächste und zugleich wichtigste Instrument der rechtlichen Betreuung<sup>16</sup> ist Beratung und Unterstützung. Wenn der Betroffene das jedoch nicht will, ist auch das eine staatliche Zwangsmaßnahme, die gegen den Willen des Betroffenen angeordnet werden kann.

#### 2. Gesetzliche Vertretung

Im Rahmen der rechtlichen Betreuung wird dem Betreuer gesetzliche Vertretungsmacht über den Betroffenen eingeräumt.<sup>17</sup> Das bedeutet: Der Betreuer kann an Stelle des Betroffenen mit Wirkung für diesen verbindliche Willenserklärungen abgeben.

---

<sup>14</sup> § 1896 ABs. 1 a BGB

<sup>15</sup> vgl. Rosenow, Von der richterlichen Wertentscheidung zur medizinischen Tatsache? Begutachtungsprobleme im Betreuungsverfahren - aus juristischer Sicht, MedSach 2011, 151-161

<sup>16</sup> Lipp, Betreuung: Rechtsfürsorge im Sozialstaat aus betreuungsrechtlicher Perspektive, S. 26, in: Betrifft: Betreuung Nr. 8, S. 15 – 28 (gekürzt in: BtPrax 2005, 6-10)

<sup>17</sup> § 1902 BGB

### 3. „Entmündigung“

Das Betreuungsrecht umfasst auch die Möglichkeit, in Teilbereichen das zu tun, was man umgangssprachlich auch heute noch „Entmündigung“ nennt. Das bedeutet: Es ist möglich, dem Betroffenen Entscheidungsbefugnis für bestimmte Angelegenheiten ganz oder teilweise zu entziehen. Das ergibt sich zum Einen aus dem Einwilligungsvorbehalt<sup>18</sup> und zum Zweiten aus der Verfahrensunfähigkeitsfiktion des § 53 ZPO, die auch im Verwaltungsverfahren gilt.<sup>19</sup>

### 4. Unverletzlichkeit der Wohnung

Das Eindringen in die Wohnung gegen den Willen des Wohnungsbesitzers ist eine Zwangsmaßnahme. Inwieweit und unter welchen Voraussetzungen das im Betreuungsrecht zulässig ist, ist umstritten.<sup>20</sup>

### 5. Freiheitsentzug

Menschen mit Behinderung können von Freiheitsentzug betroffen sein im Rahmen der strafrechtlichen Unterbringung<sup>21</sup>, im Rahmen der landesrechtlichen Unterbringung<sup>22</sup> und im Rahmen der betreuungsrechtlichen Unterbringung.<sup>23</sup>

### 6. Fixierung

Vom Freiheitsentzug durch Einschließen in einer Anstalt zu unterscheiden ist die Fixierung.<sup>24</sup> Fixierungsmaßnahmen sind zum Teil in § 1906 Abs. 4 BGB geregelt. Daneben finden Fixierungsmaßnahmen vor allem in der Psychiatrie statt. Inwieweit die Fixierungsmaßnahmen in der Psychiatrie rechtmäßig sind, ist umstritten. Einer gerichtlichen Kontrolle unterliegen sie de facto überwiegend nicht.

### 7. Zwangsmedikation

Die zwangsweise Verabreichung von Medikamenten, in der

---

<sup>18</sup> § 1903 BGB

<sup>19</sup> § 53 ZPO iVm § 12 III VwVfG, § 11 III SGB X, § 79 III AO

<sup>20</sup> Fratzky, Kann der Betreuer die Wohnung des Betreuten gegen dessen Willen betreten?, BtPrax 2000, 239-241

<sup>21</sup> §§ 63, 63 StGB

<sup>22</sup> PsychKGs der Länder

<sup>23</sup> § 1906 BGB

<sup>24</sup> sog. Unterbringungsähnliche Maßnahmen, § 1906 Abs. 4 BGB

Regel durch eine Spritze, ist wohl die schärfste Ausübung von Zwang. Um so schockierender ist es, dass die Entscheidung über die Frage, ob zwangsweise behandelt werden darf, bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes vom 23.03.2011 in einer großen Zahl von Fällen allein bei den behandelnden Ärzten lag, ohne dass Rechtsschutz gegeben war.<sup>25</sup>

## 5. Rechtsgüterabwägung

Die Grundrechte ein und derselben Person können miteinander in Konflikt geraten. Nicht nur können unterschiedliche Grundrechte widersprüchliche Entscheidungen nahelegen. Auch ein und dasselbe Grundrecht kann zu widersprüchlichen Ergebnissen führen. Eine Krebserkrankung kann die operative Entfernung eines Organs auch in Fällen nahelegen, in denen nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann, dass die Folgen der Operation schlimmer sind als diejenigen der Krebserkrankung. Für das Selbstbestimmungsrecht gilt das sogar in besonderer Weise: Ich möchte behaupten, dass jeder von Ihnen schon einmal Situationen erlebt hat, in denen er gleichzeitig unterschiedliche Dinge will, von denen er jedoch weiß, dass er definitiv nicht beides haben kann. Nun kann man es sich leicht machen – und manche tun das –, indem man kurzerhand sagt: All diese Konflikte entscheidet stets und einzig derjenige, den sie betreffen. Damit würde man jedoch Ungleiches gleich und darüber hinaus sogar in bestimmten Fällen, Gleiches ungleich behandeln. Eine derart kompromiss- und rücksichtslose Inthronisierung eines verengt verstandenen Selbstbestimmungsrechtes als master-rule für Konflikte von Grundrechten würde diejenigen diskriminieren, die nicht über die Fähigkeiten verfügen, die erforderlich sind, um Entscheidungen der hier beschriebenen Art zu treffen.

Die Frage, welche Fähigkeiten genau das sind, ist keine juristische Frage und kann deshalb – aber nicht nur deshalb – hier nicht beantwortet werden. Deshalb muss ich mich damit bescheiden, plausibel zu machen, dass es Zustände und Situationen gibt, in denen wir nicht in der Lage sind, für uns selbst wichtige Entscheidungen zu treffen. Solche Zustände können verursacht werden durch schwerwiegende Beeinträchtigungen der intellektuellen Fähigkeiten, wie zB eine schwere geistige Behinderung oder Demenz, durch Suchtmittel und Medikamente und durch psychische

---

<sup>25</sup> Zum Maßregelvollzug in Rheinland-Pfalz: BVerfG, 23.3.2011, 2 BvR 882/09; Zum Unterbringungsgesetz in Baden-Württemberg: BVerfG, 12.10.2011, 2 BvR 633/11; Zur betreuungsrechtlichen Zwangsbehandlung: BGH, 01.02.2006, XII ZB 236/05 (zulässig); BGH, 20.06.2012, XII ZB 99/12 (nicht mehr zulässig mit Bezug auf BVerfG 23.3.2011)

Krankheiten. So kann ein Mensch, der in wahnhafter Weise glaubt, mit seinen Körperkräften ein schnell fahrendes Auto anhalten zu können, nicht vorhersehen, dass der Versuch, das Auto zu stoppen, ihn umbringen wird. Er kann die Entscheidung, diesen Versuch zu unternehmen, deshalb nicht selbst treffen und sollte davon abgehalten werden. Ebenso wenig kann jemand, der Halluzinationen ausgesetzt ist, die ihn einerseits davon abhalten, Hilfe in Anspruch zu nehmen, andererseits aber ihn in den Suizid treiben, selbst darüber entscheiden, ob er Hilfe in Anspruch nimmt, wenn er die Halluzinationen nicht als solche identifizieren kann.

Aus Perspektive der UN-BRK bedeutet das: Eine Zwangsmaßnahme kann eine Diskriminierung sein. Andererseits kann auch *der Verzicht auf eine Zwangsmaßnahme eine Diskriminierung* im Sinne der UN-BRK sein. Wenn ein Mensch in einer bestimmten Situation nicht in der Lage ist, für sich selbst eine Entscheidung zu treffen, dann kann eine Diskriminierung gerade darin liegen, dass niemand für ihn entscheidet oder sogar darin, dass kein Zwang ausgeübt wird. Und wie gesagt: Das kann nicht von einer Mehrheit für alle entschieden werden, denn Grundrechte sind individuelle Rechte, die nicht zur Disposition der Mehrheit und auch nicht zur Disposition der Legislative stehen.

Es ist an dieser Stelle weder erforderlich noch möglich, den Verlauf der Grenze zwischen Fällen, in denen Zwang ausgeübt werden muss und Fällen, in denen das illegitim ist, zu beschreiben. Es genügt, wenn ich plausibel machen konnte, dass es eine solche Grenze gibt. Abschließend möchte ich mich statt dessen der Frage zuwenden, wie diese Entscheidung zu treffen ist.

## a) Verfahren

Verfahren dienen der Produktion von Entscheidungen. Entscheidungen sind das Ergebnis von Verfahren. Verfahrensgarantien können sehr unterschiedlich ausgestaltet werden. Der Umfang und die Intensität von Verfahrensgarantien muss der Schwere des Eingriffes in das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen korrelieren. Deshalb war und ist es verfassungswidrig, wenn Menschen mit einer psychischen Erkrankung ohne jede Möglichkeit, diese Entscheidung überprüfen zu lassen, zwangsweise behandelt werden – wie die Landesgesetze zum Maßregelvollzug und zur öffentlich rechtlichen Unterbringung das überwiegend vorsahen bzw. immer noch vorsehen. Das Bundesverfassungsgericht hat in der Entscheidung vom 23.03.2011<sup>26</sup> ausführlich und detailliert herausgearbeitet, was das bedeutet.

---

<sup>26</sup> BVerfG, 2 BvR 882/09, 23.3.2011

Zunächst hat derjenige, der von einer Zwangsmaßnahme betroffen sein kann, Anspruch auf ein gerichtliches Verfahren, in dem darüber entschieden wird, ob Zwang ausgeübt werden darf oder nicht.

Das Verfahren ist so auszugestalten, dass sichergestellt wird, dass – juristisch gesprochen – der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz konsequent Berücksichtigung findet. Schließlich darf eine Zwangsmaßnahme nur dann zulässig sein, wenn mildere Mittel sich als ungeeignet erwiesen haben.

Eine entscheidende Frage ist, welche Beschwerdemöglichkeiten gegeben sind. In schwerwiegenden Grundrechtseingriffen, die hier zur Rede stehen, kann es keinesfalls richtig sein, das Verfahren auf eine Instanz zu beschränken. Die Erfahrung zeigt sehr deutlich, dass die Rechtsprechung der Untergerichte sich verändert und sehr hemdsärmelig werden kann, wenn kein Rechtsmittel gegeben ist.

Neben der Ausgestaltung des Instanzenzuges haben vor allem die Regeln zur Sachverhaltsaufklärung besondere Bedeutung. Die Geltung des Untersuchungsgrundsatzes alleine reicht nicht aus, um sicherzustellen, dass die Perspektive des Betroffenen angemessen berücksichtigt wird. Deshalb sollte in allen Verfahren, die Zwangsmaßnahmen betreffen, ein Anspruch auf Zweitbegutachtung durch ein Gutachter freier Wahl eingeführt werden.<sup>27</sup>

Die Möglichkeiten vorläufiger Vollstreckbarkeit sind restriktiv zu gestalten, um sicherzustellen, dass – von Notsituationen abgesehen – die Anspruchnahme von Rechtsschutz nicht faktisch durch vorzeitigen Vollzug vereitelt wird.

## b) Rechtskultur

Wir wissen aus den Studien zur körpernahen Fixierung in Pflegeheimen zum Einen, dass wahrscheinlich 5/6 aller körpernahen Fixierungsmaßnahmen nicht erforderlich sind.<sup>28</sup> Damit dürften sie auch nicht richterlich genehmigt werden. Andererseits wissen wir aber, dass die Genehmigungsquote bei Fixierungsmaßnahmen nach § 1906 IV BGB zwischen 85 und 100 % schwankt.<sup>29</sup> Das lässt nur den Schluss zu, dass das Genehmigungsverfahren,

---

<sup>27</sup> vgl. Rosenow, Der Weg zur Grenze der Freiheit zur Krankheit, [http://www.srif.de/dokumente/upload/a1cd8\\_rosenow\\_freiheit\\_zur\\_krankheit.pdf](http://www.srif.de/dokumente/upload/a1cd8_rosenow_freiheit_zur_krankheit.pdf)  
mwN

<sup>28</sup> Abschlussbericht Redufix-Studie, Download unter: [http://www.redufix.de/html/img/pool/redufix\\_Abschlussbericht\\_Ministerium\\_Entfixierung.pdf](http://www.redufix.de/html/img/pool/redufix_Abschlussbericht_Ministerium_Entfixierung.pdf) (Abfrage 7.3.2013)

<sup>29</sup> Genehmigungsquoten: <http://www.bundesanzeiger->

jedenfalls bis zu einem gewissen Grad, zu einem leeren Formalismus heruntergekommen ist, der offenbar nicht sicherstellen kann, dass tatsächlich im Einzelfall substantiiert geprüft wird, ob eine Zwangsmaßnahme erforderlich und damit genehmigungsfähig ist.

Dieses Ergebnis führt uns schlagend vor Augen, dass auch ein im Gesetz detailliert ausbuchstabiertes Verfahren nichts nützt, wenn die Verantwortlichen nicht von der Sinnhaftigkeit der verfahrensrechtlichen Vorgaben überzeugt sind und ihre Kreativität und ihr Engagement in den Dienst einer von Empathie getragenen Rechtsgüterabwägung stellen. Mit anderen Worten: Ohne eine adäquate Justizkultur kann die Abgrenzung von Fällen, in denen im Interesse des Betroffenen Zwang erforderlich sein mag und solchen, in denen dies unstatthaft ist, kaum gelingen. Trotzdem sind wir auf das Rechtssystem angewiesen. Es gibt keine Alternative.<sup>30</sup> Wir dürfen und müssen die Justiz in die Pflicht nehmen. Das umfasst die Erwartung, dass sie sich kritischen Fragen stellt, dass sie sich mit Menschen mit Behinderungen und mit ihren Fürsprechern auseinandersetzt, dass sie ihre eigene Praxis kritisch reflektiert und sich selbst engagiert, um ihre eigene Kultur da weiterzuentwickeln, wo es dessen bedarf.

## 6. Schlüsselfrage ambulante Unterstützung

Die abstrakte Rede von der Abwägung von Rechtsgütern und von Verfahren, die im Dienst einer solchen Abwägung stehen, verstellt den Blick auf die psychische und soziale Dynamik, die Zustände, in denen Zwang tatsächlich im Interesse des Betroffenen erforderlich ist oder nur scheint, überhaupt erst erzeugt. Wenn Ärzte und Juristen einen Menschen mit einer psychischen Krankheit in einer Situation erleben, der eine ganze Kette von schwer zu verkraftenden Ereignissen vorausging, die schließlich zur Zwangseinweisung in eine psychiatrische Klinik führten, dann mag ihnen die Zwangsmaßnahme auch bei sorgfältigster Abwägung zu Recht notwendig erscheinen.

Wenn sie aber erlebt hätten, dass der Betroffene zuvor vielleicht seine Anstellung verloren oder eine Trennung erlebt hat, dass er vielleicht Schwierigkeiten mit den Nachbarn hatte und in der Folge einen Rechtsstreit mit dem Vermieter, wenn sie ihn zum Jobcenter oder zum Sozialamt

---

verlag.de/betreuung/wiki/Datei:Genehmigungsquote\_uae\_Massnahmen.gif (Abfrage 7.3.2013)

<sup>30</sup> so auch Gerard Quinn, Concept Paper 'Personhood & Legal Capacity Perspectives on the Paradigm Shift of Article 12 CRPD, [www.nuigalway.ie/cdlp/documents/publications/Harvard%20Legal%20Capacity%20gg%20draft%202.doc](http://www.nuigalway.ie/cdlp/documents/publications/Harvard%20Legal%20Capacity%20gg%20draft%202.doc) (Abfrage 7.3.2013)

begleitet und erlebt hätten, welche Erfahrungen er dort macht, wenn sie erlebt hätten, wie er in seiner Krichengemeinde aus dem Gottesdienst hinauskomplementiert wurde oder welche Erfahrungen er beim Einkaufen gemacht hat, usw – vielleicht würden sie dann den Eindruck gewinnen, dass es sehr wohl mildere Mittel gegeben hätte, zB in Form einer aufsuchenden professionellen Hilfe, dass dafür aber nun zu spät ist.

Mir scheint, dass es einen breiten Konsens daüber gibt, dass in vielen Fällen Zwang hätte vermieden werden können, wenn früher Hilfe gekommen wäre. Das führt in ein juristisches Dilemma: Einerseits kann und muss nun möglicherweise Zwang ausgeübt werden, weil alles andere für den Betroffenen weit schlimmere oder sogar tödliche Folgen haben könnte. Andererseits ist dem Zwang die legitimatorische Grundlage entzogen, weil vor seiner Ausübung versäumt wurde, mildere Mittel anzuwenden.

Die UN-BRK fordert in Art. 19, dass Menschen mit Behinderung die erforderlichen Unterstützungsdienste gemeindenah zur Verfügung stehen. Die Konvention ist ein Gesetz. Gesetzliche Ansprüche gegen Hoheitsträger werden freiwillig erfüllt oder sie werden müssen eingeklagt werden. Man kann aber eine Kommune oder einen Leistungserbringer nicht darauf verklagen (jedenfalls noch nicht), bestimmte Strukturen zu schaffen. Wenn die Strukturen – die Leistungsangebote – gar nicht erst geschaffen werden, dann können schwerlich klagbare Ansprüche erwachsen. Das bedeutet: Auf dem Wege der Inanspruchnahme von Rechten lassen sich die Voraussetzungen dafür, dass Situationen, in denen Zwang erforderlich ist oder scheint, gar nicht erst entstehen, kaum schaffen.

Eine der größten gesellschaftlichen und politischen Herausforderungen liegt deshalb darin, in einer Welt, in der Bedingungen und Gestalt sozialer Beziehungen einem schnellen Wandel unterworfen sind, Strukturen zu schaffen, die sicherstellen, dass Menschen mit psychischen Beeinträchtigungen nicht erst dann Unterstützung erfahren, wenn – juristisch gesprochen – Gefahrenabwehr nottut, sondern schon dann, wenn sie in Not geraten und der der Hilfe bedürfen.

Die Schaffung flächendeckender ambulanter Unterstützungssysteme ist nicht etwa bloß sozialpolitisch sinnvoll, sondern *grundrechtlich geboten*. Das galt auch vor Inkrafttreten der UN-BRK, aber die Konvention kann dazu beitragen, dass ein Bewusstsein davon entsteht, dass Unterstützungssysteme, die immer noch als Wohltaten verstanden werden, die man nach Kassenlage gewähren oder entziehen kann, aus menschenrechtlichen Gründen zur Verfügung stehen *müssen*.