

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

Der Stellenwert der persönlichen Anhörung und des persönlichen Eindrucks in Betreuungs- und Unterbringungssachen

– zugleich Erwiderung auf *Grotkopp*, FamRZ 2020, 659, und zu *AmtsG Dresden*, FamRZ 2020, ■ –

Von Richter am AmtsG CHRISTIAN BRAUN, Frankfurt/M.

1. Einführung

Aufgrund der sog. Corona-Krise plädiert *Grotkopp* für einen grundsätzlichen Verzicht auf jegliche (!) persönlichen Anhörungen in Betreuungs- und Unterbringungssachen. Eine Betrachtung der individuellen Anhörungssituation soll nicht stattfinden, sondern es sollen generell keine persönlichen Anhörungen mehr stattfinden. „Aus Rechtsgründen“ sei dies „in der gerade gegebenen Situation nachgerade zwingend“.¹

Grotkopp argumentiert hier vor allem mit der Vorschrift in § 34 Abs. 2 Alt. 1 FamFG, wonach eine persönliche Anhörung des Betroffenen dann unterbleiben kann, wenn „hiervon erhebliche Nachteile für seine Gesundheit zu besorgen sind“. Nach § 278 Abs. 4 FamFG (Betreuungssachen) und § 319 Abs. 3 FamFG (Unterbringungssachen) darf ein Verzicht auf die persönliche Anhörung bei diesen Verfahrensgegenständen nur erfolgen, wenn dies „auf der Grundlage eines ärztlichen Gutachtens“ festgestellt worden ist. Dies gilt nach h. M. auch für die einstweiligen Verfahren nach §§ 300–302 FamFG und §§ 331–333 FamFG.² Das Gutachten nach § 34 Abs. 2 FamFG soll nach Ansicht von *Grotkopp* aber wiederum generell entbehrlich sein, da das hohe Infektionsrisiko in der aktuellen Corona-Lage offenkundig i. S. von § 291 ZPO sei.

Nach der von *Grotkopp* erstellten Vorlage hat nun das *AmtsG Dresden* am 23.3.2020 in einer Betreuungssache entschieden, in der eine „dauerhafte“ Betreuung für alle Angelegenheiten inkl. Entgegennahme, Anhalten und Öffnen der Post für sieben Jahre eingerichtet worden ist, ohne die Betroffene persönlich anzuhören.³

Sowohl aus tatsächlichen als auch aus rechtlichen Gründen ist dieser Argumentation mit aller Deutlichkeit zu widersprechen.

2. Unterschiedliche Schutzzwecke

Zum einen stimmt schon die Prämisse der Argumentation nicht, indem das (tatsächlich epidemiologisch unbestrittene) hohe allgemeine Infektionsrisiko durch die Corona-Pandemie in

Deutschland mit dem individuellen Infektionsrisiko, welches durch die konkrete Anhörungssituation für den Betroffenen entsteht, verwechselt wird.⁴ Zum anderen ist § 34 Abs. 2 FamFG als eng auszulegende Ausnahmvorschrift ausgestaltet, da insbesondere in Betreuungs- und Unterbringungssachen der Anspruch auf rechtliches Gehör eine besondere Bedeutung hat (vgl. hierzu weitergehend unten).⁵ Das Infektionsschutzgesetz (und sämtliche hierauf basierenden Rechtsverordnungen der Landesregierungen, Allgemeinverfügungen und Verwaltungsakte) soll hingegen die epidemiologische Weiterverbreitung von übertragbaren Krankheiten verhindern (§ 1 IfSG)⁶ und in der aktuellen Situation insbesondere die ausreichende Kapazität von sog. „Beatmungs-Intensivbetten“ sicherstellen. Unter dieser Prämisse wurden in den vergangenen Wochen (auf Empfehlung des Robert-Koch-Instituts [RKI] und weiterer Experten) durch die Exekutive weitgehende Maßnahmen nach §§ 28 ff. IfSG getroffen. Diese wirken – etwa bei Quarantäneanordnungen nach § 30 Abs. 1 IfSG – durchaus individuell, dienen aber sämtlich dem Zweck, die Ausbreitung des Corona-Virus in der Gesamtbevölkerung zu stoppen bzw. zu verlangsamen. Die Maßnahmen nach dem IfSG und die sachverständigen Empfehlungen des RKI oder der WHO treffen aber keine Aussage dazu, ob in der konkreten Anhörungssituation eine gesundheitliche Gefahr für den Anzuhörenden entsteht. Allein dies ist der Regelungsgehalt von

1 *Grotkopp*, FamRZ 2020, 659, Ziff. 6; Erstveröffentlichung in FamRZ-Sondernewsletter 1/2020 v. 25.3.2020.

2 *MünchKomm/Schmidt-Recla*, FamFG, 3. Aufl., § 331 Rz. 10; *Braun*, in: Heidelberger Kommentar zum Betreuungs- und Unterbringungsrecht, Stand: April 2019, § 331 FamFG Rz. 66.

3 *AmtsG Dresden*, juris und BeckRS 2020, 4228; ebenso *AmtsG Brandenburg*, Beschluss v. 6.4.2020 – 85 XVII 69/20 –, juris.

4 So auch *Beckmann*, in: FamRZ-Sondernewsletter 3/2020 v. 2.4.2020 Ziff. IV.

5 *MünchKomm/Ulrici* [Fn. 2], § 34 Rz. 16; *Keidel/Müller-Holz*, FamFG, 20. Aufl., § 34 Rz. 40; *Bahrenfuss/Grotkopp*, FamFG, 3. Aufl., § 319 Rz. 23; *Braun* [Fn. 2], § 331 FamFG Rz. 64.

6 *Erb/Kohlhaas/Häberle*, Strafrechtliche Nebengesetze, Stand: Jan. 2020, § 1 IfSG Rz. 1.

§ 34 Abs. 2 Alt. 1 FamFG und im Gegenzug von § 420 Abs. 2 FamFG zum Schutz des anhörenden Richters.

3. Eingriff in die Grundrechte des Betroffenen

§ 34 Abs. 2 FamFG steht im Betreuungs- und Unterbringungsrecht in einem äußerst prekären Spannungsverhältnis zu mehreren Grundrechten der von Unterbringungs- oder Betreuungsmaßnahmen betroffenen Personen.

Zu nennen ist dabei zunächst der Anspruch der Betroffenen auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG). Dieses Verfahrensgrundrecht kommt in zahlreichen Verfahrensvorschriften des Betreuungs- und Unterbringungsrechts einfachgesetzlich zum Ausdruck. Es ist eine große Errungenschaft der Betreuungsrechtsreform von 1992, dass Personen, welche sich einer Betreuungs- oder Unterbringungssache gegenübersehen, verfahrensfähig sind (§ 275 FamFG und § 316 FamFG).⁷ Dies sichert ihre Stellung als Subjekt des Verfahrens (auch) im Sinne der UN-Behindertenrechtskonvention.⁸ Da die betroffenen Personen in den allermeisten Fällen von einer psychischen Erkrankung oder Behinderung betroffen sind, können sie sich häufig zur Wahrnehmung ihrer Interessen gerade nicht schriftlich äußern oder ärztliche Stellungnahmen und gerichtliche Schreiben nicht verstehen. Sie sind daher einschränkungsbedingt auf den persönlichen Kontakt mit dem entscheidenden Richter angewiesen.⁹

Um das rechtliche Gehör zu gewährleisten, sieht das Verfahrensrecht viele weitere Sicherungsmechanismen vor: Am Wichtigsten ist hierbei die Besonderheit in Betreuungs- und Unterbringungssachen, dass zur persönlichen Anhörung auch der „persönliche Eindruck“ (§ 278 Abs. 1 S. 2 FamFG und § 319 Abs. 1 S. 1 FamFG) hinzukommen muss.¹⁰ In der Regel soll sich das Gericht diesen persönlichen Eindruck in der üblichen Umgebung des Betroffenen verschaffen (§ 278 Abs. 1 S. 3 FamFG und § 319 Abs. 1 S. 2 FamFG). Auch hierin kommt die große Bedeutung des persönlichen Zusammentreffens von Betroffenen und Richter zum Ausdruck. Dies ist auch inhaltlich sinnvoll, da nur so bei etwa einschränkungsbedingt nicht oder kaum äußerungsfähigen Personen Gesten, Kontaktverhalten und Verhaltensweisen vom erkennenden Richter in die Entscheidungsfindung mit einbezogen werden können.¹¹ Insoweit haben die persönliche Anhörung und der persönliche Eindruck auch einen direkten Einfluss auf das Amtsermittlungsgebot des § 26 FamFG, welches wiederum den einfachgesetzlichen Ausfluss von Art. 19 Abs. 4 GG darstellt. Nicht umsonst hat das *BVerfG* in zahlreichen Entscheidungen die große Bedeutung der persönlichen Anhörung und des persönlichen Kontakts im Betreuungs- und Unterbringungsrecht betont.¹²

Die Anhörungsrechte der Betroffenen werden noch dadurch gestärkt, dass diesen bei jeder Betreuungs- oder Unterbringungssache die ärztlichen Einschätzungen (ärztliches Gutachten oder Zeugnis) vor dem Anhörungstermin zur Kenntnis gelangen muss, damit sie sich zu dieser Entscheidungsgrundlage auch mündlich äußern und ihr rechtliches Gehör wahrnehmen können.¹³ Hiervon kann nur unter engen Voraussetzungen abgesehen werden, wenn die Bekanntgabe des Gutachtens den Betroffenen gesundheitlich schädigen oder gefährden würde.¹⁴ Dann muss aber zwingend ein Verfahrenspfleger bestellt werden, welcher dann wiederum die Aufgabe hat, mit dem Betroffenen das Gutachten persönlich zu besprechen.¹⁵ Auch ansonsten sichert der Verfahrenspfleger das rechtliche Gehör des Betroffenen, indem er zur Wahrung der Interessen des Betroffenen ein

Anwesenheitsrecht während der persönlichen Anhörung des Betroffenen hat.¹⁶ Der *BGH* wird nicht müde, in zahlreichen Entscheidungen immer wieder auf die entsprechenden Verfahrensfehler in der ersten und zweiten Instanz hinzuweisen.

Auch die verfassungsrechtlichen Folgen von Betreuungs- und Unterbringungsentscheidungen sind erheblich. Augenscheinlich ist dies bei freiheitsentziehenden Unterbringungen und freiheitsentziehenden Maßnahmen wie Fixierungen durch die massiven Eingriffe in das Freiheitsgrundrecht aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG. Verfahrensrechtlich wird dies durch Art. 104 Abs. 2 GG und den darin enthaltenen Richtervorbehalt abgesichert.¹⁷ In Betreuungssachen ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht sowie die allgemeine Handlungsfreiheit betroffen¹⁸ und je nach Aufgabenkreis noch eine Vielzahl weiterer Grundrechte. Wird nun – wie in der oben zitierten Entscheidung des *AmtsG Dresden* geschehen – neben allen Angelegenheiten auch der Aufgabenkreis der Entgegennahme, Anhalten und Öffnen der Post angeordnet (§ 1896 Abs. 4 BGB), so findet auch ein unmittelbarer Eingriff in Art. 10 GG statt. All dies kann zum Wohl der Betroffenen erforderlich sein. Dann muss dies aber einerseits auf einer ausreichenden Sachverhaltsermittlung nach § 26 FamFG basieren und andererseits muss sich der Betroffene grundsätzlich hierzu tatsächlich (auch mündlich) äußern können und zwar ausdrücklich auch, wenn die Diagnose – wie im Beschluss des *AmtsG Dresden* – „senile Demenz“ lautet (vgl. Art. 13 Abs. 1 UN-Behindertenrechtskonvention: „Zugang zur Justiz“).

Trotz der herausragenden Grundrechtserheblichkeit lässt § 34 Abs. 2 FamFG (und auch schon vorher das FGG) den Verzicht auf die persönliche Anhörung zu. Dies zeigen auch die speziellen Vorschriften im Betreuungs- und Unterbringungsverfahren in § 278 Abs. 4 und § 319 Abs. 3 FamFG. Dann muss von Gesetzes wegen regelmäßig ein Verfahrenspfleger bestellt werden (§ 276 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 FamFG und § 317 Abs. 1 S. 2 FamFG) und das Absehen von der Anhörung muss im Beschluss begründet werden.¹⁹ Es geht an dieser Stelle zu weit, darüber zu diskutieren, ob durch § 34 Abs. 2 FamFG auch der Verzicht auf den persönlichen Eindruck ermöglicht wird.²⁰ Klar ist jedoch, dass der Ver-

7 Zur historischen Entwicklung *MünchKomm/Schmidt-Recla* [Fn. 2], § 275 Rz. 2

8 Ausführlich *BVerfG*, FamRZ 2018, 1025; *BGH*, FamRZ 2014, 110; *Marschner/Lesting/Stahmann*, Freiheitsentziehung und Unterbringung, 6. Aufl., Teil D., § 319 FamFG Rz. 3.

9 *BGH*, FamRZ 2012, 619; *BGH*, FamRZ 2011, 805.

10 BT-Drucks. 11/4528, S. 172; *BGH*, FamRZ 2016, 2093; *MünchKomm/Schmidt-Recla* [Fn. 2], § 278 Rz. 12; *Bauer*, in: Heidelberg Kommentar zum Betreuungs- und Unterbringungsrecht, Stand: August 2016, § 278 FamFG Rz. 139.

11 *Bahrenfuss/Grotkopp* [Fn. 5], § 319 Rz. 4.

12 Statt vieler *BVerfG*, FamRZ 2018, 951; *BVerfG*, BtPrax 2017, 238; *BVerfG*, FamRZ 2015, 1688; *BVerfG*, FamRZ 2010, 1624; *BVerfG*, FamRZ 1998, 895.

13 *BGH*, FamRZ 2014, 648; *BGH*, FamRZ 2016, 1148; *BGH*, FamRZ 2013, 1725.

14 *BGH*, BtPrax 2010, 278; *BGH*, FamRZ 2011, 1289; *BGH*, FamRZ 2017, 923.

15 *BGH*, FamRZ 2017, 923.

16 *BGH*, FamRZ 2017, 1864; *BGH*, FamRZ 2017, 1610; *BGH*, FamRZ 2017, 911; *BGH*, FamRZ 2016, 2092; *BGH*, FamRZ 2012, 619; *BGH*, FamRZ 2011, 805.

17 *BVerfG*, FamRZ 2018, 1442 = NJW 2018, 2619.

18 *BVerfG*, FamRZ 2010, 1624; *BVerfG*, FamRZ 2002, 312.

19 *BGH*, NJW 2017, 77; *OLG Frankfurt/M.*, FamRZ 1999, 617.

20 Eindeutig ablehnend *Marschner/Lesting/Stahmann* [Fn. 8], Teil D., § 319 Rz. 17; *Braun* [Fn. 2], § 331 FamFG Rz. 65.

zicht von Gesetzes wegen nur auf der Grundlage eines ärztlichen Gutachtens erfolgen darf (§ 278 Abs. 4 FamFG und § 319 Abs. 3 FamFG). Wegen § 51 Abs. 2 S. 1 FamFG gilt dies auch zwingend in einstweiligen Verfahren.²¹

Nun kann man durchaus darüber diskutieren, ob für dieses „ärztliche Gutachten“ § 291 ZPO entsprechend angewendet werden kann. Dann bedarf es aber einer wissenschaftlichen Grundlage, welche auch zum Schutzzweck des § 34 II FamFG und zur aktuellen Lage passt. Wie im Folgenden zu zeigen ist, ist dies jedoch gerade nicht der Fall.

4. Fehlerhafte Beurteilung der aktuellen epidemiologischen Lage im Vergleich zur Anhörungssituation

Grotkopp zeichnet nämlich ein geradezu apokalyptisches Bild, welches in Deutschland zum Glück nicht die Realität darstellt. Im Ansatzpunkt wird richtigerweise die Bewertung des RKI wiedergegeben, dass das allgemeine Infektionsrisiko in Deutschland als hoch eingestuft wird und dass die Letalität bei tatsächlich erkrankten Personen bei etwa 1 % liege. Wie schon oben ausgeführt, trifft dies jedoch noch keine Aussage dazu, ob die individuelle und konkrete Anhörungssituation zu einer gesundheitlichen Gefährdung des Anzuhörenden führt. Selbst wenn die aktuellen RKI-Zahlen der infizierten Personen in Deutschland mit gewisser Vorsicht zu genießen sind (Stand 7.4.2020: 99.225), ist die Wahrscheinlichkeit, dass gerade entweder der anhörende Richter oder der anzuhörende Betroffene Infektionsträger sind, im Vergleich zur Gesamtbevölkerung Deutschlands verschwindend gering. Es ist also gerade nicht „offenkundig“ i. S. des § 291 ZPO, dass durch die Anhörungssituation eine konkrete Gefahr für eine der beiden Personen entsteht. Das Risiko erhöht sich nur unwesentlich, wenn in der Anhörungssituation noch der Verfahrenspfleger anwesend ist.

Auch die Betrachtung der bisherigen Maßnahmen der Exekutive führen zu keiner anderen Bewertung. Sämtliche Landesregierungen haben in Absprache mit der Bundesregierung und sachverständig beraten durch das RKI und weitere Fachleute zahlreiche Maßnahmen ergriffen. All diese Maßnahmen führen aber nicht dazu, dass ein generelles Kontaktverbot für die Gesamtbevölkerung ausgesprochen worden ist. Jeden Tag gehen Millionen Bürger in Lebensmittelgeschäfte zum Einkaufen, der öffentliche Nah- und Fernverkehr läuft (wenn auch eingeschränkt) und auf öffentlichen und privaten Baustellen und in Handwerksbetrieben arbeiten zahlreiche Personen gleichzeitig an Ort und Stelle. Auch der Aufenthalt im öffentlichen Raum ist für die Gesamtbevölkerung „nur“ dahingehend eingeschränkt, als dass es hierfür „triffige Gründe“ geben muss (so z. B. die Formulierung in Bayern) und die empfohlenen Sicherheitsabstände zwischen Einzelpersonen eingehalten werden sollen. Wäre jeglicher persönliche Kontakt aus epidemiologischer Sicht gesundheitlich hochgefährlich, dann wären all diese Kontaktmöglichkeiten ausgeschlossen und es bestünde ein vollständiger „Shutdown“ in Deutschland. Bei der Anhörungssituation in Betreuungs- und Unterbringungssachen geht es aber ausschließlich um den einzelnen individuellen Kontakt und um die Frage, ob gerade hierdurch eine gesundheitliche Gefahr für den Anzuhörenden (§ 420 Abs. 2 FamFG analog) oder für den Anzuhörenden (§ 34 Abs. 2 FamFG) besteht. Eine Anhörungssituation ist aber aus eigener Erfahrung unproblematisch so zu gestalten, dass die Hygieneempfehlungen des RKI eingehalten werden können, und es bedarf auch keiner Anwesenheit eines Sachverständigen

oder weiterer Personen während der nichtöffentlichen Anhörung (vgl. § 170 GVG). Das ärztliche Zeugnis oder das ärztliche Gutachten sollten schriftlich angefordert werden und es muss nicht vor Ort mit dem Sachverständigen persönlich besprochen werden. Rückfragen hierzu können telefonisch erfolgen. Um es plastisch auszudrücken: Der Einkauf in einem Supermarkt oder die Fahrt in öffentlichen Verkehrsmitteln ist mindestens genauso gefährlich wie die persönliche Anhörung, nur dass bei Letzterer elementare Verfahrens- und Grundrechte auf dem Spiel stehen.

Ausdrücklich muss sich eine andere Bewertung ergeben, wenn tatsächlich eine individuelle Gesundheitsgefahr für den Anzuhörenden besteht. Doch dann ist § 34 Abs. 2 FamFG unproblematisch gesetzesgemäß anwendbar. Das ärztliche „Gutachten“ i. S. von § 278 Abs. 4 FamFG und § 319 Abs. 3 FamFG kann sich dann genau auf diese Frage konzentrieren. Ist der Anzuhörende wiederum Infektionsträger (also Kranker i. S. von § 2 Nr. 4 IfSG), dann kann § 420 Abs. 2 FamFG angewandt werden. Ist der anhörende Richter an Covid-19 erkrankt, dann wird er sicher nicht seinen Dienst verrichten, sondern krankgeschrieben sein bzw. sich in häuslicher Quarantäne befinden. Zu einer Anhörungssituation kommt es dann gar nicht.

Falls kein Eilbedarf für die Betreuungs- oder Unterbringungssache besteht, dann sollte schlicht nicht angehört werden und in der Sache auch nicht entschieden werden. Zu welchen Ergebnissen die allgemeine Argumentation von *Grotkopp* führen kann, zeigt dabei augenscheinlich die oben genannte Entscheidung des *AmtsG Dresden*. Der angeordnete Umfang und die siebenjährige Dauer der Betreuung im Wege einer Hauptsacheentscheidung ohne persönliche Anhörung und ohne persönlichen Eindruck sind nämlich offensichtlich unverhältnismäßig. Denn selbst wenn ein Fall von § 34 Abs. 2 FamFG vorliegen sollte (was in der Entscheidung gerade nicht konkret ausgeführt ist), steht es jedem Betreuungsrichter offen, in einem derartigen Fall nur einen kleinen (wirklich aktuell wichtigen) Aufgabenkreis (z. B. bei wichtigen medizinischen Entscheidungen) zu bestimmen und die Betreuung im Wege einer einstweiligen Anordnung nur für die Dauer von maximal sechs Monaten anzuordnen. Alles, was darüber hinausgeht, ist zunächst nicht „erforderlich“ i. S. von § 189 Abs. 2 S. 1 BGB.

5. Plädoyer für eine individuelle Betrachtung

Im Ergebnis wird hier für eine individuelle Betrachtung jeder einzelnen Anhörungssituation unter Abwägung der Verfahrens- und Grundrechte der anzuhörenden Personen plädiert. Dies findet alltäglich in allen anderen Rechtsbereichen statt, indem nicht besonders eilbedürftige Verfahren aktuell „ausgesetzt“ werden und eilige Entscheidungen verfahrensrechtlich nach Recht und Gesetz gemäß dem Justizgewährungsanspruch getroffen werden. Auch Haftbefehle werden weiter mündlich verkündet, obwohl auch hier ein persönliches Zusammentreffen von meist noch mehr Personen stattfindet. Warum man hier im Betreuungs- und Unterbringungsrecht mit einem Federstrich anders verfahren möchte, ist weder geboten noch rechtlich begründbar.

21 *MünchKomm/Schmidt-Recla* [Fn. 2], § 331 Rz. 10; *Braun* [Fn. 2], § 331 FamFG Rz. 66; a. A. jedoch ohne Begründung *Keidel/Giers* [Fn. 5], § 331 Rz. 10.