



## **Stellungnahme**

29. September 2016

zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung eines familiengerichtlichen Genehmigungsvorbehaltes für freiheitsentziehende Maßnahmen bei Kindern

### **A) Allgemeines**

Die Kommission begrüßt das Vorhaben, unterbringungsähnliche Maßnahmen bei Minderjährigen unter den familienrichterlichen Genehmigungsvorbehalt zu stellen. Dies ist im Anschluss an die im Entwurf zitierte Entscheidung des BGH vom 07.08.2013<sup>1</sup> bereits wiederholt in der Literatur<sup>2</sup> gefordert worden, um einen effektiven Schutz der Grundrechte des Kindes zu gewährleisten. Dabei ist der Entwurfsbegründung<sup>3</sup> ausdrücklich zuzustimmen, dass freiheitsentziehende Maßnahmen mindestens ebenso schwerwiegend und belastend sein können wie eine gemäß § 1631b BGB genehmigungspflichtige freiheitsentziehende Unterbringung.

### **B) Zum Entwurf im Einzelnen:**

#### **I. Neueinführung des § 1631b Abs. 2 BGB (Art. 1 Nr. 3 des Entwurfs)**

Unterstützt wird die Einführung des Genehmigungsvorbehaltes sowohl für Minderjährige, die bereits mit Genehmigung des Gerichts gemäß § 1631b BGB freiheitsentziehend untergebracht sind, als auch für solche, die nicht freiheitsentziehend untergebracht sind. Denn zusätzliche unterbringungsähnliche Maßnahmen stellen auch bei bereits

---

<sup>1</sup> BGH FamRZ 2013, 1646.

<sup>2</sup> U. a. Staudinger/Salgo, BGB, Elterliche Sorge 1 – Inhaberschaft und Inhalt, 2015, § 1631b Rn. 14 m. w. N.; Erman/Döll, BGB, 14. Aufl., 2014, § 1631b Rn. 3; Breidenstein jM 2014, 99; Götz, Göttinger Juristische Schriften, Band 19, 2016, S. 65, 86.

<sup>3</sup> Seite 6 unter I.

geschlossen untergebrachten Minderjährigen einen – weiteren – Eingriff in ihre Freiheitsrechte dar.<sup>4</sup> Die Neueinführung beendet darüber hinaus den Streit, ob nicht, wenn bereits verschlossene Haustüren eine Freiheitsentziehung bedeuten können, dies erst recht gelten muss, wenn ein Minderjähriger z. B. an das Bett gefesselt wird, so dass die Fesselung bereits unter den Begriff der Unterbringung zu subsumieren sei.<sup>5</sup> Zu Recht ist schließlich darauf hingewiesen worden, dass der Genehmigungsvorbehalt nicht nur eine Einschränkung der elterlichen Sorgekompetenz bedeutet, sondern umgekehrt gerade kindeswohlorientierten, aber hinsichtlich der zu treffenden Maßnahmen unsicheren Eltern eine willkommene Orientierungs- und Entscheidungshilfe sein kann.<sup>6</sup>

Fraglich erscheint indes, ob freiheitsentziehende Maßnahmen bei Minderjährigen, die sich im Elternhaus befinden, vom Genehmigungsvorbehalt ausgeschlossen bleiben sollen. Angesichts der Kürze der zur Verfügung stehenden Stellungnahmefrist hat sich insoweit noch keine einheitliche Auffassung in der Kommission gebildet. *Ein Teil* folgt der Entwurfsbegründung, wonach die Eltern zuhause selbst hinreichend Kontrollmöglichkeit haben. Zudem wäre ein Genehmigungstatbestand in solchen Fällen kaum praktisch umsetzbar, da die Kontrolle durch das Familiengericht davon abhinge, ob die Eltern auch für solche Maßnahmen in ihrem eigenen Haushalt tatsächlich das Familiengericht einschalten.<sup>7</sup> Zudem bestehe keine Schutzlücke, da über § 1666 BGB ausreichender Kinderschutz gewährleistet werden könne.

Für diese Auffassung spricht, dass der mit einem Genehmigungsvorbehalt verbundene Eingriff in das Sorgerecht den Vorgaben genügen muss, die Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG aufstellt. Eltern können grundsätzlich frei von staatlichen Einflüssen darüber entscheiden, wie sie ihrer Elternverantwortung gerecht werden wollen. Erst wenn die Schwelle der Kindeswohlgefährdung erreicht ist, kommt das Wächteramt des Staates zu tragen. Vor dem Hintergrund dieser Vorgaben bestehen sicherlich keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die geltende Fassung von § 1631b, soll doch der abstrakten Gefahr vorgebeugt werden, dass ein Minderjähriger „unbemerkt in einer geschlossenen Anstalt verschwinden kann“.<sup>8</sup> Die §§ 1666, 1666a BGB genügen hier zur Abwehr dieser Gefahr

---

<sup>4</sup> S. die im Entwurf S. 7 oben zitierte BGH-Rspr.

<sup>5</sup> Münchener Kommentar/Huber, BGB, Band 8, 6. Aufl., 2012, § 1631b Fußn. 25 m. w. N.

<sup>6</sup> Staudinger/Salgo, a.a.O., Rn.14

<sup>7</sup> Entwurfsbegründung S. 10 zu B Art. 1 Nr. 3.

<sup>8</sup> Staudinger/Salgo, a.a.O., Rn. 4; BGH FamRZ 2013, 1646, 1647.

nicht, da das Familiengericht von der Unterbringung keine Kenntnis erlangt.<sup>9</sup> Der Eingriff in das Elternrecht ist auch verhältnismäßig, da der Genehmigungsvorbehalt nicht die Befugnis der Eltern zur freiheitsentziehenden Unterbringung beschneidet.<sup>10</sup> Entsprechendes gilt für die im Referentenentwurf vorgeschlagene Erweiterung des Genehmigungsvorbehalts auf die Einwilligung der Eltern in freiheitsentziehende Maßnahmen in Anstalten, Heimen oder sonstigen Einrichtung. Hier besteht eine auf Tatsachen begründete Gefahr, dass Eltern diese Einwilligung häufig erteilen, weil wiederholt Einrichtungen nur dann bereit sind, das Kind aufzunehmen, oder weil die Eltern nicht in der Lage oder willens sind, die Ausübung der Maßnahmen in den Einrichtungen zu kontrollieren oder zu hinterfragen.<sup>11</sup> Aufgrund dieser Ohnmachts- und Drucksituationen besteht also auch hier die abstrakte Gefahr, dass Kinder einer solchen freiheitsentziehenden Maßnahme außerhalb des Elternhauses ausgesetzt sind, obwohl keine Selbst- oder Fremdgefährdung vorliegt oder bei sinnvoller Wahrnehmung des Sorgerechts eine Problemlösung auf weniger schwerwiegende Weise hätte erreicht werden können. Man kann nicht davon ausgehen, dass Eltern, wenn das Kind in ihrer Obhut bleibt und sie die Kontrollmöglichkeit behalten,<sup>12</sup> sich in einer ähnlichen Ohnmacht befinden, wie dies bei Fremdunterbringung des Kindes der Fall ist. Ein Genehmigungsvorbehalt würde Eltern von behinderten oder verhaltensauffälligen Kindern unter einen Generalverdacht stellen, sie seien überfordert und nicht in der Lage, in einer dem Kindeswohl dienlichen Weise freiheitseinschränkende Maßnahmen zur Abwehr von Gefahren für ihr Kind einzusetzen. Außerdem würde ein Genehmigungsvorbehalt zu Recht die Mehrzahl der Eltern behinderter Kinder verärgern, die sich der Pflege ihrer Kinder aufopferungsvoll und unter Inanspruchnahme staatlicher Hilfen widmen.

*Für eine Ausweitung des Genehmigungsvorbehalts* auch für im Haushalt von Eltern lebende Kinder lässt sich anführen: Kinderschutz über § 1666 BGB kann durch das Familiengericht auch nur in den Fällen erreicht werden, in denen es von Fixierungen oder ähnlichen Maßnahmen überhaupt Kenntnis erlangt. Ein allgemeines Genehmigungsbedürfnis würde zudem die Sensibilität von Eltern für die Grundrechte

---

<sup>9</sup> BT-Drucks. 8/2788 S. 51.

<sup>10</sup> Staudinger/Salgo, a.a.O., § 1631b Rn. 4.

<sup>11</sup> Entwurfsbegründung S. 9.

<sup>12</sup> Entwurfsbegründung S. 10.

ihres Kindes schärfen. Die Argumente, Eltern befänden sich bei der Entscheidung über freiheitsentziehende Maßnahmen häufig in einer besonderen Belastungssituation und nicht selten sei die Eltern-Kind-Beziehung Teil der Probleme des Kindes,<sup>13</sup> gelten für Fälle, in denen das Kind im Haushalt der Eltern lebt, in gleichem Maße. Gerade in der letztgenannten Konstellation ist das „Näheverhältnis“ zwischen Kindern und Eltern aber kein wirkliches Argument zum Schutz von Kindern. Zudem wären vermutlich viele Eltern, die ihr Sorgerecht im Interesse des Kindes ausüben, dankbar, wenn ihnen die oftmals sehr schwere Entscheidung, ihr Kind regelmäßig oder über einen längeren Zeitraum zu fixieren, dadurch erleichtert würde, dass ihnen eine staatliche Instanz – das Familiengericht – attestiert, eine rechtmäßige, dem Kindeswohl entsprechende Entscheidung zu treffen. Wollen Eltern für ihr im elterlichen Haushalt lebendes Kind zu freiheitsentziehenden Maßnahmen greifen, dürfte es für sie leichter sein, die Verhältnismäßigkeit dieser Maßnahme im Vorfeld durch das Familiengericht prüfen zu lassen als Gefahr zu laufen, wegen dieser Maßnahmen sich womöglich in einem Verfahren nach § 1666 BGB rechtfertigen zu müssen. Dies gilt insbesondere deshalb, weil im Entwurf durch die Einschränkung „in nicht alterstypischer Weise“ übliche elterliche Maßnahmen wie Laufställe oder Hochstühle bei Kleinkindern, Haus- oder Stubenarrest als erzieherische Sanktion bei älteren Kindern u. ä. von vornherein aus dem Genehmigungserfordernis herausgenommen werden.

Als *vermittelnde Auffassung* wird vorgeschlagen, das Genehmigungserfordernis auszudehnen auf Kinder, die im Haushalt eines Vormundes oder Ergänzungspflegers leben, weil Vormünder und Ergänzungspfleger sich nicht auf das Grundrecht des Art. 6 Abs. 2 GG berufen können, sondern Vertrauensperson des fürsorgenden Staates (Begründung S. 12) und damit weitergehenden Eingriffen ihrer Sorgerechtsposition als die Eltern ausgesetzt sind. Die Situation von im Haushalt der Eltern lebenden behinderten Kindern könnte dann zumindest in das Spektrum der späteren Gesetzesevaluation einbezogen werden.

---

<sup>13</sup> Entwurfsbegründung S. 9 letzter Absatz.

## **II. Änderung des § 167 FamFG**

### **1. Zu Art. 2 Nr. 3 b (Beiordnung eines Verfahrensbeistandes)**

Die „stets erforderliche“ Beiordnung eines Verfahrensbeistandes wird begrüßt. Dieser ergänzende Satz entspricht der bisherigen Position des Bundesverfassungsgerichts<sup>14</sup> für Unterbringungen, weil es sich insoweit um einen besonders schweren Eingriff in das Recht des Kindes auf persönliche Freiheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG) handelt. Für unterbringungsähnliche Maßnahmen gilt nichts Anderes.

### **2. Zu Art. 2 Nr. 3 c (Ärztliches Zeugnis)**

Für eine freiheitsentziehende Maßnahme soll die Vorlage eines ärztlichen Attestes statt eines Gutachtens ausreichen. Positiv beurteilt die Kommission zunächst, dass durch den vorgesehenen letzten Halbsatz (Verweis auf § 167 Abs. 6 Satz 1) dieses ärztliche Attest von einem Arzt für Kinder- und Jugendpsychiatrie und -psychotherapie erstellt werden muss. Dieses Erfordernis sorgt für die notwendige Fachkompetenz des Arztes. Andererseits verzichtet der Entwurf für freiheitsentziehende Maßnahmen anders als bei einer freiheitsentziehenden Unterbringung auf eine vorherige Begutachtung, obgleich auch nach der Entwurfsbegründung eingeräumt wird, dass eine freiheitsentziehende Maßnahme vom Betroffenen oftmals als wesentlich einschneidender empfunden wird.<sup>15</sup> Ob dieser Verzicht der Intensität des Eingriffs in das Grundrecht des Kindes gerecht wird, kann bezweifelt werden.

Offenbar strebt der Entwurf hier den Gleichklang mit der betreuungsrechtlichen Regelung des § 321 Abs. 2 FamFG an. Wenn man im Interesse eines solchen Gleichklanges den Verzicht auf eine Begutachtung akzeptiert, sollte das Gesetz aber jedenfalls eine nähere Beschreibung enthalten, welche Mindestkriterien das ärztliche Zeugnis erfüllen muss. Dem reinen Wortlaut nach wäre nicht einmal sichergestellt, dass der bescheinigende Arzt den Minderjährigen selbst überhaupt untersucht hat und nicht nur allgemein attestiert, dass bei einer bestimmten Erkrankung, Behinderung oder Verhaltensauffälligkeit mit der von ihm bescheinigten Maßnahme Abhilfe geschaffen werden kann. Ebenso fehlt die Notwendigkeit einer Begründung, warum mildere Alternativlösungen nicht ausreichen. Im Betreuungsrecht hilft man sich mit dem Argument, betreuungsrechtliche Vorschriften

---

<sup>14</sup> BVerfG NJW 2007, 3560, 3561; Heilmann / Fink, Praxiskommentar Kindschaftsrecht, 2015, § 167 FamFG Rn.15.

<sup>15</sup> Entwurf S. 9 zweiter Absatz a. E.

müssten bei Unterbringungen auch ohne ausdrückliche Verweisung entsprechend angewandt werden, weil bei einer höheren Eingriffsintensität der Unterbringungsmaßnahme der Maßstab der Verfahrensgarantien zum Schutz des Betroffenen kein geringerer sein dürfe als bei der Bestellung eines Betreuers.<sup>16</sup> Auf diesem Weg gelten bei einer betreuungsrechtlichen Unterbringung für das ärztliche Zeugnis z. B. §§ 281 Abs. 2, 280 Abs. 2 FamFG, worin das Erfordernis persönlicher Untersuchung des Betroffenen durch den Arzt ausdrücklich enthalten ist. Ob allein der Verweis in § 167 Abs. 1 FamFG auf entsprechende Anwendung der unterbringungsrechtlichen Vorschriften dann auch noch eine entsprechende Anwendung von Vorschriften über die Anordnung einer Betreuung umfasst, erscheint sehr zweifelhaft. Eine derartige Verweisungskette ist zumindest kaum mehr nachvollziehbar.

Die Kommission plädiert daher bei einem Verzicht auf eine Begutachtung nachdrücklich dafür, jedenfalls Mindeststandards für die vorzulegende ärztliche Bescheinigung ausdrücklich gesetzlich zu verankern.

### **3. Zu Art. 2 Nr. 3d (Höchstdauer freiheitsentziehender Unterbringung)**

Der Entwurf sieht als Höchstdauer für freiheitsentziehende Maßnahmen 6 Monate vor und verkürzt zugleich die bisherige Höchstdauer für eine freiheitsentziehende Unterbringung von einem Jahr auf 6 Monate. Hinsichtlich des letztgenannten Punktes ist ebenfalls derzeit das Meinungsbild in der Kommission uneinheitlich: Zum Teil wird die Verkürzung als ein nicht zu unterschätzendes Signal in Richtung auf stärkeren Kinderschutz gesehen und es wird ausdrücklich begrüßt, dass für Minderjährige und Erwachsene unterschiedliche Regelungen gelten. Bei Minderjährigen mit offensichtlich längerem Unterbringungsbedarf lägen regelmäßig die Voraussetzungen für eine Verlängerung vor; entstehender gerichtlicher Mehraufwand sei gegenüber besserem Kinderschutz nachrangig.

Der Entwurf rechtfertigt die entstehende Abweichung von betreuungsrechtlichen Regelungen damit, es könne „der Dynamik der Entwicklung von Kindern und Jugendlichen besser Rechnung getragen werden.“<sup>17</sup> Dieses Argument erscheint einem anderen Teil der Kommission als nicht überzeugend: Dass sich Jugendliche regelmäßig

---

<sup>16</sup> Keidel/Budde, FamFG, 18. Aufl, 2015, § 321 FamFG Rn. 9; derselbe, a.a.O., § 312 Rn. 16 m. w. N.

<sup>17</sup> Entwurfsbegründung S. 13.

dynamischer entwickeln als alte Menschen, sei nichts Neues, so dass eine nähere Begründung für die Verkürzung der Höchstdauer einer Unterbringung zu erwarten gewesen wäre. Auch gebe es bei Jugendlichen eine Reihe von Fällen, in denen ein Minderjähriger aus pädagogischen Gründen freiheitsentziehend untergebracht wird; hier werde man innerhalb von 6 Monaten kaum Wunder erwarten können (vgl. § 18 JGG, der ein Mindestmaß von 6 Monaten Jugendstrafe vorsieht, um ausreichend erzieherisch einwirken zu können). Ebenso kämen auch bei Minderjährigen geschlossene Unterbringungen aufgrund Erkrankungen oder Behinderungen vor, bei denen bereits bei Anordnung absehbar sei, dass sich diese Ursachen für die Freiheitsentziehung nicht innerhalb weniger Monate ändern würden. Zudem seien Ärzte, Therapeuten, Pädagogen ohnehin verpflichtet, bei einem vorzeitigen Erfolg der freiheitsentziehenden Unterbringung bzw. bei Wegfall der Notwendigkeit freiheitsentziehender Maßnahmen diese auch vor Fristablauf zu beenden. Es sollte nach dieser Auffassung deshalb zumindest die Möglichkeit geschaffen werden, bei „offensichtlich langer Unterbringungsbedürftigkeit“ (§ 329 Abs. 1 Satz 1 FamFG) die bisherige Höchstdauer von einem Jahr weiterhin anordnen zu können. Dies werde zugleich den ansonsten zu erwartenden erheblichen Mehraufwand an Zeit und Kosten für wiederholte Verlängerungen eindämmen.

### **III. Zur fehlenden Evaluationsklausel (Entwurfsbegründung A VII)**

Die Kommission würde eine Evaluationsklausel sehr begrüßen. Die Praxis der freiheitentziehenden Unterbringung und der freiheitsentziehenden Maßnahmen in offenen Settings ist wenig systematisch durchleuchtet. Es bestehen widersprüchliche Aussagen, zudem enthält die statistische Erfassung Lücken und Fehler, auf die Vogel<sup>18</sup> bereits aufmerksam gemacht hat. Es sollte schon in diesem Gesetzgebungsverfahren deutlich gemacht und sichergestellt werden, dass der Gesetzgeber an den Wirkungen seiner Reform in einem verfassungsrechtlich sehr sensiblen Feld interessiert ist. Dies wird insbesondere auch für die im Familienhaushalt ihrer Eltern lebenden Kinder zu gelten haben, auch wenn der Gesetzgeber in dieser Reform darauf verzichten sollte, die gerichtliche Kontrolle auf diese Kinder auszudehnen. Bislang (s. zB BKSchG) sind die Erfahrungen mit Evaluationsklauseln überwiegend positiv – im Ausland oft

---

<sup>18</sup> Familiengerichtliche Genehmigung der Unterbringung mit Freiheitsentziehung bei Kindern und Jugendlichen nach § 1631b BGB, 2014, S. 232 ff.; ders. FamRZ 2015, 1ff.

selbstverständlich, zudem ist die haushaltsrechtlicher Bereitstellungspflicht der erforderlichen Mittel für die zugesicherte Implementationsforschung so am ehesten gewährleistet.

Gegen die weiteren vorgeschlagenen Änderungen gemäß Art. 3 ff des Entwurfs bestehen von Seiten der Kommission keine Bedenken.