

Rechtsgutachten zum Thema

**Freiheitsentziehende Maßnahmen und  
geschlossene Unterbringung nach  
§ 1631b BGB in der Kinder- und Jugendhilfe**

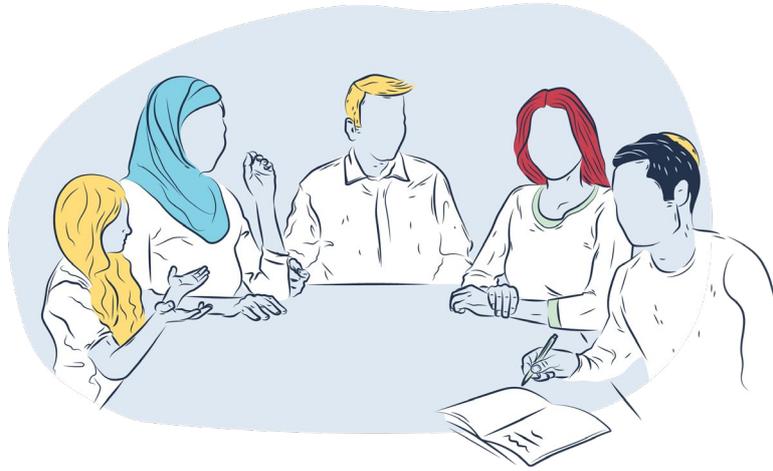
von Prof. Dr. jur. Simone Janssen, LL. M.

vom 20. August 2021

## Inhaltsverzeichnis

Grußwort .....	4
Vorwort .....	5
<b>I Einleitung .....</b>	<b>7</b>
1. Betroffene.....	7
2. § 1631b BGB – ein historischer Abriss.....	8
3. Kinder- und Jugendhilfe – ein historischer Abriss .....	11
<b>II. Betroffene (Grund-)Rechte und Schutzpflichten des Staates .....</b>	<b>11</b>
1. Kinder als Grundrechtsträger*innen und Grundrechtsmündigkeit .....	11
2. Kinderrechtskonvention/Behindertenrechtskonvention/Menschenrechtskonvention .....	12
3. Grundgesetz.....	12
a) Art. 1 Abs. 1 GG – Menschenwürde.....	13
b) Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG – Freiheit der Person .....	14
aa) Personeller und sachlicher Schutzbereich.....	14
(1) Personeller Schutzbereich – alle natürlichen Personen.....	14
(2) Sachlicher Schutzbereich – Freiheit .....	14
bb) Eingriff.....	15
(1) Freiheitsbeschränkung.....	15
(2) Freiheitsentziehung .....	15
(3) Einwilligung Minderjähriger .....	16
c) Art. 2 Abs. 2 S. 1 2. Alt. GG – Recht auf Gesundheit.....	16
d) Art. 2 Abs. 1 GG – Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit.....	17
e) Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG – Recht auf Erziehung durch die Eltern/Umgangsrecht.....	18
f) Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG – Grundrecht der Eltern .....	18
g) Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG – staatliches Wächteramt .....	18
h) Zwischenfazit .....	19
<b>III. Genehmigungsbedürftigkeit und Rechtfertigung der Freiheitsentziehung .....</b>	<b>20</b>
1. Einleitung.....	20
2. Antrag Eltern/Personensorgeberechtigte.....	20
3. Nicht genehmigungsbedürftige und unzulässige Maßnahmen .....	20
a) Therapeutische und medizinische Maßnahmen .....	20
b) Pädagogische Maßnahmen.....	21
c) Maßnahmen mit Strafcharakter und/oder haftähnlichen Bedingungen .....	22
d) Zwischenfazit .....	22
4. Genehmigungsbedürftige Maßnahmen.....	23
a) Freiheitsentziehende Unterbringung.....	23
b) Freiheitsentziehende Maßnahme .....	24
aa) Maßnahmen .....	24
bb) Über einen längeren Zeitraum .....	25
cc) Regelmäßig.....	25
dd) Nicht altersgerecht .....	26
ee) Aufenthalt in einem Heim oder einer sonstigen Einrichtung .....	26
5. Voraussetzungen für eine familiengerichtliche Genehmigung.....	27
a) Kindeswohl und Kindeswohlgefährdung .....	27
aa) Kindeswohl .....	27
bb) Kindeswohlgefährdung .....	28
aa) Erhebliche Selbstgefährdung.....	29

bb) Erhebliche Fremdgefährdung.....	29
b) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und weitere Voraussetzungen.....	29
aa) Wesensgehalt .....	30
bb) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz .....	30
(1) Legitimer Zweck .....	31
(2) Geeignetheit .....	31
(3) Erforderlichkeit (Zweck-Mittel-Relation) .....	32
(4) Angemessenheit.....	33
(5) Ultima-ratio-Grundsatz.....	34
<b>IV. Das familiengerichtliche Genehmigungsverfahren .....</b>	<b>35</b>
1. Einleitung.....	35
2. Antragstellung .....	36
3. Amtsermittlungsgrundsatz.....	36
a) Anhörung der Betroffenen.....	37
aa) Vorrangiger Zweck – sog. Vetorecht des*der Minderjährigen .....	37
bb) Folgen der Unterlassung der Anhörung.....	38
b) Verfahrensbeistand*beiständin.....	38
c) Personensorgeberechtigte Eltern(teile)/gesetzliche Vertretung/Pflegeeltern.....	39
d) Nicht personensorgeberechtigte Eltern(teile).....	39
e) Sonstige Beteiligte – Person des Vertrauens/Jugendamt/Einrichtungsleitung.....	39
f) Sachverständigengutachten/ärztliches Zeugnis.....	40
4. Prozesskostenhilfe und Beordnung eines*einer Rechtsanwalts*anwältin .....	41
5. Beschluss.....	41
a) Beschlussinhalt.....	41
b) Beschlussbegründung – Verhältnismäßigkeitsgrundsatz .....	42
6. Rechtsmittel – Beschwerde.....	43
a) Beschwerdebefugnis.....	43
b) Frist/Form etc. ....	43
c) Ombudsstellen/externe Beschwerdestellen.....	44
7. Exkurs: Vorläufige Unterbringung/einstweiliges Anordnungsverfahren .....	44
<b>V. Akteneinsichtsrecht .....</b>	<b>45</b>
<b>VI. Anspruch auf Schadenersatz/strafrechtliche Konsequenzen .....</b>	<b>45</b>
a) Schadenersatzanspruch.....	46
b) Strafrecht .....	46
<b>VII. Fazit.....</b>	<b>48</b>
Anhang 1: Statistiken.....	49
Anhang 2: Angemessenheitsprüfung – Dreischritt .....	53
Anhang 3: Empfehlungen zur (einheitlichen) inhaltlichen Ausgestaltung von Sachverständigengutachten .....	56
Anhang 4: Dokumentationspflicht und -inhalt .....	61
Literaturverzeichnis .....	62
Abkürzungsverzeichnis.....	66
Impressum .....	67



## Grußwort

Ein wesentlicher Bestandteil Ombudschaftlicher Arbeit in der Kinder- und Jugendhilfe ist die Aufklärung von jungen Menschen und ihren Familien über ihre Rechte, Rechtsansprüche und Verfahrensfragen. In wohl keinem anderen Bereich der Jugendhilfe sind die (Grund)Rechte der jungen Menschen so stark betroffen, wie in der geschlossenen Unterbringung und im Rahmen von freiheitsentziehenden Maßnahmen.

Eine intensive rechtliche Auseinandersetzung mit der (Un)Zulässigkeit von geschlossener Unterbringung und freiheitsentziehender Maßnahmen ist unumgänglich im Sinne der Wahrung der (Grund) Rechte junger Menschen. Das Bundesnetzwerk Ombudschaft in der Jugendhilfe appelliert an alle betroffenen Berufsgruppen, seien es Fachkräfte in betroffenen Einrichtungen, Vormund\*innen, Gutachter\*innen, Verfahrensbeistand\*innen oder Familienrichter\*innen, den Einsatz bzw. die Genehmigung von geschlossener Unterbringung und freiheitsentziehender Maßnahmen auf Basis der nachfolgenden fundierten rechtlichen Ausführungen zu reflektieren.

Für einen Einblick in die Thematik aus Sicht von betroffenen jungen Menschen empfehlen wir außerdem die vom Kinder- und Jugendhilferechtsverein e.V. veröffentlichte Broschüre „Erfahrungen mit Geschlossener Unterbringung und freiheitsentziehenden Maßnahmen in Jugendhilfe und Psychiatrie“.<sup>1</sup>

Wir danken Prof. Dr. Simone Janssen für die Übernahme des Auftrags und für ihr großes Engagement in dieser Sache. Die Erstellung des Gutachtens wurde vom Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend finanziell gefördert.

Wir wünschen eine anregende Lektüre!

Bundesnetzwerk Ombudschaft in der Jugendhilfe e.V.  
- Bundeskoordinierungsstelle -

Berlin, im August 2021

<sup>1</sup> In der Broschüre „Erfahrungen mit Geschlossener Unterbringung und freiheitsentziehenden Maßnahmen in Jugendhilfe und Psychiatrie“ berichten 13 junge Menschen aus mehreren Bundesländern über eigene Erfahrungen mit dem Thema. Sie haben in Workshops die reformierte Rechtslage diskutiert und Möglichkeiten zusammengetragen, wie Beteiligung und Beschwerde in Jugendhilfe und Psychiatrie trotz Freiheits-

entziehung eingefordert und gelebt werden können. Erfahrene Soziopädagog\*innen und Jurist\*innen des Kinder- und Jugendhilferechtsvereins e.V. haben die jungen Menschen auf diesem Weg begleitet. Die Broschüre ist hier zu finden: (<https://freiheitsentzug.info/geschlossene-unterbringung/1-vorwort/>).

## Vorwort

Der Ruf einiger Akteur\*innen der Kinder- und Jugendhilfe nach der Möglichkeit einer geschlossenen Unterbringung in Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe ebbt nicht ab, ebenso wenig deren Diskussion.<sup>2</sup> Seit Einführung des Absatz 2 in § 1631b BGB im Jahr 2018 ist die Debatte noch weiter gefasst und bezieht nun auch die Möglichkeit der Anwendung freiheitsentziehender Maßnahmen (z. B. durch mechanische Vorrichtungen, Medikamente oder auf andere Weise) im Kontext der Kinder- und Jugendhilfe mit ein.

Vorrangiges Ziel dieses Gutachtens ist es,

- zu einer Sensibilisierung bei der Anwendung von Freiheitsentzug bzw. Freiheitsentziehung, vor allem im Hinblick auf die (Grund-)Rechte der betroffenen Minderjährigen und unter Beachtung des Ultima-ratio-Grundsatzes unter dem Primat des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, beizutragen,
- die Achtung der (Grund-)Rechte der betroffenen Minderjährigen zu stärken,
- auf die strikte Beachtung des gesetzlich vorgegebenen familiengerichtlichen Verfahrens hinzuwirken sowie
- die Selbstreflexion von Fachkräften anzuregen.

Da darüber hinaus der Schutz des Kindes die Vermeidung widersprüchlichen Verhaltens staatlicher Institutionen verlangt, versteht sich das Gutachten zugleich als Grundlage für eine gemeinsame Kommunikation sowie als Appell an die Kooperationsbereitschaft der beteiligten Institutionen.<sup>3</sup>

Dementsprechend richtet sich das Gutachten<sup>4</sup> professionsübergreifend an alle an einem Freiheitsentzug in Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe beteiligten Personen – unabhängig davon, ob als geschlossene Unterbringung oder freiheitsentziehende Maßnahme –, insbesondere an

- Fachkräfte der Kinder- und Jugendhilfe,
- Vormund\*innen,
- Ombudspersonen,
- Familienrichter\*innen,
- Verfahrensbeiständ\*innen sowie
- Sachverständigengutachten bzw. ärztliche Zeugnisse erstellende Personen.

<sup>2</sup> Lindenberg/Lutz, 2018, S. 59 ff.

<sup>3</sup> Bereits 2007 ist in den Gesetzesmaterialien zum Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls zu lesen, BT-Drs. 16/6815 v. 24.10.2007 S. 10: „Darüber hinaus hat die Arbeitsgruppe darauf hingewiesen, dass sowohl eine konstruktive Zusammenarbeit zwischen Familiengerichten, Jugendämtern und anderen Institutionen als auch die fachliche Fort- und Weiterbildung der Familienrichter wesentlich zur Verbesserung des Kindeschutzes beitragen dürften. Die Arbeitsgruppe hat daher vorgeschlagen,

eine gesetzliche Verpflichtung zur Bildung von örtlichen Arbeitskreisen zur fallübergreifenden Zusammenarbeit zwischen den Trägern der öffentlichen Jugendhilfe, den Familiengerichten und anderen Institutionen zu schaffen. Die Arbeitsgruppe empfiehlt darüber hinaus, die Fort- und Weiterbildung von Familienrichtern durch eine ausdrückliche gesetzliche Fortbildungsverpflichtung zu stärken und für ein hinreichendes Angebot entsprechender Fortbildungsveranstaltungen zu sorgen.“

<sup>4</sup> Für Betroffene ist das Thema aufbereitet in: Kinder- und Jugendhilfe-rechtsverein e. V., 2020.

Die nachfolgende Übersicht mag für die jeweiligen Fachkräfte als grobe Orientierung für besonders relevante Kapitel und einem erleichterten Umgang mit dem Gutachten dienlich sein.

Zielgruppe   Kapitel	I	II	III	IV	V	VI	VII	Anhang
Fachkräfte der KJH			III.3.-5.	IV. 3.a), 4., 6.				1 & 4
Ombudspersonen								
Vormund*innen				IV.2., 3., 6.				
Verfahrensbeiständ*innen								1 & 2
Familienrichter*innen								1 & 2
Gutachter*innen			III. 3.-5.	VI.3.f)				1 & 3

Vor dem Hintergrund der o. g. Zielsetzungen liegen dem Gutachten die folgenden zentralen Fragen zugrunde:

- Ist eine geschlossene Unterbringung in Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe rechtlich zulässig?
- Welche Relevanz kommt dem Freiheitsgrundrecht aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG diesbezüglich zu?
- Welche Bedeutung entfalten staatliche Schutzpflichten in Bezug auf das Wohl der jungen Menschen in diesem Kontext?
- Kann eine familiengerichtliche Genehmigung der geschlossenen Unterbringung in Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe gem. § 1631b Abs. 1 BGB erfolgen?

Um diesen Fragen nachzugehen, werden nach einer kurzen Einleitung (unter I.) insbesondere die (Grund-)Rechte der Betroffenen einschließlich der Schutzpflichten des Staates (unter II.), die Genehmigungsbedürftigkeit und Rechtfertigung der Freiheitsentziehung (unter III.) sowie das familiengerichtliche Genehmigungsverfahren im Überblick einschließlich der Rechte der betroffenen jungen Menschen (unter IV.) beleuchtet.

## I Einleitung

Da sich das Gutachten den freiheitsentziehenden Maßnahmen und der geschlossenen Unterbringung in der Kinder- und Jugendhilfe widmet, werden Einrichtungen der Kinder- und Jugendpsychiatrie nicht thematisiert. Mit dem Begriff der Einrichtung ist eine Fremdplatzierung außerhalb des Elternhauses über Tag und Nacht verbunden (nach § 34 SGB VIII, ggf. auch nach § 35a SGB VIII), wobei letztlich Zweck und Konzeption entscheidend sind.<sup>5</sup> Einrichtungen bedürfen einer Betriebslaubnis nach § 45 SGB VIII, die sachliche Zuständigkeit hierfür obliegt dem überörtlichen Träger der Kinder- und Jugendhilfe. Neben weiteren Kriterien ist die Sicherstellung des Kindeswohls von Relevanz. Damit richten sich die nachfolgenden Ausführungen auch an die für die Betriebslaubnis zuständigen Fachkräfte.

### 1. Betroffene

Die Zahl der von geschlossener Unterbringung und/oder freiheitsentziehender Maßnahme betroffenen Minderjährigen, mithin Personen, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, ist mangels vergleichbarer Statistiken nicht eindeutig benennbar. Festhalten lässt sich allerdings, dass von einer geschlossenen Unterbringung in Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe mehr als 1.000 Kinder und Jugendliche jährlich betroffen sind. Diese Gruppe mag „nur“ relativ klein erscheinen, jedoch ist die Unterbringung in der geschlossenen Kinder- und Jugendpsychiatrie<sup>6</sup> vor dem Hintergrund des „Verschiebens“ von einer Institution in die andere mit im Blick zu haben (Anhang 1). Ferner fließen in die Statistiken – unzutreffender Weise – die Unterbringungen in sog.

halboffenen Einrichtungen u. Ä. sowie geschlossene Unterbringungen im Rahmen von Inobhutnahmen (§ 42 Abs. 5 SGB VIII)<sup>7</sup> ebenso wenig ein wie die Plätze der U-Haftvermeidung. Ebenfalls nicht inbegriffen ist zumeist<sup>8</sup> die von der zivilrechtlichen Unterbringung zu trennende öffentlich-rechtliche Unterbringung nach dem PsychKG der jeweiligen Bundesländer<sup>9</sup>. In diesen Verfahren wird nicht auf das Kindeswohl, sondern ausschließlich auf die allgemeine ordnungsrechtliche Gefahrenabwehr abgestellt. Dessen ungeachtet finden geschlossene Unterbringungen Minderjähriger auch über die öffentlich-rechtliche Unterbringung statt.<sup>10</sup> In Berlin betraf dies im Jahr 2015 90 minderjährige Personen in 122 Fällen.<sup>11</sup>

Noch schwieriger gestaltet sich die Datenlage bezüglich freiheitsentziehender Maßnahmen, da die familiengerichtliche Genehmigung erst im Jahr 2018 eingeführt worden ist. Nach Zinsmeister und Schlüter betrafen in Nordrhein-Westfalen von 59 kindschaftsrechtlichen Entscheidungen (Minderjährige 5–17 Jahre) 35 Verfahren Maßnahmen nach § 1631b Abs. 2 BGB im Kontext von Einrichtungen der Jugendhilfe/Eingliederungshilfe im Zeitraum 30.10.2017–1.10.2019.<sup>12</sup>

Betroffen sind Kinder und Jugendliche mit erheblichen psychosozialen Belastungen, die u. a. durch wiederholte und/oder schwere Straftaten (Delinquenz) auffallen und deren Verhaltensauffälligkeiten in keinem Lebensbereich mehr beherrschbar erscheinen (Weglauff Tendenzen, Aggressivität).<sup>13</sup> Diese Kinder und Jugendlichen stammen meist aus äußerst prekären Familienverhältnissen, scheitern schon früh in der Schule oder verweigern diese gänzlich. Zu-

<sup>5</sup> Mörsberger, § 45 Rn. 31 f.

<sup>6</sup> BT-Drs. 18/11741 v. 29.03.2017.

<sup>7</sup> Diese dürften allerdings bei den familiengerichtlichen Genehmigungen einer freiheitsentziehenden Unterbringung erfasst sein, da dem JA die unverzügliche Anrufung des Familiengerichts obliegt – dies vor allem auch und insbesondere vor dem Hintergrund der Bedeutung des Grundrechts und des im Art. 104 GG verankerten Richtervorbehalts.

<sup>8</sup> Siehe Anhang 1.

<sup>9</sup> Zur Kritik des Nebeneinanders siehe BT-Drs. 11/4528 v. 11.05.1989 S. 80.

<sup>10</sup> Ablehnend OLG Dresden, Beschl. v. 21.09.2016 – 18 UF 890/16: „Die Anordnung einer Unterbringung nach den Landesgesetzen über die Unterbringung psychisch Kranker (so genannte öffentlich-rechtliche Unterbringung) kommt in diesem Fall nicht in Betracht.“

<sup>11</sup> BT-Drs. 18/11741 v. 29.03.2017 mit Daten aus weiteren Bundesländern.

<sup>12</sup> Zinsmeister/Schlüter, 2019.

<sup>13</sup> Siehe Hoops, 2019.

meist waren sie ständigen Beziehungsabbrüchen ausgesetzt. Ihre Problemlagen sind in der Regel sehr komplex und haben sich durch die lange, unabgestimmte Befassung der verschiedensten Institutionen und Helfersysteme oft verfestigt.<sup>14</sup>

Sie gelten als „unerziehbar“, „pädagogisch nicht-erreichbar bzw. nichtansprechbar“ usw. – als „Systemsprenger\*innen“.

## 2. § 1631b BGB – ein historischer Abriss

Geschlossene Unterbringungen von Kindern und Jugendlichen bedürfen der familiengerichtlichen Genehmigung gem. § 1631b Abs. 1 BGB, ebenso freiheitsentziehende Maßnahmen (§ 1631b Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 BGB)<sup>15</sup> Die Norm findet auf Minderjährige – Personen bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres – jeden Alters Anwendung, da der Wortlaut der Norm keine Altersbegrenzung, d. h. Differenzierung zwischen jüngeren und älteren Minderjährigen, enthält.<sup>16</sup> Zugrunde gelegt wird die derzeitige Rechtslage, mithin § 1631b BGB in seiner aktuell gültigen Fassung:<sup>17</sup>

*„§ 1631b Freiheitsentziehende Unterbringung und freiheitsentziehende Maßnahmen (1) Eine Unterbringung des Kindes, die mit Freiheitsentziehung verbunden ist, bedarf der Genehmigung des Familiengerichts. Die Unterbringung ist zulässig, solange sie zum Wohl des Kindes, 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. Ohne die Genehmigung ist die Unterbringung nur zulässig, wenn mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist; die Genehmigung ist unverzüglich nachzuholen.“*

*(2) Die Genehmigung des Familiengerichts ist auch erforderlich, wenn dem Kind, das sich in einem Krankenhaus, einem Heim oder einer sonstigen Einrichtung aufhält, durch mechanische Vorrichtungen, Medikamente oder auf andere Weise über einen längeren Zeitraum oder regelmäßig in nicht altersgerechter Weise die Freiheit entzogen werden soll. Absatz 1 Satz 2 und 3 gilt entsprechend.“*

Bei Auslegung und Anwendung des § 1631b BGB ist dessen Entstehungsgeschichte mitzubedenken, insbesondere der Gedanke der Fürsorgeerziehung.<sup>18</sup>

Die Fürsorgeerziehung verstand sich als eine besondere Art der Zwangserziehung und beruhte auf den §§ 55, 56 Reichsstrafgesetzbuch (Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1871):

*„§ 55*

*(3) Die Unterbringung in eine Familie, **Erziehungsanstalt** oder Besserungsanstalt kann nur erfolgen, nachdem durch Beschluß des Vormundschaftsgerichts die Begehung der Handlung festgestellt und die Unterbringung für zulässig erklärt ist.*

*§ 56*

*(1) Ein Angeschuldigter, welcher zu einer Zeit, als er das zwölfte, aber nicht das achtzehnte Lebensjahr vollendet hatte, eine strafbare Handlung begangen hat, ist freizusprechen, wenn er bei Begehung derselben die zur Erkenntniß ihrer Strafbarkeit erforderliche Einsicht nicht besaß.*

*(2) In dem Urtheile ist zu bestimmen, ob der Angeschuldigte seiner Familie überwiesen oder in eine **Erziehungs-** oder Besserungsanstalt gebracht werden soll. In der Anstalt ist er so lange zu behalten, als die der Anstalt vorgesetzte Verwaltungsbehörde solches für erforderlich erach-*

<sup>14</sup> Senatsverwaltung für Bildung, Wissenschaft und Forschung, Handbuch Hilfe zur Erziehung.

<sup>15</sup> Für unter Betreuung stehende (volljährige) Personen greift § 1906 BGB.

<sup>16</sup> Vogel, NZFam 2019, S. 1041 ff.

<sup>17</sup> Auf verfassungsrechtliche Bedenken in Bezug auf § 1631b BGB kann lediglich exemplarisch an entsprechender Stelle hingewiesen werden.

<sup>18</sup> Siehe im Einzelnen etwa Falkenstörfer, S. 166 ff.

*tet, jedoch nicht über das vollendete zwanzigste Lebensjahr.“<sup>19</sup>*

In der weiteren Entwicklung galt es als Mangel, dass ein Kind erst das 12. Lebensjahr vollendet und tatschuldig werden musste, um den Eltern genommen und einer geeigneten Erziehung zugeführt werden zu können.<sup>20</sup> In der Folge regelte das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) ab 1900 in § 1838, dass ein Kind **zum Zwecke der Erziehung** u. a. in einer **Erziehungsanstalt** nach Anordnung durch das Vormundschaftsgericht untergebracht werden könne.<sup>21</sup>

*„§ 1838 Das Vormundschaftsgericht kann anordnen, dass der Mündel zum Zwecke der Erziehung in einer geeigneten Familie oder in einer Erziehungsanstalt oder einer Besserungsanstalt untergebracht wird. [...]“<sup>22</sup>*

§ 1666 Abs. 1 BGB erhielt nachfolgende Fassung:

*„§ 1666  
Wird das geistige oder leibliche Wohl des Kindes dadurch gefährdet, daß der Vater das Recht der Sorge für die Person des Kindes mißbraucht, das Kind vernachlässigt oder sich eines ehrlosen oder unsittlichen Verhaltens schuldig macht, so hat das Vormundschaftsgericht die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßregeln zu treffen. Das Vormundschaftsgericht kann insbesondere anordnen, daß das Kind zum Zwecke der Erziehung in einer geeigneten Familie oder in einer Erziehungsanstalt oder einer Besserungsanstalt untergebracht wird.“<sup>23</sup>*

Im Beschluss des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1960 heißt es u. a., die „... vorgängige richterliche Entscheidung ist bei Freiheitsentziehung nicht nur in ‚kriminellen‘, sondern auch in ‚fürsorge-

rischen‘ Fällen erforderlich – § 1838 BGB enthält ein selbständiges Unterbringungsrecht mit Freiheitsentzug ‚zum Zwecke der Erziehung‘.“<sup>24</sup> Die Fürsorgeerziehung war zu dieser Zeit zweigleisig geregelt, sowohl im BGB als auch im JWG.<sup>25</sup> Im Jahr 1961 wurde der bis dahin noch verwendete Begriff der „(Erziehungs-)Anstalten“ durch die neutralere Bezeichnung „Heim(e)“ ersetzt.

Das Erfordernis der familiengerichtlichen Genehmigung einer geschlossenen Unterbringung wurde 1980 mit § 1631b BGB in das BGB zur Angleichung an das Recht Volljähriger aufgenommen. Bis dahin durften Minderjährige geschlossen untergebracht werden, ohne dass eine gerichtliche Genehmigung vorliegen musste; die Unterbringung oblag allein der elterlichen Verantwortung. In der Gesetzesbegründung wurde betont, dass es sich bei der Unterbringung um einen „besonders schwere(n) Eingriff“ handele, der von der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts abhängig sein solle.<sup>26</sup> Der Fassung des § 1631b BGB lag folgende Fassung im Gesetzgebungsverfahren zugrunde: „§ 1631 a Die Unterbringung eines Kindes in einer Heiloder Pflegeanstalt bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts; § 1800 Abs. 2 Satz 2 und 3 gilt entsprechend.“ Obwohl hier auf den Anstaltsbegriff verzichtet worden ist, dürfte weiterhin der Gedanke der Fürsorgeerziehung gesetzgeberische Intention gewesen sein.

*„§ 1631b  
Eine Unterbringung des Kindes, die mit Freiheitsentziehung verbunden ist, ist nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zulässig. Ohne die Genehmigung ist die Unterbringung nur zulässig, wenn mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist; die Genehmigung ist unverzüglich nachzuholen. Das Gericht hat die Genehmigung zurückzunehmen, wenn das Wohl des Kindes die Unterbrin-*

<sup>19</sup> stgb-deutsches-kaiserreich1871-2009.pdf (wordpress.com) S. 232 ff., 235; Hervorhebungen durch Verfasserin.

<sup>20</sup> <http://www.zeno.org/Meyers-1905/A/Fürsorgeerziehung>.

<sup>21</sup> Meyers Großes Konversations-Lexikon, S. 217 f.

<sup>22</sup> § 1838 BGB (lexetius.com).

<sup>23</sup> § 1666 BGB. Gerichtliche Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls (lexetius.com); Hervorhebungen durch Verfasserin.

<sup>24</sup> Dazu etwa BVerfG, Beschl. v. 10.02.1960 – 1 BvR 526/53, 29/58.

<sup>25</sup> Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, 2007.

<sup>26</sup> BT-Drs. 8/2788 v. 27.04.1979.

„*gung nicht mehr erfordert.*“<sup>27</sup>

1998 wurde das Vormundschaftsgericht durch das Familiengericht ersetzt.

2008 erfuhr die Norm Ergänzungen – einerseits dahingehend, dass die Genehmigung nunmehr nicht nur zulässig, sondern obligatorisch ist (Änderung im ersten Satz), andererseits durch die Aufnahme von Satz 2:

*„Die Unterbringung ist zulässig, wenn sie zum Wohl des Kindes, insbesondere zur Abwendung einer erheblichen Selbst- oder Fremdgefahr erforderlich ist und der Gefahr nicht auf andere Weise, auch nicht durch andere öffentliche Hilfen begegnet werden kann.“*

Damit sollten die Norm an sich konkretisiert und eine Rechtssicherheit in der Rechtsanwendung ermöglicht werden.<sup>28</sup> Der Unterbringungs-begriff wurde unverändert beibehalten und umfasst Heime der Kinder- und Jugendhilfe sowie psychiatrische Krankenhäuser.<sup>29</sup> Ein Festhalten am Gedanken der Fürsorgeerziehung lässt sich sowohl der Gesetzesbegründung als auch der Rechtsprechung insoweit entnehmen, als zwischen der Unterbringung in einer psychiatrischen Klinik und einer geschlossenen Einrichtung der Jugendhilfe unterschieden wird.<sup>30</sup> Da mit Inkrafttreten des JKHG (1991) eine Abkehr vom Gedanken der Fürsorgeerziehung einherging<sup>31</sup>, lässt sich eine Diskrepanz zwischen der Regelung im BGB und der Intention des Kinder- und Jugendhilferechts konstatieren. 2009 ist Absatz 432 der Norm aufgehoben worden.

Die Aufnahme der familiengerichtlichen Genehmigung auch für freiheitsentziehende Maßnahmen durch die Einfügung des Absatzes 2 erfolgte zum 1. Oktober 2017 vor dem Hintergrund des Beschlusses

des BGH vom 7. August 2013<sup>33</sup> und zum verbesserten Schutz der Kinder in Kliniken und Einrichtungen sowie zur Entlastung der Eltern, die diese gravierende Entscheidung nunmehr nicht ganz allein treffen müssen.

*„(2) Die Genehmigung des Familiengerichts ist auch erforderlich, wenn dem Kind, das sich in einem Krankenhaus, einem Heim oder einer sonstigen Einrichtung aufhält, durch mechanische Vorrichtungen, Medikamente oder auf andere Weise über einen längeren Zeitraum oder regelmäßig in nicht altersgerechter Weise die Freiheit entzogen werden soll. Absatz 1 Satz 2 und 3 gilt entsprechend.“<sup>34</sup>*

Darüber hinaus ist in Absatz 1 Satz 2 das Wort „wenn“ durch „solange“ ersetzt und damit der zeitlichen Komponente Nachdruck verliehen worden. Der Entwicklung der rechtlichen Voraussetzungen einer geschlossenen Unterbringung Minderjähriger liegt zunächst eine Differenzierung von kriminellen und nicht-kriminellen Minderjährigen zugrunde. Dieser Gedanke wurde vom – anscheinend auch heute noch bestimmenden – Zweck der fürsorglichen Erziehung abgelöst. Maßgebend waren und sind die „Un-erziehbarkeit“, die „pädagogische Nichterreichbarkeit“ bzw. „Nichtansprechbarkeit“, die „Nichttragfähigkeit“ etc. Sowohl das Vokabular als auch die Diskussion bezüglich der von geschlossener Unterbringung bzw. von freiheitsentziehenden Maßnahmen betroffenen Minderjährigen hat sich in Rechtsprechung und Literatur kaum geändert.<sup>35</sup>

<sup>27</sup> Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge, BGBl. I 1979, S. 1061 ff.

<sup>28</sup> BR-Drs. 550/07 v. 10.08.2007.

<sup>29</sup> BT-Drs. 16/6815 v. 24.10.2007 S. 8.

<sup>30</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.06.2007 – 1 BvR 338/07; OLG Brandenburg, Beschl. v. 29.09.2013 – 9 WF 177/13.

<sup>31</sup> Zum Wegfall des Gedankens der Fürsorgeerziehung BT-Drs. 11/5948 v. 01.12.1989 sowie nachfolgend unter I.3.

<sup>32</sup> „Das Gericht hat die Genehmigung zurückzunehmen, wenn das Wohl des Kindes die Unterbringung nicht mehr erfordert.“

<sup>33</sup> BGH, Beschl. v. 07.08.2013 – XII ZB 559/11.

<sup>34</sup> Gesetz zur Einführung eines familiengerichtlichen Genehmigungsvorbehalts für freiheitsentziehende Maßnahmen bei Kindern vom 17.07.2017, BGBl. I 2017 S. 2424, in Kraft getreten am 01.10.2017.

<sup>35</sup> Siehe dazu Sülzle-Temme, S. 20 ff.; Peters, Forum Erziehungshilfen, 2020, S. 113 ff.

### 3. Kinder- und Jugendhilfe – ein historischer Abriss

Geändert hat sich allerdings der Blick auf das Kind und damit das Verständnis der Kinder- und Jugendhilfe an sich – dies auch vor dem Hintergrund des Beitritts (1990) und der Ratifizierung (1992) der Kinderrechtskonvention (KRK), wenngleich zunächst mit Vorbehalt. War im RJWG/JWG noch das „Recht jeden deutschen Kindes auf Erziehung zur leiblichen, geistigen und gesellschaftlichen Tüchtigkeit“<sup>36</sup> formuliert, fand bis heute ein Bedeutungswandel statt. Die gesellschaftspolitische Funktion der Jugendhilfe hat sich deutlich verändert: von der Armenfürsorge und der staatlichen Zwangserziehung – beides ursprünglich Aufgaben zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung und damit dem Polizeirecht zuzuordnen<sup>37</sup> – hin zum Leisten eines

wesentlichen Beitrags zum gelingenden Aufwachsen junger Menschen. Dieser Perspektivwechsel fand in der Neuordnung des Kinder- und Jugendhilferechts durch das KJHG im Jahr 1990 und der damit verbundenen Aufnahme eines breiten Leistungsspektrums seine gesetzliche Verankerung: Nicht mehr die (reaktive) Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, die Ausgrenzung „verwaarloster“ Jugendlicher durch geschlossene Unterbringung und Arbeitserziehung oder die Rettung von Kindern vor dem gefährdenden Einfluss der Eltern sind der zentrale Auftrag der Kinder- und Jugendhilfe, sondern die Förderung der Entwicklung junger Menschen und deren Integration in die Gesellschaft unter Beachtung ihrer (Grund-)Rechte sowie besonderen Schutzbedürftigkeit.<sup>38</sup> Die Subjektstellung der jungen Menschen fand durch das Inkrafttreten des KJSG zum 10.06.2021 eine weitere Stärkung.

## II. Betroffene (Grund-)Rechte und Schutzpflichten des Staates

Im vorliegenden Kontext sind zum einen die (Grund-)Rechte der betroffenen Minderjährigen von wesentlicher Bedeutung, da ein Freiheitsentzug – unabhängig davon, ob durch geschlossene Unterbringung oder freiheitsentziehende Maßnahme – einen besonders schweren Eingriff in diese darstellt, zum anderen die Schutzpflichten des Staates gegenüber den betroffenen Minderjährigen.

### 1. Kinder als Grundrechtsträger\*innen und Grundrechtsmündigkeit

Seit dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 29. Juli 1968 sind Kinder als Grundrechtsträger\*innen anerkannt.<sup>39</sup> Bei Kindern handelt es sich gem. Art. 1 KRK i. V. m. § 2 BGB um alle Menschen, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben.<sup>40</sup> Darüber hinaus ist auf die (gesellschaftlich) veränderte Sicht auf das Kind an sich hinzuweisen – dieses gilt als besonders schutzwürdig, damit es sich zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit innerhalb der sozialen Gemeinschaft entwickeln kann.<sup>41</sup> Dieser

<sup>36</sup> Nicht gemeint war damit das Recht des Kindes auf Entwicklung seiner Persönlichkeit, sondern eher das Recht des Staates auf „Beaufsichtigung und eventuelle Korrektur des Erziehungsprozesses namens und an Stelle des Kindes“ – Helmig, Blüml, Schattner, 1998, S. 136 ff.

<sup>37</sup> Ursprünglich wurden Fremd- und Eigengefährdung ebenfalls als Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung angesehen – BT-Drs.

11/4528 v. 11.05.1989 S. 80.

<sup>38</sup> Eger/Hensgen, S. 42 ff.

<sup>39</sup> BVerfG, Beschl. v. 29.07.1968 – 1 BvL 20/63; 1 BvL 31/66; 1 BvL 5/67.

<sup>40</sup> Höltscheidt, Art. 24 Rz. 18 m. w. N.

<sup>41</sup> BVerfG, Beschl. v. 31.03.2010 – 1 BvR 2910/09.

Gedanke liegt auch dem sog. staatlichen Wächteramt (Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG) zugrunde.<sup>42</sup>

Von der Anerkennung als Grundrechtsträger\*in ist die Grundrechtsmündigkeit, d. h. die Fähigkeit von Grundrechtsträger\*innen, ihre Grundrechte selbständig auszuüben<sup>43</sup>, abzugrenzen.

Das Wohl des Kindes und damit seine Selbstbestimmungs- und Einsichtsfähigkeit sowie eine – bezogen auf die konkrete Grundrechtsausübung – geistige Reife können eine Grundrechtsmündigkeit schon vor Eintritt der Volljährigkeit begründen, mithin die Fähigkeit, Grundrechte selbständig auszuüben.<sup>44</sup> Dem steht auch nicht das verfassungsrechtlich gewährleistete Elterngrundrecht (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG)<sup>45</sup> entgegen, da keine Grundrechtskollision im eigentlichen Sinne vorliegt, denn das Elternrecht steht nicht im Gegensatz zu den Interessen des Kindes, sondern ist ein „Recht im Interesse des Kindes“<sup>46</sup>

Kindern kommt die uneingeschränkte Fähigkeit zu,

- Träger\*innen von Grundrechten zu sein und
- abhängig vom Einzelfall diese selbständig auszuüben.

## 2. Kinderrechtskonvention/Behindertenrechtskonvention/Menschenrechtskonvention

Die Anerkennung der Grundrechtsfähigkeit kommt letztlich auch in der Kinderrechtskonvention zum Ausdruck. Im vorliegenden Zusammenhang sind insbesondere folgende Rechte von Relevanz: Art. 3 –

Kindeswohl; Art. 5 – Elternrecht; Art. 9 – Umgangsrechte; Art. 12 – Berücksichtigung des Kindeswillens; Art. 16 – Schutz der Privatsphäre und der Ehre; Art. 18 Abs. 2 – Kindeswohl, Unterstützung der Eltern; Art. 19 – Schutz vor Gewaltausübung, Verwahrlosung etc.; Art. 37 – Freiheitsentzug.

In Bezug auf die Behindertenrechtskonvention (BRK), 2008 von Deutschland ratifiziert, sind im vorliegenden Kontext vor allem Art. 12 Abs. 4 sowie Art. 14 zu nennen, da Art. 12 Abs. 4 die Vertragsstaaten zum einen zu geeigneten Sicherungen gegen Interessenkonflikte, Missbrauch und Missachtung sowie zur Gewährleistung der Verhältnismäßigkeit verpflichtet und Art. 14 die Freiheit der Person sicherstellt.<sup>47</sup>

Die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) wurde 1953 von Deutschland ratifiziert und enthält in Art. 5 das Recht auf Freiheit und Sicherheit sowie in Art. 8 das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens.

Kinderrechtskonvention<sup>48</sup>, Behindertenrechtskonvention<sup>49</sup> sowie Europäische Menschenrechtskonvention<sup>50</sup> kommt bei der Auslegung der Grundrechte sowie Anwendung von § 1631b BGB eine besondere Bedeutung zu, sodass bei den jeweiligen Grundrechten auf diese Bezug genommen wird.<sup>51</sup>

## 3. Grundgesetz

Bei einem Freiheitsentzug – unabhängig davon, ob durch geschlossene Unterbringung oder freiheitsentziehende Maßnahme(n) – sind neben dem Grundrecht der Unverletzlichkeit der Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG) auch und vor allem die Unantastbarkeit der Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG), das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 12. Alt. GG) sowie das Recht auf freie

<sup>42</sup> Siehe dazu unter II. 3. g).

<sup>43</sup> Kritisch zur Diskussion der Grundrechtsmündigkeit Minderjähriger Hohm, NJW 1986, S. 3107 ff.

<sup>44</sup> So schon BGH, Urt. v. 02.07.1974 – VI ZR 121/73.

<sup>45</sup> Genauer unten unter II. 3. f).

<sup>46</sup> VG Düsseldorf, Beschl. v. 09.12.2009 – 18 K 3202/09.

<sup>47</sup> BVerfG, Beschl. v. 26.07.2016 – 1 BvL 8/15.

<sup>48</sup> Bender, Vorbem. vor § 1 AufenthG Rn. 21 m. w. N.; OVG Lüneburg, Beschl.

v. 02.10.2012 – 8 LA 209/11.

<sup>49</sup> BVerfG, Beschl. v. 23.03.2011 – 2 BvR 882/09; BVerfG, Urt. v. 24.07.2018 – 2 BvR 309/15, 2 BvR 502/16.

<sup>50</sup> EGMR, Urt. v. 16.06.2005 – 61603/00 Storck/Deutschland.

<sup>51</sup> Auf den Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UN-Sozialpakt) – insbesondere Art. 10 – kann an dieser Stelle nur hingewiesen werden, ebenso auf die Charta der Grundrechte der Europäischen Union.

Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG), die Rechte des Kindes und der Eltern aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG und – je nach Einzelfall – weitere Grundrechte betroffen.<sup>52</sup>

### a) Art. 1 Abs. 1 GG – Menschenwürde

Die Würde des Menschen ist unantastbar (Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG). Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt (Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG) – diese Verpflichtung ist der Staatsgewalt in all ihren Erscheinungsformen auferlegt. Der Satz „Der Mensch muss immer Zweck an sich selbst bleiben“ gilt uneingeschränkt für alle Rechtsgebiete; denn die unverlierbare Würde des Menschen als Person besteht gerade darin, dass er als selbstverantwortliche Persönlichkeit anerkannt bleibt – als Subjekt mit eigenen Rechten und zu berücksichtigenden eigenen Belangen.<sup>53</sup>

Dies macht Gewicht und Bedeutung der Regelung des § 1631b BGB – der Genehmigungsfähigkeit eines Freiheitsentzugs durch geschlossene Unterbringung oder freiheitsentziehende Maßnahme – deutlich. Gemäß Art. 37 lit. c KRK ist sicherzustellen, dass „jedes Kind, dem die Freiheit entzogen ist, menschlich und mit Achtung vor der dem Menschen innewohnenden Würde und unter Berücksichtigung der Bedürfnisse von Personen seines Alters behandelt wird“. Der selbstverantwortlichen Persönlichkeit der Minderjährigen ist stets und in vollem Umfang Rechnung zu tragen. Dies gilt ausnahmslos auch für junge Menschen mit Einschränkungen (Art. 3 i. V. m. Art. 5, Art. 4 sowie Art. 7 BRK).

Ob die menschliche Würde beeinträchtigt ist, ist im vorliegenden Kontext auch unter Beachtung von Art. 3 EMRK zu bestimmen. Die Norm enthält – eben-

so wie Art. 37 lit. a KRK – ein absolutes Verbot von Folter und unmenschlicher oder entwürdigender Behandlung<sup>54</sup>, das unabhängig vom Verhalten des\*der Betroffenen besteht. In den Schutzbereich fallen zwar nur solche Behandlungen, die ein Mindestmaß an Schwere erreichen, jedoch sind die Umstände des Einzelfalls, insbesondere Dauer, physische oder psychische Folgen, Geschlecht, Alter und Gesundheitszustand des\*der Betroffenen zu berücksichtigen. Zudem ist zu bedenken, dass u. a. das Recht auf Freiheit in besonderer Weise auf der Menschenwürde beruht und einen starken Menschenwürdegehalt aufweist.<sup>55</sup> Abgesehen davon, dass ein Freiheitsentzug<sup>56</sup> – über geschlossene Unterbringung oder freiheitsentziehende Maßnahme – für Minderjährige stets einen besonders schweren Eingriff<sup>57</sup> darstellt, liegt eine erniedrigende Behandlung dann vor, wenn dem\*der Betroffenen in einer demütigenden oder entwürdigenden Weise das Gefühl von Angst, Schmerz oder Minderwertigkeit vermittelt wird, das über das mit dem rechtmäßigen Ziel zu vereinbarende und unvermeidliche Maß hinausgeht, wobei eine Demütigungsabsicht mit zu berücksichtigen ist.

Schlussfolgernd kann festgehalten werden, dass

- bei einem Freiheitsentzug die Menschenwürde der betroffenen Minderjährigen,
- ggf. auch durch erniedrigende Behandlung

beeinträchtigt sein kann.<sup>58</sup>

<sup>52</sup> BVerfG, Urt. v. 21.06.1977 – 1 BvL 14/76.

<sup>53</sup> BVerfG, Urt. v. 21.06.1977 – 1 BvL 14/76; BVerfG, Urt. v. 21.10.2003 – 2 BvR 2029/01; BVerfG, Urt. v. 31.05.2006 – 2 BvR 1673, 2402/04.

<sup>54</sup> Siehe auch § 1631 Abs. 2 BGB.

<sup>55</sup> Borowsky, Art. 1 Rz. 29.

<sup>56</sup> Dazu im Einzelnen unter II. 3. b) bb) (2).

<sup>57</sup> Zur Eingriffsintensität etwa BVerfG, Urt. v. 24.07.2018 – 2 BvR 309/15, 2 BvR 502/16.

<sup>58</sup> BVerfG, Urt. v. 24.07.2018 – 2 BvR 309/15, 2 BvR 502/16.

## b) Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG – Freiheit der Person

Die Freiheit der Person ist gem. Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG „unverletzlich“.

### aa) Personeller und sachlicher Schutzbereich

#### (1) Personeller Schutzbereich – alle natürlichen Personen

Da der personelle Schutzbereich alle natürlichen Personen umfasst, verbieten sich jegliche Einschränkungen, z. B. hinsichtlich Alter, psychischer Erkrankung(en) oder Geschäftsfähigkeit.<sup>59</sup> Fehlende Einsichtsfähigkeit lässt den Schutz ebenso wenig entfallen wie Einschränkungen in der Willensäußerung.<sup>60</sup> Abzustellen ist allein auf die Fähigkeit, einen natürlichen Willen in Bezug auf die (Fort-)Bewegung bilden zu können. Selbst wenn der Wille weder durch Worte noch durch Gestik oder Mimik geäußert werden kann, ist dieser grundsätzlich zu unterstellen.

- Jede natürliche Person hat die Fähigkeit, einen natürlichen Willen in Bezug auf ihre (Fort-)Bewegung zu bilden.
- Eine Einschränkung des personellen Schutzbereichs ist auch im Hinblick auf die Unantastbarkeit der Menschenwürde abzulehnen.<sup>61</sup>

#### (2) Sachlicher Schutzbereich – Freiheit

Freiheit ist die im Rahmen der geltenden allgemeinen Rechtsordnung gegebene tatsächliche körperliche Möglichkeit der Bewegungsfreiheit nach jeder Richtung<sup>62</sup> – mithin die Möglichkeit, seinen Aufent-

haltsort frei zu wählen und zu verändern.<sup>63</sup> Sie bestimmt sich lediglich nach dem natürlichen Willen des\*der Betroffenen. Es kommt nicht darauf an, ob die betroffene Person von ihrer Bewegungsfreiheit Gebrauch machen will, da die potenzielle persönliche Bewegungsfreiheit geschützt wird.<sup>64</sup> Damit unterliegen etwa Fixierungen bei nicht geh- bzw. nicht stehfähigen Betroffenen ebenso dem sachlichen Schutzbereich wie das Abschließen von Türen.

Darüber hinaus beinhaltet das Grundrecht – unter Einbezug von Art. 5 EMRK – neben dem Abwehrrecht aufgrund der Bedeutung der persönlichen Freiheit in einer demokratischen Gesellschaft auch eine Schutzpflicht des Staates, d. h. die Verpflichtung des Staates, vor einer Freiheitsentziehung durch Private zu schützen<sup>65</sup>, womit die Freiheitsentziehung sowohl eine Übereinstimmung mit dem staatlichen Recht als auch mit dem Ziel der nach Art. 5 Abs. 1 EMRK zulässigen Beschränkungen voraussetzt. Dies umfasst rechtmäßige Regelungen sowohl das Verfahren betreffend – insbesondere das Erfordernis eines Gerichtsbeschlusses – als auch des materiellen Rechts.<sup>66</sup> In diesem Zusammenhang kommt Art. 104 GG als Verfahrensgarantie<sup>67</sup> zum Tragen, da die Norm eine materiell-rechtmäßige Vorschrift voraussetzt<sup>68</sup> und den sog. Richtervorbehalt<sup>69</sup> regelt. Die formellen Gewährleistungen der Freiheit in Art. 104 GG stehen 59 BVerfG, mit der materiellen Freiheitsgarantie des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG in unlösbarem Zusammenhang, sodass diese mit grundrechtlichem Schutz versehen werden.<sup>70</sup>

<sup>59</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.1960 – 1 BvR 526/53, 29/58; Mehde, Art. 104 Rz. 35.

<sup>60</sup> Firsching/Dodegge, Rn. 540 m. w. N

<sup>61</sup> Di Fabio, Art. 2 Abs. 2 Nr. 2 Rn. 21.

<sup>62</sup> BVerfG, Ur. v. 24.07.2018 – 2 BvR 309/15, 502/16.

<sup>63</sup> EGMR, Ur. v. 16.06.2005 – 61603/00 Storck/Deutschland.

<sup>64</sup> BGH, Ur. v. 31.05.1961 – 1 StR 212/60; BGH, Ur. v. 06.12.983 – 1 StR 651/83.

<sup>65</sup> Vogel, NZFam 2019, S. 1041 ff.

<sup>66</sup> EGMR, Ur. v. 16.06.2005 – 61603/00 Storck/Deutschland; Mehde,

Art. 104 Rz. 14 ff.

<sup>67</sup> BVerfG, Beschl. v. 07.10.1981 – 2 BvR 1194/80.

<sup>68</sup> Zu Einzelheiten vgl. etwa EGMR, Ur. v. 17.12.2009 – 19359/04 M./Deutschland; zum Bestimmtheitsgebot und Rechtsstaatsprinzip unter Bezugnahme auf Art. 5 EMRK BVerfG, Beschl. v. 20.06.2012 – 2 BvR 1048/11.

<sup>69</sup> BVerfG, Ur. v. 24.07.2018 – 2 BvR 309/15, 2 BvR 502/16.

<sup>70</sup> Ein Verstoß gegen Art. 104 GG stellt stets auch eine Verletzung der Freiheit der Person dar – BVerfG, Beschl. v. 07.10.1981 – 2 BvR 1194/80.

Der Schutzbereich des Grundrechts auf Freiheit der Person umfasst

- uneingeschränkt alle natürlichen Personen entsprechend dem natürlichen Willen
- die im Rahmen der geltenden allgemeinen Rechtsordnung gegebene tatsächliche körperliche Möglichkeit der Bewegungsfreiheit nach jeder Richtung – mithin die Möglichkeit, seinen Aufenthaltsort frei zu wählen und zu verändern – und damit auch die potenzielle persönliche Bewegungsfreiheit
- sowohl freiheitsentziehende als auch freiheitsbeschränkende Maßnahmen<sup>71</sup>
- die Schutzpflicht des Staates zur Verhinderung von Freiheitsentzug durch Private.

## bb) Eingriff

Grundsätzlich ist unter dem Eingriff in ein Grundrecht eine seitens des Staates veranlasste Beeinträchtigung des Schutzbereichs, folglich eine Verkürzung der Ausübung des geschützten Rechts zu verstehen. Darüber hinaus ist nach heutigem Verständnis allgemein anerkannt, dass auch mittelbare Eingriffe als Grundrechtseingriffe klassifiziert werden.<sup>72</sup>

In Bezug auf Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG wird versucht, den Begriff des Eingriffs über eingrenzende Kriterien zu konkretisieren – vor allem über den Zweck. Nur wenn sich aus den objektiven Umständen ergebe, dass die Freiheit einer Person im o. g. Sinne verhindert oder verkürzt werden soll, mithin dies bezweckt ist, liege ein Eingriff in das Grundrecht vor. Mit anderen Worten: Alle Maßnahmen, die das Grundrecht tangieren, sich aber als (notwendige) Nebenfolge zur Verfolgung eines anderen Primärzwecks erweisen,

stellen keinen Eingriff in das Grundrecht dar. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte stellt bei der Feststellung, ob eine Freiheitsentziehung – also ein Eingriff in das Recht auf Freiheit gem. Art. 5 EMRK – vorliegt, auf „Art, Dauer, Wirkung und Form der Durchführung der fraglichen Maßnahme“ bezogen auf den Einzelfall ab.<sup>73</sup>

### (1) Freiheitsbeschränkung

Vor diesem Hintergrund stellt eine Freiheitsbeschränkung, d. h. wenn eine Person gegen ihren Willen daran gehindert wird, einen (bestimmten) Ort aufzusuchen oder sich dort aufzuhalten, der ihr an sich (tatsächlich oder rechtlich) zugänglich wäre, keinen Eingriff in das Grundrecht dar.<sup>74</sup> Die körperliche Bewegungsfreiheit wird dann beschränkt im Sinne von erschwert, nicht entzogen<sup>75</sup>, so z. B. bei einer kurzfristigen Maßnahme, bei der die körperliche Bewegungsfreiheit unvermeidlich aufgehoben wird.<sup>76</sup> Eine Freiheitsbeschränkung innerhalb einer Freiheitsentziehung stellt keinen zusätzlichen/weiteren Eingriff in das Grundrecht dar. Allerdings sind die Grenzen zwischen Freiheitsbeschränkung und Freiheitsentziehung fließend, sodass es einer Beurteilung der Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung im Einzelfall bedarf. Eine Freiheitsbeschränkung innerhalb der Freiheitsentziehung ist damit nicht per se ausgeschlossen.

### (2) Freiheitsentziehung

Die Freiheitsentziehung als schwerste Form der Freiheitsbeschränkung liegt dann vor, wenn die – tatsächlich und rechtlich an sich gegebene – Bewegungsfreiheit nach jeder Richtung (allseitig) gegen den natürlichen Willen der betroffenen Person umfassend aufgehoben wird<sup>77</sup> sowie in Abgrenzung zur Freiheitsbeschränkung eine besondere Eingriffs-

<sup>71</sup> Die Abgrenzung erfolgt nach der Intensität des Eingriffs, siehe BVerfG, Urt. v. 24.07.2018 – 2 BvR 309/15, 502/16.

<sup>72</sup> Di Fabio, Art. 2 Abs. 2 Nr. 1 Rz. 30 m. w. N.; zur situativen Grundrechtsbindung zwischen Privaten BVerfG, Urt. v. 11.04.2018 – BvR 3080/09.

<sup>73</sup> EGMR, Urt. v. 16.06.2005 – 61603/00 Storck/Deutschland.

<sup>74</sup> BVerfG, Urt. v. 14.05.1996 – 2 BvR 1516/93; BVerfG, Urt. v. 24.07.2018 – 2 BvR 309/15, 2 BvR 502/16 – die Entscheidung ist zwar zur öffentlich-rechtlichen Unterbringung ergangen, die Ausführungen in ihrer Begründung sind jedoch grundsätzlicher Natur und beanspruchen für alle Personen, denen aufgrund richterlicher Anordnung die Freiheit entzogen

wird, Geltung.

<sup>75</sup> Stoppel, 2018; zur Abgrenzung zur freiheitsentziehenden Unterbringung BT-Drs. 8/2788 v. 27.04.1979 S. 38: „Eine Unterbringung mit bloßer Freiheitsbeschränkung, wie sie sich z. B. durch begrenzte Ausgangszeiten, Hausarbeitsstunden bis hin zum Stubenarrest ergibt, wird von der Vorschrift nicht betroffen.“

<sup>76</sup> BVerwG, Urt. v. 19.07.1989 – 8 C 80.87.

<sup>77</sup> BVerfG, Urt. v. 24.07.2018 – 2 BvR 309/15, 502/16; AG Hamburg-Barmbek, Beschl. v. 24.06.2008 – 887 F 49/06.

intensität vorhanden und diese nicht nur von kurzfristiger Dauer ist.<sup>78</sup> Dabei reicht es aus, dass auf die Entschließungsfreiheit der betroffenen Person in anderer Art als durch Bitte oder Überredung eingewirkt wird – das Mittel der Freiheitsentziehung ist ebenso unerheblich<sup>79</sup> wie die Bezeichnung der Einrichtung<sup>80</sup>. Damit kann auch die zwangsweise Unterbringung in einem offenen Heim oder in einer Familie einen Freiheitsentzug darstellen<sup>81</sup>.

### (3) Einwilligung Minderjähriger

Ungeklärt ist, ob mit der gegebenen Zustimmung/Einwilligung der minderjährigen betroffenen Person eine Freiheitsentziehung nicht (mehr) vorliegt. Einerseits wird vertreten, dass sich durch eine Zustimmung des Kindes zu seiner Unterbringung die „Erforderlichkeit“ einer gerichtlichen Genehmigung seiner Unterbringung (§ 1631b BGB) nicht erübrigen kann, da im Voraus regelmäßig nicht zuverlässig festgestellt werden kann, ob das Einverständnis des Kindes ernsthafter und freiwilliger Natur ist oder anschließend widerrufen wird.<sup>82</sup> Andererseits wird vertreten, dass beim Vorliegen des Einverständnisses die Voraussetzung „gegen den Willen“ entfällt, eine Freiheitsentziehung mithin ausscheidet, wenn das Kind sein Einverständnis erteilt.<sup>83</sup> Aufgrund der (sich aus unterschiedlichen Grundrechten ergebenden) Schutzpflicht des Staates sollte allerdings jeder Freiheitsentzug richterlich genehmigt werden.<sup>84</sup>

Ein Eingriff in das Grundrecht der Freiheit der Person (Freiheitsentzug) liegt immer dann vor,

- wenn die – tatsächlich und rechtlich an sich gegebene – Bewegungsfreiheit nach jeder Richtung (allseitig) gegen den natürlichen Willen der betroffenen Person umfassend aufgehoben wird

und

- dies bezweckt ist.

Da das gewählte Mittel irrelevant ist, kann ein Eingriff erfolgen über

- geschlossene Unterbringung – unabhängig davon, wo diese erfolgt bzw. welche Bezeichnung die Einrichtung trägt – sowie
- freiheitsentziehende Maßnahmen – unabhängig davon, wie diese die Freiheit im Einzelfall

konkret verkürzen oder verhindern.

### c) Art. 2 Abs. 2 S. 1 2. Alt. GG – Recht auf Gesundheit

Art. 2 Abs. 2 S. 1 2. Alt. GG<sup>85</sup> garantiert allen natürlichen Personen das Recht auf körperliche Unversehrtheit, die körperbezogen zu definieren ist. Die zunächst diesem Grundrecht immanenten Gewährleistungen auf Freiheit vor Unfruchtbarmachung, Freiheit vor Verletzung der körperlichen Gesundheit, Freiheit vor Schmerzen und Freiheit vor Verunstaltung müssen in Anbetracht der gesellschaftlichen und (medizin-ge-)technischen Entwicklungen weitergedacht werden. Es ist (verstärkt) auf das „Verständnis des Menschen als einer Einheit von Leib, Seele und Geist“ abzustellen.<sup>86</sup> Danach umfasst der sachliche Schutzbereich über die körperliche Unversehrtheit im biologisch-physischen Sinne, also über die körperliche Integrität, hinaus auch den geistig-seelischen Bereich, d. h. das psychische Wohlbefinden als geistige Integrität.<sup>87</sup>

Dabei gewährleistet das Grundrecht nicht nur ein subjektives Abwehrrecht gegen staatliche Eingrif-

<sup>78</sup> BVerfG, Urt. v. 24.07.2018 – 2 BvR 309/15, 502/16.

<sup>79</sup> BT-Drs. 18/11278 v. 22.02.2017 S. 17 unter Verweis auf BT-Drs. 11/4528 v. 11.05.1989 S. 148.

<sup>80</sup> Zu den unterschiedlichsten Bezeichnungen siehe etwa Hoops, 2019.

<sup>81</sup> BVerfG, Urt. v. 18.07.1967 – 2 BvF 3, 4, 5, 6, 7, 8/62; 2 BvR 139, 140, 334, 335/62.

<sup>82</sup> OLG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 10.07.2012 – 8 UF 144/12 m. w. N.

<sup>83</sup> Hamdan, § 1631b BGB Rz. 4.

<sup>84</sup> So auch Vogel, NZFam 2019, S. 1041 ff.

<sup>85</sup> Auf die in einigen Landesverfassungen konkretisierenden Ausgestaltungen kann an dieser Stelle nicht eingegangen werden.

<sup>86</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.01.1981 – 1 BvR 612/72, auch zum weiten Gesundheitsbegriff in der Verfassung der WHO („Die Gesundheit ist ein Zustand des vollständigen körperlichen, geistigen und sozialen Wohlergehens und nicht nur das Fehlen von Krankheit oder Gebrechen“).

<sup>87</sup> Di Fabio, Art. 2 Abs. 2 Nr. 1 Rz. 55 m. w. N.; Lang, Art. 2 Rz. 62; vgl. auch Art. 3 Abs. 1 EU-Grundrechtecharta, hierzu etwa Calliess, Art. 3 Rz. 6; offengelassen noch in BVerfG, Beschl. v. 29.07.2009 – 1 BvR 1606/08.

fe, sondern stellt zugleich ebenfalls eine objektive Wertentscheidung der Verfassung dar, die staatliche Schutzpflichten begründet. Danach hat der Staat die Pflicht, sich schützend<sup>88</sup> und fördernd<sup>89</sup> vor das Grundrecht auf körperliche – einschließlich seelischer – Unversehrtheit zu stellen. Bei der normativen Umsetzung der staatlichen Schutzpflicht kommt dem Gesetzgeber ein Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu, sodass in gravierenden Fällen als ultima ratio die Überwindung des entgegenstehenden natürlichen Willens der Betroffenen möglich ist.<sup>90</sup>

In diesem Zusammenhang sind Art. 24 KRK<sup>91</sup> und die damit bestehende Anerkennung des Rechts des Kindes „auf das erreichbare Höchstmaß an Gesundheit“ (Abs. 1) sowie die Verpflichtung, alle wirksamen und geeigneten Maßnahmen zu treffen, „um überlieferte Bräuche, die für die Gesundheit der Kinder schädlich sind, abzuschaffen“, von Relevanz (Abs. 3). Schlussfolgend lässt sich daraus die Verpflichtung des Staates ableiten, im Rahmen seiner Ressourcen und Möglichkeiten die Gesundheit bedrohende Gefährdungslagen durch Prävention und Sicherung positiver Lebensbedingungen möglichst frühzeitig abzuwenden. In Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 KRK ergibt sich ferner die staatliche Pflicht, „das Kind vor jeder Form körperlicher oder geistiger Gewaltanwendung, Schadenszufügung oder Misshandlung, vor Verwahrlosung oder Vernachlässigung, vor schlechter Behandlung oder Ausbeutung einschließlich des sexuellen Missbrauchs zu schützen“. Einschränkungen bzw. Eingriffe sind generell ausgeschlossen, d. h., es besteht keine Möglichkeit der Rechtfertigung.<sup>92</sup>

Staatliche Maßnahmen, mit denen die Gefahr einer dauerhaften Schädigung einhergehen kann, sind unzulässig.<sup>93</sup>

- Ob dies bei einer geschlossenen Unterbringung bzw. freiheitsentziehenden Maßnahme insbesondere im Hinblick auf das geistig-seelische Wohl des Kindes der Fall ist, kann mangels wissenschaftlicher Studien derzeit nicht abschließend beurteilt werden.
- Zu erinnern ist an das Bestehen von Unsicherheiten bei der Prognose der Gefahr für (psychische und damit gesundheitliche) Gesundheitsschädigungen sowie den Umstand, dass die Trennung von seinen unmittelbaren Bezugspersonen für das Kind regelmäßig eine erhebliche psychische Belastung bedeutet.<sup>94</sup>
- Dem Staat obliegt eine fördernde Schutzpflicht in Bezug auf die körperliche und seelische Unversehrtheit.

#### **d) Art. 2 Abs. 1 GG – Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit**

Ferner steht den Minderjährigen das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit zu, d. h. die Entwicklung zu einer selbstbestimmten, eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit unter Beachtung der eigenen Interessen, Wünsche, Fähigkeiten. Dies greift die Kinder- und Jugendhilfe mit der Verankerung des lebensweltorientierten Ansatzes auf (8. Kinder- und Jugendbericht<sup>95</sup>); die geschlossene Unterbringung in einer Einrichtung der Kinder- und Jugendhilfe dürfte dem widersprechen.<sup>96</sup>

<sup>88</sup> BVerfG, Beschl. v. 26.07.2016 – 1 BvL 8/15.

<sup>89</sup> BVerfG, Beschl. v. 30.11.1988 – 1 BvR 1301/84.

<sup>90</sup> BVerfG, Beschl. v. 26.07.2016 – 1 BvL 8/15.

<sup>91</sup> Siehe auch Art. 12 UN-Sozialpakt.

<sup>92</sup> Siehe auch Art. 4 EU-Grundrechtecharta sowie Art. 3 EMRK; Jarass, Art. 4.

<sup>93</sup> Weitergehend Di Fabio, Art. 2 Abs. 2 Nr. 1 Rz. 58 m. w. N.

<sup>94</sup> BVerfG, Beschl. v. 31.03.2010 – 1 BvR 2910/09; BVerfG, Beschl. v. 29.07.1968 – 1 BvL 20/63; 1 BvL 31/66; 1 BvL 5/67.

<sup>95</sup> BT-Drs. 11/6576 v. 06.03.1990 S. 80 f.

<sup>96</sup> Siehe etwa Häbel, Sozial Extra 29, S. 29 ff.

### e) Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG – Recht auf Erziehung durch die Eltern/Umgangsrecht

Korrespondierend zum in der Norm explizit genannten Elternrecht (dazu nachfolgend) haben die Kinder ein gegen den Staat gerichtetes Recht auf elterliche Pflege und Erziehung<sup>97</sup> und genießen über Art. 6 Abs. 3 GG den staatlichen Schutz vor einer Trennung von der Familie.<sup>98</sup>

Diesbezüglich kommt Art. 9 KRK insoweit zum Tragen, als

- ein Kind nicht gegen den Willen seiner Eltern von diesen getrennt werden darf, es sei denn, die zuständigen Behörden bestimmen in einer gerichtlich nachprüfaren Entscheidung nach den anzuwendenden Rechtsvorschriften und Verfahren, dass diese Trennung zum Wohl des Kindes notwendig ist (Art. 9 Abs. 1 KRK),
- das Kind, das von einem oder beiden Elternteilen getrennt ist, regelmäßige persönliche Beziehungen und unmittelbare Kontakte zu beiden Elternteilen pflegen kann, soweit dies nicht dem Wohl des Kindes widerspricht bzw. außergewöhnliche Umstände vorliegen (Art. 9 Abs. 3, 37 lit. c KRK).

Das Umgangsrecht fällt darüber hinaus in den Schutzbereich des Art 8 Abs. 1 EMRK.<sup>99</sup>

Umgangsregelungen als erzieherische Maßnahme (Strafe oder Belohnung) sind unzulässig.

### f) Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG – Grundrecht der Eltern

Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG garantiert den Eltern – als klassisches Grundrecht und damit als Abwehrrecht<sup>100</sup> – das Recht auf Pflege und Erziehung ihrer Kinder, dies in Übereinstimmung mit Art. 5 KRK. Darüber hinaus folgt daraus aber auch die Inpflichtnahme der Eltern für die Pflege und Erziehung ihrer Kinder als Elternverantwortung.<sup>101</sup> In der Beziehung zum Kind stellt das Kindeswohl die oberste Richtschnur der elterlichen Pflege und Erziehung dar. „In Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG sind Recht und Pflicht von vornherein unlöslich miteinander verbunden; die Pflicht ist nicht eine das Recht begrenzende Schranke, sondern ein wesensbestimmender Bestandteil dieses „Elternrechts“, das insoweit treffender als „Elternverantwortung“ bezeichnet werden kann.“<sup>102</sup> Der Schutz des Elternrechts, das Vater und Mutter bzw. beiden Elternteilen gleichermaßen zukommt, erstreckt sich auf die wesentlichen Elemente des Sorgerechts.<sup>103</sup>

### g) Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG – staatliches Wächteramt

Über die Betätigung der Eltern wacht die staatliche Gemeinschaft – Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG enthält das sog. staatliche Wächteramt, d. h. den Schutzauftrag des Staates für das Kindeswohl, denn das Kind hat ein Recht darauf, „sich zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit innerhalb der sozialen Gemeinschaft zu entwickeln, wie sie dem Menschenbilde des Grundgesetzes entspricht“<sup>104</sup>. Das Wächteramt können nur die durch Gesetz hierzu berufenen staatlichen Organe wahrnehmen.<sup>105</sup> Die Schutzpflicht gebietet, nur im äußersten Fall das Kind von seinen Eltern zu trennen oder eine bereits erfolgte Trennung

<sup>97</sup> BVerfG, Urt. v. 01.04.2008 – 1 BvR 1620/04.

<sup>98</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.06.2014 – 1 BvR 2926/13.

<sup>99</sup> Rake, § 1684 Rn. 6.

<sup>100</sup> OLG Frankfurt, Beschl. v. 19.11.2012 – 5 UF 187/12.

<sup>101</sup> Uhle, Art. 6 Rn. 48 m. w. N.

<sup>102</sup> BVerfG, Beschl. v. 29.07.1968 – 1 BvL 20/63; 1 BvL 31/66; 1 BvL 5/67.

<sup>103</sup> BVerfG, Beschl. v. 29.01.2010 – 1 BvR 374/09.

<sup>104</sup> BVerfG, Beschl. v. 29.07.1968 – 1 BvL 20/63; 1 BvL 31/66; 1 BvL 5/67.

<sup>105</sup> OLG Frankfurt, Besch. v. 19.11.2012 – 5 UF 187/12.

aufrechtzuerhalten, d. h. wenn das Kind bei einem Verbleib in der Familie oder bei einer Rückkehr dort hin in seinem körperlichen, geistigen oder seelischen Wohl nachhaltig gefährdet ist.<sup>106</sup>

Im vorliegenden Kontext ist das staatliche Wächteramt umgesetzt durch das rechtliche Gebot, einen Freiheitsentzug – durch geschlossene Unterbringung oder freiheitsentziehende Maßnahme – familiengerichtlich genehmigen lassen zu müssen. Dabei bildet das Kindeswohl den Richtpunkt für diesen Auftrag des Staates, mithin für den umfassenden Schutz des in der Entwicklung befindlichen jungen Menschen unter Beachtung seiner Bedürfnisse und Lebensbedingungen.<sup>107</sup> Ob eine familiengerichtliche Genehmigung erfolgen kann, hat sich allein am Kindeswohl zu orientieren und bestimmt sich nach Art und Ausmaß der Gefahr für das Kind.<sup>108</sup>

Aus dem Schutzauftrag des Staates für das Kindeswohl folgt jedoch nicht nur das Interventionsrecht, sondern auch die Pflicht, die Eltern in angemessener Weise bei der Erfüllung ihrer Aufgabe, das Kind zu erziehen, zu unterstützen (Art. 18 Abs. 2 KRK), mithin insbesondere über die Kinder- und Jugendhilfe entsprechende (präventive) Angebote bereitzustellen – „durch helfende, unterstützende, auf Herstellung oder Wiederherstellung eines verantwortungsgerechten Verhaltens der natürlichen Eltern gerichtete Maßnahmen“.<sup>109</sup>

## h) Zwischenfazit

### Freiheitsentzug

- kann die Menschenwürde der betroffenen Minderjährigen beeinträchtigen,
- kann u. a. einen Eingriff darstellen
  - in das Grundrecht auf Freiheit (i. V. m. der Menschenwürde),
  - in das Grundrecht auf körperliche und psychische Unversehrtheit,
  - in das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit,
  - in das Grundrecht auf Erziehung durch die Eltern einschließlich Umgangsrecht.

Für den Staat ergeben sich Schutzpflichten im Hinblick auf

- die umfassende Achtung und Berücksichtigung der Menschenwürde,
- die Freiheit der Person,
- die körperliche, einschließlich der seelischen Unversehrtheit der Gesundheit,
- die freie Entwicklung der Persönlichkeit unter Beachtung des Kindeswohls sowie
- die Unterstützung der Eltern in ihrer elterlichen Erziehungsverantwortung zur Sicherstellung des Kindeswohls.

<sup>106</sup> Ständige Rechtsprechung, siehe etwa BVerfG, Beschl. v. 07.04.2014 – 1 BvR 3121/13.

<sup>107</sup> BVerfG, Beschl. v. 16.01.2002 – 1 BvR 1069/01.

<sup>108</sup> BVerfG, Beschl. v. 03.02.2017 – 1 BvR 2569/16.

<sup>109</sup> BVerfG, Beschl. v. 29.07.1968 – 1 BvL 20/63; 1 BvL 31/66; 1 BvL 5/67.

## III. Genehmigungsbedürftigkeit und Rechtfertigung der Freiheitsentziehung

Nachfolgend sollen die Genehmigungsbedürftigkeit und Rechtfertigung von Eingriffen in das Grundrecht auf Freiheit der minderjährigen Person genauer betrachtet werden.

### 1. Einleitung

Wie bereits dargelegt, bedürfen Eingriffe in das Grundrecht der Freiheit der Person einer gesetzlichen Grundlage, die die Eingriffsvoraussetzungen in hinreichend bestimmter Weise normiert sowie den übrigen Vorgaben von Art. 19 GG entspricht und sich insbesondere an der Würde des Menschen orientiert.<sup>110</sup> Über die Zulässigkeit und Fortdauer eines Freiheitsentzugs hat nur der\*die Richter\*in zu entscheiden – dies umfasst sowohl die geschlossene Unterbringung als auch freiheitsentziehende Maßnahmen.<sup>111</sup>

§ 1631b BGB ist gesetzliche Grundlage für den Freiheitsentzug – sowohl durch geschlossene Unterbringung als auch durch freiheitsentziehende Maßnahme – für Minderjährige.<sup>112</sup> Die Norm enthält sowohl die Voraussetzungen als auch den sog. Richtervorbehalt. Der Freiheitsentzug kann von den Personensorgeberechtigten nicht allein entschieden werden, vielmehr bedarf es einer familiengerichtlichen Genehmigung nach § 1631b BGB.

### 2. Antrag Eltern/Personensorgeberechtigte

Familiengerichtlich genehmigt wird, in Übereinstimmung mit dem Elterngrundrecht, der Antrag der Per-

sonensorgeberechtigten auf Freiheitsentzug in einer geschlossenen Unterbringung oder auf – konkret zu benennende – freiheitsentziehende Maßnahmen.

### 3. Nicht genehmigungsbedürftige und unzulässige Maßnahmen

Da der Sinn und Zweck von § 1631b BGB darin liegt, Minderjährige vor vermeidbarem Freiheitsentzug durch das Erfordernis der familiengerichtlichen Genehmigung zu schützen, sind von der Genehmigungspflicht solche Maßnahmen ausgeschlossen, die nicht den Zweck eines Freiheitsentzugs verfolgen.<sup>113</sup> Hierunter fallen

- therapeutische Maßnahmen,
- medizinische Maßnahmen,
- pädagogische Maßnahmen und
- die Transporte des Kindes zu den Einrichtungen.<sup>114</sup>

#### a) Therapeutische und medizinische Maßnahmen

Therapeutische Maßnahmen sind etwa Stützgurte oder Maßnahmen, die zur Befestigung am Rollstuhl oder Therapietisch dienen.<sup>115</sup> Die Grenze zur freiheitsentziehenden Maßnahme ist (spätestens) dann überschritten, wenn sie lediglich der Ruhigstellung und/oder besseren „Händelbarkeit“ der Person dient. Die Übergänge sind fließend.

Gleiches gilt für medizinische Maßnahmen, die aus-

<sup>110</sup> BVerfG, Urt. v. 31.05.2006 – 2 BvR 1673/04.

<sup>111</sup> BVerfG, Urt. v. 18.07.1967 – 2 BvF 3, 4, 5, 6, 7, 8/62; 2 BvR 139, 140, 334, 335/62.

<sup>112</sup> Zur kritischen Hinterfragung der Verfassungsmäßigkeit vgl. etwa Epkes,

2018.

<sup>113</sup> AG Rosenheim, Beschl. v. 23.11.2018 – 1 F 1504/18.

<sup>114</sup> BT-Drs. 18/11278 v. 22.02.2017 S. 17.

<sup>115</sup> OLG München, Beschl. v. 14.01.2019 – 12 UF 1397/18.

schließlich zu Heilzwecken eingesetzt werden dürfen<sup>116</sup>, damit sie nicht als freiheitsentziehende Maßnahmen gelten. Um eine medizinische Maßnahme handelt es sich dementsprechend z. B. dann nicht, wenn einer Gesundheitsschädigung lediglich vorgebeugt werden soll – etwa durch Fixierung, um Verletzungen zu verhindern.<sup>117</sup>

Kritisch zu betrachten sind – auch im Hinblick auf § 1631 Abs. 2 BGB – die sog. Festhaltetherapien, die darauf basieren, Kinder systematisch zwangsweise über einen längeren Zeitraum festzuhalten.<sup>118</sup> Die Grenze zu strafrechtlich relevanten Tatbeständen ist fließend.

## b) Pädagogische Maßnahmen

Ein Freiheitsentzug, der in nicht altersgerechter Weise allein pädagogischen bzw. erzieherischen Zwecken dient, ist unzulässig.<sup>119</sup> Er ist damit auch nicht genehmigungsfähig, weil er gerade nicht dem Entzug der Freiheit dient, sondern „nur“ pädagogische Zwecke verfolgt.<sup>120</sup> Zudem haben sich pädagogische Maßnahmen an § 1631 Abs. 2 BGB sowie Art. 19 Abs. 1 KRK zu orientieren. Kinder haben ein Recht auf gewaltfreie Erziehung. Körperliche Bestrafung, seelische Verletzung und andere entwürdigende Maßnahmen sind unzulässig – dafür ist in einer am Persönlichkeitsrecht des Kindes orientierten Erziehung kein Raum. Kinder haben das Recht auf eine angstfreie, auf Gewalt verzichtende Erziehung<sup>121</sup>, sowohl im häuslichen als auch im institutionellen Kontext.<sup>122</sup>

*„Pädagogischen Konzepten, die freiheitsentziehende Maßnahmen bei ‚erziehungsschwierigen‘ Jugendlichen als angemessenes und altersgerechtes Erziehungsmittel und als Reaktion auf vermeintliches Fehlverhalten erachten, wird auf diese Weise eine Absage erteilt.“<sup>123</sup>*

Dies ist auf Freiheitsentzug durch geschlossene Unterbringung zu übertragen.<sup>124</sup>

Der Ansicht, dass allein „Erziehungsprobleme“ ein „erzieherisches Einwirken auf das Kind in geschlossenen Räumen“ oder die Anwendung von freiheitsentziehenden Maßnahmen erfordern<sup>125</sup>, kann nicht gefolgt werden, da

- die Bedeutung des Grundrechts auf Freiheit<sup>126</sup> (und anderer mitbetroffener Grundrechte),
- die vorausgesetzte gegenwärtige und erhebliche Kindeswohlgefährdung – akute Krise – sowie
- die o. g. Intention des Gesetzgebers

dem entgegenstehen. Vielmehr kann in der Intention des Gesetzgebers die Wiederherstellung des „Gleichlaufs“ zwischen BGB und Kinder- und Jugendhilfe<sup>127</sup> gesehen werden, nicht zuletzt auch im Sinne der Einheit der Rechtsordnung<sup>128</sup>.

Zwar sind gem. Art. 5 Abs. 1 S. 1 lit. d) EMRK Eingriffe in die Freiheit „zum Zwecke überwachter Erziehung“ nicht von vornherein ausgeschlossen, allerdings nur, „wenn es sich um die rechtmäßige Haft eines Minderjährigen handelt, die zum Zwecke überwachter Erziehung angeordnet ist“<sup>129</sup>; umfasst ist die Heim-erziehung als Maßnahme des Jugendstrafrechts.<sup>130</sup> Art. 5 Abs. 1 S. 1 lit. d) EMRK erstreckt sich aufgrund

<sup>116</sup> Die Gesundheitsorge ist Teil der elterlichen Sorge, genauer der Personensorge (§§ 1626, 1631 BGB), und im Rahmen dieser auszuüben.

<sup>117</sup> BT-Drs. 11/4528 v. 11.05.1989.

<sup>118</sup> Benz et al., 2013.

<sup>119</sup> BT-Drs. 18/11278 v. 22.02.2017 S. 17; BT-Drs. 11/4528 v. 11.05.1989 S. 83; BT-Drs. 9/1299 v. 29.01.1982 S. 12.

<sup>120</sup> Insofern ist die Argumentation im 11. Kinder- und Jugendbericht, S. 25, dass die geschlossene Unterbringung auch „maßgeblich auf den erzieherischen Bedarf abzustellen“ hat, überholt.

<sup>121</sup> BT-Drs. 14/1247 v. 23.06.1999; in diesem Zusammenhang ist insbesondere auch an § 16 Abs. 1 S. 3 SGB VIII zu erinnern.

<sup>122</sup> Sofern es sich nicht um eine freiheitsentziehende Maßnahme handelt, weil das Ziel des Freiheitsentzugs fehlt, erfolgt die Gewährleistung des

Kindeswohls über eine Prüfung nach § 1666 BGB, denn auch alle anderen Maßnahmen – therapeutische, medizinische und pädagogische – können das Kindeswohl beeinträchtigen.

<sup>123</sup> BT-Drs. 18/11278 v. 22.02.2017 S. 17.

<sup>124</sup> Vgl. zur anderen Ansicht etwa Arbeitskreis GU14Plus, Stellungnahme, m. w. N.

<sup>125</sup> OLG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 10.07.2012 – 8 UF 144/12.

<sup>126</sup> Eine andere Auslegung von § 1631b BGB dürfte gegen die Wesensgehaltsgarantie des Grundrechts verstoßen.

<sup>127</sup> Siehe oben unter I. 2.

<sup>128</sup> Felix, 1998.

<sup>129</sup> BGBl. II 1952, S. 685 ff.

<sup>130</sup> Lohse/Jakobs, Art. 5 MRK Rn. 23; Grabenwarter/Pabel, § 21 Rn. 30 ff.

der abschließend aufgezählten und restriktiv auszulegenden Gründe<sup>131</sup> nicht auf Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe. Vor diesem Hintergrund kann der Meinung nicht gefolgt werden, dass es auf den Grund des Freiheitsentzugs nicht ankomme.<sup>132</sup>

### c) Maßnahmen mit Strafcharakter und/oder haftähnlichen Bedingungen

Ebenso ist ein Freiheitsentzug mit „Strafcharakter“<sup>133</sup> – d. h. nicht zur Umsetzung einer Jugendfreiheitsstrafe – weder zulässig<sup>134</sup> noch durch das Familiengericht genehmigungsfähig. Ein Leben unter haftähnlichen Bedingungen ist unvereinbar mit dem Kindeswohl<sup>135</sup> und kann auch nicht mit pädagogischen Gesichtspunkten gerechtfertigt werden. Dies wird dann anzunehmen sein, wenn

- die betroffene Person einer Aufenthaltsbeschränkung unterworfen ist,<sup>136</sup>
- sie ständiger Aufsicht unterliegt,
- die Außenkontakte erheblich oder willkürlich eingeschränkt sind,<sup>137</sup>
- keinerlei individuelle Rückzugsmöglichkeiten bestehen,
- die Intimsphäre nicht ausnahmslos geachtet und geschützt wird<sup>138</sup>,
- keinerlei Bewegungsfreiheit oder Möglichkeiten der individuellen Freizeitgestaltung vorhanden sind und/oder
- keinerlei Schutz gegenüber durch Lehrer\*innen, Fachkräfte und andere Kinder ausgeübter Gewalt gewährt wird.<sup>139</sup>

Einige Einrichtungen – unabhängig davon, ob geschlossen oder (teil-)offen – dürften dem sehr nahe-

kommen oder sogar entsprechen, wenn u. a. mit

- einem dicht strukturierten Tagesablauf,
- einem umfassenden Regelwerk,
- einem internen Beschulungskonzept sowie
- dem pädagogischen Konzept einer zeitweisen, d. h. individuellen bzw. (Teil-)Geschlossenheit gearbeitet wird.<sup>140</sup>

### d) Zwischenfazit

Kein Freiheitsentzug  
 und damit nicht genehmigungsbedürftig

- Therapeutische Maßnahme – allein der Ruhigstellung und/oder besseren „Händelbarkeit“ der Person dienende Maßnahme
- Medizinische Maßnahme
- Altersübliche pädagogische Maßnahme

Unzulässiger Freiheitsentzug  
 und damit nicht genehmigungsfähig

- allein der Ruhigstellung und/oder besseren „Händelbarkeit“ der Person dienende Maßnahme
- allein Gesundheitsschädigung(en) vorbeugende Maßnahme
- nicht altersgerechte, allein pädagogischen bzw. erzieherischen Zwecken dienende Maßnahme
- unter haftähnlichen Bedingungen erfolgende Maßnahme
- Strafcharakter intendierende Maßnahme

<sup>131</sup> EGMR, Urt. v. 27.06.1988 – 9106/80 BOUAMAR/BELGIEN.

<sup>132</sup> So Huber, § 1631b BGB Rn. 3.

<sup>133</sup> Sofern es sich nicht um eine Maßnahme des Jugendstrafrechts handelt.

<sup>134</sup> Dazu bereits oben unter II. 3. a).

<sup>135</sup> Siehe in diesem Zusammenhang neben den Grundrechten auch die in der Kinderrechtskonvention verankerten betroffenen Rechte, insbesondere Art. 37, sowie Art. 3 EMRK.

<sup>136</sup> BSG, Urt. v. 27.04.1967 – 4 RJ 193/66: „Ein Leben unter haftähnlichen Bedingungen kann daher auch dann vorliegen, wenn es – bei bestehender Aufenthaltsbeschränkung – an dem Eingeschlossenensein im strengen Sinne fehlt, auf der anderen Seite aber sonstige, im Allgemeinen mit dem

Begriff der Haft verbundene Merkmale deutlich hervortreten.“

<sup>137</sup> Mit erheblichen/willkürlichen Kontaktbeschränkungen können – abhängig vom Einzelfall – erhebliche psychische Beeinträchtigungen verbunden sein.

<sup>138</sup> Gem. Art. 16 KRK hat das Kind u. a. Anspruch auf rechtlichen Schutz gegen willkürliche oder rechtswidrige Eingriffe in sein Privatleben. Dies umfasst als Kernbereich des Privatlebens selbstverständlich auch die Intimsphäre.

<sup>139</sup> BVerfG, Beschl. v. 24.09.2014 – 2 BVR 2782/10. 140 Dazu Hoops, FPR 2011, S. 538 ff.

<sup>140</sup> Dazu Hoops, FPR 2011, S. 538 ff.

## 4. Genehmigungsbedürftige Maßnahmen

Maßnahmen, die einen Freiheitsentzug bezwecken und an sich zulässig sind, bedürfen der familiengerichtlichen Genehmigung nach § 1631b BGB – unabhängig davon, ob es sich um eine geschlossene Unterbringung oder eine freiheitsentziehende Maßnahme, ggf. in einer geschlossenen Unterbringung, handelt.

### a) Freiheitsentziehende Unterbringung

Zwar definiert der BGH den Begriff der freiheitsentziehenden Unterbringung wie folgt: „Eine freiheitsentziehende Unterbringung in diesem Sinn ist gegeben, wenn der Betroffene gegen seinen Willen oder im Zustand der Willenlosigkeit in einem räumlich begrenzten Bereich eines geschlossenen Krankenhauses, einer anderen geschlossenen Einrichtung oder dem abgeschlossenen Teil einer solchen Einrichtung festgehalten, sein Aufenthalt ständig überwacht und die Kontaktaufnahme mit Personen außerhalb des Bereichs eingeschränkt wird.“<sup>141</sup> Allerdings sollten die Kriterien „Aufenthaltsüberwachung“ und „Kontaktmöglichkeiten“ im Hinblick auf die oben dargelegte Definition des Eingriffs in das Grundrecht der Freiheit, die grundsätzliche Bedeutung des Grundrechts sowie die o. g. Schutzpflichten des Staates als nicht zwingend notwendige Voraussetzung für eine freiheitsentziehende Unterbringung betrachtet werden.<sup>142</sup>

Der Aufenthaltsort verweist auf eine Fremdplatzierung, d. h., die Eltern (PSB) können nicht mehr ihrem Elternrecht nachkommen, dieses realisieren, mithin

nicht mehr die Kontrolle über einen Freiheitsentzug ausüben. Dementsprechend ist ein Freiheitsentzug im häuslichen Bereich nicht von § 1631b BGB umfasst und auch nicht genehmigungsbedürftig – dieser unterliegt allein der elterlichen Sorge (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG).<sup>143</sup>

Unter dem räumlich begrenzten Bereich (Aufenthaltsort) sind die Räumlichkeiten, in denen sich die betroffene Person befindet, zu verstehen; so etwa ihr Zimmer, das Stockwerk oder die Abteilung einer Einrichtung, in der sich dieses Zimmer befindet, oder die Einrichtung selbst.<sup>144</sup>

Eine Engführung des Unterbringungsbegriffs verbietet sich vor der Bedeutung des betroffenen Grundrechts insoweit, als es auf die Bezeichnung wie geschlossene, geschützte oder auch halb-/teilloffene Station nicht ankommt. Entscheidend ist, dass die Bewegungsfreiheit der betroffenen Person in einem räumlich begrenzten Bereich in jede Richtung aufgehoben wird.<sup>145</sup>

Resümierend lässt sich festhalten, dass eine genehmigungsfähige freiheitsentziehende Unterbringung nach § 1631b Abs. 1 BGB dann gegeben ist, wenn

- ein Freiheitsentzug in zulässiger Weise bezweckt wird, und zwar
- in einem räumlich begrenzten Bereich, etwa in einer geschlossenen Einrichtung oder dem abgeschlossenen Teil einer solchen Einrichtung<sup>146</sup>, und
- die Bewegungsfreiheit nach jeder Richtung (allseitig) gegen den natürlichen Willen der Betroffenen umfassend entzogen wird.<sup>147</sup>

<sup>141</sup> BGH, Beschl. v. 11.10.2000 – XII ZB 69/00; BT-Drs. 18/11278 v. 22.02.2017 S. 14; Vogel, NZFam 2019, S. 1041 ff.; auch schon BT-Drs. 8/2788 v. 27.04.1979 S. 51 m. w. N.; zur Einwilligung siehe oben unter II. 3. b) bb) (3).

<sup>142</sup> So auch Schneider, § 1906 Rz. 10; Müller-Engels, § 1906 Rn. 5; im Gesetz über das gerichtliche Verfahren bei Freiheitsentzug (FrEntzG v. 29.06.1956, BGBI. I 1956 S. 599) war der Begriff wie folgt legaldefiniert: „§ 2 (1) Freiheitsentziehung ist die Unterbringung einer Person gegen ihren Willen oder im Zustande der Willenlosigkeit in einem Gefängnis, einem Haftraum, einem Arbeitshaus, einer abgeschlossenen Verwahranstalt, einer abgeschlossenen Anstalt der Fürsorge, einer abgeschlossenen Krankenanstalt oder einem abgeschlossenen Teil einer Krankenanstalt.“ Allerdings fand das bis inkl. 31.08.2009 gültige Gesetz gem. § 2 Abs. 2 keine Anwendung, wenn eine Person aufgrund des Aufenthalts-

bestimmungsrechts ihres gesetzlichen Vertreters untergebracht wurde.

<sup>143</sup> Ggf. ist § 1666 BGB einschlägig.

<sup>144</sup> BT-Drs. 18/11278 v. 22.02.2017 S. 17 unter Verweis auf BT-Drs. 11/4528 v. 11.05.1989 S. 149.

<sup>145</sup> Siehe etwa Hoffmann, R & P 2009, S. 121 ff.; Schnoor et al., 2006, S. 814 ff.

<sup>146</sup> Zum Einrichtungsbegriff etwa BVerfG, 29.07.1968 – 1 BvL 20/63; 1 BvL 31/66; 1 BvL 5/6 – sowie Deutscher Bundestag, wissenschaftliche Dienste, 2007.

<sup>147</sup> In Anlehnung an und Erweiterung von § 415 Abs. 2 FamFG: „Eine Freiheitsentziehung liegt vor, wenn einer Person gegen ihren Willen oder im Zustand der Willenlosigkeit insbesondere in einer abgeschlossenen Einrichtung, wie einem Gewahrsamsraum oder einem abgeschlossenen Teil eines Krankenhauses, die Freiheit entzogen wird.“

## b) Freiheitsentziehende Maßnahme

Der Begriff setzt in Abgrenzung zum räumlichen Bereich (bei der geschlossenen Unterbringung) einen Freiheitsentzug – umfassender Entzug der Bewegungsfreiheit nach jeder Richtung gegen den natürlichen Willen des\*der Betroffenen – durch eine Handlung oder eine Vorrichtung voraus. Als freiheitsentziehende Maßnahmen definiert § 1631b Abs. 2 BGB solche, die über einen längeren Zeitraum oder regelmäßig dem\*der Betroffenen die Bewegungsfreiheit durch mechanische Vorrichtungen, Medikamente oder auf andere Weise entziehen.

### aa) Maßnahmen

Als mögliche Maßnahmen kommen nach den in der Norm genannten beispielhaften Aufzählungen sowie dem allgemeinen Verständnis z. B.

- Festhalten<sup>148</sup>,
- Fixierungen,
- Sedierungen,
- Einsatz von Therapietischen<sup>149</sup>,
- Bettgitter,
- Gurte,
- Schutzanzüge<sup>150</sup>,
- das regelmäßige Verschließen der Eingangstür, etwa über Nacht – abhängig vom Einzelfall –,
- die Anbringung eines RFID-Funkchips im Schuwerk, z. B. um das Öffnen der Eingangstür der Einrichtung zu verhindern<sup>151</sup>,
- verbale und körperliche Drohgebärden<sup>152</sup>,
- Androhung von Restriktionen (psychische Ein-

wirkung),

- Sich-in-den-Weg-Stellen,
- das Entfernen von Fortbewegungshilfen und
- die Wegnahme von Kleidungsstücken

in Betracht.

Strittig ist die Einordnung komplizierter Verschlussmechanismen an der Tür als freiheitsentziehende Maßnahme. Zum Teil wird vertreten, dass eine geschlossene Unterbringung vorliegt, weil der Mechanismus den räumlichen Bereich derart verschließt, dass die Person nicht mehr herauskommen kann. Zum anderen wird die Ansicht vertreten, dass es sich um eine Vorrichtung und damit eine freiheitsentziehende Maßnahme handelt. Ebenso strittig ist die Einordnung der Time-out-Räume, d. h. der dem Abbau von Aggressionen dienenden, jegliche Verstärkerreize vermeidenden Schutzräume. Für eine geschlossene Unterbringung spricht, dass es sich um einen räumlich begrenzten Bereich mit einem besonderen Kontrollschließsystem handelt. Dagegen könnte sprechen, dass es sich um einen räumlich begrenzten Bereich in einer Fremdplatzierung handelt. Allerdings ist der Time-Out-Raum auch keine Maßnahme im Sinne der freiheitsentziehenden Maßnahmen (im engeren Sinne), da ihn keine Vorrichtung oder mechanische Einwirkung charakterisiert. Lediglich die Subsumtion unter „Sonstiges“ bei den freiheitsentziehenden Maßnahmen könnte in Betracht kommen.<sup>153</sup> Die Einordnung ist jedoch insoweit entscheidend, als bei der geschlossenen Unterbringung ein Sachverständigengutachten und bei der freiheitsentziehenden Maßnahme (nur) ein ärztliches Zeugnis für die Sachverhaltsermittlung gesetzlich gefordert wird.<sup>154</sup>

<sup>148</sup> Zur sog. Festhaltetherapie siehe bei Fußn. 118.

<sup>149</sup> Sofern über rein therapeutische Intentionen hinausgehend.

<sup>150</sup> BT-Drs. 793/16 v. 30.12.2016 S. 9.

<sup>151</sup> AG Hildesheim, Beschl. v. 22.09.2008 – 42 XVII W 1285; Gleiches dürfte für den Einsatz sog. Signalmatten gelten.

<sup>152</sup> Wer sich in den Türrahmen stellt und somit menschlich gesehen einen

Verschlussmechanismus darstellt, entzieht unter Umständen die Freiheit, da die im Raum befindliche Person keine Möglichkeit hat, den Raum zu verlassen, und faktisch eingeschlossen wird.

<sup>153</sup> BT-Drs. 18/11278 v. 22.02.2017 S. 14.

<sup>154</sup> Vogel, NZFam 2019, S. 1041 ff.; Veit, § 1631b Rz. 21 ff.

## bb) Über einen längeren Zeitraum

Bei Volljährigen wird von einer nicht (lediglich) kurzfristigen Maßnahme bzw. einer nicht nur unerheblichen Verzögerung – und damit von einer Freiheitsentziehung – dann ausgegangen, wenn sie absehbar die Dauer von ungefähr einer halben Stunde (30 Minuten) überschreitet<sup>155</sup>, unter Beachtung der Eingriffsintensität. Gerade Letzteres verbietet vor dem Hintergrund der Bedeutung des Freiheitsgrundrechts sowie der mit freiheitsentziehenden Maßnahmen einhergehenden hohen Eingriffsintensität die Festlegung einer – in der Praxis häufig starr angewandten – Zeitspanne.

Die Heranziehung der Rechtsprechung zur Voraussetzung „längerer Zeitraum“ bei Volljährigen kann aufgrund der Tatsache, dass Kinder ein anderes Zeitempfinden haben als Erwachsene<sup>156</sup>, keinen Bestand haben. Gerade bei Minderjährigen wirkt ein Freiheitsentzug in einer Lebensphase, die der Entwicklung zu einer selbstbestimmten, eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit dient. In ihrer Persönlichkeit sind Minderjährige weniger gefestigt als Erwachsene, ihre Entwicklungsmöglichkeiten sind offener. Greift der Staat durch Entzug der Freiheit in diese Lebensweise ein, übernimmt er für die weitere Entwicklung der/des Betroffenen eine besondere Verantwortung. Hinzu kommt, dass sich der Freiheitsentzug für Minderjährige in besonders einschneidender Weise auswirkt. Aus alledem ergeben sich spezielle Bedürfnisse sowie besondere Gefahren durch den Freiheitsentzug und eine diesbezüglich besondere Empfindlichkeit.<sup>157</sup>

- Ein Zeitraum von bis zu 30 Minuten kann lediglich als Obergrenze für fast volljährige junge Menschen gesehen werden.
- Was kurz oder lang ist, bedarf der Beurteilung im Einzelfall unter Berücksichtigung der Schwere des Eingriffs sowie des Alters der minderjährigen Person.<sup>158</sup> Zu beachten ist ferner, dass die subjektiv empfundene Zeitdauer abhängig ist von der Stärke der Erregung.<sup>159</sup> In diesem Zusammenhang sei auf die Rechtsprechung zu § 239 StGB (Freiheitsberaubung) hingewiesen, wonach lediglich unerhebliche Beeinträchtigungen der persönlichen Bewegungsfreiheit den Tatbestand entfallen lassen.<sup>160</sup>

Darüber hinaus setzt die Alternative implizit zeitliche Unregelmäßigkeit – in Abgrenzung zu „regelmäßig“ – voraus, sodass der Einsatz der Maßnahme nicht zu bestimmten Zeiten oder Anlässen erfolgen darf.

## cc) Regelmäßig

Regelmäßig ist eine Maßnahme, die zweckgerichtet, also mit dem Ziel des Freiheitsentzugs, stets zur selben Zeit oder aus wiederkehrendem Anlass erfolgt.<sup>161</sup> Die Dauer der jeweiligen Einzelmaßnahme ist dabei unerheblich, sodass auch kurzzeitige Beschränkungen eine freiheitsentziehende Maßnahme darstellen. Ausgenommen sein sollen allein diejenigen Einschränkungen der Fortbewegungsfreiheit, die sich als nur unerhebliche Verzögerungen darstellen<sup>162</sup> – abzustellen ist auf die konkrete Eingriffsintensität. Angesichts der Bedeutung des Grundrechts sowie des besonders schutzwürdigen Personenkreises sollte die Anwendung dieser für § 1906 BGB entwickelten Ausnahme kritisch gesehen werden.<sup>163</sup>

<sup>155</sup> Ständige Rechtsprechung, zuletzt BVerfG, Urt. v. 24.07.2018 – 2 BvR 309/15, 2 BvR 502/16; BGH, Beschl. v. 07.01.2015 – XII ZB 395/14, Rz. 22 f.: „Das Verschließen der Wohngruppentür jeweils in der Zeit von 20.00 Uhr bis 6.00 Uhr kann eine unterbringungsähnliche Maßnahme für die Betroffene darstellen, nachdem es nach den tatrichterlichen Feststellungen bis zu 30 Minuten dauern kann, bis einem Öffnungsverlangen der Bewohner nachgekommen wird. Die Betroffene wird mithin jeweils bis zu 30 Minuten daran gehindert, ihre Fortbewegungsfreiheit durch Verlassen des Wohnbereichs zu betätigen. Der Zeitraum von 30 Minuten liegt deutlich oberhalb einer unerheblichen Verzögerung. ... Finanzielle Erwägungen, wie sie insbesondere dem für eine Einrichtung geltenden Personalschlüssel zugrunde liegen, können einer Maßnahme nicht den Charakter einer Freiheitsentziehung im Sinn des § 1906 BGB nehmen.“

<sup>156</sup> BT-Drs. 16/6815 v. 24.10.2007 S. 12.

<sup>157</sup> OLG Saarbrücken, Beschl. v. 18.03.2010 – 6 UF 134/09.

<sup>158</sup> Siehe auch Epkes, 2018, S. 13.

<sup>159</sup> Irle, 2017.

<sup>160</sup> Siehe etwa Wieck-Noodt, § 239 Rz. 18 ff. m. w. N.

<sup>161</sup> Nach Vogel, NZFam 2019, 1041 (1045) setzt „regelmäßig“ eine mindestens zweimalige Anwendung voraus.

<sup>162</sup> Zum Beispiel das ggf. einige Minuten in Anspruch nehmende Lösen von Stützgurten, die zur Befestigung am Rollstuhl dienen (therapeutische Maßnahme); BGH, Beschl. v. 07.01.2015 – XII ZB 395/14; BR-Drs. 793/16 v. 30.12.2016 S. 12.

<sup>163</sup> Einen Freiheitsentzug bejahend (wohl) „auch wenn es nur für kurze Zeit erfolgt“ Steger, Freiheitsentziehende Maßnahmen in Kliniken der Kinder- und Jugendpsychiatrie und Psychotherapie, DJI, 2005, S. 7.

Entscheidend ist nicht, ob es sich um eine individuelle, nur auf die Bedürfnisse der konkret betroffenen Person abgestimmte, also personenbezogene Einzelmaßnahme oder eine auf eine Vielzahl von Personen gerichtete oder einrichtungsbezogene Maßnahme handelt. Erfasst werden jegliche freiheitsentziehenden Maßnahmen.<sup>164</sup>

Folgende Probleme können dabei zutage treten:

- Es finden mehrere, kurz aufeinander folgende Einschlüsse im Zimmer statt, die jeweils unter 30 Minuten liegen. Entscheidend ist die Eingriffstiefe der Maßnahme, die in einer Gesamtschau im Einzelfall zu prüfen ist.
- Die freiheitsentziehenden Maßnahmen werden nicht oder falsch dokumentiert, um die Genehmigungspflicht zu umgehen.

### dd) Nicht altersgerecht

Als altersgerecht werden adäquate und übliche Maßnahmen, die im Rahmen der Erziehung insbesondere gegenüber besonders der Aufsicht bedürftigen Kleinkindern zur Anwendung gelangen, angesehen; „übliche und sinnvolle Maßnahmen bei der Ausübung elterlicher Sorge“<sup>165</sup> sollen nicht vom Anwendungsbereich der Norm erfasst sein.<sup>166</sup>

Unter Erziehung wird die pädagogische Einflussnahme auf die Entwicklung und das Verhalten des Kindes verstanden, wobei auf Einzelheiten an dieser Stelle nicht weiter eingegangen werden kann. Allerdings wird ausdrücklich auf die Gesetzesbegründung und damit die gesetzliche Intention dieser Einschränkung hingewiesen: „Diese Beschränkung nimmt Maßnahmen wie Laufställe oder Hochstühle für Kleinkinder zum Beispiel in Kindertagesstätten vom Anwendungsbereich der Vorschrift aus, da eine staatliche

Kontrolle für solche Fälle unverhältnismäßig wäre.“<sup>167</sup>

Insoweit kann und sollte an dieser Stelle kritisch hinterfragt werden, ob und welche Erziehungsmaßnahmen aus dem Jahr 1989 noch als „üblich“ und „sinnvoll“ erscheinen und ob nach dem heutigen gesellschaftlichen sowie fachlichen Verständnis von Erziehung ein Freiheitsentzug überhaupt noch als üblich angesehen werden kann. Ferner ist zu ergründen, ob die Freiheitsentziehung im Zusammenhang mit Erziehung „sinnvoll“ erscheint<sup>168</sup> – dies insbesondere auch vor dem Hintergrund des In-Kraft-Tretens<sup>169</sup> von § 1631 BGB Absatz 2 im Jahr 2000: „Kinder haben ein Recht auf gewaltfreie Erziehung Körperliche Bestrafungen, seelische Verletzungen und andere entwürdigende Maßnahmen sind unzulässig.“ Dessen ungeachtet können eine freiheitsentziehende Maßnahme und damit ein Eingriff in das Grundrecht auf Freiheit (sowie ggf. weitere Grundrechte) mit der Begründung finanzieller Überlegungen nicht gerechtfertigt werden.<sup>170</sup>

Da es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, sind sowohl die Behindertenrechtskonvention (Art. 14) als auch die Kinderrechtskonvention (Art. 3, 12) in dessen Auslegung miteinzubeziehen. Allein ein – häufig pauschales – Abstellen auf einen Vergleich mit dem rein biologischen Alter<sup>171</sup> erscheint vor dem Hintergrund der unterschiedlichen Entwicklungsgeschwindigkeit bei Kindern und der Ausrichtung am Wohl des jeweils konkret betroffenen Kindes nicht opportun.

### ee) Aufenthalt in einem Heim oder einer sonstigen Einrichtung

Die Genehmigungspflicht einer freiheitsentziehenden Maßnahme setzt weiter den Aufenthalt in einem Krankenhaus, einem Heim oder einer sonsti-

<sup>164</sup> BGH, Beschl. v. 07.01.2015 – XII ZB 395/14 – für § 1906 BGB; für Minderjährige kann keine andere Auslegung erfolgen, da ein Gleichlauf des Kinderschutzes und des Erwachsenenschutzes gewährleistet werden soll, BT-Drs. 18/11278 v. 22.02.2017 S. 10.

<sup>165</sup> BT-Drs. 11/4528 v. 11.05.1989 S. 83.

<sup>166</sup> BT-Drs. 18/11278 v. 22.02.2017 S. 17.

<sup>167</sup> BT-Drs. 18/11278 v. 22.02.2017 S. 17.

<sup>168</sup> Zu Erziehung und Zwangskontext vgl. etwa Mohr/Ritter/Ziegler, Sozial Extra, 2017, S. 19 ff.; Heuer/Kessler, Sozial Extra, 2014, S. 46 ff.; Deutscher Ethikrat, 2018, S. 124 ff.

<sup>169</sup> Siehe dazu etwa Häbel, 2016.

<sup>170</sup> BGH, Beschl. v. 07.01.2015 – XII ZB 395/14.

<sup>171</sup> Kirsch, FamRZ 2019, S. 933 ff.

gen Einrichtung voraus. Mit dem Bezug auf „Heim oder sonstiger Einrichtung“ wird zum einen auf den Einrichtungsbegriff der Kinder- und Jugendhilfe verwiesen<sup>172</sup>, zum anderen ist § 1631b BGB im Kontext des BGB offener zu verstehen, womit auch stationäre oder ambulante Einrichtungen der Behindertenhilfe als Einrichtung anzusehen sind<sup>173</sup>. Insgesamt ist der Norm ein weiter Einrichtungsbegriff zugrunde zu legen.<sup>174</sup>

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass eine genehmigungsfähige freiheitsentziehende Maßnahme dann vorliegt, wenn

- ein Freiheitsentzug in zulässiger Weise bezweckt wird und
- anders als durch geschlossene Unterbringung, z. B. durch mechanische Vorrichtungen, Medikamente oder auf andere Weise,
- die im Rahmen der geltenden allgemeinen Rechtsordnung gegebene tatsächliche körperliche Möglichkeit der Bewegungsfreiheit nach jeder Richtung, d. h. die Möglichkeit, seinen Aufenthaltsort frei zu wählen und zu verändern,
- über einen längeren Zeitraum oder regelmäßig,
- in nicht altersgerechter Weise,
- bei einem Aufenthalt u. a. in einem Heim oder einer sonstigen Einrichtung aufgehoben wird.

Unerheblich für das familiengerichtliche Genehmigungserfordernis ist, ob der\*die Minderjährige bereits mit Genehmigung des Gerichts gem. § 1631b BGB freiheitsentziehend untergebracht worden ist oder nicht, denn das Schutzbedürfnis ist dasselbe.<sup>175</sup>

Das familiengerichtliche Genehmigungserfordernis für jeden Einzelfall gilt unabhängig davon, ob es sich um eine

- personenbezogene Einzelmaßnahme oder
- auf eine Vielzahl von Personen gerichtete oder
- einrichtungsbezogene Maßnahme

handelt.

## 5. Voraussetzungen für eine familiengerichtliche Genehmigung

Die weiteren Voraussetzungen für die familiengerichtliche Genehmigung sind gem. § 1631b BGB

- eine erhebliche Kindeswohlgefahr und
- die Verhältnismäßigkeit des Freiheitsentzugs.

### a) Kindeswohl und Kindeswohlgefährdung

Bei der Auslegung und Anwendung der Norm sind zum einen der besondere Schutz, unter dem die Familie nach Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 GG steht, sowie die damit einhergehenden Schutzpflichten und zum anderen die verfassungsrechtliche Fundierung des Kindeswohls in Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG sowie Art. 6 Abs. 2 GG zu beachten.

#### aa) Kindeswohl

Der Begriff „Kindeswohl“ ist nicht legaldefiniert, jedoch ist u. a. auf § 1697a BGB<sup>176</sup> und Art. 3 KRK<sup>177</sup> sowie Art. 7 Abs. 2 BRK zu verweisen. Die Ausfüllung des unbestimmten Rechtsbegriffs hat nicht

<sup>172</sup> Damit sind auch Kindertagesstätten umfasst.

<sup>173</sup> Zum Beispiel Förderschulen.

<sup>174</sup> BT-Drs. 18/11278 v. 22.02.2017 S. 16.

<sup>175</sup> BT-Drs. 18/11278 v. 22.02.2017 S. 11, 17.

<sup>176</sup> Zur umfassenden normativen Reichweite der Norm vgl. etwa Rake, § 1697a Rz. 2.

<sup>177</sup> Dies unabhängig davon, dass das Kindeswohl keinen absoluten Vorrang vor anderen Gesichtspunkten genießt, sondern in jedem Einzelfall eine Abwägung zwischen den Belangen des Kindes und den öffentlichen Belangen gefordert wird – OVG Lüneburg, Beschl. v. 02.10.2012 – 8 LA 209/11; Finger, FuR 2020, S. 97 ff.

nur nach normativen Kriterien zu erfolgen, sondern auch mit Blick auf die Mehrdimensionalität kindlichen Wohlergehens unter Rückgriff auf Erkenntnisse der Psychologie, der Medizin, der Sozialwissenschaften und der Pädagogik. Leitlinien für die Bestimmung des Kindeswohls im Einzelfall sollten die jeweiligen – körperlichen, emotionalen, persönlichen und sozialen – Bedürfnisse und Lebensbedingungen sein.<sup>178</sup>

Im Mittelpunkt der Norm und damit des Genehmigungsverfahrens steht die Prüfung, ob mit dem Freiheitsentzug die Voraussetzungen für eine gesunde, altersgerechte Entwicklung des Kindes in jeder Hinsicht sichergestellt sind, um eine allseitige und harmonische Entwicklung des Kindes zu einer Gesamtpersönlichkeit zu ermöglichen<sup>179</sup> und derart die Kindeswohlgefährdung abzuwenden, denn das Kindeswohl ist vorrangig zu berücksichtigen, und der Staat ist verpflichtet, dem Kind den Schutz und die Fürsorge zu gewähren, die zu seinem Wohlergehen notwendig sind (Art. 3 Abs. 2 KRK).

### bb) Kindeswohlgefährdung

Eine Gefahr für das Kindeswohl wird dann angenommen, wenn eine gegenwärtige Gefahr des körperlichen, geistigen und/oder seelischen Wohls eines Kindes in einem solchen Maße vorhanden ist, dass sich bei der weiteren Entwicklung eine erhebliche Schädigung mit ziemlicher Sicherheit voraussehen lässt.<sup>180</sup>

**Gegenwärtig** ist die **Gefahr**, wenn

- die Einwirkung des schädigenden Ereignisses bereits begonnen hat oder
- unmittelbar oder in allernächster Zeit

- mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit bevorsteht,

sodass es sich um eine

- konkrete und
- erhebliche, d. h. qualitativ gesteigerte,
- gegenwärtige Gefahr für das Kindeswohl handelt.

Ein **erheblicher Schaden** ist anzunehmen bei

- einem besonderen Gewicht der drohenden Schädigung durch
  - eine Gefährdung besonders gewichtiger Rechtsgüter,
  - einen besonders großen Umfang oder
  - eine besondere Intensität des drohenden Schadens<sup>181</sup>,
- einem Schadenseintritt in unmittelbarer oder in allernächster Zeit mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit – es gilt: Je schwerer der drohende Schaden, desto geringer die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts.<sup>182</sup>

Damit ist nicht jede Schädigung ausreichend, sondern nur eine solche mit erheblichem Gewicht, die sich mit ziemlicher Sicherheit voraussehen lässt.

Dies wiederum impliziert, dass ein Freiheitsentzug eine akute Krise bzw. einen „Akutfall“<sup>183</sup> voraussetzt, d. h. nur als akute Krisenintervention zulässig ist.<sup>184</sup>

Liegt eine akute Krise nicht oder nicht mehr vor, ist der Freiheitsentzug – freiheitsentziehende Unter-

<sup>178</sup> Rake, § 1684 Rn. 4.

<sup>179</sup> OLG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 10.07.2012 – 8 UF 144/12; die Wortwahl des OLG Saarbrücken, Beschl. v. 18.03.2010 – 6 UF 134/09, „ob das Kind wegen seines körperlichen, geistigen oder seelischen Zustandes gerade der Pflege, Erziehung oder Verwahrung in einer mit Freiheitsentziehung verbundenen Form bedarf“, erscheint im Hinblick auf die Zielsetzung des Genehmigungsverfahrens ungeeignet.

<sup>180</sup> Ständige Rechtsprechung, vgl. etwa BVerfG, Beschl. v. 19.11.2014 – 1 BvR

1178/14.

<sup>181</sup> BVerfG, Ur. v. 24.07.2018 – 2 BvR 309/15, 2 BvR 502/16.

<sup>182</sup> BGH, Beschl. v. 06.02.2019 – XII ZB 408/18.

<sup>183</sup> BGH, Ur. v. 20.06.2020 – VI ZR 377/99.

<sup>184</sup> BVerfG, Ur. v. 24.07.2018 – 2 BvR 309/15, 2 BvR 502/16; BGH, Beschl. v. 23.11.2016 – XII ZB 149/16; zum Begriff der Krise und ihren Phasen Sonneck, 2016; Papastefanou, 2019.

bringung oder freiheitsentziehende Maßnahme – unzulässig, mithin nicht (mehr) genehmigungsfähig und ggf. zu beenden.

Als Indikatoren für eine erhebliche Kindeswohlgefahr benennt § 1631b Abs. 1 BGB insbesondere die erhebliche Selbst- und Fremdgefährdung.<sup>185</sup>

### aa) Erhebliche Selbstgefährdung

Selbstgefährdung als Situation, in der sich eine Person durch eigenes Verhalten/Handeln bewusst oder unbewusst in Gefahr begibt, umfasst

- die Gefahr, sich selbst einen erheblichen gesundheitlichen Schaden zuzufügen, d. h. die eigene körperliche Unversehrtheit erheblich selbst zu gefährden<sup>186</sup> (beinhaltet nicht zwangsläufig das Ritzen),
- die Gefährdung des eigenen Lebens (Suizidversuch),
- aggressive Impulsdurchbrüche ohne Vorwarnzeit und ohne erkennbaren Anlass<sup>187</sup>,
- die Gefahr einer drohenden Verwahrlosung und/oder
- die Gefahr, nicht mehr die Schule zu besuchen (nur in begründeten Ausnahmefällen).<sup>188</sup>

### bb) Erhebliche Fremdgefährdung

Bei einer Fremdgefährdung steht der Gedanke im Vordergrund, dass sich das Kind dem

- Risiko von erheblichen Notwehrmaßnahmen und
- Ersatzansprüchen Dritter sowie Zivil- und Straf-

prozessen aussetzt.<sup>189</sup>

Umfasst sind damit

- Tötungsversuch Dritter sowie
- schwere (versuchte) Körperverletzung Dritter.<sup>190</sup>

Nicht ausreichend sind

- laute und verbal aggressive Verhaltensweisen,<sup>191</sup>
- zerstörerische Handlungen gegen das Eigentum Dritter oder der Allgemeinheit, sofern es nicht um Güter von erheblichem Wert geht.

Die Abwehr solcher Schäden ist Aufgabe des Polizei- und Ordnungsrechts.

Eigen- und Fremdgefährdung können eng miteinander verbunden sein. Eine strikte Trennung ist aufgrund der beispielhaften Nennung in § 1631b Abs. 1 BGB für das Vorliegen einer gegenwärtigen erheblichen Kindeswohlgefahr auch nicht erforderlich.

### b) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und weitere Voraussetzungen

Da das Grundrecht der Freiheit der Person einem Gesetzesvorbehalt – Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG – unterliegt, kann in dieses aufgrund eines Gesetzes eingegriffen werden. Die gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit wird jedoch durch die Verfassung in mehrfacher Hinsicht eingeschränkt, d. h., der Gesetzgeber muss bei der Ausübung der ihm erteilten Ermächtigung sowohl die Unantastbarkeit der Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG) als auch weitere Verfassungsnormen, insbesondere den Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) sowie die Gebote der Rechts- und Sozialstaatlichkeit (Art. 20 Abs. 1 GG), beachten.<sup>192</sup> Ferner ist

<sup>185</sup> OLG Saarbrücken, Beschl. v. 13.09.2007 – 2 UF 8/07 – m. w. N.; OLG Saarbrücken, Beschl. v. 18.03.2010 – 6 UF 134/09.

<sup>186</sup> BVerfG, Beschl. v. 26.05.2020 – 2 BvR 1529/19, 2 BvR 1625/19; BVerfG, Beschl. v. 02.06.2015 – 2 BvR 2236/14.

<sup>187</sup> AG Bergisch Gladbach, Beschl. v. 22.12.2017 – 24 F 364/17.

<sup>188</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.07.2018 – 2 UF 18/17; OLG Sachsen-An-

halt, Beschl. v. 10.07.2012 – 8 UF 144/12.

<sup>189</sup> OLG Saarbrücken, Beschl. v. 18.03.2010 – 6 UF 134/09 m. w. N.

<sup>190</sup> BT-Drs. 16/6815 v. 24.10.2007 S. 14.

<sup>191</sup> BVerfG, Beschl. v. 17.07. 2019 – 2 BvL 11/19.

<sup>192</sup> BVerfG, Urt. v. 18.07.1967 – 2 BvF 3, 4, 5, 6, 7, 8/62; 2 BvR 139, 140, 334, 335/62.

dem Erfordernis des Art. 104 Abs. 2 GG – Freiheitsentzug nur durch den\*die Richter\*in<sup>193</sup> – Rechnung zu tragen. Dabei setzt Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG stets eine materielle Norm voraus, aus der sich die Berechtigung zur Freiheitsentziehung ergibt; andere als gesetzmäßige – d. h. im materiellen Recht begründete – Freiheitsentziehungen sind selbstverständlich unstatthaft, unterliegen, wenn verschuldet, strafrechtlicher Ahndung und lösen zivilrechtliche Schadenersatzansprüche aus<sup>194</sup>.

Eingriffe in das Grundrecht der Freiheit der Person bedürfen

- einer gesetzlichen Grundlage, die
  - die Eingriffsvoraussetzungen in hinreichend bestimmter Weise normiert sowie
  - den übrigen Vorgaben von Art. 19 GG entspricht und
  - sich insbesondere an der Würde des Menschen orientiert<sup>195</sup> sowie
- der richterlichen Entscheidung (Art. 104 Abs. 2 GG) – dies umfasst sowohl die geschlossene Unterbringung als auch freiheitsentziehende Maßnahmen.<sup>196</sup>

### aa) Wesensgehalt

Sowohl die Legislative als auch die Judikative sind an den unantastbaren Wesensgehalt (Kernbereich) eines Grundrechts gebunden (Art. 19 Abs. 2 GG). Dieser ist für jedes Grundrecht aus seiner besonderen Bedeutung im Gesamtsystem der Grundrechte zu ermitteln.<sup>197</sup> Die Freiheit der Person ist ein so hohes Rechtsgut, dass sie nur aus besonders gewichtigen

Gründen eingeschränkt werden darf. Ein Freiheitsentzug verstößt gegen die Wesensgehaltsgarantie des Grundrechts so lange nicht, wie gewichtige Schutzinteressen den Eingriff zu legitimieren vermögen und insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt ist. Damit sind Eingriffe fürsorgecharakterischer<sup>198</sup> insoweit zulässig, als sie dem Schutz der Betroffenen oder Dritter dienen.<sup>199</sup>

Da dem Gutachten die aktuell gültige Fassung des § 1631b BGB zugrunde liegt, wird auf diesen und weitere Aspekte in Bezug auf die Verfassungsmäßigkeit der Norm nicht weiter eingegangen, wie z. B. das Übermaßverbot als obere Grenze bei der Ausgestaltung staatlicher Schutzpflichten (und damit verbundener Grundrechtseingriffe).<sup>200</sup>

### bb) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Die Fürsorge der staatlichen Gemeinschaft für das Wohl des Kindes schließt die Befugnis zum Freiheitsentzug ein – aus o. g. Gründen sind davon sowohl die geschlossene Unterbringung in einer Einrichtung der Kinder- und Jugendhilfe als auch freiheitsentziehende Maßnahmen aus allein pädagogischen bzw. erzieherischen Zwecken nicht umfasst –, wenn sich dies als unumgänglich erweist, um eine akut drohende gewichtige Kindeswohlgefahr abzuwenden.

Dies gilt jedoch nicht ausnahmslos<sup>201</sup>, die Einschränkung der Freiheit ist stets der strengen Prüfung der Verhältnismäßigkeit zu unterziehen:

- legitimer Zweck,
- geeignetes Mittel zur Zweckerreichung,
- erforderliches Mittel zur Zweckerreichung (Zweck-Mittel-Relation) sowie
- angemessenes Mittel zur Zweckerreichung.

<sup>193</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.1960 – 1 BvR 526/53, 29/58.

<sup>194</sup> Siehe dazu unter VI.

<sup>195</sup> BVerfG, Ur. v. 31.05.2006 – 2 BvR 1673/04.

<sup>196</sup> BVerfG, Ur. v. 18.07.1967 – 2 BvF 3, 4, 5, 6, 7, 8/62; 2 BvR 139, 140, 334, 335/62.

<sup>197</sup> BVerfG, Ur. v. 05.02.2004 – 2 BvR 2029/01.

<sup>198</sup> Nicht aufgrund einer nicht mehr gesetzlich verankerten Fürsorgeerzie-

hung.

<sup>199</sup> BVerfG, Ur. v. 18.07.1967 – 2 BvF 3, 4, 5, 6, 7, 8/62; 2 BvR 139, 140, 334, 335/62.

<sup>200</sup> Vgl. hierzu etwa Epkes, 2018; zur Ausgestaltung verfassungsrechtlicher Schutzpflichten BVerfG, Beschl. v. 08.08.1978 – 2 BvL 8/77.

<sup>201</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.06.2007 – 1 BvR 338/07.

Beim Verhältnismäßigkeitsgrundsatz handelt es sich um einen verfassungsrechtlichen Grundsatz<sup>202</sup>, der als Leitregel allen staatlichen Handelns mit umfassendem Geltungsanspruch verstanden wird. Dies betrifft sowohl den Gesetzgeber<sup>203</sup> und die Rechtsprechung – im vorliegenden Kontext die familiengerichtliche Genehmigung – als auch die Exekutive, im vorliegenden Kontext die Betriebserlaubnis erteilende Behörde.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erfordert, dass

- der drohende Schaden einen erheblichen Schweregrad erreichen muss, damit ein Eingriff in das Freiheitsgrundrecht überhaupt gerechtfertigt werden kann – dies gilt in besonderem Maße für präventive Eingriffe, die nicht dem Schuldgleich dienen, mithin für den Freiheitsentzug von Minderjährigen im Rahmen der Kinder- und Jugendhilfe –,
- ein Freiheitsentzug nur so lange erfolgen kann, wie
  - der Zweck es unabweisbar erfordert und
  - zu seiner Erreichung weniger belastende Maßnahmen nicht genügen,
- je länger der Freiheitsentzug andauert, umso strenger die Voraussetzungen für die Verhältnismäßigkeit werden, denn das Freiheitsgrundrecht gewinnt wegen des sich verschärfenden Eingriffs immer stärkeres Gewicht für die Wertungsscheidung.<sup>204</sup>

#### (1) Legitimer Zweck

Gemäß § 1631b BGB muss der mit dem Freiheitsentzug verbundene Zweck die Abwendung der Kindeswohlgefahr sein, insbesondere die Abwendung einer erheblichen Selbst- oder Fremdgefahr.<sup>205</sup>

#### (2) Geeignetheit

Das Mittel, im vorliegenden Kontext der Freiheitsentzug, muss generell geeignet sein, den legitimen Zweck, vorliegend die Abwendung der Kindeswohlgefahr, zu erfüllen – oder anders gewendet: Der Freiheitsentzug darf nicht von vornherein als völlig ungeeignet erscheinen, den angestrebten Zweck zu erreichen. Dies setzt voraus, dass der Freiheitsentzug überhaupt erfolgsversprechend ist (Gefahrabwendung), ohne seinerseits in erheblicher Weise Grundrechte der Betroffenen zu verletzen<sup>206</sup> – der zu erwartende Nutzen des Freiheitsentzugs muss die zu erwartende(n) Beeinträchtigung(en) deutlich überwiegen.

Der Freiheitsentzug stellt sich i. S. d. Verhältnismäßigkeit als nicht geeignet dar, wenn er

- mit anderweitigen erheblichen Beeinträchtigungen des Kindeswohls einhergeht, die durch die Beseitigung der festgestellten Gefahr nicht aufgewogen werden können<sup>207</sup>, und/oder
- eine unmenschliche oder entwürdigende Behandlung beinhaltet (Art. 3 EMRK, § 1631 Abs. 2 BGB).

In diesem Zusammenhang ist hervorzuheben, dass ein Freiheitsentzug einen Eingriff in das Recht auf seelische Unversehrtheit (als Bestandteil der körper-

<sup>202</sup> BVerfG, Beschl. v. 24.06.1969 – 2 BvR 446/64.

<sup>203</sup> Die Grenzen gesetzgeberischer Regelungsbefugnis ergeben sich aus einer Abwägung zwischen dem Gewicht der berührten Grundrechte und der Bedeutung des gesetzgeberischen Anliegens; zu den unterschiedlichen Ansichten der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes den ausgestaltenden Gesetzgeber betreffend vgl. etwa Engels, 2008,

S. 299 f. m. w. N.

<sup>204</sup> BVerfG, Beschl. v. 08.10.1985 – 2 BvR 1150/80 und 1504/82.

<sup>205</sup> Hierzu oben unter III. 5. a) bb).

<sup>206</sup> BVerfG, Beschl. v. 26.05.2020 – 2 BvR 1529/19, 2 BvR 1625/19 – mit Verweis auf Beschl. v. 14.07.2015 – 2 BvR 1549/14.

<sup>207</sup> OLG Schleswig, Beschl. v. 27.12.2018 – 10 UF 176/18.

lichen Unversehrtheit gem. Art. 2 Abs. 2 S. 1 2. Alt. GG<sup>208</sup>) darstellen kann.<sup>209</sup> Ob und mit welcher Intensität dies der Fall ist, kann aufgrund der diesbezüglich unbefriedigenden Forschungslage derzeit nicht beurteilt werden.<sup>210</sup> Dies wäre jedoch zum einen für die o. g. erforderliche Abwägung von besonderer Relevanz. Zum anderen wäre es wesentlich, um der staatlichen Schutzpflicht – im Rahmen der Ressourcen und Möglichkeiten des Staates durch Prävention und Sicherung positiver Lebensbedingungen zur Erhaltung der Gesundheit –, vor allem im Hinblick auf das Übermaßverbot, Rechnung tragen zu können.<sup>211</sup> Ein Freiheitsentzug, mit dem die Gefahr einer erheblichen Gesundheitsschädigung einhergeht, ist unzulässig.

### (3) Erforderlichkeit (Zweck-Mittel-Relation)

Bei der Beantwortung der Frage, ob der Freiheitsentzug zur Abwendung der Kindeswohlgefahr erforderlich ist, ist das in Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG verfassungsrechtlich verbrieft und über die Menschenwürde verstärkte Freiheitsgrundrecht vornehmlich zu berücksichtigen. Die Freiheit der Person ist ein so hohes Rechtsgut, dass sie nur aus besonders gewichtigem Grund angetastet werden darf<sup>212</sup>, was sich auch in der Zweck-Mittel Relation widerspiegelt, also der Frage, ob ein ebenso geeignetes, weniger einschneidendes Mittel zur Zweckerreichung zur Verfügung steht. Entscheidend ist hier, ob ein solches grundsätzlich bestehen könnte – nicht, ob tatsächlich ein ebenso wirksames Mittel (aktuell) vorhanden ist. Dabei können finanzielle Gründe keinen die Grundrechte des Kindes überwiegenden Aspekt darstellen.<sup>213</sup> Die Achtung der Menschenwürde beinhaltet den Schutz davor, dass Grundrechte etwa aufgrund von Eigeninteressen der Einrichtung oder ihrer Mitarbeit\*innen – insbesondere bei Überforderungen, die im Umgang

mit oft „schwierigen“ Klient\*innen auftreten können – bei nicht aufgabengerechter Personalausstattung oder aufgrund von Betriebsroutinen unzureichend gewürdigt werden. In diesem Zusammenhang ist an die Verpflichtung des Staates aus Art. 19 KRK zu erinnern, geeignete Maßnahmen zu treffen, die dem Kind und denen, die es betreuen, u. a. die erforderliche, nicht freiheitsentziehende Unterstützung zu gewähren und andere Formen der Vorbeugung vorzusehen.

Kann die Gefahrabwendung (Zweck des Freiheitsentzugs) durch andere Mittel erreicht werden, hat der Freiheitsentzug zu unterbleiben; bei weniger gewichtigen Fällen einer Kindeswohlgefahr muss eine derart einschneidende Maßnahme sogar generell unterlassen werden. Ein Freiheitsentzug stellt erst dann ein erforderliches Mittel dar, wenn mit Ausnutzung aller über § 27 SGB VIII eröffneten Wege oder anderer Möglichkeiten die Gefahrabwendung nicht möglich ist. Wenn Hilfen zur Erziehung (§§ 27 ff. SGB VIII) von dem\*der Sorge- oder Aufenthaltsbestimmungsberechtigten angenommen werden und die tatsächliche Möglichkeit besteht, dadurch der Kindeswohlgefährdung zu begegnen, muss die Genehmigung des Freiheitsentzugs – aus Gründen der Verhältnismäßigkeit – unterbleiben.<sup>214</sup> Als weitere Möglichkeiten der Gefahrabwendung kommen z. B. eine Eins- bzw. Zwei-zu-eins-Betreuung durch therapeutisches oder pflegerisches Personal oder der Einsatz eines Deeskalationsteams, dessen Tätigkeit sich in erster Linie auf den Schutz des Kindeswohls bezieht<sup>215</sup>, in Betracht. Daher sollte auch Berücksichtigung finden, inwieweit im Vorfeld mildere, zielorientierte(re) und/oder flankierende Maßnahmen zur Abwendung der Kindeswohlgefahr unternommen wurden.<sup>216</sup>

Voraussetzung ist ferner, dass der Freiheitsentzug

<sup>208</sup> Im Einzelnen dazu oben unter II. 3. c).

<sup>209</sup> BVerfG, Urt. v. 24.07.2018 – 2 BvR 309/15, 2 BvR 502/16.

<sup>210</sup> Ziegler, 2017.

<sup>211</sup> Vgl. etwa BVerfG, Beschl. v. 08.08.1978 – 2 BvL 8/77.

<sup>212</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.06.2007 – 1 BvR 338/07.

<sup>213</sup> BGH, Beschl. v. 07.01.2015 – XII ZB 395/14, Rz. 23: „Finanzielle Erwägungen, wie sie insbesondere dem für eine Einrichtung geltenden

Personalschlüssel zugrunde liegen, können einer Maßnahme nicht den Charakter einer Freiheitsentziehung ... nehmen.“

<sup>214</sup> OLG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 10.07.2012 – 8 UF 144/12; BVerfG, Beschl. v. 14.06.2007 – 1 BvR 338/07.

<sup>215</sup> AG Bergisch Gladbach, Beschl. v. 22.12.2017 – 24 F 364/17.

<sup>216</sup> OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 18.03.2011 – 2 Ss 413/10.

mit der akuten und erheblichen Kindeswohlgefährdung in einem engen Zusammenhang steht und in jeweils kurzen Abständen neu eingeschätzt wird.<sup>217</sup> Letzteres setzt eine ständige Beobachtung durch das Betreuungsund/ oder Pflegepersonal voraus<sup>218</sup> – auch, um möglichen Gesundheitsgefahren vorzubeugen.<sup>219</sup>

Die geschlossene Unterbringung bzw. die freiheitsentziehende Maßnahme ist i. S. d. Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur dann erforderlich, wenn

- ein enger Zusammenhang mit der akuten und erheblichen Kindeswohlgefährdung besteht,
- kein geeignetes, weniger einschneidendes Mittel zur Zweckerreichung (Kindeswohl) zur Verfügung steht, wie z. B. durch Ausnutzung
  - aller über § 27 SGB VIII bestehenden Wege und
  - anderer Möglichkeiten, etwa Eins-zu-eins-Betreuung oder Deeskalationsteam,
- finanzielle Aspekte bei der Einschätzung, ob ein milderes Mittel grundsätzlich bestehen könnte bzw. besteht, nicht ausschlaggebend sind.

Ferner ist, um dem Aspekt der Erforderlichkeit Genüge zu tun, die geschlossene Unterbringung bzw. freiheitsentziehende Maßnahme

- in kurzen Abständen auf o. g. Aspekte neu einzuschätzen und
- unter ständiger Beobachtung durchzuführen.

#### (4) Angemessenheit

Über die Erfordernisse der Geeignetheit und Erforderlichkeit hinaus ist Voraussetzung für die familiengerichtliche Genehmigungsfähigkeit eines Freiheitsentzugs, dass dieser für die\*den Betroffene\*n nicht mit Belastungen verbunden ist, die außer Verhältnis zum verfolgten Zweck (Abwendung der Kindeswohlgefährdung) stehen, wobei ein deutlich feststellbares Überwiegen des Nutzens gefordert wird; es bedarf mithin einer Abwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und seiner Folgen mit Gewichtung des drohenden Schadens und dem Grad der Gefahr. In diesem Zusammenhang ist eine erneute Differenzierung der Wahrscheinlichkeitsgrade – neben der Tatbestandsebene – geboten, um dem Staat im Rahmen der Verhältnismäßigkeit eine Korrekturmöglichkeit zur Verfügung zu stellen, mittels derer ein übermäßiges Verhalten des Staates zum Wohle des Kindes vermieden werden kann.<sup>220</sup>

Ein gerechter und vertretbarer Ausgleich betroffener Grundrechte lässt sich nur dadurch bewirken, dass der Freiheitsanspruch des\*der Betroffenen als wechselseitiges Korrektiv gesehen und im Einzelfall die betroffenen Grundrechte gegeneinander abgewogen werden.<sup>221</sup> Bei einem Freiheitsentzug sind mithin – als Einzelfallprüfung – Eingriffe

- in die Menschenwürde der betroffenen Minderjährigen,
- in das Recht auf Freiheit (i. V. m. der Menschenwürde),
- in das Recht auf körperliche und psychische Unversehrtheit,
- in das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit,
- in das Recht auf Erziehung durch die Eltern

<sup>217</sup> BVerfG, Urt. v. 24.07.2018 – 2 BvR 309/15, 2 BvR 502/16.

<sup>218</sup> LG Berlin, Beschl. v. 27.09.1990 – 83 T 265/90.

<sup>219</sup> BVerfG, Urt. v. 24.07.2018 – 2 BvR 309/15, 2 BvR 502/16 m. w. N.

<sup>220</sup> BGH, Beschl. v. 06.02.2019 – XII ZB 408/18.

<sup>221</sup> BVerfG, Beschl. v. 08.10.1985 – 2 BvR 1150/80 und 1504/82.

einschließlich Umgangsrecht und

- ggf. weiterer Grundrechte

gegen den Grad der Kindeswohlgefährdung und einen drohenden Schaden für die Entwicklung des\*der Minderjährigen zu einer selbstbestimmten, eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit abzuwägen.

Neben den betroffenen Grundrechten der Minderjährigen sind die staatlichen Schutzpflichten zu berücksichtigen, vor allem in Bezug auf

- die umfassende Achtung und Berücksichtigung der Menschenwürde,
- die Freiheit der Person,
- die körperliche, einschließlich der seelischen Unversehrtheit der Gesundheit und
- die freie Entwicklung der Persönlichkeit unter Beachtung des Kindeswohls, einschließlich Unterstützung der Eltern in ihrer elterlichen Erziehungsverantwortung.

Zu beachten ist, dass das Schutzniveau des Kindeswohls auch im Rahmen eines Freiheitsentzugs gleich hoch ist.<sup>222</sup>

Um das Konglomerat zwischen Grundrecht(en) der Betroffenen und Schutzpflicht(en) des Staates angemessen i. S. d. Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes aufzulösen, sind in einem Dreischritt (Anhang 2)

1. die abstrakte Wertigkeit von Mittel und Zweck,
2. die konkrete Schwere des Eingriffs und
3. der konkrete Grad der Zweckerreichung zu ermitteln,

um abschließend die dergestalt identifizierten widerstreitenden Belange gegeneinander abzuwägen

Es kommt der Grundsatz der sog. praktischen Konkordanz zum Tragen, wonach der schonendste Ausgleich zwischen den betroffenen Grundrechten zu finden ist.

#### (5) Ultima-ratio-Grundsatz

Da die Freiheit der Person ein so hohes Rechtsgut ist, dass sie ausschließlich aus besonders gewichtigem Grund angetastet werden darf,<sup>223</sup> kann ein Freiheitsentzug nur als letztes Mittel und nur für die kürzeste Zeit (Art. 37 lit. b KRK) dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen – Ultima-ratio-Grundsatz.

Dem Ultima-ratio-Grundsatz bei der Genehmigung folgt der Gedanke, dass auch die Umsetzung diesem Prinzip entsprechen muss. Kommt ein Freiheitsentzug in Betracht, müssen alle Möglichkeiten ausgeschöpft werden, um die Gefahr für das Kindeswohl umgehend abzuwenden, etwa durch erforderliche psychiatrische, psycho- oder sozialtherapeutische Behandlungen, um so den Freiheitsentzug auf die kürzeste notwendige Zeit zu begrenzen.<sup>224</sup>

Ferner sind bei der Auswahl des Freiheitsentzugs die jeweilige Intensität sowie die konkreten Auswirkungen auf die\*den Betroffene\*n zu berücksichtigen. So kann z. B. die Isolierung im Einzelfall in ihrer Intensität einer Fixierung gleichkommen und bei unzureichender Überwachung während der Durchführung der Isolation die Gefahr des Eintritts erheblicher Gesundheitsschäden für die\*den Betroffene\*n bestehen.<sup>225</sup>

Die Hervorhebung des zeitlichen Aspekts – durch die Ersetzung des Wortes „wenn“ durch „solange“ – bei den Voraussetzungen der freiheitsentziehenden Un-

<sup>222</sup> OLG Hamburg, Beschl. v. 17.11.2020 – 12 UF 101/20.

<sup>223</sup> BVerfG, Beschl. v. 23.03.1998 – 2 BvR 2270/96.

<sup>224</sup> BVerfG, Ur. v. 04.05.2011 – 2 BvR 2365/09, 2 BvR 740/10, 2 BvR

2333/08, 2 BvR 1152/10, 2 BvR 571/10.

<sup>225</sup> BVerfG, Ur. v. 24.07.2018 – 2 BvR 309/15, 2 BvR 502/16.

terbringung verdeutlicht, dass diese auch in zeitlicher Hinsicht engen Verhältnismäßigkeitsanforderungen unterliegt und nach zunächst gegebener Zulässigkeit unzulässig wird, sobald sie für die Gefahrabwendung nicht mehr erforderlich ist oder der Gefahr auf andere Weise begegnet werden kann.<sup>226</sup>

Die gesetzlichen Eingriffstatbestände haben zugleich freiheitsgewährleistende Funktion, da sie die Grenzen zulässiger Einschränkung unter strikter Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bestimmen.<sup>227</sup>

Ein Freiheitsentzug kann dem Ultima-ratio-Grundsatz nur dann entsprechen, wenn er

- als letztes Mittel,
- nur für die kürzeste Zeit und
- unter Beachtung der konkreten Intensität sowie der Auswirkungen auf die\*den Betroffene\*n

zur Anwendung kommt.

Dies umfasst

- die familiengerichtliche Genehmigung sowie
- die sich anschließende Umsetzung.

## IV. Das familiengerichtliche Genehmigungsverfahren

### 1. Einleitung

Bei Verfahren nach § 1631b BGB handelt es sich um solche, die die Personensorge betreffen. Gemäß § 167 Abs. 1 S. 1 FamFG sind die für die Unterbringungssachen (§ 151 Nr. 6 FamFG) – umfasst sind sowohl die geschlossene Unterbringung als auch freiheitsentziehende Maßnahmen – nach § 312 Nr. 1 und 2 FamFG geltenden Vorschriften anzuwenden.

Abs. 1 S. 2 FamFG),

können sein

- die nicht sorgeberechtigten Eltern,
- die Pflegeeltern,
- eine Person des Vertrauens,
- das Jugendamt auf Antrag oder
- der\*die Leiter\*in der Einrichtung, in der der\*die Minderjährige lebt.

Beteiligte in Unterbringungssachen sind

- der\*die Betroffene,
- die Personensorgeberechtigten (Eltern<sup>228</sup>, die gesetzlichen Vertreter\*innen in persönlichen Angelegenheiten) sowie
- der\*die Verfahrensbeistand\*beiständin (§167

Von der Beteiligtenfähigkeit ist die Verfahrensfähigkeit<sup>229</sup> abzugrenzen, vor allem bei Minderjährigen, die ab Vollendung des 14. Lebensjahres verfahrensfähig sind (§ 167 Abs. 3 FamFG). Der in Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG enthaltene Gesetzesvorbehalt wird von Art. 104 Abs. 2 GG aufgenommen und für alle Freiheitsentziehungen insoweit verstärkt und zum Verfassungsge-

<sup>226</sup> BT-Drs. 18/11278 v. 22.02.2017 S. 16.

<sup>227</sup> BVerfG, Beschl. v. 08.10.1985 – 2 BvR 1150/80 und 1504/82.

<sup>228</sup> Unabhängig davon, ob beide sorgeberechtigten Elternteile einen Antrag

auf Genehmigung des Freiheitsentzugs gestellt haben, OLG Saarbrücken, Beschl. v. 30.06.2020 – 6 UF 82/20.

<sup>229</sup> Fähigkeit, Verfahrenshandlungen selbst vornehmen zu können.

bot erhoben, als neben einem förmlichen Gesetz die Pflicht besteht, die sich aus diesem Gesetz ergebenden freiheitsschützenden Formvorschriften zu beachten. Insoweit beeinflusst der Grundrechtsschutz auch weitgehend die Gestaltung und Anwendung des Verfahrensrechts. Das gerichtliche Verfahren muss in seiner Ausgestaltung geeignet und angemessen sein, um eine möglichst zuverlässige Grundlage für eine am Kindeswohl orientierte Entscheidung zu schaffen.<sup>230</sup>

In diesem Zusammenhang ist auf Art. 5 Abs. 4 EMRK hinzuweisen, wonach jeder Person, die festgenommen oder der die Freiheit entzogen worden ist, das Recht zusteht, innerhalb kurzer Frist eine gerichtliche Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung und die Anordnung ihrer Entlassung zu beantragen, sofern die Freiheitsentziehung nicht rechtmäßig ist. Hierbei handelt es sich um ein eigenständiges Recht im Verhältnis zu Art. 5 Abs. 1 EMRK (Freiheitsentzug nur in den dort genannten Fällen).<sup>231</sup> Insoweit kann der zum Teil vertretenen Ansicht, dass sich das Recht auf nachträgliche richterliche Entscheidung gem. Art. 104 GG nur auf bestimmte Ausnahmefälle beschränkt, nicht gefolgt werden.<sup>232</sup>

## 2. Antragstellung

Da § 1631b BGB nicht die Frage der elterlichen Sorge für ein Kind regelt, sondern durch das Mittel der gerichtlichen Genehmigung gewährleistet werden soll, dass das Kind durch den\*die Inhaber\*in der elterlichen Sorge nicht in eine geschlossene Einrichtung verbracht oder einer freiheitsentziehenden Maßnahme unterworfen wird, wenn bei sinnvoller Wahrnehmung des Erziehungsrechts eine Problemlösung auf weniger schwerwiegende Weise erreicht werden kann, bedarf es immer eines Antrags<sup>233</sup> auf

Freiheitsentzug (durch Unterbringung oder mittels Maßnahme) durch den\*die Inhaber\*in der elterlichen Sorge.<sup>234</sup> Voraussetzung für die Genehmigung eines Freiheitsentzugs durch das Familiengericht ist mithin ein wirksamer Antrag bzw. eine dahingehende Erklärung durch den\*die Träger\*in der elterlichen Sorge. Grundsätzlich darf nach § 1631b Abs. 1 BGB nur die\*der Aufenthaltsbestimmungsberechtigte ein Kind in eine geschlossene Einrichtung verbringen oder es dort belassen.<sup>235</sup>

## 3. Amtsermittlungsgrundsatz

Zu dem Begriff „Entscheidung“ in Art. 104 Abs. 2 GG gehört, dass der\*die Richter\*in in vollem Umfang die Verantwortung für die Maßnahme übernimmt.<sup>236</sup> Dabei setzt die freiheitssichernde Funktion des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG Maßstäbe für die Aufklärung des Sachverhalts – Amtsermittlungsgrundsatz<sup>237</sup>. Es ist unverzichtbare Voraussetzung eines rechtsstaatlichen Verfahrens, dass Entscheidungen, die den Entzug der persönlichen Freiheit betreffen, auf zureichender richterlicher Sachaufklärung beruhen und eine in tatsächlicher Hinsicht genügende Grundlage haben, die der Bedeutung der Freiheitsgarantie entspricht<sup>238</sup>, im vorliegenden Kontext ergänzt um die Beachtung des Kindeswohls (Art. 3 KRK) und der Individualität der jungen Menschen als Grundrechtsträger\*innen, sodass das Gericht insbesondere die zur Verfügung stehenden Aufklärungs- und Prüfungsmöglichkeiten hinsichtlich entscheidungserheblicher Tatsachen ausschöpfen und sein Verfahren so gestalten muss, dass es möglichst zuverlässig die Grundlage einer hieran orientierten Entscheidung erkennen kann.<sup>239</sup> Dies gilt vor allem auch vor dem Hintergrund, dass es sich bei der Feststellung des Vorliegens einer Kindeswohlgefahr<sup>240</sup> in Form einer

<sup>230</sup> BVerfG, Beschl. v. 31.03.2010 – 1 BvR 2910/09; BVerfG, Urt. v. 24.07.2018 – 2 BvR 309/15, 2 BvR 502/16.

<sup>231</sup> EGMR, Urt. v. 27.06.1988 – 9106/80 BOUAMAR/BELGIEN.

<sup>232</sup> Siehe dazu Huber, § 1631b BGB Rn. 16; zur Überprüfung nach Erledigung der gerichtlichen Genehmigung im Wege der einstweiligen Anordnung OLG Hamburg, Beschl. v. 17.11.2020 – 12 UF 101/20.

<sup>233</sup> Dabei reicht es aus, dass der gesetzliche Vertreter die Genehmigung wünscht.

<sup>234</sup> OLG Karlsruhe, Beschl. v. 22.07.2009 – 16 WF 117/09.

<sup>235</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.06.2007 – 1 BvR 338/07.

<sup>236</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.02.1960 – 1 BvR 526/53, 29/58.

<sup>237</sup> § 26 FamFG: „Das Gericht hat von Amts wegen die zur Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen erforderlichen Ermittlungen durchzuführen.“

<sup>238</sup> BVerfG, Beschl. v. 26.05.2020 – 2 BvR 1529/19, 2 BvR 1625/19; BVerfG, Beschl. v. 14.06.2007 – 1 BvR 338/07.

<sup>239</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.07.2010 – 1 BvR 3189/09.

<sup>240</sup> Siehe dazu oben III. 5. a) bb).

akuten Krise um eine Prognoseentscheidung handelt.

Zusammenfassend lässt sich festhalten:

- Verfahrensfähigkeit ab Vollendung des 14. Lebensjahres,
- Recht auf – ggf. auch nachträgliche – richterliche Entscheidung,
- Antrag durch Träger\*innen der elterlichen Sorge notwendig,
- Amtsermittlungsgrundsatz gilt, d. h. hinreichende richterliche Sachaufklärung zur Schaffung einer in tatsächlicher Hinsicht zuverlässigen Entscheidungsgrundlage.

Die Aufklärung des Sachverhalts erfolgt insbesondere über

- mündliche, altersunabhängige Anhörung einschl. persönlichen Eindrucks des\*der Betroffenen
- unter Anwesenheit des\*der Verfahrensbeistands\*beiständin,
- Einbezug des\*der Verfahrensbeistands\*beiständin,
- persönliche, d. h. mündliche Anhörung der sorgeberechtigten Elternteile,
- Anhörung des Jugendamtes,
- Anhörung weiterer Personen sowie
- Sachverständigengutachten/ärztliches Zeugnis.

## a) Anhörung der Betroffenen

Zum Amtsermittlungsgrundsatz gehört auch und vor allem die persönliche Anhörung des\*der Betroffenen und dass das Gericht sich einen persönlichen Eindruck von dem\*der Betroffenen verschafft (§ 319 FamFG).

Die Anhörung soll in Anwesenheit des\*der Verfahrensbeistands\*beiständin erfolgen (§ 159 Abs. 4 S. 3 FamFG).

### aa) Vorrangiger Zweck – sog. Vetorecht des\*der Minderjährigen

Das Erfordernis der Anhörung ist Ausdruck der Menschenwürde – die\*der Einzelne soll nicht bloßes Objekt des Verfahrens sein, sondern vor einer Entscheidung, die ihre\*seine Rechte betrifft, zu Wort kommen, um Einfluss auf das Verfahren und sein Ergebnis nehmen zu können (§ 159 Abs. 4 S. 2 FamFG).<sup>241</sup> Die Anhörung hat ohne Druck und in einer Sprache, die das Kind versteht, zu erfolgen (kindgerechte Sprache, Sprachdolmetscher\*in, Gebärdendolmetscher\*in etc.)<sup>242</sup> und ist unabhängig vom Alter der\*des Betroffenen. Sie wird auch als Vetorecht der\*des Minderjährigen gegen den Antrag der Personensorgeberechtigten bezeichnet und entspricht letztlich Art. 12 KRK. Zumindest bei einem\*einer verfahrensfähigen Betroffenen setzt die Realisierung des sog. Vetorechts die vollständige und rechtzeitige Aushändigung des Sachverständigengutachtens/ärztlichen Zeugnis voraus (§ 37 Abs. 2 FamFG).<sup>243</sup>

Dabei erschöpft sich die Anhörung, wie durch das Erfordernis ihrer Mündlichkeit hervorgehoben, nicht in der bloßen Gewährung rechtlichen Gehörs. Vorrangiger Zweck der Anhörung im Unterbringungsverfahren ist vielmehr, dem\*der Richter\*in einen

<sup>241</sup> BVerfG, Beschl. v. 25.10.2019 – 2 BvR 498/15; BVerfG, Beschl. v. 07.10.1981 – 2 BvR 1194/80.

<sup>242</sup> Schumann, § 159 Rz. 13.

<sup>243</sup> BGH, Beschl. v. 08.05.2019 – XII ZB 2/19.

persönlichen Eindruck<sup>244</sup> von dem\*der Betroffenen und der Art seiner\*ihrer Erkrankung bzw. im vorliegenden Kontext der Lebenswelt des\*der Minderjährigen zu verschaffen, damit er\*sie in die Lage versetzt wird, sich ein klares und umfassendes Bild von der Persönlichkeit des\*der Minderjährigen zu machen und seiner\*ihrer Pflicht zu genügen, dem Sachverständigengutachten/ärztlichen Zeugnis richterliche Kontrolle entgegenzusetzen.<sup>245</sup>

Der persönliche Eindruck gehört deshalb als Kernstück des Amtsermittlungsverfahrens (§ 26 FamFG) zu den wichtigsten Verfahrensgrundsätzen des Unterbringungsrechts.<sup>246</sup> Die Anhörung soll nicht im Wege der Amts- bzw. Rechtshilfe erfolgen (§ 319 Abs. 4 FamFG).

### bb) Folgen der Unterlassung der Anhörung

Der in der unterlassenen mündlichen Anhörung liegende Grundrechtsverstoß kann mit Wirkung für die Vergangenheit geheilt werden, wenn sie unverzüglich nachgeholt wird.<sup>247</sup> Dies betrifft vor allem die Fälle, in denen die Anhörung zunächst wegen Gefahr im Verzuge unterblieben ist. Dabei dürfte eine Anhörung acht Tage nach Beginn des Freiheitsentzugs nicht mehr dem Erfordernis der Unverzüglichkeit entsprechen.<sup>248</sup>

Die Pflicht zur mündlichen, altersunabhängigen Anhörung der Betroffenen dient dazu,

- über Gegenstand, Ablauf und möglichen Ausgang des Verfahrens in einer geeigneten und dem Alter entsprechenden Weise zu informieren, soweit nicht Nachteile für die Entwicklung, Erziehung oder Gesundheit zu befürchten sind (§ 159

Abs. 4 S. 1 FamFG),

- die Möglichkeit zu geben,
  - Gründe gegen einen Freiheitsentzug vorzubringen,
  - sich zum Sachverhalt und ggf. zu dem Sachverständigengutachten/ärztlichen Zeugnis zu äußern,
- dem\*der Richter\*in von dem\*der Betroffenen und der Art seiner\*ihrer Erkrankung bzw. Lebenswelt einen persönlichen Eindruck zu verschaffen,
- bei Verfahrensfähigkeit
  - auf die Beschwerdeberechtigung gem. § 60 FamFG sowie
  - auf die daraus resultierende Befugnis, selbständig eine\*n Verfahrensbevollmächtigte\*n zu bestellen, hinzuweisen.

Die Unterlassung der vorgeschriebenen Anhörung hat zur Folge, dass

- ein prozessuales Recht (vorübergehend) vorenthalten wird,
- die Entscheidung über den Entzug der persönlichen Freiheit ohne zwingenden Grund auf unzureichender richterlicher Sachaufklärung beruht<sup>249</sup> sowie
- eine Verletzung der Freiheit der Person und damit ein Antragsrecht nach § 62 FamFG (Beschwerde<sup>250</sup>) vorliegt.

### b) Verfahrensbeistand\*beiständin

Gemäß § 167 Abs. 1 S. 3 FamFG ist die Bestellung eines\*einer Verfahrensbeistands\*beiständin stets erforderlich; er\*sie ist nicht gesetzliche\*r Vertreter\*in

<sup>244</sup> Zur ausnahmsweisen möglichen Anhörung im Wege der Amtshilfe vgl. etwa BVerfG, Beschl. v. 14.06.2007 – 1 BvR 338/07 – zweifelhaft bei einer 50 km entfernten Unterbringung des Kindes.

<sup>245</sup> BVerfG, Beschl. v. 07.10.1981 – 2 BvR 1194/80; BVerfG, Beschl. v. 04.08.2020 – 2 BvR 1692/19; BGH, Beschl. v. 20.06.2018 – XII ZB 489/17.

<sup>246</sup> BVerfG, Beschl. v. 04.08.2020 – 2 BvR 1692/19.

<sup>247</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.06.2007 – 1 BvR 338/07; BVerfG, Beschl. v. 07.10.1981 – 2 BvR 1194/80.

<sup>248</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.06.2007 – 1 BvR 338/07.

<sup>249</sup> BVerfG, Beschl. v. 07.10.1981 – 2 BvR 1194/80; BVerfG, Beschl. v. 04.08.2020 – 2 BvR 1692/19.

<sup>250</sup> Dazu unten unter IV. 6.

des Kindes (§ 158a Abs. 3 S. 3 FamFG<sup>251</sup>). Gemäß § 158b FamFG hat der\*die Verfahrensbeistand\*beistandin

- das Interesse des Kindes festzustellen und
- im gerichtlichen Verfahren zur Geltung zu bringen sowie
- das Kind über Gegenstand, Ablauf und möglichen Ausgang des Verfahrens in geeigneter Weise zu informieren,
- ggf. Gespräche mit den Eltern und weiteren Bezugspersonen des Kindes zu führen,
- ggf. am Zustandekommen einer einvernehmlichen Regelung über den Verfahrensgegenstand mitzuwirken und
- ggf. im Interesse des Kindes Rechtsmittel einzulegen.

### **c) Personensorgeberechtigte Eltern(teile)/gesetzliche Vertretung/Pflegeeltern**

Für den Fall, dass den Eltern oder einem Elternteil die elterliche Sorge zusteht, gebietet § 167 Abs. 4 FamFG<sup>252</sup> unabdingbar deren bzw. dessen persönliche – und damit mündliche – Anhörung, bevor eine familiengerichtliche Genehmigung des Freiheitsentzugs getroffen wird. Gleiches betrifft den\*die gesetzliche\*n Vertreter\*in in persönlichen Angelegenheiten sowie die Pflegeeltern, wenn der\*die Betroffene seit längerer Zeit in Familienpflege lebt.

### **d) Nicht personensorgeberechtigte Eltern(teile)**

Falls Eltern(teile) nicht sorgeberechtigt sind, ist ihre Anhörung nach § 160 Abs. 1 und 2 FamFG geboten.

Die Bestimmung gilt für sämtliche Verfahren in Kinderschaftssachen i. S. v. § 151 FamFG, also auch für Unterbringungssachen i. S. v. § 151 Nr. 6 FamFG. Zwar spricht die Bestimmung zu § 160 Abs. 1 FamFG lediglich davon, dass das Gericht die Eltern persönlich anhören „soll“.<sup>253</sup> Nach Absatz 2 Satz 1 der Bestimmung „hat“ das Gericht aber auch den nicht sorgeberechtigten Elternteil anzuhören; dies gilt lediglich in denjenigen Fällen nicht, in denen von der Anhörung des nicht sorgeberechtigten Elternteils „eine Aufklärung nicht erwartet werden kann“ (§ 160 Abs. 2 S. 2 FamFG).<sup>254</sup>

### **e) Sonstige Beteiligte – Person des Vertrauens/Jugendamt/Einrichtungsleitung**

Gemäß § 320 FamFG hat das Gericht die sonstigen Beteiligten, z. B. weitere Familienangehörige, anzuhören.

Für die Hinzuziehung einer Person als Vertrauensperson des\*der Betroffenen genügt es, „wenn das Familiengericht aus den Äußerungen des Kindes oder den übrigen Umständen heraus erkennt, dass eine weitere Person existiert, der das Kind sein Vertrauen schenkt und deren Beteiligung an dem Verfahren im Interesse des Kindes geboten ist. Es steht dann im Ermessen des Familiengerichts, ob es diese Vertrauensperson am Verfahren beteiligt. Wird die Vertrauensperson am Verfahren beteiligt, steht ihr auch die Beschwerdebefugnis nach § 335 Abs. 1 Nr. 2 FamFG zu, ohne dass sie von dem Kind benannt worden sein muss.“<sup>255</sup> Gleiches gilt für die Hinzuziehung der Leitung der Einrichtung, in der die\*der Betroffene lebt. Gemäß § 162 Abs. 1 S. 1 FamFG ist das Jugendamt anzuhören, gem. § 50 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB VIII hat das Jugendamt mitzuwirken und – in Konkretisierung der Mitwirkungspflicht – nach Ab-

<sup>251</sup> Fassung vom 01.07.2021 durch Artikel 5 G. v. 16.06.2021 BGBl. I S. 1810.

<sup>252</sup> § 167 Abs. 4 FamFG ist lex specialis gegenüber den – über § 167 Abs. 1 S. 1 FamFG entsprechend anwendbaren – Bestimmungen zu §§ 312 ff. FamFG, nach denen Eltern (eines\*einer betroffenen Volljährigen) nicht am Unterbringungsverfahren beteiligt werden müssen, sondern lediglich beteiligt werden „können“; OLG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 07.12.2009

– 8 UF 207/09.

<sup>253</sup> Siehe zum diesbezüglichen Streit etwa Vogel, FPR 2012, S. 462 ff. m. w. N.

<sup>254</sup> OLG des Landes Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 07.12.2009 – 8 UF 207/09.

<sup>255</sup> BGH, Beschl. v. 24.10.2020 – XII ZB 386/12.

satz 2 Satz 2 in Verfahren nach § 1631b BGB dem Familiengericht den Hilfeplan nach § 36 Abs. 2 S. 2 vorzulegen, wobei nach Satz 3 das Dokument ausschließlich das Ergebnis der Bedarfsfeststellung, die vereinbarte Art der Hilfgewährung einschließlich der hiervon umfassten Leistungen sowie das Ergebnis etwaiger Überprüfungen dieser Feststellungen beinhaltet. Durch diese generelle Vorlagepflicht des Hilfeplans wird die Erkenntnisgrundlage des Familiengerichts vor allem im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung erweitert.<sup>256</sup>

### f) Sachverständigengutachten/ärztliches Zeugnis

Aus der freiheitssichernden Funktion des Art. 2 Abs. 2 GG ergibt sich als Mindestanforderung für eine zuverlässige Wahrheitserforschung<sup>257</sup> u. a. die richterliche Aufklärung des Sachverhalts über die Einholung eines Sachverständigengutachtens<sup>258</sup> bzw. eines ärztlichen Zeugnisses.

Gemäß § 167 Abs. 6 S. 1 FamFG soll der\*die Sachverständige Arzt\*Ärztin für Kinder- und Jugendpsychiatrie und -psychotherapie<sup>259</sup> sein. In Verfahren nach § 151 Nr. 6 FamFG (geschlossene Unterbringung) kann das Sachverständigengutachten auch durch eine\*n in Fragen der Heimerziehung ausgewiesene\*n Psychotherapeuten\*in, Psychologen\*in, Pädagogen\*in oder Sozialpädagogen\*in erstellt werden (§ 167 Abs. 6 S. 2 FamFG).<sup>260</sup> In Verfahren der Genehmigung freiheitsentziehender Maßnahmen genügt ein ärztliches Zeugnis; Satz 1 gilt entsprechend (§ 167 Abs. 6 S. 3 FamFG) – dies entspricht der Regelung des § 321 Abs. 2 FamFG.

Dabei sollte eine mit der Behandlung oder Betreuung beauftragte Person nicht als Ersteller\*in des Sachverständigengutachtens bzw. ärztlichen Zeugnisses

in einer Angelegenheit diese Person betreffend tätig werden<sup>261</sup> – um Unabhängigkeit, Unbefangenheit sowie einen neutralen Blick zu gewährleisten.<sup>262</sup>

Der\*die Richter\*in hat das ärztliche Zeugnis oder Sachverständigengutachten selbständig zu beurteilen und auch die Prognoseentscheidung selbst zu treffen; er\*sie darf dies nicht der erstellenden Person überlassen.<sup>263</sup> Gegebenenfalls ist eine ergänzende Stellungnahme einzuholen.<sup>264</sup>

Dementsprechend müssen sowohl das Sachverständigengutachten als auch das ärztliche Zeugnis hinreichend substantiiert sein, um den\*die Richter\*in in den Stand zu setzen, sich – zumindest im Verbund mit dem übrigen Akteninhalt – die tatsächlichen Voraussetzungen für seine\*ihre Entscheidung zu erarbeiten und auch die Frage zu beantworten, ob der Freiheitsentzug zur Abwendung der Kindeswohlgefahr erforderlich ist und der Gefahr nicht auf andere Weise begegnet werden kann.<sup>265</sup> Dazu wird das Sachverständigengutachten/ärztliche Zeugnis – je nach Sachlage – ein möglichst umfassendes Bild der zu beurteilenden Person zu zeichnen haben und nicht aus länger zurückliegender Zeit stammen dürfen.<sup>266</sup> Dabei sollten Sachverständigengutachten und ärztliches Zeugnis den gleichen Anforderungen genügen (siehe Anhang 3).<sup>267</sup>

Nicht ausreichend ist, wenn Sachverständigengutachten oder ärztliches Zeugnis lediglich eine Verdachtsdiagnose enthalten, z. B. mittelgradig depressive Episode (F32.1): „Dabei handelt es sich um die formelhafte Diagnose, die nach der Erfahrung des Gerichts in nahezu allen Fällen angegeben wird.“ Ebenso wenig reicht für die Begründung der Eigengefährdung die Angabe eines „akuten Belastungsfaktors“, aufgrund dessen sich der\*die Betroffene massiv angespannt gezeigt und sich aggressiv sowie bedrohlich verhalten, nur einsilbig geantwortet und

<sup>256</sup> BT-Drs. 19/26107 v. 25.01.2021 S. 104.

<sup>257</sup> BVerfG, Beschl. v. 08.10.1985 – 2 BvR 1150/80 und 1504/82.

<sup>258</sup> Arbeitsgruppe Familienrechtliche Gutachten, FamRZ 2019, S. 1765 ff.

<sup>259</sup> Zweifeln, ob dies auf „Assistenzärzte für Kinder- und Jugendpsychiatrie in Weiterbildung“ zutrifft AG Euskirchen, Beschl. v. 28.07.2017 – 40 F 113/17.

<sup>260</sup> BT-Drs. 16/6308 v. 07.09.2007; OLG Saarbrücken, Beschl. v. 18.03.2010 – 6 UF 134/09.

<sup>261</sup> OLG Karlsruhe, Beschl. v. 10.01.2019 – 2 Ws 344/18.

<sup>262</sup> Rohmann, FPR 2009, S. 351 ff.

<sup>263</sup> BVerfG, Beschl. v. 08.10.1985 – 2 BvR 1150/80 und 1504/82.

<sup>264</sup> OLG Saarbrücken, Beschl. v. 30.06.2020 – 6 UF 82/20.

<sup>265</sup> Rütth, FÜR 2011, 554 ff.; Kircher, NZFam 2016, 600 ff.

<sup>266</sup> BVerfG, Beschl. v. 08.10.1985 – 2 BvR 1150/80 und 1504/82.

<sup>267</sup> Schmidt-Recla, § 321 Rn. 16.

sich nicht absprachefähig gezeigt habe.<sup>268</sup>

Der\*die Minderjährige darf zu einer Untersuchung zur Vorbereitung des einzuholenden Sachverständigengutachtens/ ärztlichen Zeugnisses vorgeführt und zu dessen Vorbereitung auch untergebracht sowie beobachtet werden (§ 167 Abs. 1 i. V. m. § 322 und §§ 283, 284 FamFG).<sup>269</sup>

#### 4. Prozesskostenhilfe und Beordnung eines\*einer Rechtsanwalts\*anwältin

Die Bewilligung von Prozesskostenhilfe ist in der Regel sachgemäß.<sup>270</sup>

Gemäß § 78 Abs. 2 FamFG wird dem\*der Beteiligten auf seinen\*ihren Antrag ein\*e zur Vertretung bereite\*r Rechtsanwalt\*wältin seiner\*ihrer Wahl beigeordnet, wenn wegen der Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage die Vertretung erforderlich erscheint und eine Vertretung nicht vorgeschrieben ist.<sup>271</sup>

Sofern der\*die Betroffene verfahrensfähig<sup>272</sup> ist (§ 167 Abs. 3 FamFG), kann er\*sie einen entsprechenden Antrag stellen.

#### 5. Beschluss

Gemäß § 323 Abs. 1 FamFG hat die Beschlussformel zu enthalten:

1. die nähere Bezeichnung der Unterbringungsmaßnahme sowie
2. den Zeitpunkt, zu dem die Unterbringungsmaßnahme endet.

Der Beschluss ist zu begründen (§ 38 Abs. 3 FamFG) und den Beteiligten (§ 41 Abs. 1 S. 1 FamFG)<sup>273</sup>, dem Jugendamt (§ 162 Abs. 3 S. 1 FamFG) sowie dem\*der Leiter\*in der Einrichtung, in der die\*der

Betroffene untergebracht werden soll (§ 325 Abs. 2 S. 1 FamFG), bekannt zu geben. Den Betroffenen ist der Beschluss, sofern sie verfahrensfähig sind, selbst zuzustellen.

#### a) Beschlussinhalt

Die nähere Bezeichnung der Unterbringungsmaßnahme (§ 323 Abs. 1 Nr. 1 FamFG) im Beschlussinhalt bedeutet für

- die geschlossene Unterbringung
  - die Benennung, ob in einer Klinik oder einem Heim bzw. einer anderen Einrichtung<sup>274</sup>,
  - o die Benennung des Zeitraums,
  - o die Benennung der konkreten Umstände (der Kindeswohlgefahr) für die geschlossene Unterbringung,<sup>275</sup>
  - o die Begründung als ultima ratio,
  - o es sollten die Dokumentationspflicht sowie der Hinweis auf die Möglichkeit einer gerichtlichen Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Freiheitsentzugs nach dessen Beendigung Aufnahme finden,
- freiheitsentziehende Maßnahme(n)
  - die konkrete Benennung der freiheitsentziehenden Maßnahme(n),
  - die Benennung der Zeiträume – zeitweise oder regelmäßig inkl. des exakt umschriebenen Zeitraums<sup>276</sup> –,
  - die Benennung der konkreten Umstände (der Kindeswohlgefahr) für die Anwendung der konkret benannten freiheitsentziehenden Maßnahme(n), bei einer Fixierung z. B.
    - konkrete Anlassbeschreibung für die

<sup>268</sup> AG Euskirchen, Beschl. v. 28.07.2017 – 40 F 113/1.

<sup>269</sup> OLG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 10.07.2012 – 8 UF 144/12.

<sup>270</sup> LG Arnsberg, Beschl. v. 26.06.1984 – 5 T 76/84.

<sup>271</sup> OLG Dresden, Beschl. v. 24.01.2014 – 22 WF 15/14.

<sup>272</sup> Siehe oben bei Fußn. 229.

<sup>273</sup> Dazu oben unter IV. 1.

<sup>274</sup> Eine konkrete Einrichtung muss nicht namentlich benannt werden; die

Auswahlentscheidung sowie der Zeitpunkt der Umsetzung obliegen den PSB, vgl. BVerfG, Beschl. v. 14.06.2007 – 1 BvR 338/07; OLG Brandenburg, Beschl. v. 29.09.2013 – 9 WF 177/13; AG Walsrode, Beschl. v. 17.12.1979 – 10 XII 2203; OLG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 10.07.2012 – 8 UF 144/12.

<sup>275</sup> BVerfG, Beschl. v. 26.05.2020 – 2 BvR 1529/19, 2 BvR 1625/19.

<sup>276</sup> Schmidt-Recla, § 323 Rn. 5.

- Anwendung der Fixierung,
- Eins-zu-eins-Betreuung durch pflegerisches oder therapeutisches Personal<sup>277</sup>, unmittelbare, persönliche und in der Regel ständige Begleitung der Maßnahme im Wege des Sicht- und Sprechkontakts<sup>278</sup> sowie
  - Anordnung und Überwachung durch einen\*eine Arzt\*Ärztin<sup>279</sup>,
- die Begründung als ultima ratio,
  - (ggf.) nur nach ärztlicher Anordnung<sup>280</sup>,
  - es sollten die Dokumentationspflicht sowie der Hinweis auf die Möglichkeit einer gerichtlichen Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Freiheitsentzugs nach dessen Beendigung Aufnahme finden.

Die Bestimmung der Dauer der Unterbringung (§ 323 Abs. 1 Nr. 2 FamFG) stellt sicher, dass diese von vornherein auf den voraussichtlich notwendigen Zeitraum begrenzt wird.<sup>281</sup> Freiheitsentziehende Unterbringung und freiheitsentziehende Maßnahmen enden gem. § 167 Abs. 7 FamFG spätestens mit Ablauf von sechs Monaten, bei offensichtlich langer Sicherungsbedürftigkeit spätestens mit Ablauf von einem Jahr, wenn sie nicht vorher verlängert werden. Für die Verlängerung gelten die Vorschriften für die erstmalige Genehmigung entsprechend (§ 329 Abs. 2 FamFG). Damit sind an eine Verlängerung keine erhöhten Anforderungen gestellt, und die Verfassungsmäßigkeit kann insoweit hinterfragt werden, als die wachsende Bedeutung des Freiheitsrechts bei einer Verlängerung keine explizite Berücksichtigung findet.<sup>282</sup> Auch wenn im Gesetzestext nicht explizit benannt, sollte bei einem Freiheitsentzug die Dokumentationspflicht<sup>283</sup> in den Beschluss mitauf-

genommen werden. Diese umfasst zumindest die maßgeblichen Gründe für die Anwendung sowie die Art und Dauer, um so auf eine geeignete, nachprüfbar Weise den Freiheitsentzug festzuhalten und ein Entfallen der Voraussetzungen beurteilen zu können (Anhang 4). Wird festgestellt, dass ein Freiheitsentzug nicht mehr erforderlich ist, um die Gefahr für das Kindeswohl abzuwenden, insbesondere eine Selbst- oder Fremdgefahr nicht mehr vorliegt, ist der Freiheitsentzug zu beenden. Da gem. Art. 3 KRK bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, das Kindeswohl als vorrangiger Gesichtspunkt zu berücksichtigen ist, dieses jedoch inhaltlich stark von den Umständen des Einzelfalls abhängt und objektive Merkmale nur sehr eingeschränkt bestimmt werden können, ist umso mehr Wert darauf zu legen, die Interessen der betroffenen Kinder im konkreten Fall sorgfältig und transparent zu ermitteln sowie diesen Prozess, sein Ergebnis und seine Begründung nachvollziehbar zu dokumentieren – dies letztlich auch im Hinblick auf mögliche zivil- und/oder strafrechtliche Verfahren.<sup>284</sup> Ferner sollte der Beschluss enthalten, dass der\*die Betroffene auf die Möglichkeit einer gerichtlichen Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Freiheitsentzugs nach dessen Beendigung hinzuweisen ist.

## b) Beschlussbegründung – Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Aus der Beschlussbegründung müssen sich im Einzelnen

- der entscheidungserhebliche Sachverhalt,
- die Tatsachen, auf die das Gericht seine Entscheidung stützt,
- Darlegungen zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz<sup>285</sup> und

<sup>277</sup> Nicht ausreichend ist die Anordnung, dass „das Personal für den Betroffenen stets erreichbar sein muss“ – OLG Hamburg, Beschl. v. 17.11.2020 – 12 UF 101/20.

<sup>278</sup> BVerfG, Urt. v. 24.07.2018 – 2 BvR 309/15, 2 BvR 502/16.

<sup>279</sup> OLG Hamburg, Beschl. v. 17.11.2020 – 12 UF 101/20; BVerfG, Urt. v. 24.07.2018 – 2 BvR 309/15, 2 BvR 502/16.

<sup>280</sup> BVerfG, Beschl. v. 15.01.2020 – 2 BvR 1763/16.

<sup>281</sup> BT-Drs. 8/2788 v. 27.04.1979 S. 78.

<sup>282</sup> Dazu BVerfG, Urt. v. 05.02.2004 – 2 BvR 2029/01.

<sup>283</sup> OLG Hamburg, Beschl. v. 17.11.2020 – 12 UF 101/20; LG Berlin, Beschl. v. 27.09.1990 – 83 T 265/90; BVerfG, Urt. v. 24.07.2018 – 2 BvR 309/15, 2 BvR 502/16.

<sup>284</sup> Dazu unten unter VI.

<sup>285</sup> Siehe oben unter III. 5. b) bb).

- zur Ultima-ratio-Entscheidung

ergeben. Da sich die Gerichte im Einzelfall um eine Konkordanz der verschiedenen Grundrechte bemühen müssen<sup>286</sup>, werden sie diesen Anforderungen nur gerecht, wenn sie sich mit den Besonderheiten des Einzelfalls auseinandersetzen.<sup>287</sup>

Das zunehmende Gewicht des Freiheitsanspruchs bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung wirkt sich auch auf die an die Begründung einer Entscheidung zu stellenden Anforderungen aus. In diesen Fällen engt sich der Bewertungsrahmen des\*der Richters\*Richterin ein; mit einem immer stärker werdenden Freiheits-eingriff wächst die verfassungsgerichtliche Kontroll-dichte. Dem lässt sich angesichts der in besonderem Maße wertenden Natur der Entscheidung nur dadurch Rechnung tragen, dass der\*die Richter\*in seine\*ihre Würdigung eingehender abfasst, sich also nicht etwa mit knappen, allgemeinen Wendungen begnügt, sondern seine\*ihre Bewertung anhand der dargestellten einfachrechtlichen Kriterien substantiiert offenlegt<sup>288</sup>, so etwa detailliert begründet, worin die Eigengefährdung besteht, wie sie sich zeigt und warum sie einen Freiheitsentzug gebietet.<sup>289</sup> Ebenso ist darzulegen, warum der Gefahr nicht mit milderem Mitteln begegnet werden kann, welche Maßnahmen versucht worden sind und inwiefern diese erfolglos waren.<sup>290</sup> Ferner muss der Begründung das Maß der Gefährdung, das Gewicht der bedrohten Rechtsgüter sowie deren Abwägung zu entnehmen sein – entsprechend der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.<sup>291</sup>

## 6. Rechtsmittel – Beschwerde

Als Rechtsmittel steht die Beschwerde (§ 58 FamFG) offen.

### a) Beschwerdebefugnis

Sofern die\*der Betroffene das 14. Lebensjahr vollendet hat, kann er\*sie selbst das Beschwerderecht ausüben (§ 60 FamFG).

Gemäß § 59 Abs. 1 FamFG steht den sorgeberechtigten Eltern aufgrund eigener Rechtsbeeinträchtigung die Beschwerdebefugnis zu; strittig ist dies für Eltern ohne elterliche Sorge.<sup>292</sup>

Gemäß § 335 FamFG steht das Recht der Beschwerde im Interesse des\*der Betroffenen

1. den Eltern<sup>293</sup> und Pflegeeltern,
  2. dem\*der Verfahrensbeistand\*beiständin<sup>294</sup> (§ 158 Abs. 4 S. 5 FamFG),
  3. dem Jugendamt<sup>295</sup> ferner, wenn diese im ersten Rechtszug beteiligt worden sind
  4. der von dem\*der Betroffenen benannten Person seines\*ihres Vertrauens sowie
  5. dem\*der Leiter\*in der Einrichtung, in der der\*die Betroffene lebt,
- zu.

### b) Frist/Form etc.

Die Beschwerde ist, soweit gesetzlich keine andere Frist bestimmt ist, binnen einer Frist von einem Monat einzulegen (§ 63 Abs. 1 FamFG). Die Frist beginnt jeweils mit der schriftlichen Bekanntgabe des Beschlusses an die Beteiligten bzw. Beschwerdeberechtigten (§ 63 Abs. 3 S. 1 FamFG).

<sup>286</sup> Dazu oben unter III. 5. b) bb) (4).

<sup>287</sup> BVerfG, Beschl. v. 31.03.2010 – 1 BvR 2910/09.

<sup>288</sup> BVerfG, Beschl. v. 08.10.1985 – 2 BvR 1150/80 und 1504/82.

<sup>289</sup> BVerfG, Beschl. v. 02.06.2015 – 2 BvR 2236/14.

<sup>290</sup> BVerfG, Beschl. v. 17.07.2019 – 2 BvL 11/19.

<sup>291</sup> BVerfG, Urt. v. 05.02.2004 – 2 BvR 2029/01.

<sup>292</sup> Ablehnend OLG Karlsruhe, Beschl. v. 22.07.2009 – 16 WF 117/09; be-

jahend OLG Karlsruhe, Beschl. v. 20.09.2007 – 5 UF 140/07.

<sup>293</sup> Sofern nicht § 59 Abs. 1 FamFG greift.

<sup>294</sup> Zur Einlegung einer Rechtsbeschwerde vgl. BGH, Beschl. v. 27.03.2019 – XII ZB 71/19; OLG Hamburg, Beschl. v. 17.11.2020 – 12 UF 101/20 – für die Beschwerde gegen einen Beschluss im einstweiligen Verfahren.

<sup>295</sup> OLG Saarbrücken, Beschl. v. 30.06.2020 – 6 UF 82/20.

Gemäß § 64 Abs. 1 S. 1 FamFG ist die Beschwerde

- bei dem Gericht, dessen Beschluss angefochten wird,
- durch Einreichung einer Beschwerdeschrift oder zur Niederschrift der Geschäftsstelle (§ 64 Abs. 2 S. 1 FamFG), durch Bezeichnung des angefochtenen Beschlusses sowie
- durch die Erklärung, dass Beschwerde eingelegt wird, und
- von dem\*der Beschwerdeführer\*in oder seinem\*ihrer Bevollmächtigten unterzeichnet (§ 64 Abs. 2 S. 3 und 4 FamFG),

einzulegen; sie soll begründet werden (§ 65 Abs. 1 FamFG).

### **c) Ombudsstellen/externe Beschwerde- stellen**

Ombudsstellen (§ 9a SGB VIII) dienen als Anlaufstellen für junge Menschen und ihre Familien zur Vermittlung und Klärung von Konflikten im Kontext sämtlicher Aufgaben der Kinder- und Jugendhilfe.<sup>296</sup> Bei der Wahrnehmung der Aufgaben der Kinder- und Jugendhilfe kommen zum einen § 1 SGB VIII – in der die Subjektstellung der jungen Menschen stärkenden Neufassung – und zum anderen die generelle Regelung über die Stellung der Kinder und Jugendlichen in § 8 SGB VIII zum Tragen. § 8 Abs. 1 S. 2 i. V. m. § 9a SGB VIII beinhaltet damit die Pflicht, von Freiheitsbezug betroffene Kinder und Jugendliche in geeigneter Weise auf ihre Rechte u. a. im Verfahren vor dem Familiengericht hinzuweisen, z. B. auf das Anhörungsrecht, das Beschwerderecht sowie die Rechte bei Freiheitsentzug<sup>297</sup> – entsprechend Art. 12 KRK. Im Zusammenspiel mit § 1 SGB VIII wandelt sich die

Hinweispflicht in eine Beratungspflicht unter Beachtung der Vorgaben des Rechtsdienstleistungsgesetzes, um den jungen Menschen die Ausübung ihrer Rechte zu ermöglichen. Dies entspricht der Intension des Gesetzgebers, mit der Einrichtung von Ombudsstellen unterstützende Strukturen zur Sicherung der Rechte von Kindern und Jugendlichen sowie ihrer Familien zu realisieren und zu stärken.<sup>298</sup>

Externe Beschwerdestellen – dies können neben Ombudspersonen weitere Personen sein – geben die Möglichkeit von Beschwerden in eigenen Angelegenheiten außerhalb der Einrichtung, d. h. zusätzlich zu den bereits vor dem Inkrafttreten des KJSG im § 45 Abs. 2 Nr. 4 SGB VIII geforderten einrichtungsinternen Beschwerdeverfahren. Mit der Möglichkeit der Beschwerde ist die Aufklärung der jungen Menschen über ihre Rechte, bezogen auf eigene Angelegenheiten, verbunden<sup>299</sup> – Art. 4 i. V. m. Art. 12 KRK. Im vorliegenden Kontext umfasst dies die bei der ombudschaftlichen Beratung genannten Rechte. Die Option der Wahrnehmung von Beschwerdemöglichkeiten außerhalb der Einrichtung muss nach der Konzeption der Einrichtung gewährleistet werden und in dieser von Beginn an vorgesehen sein bzw. in die Konzeption bestehender Einrichtungen aufgenommen werden.<sup>300</sup> Einrichtungsträger haben mithin konzeptionell den Zugang zu externen Beschwerdemöglichkeiten zu gewährleisten, sind jedoch nicht zur Schaffung externer Beschwerdestellen an sich verpflichtet.<sup>301</sup>

### **7. Exkurs: Vorläufige Unterbringung/ einstweiliges Anordnungsverfahren**

Das Gericht kann unter den in § 331 FamFG genannten Voraussetzungen durch einstweilige Anordnung

<sup>296</sup> BT-Drs. 19/26107 v. 25.01.2021 S. 75 f.

<sup>297</sup> Winkler, § 8 Rn. 13.2.

<sup>298</sup> BT-Drs. 19/26107 v. 25.01.2021 S. 76.

<sup>299</sup> Mörsberger, § 45 Rn. 68.

<sup>300</sup> BT-Drs. 19/26107 v. 25.01.2021 S. 98.

<sup>301</sup> BT-Drs. 19/26107 v. 25.01.2021 S. 98 f.

eine vorläufige Unterbringungsmaßnahme anordnen oder genehmigen.

Zur Feststellung, ob eine Genehmigung der vorläufigen Unterbringung des Kindes „erforderlich“ ist, um der Kindeswohlgefährdung zu begegnen (§ 1631b BGB), hat das Familiengericht zwingend – wenigstens – ein ärztliches Zeugnis eines\*einer Arztes\*Ärztin für Kinder- und Jugendpsychiatrie und -psychotherapie mit Erfahrungen auf dem Gebiet der Psychiatrie – dies gilt nicht für freiheitsentziehende Maßnahmen – einzuholen (§ 167 Abs. 6 i. V. m. § 331 Nr. 2 FamFG) einzuholen.<sup>302</sup>

Ebenso hat die Anhörung des\*der Betroffenen sowie der Personensorgeberechtigten zu erfolgen.<sup>303</sup>

Ferner ist im Zeitpunkt der Entscheidung über die vorläufige Unterbringung auf eine bestehende – nicht zukünftige – Gefahr abzustellen, z. B., ob die Gefahr einer erheblichen gesundheitlichen Selbstschädi-

gung besteht.<sup>304</sup>

Gemäß § 63 Abs. 2 Nr. 1 FamFG beträgt die Frist für Beschwerden gegen Endentscheidungen im Verfahren der einstweiligen Anordnung zwei Wochen.

Beim einstweiligen Anordnungsverfahren ohne mündliche Verhandlung besteht die Möglichkeit der Stellung eines Antrags auf eine erneute gerichtliche Entscheidung aufgrund mündlicher Verhandlung.<sup>305</sup>

Ob eine vorläufige Unterbringungsmaßnahme nach § 1631b BGB, die im Wege der einstweiligen Anordnung ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss erlassen worden ist, angefochten werden kann, ist umstritten.<sup>306</sup> Aufgrund der schwerwiegenden Grundrechtseingriffe, die auch mit der vorläufigen Unterbringung (einstweiligen Anordnung) verbunden sind, sollte der Ansicht, die §§ 58 ff. FamFG anzuwenden und damit die Beschwerde zuzulassen, gefolgt werden.<sup>307</sup>

## V. Akteneinsichtsrecht

Gemäß § 13 FamFG können die Beteiligten<sup>308</sup> die Gerichtsakten auf der Geschäftsstelle einsehen, soweit nicht schwerwiegende Interessen einer\*eines Beteiligten oder einer\*eines Dritten entgegenstehen.

Der\*die Betroffene hat – sofern Verfahrensfähigkeit vorliegt – grundsätzlich Anspruch auf umfassende

Übersendung der zu den Akten gelangenden Schriftstücke, insbesondere auch des Sachverständigen-gutachtens/ärztlichen Zeugnisses; dieser Anspruch kann allenfalls durch den in § 164 S. 2 FamFG zum Ausdruck kommenden allgemeinen, kinderschützen-den Rechtsgedanken beschränkt werden.<sup>309</sup>

<sup>302</sup> OLG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 10.07.2012 – 8 UF 144/12.

<sup>303</sup> OLG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 14.12.2009 – 8 UF 213/09.

<sup>304</sup> BVerfG, Beschl. v. 26.05.2020 – 2 BvR 1529/19, 2 BvR 1625/19.

<sup>305</sup> OLG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 10.07.2012 – 8 UF 144/12.

<sup>306</sup> Siehe zum Meinungsstreit etwa OLG Karlsruhe, Beschl. v. 22.07.2009

– 16 WF 117/09.

<sup>307</sup> OLG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 10.07.2012 – 8 UF 144/12.

<sup>308</sup> Siehe oben unter III. 1.

<sup>309</sup> OLG Saarbrücken, Beschl. v. 30.06.2020 – 6 UF 82/20.

## VI. Anspruch auf Schadenersatz/strafrechtliche Konsequenzen

Besonderes Gewicht kommt im Zusammenhang mit der Achtung der Menschenwürde während eines Freiheitsentzugs der Haltung des Pflege- und/oder Betreuungspersonals dergestalt zu, dass dieses unmittelbar und der Ursache angemessen selbstverantwortlich handeln und stets die rechtliche Tragweite beachten muss. Die Sicherstellung des Kindeswohls hat – unabhängig von der Art des Freiheitsentzugs – ebenso einer regelmäßigen Kontrolle zu unterliegen, etwa der Prüfung der Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit; der Staat muss stets und zu jeder Zeit „positiv die Lebensbedingungen für ein gesundes Aufwachsen des Kindes schaffen“<sup>310</sup>. Liegen die Voraussetzungen für einen Freiheitsentzug nicht mehr vor, ist dieser umgehend zu beenden.<sup>311</sup>

### a) Schadenersatzanspruch

Ein Schadenersatzanspruch kann sich aus § 823 BGB<sup>312</sup> bzw. § 839 Abs. 2 S. 1 BGB (Amtshaftungsanspruch bei richterlicher Amtspflichtverletzungen) oder § 839a BGB<sup>313</sup> (gegen den\*die gerichtlich bestellte\*n Sachverständige\*n) ergeben, vor allem bei

- Schadenseintritt aufgrund von nicht ordnungsgemäß durchgeführtem Freiheitsentzug,
- rechtswidrigem Freiheitsentzug<sup>314</sup>.

Ein Schadenersatzanspruch kann auch dann bestehen, wenn z. B. eine Fixierung zwar unvermeidlich war, diese jedoch ohne ärztliche Anordnung und ohne lückenlose optische und akustische Überwachung erfolgte.<sup>315</sup> Bereits der rechtswidrige Freiheits-

entzug an sich vermittelt einen Anspruch auf Ersatz für Nichtvermögensschaden wegen Verletzung des Rechts auf Freiheit der Person.<sup>316</sup> Neben den Schadenersatzanspruch können selbstverständlich auch arbeitsrechtliche Folgen treten.

### b) Strafrecht

Bevor auf § 239 StGB (Freiheitsberaubung) als vorrangig in Betracht kommende Strafrechtsnorm näher eingegangen wird<sup>317</sup>, sei auf den Anspruch auf effektive Strafverfolgung hingewiesen.<sup>318</sup>

§ 239 StGB kann durch die Tathandlungen „einsperren“ oder „auf sonstige Weise“ begangen werden, wobei sich der Ort der Freiheitsberaubung auf einen eng umgrenzten Raum, z. B. einen Stuhl, ein Bett oder ein Zimmer, aber auch auf ein Gebäude oder das Gelände einer Einrichtung beziehen kann. Die Tathandlungen können auch durch Unterlassen, etwa beim Untätigbleiben bei Wegfall der Voraussetzungen, erfüllt werden.

Das Einsperren als objektive Verhinderung des Verlassens eines Raumes durch äußere Vorrichtungen ist als häufigste Begehungsform nur ein hervorgehobenes Beispiel. Davon erfasst sind jegliche Einschränkungen, durch die das Opfer gehindert wird, ein größeres Areal, wie etwa das Gelände einer Einrichtung, zu verlassen. Ob dies durch Verschließen der Ausgänge oder auf andere Weise, z. B. durch elektronische Vorrichtungen bzw. Hindernisse oder durch Überwachung, geschieht, ist unerheblich. Dabei muss die Unmöglichkeit, sich zu entfernen, keine unüberwindliche sein. So genügt etwa, dass der\*die

<sup>310</sup> BVerfG, Beschl. v. 29.07.1968 – 1 BvL 20/63; 1 BvL 31/66; 1 BvL 5/67.

<sup>311</sup> BVerfG, Urt. v. 24.07.2018 – 2 BvR 309/15, 2 BvR 502/16.

<sup>312</sup> Für den öffentlich-rechtlichen Träger der Einrichtung (z. B. Krankenhaus) würde § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG ebenso greifen wie für den die Betriebslaubnis erteilenden überörtlichen Träger der Kinder- und Jugendhilfe.

<sup>313</sup> Näher dazu etwa bei Wagner, § 839a.

<sup>314</sup> OLG Frankfurt a. M. Urt. v. 16.07.2019 – 8 U 59/18.

<sup>315</sup> OLG Köln, Urt. v. 02.12.1992 – 27 U 103/91.

<sup>316</sup> EGMR, Urt. v. 16.06.2005 – 61603/00 Storck/Deutschland.

<sup>317</sup> Von Relevanz können darüber hinaus vor allem die Körperverletzung (§§ 223 ff. StGB), die Nötigung (§ 240 StGB) sowie die Verletzung der Fürsorge- und Erziehungspflicht (§ 171 StGB) sein.

<sup>318</sup> Zum Anspruch bei Fixierung BVerfG, Beschl. v. 15.01.2020 – 2 BvR 1763/16; Schemmel, NJW 2020, S. 651 ff.

Zurückgehaltene etwaige Ausgänge nicht benutzen kann, z. B. weil er\*sie einen vorhandenen Ausgang nicht kennt, den Mechanismus einer Tür nicht zu bedienen weiß oder nach den Umständen des Falls als ungewöhnlich, beschwerlich oder anstößig ansieht.<sup>319</sup> Damit ist eine Freiheitsberaubung auch durch Unterbringung in geschützten oder halb-/teilloffenen Stationen möglich<sup>320</sup>, da diese vom Tatbestandsmerkmal „einsperren“ erfasst sein können.

Bei der Freiheitsberaubung auf andere Weise kommen jegliche Tatmittel in Betracht – das Nehmen der Fortbewegungsfreiheit reicht zur Tatbestandsverwirklichung aus. Zu nennen sind insbesondere Drohung, Gewalt und List. Mittels Drohung ist der Tatbestand jedenfalls dann verwirklicht, wenn diese den Grad einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben erreicht.<sup>321</sup> List als Tathandlung liegt vor, wenn darüber getäuscht wird, dass eine Ortsveränderung auf zumutbare Weise möglich ist, z.B. wenn

- vorgespiegelt wird, eine Tür sei verschlossen,
- eine für das Opfer unüberwindliche psychische Schranke errichtet wird<sup>322</sup>,
- einer offensichtlich hörigen Person durch entsprechende Anweisungen die Möglichkeit der Ortsveränderung abgeschnitten wird.

Mittels Gewalt wird der Tatbestand der Freiheitsberaubung etwa durch Fixierung an Stühlen, Betten oder Rollstühlen erfüllt, ebenso durch die Verabreichung bewusstseinsdämpfender, sedierender Medikamente.<sup>323</sup> Infolgedessen kommen alle freiheitsentziehenden Maßnahmen<sup>324</sup> als Tatbestandsalternative der Freiheitsberaubung „auf andere Weise“ in Betracht.

Rechtswidrige Freiheitsentziehungen unterliegen zivil- und strafrechtlichen Verfahren mit den entsprechenden Konsequenzen – unabhängig davon, ob sie

- von Anfang an rechtswidrig waren oder
- durch Wegfall der Voraussetzungen rechtswidrig geworden sind.

<sup>319</sup> Eisele, § 239.

<sup>320</sup> Siehe dazu bereits oben unter Freiheitsentziehende Unterbringung.

<sup>321</sup> BGH, Urt. v. 22.01.2015 – 3 StR 410/14.

<sup>322</sup> BGH, Beschl. v. 08.03.2001 – 1 StR 590/00.

<sup>323</sup> Müller, MedR 2011, S. 339 ff.

<sup>324</sup> Siehe dazu oben unter III. 4. b).

## VII. Fazit

Es gibt schwierige Situationen im Leben von Kindern und Jugendlichen, häufig auch im Kontext des Hilfesystems „Kinder- und Jugendhilfe“. Dies allein berechtigt weder zu geschlossener Unterbringung noch zu freiheitsentziehenden Maßnahmen. Da die Grenzen zwischen geschlossener Unterbringung und freiheitsentziehenden Maßnahmen sowie familiengerichtlicher Genehmigungspflicht und Nicht-Genehmigungspflicht teils fließend sind, bedarf es in der Praxis dringend einer rechtlich fundierten Reflexion jedes Einzelfalls.

§ 1631b BGB hat als gesetzlicher Eingriffstatbestand zugleich freiheitsgewährleistende Funktion, da er die Grenzen zulässiger Einschränkung unter strikter Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bestimmt.<sup>325</sup> Ein Freiheitsentzug kann dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nur dann entsprechen, wenn er als letztes Mittel und nur für die kürzeste Zeit zur Anwendung kommt – Ultima-ratio-Grundsatz. Dementsprechend ist ein Freiheitsentzug nur zur Abwendung einer gegenwärtigen und erheblichen Kindeswohlgefahr als akute Krisenintervention zulässig. Die Achtung der Grundrechte und der Menschenwürde als objektive Wertentscheidung des Grundgesetzes haben absolute Priorität und sind bei allem Handeln der beteiligten Professionen im Sinne einer lenkenden Richtschnur nicht nur mitzudenken, sondern auf ihre Einhaltung ist durch alle staatlichen Gewalten strikt zu achten – vor allem in Bezug auf Kinder und Jugendliche als besonders schutzbedürftige Gruppe.

Für Minderjährige mit Behinderungen als besonders vulnerable Gruppe gilt dies in nochmals gesteigertem Umfang.

Die aus den Grundrechten abzuleitenden staatlichen Schutzpflichten sind frühzeitig und angemessen umsetzen, die Umsetzungen weiterzuentwickeln und dem Wissens- und Forschungsstand anzupassen. Dies bezieht sich insbesondere sowohl auf das gerichtliche Verfahren an sich – wie z. B. das Recht auf Anhörung sowie Akteneinsicht und bei verfahrensfähigen Betroffenen das Recht auf Beschwerde inkl. des Rechts auf diesbezügliche Beratung – als auch auf die Erstellung der Sachverständigengutachten/ärztlichen Zeugnisse sowie auf die Arbeit der Fachkräfte in den Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe.

Über das gerichtliche Verfahren hinaus lassen sich außerdem das Recht auf Schadenersatz und die Einleitung strafrechtlicher Konsequenzen aus den Grundrechten der Betroffenen ableiten.

Ein Freiheitsentzug allein aus pädagogischen bzw. erzieherischen Zwecken ist unzulässig, weder ist die geschlossene Unterbringung in Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe, noch sind freiheitsentziehende Maßnahmen aus pädagogischen bzw. erzieherischen Zwecken in jeglichem Kontext der Kinder- und Jugendhilfe genehmigungsfähig.

---

<sup>325</sup> BVerfG, Beschl. v. 08.10.1985 – 2 BvR 1150/80 und 1504/82.

## Anhang 1: Statistiken

Indikationsstellungen/Einweisungsgründe nach Hoops/Permien (2006)<sup>326</sup>

Einweisungsgründe	Mädchen: N=57% Rangplatz	Jungen: N=55% Rangplatz	Gesamt: N=112% Rangplatz
Delinquenz	79% (1)	86% (1)	79% (1)
Schulprobleme	77% (2)	67% (3)	72%(2)
Weglaufen	79%(1)	56%(4)	68%(3)
Agressivität	49%(8)	74%(2)	65%(4)

Entwicklung der geschlossenen Unterbringung in der Kinder- und Jugendhilfe

Jahr	Anzahl der Plätze	Quelle
1986	393	von Wolfersdorff et al.
1989	372	von Wolfersdorff et al.
1990	275	Happe/Saubier 1996
1994	134	Remschmidt 1994
1996	122	Schmitt 1997
1998	125	Landesjugendamt Saarland 1998
1998	84 (10 Einrichtungen)	Statistisches Bundesamt
2000	146	Landesjugendamt Saarland 2000
2002	185 (14 Einrichtungen)	Statistisches Bundesamt
2003	160	Landesjugendamt Bremen August 2003
2003	172	Sülzle-Temme Dezember 2003
2004	185	Hoops/Permien (DJI) 2004
2005	247 (18 Einrichtungen)	Sülzle-Temme 2005
2006	357 (16 Einrichtungen)	Statistisches Bundesamt
2006	260 (19 Einrichtungen)	Deutscher Bundestag
2010	182 (14 Einrichtungen)	Statistisches Bundesamt
2014	256 (20 Einrichtungen)	Statistisches Bundesamt
2016	187 (19 Einrichtungen)	Statistisches Bundesamt
2018	182/davon 35 für behinderte junge Menschen (18 Einrichtungen)	Statistisches Bundesamt
2018	222	Deutsches Institut für Jugendhilfe und Familienrecht e.V.

Dabei betrug z. B. im Jahr 2007 die durchschnittliche Unterbringungszeit etwa elf Monate.

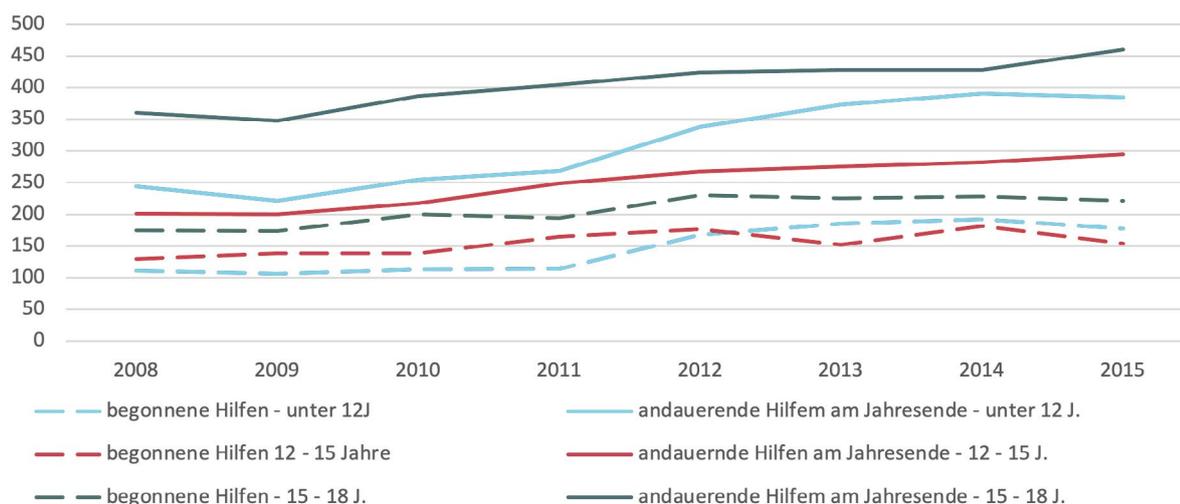
Im Kontext des § 167 Abs. 7 FamFG betrachtet, lässt sich ableiten, dass die freiheitsentziehende Unterbringung nicht spätestens mit Ablauf von sechs Monaten endete, sondern von einer offensichtlich langen Sicherheitsbedürftigkeit ausgegangen wurde.

<sup>326</sup> Hoops, 2019.

Hilfen zur Erziehung (einschl. Hilfen für junge Volljährige) mit richterlicher Genehmigung für eine Unterbringung mit Freiheitsentzug nach § 1631b BGB (Deutschland; 2008-2015; begonnene und am Jahresende andauernde Hilfen)<sup>327</sup>

	Unterbringung mit richterlicher Genehmigung nach § 1631b BGB für §§ 34, 35 SGB VIII		Unterbringung nach §§ 34, 35 SGB VIII insgesamt		Anteil der Unterbringungen mit richterlicher Genehmigung insgesamt (in %)	
	Begonnene Hilfen	Andauernde Hilfen am Jahresende	Begonnene Hilfen	Andauernde Hilfen am Jahresende	Begonnene Hilfen	Andauernde Hilfen am Jahresende
2008	467	974	35.309	62.177	1,3	1,6
2009	457	932	37.007	64.249	1,2	1,5
2010	502	1.053	37.739	66.678	1,3	1,6
2011	539	1.120	38.575	68.844	1,4	1,6
2012	637	1.236	39.052	70.089	1,6	1,8
2013	637	1.288	40.022	72.728	1,6	1,8
2014	665	1.345	43.085	75.785	1,5	1,8
2015	620	1.469	53.277	85.523	1,2	1,7

### Unterbringung nach § 1631b BGB für § 34 SGB VIII begonnene und am Jahresende andauernde Hilfen nach Altersgruppen



Hilfen zur Erziehung (nur Heimerziehung gem. § 34 SGB VIII) mit richterlicher Genehmigung für eine Unterbringung mit Freiheitsentzug nach § 1631b BGB nach Altersgruppen (Deutschland; 2008-2015; begonnene und am Jahresende andauernde Hilfen)<sup>328</sup>

<sup>327</sup> BT-Drs. 18/11741 v. 29.03.2017.

<sup>328</sup> BT-Drs. 18/11741 v. 29.03.2017.

		Unterbringung nach § 1631b BGB für § 34 SGB VIII		Unterbringung nach § 34 SGB VIII insgesamt	
		Begonnene Hilfen	Andauernde Hilfen am Jahresende	Begonnene Hilfen	Andauernde Hilfen am Jahresende
2008	unter 12 J.	111	244	9.325	14.563
	12 bis unter 15 J.	130	201	7.682	13.114
	15 bis unter 18 J.	175	360	12.306	22.068
2009	unter 12 J.	106	222	9.289	15.359
	12 bis unter 15 J.	138	200	8.248	13.700
	15 bis unter 18 J.	174	348	13.219	22.501
2010	unter 12 J.	113	255	9.299	16.163
	12 bis unter 15 J.	138	218	8.501	14.535
	15 bis unter 18 J.	200	387	13.537	23.046
2011	unter 12 J.	114	268	9.897	17.297
	12 bis unter 15 J.	165	249	8.786	14.959
	15 bis unter 18 J.	194	404	13.621	23.719
2012	unter 12 J.	168	330	9.901	17.908
	12 bis unter 15 J.	177	267	8.774	15.250
	15 bis unter 18 J.	230	424	13.924	24.117
2013	unter 12 J.	185	373	10.066	18.765
	12 bis unter 15 J.	152	275	8.414	15.470
	15 bis unter 18 J.	225	428	14.504	25.096
2014	unter 12 J.	192	391	10.299	19.072
	12 bis unter 15 J.	181	282	8.913	15.830
	15 bis unter 18 J.	228	428	16.446	26.259
2015	unter 12 J.	178	385	9.773	18.883
	12 bis unter 15 J.	154	295	9.453	16.221
	15 bis unter 18 J.	222	460	25.332	33.5

Verfahren vor dem Amtsgericht 2019 Deutschland insgesamt<sup>329</sup>

Unterbringung nach § 1631b Abs. 1 BGB (Kinder- und Jugendhilfe sowie Kinder- und Jugendpsychiatrie)	16 809
Freiheitsentziehende Maßnahmen nach § 1631b Abs. 2 BGB	5 475
Unterbringung nach öffentlichem Recht (§ 151 Nr. 7 FamFG)	1 491
Verfahren insgesamt (Kinder- und Jugendhilfe, Kinder- und Jugendpsychiatrie, nach PsychKG)	23 775

Beschwerden gegen Endentscheidungen 2019 Deutschland insgesamt<sup>330</sup>

Unterbringung nach § 1631b Abs. 1 BGB (Kinder- und Jugendhilfe sowie Kinder- und Jugendpsychiatrie)	188
Freiheitsentziehende Maßnahmen nach § 1631b Abs. 2 BGB	43
Unterbringung nach öffentlichem Recht (§ 151 Nr. 7 FamFG)	18

<sup>329</sup> Statistisches Bundesamt (Destatis), Rechtspflege, 2020.

<sup>330</sup> eStatistisches Bundesamt (Destatis), Rechtspflege, 2020.

## Anhang 2: Angemessenheitsprüfung – Dreischritt

Im Rahmen der Angemessenheitsprüfung ist die Schwere des Grundrechtseingriffs gegen den Nutzen des verfolgten Zweckes abzuwägen, denn der Grundrechtseingriff darf nicht außer Verhältnis zum verfolgten Zweck stehen.

Dies erfordert

- die Ermittlung der abstrakten Wertigkeit von Mittel und Zweck,
- die Ermittlung der konkreten Schwere des Eingriffs und
- die Ermittlung des konkreten Grads der Zweckerreichung,

um die so identifizierten widerstreitenden Belange gegeneinander abwägen zu können.

### 1. Abstrakte Wertigkeit von Mittel und Zweck

Zweck: Abwendung einer gegenwärtigen und erheblichen Gefahr für das Kindeswohl

Mittel: Freiheitsentzug

Zu beachten ist in diesem Kontext:

Freiheitsentzug

- kann die Menschenwürde der betroffenen Minderjährigen beeinträchtigen,
- kann u. a. einen Eingriff darstellen
  - in das Recht auf Freiheit (i. V. m. der Menschenwürde),
  - in das Recht auf körperliche und psychische Unversehrtheit,
  - in das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit,
  - in das Recht auf Erziehung durch die Eltern einschließlich Umgangsrecht,
- ist unzulässig, wenn damit die Gefahr einer dauerhaften Gesundheitsschädigung einhergeht.

Für den Staat ergeben sich Schutzpflichten im Hinblick auf

- die umfassende Achtung und Berücksichtigung der Menschenwürde,
- die Freiheit der Person,
- die körperliche, einschließlich der seelischen Unversehrtheit der Gesundheit,
- die freie Entwicklung der Persönlichkeit unter Beachtung des Kindeswohls, einschließlich Unterstützung der Eltern in ihrer elterlichen Erziehungsverantwortung.

a) **Abstrakte Wertigkeit des Mittels (Freiheitsentzug)**

Wie wichtig ist das Grundrecht, in das eingegriffen werden soll (z. B. vorbehaltlose Grundrechte sind von hoher abstrakter Wertigkeit)? Ist der Kernbereich des Grundrechts betroffen? Sind Schutzbereichsverstärkungen zu beachten (z. B. Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG)?

Grundrecht/abstrakte Wertigkeit	Leicht	Mittel	Hoch
Menschenwürde			
Freiheit der Person			
Körperliche und psychische Unversehrtheit			
Freie Entfaltung der Persönlichkeit			
Erziehung durch die Eltern/Umgangsrecht			
...			
...			

b) **Abstrakte Wertigkeit der mit dem Freiheitsentzug verfolgten Zwecke**

Wie wichtig ist der Zweck, der mit dem Grundrechtseingriff verfolgt wird? Zwecke von Verfassungsrang sind bedeutender als Zwecke, die nur einfachgesetzliche oder gar keine rechtliche Ausprägung gefunden haben.

Verfolgter Zweck/abstrakte Wichtigkeit	Leicht	Mittel	Schwer
Leben			
Körperliche und psychische Unversehrtheit			
Kindeswohl (allgemein)			
...			
...			

2. **Konkrete Bewertung der Schwere des Eingriffs und des Grads der Zweckerreichung**

a) **Konkrete Schwere des mit dem Freiheitsentzug verbundenen Eingriffs in konkrete Grundrechte**

Die konkrete Schwere ist abhängig davon, wie oft, wie lange und wie intensiv in das betroffene Grundrecht eingegriffen werden soll. Dies ist im Falle von mehreren betroffenen Grundrechten für jedes Grundrecht einzeln festzustellen.

Grundrecht/konkrete Schwere des Eingriffs	Leicht	Mittel	Hoch
Menschenwürde			
Freiheit der Person			
Körperliche Unversehrtheit			
Freie Entfaltung der Persönlichkeit			
Erziehung durch die Eltern/Umgangsrecht			
...			
...			

**b) Konkreter Grad der Erreichung des mit dem Freiheitsentzug konkret verfolgten Zwecks**

Hier gilt es, den Grad des Umfangs sowie die Wahrscheinlichkeit der Zweckerreichung zu bewerten. Je wahrscheinlicher es ist, dass der verfolgte Zweck erreicht wird und je umfangreicher der Zweck erreicht wird, desto höher ist der konkrete Grad der Zweckerreichung.

Konkret verfolgter Zweck/konkreter Grad der Zweckerreichung	Keiner	Niedrig	Mittel	Hoch
Leben				
Körperliche Unversehrtheit				
Kindeswohl (allgemein)				
...				
...				

**3. Abwägung der im konkreten Einzelfall ermittelten widerstreitenden Belange**

Im letzten Schritt gilt es, aus den gefundenen Ergebnissen eine Gesamtbilanz zu ziehen und unter Beachtung des Ultima-ratio-Grundsatzes die Angemessenheit zu beurteilen.

### Anhang 3: Empfehlungen zur (einheitlichen) inhaltlichen Ausgestaltung von Sachverständigengutachten

und ärztlichen Zeugnissen (§ 167 Abs. 6 FamFG)

in Anlehnung an/unter Verwendung von: „Mindestanforderungen an die Qualität von Sachverständigengutachten nach § 1631b BGB (und zur freiheitsentziehenden Unterbringung von Minderjährigen nach den Landesgesetzen über die Unterbringung psychisch Kranker)“ – Empfehlungen der Arbeitsgruppe familiengerichtliche Gutachten, 2021

sowie

Projekt „Vorgehensweisen bei zivilrechtlichen Unterbringungen“ – Eine Initiative der Niedersächsischen Ministerien für Soziales und für Justiz, 01/2009; Checkliste Unterbringungsgutachten

#### **Formalien** (grober Überblick<sup>331</sup>)

Die Beweisfragen sollen vollständig zitiert werden. Die Darstellung des Akteninhalts ist regelmäßig entbehrlich.

Der\*die Sachverständige soll seinen\*ihrer wissenschaftlichen Ansatz und sein\*ihr fachliches Selbstverständnis angeben.

Ein Vorspann mit allgemeinen, fallunabhängigen Ausführungen ist nicht in das Sachverständigengutachten/ärztliche Zeugnis aufzunehmen. Soweit entwicklungspsychologische oder andere Grundbegriffe erläuterungsbedürftig sind, ist dies im Abschnitt „Interpretation der Untersuchungsergebnisse“ vorzunehmen.

Die Feststellung, für welchen Zeitraum die als geeignet und erforderlich erachtete Maßnahme unter Berücksichtigung der Gesamtumstände voraussichtlich vonnöten sein wird.

#### **Konkretisierung der Beweisfragen**

Der\*die Sachverständige hat von den konkreten Beweisfragen im Beweisbeschluss auszugehen. Diese setzt er\*sie in die Begrifflichkeiten seiner\*ihrer Profession um, z. B. in psychologische oder sozialpädagogische Fragestellungen. Regelmäßig wird er\*sie sich mit den nachfolgenden Punkten auseinanderzusetzen haben, wobei die Aufzählung nicht abschließend ist.

Allgemeine Kindeswohlkriterien sind:

- **Förderungsprinzip/Erziehungseignung:** Besteht eine innere Bereitschaft und die Fähigkeit, die Versorgung und Erziehung des Kindes unter Berücksichtigung etwaiger besonderer individueller Anforderungen des Kindes zu gewährleisten und ggf. eigene Belange zurückzustellen?
- **Kontinuitätsprinzip:** Wie ist das Erfordernis der Einheitlichkeit, Gleichmäßigkeit und Stabilität der Erziehungsverhältnisse in persönlicher und örtlicher Hinsicht zu beurteilen?
- **Bindungen des Kindes:** Wie sind Art und Intensität der emotionalen Verbundenheit zu den Eltern sowie der Beziehungen zu Geschwistern und nahen Bezugspersonen ausgestaltet?
- **Wille des Kindes:** Wie sind die Äußerungen des Kindes unter dem Aspekt der Zielorientierung,
- **Intensität, Stabilität und Autonomie** zu würdigen?
- **Bindungstoleranz:** Besteht die Fähigkeit und Bereitschaft, den persönlichen Umgang
- **des Kindes mit dem anderen Elternteil** zu erhalten?

<sup>331</sup> Ausführlicher die Empfehlungen der Arbeitsgruppe familiengerichtliche Gutachten a. a. O.

ten und zu fördern und in diesem Sinne

- bestärkend auf das Kind einzuwirken?

Mögliche **Fragen zur Genehmigung geschlossener Unterbringung/freiheitsentziehender Maßnahmen** (§ 1631b BGB):

- Ist bereits eine Schädigung des Kindes eingetreten oder besteht gegenwärtig schon eine Gefahr in einem solchen Maß, dass sich bei der weiteren Entwicklung eine erhebliche Schädigung mit ziemlicher Sicherheit voraussehen lässt?
- Von welcher Art, Schwere und Wahrscheinlichkeit sind die befürchteten Beeinträchtigungen des Kindes?
  - Sind die Gefahren für das Kind so gravierend, dass sie einen Freiheitsentzug rechtfertigen?
- Welche negativen Folgen ergeben sich aus dem Freiheitsentzug für das Kind (Gefährdungen, die sich erst aus bzw. mit dem Freiheitsentzug ergeben)?
- Kann der Freiheitsentzug ggf. zu einer sekundären Kindeswohlgefährdung führen (Traumatisierung, Vertrauensverlust, andere Folgen)?
- Handelt es sich bei der Freiheitsentziehung um das letzte mögliche Mittel zur Gefahrabwendung (Ultima-ratio-Grundsatz)? Erörterung, welche anderen, milderer Mittel mit welchem Ergebnis zur Gefahrabwendung ergriffen worden sind.
- Bestehen Alternativen zum Freiheitsentzug? Erörterung konkreter Möglichkeiten, die den Freiheitsentzug entbehrlich machen könnten (Intensivierung der ambulanten Versorgung, Veränderung anderer Umstände o. Ä.)
- Gibt es andere Hilfe-/Unterstützungsangebote, die geeignet sind, die Gefährdung abzuwenden?

- Sind die Kindeseltern in der Lage, diese anzunehmen und umzusetzen, sodass eine Gefährdung nicht mehr besteht?
- Kann das Kindeswohl mit zumindest ausreichender Erfolgswahrscheinlichkeit durch den Freiheitsentzug erreicht werden?
- Liegen für die\*den Betroffene\*n Vorerfahrungen mit Freiheitsentzug vor, aus denen spezifische Empfehlungen zum jetzigen Umgang mit dem\*der Betroffenen abgeleitet werden können?
- Wurden von dem\*der Minderjährigen Gründe gegen einen Freiheitsentzug geltend gemacht?

**Untersuchungsplan**

Es ist persönlicher Kontakt mit dem Kind aufzunehmen, eine Entscheidung nach Aktenlage und eine telefonische Befragung sind unzulässig. Die beabsichtigte Vorgehensweise zur Beantwortung der Fragestellungen, die zu verwendenden Datenerhebungsverfahren und die Begründung ihrer Auswahl sind im Sachverständigengutachten/ ärztlichen Zeugnis unter einem Gliederungspunkt „Untersuchungsplan“ kurz darzustellen. Etwaige im Laufe der Begutachtung vorgenommene Änderungen bzw. Ergänzungen sind anzugeben.

Zur Beantwortung einer Fragestellung sollen möglichst mehrere der folgenden Erkenntnisquellen herangezogen werden.

- a) Einzubeziehen** sind regelmäßig die am Verfahren beteiligten Elternteile sowie weitere, in den Beweisfragen genannte Personen. Dies gilt ebenfalls für weitere Personen, die mit einem Elternteil in häuslicher Gemeinschaft leben oder für das Kind erkennbar eine Bezugsperson darstellen (z. B. neue\*r Partner\*in eines Elternteils, Geschwister, Großeltern, Pflegeeltern).

- b) **Explorationsgespräche** sind unerlässlich. Soweit kein Interviewleitfaden zugrunde liegt, ist die Zielsetzung des Gesprächs anzugeben und zu erläutern, welche Themen zu welchem Zweck angesprochen werden.
- c) Auch **Interaktionsbeobachtungen** sind regelmäßig erforderlich, z. B. systematische Verhaltensbeobachtungen, bei denen anzugeben ist, welche Aspekte des Verhaltens zu welchem Zweck beobachtet werden.
- d) Soweit zur Beantwortung der Fragestellungen erforderlich, können einschlägige standardisierte **Testverfahren** (auch Fragebögen, Screenings, Checklisten und Verfahren) angewendet werden. Die Entscheidung des\*der Sachverständigen, eines oder mehrere Testverfahren anzuwenden oder von der Durchführung von Tests abzusehen, bedarf der Begründung.

Das gewählte Testverfahren muss eine hinreichende Aussagekraft zur Beantwortung der Fragestellungen aufweisen. Das ist vor allem bei projektiven Verfahren besonders zu begründen. Es dürfen nur solche Testverfahren zum Einsatz kommen, die zur Beantwortung der Fragestellungen erforderlich sind. Das ist vor allem bei Persönlichkeitsstrukturtests besonders zu begründen, weil die Diagnostik von Persönlichkeitseigenschaften regelmäßig mit einem Eingriff in das Persönlichkeitsrecht verbunden und nur in Ausnahmefällen zur Beantwortung der Beweisfragen notwendig ist.

Die Erforderlichkeit, die Aussagekraft und die weiteren Auswahlkriterien sind für jedes einzelne gewählte Testverfahren im Untersuchungsplan darzulegen.

- e) Eine **psychiatrische Diagnostik** (ggf. einschließlich weiterer medizinischer Diagnostik) ist durchzuführen, wenn sie im Beweisbeschluss angeordnet ist oder soweit sich aus den durch-

geführten Erhebungen Anhaltspunkte für eine psychiatrische Erkrankung ergeben, die für die Beantwortung der Beweisfragen von Bedeutung sein kann.

- e) Soweit sich während der Begutachtung ergibt, dass eine psychiatrische Diagnose erforderlich ist und die Qualifikation des\*der Sachverständigen die Hinzuziehung eines\* einer anderen Sachverständigen notwendig machen könnte, ist mit dem Gericht frühzeitig Rücksprache zu halten. In Betracht kommt die **Einholung von Informationen** des **Jugendamts** und des\*der **Verfahrensbeistands\*beiständin** sowie von **Dritten**, bei denen relevante Erkenntnisse über das Kind und dessen Verhalten gegenüber den Elternteilen und anderen Personen zu erwarten sind, z. B. in den Bereichen Kindergarten, Schule, Verein. Sollten diese Informationen auf Ersuchen des\*der Sachverständigen nicht zur Verfügung gestellt werden, ist das Familiengericht frühzeitig zu informieren.

Sind ärztliche Berichte einzuholen, ist hierzu eine Entbindung von der ärztlichen Schweigepflicht erforderlich.

### **Chronologie der Datenerhebung**

Die Chronologie der Datenerhebung muss aus dem Sachverständigengutachten/ärztlichen Zeugnis ersichtlich sein. Auf eine gesonderte Darstellung kann verzichtet werden, wenn die Untersuchungsergebnisse in chronologischer Reihenfolge dargestellt werden.

### **Untersuchungsergebnisse**

Die Ergebnisse der Untersuchungen sind authentisch und neutral, also frei von eigenen Wertungen und allgemein verständlich darzustellen. Grundsätzlich ist nur das für die Beantwortung der Fragestellungen

Relevante mitzuteilen, das jedoch vollständig.

a) Bei **Explorationsgesprächen** genügt in der Regel die ausführliche inhaltliche Wiedergabe, in die wörtliche Zitate eingestreut werden können. Die Aufklärung über die Freiwilligkeit ist zu dokumentieren.

b) **Interaktionsbeobachtungen** sollen neben der Darstellung des Geschehens auch Angaben zu Mimik, Sprachduktus, Körperhaltung und Verhaltensreaktionen der Beteiligten enthalten.

c) Bei **Testverfahren** ist die genaue Version und Auflage anzugeben. Bei der Wiedergabe von Testergebnissen sind nicht nur die Zahlenwerte bzw. Profilkurven niederzulegen, sondern auch die sich daraus ergebenden testspezifischen Aussagen einschließlich der Vergleichsstichproben. Dabei gelten die Normwerte der Vergleichsgruppen als Ergebnisse und nicht als Interpretation. Soweit Anlass dazu besteht (Motivation, Instruktionsprobleme), ist auch die Testsituation zu beschreiben.

#### **Interpretation der Untersuchungsergebnisse**

Die Untersuchungsergebnisse werden in Bezug auf die Fragestellungen interpretiert. Jede Interpretation hat eine Grundlage in einem Untersuchungsergebnis. Grundsätzlich ist jedes Untersuchungsergebnis zu diskutieren.

a) Sämtliche zur Beantwortung der Fragestellungen relevanten Ergebnisse sind zu diskutieren; dabei ist auf den aktuellen Stand der wissenschaftlichen Forschung einzugehen. Es ist eine **Begründung** für die gezogenen Schlussfolgerungen erforderlich.

b) Die **einzelnen Ergebnisse** sind hinsichtlich ihrer

individuellen Gültigkeit zu **bewerten**.

Bei Testverfahren sind methodenabhängige Einschränkungen und sonstige Besonderheiten zu erläutern. Insbesondere bei projektiven Verfahren sind die hieraus gewonnenen Erkenntnisse einer weiteren Überprüfung zu unterziehen. Sie sind immer mit den aus anderen Untersuchungen gewonnenen Erkenntnissen zu vergleichen.

c) **Diskrepanzen** zwischen einzelnen Ergebnissen sind aufzuzeigen und zu erläutern. Die vorgenommene Würdigung bedarf einer eingehenden Begründung.

d) Auch wenn einzelne oder die Gesamtschau mehrerer Ergebnisse eine **abweichende Schlussfolgerung** zulassen, ist die vorgenommene Interpretation eingehend zu begründen.

e) Werden **psychiatrische Diagnosen** erörtert, ist eine Klassifizierung nach ICD oder DSM (jeweils in aktueller Version) vorzunehmen und auf die einzelnen Diagnosekriterien einzugehen.

f) Soweit **Prognosen** Gegenstand einer Beweisfrage sind, ist die Eintrittswahrscheinlichkeit anzugeben. Das Gleiche gilt, wenn z. B. bei der Frage eines Sorgerechtsentzugs mit Trennung des Kindes von der Familie zu möglichen Alternativen (insbesondere zu ambulanten Hilfemaßnahmen) und zur Abwägung der Nachteile zwischen dem Verbleib bei den Kindeseltern und einer Fremdunterbringung Stellung zu nehmen ist.

#### **Beantwortung der Beweisfragen**

Die Beweisfragen sind erschöpfend zu beantworten;

Empfehlungen zur Dauer sind auszusprechen.

Die Würdigung der Untersuchungsergebnisse und die Beantwortung der Beweisfragen dürfen nicht die subjektive Sicht einschließlich persönlicher Wertvorstellungen wiedergeben, sondern müssen die gesamte Bandbreite der Betrachtungsmöglichkeiten darstellen und dadurch dem Gericht eine eigenständige Würdigung und rechtliche Schlussfolgerungen ermöglichen.

### **Literaturverzeichnis**

Soweit die im Rahmen der „Interpretation der Untersuchungsergebnisse“ herangezogene Literatur dort nicht mit den notwendigen bibliografischen Daten zitiert wurde, ist sie hier vollständig anzugeben.

## Anhang 4: Dokumentationspflicht und -inhalt

### Die Dokumentationspflicht<sup>332</sup> dient

- der Transparenz des Freiheitsentzugs,
- der Nachvollziehbarkeit durch das Gericht,
- dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz,
- der sofortigen Beendigung des Freiheitsentzugs, wenn die Voraussetzungen der Genehmigung nicht mehr vorliegen,
- fachgerechtem Handeln (auch und vor allem bei einem Wechsel der Akteur\*innen)<sup>333</sup>,
- einem effektiven Rechtsschutz, den der\*die Betroffene ggf. später, etwa im Zusammenhang mit Schadenersatzansprüchen, sucht,
- der systematischen verbesserungsorientierten Qualitätskontrolle und Evaluation<sup>334, 335</sup>.

### (Minimal-)Inhalt:

- Freiheitsentzug gegenüber wem (Name des\*der Betroffenen)
- ergriffene Art und Weise des Freiheitsentzugs, einschließlich des Zwangscharakters
- Durchsetzungsweise
- Zeitspanne
- Häufigkeit
  - maßgebliche Gründe, insbesondere Anlass
- zur Abwendung ergriffene Maßnahmen
  - im Vorfeld
  - während der Durchsetzung

- Überwachung
  - Art und Weise
  - zeitliche Angaben
- Maßnahmen zur Sicherstellung der Grundrechte innerhalb des Freiheitsentzugs
  - welche
  - wann
  - durch wen
- beteiligte Personen
  - anordnende\*r Arzt\*Ärztin
  - überwachende Fachkräfte
- Beobachtungen während des Freiheitsentzugs
- ggf. Komplikationen und Abwendung
  - welche Komplikationen
  - welche Maßnahmen zur Abwendung
  - durch wen
- Evaluation

<sup>332</sup> Zu grundrechtlich begründeten Dokumentationspflichten in anderen Zusammenhängen BVerfG, Urt. v. 15.12.1983 – 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83; Urt. v. 20.02.2001 – 2 BvR 14444/00.

<sup>333</sup> BVerfG, Beschl. v. 23.03.2011 – 2 BvR 882/09.

<sup>334</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.07.2017 – 2 BvR 2003/14.

<sup>335</sup> BVerfG, Urt. v. 24.07.2018 – 2 BvR 309/15, 2 BvR 502/16.

## Literaturverzeichnis

*Arbeitsgruppe familiengerichtliche Gutachten*, Mindestanforderungen an die Qualität von Sachverständigengutachten nach § 1631b BGB (und zur freiheitsentziehenden Unterbringung von Minderjährigen nach den Landesgesetzen über die Unterbringung psychisch Kranker), Deutscher Psychologen Verlag, Berlin, 2021.

*Arbeitsgruppe Familienrechtliche Gutachten*, FamRZ 2019, S. 1765 ff.

*Arbeitskreis GU14Plus*, Stellungnahme des Arbeitskreises GU14plus – geschlossene Heime Bender, in: Hofmann (Hrsg.), Ausländerrecht, Nomos, Baden-Baden, 2. Aufl. 2016, Vorbem. vor § 1 AufenthG.

*Benz et al.*, Festhaltetherapien – ein Plädoyer gegen umstrittene Therapieverfahren, Psychosozial Verlag, Gießen, 2013.

*Borowsky*, in: Meyer/Hölscheidt (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Nomos, Baden-Baden, 5. Aufl. 2019, Art. 1.

BR-Drs. 550/07 v. 10.08.2007.

BT-Drs. 11/5948 v. 01.12.1989.

BT-Drs. 11/4528 v. 11.05.1989.

BT-Drs. 11/6576 v. 06.03.1990 – 8. Kinder- und Jugendbericht.

BT-Drs. 14/1247 v. 23.06.1999.

BT-Drs. 14/8181 v. 04.02.2002 – 11. Kinder- und Jugendbericht.

BT-Drs. 16/6308 v. 07.09.2007.

BT-Drs. 16/6815 v. 24.10.2007.

BT-Drs. 18/11278 v. 22.02.2017.

BT-Drs. 18/11741 v. 29.03.2017.

BT-Drs. 19/4123 v. 03.09.2018.

BT-Drs. 793/16 v. 30.12.2016.

BT-Drs. 8/2788 v. 27.04.1979.

BT-Drs. 9/1299 v. 29.01.1982.

*Calliess*, in: Ruffert/Callies (Hrsg.), EU-GRCharta, Beck, München, 5. Aufl. 2016, Art. 3.

*Deutscher Bundestag*, wissenschaftliche Dienste: Zur Situation ehemaliger Heimkinder in den alten Bundesländern von 1945 bis in die 70er Jahre – rechtliche Rahmenbedingungen hinsichtlich elterlicher Sorge, Fürsorgeerziehung und Heimeinweisung, WD 7 – 058/07, 2007.

*Deutscher Ethikrat*, Hilfe durch Zwang? Professionelle Sorgebeziehungen im Spannungsfeld von Wohl und Selbstbestimmung, 2018, S. 124 ff.

*Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Beck, München, 93. EL Oktober 2020, Art. 2 Abs. 2.

*Eger/Hensgen*, Das Jugendamt in der Zivilgesellschaft, Beltz Verlag, Weinheim Basel, 2013, S. 42 ff.

*Eisele*, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), Kommentar zum StGB, Beck, München, 30. Auflage 2019, § 239.

*Engels*, Verfassung und Arbeitskampfrecht – verfassungsrechtliche Grenzen arbeitsgerichtlicher Arbeitskampfsjudikatur, Duncker & Humblot, Berlin, 2008.

*Epkes*, Eine Überprüfung des familiengerichtlichen Vorbehaltes für Freiheitsentziehende Maßnahmen bei

Kindern und Jugendlichen (§ 1631b Abs. 2 BGB) im Hinblick auf Grundrechtsverletzungen minderjähriger Personen, Bachelorarbeit Evangelische Hochschule Dresden, 2018.

*Falkenstörfer*, Zur Relevanz der Fürsorge in Geschichte und Gegenwart, Springer, Heidelberg, 2020.

*Felix*, Einheit der Rechtsordnung: zur verfassungsrechtlichen Relevanz einer juristischen Argumentationsfigur, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998.

*Finger*, Das Übereinkommen über die Rechte des Kindes (UN-Kinderrechtskonvention – UNKRK), FuR 2020, S. 97 ff.

*Firsching/Dodegge*, Familienrecht 2. Halbband, Beck, München, 8. Aufl. 2015.

*Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, Beck, München, 6. Aufl. 2016, § 21.

*Häbel*, Das Recht des Kindes auf gewaltfreie Erziehung und seine Bedeutung für die Zulässigkeit körperlichen Zwangs in Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe – Rechtsgutachten, Tübingen/ Ludwigsburg, 2016.

*Häbel*, GU in der Heimerziehung – rechtmäßig?, in: Sozial Extra 29, S. 29 ff.

*Hamdan*, juris-PK-BGB, 9. Aufl. 2020, § 1631b BGB Rz. 4.

*Helmig, Blüml, Schattner*, in: Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Hrsg.), Handbuch Sozialpädagogische Familienhilfe, Kohlhammer, Köln, 1998.

*Heuer/Kessl*, Von der funktionalistischen Umformatierung von Erziehung auf Menschentraining, Sozial Extra, 2014, S. 46 ff.

*Hoffmann*, Freiheitsentziehende Unterbringung von Kindern und Jugendlichen, R & P 2009, S. 121 ff.

*Hohm*, Grundrechtsträgerschaft und „Grundrechtsmündigkeit“ Minderjähriger am Beispiel öffentlicher Heimerziehung, NJW 1986, S. 3107 ff.

*Hölscheidt*, in: Meyer/Hölscheidt (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Nomos, Baden-Baden, 5. Aufl. 2019, Art. 24.

*Hoops*, Freiheitsentzug in der Jugendhilfe – FAQ, in: Kerner/Marks (Hrsg.), Internetdokumentation des Deutschen Präventionstages, Hannover, 2019 – [www.praeventionstag.de/dokumentation.cms/4468](http://www.praeventionstag.de/dokumentation.cms/4468)

*Hoops*, Geschlossene Unterbringung von Kindern und Jugendlichen in der Heimerziehung, FPR 2011, S. 538 ff.

*Huber*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Beck, München, 8. Aufl. 2020, § 1631b BGB.

*Irlé*, Zeitempfinden, Frankfurter Forschung 2017 – [https://www.forschung-frankfurt.unifrankfurt.de/66791045/FoFra\\_2017\\_01\\_Zeitempfinden\\_Kinder\\_wie\\_die\\_Zeit\\_vergeht.pdf](https://www.forschung-frankfurt.unifrankfurt.de/66791045/FoFra_2017_01_Zeitempfinden_Kinder_wie_die_Zeit_vergeht.pdf).

*Jarass*, in: Jarass (Hrsg.), Charta der Grundrechte der EU, Beck, München, 4. Aufl. 2021, Art. 4. Kinder- und Jugendhilferechtsverein e. V. (Hrsg.), Erfahrungen mit Geschlossener Unterbringung und freiheitsentziehenden Maßnahmen in Jugendhilfe und Psychiatrie – von Betroffenen für Betroffene, Dresden, 2020.

*Kircher*, Gefährdung des Kindeswohls aus kinder- und jugendpsychiatrischer Sicht, NZFam 2016, S. 600 ff.

*Kirsch*, Der familiengerichtliche Genehmigungsvorbehalt des § 1631 II BGB für freiheitsentziehende Maßnahmen bei Minderjährigen, FamRZ 2019, S. 933 ff.

- Lang*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, Beck, München, Stand: 01.06.2017, Art. 2.
- Lindenberg/Lutz*, Bestärken durch Einsperren? Pädagogische Begründungen und organisatorische Zwänge, Widersprüche, 2018, S. 59 ff.
- Lohse/Jakobs*, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, Beck, München, 8. Aufl. 2019, Art. 5 MRK.
- Mehde*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Beck, München, Stand: 92. EL August 2020, Art. 104.
- Meyers* Großes Konversations-Lexikon, Band 7, Leipzig 1907, S. 217–218.
- Mohr/Ritter/Ziegler*, Zwang als erzieherisches Mittel in der Kinder- und Jugendhilfe?, Sozial Extra, 2017, S. 19 ff.
- Mörsberger*, in: Wiesner (Hrsg.), SGB VIII, Kinder- und Jugendhilfe, Beck, München, 5. Aufl. 2015, § 45.
- Müller*, Freiheitsberaubung durch unterbringungsähnliche Maßnahmen bei Minderjährigen, MedR 2011, S. 339 ff.
- Müller-Engels*, in: Hau/Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, Beck, München, 57. Edition, Stand: 01.11.2020, § 1906.
- Papastefanou* (Hrsg.), Krisen und Krisenintervention bei Kindern und Jugendlichen, Kohlhammer, Stuttgart, 2019.
- Peters*, Der Konstruktionsprozess der „Schwierigen“ – das Beispiel der sogenannten „Systemsprenger\*innen“, Forum Erziehungshilfen, 2020, S. 113 ff. Rake, in: Johanssen/Henrich/Althammer (Hrsg.), Familienrecht, Beck, München, 7. Aufl. 2020, § 1697a.
- Rake*, in: Johanssen/Henrich/Althammer (Hrsg.), Familienrecht, Beck, München, 7. Aufl. 2020, § 1684.
- Rohmann*, Unterbringung von Kindern und Jugendlichen nach neuem Recht, FPR 2009, S. 351 ff.
- Rüth*, Die Unterbringung in der Kinder- und Jugendpsychiatrie, FPR 2011, S. 554 ff.
- Schemmel*, Das Recht auf effektive Strafverfolgung bei rechtswidriger Zwangsfixierung, NJW 2020, S. 641 ff.
- Schmidt-Recla*, in: Rauscher (Hrsg.), Münchener Kommentar zum FamFG, Beck, München, 3. Aufl. 2019, § 321.
- Schmidt-Recla*, in: Rauscher (Hrsg.), Münchener Kommentar zum FamFG, Beck, München, 3. Aufl. 2019, § 323.
- Schneider*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Beck, München, 8. Aufl. 2020, § 1631b BGB.
- Schnoor et al.*, Rechtliche Zulässigkeit von Zwangsmaßnahmen in der Kinder- und Jugendpsychiatrie, Praxis der Kinderpsychologie und Kinderpsychiatrie, 2006, S. 814 ff.
- Schumann*, in: Rauscher (Hrsg.), Münchener Kommentar zum FamFG, Beck, München, 3. Aufl. 2018, § 159.
- Senatsverwaltung für Bildung, Wissenschaft und Forschung* Referat Erziehungshilfen und Verträge (Hrsg.), Hand-

buch Hilfe zur Erziehung, Berlin – <https://www.berlin.de/sen/jugend/familie-und-kinder/hilfe-zur-erziehung/fachinfo/>.

*Sonneck*, Krisenintervention und Suizidverhütung, UTB, Stuttgart, 2016.

*Statistisches Bundesamt* (Destatis), Rechtspflege Familiengerichte, 2020.

*Statistisches Bundesamt* (Destatis), Statistiken der Kinder- und Jugendhilfe-Einrichtungen und tätige Personen (ohne Tageseinrichtungen für Kinder), 2020.

*Steger*, Freiheitsentziehende Maßnahmen in Kliniken der Kinder- und Jugendpsychiatrie und Psychotherapie, DJI, 2005.

*Stoppel*, § 1631b BGB (2017) – fachlich-rechtliche Auslegung des Projekts Pädagogik und Recht, Pädagogik und Recht 2018.

*Sülzle-Temme*, Geschlossen untergebrachte Jugendliche: Ausgangssituation, Ziele, Verläufe und Ergebnisse von Hilfeplanungen und deren Umsetzung, 2007, S. 20 ff.

*Uhle*, in: Eping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, Beck, München, 45. Edition, Stand: 15.11.2020, Art. 6.

*Veit*, in: Hau/Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, Beck, München, 56. Edition, Stand: 01.11.2020, § 1631b.

*Vogel*, Die juristischen Mindeststandards bei der mit Freiheitsentziehung verbundenen Unterbringung in der Behandlung von Kindern, FPR 2012, S. 462 ff.

*Vogel*, Die Unterbringung/die unterbringungsähnlichen Maßnahmen Minderjähriger nach § 1631b BGB in materiell-rechtlicher Hinsicht, NZFam 2019, S. 1041 ff.

*Wagner*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Beck, München, 8. Aufl. 2020, § 839a.

*Wieck-Noodt*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Beck, München, 3. Aufl. 2017, § 239.

*Winkler*, in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Meling/Udsching (Hrsg.), BeckOK Sozialrecht, Beck, München, 60. Edition, Stand: 01.03.2021, § 8.

*Wissenschaftliche Dienste* des Deutschen Bundestages, Zur Situation ehemaliger Heimkinder in den alten Bundesländern von 1945 bis in die 70er Jahre – rechtliche Rahmenbedingungen hinsichtlich elterlicher Sorge, Fürsorgeerziehung und Heimeinweisung, WD 7 – 058/07, 2007.

*Ziegler*, Antworten und Ausführungen zu den Fragen für die Anhörung des Deutschen Ethikrates „Wohltätiger Zwang“ in der Kinder- und Jugendhilfe, 2017 – [anhoerung-18-05-2017-fragenkatalog-ziegler.pdf](https://www.ethikrat.org/files/2017/05/2017-05-2017-fragenkatalog-ziegler.pdf) (ethikrat.org).

*Zinsmeister/Schlüter*, Freiheitsentzug als ultima ratio? Der Schutz der Freiheitsrechte von Kindern und Jugendlichen durch die Familiengerichte, 2019 – [https://www.lvr.de/media/wwwlvrde/jugend/service/dokumentationen/dokumente\\_95/hilfen\\_zur\\_erziehung/20191115\\_jugendhilfejustiz/01\\_\\_1631b\\_Praesentation\\_11\\_2019\\_JZ.pdf](https://www.lvr.de/media/wwwlvrde/jugend/service/dokumentationen/dokumente_95/hilfen_zur_erziehung/20191115_jugendhilfejustiz/01__1631b_Praesentation_11_2019_JZ.pdf)

## Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz		
Art.	Artikel		
Aufl.	Auflage		
Beschl.	Beschluss		
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch		
BR-Drs.	Bundesrat-Drucksache		
BRK	UN-Behindertenrechtskonvention – Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen		
BT-Drs.	Bundestag-Drucksache		
bzw.	beziehungsweise		
DSM	Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders		
EMRK	Europäische Menschenrechtskon- vention		
f.	Folgende		
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angele- genheiten der freiwilligen Gerichts- barkeit (FamFG)		
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Fami- lienrecht		
ff.	fortfolgende		
FPR	Familie, Partnerschaft, Recht		
FuR	Familie und Recht		
GG	Grundgesetz		
ggf.	gegebenenfalls		
Hrsg.	Herausgeber		
i. V. m.	in Verbindung mit		
ICD	Internationale statistische Klassifi- kation der Krankheiten und ver- wandter Gesundheitsprobleme		
inkl.	Inklusiv		
KJSG	Gesetz zur Stärkung von Kindern und Jugendlichen (Kinder- und Jugendstärkungsgesetz – KJSG)	KRK	UN-Kinderrechtskonvention – Übereinkommen über die Rechte des Kindes
		Nr.	Nummer
		NZFam	Neue Zeitschrift für Familienrecht oben genannt(e)
		o. g.	oben genannt(e)
		PK	Praxiskommentar
		R & P	Recht & Psychiatrie
		Rn.	Randnummer
		Rz.	Randziffer
		S.	Seite
		StGB	Strafgesetzbuch (StGB)
		u. Ä.	und Ähnliche(s)
		Urt.	Urteil
		usw.	und so weiter
		v.	vom
		Vorbem.	Vorbemerkung
		z. B.	zum Beispiel

## Impressum

Herausgeber:  
Bundesnetzwerk Ombudschaft in der Jugendhilfe e.V.  
Emser Str. 126  
12051 Berlin  
info@ombudschaft-jugendhilfe.de

Autorin:  
Prof. Dr. Simone Janssen, LL. M.

Lektorat:  
Isabel Pfeiffer – Lektorat Berlin

Satz, Layout und Umschlaggestaltung:  
Swantje Roersch

Stand:  
August 2021, 1. Auflage

ISBN:  
978-3-949589-01-0

© Bundesnetzwerk Ombudschaft in der Jugendhilfe e.V.  
Alle Rechte vorbehalten  
Dieses Rechtsgutachten ist im Rahmen der vom Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend geförderten „Bundeskoordinierungsstelle Ombudschaft in der Kinder und Jugendhilfe“ entstanden. Infos zum Projekt: [www.ombudschaft-jugendhilfe.de/bundeskoordinierungsstelle](http://www.ombudschaft-jugendhilfe.de/bundeskoordinierungsstelle)

Gefördert vom:



Bundesministerium  
für Familie, Senioren, Frauen  
und Jugend

ISBN: 978-3-949589-01-0

**Ein Gutachten von:**

Prof. Dr. jur. Simone Janssen, LL. M.  
simone.janssen@gmx.net  
Dresden

**im Auftrag von:**

Bundesnetzwerk Ombudschaft in der Jugendhilfe e.V.  
Emser Str. 126 | 12051 Berlin  
Fon: 030 – 21 30 08-73 | [info@ombudschaft-jugendhilfe.de](mailto:info@ombudschaft-jugendhilfe.de)  
[www.ombudschaft-jugendhilfe.de](http://www.ombudschaft-jugendhilfe.de)