

felhaft. Nicht jede unbefugte Inanspruchnahme einer Leistung führt zwangsläufig zu einer konkludenten Täuschung und einem Betrug, wenn ahnungslose Empfänger/innen danebenstehen. Zudem ist der herbeigeführte Schaden einzelner Täter/innen und der Erfolgsunwert in der Regel ohnehin gering, so dass der Handlungsunwert eine größere Bedeutung erhalten muss.¹⁶ Der BGH führt aus, dass der Begriff des „Erschleichens“ lediglich die Herbeiführung eines Erfolges auf unrechtmäßigem, unlauterem oder unmoralischem Wege meint.¹⁷ Wie Fischer¹⁸ richtig feststellt, geht der BGH also selbst davon aus, dass auf die Handlung des Erschleichens abzustellen sei, und eben nicht auf den Erfolg. Die Feststellung der Benutzung von oder der Fahrt mit öffentlichen Verkehrsmitteln, ohne je-

weils im Besitz eines gültigen Fahrausweises zu sein, beschreibt gerade nicht die Handlung des Erschleichens.

So sind die restriktiven Anforderungen des OLG Koblenz an die im Urteil zu treffenden Feststellungen zum Erschleichen einer Beförderungsleistung zu begrüßen. Es müssen zumindest die durch die Geschäftsbedingungen festgelegten Voraussetzungen für eine ordnungsgemäße Benutzung und ein äußerlich erkennbares Verhalten der Täterin oder des Täters festgestellt werden, das den unzweifelhaften Schluss einer unrechtmäßigen Benutzung zulässt. Da mit der Annahme eines „Anscheins der Ordnungsgemäßheit“ ein solches Verhalten äußerlich aber gerade nicht erkennbar sein kann, heißt dies nichts anderes, als dass auch die Rechtsprechung zunehmend eine Handlung fordert, in der sich die Zahlungswilligkeit nach außen manifestiert.

¹⁶ Ulrike Hinrichs, NJW 2001, 932, 933.

¹⁷ BGH vom 08.01.2009, NStZ 2009, 211 (212).

¹⁸ Thomas Fischer, in: ders., StGB, 59. Aufl. 2012, § 265a Rn. 5.

Ulrike Lembke*

Unterbringung einer Person mit psychischer Erkrankung in einem Heim gegen ihren Willen

Art. 5 EMRK Zur Heimunterbringung einer Person mit psychischer Erkrankung gegen ihren Willen.

Die Unterbringung einer Person mit psychischer Erkrankung in einer Pflegeeinrichtung gegen ihren Willen ist als Freiheitsentziehung nur dann gerechtfertigt, wenn sie angesichts aller Umstände des Einzelfalles zwingend erforderlich ist und die Erforderlichkeit bei Fortdauer der Unterbringung regelmäßig überprüft wird. Den Wünschen der untergebrachten Person kommt auch dann wesentliche Bedeutung zu, wenn sie in ihrer Geschäftsfähigkeit eingeschränkt ist.

EGMR, Urteil vom 17.01.2012 – Nr. 36760/68 – *Stanev v. Bulgaria*.

Der Sachverhalt

Der Beschwerdeführer war bis 2002 in Ruse (Bulgarien) wohnhaft, wo er 1956 geboren worden war und wo auch seine nahen Angehörigen lebten. 1975 wurde bei ihm Schizophrenie diagnostiziert, 1990 wurde er deshalb für arbeitsunfähig erklärt. Auf Grund seiner anerkannten 90%igen Behinderung erhielt er eine Invalidenrente. Um das Jahr 2000 kam der Beschwerdeführer nicht mehr mit seinem Geld aus, bettelte und konsumierte erhebliche

Mengen Alkohol. Auf Anregung seiner Verwandten wurde ein Verfahren eingeleitet und der Beschwerdeführer vom zuständigen Gericht für teilweise geschäftsunfähig erklärt. Das Gericht forderte die Stadtverwaltung von Ruse auf, eine Betreuung für den Beschwerdeführer zu bestellen.

Da die Verwandten des Beschwerdeführers nicht bereit waren, die Betreuung zu übernehmen, wurde eine Beamtin der Stadtverwaltung 2002 als Betreuerin bestellt. Sie beauftragte unverzüglich die Sozialbehörde, den Beschwerdeführer in eine Pflegeeinrichtung für Personen mit geistigen Behinderungen einzuweisen. Im Dezember 2002 unterzeichnete die Betreuerin des Beschwerdeführers eine Pflegevereinbarung mit einer Einrichtung in der Nähe des Ortes Pastra, mehr als 400 Kilometer von Ruse entfernt. Der Beschwerdeführer wurde über diese Vereinbarung nicht informiert. Eine Ambulanz brachte ihn in die Pflegeeinrichtung; seine Fragen nach Grund und Dauer des Aufenthalts wurden nicht beantwortet. Die Meldeadresse des Beschwerdeführers wurde geändert und die Pflegeeinrichtung als Anschrift eingetragen. Seit 2004 versuchte der Beschwerdeführer erfolglos, seine volle Geschäftsfähigkeit wieder zu erlangen und die Betreuung aufheben zu lassen. Im Februar 2005 wurde der Direktor der Pflegeeinrichtung in Pastra zum Betreuer des Beschwerdeführers bestellt.

* Juniorprofessorin für Öffentliches Recht und Legal Gender Studies an der Universität Hamburg.

Die Lebensbedingungen in der Pflegeeinrichtung waren sehr schlecht und wurden erst 2009 – nach einem Bericht des Anti-Folter-Komitees des Europarates¹ und kurz vor einer Anhörung der bulgarischen Regierung vor dem EGMR – spürbar verbessert. Die medizinische Versorgung war und ist unzureichend, es wurden lediglich Medikamente verabreicht, aber keine Therapien angeboten. Der Aufenthalt wurde vollständig mit der Invalidentenrente des Beschwerdeführers finanziert; ihm selbst verblieben keine finanziellen Ressourcen für Lebensmittel, Kleidung, Post oder Reisen. Der Beschwerdeführer hat die Verletzung mehrerer Rechte aus der EMRK geltend gemacht (Art. 3, 5, 6, 8, 13), von denen im Folgenden nur das Recht auf Freiheit aus Art. 5 EMRK betrachtet werden soll.

Die Entscheidung

Der EGMR stellt zunächst seine Grundsätze zur Freiheitsentziehung auf Grund psychischer Erkrankung dar. Danach ist die einzelne Maßnahme in all ihren Aspekten wie Art der Maßnahme, Dauer, Wirkung und Umsetzung zu betrachten.² Neben dem objektiven Element des Einschlusses über einen nicht unerheblichen Zeitraum bedarf eine Freiheitsentziehung noch der subjektiven Komponente, dass der oder die Betroffene der Maßnahme nicht wirksam zugestimmt hat.³ Eine Freiheitsentziehung liegt daher bspw. vor, wenn eine geschäftsunfähige Person auf Antrag ihrer Betreuung in eine psychiatrische Klinik eingewiesen wird und von dort zu fliehen versucht oder wenn eine Person zunächst ihre Zustimmung zur Einweisung gegeben hat, dann aber zu fliehen versucht, oder wenn eine erwachsene Person nicht in der Lage ist, ihre Zustimmung zur Einweisung zu geben.⁴ Die Freiheit der Person ist für eine demokratische Gesellschaft von so zentraler Bedeutung, dass ihr Schutz nicht dadurch aufgegeben werden kann, dass sich eine Person in eine Freiheitsentziehung ergibt, insbesondere wenn sie gar nicht wirksam zustimmen kann.⁵ Vielmehr trifft den Staat eine Pflicht zu effektivem Schutz besonders verletzlicher Personen vor Freiheitsentziehungen.⁶

Im vorliegenden Fall waren es aber gerade staatliche Institutionen, welche die Einweisung und Unterbringung des Beschwerdeführers veranlasst haben. Dabei wurden die Wünsche des Beschwerdeführers nicht berücksichtigt, obwohl dieser durchaus imstande war, sich eine

Meinung zu bilden und diese zu äußern.⁷ Der Annahme einer Freiheitsentziehung steht auch nicht entgegen, dass der Beschwerdeführer das Gelände der Pflegeeinrichtung für Spaziergänge nach Pastra verlassen durfte und dass er dreimal für einige Tage nach Ruse reisen durfte. Der Beschwerdeführer stand unter ständiger Aufsicht und durfte das Gelände nicht nach Wunsch, sondern nur mit ausdrücklicher Erlaubnis verlassen.⁸ Als er einmal nicht pünktlich zurückkehrte, wurde die Polizei alarmiert. Seine Ausweispapiere befanden sich im Gewahrsam der Heimleitung. Der Beschwerdeführer hat seit 2004 stetig den Wunsch geäußert, dass seine Betreuung aufgehoben wird, und er hat zu keinem Zeitpunkt seines mehr als achtjährigen Aufenthalts in der Pflegeeinrichtung sein Einverständnis mit dieser Unterbringung bekundet.

Die Freiheitsentziehung ist nur gerechtfertigt, wenn sie unter einen der Rechtfertigungsgründe aus Art. 5 EMRK fällt, im Einklang mit dem nationalen Recht steht und darüber hinaus im konkreten Fall verhältnismäßig ist. Nach Art. 5 I 2 lit. e EMRK kann eine Freiheitsentziehung bei psychisch Kranken gerechtfertigt sein. Dazu muss eine psychische Erkrankung vorliegen, welche eine Unterbringung zwingend erfordert,⁹ sei es für die medizinische und therapeutische Behandlung, sei es zur Abwehr von Gefahren für die Person selbst oder Dritte. Das Verfahren zur Unterbringung entsprach vorliegend schon nicht dem nationalen Recht, weil die Einwilligung des nur beschränkt geschäftsfähigen Beschwerdeführers nicht eingeholt wurde. Ferner konnten die medizinischen Gutachten von 2000 keine Auskunft darüber geben, ob der Beschwerdeführer im Jahr 2002 noch an einer psychischen Erkrankung litt und ob, wenn ja, diese Erkrankung zwingend die Einweisung in eine Pflegeeinrichtung erforderte. Es ist nicht dargelegt, dass der Beschwerdeführer nicht auf anderem Wege hätte medizinische Versorgung erhalten können. Auch der Aspekt der Gefahrenabwehr greift nicht: Gewalttätigkeiten des Beschwerdeführers gegen sich oder andere sind nicht vorgetragen. Nach der Einweisung wurde ferner nicht regelmäßig überprüft, ob der Beschwerdeführer wieder entlassen werden kann.

Die Heimunterbringung gegen den Willen des Beschwerdeführers verletzt ihn daher in seinem Freiheitsrecht aus Art. 5 I EMRK. Da das nationale Recht keine Möglichkeit der Überprüfung der Unterbringung durch die

¹ Mehr zu diesem Organ unter <http://www.cpt.coe.int/german.htm> (31.01.2012).

² Vgl. EGMR vom 16.06.2005, Nr. 61603/00 – *Storck*; EGMR vom 06.11.1980, Nr. 7367/76 – *Guzzardi*.

³ Vgl. EGMR vom 16.06.2005, Nr. 61603/00 – *Storck*.

⁴ Nachweise in der Entscheidung.

⁵ Vgl. EGMR vom 05.10.2004, Nr. 45508/99 – *H.L. v. The United Kingdom*.

⁶ Vgl. EGMR vom 27.03.2008, Nr. 44009/05 – *Shtukurov*; EGMR vom 16.06.2005, Nr. 61603/00 – *Storck*.

⁷ Einschränkungen der Geschäftsfähigkeit bedeuten nicht, dass eine Person keinen Willen mehr haben oder äußern kann oder dass dieser Wille grundsätzlich unbeachtlich ist, vgl. EGMR vom 27.03.2008, Nr. 44009/05 – *Shtukurov*.

⁸ Im Gegensatz zum Sachverhalt in der Entscheidung des EGMR vom 17.01.2008, Nr. 59548/00 – *Dodov*, waren diese Restriktionen nicht notwendig, um Leben und Gesundheit des Beschwerdeführers vor unmittelbaren Risiken zu schützen.

⁹ Vgl. EGMR vom 27.03.2008, Nr. 44009/05 – *Shtukurov*; EGMR vom 05.10.2000, Nr. 31365/96 – *Varbanov*; EGMR vom 24.10.1979, Nr. 6301/73 – *Winterwerp*.

untergebrachte Person selbst vorsieht, ist der Beschwerdeführer auch in seinem Recht aus Art. 5 IV EMRK verletzt. Das Gericht stellte ferner die Verletzung von Art. 3 i. V. m. Art. 13 sowie Art. 6 EMRK fest und sprach dem Beschwerdeführer ein Schmerzensgeld in Höhe von 15.000 Euro zu.

Bedeutung für Deutschland

Die Entscheidung über die Unterbringung einer Person mit psychischer Erkrankung in einer Pflegeeinrichtung in Bulgarien erregt wenig Aufmerksamkeit, weil allgemein vorausgesetzt wird, dass die Bedingungen in entsprechenden Pflegeeinrichtungen in Osteuropa weit unter den deutschen Standards liegen.¹⁰ Das sollte aber nicht dazu führen, die Rechtsprechung des EGMR in diesem Bereich zu ignorieren. Auch das deutsche Betreuungsrecht steht nicht außerhalb der Kritik, wenn es bspw. darum geht, welcher Stellenwert dem tatsächlich

geäußerten Willen einer Person mit psychischer Erkrankung oder Behinderung zukommt.¹¹ Vor allem ist die Vereinbarkeit deutscher Rechtsvorschriften mit der UN-Behindertenrechtskonvention im Hinblick auf Personen mit psychischer Erkrankung oder Behinderung nicht unumstritten.¹² Im vorliegenden Fall hat der EGMR die Konvention nur genannt, aber nicht weiter geprüft, da sie von Bulgarien noch nicht ratifiziert wurde. Würde die Beschwerde einer Person mit psychischer Erkrankung oder Behinderung gegen Deutschland vorgetragen, würde die Behindertenrechtskonvention entweder als Teil des nationalen Rechts oder zumindest als zentrales Auslegungsmittel eine wesentliche Rolle spielen.

¹⁰ Dies bedeutet allerdings nicht, dass nicht auch in Deutschland erhebliches Verbesserungspotential bestünde, insbesondere im Umgang mit psychisch kranken Straftäter/innen, vgl. hierzu *Helmut Polähne*, Der CPT-Bericht über den Deutschland-Besuch 2005, RuP 2007, S. 120–131.

¹¹ Zur Problematik *Dagmar Brosey*, Wunsch und Wille des Betreuten bei Einwilligungsvorbehalt und Aufenthaltsbestimmungsrecht, 2009; *Alexander Benecke*, Zulässigkeit von Zwang in der medizinischen Behandlung gesetzlich Betreuter, 2010; *Ulrich Hähner*, Vom Betreuer zum Begleiter: eine Neuorientierung unter dem Paradigma der Selbstbestimmung, 2011.

¹² Zum Änderungsbedarf vgl. statt vieler *Erhard Fischer*, Perspektiven beruflicher Teilhabe, 2011; *Petra Flieger/Volker Schönwiese* (Hrsg.), Menschenrechte – Integration – Inklusion, 2011; *Sigrid Graumann*, Assistierte Freiheit: von einer Behindertenpolitik der Wohltätigkeit zu einer Politik der Menschenrechte, 2011; *Leander Palleit*, Gleiches Wahlrecht für alle?, 2011; *Ralf Poscher/Johannes Rux/Thomas Langer*, Von der Integration zur Inklusion, 2008.

Ulrike Lembke*

Videoüberwachung der Hamburger Reeperbahn

Art. 70 I, 74 I GG, Art. 2 I i. V. m. 1 I GG, § 8 III HmbPolDVG Die offene Videoüberwachung der Hamburger Reeperbahn, soweit sie nur den öffentlichen Straßenraum erfasst, verstößt nicht gegen Bundesrecht.

| BVerwG, Urteil vom 25.01.2012 – 6 C 9/11.

Der Sachverhalt

Die Klägerin wohnt zur Miete in einem Haus an der Hamburger Reeperbahn. Die Reeperbahn wird von der Hamburger Polizei mit Hilfe von zwölf Videokameras offen überwacht. Die Kameras können um 360° geschwenkt und variabel geneigt werden und verfügen über eine Zoomfunktion. Ihre Steuerung erfolgt von der Einsatzzentrale der Polizei aus, wo die Bilder auf einer Monitorwand rund um die Uhr betrachtet und ausgewertet werden. Eine der zwölf Kameras ist direkt gegenüber dem Wohnhaus der Klägerin in vier Metern Höhe an einem Pfahl befestigt und erfasst in ihrem Schwenkbereich das Wohnhaus wie den davor liegenden Straßenraum. Auf ihre Klage hiergegen hat das OVG Hamburg die Polizei angewiesen, die Videoüberwachung der

Wohnräume und des Eingangsbereichs des Wohnhauses der Klägerin zu unterlassen.¹ Mit der Revision wollte die Klägerin weiterhin vollumfänglich gegen die Videoüberwachung vor ihrer Wohnung, also auch im öffentlichen Straßenraum, vorgehen.

Ermächtigungsgrundlage für die Videoüberwachung des öffentlichen Straßenraums in Hamburg² ist § 8 III,

¹ Die Dienstvorschriften zum Betrieb der Videokameras sahen bereits eine sog. Schwarzschtaltung für die Wohnung der Klägerin vor, weshalb ihr Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz durch das VG Hamburg vom 24.05.2007 – 4 K 2800/06, abgelehnt wurde. Das OVG Hamburg vom 22.11.2006 – 4 Bs 244/06, verbot sodann die Freischaltung der Kamera, soweit die Wohnung der Antragstellerin davon erfasst werden konnte. In der Hauptsache verpflichtete das OVG Hamburg vom 22.06.2010, NordÖR 2010, 498–507, die Polizei zum Unterlassen der Videoüberwachung des gesamten Eingangsbereichs.

² Zu gesellschaftlicher Wahrnehmung und Auswirkungen in Hamburg vgl. *Nils Zurawski*, Videoüberwachung in Hamburg, 2007; in verschiedenen Ländern und Staaten vgl. *Francisco Reto Klauser*, Die Videoüberwachung öffentlicher Räume, 2006; *Ilka Kreuzträger/Eva Osterholz*, Videoüberwachung im öffentlichen Raum, 2005; sowie die Beiträge in: *Hans-Jörg Bücking* (Hg.), Polizeiliche Videoüberwachung

* Juniorprofessorin für Öffentliches Recht und Legal Gender Studies an der Universität Hamburg.