

Die Ermöglichung der sexuellen und reproduktiven Selbstbestimmung behinderter Menschen im Rahmen der rechtlichen Betreuung, Eingliederungshilfe und Pflege

Julia Zinsmeister

Der Beitrag beleuchtet, welche Anforderungen sich aus dem Betreuungs- und Sozialrecht an den Umgang der rechtlichen Betreuer:innen und der Mitarbeitenden sozialer Einrichtungen und Dienste mit der Privatsphäre, dem Sexualleben und der Verhütung und Familienplanung von Menschen mit Behinderungen ableiten lassen. Es werden zum einen die Pflichten der Unterstützer:innen zur Sicherung und Förderung der sexuellen und reproduktiven Selbstbestimmung der Adressat:innen, zum anderen ihre Schutzverantwortung in den Blick genommen und diskutiert, wie sich konfligierende Interessen und Rechtspositionen unter Rückgriff auf grundgesetzliche und völkerrechtliche Vorgaben in angemessenen Ausgleich bringen lassen. Zugleich wird nach der Verantwortung der Sozialleistungsträger für die strukturellen Rahmenbedingungen gefragt, und es werden politische Handlungsbedarfe identifiziert. Der Fokus liegt dabei auf der Selbstbestimmung von Menschen, die gemeinhin als „geistig behindert“ bezeichnet werden, diese Bezeichnung aber vielfach als diskriminierend ablehnen.¹ Aus Respekt vor ihrem Recht auf Selbstdefinition und in Abkehr vom medizinischen Modell von Behinderung (s.u.) ist nachfolgend von Menschen mit anderen Lernmöglichkeiten die Rede.

1 Göthling, Niemand ist perfekt. Die Aufgaben und Ziele des Vereins „Mensch zuerst – Netzwerk People First Deutschland“, FORUM Sexualaufklärung und Familienplanung der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung 01/2010, 24–26; Mensch zuerst e.V. <https://www.menschzuerst.de/>

I. Zur Geltung des Rechts auf sexuelle und reproduktive Selbstbestimmung in der rechtlichen Betreuung und im Sozialrecht

Das Recht der Einzelnen auf sexuelle Selbstbestimmung wird durch Art. 2 Abs. 1 GG und das europäische und internationale Recht gewährleistet.² Den Gehalt und die Funktionen des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG hat Valentinier untersucht und charakterisiert es als

„die Befugnis, darüber zu bestimmen, ob, mit wem, auf welche Weise und unter welchen Bedingungen sie Sex hat, und ob und in welchen Grenzen sie Einwirkungen anderer Personen auf ihre Entscheidungen und Handlungen zulässt.“³

Mit dem Recht auf sexuelle Selbstbestimmung eng verknüpft ist das Recht auf geschlechtliche⁴ und reproduktive Selbstbestimmung.⁵ Menschen mit anderen Lernmöglichkeiten werden diese Rechte in Deutschland bislang kaum zugestanden, sondern Frauen mit anderen Lernmöglichkeiten z.B. sexuelle Kontakte mit Männern oft nur „erlaubt“, wenn sie verhüten. Ihnen werden – oft ohne ihre Kenntnis und Einwilligung – Depotspritzen und andere gesundheitlich belastende Kontrazeptiva verabreicht, selbst wenn sie nicht heterosexuell aktiv sind.⁶ 17% der Frauen mit Behinderungen in Deutschland und Österreich sind sterilisiert.⁷ Das Recht behinderter Menschen auf reproduktive Selbstbestimmung wird in Art. 23 Abs. 1 lit. b) UN-BRK hervorgehoben und schützt ihre freie und verantwortungsbewusste Entscheidung über die Zahl der Kinder und den Abstand der Geburten. Der Fachausschuss der Vereinten Nationen für die Rechte von

2 Valentinier, in diesem Band; *dies.*, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung: zugleich eine gewährleistungsdogmatische Rekonstruktion des Rechts auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit, 2021.

3 Valentinier, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, 2021, 374.

4 BVerfG v. 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, BVerfGE 147, 1; Adamietz, Geschlecht als Erwartung, 2011.

5 Zur verfassungsrechtlichen Einordnung: Wapler, Reproduktive Autonomie: rechtliche und rechtsethische Überlegungen, in: Baer/Sacksofsky (Hrsg.), Autonomie im Recht – geschlechtertheoretisch vermessen, 2018, 185 (190).

6 Habermann-Horstmeier, Schwangerschaftsverhütung bei Menschen mit geistiger Behinderung aus Sicht ihrer Betreuungskräfte, 2020, 10.

7 Für Deutschland: Schröttle et al., Lebenssituation und Belastungen von Frauen mit Beeinträchtigungen und Behinderungen in Deutschland. Ergebnisse der quantitativen Befragung. Endbericht für das BMFSFJ, 2013, 245; für Österreich: Mayrhofer et al., Erfahrungen und Prävention von Gewalt an Menschen mit Behinderungen, 2019, 284.

Menschen mit Behinderungen hat Deutschland darum im Jahr 2023 aufgefordert, die Sterilisation von Frauen und Mädchen mit Behinderungen ohne ihre freie und informierte Zustimmung, einschließlich der Sterilisation auf der Grundlage einer ersetzenden Einwilligung ihrer rechtlichen Betreuer:innen oder gerichtlicher Entscheidungen und alle Formen der Empfängnisverhütung und Abtreibung, die ohne die freie und informierte Zustimmung der Betroffenen vorgenommen werden, zu verbieten.⁸

Rechtliche Betreuer:innen und die Mitarbeitenden der ambulanten und stationären Kinder- und Jugendhilfe, Eingliederungshilfe und Pflege haben die Rechte behinderter Menschen auf geschlechtliche, sexuelle und reproduktive Selbstbestimmung nicht nur zu respektieren, sondern sind gesetzlich dazu verpflichtet, ihnen aktiv Geltung verschaffen. So ist es gemäß § 1821 Abs. 2 BGB Aufgabe der rechtlichen Betreuung, „die Angelegenheiten des Betreuten so zu besorgen, dass dieser im Rahmen seiner Möglichkeiten sein Leben nach seinen Wünschen gestalten kann.“ Dies schließt sexuelle Wünsche und den Wunsch nach einer Familie mit ein. Das gilt auch für die Sozialleistungsträger und die Einrichtungen und Dienste, in denen ihre Leistungen ausgeführt werden. So soll die Kinder- und Jugendhilfe junge Menschen „in ihrer Entwicklung zu einer selbstbestimmten, eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit fördern“ und es ihnen

„ermöglichen oder erleichtern, entsprechend ihrem Alter und ihrer individuellen Fähigkeiten in allen sie betreffenden Lebensbereichen selbstbestimmt zu interagieren und gleichberechtigt am Leben in der Gesellschaft teilzuhaben“ (§ 1 Abs. 1 und 2 SGB VIII).

Auch die Eingliederungshilfe und andere Leistungen der Rehabilitation und Teilhabe für Menschen mit Behinderungen zielen darauf,

„ihre Selbstbestimmung und ihre volle, wirksame und gleichberechtigte Teilhabe am Leben in der Gesellschaft zu fördern, Benachteiligungen zu vermeiden oder ihnen entgegenzuwirken.“ (§ 1 S. 1 SGB IX).

Schließlich zeigt der Blick auf § 2 Abs. 1 SGB XI, dass auch die Leistungen der Pflegeversicherung darauf gerichtet sind, Pflegebedürftigen zu helfen, „trotz ihres Hilfebedarfs ein möglichst selbständiges und selbstbestimmtes Leben zu führen, das der Würde des Menschen entspricht.“

⁸ *Committee on the Rights of Persons with Disabilities*, Concluding observations on the combined second and third periodic reports of Germany 3 October 2023, CPRD/C/DEU/CO/2–3, § 38.

Die sich hieraus ergebenden Handlungspflichten der Unterstützer:innen sind mehr als ein moralischer Appell: Ihre Verletzung kann aufsichtsrechtliche oder betreuungsgerichtliche Maßnahmen, Haftungsansprüche oder Kürzungen der Leistungsentgelte (§ 129 SGB IX) nach sich ziehen. Bestimmte Pflichtverletzungen, z.B. die unbefugte Weitergabe sexualbezogener Informationen über Bewohner:innen an deren rechtliche Betreuer:innen oder die Desinformation einer Frau, um sie zur Einwilligung in ihre Sterilisation zu bewegen, können nach §§ 203, 226 Abs. 1 Nr. 1 StGB auch strafrechtlich verfolgt werden.

Doch welche konkreten Handlungspflichten lassen sich aus den vorbenannten gesetzlichen Grundlagen und den völkerrechtlichen Konventionen ableiten? Welche Handlungserfordernisse werden in der Fachliteratur genannt?

In der Analyse des (heil)pädagogischen und sozialarbeiterischen Fachdiskurses zu dieser Frage stellt Vogel fest, dass Einschränkungen der sexuellen Autonomie der Zielgruppe zwar vor allem auf die Tabuisierung ihrer Sexualität und auf ihre Kontrolle und Reglementierung durch das soziale und professionelle Umfeld zurückgeführt werden,⁹ als Lösungsperspektive aber in erster Linie auf die individuelle Befähigung behinderter Menschen durch sexualpädagogische Angebote verwiesen wird.¹⁰ Diese Individualisierung der Problemlagen resultiert aus dem medizinischen Modell von Behinderung, das wissenschaftlich, politisch und rechtlich zwar längst überholt, gesellschaftlich aber immer noch wirkmächtig ist.¹¹ Es definiert Behinderung als nicht nur vorübergehende, individuelle gesundheitliche bzw. funktionale Beeinträchtigung einer Person. Folgt man dem medizinischen Modell von Behinderung, so sind die Autonomieeinschränkungen von Menschen mit anderen Lernmöglichkeiten in erster Linie auf Einschränkungen ihrer Fähigkeiten zurückzuführen und die Unterstützung daher auf deren Förderung bzw. Kompensation zu richten. Damit geraten die sozialen Prädiktoren und die Prozesshaftigkeit von Behinderung aus dem Blick. Die Prozesshaftigkeit hat Trescher in seinen Studien in beeindruckender Weise

9 Vogel, Konstruktionen von Geschlecht, Sexualität und Behinderung im Diskurs zur sexuellen Selbstbestimmung von Menschen mit Lernschwierigkeiten, 2018, 54.

10 Ibid, 49; zu ähnlichen Ergebnissen kommt Ortland, Sexuelle Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderung: Grundlagen und Konzepte für die Eingliederungshilfe, 2016, 113 ff.

11 Zinsmeister, Behinderung als Diskriminierungskategorie, in: Mangold/Payandeh (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht. Strukturen, Rechtsfiguren und Konzepte 2022, 387 ff.

herausgearbeitet und aufgezeigt, wie individuelle Beeinträchtigungen in besonderen Wohnformen strukturell hervorgerufen, d.h. Menschen geistig behindert werden.¹²

Die UN-BRK setzt dem medizinischen Modell ein menschenrechtliches Modell entgegen: In lit. e) der Präambel und Art. 1 Satz 2 wird Behinderung als Teilhabebeeinschränkung konzipiert, die aus der negativen Wechselwirkung zwischen dem Individuum mit Beeinträchtigung und einstellungs- und umweltbedingten Barrieren entsteht. Diese Barrieren gilt es zu überwinden und die Entstehung neuer Barrieren zu verhindern. Die UN-BRK erweitert damit den Fokus und macht deutlich, dass es zur Sicherung der Selbstbestimmung behinderter Menschen *neben der Förderung* ihrer individuellen Fähigkeiten und Fertigkeiten stets auch der *Ermöglichung* von Freiheit bedarf und der Staat darum auch verpflichtet ist, die strukturellen Einschränkungen zu beseitigen, die die Autonomieräume behinderter Menschen beschränken.

II. Zum Einfluss rechtlicher Betreuer:innen auf die Sexualität, Verhütung und Familienplanung betreuter Menschen

Inwieweit sind rechtliche Betreuer:innen in Fragen der Sexualität, Verhütung und Familienplanung der von ihnen betreuten Menschen mit anderen Lernmöglichkeiten einzubeziehen?

Gerade bei Menschen mit anderen Lernmöglichkeiten sind rechtliche Betreuer:innen oft versucht, entsprechenden Einfluss geltend zu machen, und überschreiten dabei meist ihre rechtlichen Kompetenzen. Selbst leitungsverantwortliche Fachkräfte in Wohneinrichtungen, das zeigt die Studie von Hoffmann, schreiben nicht nur sich selbst, sondern auch rechtlichen Betreuer:innen Befugnisse zu, die diese nicht haben:

„Die dürfen zusammen in einem Zimmer übernachten, wobei wir da halt natürlich die Verhütungsfrage sicherstellen müssen. Und natürlich an unsere Grenzen kommen, wenn die Eltern jetzt zum Beispiel keine Verhütungsmittel möchten. Wobei wir den Fall nicht haben. Aber wäre das so, dass jetzt ein Elternteil sagen würde, „Das möchte ich nicht“, dann können wir natürlich nicht mehr guten Gewissens sagen, die sollen in

12 Trescher, Ambivalenzen pädagogischen Handelns – Reflexionen der Betreuung von Menschen mit „geistiger Behinderung“, 2018, 36 ff.

einem Bett schlafen. Weil wer will dann da die Verantwortung tragen. Also das müsste man zumindest mit der gesetzlichen Betreuung klären.“¹³

Nachfolgend sollen darum zunächst zentrale Grundsätze und Ziele der rechtlichen Betreuung skizziert werden, bevor beleuchtet wird, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Weise rechtliche Betreuer:innen ausnahmsweise in das Sexualleben oder die Familienplanung der Betreuten einzubeziehen sind.

1. Rechtliche Betreuung ist reine Rechtsfürsorge

Die rechtliche Betreuung löste 1992 die bisherigen Rechtsinstitute der Gebrechlichkeitspflegschaft und der Vormundschaft für Volljährige ab. Seither können erwachsene Menschen nicht mehr entmündigt werden. Die überwiegende Mehrheit der Erwachsenen mit anderen Lernmöglichkeiten ist auch nicht geschäftsunfähig im Sinne des § 104 Nr. 2 BGB, sondern lediglich auf Unterstützung bei der Entscheidungsfindung angewiesen.¹⁴ Eine rechtliche Betreuung hat keinen Einfluss auf die rechtliche Handlungsfähigkeit der Betreuten: Erwachsene Menschen mit anderen Lernmöglichkeiten müssen ihre Betreuer:innen nicht um Erlaubnis fragen, sondern sind rechtlich in der Lage, ihre Rechte und Pflichten selbst wahrzunehmen und eigenständig am Rechtsverkehr teilzunehmen, z.B. selbst wirksam Verträge abzuschließen oder in medizinische Behandlungen einzuwilligen. Etwas anderes gilt ausnahmsweise nur, wenn das Betreuungsgericht bestimmte Entscheidungen einem Einwilligungsvorbehalt unterworfen hat, um sie oder ihr Vermögen vor einer konkreten, erheblichen Gefahr zu schützen, § 1825 BGB.

Gesetzliche Aufgabe der rechtlichen Betreuer:innen ist es, die Betreuten darin zu unterstützen, ihre Angelegenheiten *rechtlich* so zu besorgen, dass sie im Rahmen ihrer Möglichkeiten ihr Leben nach eigenen Wünschen gestalten können (§ 1821 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BGB).

13 Hoffmann, Möglichkeiten der Auslebung von Sexualität bei Menschen mit einer geistigen Behinderung in gemeinschaftlichen Wohnformen, 2019, 53 (unter: https://www.profamilia.de/fileadmin/landesverband/lv_sachsen/Melisse/Masterarbeit_-_Cynthia_Hoffmann.pdf).

14 Zur Frage der Vereinbarkeit des § 104 Nr. 2 BGB mit Art. 12 UN-BRK Brosey, in: Jürgens (Hrsg.), Betreuungsrecht, 7. Aufl. 2023, § 104 BGB Rn. 1 und 4.

In der sozialen Praxis hat sich für die rechtliche Betreuung der Begriff der „gesetzlichen“ Betreuung etabliert. Dadurch wird jedoch ausgeblendet, dass die rechtliche Betreuung *reine Rechtsfürsorge* ist und sich nicht auf Entscheidungen der alltäglichen Lebensführung, wie z.B. auf Fragen der Ernährung, Mediennutzung oder Freizeitgestaltung der Betreuten oder die Pflege ihrer sozialen und sexuellen Kontakte bezieht.¹⁵

Hier liegt der erste zentraler Unterschied zwischen der Personensorge für Minderjährige und der rechtlichen Betreuung für Erwachsene: Rechtliche Betreuer:innen agieren nur innerhalb der ihnen gerichtlich zugewiesenen Aufgabenkreise und nur im Wege der Rechtsfürsorge – sie haben keinen Erziehungsauftrag. Der zweite zentrale Unterschied ist das Maß ihrer Bindung an den Willen der zu unterstützenden Person: Während sich die Sorgeberechtigten am Wohl der Minderjährigen zu orientieren und sie dazu in Entscheidungsprozesse einzubeziehen und auf Einvernehmen hinzuwirken haben (vgl. § 1626 Abs. 2 BGB), ist es Aufgabe der rechtlichen Betreuer:innen, die Betreuten in ihrer Entscheidungsfindung zu unterstützen und am Ende den Wünschen oder, sofern diese nicht zu ermitteln sind, dem mutmaßlichen Willen der Betreuten Geltung zu verschaffen (§ 1821 Abs. 2 BGB).

2. Rechtliche Betreuer:innen haben keine Aufsichtspflicht

Rechtliche Betreuer:innen haben im Unterschied zu den Personensorgeberechtigten auch keine Aufsichtspflicht für die Betreuten. Zum einen handelt es sich der Aufsichtsführung nicht um eine rechtlich zu besorgende Angelegenheit. Zum anderen kann das Betreuungsgericht den Betreuer:innen nur Verantwortung für die Angelegenheiten der Betreuten übertragen. Die Pflicht zur Aufsichtsführung ist aber keine Angelegenheit der zu Beaufsichtigenden, sondern die ihrer Aufsichtsperson.¹⁶ Nehmen betreute Menschen Unterstützung in einer besonderen Wohnform oder in der eigenen Wohnung in Anspruch, legen sie daher selbst vertraglich mit den Anbieter:innen fest, ob und in welchem Umfang sie zu ihrem Schutz vor Selbst- oder Fremdgefährdung beaufsichtigt werden wollen. Sie können sich bei

15 Das gilt auch dann, wenn der rechtlichen Betreuung nach dem bis 31.12.2022 geltenden Recht der umfassende Aufgabenkreis der „Personensorge“ übertragen war, vgl. § 1901 Abs. 1 BGB.

16 So auch die Gesetzesbegründung zu § 1815 BGB i.d.F. des Gesetzes zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts, BT-Drs. 19/24445, 234.

den Vertragsverhandlungen von ihren rechtlichen Betreuer:innen vertreten lassen.

3. Regulierung sexueller Kontakte im Rahmen des Aufenthalts- und Umgangsbestimmungsrechts?

Der Aufgabenbereich „Aufenthaltsbestimmung“ umfasst im Betreuungsrecht lediglich *rechtsgeschäftliche* Veränderungen des Aufenthalts, z.B. die Aufgabe und Ummeldung des Wohnsitzes, nicht aber – wie im Bereich der Personensorge für Minderjährige – die Entscheidung, wo sich die betreute Person vorübergehend aufhält. Versuchen rechtliche Betreuer:innen hierauf Einfluss zu nehmen, geht es ihnen im Zweifelsfall nicht um den Aufenthaltsort, sondern um den Umgang der Betreuten mit anderen Personen.

Die freie Wahl und Gestaltung ihrer sozialen, einschließlich sexuellen Kontakte bildet ein Kernelement des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aller Menschen. Auf den persönlichen Umgang der Betreuten dürfen rechtliche Betreuer:innen darum nur Einfluss nehmen, soweit erstens das Betreuungsgericht sie hierzu ausdrücklich ermächtigt hat (§ 1815 Abs. 2 Nr. 4 BGB) und zweitens die betreute Person dies selbst wünscht – z.B. weil sie sich selbst gegen aufgedrängte Kontakte oder Besuche nicht wehren kann (§ 1834 Abs. 1 I. Alt. BGB).

Gegen oder ohne den Willen der Betreuten kommt eine Umgangsbestimmung gem. § 1834 Abs. 1 2. Alt. BGB nur in Betracht, wenn eine konkrete und erhebliche Gefährdung im Sinne des § 1821 Abs. 3 Nr. 1 BGB droht und die betreute Person diese Gefahr selbst nicht erkennen oder nicht nach dieser Einsicht handeln kann. Bejaht wird dies in Rechtsprechung und Literatur z.B., wenn abhängigkeiterkrankte Menschen vor dem Kontakt mit Dealern bewahrt werden sollen,¹⁷ sich Betreute beeinträchtigungsbedingt nicht von einem sie misshandelnden Partner lösen können,¹⁸ oder sie von Angehörigen psychisch massiv in einer sie gesundheitlich konkret schädigenden Weise unter Druck gesetzt werden.¹⁹ Betreute Menschen können

17 AG Brandenburg v. 10.11.2022 – 85 XVII 127/20, NJW-RR 2023, 154.

18 Mit weiteren Beispielen *Schneider*, Bestimmungsbefugnisse des Betreuers im Lichte der Reform des Betreuungsrechts (insbesondere Aufenthalts- und Umgangsbestimmung), FamRZ 2022, 1–6; *Engelfried*, Der neue § 1834 BGB – „Umgang“ und „Herausgabe“ von Betroffenen, BtPrax 2022, 77–80.

19 BayObLG v. 13.10.1999 – 3Z BR 296/99, FamRZ 2000, 1524.

aber nicht daran gehindert werden, bei Bekannten zu übernachten und dort Alkohol zu konsumieren²⁰ oder sich bei einvernehmlichen sexuellen Kontakten der Gefahr einer Schwangerschaft auszusetzen.²¹ Aufgrund der besonderen Eingriffsschwere der Umgangsbeschränkung ist milderer Mitteln stets der Vorzug zu geben: So kann der Schutz betreuter Menschen vor schädigenden Manipulationen Angehöriger gegebenenfalls auch durch die Anwesenheit Dritter bewirkt werden („begleiteter Umgang“).²² Lässt sich eine Frau mit anderen Lernmöglichkeiten von ihrem sie manipulierenden Freund regelmäßig Geld abnehmen, auf das sie selbst angewiesen ist, ist vorrangig ein Einwilligungsvorbehalt nach § 1825 BGB zu prüfen.

Die genannten gesetzlichen Grenzen der Einflussnahme der Betreuungsperson auf Umgangskontakte der Betreuten gelten nicht nur für physische Kontakte, sondern auch im Hinblick auf soziale Medien.²³ Ohne konkrete Ermächtigung des Gerichts sind rechtliche Betreuer:innen daher nicht befugt, Kontakte zu verhindern, indem sie den Betreuten das Handy abnehmen oder die technischen Einstellungen daran ändern, § 1815 Abs. 2 Nr. 5 und Nr. 6 BGB.²⁴

4. Exkurs: Eltern als rechtliche Betreuer:innen

Für Menschen mit anderen Lernmöglichkeiten werden oft die Eltern zu ihren rechtlichen Betreuer:innen bestellt. Der nahtlose Übergang des Erziehungsverhältnisses in ein rechtliches Betreuungsverhältnis erschwert jedoch beiden Seiten die für diese Lebensphase beschriebene Entwicklungsaufgaben der Ablösung, Individuation und Transition.²⁵ Für Eltern wie Kinder erweist es sich als besonders herausfordernd, den Unterschied zwischen der Personensorge für Minderjährige und der rechtlichen Betreuung nicht nur zu erkennen, sondern auch das eigene Rollenverständnis und

20 AG Brandenburg v. 10.11.2022 – 85 XVII 127/20, NJW-RR 2023, 154.

21 Brosey, in: Jürgens (Hrsg.), *Betreuungsrecht*, 7. Aufl. 2023, § 1834 BGB Rn. 5.

22 Meier, in: Jurgleit (Hrsg.), *Handkommentar Betreuungsrecht*, 5. Aufl. 2023, § 1834 BGB Rn. 2.

23 Brosey, in: Jürgens (Hrsg.), *Betreuungsrecht*, 7. Aufl. 2023, § 1834 BGB Rn. 3.

24 BayObLG v. 13.10.1999 – 3Z BR 296/99, FamRZ 2003, 962.

25 Youniss/Smollar, *Adolescent relations with mothers, fathers, and friends*, 1985; Dreher/Dreher, *Wahrnehmung und Bewältigungsaufgaben im Jugendalter: Fragen, Ergebnisse und Hypothesen zum Konzept einer Entwicklungs- und Pädagogischen Psychologie des Jugendalters*, in: Oerter (Hrsg.), *Lebensbewältigung im Jugendalter*, 1985, 30–61.

das Verhältnis zueinander entsprechend weiterzuentwickeln.²⁶ Das zeigt sich auch und gerade in Fragen der Sexualität und Familienplanung. In den Interviews von Berthold mit erwachsenen Menschen mit anderen Lernmöglichkeiten schildern diese, dass das mangelnde Vertrauen ihrer Eltern in ihre Kompetenzen ihnen ein eigenständiges (Liebes-)Leben erschwert und die Eltern gegen ihren Willen veranlasst haben, dass sie eine Schwangerschaft abbrechen bzw. sich sterilisieren ließen.²⁷ Ihre soziale Bindung kann es betreuten Menschen zusätzlich erschweren, sich gegen die Bevormundungen ihrer Angehörigenbetreuer:innen zu behaupten und ihre sozialen und sexuellen Beziehungen auf der Basis eigener Normen und Wertvorstellungen zu gestalten.

Neben der engen emotionalen Bindung tragen auch Wissensdefizite zur Kompetenzüberschreitung in der ehrenamtlichen Betreuung bei: Die Qualifizierung der Angehörigenbetreuer:innen erschöpft sich bisher häufig in einem Verpflichtungsgespräch von durchschnittlich 30 Minuten, welches sie bei Übernahme der Betreuung mit den Rechtspfleger:innen führen.²⁸ Bei Unsicherheiten suchen Angehörigenbetreuer:innen selten den Rat fachkundiger Betreuungsvereine oder -behörden, sondern eher das Gespräch mit anderen Angehörigen oder den Mitarbeitenden der Eingliederungshilfe.²⁹ Auch die Betreuten sind unzureichend über die rechtliche Betreuung informiert. Verglichen mit Berufsbetreuer:innen klären ehrenamtliche Betreuer:innen die Betreuten deutlich seltener zu Beginn der Betreuung über ihre persönlichen Rechte und Pflichten auf und informieren sie in Folge auch seltener über Entscheidungen und ihre möglichen Handlungsoptionen.³⁰

26 *Matta et al.*, Qualität in der rechtlichen Betreuung, Abschlussbericht 2018, 36, 85, 147, 213, 566 (unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Publikationen/DE/Fachpublikationen/2018_Forschungsvorhaben_rechtliche_Betreuung.pdf – Abruf 21.2.2024).

27 *Berthold*, Lust darf nicht behindert werden. Sexuelle Bedürfnisse von Menschen mit Behinderung mit dem Fokus auf die Grenzen und Chancen von Sexualbegleitung, Masterarbeit 2015, 55, 67 f. (unter: https://www.profamilia.de/fileadmin/landesverband/lv_sachsen/Masterarbeit_Lust_darf_nicht_behindert_werden_Paul_Berthold_2042_EG_Prof._Dr._Ulf_Liedke_ZGin_Dr._Simone_Janssen_21.09.2015.pdf – Abruf 21.3.2024).

28 *Matta et al.*, Qualität in der rechtlichen Betreuung, 2018, 611.

29 *Ibid.*

30 *Ibid.*, 280, 586.

5. Erforderlichkeit der rechtlichen Betreuung

Um künftig sicherzustellen, dass Menschen mit Behinderungen gemäß Art. 12 UN-BRK ihre Rechts- und Handlungsfähigkeit in allen Lebensbereichen gleichberechtigt mit anderen verwirklichen können, hat der Gesetzgeber im Zuge der Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts zum 1.1.2023³¹ den Erforderlichkeitsgrundsatz noch stärker hervorgehoben: Eine Betreuung darf nur angeordnet werden, soweit die Betroffenen ihre rechtlichen Angelegenheiten nicht alleine verantwortlich regeln können (§ 1814 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 S. 1 BGB). Die Aufgabenkreise des Betreuer:innen sind entsprechend eng zu fassen und auf die konkreten Belange des Betroffenen abzustimmen (§ 1815 Abs. 1 BGB). Eine Betreuung in allen Angelegenheiten oder die Übertragung der Personensorge, ist damit nicht mehr zulässig, entsprechende Betreuerbestellungen sind bis zum 1.1.2024 zu ändern (§ 54 Abs. 2 EGBGB). Das Gesetz begrenzt die Tätigkeit der Betreuer:innen nicht nur auf die Rechtsfürsorge, sondern auch auf das *erforderliche Maß*, § 1814 Abs. 3 BGB. Nicht erforderlich ist der Einsatz der rechtlichen Betreuung, wenn die betreute Person die Unterstützung bei der Entscheidungsfindung auch durch eine Beratungsstelle, ihre persönliche Assistenz, durch Mitarbeitende der Eingliederungshilfe oder Personen aus ihrem persönlichen Umfeld erhalten kann. Dieser absolute Vorrang sozialer Unterstützung vor rechtlicher Betreuung ist nicht nur bei der Einrichtung der Betreuung durch das Gericht zu beachten, sondern gilt auch im Verhältnis zwischen den rechtlichen Betreuer:innen und den Mitarbeiter:innen sozialer Einrichtungen und Dienste. Das hat der Gesetzgeber in § 17 Abs. 4 SGB I klargestellt: Dort heißt es, dass soziale Rechte nicht deswegen abgelehnt, versagt oder eingeschränkt werden dürfen, weil ein rechtlicher Betreuer nach § 1814 Abs. 1 BGB bestellt worden ist oder bestellt werden könnte. Mit den sozialen Rechten sind gem. § 2 SGB I die im ersten Abschnitt des SGB I genannten Rechte gemeint, zu denen u.a. die Leistungen der Eingliederungshilfe und Pflege zählen.³²

31 Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts vom 4.5.2021 (BGBl. I, 882)

32 Eingehender *Brosey*, in: Brosey et al. (Hrsg.), Betreuungsrecht kompakt, 9. Aufl. 2022, Rn. 54 ff.

6. Unterstützte Entscheidungsfindung

Schließlich hebt der Gesetzgeber in § 1821 Abs. 1 S. 2 BGB nochmals den in Art. 12 Abs. 3 UN-BRK explizit formulierten Vorrang der unterstützten Entscheidungsfindung vor ersetzenden Entscheidungen der rechtlichen Betreuung hervor: Von ihrer Vertretungsmacht (§ 1823 BGB) dürfen rechtliche Betreuer:innen nur Gebrauch machen, wenn dies erforderlich ist, die Betreuten also nicht (rechtzeitig) mittels Unterstützung in die Lage versetzt werden können, ihre Angelegenheit selbst zu regeln. Stellvertretende Handlungen und ersetzende Entscheidungen der Betreuer:innen dienen ausschließlich dazu, dem Willen und den Wünschen der Betreuten Geltung zu verschaffen (§ 1821 Abs. 2 BGB). Es soll verhindert werden, dass rechtliche Betreuer:innen oder Dritte bestimmen, was für Menschen mit Behinderung das Beste ist. Unterstützte Entscheidungsfindung umfasst die Ermittlung der Wünsche und Präferenzen der Betreuten, den Abbau von Kommunikationsbarrieren, z.B. durch neutrale Erläuterung der Sachlage in Leichter Sprache oder im Wege unterstützter Kommunikation. Den Betreuten sind alle Entscheidungsoptionen mit ihren Vor- und Nachteilen aufzuzeigen und Gelegenheit zu geben, sich entsprechend ihren eigenen Präferenzen und Wertvorstellungen für eine dieser Optionen zu entscheiden. Wünsche der Betreuten sind grundsätzlich auch dann handlungsleitend, wenn sie den rechtlichen Betreuer:innen unvernünftig oder sogar selbstschädigend erscheinen. Eine drohende Selbstschädigung ist gemäß § 1821 Abs. 3 BGB allenfalls beachtlich, wenn sie *erheblich* ist, die betreute Person dies aber *beeinträchtigungsbedingt* nicht, auch nicht mit Unterstützung, erkennen kann. In einem solchen Fall oder wenn die Wünsche von Betreuten aufgrund von Kommunikationsbarrieren nicht in Erfahrung gebracht werden können, haben sich die rechtlichen Betreuer:innen gem. § 1821 Abs. 4 BGB nicht länger an einem „objektiven Wohl“ der Betreuten zu orientieren (wie es § 1901 BGB noch bis 31.12.2022 vorsah), sondern an ihrem *mutmaßlichen Willen*. Mit der Abkehr von den „best interest“ der betreuten Person hin zur Ausrichtung der Betreuung an ihren Wünschen, oder hilfsweise: der „best interpretation“ ihres Willens, hat der Reformgeber das Betreuungsrecht an einer zentralen Stelle an Art. 12 UN-BRK angepasst und damit den Widerspruch zwischen Fürsorge und Selbstbestimmung in

der rechtlichen Betreuung zumindest in vielen Anwendungsfeldern auflöst.³³

Den mutmaßlichen Willen haben die rechtlichen Betreuer:innen anhand konkreter Anhaltspunkte und unter Einbindung des sozialen Umfelds der Betreuten zu ermitteln, z.B. Rückschlüsse aus früheren Äußerungen oder Reaktionen der Betreuten, ihren allgemeinen ethischen oder religiösen Überzeugungen und sonstigen persönlichen Wertvorstellungen zu ziehen (§ 1821 Abs. 4 S. 2 BGB).

Unzumutbar im Sinne des § 1821 Abs. 3 Nr. 2 BGB ist rechtlichen Betreuer:innen die Verwirklichung der Wünsche der Betreuten ausnahmsweise nur, wenn sie ihre eigene Rechtstellung beeinträchtigen. So ist es ihnen nicht zuzumuten, Angelegenheiten der Betreuten in einer Weise zu erledigen, in der sie sich haftbar oder strafbar machen können, z.B. indem sie falsche Angaben gegenüber Behörden machen. Sie müssen daher auch nicht *aktiv* zu einer von den Betreuten gewünschten Selbstschädigung beitragen.³⁴ Zumutbar ist es rechtlichen Betreuer:innen hingegen, Angelegenheiten der Betreuten in einer Weise zu erledigen, die ihren eigenen ethischen oder religiösen Wertvorstellungen und Prinzipien widerspricht.³⁵ Sehen sie sich aufgrund ihrer Überzeugungen nicht in der Lage, sich an den Wünschen der Betreuten zu orientieren, liegt kein Fall der Unzumutbarkeit, sondern eine mangelnde Eignung für die Betreuung – zumindest dieser Angelegenheit – und damit ein Grund für einen (partiellen) Betreuer:innenwechsel vor.³⁶

7. Rechtsschutz der Betreuten gegen widerrechtliches Betreuer:innenhandeln

Bei Konflikten zwischen Betreuten und rechtlichen Betreuer:innen bieten anerkannte Betreuungsvereine bzw. die Betreuungsbehörden Beratung und Unterstützung an (§§ 5, 8 und 15 Abs. 1 Nr. 3 BtOG).

Bestehen konkrete Anhaltspunkte dafür, dass rechtliche Betreuer:innen den Wünschen der Betreuten pflichtwidrig nicht oder nicht in geeigneter Weise entsprechen oder ihren Pflichten in anderer Weise nicht nachkom-

33 Loer, in: Brosey et al. (Hrsg.), *Betreuungsrecht kompakt*, 9. Aufl. 2022, Rn. 185.

34 Kieß, in: Jurgeleit (Hrsg.), *Handkommentar Betreuungsrecht*, 5. Aufl. 2023, Rn. 53.

35 Ibid.

36 BT-Drs. 19/24445, 253.

men, hat das Betreuungsgericht die Pflichtwidrigkeit von Amts wegen aufzuklären und bei Bedarf geeignete aufsichtsrechtliche Maßnahmen zum Schutz der Betreuten zu ergreifen (§ 1862 BGB).³⁷

Der Hinweis des Gerichts auf mögliche Pflichtwidrigkeiten und die Anregung zu Aufsichtsmaßnahmen kann von den Betreuten, von der Betreuungsbehörde (§ 9 Abs. 2 BtOG), aber auch von den Fachkräften der Eingliederungshilfe, Angehörigen und anderen Personen ausgehen.³⁸

Je nach Sachlage kann das Gericht im Falle pflichtwidrigen Verhaltens Ge- oder Verbote aussprechen, der Betreuungsperson einzelne Aufgabenbereiche entziehen und auf eine andere Person übertragen. Äußerstenfalls kann das Gericht die Betreuungsperson entlassen (§ 1868 BGB).

8. Zwischenfazit: Sex ist nicht rechtlich zu besorgen, von rechtlichen Betreuer:innen aber zu ermöglichen

Die eigene Sexualität ist nicht „rechtlich zu besorgen“ und damit grundsätzlich dem Einfluss rechtlicher Betreuer:innen entzogen. Mitarbeitende in besonderen Wohnformen sind schon aus diesem Grunde nicht befugt, Informationen über das Sexualleben der Bewohner:innen an deren rechtliche Betreuer:innen weiterzugeben, es sei denn, die Bewohner:innen hätten in diese Weitergabe eingewilligt, oder es liegt, wie im Falle konkreter Anhaltspunkte eines bevorstehenden sexuellen Übergriffs, ein rechtfertigender Notstand vor (§ 34 StGB). Die unbefugte Weitergabe kann sowohl datenschutzrechtliche als auch strafrechtliche Konsequenzen haben (§ 203 StGB).

Rechtlich zu besorgen sind bezogen auf das Sexualleben der betreuten Person allenfalls Angelegenheiten wie z.B. der Erwerb von Sexspielzeug und pornografischem Material oder die vertragliche Vereinbarung sexueller Dienstleistungen. Fallen die genannten Angelegenheiten in den Aufgabenkreis „Vermögenssorge“ einer rechtlichen Betreuungsperson, ist es lediglich ihre Aufgabe, die Betreuten zu beraten, wie sie ausreichend Geld für die geplanten Ausgaben ansparen können. Die Entscheidung, ob die einmalige Inanspruchnahme von Sexualbegleitung es wert ist, auf den geplanten Kurzurlaub oder die regelmäßigen Kinobesuche zu verzichten, treffen die Betreuten dann auf Grundlage ihrer eigenen Präferenzen und Wertvorstel-

37 OLG München v. 30.1.2008 – 33 Wx 213/07, BtPrax 2008, 74.

38 Loer, in: Jürgens (Hrsg.), Betreuungsrecht, 7. Aufl. 2023, § 1862 BGB Rn. 18.

lungen. Wie alle Menschen werden auch Betreute im Laufe ihres Lebens die ein oder andere Entscheidung treffen, die sie später bereuen und deren Konsequenzen sie tragen müssen. Gleichberechtigte Teilhabe meint nicht nur Teilhabe an Chancen, sondern auch an Risiken. Realisierte Risiken wiederum bieten Menschen aber auch die Chance, aus Schaden klug zu werden.

Rechtlich zu besorgen sind auch der Rechtsschutz vor sexueller Diskriminierung und Gewalt und die Geltendmachung der sich hieraus ergebenden Rechte, z.B. Ansprüche gegen Arbeitgeber:innen oder die Werkstattleitung auf Schutz vor sexueller Belästigung (§ 3 Abs. 4 AGG), Anträge auf Schutzanordnungen und Wohnungszuweisungen nach §§ 1 und 2 Gewaltschutzgesetz, die Entscheidung, nach einer Sexualstraftat anwaltliche Unterstützung in Anspruch zu nehmen, Strafantrag zu stellen oder Leistungen der sozialen Entschädigung zu beantragen, die Sicherung der anwaltlichen Vertretung einer Person, die entsprechender Taten verdächtig wird, die Geltendmachung oder Abwehr von Schmerzensgeldansprüchen.

9. Einfluss rechtlicher Betreuer:innen auf die Verhütung?

Müssen sich Betreute zum Schutz vor sexuell übertragbaren Erkrankungen für oder gegen die Impfung gegen HPV-Viren entscheiden, fällt die Unterstützung ihrer Entscheidungsfindung in den Aufgabenkreis der Gesundheitssorge. Die Einnahme bzw. Injektion hormoneller Kontrazeptiva oder der Einsatz einer Spirale zur Schwangerschaftsverhütung hingegen dient nicht der Gesundheitssorge, sondern geht vielmehr oft mit multiplen gesundheitlichen Belastungen einher.³⁹ Im Kern der Entscheidung über die Schwangerschaftsverhütung steht die Frage nach dem zukünftigen Leben mit oder ohne (eigenes) Kind – eine Frage, die die Betreuten in Anbetracht ihrer Tragweite nur höchstpersönlich entscheiden können. Die Entscheidung über medizinische Maßnahmen zur Schwangerschaftsverhütung fällt daher in den Aufgabenkreis der Familienplanung. Sollen rechtliche Betreuer:innen in diesem Bereich unterstützend tätig werden, um der reproduktiven Selbstbestimmung und Gesundheit der Betreuten nach Maßgabe des Art. 23 UN-BRK Geltung zu verschaffen, muss das

39 *Habermann-Horstmeier*, Schwangerschaftsverhütung bei Menschen mit geistiger Behinderung aus Sicht ihrer Betreuungskräfte, 2020, 10, 13 ff.

Betreuungsgericht ihnen diese Aufgabe explizit zuweisen.⁴⁰ Dabei ist allerdings der betreuungsrechtliche Subsidiaritätsgrundsatz des § 1815 Abs. 1 S. 2 BGB zu beachten, wonach ein Aufgabenbereich nur angeordnet werden darf, wenn und soweit dessen rechtliche Wahrnehmung durch eine:n rechtliche:n Betreuer:in notwendig ist. Bundesweit existiert ein dichtes Netz an Fachberatungsstellen und Fachzentren für Sexualberatung, Familienplanung und Schwangerschaftskonfliktberatung.⁴¹ Diese passen ihr Beratungsangebot zunehmend an die Bedarfe von Menschen mit anderen Lernmöglichkeiten an. Ihre methodischen und fachlichen Kompetenzen sowie ihre professionelle Distanz qualifizieren die Fachberater:innen in höherem Maße als rechtliche Betreuer:innen dafür, Betreute ergebnisoffen und kompetent bei der Familienplanung bzw. der Auswahl der passenden Verhütungsmethode zu unterstützen. Diese Unterstützung dürfte in vielen Fällen möglich und ausreichend und eine rechtliche Betreuung im Bereich der Familienplanung damit entbehrlich sein. Soweit ausnahmsweise doch eine rechtliche Betreuung eingerichtet werden muss, hat das Gericht die persönliche Eignung der Betreuer:innen für diese Aufgabenwahrnehmung sicherzustellen: Daran dürfte es den Eltern der Betreuten regelmäßig fehlen, da die Entscheidung sie unmittelbar selbst betrifft und sie sich daher möglicherweise von der Sorge leiten lassen, als Großeltern neuen Belastungen ausgesetzt zu werden. Der Aufgabenbereich kann und sollte stattdessen Berufsbetreuer:innen übertragen werden (§ 1817 BGB), die über Fachkunde im Bereich der reproduktiven Rechte verfügen und die Betreuten auch über staatliche Unterstützungsleistungen für Eltern mit Behinderungen (z.B. Elternassistenten) informieren können.

III. Ermöglichung sexueller und reproduktiver Selbstbestimmung durch die Eingliederungshilfe und Pflege

Einrichtungen und Dienste der Eingliederungshilfe müssen den Leistungsberechtigten möglichst viel Raum zur eigenverantwortlichen Gestaltung ihrer Lebensumstände lassen und ihre Selbstbestimmung fördern – so will es § 8 Abs. 3 SGB IX. Auch Pflegeleistungen sind gem. § 2 Abs. 1 SGB XI

40 Hierzu und zur Sterilisation einwilligungsfähiger Betreuter gem. § 1830 BGB eingehend Zinsmeister, Reproductive Gerechtigkeit im Kontext von Geschlecht und Behinderung, KJ (56) 2023, 56–68.

41 Allein der Verband pro familia e.V. hat bundesweit über 200 Beratungsstellen und digitale und gedruckte Informationsangebote in Leichter Sprache.

darauf zu richten, dass Pflegebedürftige „ein möglichst selbständiges und selbstbestimmtes Leben führen, das der Würde der Menschen entspricht.“ In den Formulierungen kommt bereits zum Ausdruck, dass Sozialleistungen gem. § 1 SGB I darauf gerichtet sind, den Grundrechten der Leistungsberechtigten Geltung zu verschaffen.

Grundrechte binden gem. Art. 1 Abs. 3 GG allerdings nur die drei Staatsgewalten als unmittelbar geltendes Recht, nicht privatrechtliche Organisationen. Die Sozialleistungsträger sind Teil der grundrechtsgebundenen staatlichen Sozialverwaltung. Sie erbringen die Sozialleistungen aber häufig nicht selbst, sondern überlassen dies den privatrechtlich organisierten Trägern der Wohlfahrtspflege oder gewerblichen Pflegeanbietern. Erbringen diese Träger staatliche Sozialleistungen, nehmen sie dabei gegenüber den leistungsberechtigten Bürger:innen eine dem Staat vergleichbare Pflichten- oder Garantenstellung ein. Diese begründet ihre „mittelbare“ Grundrechtsbindung.⁴² Folglich haben nicht nur die Eingliederungshilfeträger, die Träger der Pflegeversicherung und der Hilfe zur Pflege, sondern auch freie Träger der Einrichtungen und Dienste, in denen die Leistungen erbracht werden, die Pflicht, die Grundrechte der Leistungsberechtigten auf sexuelle und reproduktive Selbstbestimmung zu achten, zu schützen und aktiv darauf hinzuwirken, dass die Einzelnen diese Rechte möglichst weitreichend verwirklichen können.⁴³ In der Pflege-Charta haben sich die Träger von Pflegeeinrichtungen und -diensten bereits explizit dazu bekannt, dass sie die Lebensweise und geschlechtliche Identität der Pflegebedürftigen und deren Sexualität respektieren, keine Person aufgrund ihrer geschlechtlichen Orientierung diskriminieren und das Recht der Pflegebedürftigen achten, über ihre intimen und sexuellen Beziehungen und Aktivitäten selbst zu entscheiden.⁴⁴

Dies gestaltet sich in ambulanten Settings sehr viel leichter als in institutionalisierten Wohnformen. Denn Wohneinrichtungen zeichnet ein hohes Machtungleichgewicht aus, das mit der Gefahr der Fremdbestimmung und des Machtmissbrauchs einhergeht. Bundes- und Landesgesetzgeber versuchen darum gezielt, die Rechtsposition der Einrichtungsnutzer:innen durch vertragsrechtliche und ordnungsrechtliche Vorgaben zu stärken:

42 BGH v. 28.4.2005 – III ZR 399/04, NJW 2005, 1937.

43 Zum Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung eingehender Valentiner in diesem Band.

44 Begründung zu Art. 1 Pflege-Charta (unter: <https://www.wege-zur-pflege.de/pflege-charta/artikel-1> – Abruf 21.3.2024).

Über den Schutz von Kindern und Jugendlichen in stationären Wohnformen wachen die Landesjugendämter nach Maßgabe der §§ 45 ff. SGB VIII. Das Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz (WBVG) des Bundes stärkt die vertraglichen Rechte erwachsener Bewohner:innen gegenüber den Trägern, die Heimordnungsgesetze der Länder nutzen ergänzend aufsichtsrechtliche Instrumente, um den Grund- und Menschenrechten der Bewohner:innen Geltung zu verschaffen. In einigen Landesgesetzen wird dabei ihr Recht auf Achtung ihrer geschlechtlichen bzw. sexuellen Identität und Selbstbestimmung bzw. sexuellen Orientierung explizit genannt.⁴⁵

1. Bindung an die Entscheidungen und Wünsche der Adressat:innen

Die Reichweite der Grundrechtsbindung der einzelnen Träger richtet sich nach ihrem konkreten sozialrechtlichen Auftrag, der sich im Kern mit den professionsethischen Werten und Prinzipien der in dem Feld tätigen Professionen deckt: Während Kliniken und Heilberufe vorrangig zum Erhalt, der Wiederherstellung oder Besserung der Gesundheit ihrer Adressat:innen verpflichtet sind, stehen im Sozialwesen und den Sozialberufen die Sicherung und Förderung der selbstbestimmten Lebensführung und gleichberechtigten gesellschaftlichen Teilhabe der Adressat:innen im Vordergrund. Die Pflege bewegt sich an der Schnittstelle beider Bereiche. Kollidierende Grundrechte – z.B. das Risiko, dass ein Bewohner seine sexuelle Selbstbestimmung auf Kosten der sexuellen Selbstbestimmung anderer Bewohner:innen zu verwirklichen versucht – haben die Träger im Wege der praktischen Konkordanz, d.h. so in Ausgleich zu bringen, dass die Grundrechte aller Beteiligten möglichst weitgehend wirksam und Schädigungen der Einzelnen vermieden werden.⁴⁶ In Wohngruppen und -gemeinschaften kommt dabei den Hausordnungen und Gewaltschutzkonzepten eine wichtige Funktion zu. Die Heimordnungsgesetze der Länder sichern den Bewohner:innen das Recht, an deren Entwicklung mitzuwirken.

Das Prinzip der praktischen Konkordanz findet auch Anwendung, wenn Adressat:innen sich selbst körperlichen Schaden zufügen oder immer wieder die Nähe von Menschen suchen, die ihnen Gewalt antun oder in anderer Weise schaden.

45 Vgl. nur § 1 Nr. 3 WTPG BW; § 1 Nr. 3 WTG Berlin; § 1 Nr. 3 HambWBVG; § 1 Abs. 1 Nr. 2 WTG LSA; § 1 Abs. 2 WTG NRW.

46 BVerfG v. 10.4.2018 – 1 BvR 1236/11, BVerfGE 148, 267 (280 f. – Rn. 32).

Grundsätzlich haben alle Menschen das Recht, sich Risiken auszusetzen und ihre eigene Gesundheit zu schädigen – die meisten von uns machen hiervon durch einseitige Ernährung, zu viel Alkohol, zu wenig Schlaf und Bewegung oder durch das Fahren mit überhöhter Geschwindigkeit auch regelmäßig und mit Genuss Gebrauch.

Von Bewohner:innen von Einrichtungen wird häufig erwartet, dass sie sich vernünftiger verhalten als die Allgemeinbevölkerung: Ihr Essen wird portioniert, damit sie nicht zunehmen, die Übernachtung der Freundin nur am Wochenende „erlaubt“, damit sie unter der Woche genügend Schlaf finden, oder es wird von Bewohner:innen die Einnahme hormoneller Kontrazeptiva verlangt, obwohl sie keine heterosexuellen Kontakte pflegen – nur um auf Nummer sicher zu gehen. Ob ein solch „pädagogisches Protektorat“⁴⁷ fachlich und ethisch begründbar ist, wird in diesem Band an anderer Stelle diskutiert. Rechtlich überschreiten Leitungskräfte und Mitarbeitenden damit eindeutig ihre Befugnisse.

Ihre Position gibt ihnen nicht das Recht, erwachsenen Bewohner:innen Vorschriften in Bezug auf deren persönliche Lebensführung zu machen. Eingriffe in die allgemeine Handlungsfreiheit der Bewohner:innen sind gem. Art. 2 Abs. 2 Satz 2 und 3 GG nur auf Grundlage eines Gesetzes möglich. Die SGB IX, XI und XII ermächtigen die Erbringern von Teilhabe- und Pflegeleistungen nicht, das Privatleben der Bewohner:innen zu regulieren. Auch die rechtlichen Betreuer:innen können den Mitarbeitenden keine entsprechende Befugnis einräumen (s.o. II.1.).

Etwas anders gestaltet sich die Rechtslage bei Minderjährigen: Deren Personensorgeberechtigte können den Trägern der Einrichtungen die Befugnis übertragen, in Angelegenheiten des täglichen Lebens zusammen mit den Kindern und Jugendlichen (vgl. § 1626 Abs. 2 BGB) Entscheidungen für sie zu treffen (§ 1688 Abs. 2 BGB). Auch hier haben die Mitarbeitenden aber dem wachsenden Bedürfnis und der Fähigkeit junger Menschen zur selbständigen Lebensführung Rechnung zu tragen. Der Schutz der Kinder und Jugendlichen vor Gefahren ist vorrangig mit ihrer Beteiligung und durch Förderung ihrer Kompetenzen und nur äußersten Falls mit Mitteln der Repression zu bewirken.⁴⁸

47 Vgl. Trescher und Nothbaum in diesem Band.

48 Zum kinderrechte-basierten Ansatz Meysen, Kinderrechte-basierter Ansatz in der Kinder- und Jugendhilfe, in: Scheiwe u.a. (Hrsg.), Der Rechtsstatus junger Menschen im Kinder- und Jugendhilferecht, 2021, 105.

Insgesamt ist anzuerkennen, dass Grund- und Menschenrechte uneingeschränkt für alle Menschen und auch in Einrichtungen gelten. Ihre Wirkung entfalten diese Rechte gerade zum Schutz derjenigen, denen die Fähigkeit zur Entscheidungsfindung und Selbstbestimmung abgesprochen wird.⁴⁹ Zweifel der Träger und ihrer Mitarbeitenden an der Entscheidungsfähigkeit einzelner Bewohner:innen und ihre Verantwortung für deren Wohlergehen entbinden sie daher nicht von ihrer Pflicht, deren Freiheits- und Selbstbestimmungsrechte zu respektieren und Eingriffe zu unterlassen.

2. Sexualassistenz durch Mitarbeitende der Einrichtungen und Dienste

Mitarbeitende von ambulanten Diensten und in besonderen Wohnformen und Pflegeheimen haben die Pflege und Assistenz für behinderte und pflegebedürftige Menschen personenzentriert zu erbringen, d.h. sie an den individuellen Bedürfnissen und Wünschen der Adressat:innen auszurichten. Das schließt deren sexuellen Bedürfnisse mit ein. Die Mitarbeitenden sind daher verpflichtet, die räumliche und körperliche Privatsphäre der Adressat:innen zu wahren und ihnen möglichst viel Raum für ungestörte sexuelle Betätigung alleine oder mit anderen zu sichern.⁵⁰ Von Pflegehandlungen, die von den zu Pflegenden nicht gewünscht und abgelehnt werden, ist Abstand zu nehmen und nach akzeptablen Alternativen zu suchen (z.B. dem Abbrausen ohne Waschlappen oder dem Einsatz einer anderen Pflegeperson).

Passive Sexualassistenz ist den Mitarbeitenden zur Unterstützung erwachsener Personen erlaubt. Jugendlichen dürfen Verhütungsmittel und Sextoys beschafft, aber kein Zugang zu Pornografie gewährt werden (§ 184 StGB). Wer Jugendlichen den Kontakt zu Sexarbeiter:innen und Sexualbegleiter:innen vermittelt, läuft Gefahr, gemäß § 180 Abs.1 S.1 Nr.1 StGB kriminalisiert zu werden.⁵¹ Übernachtungen von Jugendlichen bei ihren Liebespartner:innen oder deren Übernachtung bei den Jugendlichen sollten mit den Personensorgeberechtigten abgestimmt werden (§ 180 Abs.1 S.2 StGB). Deren Entscheidungsbefugnis reicht nur soweit, wie sie zum Wohle der Kinder ausgeübt wird, § 1627 BGB. Eltern können nicht einfach über ihre Kinder bestimmen, sondern haben die Entscheidung alters- und

49 Vgl. *Valentiner*, in diesem Band.

50 Eingehend *Maier-Michalitsch/Grunick* (Hrsg.), *Leben pur – Liebe, Nähe, Sexualität bei Menschen mit schweren und mehrfachen Behinderungen* 2011.

51 Zur Kritik *Renzikowski*, in: *Münchener Kommentar StGB*, 4. Aufl. 2021, § 180 Rn. 12 ff.

entwicklungsgerecht mit ihnen zu besprechen und Einvernehmen anzustreben, § 1626 Abs 2 BGB.

Soweit passive Sexualassistenten durch Mitarbeitende erbracht werden *kann*, stellt sich die Frage, ob sie auf Wunsch der behinderten Menschen hin auch erbracht werden *muss*. Das ist in Anbetracht des Zwecks der Eingliederungshilfe und ihrer personenzentrierten Ausrichtung grundsätzlich zu bejahen. § 78 Abs. 2 SGB IX sichert den Leistungsberechtigten zudem das Recht, selbst auf der Grundlage ihres Teilhabe- bzw. Gesamtplans zu entscheiden, wie ihre Assistenz durch die Mitarbeitenden konkret hinsichtlich Ablauf, Ort und Zeitpunkt gestaltet werden soll. Strafbare Handlungen sind den Mitarbeitenden jedoch nicht zuzumuten, sie dürfen den Leistungsberechtigten z.B. keinen Zugang zu Missbrauchsabbildungen (sog. Kinder- oder Jugendpornografie) verschaffen. Grenzen der Zumutbarkeit können sich auch aus § 7 Abs. 1 i.V.m. §§ 1, 3 Abs. 4 AGG ergeben. Danach können Beschäftigte von den Arbeitgeber:innen verlangen, am Arbeitsplatz nicht mit unerwünschten sexuellen Handlungen, Äußerungen und pornografischen Abbildungen konfrontiert zu werden. Wer sich als Arbeitsplatz allerdings das Schlafzimmer anderer Menschen wählt, kann nicht erwarten, dort von deren Intimleben gänzlich verschont zu werden. Die Grenze der Pflicht zur passiven Sexualassistenten dürfte daher frühestens dort zu ziehen sein, wo Mitarbeitende z.B. Leistungsberechtigte bei der Auswahl von Porno-Videos unterstützen und diese dazu ansehen sollen. Diese Aufgabe sollte nur Mitarbeitenden übertragen werden, die hierzu freiwillig bereit sind.

Als *aktive Sexualassistenten* werden alle Formen der Assistenz bezeichnet, „bei denen Mitarbeitende und Pflegekräfte in eine sexuelle Interaktion aktiv einbezogen sind.“⁵² Das kann Hilfe bei der Masturbation, die Anleitung bei der Nutzung von Sextoys oder die Unterstützung eines mobilitätsbehinderten Paares bei der sexuellen Begegnung sein. Aktive Sexualassistenten in einem laufenden Aufsichts-, Beratungs-, Betreuungs-, und Behandlungsverhältnis kann den Tatbestand des sexuellen Missbrauchs nach §§ 174, 174a Abs. 2 StGB und § 174c Abs. 1 StGB erfüllen. Nach Auffassung des BGH lässt das Einverständnis der behinderten Person den Vorwurf der Missbräuchlichkeit der sexuellen Handlungen in der professionellen Beziehung nur entfallen, wenn die Beteiligten sich „auf Augenhöhe“ begegnet sind⁵³ und

52 Walter, Zur Einführung: Was ist Sexualassistenten?, in: Walter (Hrsg.), Sexualbegleitung und Sexualassistenten 2004, 11 f.

53 BGH v. 29.6.2016 – 1 StR 24/26, NJW 2016, 2965.

eine professionelle Vertrauensbeziehung entweder nicht entstanden ist oder aber für die sexuellen Handlungen ohne Bedeutung war.⁵⁴ Die Strafbarkeit richtet sich damit entscheidend nach dem Charakter der Assistenz: In Einrichtungen sind die Bewohner:innen in hohem Maße von den Mitarbeitenden abhängig. Diese entscheiden, wann sie der Person auf der Toilette oder bei der Kommunikation mit Außenstehenden helfen. Eine Begegnung auf Augenhöhe ist vom Gesetzgeber zwar gewünscht,⁵⁵ strukturell bedingt aber nicht gegeben. Die Abhängigkeit kann nur überwunden werden, wenn Menschen mit Behinderung – z.B. im sogenannten Arbeitgebermodell – tatsächlich die Auswahl-, Anleitungs- und Organisationskompetenz über ihre Assistenz erlangen („persönliche Assistenz“). In einem solchen Setting wird aktive Sexualassistenz regelmäßig keinen rechtlichen Bedenken begegnen, in allen anderen Settings sollte aktive Sexualassistenz nur von externen Dienstleister:innen angeboten werden (zur Sexualbegleitung u. 5.).

3. Schutzpflichten

In 24/7-Settings meinen Leitungsverantwortliche und Mitarbeitende oft, nicht nur rund um die Uhr, sondern allumfassend für das Wohlergehen der Bewohner:innen verantwortlich zu sein. Daraus resultiert die rechtlich unbegründete Sorge, für alle Schäden die die Bewohner:innen erleiden oder verursachen, haftbar gemacht werden zu können. Eine entsprechende Verantwortung wird ihnen häufig auch von Angehörigen oder Anwohner:innen oder Versicherungen zugeschrieben. Doch heranwachsende und erwachsene Menschen mit anderen Lernmöglichkeiten sind in erster Linie für sich selbst verantwortlich. Die Anordnung einer rechtlichen Betreuung oder eine Einschränkung ihrer Fähigkeit zur freien Willensbestimmung hat keinen Einfluss auf ihre vertragliche und deliktische Haftung. § 827 BGB schließt eine Deliktsfähigkeit nur bei Handeln im Zustand der Bewusstlosigkeit und vergleichbaren, die Willensbestimmung vollständig ausschließenden Zuständen aus. Eine entsprechende Annahme können z.B. wahnhaft, manische Episoden oder die Diagnose einer „schweren geistigen Behinderung“ begründen.⁵⁶ In diesem Fall kommt allenfalls noch eine Billigkeitshaftung nach § 829 BGB in Betracht. Ob neben oder anstelle der

54 BGH v. 14.4.2011 – 4 StR 669/10, NJW 2011, 1891.

55 Vgl. die Gesetzesbegründung zu Neufassung des § 78 SGB IX durch das BTHG: BT-Drs. 18/9522, 261.

56 Brosey, in: Jürgens (Hrsg.), Betreuungsrecht, 7. Aufl. 2023, § 827 BGB Rn. 1.

Menschen mit anderen Lernmöglichkeiten die Träger der Einrichtungen und Dienste oder ihre Mitarbeitenden haftbar gemacht werden können, richtet sich danach, ob sie schuldhaft gegen eine ihn obliegenden Schutzpflicht verstoßen haben. Die Schutzpflichten der Träger von Einrichtungen und Dienste und die ihrer Mitarbeitenden lassen sich in drei Kategorien unterteilen: Organisations- und Verkehrssicherungspflichten, vertragliche Obhutspflichten und gesetzliche Schutzpflichten

a) Organisations- und Verkehrssicherungspflichten

Träger von Einrichtungen und -dienste haben ihre Infrastruktur und Betriebsabläufe so zu gestalten, dass Nutzer:innen und Beschäftigte durch vorhandene Gefahrenquellen nach Möglichkeit nicht geschädigt werden. Können Nutzer:innen bestimmte Gefahrenquellen nicht selbständig beherrschen, sind die Gefahrenquellen zu beseitigen oder besonders zu sichern.⁵⁷

Zu den typischen Betriebsrisiken, die die Träger zu vermeiden haben, zählen neben Hygienemängeln, technischen Defekten oder baulichen Barrieren auch das institutionell bedingte Risiko von Verletzungen der Privatsphäre der Bewohner:innen, rechtswidrigen Freiheitsbeschränkungen, Grenzverletzungen und Gewalt. Dringt ein Bewohner nachts in das Zimmer einer Bewohnerin ein, um sie zu vergewaltigen, haftet der Träger für den ihr hieraus entstehenden Schaden, wenn er den Übergriff durch den Einbau eines Schließsystems hätte verhindern können oder grenzverletzendes Verhalten des Bewohners bereits in der Vergangenheit beobachtet wurde, aber keine gezielten Maßnahmen ergriffen wurden, um ihn darin zu unterstützen, die Grenzen anderer besser zu achten. Im Rahmen des Gewaltschutzkonzepts, dass die Träger nach Maßgabe der Heimordnungsgesetze der Länder und § 37a SGB IX zu entwickeln haben, sind darum auch gemeinsam mit den Nutzer:innen die organisationsspezifischen Risikofaktoren zu ermitteln und gezielt abzubauen. Ebenso sollte ermittelt werden, welche Ressourcen (Schutzfaktoren) bereits vorhanden sind und wie sie besser genutzt und erweitert werden können.

57 BGH v. 22.8.2019 – III ZR 113/18, BGHZ 223, 95–106.

b) Vertragliche Obhutspflichten

Der BGH hat bereits vor 20 Jahren festgestellt, dass die Träger von Einrichtungen und deren Mitarbeitende weder verpflichtet noch berechtigt sind, alle nur denkbaren Sicherungsvorkehrungen zu treffen, um die Einrichtungsnutzer:innen vor Schäden zu bewahren und sie ständig zu überwachen.⁵⁸ Welche Vorkehrungen sie ergänzend zu ihren oben genannten Organisations- und Verkehrssicherungspflichten zu treffen haben, richtet sich vielmehr nach den vertraglichen Vereinbarungen, die sie mit den Menschen selbst – gegebenenfalls vertreten durch deren Personensorgeberechtigte und rechtliche Betreuer:innen – geschlossen haben. Obhutspflichten können auch ungeschriebener Bestandteil des Dienstvertrags mit dem ambulanten Dienst oder des Wohn- und Betreuungsvertrags mit dem Einrichtungsträger geworden sein. Sie sind dann im Konfliktfall von den Gerichten im Wege der Vertragsauslegung zu ermitteln. Die Obhutspflichten reichen nur soweit, wie die Einrichtungen sie mit einem vernünftigen finanziellen und personellen Aufwand realisieren können.⁵⁹ Geschuldet ist

„das Erforderliche sowie das für die Heimbewohner und das Pflegepersonal Zumutbare. Dabei ist insbesondere die menschliche Würde der Bewohner zu beachten. Daraus folgt, dass deren Interesse und Bedürfnis nach einem möglichst selbstbestimmten und selbstverantwortlichen Leben auch in der Heimunterbringung zu wahren und zu fördern und vor unzumutbaren Beeinträchtigungen zu schützen ist.“⁶⁰

Sind Dienste und Einrichtungen vertraglich zum Schutz der sexuellen Selbstbestimmung der Adressat:innen verpflichtet, haben sie gemäß dem Prinzip der praktischen Konkordanz Schutzmaßnahmen so zu gestalten, dass die Menschenwürde und die Freiheitsrechte der Adressat:innen angemessen gewahrt bleiben: Den Adressat:innen kann und muss vermittelt wird, dass ihre Intimsphäre achtens- und schützenswert ist. Pflegehandlungen werden darum einzeln angekündigt, und es wird um Erlaubnis gebeten. Die Zimmer der Bewohner:innen werden soweit wie möglich durch (schlüssellose) Schließsysteme vor ungewollten Zutritten gesichert. Die Adressat:innen erhalten Angebote zur sexuellen Bildung, zur Stärkung des Selbstbewusstseins (§ 64 Abs.1 Nr. 3 SGB IX) und zur Wahrnehmung der

58 BGH v. 28.4.2005 – III ZR 399/04, NJW 2005, 1937.

59 Ibid.

60 Ibid.

eigenen Grenzen und der Grenzen anderer. Grenzverletzendes Verhalten wird nicht hingenommen, sondern mit den Betroffenen bearbeitet. Eine Pflicht zur Überwachung von Bewohner:innen besteht nur in konkreten Gefahrensituationen.⁶¹ Ohne konkrete Anhaltspunkte für eine latente oder akute Gefährdung besteht keine Pflicht zu weiteren Sicherungsmaßnahmen.⁶² Einvernehmliche soziale und sexuelle Kontakte dürfen nicht reglementiert werden. Bloße Mutmaßungen, wonach der dominant auftretende Freund einer Bewohnerin diese zu sexuellen Handlungen bewegen könnte, die sie eigentlich nicht will, rechtfertigen es daher nicht, die privaten Treffen des Paares durch den geöffneten Türspalt zu beobachten, sondern geben allenfalls Anlass, mit der Bewohnerin das Gespräch zu suchen, sie zur Selbstachtsamkeit und Grenzsetzung zu ermutigen und weitergehende Unterstützung anzubieten, sollten sie diese je benötigen. Hilferufe oder andere hörbare Abwehrreaktionen können es hingegen rechtfertigen, an die Tür zu klopfen, um den Betroffenen Schutz anzubieten.

c) Gesetzliche Schutzpflichten

In der Eingliederungshilfe haben die Einrichtungen und Dienste gem. § 37a SGB IX geeignete Maßnahmen zum Schutz der Adressat:innen vor Gewalt zu treffen. Für Pflegeeinrichtungen ergibt sich diese Pflicht aus den Heimordnungsgesetzen der Länder, für Einrichtungen, in denen Kinder und Jugendliche betreut werden, aus § 45 Abs. 2 SGB VIII. Mit dem Wort „insbesondere“ bringt der Gesetzgeber in § 37a SGB IX zum Ausdruck, dass diese ein Schutzkonzept umfassen müssen, sich aber nicht darin erschöpfen können. Schutzkonzepte sind als fortlaufende Organisationsentwicklungsprozesse zu verstehen. Sie müssen bei den Entstehungsbedingungen der Gewalt ansetzen, den Adressat:innen und Mitarbeitenden aber auch im akuten Gefährdungsfall Handlungssicherheit geben.⁶³ Einen wichtigen Bestandteil bildet das interne und externe Beschwerdemanagement, das in den einzelnen Landesheimordnungsgesetzen festgeschrieben wird. Dort sind zum Teil weitere Schutzpflichten formuliert (z.B. in § 8 WTG NRW). Freiheitseingriffe sind zum Schutz vor Gewalt grundsätzlich nur mit der Zustimmung der Betroffenen oder bei gegenwärtiger und erheblicher Ge-

61 OLG Düsseldorf v. 20.3.2008 – I-24 U 166/07, VersR 2008, 1079.

62 BGH v. 14.1.2021 – III ZR 168/19, BGHZ 228, 122–133.

63 *Zinsmeister/Kuhn*, Der Schutz von Menschen mit Behinderungen vor Peergewalt, Teilhabe 1/2023, 26.

fahr im Wege der Nothilfe oder Notwehr (§ 32 StGB) oder mit gerichtlicher Genehmigung (z.B. nach § 1631b Abs. 2 BGB, § 1831 Abs. 4 BGB) oder auf Grundlage des LandesPsychKG gerechtfertigt.

4. Haus- und Besuchsrecht in besonderen Wohnformen und Pflegeheimen

Überlassen Einrichtungsträger den leistungsberechtigten Menschen mit anderen Lernmöglichkeiten gegen Entgelt Wohnraum, so steht diesen damit auch das Hausrecht (§§ 858 ff., 903, 1004 BGB) an diesen Räumen zu,⁶⁴ d.h. die Befugnis, wie Mieter:innen selbst zu bestimmen, wem sie wann und wie lange Zutritt zu ihrem Zimmer gewähren.⁶⁵ Entsprechende Regelungen in den Heimordnungsgesetzen einzelner Länder (vgl. § 11 Abs. 2 BlnWTG, § 15 Abs. 1 Nr. 5 LWTG Rheinland-Pfalz) sind deklaratorischer Natur. Ihr Fehlen in anderen Landesgesetzen stellt das Hausrecht der dort lebenden Heimbewohner:innen nicht in Frage,⁶⁶ denn WG- und Wohnheimzimmer fallen immer in den Schutzbereich des Grundrechts der Bewohner:innen auf Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG).⁶⁷ Das BVerfG versteht diese Räume als Mittel zur Wahrung der Menschenwürde, das dem Einzelnen sein Recht sichert, in Ruhe gelassen zu werden und sich zeitweise sozialer Kontrolle zu entziehen.⁶⁸ Bedient sich der Staat zur Ausführung seiner sozialstaatlichen Aufgaben der Einrichtungen und Dienste freier Träger, so haben diese die Privatheit der Bewohner:innen in gleichem Maße zu achten und zu schützen wie der Staat, § 1 Abs. 2 SGB I.

Das Hausrecht der Bewohner:innen umfasst auch ihr Recht, Besuche zu empfangen und mit diesen ungestört zu sein, sowohl bei Tag als auch über Nacht. Aus diesem Grunde haben Einrichtungsträger auch nicht die Rechtsmacht, Außenstehenden ab einer bestimmten Uhrzeit den Zutritt

64 OVG Berlin-Brandenburg v. 16.10.2009 – OVG 6 N 25.08, NZM 2010, 675.

65 LG Münster v. 12.12.2013 – 5 T 610/13, BeckRS 2014, 17172.

66 *Höfling*, Hausrecht in Heimen. Zur Regulierung der Außenkontakte von Heimbewohnerinnen und -bewohnern – Rechtslage und rechtspolitische Reformbedarfe, Gutachten im Auftrag des BMFSFJ 2004, 54 (unter: <https://www.bmfsfj.de/resource/blob/79122/18092d8239fd2eb9e7427fba63f13dc/hausrecht-in-heimen-data.pdf> – Abruf 21.3.2024).

67 BGH v. 10.8.2005 – 1 StR 140/05, NStZ 2005, 700 (Krankenhauszimmer); *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Kommentar, 17. Aufl. 2022, Art. 13 Rn. 4.

68 BVerfG v. 31.1.1973 – 2 BvR 454/71, BVerfGE 34, 238; BVerfG v. 3.3.2004 – 1 BvR 2378/98, BVerfGE 109, 279.

zum Gebäude zu verweigern.⁶⁹ Entsprechende Begrenzungen der Besuchszeiten in Verträgen und Hausordnungen sind grundrechtswidrig.⁷⁰ Bei mehrfach belegten Zimmern üben die Bewohner:innen das Hausrecht gemeinsam aus, bei Konflikten im Innenverhältnis kommt dem Einrichtungsträger und seinen Mitarbeitenden eine moderierende Rolle zu.⁷¹ Selbst wenn es gelingt, Kompromisse zu finden, so bleiben der Möglichkeit der Einzelnen, in einem mehrfachbelegten Zimmer stundenweise ungestört Besuch zu empfangen, enge Grenzen gesetzt. Diese Bewohner:innen haben kaum eine Möglichkeit, ihre Sexualität zu leben, ohne sich dabei anderen aufzudrängen.

Ohne oder gegen den Willen der Bewohner:innen dürfen Besuche vom Träger nur untersagt oder beschränkt werden, wenn dies unerlässlich ist, um eine unzumutbare Beeinträchtigung ihrer Interessen oder der ihrer Mitbewohner:innen bzw. des Einrichtungsbetriebes abzuwenden.⁷² Dies wäre zu bejahen, wenn z.B. ein Besucher wiederholt trotz Abmahnung das Zusammenleben im Wohnbereich durch lautes Geschrei, Beschimpfungen, Beleidigungen und Bedrohungen der Bewohner:innen oder Mitarbeiter:innen stört,⁷³ oder eine Besucherin die Gesundheit eines Bewohners gefährdet, in dem sie ihm seine Medikamente wegnimmt oder die Ernährung über die Sonde unterbricht.⁷⁴

Der Schutzbereich des Art. 13 GG umfasst auch Gemeinschaftsräume, die den Wohnzwecken der Bewohner:innen dienen, wie z.B. das gemeinsame Ess- und Wohnzimmer oder die Wohngruppenküche. Die Bewohner:innen haben diese Gemeinschaftsräume mitgemietet und das Recht, sie jederzeit bestimmungsgemäß zu nutzen. Nutzungseinschränkungen sind nur zulässig, wenn sie in einer Hausordnung geregelt sind, die Bestandteil des Wohn- und Betreuungsvertrags geworden ist. Die Hausordnung unterliegt der Mitbestimmung der Bewohner:innen. Die Regeln müssen verhältnismäßig sein: Die bestimmungsgemäße Nutzung der Gemeinschaftsräume durch die einzelnen Bewohner:innen darf nur in dem Maße eingeschränkt

69 Ebsen, Verfassungsrechtliche Anforderungen an eine bundesgesetzliche Ermächtigung zur örtlichen Prüfung von Pflegeeinrichtungen durch die Medizinischen Dienste der Krankenversicherung, Gutachten, 2000, 35.

70 Ibid., ebenso Höfling, Hausrecht in Heimen, 2004, 50.

71 Höfling, Hausrecht in Heimen, 2004, 42.

72 BVerfG v. 25.1.2023 – 2 BvR 2255/22, NJW 2023, 909 (Rn. 25); OLG Düsseldorf v. 28.2.1991 – 5 U 279/90, FamRZ 1991, 1181; LG Münster v. 12.12.2013 – 5 T 610/13, BeckRS 2014, 17172.

73 LG Münster v. 12.12.2013 – 5 T 610/13, BeckRS 2014, 17172.

74 Höfling, Hausrecht in Heimen, 2004, 53.

werden, wie dies zum Schutz höherrangiger Interessen der Gemeinschaft und gegebenenfalls des Trägers erforderlich ist. So kann z.B. eine Besuchseinschränkung zur Nachtzeit nicht mit dem Schutz der Nachtruhe begründet werden. Dafür ist es ausreichend, die Bewohner:innen und ihre Besucher:innen zur Einhaltung von Zimmerlautstärke zu verpflichten.

5. Freier Zugang von Sexarbeiter:innen und Sexualbegleiter:innen zu Einrichtungen

Das durch Art. 13 GG gesicherte Recht der Bewohner:innen, frei zu entscheiden, wen sie auf ihren Zimmern empfangen wollen, schließt Sexarbeiter:innen und Sexualbegleiter:innen mit ein.

Vor allem kirchliche Träger stehen der Prostitution in ihren verschiedenen Formen vielfach kritisch gegenüber. Einige Einrichtungen wollen aus diesem Grunde und um den Ruf der Einrichtung vor Schaden zu schützen, Sexarbeiter:innen und Sexualbegleiter:innen keinen Zugang zu den Bewohner:innen gewähren.⁷⁵

Ein solches Zugangsverbot wäre nicht nur ein Eingriff in Art. 13 GG und das Recht behinderter Menschen auf sexuelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 S. 1 GG, sondern zugleich eine Benachteiligung wegen der Behinderung (Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG), da ausschließlich Menschen mit Beeinträchtigungen auf besondere Wohnformen verwiesen und damit von dem Verbot betroffen wären. Auf der anderen Seite schützt Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Weimarer Reichsverfassung (WRV) das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften, und kirchliche Träger genießen gem. Art. 4 Abs. 2 GG Religionsausübungsfreiheit, die sich auch auf ihre karitative Tätigkeit erstreckt.⁷⁶ Die kirchlichen Träger können ihr Selbstbestimmungsrecht gem. Art. 137 WRV aber nur „innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes“ – d.h. unter Achtung der Grundrechte der Leistungsberechtigten ausüben, zu deren Achtung und Förderung sie sich als Leistungserbringer ausdrücklich verpflichtet haben und wofür sie auch staatlich vergütet werden. Das Recht auf freie Religionsausübung schützt die Freiheit kirchlicher Träger, sich mit ihren karitativen Angeboten zu den eigenen religiösen Überzeugungen und ethischen Werten und Prinzipien zu

75 Differenzierter *Lob-Hüdepohl*, Sexualität und Behinderung, in: Hilpert (Hrsg.), Zukunftshorizonte katholischer Sexualethik, 2016, 330.

76 BVerfG v. 17.10.2007 – 2 BvR 1095/05, DVBl. 2007, 1555.

bekennen und diese zu verbreiten.⁷⁷ Ihre Glaubensfreiheit gibt ihnen aber nicht das Recht, den Bewohner:innen durch Hausregeln eine Lebensführung aufzuerlegen, die sich nicht mit deren persönlicher Weltanschauung und Glaubensüberzeugung deckt. Dies gilt umso mehr, als das Recht der Leistungsberechtigten auf freie Wahl der Einrichtung auf das tatsächlich vorgehaltene Angebot beschränkt ist und es bundesweit sehr viel mehr Plätze in christlich verantworteten Einrichtungen als Leistungsberechtigte christlichen Glaubens gibt. Aus diesem Grunde steht auch konfessionell gebundenen Trägern nicht die Dispositionsmacht zu, eine Sexualbegleitung in der Einrichtung zu verhindern.

6. Sexualbegleitung im Sperrbezirk?

Liegt die Wohnung assistenzbedürftiger Menschen oder die Einrichtung, in der sie leben, in einem Sperrbezirk, könnten Sexualbegleiter:innen und Sexarbeiter:innen aus ordnungsrechtliche Gründen am Besuch der Bewohner:innen gehindert sein. Sperrbezirke können von den Landesregierungen gem. Art. 297 EGStGB „zum Schutze der Jugend oder des öffentlichen Anstandes“ eingerichtet werden. Innerhalb der Sperrbezirke ist es verboten, bestimmten oder allen Formen der Prostitution nachzugehen. Als Prostitution wird die wiederholte Vornahme sexueller Handlungen gegen Entgelt mit oder vor wechselnden Partner:innen definiert.⁷⁸ Je nach konkreter Ausgestaltung sind Angebote der aktiven Sexualassistenz/Sexualbegleitung für Menschen mit Behinderungen als Prostitution einzustufen.

Da Sperrbezirke die Berufsausübungsfreiheit der Sexarbeiter:innen aus Art. 14 GG beschränken, dürfen sie und die hierauf gestützten Verwaltungsakte nur soweit reichen, wie dies zum Schutze der Jugend und des „öffentlichen Anstands“ tatsächlich erforderlich ist.⁷⁹ In den Sperrbezirken verboten werden dürfen nach der Rspr nur solche Formen der Sexarbeit, von denen zumindest abstrakt die Gefahr der „Belästigungen der Anwohner, milieubedingte Unruhe, das Ansprechen Unbeteiligter sowie das Anfahren und

77 BVerfG v. 19.10.1971 – 1 BvR 387/65, BVerfGE 32, 98 (106 f.); BVerfG v. 24.4.1985 – 1 BvF 2/83, BVerfGE 69, 1 (3 f.).

78 Renzikowski, in Münchener Kommentar zum StGB, 4. Aufl. 2021, § 180a Rn. 22.

79 Zum Konfrontationsschutz kritisch Lembke, Sexualität in der Öffentlichkeit: Zwischen Konfrontationsschutz und Teilhabe am öffentlichen Raum, in: dies. (Hrsg.), Regulierung des Intimen, 2017, 271; Valentiner, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, 2021, 392.

Abfahren der Freier als sichtbare Begleiterscheinungen“ ausgehen können.⁸⁰ Bei der Wohnungsprostitution hatten das OVG Saarlouis⁸¹ und der VGH Kassel⁸² eine solche abstrakte Gefahr der öffentlichen Sichtbarkeit verneint. Hausbesuche von Sexualbegleiter:innen und anderen Sexarbeiter:innen in Wohneinrichtungen verlaufen noch unauffälliger in zeitlich großen Abständen. Ihr Verbot käme für Menschen, die ihre sexuelle Autonomie nur mit Hilfe sexueller Dienstleistungen verwirklichen können, unter Umständen einem generellem Sexverbot gleich, denn für sie wird es oft besonders schwer und kaum finanzierbar sein, geeignete barrierefreie Angebote außerhalb des Sperrbezirks aufzusuchen. Soweit nicht von vornherein die öffentliche Sichtbarkeit zu verneinen ist, so sind in die Abwägung der individuellen Rechtsgüter gegen den öffentlichen Konfrontationsschutz neben der Berufsausübungsfreiheit der Sexarbeiter:innen auch das Grundrecht dieser Menschen auf sexuelle Selbstbestimmung nach Art. 2 Abs. 1 GG⁸³ einzubeziehen. Eine entsprechende rechtliche Klarstellung in den Sperrbezirksverordnungen wäre wünschenswert. Ein entsprechender Antrag wird im Münchener Stadtrat 2024 verhandelt werden.⁸⁴

7. Ist die Sexualbegleitung eine Leistung der Eingliederungshilfe?

Die Rechtsprechung stand dem Anspruch behinderter Menschen auf Sexualbegleitung bisher überwiegend ablehnend gegenüber.⁸⁵ Der bayerische VGH und das LSG Thüringen verneinten einen Eingliederungshilfeanspruch mit der Begründung, die sexuellen Dienstleistungen fänden ausschließlich in einem von der Außenwelt abgesonderten Intimbereich statt und förderten daher nicht die gesellschaftliche Teilhabe.⁸⁶ Dieses Argument trägt nicht, da viele Eingliederungshilfeleistungen – insbesondere die Hilfen zum Wohnen – in der „abgeschotteten“ Privatsphäre erbracht werden. Gegen die Einstufung als eingliederungshilferechtlicher Bedarf wird weiter-

80 BVerfG v. 28.4.2009 – 1 BvR 224/07, NVwZ 2009, 905; BVerwG v. 17.12.2014 – 6 C 28/13, GewArch 2015, 258.

81 OVG Saarlouis v. 30.6.2020 – 2 C 70/20, BeckRS 2020, 15830.

82 VGH Kassel v. 31.1.2013 – 8 A 1245/12, BeckRS 2013, 48070.

83 Eingehend *Valentiner* in diesem Band.

84 S. <https://risi.muenchen.de/risi/dokument/v/8255806>.

85 Vgl. den Rechtsprechungsüberblick bei *Proufas/Olberg*, Sexualassistentz als Leistung der Sozialen Teilhabe nach dem SGB IX?, SRa 2023, 47.

86 BayVGH v.10.5.2006 – 12 BV 06.320, BeckRS 2009, 38225.

hin argumentiert, dass die Sexualität als Grundbedürfnis des menschlichen Daseins dem Bereich der Grundsicherung und Hilfe zum Lebensunterhalt zuzuordnen sei.⁸⁷ Das LSG Thüringen hält ein Leben in Würde aber auch ohne sexuelle Betätigung denkbar.⁸⁸ In diese Richtung argumentiert auch das LSG Bayern: Der Gesetzgeber dürfe bei der Ermittlung des existenzsichernden Regelbedarfs neben den Aufwendungen für Alkohol und Zigaretten aus die Ausgaben für Prostitution unberücksichtigt lassen.⁸⁹

Im Jahr 2022 sprach nun erstmals das SG Hannover einem behinderten Mann Sexualbegleitung als Leistung zur sozialen Teilhabe zu.⁹⁰ § 76 Abs. 2 SGB IX sei ein offener Leistungskatalog. In der Sexualbegleitung handele es sich um Maßnahmen, die der Verbesserung seiner Lebensqualität dienten und elementare Grundbedürfnisse befriedigten. Die Entscheidung ist noch nicht rechtskräftig.⁹¹ Sie lässt viele Fragen offen.

In der Literatur wird ein Anspruch behinderter Menschen auf Sexualassistenz dem Grunde nach bejaht.⁹² Wie Valentiner in diesem Band ausführt, begründet das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung gem. Art. 2 Abs. 1 GG nicht nur ein Abwehrrecht, sondern auch die Pflicht des Staates, Menschen die Mindestvoraussetzungen zu sichern, die sie benötigen, um sich in irgendeiner Weise sexuell betätigen zu können. Für behinderte Menschen kommen hierbei Leistungen zur Sozialen Teilhabe in Betracht. Voraussetzung ist gem. § 4 SGB IX allerdings, dass sie notwendig sind, um die persönliche Entwicklung ganzheitlich zu fördern und die Teilhabe am Leben in der Gesellschaft sowie eine möglichst selbständige und selbstbestimmte Lebensführung zu ermöglichen oder zu erleichtern.

87 Ibid.

88 LSG Thüringen v. 22.12.2008 – L 1 SO 619/08 ER, BeckRS 2009, 62788, Rn. 36–39.

89 LSG Bayern v. 6.2.2020 – L 8 SO 163/17, BeckRS 2020, 2365.

90 SG Hannover v. 11.7.2022 – S 58 U 134/18, BeckRS 2022, 26245; s. dazu *Proufas/Ohlberg*, Sexualassistenz als Leistung der Sozialen Teilhabe nach dem SGB IX?, Sozialrecht aktuell 2023, 47–52.

91 Ds Berufungsverfahren ist beim LSG Niedersachsen in Celle anhängig (L 3 U 114/22).

92 *Zinsmeister*, Hat der Staat den Bürger:innen Sexualität zu ermöglichen?, in: *Lembke* (Hrsg.), *Regulierung des Intimen*, 2017, 71 (87); *Paulsen/Schanz*, Sexualassistenz – professioneller Umgang mit der Sexualität von alten und pflegebedürftigen Menschen, RDG 2016, 116; *Bittner*, Keine erotische Ganzkörpermassage zu Lasten der Sozialhilfe, Anmerkung zu LSG Bayern, NZS 2020, 317; *Rosenow*, in: *Fuchs/Ritz/Rosenow* (Hrsg.), *SGB IX, Kommentar zum Recht behinderter Menschen*, 7. Aufl. 2021, § 113 Rn. 54; *Nebe*, in: *Knickrehm/Rademacker*, *SGB XIV*, 2022, § 66 Rn. 18; *Valentiner*, in diesem Band.

Wann aber ist eine Sexualbegleitung als notwendig anzusehen? Eine Sexualbegleitung deckt nicht das Bedürfnis behinderter Menschen nach Zuneigung, Geborgenheit und Sicherheit und kann eine Partnerschaft nicht ersetzen. Um Menschen mit Behinderungen soziale Kontakte zu ermöglichen, muss es das langfristige Ziel sein, die strukturellen und einstellungsbedingten Barrieren abzubauen, die sie in ihren Möglichkeiten der sozialen und sexuellen Interaktion beschränken. Sexualbegleitung, schreibt Vernaldi, kann daher nicht mehr sein,

„als eine deutliche Antwort auf die sexuelle Not vieler behinderter Menschen. Das dieser Not zugrunde liegende Problem wird damit nicht gelöst. Dazu ist ein breiterer Diskurs über Attraktivität, Lust, Körperlichkeit notwendig, der nicht nur behinderte Menschen, Sonderpädagogen, Ärzte und Sexualbegleiter angeht.“⁹³

Dem Staat kann nicht das allgemeine Risiko auferlegt werden, dass sich Menschen ihre Wünsche in Bezug auf eine erfüllte Sexualität oder Partner:innenschaft bzw. eine andere Form der sozialen Gemeinschaft nicht erfüllen können, weil ihnen das passende Gegenüber dazu fehlt. Zudem hat sich der Staat jeglicher Normierung des Geschlechtlichen und Sexuellen zu enthalten.⁹⁴ Die Einzelnen können für sich zwar ein Mindestmaß an sexueller Autonomie, nicht aber eine bestimmte Form der Sexualität beanspruchen. Wer kognitiv, psychisch und physisch in der Lage ist, sich selbst und anderen Lust zu verschaffen, verfügt über ein Mindestmaß an sexueller Autonomie. Notwendig ist Sexualbegleitung demnach nur für Menschen, die dieses Mindestmaß nicht entwickeln können, das sind in erster Linie Menschen, die aufgrund einer fortgeschrittenen Muskelschwäche, Spastik, Lähmung oder vergleichbaren Beeinträchtigungen nicht in der Lage sind, sich sexuell zu betätigen, Menschen, denen ihre Umwelt nur auf diesem Wege vermitteln kann, wie sie sich und andere stimulieren können, ohne sich oder die andere Person dabei zu verletzen sowie Menschen, die durch psychosoziale Blockaden z.B. in Folge von Missbrauch (noch) daran gehindert sind, sich auf Solosexualität einzulassen oder auf ein Gegenüber, das sexuelle Wünsche und Erwartungen an sie heranträgt.

93 Vernaldi, *Der behinderte Mensch und seine Besonderheiten -Sexualbegleitung und ihre Besonderheiten*, in: Walter (Hrsg.): *Sexualbegleitung und Sexualassistenz bei Menschen mit Behinderungen*, 2004, 49 (56).

94 Eingehend Zinsmeister, in: Lembke (Hrsg.), *Regulierung des Intimen*, 2017, 71.

Wünsche der genannten Personengruppen nach Sexualbegleitung sind als Eingliederungshilfebedarf anzuerkennen.⁹⁵

IV. Abbau fremdbestimmter Strukturen: Die Verantwortung der Sozialleistungsträger

Ohne Veränderung der strukturellen Rahmenbedingungen werden in besonderen Wohnformen auch die engagiertesten sexualpädagogischen Konzepte, die besten Unterstützungsangebote und umfassende Gewaltschutzkonzepte an ihre Grenzen stoßen: Das Wohnen in Gemeinschaften, die man sich nicht selbst ausgesucht hat, ist immer der Einbuße von Privatheit, Selbstbestimmung und Sicherheit verbunden. Wer versucht, sozialer Ungleichheit und Ausschließung alleine durch individualisierende Problembearbeitung zu begegnen, trägt eher zur Stabilisierung bestehender Verhältnisse, als zu deren Überwindung bei.

Zum Schutz und zur Gewährleistung der Menschenrechte müssen die Sozialleistungsträger darum die UN-BRK konsequenter umsetzen. Sie sichert Menschen mit Behinderungen unter anderem das Recht, selbst „ihren Aufenthaltsort zu wählen und zu entscheiden, wo und mit wem sie leben“ und betont, dass sie „nicht verpflichtet sind, in besonderen Wohnformen zu leben“ (Art. 19 UN-BRK). Behinderten Menschen ist in jeder Wohnform eine geschützte Privatsphäre (Art. 22 UN-BRK) und die staatliche Unterstützung zu sichern, die sie brauchen, um sich für ein Leben in Partnerschaft und mit Kindern entscheiden zu können (Art. 23 UN-BRK). Diese Wahlfreiheit gilt für alle Menschen mit Behinderungen, d.h. ungeachtet des Umfangs ihres Unterstützungsbedarfs und der damit einhergehenden Kosten. Dies haben die Eingliederungshilfeträger bei der Prüfung der Angemessenheit des Wunsches, in einer eigenen Wohnung zu leben, zu berücksichtigen.⁹⁶

⁹⁵ Zum Umfang s. *ibid.*

⁹⁶ *Zinsmeister*, in: *Dau et al. (Hrsg.): Lehr- und Praxiskommentar SGB IX*, 6. Aufl. 2022, § 104 SGB IX Rn. 7 ff. m.w.N.

