

Regelungen zur STERILISATION einwilligungsunfähiger Personen im Betreuungsgesetz

– Entwurf der Bundesregierung vom 11. 5. 1989 –

Interdisziplinäres Colloquium
am 10./11. Mai 1989



Lebenshilfe

Herausgegeben von der Bundesvereinigung Lebenshilfe für geistig Behinderte e.V.

Hergestellt im Lebenshilfe-Verlag Marburg

I n h a l t s v e r z e i c h n i s

	Seite
Begrüßung Dr. Bernhard Conrads	2
Einführung Professor Dr. Heinz Krebs	8
Zielsetzung der Neufassung des § 1905 im Be- treuungsgesetz-Entwurf der Bundesregierung Dr. Alfred Wolf	19
Die Sterilisation geistig behinderter Men- schen nach § 1905 Betreuungsgesetz-Entwurf: Zivilrechtliche Einzelaspekte Professor Dr. Michael Coester	32
Verfassungsrechtliche Aspekte des § 1905 Betreuungsgesetz-Entwurf Professor Dr. Bodo Pieroth	74
Zusammenfassung der Diskussion	94
Möglichkeiten und Grenzen der Einflußnahme der Eltern einwilligungsunfähiger geistig behinderter Menschen auf die Sterilisations- entscheidung nach § 1905 Betreuungsgesetz Dr. Helmut Müller	110
Einzelfragen zu § 1905 des Betreuungsgesetz- entwurfs aus psychiatrischer Sicht Dr. Jens Bruder	118
Falldarstellungen zu § 1905 Betreuungsgesetz Dr. Joachim Schulz	132
Auswirkungen der Sterilisation bei geistig behinderten Frauen Dr. Wolfgang Heidenreich	145
Der Begriff der "Einwilligungsunfähigkeit" aus psychologischer Sicht Professor Dr. Karl-Ludwig Holtz	150
Die Begriffe der "Einwilligungsunfähigkeit" und der "Erziehungsunfähigkeit" (§ 1748 Abs. 3 BGB) aus pädagogischer Sicht Professor Dr. Dr. Otto Döhner Irmgard Tiefensee	167
Zusammenfassung der Diskussion	177
Programm	190
Teilnehmerliste	194

**Die Sterilisation geistig behinderter Menschen nach
§ 1905 BtG-E: Zivilrechtliche Einzelaspekte**

Michael Coester

A. EINLEITUNG: GRUNDPOSITION

Trotz der Eingrenzung meines Themas auf Einzelfragen und die zivilrechtliche Sicht des § 1905 BtG-E*) möchte ich einleitend doch kurz meine Grundposition zur Gesamtthematik der Sterilisation offenlegen - nicht weil ich glaube, daß meine subjektive Sicht für den gesetzgeberischen Rechtsfindungsprozeß von irgendeiner Bedeutung wäre, sondern weil sie den notwendigen Verständnishintergrund auch für die zivilrechtlichen Einzelaussagen liefert. Außerdem ist unsere Rechtsordnung ein einheitliches Wertungsgebilde, für das - in Ermangelung hauptamtlicher "Gesamtjuristen" - auch jeder Spezialist mitverantwortlich bleibt.

Der Vorrang privatautonomer Entscheidung vor staatlichem Dirigismus in Fragen persönlicher Lebensgestaltung gehört zu den Grundpfeilern unserer Verfassungsordnung. Dies gilt auch für den Bereich medizinischer Eingriffe, Familienplanung und menschlicher Fortpflanzung. Der Staat hat hier kein sachliches Mitspracherecht, er ist beschränkt auf die Gewährleistung der

Voraussetzungen und Rahmenbedingungen privatautonomer Regelung. Dazu gehören (1) die Selbstbestimmungs- und verantwortungsfähigkeit des Individuums im allgemeinen sowie für die konkrete Entscheidung, und (2) die Wahrung der öffentlichen Ordnung.

Nun ist seit dem Dohrn-Urteil des BGH¹⁾ im wesentlichen unbestritten, daß für eine Sterilisation im Einzelfall vernünftige, jedenfalls achtenswerte Gründe sprechen können, so daß die subjektive Entscheidung eines Voll-Verantwortlichen für die eigene Sterilisation rechtlich als "freie Selbstbestimmung" akzeptiert werden muß²⁾. Die im Wege der Folgenbeobachtung gewonnenen Rechtstatsachen bestätigen die sachliche Richtigkeit dieser grundsätzlichen Wertung: Die freiwillige Sterilisation führt überwiegend zu einer Verbesserung der Lebenssituation der Betroffenen; das Risiko einer merklichen Verschlechterung ist statistisch gesehen gering³⁾.

Nichts deutet nun darauf hin, daß entsprechende Lebenssituationen nicht auch bei geistig behinderten Menschen vorliegen könnten - hier noch ungeachtet der Möglichkeit zusätzlicher Gründe, auf die unter dem Stichwort "Eltern- Chancen" noch einzugehen sein wird. Es wäre nun ein system- und freiheitswidriger Fehlansatz, wenn wegen der im Einzelfall mangelnden Fähigkeit zur eigenverantwortlichen Selbstentscheidung der dem kompetenten Individuum auch in der Sterilisationsfrage grundsätzlich zugestandene Wertungs- und Entscheidungsfreiraum schlechthin verschlossen würde. Bei Kompetenzdefiziten des Individuums verfolgt das Recht generell einen anderen Ansatz: Private Autonomie wird nicht zugunsten staatlicher Sachregelung beseitigt, sondern

- privatrechtsintern - auf andere Private treuhänderisch übertragen (Eltern, Betreuer). Diese treten insoweit grundsätzlich an die Stelle des entscheidungsunfähigen Betroffenen. Ein allgemeines Verbot der Sterilisation würde dem Behinderten den Interessen- und Persönlichkeitsschutz nehmen, der Vollverantwortlichen, also den sog. "normalen", vom Recht zugestanden wird⁴). Zum einen läge hierin eine (wenn auch wohlgemeinte) Diskriminierung Behinderter, die dem auf weitestmögliche Integration zielenden Grundsatz des BtG zuwiderlaufen würde. Auf die inzwischen erkannte Diskriminierungswirkung arbeitsrechtlicher Schutzregeln (gesetzlicher oder tarifvertraglicher Art) zugunsten von Frauen ist nur hinzuweisen⁵). Zum zweiten würde dadurch in Fällen, in denen eine Sterilisation objektiv als kleinstes Übel erscheint (im Vergleich etwa zu Schwangerschaftsabbruch, geburtsbedingten Schädigungen oder nachgeburtlichen seelischen Leiden), den Behinderten angesonnen, schwere und objektiv vermeidbare Beeinträchtigungen ihres Wohls zu erdulden⁶). Drittens schließlich ist die von Verbotsanhängern als anstößig empfundene "Fremdbestimmung" der Betreuten ohnehin nicht zu vermeiden: Ein Sterilisationsverbot setzt nur an die Stelle individualbezogener Abwägung durch den Betreuer eine generalisierende (und damit in höchstpersönlichen Fragen tendenziell "ungerechte") Entscheidung des Gesetzgebers⁷). Ziel gesetzgeberischer und betreuender Interessenwahrnehmung im Einzelfall sollte es demgegenüber sein, dem Betreuten auch in der Sterilisationsfrage diejenigen Entscheidungsalternativen zu ermöglichen, die er aufgrund seiner Inkompetenz selbst nicht wählen kann, aber in seiner konkreten Situation vermutlich gewählt hätte⁸).

Der grundgesetzlich gebotene Vorrang privatautonomer Freiheit vor staatlicher Regelung bedeutet nun aber nicht, daß die volle Entscheidungsfreiheit, wie sie dem selbstverantwortlichen Individuum zusteht, schlicht auf den Betreuer verlagert wird. Eine begrenzte gesetzgeberische Intervention ist aus zwei Gründen zumindest legitim: Erstens ist es etwas grundsätzlich anderes, ob man über die eigene Sterilisation entscheidet oder über die einer anderen Person. Nach zutreffender Auffassung des BVerfG wird Entscheidungsmacht über andere, auch wenn sie rechtmäßigerweise von Privaten ausgeübt wird, per se grundrechtsrelevant, d. h. es ist Sache des Staates sicherzustellen, daß nicht Machtmißbrauch zu Grundrechtsverletzungen des Betreuten führt⁹⁾. Solcher Machtmißbrauch kann - so das BVerfG - auf sachfremden oder gar eigennützigem Motiven des Betreuers beruhen (z. B. Wunsch nach eigener Entlastung)¹⁰⁾, er droht aber auch als ungewollter Fehlgebrauch beim pflichtbewußten Betreuer - zu fließend sind die Grenzen zwischen gemeinsamem Denkprozeß von Betreuer und Betreutem einerseits und Projektion des Betreuerwillens auf den Betreuten andererseits¹¹⁾.

Zweitens steckt in jeder Selbstentscheidung eines Nichtbehinderten, ungeachtet aller rationalen Erwägungen, stets auch ein volitives Element, das den Ausschlag gibt: Man entscheidet sich so oder so, weil man es - nach gründlicher Überlegung - so will. Dieses Element subjektiver Willkür ist konstitutiver Teil der rechtlich anerkannten Selbstbestimmung; letztere umfaßt, wie der BGH für die Sterilisation zutreffend erkannt hat, sogar den "unrichtigen Gebrauch" privater Freiheit, also das Recht etwas zu wollen, was dem

objektiv definierten eigenen Wohl zuwiderläuft¹²). Bei der Fremdentcheidung stellt sich die Situation anders dar. Sicherlich darf der Wille des Betreuers nicht in Gegensatz zum Wohl des Betreuten treten, aber auch sonst erscheint das volitive Element der Entscheidung hier eher problematisch. Es ist zwar nicht gänzlich vermeidbar, aber seine Zurückdrängung durch gesetzliche Vorstrukturierung des Entscheidungsprozesses (Indikationen) und durch verfahrensmäßige Sicherung (z. B. vormundschaftsgerichtliche Genehmigung) liegt doch als legitimer Schutzansatz im Rahmen gesetzgeberischen Ermessens.

Im Ergebnis also scheint mit die Grundtendenz des § 1905 nicht zu beanstanden - im einzelnen hingegen ist noch manches unbefriedigend.

B. SELBSTBESTIMMUNG DES BETREUTEN

I. Probleme der Einwilligungsfähigkeit

1. Konzept des Entwurfs

Hinsichtlich ärztlicher Eingriffe in die körperliche Integrität übernimmt der Entwurf in §§ 1904, 1905 das Konzept, das die Rechtsprechung für die Einwilligung Minderjähriger entwickelt hat. Demnach soll ein Minderjähriger in Operationen selbst rechtfertigend einwilligen können, wenn er in concreto hinreichend einsichts- und urteilsfähig ist¹³). Dabei kommt es nicht entscheidend auf die vieldiskutierte Frage an, ob die Einwilligung eine Willenserklärung, eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung oder nur die Gestattung zur Vornahme

tatsächlicher Handlungen durch den Arzt ist¹⁴). Vielmehr wollte man offensichtlich die grundsätzlich notwendige Typisierung in Mündigkeitsfragen bei höchstpersönlicher Betroffenheit aufheben und dem Ideal sachgerechter Abgrenzung von Fremd- und Selbstbestimmung in jedem Einzelfall nahekomen¹⁵). Dies entspricht dem grundsätzlichen Anliegen des BtG, pauschale Eingriffe in die rechtliche Handlungsfähigkeit des Betreuten zu vermeiden und sie (als "Einwilligungsvorbehalt") nur "maßgeschneidert" bei konkreter Notwendigkeit zuzulassen (§ 1903)¹⁶). Es ist also auch dann nach der Einwilligungsfähigkeit des Betreuten in ärztliche Eingriffe aller Art zu fragen, wenn dem Betreuer die gesamte Personensorge oder die medizinische Betreuung übertragen worden ist; selbst ein diesbezüglicher Einwilligungsvorbehalt nach § 1903 ändert daran nichts.

Erweist sich demnach der Betreute als konkret einwilligungsfähig, so entscheidet er über Eingriffe im allgemeinen und auch über eine Sterilisation allein und rechtlich ungebunden. Für allgemeine ärztliche Eingriffe war dies früher in § 1904 I DiskE klargestellt¹⁷); der Wegfall dieses Absatzes im jetzigen Entwurf kann nicht als sachliche Änderung verstanden werden. Man hält diese Konsequenz für selbstverständlich und betont die Anlehnung des Entwurfs an die diesbezügliche "gefestigte Rechtsprechung"¹⁸). Diese ist - trotz anfänglicher¹⁹) und auch neuerlicher Unklarheiten²⁰) - geprägt von der herrschenden Auffassung, daß bei Einwilligungsfähigkeit eine Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters entfallt²¹). Eine Mindermeinung in der Literatur, die kumulativ die Einwilligung der Eltern fordert²²), hat bisher weder in der Rechtsprechung noch in der Entwurfsbegründung hinreichend Resonanz

erfahren. Da die Rechtslage insoweit aber so eindeutig und unbestritten nicht ist, wie die Entwurfsverfasser offenbar annehmen, wäre vielleicht eine Klarstellung angebracht.

Die alleinige Entscheidungskompetenz des Einwilligungsfähigen wird aber jedenfalls beseitigt zugunsten der Konsensgebundenheit bei einem auf medizinische Eingriffe bezogenen Einwilligungsvorbehalt (§ 1903). Gesondert zu beurteilen ist auch die Fähigkeit zum Abschluß des Behandlungsvertrags. Insoweit bleibt der volljährige Betreute allein handlungsfähig, sofern er nicht gem. § 104 II geschäftsunfähig oder gem. § 1903 an die Einwilligung des Betreuers gebunden worden ist²³).

Ist der Betreute konkret einwilligungsunfähig, so entscheidet bei medizinischen Eingriffen im allgemeinen (einschl. Schwangerschaftsabbruch) für ihn der Betreuer. Dieser unterliegt insoweit keiner über § 1901 hinausgehenden besonderen rechtlichen Bindung oder Kontrolle - nur bei Lebensgefahr oder der Gefahr schwerer Dauerschäden ist die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich, § 1904. Der Betreute hat auch kein Vetorecht gegen vom Betreuer befürwortete Eingriffe - Zwangsbehandlungen sind zulässig, wenn das Wohl des Betreuten sie erfordert²⁴).

Für Sterilisationen gälte dasselbe, wenn es die Sonderregelung des § 1905 nicht gäbe: Der Betreuer könnte allein entscheiden, gebunden allerdings an die vormundschaftsrechtliche Genehmigung²⁵). Statt dessen errichtet nun § 1905 ein umfassendes, teils materiell-, teils verfahrensrechtliches Schutzsystem für diesen besonderen Eingriff.

2. Problematik

Die "natürliche Einwilligungsfähigkeit" des Betroffenen ist nach der Konzeption des Entwurfs also der entscheidende Dreh- und Angelpunkt für die Frage, ob die Sterilisationsentscheidung einem strikten Sicherungssystem unterworfen oder überhaupt nicht rechtlich kontrolliert wird. Dieses Modell ist theoretisch schlüssig, praktisch aber nicht akzeptabel. Bei zwei alternativen, inhaltlich diametral entgegengesetzten Regelungsmustern muß die Maßgeblichkeit des einen oder des anderen zweifelsfrei tatbestandlich vorgezeichnet sein. Das Merkmal der "Einwilligungsfähigkeit" ist jedoch nicht geeignet, die notwendige Klarheit der Abgrenzung im Einzelfall zu gewährleisten. Gewiß, der Begriff kann aufgegliedert werden in Einsichts- und Urteilsfähigkeit, beides bezogen auf den konkreten, in Frage stehenden Eingriff²⁶⁾. Damit wird aber nur die Fragestellung konkretisiert, materielle Beurteilungskriterien fehlen. Soweit sie gefordert werden²⁷⁾, wird zweierlei übersehen: Zum einen laufen generelle Kriterien dem Konzept idealer Einzelfallgerechtigkeit, wie es dem Begriff der Einwilligungsfähigkeit zugrunde liegt, gerade zuwider. Zum zweiten ist es auch in der Vergangenheit nicht gelungen, Kriterien zu finden - ein Vorschrift des Sorgerechtsentwurfs, die vorgezogene Selbstbestimmung des Minderjährigen in Fragen medizinischer Eingriffe zum Thema hatte, ist nicht zuletzt an dieser Schwierigkeit gescheitert²⁸⁾. Die praktische Unmöglichkeit einer Konkretisierung des Begriffs der "Einwilligungsfähigkeit" wird in der Begründung

zum BetrG-E denn auch illusionslos und zutreffend eingeräumt²⁹⁾. Es bleibt darauf hinzuweisen, daß für die Sterilisation Behinderter besondere Probleme hinzutreten, denn Betreuer, Arzt und Gericht können nicht wie bei Minderjährigen einen altersabhängigen durchschnittlichen Entwicklungs- und Reifestand zum Maßstab nehmen.

Neben der objektiven Unschärfe des Begriffs der Einwilligungsfähigkeit ergeben sich weitere Bedenken gegen die weichenstellende Funktion dieses Merkmals in §§ 1904, 1905. Es muß ein Alarmzeichen sein, wenn gerade Autoren mit langjähriger Erfahrung in der Arbeit mit Behinderten auf die leichte Manipulierbarkeit des Willens dieser Personen hinweisen, wobei "Manipulation" keineswegs stets als böswillige Fremdsteuerung verstanden werden muß, sondern auch in wohlgemeinter Projektion eigener Richtigkeitsvorstellungen bestehen kann³⁰⁾. Dies schwächt das Gewicht des Willens "Einwilligungsfähiger" als Ausdruck zu achtender Selbstbestimmung, und vor allem eröffnet es dem Betreuer faktisch die Möglichkeit, über die "Selbstentscheidung" des Betreuten das gesamte Schutzsystem des § 1905 zu umgehen³¹⁾.

Welche Abhilfen sind denkbar?

Z.T. wird vorgeschlagen, "im Zweifel" von Einwilligungsunfähigkeit und damit vom Eingreifen des § 1905 auszugehen³²⁾. Das hilft bei der Lösung von Entscheidungsproblemen im Einzelfall, liegt aber nicht auf der Linie weitestmöglicher Selbstbestimmung durch den Betreuten und löst auch nicht das Manipulationsproblem.

Noch weitergehend will Holzauer immer dann von unwiderleglich vermuteter Einwilligungsunfähigkeit ausgehen, wenn Fragen der Gesundheitsfürsorge zum Aufgabenkreis des Betreuers gehören (vgl. § 1896 II 2)³³). Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt Schwab, der den Betreuer, sofern er für die Person des Betreuten zu sorgen hat, als grundsätzlich mitentscheidungsbefugt ansehen möchte³⁴).

Beide Ansätze haben Argumente rechtspolitischer und praktischer Vernunft für sich - nur laufen sie dem Konzept des Entwurfs zum BetrG zuwider, wie es aus der Abschaffung der Entmündigung und dem auf das Notwendige begrenzten Einwilligungsvorbehalt (§ 1903) hervorgeht. Dies gilt insbesondere für die pauschalierte Einwilligungsunfähigkeit im Sinne Holzauers - eine konstitutive und nicht jederzeit in Frage stellbare Feststellung von Kompetenz und Nichtkompetenz lehnt der Entwurf gerade ab³⁵). Aber auch Schwab muß sich fragen lassen, wie sich - im Einzelfall unterstellte - freie Entscheidung eines einwilligungsfähigen Betreuten verträgt mit Konsensbindung an den Betreuer (und, über dessen Einwilligung, mit vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung gem. § 1904 oder dem komplexen Schutzsystem des § 1905 bei Sterilisationen)³⁶).

Will man auf der Linie des Entwurfs bleiben und vom Ideal weitestmöglicher Respektierung noch vorhandener Selbstbestimmungsmöglichkeit keine Abstriche zulassen, so scheint mir doch - soll nicht summum ius unversehens in summa iniuria umschlagen - eine Ergänzung unverzichtbar: Es ist eine vormundschaftsgerichtliche Feststellung der Einwilligungsfähigkeit zu fordern vor jeder Entscheidung³⁷) über eine Sterilisation oder

ähnliche schwerwiegende körperliche Eingriffe (insbs. Schwangerschaftsabbruch), um dem weichenstellenden Tatbestandsmerkmal der Einwilligungsfähigkeit zur erforderlichen "Stabilität" zu verhelfen. Damit bliebe das Grundkonzept des Entwurfs erhalten, vermieden werden sowohl eine bevormundende Kontrolle der sachlichen Entscheidung des für einwilligungsfähig Befundenen³⁸⁾ wie auch weitgehend die Manipulationsgefahr.

Sollte das Gesetz hingegen die Frage der Einwilligungsfähigkeit in der alleinigen Verantwortung von Betreuer und Arzt belassen, sollte man sich schließlich zumindest noch über einen Punkt klarwerden: Ob dem Arzt - etwa im Rahmen späterer Zivil- oder Strafprozesse - ein Beurteilungsspielraum zuzubilligen ist. Dies könnte zu rechtfertigen sein wegen der weitgehend medizinisch/psychiatrischen Natur der Diagnose³⁹⁾, z. T. wird sogar von "ärztlichem Ermessen" gesprochen⁴⁰⁾. Vergleichbar gesteht der BGH dem Arzt auch einen Beurteilungsspielraum zu, wenn inzident das Vorliegen einer Indikation nach § 218a StGB zu überprüfen ist⁴¹⁾. Andererseits muß bezweifelt werden, ob - angesichts bisheriger Sterilisationspraxis (und Abtreibungspraxis) sowie Äußerungen der Bundesärztekammer zur Sterilisation⁴²⁾ - ein pauschaler Vertrauensbonus zugunsten der Arztentscheidung gerechtfertigt werden könnte.

II. Vetorecht des Einwilligungsunfähigen, § 1905 I Nr. 1

Zwangssterilisationen soll es auch bei Einwilligungsunfähigen nicht geben, auch "rudimentäre Ansätze zur Selbstbestimmung"⁴³⁾ werden in Sterilisationsfragen respektiert. Hier fällt zunächst der merkwürdige Kontrast zu sonstigen schwerwiegenden Eingriffen auf. Der Entwurfsbegründung ist zuzugeben, daß die Anwendung von Zwang einem Eingriff eine "völlig neue Dimension" gibt⁴⁴⁾ - aber ist eine "schwere seelische Schädigung" nicht beispielsweise gleichermaßen bei einer Zwangsabtreibung zu befürchten?⁴⁵⁾ Oder umgekehrt: Wenn sich im allgemeinen das eindeutige Wohl gegenüber unvernünftigem Willen durchsetzt - warum nicht auch bei Sterilisationen? Bei aller Achtung vor der humanen Tendenz dieser Regelung: Welches Gewicht kommt dem Willen eines Behinderten zu, der einwilligungsunfähig ist, der also per definitionem nicht erfassen kann, was man mit ihm vorhat und sich vielleicht grundsätzlich beim Anblick jedes Arztes verweigert⁴⁶⁾, wenn andererseits in einem aufwendigen Prüfungsverfahren festgestellt worden ist, daß von allen Möglichkeiten die Sterilisation das kleinste Übel ist?⁴⁷⁾ Ich vermisse Sicherungen dagegen, daß nicht die Achtung der natürlichen Ablehnung der Behinderten in solchen Fällen mehr oder weniger automatisch zur Unterbringung oder zur späteren Zwangsabtreibung führt (wobei diesmal nicht nur der Wille der Behinderten übergangen, sondern auch menschliches Leben vernichtet würde⁴⁸⁾). Wie man sich im Ergebnis auch entscheidet: Eine unterschiedliche Behandlung von Sterilisation und Schwangerschaftsabbruch erscheint mir auch in diesem Punkt

nicht begründbar. Wenn es bei der Regelung des Entwurfs bleiben sollte, ist aber konsequenterweise sicherzustellen, daß sie sinnvoll wirken kann. Hierzu gehört nicht nur die notwendige Bekanntgabe der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung an den Betroffenen vor dem Eingriff⁴⁹⁾, sondern eine Aufklärung auch des Einwilligungsunfähigen im Rahmen des Möglichen. Letztere ist nicht nur abhängige Nebenpflicht bei Einholung von Einwilligungen, sondern ist bei Eingriffen jedem Menschen geschuldet, auf dessen Willen es in irgendeiner Form ankommt⁵⁰⁾.

C. Eltern-Chancen des/der Betreuten

I. Die Regelung des § 1905 I 2

Schwerwiegende Gefahr für den seelischen Gesundheitszustand der - hypothetisch - Schwangeren rechtfertigt nach dem Entwurf eine Sterilisation Einwilligungsunfähiger. Solche Gefahr kann nach § 1905 I 2 auch - keineswegs ausschließlich, wie die Begründung meint⁵¹⁾ - darin begründet sein, daß voraussichtlich das geborene Kind von der Mutter getrennt werden müßte. Dieser Aspekt tauchte schon im Entwurf eines 5. StrafRG auf⁵²⁾ und ist, wohl auch unter dem Einfluß der Stellungnahme der Lebenshilfe⁵³⁾, nunmehr als Ersatz für eine pauschale Verweisung auf die strafrechtlichen Indikationen bei Schwangerschaftsunterbrechungen⁵⁴⁾ aufgenommen worden.

II. Konzeptionelle Schwächen

Bevor auf die sachliche Bedeutung dieser Regelung eingegangen wird, möchte ich auf einige konzeptionelle Schwächen hinweisen. Wie schon im Recht der Schwangerschaftsunterbrechung, ist das Gesetz ganz auf die Mutter fixiert⁵⁵⁾. Der Mann als Vater bleibt weiterhin ein unbekanntes Wesen⁵⁶⁾; und findet das Kind in § 218a StGB als Gegengewicht zum Persönlichkeitsrecht der Schwangeren noch Berücksichtigung, so werden auch seine Interessen im Betreuungsgesetz ganz ausgeblendet. Regelungstechnisch ist dies darauf zurückzuführen, daß die Gefahr des Kindesverlustes nicht mehr, wie zunächst, als Konkretisierung einer "sozialen Indikation" entsprechend § 218a II Nr. 3 StGB verstanden wird⁵⁷⁾, sondern in einer erweiterten medizinischen Indikation untergebracht worden ist, die naturgemäß allein auf die Situation der Frau sieht.

Hinsichtlich des Mannes findet sich im Entwurf nur der Hinweis, es komme auch seine Sterilisation anstelle die seiner Partnerin in Betracht, wenn bei dieser die gesetzlich umschriebene Notlage vorliege⁵⁸⁾. Außerhalb des Blickfelds bleibt die Möglichkeit, daß die Wegnahme des Kindes entsprechendes seelisches Leid beim behinderten Vater (und vielleicht nur bei diesem) hervorruft. Will man es bei dieser gesetzlich dekretierten Verkümmern des männlichen Persönlichkeitsbereichs nicht belassen⁵⁹⁾, muß auch die Sterilisation der Frau bei einer seelischen Notlage nur ihres Ehemannes wie auch die Sterilisation des Mannes nur bei eigener Notlage gesetzlich zugelassen werden. Umgekehrt erscheint es mir jedenfalls bei einer einwilligungsunfähigen, verheirateten Frau unvertretbar, gem.

§ 1905 für eine Sterilisation zu entscheiden, ohne daß die Einwilligung ihres hierzu fähigen Mannes vorliegt⁶⁰).

Außerhalb des gesetzlichen Wertungsfeldes bleibt auch das Kind, dessen Belastungen und Schädigungen bei u.U. jahrelangen, aber letztlich erfolglosen Versuchen, mit massiven öffentlichen Hilfen die elterliche Sorge aufrechtzuerhalten, erheblich sind⁶¹).

III. Die sorgerechtliche Situation behinderter Eltern im allgemeinen

1. Die einschlägigen Vorschriften

Die Chancen behinderter Menschen auf gelebte Elternschaft sind, für eine Würdigung des § 1905 I 2, sinnvollerweise vor dem Hintergrund des Rechtszustandes zu beurteilen, wie er sich nach dem BetrG ergibt. Dabei ist nach der Schwere der Behinderung zu unterscheiden.

Dauernd Geschäftsunfähige sind gem. §§ 1673 I, 1675 ex lege an der Ausübung der elterlichen Sorge gehindert - letztere "ruht". Entweder erstarkt dann die elterliche Sorge der Ehegatten zur Alleinsorge (§ 1678 I) oder es ist ein Vormund zu bestellen (§ 1773). Nach Wegfall der Entmündigung kommen hier nur Fälle der "natürlichen Geschäftsunfähigkeit" i.S.d. § 104 Ziff. 2 in Betracht - es muß also eine dauerhafte, die freie Willensbestimmung ausschließende krankhafte Störung der Geistestätigkeit vorliegen.

Sind solche Störungen nur vorübergehender Natur, ruht die elterliche Sorge nicht, es kann nur während der Störung nicht wirksam rechtsgeschäftlich gehandelt werden (§ 105 II). Bei dringendem Handlungsbedürfnis zugunsten des Kindes kann das Vormundschaftsgericht nach § 1693 Maßnahmen vorläufiger Art treffen; liegt darüber hinaus eine Kindesgefährdung vor, sind Eingriffe nach §§ 1666, 1666a möglich.

Bei geistigen Behinderungen unterhalb der Geschäftsunfähigkeitsgrenze ist entsprechend zu differenzieren: Bei dauernder Behinderung ruht die elterliche Sorge wie bei Geschäftsunfähigen, wenn das Vormundschaftsgericht feststellt, daß der oder die Sorgeberechtigten dadurch tatsächlich an der Wahrnehmung der Elternfunktion gehindert sind, §§ 1674 I, 1675. Unabhängig hiervon können Maßnahmen nach §§ 1666, 1666a ergriffen werden, soweit sie zur Abwehr einer Kindesgefährdung notwendig sind⁶²).

Bei vorübergehender Behinderung kommen bei Kindesgefährdungen wiederum Maßnahmen nach §§ 1666, 1666a in Betracht; ohne Gefährdung kann das Vormundschaftsgericht nach § 1693 einschreiten, wenn die Eltern an der Sorgeausübung praktisch gehindert sind.

Betreuungsrechtlich bleibt zu bemerken: (1) Die Bestellung eines Betreuers berührt grundsätzlich nicht die sorgerechtliche Kompetenz des Betreuten. Auch ein Einwilligungsvorbehalt ist hierzu nicht geeignet - § 1903 betrifft schon konzeptionell nicht elterliche Rechte und Pflichten des Betreuten. Er führt auch nicht automatisch zur Geschäftsunfähigkeit des Betroffenen i.S.d. § 104 Nr. 2, § 1673 I wird also nicht automatisch ausgelöst.

(2) "Einwilligungsunfähigkeit" i.S.d. §§ 1904, 1905 kann nicht schlicht gleichgesetzt werden mit "natürlicher Geschäftsunfähigkeit" im oben bezeichneten Sinn. Der tatsächliche Anwendungsbereich beider Begriffe deckt sich nur teilweise - Geschäftsunfähige werden regelmäßig, aber nicht stets einwilligungsunfähig sein (lucida intervalla!), während konkret Einwilligungsunfähige keineswegs umfassende Störungen der in § 104 Nr. 2 bezeichneten Art aufweisen müssen. Wenn dies der Fall ist, nimmt ihnen schon das Gesetz die Kinder (§§ 1673 I, 1675, 1773 - die Indikation des § 1905 I 2 liegt also stets vor). Ist dies nicht der Fall, kann Trennung von Eltern und Kindern nach §§ 1674/1675, 1666/1666a, 1748 drohen.

Geschäftsfähige, aber einwilligungsunfähige Betreute sind also die hauptsächliche Zielgruppe des § 1905 I 2. Kindesverlust nach den vorgenannten Vorschriften droht zwar auch einwilligungsfähigen Behinderten - hier ist es aber deren selbstverantwortlicher Entscheidung anheimgegeben, ob sie dieses Risiko auf sich nehmen oder durch Sterilisation abwenden wollen.

2. Grundkonzept staatlichen Kindesschutzes gem. §§ 1666, 1666a

§§ 1666, 1666a etablieren ein Rechtsschutzsystem für Kinder, das situationsbedingt vom allgemein-zivilrechtlichen Rechtsschutz für Individuen wesentlich abweicht. Vorrangig ist Kindeserziehung und Kinderschutz den Eltern überantwortet (Art. 6 II 1 GG), nur subsidiär tritt die staatliche Schutzfunktion ein

(Art. 6 II 2 GG), wenn die Eltern es zu einer Kindesgefährdung haben kommen lassen und auch nicht bereit oder in der Lage sind, diese abzuwenden (§ 1666 I 1). Objektiver Ausfall der elterlichen Schutzfunktion ("Versagen") genügt insoweit, subjektive Vorwerfbarkeit wird jedenfalls nach der Sorgerechtsreform von 1980 nicht mehr gefordert. Diese Regelung ist im Hinblick auf die Grundrechte des Kindes und seinen effektiven Schutz verfassungsrechtlich zulässig⁶³), wie das BVerfG gerade mit Blick auf geistig behinderte Eltern festgestellt hat⁶⁴).

Das Kind steht also im Mittelpunkt staatlichen Interventionsansatzes, die Wahrung seines gefährdeten Wohles legitimiert, leitet und begrenzt vormundschaftsgerichtliche Maßnahmen. Warum, auf welchem Gebiet und in welcher Form die Eltern versagen, ist für den grundsätzlichen, verfassungsrechtlichen Anspruch des Kindes auf staatlichen Schutz unerheblich⁶⁵). Eine Gefährdung des Kindes wird nicht schon durch unzweckmäßige oder ungeschickte Verhaltensweisen der Eltern ausgelöst - Natur und Recht weisen das Kind primär seinen leiblichen Eltern zu. Deren persönliche, soziale und ökonomische Lebenssituation ist vom Kind grundsätzlich als schicksalhaft hinzunehmen, bessere Verhältnisse bei anderen Personen, die potentiell als Eltern bereitstünden, reichen für einen vormundschaftsgerichtlichen Eingriff nicht aus. Erst bei essentieller Gefährdung der Entwicklungschancen des Kindes fordern seine Grundrechte staatliches Einschreiten⁶⁶). Gerade bei Eltern, die aufgrund ihrer geistigen oder psychischen Konstitution nicht in der Lage sind, ihren Elternpflichten zu genügen, ist der Staat jedoch gehalten,

vor einer Trennung von Eltern und Kind alle erreichbaren öffentlichen und privaten Unterstützungsmöglichkeiten auszuschöpfen, mit deren Hilfe der Familienverband aufrechterhalten werden könnte (§ 1666a I). Etwasige Kosten sind dabei kein legitimer Gesichtspunkt⁶⁷). Unterbleibt der gebotene Versuch, die Familie zu stützen und zu fördern, verstoßen vormundschaftsgerichtliche Eingriffe gegen Art. 6 GG⁶⁸).

IV. Die realen Eltern-Chancen Behinderter

Welche Chancen haben bei dieser Rechtslage behinderte Eltern, ihr Kind persönlich betreuen und aufziehen zu können? Eine generelle Prognose in dem Sinne, daß über das Eingreifen der Indikation nach § 1905 I 2 vorab und allgemeingültig entschieden werden könnte, ist schon deshalb nicht möglich, weil ohne Anschauung einer konkreten Familie über die Voraussetzungen des § 1666 gar nicht geurteilt werden kann. Außerdem sind die Leistungsfähigkeiten auch bei Behinderten individuell höchst unterschiedlich, Klassifizierungen verbieten sich. Es kann also nur um Tendenzen und Wahrscheinlichkeiten gehen.

Dabei ist festzuhalten, daß das BVerfG einem routinemäßigen staatlichen Zugriff auf Behindertenkinder, wie er in der Praxis wohl verbreitet war (häufig schon pränatal), deutliche Grenzen gesetzt hat. Zum grundsätzlich hinzunehmenden Schicksal des Kindes gehört es auch, behinderte Eltern zu haben. Auch sie können dem Kind "Nestwärme" geben, die professioneller Kindesversorgung überlegen ist; intellektuelle Defizite können durch Dritthilfe ausgeglichen werden⁶⁹). Festzuhalten

ist weiterhin, daß die nach § 1666a gebotenen "öffentlichen Hilfen" bei behinderten Eltern bislang bei weitem nicht ausgeschöpft worden sind⁷⁰). Zum einen fehlt bislang das ausführende Instrumentarium zur Programmnorm des § 1666a⁷¹), und zum zweiten fehlte bis zur Entscheidung des BVerfG wohl auch das Problembewußtsein oder der gute Wille bei Jugendämtern und Gerichten.

Andererseits muß gefragt werden, inwieweit von den "öffentlichen Hilfen" realistischerweise Hilfe für behinderte Eltern erwartet werden kann. Der der Entscheidung des BVerfG von 1982 zugrunde liegende Fall zeigt, daß hier unübersteigbare Grenzen gesetzt sind - schon im August 1983 mußte das Kind gem. § 1666 den Eltern endgültig genommen werden⁷²). U.U. bleibt den Eltern nicht einmal ein Umgangsrecht in solchen Fällen⁷³). Erfahrungen aus den USA bestätigen einen eher pessimistischen Erwartungshorizont. Dort wird (wenngleich regional unterschiedlich) auf gesellschaftlicher und öffentlicher Ebene seit längerem wesentlich mehr für Behinderte getan als herkömmlicherweise bei uns, und dennoch müssen den Eltern, wie ein Blick allein in die jüngere Rechtsprechung zeigt, trotz massiver Unterstützungsleistungen verschiedenster Art die Kinder dann häufig doch genommen werden⁷⁴).

Bei Beurteilung der Elternchancen von Behinderten sind nicht nur die individuellen Leistungsgrenzen der Eltern im allgemeinen in Betracht zu ziehen. Hinzu kommen, worauf schon Bruder hingewiesen hat, die Belastungen aus der Kindesbetreuung, die schon für gesunde Eltern groß, für Behinderte aber nicht nur zu

groß sein, sondern auch ihre eigene weitere Entwicklung beeinträchtigen können⁷⁵). Dies gilt in besonderem Maße, wenn auch das Kind behindert sein sollte⁷⁶). Auch kann man offenbar nicht schlicht trennen zwischen intellektuellem und emotionalem Bereich und davon ausgehen, daß behinderte Eltern jedenfalls im zweiten Bereich die Bedürfnisse des Kindes voll erfüllen können⁷⁷). Die allgemeine Aussage wiederum vom Bruder, daß auch der Aufbau emotionaler Bindung, die Entwicklung von Liebe und Zuneigung Leistungen im kognitiven Bereich voraussetzen⁷⁸), ist nicht nur zu ergänzen durch die Feststellung, daß speziell Kindeserziehung viel Wissen von den Entwicklungsbedingungen eines Kindes erfordert⁷⁹). Vielmehr ergibt sich aus den vormundschaftsgerichtlich entschiedenen Sachverhalten mit überraschender Deutlichkeit, daß die Eltern gerade auch im emotionalen Bereich versagt hatten⁸⁰).

Was die Gefahr vormundschaftsgerichtlicher Eingriffe betrifft, ist schließlich nochmals hervorzuheben, daß im Mittelpunkt des § 1666 das Kind steht. Ist es gefährdet, so ist um seiner selbst willen staatlicher Schutz geboten - mit dem Eingriff verbundenes elterliches Leid hat dabei außer acht zu bleiben⁸¹). Ist das Kind geboren, ist es für Elternschutz zu spät. Das gilt auch für eine bislang unausgelotete Problematik, die durch den wohlgemeinten § 1666a noch wesentlich verschärft wird: Früher um des Elternrechts, heute um der Rettung der Familie willen wird viel versucht, um die Trennung des Kindes von den Eltern zu vermeiden. So zweifelsfrei dieser Ansatz geboten ist - wer schützt die Kinder davor, zu Experimentierobjekten zu werden? Es kann kaum als effektiver Kinderschutz oder

als schicksalsgewollt hingestellt werden, wenn die Kinder nach jahrelangen vergeblichen Unterstützungsleistungen zwar schließlich aus der Familie herausgenommen werden, in diesem Zeitpunkt aber - ausweislich der berichteten Sachverhalte - bereits in ihrer Entwicklung schwer und teils irreversibel gestört sind⁸²⁾.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß die Chancen Behinderter auf gelebte Elternschaft wohl nicht sehr groß sind, wobei beachtet werden muß, daß § 1905 I 2 nur für einwilligungsunfähige, also schwererwiegend Behinderte gilt.

Könnten ihre Chancen verbessert werden durch eine, wie man erwogen hat, "Lockerung" des § 1666 für behinderte Eltern, d.h. also durch eine Erhöhung der staatlichen Eingriffsschwelle? Diese Frage ist klar zu verneinen, ein Sonder- Sorgerecht für Behinderte kann es nicht geben. Mit der Geburt eines Kindes erfahren die Behinderten einen Rollenwechsel: Bisher durften sie als Kinder ihrer Eltern und auch als behinderte Volljährige den weitgehenden Vorrang ihrer individuellen Interessen verlangen - jetzt sind sie selbst Eltern und müssen sich insoweit dem Primat des Kindeswohls beugen, Elternschutz und -förderung auf Kosten der Kindesinteressen verfehlt die Grundlegitimation elterlicher Sorgezuständigkeit⁸³⁾ und wäre verfassungswidrig.

V. Rechtfertigung des § 1905 I 2 und Folgerungen

Laufen einwilligungsunwillige Eltern demnach erhebliche Gefahr, ihr Kind abgeben zu müssen, so bleibt

nach der Rechtfertigung für eine vorbeugende Sterilisation zu fragen. Bereits hingewiesen wurde auf den Aspekt, daß Schwanger- und Mutterschaft ohne die Möglichkeit der Kindesbetreuung zu einem rein biologischen Mechanismus herabgewürdigt würde⁸⁴⁾ - was bei der Leihmutter mißbilligt wird⁸⁵⁾, muß auch hier gelten.

Auch sollte gesehen werden, daß in solchen Fällen das Gewicht des sterilisierenden Eingriffs von vornherein reduziert ist: "Fortpflanzungsfähigkeit" meint nach allgemeinem Verständnis vor allem die Chance, "Kinder zu haben"⁸⁶⁾ - nicht nur "zu bekommen". Diese Chance wird der Behinderten nicht eigentlich durch die Sterilisation genommen, sie ist ihr schon zuvor durch die Natur und rechtliche Kindeschutzprinzipien verschlossen worden. Die Sterilisation beseitigt nur noch die biologische Reproduktionsfähigkeit⁸⁷⁾.

Schließlich gewinnt § 1905 I 2 aber auch noch eine Rechtfertigung aus den Kindesinteressen. Es kann zwar nicht Sache des Rechts sein zu entscheiden, ob es sinnvoll und wünschenswert wäre, geboren zu werden⁸⁸⁾. Diese Feststellung des BGH betraf aber schon gezeugtes menschliches Leben, sie besagt nichts über die Legitimität von Versuchen, das Hineingeborenwerden in schwierige, erfahrungsgemäß mit erheblichen Kindeschädigungen verbundene Umstände durch Zeugungsverhinderung zu vermeiden⁸⁹⁾.

Dies hat m.E. nichts mit dem negativ besetzten Begriff der Eugenik zu tun. Wenn man schon glaubt, Leihmutterschaft und moderne Befruchtungstechniken verbieten zu müssen (und damit die Erzeugung und Geburt von Kindern

gesunder Mütter für "Wunscheltern") mit dem Hinweis auf die "Würde des Kindes", obwohl das Kind nichts schlimmeres erwartet als das Schicksal eines Adoptivkindes⁹⁰⁾, so müßte zumindest auch hier entsprechend argumentiert werden dürfen. Will man das Kind aber durch schon pränatal vorbereitete Wegnahme schonen⁹¹⁾, gewinnt die Herabwürdigung der Mutter zur "Gebärmachine" besonderes Gewicht.

Im Ergebnis also hält § 1905 I 2 eine grundsätzlich richtige Regelung bereit. Allerdings sollte auf ihre Anbindung an das "seelische Leid" der Mutter verzichtet werden - nicht nur im Hinblick auf die Situation ihres Partners⁹²⁾. Frauenwürde und Kindesinteresse rechtfertigen die Indikation zur Genüge, wenn objektiv die Umplazierung des Kindes zu Dritten mit großer Wahrscheinlichkeit zu erwarten wäre.

D. R e s ü m e e

Eine zusammenfassende Gesamtbewertung der Sterilisationsregelung im BetrG muß zu dem Schluß kommen, daß mit § 1905 ein grundsätzlich vertretbarer Ansatz gewählt worden ist. In Einzelheiten bedarf es aber noch mancher zusätzlicher Überlegungen, und im grundsätzlichen erscheinen mir zwei Korrekturen ganz unverzichtbar. Erstens muß das weichenstellende Tatbestandsmerkmal der Einwilligungsfähigkeit materiell- oder verfahrensrechtlich so ausgestaltet werden, daß es seine Selektivfunktion in der Praxis zuverlässig und sachgerecht erfüllen kann.

Zweitens ist das Schutzgefälle zwischen der Sterilisation einerseits, sonstigen schwerwiegenden Eingriffen andererseits (§ 1904) so groß, daß ein Wertungswiderspruch droht. Begrüßenswert ist zwar die inzwischen erreichte Abkopplung der Sterilisationsfrage von der strafgesetzlichen Regelung des Schwangerschaftsabbruchs: Trotz gewisser Gemeinsamkeiten und faktischer Zusammenhänge besteht in beiden Fällen doch ein grundlegend verschiedenes Abwägungsfeld. Bei der Sterilisation steht dauernde Unfruchtbarkeit gegen körperliche und seelische Beeinträchtigung durch zu erwartende Schwangerschaft (einschl. Konsequenzen wie Abtreibung, Kindesverlust, Freiheitsbeschränkungen); beim Schwangerschaftsabbruch stehen nach Auffassung des BVerfG gegeneinander Persönlichkeitsrecht der Schwangeren und Lebensrecht des nasciturus. Schwangerschaftsabbruch ist also mit Tötung menschlichen Lebens verbunden - auch dies ein endgültiger Eingriff, nur gewichtiger noch als die Unfruchtbarkeit und in der Person nicht der Frau, sondern des Kindes, eines "Dritten" im Rechtssinne. Der Schwangerschaftsabbruch kann deshalb jedenfalls nicht leichter in die Waagschale gebotenen Rechtsschutzes fallen als die Sterilisation⁹³).

Die Diskrepanz zwischen §§ 1904 und 1905 kann in zweierlei Richtung abgebaut werden. Entweder man setzt bei der Sterilisation gleiches Vertrauen in den allgemeinen Betreuer der Behinderten wie beim Schwangerschaftsabbruch, streicht also § 1905 und beläßt es bei der in § 1904 vorgesehenen Sicherung durch vormundschaftsgerichtliche Genehmigung. Oder man verstärkt den Schutz im Rahmen des § 1904 zumindest bei Schwangerschaftsunterbrechungen und kommt so zu einer gewissen Harmonisierung mit § 1905.

Als ganz verfehlt erweist sich im Lichte dieser Überlegungen der kürzliche Vorschlag des Bundesrats, § 1904 ersatzlos wegfallen zu lassen⁹⁴). Die vom Bundesrat hierfür vorgebrachten Argumente trafen gleichermaßen die Vorschrift des § 1905. Im übrigen wirkte bei Streichung des § 1904 die Sterilisationsregelung des § 1905 als "erratischer Block" im System des BetrG, als überraschender und überzogener Schutzansatz, erklärlich nicht als Ausdruck rationaler Rechtspolitik, sondern emotionaler Befangenheit.

Und in diesem Zusammenhang ein letztes Wort: § 1905 ist in seiner Häufung materieller und formeller Sicherungen wohlgemeint, gerade wir als Deutsche könnten uns mit dieser Vorschrift in der Welt sehen lassen. Ab einem bestimmten Grad von Restriktivität geraten aber Gewissensschutz und Behindertenschutz miteinander in Konflikt - wer sich auf letzteren konzentriert, muß die Handhabbarkeit und auch innere Annahme der Regelung durch die Praxis im Auge behalten. Andererseits würde die Praxis, wie bisher und voraussichtlich bei einem totalen Verbot der Sterilisation⁹⁵), ihre eigenen Wege gehen - die rechtliche Grauzone bliebe bestehen. Eine Überprüfung des Entwurfs auch unter diesem Gesichtspunkt wäre zu begrüßen.

Anmerkungen:

*) Paragraphenzitate ohne Gesetzesangabe beziehen sich im folgenden auf das BGB in der Fassung des Betreuungsgesetzes.

Abgekürzt zitiert werden **Holzauer**, Empfiehlt es sich, das Entmündigungsrecht, das Recht der Vormundschaft und der Pflegschaft über Erwachsene sowie das Unterbringungsrecht neu zu ordnen?, Gutachten B zum 57. DJT (1988), S. B 11 ff.; **Bruder**, Gutachten C zum 57. DJT (1988), S. C 5 ff.; **Neuer-Miebach/Krebs** (Hrsg.), Schwangerschaftsverhütung bei Menschen mit geistiger Behinderung - notwendig, möglich, erlaubt? Große Schriftenreihe Bd. 18, Bundesvereinigung Lebenshilfe (1988) (zitiert: **Bearbeiter**, in: Schwangerschaftsverhütung S. ...); **Bundesvereinigung Lebenshilfe**, Positionspapier zur Frage der Schwangerschaftsverhütung bei Menschen mit geistiger Behinderung, 2. Aufl. 9/1988 (zitiert: **Positionspapier**); **Bundesvereinigung Lebenshilfe**, Stellungnahme zur Sterilisation einwilligungsunfähiger Menschen; § 1905 des Diskussions-Teilentwurfs eines Betreuungsgesetzes (zitiert: **Stellungnahme Lebenshilfe**); **Bundesvereinigung Lebenshilfe**, Stellungnahme zu den Änderungsanträgen der Bundesratsausschüsse für den Regierungsentwurf eines Betreuungsgesetzes (zitiert: **Stellungnahme Änderungsanträge**); **Bundesminister der Justiz** (Hrsg.) Diskussions-Teilentwurf: Gesetz über die Betreuung Volljähriger (1987) (zitiert: **Diskussions- Teilentwurf**).

1) BGHSt 20, 81 ff.

2)BGHZ 67, 48 ff.; zur grundsätzlich abweichenden Position insbes. der Katholischen Kirche vgl. deren Stellungnahme vom 15.12.1988 (unveröffentlicht) S. 14.

3)Heidenreich, in: Schwangerschaftsverhütung 118 ff., 120 f.

4)So für **allgemeine** medizinische Eingriffe auch die Begründung des Entwurfs zum BtG, BR-Dr. 59/89 vom 01.02.1989, S. 460; für die Sterilisation Positions-Papier S. 23; Stellungnahme Lebenshilfe S. 7 f., 16, 18 f., 25

5)Vgl. BVerfGE 52, 369 ff.; BAGE 31, 67, 72; Gitter, FS Müller (1981) 161 ff.; Gamillschweg, Arbeitsrecht I, 7. Aufl. 1987, S. 379 f. m.w.N.

6)D. Schwab, in: Schwangerschaftsverhütung S. 146 f.; vgl. BR-Dr. 59/89 S. 460 zu allgemeinen ärztlichen Eingriffen.

7)Zur Fremdbestimmung durch gesetzliches Sterilisationsverbot schon D. Schwab aaO.

8)D. Schwab aaO., S. 145.

9) BVerfG 10, 302 ff., 324, zur Unterbringung des Mündels durch den Vormund.

10) AaO. 325 f.

11) Vgl. Schröder, in: Schwangerschaftsverhütung S. 82 ff., 95.

12) BGHZ 67, 48, 53.

13) BGHZ 29, 33, 36; BGH NJW 1964, 1177; NJW 1972, 335, 337; OLG Celle MDR 1960, 136; OLG Hamm FamRZ 1983, 310; OLG München, NJW 1958, 633.

14) Anders D. Schwab, in: Schwangerschaftsverhütung S. 138. Die Rechtsprechung hat sich zunächst mit letzterer Qualifikation gerechtfertigt, nimmt sie aber - nach Konsolidierung ihrer Auffassung - neudeutend selbst nicht mehr so genau, vgl. BGH NJW 1980, 1903, BGHZ 90, 96, 101; BayObLG FamRZ 1987, 87, 89. Zur abweichenden Literaturlauffassung Gernhuber § 49 VI 4; Kohte, AcP 185 (1985) 105, 112 ff. m.w.N.

15) Vgl. Gernhuber aaO., S. 725.

16) Zur entsprechenden Annäherung der Rechtslage bei Einwilligungen Minderjähriger und Behinderter außerhalb des BtG-E vgl. Kothe aaO. S. 151.

17) Diskussions-Teilentwurf S. 3, 67

18) BR-Dr. 59/89 S. 227, 241, 460; ebenso Stellungnahme der Katholischen Kirche (Fn. 2) S. 10; zweifelnd offenbar Stellungnahme Änderungsanträge S. 3

19) BGHZ 29, 33, 36f.

20) BGH NJW 1972, 335, 337; BayObLG FamRZ 1987, 87, 89

21) BGH NJW 1964, 1177, 1178; OLG Hamm FamRZ 1983, 310, 311; BayObLG Z 85, 53, 56; OLG München NJW 1958, 633f.; LG München FamRZ 1979, 850, 851; RGRK/Krüger-Nieland, § 106 Rz. 11; Boehmer, MDR 1959, 383; MDR 1959, 705, 707; Lenckner, ZStW 72 (1960) 446, 463; Trockel, NJW 1972, 1493, 1495f.; Lüderitz, AcP 178 (1978) 263, 278f.; speziell für geistig Behinderte OLG Celle MDR 1960, 136, 137.

22) Zenz, StAZ 1973, 257, 259f.; MünchKomm/Gitter, vor § 104 Rz. 89; Soergel/Hefermehl, § 107 Rz. 19; D. Schwab, in: Schwangerschaftsverhütung S. 139-142

23) Möglich bleibt auch im Einzelfall Nichtigkeit seiner Willenserklärung ge. § 105 II - ohne Auswirkungen auf seine grundsätzliche Handlungsfähigkeit

24) BR-Dr. 59/89 S. 230

25) Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit ist ein "schwerer Dauerschaden" i.S.d. § 1904, vgl. § 224 StGB und BR-Dr. 59/89, S. 462

26) Wichtig der Hinweis Holzhausers (B 87), daß nicht nur die Eingriffsfolgen, sondern auch die Konsequenzen eines Nichteingriffs mit einbezogen werden müssen.

27) Stellungnahme Katholische Kirche (Fn. 2) S. 4; Stellungnahme des Bundesrats v. 10.3.1989, BR-Dr. 59/89 S. 25, für die "Dauerhaftigkeit" der Einwilligungsunfähigkeit

28) Zur Diskussion vgl. Zenz, Kindeswohl und Selbstbestimmung, in Kühn/Tourneau, Familienrechtsreform - Chance einer besseren Wirklichkeit? (1978) S. 169 ff., 171-177; Massfeller/Böhmer/Coester, Das gesamte Familienrecht Bd. I, § 1626 Rz. 38-41 m.w.N.

29) BR-Dr. 59/89 S. 227-230

30) Vgl. oben bei Fn. 11; Positions-Papier S. 36; Stellungnahme Lebenshilfe S. 46; Bruder C 17 (C 38-40 zum "Willen" grundsätzlich); Dörner, in: Schwangerschaftsverhütung S. 50; Schröder, in: Schwangerschaftsverhütung S. 95; Stellungnahme der EKD (ohne Datum) S. 5 (zur Unterbringung)

31) Zu dieser Gefahr bei totalem Verbot der Einwilligungsunfähigen vgl. Stellungnahme Lebenshilfe S. 46

32) Positions-Papier S. 12/13

33) Holzhauer B 82

34) D. Schwab, in: Schwangerschaftsverhütung S. 139-142

35) Br-Dr. 59/89 S. 180; Ausnahme nur § 1903

36) Schwab selbst lehnt es aaO. S. 140 ab, die Entscheidungen grundsätzlich Mündiger vormundschaftgerichtlicher Kontrolle zu unterwerfen; vgl. auch Lenckner, Einwilligung in Schwangerschaftsabbruch und Sterilisation, in: Eser/Hirsch, Sterilisation und Schwangerschaftsabbruch (1980) 173ff., 188.

37) Nicht nur in Zweifelsfällen, so aber Positions-Papier S. 14, 37, 38 - die Initiative darf nicht beim Betreuer oder Arzt liegen.

38) Zu warnen wären die Gerichte allerdings vor der bei Schwangerschaftsabbrüchen Minderjähriger deutlich werdenden Tendenz, bei unterschiedlichen Richtigkeitsauffassungen von Gericht und Betroffener auf "mangelnde Reife" letzterer zu schließen, vgl. AG Celle, NJW 1989, 2307, 2308; AG Helmstedt ZfJ 1987, 85f.; LG Köln, FamRZ 1987, 207

39) BGHZ 29, 46, 51; in kritischem Sinne auch D. Schwab, in: Schwangerschaftsverhütung S. 141

40) Schünemann, VersR 1981, 306, 307

41) BGH NJW 1985, 671 (Deutsch) = JZ 1985, 331 (Giesen); NJW 1985, 2752; vgl. auch BGH JZ 1986, 140, 143 (Vermutung der richtigen Beurteilung); krit. Kluth, NJW 1986, 2348 ff.; Stürner, Jura 1987, 75, 80

42) Bundesärztekammer, Zulässigkeit einer Sterilisation geistig Behinderter aus eugenischer und sozialer Indikation, Deutsches Ärzteblatt 1987, B-1979

43) D. Schwab, in: Schwangerschaftsverhütung S. 147

44) BR-Dr. 59/89, S. 245

45) Vgl. Holzauer B 83

46) Vgl. den Antrag des Landes Rheinland-Pfalz, der "Zielgerichtetheit" der Ablehnung verlangte, Antrag zur Sitzung des Bundesrats am 10.3.1989 S. 3, 5; dazu Stellungnahme Bundesrat vom 10.3.1989 S. 25; vgl. auch Schröder, in: Schwangerschaftsverhütung S. 94

47) Dabei leuchtet mir nicht ein, daß eine Unterbringung auf unbestimmte Zeit eine mildere Alternative sein soll, so aber BR-Dr. 59/89 S. 246

48) Holzauer B 88f. (der nasciturus wäre eher ein moriturus)

49) So Forderung des Bundesrats, in: Stellungnahme vom 10.3.1989, S. 27

50) Vgl. Schönemann, VersR 1981, 306, 309; § 26 II Nds. PsychKG

51) BR-Dr. 59/89, S. 471f.

52) BR-Dr. VI/3434 S. 26

53) Stellungnahme Lebenshilfe S. 30-40

54) So noch der Diskussionsentwurf in § 1905 I Nr. 4; zur Kritik vgl. auch D. Schwab, in: Schwangerschaftsverhütung S. 141; Holzauer B 88-90

55) So auch die gesamte vorfindbare Diskussion, vgl. Positionspapier S. 24, Stellungnahme Lebenshilfe S. 39.; BR-Dr. 59/89 S. 255

56) Zur Schwangerschaftsunterbrechung schon Coester/Coester-Waltjen, ZBlJR 1976, 459 ff.; vgl. Mittenzwei, AcP 187 (1987) 247 ff. m.w.N.; zur Sterilisation de lege late BGHZ 67, 48 ff., 54f.

57) So der Entwurf zum 5. StrafRG aaO.; Stellungnahme Lebenshilfe S. 30 ff.

58) BR-Dr. 59/89 S. 258. Diese schematische Gleichstellung ist schon für sich genommen zu undurchdacht: Droht bei der Frau eine Notlage i.S.d. § 1905, so ändert die Möglichkeit ihres Partnerwechsels hieran nichts - ihre Sterilisation bleibt sinnvoll. Die Sterilisation des Mannes wegen einer drohenden Notlage seiner Partnerin verliert hingegen mit deren Wechsel seine Grundlage, bei der neuen Partnerin können die Verhältnisse ganz anders liegen. Die Sterilisation des Mannes wegen Notlage der Frau kann ernsthafterweise deshalb nur erwogen werden, wenn beide miteinander

verheiratet sind - sie bleibt aber selbst dann problematisch (Scheidung, Tod der Frau!). Auch hier wird deutlich, daß der Mann als Person (und seine potentielle künftige Partnerin) in die Überlegungen des Entwurfs nicht wirklich Eingang gefunden haben

59) Zur Vaterrolle, wie sie zunehmend auch dem gesellschaftlichen Selbstverständnis entspricht, aus entwicklungspsychologischer Sicht Fthenakis, Väter, Bd. I, II (1985); vgl. auch Lakies, ZfJ 1989, 162 ff.; auch behinderte Männer sind offenbar nicht selten engagierte Väter, vgl. die Sachverhalte in BVerfG NJW 1982, 1379; LG Berlin, FamRZ 1988, 1308

60) A.A. bei nicht behinderter Ehefrau BGHZ 67, 48, 54f

61) Dazu noch unten bei Fn. 82

62) Das Verhältnis der §§ 1666, 1666a zu §§ 1673, 1674, 1675 und 1693 ist unklar und auch nicht sinnvoll rekonstruierbar. Letztere Vorschriften sind entstanden vor dem Hintergrund eines elternrechtsbezogenen, verschuldensorientierten § 1666, sie füllten die Schutzlücke bei schuldunfähigen Eltern (vgl. OLG Stuttgart, ZBeJR 1961, 90f.; OLG Düsseldorf, FamRZ 1969, 663, 664; KG FamZR 1962, 200, 201; OLG Oldenburg NdsRpfl. 1960, 250, 251). Ihre Revision im Rahmen der Sorgerechtsreform ist versäumt worden; nach dem Inkrafttreten des BetrG passen sie vollends nicht mehr in die Landschaft eines auf maßgeschneiderte Unterstützung der Familie

und effektiven Kinderschutz ausgerichteten Interventionsansatzes. Insbes. verfehlt die pauschale Disqualifizierung der Eltern gem. §§ 1674 I, 1675 den Grundgedanken des § 1666a (damit des Art. 6 I-III GG) - sie ist legitim nur bei physischer Abwesenheit des Elternteils (Strafhaft, unbekannter Aufenthalt als typische Anwendungsfälle), nicht aber bei Anwesenheit eines geistig behinderten Elternteils (so aber allg. M.). Die neu gefaßten §§ 1666, 1666a würden ohne weiteres ausreichen, allen Situationen gerecht zu werden (zur Abgrenzung im allgemeinen vgl. BayObLG FamRZ 1981, 595, 597; MünchKomm/Hinz § 1674 Rz. 6)

63) Nach zutreffender Ansicht sogar geboten, vgl. Erichsen/Reuter, Elternrecht-Kindeswohl-Staatsgewalt (1985) S. 67f.

64) BVerfGE 60, 79 = NJW 1982, 1379

65) Die tatbestandliche Bezugnahme des § 1666 I 1 auf elterliche Verhaltensweisen hat nur illustrativen Wert; auch eine "objektive Pflichtwidrigkeit" der Eltern neben den Eingriffsvoraussetzungen "Kindesgefährdung" und "mangelnde Gefahrabwendung durch die Eltern" muß nicht konstruiert werden. Zu dieser von der h.M. dogmatisch, nicht aber im Ergebnis abweichenden Auffassung demnächst Staudinger/Coester zu § 1666

66) BVerfGE 24, 119, 145; 34, 165, 184; 60, 79, 94; NJW 1986, 3129, 3131

67) BT-Dr. 8/2788 S. 60; LG Berlin FamRZ 1988, 1308, 1312; Erichsen/Reuter aaO. S.77

68) BVerfGE 60, 79 = NJW 1982, 1379

69) BVerfGE 60, 79

70) Vorbildlich jetzt aber LG Berlin FamRZ 1988, 1308ff.

71) Grundlegend Wiesner, ZBlJR 1981, 509ff., insbesondere 517, 523f.; das künftige Jugendhilferecht soll hier Abhilfe schaffen, zum Entwurf insofern Stellungnahme Lebenshilfe vom November 1988, S.10f., 15; zur Notwendigkeit verstärkter Hilfen für Behinderte grundsätzlich Bruder C 42,44

72) AG Kassel, Beschluß vom 19.8.1983, Az.: 73 F 984/78

73) BayOLG FamRZ 1982, 958; vgl. auch BayOLG FamRZ 1981, 565-567: Entrechtung auch der kaum behinderten Mutter, die die destruktiven Einflüsse des behinderten Vaters auf die Kinder nicht abschirmen kann; s. auch die in Fn.62 zitierten Entscheidungen

74) In re Elizabeth Q., 511 N.Y.S. 2d 181 (N.Y. App. Div. 1987); In re S.A.H., 314 N.W. 2d 316 (S.D.1982);

In re S.W., 398 N.W. 2d 136 (S.D. 1986); In re Theresa S., 491 A. 2d 355 (Conn.1985); in Re David E., 496 A. 2d 229 (Conn.App.1985); In re Adoption of A.N.B., 520 A. 2d 639 (Conn.App. 1987); In re Adoption of A.N.B., 520 A. 2d 31 (Pa.Super. 1987); Interest of C.M.E., 448 A. 2d 59 (Pa. Super. 1982; Warren v. Florida, 501 So. 2d 706 (Fla. App. 1987); Thomson v.Lauderdale, 500 So. 2d 1084 (Ala.App.1986), 1087 (Ala.Supr.Ct.1986); In re Roberts, 732 P. 2d 528 (Wash.App.1987). In all diesen Fällen hätte auch ein deutsches Gericht nach § 1666 eingegriffen - eher noch früher. Die heutige US-amerikanische Rechtspraxis beruht also nicht auf einer skrupellosen Sterilisations- und Eugenik-Politik, wie sie bis zum 2. Weltkrieg in den USA verbreitet war, vgl. Buck v. Bell, 130 S.E. 516 (Va. 1925); 274 U.S. 200 (1927), dazu schon Illhardt, in: Schwangerschaftsverhütung S.61; vgl. auch S.J. Gould, Carrie Bucks Tochter, in: Goldstein u.a., Das Wohl des Kindes (1988) S.121-132

75)Bruder C. 41

76)Überwiegend sind die Kinder von Behinderten nicht behindert, vgl. BR-Dr. 59/89, S.243

77)So offenbar Hinz, NJW 1983, 377, 378f.

78)Bruder C 10f, 28

79) Kindeserziehung wird weithin immer noch als "Unge-
lerntenrolle" verstanden. Zur "Elternbildung" vgl. H.
Bertram, in: Lüscher (Hrsg.), Sozialpolitik für das
Kind (1984) S.97ff.

80) Schläge, Mißhandlungen und das Fehlen einer positi-
ven Eltern-Kind-Beziehung waren (nebst Vernachlässi-
gung) der Eingriffsgrund für das Amtsgericht Kassel
(oben Fn.72); ähnlich sieht es in den anderen
deutschen und US-amerikanischen Entscheidungen aus;
Fn. 73 und 74

81) BayOLG FamRZ 1986, 102, 103; AG Frankfurt/M. DAVorm
1982, 368, 371; FamRZ 1982, 1120, 1123

82) vgl. alle oben Fn. 72-74 zitierten Fälle. Problema-
tisch insoweit auch die Entscheidung, das Sorgerecht
trotz gegebener Eingriffsvoraussetzungen beim Eltern-
teil zu belassen, weil Psychotherapeuten die Mög-
lichkeit sehen, daß letzterer nach längerer Therapie
(2 - 2 1/2 Jahre) wieder seine Elternfunktion wahr-
nehmen kann, Interest of C.M.E. (oben Fn.74; anders
dagegen In re adoption of A.N.D. und In re Roberts,
ebd.)

83) vgl. BGH FamRZ 1976, 446, 447; BVerfG NJW 1983,
101, 102; In re Nicolina (Fn. 74) S.644

84) Positionspapier S.23

85) Nachweise bei Coester-Waltjen, Gutachten zum 56. DJT (1986) B 80 in Fn. 244. Dort ist diese Argumentation verfehlt, weil sich eine selbstbestimmungsfähige Frau zur Leihmutterschaft entschlossen hat. Hier wird Mißbrauch mit einem willensunfähigen Menschen getrieben.

86) Vgl. BGHZ 67, 48, 51

87) Auf einen grundlegenden Wertungswiderspruch ist im übrigen nur hinzuweisen: Man kann nicht einerseits "Fortpflanzungsfähigkeit" zu einem nahezu unantastbaren Persönlichkeitsgut erklären, andererseits kinderlosen Ehepaaren gegenüber aber die kühle Position einnehmen, ein Kind "sei nicht alles", sie sollten sich mit ihrer Kinderlosigkeit abfinden und auf medizinische Techniken verzichten, mit deren Hilfe sie doch Kinder bekommen könnten

88) BGH FamRZ 1983, 373, 376f. (Röteln-Fall)

89) Vgl. oben bei Fn. 82

90) Dies von Geburt an und in der Regel durch leiblichen Vater und Stiefmutter. Nachweise und Diskussion bei Coester-Waltjen aaO., B 45ff.

91) Vgl. Sachverhalte in LG Berlin, FamRZ 1988, 1308
und BVerfG NJW 1982, 1379

92) oben C.II

93) Ähnliche Gedanken klingen an bei Holzauer B 88-90;
Positionspapier S.28; vgl. auch D.Schwab, in: Schwangerschaftsverhütung S. 141

94) Stellungnahme Bundesrat vom 10.3.1989, BR-Dr.
59/89; krit. hierzu schon Lebenshilfe, Stellungnahme
Änderungsanträge

95) Vgl. oben Fn.31