

H.-L. KRÖBER ■ D. DÖLLING ■ N. LEYGRAF ■ H. SASS (Hrsg.)

---

**Handbuch der Forensischen Psychiatrie**

**Band 5 Forensische Psychiatrie im Privatrecht  
und Öffentlichem Recht**

H.-L. KRÖBER D. DÖLLING  
N. LEYGRAF H. SASS (Hrsg.)

# **Handbuch der Forensischen Psychiatrie**

**Band 5**

**Forensische Psychiatrie im Privatrecht  
und Öffentlichen Recht**

STEINKOPFF  
VERLAG

Prof. Dr. med.  
HANS-LUDWIG KRÖBER  
Institut  
für Forensische Psychiatrie  
Charité – Universitätsmedizin  
Berlin  
Campus Benjamin Franklin  
Limonenstraße 27  
12203 Berlin

Prof. Dr. med. NORBERT LEYGRAF  
Institut  
für Forensische Psychiatrie  
Rheinische Kliniken Essen  
Kliniken der Universität  
Duisburg-Essen  
Virchowstraße 174  
45174 Essen

Prof. Dr. jur. DIETER DÖLLING  
Institut für Kriminologie  
Juristische Fakultät  
Ruprecht-Karls-Universität  
Heidelberg  
Friedrich-Ebert-Anlage 6–10  
69117 Heidelberg

Prof. Dr. med. HENNING SASS  
Ärztlicher Direktor  
Universitätsklinikum Aachen  
Pauwelsstraße 30  
52074 Aachen

## ISBN 978-3-7985-1449-2 Steinkopff Verlag

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek  
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der  
Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, des Vortrags, der Entnahme von Abbildungen und Tabellen, der Funksendung, der Mikroverfilmung oder der Vervielfältigung auf anderen Wegen und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen, bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, vorbehalten. Eine Vervielfältigung dieses Werkes oder von Teilen dieses Werkes ist auch im Einzelfall nur in den Grenzen der gesetzlichen Bestimmungen des Urheberrechtsgesetzes der Bundesrepublik Deutschland vom 9. September 1965 in der jeweils geltenden Fassung zulässig. Sie ist grundsätzlich vergütungspflichtig. Zuwiderhandlungen unterliegen den Strafbestimmungen des Urheberrechtsgesetzes.

Steinkopff Verlag  
ein Unternehmen von Springer Science+Business Media

[www.steinkopff.com](http://www.steinkopff.com)

© Steinkopff Verlag 2009  
Printed in Germany

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Produkthaftung: Für Angaben über Dosierungsanweisungen und Applikationsformen kann vom Verlag keine Gewähr übernommen werden. Derartige Angaben müssen vom jeweiligen Anwender im Einzelfall anhand anderer Literaturstellen auf ihre Richtigkeit überprüft werden.

Redaktion: Dr. Maria Magdalene Nabbe Herstellung: Klemens Schwind  
Umschlaggestaltung: Erich Kirchner, Heidelberg  
Satz: K + V Fotosatz GmbH, Beerfelden

SPIN 10932186

80/7231-5 4 3 2 1 0 – Gedruckt auf säurefreiem Papier

---



# Vorwort

In der Praxis der Forensischen Psychiatrie kommt Gutachten zu Fragen des Zivilrechts und des Öffentlichen Rechts erhebliche Bedeutung zu. Die teilweise sehr komplexen Probleme erfordern Spezialwissen über die jeweilige Materie und eine enge Zusammenarbeit von Psychiatern und Juristen. Der Band 5 des Handbuchs der Forensischen Psychiatrie befasst sich mit diesen Gegenständen. Aus dem Bereich des Zivilrechts werden insbesondere behandelt: die Geschäftsfähigkeit und die Testierfähigkeit, die Einwilligungsfähigkeit, die Prozessfähigkeit und die Deliktsfähigkeit sowie Fragen des Familienrechts (z. B. Ehefähigkeit und elterliches Sorgerecht) und des Personenstandsrechts und das Betreuungsrecht. Erörtert wird auch die Stellung des psychiatrischen Sachverständigen im Zivilprozess und im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Die Beiträge zum Öffentlichen Recht befassen sich mit der öffentlich-rechtlichen Unterbringung, dem Straßenverkehrsrecht (insbesondere der Beurteilung der Fahreignung bei psychischen Störungen), dem Sozialrecht mit den Zweigen gesetzliche Krankenversicherung, Pflegeversicherung, gesetzliche Rentenversicherung, gesetzliche Unfallversicherung, Arbeitsförderung/Arbeitslosenversicherung, soziales Entschädigungsrecht, Schwerbehindertenrecht, Sozialhilfe und Kinder- und Jugendhilferecht.

Für die einzelnen Materien werden jeweils die juristischen Grundlagen sowie psychiatrische Gesichtspunkte und Begutachtungsfragen erörtert. Hierdurch soll der interdisziplinäre Dialog und das wechselseitige Verständnis von Forensischer Psychiatrie und Rechtswissenschaft gefördert werden.

August 2009

H.-L. KRÖBER, Berlin  
D. DÖLLING, Heidelberg  
N. LEYGRAF, Essen  
H. SASS, Aachen

---

# Inhaltsverzeichnis

---

## Forensische Psychiatrie im Privatrecht

---

<b>1</b>	<b>Privatrechtliche Grundlagen</b> . . . . .	<b>3</b>
	B.-R. KERN	
1.1	Geschäftsfähigkeit . . . . .	3
1.2	Testierfähigkeit . . . . .	5
1.3	Einwilligungsfähigkeit . . . . .	9
1.4	Prozessfähigkeit . . . . .	18
1.5	Deliktsfähigkeit . . . . .	20
1.6	Eherecht . . . . .	22
1.6.1	Ehefähigkeit . . . . .	22
1.6.2	Fähigkeit, eine Lebenspartnerschaft zu begründen . . . . .	23
1.6.3	Scheidungsfähigkeit . . . . .	24
1.6.4	Fähigkeit, die Aufhebung der Ehe oder der Lebenspartnerschaft zu beantragen . . .	24
1.7	<b>Sorgerecht</b> . . . . .	25
1.7.1	Grundsätzliches . . . . .	25
1.7.2	Träger des Sorgerechts . . . . .	25
1.7.3	Zeitlicher Umfang . . . . .	26
1.7.4	Umfang des Sorgerechts . . . . .	26
1.7.5	Maßstab für das Sorgerecht . . . . .	27
1.7.6	Ausüben der elterlichen Sorge . . . . .	27
1.7.7	Einschränkungen der elterlichen Sorge . . . . .	27
1.8	<b>Betreuungsrecht</b> . . . . .	27
1.8.1	Rechtliche Begründung . . . . .	27
1.8.2	Bedeutung für das Medizinrecht . . . . .	29
1.8.3	Arzt und Betreuungsbedürftiger . . . . .	30
1.8.4	Die Zuständigkeit für die Einwilligung in ärztliche Behandlungsmaßnahmen . . . . .	30

1.8.5	Vorsorgevollmacht .....	34
1.8.6	Patientenverfügung .....	35
1.8.7	Schluss .....	36
<b>1.9</b>	<b>Personenstandsrecht .....</b>	<b>36</b>
1.9.1	Personenstandsrecht im engeren Sinne .....	36
1.9.2	Transsexuellenrecht .....	38
<b>1.10</b>	<b>Die Stellung des Sachverständigen im Zivilprozess und im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit .....</b>	<b>40</b>
1.10.1	Einleitung .....	40
1.10.2	Aufbau des Gutachtens .....	40
1.10.3	Zum Gutachten .....	41
1.10.4	Schluss .....	45
	Literatur .....	46

## **2 Psychiatrische Gesichtspunkte und Begutachtungsfragen der Geschäftsfähigkeit und verwandter Themenbereiche .....**

E. HABERMEYER

<b>2.1</b>	<b>Geschäftsfähigkeit .....</b>	<b>51</b>
2.1.1	Rechtliche Grundlagen der Geschäftsfähigkeit aus psychiatrischer Sicht .....	51
2.1.2.1	Geschäftsunfähigkeit/Nichtigkeit einer Willenserklärung .....	52
2.1.1.2	Beschränkte Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen .....	53
2.1.1.3	Verhältnis Betreuung/Geschäftsfähigkeit .....	53
2.1.2	Resultierende psychiatrische Fragestellungen ...	54
2.1.2.1	Die „freie Willensbestimmung“ .....	55
2.1.2.2	Symptome, die zum Ausschluss der freien Willensbestimmung führen können ..	61
2.1.2.3	Zur Bedeutung des Begriffs der „krankhaften Störung der Geistestätigkeit“ ..	65
2.1.2.4	Zur Unterscheidung zwischen Geschäfts- unfähigkeit und Nichtigkeit einer Willenserklärung .....	66
<b>2.2</b>	<b>Testierfähigkeit .....</b>	<b>78</b>
<b>2.3</b>	<b>Prozessfähigkeit .....</b>	<b>86</b>
<b>2.4</b>	<b>Deliktsfähigkeit .....</b>	<b>87</b>
<b>2.5</b>	<b>Eherecht .....</b>	<b>88</b>
<b>2.6</b>	<b>Prüfung der Einwilligungsfähigkeit .....</b>	<b>89</b>

2.6.1	Grundsätzliches . . . . .	89
2.6.2	Praktisches Vorgehen . . . . .	91
2.6.3	Fazit . . . . .	95
2.6.4	Zusammenfassung . . . . .	96
	Literatur . . . . .	96

### **3 Psychiatrische Gesichtspunkte und Begutachtungsfragen im Familienrecht . . . . . 101**

H. REMSCHMIDT, F. MATTEJAT

3.1	Kindeswohl und Elternrecht . . . . .	101
3.2	Gefährdungen des Kindeswohls . . . . .	104
3.3	Untersuchungen im Rahmen familienrechtlicher Begutachtungen . . . . .	105
3.3.1	Untersuchung des Kindes . . . . .	105
3.3.2	Untersuchung der Eltern/Bezugspersonen . . . . .	108
3.3.3	Gemeinsame Untersuchung von Eltern und Kind . . . . .	109
3.4	Begutachtung zur Regelung des Sorgerechts . . . . .	110
3.5	Begutachtung zur Regelung des Umgangsrechts . . . . .	111
3.6	Begutachtung bei Gefährdungen des Kindeswohls gemäß § 1666 BGB . . . . .	112
3.7	Begleiteter Umgang gemäß § 1684 BGB . . . . .	113
	Literatur . . . . .	115

### **4 Psychiatrische Gesichtspunkte und Begutachtungsfragen im Betreuungsrecht . . . . . 117**

K. VON OEFELE

4.1	Personensorge als sozialpsychiatrische Aufgabe . . . . .	117
4.2	Medizinische Voraussetzungen einer Betreuung . . . . .	118
4.3	Der Sachverständige im Betreuungsverfahren . . . . .	120
4.4	Das Gutachten im Betreuungsverfahren . . . . .	121
4.5	Das ärztliche Zeugnis im Betreuungsverfahren . . . . .	124
4.6	Besondere Gesichtspunkte . . . . .	124
4.6.1	Einwilligungsvorbehalt . . . . .	124
4.6.2	Geschäftsfähigkeit . . . . .	125
4.6.3	Einwilligungsfähigkeit . . . . .	126

4.7	<b>Unterbringung</b> .....	127
4.8	<b>Besondere Bestimmungen</b> .....	129
4.9	<b>Entwicklung und Ausblick</b> .....	130
	Literatur .....	132

---

## **Forensische Psychiatrie im Öffentlichen Recht**

---

<b>5</b>	<b>Unterbringungsrecht</b> .....	137
5.1	<b>Juristische Grundlagen der öffentlich-rechtlichen Unterbringung</b> .....	137
	D. HECKMANN	
5.1.1	Überblick – Voraussetzungen der öffentlich-rechtlichen Unterbringung .....	137
5.1.1.1	Die öffentlich-rechtliche Unterbringung – Abgrenzung und Begriffsbestimmung .....	137
5.1.1.2	Der verfassungsrechtliche Rahmen – Unterbringung als Freiheitsentziehung .....	138
5.1.1.3	Der Zweck der Unterbringung – Die Abgrenzung zwischen strafrechtlicher, zivilrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Unterbringung .....	141
5.1.1.4	Leitlinien der öffentlich-rechtlichen Unterbringung .....	144
5.1.2	Das Unterbringungsverfahren .....	148
5.1.2.1	Der Verfahrensablauf .....	149
5.1.2.2	Die Verwaltungsunterbringung .....	154
5.1.2.3	Die Kosten des Verfahrens .....	155
5.1.2.4	Freiwillige Unterbringung .....	155
5.1.3	Rechtsschutz im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Unterbringung .....	155
5.1.3.1	Gerichtliche Kontrolle im Verwaltungsverfahren	155
5.1.3.2	Gerichtliche Kontrolle der Verwaltungsunterbringung .....	156
5.1.3.3	Gerichtliche Kontrolle des Vollzugs der Verwaltungsunterbringung .....	158
	Literatur .....	166



<b>5.2</b>	<b>Psychiatrische Gesichtspunkte und Begutachtungsfragen der öffentlich-rechtlichen Unterbringung</b> . . . . .	166
	N. LEYGRAF	
5.2.1	Vorbemerkungen . . . . .	166
5.2.2	Eigen- und Fremdgefährdung bei psychischen Krankheiten . . . . .	167
5.2.3	Anwendungshäufigkeit . . . . .	169
5.2.4	Verfahrensrecht . . . . .	170
5.2.5	Gutachterliche Erfordernisse . . . . .	172
	Literatur . . . . .	177
<b>6</b>	<b>Straßenverkehrsrecht</b> . . . . .	179
<b>6.1</b>	<b>Verwaltungsrechtliche Normen des Straßenverkehrsrechts</b> . . . . .	179
	H. SCHÖCH	
6.1.1	Erteilung und Entziehung der Fahrerlaubnis durch die Fahrerlaubnisbehörden . . . . .	179
6.1.2	Punktecatalog . . . . .	180
	Literatur . . . . .	181
<b>6.2</b>	<b>Die Beurteilung der Fahreignung bei psychischen Störungen</b> . . . . .	181
	M. RÖSLER	
6.2.1	Rechtliche Rahmenbedingungen . . . . .	181
6.2.2	Die Begutachtung . . . . .	183
6.2.3	Relevanz psychischer Krankheiten für die Verkehrssicherheit . . . . .	183
6.2.4	Die Fahreignung bei organischen Störungen . . . . .	184
6.2.5	Fahreignung bei psychischen Störungen und bei Verhaltensstörungen durch psychotrope Substanzen . . . . .	188
6.2.6	Die Fahreignung bei Schizophrenie, schizotypen und wahnhaften Störungen . . . . .	193
6.2.7	Die Fahreignung bei affektiven Krankheiten . . . . .	194
6.2.8	Die Fahreignung bei neurotischen, Belastungs- und somatoformen Störungen . . . . .	196
6.2.9	Fahreignung bei Persönlichkeitsstörungen . . . . .	198
6.2.10	Fahreignung bei Intelligenzminderungen . . . . .	200
6.2.11	Die Fahreignungsvoraussetzungen bei Entwicklungsstörungen . . . . .	201
6.2.12	Die Fahreignung bei der Aufmerksamkeits- defizit-Hyperaktivitäts-Störung (ADHS) . . . . .	203

6.2.13	Behandlung mit psychoaktiven Medikamenten .	204
6.2.14	Polypharmazie und Komorbidität . . . . .	212
	Literatur . . . . .	213
<b>7</b>	<b>Sozialrecht . . . . .</b>	<b>219</b>
<b>7.1</b>	<b>Grundlagen des Sozialrechts . . . . .</b>	<b>219</b>
	P. UDSCHING	
7.1.1	Einleitung . . . . .	219
7.1.2	Sozialversicherung . . . . .	220
7.1.2.1	Gesetzliche Krankenversicherung (GKV) . . . . .	221
7.1.2.2	Pflegeversicherung . . . . .	223
7.1.2.3	Gesetzliche Rentenversicherung (GRV) . . . . .	226
7.1.2.4	Gesetzliche Unfallversicherung (GUV) . . . . .	229
7.1.3	Arbeitsförderung/Arbeitslosenversicherung . . . . .	233
7.1.4	Soziales Entschädigungsrecht . . . . .	234
7.1.4.1	Allgemeine Leistungsvoraussetzungen . . . . .	234
7.1.4.2	Grundlage der Begutachtung . . . . .	236
7.1.4.3	Leistungen . . . . .	237
7.1.5	Schwerbehindertenrecht . . . . .	237
7.1.6	Sozialhilfe . . . . .	239
	Literatur . . . . .	239
<b>7.2</b>	<b>Psychiatrische Gesichtspunkte und Begutachtungsfragen im Sozialrecht . . . . .</b>	<b>240</b>
	D. SEIFERT	
7.2.1	Einleitung . . . . .	240
7.2.2	Krankenversicherung . . . . .	243
7.2.2.1	Die gesetzliche Krankenversicherung . . . . .	243
7.2.2.2	Private Krankenversicherungen . . . . .	244
7.2.3	Pflegeversicherung . . . . .	244
7.2.4	Rentenversicherung . . . . .	245
7.2.4.1	Die gesetzliche Rentenversicherung . . . . .	245
7.2.4.2	Einzelne Störungsbilder . . . . .	248
7.2.4.3	Private Berufsunfähigkeitsversicherung . . . . .	253
7.2.4.4	Dienstfähigkeit bei Beamten . . . . .	254
7.2.5	Die gesetzliche Unfallversicherung (GUV) . . . . .	255
7.2.6	Soziales Entschädigungsrecht . . . . .	261
7.2.7	Schwerbehindertenrecht . . . . .	263
7.2.8	Ausblick . . . . .	263
	Literatur . . . . .	263

<b>8</b>	<b>Kinder- und Jugendhilferecht</b> .....	267
8.1	<b>Juristische Grundlagen der Kinder- und Jugendhilfe</b> .....	267
	D. DÖLLING	
8.1.1	Überblick über das Kinder- und Jugendhilferecht	267
8.1.2	Hilfe zur Erziehung, Eingliederungshilfe für seelisch behinderte Kinder und Jugendliche und Hilfe für junge Volljährige .....	271
Literatur	.....	277
8.2	<b>Psychiatrisch-psychologische Gesichtspunkte und Begutachtungsfragen im Kinder- und Jugendhilferecht</b> .....	277
	D. WÄLTE	
8.2.1	Spezifische Begutachtungsfragen im Kinder- und Jugendhilferecht .....	277
8.2.2	Psychologische und psychiatrische Gutachten im Kinder- und Jugendhilferecht .....	281
Literatur	.....	290
	<b>Sachverzeichnis</b> .....	291

---

# Autorenverzeichnis

Prof. Dr. jur. DIETER DÖLLING  
Institut für Kriminologie  
Juristische Fakultät  
Ruprecht-Karls-Universität  
Heidelberg  
Friedrich-Ebert-Anlage 6–10  
69117 Heidelberg

Prof. Dr. med.  
ELMAR HABERMEYER  
Psychiatrische Universitätsklinik  
Zürich  
Lenggstraße 31  
8032 Zürich, Schweiz

Prof. Dr. jur. DIRK HECKMANN  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht  
Juristische Fakultät  
Universität Passau  
Gottfried-Schäffer-Straße 20  
94030 Passau

Prof. Dr. BERND-RÜDIGER KERN  
Lehrstuhl f. Bürgerliches Recht,  
Rechtsgeschichte u. Arztrecht  
Juristenfakultät,  
Universität Leipzig  
Burgstraße 27  
04109 Leipzig

Prof. Dr. med. NORBERT LEYGRAF  
Institut für  
Forensische Psychiatrie  
der Universität Duisburg-Essen  
Virchowstraße 174  
45147 Essen

Prof. Dr. FRITZ MATTEJAT  
Klinik für Kinder-  
und Jugendpsychiatrie  
Philipps-Universität Marburg  
Hans-Sachs-Straße 4  
35039 Marburg

Dr. med. KONRAD VON OEFELE  
Medizinaldirektor  
LG München I  
Nymphenburger Straße 16  
80097 München

Prof. Dr. Dr.  
HELMUT REMSCHMIDT  
Klinik für Kinder-  
und Jugendpsychiatrie  
Philipps-Universität Marburg  
Hans-Sachs-Straße 4  
35039 Marburg

Prof. Dr. med. MICHAEL RÖSLER  
Institut für  
Gerichtliche Psychologie  
und Psychiatrie  
Universitätsklinikum  
des Saarlandes  
66421 Homburg/Saar

Prof. Dr. med. DIETER SEIFERT  
Institut für  
Forensische Psychiatrie  
Rheinische Kliniken Essen  
Kliniken/Institut der Universität  
Duisburg-Essen  
Virchowstraße 174  
45174 Essen

Prof. Dr. HEINZ SCHÖCH  
Institut für die gesamten  
Strafrechtswissenschaften  
LMU München  
Prof.-Huber-Platz 2  
80539 München

Prof. Dr. PETER UDSCHING  
Vorsitzender Richter  
am Bundessozialgericht  
Graf-Bernadotte-Platz 5  
34119 Kassel

Prof. Dr. phil. DIETER WÄLTE  
Hochschule Niederrhein  
Fachbereich Sozialwesen  
Richard-Wagner-Straße 101  
41065 Mönchengladbach



# **Forensische Psychiatrie im Privatrecht**

## 1.1 Geschäftsfähigkeit

Unter Geschäftsfähigkeit ist die Fähigkeit einer Person zu verstehen, Rechtsgeschäfte wirksam selbst vornehmen zu können (Larenz u. Wolf 1997, S. 131 f.). Sie dient dazu, es dem Einzelnen zu ermöglichen, seine Lebensverhältnisse im Rahmen der Rechtsordnung freiverantwortlich zu gestalten (Privatautonomie).

Grundsätzlich sieht das Gesetz alle Menschen als geschäftsfähig an. Ausnahmen enthalten die §§ 104 bis 113 BGB mit Regelungen zur Geschäftsunfähigkeit und der beschränkten Geschäftsfähigkeit, die den Schutz der Nichtgeschäftsfähigen bezwecken.

Das Gesetz geht davon aus, dass Kinder ab Vollendung der Geburt bis zur Vollendung des siebten Lebensjahres geschäftsunfähig sind, § 104 Nr. 1 BGB, da diesen Willenskraft und Beurteilungsvermögen fehlen (Motive zum BGB, S. 129). Aber auch nach Vollendung des siebten Lebensjahres bleiben Minderjährige noch schutzbedürftig. Zwar sind sie bereits „willenskräftig“, aber sie verfügen nicht über hinreichende geschäftliche Erfahrungen und handeln noch unüberlegt (Motive zum BGB, S. 149). Deshalb bestimmt § 106 BGB, dass sie, bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres, in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sind.

Ebenfalls schutzbedürftig sind Erwachsene, die aufgrund ihres dauerhaften psychischen Zustands nicht zur freien Willensbestimmung in der Lage sind. § 104 Nr. 2 BGB erklärt diese deshalb ebenfalls für geschäftsunfähig.

Früher galt auch der Entmündigte gemäß § 104 Nr. 3 BGB aF als geschäftsunfähig. Dies hat sich durch das Betreuungsgesetz, das die Entmündigung zum 1. 1. 1992 abschaffte und die Vormundschaft und Gebrechlichkeitspflegschaft für Erwachsene durch die Betreuung ersetzte, geändert<sup>1</sup>. Damit gibt es keinen rechtsgestaltenden Staatsakt mehr, der, wie die Entmündigung, die Geschäftsfähigkeit aufhebt.

Es gibt aber auch Personen, die nur in bestimmten Lebensbereichen unfähig sind, ihren Willen frei und unbeeinflusst von einer krankhaften Störung zu bilden, während dies auf andere Lebensbereiche nicht zutrifft (sog. partielle oder gegenständliche Geschäftsunfähigkeit, Schmidt u. Böcker

<sup>1</sup> Freud, S. (1877) Über den Ursprung der hinteren Nervenwurzeln bei *Ammocoetes planeri*. Sitzungsberichte der Kaiserlichen Akademie der Wissenschaften, mathematisch-naturwissenschaftliche Classe, Band LXXV/III, 15 ff.

1993 a, S. 7; Coester-Waltjen 1998, S. 332; Müller 1998 a, S. 17). Eine partielle Geschäftsunfähigkeit (bzw. Prozessunfähigkeit) kann nach der Rechtsprechung zum Beispiel bei Querulantenwahn für die Prozessführung (BVerwGE 30, 25) nur betreffend der Angelegenheiten der Ehe und des Scheidungsrechtsstreits (BGHZ 18, 186) oder für den Inhaber eines Einzelhandelsgeschäfts hinsichtlich der Erledigung seiner Steuerangelegenheiten (BayObLGZ 1965, 65 f.) gegeben sein.

Von dieser allgemein anerkannten partiellen Geschäftsunfähigkeit ist die relative Geschäftsunfähigkeit zu unterscheiden. Diese bezieht sich auf die Erledigung unterschiedlich schwieriger Rechtsangelegenheiten. Ihre Anerkennung hätte zur Folge, dass eine Person für besonders schwierige wirtschaftliche Entscheidungen geschäftsunfähig, für einfachere jedoch geschäftsfähig wäre (BayObLG NJW 1989, 1679). Überwiegend wird diese Form der Geschäftsunfähigkeit zu Unrecht mit der Begründung abgelehnt (BGH NJW 1961, 261; 1970, 1680; BayObLG NJW 1989, 1678; Hefermehl 2000, § 104 Rn 7; Schmitt 2001, § 104 Rn 18), „dass jede klare Abgrenzung unmöglich wäre, weil die Entscheidung über die Gültigkeit einer Erklärung oft davon abhängig ist, welches Maß von Schwierigkeiten dem einzelnen Geschäft beigemessen und welches Maß von Einsicht dem Erklärenden zugebilligt werden kann“ (BGH NJW 1953, 1342). Es bestünde die Gefahr, dass sich jeder darauf berufen könnte, dass seine geistigen Fähigkeiten gerade für das für ihn nachteilige Geschäft nicht ausgereicht hätten (Diederichsen 2000, S. 571). Rechtsunsicherheit wäre die Folge.

Diese streng ablehnende Haltung lässt sich mit dem geltenden Betreuungsrecht nicht mehr vereinbaren, denn in § 1901 Abs. 2 BGB heißt es, dass „zum Wohl des Betreuten ... auch die Möglichkeit [gehöre], im Rahmen seiner Fähigkeiten sein Leben nach seinen eigenen Wünschen und Vorstellungen zu gestalten“. Sind bei einem geschäftsunfähigen Betreuten die Fähigkeiten gegeben, einfachere Geschäfte abzuschließen (z. B. Alltagsgeschäfte von geringem Umfang), so kann er diese demnach wirksam tätigen. § 1903 Abs. 3 S. 2 BGB weist dem Gericht die Kompetenz zu, auch die Wirksamkeit von Willenserklärungen über geringfügige Angelegenheiten des täglichen Lebens von der Einwilligung des Betreuers abhängig zu machen, wenn dafür ein Bedürfnis besteht. Daraus ergibt sich im Umkehrschluss, dass das Rechtsgeschäft ohne Anordnung wirksam ist. Daraus ergibt sich in unmittelbarer Konsequenz die Einführung der relativen Geschäftsunfähigkeit durch den Gesetzgeber (Pawlowski 2003, S. 69). Dafür spricht auch der, allerdings überflüssige, § 105 a BGB. Im Ergebnis bedeutet das, dass jeder Volljährige, der ein Alltagsgeschäft tatsächlich abschließen kann, insoweit auch geschäftsfähig ist.

Die Folge der Geschäftsunfähigkeit ist grundsätzlich die Nichtigkeit der abgegebenen Willenserklärung gemäß § 105 Abs. 1 BGB, mit der sich nun aber aus § 105 a BGB ergebende Einschränkung für Alltagsgeschäfte. Liegt nur partielle Geschäftsunfähigkeit vor, ist allein die in diesen Lebensbereich fallende Willenserklärung nichtig (Müller 1998 a, S. 25; Schmidt u. Böcker 1993, S. 7).



Für den geschäftsunfähigen Volljährigen enthält § 105 a BGB eine überflüssige (Pawlowski 2003, S. 66 ff.) Sonderregelung. Er bestimmt, dass ein Vertrag über ein Geschäft des täglichen Lebens, das mit geringwertigen Mitteln bewirkt wird, in Ansehung der Leistung und Gegenleistung wirksam abgeschlossen ist, sobald Leistung und Gegenleistung bewirkt sind – wenn das Geschäft nicht mit einer erheblichen Gefahr für die Person oder das Vermögen des Geschäftsunfähigen verbunden ist. Dieser Regelungsinhalt ergibt sich allerdings bereits aus § 1903 Abs. 3 S. 2 BGB.

Für beschränkt Geschäftsfähige ordnet § 106 BGB die Anwendung der §§ 107 bis 113 BGB an. Danach sind Willenserklärungen, die nicht nur einen rechtlichen Vorteil gewähren, grundsätzlich nur mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters wirksam. Einer solchen bedarf es nur im Fall des § 110 BGB nicht, wenn der Minderjährige die vertragsmäßige Leistung mit Mitteln bewirkt, die ihm zu diesem Zweck oder freier Verfügung von dem Vertreter oder mit dessen Zustimmung von einem Dritten überlassen worden sind („Taschengeldparagraf“). Die §§ 112 BGB und 113 BGB heben die Beschränkung sogar ganz auf, wenn der Minderjährige Willenserklärungen abgibt, die zum selbstständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts gehören oder in Ausübung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses erklärt werden.

Die Anordnung der Betreuung hat keine direkten Auswirkungen auf die Geschäftsfähigkeit des Betreuten. Liegen bei ihm die Voraussetzungen des § 104 Nr. 2 BGB nicht vor, bleibt der Betreute grundsätzlich geschäftsfähig. Die Betreuung erfolgt dann lediglich, weil er seine Angelegenheiten wegen einer Behinderung nicht mehr in vollem Umfang erledigen kann (Schmidt u. Böcker 1993 a, S. 6).

Besteht hingegen eine natürliche Geschäftsunfähigkeit, so kann für ihn nur sein Betreuer als gesetzlicher Vertreter handeln. Allerdings kann auch er nur im Rahmen seines Aufgabenkreises tätig werden (§ 1902 BGB), da ihm nur insofern Vertretungsmacht zukommt.

Gemäß § 1903 BGB kann das Vormundschaftsgericht einen Einwilligungsvorbehalt anordnen. Der Betreute wird dadurch weitgehend einem beschränkt Geschäftsfähigen gleichgestellt, d.h. er bedarf, damit eine von ihm abgegebene Willenserklärung, die in den Aufgabenkreis des Betreuers fällt, wirksam wird, dessen Einwilligung. Das gilt allerdings gemäß § 1903 Abs. 2 BGB nicht für höchstpersönliche Rechtsgeschäfte (Kern 2006 a). Die rechtsgeschäftliche Handlungsfähigkeit des Betreuten wird also eingeschränkt, aber nicht so sehr beschnitten wie dies die früher geltende konstitutive Feststellung der Geschäftsunfähigkeit durch Entmündigung getan hat.

## 1.2 Testierfähigkeit

Bei der Testierfähigkeit handelt es sich um eine besondere Form der Geschäftsfähigkeit. Um ein wirksames Testament errichten, ändern und aufheben zu können, bedarf es der Testierfähigkeit (Hagena 2004, § 2229 Rn 2). Die Testierfähigkeit deckt sich insoweit mit der Geschäftsfähigkeit,

als jeder Geschäftsfähige auch testierfähig ist (Brox u. Walker 2007, S. 65). Darüber hinaus gibt es die Besonderheit, dass auch Minderjährige ab Vollendung des sechzehnten Lebensjahres testierfähig sind (§ 2229 Abs. 1 BGB). Allerdings kann der Minderjährige nur ein öffentliches, notarielles (§ 2233 Abs. 1 BGB), kein eigenhändiges (§ 2247 Abs. 4 BGB) Testament errichten.

Für das gemeinschaftliche Testament gelten keine Besonderheiten. Einen Erbvertrag als Erblasser hingegen kann grundsätzlich nur ein voll Geschäftsfähiger schließen (§ 2275 Abs. 1 BGB). Als Ausnahme kann ein minderjähriger Ehegatte (§ 1303 Abs. 2 BGB) als Erblasser einen Erbvertrag mit seinem Ehegatten schließen (§ 2275 Abs. 2 BGB). Entsprechendes gilt für Verlobte und Lebenspartner (§ 2275 Abs. 3 BGB).

Bei Fehlen der Testierfähigkeit kann kein Testament errichtet werden. Das Testament muss vom Erblasser persönlich abgefasst sein (§ 2064 BGB); jede Form von Stellvertretung (Eltern, Betreuer, gewillkürter Vertreter) ist unzulässig.

Wird ein Testament im Zustand der Testierunfähigkeit errichtet, so ist es nichtig (§ 2229 Abs. 4 BGB). Folge der Nichtigkeit ist, dass ein früher errichtetes Testament wirksam bleibt oder anstelle der gewillkürten Erbfolge die gesetzliche Erbfolge eintritt.

An der Testierfähigkeit fehlt es, wenn der Testator wegen krankhafter Störung der Geistestätigkeit, wegen Geistesschwäche oder wegen Bewusstseinsstörung nicht in der Lage ist, die Bedeutung einer von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln (§ 2229 Abs. 4 BGB). Der Gesetzgeber hat mit dieser Vorschrift die Freiheit der Willensentschließung auch für die Testierfähigkeit vorausgesetzt.

Eine bloß partielle Testierunfähigkeit gibt es im Gegensatz zur partiellen Geschäftsunfähigkeit nicht (BayOLG NJW 1992, 248). Denn die Fähigkeit zu testieren kann für ein Testament nur in vollem Umfang entweder gegeben oder ausgeschlossen sein. Wirken sich krankhafte Störungen nur in einzelnen Lebensbereichen aus, kann die Testierfähigkeit bei der Testamentserrichtung nur ganz, nicht aber nur teilweise fehlen (BayOLG NJW 1992, 248).

Ein Erblasser ist so lange als testierfähig anzusehen, bis seine Testierunfähigkeit bewiesen ist (KG NJW 2001, 903). Trotz dieser Beweislastregelung gewinnt die Frage, ob der Erblasser zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung noch testierfähig war, zunehmend an Bedeutung.

Grund dafür ist insbesondere die demografische Entwicklung in der Bundesrepublik. So wuchs die Quote der über 65-Jährigen von 9,4% (1950) auf 16,6% (2000) an (Statistisches Bundesamt 2005). Im Jahr 2050 wird jeder Dritte 60 Jahre oder älter sein (Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend 2002). Aber vor allem die Zahl der über 80-Jährigen steigt überproportional und mit fortschreitendem Alter nehmen die Fälle der Altersdemenz erheblich zu (Stoppe u. Lichtenwimmer 2005, S. 808; Wetterling et al. 1995, S. 46). So leiden 1,4% der 65- bis 69-Jährigen, aber 30% der über 90-Jährigen an demenziellen Erkrankungen (Stoppe u. Lichtenwimmer 2005, S. 808).

Zudem ist auch, wegen der sich derzeit abzeichnenden ökonomischen sowie gesellschaftlichen Dynamik, mit einer Zunahme von Auseinandersetzungen um Testamente wohlhabender Erblasser zu rechnen (ebd., S. 806; Müller 1998b, S. 219).

Immer öfter wird sich daher die Frage stellen, ob der Erblasser zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung testierfähig war. Im Erbscheinverfahren wird die Testierfähigkeit von Amts wegen geprüft (§ 2358 Abs. 1 BGB, § 26 FamFG), wenn sich Anhaltspunkte für die Testierunfähigkeit ergeben. Erst zu diesem Zeitpunkt, also posthum, wird über das Vorliegen der Testierfähigkeit entschieden. Das ergibt sich aus der Rechtswirkung des Testamentes, die erst mit dem Eintritt des Erbfalls einsetzt. Deshalb ist auch eine prospektive oder konstitutive Feststellung der Testierunfähigkeit zu Lebzeiten nicht möglich.

Ob Testierunfähigkeit vorliegt, wird nach der Rechtsprechung in einem zweistufigen Beurteilungsverfahren festgestellt. Zunächst wird geprüft, ob eine psychische Störung gegeben ist. Diese Prüfung ist auf der nosologischen Ebene vorzunehmen (Krankheit, Diagnose). Die Ursache der Störung ist unerheblich. Ausreichend ist eine irgendwie geartete psychische Störung, die grundsätzlich zum Ausschluss der freien Willensbestimmung führen kann. Auch die Dauer der Störung ist unerheblich. Entscheidend ist der Zustand im Zeitpunkt der Testamentserrichtung. Deshalb schließen Geistesschwäche, selbst Geisteskrankheit, die wirksame Testamentserrichtung dann nicht aus, wenn der Testierende in einem „lichten Moment“ testiert hat (BGHZ 30, 294; Hagena 2004, § 2229 Rn 26; Brox u. Walker 2007, S. 66; Eidenhofer 2007, § 2229 Rn 10), oder die Testierunfähigkeit erst nach Testamentserrichtung eingetreten ist (Eidenhofer 2007, § 2229 Rn 1).

In einem zweiten Schritt sind die Auswirkungen dieser Störung auf die Freiheit der Willensbestimmung zu untersuchen (psychopathologische Ebene), denn nicht jede Geisteskrankheit führt zur Testierunfähigkeit (Wetterling et al. 1995, S. 46). Ausschlaggebend ist die Freiheit des Willensentchlusses, nicht so sehr die Fähigkeit des Verstandes. Der Erblasser muss die Fähigkeit zu kritischer Distanz gegenüber eigenen Vorstellungen und Emotionen und etwaigen Einflüssen Dritter haben. Er muss die entscheidungserheblichen Gesichtspunkte erkennen und gewichten sowie in Beziehung zueinander und zu seiner eigenen Lebenserfahrung setzen können. Er muss auch in der Lage sein, eventuelle eigene Defizite und seine eigene Hilfsbedürftigkeit zu erkennen und zu beurteilen (Kloster-Harz 2005, S. 172). Dabei kommt es nicht darauf an, dass ein Dritter die jeweils getroffene Entscheidung im Testament nachvollziehen kann oder vernünftig findet. Von einer „objektiv unvernünftigen“ Testamentsausgestaltung darf nicht auf die Testierunfähigkeit rückgeschlossen werden. Die Testierfreiheit beinhaltet auch „das Recht auf unvernünftige Entscheidungen“.

Bei der Beurteilung der Testierfähigkeit hat sich der Richter aus dem Gesamtverhalten ein Bild von der Persönlichkeit des Erblassers zu machen (Mayer 2003, § 2229 Rn 33). Dazu bedarf es umfangreicher Ermittlungen (Schmidt 1993, § 2229 Rn 9), die mit besonderer Sorgfalt zu führen sind.

Wenngleich die Frage letztlich allein auf der Basis des Gutachtens eines Facharztes, nämlich eines Neurologen (Baumann 2003, § 2229 Rn 48), entschieden werden kann, hat der Richter die Vorgeschichte (OLG Frankfurt/M. FamRZ 1997, 1306), die äußeren Umstände und die Wahrnehmungen von Personen, die mit dem Erblasser zusammengetroffen sind, einzubeziehen. Erst dann kann ein endgültiges Urteil über die Testierfähigkeit des Verstorbenen ergehen.

Um trotzdem bereits zu Lebzeiten des Erblassers eventuelle Zweifel hinsichtlich der Testierfähigkeit auszuräumen, werden in der Praxis mitunter Privatgutachten angefertigt. Ein solches Gutachten setzt genaue Kenntnis der Krankheitsgeschichte des Erblassers voraus. Eine zeitnahe Untersuchung ist unabdingbar. Eine nur kurze Untersuchung – etwa des Hausarztes – ist unzureichend und hält gegebenenfalls einer posthumen Sachverständigenüberprüfung nicht stand (ebd., S. 171 ff.). Es wird deshalb empfohlen, einen Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie oder einen Nervenarzt mit der Erstellung des Gutachtens zu beauftragen (ebd., S. 171). Dieser sollte über Erfahrungen in zivilrechtlichen Begutachtungen verfügen, nicht nur über strafrechtliche Gutachtererfahrung, weil hier unterschiedliche Kriterien zu berücksichtigen sind (ebd., S. 171).

Des Weiteren wird für Personen mit einem erhöhten Risiko oder bei einem gezielten Verdacht vorgeschlagen, ein so genanntes Screeningverfahren zur Feststellung der Testierfähigkeit in die notarielle Praxis zu integrieren. Dabei muss der Erblasser bestimmte Untertests, zum Beispiel den Mini-Mental-Status-Test (MMSE) oder den Uhrenzeichentest lösen, um daran seine Testierfähigkeit zu erweisen (Stoppe u. Lichtenwimmer 2005, S. 809). Dadurch soll der Notar besser in die Lage versetzt werden, Aussagen zur Testierfähigkeit des Erblassers treffen zu können.

Das Vorliegen eines Privatgutachtens oder Screeningtests schließt aber keineswegs aus, dass das Gericht posthum eine andere Entscheidung fällt. Erst dann wird die letzte Entscheidung über die Wirksamkeit eines Testaments und die Testierfähigkeit gefällt.

Höchst strittig ist, inwieweit Ärzte und nichtärztliches Personal als Zeugen für das Vorliegen der Testierfähigkeit in Betracht kommen. Insofern ist § 203 Abs. 4 StGB zu beachten, der den Geheimnisschutz auch auf die Zeit nach dem Tode des Betroffenen erstreckt. Einerseits wird vertreten, dass weder Erben noch nahe Angehörige den Arzt von der Schweigepflicht entbinden können (Lenckner 2006, § 203 Rn 25; Kern 2006a, S. 206), andererseits wird das mit einer letztlich identischen Begründung bejaht (OLG Naumburg NJW 2005, 2018, 2019); ein Patient, der ein Testament errichtet, wünsche, dass Zweifel an seiner Testierfähigkeit zerstreut werden (Kern 2002, S. 911). Im Ergebnis dürfen Ärzte und Schwestern nicht als Zeugen über die Testierfähigkeit gehört werden, es sei denn, dass der Verstorbene sie ausdrücklich von der Schweigepflicht befreit hat (Kern 2006a, S. 206).

Erhöhte Zweifel an der Testierfähigkeit ergeben sich bei Nottestamenten, insbesondere, wenn sie in Kliniken aufgesetzt wurden. Insofern empfehlen

sich entsprechende Eintragungen der Ärzte und des nichtärztlichen Personals in die Krankenunterlagen (Kern 2002, S. 910, 911).

Eine Person, die das sechzehnte Lebensjahr vollendet hat, ist testierfähig, wenn sie im Stande ist, den Inhalt ihres Testaments von sich aus zu bestimmen und auszudrücken. Sie muss also in der Lage sein, sich ein klares Urteil über die Tragweite ihrer Anordnungen zu bilden. Dies gilt auch für die Auswirkungen, die ihre Anordnungen auf die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Betroffenen haben (Eichenhofer 2007, § 2229 Rn 1). Die Gründe, die für und gegen ihre sittliche Berechtigung hinsichtlich der Erbeinsetzung sprechen, müssen dem Erblasser klar sein (Hagena 2004, § 2229 Rn 2). Bei diesem Urteil muss er frei von Einflüssen etwaiger Dritter handeln können (BGH NJW 1959, 1822; BayObLG NJW-RR 1998, 870; Eichenhofer 2007, § 2229 Rn 1). Bei dem entsprechenden eigenen Entschluss kann der Erblasser durchaus die Anregungen Dritter aufnehmen (BayObLG FamRZ 1990, 318). Maßgeblich ist, dass es sich bei der Erbeinsetzung um seine eigene Entscheidung handelt. Eine eigene Entscheidung liegt nicht vor, wenn eine der in § 2229 Abs. 4 BGB aufgezählten Fallgruppen der Testierunfähigkeit vorliegt. Es fehlt dem Erblasser dann an der Freiheit der Willensentschließung.

Die Tatsache allein, dass eine Betreuung nach den BGB vorliegt, hat keine rechtlichen Auswirkungen auf die Testierfähigkeit des Betreuten (Eichenhofer 2007, § 2229 Rn 5). Selbst die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts hat nicht die Testierunfähigkeit zur Folge. Das ergibt sich aus § 1903 Abs. 2, 2. Alt. BGB, der anordnet, dass sich ein Einwilligungsvorbehalt nicht auf Verfügungen von Todes wegen erstreckt. Die Testierunfähigkeit muss also auch bei Bestehen eines Betreuungsverhältnisses erst positiv festgestellt und darf nicht unterstellt werden. Bis zum Beweis des Gegenteils ist also von der Testierfähigkeit auszugehen.

### 1.3 Einwilligungsfähigkeit

Die Einwilligung (umfassend dazu Voll 1996) wird nicht als rechtsgeschäftliche Willenserklärung angesehen, sondern als Gestattung oder Ermächtigung zur Vornahme tatsächlicher Handlungen (BGHZ 29, 36). Die zur wirksamen Einwilligung erforderliche Einwilligungsfähigkeit (s. für eine moderne Definition Amelung 1995 a, S. 26 u. 1995 b, S. 11) fällt nicht mit der bürgerlich-rechtlichen Geschäftsfähigkeit (BGHZ 29, 36) oder strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit zusammen (BGHSt 4, 88, 90 f; Weitnauer 1961, S. 3). Sie bedeutet vielmehr die durch den Arzt in jedem Einzelfalle zu prüfende geistige und sittliche Reife und Fähigkeit, die Tragweite des ärztlichen Eingriffs für Körper, Beruf und Lebensglück sowie seiner Gestattung zu ermessen und danach selbstverantwortliche Entschlüsse zu fassen (BGHZ 29, 36; Laufs 1993, S. 113). Umgekehrt betrachtet liegt dann ein Ausschluss der freien Willensbestimmung vor, „wenn jemand nicht instan-

de ist, seinen Willen frei und unbeeinflusst von einer vorliegenden Geistesstörung zu bilden und nach zutreffend gewonnenen Einsichten zu handeln“ (BGH NJW 1996, 918, 919). Dem Urteil liegt zwar die Frage der Geschäftsfähigkeit zu Grunde, die Aussage lässt sich aber auf die Einwilligung in ärztliche Maßnahmen übertragen.

Reife und Fertigkeit sind nicht generell festzustellen, sondern auf den Zeitpunkt der Einwilligung bezogen und im Hinblick auf den anstehenden Eingriff. So kann die Urteilskraft bei einem Angetrunkenen oder unter sonstigem Drogeneinfluss Stehenden fehlen, auch wenn er im Übrigen geschäftsfähig und einwilligungsfähig ist (BGHSt 4, 88, 90 f.; Weitnauer 1961, S. 3).

Das Vorliegen der Einwilligungsfähigkeit hat der Arzt zu beurteilen. Es empfiehlt sich – jedenfalls in Zweifelsfällen – die Dokumentation seiner Entscheidung und deren Gründe in der Krankenakte (so auch Ukena 1992, S. 203). Maßgeblich sind der konkrete Zeitpunkt der Einwilligung und die konkrete Behandlungsmaßnahme. Ob die betroffene Person als einwilligungsfähig anzusehen ist, wird also nicht an einem absoluten Maßstab gemessen, sondern richtet sich nach Art und Ausmaß der jeweiligen ärztlichen Maßnahme und den vorhersehbaren Konsequenzen. Der gleiche Patient kann bei leicht verständlichen Maßnahmen ausreichend einwilligungsfähig sein, bei anderen nicht. „Je komplexer und risikoreicher die Behandlung, desto höher sind die Anforderungen an die Einwilligungsfähigkeit zu stellen.“ (Damrau 1994, § 1904 Rn 2) „So mag Einwilligungsfähigkeit beispielsweise bezüglich der Behandlung durch den Zahnarzt vorliegen, demgegenüber für eine Nierensteinoperation zu verneinen sein“ (ebd.).

■ **Beispiel.** Die Ehefrau eines an krankhaftem Eifersuchtswahn leidenden Mannes beantragte die Pflegschaft (heute: Betreuung) für ihren Mann, weil er in eine Heilbehandlung nicht einwilligen wollte. Hinsichtlich seiner Krankheit und deren Behandlung war der Patient partiell nicht einwilligungsfähig (KG FamRZ 1976, 54). Es kennzeichnet den Eifersuchtswahn, dass „die Persönlichkeit im übrigen erhalten ist, so daß die sonstigen Angelegenheiten, die nicht mit dem Wahn zusammenhängen, besorgt werden können“ (Brandt 1976, S. 377). Bei Eifersuchtswahn ist die Betreuerbestellung generell erforderlich, weil der Kranke partiell nicht einwilligungsfähig ist (Brandt u. Göppinger 1976, S. 377 f.). Anders entschied allerdings das KG (FamRZ 1976, 54), weil es den Umfang der Pflegschaft (Betreuung) falsch auslegte.

Die Einwilligungsfähigkeit kann auch bei Patienten fehlen, die unter einem erheblichen Einfluss schmerzstillender Substanzen stehen (OLG Frankfurt/M. VersR 1984, 289, 290; Nedopil 1990, S. 493) oder die unter starken Schmerzen leiden (OLG Frankfurt/M. VersR 1984, 289, 290). Schwierig zu beantworten ist dabei die Frage, welchen Grad die Schmerzen erreichen müssen, um vom Fehlen der Einwilligungsfähigkeit auszugehen. Allgemeine Aussagen, denen zufolge der „von Schmerz geplagte, der angstvolle, der hoffnungslose Patient ... sich in der Regel nicht von vernünftigen, durch

rationale Erwägungen gewonnenen Erkenntnissen leiten“ lässt (Nedopil 1990, S. 493), helfen nicht weiter. Vielmehr fehlt die Einwilligungsfähigkeit nur bei einem Kranken, „der so unter Schmerzen steht, dass er völlig auf diese fixiert ist, schwerstens unter ihnen leidet und gegenüber Umweltreizen in erheblichem Maße in der Aufnahmefähigkeit eingeschränkt erscheint“ (OLG Frankfurt/M. VersR 1984, 289, 290). Das gilt häufig auch für Frauen während der Geburt (BGH MedR 1993, 388, 389).

Faustregeln, wie etwa – „Im Zweifel für die Einwilligungsfähigkeit“ – sind nicht anwendbar (Ukena 1992, S. 203). Andererseits dürfen aber auch keine übertriebenen Anforderungen an den Arzt gestellt werden. Spricht aus der Sicht des Arztes nichts für ein Fehlen der Einwilligungsfähigkeit, so kann er ohne weitere Untersuchung davon ausgehen, dass sie vorliegt. Erweist sich später das Gegenteil als richtig, so belastet das den Arzt haftungs- oder strafrechtlich nicht. Eine aus ärztlicher Sicht unvernünftige Behandlungsverweigerung kann ein Indiz für die fehlende Einsichtsfähigkeit sein, muss es aber nicht (ebd., S. 203 Anm. 13).

An der Einwilligungsfähigkeit kann es bei psychisch Kranken fehlen. Nicht alle psychisch Kranken sind aber zugleich einwilligungsunfähig. Bei manchen psychischen Krankheiten vermag der Patient durchaus vor einem anstehenden Heileingriff einen eigenen Willensentschluss zu fassen und wirksam einzuwilligen. Ob ein psychisch Kranker in diesem Sinne einwilligungsfähig ist, kann in der Regel nur der Arzt feststellen. Auch hier empfehlen sich (in Zweifelsfällen) die Dokumentation der ärztlichen Entscheidung und deren Gründe in der Krankenakte (ebd., S. 203). Der Richter wird diese Frage nicht ohne ärztliches Zeugnis oder Gutachten entscheiden können (BGHZ 29, 46, 51).

■ **Beispiele.** Ein Patient litt an involutivendogenen Depressionszuständen und wurde daher in eine Nervenklinik eingewiesen. Der Arzt nahm eine Elektroschockbehandlung vor (OLG Bremen VersR 1954, 63; so auch OLG Frankfurt/M. VersR 1954, 180; BGH NJW 1956, 1106; ähnlich: BGH NJW 1966, 1855). Der Depressionszustand beeinträchtigte weder die Urteilsfähigkeit des Patienten, noch schloss er dessen freie Willensentschließung aus (BGHZ 29, 46, 51). Das gilt auch für die Entscheidung des OLG Frankfurt/M. VersR 1954, 180, in der das Gericht so entschieden von der Einwilligungsfähigkeit der Patientin ausging, dass es dazu nicht Stellung genommen hat. Daher oblag dem Arzt die Pflicht, den Patienten aufzuklären. Die Aufklärungspflicht entfiel nicht wegen der depressiven Anlage des Patienten (in mehreren der entschiedenen Fälle fehlte die Aufklärung ganz: BGH NJW 1956, 1106, 1107; BGH NJW 1966, 1855, 1856).

In einem weiteren Fall handelte es sich ebenfalls um eine Elektroschockbehandlung (BGHZ 29, 46). Der Patient war chronischer Alkoholiker, dessen geistige Fähigkeiten fortschreitend verfielen. Nach erfolgloser Alkoholentziehungskur kam er in die Nervenklinik. Weil eine medikamentöse Behandlung nicht nachhaltig wirkte, entschlossen sich die Ärzte zur Elektroschocktherapie. Eine Ärztin besprach das Vorhaben mit den Geschwistern

und der Ehefrau des Patienten, die zustimmte. Nach fünf komplikationslos verlaufenen einzelnen Schockbehandlungen erlitt der Patient in der sechsten einen komplizierten Oberschenkelhalsbruch. Auch in diesem Fall ging das Gericht von der Einwilligungsfähigkeit des Kranken aus (BGHZ 29, 46, 50). Hätte sie nicht vorgelegen, hätte die Information und Einwilligung der Angehörigen nicht ausgereicht, sondern die Ärzte hätten einen Betreuer (bzw. zum Zeitpunkt des Urteils BGHZ 29, 46, 51 f. einen Pfleger) bestellen lassen müssen.

In einem dritten Fall (BGH VersR 1961, 632) ließ der BGH die Frage der Einwilligungsfähigkeit unbeantwortet, weil er die Sache an die Vorinstanz zurückverwies. Ein Gesundheitsamt hatte beim Amtsgericht die Unterbringung der Patientin als gemeingefährliche Geisteskrankte beantragt, das Amtsgericht die vorläufige Unterbringung für eine Woche angeordnet. Die Patientin war sogleich in die Heilanstalt eingeliefert worden. Obwohl eine Entscheidung über die endgültige Unterbringung in der Folgezeit nicht erging, wurde die Kranke nach Ablauf der Wochenfrist nicht entlassen. Nach insgesamt zwölf Tagen Aufenthalt in der Heilanstalt unterschrieb sie einen Vordruck, in dem sie sich mit einem weiteren Aufenthalt in der Anstalt zur Behandlung oder Pflege einverstanden erklärte. Nach weiteren 24 Tagen kehrte sie von einem Tagesausflug nicht mehr in die Heilanstalt zurück. Obwohl die Patientin zum Zeitpunkt der Unterschrift geisteskrank und geschäftsunfähig war (BGH VersR 1961, 632), hielt der BGH es für möglich, dass die Patientin „nach ihrem psychischen Zustand in der Lage gewesen sei, eine solche Erklärung abzugeben“. Die Vorinstanz sollte feststellen, „ob die Belehrungen und Unterrichtungen durch die Bediensteten der Anstalt so vollständig waren, dass trotz des Zustandes der Kranken ein wirkliches Einverständnis, also eine echte Wahl zwischen mehreren erkannten Möglichkeiten, vorlag“ (BGH VersR 1961, 632, 633).

Ist ein psychisch Kranker fähig, in seine Heilbehandlung einzuwilligen, so hat der Arzt ihn, keinesfalls seine Angehörigen, aufzuklären. Die Aufklärung muss dem Krankheitsbild angepasst sein.

Besondere Probleme ergeben sich bei der Behandlung Minderjähriger. Sie sind bis zum Alter von sieben Jahren geschäftsunfähig (§ 104 Nr. 1 BGB) und bis zum Alter von 18 Jahren beschränkt geschäftsfähig (§ 106 iVm § 2 BGB). Da es bei der Einwilligung um die Disposition über ein höchstpersönliches Rechtsgut geht, hängt die Einwilligungsbefugnis aber gerade nicht von der Geschäftsfähigkeit ab, sondern entscheidend von der natürlichen Einsichts- und Entschlussfähigkeit. Seit der Entscheidung des BGH im 29. Band (BGHZ 29, 33) gilt die Einwilligung in Heileingriffe nicht (mehr) als Willenserklärung im Sinne von § 104 ff. BGB, sondern als „Gestattung oder Ermächtigung zur Vornahme tatsächlicher Handlungen“ (so auch Brandt u. Göppinger 1976, S. 377 f.). Demzufolge kommt es nicht auf die Geschäftsfähigkeit an, sondern darauf, ob der Patient „nach seiner geistigen und sittlichen Reife die Bedeutung und Tragweite des Eingriffes und seiner Gestattung zu ermessen vermag“ (BGHZ 29, 33, 36).



Bei diesem Urteil handelte es sich auf den ersten Blick lediglich um die Entscheidung eines in zweifacher Hinsicht extremen Einzelfalls. Zum einen stand der Minderjährige kurz vor der Vollendung des Volljährigkeitsalters, zum anderen waren seine Eltern faktisch nicht erreichbar. Ein kurz vor Vollendung des 21. Lebensjahres stehender Patient willigte in eine Schilddrüsenoperation ein. Die Einwilligung der Eltern holte der Arzt auf Wunsch des Patienten nicht ein, weil sie in der sowjetisch besetzten Zone lebten. Denn die dortigen Behörden sollten – im Interesse der Eltern – von der Flucht des Patienten in den Westen nichts erfahren. Der BGH ließ bei dieser Sachlage die Einwilligung des Minderjährigen ausreichen (so zuvor auch schon das OLG München, NJW 1958, 633, für einen knapp 19-Jährigen. Leider fehlt jeder Hinweis auf den Sachverhalt). Dabei entwickelte er die soeben genannten Grundsätze. Das elterliche Personensorgerecht stehe der Einwilligung dann nicht entgegen, wenn „die Einholung der elterlichen Zustimmung undurchführbar ist und der Minderjährige unmittelbar vor der Vollendung des 21. Lebensjahres steht“ (BGHZ 29, 33, 37). Auf der Grundlage dieser Entscheidung entwickelte sich eine umfangreiche Rechtsprechung. Auch die Literatur nahm sich dieses Themas immer wieder an.

Das bedeutet keinesfalls, dass schon alle Probleme gelöst sind. Vielmehr ergeben sich neben den bereits erörterten praktischen Schwierigkeiten, wie der Feststellung der Einwilligungsfähigkeit im Einzelfall, weitere Fragen, z. B. die, ob es Altersgrenzen gibt und ob ein einwilligungsfähiger Minderjähriger alleine einwilligen darf oder ob zu seiner Einwilligung noch die seiner Personensorgeberechtigten (Eltern) hinzukommen muss (vgl. dazu AG Medizinrecht 2003, S. 1111).

Für die Einsichtsfähigkeit lässt sich keine feste Altersgrenze nennen (Eberbach 1986, S. 15; Lesch 1989, S. 2310; Belling 1990, S. 75). Generell lässt sich sagen, dass der Arzt bei Minderjährigen unter 14 Jahren grundsätzlich die Einwilligung der Personensorgeberechtigten, in der Regel die der Eltern, einholen soll. Problematisch erscheint die Altersstufe vom vollendeten 14. bis zum vollendeten 18. Lebensjahr. In der rechtspolitischen Diskussion um die Herabsetzung des Volljährigkeitsalters stand ein eigener Paragraph über die Einwilligung in Heileingriffe zur Diskussion: „Die Einwilligung in eine Heilbehandlung kann, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist, das Kind nach Vollendung des 14. Lebensjahres selbst erteilen, wenn es fähig ist, Grund und Bedeutung der Heilbehandlung einzusehen und seinen Willen hiernach zu bestimmen; die Befugnis der Eltern, in eine Heilbehandlung des Kindes einzuwilligen, bleibt unberührt“ (Entwurf eines § 1626 a BGB: vgl. Uhlenbruck 1976, S. 307; Belling 1990, S. 74).

Der Entwurf wurde zwar nicht Gesetz, sein erster Satzteil beschreibt indessen den heute geltenden Rechtszustand; der zweite Satzteil ist umstritten (vgl. dazu unten, S. 14 f.): Je stärker sich der Minderjährige der Volljährigkeit nähert, desto eher kann von einer Einwilligungsfähigkeit ausgegangen werden. Entscheidend ist, wie der Arzt die Persönlichkeit des Jugendlichen im Hinblick auf den geplanten Eingriff beurteilt. Um rechtswirksam einwilligen zu können, muss der Minderjährige über die Fähigkeit

- zur Erkenntnis von Tatsachen und Kausalverläufen,
- zur Bewertung des geplanten Eingriffs und
- zur Steuerung nach seinen Einsichten (vgl. dazu detailliert Belling u. Eberl 1994, S. 294) verfügen.

Erhebliches Gewicht kommt dabei Art, Umfang und Risiken des geplanten Eingriffs zu. Der einsichtsfähige Minderjährige wird normalerweise in geringfügige, banale Eingriffe (Zahnbehandlungen, diagnostische Blutentnahmen, Behandlungen von Erkältungskrankheiten oder das Entfernen veriteter Nägel) selbst einwilligen können (BGH VersR 1972, 153, 155; Eser 1979, S. 213). Ein 17-Jähriger, der in einen geringfügigen Eingriff einwilligen kann, ist aber nicht auch unbedingt befähigt, rechtswirksam in eine schwere, lang andauernde, risikoreiche Behandlung einzuwilligen, die von erheblichem Einfluss auf sein weiteres Leben ist (vgl. dazu Uhlenbruck 1976; Belling u. Eberl 1994, S. 295).

Einen Eindruck von der Einsichtsfähigkeit kann der Arzt während des Aufklärungsgespräches mit dem Minderjährigen gewinnen (Belling 1990, S. 75). In der Literatur wird ein vormundschaftsgerichtliches Verfahren (analog § 1628 BGB) vorgeschlagen, in dem festgestellt werden soll, ob den Eltern oder dem Minderjährigen die Entscheidungskompetenz zusteht (Belling u. Eberl 1994, S. 295). Ein derartiges Verfahren dürfte in der ärztlichen Praxis zu zeitaufwändig und demzufolge unpraktikabel sein.

Schwierigkeiten ergeben sich, wenn der Arzt Zweifel an der Einwilligungsfähigkeit des Minderjährigen hat. Sind die Eltern leicht erreichbar oder sogar anwesend, so soll der Arzt sie mit dem Einverständnis des Minderjährigen informieren und ihre Zustimmung einholen (vgl. zur Schweigepflichtproblematik im Verhältnis Minderjährige-Eltern-Arzt, Jäger 1988, S. 150; AG Medizinrecht 2003, S. 1112f.). Ansonsten hat er eine Entscheidung über das Vorliegen der Einwilligungsfähigkeit zu treffen, die stark von den genannten Einzelheiten des Falles (Alter, Art und Dringlichkeit der Erkrankung usw.) geprägt ist. Wenn der Arzt die Einwilligungsfähigkeit des Minderjährigen trotz Bemühens verkennt und deswegen nur das Einverständnis der Eltern einholt, wird ihm dies nicht zu rechtlichem Nachteil gereichen (BGH NJW 1971, 1887).

Von besonderer Problematik ist in diesem Zusammenhang die Frage, ob der Arzt neben der Einwilligung des einwilligungsfähigen Minderjährigen auch noch die der Personensorgeberechtigten benötigt. In seiner Leitentscheidung aus dem Jahre 1958 hat der BGH die Frage offen gelassen (BGHZ 29, 33, 37), weil im konkreten Fall das Einholen der elterlichen Zustimmung tatsächlich unmöglich war. Inzwischen ist die entscheidende Norm des § 1626 BGB neu gefasst worden. Nunmehr haben die Eltern von Gesetzes wegen „die wachsende Fähigkeit und das wachsende Bedürfnis des Kindes zu selbständigem verantwortungsbewusstem Handeln“ zu berücksichtigen (§ 1626 Abs. 2 BGB). Aufgrund dieser Gesetzeslage ist unter Berücksichtigung der Höchstpersönlichkeit der Einwilligung in ärztliche Behandlungsmaßnahmen und der Schweigepflicht davon auszugehen, dass

die Einwilligung eines einwilligungsfähigen Minderjährigen allein ausreicht (so auch Reuter 1969, S. 625; Uhlenbruck 1976, S. 305; Belling 1990, S. 69, 71 f., 76). § 36 SGB I kann als zusätzliches Argument dafür herangezogen werden, wenn sich auch die Rechtsfolge nicht direkt daraus ergibt (Schellhorn 1981, § 36 Rn 12). Die Eltern sind daneben nicht einwilligungsberechtigt und -befugt (vgl. dazu BGH NJW 2007, 217; kritisch dazu Kern 2007).

Dieses Ergebnis blieb allerdings in Lehre (Diederichsen 2007, § 1626 Rn 20; Franzki 1979, S. 640) und Rechtsprechung umstritten. Ein Teil der Lehre sieht die Einwilligung in die Heilbehandlung zu Recht als Ausfluss der Personensorge, die den Eltern zusteht. Dafür spricht der Wortlaut von § 1626 Abs. 1 BGB: „Die Eltern haben das Recht und die Pflicht, für das minderjährige Kind zu sorgen (elterliche Sorge). Die elterliche Sorge umfasst die Sorge für die Person des Kindes (Personensorge) und das Vermögen des Kindes (Vermögenssorge)“. Diese grundrechtlich geschützte Position der Eltern gehe dem Selbstbestimmungsrecht der Minderjährigen vor (vgl. dazu auch Belling 1990, S. 71). Diese Wertung, die zur Alleinvertretung durch die Eltern führt (Bosch 1983, S. 744; Flume 1992, S. 219 f.), ist indessen höchst fragwürdig. Das Elternrecht auf Personensorge für ihre Kinder findet seine Grenze dort, wo das Kind nicht mehr hilfsbedürftig ist (vgl. dazu Belling 1990, S. 71 f.). Das Bundesverfassungsgericht spricht insoweit von einem „pflichtgebundenen Recht“ (BVerfGE 59, 360, 387). Dogmatisch noch weniger haltbar, wiewohl praktisch weithin befriedender, ist eine vermittelnde Meinung, die das Vorliegen beider Einwilligungen verlangt (BGH NJW 2007, 217; vgl. auch Laufs 1993, S. 113 ff.).

Problematisch ist zudem die Frage, ob dem nicht einwilligungsfähigen Minderjährigen ein Vetorecht zusteht (ohne Problembewusstsein bejahend: BGH NJW 2007, 217; vgl. dazu auch Amelung 1995b, S. 17 f.; AG Medizinrecht 2003, S. 1111). Auch diese Frage kann nur einzelfallbezogen beantwortet werden. Bei dringend indizierten Eingriffen verdrängt die Einwilligung der Personensorgeberechtigten den Widerspruch des Minderjährigen (vgl. dazu Deutsch 1978, S. 1660; Franzki 1979, S. 640).

Von außerordentlicher praktischer Tragweite ist die Problematik, die das Verschreiben von Ovulationshemmern und die Abtreibung aufwirft. Das Muster einer Dienstanweisung der Deutschen Krankenhausgesellschaft geht für gynäkologische Eingriffe davon aus, dass schon Mädchen ab zwölf Jahren hinreichend verständig sein können, um allein einzuwilligen oder abzulehnen (Deutsche Krankenhausgesellschaft 1980, 11; Zweifel daran äußert Kleinewefers 1982, S. 56; ähnlich AG Medizinrecht 2003, S. 1113, wo selbst bei 14- bis 16-Jährigen vom Arzt eine besonders sorgfältige Prüfung der Einwilligungsfähigkeit verlangt wird). Es kommt also allein auf die individuelle Einsichtsfähigkeit an. Da es sich hier überwiegend um medizinisch nicht indizierte Eingriffe handelt, können insoweit nur die einwilligungsfähigen Mädchen selbst einwilligen. Ihre Einwilligung kann nicht durch die der Eltern ersetzt werden (so aber eine verbreitete Praxis; in diesem Sinne auch Eser 2006, § 218 a Rn 58).

Bei Jugendlichen über 16 Jahren ist die Einwilligungsfähigkeit für medizinische Verhütungsmethoden im Normalfall gegeben; den Eltern steht auch dann keinerlei Entscheidungsbefugnis zu (Laufs 1993, S. 201; AG Medizinrecht 2003, S. 1113). In jeder Altersstufe haben die Minderjährigen ein Vetorecht gegen die von den Eltern gewünschte Einnahme von Kontrazeptiva (Laufs 1993, S. 201).

Beim Schwangerschaftsabbruch geht es nicht nur um die Rechtsgüter Gesundheit und körperliche Unversehrtheit der minderjährigen Mutter, sondern wesentlich um das werdende Leben: „Dabei muß der Frau bewußt sein, daß das Ungeborene in jedem Stadium der Schwangerschaft auch ihr gegenüber ein eigenes Recht auf Leben hat ...“ (§ 219 Abs. 1 S. 3 StGB; vgl. dazu auch LG Berlin FamRZ 1980, 285, 287). An der gesetzlich vorgeschriebenen Beratung sollten auch die Eltern teilnehmen (§ 6 Abs. 3 Nr. 3 Gesetz über Aufklärung, Verhütung, Familienplanung und Beratung). Das setzt das Einvernehmen mit der Schwangeren voraus. Das Gesetz berücksichtigt freilich nicht die besondere Problematik der minderjährigen Schwangeren (so auch BVerfGE 88, 203, 271; Belling u. Eberl 1994, S. 29). Auch hier darf der Arzt bei entsprechender Einwilligung durch Eltern und Schwangere den Abbruch vornehmen. Allerdings ist er dazu – außer bei Lebensgefahr für die werdende Mutter – nicht verpflichtet, denn in § 12 Gesetz über Aufklärung, Verhütung, Familienplanung und Beratung heißt es: „Weigerung. 1. Niemand ist verpflichtet, an einem Schwangerschaftsabbruch mitzuwirken. 2. Absatz 1 gilt nicht, wenn die Mitwirkung notwendig ist, um von der Frau eine anders nicht abwendbare Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung abzuwenden“.

Strittig ist in diesem Zusammenhang die Frage, ob eine minderjährige Schwangere fähig ist, in den Schwangerschaftsabbruch einzuwilligen. Dabei handelt es sich nicht nur um die Fähigkeit zur medizinischen Selbstbestimmung, sondern auch um das intellektuelle Vermögen, eine Rechtsgüterabwägung vorzunehmen. Minderjährigen fehlt in der Regel die Fähigkeit, zwischen eigenen und fremden Rechtsgütern (Kind) abzuwägen (so auch Belling 1990, S. 74). Sie sind daher generell nicht in der Lage, in den Schwangerschaftsabbruch einzuwilligen (AG Celle NJW 1987, 2308; dazu Anmerkung von Mittenzwei 1988, S. 43 f.; Belling 1990, S. 74 f.; OLG Hamm NJW 1998, 3424; differenzierend: Belling u. Eberl 1994, S. 296 f.; zur Gegenansicht vgl. Ulsenheimer 2002, S. 1333; Reiserer 1991, S. 1138; und Schwerdtner 1999, S. 1525). Das bedeutet entgegen einer verbreiteten Ansicht nicht, dass es vorrangig auf die Einwilligung der Personensorgeberechtigten ankomme. Vielmehr kann dann niemand in den Schwangerschaftsabbruch einwilligen. Das gilt entsprechend, wenn die Schwangere nicht minderjährig, wohl aber betreuungsbedürftig ist (Kern 1991 a, S. 70). Die Diskussion wird noch dadurch erschwert, dass ältere Urteile, die das Vorliegen einer Notlagenindikation verneinen (LG München I FamRZ 1979, 850), nach der neuen Gesetzeslage nicht mehr aussagekräftig sind.

Die Strafrechtswissenschaft hat eigene, feste Altersstufen für die Einwilligung entwickelt; es sprechen aber keine zwingenden Gründe dafür, den Schwan-

gerschaftsabbruch besonderen Regeln zu unterwerfen. Die von der Strafrechtswissenschaft entwickelten Regeln beruhen auf dem verfehlten Ansatz, dass die Minderjährige allein und selbstständig einwilligen kann, wenn sie selbst die nötige Einsichts- und Urteilsfähigkeit über Bedeutung und Risiken eines Schwangerschaftsabbruchs besitzt: Das soll bis zum 14. Lebensjahr in der Regel zu verneinen, bei über 16-jährigen Mädchen dagegen regelmäßig zu bejahen sein. In der Zwischenphase komme es entscheidend auf den individuellen Reifegrad an (Eser 2006, § 218 a Rn 58; vgl. auch Gropp 2005, S. 192). Diese recht starren Altersgrenzen entsprechen aber nicht der eher zögernden und zurückhaltenden allgemeinen Spruchpraxis zur Einwilligung der Minderjährigen, sodass die normalen Maßgaben gelten (so auch Mittenzwei 1988, S. 41, 43).

Schwieriger liegt der Fall, wenn zwischen den Eltern und der minderjährigen Schwangeren Meinungsverschiedenheiten bestehen. Hier sind zwei Konstellationen zu unterscheiden. Die Bestimmungsberechtigten, wie die Eltern, der Personensorgeberechtigte, Betreuer der Schwangeren oder der Vater des Kindes (vgl. dazu Mittenzwei 1987, S. 247), können einen Schwangerschaftsabbruch, den die Schwangere wünscht, lediglich dann verhindern, wenn die Minderjährige selbst nicht einwilligungsfähig ist. Ihnen steht allerdings ein Vetorecht im Interesse des Ungeborenen zu (so schon Trockel 1972, S. 1496; LG Köln FamRZ 1987, 207; AG Celle MedR 1988, 41; Belling u. Eberl 1994, S. 296; Kern 1994, S. 754), das allerdings nicht sorgerechtsmissbräuchlich ausgeübt werden darf (LG Berlin FamRZ 1980, 285, 286; so auch Lüderitz 1978, S. 279; Mittenzwei 1988, S. 41, 44, bezüglich einer medizinischen Indikation). Liegt ein solcher Sorgerechtsmissbrauch vor, so hat nicht die Minderjährige die Alleinentscheidungskompetenz, sondern das Vormundschaftsgericht entscheidet gemäß § 1666 Abs. 3 BGB selbst (AG Celle MedR 1988, 41, 42; mit zustimmender Anmerkung von Mittenzwei 1988, S. 45), oder es ist gemäß § 1912 BGB analog ein Pfleger für das Ungeborene zu bestellen (LG Berlin FamRZ 1980, 285, 287; Belling u. Eberl 1994, S. 295 f.; Belling 1990, S. 75; Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Pflegerbestellung äußert die Redaktion der FamRZ im Anschluss an die Wiedergabe des Urteils vom LG Berlin FamRZ 1980, 287; ebenso Reiserer 1991, S. 1140 f.).

Möchte hingegen die Schwangere das Kind austragen, während ihre Eltern das ablehnen, so geht der Wille, auch der natürliche Wille, der Schwangeren vor (Eser 2006, § 218 a Rn 58; Laufhütte u. Wilkitzki 1976, S. 331 f.; Mittenzwei 1988, S. 44; Belling 1990, S. 75; Amelung 1995 b, S. 18 f.; Reiserer 1991, S. 1140). In ihren Körper darf kein Zwangseingriff vorgenommen werden (OLG Celle MDR 1960, 136; so auch Hilgendorf 1993, S. 100 Anm. 62). Abweichendes mag allenfalls bei der medizinischen Indikation gelten (strittig, vgl. dazu Winkler-Wilfurth 1992, S. 142 mwN; Belling u. Eberl 1994, S. 293; gegen einen Zwangsabbruch selbst in dieser Konstellation Hilgendorf 1993, S. 100 Anm. 62). Sind sich alle Beteiligten pro oder contra Leben einig, bleibt für rechtliche Überlegungen praktisch kaum Raum.

Die Probleme treten bis zu einem bestimmten Grade auch bei der Auswahl der Geburtsmethode auf. Die werdende Mutter könnte zwar für sich

unter verschiedenen risikoreichen Geburtsmethoden auch eine risikoreichere auswählen, und der Arzt soll sie entsprechend aufklären; soweit aber eine Geburtsmethode, etwa die „programmierte Geburt“, zusätzliche Risiken für das Kind mit sich bringt, ist die Befugnis, darüber allein zu entscheiden, der Mutter weitgehend entzogen (vgl. dazu Kleinewefers u. Wagner 1981; das OLG Hamm VersR 1985, 598, 599, deutet dies an, wenn es von dem „anderen an dem Entscheidungsprozess beteiligten Elternteil“ spricht).

## 1.4 Prozessfähigkeit

Unter Prozessfähigkeit wird die Fähigkeit verstanden, vor Gericht Prozesshandlungen selbst beziehungsweise durch selbst bestellte Vertreter vornehmen und entgegennehmen zu können (Rosenberg et al. 2004, S. 262; Zeiss u. Schreiber 2003, S. 54).

Sie ist in der Zivilprozessordnung in § 51 geregelt. Dieser bestimmt, dass hinsichtlich der Prozessfähigkeit die Vorschriften des bürgerlichen Rechts gelten, soweit nicht die §§ 52 ff. ZPO abweichende Regelungen enthalten. § 52 ZPO stellt die Prozessfähigkeit mit der Fähigkeit gleich, sich durch Verträge verpflichten zu können. Vertraglich verpflichten kann sich nur, wer voll geschäftsfähig ist. Der nur beschränkt Geschäftsfähige kann dies nicht, da er sich nicht selbst durch Vertrag verpflichten kann, sondern einen gesetzlichen Vertreter (§ 107 BGB) zum wirksamen Vertragsabschluss benötigt. Er ist deshalb prozessunfähig.

Ausgenommen sind die Fälle der §§ 112, 113 BGB: Minderjährige, die mit Erlaubnis der Eltern in Dienst oder Arbeit treten oder mit Erlaubnis des Vormundschaftsgerichts selbstständig ein Geschäft betreiben, sind für diesen Lebensbereich geschäfts- und prozessfähig. Weitere Ausnahmen finden sich für den Ehe- und Kindschaftsprozess (§§ 607 Abs. 1, 640 b ZPO).

Führen ein Pfleger oder ein Betreuer einen Prozess, so ergeben sich auch hier Besonderheiten. Der Betreute gilt stets als prozessunfähig, selbst dann, wenn er geschäftsfähig ist. § 53 ZPO legt die Prozessführung nämlich vollständig in die Hände des Betreuers oder Pflegers.

Eine partielle Prozessunfähigkeit, also eine Prozessunfähigkeit, die sich nur auf bestimmte Lebensbereiche erstreckt, hält die Rechtsprechung für möglich (BGHZ 18, 184; BGH NJW 59, 1587). So kann Querulantenwahn oder krankhafte Eifersucht, verursacht durch ein Schlüsselerlebnis, für einen Eheprozess prozessunfähig machen (BGHZ 18, 184; RGZ 162, 223). Eine relative Prozessunfähigkeit, abhängig von der Schwierigkeit des Prozesses, gibt es hingegen nicht (BGHZ 18, 184; BGH NJW 53, 1342; 70, 1680).

Verliert eine Partei die Prozessfähigkeit, so schadet das dann nicht, wenn sie noch im Zustand der Prozessfähigkeit einen Prozessbevollmächtigten bestellt hat (§§ 86, 241, 246 ZPO; BGHZ 86, 189). Die Prozessvollmacht, die ein Prozessunfähiger erteilt, ist hingegen unwirksam (BGHZ 86, 189).