

Gesamtschriftleitung:

Prof. Dr. Dr. h. c. Peter Gottwald

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Dieter Henrich

Prof. Dr. Dr. h. c. Dieter Schwab

Prof. Dr. Anatol Dutta, M. Jur. (Oxford)

Begründet von
Friedrich Wilhelm
Bosch

Persönliche Anhörung des Betroffenen in Betreuungs-, Unterbringungs- und Freiheitsentziehungssachen zu Zeiten der sog. Corona-Krise

Von Direktor des AmtsG Dr. JÖRG GROTKOPP, Bad Segeberg

Die weiter um sich greifende Pandemie durch das sog. Coronavirus¹ stellt die Justiz vor bislang ungeahnte Herausforderungen. Während die Fachgerichtsbarkeiten und Obergerichte nur am Rande mit konkreten Fällen beschäftigt sind, müssen die Amtsgerichte in Betreuungs-, Unterbringungs- und Freiheitsentziehungssachen sich täglich mit dem Thema des persönlichen Kontaktes zu den Verfahrensbeteiligten und einer hieraus resultierenden Infektionsgefahr auseinandersetzen. Mit der Frage, ob de lege lata das aus der Verfassung abzuleitende persönliche Aufeinandertreffen unter den aktuellen Gegebenheiten noch erforderlich ist, beschäftigt sich dieser Beitrag.

1. Einleitung

Zu Zeiten akuter Infektionsgefahr stellt sich für die Richterinnen und Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit, die im Bereich der Freiwilligen Gerichtsbarkeit regulär und in der Bereitschaft ihren Dienst tun, die drängende Frage, ob Entscheidungen in Betreuungssachen und – jedenfalls vom Grundsatz her auch – in Unterbringungssachen ohne persönliche Anhörung des Betroffenen ergehen können. Sie dürfte jedenfalls bezogen auf die Hochzeit der Krise, welche durch absolute Kontaktverbote und Ausgangssperren gezeichnet ist, zu bejahen sein. Die damit gegebene, einschneidende Verfahrensgestaltung, welche das elementare verfassungsrechtliche Postulat des Art. 103 GG nicht wirksam werden lässt, beruht auf einer die aktuelle, immer dramatischer werdende Situation in ihrer gesamten Tiefe bewertenden Betrachtung vor dem Hintergrund der bestehenden Verfahrensvorschriften.

Das FamFG sieht in mehreren Bestimmungen eine Abweichung von der generell vorgeschriebenen persönlichen Anhörung des wichtigsten Beteiligten, nämlich des von der jeweiligen gerichtlichen Entscheidung Betroffenen, vor. Dies geschieht beispielsweise wegen des erheblichen Eilbedürfnisses in §§ 301, 332 FamFG, doch ist die dort beschriebene Situation vorliegend nicht gegeben. Die aus der Anhörung resultierenden Gesundheitsrisiken bestehen zunächst auf unabsehbare Zeit. Diese betreffen mehrere Aspekte. Allem voran steht der Schutz des Be-

troffenen selbst. Hier können die §§ 278 Abs. 4, 319 Abs. 3, jeweils i. V. mit § 34 Abs. 2 FamFG bei gleichzeitiger Berücksichtigung der Grundsätze des § 291 ZPO (2.) weiterhelfen. Hinzu tritt der Schutz des erkennenden Gerichts. Er kann erfolgen über eine analoge Anwendung des § 420 Abs. 2 FamFG (3.). Schließlich darf die Abwendung der Gefährdungen anderer Verfahrensbeteiligten sowie notwendig einbezogener Dritter (4. und 5) nicht außer Betracht bleiben.

Grundlage aller nachfolgenden Erwägungen ist die zum aktuellen Zeitpunkt eingetretene Situation infolge des sich rasant verbreitenden Coronavirus. Die Weltgesundheitsorganisation WHO hat am 30.1.2020 eine „Notlage für die öffentliche Gesundheit von internationaler Tragweite“ konstatiert, am 11.3.2020 die Einstufung einer Pandemie vorgenommen.² Das für den Infektionsschutz zuständige Robert-Koch-Institut hat in der Risikobewertung v. 17.3.2020 die „Gefährdung für die Gesundheit der Bevölkerung in Deutschland [. . .] als hoch eingeschätzt“.

2. Schutz des Betroffenen

Das Absehen von der persönlichen Anhörung des Betroffenen beschneidet ihn massiv in seinem Recht auf rechtliches Gehör, welches in Art. 103 GG mit verfassungsrechtlichem Rang versehen ist. In der gegebenen Situation schützt es ihn aber auch in ganz erheblichem Maße, denn es ist von einer Letalität bei der Infektion von rund 1 % auszugehen, wobei dies eine konservati-

¹ So umgangssprachlich, i. ü. auch COVID-19, in der Wissenschaft zumeist (Coronavirus) SARS-CoV-2; inzwischen klassifiziert im ICD-10: U07.1.

² Diese Angaben sowie alle folgenden weiteren zu den tatsächlichen gesundheitlichen Ausführungen basieren auf den Angaben des Robert-Koch-Institutes, nachzulesen auf der Homepage www.rki.de. Sie entsprechend dem Stand des 18.3.2020, worauf wegen der sich täglich ändernden Einschätzung des Institutes gerade bei der Lektüre zu einem späteren Zeitpunkt ausdrücklich hingewiesen werden muss.

ve Schätzung ist; es gibt auch deutlich höhere Risikobewertungen.³

Weiterhin ist zu beachten, dass die in Betreuungs- und Unterbringungsverfahren regelmäßig Betroffenen mit einem ganz hohen Anteil zu den vom Robert-Koch-Institut benannten Risikogruppen⁴ gehören, weil sie entweder hohen Alters sind oder aber eine relevante internistische Vorerkrankung aufweisen. Damit ergibt sich unter Abwägung der ganz erheblichen rechtlichen Nachteile durch den Entfall des rechtlichen Gehörs gegenüber den Vorteilen durch das Unterbleiben einer mit erheblicher Todesgefahr verbundenen Infektion ein deutliches Überwiegen der Berücksichtigung des Ausschlusses der Ansteckung. Dies deshalb, weil im Vergleich mit den üblicherweise im medizinischen Bereich anzutreffenden Wahrscheinlichkeiten die Letalitätsrate signifikant hoch ist. Auch geht es nicht um – mit welchem Aufwand auch immer – kurz- oder langfristig behebbare reversible Schäden, sondern um den Tod des betroffenen Menschen als abschließendes Ereignis.

Der Schutz des Betroffenen vor einer gravierenden Schädigung seiner Gesundheit durch die Anhörung ist in §§ 278 Abs. 4, 319 Abs. 3 FamFG durch den Gesetzgeber geregelt. Diese Normen ermöglichen in Verbindung mit § 34 Abs. 2 FamFG das Unterbleiben der persönlichen Anhörung eines Betroffenen, wenn hiervon erhebliche Nachteile für seine Gesundheit zu besorgen sind und dies durch ein ärztliches Gutachten nachgewiesen wurde. Die geforderten erheblichen Nachteile für die Gesundheit des Betroffenen durch eine Anhörung bestehen in der Infektion mit dem sogenannten Corona-Virus und sind im vorstehenden Absatz dargestellt worden. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist es nach dem ausdrücklichen Wortlaut der Normen weiterhin erforderlich, dass die Gefährdungen durch ein Gutachten nachgewiesen sind. Diese Formulierungen lassen an den Strengbeweis des § 30 FamFG erinnern, doch sind sie rechtsdogmatisch nichts anderes als eine einschränkende Ausformung des Amtsermittlungsgrundsatzes aus § 26 FamFG. Die Vorgaben der Verfahrensvorschriften sind in sich schlüssig und vor dem Hintergrund des Erfahrungshorizontes bei Schaffung der Gesamtkodifikation des FamFG in den Jahren 2008/2009 konsequent. Es ging stets um die Regelung eines Einzelfalles; diesbezüglich mussten die seitens des Gerichtes zu treffenden Feststellungen für den Fall des Absehens von der persönlichen Anhörung unter Einbeziehung aller Besonderheiten des Einzelfalles nachgewiesen werden.

Die nunmehr eingetretene Lage des Jahres 2020 konnte bei Schaffung des Verfahrensrechtes nicht im Entferntesten vorhergesehen und deswegen auch nicht in die Überlegungen zur gesetzlichen Regelung einbezogen werden. Aus diesem Grund ist nunmehr ohne weitergehende rechtliche Probleme die Vorschrift des § 291 ZPO für die Anwendung der §§ 278 Abs. 4, 319 Abs. 3, jeweils i. V. mit § 34 Abs. 2 FamFG, heranzuziehen. Sie besagt, dass Tatsachen, die bei dem Gericht offenkundig sind, keines Beweises bedürfen. Es ist einhellige Ansicht, dass unter den Begriff der „Offenkundigkeit“ auch allgemeinkundige Tatsachen fallen.⁵ Hierunter zu subsumieren sind solche, die generell oder in einem bestimmten Bereich einer beliebig großen Zahl von Personen bekannt oder zumindest wahrnehmbar sind, wobei es genügt, dass man sich auf einer allgemein zugänglichen zuverlässigen Quelle ohne besondere Fachkenntnisse sicher unterrichten kann.⁶ Als typische Informationsquellen für allgemeinkundige Tatsachen werden insbesondere „jedermann zugängliche wissenschaftliche Nachschlagewerke, Zeitungen, Zeitschriften, Rundfunk, Fernsehen pp. anerkannt“.⁷

Das Robert-Koch-Institut ist ein Bundesinstitut im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Gesundheit. Es kann daher keinem Zweifel unterliegen, dass es eine verlässliche und jedermann zugängliche Informationsquelle für allgemeinkundige Tatsachen darstellt. Dies gilt für alle vorgenannten wissenschaftlich relevanten Aspekte zum sogenannten Corona-Virus. Damit aber sind die Voraussetzungen der Allgemeinkundigkeit und des Entfallens der Beweisbedürftigkeit nach § 291 ZPO gegeben. Gleiches gilt damit auch für die Entbehrlichkeit der Einholung eines Sachverständigengutachtens nach §§ 278 Abs. 4, 319 Abs. 3, jeweils i. V. mit § 34 Abs. 2 FamFG, da die entsprechenden Bedingungen der Verfahrensordnung den Vorstellungen des Gesetzgebers unter Berücksichtigung seines damaligen Horizontes gegeben sind. Die Anhörung des Betroffenen kann somit entfallen. Sie muss auch nicht nachgeholt werden.

3. Schutz des erkennenden Gerichts

Im zweiten Aspekt geht es um den Schutz des erkennenden Gerichtes. Von einer Infektionsgefahr ist nicht nur der Betroffene, sondern sind auch die jeweilige RichterIn oder der jeweilige Richter bedroht. Diese Situation ist im Betreuungs- und Unterbringungsrecht vom Gesetzgeber nicht vorhergesehen und dementsprechend nicht geregelt worden. Wohl aber ist sie einer Normierung zugeführt worden bei der Freiheitsentziehung, und zwar in § 420 Abs. 2 FamFG. Wegen der evident bestehenden, zudem vor dem Hintergrund des 2008/2009 bestehenden Erfahrungshorizontes auch als planwidrig zu bezeichnenden Regelungslücke kann die Norm im Betreuungs- und Unterbringungsrecht bei gleicher Tatsachengrundlage analog angewendet werden.⁸ Hinsichtlich der aktuellen Gefährdungslage in Gestalt einer Ansteckung kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

Nun soll nicht verkannt werden, dass § 420 Abs. 2 FamFG in seiner zweiten Alternative das Bestehen der Krankheit als gegeben voraussetzt. Dies ist gewiss nicht in jeder Anhörungssituation der Fall. Insofern ist die Vorschrift nicht immer unmittelbar zu übertragen, ihr zugrundeliegender Rechtsgedanke, der darin besteht, das Gericht vor einer Infektion mit gravierenden Folgen zu schützen, aber sehr wohl. Wie bereits dargelegt, konnte der Gesetzgeber bei Schaffung des FamFG die jetzt eingetretene Situation einer Pandemie nicht im Blick haben. In einer Zeit, in der nicht prophylaktisch auf die Infektion mit dem Virus getestet

3 Siehe zu den verschiedenen Parametern der Bewertung die Einschätzung des Robert-Koch-Institutes zu dem Unterpunkt SARS-CoV-2: Steckbrief zur Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) „8. Fall-Verstorbenen-Anteil, Letalität, unter [www.rki.de/Startseite/Infektionskrankheiten A-Z/SARS-CoV-2](http://www.rki.de/Startseite/Infektionskrankheiten-A-Z/SARS-CoV-2)“.

4 Siehe auch hierzu die Homepage des Robert-Koch-Institutes unter „2. Krankheitsverlauf und demografische Einflüsse – Risikogruppen und demografische Einflüsse“.

5 Vgl. statt aller *MünchKomm/Prütting*, ZPO, 5. Aufl., § 291 Rz. 5.

6 Grundlegend *BGH*, Urteil v. 14.7.1954 – 6 StR 180/54 –, *BGHSt* 6, 292 ff.

7 Wiederum statt aller *MünchKomm/Prütting* [Fn. 5], § 291 Rz. 6.

8 Z. B. *Keidel/Giers*, FamFG, 20. Aufl., § 278 Rz. 23, mit Hinweis auf *Bahrenfuss/Grotkopp*, FamFG, 3. Aufl., § 319 Rz. 29 f.; soweit *Lesting*, in: *Marschner/Lesting/Stahmann*, Freiheitsentziehung und Unterbringung, 6. Aufl., Teil D, § 319 Rz. 18, sich unter Hinweis auf *BGH*, Beschluss v. 22.6.2017 – V ZB 146/16 –, NJW-RR 2017, 1090 = FamRZ 2017, 1854 [LS.] (dazu sogleich), und dessen Erfordernis des Gutachtennachweises zur Infektionsgefahr kritisch äußert, verfährt dies wegen der oben dargelegten Anwendung der Aussage des § 291 ZPO nicht.

wird bzw. werden kann, in der bundesweit die absolute Kontaktvermeidung als wirksamstes Mittel gegen eine Übertragung nicht nur propagiert, sondern hoheitlich angeordnet wird, dürfte der für „normale“ Verfahrenssituationen konzipierte Schutzgedanke der Norm durchaus erweiternd auszulegen sein.

Nun ist zu berücksichtigen, dass in „normalen Zeiten“ durch geeignete andere Maßnahmen das Infektionsrisiko so zu verringern ist, dass eine Anhörung auf anderem als dem üblichen Wege stattfinden kann.⁹ Infolge der aktuell seitens der Justizverwaltung in allen Bundesländern nicht einmal ansatzweise zur Verfügung gestellten basalen Sicherungsmaßnahmen durch Mundschutz etc., ferner infolge des durch verschiedene Lageberichte der Innenministerien nachgewiesenen Fehlens der Schutzausrüstungen bestehen diese Möglichkeiten bei der aktuellen Infektionsgefahr durch COVID-19 nicht. Die Infektionsgefahr ist bundesweit, von einzelnen regionalen Sondersituationen infolge doch vorhandener Schutzmöglichkeiten abgesehen, hoch.

Mithin kann die Anhörung des Betroffenen unter entsprechender Anwendung des § 420 Abs. 2 FamFG ebenfalls unterbleiben. Sie muss nach dem Wortlaut der Norm nicht nachgeholt werden.

4. Rolle des Verfahrenspflegers

Die vorgenannten Ausführungen gelten gleichermaßen für den im Regelfall durch das Gericht nach §§ 276, 317 FamFG bestellten Verfahrenspfleger (z. B. Rechtsanwalt), der seine hervorgehobene Rolle als Beteiligter des Verfahrens nur dann pflichtgemäß ausüben kann, wenn er an der Anhörung als wesentlichen Verfahrensbeteiligter auch tatsächlich teilnehmen kann.¹⁰

5. Schutz weiterer Personen

Schließlich ist bei der gebotenen Gesamtschau noch ein weiterer Aspekt hinzuzuziehen, der aktuell erhebliche Bedeutung besitzt, der aber vor dem Hintergrund des Erfahrungshorizontes des Gesetzgebers bei Schaffung der Gesamtkodifikation des FamFG in den Jahren 2008/2009 ebenfalls gänzlich unbekannt war. Es geht um den Schutz des bei jeglicher Anhörung durch den Richter eingebundenen Personals der jeweiligen Einrich-

tung. Die sind Ärztinnen/Ärzte und Krankenschwestern im Krankenhaus, Pflegedienstleitungen und Pflegerinnen/Pfleger in (geschlossenen) Pflegeeinrichtungen. Sie sind nicht Beteiligte des gerichtlichen Verfahrens und aus diesem Grund völlig konsequent nicht in das Kodifikationssystem des FamFG eingebunden worden. Gleichwohl unterliegen sie infolge des von ihm hoheitlich veranlassten Kontaktes mit der Entscheiderin/dem Entscheider des Gerichtes dem o. g. dargelegten Infektionsrisiko. Da dieses in der konkreten Situation aus der anberaumten Anhörung herrührt, fällt dieses Infektionsrisiko mittelbar in den Verantwortungsbereich der Justiz.

6. Fazit

Bereits die Ausführungen zu den Risiken der Infektion des Betroffenen können zur Begründung des Absehens von seiner Anhörung herangezogen werden. Gleiches gilt – isoliert betrachtet – für diejenigen der möglicherweise eintretenden Ansteckung der Richterinnen oder des Richters. Nimmt man bei der gebotenen Gesamtschau die Risiken für den Verfahrenspfleger und das Personal der Einrichtungen hinzu, so dürfte es aus Rechtsgründen in der gerade gegebenen Situation nachgerade zwingend sein, dass die Anhörung des Betroffenen unter den Gegebenheiten der jetzigen Pandemie nicht durchgeführt wird.

Muss damit nach dem klaren Wortlaut der angewendeten Vorschriften die Anhörung unterbleiben, so sollten zur Sicherung der elementaren Rechte des Betroffenen bei den jetzt zu treffenden unaufschiebbaren richterlichen Entscheidungen an die Beendigung der Pandemie angepasste Fristen gewählt werden, damit spätestens bei der dann notwendig werdenden Verlängerungsentscheidung die persönliche Anhörung durchgeführt werden kann.

Auf eines aber bleibt abschließend hinzuweisen: Die vorstehenden Ausführungen gelten ausschließlich für die aktuelle Risikolage. Bei einer signifikanten Entspannung der Situation oder gravierend verbesserter Möglichkeiten des Schutzes vor Ort fällt die rechtliche Bewertung anders aus.

⁹ *Bahrenfuss/Grotkopp* [Fn. 8], § 420 Rz. 11; nachfolgend auch *BGH*, NJW-RR 2017, 1090 = FamRZ 2017, 1854 [LS].

¹⁰ Z. B. *Keidel/Giers* [Fn. 8], § 276 Rz. 23.