
Inhalt

Vorwort 9
Autorenverzeichnis 11

Grundlagen

Günter Hager

Der Einfluss des Human Rights Act 1998 auf die Rechtsmethode in England 15

Rainer Wahl

Verfassungsrecht und Familienrecht – eine schwierige Verwandtschaft 31

Ehe und Partnerschaft

Robert Battes

Fristlose Aufkündigung der Ehe ohne wichtigen Grund – Zum Scheidungsrecht in Spanien seit der Reform von 2005 59

Nina Dethloff

Vermögensausgleich bei Auflösung nichtehelicher Lebensgemeinschaften 81

Gillian Douglas

Fairness and Equality: the English Courts' Struggles with Property Division on Divorce 101

Frédérique Granet-Lambrechts

Réflexions sur l'avenir du mariage en Europe à la lumière d'un arrêt récent de la Cour de cassation 119

Paul Lagarde

La convention de la CIEC sur la reconnaissance des partenariats enregistrés 125

Vermögensrecht

Gerhard Hohloch

Grenzüberschreitende Unterhaltsdurchsetzung und ordre public – Zur Verjährung und Verwirkung im internationalen Unterhaltsrecht 141

Ursula Köbl

Die Neuordnung des erbrechtlichen »Pflegeausgleichs« (§ 2057a BGB – § 2057b E-BGB) 159

Dieter Leipold

Abänderungsklage und Rechtskraft 179

Rolf Stürner

Das neue chinesische Sachenrecht aus deutscher Sicht 195

Abstammung und Adoption

Jean Hauser

Le temps en droit de la filiation 211

Tobias Helms

Entkoppelung von Abstammungsklärung und Vater-Kind-Zuordnung – der neue § 1598a BGB 225

Dieter Henrich

Kollisionsrechtliche Fragen bei medizinisch assistierter Zeugung 249

Yukiko Matsushima

Protecting the Rights of Children – The Post-Divorce 300-Day Issue and Children Left Outside the Family Register System 261

Kerstin Tillmanns

Die Adoption durch die Partner einer eingetragenen Lebenspartnerschaft 271

Fumio Tokotani

Japanisches Adoptionsrecht und Vorschläge zur Reform 281

Paul Vlaardingerbroek

International Adoption and the Best Interests of the Child – Time for a Critical Reflection?! 295

Lynn D. Wardle

Protecting Children by Protecting Domestic and International Adoption 313

Ulrike Wanitzek

Adoptionsrecht in Afrika – Eine Fallstudie aus Tansania zum »lebenden Recht« im Kontext internationaler Migration 327

Alfred Wolf

Die Vaterschaft in der Zwickmühle zwischen biologischer Richtigkeit und rechtlicher Zuordnung 349

Personenstand

Berthold Gaaz

Der Doppelname als Menschenrecht? – Zum Recht des Kindesnamens in Europa 381

Volker Lipp

Namensrecht und Europa 393

Jinsu Yune

The Role of the Courts in the Protection of Transsexuals' Human Rights: A Comparison of Korea with Germany and the U. K. 409

Elterliche Sorge und Betreuung

Sang-Yong Kim

Die elterliche Sorge und das Umgangsrecht nach der Scheidung in Korea 425

Martin Menne

Der »Anwalt des Kindes« – Zur eigenständigen Vertretung von Kindern in familienrechtlichen Verfahren im deutschen, schweizerischen und österreichischen Recht 443

Karlheinz Muscheler

Die elterliche Sorge des nichtehelichen Vaters 463

Walter Pintens

Europäische Prinzipien zur elterlichen Verantwortung 473

Dieter Schwab

Betreuung, Vollmacht und Freiheitsbeschränkung 491

Internationale Organisationen

Nigel Lowe

The Council of Europe's Family Law Programme: Where Does it Go From Here? 513

Damien Ngabonziza

Professor Rainer Frank and the International Social Service 535

Anhang

Schriftenverzeichnis Rainer Frank 541

Autorenverzeichnis

Robert Battes

Professor em. Dr., Bonn

Nina Dethloff

Professorin Dr., LL. M., Bonn

Gillian Douglas

Professorin Dr., Cardiff (Großbritannien)

Berthold Gaaz

Ltd. Ministerialrat a. D., Celle

Frédérique Granet-Lambrechts

Professorin Dr., Straßburg (Frankreich)

Günter Hager

Professor Dr., Freiburg i. Br.

Jean Hauser

Professor Dr., Bordeaux (Frankreich)

Tobias Helms

Professor Dr., Marburg (auch Herausgeber)

Dieter Henrich

Professor em. Dr. Dr. h. c. mult., Regensburg

Gerhard Hohloch

Professor Dr., Richter am OLG Stuttgart, Freiburg i. Br.

Sang-Yong Kim

Professor Dr., Seoul (Republik Korea)

Ursula Köbl

Professorin em. Dr., Freiburg i. Br.

Paul Lagarde

Professor em. Dr. Dr. h. c. Paris I (Frankreich)

Generalsekretär der Commission Internationale de l'État Civil (CIEC)

Dieter Leipold

Professor em. Dr. Dr. h. c., Freiburg i. Br.

Volker Lipp

Professor Dr., Göttingen

Nigel Lowe

Professor Dr., Cardiff (Großbritannien)

Yukiko Matsushima

Professorin Dr., Tokyo (Japan)

Martin Menne

Dr., Richter am Amtsgericht, zzt. Bundesministerium der Justiz, Berlin

Karlheinz Muscheler

Professor Dr., Bochum

Damien Ngabonziza

ehem. Generalsekretär des ISS (Ruanda)

Walter Pintens

Professor Dr., Leuven (Belgien) und Saarbrücken

Dieter Schwab

Professor Dr. Dr. h. c., Regensburg

Rolf Stürner

Professor Dr., Freiburg i. Br.

Kerstin Tillmanns

Professorin Dr., Augsburg

Fumio Tokotani

Professor Dr., Osaka (Japan)

Paul Vlaardingerbroek

Professor Dr., Tilburg (Niederlande)

Rainer Wahl

Professor em. Dr., Freiburg i. Br.

Ulrike Wanitzek

Professorin Dr., Bayreuth

Lynn D. Wardle

Professor, Provo/Utah (Vereinigte Staaten von Amerika)

Alfred Wolf

Dr., Ministerialdirigent (BMJ) a.D., Honorarprofessor
Humboldt-Universität, Berlin

Jinsu Yune

Professor Dr., Seoul (Republik Korea)

Jens Martin Zeppernick

Dr., MBA, Richter am Landgericht, zzt. OLG Karlsruhe (Herausgeber)

Betreuung, Vollmacht und Freiheitsbeschränkung

Dieter Schwab

I. Das Problem, Ausgangsfälle

Wenn eine Person ihre Lebensinteressen nicht mehr selbst wahrnehmen kann und der Hilfe einer anderen bedarf, liegen Fürsorge und Zwang nicht meilenweit auseinander.¹ Wir kennen das aus der Kindererziehung, die gewaltfrei sein soll (§ 1631 Abs. 2 S. 1 BGB), aber doch in entscheidenden Situationen auch die Erzwingung von Verhalten, etwa das Fernsehgerät abzuschalten oder zur Schule zu gehen, erfordern kann. Besonders empfindlich sind wir gegenüber der Anwendung von Zwang, der sich gegen erwachsene Personen richtet. Und doch gibt es Zwang auch hier, besonders wenn eine solche Person bedingt durch Krankheit oder Behinderung keinen freien Willen mehr bilden kann und sich dadurch zu schädigen droht. Damit ist eines der großen Problemfelder unseres Betreuungsrechts angesprochen, das 1992 mit großer Begeisterung in Politik, Gesellschaft und Öffentlichkeit in Kraft gesetzt² und seitdem durch zwei aus Ernüchterung geborene Novellen zurückentwickelt wurde.³

Inwieweit das Rechtsverhältnis der Betreuung den Betreuer ermächtigt, die Freiheit der seiner Fürsorge anvertrauten Person zu beschränken, ist inzwischen zu einem streitigen Feld geworden, das ich zunächst abschreiten will. Anschließend möchte ich der spannenden Frage nachgehen, wie sich die Problematik bei Vorsorgevollmachten darstellt, deren Erteilung heute allenthalben zur Vermeidung der einst hoch gepriesenen Betreuung empfohlen wird.

Zwei Fälle möchte ich voranstellen:

Fall 1: Infolge einer geistigen Erkrankung (sagen wir: einer paranoiden Psychose) kommt eine Frau mit ihrem Leben nicht mehr zurecht. Sie wird notdürftig mit Nahrungsmitteln versorgt, zieht sich im Übrigen von allen Kontakten zurück. Sie lässt auch niemand mehr in ihre Wohnung, die zunehmend »vermüllt« und hygienischen Mindestanforderungen nicht mehr entspricht. Wir nehmen an, für die Frau ist vom Vormundschaftsgericht eine Betreuerin für Gesundheits- und Wohnungsangelegenheiten bestellt worden, die aber nicht mehr in die Wohnung eingelassen wird.

1 Zu dieser Problematik grundlegend von *Eicken/Ernst/Zenz*, Fürsorglicher Zwang – Freiheitsbeschränkung und Heilbehandlung in Einrichtungen für psychisch kranke, für geistig behinderte und alte Menschen, 1990.

2 Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige (Betreuungsgesetz – BtG) vom 12. 9. 1990 (BGBl. I 1990, S. 2002), in Kraft seit 1. 1. 1992.

3 Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts sowie weiterer Vorschriften (Betreuungsrechtsänderungsgesetz – BtÄndG) vom 25. 6. 1998 (BGBl. I 1998, S. 1580); Zweites Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts (Zweites Betreuungsrechtsänderungsgesetz – 2. BtÄndG) vom 21. 4. 2005 (BGBl. I 2005, S. 1073).

Frage: Darf die Betreuerin gegen den Willen der betreuten Frau mit einem Nachschlüssel, den sie besitzt, die Wohnungstür öffnen und hineingehen, um zu sehen, was los ist? Darf sie die Entrümpelung und Säuberung der Wohnung veranlassen? Darf sie, wenn sie keinen Schlüssel besitzt, die Wohnung zu diesem Zweck aufbrechen lassen?

Ferner: Darf die Betreuerin die Frau gegen ihren Willen in ein Heim verbringen lassen, wo der Vermüllungsgefahr durch Pflege begegnet werden kann?

Fall 2: Ein Mann leidet unter einer Erscheinungsform hochgradiger Demenz, sodass er in Angelegenheiten der Gesundheit einen Betreuer benötigt und in medizinische Maßnahmen nicht mehr einwilligen kann. Für ihn wird vom Gericht ein Betreuer für Gesundheitsangelegenheiten bestellt. Der Betreute lebt noch in seiner Wohnung. Er erkrankt an einer akuten Blinddarmentzündung. Eine sofortige Operation, die einen Aufenthalt im Krankenhaus für etwa drei Tage erfordern würde, ist medizinisch indiziert. Kann der Betreffende auch gegen seinen Willen ins Krankenhaus verbracht und operiert werden, wenn der Betreuer seine Einwilligung erteilt?

II. Die herrschende Rechtsprechung: Fehlen einer gesetzlichen Grundlage

Um das Ergebnis für die geschilderten Fälle vorwegzunehmen: Die heute herrschende Rechtsprechung lehnt derartige Möglichkeiten, Maßnahmen gegen den natürlichen Willen des Betroffenen zu ergreifen, ab, und zwar auch für den Fall, dass dieser der Selbstbestimmung nicht fähig ist und die Maßnahmen objektiv zu seinem Wohl als notwendig erscheinen.

1) Für das *Eindringen in die Wohnung* gegen den Willen des Wohnungsinhabers gebe es, so sagen die Gerichte überwiegend, keine Rechtsgrundlage. Nach Art. 13 GG ist die Wohnung unverletzlich, Eingriffe und Beschränkungen dürfen nach dessen Abs. 7 nur zur Abwehr einer gemeinen Gefahr oder einer Lebensgefahr für einzelne Personen vorgenommen werden, ferner *aufgrund eines Gesetzes* auch zur Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, insbesondere zur Behebung der Raumnot, zur Bekämpfung von Seuchengefahr oder zum Schutze gefährdeter Jugendlicher. Ein solches Gesetz liegt nach Auffassung der Gerichte nicht vor, das Betreuungsrecht kenne keine gesetzliche Ermächtigung für den Betreuer, die Wohnung des Betreuten gegen dessen Willen zu betreten.⁴ Allenfalls bei akuter Lebensgefahr kann danach in unserem ersten Fall das Betreten gegen den Willen des Wohnungsinhabers gerechtfertigt sein. Erst wenn erhebliche Gefahren für andere Bewohner des

⁴ BayObLG, FamRZ 2002, 348; OLG Oldenburg, FamRZ 2004, 1320, 1321 f.; LG Frankfurt, FamRZ 1994, 1617; OLG Frankfurt, BtPrax 1996, 71; LG Görlitz vom 1.12.1997 – 2 T 185/97 (juris); a. A. LG Berlin, FamRZ 1996, 821; LG Freiburg, FamRZ 2000, 1318 (verfassungsrechtliche Grundlage ist nach beiden Entscheidungen Art. 13 Abs. 2 GG; die Gerichte gehen von der Notwendigkeit einer speziellen vormundschaftsgerichtlichen Ermächtigung für den zwangsweisen Zutritt aus).

Hauses oder für Nachbarn drohen, kommt eine öffentlichrechtliche Unterbringung nach den Unterbringungsgesetzen der Länder in Frage.⁵

2) Ebenso verwehrt die Rechtsprechung überwiegend dem Betreuer die Befugnis, seinen der Selbstbestimmung nicht mehr fähigen Betreuten gegen dessen natürlichen Willen in ein *offenes Pflegeheim* zu verbringen.⁶ Auch hier handele es sich um eine Freiheitsbeschränkung, für diese aber fehle die nach Art. 104 GG erforderliche gesetzliche Grundlage. § 1906 BGB ermächtige unter engen Voraussetzungen zu *freiheitsentziehenden* Unterbringungen und bestimmten anderen *freiheitsentziehenden* Maßnahmen, aber nicht zu einer Unterbringung, die *nicht* mit Freiheitsentzug verbunden sei. Eine solche Freiheitsbeschränkung könne auch nicht gerichtlich genehmigt werden.

3) Ähnliches wird für die *medizinische Zwangsbehandlung* gesagt, wenn die betroffene Person nicht freiheitsentziehend untergebracht ist. Der einschlägig befassete Bundesgerichtshof⁷ argumentiert wie folgt: Nach Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG sei die Freiheit der Person unverletzlich, in diese Freiheit einer Person dürfe nur aufgrund eines Gesetzes eingegriffen werden. Verstärkt werde dieses Grundrecht durch die formellen Garantien des Art. 104 GG, wonach die Freiheit einer Person nur aufgrund eines förmlichen Gesetzes beschränkt werden darf.⁸ Eine medizinische Zwangsbehandlung sieht der BGH als eine solche Beschränkung der Freiheit an. Die Grundrechte richten sich an die Träger der öffentlichen Gewalt. »Allerdings« – so sagt das Gericht – »greift ihr Schutz auch dann ein, wenn der Staat sich einer Privatperson bedient, um öffentliche Aufgaben, wie hier die Fürsorge« wahrzunehmen.⁹ Da es nach Auffassung des BGH kein Gesetz gibt, das allgemein zu Zwangsbehandlungen an Betreuten ermächtigt, sind solche unzulässig und können gerichtlich nicht genehmigt werden.

Nun bietet allerdings, wie erwähnt, § 1906 BGB eine gesetzliche Regelung, wonach ein Betreuer seinen Schützling unter eng gefassten Voraussetzungen freiheitsentziehend unterbringen oder in sonstige freiheitsentziehende (»unterbringungsähnliche«) Maßnahmen einwilligen kann. Der BGH sieht aber in der ambulanten medizinischen Behandlung gegen den Willen des Betroffenen selbst dann keine Unterbringung und auch keine unterbringungsähnliche Maßnahme, wenn sie im Rahmen kurzzeitiger Zuführungen in eine Klinik erfolgt.¹⁰ Im konkreten Fall handelte es sich um einen Mann, der unter einer Psychose aus dem schizophrenen Formenkreis litt. Er sollte regelmäßig mit Neuroleptika behandelt werden, was er ablehnte. Nach den Feststellungen der befassen Gerichte war er nicht fähig, in eine Heilbehandlung einzuwilligen. Die ins Auge gefassten jeweils kurzzeitigen Freiheitsentziehungen stellen nach BGH keine Unterbringung dar: Diese müsse auf gewisse Dauer angelegt sein.

5 BayObLG, FamRZ 2001, 365.

6 OLG Hamm, FamRZ 2003, 255.

7 BGH, FamRZ 2001, 149.

8 BGH, FamRZ 2001, 149, 150.

9 BGH, FamRZ 2001, 149, 150 f.

10 BGH, FamRZ 2001, 149 f. Ebenso AG Neuruppin, FamRZ 2005, 2096.

Auch eine unterbringungsähnliche Maßnahme liege nicht vor, weil von § 1906 Abs. 4 BGB nur solche Maßnahmen erfasst würden, deren Auswirkungen der Unterbringung vergleichbar sind.¹¹ Hier melden sich Zweifel: Soll wirklich das Anbringen eines Bettgitters, um das Herausfallen des Patienten aus dem Bett zu vermeiden, »unterbringungsähnlicher« als eine regelmäßig wiederholte zwangsweise Vorführung zum Zweck der Medikation sein?

4) Eine *Heilbehandlung gegen den Willen* des Betroffenen, der selbst nicht mehr wirksam einwilligen kann, soll allerdings möglich sein, wenn der Patient gemäß § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB *freiheitsentziehend untergebracht* ist. Auch das ist streitig, wurde vom BGH schließlich im Jahr 2006 aber so entschieden.¹² Nach der genannten Vorschrift ist eine freiheitsentziehende Unterbringung des Betreuten mit gerichtlicher Genehmigung zulässig, wenn eine medizinische Maßnahme notwendig ist, die ohne die Unterbringung des Betreuten nicht durchgeführt werden kann, sofern der Betreute aufgrund einer psychischen Krankheit oder geistigen oder seelischen Behinderung die Notwendigkeit der Unterbringung nicht erkennen oder nicht nach dieser Einsicht handeln kann. Einige Autoren und Gerichte haben gemeint, dieses Gesetz erlaube ausdrücklich nur die *Unterbringung*, nicht aber die mit der Unterbringung bezweckte *Heilbehandlung* wider den Willen des Patienten, also fehle es für diese an einer gesetzlichen Grundlage.¹³ Dem ist der Bundesgerichtshof nicht gefolgt: Er sieht in § 1906 nicht nur eine gesetzliche Grundlage für die Unterbringung, sondern auch für die damit bezweckte Heilbehandlung, auch für den typischen Fall, dass der Patient diese Behandlung ablehnt.¹⁴

Die Rechtslage, wie sie sich aus der geschilderten Judikatur ergibt, ist für Betreuer, die ihre Aufgabe ernst nehmen, nicht erfreulich. Sie können selbst bei schwerer Gefahr für die Gesundheit der ihnen anvertrauten Person nicht helfen, wenn alle Überredungskunst versagt. Sie müssen in den Vermüllungs-fällen zuwarten, bis Zustände entstanden sind, die wegen Störung der öffentlichen Ordnung polizeiliche Maßnahmen rechtfertigen oder bis die Voraussetzungen einer freiheitsentziehenden Unterbringung erfüllt sind. Bei einwilligungsunfähigen Patienten, die behandlungsresistent sind, muss zugewartet werden, bis ein Zustand erreicht ist, in dem eine länger dauernde Freiheitsent-

11 BGH, FamRZ 2001, 150. Neben der Sache liegt das Argument des OLG Zweibrücken, FamRZ 2000, 114 – eine Medikamentenbehandlung werde von § 1904 Abs. 4 nur erfasst, wenn sie gezielt eingesetzt werde, um den Betreuten am Verlassen seines Aufenthaltsortes zu hindern. Nun geht es aber nicht um die Medikation selbst (Depotspritze), sondern um die *zwangsweise Vorführung zur Medikation*, die zweifellos eine gravierende Freiheitsbeschränkung darstellt. Hingegen klar und zutreffend OLG München, FamRZ 2005, 1196, 1198.

12 BGH, FamRZ 2006, 615. Dazu *Dodegge*, Zwangsbehandlung und Betreuungsrecht, NJW 2006, 1627 ff.

13 OLG Celle, FamRZ 2005, 443; OLG Thüringen, Recht und Psychiatrie 2003, 29.

14 BGH, FamRZ 2006, 615. Im gleichen Sinne OLG Schleswig, FamRZ 2002, 984; OLG München, FamRZ 2005, 1196 (das die zur Durchführung der medizinischen Behandlung erforderliche kurzfristige Fixierung für genehmigungspflichtig nach § 1906 Abs. 4 BGB hält; damit stellt das Gericht aber in Gegensatz zur Meinung des BGH fest, kurzfristige Freiheitsbeschränkungen zum Zwecke der Medikation fielen begrifflich nicht unter diese Vorschrift).

ziehung zum Zwecke der Heilbehandlung notwendig wird. Ein weniger schwerer Eingriff, der dem Patienten diesen Zustand ersparen könnte, ist rechtlich unstatthaft. Dass hier der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ins Spiel kommt, hat das OLG Hamm in einer sorgfältig begründeten Entscheidung erkannt und die *zwangsweise Zuführung zu wiederholten kurzfristigen Klinikaufhalten* zum Zwecke der Medikation in analoger Anwendung des § 1906 BGB genehmigen wollen. Wegen einer abweichenden OLG-Entscheidung¹⁵ hat der Senat die Sache nach § 28 Abs. 1 FGG dem BGH vorgelegt,¹⁶ mit dem schon geschilderten Ergebnis.

Die vom OLG Hamm für wünschenswert gehaltene Rechtslage – auch kurzfristige Freiheitsentziehungen zum Zwecke einer notwendigen Heilbehandlung sind mit richterlicher Genehmigung möglich – müsste somit durch ein Gesetz ausdrücklich geschaffen werden. Dazu nahm der Entwurf des Zweiten Betreuungsrechtsänderungsgesetzes einen Anlauf und sah eine entsprechende Regelung in einem neu einzufügenden § 1906a BGB vor.¹⁷ In der Gesetzesbegründung findet sich die Auffassung, der gegebene Rechtszustand sei im Interesse des Betreuten und der Allgemeinheit nicht hinnehmbar.¹⁸ Doch wurde dieser Anlauf im Gesetzgebungsverfahren vorzeitig abgebrochen, nachdem die Bundesregierung sachliche und verfassungsrechtliche Bedenken geltend gemacht hatte.¹⁹ Die verfassungsrechtlichen Einwände – durch eine »im Vorhinein« erteilte richterliche Genehmigung werde der Genehmigungsvorbehalt »faktisch ausgehöhlt« – liegen indes neben der Sache und treffen folgerichtig auch andere, bisher unbezweifelte Vorschriften, insbesondere den § 1906 Abs. 4 (»unterbringungsähnliche Maßnahmen«), auf dessen Grundlage Freiheitsentziehungen gleichfalls logischerweise »im Vorhinein« genehmigt werden.²⁰

III. Die Lösung des Betreuungsrechts: Einwilligung durch den gesetzlichen Vertreter

Die geschilderte Rechtsprechung verdient Respekt für ihre Absicht, die Freiheitsrechte auch kranker, der Selbstbestimmung unfähiger Menschen zu wahren. Gleichwohl ist zu fragen, ob sie sich zwingend aus Gesetz und Verfassung ergibt.

Dass die *Ergebnisse* nicht durchweg dem Wohl der betroffenen Personen dienen, liegt offen zu Tage. Zwang ist gewiss das letzte mögliche Mittel – die

15 OLG Zweibrücken, FamRZ 2000, 1114.

16 OLG Hamm, FamRZ 2000, 1115.

17 § 1906a Entwurf zum 2. BtÄndG.

18 BT-Drucks. 15/2494, S. 23.

19 BT-Drucks. 15/2494, S. 47.

20 Man kann mit der Genehmigung nach § 1906 Abs. 4 BGB nicht warten, bis der Patient aus dem Bett fällt, es genügt die ernstliche Gefahr. Nicht anders wäre es bei dem geplanten § 1906a BGB gewesen (»... die Gefahr besteht, dass er [der Betreute] sich einer notwendigen ambulanten ärztlichen Heilbehandlung entzieht ...«).

folgenden Überlegungen dürfen nicht als Plädoyer für die Gewalt gegenüber psychisch Kranken missverstanden werden. Unterstellt aber, es gäbe Fälle, in denen ein leichterer Freiheitseingriff dem schwereren vorbeugen könnte, so ist die Rechtslage nicht befriedigend. Bei psychischen Erkrankungen läuft die Sache in der Praxis oft so, dass Patienten, die durch fortlaufende Medikation in einem menschenwürdigen und für sie erträglichen Zustand gehalten werden könnten, durch ihre Weigerung in einen desolaten Zustand geraten, bis der Punkt erreicht ist, in dem dann eine länger dauernde geschlossene Unterbringung auf Grundlage des § 1906 BGB erforderlich ist. Dann werden die sodann untergebrachten Patienten wieder soweit hergestellt, dass sie entlassen werden können, aber fortgesetzter Medikation bedürften, wenn sie diese erneut ablehnen, geht die Sache von vorne los.

Grundsätzlich ist zu fragen, ob die herrschende Rechtsprechung das Problem des Zwangs im Rechtsverhältnis der Betreuung richtig erfasst. Zwang geschieht jeder Person, in deren Rechtskreis ohne ihren Willen eingegriffen wird. Wenn jemand ohne meinen Willen meine Aktien veräußert, so übt er Zwang auf mich aus, und wenn das Gesetz dieses Handeln für wirksam erklärt, räumt es dem Handelnden eine Zwangsbefugnis über mich, über mein Eigentum im verfassungsrechtlichen Sinne, ein. Gleiches ist der Fall, wenn jemand rechtsverbindlich darüber entscheiden kann, wo ich mich aufhalten, mit welchen Personen ich Kontakt halten darf, wenn jemand meine Post kontrollieren darf usw. Solche Befugnisse *können* dem Betreuer, je nachdem wie seine Aufgaben umschrieben sind,²¹ eingeräumt sein. Betreuung ist von vorneherein nicht nur Fürsorge im Sinne des Beistehens, sondern enthält *Möglichkeiten der Fremdbestimmung*, soweit diese zur Durchführung der treuhänderischen Interessenwahrnehmung erforderlich sind.

Das Hauptinstrument für Fremdbestimmung ist die *gesetzliche Vertretung* des Betreuers für den Betreuten (§ 1902 BGB). Erklärungen, die der Betreuer im Rahmen seines Wirkungskreises im Namen des Betreuten abgibt oder empfängt, gelten für den Betreuten, ob dieser es will oder nicht.

Die im Gesetz verankerte Konstruktion bereitet Probleme, wenn der Betreute zur gleichen Zeit selbst rechtlich handlungsfähig ist. Bekanntlich setzt die Bestellung eines Betreuers *theoretisch* weder die Geschäftsunfähigkeit des Betroffenen voraus, noch hat sie diese zur Folge. Das Problem der konkurrierenden Handlungszuständigkeit entfällt aber in dem Augenblick, in dem der Betreute seine rechtliche Handlungsfähigkeit einbüßt. Dann ist er nur noch *durch den Betreuer handlungsfähig*. Um eine Formulierung aufzugreifen, die der BGH in seiner Sterbehilfeentscheidung²² benutzt hat: Die Bestellung eines Betreuers stellt in diesem Fall die verlorene rechtliche Handlungsfähigkeit des

21 Streitig ist, bei welchen Rechtsgütern Fremdbestimmungsbefugnisse dem Betreuer im Bestellungsbeschluss ausdrücklich zugewiesen sein müssen und in welche sie sich aus der Zuteilung des Aufgabenkreises ohne weiteres ergeben. Dieser Frage sei hier nicht weiter nachgegangen.

22 BGHZ 154, 205, 211.

Betroffenen erst wieder her. Dieser erhält ein Organ, *durch das er seine Handlungsfreiheit wieder gewinnt*. Was als »Fremdbestimmung« erscheint, ist der Preis dafür, als rechtlich Handelnder existent zu bleiben.

Es versteht sich, dass eine solche gesetzliche Repräsentation an enge Voraussetzungen und an eine gerichtliche Kontrolle gebunden wird, denn es handelt es sich um treuhänderisch gebundene Macht einer Person über die andere.²³ Aber die gerichtliche Initiative und Kontrolle ändern nichts an der Konstruktion der Betreuung: *Das Handeln des Betreuers in seinem Aufgabekreis ist Handeln des Betreuten*, und zwar auch, wenn dieser nicht damit einverstanden ist.

Nun kann es zu einem Widerstreit zwischen dem stellvertretenden rechtlichen Willen des Betreuers und dem tatsächlichen Willen des Betreuten kommen. Das hat der Gesetzgeber sehr wohl vorausgesehen und geregelt. Nach § 1901 Abs. 2 BGB ist Richtschnur der Betreuung das Wohl des Betreuten. Zu diesem gehört – wie das Gesetz ausdrücklich sagt – auch die Möglichkeit des Betreuten, im Rahmen seiner Fähigkeiten sein Leben nach seinen eigenen Wünschen und Vorstellungen zu gestalten. Daher hat, nach Abs. 3 der genannten Vorschrift, der Betreuer Wünschen des Betreuten zu entsprechen, soweit dies dessen Wohl nicht zuwiderläuft und dem Betreuer zuzumuten ist. Man ist sich weitgehend darüber einig, dass diese Rücksicht auf den tatsächlichen Willen – zumindest bei rechtlich handlungsunfähigen Betreuten – nur *das Innenverhältnis* betrifft, auf das *Außenverhältnis* hingegen – außer in evidenten Missbrauchsfällen – nicht durchschlägt.²⁴ Das Gericht kann gegen das Übergehen berechtigter oder verständlicher Wünsche des Betreuten Maßnahmen gegen den Betreuer ergreifen. Aber zunächst einmal gilt im Außenverhältnis die Erklärung des Betreuers. Verboten dieser z. B. einer dritten Person den Umgang mit dem Betreuten, so ist dies für den Dritten maßgeblich und zweifellos auch mit gerichtlichen Mitteln erzwingbar, selbst wenn der Betreute den Umgang, z. B. mit seinem Drogendealer, wünscht.

Die, wie geschildert, sehr weitgehende gesetzliche Vertretungsmacht wird bei besonders wichtigen Geschäften dadurch eingeschränkt, dass bestimmte Rechtsakte unter den Vorbehalt einer vorherigen gerichtlichen Genehmigung gestellt sind. Im Rahmen des Genehmigungsverfahrens können dann die Wünsche des Betreuten in der betreffenden Angelegenheit vom Gericht gewertet werden. Wird das Geschäft aber genehmigt, so kann es im Namen des Betroffenen abgeschlossen werden, auch wenn dieser widersprochen hat.

Als besonders problematisch wird die gesetzliche Vertretung empfunden, wenn sie den persönlichen Lebensbereich betrifft. Auch hier operiert das Gesetz mit Genehmigungsvorbehalten, so bei der Einwilligung in riskante medi-

²³ Hinsichtlich der Einordnung des Betreuungsrechtsverhältnisses in die Treuhand folge ich der grundlegenden Arbeit von *Löhnig*, Treuhand, 2006.

²⁴ Zum Problem neuerdings *Lipp*, FS Bienwald, 2006, S. 177 ff. *Lipp* bejaht die verpflichtende Wirkung der Betreuungsverfügung, die aber in der Regel nicht auf das Außenverhältnis durchschlägt.

zinische Behandlungen (§ 1904 Abs. 1 BGB), bei Freiheitsentziehungen (§ 1906 Abs. 1 und 4 BGB), bei Kündigung der Mietwohnung des Betreuten (§ 1907 Abs. 1 BGB), in anderer rechtstechnischer Form auch, wenn der Betreuer die Befugnis erhalten soll, die Post des Betreuten entgegenzunehmen, anzuhalten und zu öffnen; diese Befugnis muss ausdrücklich vom Gericht angeordnet sein (§ 1896 Abs. 4 BGB). Auch solche Kontrollen ändern aber wiederum nichts daran, dass im Falle richterlichen Konsenses das Handeln des Betreuers mit Wirkung für den Betreuten gilt, mag dieser damit einverstanden sein oder nicht.

Für medizinische Behandlungen gilt in diesem Zusammenhang noch eine Besonderheit. Während auf anderen Feldern eine doppelte Handlungszuständigkeit des Betreuers und des Betreuten besteht, solange der Letztere der Selbstbestimmung fähig ist, nimmt die weitaus herrschende Rechtsprechung und Lehre im Bereich der Einwilligung in eine Heilbehandlung eine *Alleinzuständigkeit* entweder des Betreuten oder des Betreuers an. Solange der Patient selbst einwilligungsfähig ist, d. h. solange er Grund und Tragweite der Behandlung einzuschätzen und sich danach frei zu entscheiden vermag,²⁵ kann er seine Zustimmung als Voraussetzung rechtmäßigen ärztlichen Handelns nur selbst erklären.²⁶ *Der Betreuer* ist für die Einwilligung in die Heilbehandlung im Namen des Betreuten erst zuständig, wenn kein maßgebender eigener Wille des Patienten zu dieser Behandlung vorliegt, d. h. wenn der Patient zu einer selbstbestimmten Entscheidung nicht mehr in der Lage ist und auch nicht früher einen jetzt noch fortwirkenden Willen geäußert hat.²⁷ Ist der Betreuer zur Erklärung oder Verweigerung der Einwilligung im Namen des Betreuten befugt, so handelt er *mit Wirkung für den Betreuten* – der Betreuer bildet und erklärt den Willen auch des mit »natürlichem Willen« widerstrebenden Betreuten.²⁸

Damit sind wir am entscheidenden Punkt. Mit welchem Recht können wir von einer medizinischen Zwangsbehandlung sprechen, wenn im konkreten Fall eine wirksame Einwilligung des Patienten vorliegt, mag sie auch von einem Stellvertreter erklärt sein? Wir können es nur dann, wenn wir außer der Einwilligung durch den Betreuer auch dem so genannten *natürlichen Willen des einwilligungsunfähigen Patienten rechtliche Bedeutung beimessen*. Dazu müssten wir dem Patienten, der zur freien Willensbildung nicht in der Lage ist, ein Vetorecht zugestehen: Der natürliche Widerwille des Patienten müsste den stellvertretenden rechtlichen Willen des Betreuers entkräften.

25 M. E. kommt es entscheidend darauf an, ob der Patient dem ärztlichen Aufklärungsgespräch folgen und auf dieser Grundlage selbst entscheiden kann.

26 BGH, FamRZ 2006, 615, 617.

27 Die – vor allem im Rahmen der Diskussion um die Sterbehilfe – vieldiskutierte Frage der Fortgeltung antizipierter Einwilligungen über den Zustand der Einwilligungsfähigkeit des Erklärenden hinaus soll in unserem Zusammenhang nicht weiter verfolgt werden. Meine oben stehenden Ausführungen über die Befugnis des Betreuers bei der Einwilligung in eine Heilbehandlung gelten nur für den Fall, dass in concreto ein unmittelbar maßgeblicher Wille des Betreuten nicht vorliegt.

28 BGH, FamRZ 2006, 615, 617.

Eine solche Regelung war offenbar nicht die Absicht des Gesetzgebers. Aus den Materialien zum Betreuungsgesetz ergibt sich eindeutig die Auffassung, dass eine lebensnotwendige Operation nicht daran scheitern darf, dass der nicht mehr einwilligungsfähige Betreute sich krankheitsbedingt dagegen wehrt.²⁹ Wenn man davon abgesehen hat, die Frage ausdrücklich zu regeln, dann nicht, weil in diesem Fall eine Behandlung ausgeschlossen sein sollte, sondern weil man den Betreuer eben für befugt ansah, zur Vermeidung schwerer Gesundheitsschäden eine wirksame Einwilligung *auch gegen den natürlichen Willen* des Betreuten zu erklären. Die berühmte Formel von der »Freiheit zur Krankheit«, die das Bundesverfassungsgericht auch psychisch kranken Personen »bei weniger gewichtigen Fällen« zugesteht,³⁰ trägt bei ernsthaften Gefahren für Leib und Leben nicht.

Der natürliche Wille des Betreuten hat die Bedeutung eines verbindlichen Vetos nur *bei einer speziellen medizinischen Behandlung*, nämlich *bei der Sterilisation*, einem sensiblen, durch die deutsche Geschichte belasteten Thema. Trotz Einwilligung des Betreuers, trotz Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht darf die Sterilisation an einer betreuten Person nicht durchgeführt werden, wenn diese der Maßnahme widerspricht (§ 1905 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB), auch wenn diese nicht einwilligungsfähig ist. Bei anderen medizinischen Behandlungen ist das nach der Konzeption des Gesetzes nicht der Fall.

Aus der Struktur des Betreuungsrechts lassen sich also die eingangs genannten Beispiele lösen. In allen diesen Fällen geht es zivilrechtlich gesehen um Einwilligungen, die der Betreuer kraft gesetzlicher Vertretungsmacht im Namen des Betreuten erklärt. Wenn ein Betreuer mit dem Aufgabenkreis Gesundheit und Wohnungsangelegenheiten für eine psychisch kranke Person bestellt ist und zusehen muss, wie sich diese Person in ihrer Wohnung abschließt und zu verkommen droht, dann kann er als gesetzlicher Vertreter im Namen des Betreuten etwa einem Arzt das Betreten der Wohnung gestatten. Es handelt sich auch hier um die rechtfertigende Einwilligung des Inhabers des geschützten Rechtsguts (»Unverletzlichkeit der Wohnung«), erklärt durch seinen gesetzlichen Vertreter. Ebenso ist nach der Konstruktion der Betreuung das Verbringen eines widerstrebenden Betreuten in ein offenes Pflegeheim möglich, weil der Betroffene, vertreten durch seinen Betreuer, in die damit verbundene temporäre Freiheitsbeschränkung einwilligt.

Sogar für die in § 1906 Abs. 1 geregelte freiheitsentziehende Unterbringung ist die gesetzliche Konstruktion die gleiche, mit dem Unterschied, dass die Vertretungsmacht des Betreuers durch den richterlichen Genehmigungsvorbehalt begrenzt ist. Die »Unterbringung« geschieht mit Einwilligung des Betroffenen, die vom Betreuer als gesetzlichem Vertreter erklärt wird. Dem Gesetzgeber ist im Text des § 1906 Abs. 1 BGB freilich eine sprachliche Ungeschicklichkeit unterlaufen, die vielleicht manches Missverständnis erklärt. Hier ist davon die

29 BT-Drucks. 11/4528, S. 72.

30 BVerfGE 58, 208, 224 ff.; BVerfG, FamRZ 1998, 895, 896.

Rede, dass der Betreuer den Betreuten unterbringt (§ 1906 Abs. 1: »eine Unterbringung des Betreuten durch den Betreuer«). Das erinnert stark an eine polizeiliche Maßnahme. Gleichzeitig wird die »Unterbringung des Betreuten« aber vom Gesetz als Akt der gesetzlichen Vertretung angesehen.³¹ Wie passt das zusammen? Ist das zwangsweise Unterbringen nicht bloßer Realakt? Ein Rechtsakt – zumindest in Form einer geschäftsähnlichen Handlung – kommt aber ins Spiel, wenn wir die Rechtsgrundlage der Freiheitsentziehung auch im Fall des § 1906 Abs. 1 BGB in der Einwilligung des Rechtsträgers sehen. Auch hier ist es so, wie m. E. bei allen Bestimmungsbefugnissen im höchstpersönlichen Bereich: Ist der Betreute zur Selbstbestimmung fähig, kann er nur selbst in seine Freiheitsentziehung einwilligen und bedarf dafür auch keinerlei gerichtlicher Genehmigung.³² Andernfalls wird die Einwilligung, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen gegeben sind und das Gericht zustimmt, vom Betreuer im Namen des Betreuten erklärt.

Für die Lage bei kurzfristigen Freiheitsentziehungen zum Zwecke ambulanter oder kürzerer stationärer medizinischer Behandlungen ergibt sich als Resultat unserer Erwägungen: Ist § 1906 BGB weder direkt noch analog anwendbar, so entfällt das Erfordernis gerichtlicher Genehmigung, sonst aber nichts. Folge ist, dass der Gesundheits- und Aufenthaltsbetreuer im Namen des Betroffenen sowohl in die Heilbehandlung als auch in kurzfristige Freiheitsentziehungen einwilligen kann, wenn dies erforderlich ist, um schwere Gesundheitsschäden vom Betreuten abzuwenden.

Zu erwägen ist allerdings die analoge Anwendung des § 1906 BGB, wie das OLG Hamm³³ vorgeschlagen hat, und damit die obligatorische Einschaltung des Gerichts. Meines Erachtens bestehen keinerlei methodische Probleme, die zwangsweise Vorführung zur ambulanten oder kurzfristigen stationären Heilbehandlung als Maßnahme im Sinne des § 1906 Abs. 4 BGB einzuordnen. Dass in diesen Fällen zeitweilig die Fortbewegungsfreiheit entzogen wird, unterliegt keinem Zweifel; das Argumentieren mit einem Gegensatz »Freiheitsentziehung« – »Freiheitsbeschränkung« bringt keinen Erkenntnisgewinn. Der direkten Anwendung der Vorschrift kann im Wege stehen, dass das Gesetz eine Maßnahme verlangt, die »über einen längeren Zeitraum oder regelmäßig« die Freiheit entzieht. Die »Regelmäßigkeit« ist bei Vorführungen zur fortgesetzten Medikation gegeben. Bei stationären Behandlungen, die über wenige Tage andauern, kommt es auf den Maßstab der »längeren Zeit« an, der nach dem Zweck der Vorschrift nicht übertrieben angesetzt werden sollte.³⁴ Bleibt noch

31 Das ergibt sich z. B. daraus, dass nach § 691 Abs. 2 FGG ein Einwilligungsvorbehalt angeordnet werden kann, »der sich auf die Aufenthaltsbestimmung des Betroffenen erstreckt«. Die Aufenthaltsbestimmung durch den Betreuten wird also als Erklärungsverhalten gedeutet, dessen Wirksamkeit im Falle des § 1903 BGB von der Zustimmung des Betreuers als des gesetzlichen Vertreters abhängt.

32 BayObLG, FamRZ 1994, 1418.

33 OLG Hamm, FamRZ 2000, 1115.

34 Dazu MünchKomm/Schwab, BGB, 4. Aufl. 2002, § 1906 BGB Rn. 42.

die in § 1906 Abs. 4 BGB verlangte Voraussetzung, dass sich die Maßnahme auf eine Person beziehen muss, die sich in einer Anstalt, einem Heim oder einer sonstigen Einrichtung aufhält, ohne untergebracht zu sein. Dieses Erfordernis ist nicht erfüllt, wenn eine Person sich in ihrer eigenen Wohnung aufhält und dort versorgt wird, die Familienpflege soll vom Anwendungsbereich des § 1906 Abs. 4 nicht umfasst werden.³⁵ Wegen dieser Voraussetzung ist eine direkte Anwendung der Vorschrift nicht möglich, und es erhebt sich die Frage der Analogie. Damit beginnt die Suche nach der zu schließenden Lücke, die das OLG Hamm glaubte finden zu können.

Nach Betreuungsrecht wäre also in den Ausgangsfällen eine Tätigkeit des Betreuers auch gegen den Willen des Betreuten möglich, wenn dieser sich nicht mehr selbst bestimmen kann. Die Frage bleibt nur, ob der Betreuer dazu einer gerichtlichen Genehmigung bedarf oder nicht. Die Alternative ist gänzliche Untätigkeit des Betreuers zum Schaden der seiner Fürsorge anvertrauten Person, bis die Voraussetzungen einer längerfristigen Freiheitsentziehung erfüllt sind.

IV. Verfassungsrechtliche Sperrn?

Gegen die hier vorgetragene Auffassung scheint nun das Grundgesetz unüberwindbare Hindernisse aufzurichten. In die Freiheit der Person darf nur aufgrund eines Gesetzes eingegriffen werden,³⁶ Eingriffe in die Unverletzlichkeit der Wohnung setzen, selbst zur Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, gleichfalls eine gesetzliche Grundlage voraus. Diese wird, wie gezeigt, von den Gerichten vermisst.

1) Man könnte zum einen fragen, ob nicht doch eine gesetzliche Grundlage gegeben ist, nämlich in den Vorschriften, welche die Bestellung eines Betreuers als gesetzlichen Vertreters anordnen (§§ 1896, 1902 BGB). Das BGB bestimmt, dass unter bestimmten Voraussetzungen ein gesetzlicher Vertreter bestellt werden muss, der in einem näher umschriebenen Aufgabenkreis Erklärungen für den Vertretenen wirksam abgeben kann. Dass diese Erklärungen in die Freiheitsrechte der betreuten Person eingreifen können, auch wenn diese es im Einzelfall nicht wünscht, ist nicht beiläufige Folge, sondern liegt im Wesen der Konstruktion gesetzlicher, d. h. nicht auf einem autonomen Akt des Betroffenen selbst beruhender Vertretung. Wenn der Gesetzgeber eine solche Konstruktion einrichtet, dann, so könnte man sagen, gibt er eine gesetzliche Ermächtigung zu den damit möglichen Freiheitsbeschränkungen.

Wenn man dem nicht folgt, wird das gesamte Betreuungsrecht verfassungsrechtlich fragwürdig. Begreift man den Betreuer als einen Amtswalter, der durch sein stellvertretendes Handeln in die verfassungsmäßigen Rechte des Betreuten eingreift, so bedarf auch die Vermögensbetreuung einer Rechtfertigung.

³⁵ MünchKomm/Schwab (Fn. 34), § 1906 BGB Rn. 45.

³⁶ Zum Rang dieses Grundrechts BVerfG, FamRZ 1998, 895, 896.