Birgit Hoffmann

Freiheitsentziehende Unterbringung von Kindern und Jugendlichen – Rechtslage nach Neufassung des § 1631 b BGB und Inkrafttreten des FamFG

Durch das Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls – in Kraft getreten am 12. Juli 2008 – und das Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit – Inkrafttreten zum 1. September 2009 – wurden Voraussetzungen (§ 1631 b BGB) und Verfahren der freiheitsentziehenden Unterbringung von Kindern und Jugendlichen reformiert. Es ergeben sich aus den Reformen keine wirklichen Änderungen der materiellen Rechtslage, sondern allenfalls Klarstellungen. Hingegen sind bezogen auf das Verfahrensrecht einige Neuerungen – etwa eine veränderte Stellung eines nicht zur elterlichen Sorge berechtigten Elternteils und von Pflegeeltern oder die Ausweitung des Kreises der möglichen Gutachter – festzustellen.

Schlüsselwörter: Freiheitsentziehende Unterbringung, freiheitsentziehende Maßnahme, geschlossene Unterbringung, § 1631 b BGB, Minderjähriger, Zuführung, Zwangsbehandlung, Familiengericht

Detention of children and adolescents – the new legal situation in Germany with the new § 1631 b BGB and implementation of FamFG

With two new laws on family matters, one to facilitate interventions by a family court to safeguard children (in force since 12. July 2008) and one on procedures in family courts and free jurisdiction (to be implemented on 01. Sept 2009), the conditions and procedures for detaining children and adolescents have changed. While material law has not changed, some clarifications have emerged. In procedural law some innovations are noteworthy: the new status of a parent without custody and of foster parents, and a broader range of possible expert witnesses.

Key words: *Detention, children, adolescents, commitment, family court*

A. Einführung

Anlass für eine Betrachtung der rechtlichen Rahmenbedingungen freiheitsentziehender Unterbringungen von Kindern und Jugendlichen sind die Neufassung des § 1631 b BGB durch das Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls vom 4. Juli 2008 – in Kraft getreten am 12. Juli 2008 – (BGBl. I, S. 1188; BT-Drs. 16/6815; vgl. zur vorherigen Rechtslage und zur Kritik an dieser Trenczek 2000, S. 121; Czerner 2002, S. 72; Beaucamp 2007, S. 98; AG Hamburg-Bergedorf ZJJ 2005, S. 451) und das Inkrafttreten des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) vom 17. Dezember 2008 am 1. September 2009 (BGBl. I, S. 2586; BT-Drs. 16/6308, BT-Drs. 16/9733), das unter anderem das FGG ersetzen wird. Es gilt zu schauen, wie sich die Rechtslage nach den Reformen im materiellen Recht und im Verfahrensrecht darstellt: Haben sich durch die gesetzgeberischen Aktivitäten wirkliche Änderungen ergeben bzw. sind solche zu erwarten oder blieb der Status quo unverändert bzw. wurde lediglich kodifiziert? Zugleich ist zu betrachten, inwieweit Neuerungen oder Klarstellungen aus der jüngsten Rechtsprechung, wie der Entscheidung des BVerfG vom 14. Juni 2007 (R & P 2007, S. 189), folgen. Im Beitrag werden zudem allgemeine Grundsätze und Diskussionspunkte dargestellt, die durch die Reformen und die Rechtsprechung nicht berührt sind, um eine Gesamtdarstellung der Rechtslage nach dem 1. September 2009 zu ermöglichen.

B. Materielles Recht: Neufassung des § 1631 b BGB

I. Begriff der und Befugnis zur freiheitsentziehenden Unterbringung

Eine Unterbringung in einer Einrichtung ist eine freiheitsentziehende (»geschlossene«) Unterbringung, wenn ein Kind oder ein Jugendlicher sich gegen seinen Willen in der Einrichtung – in der Regel einer der Jugendhilfe oder der Kinder- und Jugendpsychiatrie – aufhalten muss, ist demnach letztlich das Durchsetzen einer Aufenthaltsbestimmung durch Anwendung von Zwangsmitteln.

Das Aufenthaltsbestimmungsrecht ist Teil des Rechts bzw. der Pflicht zur Personensorge sorgeberechtigter Eltern, Vormünder oder Pfleger mit entsprechendem Aufgabenkreis (§§ 1631 b, 1800, 1915 BGB). Die Befugnis zu einer freiheitsentziehenden Unterbringung besteht zudem nur, wenn die konkrete Entscheidung des gesetzlichen Vertreters für eine freiheitsentziehende Unterbringung durch das Familiengericht genehmigt wurde (Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG). Liegt eine familiengerichtliche Genehmigung nicht vor, ist die freiheitsentziehende Un-

terbringung eine rechtswidrige Freiheitsberaubung, die straf- und zivilrechtliche Folgen für die an ihr Beteiligten haben kann (vgl. Bienwald/Hoffmann § 1906 BGB Rn. 207 ff.). Die ausschließliche Befugnis des oder der zur Personensorge Berechtigten zur Entscheidung für oder gegen eine freiheitsentziehende Unterbringung – und damit die fehlenden Befugnis anderer, wie einer des Familiengerichts, sofern nicht die Voraussetzungen des § 1846 BGB vorliegen – wurde in der Rechtsprechung der letzten Jahre mehrfach unterstrichen (OLG Sachsen-Anhalt ZKJ 2008, S. 519; BVerfG R&P 2007, S. 189).

Begrifflich setzt eine freiheitsentziehende Unterbringung voraus, dass die Möglichkeit zur Fortbewegung für eine gewisse Dauer unterbunden wird. Daher sind begrenzte Ausgehzeiten, Ausgehverbote, Hausarrest, Nachsitzen (AnwK-BGB/Rakete-Dombek § 1631 b BGB Rn. 3) etc., aber auch zwangsweise Vor- und Zuführungen zu einer ärztlichen Behandlung (BGH BGHZ 145, 297), zu einer Begutachtung oder ähnliche Maßnahmen keine freiheitsentziehende Unterbringung. Bei derartigen Maßnahmen kann sich im Einzelfall die Frage stellen, ob es sich um entwürdigende und damit unzulässige erzieherische Maßnahmen im Sinne von § 1631 Abs. 2 BGB handelt (MüKo/Wagnitz § 1800 BGB Rn. 26) oder ob sie als unterbringungsähnliche freiheitsentziehende Maßnahmen ebenfalls einer gerichtlichen Genehmigung bedürfen. Unterbringungen, die auf mehr als 24 Stunden angelegt sind, sind generell als freiheitsentziehend zu bewerten (Damrau/Zimmermann § 1906 BGB Rn. 24).

Eine Unterbringung im Einverständnis eines Kindes oder Jugendlichen – beispielsweise in der geschlossenen Abteilung einer Einrichtung der Kinder- und Jugendpsychiatrie – ist keine freiheitsentziehende Unterbringung (HK-BUR/Hoffmann § 1631 b BGB Rn. 5; ebenso wohl Marschner/Volckart § 1631 b BGB Rn. 7; LPK-SGB VIII/Röchling § 42 SGB VIII Rn. 105; nur bei Einwilligung, also bei Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Minderjährigen keine Freiheitsentziehung: FK-SGB VIII § 42 SGB VIII Rn. 61, Bauer 2001, S. 80 und Wille 2002, S. 85; generell, auch bei Vorliegen einer Einwilligung eine Freiheitsentziehung: AnwK-BGB/Rakete-Dombek § 1631b BGB Rn. 2; MüKo/Wagnitz § 1800 BGB Rn. 28).

Ein Einverständnis liegt vor, wenn die Unterbringung in Übereinstimmung mit dem natürlichen Willen des Kindes oder Jugendlichen erfolgt. Dieser natürliche Wille setzt nicht das Vorhandensein von Einwilligungsfähigkeit voraus, sondern allein die Fähigkeit, überhaupt einen Willen zu artikulieren. Eine Unterbringung verliert ihren freiheitsentziehenden Charakter, wenn das Kind oder der Jugendliche sich nach Beginn des Aufenthalts in der Einrichtung mit dem weiteren Verbleib einverstanden erklärt, eine sogenannte Freiwilligkeitserklärung abgibt.

Es ist zu beachten, dass auch beim Vorliegen eines Einverständnisses des Kindes oder Jugendlichen die Bestimmung des Aufenthalts weiterhin durch den gesetzlichen Vertreter erfolgt, denn nach ganz überwiegender Ansicht wird bezogen auf die Bestimmung des Aufenthalts – anders als im Hinblick auf die Einwilligung in bestimmte absolute Rechte wie das Recht auf informationelle Selbstbestimmung oder körperliche Unversehrtheit – nicht vertreten, dass eine Teilmündigkeit des Kindes oder Jugendlichen vor Vollendung des achtzehnten Lebensjahres – bei entsprechender Einsichts- und Urteilsfähigkeit sprich Einwilligungsfähigkeit – denkbar ist (AnwK-BGB/Rakete-Dombek § 1631 BGB Rn. 9). Das Einverständnis lässt demnach nur den freiheitsentziehenden Charakter der Unterbringung entfallen.

Bei der Einrichtung muss es sich nicht insgesamt um eine sogenannte geschlossene Einrichtung handeln. Eine freiheitsentziehende Unterbringung liegt auch vor, wenn ein Kind oder ein Jugendlicher in einer ansonsten offenen Einrichtung so untergebracht wird, dass gerade es oder er keine Möglichkeit zum Verlassen der Einrichtung besitzt, beispielsweise weil sein Zimmer von außen abgeschlossen wird.

II. Materiell-rechtliche Voraussetzungen

Durch das Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls wurden die Voraussetzungen für eine freiheitsentziehende Unterbringung von Kindern und Jugendlichen erstmalig näher konkretisiert: Eine freiheitsentziehende Unterbringung ist nur zulässig, wenn sie zum Wohl des Kindes oder Jugendlichen, insbesondere zur Abwendung einer erheblichen Selbst- oder Fremdgefährdung, erforderlich ist und der Gefahr nicht auf andere Weise, auch nicht durch andere öffentliche Hilfen, begegnet werden kann. Die genannten Kriterien sind Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Als andere Mittel kommen insbesondere ambulante und stationäre, aber nicht freiheitsentziehende Maßnahmen der Kinder- und Jugendhilfe und ambulante und stationäre, aber nicht freiheitsentziehende psychiatrische Behandlungen in Betracht.

Eine geistige Behinderung oder psychische Erkrankung ist anders als bei einer freiheitsentziehenden Unterbringung Volljähriger keine zwingende Voraussetzung für eine freiheitsentziehende Unterbringung, auch wenn diese oft zumindest im Hintergrund Ursache von deren Erforderlichkeit sein wird.

1. Selbstgefährdung

Wegen Selbstgefährdung verhältnismäßig kann eine freiheitsentziehende Unterbringung sein, wenn ohne die Unterbringung die Gefahr besteht, dass ein Kind oder Jugendlicher sich selbst tötet oder erheblichen körperlichen Schaden zufügt oder eine notwendige Untersuchung seines Gesundheitszustandes, eine Heilbehandlung bzw. ein ärztlicher Eingriff nicht durchgeführt werden kann (vgl. auch § 1906 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 BGB). Eine freiheitsentziehende Unterbringung kann daher beispielsweise in den Fällen erfolgen, in denen ein Kind oder ein Jugendlicher die Einnahme lebenswichtiger Medikamente oder von Nahrung verweigert (OLG Brandenburg JAmt 2003, S. 610; OLG Naumburg JAmt 2002, S. 538; vgl. allgemein zu rechtlichen Fragen der psychiatrischen bzw. psychologischen Behandlung Minderjähriger Hoffmann 2007 a, S. 173).

Wird eine stationäre Unterbringung zur Durchführung einer (Zwangs-)Behandlung in Betracht gezogen, müssen die Voraussetzungen für die Durchführung der (Zwangs-)Behandlung (vgl. weiter unten) von Beginn der freiheitsentziehenden Unterbringung an vorliegen. Eine freiheitsentziehende Unterbrin-

gung wegen Selbstgefährdung wird in der Regel in einer Einrichtung der Kinder- und Jugendpsychiatrie erfolgen.

2. Fremdgefährdung

Bereits in der Begründung des Gesetzentwurfs wird hervorgehoben, dass eine Unterbringung wegen Fremdgefährdung voraussetze, dass sonst ein Risiko von Notwehrmaßnahmen Dritter oder von einer (prozessualen) Geltendmachung von Ersatzansprüchen bestehe. Eigen- und Fremdgefährdung seien insoweit eng miteinander verbunden. Eine geschlossene Unterbringung allein zu Zwecken einer Sanktionierung sei nicht zulässig (BT-Drs. 16/6815, S. 13). Vor der Reform wurde weitergehend auch die Ansicht vertreten, dass eine Unterbringung aus den genannten Gründen auf Grundlage des § 1631 b BGB von vornherein ausscheide (so Bamberger-Roth/Veit § 1631 b BGB Rn. 7; a. A. MüKo/Huber § 1631 b BGB Rn. 13).

Fremdgefährdung kann auch nach der Neufassung des § 1631 b BGB nur angenommen werden, wenn das Kind oder der Jugendliche sich bereits fremdgefährdend verhalten hat, anzunehmen ist, dass konkrete weitere Taten unmittelbar bevorstehen und die Gefahr einer erheblichen Verschuldung aufgrund der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen bzw. bei Jugendlichen auch von einer strafrechtlichen Sanktionierung besteht. Da eine bloße Verwahrung nicht verhältnismäßig ist (Bauer 2001, S. 80), müssen durch die freiheitsentziehende Unterbringung zudem weitere, im Kindesinteresse liegende Ziele erreicht werden können – insbesondere eine dauerhafte, durch Einsicht getragene Änderung des Verhaltens.

Eine Unterbringung allein im Interesse Dritter oder der Allgemeinheit kommt bei einer erheblichen Allgemeingefährlichkeit eines Kindes oder Jugendlichen – bei gleichzeitig zu prognostizierender Unmöglichkeit auf dieses bzw. diesen erzieherisch einzuwirken – nach hier vertretener Ansicht nur nach den länderrechtlichen Regelungen über die Unterbringung psychisch kranker Menschen, also als öffentlich-rechtliche Unterbringung in Betracht. Eine freiheitsentziehende Unterbringung in einer geschlossenen Einrichtung der Jugendhilfe wird in dieser Konstellation regelmäßig aufgrund der Rahmenbedingungen der Einrichtungen nicht möglich sein.

Eine freiheitsentziehende Unterbringung kann ausnahmslos nicht damit begründet werden, dass der Aufsichtspflichtige eine eigene Haftung nach § 832 BGB zu vermeiden hat (HK-BUR/Hoffmann § 1631 b BGB Rn. 16).

3. Erzieherische Gründe

Eine freiheitsentziehende Unterbringung eines Kindes oder Jugendlichen kann im Einzelfall auch allein aus erzieherischen Gründen im Rahmen einer Hilfe zur Erziehung nach §§ 27, 34, 35 SGB VIII – dann in der Regel in einer Einrichtung der Jugendhilfe – erfolgen. Die erzieherischen Ziele, die Notwendigkeit einer freiheitsentziehenden Unterbringung zum Erreichen der Ziele, die Geeignetheit der Einrichtung, in der die freiheitsentziehende Unterbringung erfolgen soll, nach Konzeption, Personal etc. müssen sich aus dem Hilfeplan ergeben (Bauer 2001, S. 80). Wie bei jeder Hilfe zur Erziehung ist das Bestehen einer Erziehungsfähigkeit Voraussetzung für die Geeignetheit einer derartigen Maßnahme (Diemer et al./Diemer § 12 JGG Rn. 14). Eine Nichterziehbarkeit lässt sich letztlich nur annehmen, wenn diese an medizinische Tatsachen, nicht an pädagogische Voraussetzungen anknüpft (Eisenberg § 12 JGG Rn. 32 f.) und wird nur ganz ausnahmsweise fachlich fundiert anzunehmen sein.

Gleichwohl kommt unter dem Aspekt der Verhältnismäßigkeit – bereits im Hinblick auf die Geeignetheit zu einer erzieherischen Intervention – eine freiheitsentziehende Unterbringung aus erzieherischen Gründen nur bei außergewöhnlichen Komplikationen als bewusste Notlösung bzw. als vorübergehende auch räumliche Sicherung in Betracht (Eisenberg § 12 JGG Rn. 42 a, 42 c). Dies gilt auch für eine freiheitsentziehende Unterbringung als Alternative zu einer Untersuchungshaft (§§ 71 Abs. 2, 72 Abs. 4 JGG).

Eine freiheitsentziehende Unterbringung wird in der Regel auch dann nicht mehr verhältnismäßig sein, wenn ein nicht suizidgefährdetes Kind bzw. ein Jugendlicher bereits mehrmals aus einer Einrichtung entwichen ist (Wille 2002, S. 85). Aus einem Fluchtverhalten an sich, lässt sich nur ausnahmsweise eine negative Delinquenzprognose ableiten, die dann eine freiheitsentziehende Unterbringung wegen Fremdgefährdung rechtfertigen würde (Eisenberg § 12 JGG Rn. 42 b).

III. Zwangsbehandlung während einer freiheitsentziehenden Unterbringung

Eine Einrichtung ist zur Durchführung einer (Zwangs-)Behandlung allein aufgrund der genehmigten zivilrechtlichen freiheitsentziehenden Unterbringung nicht befugt; Voraussetzung ist vielmehr eine Einwilligung des gesetzlichen Vertreters des Kindes oder Jugendlichen in die Behandlung und in die Anwendung von Zwang zur Durchführung der Behandlung. Lässt sich eine Behandlung nur unter Anwendung von Zwang – also gegen den natürlichen Willen eines Kindes oder Jugendlichen – durchführen, ist der gesetzliche Vertreter nur beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen zur Einwilligung in die Behandlung befugt. So ist grundsätzlich eine erneute Prüfung der Frage erforderlich, ob die Behandlung auch bei Anwendung von Gewalt noch dem Wohl des Kindes oder Jugendlichen entspricht.

Im Einzelnen setzt die Rechtmäßigkeit der stationären Zwangsbehandlung eines Kindes oder Jugendlichen voraus (HK-BUR/Hoffmann § 1631 b BGB Rn. 39):

- Befugnis zur Sorge für die Gesundheit
- Befugnis zur Aufenthaltsbestimmung
- Vorliegen der Voraussetzungen für eine Zwangsbehandlung im konkreten Fall – insbesondere deren Verhältnismäßigkeit
- Vorliegen der Voraussetzungen für eine freiheitsentziehende Unterbringung im konkreten Fall – insbesondere deren Verhältnismäßigkeit
- Entscheidung für eine freiheitsentziehende Unterbringung
- Entscheidung für eine Zwangsbehandlung im Rahmen der freiheitsentziehenden Unterbringung
- Gerichtliche Genehmigung der Entscheidung für eine stationäre freiheitsentziehende Unterbringung.

Allein das Bestehen einer medizinischen Indikation im weiteren Sinne rechtfertigt das zwangsweise Durchsetzen einer Behandlung nicht. Es ist erforderlich, dass das Unterbleiben einer Behandlung zu einer erheblichen gesundheitlichen Schädigung bzw. zu erheblichen Gefahren für die körperliche und/oder geistige Entwicklung des Kindes oder des Jugendlichen führen würde (vgl. OLG Naumburg JAmt 2002, S. 538 und Wille 2002, S. 85).

Verhältnismäßig kann eine Zwangsbehandlung im Rahmen einer freiheitsentziehenden Unterbringung beispielsweise in den Fällen sein, in denen Kinder und Jugendliche die Einnahme lebenswichtiger Medikamente oder von Nahrung (OLG Brandenburg JAmt 2003, S. 610) verweigern bzw. ohne Behandlung die Gefahr der Chronifizierung einer Erkrankung besteht. Es ist ausdrücklich festzustellen, ob eine mit Gewalt durchgesetzte Behandlung überhaupt erfolgreich sein kann oder ob ein Behandlungserfolg nicht eine compliance des Kindes oder Jugendlichen voraussetzt. Zudem ist auch bei einer Geeignetheit der geplanten Behandlung zu prüfen, ob im konkreten Fall die Nachteile, die ohne Unterbringung und Behandlung entstehen würden, die Nachteile der Freiheitsentziehung und der Zwangsbehandlung überwiegen.

Scheidet eine Zwangsbehandlung unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit aus und kann das Kind oder der Jugendliche nicht von der Erforderlichkeit einer Behandlung in seinem Einverständnis überzeugt werden, wird seine freiheitsentziehende Unterbringung in der Regel – insbesondere bei Fehlen einer Suizidgefahr – zu beenden sein (Wille 2002, S. 85).

Lehnt ein selbst einwilligungsfähiges Kind oder ein Jugendlicher eine Behandlung ab, so ist eine Behandlung gegen seinen Willen ebenso wie die eines einwilligungsfähigen Volljährigen rechtswidrig. Ein einwilligungsfähiger Mensch entscheidet unabhängig von seinem Alter selbst, ob eine Behandlung erfolgt oder er auf eine solche verzichtet – insoweit geht die wohl überwiegende Meinung anders als im Hinblick auf die Bestimmung des Aufenthalts von der Möglichkeit einer Teilmündigkeit von Kindern und Jugendlichen aus.

IV. Freiheitsentziehende Maßnahmen

Freiheitsentziehende bzw. unterbringungsähnliche Maßnahmen wie Fixierungen, Bettgitter, komplizierte Schließmechanismen können während des Aufenthalts in einer Einrichtung, aber ebenso außerhalb einer Einrichtung zur Abwehr von Gefahren für das Kind oder den Jugendlichen erforderlich werden. Sie sind in der Regel auch Voraussetzung für eine ambulante Zwangsbehandlung. Es stellt sich daher die Frage, ob überhaupt und gegebenenfalls in welchen Konstellationen derartige Maßnahmen wie eine freiheitsentziehende Unterbringung einer gerichtlichen Genehmigung bedürfen, um rechtmäßig durchgeführt werden zu können.

Vorab lässt sich festhalten, dass ganz überwiegend von identischen Befugnissen sorgeberechtigter Eltern, Vormündern oder Pflegern ausgegangen wird (Oberloskamp/Klinkhardt 1998 § 7 Rn. 20, 21). Auch kann von einer freiheitsentziehenden Maßnahme erst gesprochen werden, wenn das Kind oder der Jugendliche zu einer eigenständigen Bewegung – und sei es das Rollen vom Bauch auf den Rücken – fähig ist.

Einigkeit besteht im Schrifttum darüber, dass der Katalog genehmigungsbedürftiger Maßnahmen zumindest nicht umfangreicher sein kann als der bei volljährigen Betreuten. Als freiheitsentziehende und nicht als bloß freiheitsbeschränkende Maßnahmen sind daher nur Maßnahmen anzusehen, durch die über einen längeren Zeitraum oder regelmäßig die Freiheit entzogen werden soll und die in einer Einrichtung erfolgen (vgl. § 1906 Abs. 4 BGB). Eine Genehmigungsbedürftigkeit freiheitsentziehender Maßnahmen im häuslichen Bereich kommt demnach nicht in Betracht.

Aber auch im häuslichen Bereich sind alle Maßnahmen unabhängig von der Frage ihrer Genehmigungsbedürftigkeit nicht rechtmäßig, die gegen das Recht auf gewaltfreie Erziehung verstoßen, § 1631 Abs. 2 BGB, oder unverhältnismäßig sind. Nach den genannten Kriterien wäre das Bettgitter, mit dem Eltern ihr Kleinkind vor dem Sturz aus dem Bett sichern wollen, eine rechtmäßige freiheitsentziehende Maßnahme, hingegen das Einsperren eines Jugendlichen in seinem Zimmer nach Schulschluss am Freitag bis zum Schulbeginn am Montag nicht.

Kontrovers wird im Schrifttum diskutiert, ob freiheitsentziehende Maßnahmen in Einrichtungen genehmigungsbedürftig sind. Dies wird bei ganz unterschiedlicher Begründung – ausweitende Interpretation des Begriffs der Freiheitsentziehung in § 1631 b BGB (Wille ZfJ 2002, S. 85; MüKo/Huber § 1631 b BGB Fn. 23), analoge Anwendung von § 1906 Abs. 4 BGB (Staudinger/Salgo § 1631 b BGB Rn. 14, 15; Palandt/Diederichsen § 1631 b BGB Rn. 4, § 1906 BGB Rn. 23), doppelt analoge Anwendung von § 1906 Abs. 4 BGB (Czerner 2002, S. 72, 92) – von einer Vielzahl von Autoren angenommen.

Nachdem der Gesetzgeber auch bei der Neufassung des § 1631 b BGB von einer ausdrücklichen Regelung abgesehen hat, ist jedoch festzuhalten, dass nicht von einer Gesetzeslücke ausgegangen werden kann. Freiheitsentziehende Maßnahmen in Einrichtungen oder zur Durchführung ambulanter Zwangsbehandlungen sind auch ohne familiengerichtliche Genehmigung zulässig, sofern die übrigen Voraussetzungen – Verhältnismäßig- und Erforderlichkeit der Maßnahmen zur Gefahrenabwehr, bei einer stationären Unterbringung eine Einwilligung des gesetzlichen Vertreters (MüKo/Schwab § 1906 BGB Rn. 46) – vorliegen (Oberloskamp/Klinkhardt 1998 § 7 Rn. 21; Damrau/Zimmermann § 70 FGG Rn. 11; AG Hamburg-Barmbek Beschluss v. 24.6.2008, Akz. 887 F 49/06; ähnlich MüKo/Wagenitz § 1800 BGB Rn. 27, der jedoch die Auffassung vertritt, dass bei einer stationären Unterbringung jeder konkrete Einzelakt genehmigungsbedürftig sei, etwa bei Unterbringung in einer geschlossenen Einrichtung daher für das Einsperren im Zimmer eine weitere Genehmigung erforderlich sei, a. a. O. Rn. 29 f.).

Dies gilt auch für freiheitsentziehende Maßnahmen, die Jugendliche in einer psychiatrischen Einrichtung betreffen, obwohl die Eingriffsintensität sich in diesen Fällen nicht anders darstellt als die bei jungen Erwachsenen. Es ist jedoch zu bedenken, dass durch diese Auffassung die rechtliche Schwelle für freiheitsentziehende Maßnahmen nicht gesenkt wird, sondern allein eine gerichtliche Kontrolle der Maßnahme unterbleibt (HK-BUR/Hoffmann § 1631 b BGB Rn. 50).

V. Fazit

Zusammenfassend ergeben sich aus dem Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls keine wirklichen Veränderungen der materiellen Rechtslage, sondern allenfalls Klarstellungen. Es ist daher der Schlussfolgerung von Rohmann zuzustimmen, »ob und insoweit empirisch geprüft und belastbar ... durch die Neufassung nunmehr die individuellen (auch Grund-)Rechte ebenfalls gemäß verfassungsrechtlicher Ansprüche sichergestellt sind, sei dahingestellt und ist eher durch rechtstatsächliche Forschung wie rechtskundige Würdigung zu beurteilen« (Rohmann 2009, S. 30).

C. Verfahrensrecht nach Inkrafttreten des FamFG

I. Bedeutung der Genehmigung

Ohne vorherige Genehmigung ist eine freiheitsentziehende Unterbringung nur rechtmäßig, wenn ein Aufschub der freiheitsentziehenden Unterbringungen mit Gefahren für das Kind oder den Jugendlichen verbunden ist. Gefahr durch einen Aufschub ist dabei nicht mit Gefahr im Verzug gleichzusetzen, es muss daher eine Schädigung des Kindes oder Jugendlichen nicht unmittelbar bevorstehen (Bauer 2001, S. 80). Die Genehmigung ist dann unverzüglich nachträglich einzuholen (§§ 1631 b S. 3, 1800, 1915 BGB). Aufgrund der Eil- und Wochenenddienste der Gerichte und im Hinblick auf die Möglichkeit, durch eine einstweilige Anordnung eine vorläufige Unterbringungsmaßnahme anzuordnen (§§ 167 Abs. 1 S. 1, 331 FamFG), die bei Gefahr im Verzug auch bereits vor Anhörung des Betroffenen sowie vor Anhörung und Bestellung des Verfahrensbeistands erlassen werden kann (§§ 167 Abs. 1 S. 1, 332 FamFG), wird es in der Regel möglich sein, eine vorherige gerichtliche Genehmigung einzuholen.

Eine freiheitsentziehende Unterbringung ohne Vorliegen einer erforderlichen gerichtlichen Genehmigung ist grundsätzlich eine rechtswidrige Freiheitsberaubung, die zivilrechtliche Schadensersatzansprüche begründet und strafrechtlich sanktionierbar ist (vgl. Bienwald/Hoffmann § 1906 BGB Rn. 207 ff.).

Entweicht ein Kind oder ein Jugendlicher aus einer Einrichtung, gilt die gerichtliche Genehmigung anders als bei seiner Entlassung nicht als »verbraucht«, sofern der Zeitpunkt der Rückkehr des Kindes oder Jugendlichen nicht völlig ungewiss ist (MüKo/Wagenitz § 1800 BGB Rn. 31; vgl. auch Volckart/Marschner § 1906 BGB Rn. 39). Wird das Kind oder der Jugendliche zeitnah zu seinem Entweichen aufgegriffen, kann es oder er daher durch seinen gesetzlichen Vertreter »wieder« freiheitsentziehend untergebracht werden, ohne dass eine erneute gerichtliche Genehmigung nach § 1631 b BGB einzuholen ist, sofern der Genehmigungszeitraum noch nicht abgelaufen ist.

Auch nach Erteilen einer gerichtlichen Genehmigung liegt die Entscheidung über eine freiheitsentziehende Unterbringung weiterhin bei den sorgeberechtigten Eltern, dem Vormund oder Pfleger (OLG Sachsen-Anhalt ZKJ 2008, S. 519). Diese verletzen keineswegs generell ihre Aufsichtspflichten, wenn sie nach Erteilen einer familiengerichtlichen Genehmigung von einer freiheitsentziehenden Unterbringung des Kindes oder Jugendlichen absehen (OLG München JAmt 2004, S. 497). Sofern der Verzicht auf eine freiheitsentziehende Unterbringung das Wohl des Kindes oder Jugendlichen gefährdet, können im Einzelfall Maßnahmen nach § 1666 BGB in Betracht kommen (OLG Sachsen-Anhalt ZKJ 2008, S. 519).

Das Familiengericht hat die Genehmigung der freiheitsentziehenden Unterbringung jederzeit zurückzunehmen, wenn das Wohl des Kindes oder Jugendlichen dessen Unterbringung nicht mehr erfordert (§ 1631 b S. 4 BGB). Während einer freiheitsentziehenden Unterbringung hat das Gericht daher fortlaufend zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine freiheitsentziehende Unterbringung noch vorliegen. Ihm ist daher auch eine kurzzeitige Aussetzung des Vollzugs der freiheitsentziehenden Unterbringung mitzuteilen (ebenso Bauer 2001, S. 80). Der gesetzliche Vertreter des Kindes oder Jugendlichen hat eine freiheitsentziehende Unterbringung ebenfalls umgehend zu beenden, wenn deren Voraussetzungen nicht mehr vorliegen.

II. Genehmigungsverfahren

Nach § 151 Nr. 7 FamFG ist die Anordnung einer freiheitsentziehenden Unterbringung eines Kindes oder Jugendlichen nach dem einschlägigen Unterbringungs- bzw. PsychischKrankenGesetzen eines Landes, also eine öffentlich-rechtliche Unterbringung, eine dem Familiengericht zugewiesene Kindschaftssache, sodass jetzt die Zuständigkeit für freiheitsentziehende Unterbringungen von Kindern und Jugendlichen durchgängig bei den Familiengerichten angesiedelt ist (zum Meinungsstreit hinsichtlich der Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts in bestimmten Konstellationen einer zivilrechtlichen Unterbringung vor dem Inkrafttreten des FamFG vgl. OLG Hamburg FamRZ 2008, S. 1018; OLG Brandenburg FamRZ 2008, S. 616; OLG Dresden JAmt 2006, S. 161).

In zivil- und öffentlich-rechtlichen familiengerichtlichen Unterbringungsverfahren, die Kinder und Jugendliche betreffen, sind grundsätzlich die Vorschriften entsprechend anzuwenden, die für zivil- und öffentlich-rechtliche betreuungsgerichtliche Verfahren in Unterbringungssachen Volljähriger gelten (§ 167 Abs. 1 S. 1 FamFG).

Funktionell zuständig ist der Richter, nicht der Rechtspfleger (Art. 104 Abs. 2 GG). Örtlich zuständig ist bei einer zivilrechtlichen Unterbringung grundsätzlich das Gericht am gewöhnlichen Aufenthaltsort eines Kindes oder Jugendlichen (§§ 313 Abs. 1 Nr. 2, 167 Abs. 2 FamFG). Ein in einem Heim untergebrachtes Kind oder ein Jugendlicher hat dort seinen gewöhnlichen Aufenthalt, wenn eine Rückkehr zu seinen Eltern oder einem Elternteil nicht beabsichtigt ist (OLG München FamRZ 2006, S. 1622; a. A. OLG Brandenburg FamRZ 2003, S. 175: generell Wohnsitz der Eltern).

Beteiligte des Verfahrens sind der bzw. die gesetzlichen Vertreter (§§ 167 Abs. 1 S.1, 315 Abs. 1 Nr. 2 FamFG), dessen bzw. deren Entscheidung für eine freiheitsentziehende Unterbringung Gegenstand des Genehmigungsverfahrens ist, das Kind oder der Jugendliche als Betroffener (§ 167 Abs. 1 S.1, 315 Abs. 1 Nr. 1 FamFG) und der Verfahrensbeistand (§ 167 Abs. 1 S.1, 315 Abs. 2 FamFG). Ein nicht zur Personensorge berechtigter Elternteil wird jedoch formell Beteiligter des Genehmi-

gungsverfahrens, wenn das Gericht ihm gegenüber – beispielsweise durch Übersenden der Antragsschrift und Bezeichnung als Beteiligten – den Eindruck erweckt, er könne im Verfahren in Wahrheit nicht bestehende Rechte wahrnehmen (OLG Karlsruhe FamRZ 2007, S. 746). Zudem kann das Gericht einen Elternteil mit Inkrafttreten des FamFG unabhängig vom Bestehen sorgerechtlicher Befugnisse von Amts wegen oder auf Antrag hinzuziehen, wenn das Kind oder der Jugendliche bei diesem Elternteil lebt oder bei Einleitung des Verfahrens gelebt hat (§§ 7 Abs. 3, 167 Abs. 1 S. 1, 315 Abs. 4 Nr. 1 FamFG). Ebenso können Pflegeeltern beteiligt werden (§§ 7 Abs. 3, 167 Abs. 1 S. 1, 315 Abs. 4 Nr. 1 FamFG), deren Rechte das FamFG insgesamt ausgebaut hat (vgl. etwa § 161 FamFG).

Das Gericht hat dem Kind oder Jugendlichen einen Verfahrensbeistand zu bestellen, wenn dies zur Wahrnehmung seiner Interessen erforderlich ist (§§ 167 Abs. 1 S. 2, 317 Abs. 1 FamFG). Die Verweisung ist insoweit als lex specialis zu der allgemeinen Regelung der Verfahrensbeistandschaft in § 158 FamFG zu verstehen. Wegen des Bestehens der Möglichkeit eines Konflikts zwischen den Interessen des Kindes oder Jugendlichen und seinem gesetzlichen Vertreter wird grundsätzlich ein Verfahrensbeistand zu bestellen sein. Der Verfahrensbeistand ist so früh wie möglich zu bestellen. Zu seinen Aufgaben zählt insbesondere: (1) Aufklärung und Information des Kindes oder Jugendlichen; (2) Kontrolle der Einhaltung der Verfahrensgarantien des FamFG durch das Gericht; (3) Vorbereitung des Kindes oder Jugendlichen auf die richterliche Anhörung; (4) Wahl einer altersadäquaten Unterbringungsform; (5) Prüfen des Einlegens von Rechtsmitteln (vgl. die ausführlichen Darstellungen von Koritz 2006, S. 42 und Bauer 2001, S. 80).

Jugendliche gelten in Unterbringungsverfahren abweichend von den allgemeinen Regelungen ausdrücklich bereits ab Vollendung des vierzehnten Lebensjahrs als verfahrensfähig (§§ 9 Abs. 1, 167 Abs. 3 FamFG).

Kinder und Jugendliche sind vor der familiengerichtlichen Entscheidung grundsätzlich persönlich anzuhören. Zudem ist sich von ihnen ein persönlicher Eindruck zu verschaffen (§§ 167 Abs. 1 S. 1, 319 Abs. 1 FamFG). Zumindest sein(e) personensorgeberechtigten(r) Elternteil(e) bzw. sein Vormund oder Pfleger sowie die Pflegeeltern sind ebenfalls persönlich anzuhören (§ 167 Abs. 4 FamFG). Dem zuständigen Jugendamt ist Gelegenheit zur Äußerung zu geben (§§ 167 Abs. 1 S. 1, 320 FamFG).

Vor seiner Entscheidung hat das Gericht nach §§ 167 Abs. 1 S. 1, 321 Abs. 1 FamFG das Gutachten eines Sachverständigen einzuholen, der das Kind oder den Jugendlichen persönlich zu untersuchen oder zu befragen hat. Nach § 167 Abs. 6 FamFG soll der Sachverständige in der Regel Arzt für Kinder- und Jugendpsychiatrie und -psychotherapie sein. Das Gutachten kann seit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls auch durch einen in Fragen der Heimerziehung ausgewiesenen Psychotherapeuten, Psychologen, Pädagogen oder Sozialpädagogen erstattet werden (§ 167 Abs. 6 FamFG; vgl. zu den durch die Erweiterung des Kreises der Gutachter aufgeworfenen Fragen, insbesondere zum Status der nicht ärztlichen Gutachter Rohmann 2009, S. 30). Ein Gutachter mit einer derartigen Qualifikation wird primär bei einer Unterbringung aus erzieherischen Gründen in Betracht kommen. Bei einer Unterbringung aus erzieherischen Gründen als Hilfe zur Erziehung, §§ 27 ff. SGB VIII, muss jedoch vor der gerichtlichen Entscheidung bereits der Hilfeplan vorliegen, an dessen Erstellung Fachkräfte der Sozialen Arbeit bereits beteiligt waren (§ 36 SGB VIII). Letztlich wird der Verzicht auf eine psychiatrische Begutachtung in diesen Konstellationen nur in Betracht kommen, wenn ein (auch) psychiatrischer Hintergrund für das Verhalten des Kindes oder Jugendlichen ausscheidet (Rohmann 2009, S. 30).

Weitere Vorgaben hinsichtlich der Auswahl des oder der Gutachter(s) macht das Gesetz nicht. Das Gericht wählt den Gutachter nach pflichtgemäßem Ermessen aus (§ 26 FamFG; Jansen/Sonnenfeld § 70 e FGG Rn. 6). Faktisch steht dem Gericht meist überhaupt nur ein beschränkter Kreis potenzieller Gutachter zur Verfügung (Wille 2002, S. 85). Auch die Bestellung des Konsiliararztes einer Jugendhilfeeinrichtung ist nicht generell wegen des Bestehens eines Interessenkonfliktes ausgeschlossen. Andererseits hat das Gericht darauf zu achten, ob im konkreten Fall Interessenkonflikte vorhanden sind (Jansen/Sonnenfeld § 70 i FGG Rn. 13).

Bei den in den Gutachten anzutreffenden jugendpsychiatrischen Diagnosen dominieren externalisierende Sozialverhaltensstörungen, zudem vielfach in Verbindung mit Problemkonstellationen – wie bei hyperkinetischen Störungen – bei denen pädagogische neben spezifisch psychiatrischen Maßnahmen, z. B. in Gestalt einer medikamentösen Behandlung einer Impulskontroll- oder Aufmerksamkeitsstörung, von besonderer Bedeutung sind (Rüth et al. 2002, S. 370).

Im Tenor der gerichtlichen Entscheidung ist nach §§ 167 Abs. 1 S. 1, 323 FamFG beim Erteilen einer Genehmigung oder Anordnen einer Unterbringungsmaßnahme diese näher zu bezeichnen und der Zeitpunkt zu benennen, zu dem die Genehmigung bzw. die Unterbringungsmaßnahme endet. Maximaler Genehmigungszeitraum sind nach §§ 167 Abs. 1 S. 1, 329 Abs. 1 FamFG zwei Jahre. Bei Kindern und Jugendlichen wird die unmittelbare Anordnung einer Unterbringung für die Dauer von zwei Jahren jedoch in der Regel nicht verhältnismäßig sein (vgl. zu den tendenziell negativen Befunden hinsichtlich einer längerfristigen positiven Veränderung durch eine freiheitsentziehende Unterbringung sowie Anhaltspunkten für unbeabsichtigte negative Effekte Kindler et al. 2007, S. 40). Nach einer Entscheidung des BVerfG (FamRZ 2007, S. 1627) ist klarzustellen, ob die Unterbringung in einer psychiatrischen Klinik oder in einer geschlossenen Einrichtung der Jugendhilfe genehmigt wird. Die Auswahlentscheidung des gesetzlichen Vertreters umfasst demnach nur die Wahl zwischen verschiedenen geschlossenen Heimen oder psychiatrischen Kliniken (vgl. zu den Indikationen für die eine oder andere Einrichtung Permien 2006, S. 111).

Nicht statthaft ist eine generelle, pauschale Genehmigung künftiger freiheitsentziehender Unterbringungen. Die Voraussetzungen für eine freiheitsentziehende Unterbringung müssen vielmehr im Moment der familiengerichtlichen Entscheidung als maßgeblichem Zeitpunkt für die Beurteilung vorliegen (MüKo/Wagenitz § 1800 BGB Rn. 31).

Entscheidungen über Unterbringungsmaßnahmen sind unter anderem dem Kind oder Jugendlichen und seinem oder seinen

gesetzlichen Vertreter(n) bekannt zu geben (§§ 41, 167 Abs. 1 S. 1, 325 FamFG). Sie werden mit Rechtskraft wirksam, sofern das Gericht nicht die sofortige Wirksamkeit der Entscheidung anordnet (§§ 167 Abs. 1 S. 1, 324 FamFG).

Gegen die Entscheidung kann Beschwerde nach §§ 58 ff., 167 Abs. 1 S. 1, 335 f. FamFG binnen eines Monats (§ 63 Abs. 1 FamFG) zum OLG eingelegt werden. Beschwerdebefugt ist auch der bereits verfahrensfähige Jugendliche (§§ 167 Abs. 3, 60 FamFG). Wurde eine vorläufige Genehmigung durch einstweilige Anordnung erteilt (§§ 167 Abs. 1 S. 1, 331 ff. FamFG), ist die Beschwerde binnen einer Frist von zwei Wochen einzulegen (§ 63 Abs. 2 FamFG). Es ist die zulassungsfreie Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof gegeben (§ 70 Abs. 3 Nr. 2 FamFG). Verfahrensrechtlichen Vorgaben werden in Unterbringungsverfahren vielfach nicht beachtet (vgl. die Ergebnisse einer Untersuchung des DJI Hoops/Permien 2005, S. 41 sowie einer von Rüth et al. 2004, S. 739) – wie zuletzt auch die bereits zitierte Entscheidung des BVerfG auf bedrückende Weise verdeutlichte (FamRZ 2007, S. 1627).

Vor dem Inkrafttreten des FamFG hatten Eltern, denen das Recht zur Personensorge entzogen wurde, keine Befugnis zur Beschwerde gegen eine familiengerichtliche Entscheidung, in der die Entscheidung eines Vormunds oder Pflegers für eine freiheitsentziehende Unterbringung genehmigt wurde (OLG Hamm FamRZ 2007, S. 1577). Nach Inkrafttreten des FamFG knüpft die Beschwerdeberechtigung von Eltern nicht mehr an die Personensorge an. Eltern sind vielmehr zur Beschwerde im Interesse des Kindes oder Jugendlichen befugt, wenn das Kind oder der Jugendliche bei diesen lebt oder bei Einleitung des Verfahrens gelebt hat (§§ 167 Abs. 1 S. 1, 335 Abs. 1 Nr. 1 FamFG), sofern sie im ersten Rechtszug beteiligt worden sind (§§ 7 Abs. 3, 167 Abs. 1 S. 1, 315 Abs. 4 Nr. 1 FamFG). Die Regelungen gelten auch für Pflegeeltern.

Für die Verlängerung einer freiheitsentziehenden Unterbringung sind die Normen entsprechend anzuwenden (§§ 167 Abs. 1 S. 1, 329 Abs. 2 S. 1 FamFG).

III. Zuführung zu einer freiheitsentziehenden Unterbringung (§ 167 Abs. 5 FamFG)

Die Befugnis zur Entscheidung über eine zivilrechtliche freiheitsentziehende Unterbringung umfasst gegenüber Kindern und Jugendlichen nach Erteilen einer familiengerichtlichen Genehmigung anders als bei Volljährigen auch die Befugnis zur Zuführung zu einer Einrichtung unter Anwendung von unmittelbarem Zwang. Das Bestehen dieser Befugnis wird ebenso wie die zur Veranlassung einer Zwangsbehandlung mit dem Erziehungsrecht bzw. der Erziehungspflicht der sorgeberechtigten Eltern, des Vormunds oder des Pflegers begründet (§§ 1800, 1631, 1915 BGB; HK-BUR/Hoffmann § 1631 b BGB Rn. 51).

Nach § 167 Abs. 5 FamFG hat das Jugendamt den gesetzlichen Vertreter auf dessen Wunsch hin bei der Zuführung zu unterstützen. Das Jugendamt kann demnach Unterstützungshandlungen, zu denen es aufgefordert wird, nicht verweigern. Hingegen entscheidet es über Art und Weise der Unterstützung – auch über die Erforderlichkeit von Zwangsmaßnahmen – als Fachbehörde selbst. Gewalt darf das Jugendamt anders als ein gesetzlicher Vertreter nur auf Grund einer besonderen gerichtlichen Entscheidung anwenden (§ 326 Abs. 2 FamFG). Auch nach einer entsprechenden gerichtlichen Entscheidung ist das Jugendamt nach überwiegender Ansicht nicht befugt, selbst Zwangsmittel anzuwenden, sondern hat die Polizei um Amtshilfe zu bitten (Walther 2007, S. 167). Denkbar ist jedoch, dass der oder die gesetzliche(n) Vertreter das Jugendamt seine bzw. ihre Befugnisse zur Anwendung von Zwang auf das Jugendamt delegieren.

Wohl überwiegend wird die Auffassung vertreten, dass das Jugendamt – bzw. die insoweit zuständige kommunale Behörde – nicht für den Transport und das Stellen eines Spezialfahrzeugs zuständig ist (vgl. Walther 2007, S. 167). Auch die Polizei ist nicht im Wege der Amtshilfe verpflichtet, entsprechende Transportmittel zur Verfügung zu stellen. Sie lehnt dies in der Praxis meist unter Hinweis auf versicherungs- und haftungsrechtliche Fragen ab. Der Transport ist vielmehr vom gesetzlichen Vertreter des Kindes oder Jugendlichen zu organisieren.

Umstritten ist, wer die Kosten der Unterstützungsmaßnahmen trägt. Teilweise wurde die Ansicht vertreten, dass die Kosten von der die Zuführung unterstützenden Behörde – demnach bei Kindern und Jugendlichen vom Jugendamt – zu tragen sind (so Jansen/Sonnenfeld § 70 g FGG Rn. 32; LG Koblenz FamRZ 2004, S. 566). Wohl überwiegend wird die Auffassung vertreten, dass die Landesjustizkassen die Kosten als Justizkosten tragen. Das Gericht kann diese Kosten dann bei der Festsetzung des Zwangsmittels als Verfahrenskosten auferlegen (Walther 2007, S. 167; OLG Köln OLGR 2004, S. 425). Letztlich sind im Rahmen der Zuführung eines Kindes oder Jugendlichen die Kosten demnach durch diejenigen zu tragen, gegenüber denen das Kind oder der Jugendliche zivilrechtliche Unterhaltsansprüche besitzt (vgl. auch Marschner/Volckart B Rn. 276) – sofern nicht eine teilweise Übernahme der Kosten durch die Krankenversicherung im Rahmen eines Krankentransports in Betracht kommt.

IV. FamFG und Unterbringung auf öffentlich-rechtlicher Grundlage

1. Verhältnis von öffentlich-rechtlicher und zivilrechtlicher Unterbringung bei Minderjährigen

Eine freiheitsentziehende Unterbringung von Kindern und Jugendlichen sollte regelmäßig auf zivilrechtlicher Grundlage erfolgen, denn Kinder und Jugendliche haben zum Zeitpunkt ihrer Unterbringung – anders als Volljährige, für die teilweise erst ein Betreuer zu bestellen ist – einen gesetzlichen Vertreter, dessen Vertretungsbefugnis im Falle personensorgeberechtigter Eltern zudem unter dem Schutz von Art. 6 Abs. 2 GG steht (Wille 2002, S. 85). Dabei sollte der Notdienst der Gerichte auch eine zeitnahe freiheitsentziehende Unterbringung in Krisenfällen ermöglichen (Wille a. a. O.). Eine öffentlich-rechtliche Unterbringung kommt daher primär in Betracht, wenn selbst eine gerichtliche Eilentscheidung nicht abgewartet werden kann. Als Rechtsgrundlage einer freiheitsentziehenden Unterbringung kommen in diesen Fällen die jeweilige länderrechtliche Regelung im einschlägigen Unterbringungs- bzw. PsychischKrankenGesetz bzw. die bundesrechtliche Befugnis nach § 42 Abs. 5 SGB VIII in Betracht.

2. Öffentlich-rechtliche Unterbringung nach PsychKG

Die Unterbringungs- bzw. PsychischKrankenGesetze der Länder unterscheiden generell nicht zwischen freiheitsentziehenden Unterbringungen minder- und volljähriger Betroffener (vgl. § 1 Abs. 3 UBG-Ba-Wü). Teilweise wird ausdrücklich festgehalten, dass Kinder und Jugendliche gesondert untergebracht und betreut werden sollen (vgl. § 7 Abs. 3 UBG-Ba-Wü).

Grundlage einer freiheitsentziehenden öffentlich-rechtlichen Unterbringung ist nicht die Entscheidung des gesetzlichen Vertreters sondern eine Anordnung des örtlich zuständigen Familiengerichts. Nur ausnahmsweise, wenn eine sofortige Unterbringung zwingend erforderlich ist, ist eine sogenannte fürsorgliche Aufnahme bereits vor einer gerichtlichen Anordnung der Unterbringung möglich (vgl. § 4 UBG-Ba-Wü). Die Einweisung in die Einrichtung hat dann durch die nach Landesrecht zuständige Ordnungsbehörde zu erfolgen, beruht demnach auf einem Verwaltungsakt. Die Mitarbeiter psychiatrischer Einrichtungen geben lediglich eine Einweisungsempfehlung ab.

Nach allen Landesgesetzen sind Voraussetzungen einer freiheitsentziehenden Unterbringung eine psychische Erkrankung oder geistige Behinderung des Minder- oder Volljährigen sowie das Bestehen einer gegenwärtigen, erheblichen Eigengefährdung des Betroffenen oder Dritter durch ihn beim Verzicht auf seine freiheitsentziehende Unterbringung (vgl. § 1 Abs. 2 UBG-Ba-Wü). Eine gegenwärtige Gefährdung besteht, wenn infolge der psychischen Erkrankung oder geistigen Behinderung ein Schaden stiftendes Ereignis unmittelbar bevorsteht oder sein Eintritt zwar unvorhersehbar, wegen besonderer Umstände jedoch jederzeit zu erwarten ist (OLG Zweibrücken R&P 2007, S. 35). Ermöglicht wird so beispielsweise die sofortige Unterbringung akut suizidgefährdeter oder fremdaggressiver Kinder und Jugendlicher in psychiatrischen Einrichtungen.

Bestimmte Behandlungsmaßnahmen sind im Rahmen einer freiheitsentziehenden Unterbringung zu dulden (vgl. § 8 Abs. 2 S. 2 UBG-Ba-Wü), die nach der Mehrzahl der Landesgesetze im Einzelfall auch unter Anwendung von Zwang durchgeführt werden können (vgl. § 12 UBG-Ba-Wü). Ärztliche Maßnahmen, die mit erheblichen Gefahren für Leben oder Gesundheit verbunden sind, dürfen auch im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen Unterbringung bei nicht selbst einwilligungsfähigen Minder- oder Volljährigen grundsätzlich nur nach vorheriger Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters erfolgen (vgl. § 8 Abs. 3 und 4 UBG-Ba-Wü).

3. Mit Freiheitsentziehung verbundene Inobhutnahme (§ 42 SGB VIII)

Grundlage einer öffentlich-rechtlichen Unterbringung durch das Jugendamt als öffentlichem Träger der Jugendhilfe kann die Regelung in § 42 Abs. 5 SGB VIII sein. Dabei hat das Jugendamt die Befugnis, während einer Inobhutnahme freiheitsentziehende Maßnahmen durchzuführen bzw. ein Kind oder jugendlichen Minderjährigen freiheitsentziehend unterzubringen, wenn und soweit die Maßnahmen bzw. die Unterbringung erforderlich sind, um eine Gefahr für Leib oder Leben des Kindes oder des Jugendlichen oder eine Gefahr für Leib oder Leben Dritter abzuwenden. Die entsprechenden Maßnahmen sind ohne gerichtliche Entscheidung spätestens mit Ablauf des Tages nach ihrem Beginn zu beenden. Dabei muss die gerichtliche Entscheidung innerhalb der Frist ergehen, das bloße Anrufen des Gerichts reicht nicht aus. Ansonsten ist die freiheitsentziehende Unterbringung zu beenden (Kunkel 2003, S. 277).

Es handelt sich demnach ausschließlich um eine Kompetenz für akute Krisensituationen (Trenczek 2000, S. 121), in denen eine Entscheidung des gesetzlichen Vertreters oder eine gerichtliche Entscheidung nicht hinreichend schnell eingeholt werden kann. Die Vorläufigkeit der Unterbringung bezieht sich also nicht auf einen bestimmten Zeitraum, sondern auf das Ausstehen einer Entscheidung des zur Sorge für die Person Berechtigten (Kunkel 2003, S. 277; vgl. insgesamt zu den Kontroversen bei der dogmatischen Einordnung der Norm, die in diesem Rahmen nicht zu vertiefen sind: LPK-SGB VIII/ Röchling § 42 SGB VIII Rn. 105; FK-SGB VIII § 42 SGB VIII Rn. 65; BVerfG FamRZ 2007, S. 1627 mit Anm. Hoffmann 2007 b, S. 193).

V. Fazit

Bezogen auf das Verfahrensrecht ergeben sich durch das FamFG und das Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls anders als bezüglich des materiellen Rechts wirkliche Veränderungen. Die ausdrückliche Normierung der Möglichkeit zur Beteiligung eines Elternteils unabhängig vom Bestehen sorgerechtlicher Befugnisse, sofern das Kind oder der Jugendliche bei diesem Elternteil lebt oder bei Einleitung des Verfahrens gelebt hat, und zur Beteiligung von Pflegeeltern ist zu begrüßen. Dies gilt auch für die mit der Beteiligung verbundene Möglichkeit dieser Personen zur Beschwerde. Erfreulich ist ferner, dass sich der Streit darüber, ob in bestimmten Konstellationen die Vormundschafts- und nicht die Familiengerichte zuständig sind (OLG Brandenburg FamRZ 2008, S. 616; Hanseatisches OLG FamRZ 2008, S. 1018; OLG Dresden JAmt 2006, S. 161), durch das »große Familiengericht« des FamFG erledigt hat. Ob die Ausweitung des Kreises der möglichen Gutachter eine Qualifizierung der Entscheidungen mit sich bringen wird oder ob »der Gerichtsbarkeit dadurch vielleicht eine Verfahrenserleichterung eingeräumt, gleichzeitig aber wohl eine Qualitätseinbuße offeriert« (Rohmann 2009, S. 30, der auch ein Anforderungsprofil aufstellt) wird, falls das Gericht auf die Qualifikation der nicht ärztlichen Sachverständigen nicht hinreichend achtet, bleibt abzuwarten.

Literatur

AnwaltKommentar BGB (2005) Familienrecht. Bd. 4. Bonn: DeutscherAnwaltVerlag (zitiert: AnwK-BGB/Bearbeiter)

Bamberger HJ, Roth H (Hg) (2008) Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 3, §§ 1297 – 2385 BGB. 2. Aufl. München: C. H. Beck (zitiert: Bamberger/Roth/Bearbeiter)

Bauer et al. (Hg) Heidelberger Kommentar zum Betreuungs- und Unterbringungsrecht. Stand: 67. Lfg. Heidelberg: C. F. Müller (zitiert: HK-BUR/Bearbeiter)

Bauer A (2001) Neue Gesichtspunkte zum Thema Freiheitsentzug und geschlossene Unterbringung in der Jugendhilfe. Evangelische Jugendhilfe 78: 80 – 90

Beaucamp G (2007) Ist § 1631 b Satz 1 BGB verfassungswidrig? Recht der Jugend und des Bildungswesens 54: 98 – 106

Bienwald W et al. (2005) Betreuungsrecht. 4. Aufl. Bielefeld: Gieseking (zitiert: Bienwald/Bearbeiter)

Czerner F (2002) Die elterlich initiierte Unterbringung gemäß § 1631 b BGB – ein familienrechtliches Fragment im vormundschafts- und verfassungsrechtlichen Spannungsfeld, Archiv für civilistische Praxis 202: 72 – 136

Damrau J, Zimmermann W (2001) Betreuungsrecht. 3. Aufl. Stuttgart: Kohlhammer

Diemer H et al. (2008) Jugendgerichtsgesetz. 5. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller (zitiert: Diemer H et al./Bearbeiter)

Eisenberg U (2009) Jugendgerichtsgesetz. 13. Aufl. München: C. H. Beck

Frankfurter Kommentar zum SGB VIII (2006) Kinder- und Jugendhilferecht. 5. Aufl. Weinheim: Juventa (zitiert: FK-SGB VIII)

Hoffmann B (2007 a) Rechtliche Aspekte psychiatrischer bzw. psychologischer Behandlung Minderjähriger. Recht & Psychiatrie 25: 173 – 179

Hoffmann B (2007 b) Anmerkungen zur Entscheidung des BVerfG vom 14. Juni 2007. Recht & Psychiatrie 25: 193 – 194

Hoops S, Permien H (2005) Kinder und Jugendliche und Freiheitsentziehende Maßnahmen in der Jugendhilfe. Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe 16: 41 – 49

Jansen P, Schuckmann v H-J (Hg) (2005) Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. 3. Aufl. Bd. 2, §§ 35 – 70 n FGG. Berlin: de Gruyter (zitiert: Jansen/Bearbeiter).

Kindler H et al. (2007) Geschlossene Formen der Heimunterbringung als Maßnahme der Kinder- und Jugendhilfe. Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe 18: 40 – 48

Koritz N (2006) Der Verfahrenspfleger im Unterbringungsverfahren nach § 1631 b BGB – das Spannungsfeld zwischen einer Bestellung nach § 50 und § 70 b FGG. Familie Partnerschaft Recht 12: 42 – 44

Kunkel P-C (2003) Geschlossene Unterbringung nach § 42 SGB VIII zum Schutz des Kindes. Familie Partnerschaft Recht 9: 277 – 279

Kunkel P-C (2006) Sozialgesetzbuch VIII. Kinder und Jugendhilfe. 3. Aufl. Baden-Baden: Nomos (zitiert: LPK SGB VIII/ Bearbeiter)

Marschner R, Volckart B (2001) Freiheitsentziehung und Unterbringung. Materielles Recht und Verfahrensrecht. 4. Aufl. München: C. H. Beck

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (2008) Bd. 8, Familienrecht II, §§ 1589 – 1921 BGB, SGB VIII. 5. Aufl. München: C. H. Beck (zitiert: MüKo/Bearbeiter)

Oberloskamp H (Hg) (1998) Vormundschaft, Pflegschaft und Beistandschaft für Minderjährige. 2. Aufl. München: C. H. Beck (zitiert: Oberloskamp/Bearbeiter)

Palandt (2008) Bürgerliches Gesetzbuch. 68. Aufl. München: C. H. Beck (zitiert: Palandt/Bearbeiter)

Permien H (2006) Indikationen für geschlossene Unterbringung in der Praxis von Jugendhilfe und Jugendpsychiatrie. Recht & Psychiatrie 24: 111 – 118

Rohmann JA (2009) In Fragen der Heimerziehung ausgewiesener Psychologe als Sachverständiger bei Unterbringung von Kindern und Jugendlichen (§ 70 e FGG n. F.). Familie Partnerschaft Recht 15: 30 – 34

Rüth U et al. (2002) Das jugendpsychiatrische Gutachten zur geschlossenen Unterbringung Minderjähriger in der Psychiatrie und in der Jugendhilfe – Statusermittlung versus Prozessdiagnostik. Zentralblatt für Jugendrecht 88: 370 – 375

Rüth U et al. (2004) Rechtliche Aspekte im Verfahren der geschlossenen Unterbringung Minderjähriger in der Jugendhilfe gemäß § 1631 b BGB – Untersuchung anhand 101 jugendpsychiatrischer Gutachten. Gesundheitswesen: 739 – 747

Staudinger (2007) Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 4., Familienrecht, §§ 1626 – 1633 BGB, RKEG. Berlin: Sellier-de Gruyter (zitiert: Staudinger/Bearbeiter)

Trenczek T (2000) Inobhutnahme und geschlossene Unterbringung. Zentralblatt für Jugendrecht 87: 121 – 134

Walther G (2007) Vor- und Zuführungen in Betreuungs- und Unterbringungsverfahren. Recht & Psychiatrie 25: 167 – 172

Wille J (2002) § 1631 b BGB in der amtsgerichtlichen Praxis. Zentralblatt für Jugendrecht 89: 85 – 95

Anschrift der Verfasserin
Urachstr. 9 a
79102 Freiburg