

Ina Hoppach

Die Fixierung in der Altenpflege §§ aus strafrechtlicher Sicht



Ina Hoppach

**Die Fixierung in der
Altenpflege aus
strafrechtlicher Sicht**

Ina Hoppach

Die Fixierung in der Altenpflege aus strafrechtlicher Sicht

Tectum Verlag

Ina Hoppach

Die Fixierung in der Altenpflege aus strafrechtlicher Sicht

Zugl. Diss. Christian-Albrechts-Universität zu Kiel 2015

© Tectum Verlag Marburg, 2015

ISBN 978-3-8288-6288-3

(Dieser Titel ist zugleich als gedrucktes Buch
unter der ISBN 978-3-8288-3595-5 im Tectum Verlag erschienen.)

Umschlagabbildung: shutterstock.com © michaeljung

Besuchen Sie uns im Internet

www.tectum-verlag.de

www.facebook.com/tectum.verlag

Bibliografische Informationen der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Angaben sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	1
Teil 1: Einführung in den Untersuchungsgegenstand	2
A. Gegenstand der Untersuchung	2
I. Das Konfliktthema Fixierung	2
II. Statistik zu freiheitsentziehenden Maßnahmen	3
III. Anstieg der Pflegebedürftigkeit durch demographischen Wandel	6
IV. Wohn- und Pflegeformen im Alter	9
V. Pflegequalität und Viktimisierung älterer Menschen	11
1. Verlagerung der Viktimisierungswahrscheinlichkeit in den sozialen Nahbereich.....	12
2. Korrelation zwischen Budget und Pflegequalität.....	14
VI. Internationales Echo zur gesunden Altenpflege.....	15
1. UN-Weltversammlung über das Altern.....	15
2. Empfehlung des Europarats zur Abhängigkeit (= Pflegebedürftigkeit)	17
3. Empfehlung des Europarats zum Schutz der Menschenrechte und Würde von Personen mit psychischer Störung	18
VII. Begrenzung der Untersuchung auf die fürsorgliche Altenpflege	19
B. Überblick über die strafrechtliche Relevanz und Problemstellung	20
C. Gang der Untersuchung	22
Teil 2: Rechtsquellen der selbstbestimmten und gewaltfreien Altenpflege und die Rolle des Strafrechts	24
A. Universelle Ebene	25
I. UN-Menschenrechtspakte	26
II. UN-Behindertenrechtskonvention	30
B. Regionale Ebene	31
I. Europäische Menschenrechtskonvention.....	31

II. Europäische Sozialcharta.....	33
III. Grundrechte aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen des EuGH	35
IV. Charta der Grundrechte der Europäischen Union	35
C. Nationale Ebene	37
I. Grundgesetz.....	37
1. Schutzgehalt für die selbstbestimmte und gewaltfreie Altenpflege	38
a) Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG	38
b) Leben und körperliche Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG	41
c) Freiheit der Person, Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG i.V.m. Art. 104 GG	43
aa) Abgrenzung zwischen Freiheitsbeschränkung und Freiheitsentziehung	45
bb) Fazit.....	49
d) Freie Entfaltung der Persönlichkeit, Art. 2 Abs. 1 GG.....	50
e) Diskriminierungsverbote, Art. 3 Abs. 3 GG	51
2. Bindungswirkung der Grundrechte in der Altenpflege	54
a) Theorie von der unmittelbaren Drittwirkung.....	55
b) Theorie von der mittelbaren Drittwirkung	57
c) Stellungnahme	58
II. Staatszielbestimmungen der Landesverfassungen.....	59
III. Sozialgesetze	60
1. Programmsätze der sozialen Pflegeversicherung (SGB XI)	61
2. Fixierungsfreiheit durch Beanspruchung alternativer Interventionen?	62
a) Gebot der aktivierenden Pflege, § 28 Abs. 4 S. 1 SGB XI.....	62
b) Wirtschaftlichkeitsgebot, § 29 SGB XI.....	63
c) Fazit	64
3. Fixierungsfreiheit durch Qualitätsverantwortung der Leistungserbringer?	64
a) Qualitätsprüfungen, § 114 SGB XI.....	65
b) Qualitätsberichte, § 115 Abs. 1a SGB XI.....	66
c) Sanktionen für Qualitätsmängel, § 115 Abs. 2 bis 5 SGB XI.....	67
d) Fazit.....	68
IV. Heimgesetze der Länder	70

V. Betreuungsrecht	71
VI. Untergesetzliche Ebene	72
1. Charta der Rechte hilfe- und pflegebedürftiger Menschen.....	72
2. Fixierungsrichtlinien	74
D. Zusammenfassende Betrachtung	74
I. UN-Konvention zu den Rechten älterer Menschen	75
II. Ratifizierung der revidierten ESC	76
III. Verbot der Diskriminierung aufgrund des Alters.....	77
IV. Stärkere Beachtung der Pflege-Charta	78
E. Die Rolle des Strafrechts als Schutzrecht im System der Sozialkontrolle.....	79
I. Strafrecht als Schutzrecht fundamentaler Rechtsgüter	79
II. Sanktionscharakter und verfassungsrechtliche Maßstäbe des Strafrechts.....	80
III. Schutznormen im Zusammenhang mit Fixierungen	81
IV. Strafrecht als Teil der Sozialkontrolle	82
V. Fazit.....	83
Teil 3: Die Fixierung in der Pflegepraxis: Formen, Gefahren und Alternativen	84
A. Begriffserklärung.....	84
I. Fixierung.....	85
II. Bewegungseinschränkende, unterbringungsähnliche und freiheitsentziehende Maßnahmen	86
III. Freiheitsentziehung i.S.d. zivilrechtlichen Unterbringungsrechts.....	87
B. Formen freiheitsentziehender Maßnahmen	89
I. Körpernahe FEM	90
1. Mechanische Hilfsmittel (Fixierungen)	90
2. Chemische Hilfsmittel.....	91
II. Räumliche FEM	92
III. Psychische FEM	92
IV. Signalsender und Personenortungsanlagen.....	93

1. Keine freiheitsentziehende Wirkung	93
2. Grundsätzliche Genehmigungspflicht aufgrund Gesamtbetrachtung.....	94
3. Verstoß gegen Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG	95
4. Stellungnahme	95
C. Auswirkungen und Gefahren für den Fixierten	96
I. Zielgruppe für Fixierungen	96
II. Psychischer Gesundheitszustand	97
III. Physischer Gesundheitszustand.....	98
1. Direkte Gefahren	98
2. Indirekte Gefahren	100
D. Alternative Interventionen.....	101
I. Spezifische Präventionsprogramme: „Pro Mobilität – Contra Sturz“	102
II. Technische und pflegerische Hilfsmittel.....	103
III. Architektonische und einrichtungsorganisatorische Maßnahmen.....	104
IV. Problem: Finanzierbarkeit und Realisierbarkeit.....	104
V. (Grundsatz)Urteile des BGH.....	106
1. BGH, Urt. v. 28.4.2005 - III ZR 399/04 (Haftungssicherer Verzicht auf Fixierung)	107
2. BGH, Urt. v. 14.7.2005 - III ZR 391/04 (Ausschöpfung alternativer Maßnahmen).....	108
Teil 4: Das Fixierungsprotokoll und die Urkundenstrafbarkeit	109
A. Rechtsentwicklung der Dokumentationspflicht	109
B. Umfang der Dokumentation bei Fixierungen.....	110
C. Beweisführung und -würdigung im Strafprozess	113
D. Urkundenfälschung, § 267 StGB.....	115
I. Das Fixierungsprotokoll als Urkunde.....	115
II. Unechtheit durch Identitätstäuschung	117
III. Tatbestände: Herstellen, Verfälschen, Gebrauchen.....	118

1. Herstellen einer unechten Urkunde, § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB	119
a) Täuschung mit fremdem oder falschem Handzeichen.....	119
b) Herbeiführung der Gegenzeichnung des Arztes durch Täuschung	120
c) Unzulässiges Handeln für eine andere Pflegekraft.....	121
aa) Gegenzeichnung der anweisenden Pflegekraft	122
bb) Eigene Namenszeichnung der angewiesenen Pflegekraft.....	123
cc) Fremde Namenszeichnung der angewiesenen Pflegekraft	124
(1) Differenzierung nach rechtlicher Wirksamkeit	124
(2) Differenzierung nach Selbstständigkeit.....	125
(3) Stellungnahme	127
2. Verfälschen einer echten Urkunde, § 267 Abs. 1 Var. 2 StGB	129
a) Nachträgliche Inhaltsänderungen durch den Aussteller	130
aa) Spezialfall des Herstellens einer unechten Urkunde	131
bb) Umfassender Schutz des Rechtsverkehrs.....	131
cc) Stellungnahme.....	132
b) Verfälschen des Fixierungsprotokolls als Gesamturkunde	134
3. Gebrauchen einer unechten oder verfälschten Urkunde,	
§ 267 Abs. 1 Var. 3 StGB.....	138
IV. Eventualvorsatz und Täuschungsabsicht im Rechtsverkehr	138
E. Fälschung beweiserheblicher Daten, § 269 StGB	140
Teil 5: Mechanische körpernahe Hilfsmittel und das Medizinproduktegesetz	144
A. Mechanische körpernahe Hilfsmittel als Medizinprodukte	145
B. Strafbarkeit nach § 40 MPG	148
I. Sicherheits- und Gesundheitsgefährdung, § 4 Abs. 1 Nr. 1 MPG.....	148
1. Gefährdungslage.....	149
a) Unbestimmtheit des begründeten Verdachts einer Gefährdungslage.....	150
b) Unvertretbares Maß an Gefährdungspotenzial.....	151
2. Tathandlungen.....	154
a) Inverkehrbringen durch Hersteller bzw. Bevollmächtigten oder Importeur....	155

b) Errichten, Inbetriebnehmen und Betreiben durch Einrichtungsträger	155
aa) Problem: Versicherer als Betreiber.....	156
bb) Meinungsstand in Rechtsprechung und Lehre	157
cc) Stellungnahme.....	158
c) Anwenden durch Ärzte und Pflegepersonal	158
II. Mangelhaftigkeit, § 14 S. 2 MPG.....	160
1. Empfehlungen des BfArM zu Sicherheitsrisiken von Patienten-Fixiersystemen.....	161
2. Verhältnis zu § 4 Abs. 1 Nr. 1 MPG	162
III. Besonders schwere Fälle.....	163
IV. Garantenstellung des Inverkehrbringenden aus vorangegangenen Gefährdungsverhalten (Ingerenz)	164
V. Subjektive Tatseite.....	164
C. Strafbarkeit nach § 41 MPG.....	166
I. Irreführende Bezeichnung, Angabe oder Aufmachung, § 4 Abs. 2 S. 1 und 2 MPG	166
1. Schädliche Wirkungen nach bestimmungsgemäßem oder längerem Gebrauch.....	167
2. Verwendung unzulässiger (zusätzlicher) Sicherheitskennzeichen.....	169
II. Verstöße gegen die CE-Kennzeichnung, § 6 Abs. 1 und 2 MPG.....	170
D. Kritik an der strafrechtlichen Haftung des MPG.....	171

Teil 6: Fixierungen im Lichte der Straftaten gegen die persönliche Freiheit,

das Leben und die körperliche Unversehrtheit173

A. Straftaten gegen die persönliche Freiheit.....	176
I. Freiheitsberaubung, § 239 StGB	176
1. Geschütztes Rechtsgut: Persönliche Fortbewegungsfreiheit	176
a) Potentialitätstheorie	177
b) Aktualitätstheorie.....	178
c) Aktualisierbarkeitstheorie.....	179

d) Stellungnahme.....	179
2. Ältere pflegebedürftige Menschen als taugliche Tatobjekte	182
3. Fixierung als Tathandlung „auf andere Weise“	185
4. Dauer und Intensität	186
5. Eventualvorsatz und zivilrechtlicher Schutz vor Fahrlässigkeit	187
6. (Erfolgs)Qualifikationen	188
a) Länger als eine Woche, § 239 Abs. 3 Nr. 1 StGB	188
b) Schwere Gesundheitsschädigung oder Tod, § 239 Abs. 3 Nr. 2 und Abs. 4 StGB.....	189
II. Nötigung, § 240 StGB	193
1. Geschütztes Rechtsgut	193
a) Keine Beschränkung auf rechtlich garantierte Freiheit	194
b) Beschränkung auf ein bestimmtes Rechtsgut	195
aa) Freiheit der Willensbetätigung.....	196
bb) Freiheit der Willensentschließung.....	197
cc) Stellungnahme.....	197
2. Konkurrenzverhältnis zu § 239 StGB.....	198
3. Fixierung als Nötigungsmittel Gewalt	200
4. Nötigungserfolg: Unterlassen der (Fort)Bewegung bzw. Dulden der Behandlung.....	202
a) Fähigkeit älterer pflegebedürftiger Menschen zum Unterlassen bzw. Dulden	202
b) Spezifische und unmittelbare Folge	204
5. Absicht in Form eines zielgerichteten Handelns	205
6. Verwerflichkeitsklausel, § 240 Abs. 2 StGB	205
a) Angestrebter Zweck.....	207
b) Mittel und Relation	210
7. Fixierung als unbenannter besonders schwerer Fall	211
B. Straftaten gegen das Leben und die körperliche Unversehrtheit	212
I. Körperverletzungsdelikte	212

1. Körperverletzung, § 223 StGB.....	212
a) Körperliche Misshandlung	213
b) Gesundheitsschädigung	214
c) Fixierung als ärztliche Heilmaßnahme	216
d) Körperverletzungsvorsatz	219
aa) Keine Absicht i.R.d. fürsorglichen Altenpflege	219
bb) Direkter Vorsatz hinsichtlich "leichter" Körperverletzungen	220
cc) Eventualvorsatz	222
(1) Billigungstheorie und Ernstnahmetheorie zur Abgrenzung von bewusster Fahrlässigkeit	222
(2) Objektive und subjektive Tatumstände als Indikatoren	224
(3) Fazit.....	224
e) Abgrenzung zur tätlichen Beleidigung gem. § 185 Hs. 2 StGB	225
2. Gefährliche Körperverletzung, § 224 StGB	226
a) Gefährliches Werkzeug, § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB	227
aa) Mechanische körpernahe Hilfsmittel als ärztliche Instrumente.....	228
bb) Unmittelbarkeitskriterium der Rechtsprechung	229
b) Hinterlistiger Überfall, § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB	230
c) Gemeinschaftliche Begehung, § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB.....	232
aa) Psychische Beihilfe und Anstiftung.....	233
bb) Kenntnis des unmittelbaren Täters und des Betroffenen	234
d) Lebensgefährdende Behandlung, § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB	235
e) Subjektiver Tatbestand	238
3. Misshandlung von Schutzbefohlenen, § 225 StGB	239
a) Wegen Gebrechlichkeit oder Krankheit wehrlose Personen	240
b) Besonderes Schutzverhältnis.....	240
aa) Fürsorge oder Obhut, § 225 Abs. 1 Nr. 1 StGB.....	241
bb) Angehöriger des Hausstands des Täters, § 225 Abs. 1 Nr. 2 StGB	242
cc) Sonstiges tatsächliches Schutzverhältnis, § 225 Abs. 1 Nr. 3 StGB.....	242
c) Fixierung als Begehungsform	243

aa) Quälen.....	243
bb) Rohe Misshandlung.....	245
(1) Objektive Bestimmung der erheblichen Handlungsfolgen	245
(2) Gefühllose Gesinnung	247
cc) Gesundheitsschädigung durch böswillige Vernachlässigung der Sorgspflicht.....	248
d) Gefahr des Todes oder schwerer Gesundheitsschädigung, § 225 Abs. 3 StGB	249
e) Subjektive Tatseite.....	251
4. Schwere Körperverletzung, § 226 StGB.....	252
a) Erfolgsqualifikationen	253
aa) Verlust von Seh-, Gehör- oder Sprechvermögen, § 226 Abs. 1 Nr. 1 StGB	253
bb) (Gebrauchs)Verlust eines wichtigen Körperteiles, § 226 Abs. 1 Nr. 2 StGB	254
cc) Dauernde Entstellung in erheblicher Weise oder Verfall in Siechtum, Lähmung oder geistiger Krankheit oder Behinderung, § 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB	256
dd) Mindestdauer	258
b) Tatbestandsspezifischer Gefahrenzusammenhang.....	259
aa) Anknüpfungspunkte in Rechtsprechung und Lehre.....	259
(1) Unmittelbare Gefährlichkeit der Tathandlung.....	260
(2) Art und Schwere des Körperverletzungserfolgs.....	261
(3) Spezifische Gefährlichkeit des Körperverletzungserfolgs.....	261
bb) Fazit.....	262
5. Körperverletzung mit Todesfolge, § 227 StGB	262
a) Selbstschädigendes Verhalten des Betroffenen	263
b) Fehlerhaftes Eingreifen Dritter.....	264
6. Zusammenfassung	264
II. Tötungsdelikte.....	265

1. Totschlag, § 212 StGB	265
2. Aussetzung, § 221 StGB	267
a) Versetzen in hilflose Lage, § 221 Abs. 1 Nr. 1 StGB	267
b) Im Stich lassen in hilfloser Lage, § 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB.....	269
c) Konkrete Gefahr des Todes oder schwerer Gesundheitsschädigung.....	271
d) Eventualvorsatz.....	272
e) (Erfolgs)Qualifikationen, § 221 Abs. 2 und 3 StGB.....	273
aa) Anvertraut zur Betreuung in der Lebensführung, § 221 Abs. 2 Nr. 1 StGB	273
bb) Verursachung einer schweren Gesundheitsschädigung, § 221 Abs. 2 Nr. 2 StGB, oder des Todes, § 221 Abs. 3 StGB.....	274
C. Besonderheiten des Fahrlässigkeitsvorwurfs bei Fixierungen	275
I. Überdurchschnittliche Kenntnisse und Fähigkeiten.....	277
II. Maßgeblichkeit von Fixierungsrichtlinien sowie Sicherheits- und Gebrauchshinweisen des Herstellers.....	278
III. Verantwortlichkeit bei arbeitsteiligem Zusammenwirken	280
1. Anwendung des Vertrauensgrundsatzes i.R.d. objektiven Sorgfaltspflicht.....	281
a) Grundstrukturen der medizinischen Arbeitsteilung	282
b) Sorgfältige Aufgabenabgrenzung und -verteilung i.R.d. Gesamtorganisation.....	283
c) Sorgfältige Regelbefolgung und Pflichtenerfüllung des Einzelnen	284
2. Grenzen des Vertrauensgrundsatzes.....	285
3. Fazit	287
D. Unterlassene Hilfeleistung, § 323c StGB	289
I. Echtes Unterlassungsdelikt.....	289
1. Keine Sonderstellung von Ärzten oder sonstigen formell Pflegenden	289
2. Garantenstellung verdrängt i.d.R. allgemeine Hilfespflicht	290
II. Unglücksfall.....	291
1. Beurteilung <i>ex-post</i>	291

2. Fixierung selbst als Unglücksfall.....	292
III. Unterlassen erforderlicher, möglicher und zumutbarer Hilfe.....	292
IV. Verkenntung des Vorsatzerfordernisses.....	293
V. Vollendung.....	294
E. Berufsverbot, § 70 Abs. 1 S. 1 StGB.....	294
Teil 7: Strafrechtliche Legitimationen.....	296
A. Der freie Wille des Betroffenen.....	297
I. Tatbestandsausschließendes qualifiziertes Einverständnis.....	298
II. Rechtfertigende Einwilligung.....	299
1. Disponibilität des Rechtsguts und Sittenwidrigkeitsvorbehalt.....	300
a) Sog. Schweretheorie.....	300
b) Ärztliche Heilmaßnahme als kompensierender positiver Zweck.....	301
2. Natürliche Einsichtsfähigkeit.....	303
3. Willensmängel aufgrund mangelhafter pflegerischer oder ärztlicher Aufklärung.....	304
4. Risikoeinwilligung in Fahrlässigkeitsdelikte.....	305
5. Kenntnis des Täters.....	306
III. Antizipierter Wille.....	307
1. Patientenverfügung, § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB.....	307
2. Heimvertrag nach dem WBVG.....	309
IV. Mutmaßlicher Wille.....	309
V. Hypothetischer Wille.....	311
B. Betreuungsgesetzliches Genehmigungsverfahren.....	314
I. Genehmigungspflichtigkeit.....	316
1. Persönlicher Geltungsbereich: Betreuer oder Vollmachtgeber.....	316
a) Erforderlichkeitsgrundsatz, § 1896 Abs. 2 S. 1 BGB.....	316
b) Aufgabenkreis des Betreuers.....	317
c) Besondere Anforderungen an die Bevollmächtigung, § 1906 Abs. 5 BGB.....	318
2. Anstalt, Heim oder sonstige Einrichtung.....	320

a) Weiter Einrichtungsbegriff	321
b) Familienunterbringung	322
aa) Keine Genehmigungspflicht i.R.d. Familienpflege	322
bb) Verfassungswidrige Genehmigungsfreiheit	323
cc) Stellungnahme	324
3. „Ohne untergebracht zu sein“	325
a) Ausschlussklausel	326
b) Modalität des § 1906 Abs. 1 BGB	327
c) Verfassungskonforme Auslegung bzw. gesetzeskorrigierende Rechtsfortbildung	327
d) Stellungnahme	328
4. Zeitliches Kriterium	329
a) Regelmäßigkeit	329
b) Längerer Zeitraum	330
5. Abgrenzung zur freiheitsentziehenden Unterbringung nach § 1906 Abs. 1 BGB	332
II. Genehmigungsfähigkeit	332
1. Gefahr der Selbstschädigung, § 1906 Abs. 1 Nr. 1 BGB	333
a) Gefahrenlage	333
b) Drittinteressen	334
c) Psychische Krankheit oder geistige oder seelische Behinderung	335
2. „Medizinische Fixierung“, § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB	336
a) Drohender erheblicher Gesundheitsschaden	337
b) Unschlüssige Weigerungshaltung	338
c) Verhältnis zur Genehmigung nach § 1904 BGB	339
3. Prognosegrundlage des Betreuungsgerichts	340
a) Ärztliches Zeugnis bzw. Sachverständigengutachten, § 321 Abs. 2 FamFG	340
b) Anhörung des Betroffenen, § 319 FamFG	341
c) Verfahrenspfleger, § 317 FamFG	343
aa) Umkehr des Regel-Ausnahmeverhältnisses	344

bb) „Der Werdenfelser Weg“	345
d) Anhörung sonstiger Beteiligter und der Betreuungsbehörde, § 320 FamFG....	346
e) Gewaltsame Vorführung des Betroffenen	346
4. Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	348
a) Milderer Mittel.....	349
aa) Chemische, räumliche oder psychische FEM.....	349
bb) Alternative Interventionen	350
b) Problem: Grenzen der Erforderlichkeit	350
c) Risikoabwägung	353
III. Einstweilige Anordnung, § 331 FamFG	355
1. Fixierungsmaßnahmen ohne vorherige Genehmigung.....	355
2. Ausnahmebefugnis des Betreuungsgerichts, § 1846 i.V.m. § 1908i Abs. 1 S. 1 BGB	356
IV. Genehmigungsumfang, §§ 323 Abs. 1, 329 Abs. 1 FamFG.....	358
V. Zusammenfassung	358
VI. Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Beteiligten	360
1. Aussagedelikte, §§ 153 ff. StGB	360
a) Maßstab für die Falschheit einer Aussage.....	363
b) Stellungnahme	364
2. Ausstellen unrichtiger Gesundheitszeugnisse, § 278 StGB	365
a) Merkmal „Unrichtig“	366
aa) Medizinisch indizierte Untersuchungsmethode	366
bb) Ordnungsgemäße Untersuchung mit Beurteilungsspielraum.....	367
cc) Reine Erklärungen über den Gesundheitszustand	367
dd) Stellungnahme	368
b) Wider besseres Wissen	369
3. Rechtsbeugung, § 339 StGB.....	370
a) "Elementemix" des BGH.....	372
b) Kritiken der Lehre	374
c) Stellungnahme	375

d) Unmittelbarer Nachteil durch Genehmigung nach § 1906 Abs. 4 BGB.....	376
e) Elementarer Rechtsverstoß impliziert i.d.R. Eventualvorsatz	377
f) Sperrwirkung.....	378
4. Zusammenfassung	379
C. Familiäre Selbsthilfe	381
I. Selbsthilfe im Rahmen häuslicher Familienpflege nach BGHSt 13, 197.....	381
II. Akzeptanz in der heutigen Rechtsprechung und Lehre	383
III. Stellungnahme	386
D. Rechtfertigender Notstand, § 34 StGB	387
I. Sperrwirkung des Betreuungsrechts	387
1. Beschränkung auf Betreute gem. §§ 1896 ff. BGB	388
2. Einschränkung aus teleologischen Gründen.....	389
3. Logische Spezialität	390
4. Fazit	392
II. Interessenkollision durch Identität von Erhaltungs- und Eingriffsgut	393
1. § 34 als unabhängiger Rechtfertigungsgrund	393
2. Vorrang der mutmaßlichen Einwilligung.....	394
3. Stellungnahme	395
III. Voraussetzungen der Notstandshilfe	396
1. Notstandslage.....	396
2. Notstandshandlung.....	397
a) Erforderlichkeit.....	397
aa) Weniger eingriffsintensive Maßnahmen	398
bb) Rechtlich geordnetes Verfahren.....	399
cc) Fazit.....	399
b) Interessenabwägung.....	400
aa) Überwiegendes Interesse	401
bb) Chancen- bzw. Risikoabwägung	401
cc) Fazit.....	402

c) Angemessenheitsklausel, § 34 S. 2 StGB	402
aa) Menschenwürde	403
bb) Persönlichkeitsautonomie.....	404
cc) Fazit.....	406
3. Gewissenhafte Prüfung der Notstandsvoraussetzungen	406
IV. Unechte Pflichtenkollision	407
E. Entschuldigender Notstand gem. § 35 StGB für Familienangehörige	408
I. Ausschluss formell Pflegender.....	408
II. Selbstverursachte Gefahr durch den Pflegenden.....	409
III. Übergesetzlicher entschuldigender Notstand.....	410
Teil 8: Zusammenfassung der wichtigsten Untersuchungsergebnisse in Thesen	411
Literaturverzeichnis	419

Vorwort

Diese Arbeit lag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel im Wintersemester 2014/2015 als Dissertation vor. Rechtsprechung und Literatur wurden bis September 2014 berücksichtigt.

Ich danke meinem Doktorvater, Prof. Dr. Andreas Hoyer, als auch Prof. Dr. Gerhard Igl für die zügige Anfertigung des Erst- und Zweitgutachtens.

Weiteren Dank schulde ich meinen Eltern, Jan und Ingrid Hoppach, die mein Promotionsvorhaben mit großem Interesse verfolgt haben, für ihren stetigen Zuspruch und ihre Unterstützung.

Ganz besonders bedanke ich mich bei meiner Freundin Rita Köpke. Sie hat mich von der Themenfindung bis zum Rigorosum bei jedem Schritt unbedingt begleitet. Unser wissenschaftlicher Austausch und ihr Lektorat haben wesentlich zum Erfolg meiner Promotion beigetragen.

Hamburg, im April 2015

Ina Hoppach

Teil 1: Einführung in den Untersuchungsgegenstand

A. Gegenstand der Untersuchung

I. Das Konfliktthema Fixierung

Das Konfliktthema Fixierung und die damit verbundenen Unsicherheiten treten in der stationären und ambulanten Pflege als auch i.R.d. häuslichen Familienpflege spätestens mit den ersten kognitiven Einschränkungen und psychischen Unruhen des Pflegebedürftigen auf. Sobald über die ärztliche Diagnose hinaus die Schlüsselwörter „Sturzgefahr“, „Gangunsicherheit“ oder „nächtliche Unruhe“ fallen, werden Abwehrmaßnahmen ergriffen.¹ Die befürchteten typischen Sturzfolgen bei älteren Menschen, wie Hüftfrakturen oder Oberschenkelhalsbrüche, sollen vermieden werden. Neben die gesundheitlichen treten zudem die fiskalischen Interessen, nämlich die kalkulierten Kosten, die durch die nachfolgenden Behandlungen, Operationen, Krankenhausaufenthalte und Maßnahmen zur Rehabilitation entstehen würden.² Schlaglichtartig seien das Anlegen von Bauchgurten, das Hochstellen von Bettgittern oder der Gebrauch von Pflegeschutzdecken genannt, um das gewünschte Ziel, nämlich mit Hilfe mechanischer körpernaher Mittel die Ruhigstellung des Betroffenen sowie die Kontrolle über ihn, zu erreichen. Trotz des durchaus vorhandenen Bewusstseins, dass Fixierungen in vielen Fällen zugleich zu konkreten gesundheitlichen Verschlechterungen, bis hin zu Verletzungs- und Tötungsrisiken für den Betroffenen führen können, verleitet ein starres Sicherheitsdenken die jeweiligen Akteure zur gerichtlichen Beantragung einer Fixierungsgenehmigung.³ Wird diese sodann durch den zuständigen Betreuungsrichter positiv beschieden, bestärkt dies häufig den "positiven" Charakter der Beantragung. Der Betreuungsrichter liefert damit einen Anhaltspunkt, der die Kommuni-

¹ Kirsch/Wassermann, BtPrax 2009, 109; Damrau/Zimmermann, KommBtR, § 1906 BGB, Rn. 69.

² Kempa, Heilberufe 2010, 55; siehe auch Heinrich/Weigelt/Rapp/Becker/Rissmann/König, Z Gerontol Geriat 45 (2011), 128, zu den durchschnittlichen Kosten von Hüftfrakturen i.H.v. ca. 8160 €.

³ Kirsch/Wassermann, BtPrax 2009, 109; Kirsch, DRiZ 2009, 253.

kation und letztlich die Entscheidung über eine Fixierung erheblich beeinflusst.⁴

Es wird ein Eingriff in die grundrechtlich geschützten Freiheitsrechte des Betroffenen in Kauf genommen, um seine körperliche Unversehrtheit zu schützen. Doch letztlich werden nicht die befürchteten Stürze vermieden, sondern die Immobilität gefördert.⁵ Die anfänglich befristet vorgesehene Fixierung wird häufig ungewollt zum Dauerzustand. Veröffentlichungen zu Haftungsfällen in Fachzeitschriften⁶ und Regressschreiben der Krankenkassen nach Schadensfällen senden schließlich falsche Signale aus, indem die Nichtfixierung nachträglich als unverantwortlich dargestellt wird und der Rechtfertigung bedarf. Haftungsängste entstehen bei allen Beteiligten und aus der Option Fixierung wird zumindest in der subjektiven Wahrnehmung der Entscheidungsträger eine Notwendigkeit.⁷ Zeitaufwendige einzelfallbezogene Abwägungsarbeit tritt hinter schematische, scheinbar haftungssichere Handlungsabläufe zurück.⁸

II. Statistik zu freiheitsentziehenden Maßnahmen

Freiheitsentziehende Maßnahmen gehören in der Altenpflege zum Alltagsgeschäft - lange Zeit mit steigender Tendenz. Die Gesamtzahl der gerichtlich genehmigten unterbringungsähnlichen Maßnahmen gem. § 1906 Abs. 4 BGB verdoppelte sich innerhalb eines Jahrzehnts. Im Jahr 2000 waren es 52.536 Genehmigungen, 2003 bereits 74.783, 2007 schon

⁴ Kirsch/Wassermann, BtPrax 2009, 109.

⁵ Berzlanovich/Schöpfer/Keil, Dtsch Arztebl 2012, 27.

⁶ Entscheidungen zu Haftungsfällen bei Stürzen in Pflegeheimen: OLG Dresden, Urt. v. 23.9.2004 - 7 U 753/04, FamRZ 2005, 1174 ff.; LG Mönchengladbach, Urt. v. 24.10.2003 - 2 S 81/03, VersR 2004, 1608 f.; LG Stuttgart, Urt. v. 30.4.2003 - 10 O 372/02, NJW-RR 2003, 1382.

⁷ Kirsch, DRiZ 2009, 253; Bredthauer, Reduzierung von Fixierungen in Pflegeheimen – das Programm ReduFix, in Diekmann/Lipp/Meier, S. 132.

⁸ Kirsch/Wassermann, BtPrax 2009, 109 (110).

84.466 und 2010 sodann 98.119.⁹ Erfreulicherweise konnte durch verschiedene Interventionen mit dem Ziel der Beendigung der Zunahme freiheitsentziehender Maßnahmen in den letzten Jahren jedoch ein Rückgang verzeichnet werden. So kam es in den Jahren 2011 zu 89.074, 2012 zu 85.132 und 2013 zu 75.727 Genehmigungen.¹⁰

Die Initiative „Der Werdenfelser Weg“¹¹, das vom Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (im Folgenden „BMfFSFJ“) und der Robert Bosch Stiftung geförderte Projekt ReduFix¹², Empfehlungen des Bundesinstituts für Arzneimittel und Medizinprodukte (im Folgenden „BfArM“)¹³, Informationen der obersten Landesbehörden zu Sicherheitsrisiken von Patienten-Fixiersystemen¹⁴ sowie die Entwicklung

⁹ Bundesamt für Justiz, Betreuungsverfahren, Zusammenstellung der Bundesergebnisse für die Jahre 1992 bis 2012, Referat III 3, 3004/2c -1- B7 208/2013, S. 1 u. 3, abrufbar unter: www.bundesjustizamt.de (eingesehen am 16.7.2014); siehe auch *Deinert*, BtPrax 2011, 248; *Hoffmann/Klie*, Freiheitsentziehende Maßnahmen im Betreuungs- und Kindschaftsrecht, S. 5; *Berzlanovich/Schöpfer/Keil*, Dtsch Arztebl 2012, 27 (28); *Kirsch/Wassermann*, BtPrax 2009, 109; *Kirsch*, DRiZ 2009, 253 (Fn. 1); *Marschner*, in *Marschner/Volckart/Lesting*, Freiheitsentziehung und Unterbringung, A. Einführung, Rn. 60.

¹⁰ Bundesamt für Justiz, Betreuungsverfahren, Zusammenstellung der Bundesergebnisse für die Jahre 1992 bis 2012, Referat III 3, 3004/2c -1- B7 208/2013, S. 4, abrufbar unter: www.bundesjustizamt.de (eingesehen am 16.7.2014); ebenso Sondererhebung „Verfahren nach dem Betreuungsgesetz, 1992-2013“, S. 37, abrufbar unter: www.bundesanzeiger-verlag.de (eingesehen am 25.03.2015).

¹¹ Der Werdenfelser Weg – Ein im Landkreis Garmisch-Partenkirchen im Rahmen des geltenden Betreuungsrechts entwickelter verfahrensrechtlicher Ansatz zur Reduzierung fixierender Maßnahmen in der Pflege, *Kirsch*, DRiZ 2009, 253 ff.; *Kirsch/Wassermann*, BtPrax 2009, 109 ff.; abrufbar unter: www.justiz.bayern.de/gericht/ag/gap/daten/02939/ (eingesehen am 16.7.2014). Siehe auch: www.werdenfelser-weg-original.de (eingesehen am 25.03.2015).

¹² ReduFix – Ein Projekt zur Reduktion körpernaher Fixierungen; siehe dazu: *Koczy/Beische/Becker*, Reduktion von körpernaher Fixierung bei demenzerkrankten Heimbewohnern. Weiteres unter: www.redufix.de (eingesehen am 16.7.2014).

¹³ Siehe z.B. BfArM-Empfehlung bezüglich Bauchgurt-Fixiersystemen (Vorgangsnummer: 1816/12), abrufbar unter: www.bfarm.de (eingesehen am 16.7.2014).

¹⁴ Veröffentlicht durch das BfArM (Vorgangsnummer: 1816/12), abrufbar unter: www.bfarm.de (eingesehen am 16.7.2014).

von Fixierungsrichtlinien¹⁵ sollen ein konturiertes Bewusstsein von der Eingriffsintensität in die Rechte der Betroffenen schärfen und zur strikten Kontrolle und Begrenzung von Fixierungen beitragen.¹⁶ Während vor wenigen Jahren Datenerhebungen für die deutschen Pflegeheime noch eine Prävalenz von 26 % bis 42 % von freiheitsentziehenden Maßnahmen betroffener Bewohner belegten,¹⁷ hat der Medizinische Dienst des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen e.V. (MDS) in seinem aktuell im Dezember 2014 erschienenen Qualitätsbericht einen Rückgang auf 12,5 % verzeichnen können.¹⁸ Trotzdem ist aber auch dieser Prozentsatz noch zu hoch. Für das Jahr 2012 ergibt sich eine betreuungsgerichtliche Genehmigungsquote von 89,87 %.¹⁹ Ablehnungen bzw. anderweitige Erledigungen (z.B. durch rechtswirksame Einwilligung des Betroffenen in die Maßnahme) sind somit gering.²⁰ Während freiheitsentziehende Maßnahmen in der formellen Pflege empirisch erforscht werden können,

¹⁵ Landeswohlfahrtsverband Hessen – Richtlinien für die Fixierung oder andere erhebliche Bewegungseinschränkungen von Patienten in den Krankenhäusern und Kliniken des Landeswohlfahrtsverbandes Hessen, abrufbar unter: www.horstdeinert.de/lexikon/Fixierungsrichtlinien.pdf (eingesehen am 16.7.2014); Medizinischer Dienst der Krankenversicherung (MDK) Bayern – Empfehlungen zum Umgang mit freiheitsentziehenden Maßnahmen, abrufbar unter: www.wernerschell.de/Rechtsalmanach/Betreuungsrecht/Muenchen06.pdf (eingesehen am 16.7.2014).

¹⁶ Eicken/Ernst/Zenz, Fürsorglicher Zwang, S. 13.

¹⁷ Hoffmann/Klie, Freiheitsentziehende Maßnahmen im Betreuungs- und Kinshipschaftsrecht, S. 86 unter Bezugnahme auf: Becker/Eichner/Lindemann/Sturm/Rißmann/Kron/Nikolaus, Z Gerontol Geriat 36 (2003), 260 ff.; Bredthauer/Becker/Eichner/Koczy/Nikolaus, Z Gerontol Geriat 38 (2005), 10 ff.

¹⁸ 4. Pflege-Qualitätsbericht des MDS nach § 114a Abs. 6 SGB XI – Qualität in der ambulanten und stationären Pflege, Essen, Dezember 2014, S. 9, abrufbar unter: www.mds-ev.de (eingesehen am 17.03.2015).

¹⁹ Bundesamt für Justiz, Betreuungsverfahren, Zusammenstellung der Bundesergebnisse für die Jahre 1992 bis 2012, Referat III 3, 3004/2c -1- B7 208/2013, S. 4, abrufbar unter: www.bundesjustizamt.de (eingesehen am 16.7.2014). Anzumerken ist, dass auch hier ein leichter Rückgang im Vergleich zu den Vorjahren zu verzeichnen ist.

²⁰ Vgl. auch Marschner, in Marschner/Volckart/Lesting, Freiheitsentziehung und Unterbringung, A. Einführung, Rn. 59.

kann über die Problematik in Privathaushalten nur spekuliert werden. Es gibt jedoch auch dort Anhaltspunkte für eine hohe Dunkelziffer.²¹

III. Anstieg der Pflegebedürftigkeit durch demographischen Wandel

Vorausberechnungen der statistischen Ämter des Bundes und der Länder zeigen eine zunehmende Alterung der Bevölkerung in Deutschland auf.²² Die Zahl der 80-Jährigen und Älteren soll von 4,1 Millionen (2009) bis auf voraussichtlich 6,4 Millionen (2030) ansteigen. 2050 könnte diese Altersgruppe mit der derzeit beträchtlichsten Pflegequote von über 50 %²³ sogar über 10 Millionen Menschen umfassen.²⁴ Ausschlaggebend für den Anstieg der Lebenserwartung ist ein komplexes Zusammenspiel von wirtschaftlichen Entwicklungen, sozialen Errungenschaften und medizinischem Fortschritt.²⁵ Während laut der auf der Datenlieferung der Pflegekassen basierenden Pflegestatistik 2013 des Statistischen Bundesamtes im Dezember 2013 in Deutschland 2,6 Millionen Menschen pflegebedürftig nach dem SGB XI²⁶ waren, und mithin schon 5 % mehr als im Dezember 2011 (2,5 Millionen),²⁷ wird mit dem demographischen

²¹ Guerra, Forum Sozialstation 2008, 44; vgl. dazu auch Schreiber/Schreiber, ZPR 1993, 146 ff.

²² Vgl. Bevölkerung Deutschlands bis 2060 – 12. koordinierte Bevölkerungsvorausberechnung, Hrsg.: Statistisches Bundesamt, Wiesbaden 2009.

²³ Demografischer Wandel in Deutschland, Heft 2, Ausgabe 2010, Hrsg.: Statistische Ämter des Bundes und der Länder, S. 25.

²⁴ Demografischer Wandel führt zu 50 % mehr Pflegebedürftigen im Jahr 2030, Pressemitteilung Nr. 429 v. 22.11.2010, Hrsg.: Statistisches Bundesamt.

²⁵ Obergrenze der Lebenserwartung nicht in Sicht, Artikel abrufbar unter: www.zdwa.de (eingesehen am 16.7.2014) mit Bezugnahme auf Oeppen/Vaupel, 2002, Broken limits to life expectancy, Science 296, 1029-1031; Schnabel/Kistowski/Vaupel, Demografische Forschung 2005, 3.

²⁶ Elftes Buch Sozialgesetzbuch – Soziale Pflegeversicherung – v. 26.5.1994 (BGBl. I S. 1014 u. 1015), zuletzt geändert durch Gesetz v. 15.7.2013 (BGBl. I S. 2423).

²⁷ Pflegestatistik 2013 – Pflege im Rahmen der Pflegeversicherung – Deutschlandergebnisse, Hrsg.: Statistisches Bundesamt, Wiesbaden 12.3.2015, S. 7, abrufbar unter: www.destatis.de (eingesehen am 17.3.2015).

Wandel einhergehend ein weiterer deutlicher Anstieg der Pflegebedürftigen prognostiziert.²⁸

Ungewiss ist zwar, ob die Anzahl der Pflegebedürftigen proportional mit der Zunahme des Anteils der älteren Menschen an der Gesamtbevölkerung steigt (Konstantes Pflegeszenario) oder ob sich der Eintritt in die Pflegebedürftigkeit aufgrund gesünderer Lebensweisen und zukünftig verbesserter Diagnose-, Therapie- und Rehabilitationsmöglichkeiten nach hinten verschiebt (Gesunde-Lebensjahre-Szenario).²⁹ In einer langfristigen Betrachtung dürfte sich jedenfalls, gestützt auf die Vorausberechnungen bis zum Jahr 2050, beinahe eine Verdopplung der Anzahl der Pflegebedürftigen auf etwa 4,5 Millionen Menschen ergeben. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund der ebenfalls prognostizierten Annahme einer Verdopplung der Demenzerkrankungen in Deutschland bis zum Jahr 2050.³⁰

²⁸ Vgl. die unterschiedlichen Vorausberechnungen zur Entwicklung der Pflegebedürftigkeit in Deutschland: 2007 (2,25 Mio.), 2015 (2,65 Mio.), 2020 (2,90 Mio.), 2030 (3,37 Mio.) Demografischer Wandel in Deutschland, Heft 2, Ausgabe 2010, Hrsg.: Statistische Ämter des Bundes und der Länder, S. 27; 1999 (1,92 Mio.), 2010 (2,38 Mio.), 2020 (2,94 Mio.), 2050 (4,73 Mio.) Starker Anstieg der Pflegebedürftigkeit zu erwarten: Vorausschätzungen bis 2020 mit Ausblick auf 2050, Wochenbericht 05/2001, Hrsg.: Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung, Tabelle 2; 2002 (1,9 Mio.), 2030 (3,1 Mio.) Nachhaltigkeit in der Finanzierung der Sozialen Sicherungssysteme, Rürup-Bericht 08/2003, Hrsg.: Bundesministerium für Gesundheit und soziale Sicherung, S. 17.

²⁹ *Doblhammer/Westphal/Ziegler*, Demografische Forschung 2006, 3; *Ziegler/Doblhammer*, Demographische Forschung 2005, 1; Demografischer Wandel in Deutschland, Heft 2, Ausgabe 2010, Hrsg.: Statistische Ämter des Bundes und der Länder, S. 26.

³⁰ *Görgen/Rabold/Herbst*, Viktimisierungen im Alter und in der häuslichen Pflege, S. 4 m.w.N.; *Ziegler/Doblhammer*, Demographische Forschung 2010, 4.

Wann ein Menschen als pflegebedürftig entsprechend den Pflegestufen³¹ des SGB XI gilt, definiert § 14 Abs. 1 SGB XI: „Pflegebedürftige sind Personen, die wegen ihrer körperlichen, geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung für die gewöhnliche und regelmäßig wiederkehrende Verrichtung im Ablauf des täglichen Lebens auf Dauer, voraussichtlich für mindestens sechs Monate, in erheblichem oder höherem Maße (§ 15) der Hilfe bedürfen.“ § 14 Abs. 2 SGB XI definiert sodann, welche Krankheiten und Behinderungen zur Pflegebedürftigkeit führen können. Bisher nicht vom Begriff der Pflegebedürftigkeit erfasst werden Menschen mit einem Bedarf an erheblicher allgemeiner Betreuung, Beaufsichtigung und Anleitung entsprechend § 45a SGB XI. Deshalb wird dieser für die dargelegten Vorausberechnungen maßgebliche Pflegebedürftigkeitsbegriff, insbesondere mit Blick auf im Frühstadium demenzerkrankte Menschen in häuslicher Pflege, teils als zu eng und verrichtungsbezogen diskutiert.³² Würde man den Vorausberechnungen

³¹ Es gibt im Ergebnis fünf Pflegestufen (0/1/2/3/3+), in welche je nach pflegerischer Hilfebedürftigkeit eine Einteilung erfolgt. Pflegestufen: 0 = Verhinderungspflege, 1 = Erhebliche Pflegebedürftigkeit, 2 = Schwerpflegebedürftigkeit, 3 = Schwerstpflegebedürftigkeit, 3+ = Härtefallregelung, Stand: 11.4.2014, abrufbar unter: www.bmg.bund.de/pflege/pflegebeduerftigkeit/pflegestufen.html (eingesehen am 16.7.2014). Dabei ist anzumerken, dass derzeit tatsächlich nur von drei Pflegestufen (1/2/3) gesprochen wird. Es sollen mit dem von der Bundesregierung geplanten Pflegestärkungsgesetz 2 künftig fünf Pflegegrade eingeführt werden, siehe dazu: www.bmg.bund.de/pflege/pflegestaerkungsgesetze/pflegestaerkungsgesetz-ii.html (eingesehen am 7.9.2014).

³² Diskussion zur Notwendigkeit einer Änderung des Begriffs der Pflegebedürftigkeit, Bericht des Beirats zur Überprüfung des Pflegebedürftigkeitsbegriffs v. 26.1.2009, Bundesministerium für Gesundheit, S. 41-51; abrufbar unter: www.bundesgesundheitsministerium.de/uploads/publications/Neuer-Pflegebeduerftigkeitsbegr.pdf (eingesehen am 16.7.2014); siehe auch *Udsching*, KommSGB XI, Einl., Rn. 26 ff.; vgl. auch die Kritikpunkte des verrichtungsbezogenen Pflegebedürftigkeitsbegriffs zusammengefasst im 6. Bericht zur Lage der älteren Generation in der Bundesrepublik Deutschland – Altersbilder in der Gesellschaft – Juni 2010, BT-Drucks. 17/3815, S. 182 ff.

einen differenzierteren Begriff der Pflegebedürftigkeit³³ zugrunde legen, der insbesondere Menschen mit eingeschränkten Alltagskompetenzen direkt erfasst und damit die derzeitige Zweiteilung von §§ 14, 15 SGB XI und §§ 45a, 45b SGB XI beendet, fiel der prognostizierte Anstieg der Pflegebedürftigkeit in Deutschland wohl noch gravierender aus.

Obwohl die Gesetzgebung mit dem Pflege-Neuausrichtungs-Gesetz³⁴ (im Folgenden „PNG“) auf den demographischen Wandel und die damit verbundene befürchtete Zunahme pflegebedürftiger (demenzkranker) Menschen, also jener, die besonders häufig von freiheitsentziehenden Maßnahmen betroffen sind, reagieren wollte,³⁵ erfolgte bislang keine Neuausrichtung des Pflegebedürftigkeitsbegriffs. Aktuell nimmt das von der Bundesregierung geplante Pflegestärkungsgesetz 2 den Pflegebedürftigkeitsbegriff und das Begutachtungsverfahren in den Fokus.³⁶

IV. Wohn- und Pflegeformen im Alter

Die Versorgung pflegebedürftiger älterer Menschen erfolgt i.d.R. zu Hause allein durch Angehörige, zusammen mit nach § 71 Abs. 1 SGB XI zugelassenen ambulanten Pflegeeinrichtungen (Pflegedienste) oder ausschließlich durch diese sowie vollstationär (Dauer- und Kurzzeitpflege) oder teilstationär (Tages- und Nachtpflege) durch die nach § 71 Abs. 2 SGB XI zugelassenen Pflegeeinrichtungen (Pflegeheime). Dabei handelt es sich jeweils um selbstständig wirtschaftende Einrichtungen, die unter ständiger Verantwortung einer ausgebildeten Pflegekraft stehen und

³³ Aktualisierung des Begriffs der Pflegebedürftigkeit bereits vorgesehen im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP v. 26.10.2009, 17. Legislaturperiode, S. 93. Bericht des Expertenbeirats zur konkreten Ausgestaltung des neuen Pflegebedürftigkeitsbegriffs vorgelegt am 27.6.2013, abrufbar unter: www.bmg.bund.de (eingesehen am 16.7.2014). Aktuell immer noch vorgesehen im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD v. 27.11.2013, 18. Legislaturperiode, S. 83.

³⁴ Gesetz zur Neuausrichtung der Pflegeversicherung v. 23.10.2012 (BGBl. I Nr. 51 S. 2246), in Kraft getreten am 1.1.2013.

³⁵ BT-Drucks. 17/9369, S. 1; BT-Drucks. 17/10170, S. 2; siehe auch *Reimer*, SGB 2013, 193.

³⁶ Informationen zum geplanten Pflegestärkungsgesetz 2 sind abrufbar unter: www.bmg.bund.de/pflege/pflegestaerkungsgesetze (eingesehen am 7.9.2014).

staatlich überwacht und reglementiert werden.³⁷ Sie sind die sog. Leistungserbringer der öffentlich-rechtlichen Pflegekassen.³⁸ Die nicht klar definierte und gesetzlich nicht fixierte Wohnform „Betreutes Wohnen“ sowie organisierte und nicht organisierte Wohngemeinschaften gewinnen zwar auch an Beliebtheit, eignen sich jedoch meist nur für Senioren mit geringen, altersbedingt gesundheitlichen Einschränkungen. Sie stoßen an ihre Grenzen, wenn dauernde Hilfe und Aufsicht notwendig bzw. die dauernde Anwesenheit eines Helfers erforderlich ist.³⁹

Von den im Dezember 2013 verzeichneten 2,6 Millionen Pflegebedürftigen wurden 1,86 Millionen (71 %) zu Hause versorgt, davon 1,25 Millionen durch Angehörige allein und 616 000 zusammen mit oder von ambulanten Pflegediensten. 764 000 (29 %) wurden in Pflegeheimen vollstationär versorgt.⁴⁰ Im Vergleich der Jahre 2013 und 2011 ist die Anzahl der in Pflegeheimen vollstationär versorgten Pflegebedürftigen etwas unterdurchschnittlich um 2,9 % und die Anzahl der durch ambulante Pflegedienste Betreuten um 6,9 % gestiegen.⁴¹ Zwar nahm rechnerisch auch die Anzahl der zu Hause allein durch Angehörige versorgten Pflegebedürftigen um 5,4 % zu, doch dieser Anstieg muss aufgrund der gelieferten Datenbasis durch die Pflegekassen als etwas überzeichnet betrachtet werden. Ein Zeitvergleich ist wegen der Änderungen in den Abläufen der Pflegekassen bei der Datenmeldung über den reinen Bezug von Pflegegeld nur bedingt möglich.⁴² Es zeigt sich tatsächlich ein Trend hin zur professionellen Pflege in Pflegeheimen und durch Pflegedienste.⁴³

³⁷ Thar, BtPrax 2007, 67 (68 f.).

³⁸ Waltermann, Sozialrecht, Rn. 233.

³⁹ Thar, BtPrax 2007, 67 (68 f.).

⁴⁰ Pflegestatistik 2013 – Pflege im Rahmen der Pflegeversicherung – Deutschlandergebnisse, Hrsg.: Statistisches Bundesamt, Wiesbaden 12.3.2015, S. 7, abrufbar unter: www.destatis.de (eingesehen am 17.3.2015).

⁴¹ Ebenda.

⁴² Ebenda.

⁴³ Demografischer Wandel in Deutschland, Heft 2, Ausgabe 2010, Hrsg.: Statistische Ämter des Bundes und der Länder, S. 23.

Obwohl gerade in Pflegeheimen die Selbstbestimmung relativ gering ist und aufgrund der Organisation der Einrichtung durch Fremdbestimmung abgelöst wird, liegt der Vorteil hier darin, dass nahezu alle gesundheitlichen Beeinträchtigungen ausgeglichen werden können.⁴⁴ Der Rückgang der informellen Pflege, insbesondere durch die eigenen Kinder, wird neben den demographischen Tendenzen durch soziostrukturelle Faktoren verschärft. Dazu gehören z.B. die zunehmende individualisierte Haushalts- und Familienstruktur und die wachsende Frauenerwerbsquote.⁴⁵ Überdies stellen der Eintritt der Pflegebedürftigkeit und die Übernahme von Pflegeverantwortlichkeit ein kritisches Lebensereignis im familiären System dar. Die Lernfähigkeit und Veränderungsbereitschaft der Angehörigen in Bezug auf handlungspraktische Kompetenzen der Alltagsbewältigung und Pflegedurchführung kann an Grenzen stoßen. Familiäre Beziehungen können leiden.⁴⁶ Je nach Beschaffenheit der Vorbeziehung zwischen pflegenden Angehörigen und Pflegebedürftigem, Motivationsbasis für die Übernahme oder Aufrechterhaltung von Pflegeverantwortung und je nach Willen des Pflegebedürftigen, fällt die Versorgungsentscheidung für oder gegen eine informelle Pflege aus. Dahinter steht grundsätzlich der Gedanke, dem Pflegebedürftigen das höchste Maß an Pflegequalität zu gewährleisten.

V. Pflegequalität und Viktimisierung älterer Menschen

Die Erforschung und Unterbindung von Risikofaktoren für Gewalt in der Pflege zur Optimierung der Pflegequalität liegt im öffentlichen Interesse. Es scheint, als sei der Pflegebereich besonders anfällig für die Missachtung der Rechte älterer Menschen.⁴⁷

⁴⁴ Thar, BtPrax 2007, 67 (69).

⁴⁵ Sieht die Pflege bald alt aus? – BGW-Pflegereport 2007 der Berufsgenossenschaft für Gesundheit und Wohlfahrtspflege, S. 20; Schneider, in Aichele/Schneider, Soziale Menschenrechte älterer Personen in Pflege, S. 15.

⁴⁶ Görgen/Herbst/Kotlenga/Nägele/Rabold, Kriminalitäts- und Gewalterfahrungen im Leben älterer Menschen, S. 24; Thar, BtPrax 2007, 67 (68).

⁴⁷ Igl, RsDE 2005, Heft 58, 69 (71); Igl/Klie, in Igl/Klie, Das Recht der älteren Menschen, § 1, Rn. 34; siehe auch Moritz, Staatliche Schutzpflichten gegenüber pflegebedürftigen Menschen, S. 17 ff. (I. Missstände in den Pflegeheimen).

1. Verlagerung der Viktimisierungswahrscheinlichkeit in den sozialen Nahbereich

Regelmäßig aufgedeckte und medial inszenierte Pflegemängel werfen die Frage auf, ob gerade im sozialen Nahbereich, in welchem das Sicherheitsgefühl generell ausgeprägt und die Angst vor Viktimisierung gering sein dürfte, pflegebedürftige ältere Menschen in besonderem Maße Opfer von Gewalt sind. Gewalterfahrungen machen ältere Menschen (Altersgruppe 60+) im Hinblick auf die polizeilich registrierte Kriminalität zwar deutlich weniger als jüngere Erwachsene und Jugendliche,⁴⁸ doch es gibt Ausnahmen von diesem generellen Befund einer im Alter zurückgehenden Gefährdung. Diese betrifft u.a. die Deliktfelder der Misshandlung von Schutzbefohlenen nach § 225 StGB und der fahrlässigen Tötung nach § 222 StGB.⁴⁹ Die aufgrund von Gebrechlichkeit, Alter und Krankheit hilflosen Personen bilden hier eine beträchtliche Geschädigtengruppe.⁵⁰

Bundesweite Opferwerdungsbefragungen⁵¹ zeigen auf, dass bereits ab einem geringen Grad an Pflege- und Hilfebedürfnis ein gewisser Anteil der befragten Pflegebedürftigen (etwa 15 %)⁵² berichtet, problematisches Verhalten von Pflege- und Betreuungspersonen, vor allem verschiedene Formen von Missachtung der Autonomie und Würde sowie Vernachläss-

⁴⁸ Polizeiliche Kriminalstatistik 2013 (IMK-Bericht), Hrsg.: Bundesministerium des Inneren, S. 24 f., abrufbar unter: www.bka.de (eingesehen am 17.3.2015).

⁴⁹ Polizeiliche Kriminalstatistik 2013 (Tabelle 91: Aufgliederung der Opfer nach Alter und Geschlecht), Hrsg.: Bundesministerium des Inneren, S. 1 f. (Fahrlässige Tötung) und S. 23 f. (Misshandlung von Schutzbefohlenen), abrufbar unter: www.bka.de (eingesehen am 17.3.2015).

⁵⁰ Polizeiliche Kriminalstatistik 2013 (Tabelle 94: Geschädigtenspezifisch hilfloser Personen), Hrsg.: Bundesministerium des Inneren, S. 1 (Fahrlässige Tötung) und S. 8 (Misshandlung von Schutzbefohlenen), abrufbar unter: www.bka.de (eingesehen am 17.3.2015).

⁵¹ Vgl. Ergebnisse der Projektstudie: "Kriminalität und Gewalt im Leben alter Menschen" des Kriminologischen Forschungsinstituts Niedersachsen, Zusammenfassung in *Görgen/Herbst/Kotlenga/Nägele/Rabold*, Kriminalitäts- und Gewalterfahrungen im Leben älterer Menschen, S. 23.

⁵² 241 Befragte ab 60 Jahren mit Pflege-, Hilfe- oder Unterstützungsbedarf in den letzten 5 Jahren, in: *Görgen/Herbst/Kotlenga/Nägele/Rabold*, Kriminalitäts- und Gewalterfahrungen im Leben älterer Menschen, S. 23.

sigungen und Freiheitseinschränkungen, erlebt zu haben. Auch wenn dieser Anteil als "überschaubar" bezeichnet werden könnte, so bleibt im Rahmen von Opferwerdungsbefragungen gerade eine bedeutsame Teilgruppe der Menschen im sog. vierten Lebensalter⁵³ unterrepräsentiert. Bei hochaltrigen Menschen mit einem multimorbiden und/oder von fortgeschrittener Demenz gezeichneten Krankheitsbild, vornehmlich denen, die der Altersgruppe 85+ angehören, bleibt zu berücksichtigen, dass Gewalt und insbesondere freiheitsentziehende Maßnahmen zum Teil aufgrund körperlicher und geistiger Einschränkungen nicht registriert und somit nicht zur Aussprache bzw. Anzeige gebracht werden.⁵⁴ Die Dunkelziffer gewalttätiger Übergriffe gegenüber pflegebedürftigen älteren Menschen dürfte folglich beträchtlich ausfallen.

Kriminelles Problemverhalten ist auch in familiären Pflegebeziehungen nicht auf Einzelfälle begrenzt. Dieses häufig vor der Öffentlichkeit verborgene Tabu bestätigen Befunde von Befragungen pflegender Angehöriger. So berichteten etwa 47 % von psychischen und etwa 19 % von physischen Misshandlungen.⁵⁵ Festzustellen ist also, dass eine geringere Viktimisierungswahrscheinlichkeit für ältere Menschen nur auf den öffentlichen Raum zutrifft. Mit fortschreitendem Lebensalter droht sie sich, insbesondere mit dem Eintritt der Pflegebedürftigkeit, auf den sozialen Nahbereich zu verlagern.⁵⁶ Ebenso berichtet demgegenüber allerdings auch ein beträchtlicher Anteil der ambulant tätigen Pflegen-

⁵³ Vgl. Altersperioden nach *Baltes*: erstes Alter (Kindheit und Jugend), zweites Alter (Erwachsenenalter), drittes Alter (junge Alte) und viertes Alter (alte Alte).

⁵⁴ *Görgen/Herbst/Kotlenga/Nägele/Rabold*, Kriminalitäts- und Gewalterfahrungen im Leben älterer Menschen, S. 14 f.; *Görgen/Rabold/Herbst*, Viktimisierungen im Alter und in der häuslichen Pflege, S. 4; *dies.*, Kriminalitäts- und Gewaltgefährdungen im höheren Lebensalter und in der häuslichen Pflege, S. 125.

⁵⁵ 254 pflegende Angehörige (Durchschnittsalter 62,9 Jahre; 60 % Frauen) für den Zeitraum der letzten 12 Monate, in *Görgen/Herbst/Kotlenga/Nägele/Rabold*, Kriminalitäts- und Gewalterfahrungen im Leben älterer Menschen, S. 33.

⁵⁶ Zweiter Periodischer Sicherheitsbericht v. 15.11.2006, Hrsg.: Bundesministerium des Inneren und Bundesministerium der Justiz, S. 508; *Thar*, BtPrax 2007, 67 (68) m.w.N.

den (etwa 60 %)⁵⁷ und ein gleichfalls nennenswerter Anteil der pflegenden Angehörigen (etwa 40 %)⁵⁸ von physischen und verbalen Angriffen bzw. sexuellen Belästigungen seitens der Pflegebedürftigen. Die Situation bildet mithin eine Grundlage für wechselseitige Viktimisierungen („Gefahrenzone Pflege“).⁵⁹

2. Korrelation zwischen Budget und Pflegequalität

Dass Belastungen und Überlastungen der Pflegenden als risikoe erhöhende Faktoren für Gewalt und insbesondere freiheitsentziehende Maßnahmen in der Pflege gelten, darf nicht zu dem Rückschluss führen, dass entsprechende Entlastungen als zentraler Mechanismus der Prävention anzusehen sind.⁶⁰ Vielmals werden in alltäglichen Lebens- und Pflegesituationen die Grenzen einer schädigenden, ja sogar gewalttätigen Pflege erreicht oder überschritten, ohne dass dies zunächst so eingeordnet worden wäre. Pflegenden fällt die Unterscheidung zwischen notwendiger Hilfeleistung zur Schadensabwendung von einem Pflegebedürftigen und gewaltbehaftetem Übergriff oft schwer.⁶¹ Die Nichtwahrnehmung der eigenen Verantwortung für die Beendigung einer Gefährdungssituation sowie mangelnde organisationsinterne Interventionsstrategien tragen zu Pflegedefiziten bei.⁶²

Insbesondere bei den risikoreichen Formen von freiheitsentziehenden Maßnahmen mangelt es teils an Sensibilisierung, Fachwissen sowie Präventions- und Handlungsstrategien. So ist das Ausmaß freiheitsentziehender Maßnahmen wesentlich von der Konzeption der jeweiligen Ein-

⁵⁷ 503 Pflegekräfte (Durchschnittsalter 41 Jahre; 86 % Frauen) für den Zeitraum der letzten 12 Monate, in *Görgen/Herbst/Kotlenga/Nägele/Rabold*, Kriminalitäts- und Gewalterfahrungen im Leben älterer Menschen, S. 30.

⁵⁸ 254 pflegende Angehörige (Durchschnittsalter 62,9 Jahre; 60 % Frauen) für den Zeitraum der letzten 12 Monate, in *Görgen/Herbst/Kotlenga/Nägele/Rabold*, Kriminalitäts- und Gewalterfahrungen im Leben älterer Menschen, S. 34.

⁵⁹ Vgl. *Görgen/Herbst/Kotlenga/Nägele/Rabold*, Kriminalitäts- und Gewalterfahrungen im Leben älterer Menschen, S. 39.

⁶⁰ *Görgen/Herbst/Kotlenga/Nägele/Rabold*, Kriminalitäts- und Gewalterfahrungen im Leben älterer Menschen, S. 39; vgl. auch *Igl*, RsDE 2005, Heft 58, 69 (71).

⁶¹ *Graß/Walentich/Rothschild/Ritz-Timme*, Rechtsmedizin 2007, 367.

⁶² *Görgen/Herbst/Kotlenga/Nägele/Rabold*, Kriminalitäts- und Gewalterfahrungen im Leben älterer Menschen, S. 29.

richtungsträger, von dem Vorhandensein besonders qualifizierten Pflegepersonals und von Faktoren wie Haltung und Einstellung der jeweiligen Leitungsebene abhängig.⁶³ Die klassischen Risikofaktoren im Bereich der professionellen Pflege, nämlich extreme Personal- und Finanzknappheit, die zwangsläufig zur Etablierung von zeit- und kostensparender Routine im Umgang mit Pflegebedürftigen führen und damit zu wenig Raum für individuelle Freiheiten lassen würden,⁶⁴ können nicht isoliert betrachtet zur Rechtfertigung von Pflegemängeln im Zusammenhang mit freiheitsentziehenden Maßnahmen angeführt werden. Es besteht kein monokausaler Zusammenhang zwischen Personal- und Finanzknappheit und Pflegequalität.⁶⁵

VI. Internationales Echo zur gesunden Altenpflege

Die gesunde Altenpflege wird im Zusammenhang mit der rapiden Zunahme des Anteils älterer Menschen an der Weltbevölkerung international schon lange in den Fokus genommen. Aufzuzeigen sind zum einen die Aktionspläne der UN-Weltversammlung über das Altern zum Stichpunkt „Gesundheitsvorsorge“, zum anderen die Empfehlungen des Europarats zur Abhängigkeit zum Stichpunkt „Pflegebedürftigkeit“ sowie die Empfehlungen des Europarats zum Schutz der Menschenrechte und Würde von Personen mit psychischen Störungen zum Stichpunkt „Unfreiwillige Unterbringung und Zwangsmaßnahmen“.

1. UN-Weltversammlung über das Altern

Sowohl in den Aktionsplänen der beiden UN-Weltversammlungen über das Altern von 1982⁶⁶ (Wien) und 2002⁶⁷ (Madrid) als auch in den UN-

⁶³ Hoffmann/Klie, Freiheitsentziehende Maßnahmen im Betreuungs- und Kindschaftsrecht, S. 86.

⁶⁴ Eicken/Ernst/Zenz, Fürsorglicher Zwang, S. 13.

⁶⁵ Bielefeldt/Seidensticker, in Aichele/Schneider, Soziale Menschenrechte älterer Personen in Pflege, Vorwort, S. 6; *Igl*, RsDE 2005, Heft 58, 69 (71).

⁶⁶ Internationaler Aktionsplan von Wien über das Altern 1982, Quelle: Vienna International Plan of Action on Aging, United Nations, New York 1983, abrufbar unter: www.un.org/es/globalissues/ageing/docs/vipaa.pdf (eingesehen am 16.7.2014).

Grundsätzen für ältere Menschen von 1991⁶⁸ wird ein ganzheitlicher Ansatz bei der Gesundheitsvorsorge älterer Menschen gefordert, der neben der Würde und Autonomie auch ihre Selbstverwirklichung und Beteiligung bei der Formulierung von Gesundheitsstrategien beachtet.⁶⁹ Unabhängig vom jeweiligen Krankheitsbild soll ein umfassendes Wohlergehen mit dem Ziel der Verbesserung der Lebensqualität angestrebt werden. Die Aufrechterhaltung von körperlichen und geistigen Fähigkeiten zwecks Prävention von Krankheiten bildet dabei einen Schwerpunkt.⁷⁰ Objektive Qualitätsstandards in Altenpflegeeinrichtungen müssen eine aktive, eigenständige und menschenwürdige Lebensführung ermöglichen.⁷¹ Besonders hervorzuheben ist die Forderung nach der Bekämpfung von Gewaltanwendungen gegen pflegebedürftige ältere Menschen sowohl in Altenpflegeheimen als auch im häuslichen Bereich.⁷² Die Staaten sind angehalten, derartige Gewalt rechtlich zu sanktionieren. Es wird gefordert, die Öffentlichkeit für dieses Problem zu sensibilisieren und ein Bild von älteren pflegebedürftigen Menschen zu

⁶⁷ Politische Erklärung und Internationaler Aktionsplan von Madrid über das Altern 2002, Quelle: Report of the Second World Assembly on Ageing, Madrid, 8.-12.4.2002 (Dokument A/CONF. 197/9), abrufbar unter: www.un.org/Depts/german/conf/altern/ac197-9.pdf (eingesehen am 16.7.2014).

⁶⁸ Grundsätze der Vereinten Nationen für ältere Menschen 1991, Quelle: United Nations Principles for Older Persons, GA Res. 46/91 v. 16.12.1991, abrufbar unter: www.un.org/documents/ga/res/46/a46r091.htm (eingesehen am 16.7.2014).

⁶⁹ *Schneider*, in Aichele/Schneider, Soziale Menschenrechte älterer Personen in Pflege, S. 15, mit Verweis auf Aktionsplan Wien (1982), Teil III, Empfehlungen 1, 8 u. 9, Aktionsplan Madrid (2002), Ziff. 77, sowie UN-Grundsätze (1991), Annex.

⁷⁰ *Schneider*, in Aichele/Schneider, Soziale Menschenrechte älterer Personen in Pflege, S. 15, mit Verweis auf Aktionsplan Wien (1982), Teil III, Empfehlungen 2 u. 11, sowie UN-Grundsätze (1991), Ziff. 11.

⁷¹ *Schneider*, in Aichele/Schneider, Soziale Menschenrechte älterer Personen in Pflege, S. 15, mit Verweis auf Aktionsplan Wien (1982), Teil III, Empfehlungen 10 u. 34, sowie Aktionsplan Madrid (2002), Ziff. 105 (g).

⁷² *Schneider*, in Aichele/Schneider, Soziale Menschenrechte älterer Personen in Pflege, S. 16, mit Verweis (zum Problem der Gewaltanwendung gegen ältere Menschen) auf den Bericht des UN-Generalsekretärs: Commission for Social Development acting as the preparatory committee for the Second World Assembly on Ageing, 2nd Sess. (New York, 25.2.-1.3.2002), Abuse of older persons: recognizing and responding to abuse of older persons in a global context, Report of the Secretary-General, UN Doc. E/CN.5/2002/PC/2.

vermitteln, welches sie nicht als finanzielle Last für die Gesellschaft erscheinen lässt, sondern ihre Würde unterstreicht.⁷³

Auf der dritten UNECE-Ministerkonferenz zum Altern in Wien 2012⁷⁴ wurde die Verpflichtung, die in der Berliner Ministererklärung von 2002⁷⁵ eingegangen und in der Folge in der Ministererklärung von León im Jahr 2007⁷⁶ bestätigt wurde, die Regionale Implementierungsstrategie (RIS) zum Internationalen Aktionsplan über das Altern von Madrid umzusetzen, bekräftigt.⁷⁷ Die Schaffung einer förderlichen Umwelt für Gesundheit, Unabhängigkeit und Würde wurde als eine der vier zukunftsweisenden gesellschaftspolitisch relevanten Prioritäten für die Jahre 2013-2017 gesetzt.⁷⁸

2. Empfehlung des Europarats zur Abhängigkeit (= Pflegebedürftigkeit)

Das Ministerkomitee des Europarats hat 1998 eine Empfehlung zur umfassenden Sicherung von pflegebedürftigen Menschen angenommen.⁷⁹ Abhängigkeit bedeutet Pflegebedürftigkeit.⁸⁰ Pflegebedürftigkeit wird nach dieser definiert als ein Zustand, in dem sich Menschen befinden,

⁷³ *Schneider*, in Aichele/Schneider, Soziale Menschenrechte älterer Personen in Pflege, S. 16, mit Verweis auf Aktionsplan Madrid (2002), Ziff. 110 f. u. 112 f.

⁷⁴ UNECE = United Nations Economic Commission for Europe, deutsch: Wirtschaftskommission für Europa der Vereinten Nationen, Ministerkonferenz zu Fragen des aktiven Alters v. 18. - 20.9.2012 in Wien.

⁷⁵ Berliner Ministererklärung v. 11.9.2002 "Eine Gesellschaft für jedes Alter im Bereich der Wirtschaftskommission der Vereinten Nationen für Europa (ECE)", Vereinte Nationen, Wirtschafts- und Sozialrat, Wirtschaftskommission für Europa, ECE/AC.23/2002/3/Rev.2.

⁷⁶ Ministererklärung von León v. 8.11.2007 "Gesellschaft für jedes Alter: Herausforderungen und Chancen", Vereinte Nationen, Wirtschafts- und Sozialrat, Wirtschaftskommission für Europa, ECE/AC.30/PC.2/2007/L.2.

⁷⁷ Vienna Ministerial Deklaration, 25.9.2012, ECE/AC.30/2012/3, deutsche Fassung abrufbar unter: www.unece.org (eingesehen am 16.7.2014).

⁷⁸ Ebenda, Teil III.

⁷⁹ Empfehlung Nr. R (98) 9 zur Abhängigkeit (= Pflegebedürftigkeit), angenommen vom Ministerkomitee am 18.9.1998, anlässlich der 641. Sitzung der Ministerdelegierten.

⁸⁰ *Igl*, RsDE 2005, Heft 58, 69 (75 u. 76, Fn. 12). Der später international übliche Terminus „long-term care“ war 1998 noch nicht gebräuchlich.

die aus Gründen, die mit dem Fehlen oder dem Verlust von physischer, psychischer oder intellektueller Autonomie verbunden sind, größere Unterstützung und/oder Hilfe benötigen, um die alltäglichen Handlungen auszuführen.⁸¹ Die allgemeinen Grundsätze sehen u.a. vor, Pflegebedürftigkeit zu vermindern, zu verhindern, dass sie zunimmt, und ihre Folgen abzuschwächen. Pflegebedürftigen Menschen soll geholfen werden, ein Leben nach ihren Bedürfnissen und Wünschen zu führen. Ihnen soll durch die Schaffung geeigneter Dienste ein zusätzlicher Schutz angeboten werden. Ihre Würde und Autonomie sollen respektiert werden. Mit dieser Empfehlung soll sichergestellt werden, dass die Gesetzgebung der Mitgliedstaaten die allgemeinen Grundregeln und die Maßnahmen, die dieser Empfehlung angefügt sind, berücksichtigt oder, wenn neue Gesetzgebungsverfahren beabsichtigt sind, diese in Übereinstimmung mit diesen Grundregeln erfolgen.⁸²

3. Empfehlung des Europarats zum Schutz der Menschenrechte und Würde von Personen mit psychischer Störung

Im Jahre 2004 hat das Ministerkomitee des Europarats sodann eine Empfehlung zum Schutz der Menschenrechte und Würde von Personen mit psychischer Störung⁸³ angenommen, wobei der Schutz von Personen, die unfreiwillig untergebracht oder behandelt werden, im Fokus steht. Demenz stellt eine besonders häufig auftretende psychische Störung im hohen Alter dar. Es finden sich als Grundprinzipien u.a. das Verbot der Diskriminierung wegen psychischer Störungen (vgl. Art. 3), die Berechtigung zur Ausübung aller bürgerlichen und politischen Rechte trotz psychischer Störung (vgl. Art. 4), das Prinzip der geringstmöglichen Beschränkungen und Eingriffe im Lebensumfeld von Betroffenen (vgl. Art. 8) sowie die Beachtung professioneller Standards im Umgang mit Betroffenen (vgl. Art. 11), worunter z.B. der Schutz ihrer Menschen- und Grundrechte sowie die Vermeidung von Gewalt und Maßnahmen körperlicher Bewegungseinschränkung fallen. Die Empfehlung zeigt zudem

⁸¹ Empfehlung Nr. R (98) 9, Anhang Nr. 1 (Definition der Pflegebedürftigkeit).

⁸² *Igl*, RsDE 2005, Heft 58, 69 (75).

⁸³ Empfehlung Rec(2004)10 zum Schutz der Menschenrechte und der Würde von Personen mit psychischen Störungen, angenommen vom Ministerkomitee am 22.9.2004, anlässlich der 896. Sitzung der Ministerdelegierten.

die unbedingten Voraussetzungen auf, die vorliegen müssen, bevor einschränkende Maßnahmen gegenüber einem Betroffenen ergriffen werden dürfen. Zudem werden die Mitgliedstaaten des Europarats aufgefordert „Alternativen zur unfreiwilligen Unterbringung und unfreiwilligen Behandlung möglichst weithin verfügbar zu machen“ (vgl. Art. 10).⁸⁴ Die Kriterien dieser Empfehlung müssen insbesondere im Rahmen betreuungs- und unterbringungsrechtlicher Gesetzesnovellierungen bedacht werden.⁸⁵

VII. Begrenzung der Untersuchung auf die fürsorgliche Altenpflege

Neben dem Bereich der Altenpflege kommt es auch in psychiatrischen Krankenhäusern und im Maßregelvollzug regelmäßig zu Fixierungsmaßnahmen. Diese aufgrund gefahrenabwehrrechtlicher Unterbringungs- und Maßregelvollzugsgesetze der Länder⁸⁶ durchgeführten Maßnahmen sind jedoch nicht Gegenstand dieser Untersuchung. Auch wenn es Überschneidungen bei den gesundheitlichen Folgen für den Betroffenen geben mag, gebietet schon die öffentlich-rechtliche Ausgangslage, die Fixierungen zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zulässt, also bei Fremdgefährdung, eine differenzierte Betrachtung.⁸⁷ Zudem stellen sich die persönlichen Situationen der Betroffenen unterschiedlich dar. In allem, was älteren pflegebedürftigen Menschen

⁸⁴ Bericht der FRA – Agentur der Europäischen Union für Grundrechte, Unfreiwillige Unterbringung und unfreiwillige Behandlung von Menschen mit psychischen Gesundheitsproblemen, Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union, Luxemburg 2012, S. 22 f.

⁸⁵ Insgesamt wird an der Empfehlung Rec(2004)10 allerdings bemängelt, dass die Kriterien und Verfahrensweisen bzgl. Zwangsbehandlungen und Zwangsunterbringungen so formuliert sind, dass sie lediglich auf den kleinsten gemeinsamen Nenner der Länder kommen. Die in Deutschland geltenden Anforderungen seien bereits präziser und schärfer. Siehe dazu *Brill*, Psychosoziale Umschau 2004, 31.

⁸⁶ Z.B. Gesetz zur Hilfe und Unterbringung psychisch kranker Menschen (Psychisch-Kranken-Gesetz – PsychKG) des Landes Schleswig-Holstein v. 14.1.2000 (GVBl. 2000 S. 106).

⁸⁷ Vgl. zu den Unterschieden und Unterscheidungen zwischen zivilrechtlicher freiheitsentziehender Unterbringung nach § 1906 BGB und öffentlich-rechtlicher freiheitsentziehender Unterbringung nach den PsychKG der Länder die Übersicht in *Hoffmann/Klie*, Freiheitsentziehende Maßnahmen im Betreuungs- und Kindschaftsrecht, S. 3.

ein würdiges Leben ermöglicht, sind sie auf die sie pflegenden Personen bzw. auf die Einrichtung angewiesen, in der sie leben. Sie haben aufgrund ihrer geistigen und/oder körperlichen Verfassung weniger als andere die Möglichkeit, sich gegen fremde Verfügungen über ihre eigenen Rechte und Interessen zu wehren. Eine vergleichbar ausgeprägte Kumulierung von Abhängigkeiten ist in unserer Gesellschaft schwerlich zu finden. Besonderes Gewicht bekommt diese Abhängigkeitskonstellation dadurch, dass sie für die meisten auf Dauer, d.h. für den Rest ihres Lebens besteht. Im Gegensatz dazu sind Abhängigkeiten in Krankenhäusern oder Strafvollzugsanstalten grundsätzlich zeitlich begrenzt.⁸⁸

Zweitens ist klarzustellen, dass im Rahmen dieser Untersuchung die fürsorgliche Motivation der einzelnen Akteure als Ideal unterstellt wird. Ihr Handeln ist frei von der Absicht einer Gefährdung oder Schadenszufügung. Nicht in dem die Handlung tragenden Motiv liegt die Problematik, sondern im Ergebnis, also der Integritätsbeeinträchtigung des Betroffenen.⁸⁹ Das schließt nicht aus, dass dieses Ideal in der alltäglichen Pflegepraxis auch völlig zurücktreten kann hinter Arbeitsökonomie, Bequemlichkeit oder Resignation gegenüber organisatorischen Mängeln, die Fürsorge im Einzelfall nicht zulassen. Ausgegrenzt werden mit dieser Unterstellung jedes kriminell motivierte Handeln und Extremfälle bewussten Machtmissbrauchs. Somit beschränkt sich die Untersuchung auf eine im Grundsatz fürsorgliche Alltagsrealität, wobei auch eine fürsorgliche Fixierung eben eine Fixierung bleibt, die ihre rechtliche Legitimation nicht allein im Fürsorgemotiv finden kann.⁹⁰

B. Überblick über die strafrechtliche Relevanz und Problemstellung

Trotz des in Deutschland sozialstaatlich geprägten Grundrechtsverständnisses, wonach die Wahrnehmung von Grundrechten älteren pflegebedürftigen, wie allen anderen Menschen zugestanden und praktisch ermöglicht werden muss, herrscht in der Altenpflege eine Lebensrealität,

⁸⁸ Eicken/Ernst/Zenz, Fürsorglicher Zwang, S. 12 u. 16.

⁸⁹ Görgen/Herbst/Kotlenga/Nägele/Rabold, Kriminalitäts- und Gewalterfahrungen im Leben älterer Menschen, S. 27.

⁹⁰ Ähnlicher Fokus auf „Fürsorglichen Zwang“ bei Eicken/Ernst/Zenz, Fürsorglicher Zwang, S. 15; Schumacher, in FS Stree/Wessels 1993, S. 431 (432).

die von zahlreichen fundamentalen Benachteiligungen gekennzeichnet ist.⁹¹ Mit der Fixierung von älteren pflegebedürftigen Menschen wird in deren Menschen- und Grundrechte eingegriffen, die unter dem Schutz des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland (im Folgenden „GG“) sowie internationaler Akte stehen. Dabei sind im Besonderen die garantierte Freiheit der Person, die freie Entfaltung der Persönlichkeit, das Recht auf Selbstbestimmung, die körperliche Unversehrtheit und das Recht auf Leben sowie überdies die unantastbare Würde des Menschen als unverletzliches Recht des Einzelnen zu betonen. Diese Rechte sollten diskriminierungsfrei gewährleistet werden.

In der Verborgenheit der formellen und familiären Altenpflege entwickelt sich eine zunehmende Kriminalität, die vielen nicht bewusst ist.⁹² Es verstärkt sich der Eindruck, dass der gern betonte Gedanke der gut gemeinten sozialen Fürsorge in der alltäglichen Pflegerealität tatsächlich als eine Art Deckmantel für Eingriffe in Menschen- und Grundrechte dient. Werden solche Eingriffe zudem mit Verweis auf eine mitunter zweifelhafte Legitimationsbasis (dazu unter Teil 7) vorgenommen, erscheinen sie noch weniger spektakulär.⁹³ Dabei hat das BVerfG bereits betont, dass soziale Betreuung und Pflege nicht dazu dienen dürfen, Grundrechte zu beschränken, um Betroffenen staatliche Erziehung oder Besserung zukommen zu lassen.⁹⁴ Im Rahmen dieser Untersuchung soll verdeutlicht werden, welche strafrechtlichen Kreise Fixierungen ziehen können. Es wird aufgezeigt, dass es sich bei Fixierungen nicht nur um Freiheitsentziehungen handelt, sondern dass den beteiligten Akteuren zugleich insbesondere eine Strafbarkeit nach Körperverletzungs- und Tötungsdelikten drohen kann. Zudem wird untersucht, welche Rolle das Fixierungsprotokoll i.R.d. Urkundendelikte einnimmt und wie es sich

⁹¹ *Eicken/Ernst/Zenz*, Fürsorglicher Zwang, S. 11; siehe auch *Moritz*, Staatliche Schutzpflichten gegenüber pflegebedürftigen Menschen, S. 17 ff. (I. Missstände in den Pflegeheimen).

⁹² *Schreiber/Schreiber*, ZRP 1993, 146; siehe auch *Weber*, in *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht BT, § 9, Rn. 10.

⁹³ Vgl. *Eicken/Ernst/Zenz*, Fürsorglicher Zwang, S. 12.

⁹⁴ BVerfGE 22, 180 (219 f.); 52, 131 (173 ff.); 58, 208 (224 ff.); *Hoffmann*, in *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann*, KommBtR, § 1906 BGB, Rn. 118.

mit der Strafbarkeit nach dem Medizinproduktegesetz⁹⁵ (im Folgenden „MPG“) vom Inverkehrbringen bis zum Anwenden von mechanischen körpernahen Hilfsmitteln, mit welchen fixiert werden soll, verhält.

Den wichtigsten Legitimationsgrund für Fixierungen bildet neben dem freien Willen des Betroffenen und dem rechtfertigenden Notstand die betreuungsgerichtliche Genehmigung nach dem Unterbringungsrecht. Dessen komplexer Schutzmechanismus bedarf daher genauerer Betrachtung. Zum einen soll verdeutlicht werden, dass sowohl hinsichtlich der materiellen als auch der formellen Voraussetzungen sehr hohe Anforderungen bestehen, die in der Praxis oft verkannt werden. Zudem bietet das betreuungsgerichtliche Genehmigungsverfahren durch den verflochtenen Einbezug seiner Akteure aufzuzeigende strafrechtliche Anknüpfungspunkte im Bereich der Aussagedelikte, der Ausstellung unrichtiger Gesundheitszeugnisse und der Rechtsbeugung.

C. Gang der Untersuchung

Am Anfang dieser Untersuchung steht eine Auseinandersetzung mit den universellen, regionalen und nationalen Rechtsquellen der selbstbestimmten und gewaltfreien Altenpflege sowie eine Verdeutlichung der Rolle des Strafrechts als staatliches Schutzinstrument zur Durchsetzung dieser Rechte älterer Menschen zur Vermeidung von Fixierungen (dazu unter Teil 2). Im Anschluss daran wird aufgezeigt, wie sich Fixierungen von Pflegebedürftigen in der Altenpflegepraxis darstellen, welche Gefahren und Auswirkungen sie haben können und welche alternativen Interventionen zur Verfügung stehen (dazu unter Teil 3). Sodann folgt eine Untersuchung des Umfangs und der Beweiserheblichkeit von Fixierungsprotokollen sowie diesbezüglicher typischer Probleme des Urkundenstrafrechts (dazu unter Teil 4). Weiter wird aufgezeigt, welche strafrechtlichen Konsequenzen sich bei mechanischen körpernahen Hilfsmitteln nach dem Medizinproduktegesetz ergeben können (dazu unter Teil 5). Diesem folgt eine Auseinandersetzung mit der Relevanz von Fixierungen in Bezug auf Straftaten zum Schutz der Freiheit, des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit (dazu unter Teil 6). Dieser schließen

⁹⁵ Gesetz über Medizinprodukte v. 7.8.2002 (BGBl. I S. 3146), zuletzt geändert durch Gesetz v. 7.8.2013 (BGBl. I S. 3154).

sich die Legitimationsmöglichkeiten von Fixierungen an (dazu unter Teil 7). Den Abschluss bildet die Zusammenfassung der wichtigsten Untersuchungsergebnisse in Thesen (dazu unter Teil 8).

Die in dieser Untersuchung vornehmlich zur Illustration verwendeten Fallbeispiele erheben keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Sie stellen vorwiegend für Fixierungen typische Konstellationen aus der Altenpflegepraxis dar.

Teil 2: Rechtsquellen der selbstbestimmten und gewaltfreien Altenpflege und die Rolle des Strafrechts

Das Recht älterer Menschen auf eine selbstbestimmte und gewaltfreie Pflege findet sich auf universeller (dazu unter A.) und regionaler (dazu unter B.) Ebene in völkerrechtlichen Akten zum Menschen- und Grundrechtsschutz. In der nationalen Rechtsordnung (dazu unter C.) existieren, angelehnt an die Grundrechte der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland, einfach- und untergesetzliche Schutznormen und -instrumente mit konkretem Fixierungsbezug. Nach zusammenfassender Betrachtung (dazu unter D.) wird aufgezeigt, inwieweit das Instrumentarium des Strafrechts als Element der Sozialkontrolle zur Verwirklichung der Rechte auf eine selbstbestimmte und gewaltfreie Altenpflege frei von Fixierungen erforderlich ist (dazu unter E.).

Der Gewaltbegriff wird variantenreich in den Wissenschaften und von Gewaltforschern bestimmt. Die Definition hängt letztlich davon ab, wer sie vornimmt und welcher Zweck damit verfolgt wird.⁹⁶ Für den Bereich der Altenpflege, in welchem grundsätzlich fürsorglich motivierte Handlungen unterstellt werden, eignet sich, in Anlehnung an die amerikanische Literatur, die Definition von *Dieck*. Nach dieser ist Gewalt die „systematische, nicht einmalige Handlung oder Unterlassung mit dem Ergebnis einer ausgeprägten negativen Einwirkung auf den Adressaten.“ „Eine einmalige Handlung oder Unterlassung muss sehr gravierende Negativformen für den Adressaten haben, so sie unter den Begriff der Gewalt subsumiert werden könne.“⁹⁷ Als direkte Gewaltformen werden somit neben physischen und psychischen Einwirkungen auch die finanzielle Ausbeutung, die Einschränkung des freien Willens sowie die aktive und passive Vernachlässigung erfasst.⁹⁸

⁹⁶ Weltbericht Gewalt und Gesundheit der Weltgesundheitsorganisation (Hrsg.), Zusammenfassung 2002, S. 5, abrufbar unter: www.who.int (eingesehen am 7.9.2014).

⁹⁷ *Dieck*, Z Gerontol 20 (1987), 305 (311); siehe auch *Hirsch*, Österreichische Pflegezeitschrift 2011, 11; *Bredthauer*, Bewegungseinschränkende Maßnahmen bei dementen alten Menschen in der Psychiatrie, S. 7.

⁹⁸ *Hirsch*, Österreichische Pflegezeitschrift 2011, 11; *Bredthauer*, Bewegungseinschränkende Maßnahmen bei dementen alten Menschen in der Psychiatrie, S. 7.

Ab welchem Alter ein Mensch als "älterer Mensch" zu kategorisieren ist, wird ebenfalls uneinheitlich beurteilt. Eine Orientierung kann eine Altersgrenze darstellen, ab welcher altersbedingte Einschränkungen der körperlichen oder geistigen Fähigkeiten häufiger auftreten. Dies ist jedenfalls nicht vor dem 60. Lebensjahr anzunehmen.⁹⁹

Die sich aus den internationalen Akten ergebenden komplexen menschenrechtlichen Verpflichtungen der Staaten fasst die sog. Pflichtentrias ("respect, protect, fulfill") zusammen: Achtung der Menschenrechte, Schutz gegen Bedrohungen und Verletzungen durch Dritte sowie infrastrukturelle Gewährleistung.¹⁰⁰ Diese drei Ebenen lassen sich auf den sensiblen Bereich der Altenpflege übertragen. Die Achtungspflicht verlangt vom Staat, von einem unmittelbaren oder mittelbaren Eingriff in das Recht auf selbstbestimmte und gewaltfreie Pflege abzusehen. Die Schutzpflicht gibt dem Staat auf, Maßnahmen zu ergreifen, um ältere pflegebedürftige Menschen vor Beeinträchtigungen durch private Dritte zu hindern. Schließlich fordert die Gewährleistungspflicht vom Staat angemessene legislative, administrative, finanzielle, gerichtliche und sonstige Maßnahmen, um dieses Recht zu garantieren.¹⁰¹

A. Universelle Ebene

Im System der Vereinten Nationen (im Folgenden „UN“) wurden für unterschiedliche Gruppen eigene menschenrechtliche Verträge geschaf-

⁹⁹ *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 25, Rn. 6; *Mann*, in Tettinger/Stern, KommEU-Charta, Art. 25, Rn. 11; *Hölscheidt*, in Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 25, Rn. 10; *Schneider*, in Aichele/Schneider, Soziale Menschenrechte älterer Personen in Pflege, S. 8 m.w.N.

¹⁰⁰ *Bielefeldt/Seidensticker*, in Aichele/Schneider, Soziale Menschenrechte älterer Personen in Pflege, Vorwort, S. 5; *dies.*, in Schneider, Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Menschenrechte, Vorwort, S. 6.

¹⁰¹ Vgl. *Aichele*, in Aichele/Schneider, Soziale Menschenrechte älterer Personen in Pflege, Vorwort, S. 27.

fen.¹⁰² Sie spezifizieren die Menschenrechte für die Angehörigen der jeweiligen Gruppe und machen deren besondere Problemlage sichtbar.¹⁰³ Eine UN-Konvention mit speziellem Zuschnitt für ältere Menschen existiert bisher nicht, obwohl diese als „besonders verwundbare Bevölkerungsgruppe“¹⁰⁴ charakterisiert werden kann. Mit Verabschiedung der Resolution der Dritten Kommission der UN-Generalversammlung erhielt die Open-ended Working Group on Ageing im November 2012 nun jedoch den Auftrag, ein rechtlich verbindliches Dokument für die Rechte von älteren Personen auszuarbeiten.¹⁰⁵

I. UN-Menschenrechtspakte

Bisher werden ältere Menschen als Adressaten über die Diskriminierungsverbote der beiden UN-Menschenrechtspakte von 1966, also den Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Menschenrechte¹⁰⁶ (im Folgenden „UN-Sozialpakt“) und den Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte¹⁰⁷ (im Folgenden „UN-Zivilpakt“), geschützt.¹⁰⁸ Auch wenn die explizite Erwähnung des Alters als verbotenes Diskriminierungsmerkmal in Art. 2 Abs. 2 UN-Sozialpakt

¹⁰² Siehe UN-Konventionen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung v. 7.3.1966, zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau v. 18.12.1979, gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe v. 10.12.1984, über die Rechte des Kindes v. 20.11.1989, über die Rechte aller Wanderarbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen v. 18.12.1990 sowie und über die Rechte von Menschen mit Behinderungen v. 13.12.2006.

¹⁰³ *Mahler*, Die Menschenrechte Älterer stärken, S. 1.

¹⁰⁴ *Schneider*, in Aichele/Schneider, Soziale Menschenrechte älterer Personen in Pflege, S. 10.

¹⁰⁵ United Nations Resolution: Towards a comprehensive and integral international legal instrument to promote and protect the rights and dignity of older persons, 13.2.2013, A/RES/67/139.

¹⁰⁶ »International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights« UN-Sozialpakt v. 19.12.1966, von der Bundesrepublik Deutschland ratifiziert am 23.12.1973, in Kraft getreten am 3.1.1976 (BGBl. 1973 II S. 1569).

¹⁰⁷ »International Covenant on Civil and Political Rights« UN-Zivilpakt v. 16.12.1966, von der Bundesrepublik Deutschland ratifiziert am 17.12.1973, in Kraft getreten am 23.3.1976 (BGBl. 1973 II S. 1533).

¹⁰⁸ *Schneider*, in Aichele/Schneider, Soziale Menschenrechte älterer Personen in Pflege, S. 8.

sowie Art. 2 Abs. 1 UN-Zivilpakt fehlt, ergibt sich aus der Formulierung „sonstiger Status“, dass auch sachlich ungerechtfertigte Ungleichbehandlungen aufgrund des Alters unzulässig sind.¹⁰⁹ Bei den Diskriminierungsverboten handelt es sich um sofort umzusetzende Staatenverpflichtungen.¹¹⁰

Die UN-Menschenrechtspakte finden ihren „historischen und konzeptionellen Ausgangspunkt“¹¹¹ in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AEMR) von 1948¹¹². Zusammen bilden sie die sog. „Universal Bill of Rights“.¹¹³ Als isoliert betrachtet rechtlich unverbindliche¹¹⁴ Resolution bezieht sich die AEMR in ihrem Art. 25 Abs. 1 allgemein auf Rechte der gesunden Altenpflege.

Art. 25 Abs. 1 AEMR:

„Jeder hat das Recht auf einen Lebensstandard, der seine und seiner Familie Gesundheit und Wohl gewährleistet, einschließlich Nahrung, Kleidung, Wohnung, ärztliche Versorgung und notwendige soziale Leistungen, sowie das Recht auf Sicherheit im Falle von Arbeitslosigkeit, Krankheit, Invalidität oder Verwitwung, im Alter sowie bei anderweitigem Verlust seiner Unterhaltsmittel durch unverschuldete Umstände.“

¹⁰⁹ *Schneider*, in Aichele/Schneider, Soziale Menschenrechte älterer Personen in Pflege, S. 10, mit Verweis auf CESCR: General Comment Nr. 6 (1995): The economic, social and cultural rights of older persons, Ziff. 11 f.; *Craven*, The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, S. 168 f.; *Mahler*, Die Menschenrechte Älterer stärken, S. 1; *Bernstorff*, ZaöRV 2007, 1041 (1048).

¹¹⁰ *Schneider*, in Aichele/Schneider, Soziale Menschenrechte älterer Personen in Pflege, S. 18, mit Verweis auf CESCR: General Comment Nr. 3 (1990): The nature of States parties' obligations, Ziff. 1.

¹¹¹ *Schneider*, Aichele/Schneider, Soziale Menschenrechte älterer Personen in Pflege, S. 9.

¹¹² »Universal Declaration of Human Rights« AEMR, auch Deklaration der Menschenrechte oder UN-Menschenrechtscharta genannt, wurde am 10.12.1948 von der Generalversammlung der Vereinten Nationen in Paris genehmigt und verkündet.

¹¹³ *Bernstorff*, ZaöRV 2007, 1041 (1042).

¹¹⁴ Während die politisch-moralische Autorität der AEMR außer Frage steht, besteht im Schrifttum Uneinigkeit über die rechtliche Bindungswirkung, vgl. *Hailbronner/Kau*, in Vitzthum/Proelß, Völkerrecht, S. 227 m.w.N.

Aus den beiden UN-Menschenrechtspakten lassen sich diese Rechte der gesunden Altenpflege unter Heranziehung der von den UN-Ausschüssen verfassten General Comments¹¹⁵ konkretisierter herausfiltern. Art. 12 Abs. 1 UN-Sozialpakt stellt bezogen auf eine selbstbestimmte und gewaltfreie Altenpflege die wichtigste Norm dar. Geschützt wird hier das Recht eines jeden auf das für ihn erreichbare Höchstmaß an körperlicher und geistiger Gesundheit.

Art. 12 Abs. 1 UN-Sozialpakt:

„Die Vertragsparteien erkennen das Recht eines jeden auf das für ihn erreichbare Höchstmaß an körperlicher und geistiger Gesundheit an.“

Dabei wird der Begriff Gesundheit von der Weltgesundheitsorganisation (WHO)¹¹⁶ als Zustand des vollständigen, körperlichen, geistigen und sozialen Wohlergehens und nicht nur als ein Fehlen von Krankheiten und Gebrechen definiert.¹¹⁷ Trotz des engen Wortlauts beschränkt sich das Recht auf Gesundheit nicht auf Maßnahmen der Gesundheitsvorsorge, sondern erfasst überdies eine Vielzahl grundlegender Bedingungen für die Erreichung des geforderten Höchstmaßes.¹¹⁸ Dazu zählen sowohl eine menschenwürdige, den freien Willen und die Eigenständigkeit älterer Menschen achtende Behandlung als auch die Achtung der körperlichen Unversehrtheit.¹¹⁹ Die Vertragsstaaten haben die Sicherstellung einer Pflege, welche die körperlichen und geistigen Fähigkeiten älterer Menschen erhält und ihnen somit ein Höchstmaß an Autonomie ermög-

¹¹⁵ Die General Comments stellen eine Art richterrechtliche Auslegung der Pakttexte dar, *Bielefeldt/Seidensticker*, in *Schneider*, Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Menschenrechte, Vorwort, S. 6.

¹¹⁶ World Health Organisation.

¹¹⁷ Siehe Präambel der Verfassung der WHO, unterzeichnet am 22.7.1946 in New York.

¹¹⁸ *Schneider*, in *Aichele/Schneider*, Soziale Menschenrechte älterer Personen in Pflege, S. 9.

¹¹⁹ *Schneider*, in *Aichele/Schneider*, Soziale Menschenrechte älterer Personen in Pflege, S. 10, mit Verweis auf CESCR: General Comment Nr. 14 (2000): The right to the highest attainable standard of health, Ziff. 1, 3 u. 8.

licht, zu gewährleisten.¹²⁰ Dabei haben sie nicht nur ihre eigenen hoheitlichen Handlungsträger anzuleiten, sondern auch Aktivitäten privater Dritter (z.B. nichtstaatliches Kranken- und Pflegepersonal) zu regulieren.¹²¹

Es wird zudem betont, dass bei den nach Art. 2 Abs. 1 UN-Sozialpakt von den Vertragsstaaten geforderten Maßnahmen zur vollen Verwirklichung auf keinen Fall finanzielle Aspekte, d.h. steigende Kosten für die gesundheitliche und pflegerische Betreuung älterer Menschen, zu Beeinträchtigungen des Rechts auf Gesundheit führen dürfen.¹²²

Die Kriterien zum Schutz der Gesundheit aus Art. 12 Abs. 1 UN-Sozialpakt überschneiden sich erkennbar mit der Unverletzlichkeit der Menschenwürde¹²³ als Fundament aller Menschenrechte, dem Recht auf Leben aus Art. 6 Abs. 1 UN-Zivilpakt und dem Recht auf Freiheit von grausamer, erniedrigender und unmenschlicher Behandlung (sog. Recht auf körperliche Unversehrtheit) aus Art. 7 S. 1 UN-Zivilpakt.¹²⁴ Besonders hervorzuheben ist auch das Recht auf persönliche Freiheit und Sicherheit aus Art. 9 S. 1 UN-Zivilpakt. Diesen Rechten ist, fokussiert auf eine fixierungsfreie Altenpflege, ein hoher Stellenwert beizumessen.

¹²⁰ *Schneider*, in Aichele/Schneider, Soziale Menschenrechte älterer Personen in Pflege, S. 18, mit Verweis auf CESCR: General Comment Nr. 6 (1995): The economic, social and cultural rights of older persons, Ziff. 34 f. und General Comment Nr. 14 (2000): The right to the highest attainable standard of health, Ziff. 25.

¹²¹ *Schneider*, in Aichele/Schneider, Soziale Menschenrechte älterer Personen in Pflege, S. 18 f., mit Verweis auf CESCR: General Comment Nr. 14 (2000): The right to the highest attainable standard of health, Ziff. 35, 51 u. 55, sowie mit vergleichendem Verweis auf CESCR: General Comment Nr. 5 (1994): Persons with disabilities, Ziff. 12.

¹²² *Schneider*, in Aichele/Schneider, Soziale Menschenrechte älterer Personen in Pflege, S. 10, mit Verweis auf CESCR: Revised general guidelines regarding the form and content of reports to be submitted by States parties under articles 16 and 17 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, UN Doc. E/C.12/1991/1, Annex, Ziff. 6 zu Art. 12.

¹²³ Vgl. die Präambeln von AEMR, UN-Sozialpakt und UN-Zivilpakt.

¹²⁴ *Schneider*, in Aichele/Schneider, Soziale Menschenrechte älterer Personen in Pflege, S. 10.

II. UN-Behindertenrechtskonvention

Von dem Begriff behinderter Menschen in Art. 1 der UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen¹²⁵ (im Folgenden „UN-BRK“) werden solche mit langfristigen körperlichen, seelischen oder geistigen Schädigungen sowie Sinnesbeeinträchtigungen, die sie im Zusammenhang mit verschiedenen Barrieren daran hindern können, gleichberechtigt mit anderen uneingeschränkt und wirksam an der Gesellschaft teilzunehmen, erfasst.¹²⁶ Eine Beschränkung auf altersuntypische Erscheinungen besteht nicht. Häufig sind pflegebedürftige Menschen, egal welchen Alters, daher auch behinderte Menschen und genießen somit den Schutz der UN-BRK, die in ihren allgemeinen Grundsätzen in Art. 3 u.a. die Achtung der Menschenwürde, der Autonomie, einschließlich der Freiheit, eigene Entscheidungen zu treffen, sowie die Achtung der Unabhängigkeit, die Nichtdiskriminierung und die volle und wirksame Teilhabe an der Gesellschaft und Einbeziehung in die Gesellschaft betont. Besonders hervorzuheben sind auch das Verbot grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung in Art. 15 UN-BRK, der Schutz der Unversehrtheit der Person aus Art. 17 UN-BRK, die Maßnahmen zur persönlichen Mobilität in Art. 20 UN-BRK, das Recht auf das erreichbare Höchstmaß an Gesundheit aus Art. 25 UN-BRK und die Maßnahmen zur Habilitation und Rehabilitation in Art. 26 UN-BRK.

Die UN-Menschenrechtspakte und die UN-BRK sind über die deutschen Zustimmungsgesetze gem. Art. 59 Abs. 2 GG unmittelbar wirksame Bestandteile des innerstaatlichen Rechts mit dem Rang einfachen Bundesrechts.¹²⁷ Sie sind somit von der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4

¹²⁵ Übereinkommen der Vereinten Nationen v. 13.12.2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (BGBl. 2008 II, S. 1419). Die UN-BRK wurde am 30.3.2007 von der Bundesrepublik Deutschland unterzeichnet und zum 01.1.2009 ratifiziert.

¹²⁶ *Marschner*, R&P 2009, 135.

¹²⁷ *Marschner*, in *Marschner/Volckart/Lesting*, Freiheitsentziehung und Unterbringung, A. Einführung, Rn. 3; *Schneider*, Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Menschenrechte, S. 38.