

STELLUNGNAHME

vom 7. Mai 2010

Freiheitsbeschränkende Maßnahmen bei Kindern und Jugendlichen; keine familiengerichtliche Genehmigungsbedürftigkeit der Gestattung eines Fixierens oder nächtliches Einschließen durch den Vormund

Das Jugendamt beantragte beim Familiengericht in zwei Fällen als Pfleger ua mit der Befugnis zur Aufenthaltsbestimmung die Genehmigung der Entscheidung der die jeweilige Pflegschaft führenden Fachkraft für das Fixieren zweier schwer geistig behinderter Jugendlicher während der (nächtlichen) Ruhezeiten wegen der Gefahr erheblicher Selbst- und/oder Fremdschädigung. In einem der Fälle erteilte die am Amtsgericht zuständige Richterin eine Genehmigung. Im anderen Fall lehnte eine weitere am Amtsgericht zuständige Richterin das Erteilen einer Genehmigung ab, da die Entscheidung der Fachkraft, die die Pflegschaft führt, mangels Rechtsgrundlage nicht genehmigungsbedürftig sei. Das Jugendamt will gegen die gerichtliche Entscheidung, in der das Erteilen einer Genehmigung abgelehnt wurde, Beschwerde einlegen, da es Entscheidungen über freiheitsbeschränkende Maßnahmen für genehmigungsbedürftig hält.

Zu einem ähnlich gelagerten Sachverhalt wurde von einem anderen Jugendamt kürzlich ebenfalls eine Anfrage an das Institut gestellt. In diesem Fall ging die die Pflegschaft führende Fachkraft davon aus, dass ihre Entscheidung für das nächtliche Einschließen eines 13-jährigen, geistig behinderten Jungen nach sexuellen Übergriffen auf andere Kinder in der Einrichtung zum Schutz der anderen Kinder, aber auch zum Schutz des Jungen keiner gerichtlichen Genehmigung bedarf. Auf Wunsch der Einrichtung wurde von der Fachkraft gleichwohl

eine Genehmigung beantragt. Das Gericht hielt die Entscheidung für das nächtliche Einschließen für genehmigungsbedürftig und erteilte eine Genehmigung.

Zunächst ist uneingeschränkt zu begrüßen, dass die Problematik freiheitsentziehender bzw freiheitsbeschränkender Maßnahmen gegenüber Kindern und Jugendlichen zunehmend ins Bewusstsein der Fachkräfte der Einrichtungen, aber auch der gesetzlichen Vertreter von Kindern und Jugendlichen rückt. Es ist nicht vom Erreichen eines bestimmten Alters abhängig, ob ein Mensch eine Maßnahme als Zwang empfindet oder nicht. Ebenso bestehen einheitliche staatliche Schutzpflichten des Staates gegenüber allen Menschen und ist der Staat zum Schutz von Kindern und Jugendlichen auch gegenüber ihren Eltern verpflichtet.

Diskutieren lässt sich aus juristischer Perspektive daher nur darüber, auf welche Art und Weise der Staat Schutzmaßnahmen zu treffen hat und ob an dieser Stelle Differenzierungen zwischen Erwachsenen bzw Kindern und Jugendlichen denkbar sind. Dabei ist zudem zwischen dem rechtspolitisch Denkbaren, vielleicht auch Wünschenswerten, und dem geltenden Recht zu unterscheiden. Die Stellungnahme des Instituts beschränkt sich insoweit allein auf die derzeitige Rechtslage und trifft keine rechtspolitische Aussage. Es ist für das Handeln des/der gesetzlichen Vertreters/Vertreterin zunächst grundsätzlich ohne Bedeutung, ob er/sie die Entscheidung des Gesetzgebers für richtig oder falsch hält, auch wenn gesetzliche Vertreter/innen Entscheidungen des Gesetzgebers rechtspolitisch hinterfragen können, dürfen und sollten.

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

Aus diesem Befund ist vorab der Schluss zu ziehen, dass der Gesetzgeber sich dafür entschieden hat, auch gegenüber Volljährigen nicht durchgängig alle freiheitsbeschränkenden Maßnahmen einer gerichtlichen Genehmigung zu unterstellen. Die Entscheidung des Gesetzgebers erfolgte dabei bewusst, denn im Rahmen des Ge-

setzgebungsverfahren zum Betreuungsrecht wurde durchaus diskutiert, ob auch freiheitsbeschränkende Maßnahmen gegenüber Volljährigen im häuslichen Bereich genehmigungspflichtig sein sollten (vgl zur Gesetzgebungsgeschichte und zur Kritik an der Regelung *Schumacher FamRZ 1991, 280*). Bereits gegenüber Volljährigen kommt der Gesetzgeber demnach seinen Schutzpflichten nicht einheitlich, sondern differenzierend nach.

Ferner ist zu beachten, dass die Entscheidung des Gesetzgebers für die Genehmigungsfreiheit bestimmter Maßnahmen im häuslichen Bereich nicht bedeutet, dass der bzw die Personensorgeberechtigte/n oder eine/n gesetzliche/n Betreuer/in willkürlich entscheiden können, dass gegenüber einem Kind bzw Jugendlichen oder einem unter Betreuung stehenden Erwachsenen freiheitsbeschränkende Maßnahmen vorgenommen werden. So sind alle freiheitsbeschränkenden Maßnahmen im häuslichen Bereich unabhängig von der Frage ihrer Genehmigungsbedürftigkeit nicht rechtmäßig, die unverhältnismäßig sind (hierzu etwa *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann, Betreuungsrecht, § 1906 Rn 86 ff; Hoffmann JAmt 2009, 473*) oder bei Kindern gegen das Recht auf gewaltfreie Erziehung verstoßen (§ 1631 Abs. 2 BGB). Nach den genannten Kriterien wäre das Bettgitter, mit dem Eltern ihr Kleinkind vor dem Sturz aus dem Bett sichern wollen, eine rechtmäßige freiheitsentziehende Maßnahme, hingegen das Einsperren eines Jugendlichen in seinem Zimmer nach Schulschluss am Freitag bis zum Schulbeginn am Montag nicht.

Ob freiheitsentziehende Maßnahmen in Einrichtungen genehmigungsbedürftig sind, wird im Schrifttum kontrovers diskutiert. Eine Genehmigungsbedürftigkeit wird bei ganz unterschiedlicher Begründung – ausweitende Interpretation des Begriffs der Freiheitsentziehung in § 1631b BGB (*Wille ZfJ 2002, 85; Huber, in: MünchKommBGB, 4. Aufl. 2002, § 1631b Fn 23*), analoge Anwendung von § 1906 Abs. 4 BGB (*Salgo, in: Staudinger, BGB, § 1631b Rn 14 f; Diederichsen, in: Palandt, BGB, § 1631b Rn 2, § 1906 Rn 23*), doppelt analoge Anwendung von § 1906 Abs. 4 BGB (*Czerner AcP 202 [2002], 72, 92 ff*) – von einer Vielzahl von Autor/inn/en angenommen. Andere Autor/inn/en lehnen eine Genehmigungsbedürftigkeit zumindest de lege lata ab (*Hoffmann JAmt 2009, 473; Engelhardt, in: Keidel, FamFG, § 151 Rn 14; Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann § 70 Rn 6; Schwab FamRZ 1990, 681*).

Nachdem der Gesetzgeber auch bei der Neufassung des § 1631b BGB von einer ausdrücklichen Regelung abgesehen hat, ist aus der Perspektive des Instituts festzuhalten, dass nicht von einer Gesetzeslücke ausgegangen werden kann (so auch AG

Hamburg-Barmbek FamRZ 2009, 792). Freiheitsentziehende Maßnahmen in Einrichtungen oder zur Durchführung ambulanter Zwangsbehandlungen sind gegenüber Kindern und Jugendlichen auch ohne familiengerichtliche Genehmigung zulässig, sofern die übrigen Voraussetzungen – Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit der Maßnahmen zur Gefahrenabwehr, bei einer stationären Unterbringung eine Einwilligung des gesetzlichen Vertreters (*Schwab*, in: MünchKommBGB, § 1906 Rn 46) – vorliegen (*Oberloskamp/Klinkhardt*, Vormundschaft, Pflegschaft und Beistandschaft für Minderjährige, § 7 Rn 21; *Damrau/Zimmermann*, Betreuungsrecht, § 70 Rn 11; AG Hamburg-Barmbek FamRZ 2009, 792).

Von den dem Institut vorliegenden gerichtlichen Entscheidungen begründet das AG Hamburg-Barmbek seine Auffassung besonders ausführlich. Es kommt dabei, wie zitiert, zu dem Schluss, dass derzeit keine Rechtsgrundlage für eine familiengerichtliche Genehmigung freiheitsentziehender Maßnahmen durch zur Personensorge berechnigte Eltern vorhanden ist. Das Gericht führt in der Entscheidungsbegründung aus:

„Die bei V angewendeten Maßnahmen stellen keine Unterbringung iSd § 1631b BGB dar. Sie dürfen von den Eltern in eigener Verantwortung genehmigt werden. Gem. § 1631b BGB ist eine Unterbringung des Kindes, die mit einer Freiheitsentziehung verbunden ist, nur mit einer Genehmigung des Familiengerichts zulässig. Die bei V angewendeten Maßnahmen stellen jedoch keine Unterbringung dar, die mit einer Freiheitsentziehung verbunden ist. Eine Freiheitsentziehung liegt vor, wenn die persönliche Bewegungsfreiheit des Kindes gegen seinen natürlichen Willen allseitig und umfassend beeinträchtigt wird, insbesondere durch Einschließung und Einsperrung (vgl. *Huber* § 1631b Rn 4).

Eine allseitige und umfassende Einschränkung der Bewegungsfreiheit kann jedoch in den angewendeten Maßnahmen nicht erblickt werden. Das Anlegen des Gurts im Rollstuhl dient zunächst zur Herstellung der Mobilität und stellt schon aus diesem Grund keine unter § 1631b BGB fallende Freiheitsentziehung dar (vgl. BSG 10.11.2005, B 3 KR 31/04 RB 3 KR 31/04 R; *Schwer*, in: jurisPK-BGB Buch 4, 3. Aufl. 2006 § 1631b Rn 6). Aber auch das Gitterbett stellt keine umfassende Beschränkung der Freiheit dar, da V in dem Gitterbett nur übernachtet.

In Rechtsprechung und Literatur ist umstritten, ob auch Maßnahmen, mit denen einem Kind durch mechanische Vorrichtungen, Medikamente oder

Ähnliches zwar nicht umfassend, aber doch zeitweise über einen längeren Zeitraum die Bewegungsfreiheit eingeschränkt wird, eine Freiheitsentziehung iSd § 1631b BGB darstellen (vgl. *Huber* § 1631b Rn 6). [...] Im Rahmen der umfassenden Reform des Betreuungsrechts wurde diese Kontroverse vom Gesetzgeber aufgegriffen und neben der Unterbringung des § 1906 Abs. 1 BGB, die mit einer Freiheitsentziehung verbunden ist, die Genehmigungsbedürftigkeit sogenannter unterbringungsähnlicher Maßnahmen gem. § 1906 Abs. 4 BGB eingeführt. Der Gesetzgeber wollte sich nach der Begründung des Gesetzentwurfs durch die Bundesregierung mit der Gleichstellung der unterbringungsähnlichen Maßnahmen einer vordringenden Rechtsprechung anschließen (vgl. Gesetzentwurf der BReg, BT Drucks. 11/4528, S. 82; FamRZ 2001, 149). Diese Differenzierung wurde bewusst nicht auf die Regelung des § 1631b BGB übertragen (vgl. LG Essen FamRZ 1993, 1349). Vielmehr wurde die Regelung des § 1906 Abs. 1 BGB wortgleich zu § 1631b BGB gefasst. Im Entwurf der Bundesregierung wurde die Einbeziehung unterbringungsähnlicher Maßnahmen in die für Kinder geltende Regelung aus Sachgründen als höchst problematisch bewertet. In den Vorschriften der §§ 1666, 1837, 1886 und 1915 BGB sah der Gesetzgeber hinreichende Möglichkeiten gegen entwürdigende Erziehungsmaßnahmen einzuschreiten (vgl. Gesetzentwurf der BReg, BT-Drucks. 11/4528, S. 83). Die Gesetzesverfasser entschieden sich bei der Fassung des § 1906 Abs. 1 BGB ausdrücklich für einen engen Unterbringungsbegriff (vgl. Gesetzentwurf der BReg, BT-Drucks. 11/4528, S. 146; BGH FamRZ 2001, 149; FamRZ 2008, 866).

Diese Auslegung entspricht auch ausweislich der Empfehlung des Rechtsausschusses dem Willen des Gesetzgebers bei der Einführung des § 1631b BGB und dem Sinn und Zweck des Gesetzes. Danach soll mit der Regelung des § 1631b BGB vermieden werden, dass Eltern ein Kind in eine geschlossene Einrichtung verbringen, auch wenn bei sinnvoller Wahrnehmung des Erziehungsrechts eine Problemlösung auf weniger schwerwiegende Weise erreicht werden kann. Erfasst werden sollten nur Heime und Anstalten und geschlossene Abteilungen von Heimen (vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 17.04.1979, BT-Drucks. 8/2788, S. 38). Es geht dabei – anders als bei der Auslegung der Vorschrift des § 1906 BGB – nicht primär um einen Schutz der körperlichen Bewegungsfreiheit und der Entschließungsfreiheit zur Fortbewegung im Sinne der Aufenthaltsfreiheit (vgl.

BGH FamRZ 2001, 149, 150), sondern vielmehr um eine sinnvolle Ausübung des Sorgerechts. Im Vordergrund der Entscheidung stünde vorliegend auch nicht die Genehmigung der Einschränkung der Fortbewegungsfreiheit. V wendet sich nach der Mitteilung der Bezugsbetreuerin meist nicht gegen das Bettgitter, obwohl er dazu in der Lage ist. In anderen Fällen drückt er sein Missfallen deutlich aus. Vielmehr empfindet er das Bettgitter als beruhigend. Die Problematik des Gitterbettes liegt darin, dass damit mit zunehmendem Alter eine stigmatisierende Wirkung und sittlicher Anstoß verbunden ist. Die Verantwortung für diese Entwicklung tragen jedoch die Eltern.

Für eine analoge Anwendung des § 1906 Abs. 4 BGB ist nach der eindeutigen Begründung des Entwurfs der Bundesregierung kein Raum (vgl. OLG Brandenburg FamRZ 200, 1033, 1035). Auch im Rahmen der Neufassung des § 1631b BGB im Zuge des Gesetzes zur Erleichterung von Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls soll eine Erweiterung auf unterbringungsähnliche Maßnahmen nicht erfolgen (vgl. BT-Drucks. 16/6815).

Es mag sinnvoll sein, dass die Gerichte im Falle geistig behinderter Kinder die gleiche Kontrolle wie auch bei geistig behinderten Erwachsenen ausüben. Zwingend ist dieser Schluss jedoch nicht. Die staatliche Verantwortung und Kontrolle sind im Bereich des Erziehungsrechts deutlich eingeschränkt. Immerhin weicht das Regelungssystem des Betreuungsrechts deutlich von der Gestaltung des Sorgerechts ab. Dies zeigt sich beispielhaft an der Reichweite des Erziehungsrechts – das im Gegensatz zum Betreuungsrecht auch grundsätzlich die Anwendung unmittelbaren Zwangs einschließt – und auch bei der Nichtanwendbarkeit des § 1904 BGB. Als Schranke besteht die Regelung des § 1666 BGB. Eine Veranlassung ein Verfahren gem. § 1666 BGB einzuleiten besteht derzeit nicht.“

Das Institut teilt die Rechtsauffassung des AG Hamburg-Barmbek insoweit. In einem weiteren Punkt teilt das Institut die Rechtsauffassung des AG Hamburg-Barmbek jedoch nicht. Das Gericht stellt in seiner Argumentation ergänzend fest:

„Schließlich zwingen auch die Grundrechte des Kindes aus Art. 2 Abs. 2, Art. 104 Abs. 2 GG nicht zu einer verfassungskonformen Auslegung des Begriffs der Freiheitsentziehung (im Ergebnis offen gelassen BVerfG NJW 1960, 811, 813). Insoweit unterscheidet sich das Sorgerecht grundlegend von der Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts des Vormunds. Das Recht der

Eltern beruht auf dem natürlichen Verhältnis der Eltern zu ihren Kindern und tritt unmittelbar kraft Gesetzes ein. Demgegenüber wird eine Vormundschaft durch staatlichen Hoheitsakt begründet. Deswegen dürfen die Eltern – unabhängig vom Geisteszustand des Kindes – auch im Bereich der Gesundheitsvorsorge weitreichende Maßnahmen zum Wohle des Kindes in eigener Verantwortung treffen.“

Nach Auffassung des Instituts ist bezogen auf die zivilrechtlichen Pflichten von Sorgeberechtigten jedoch nur dann von Unterschieden auszugehen, wenn diese gesetzlich normiert sind. Auch in der Literatur wird überwiegend angenommen, dass Eltern, Vormünder und Pfleger identische Befugnisse besitzen (*Oberloskamp/Klinkhardt, Vormundschaft, Pflegerschaft, Beistandschaft, § 7 Rn 20 f*), daher ist auch die Einwilligung eines Vormunds oder Pflegers mit der Befugnis zur Aufenthaltsbestimmung in freiheitsbeschränkende Maßnahmen nicht genehmigungsbedürftig.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass Entscheidungen Personensorgeberechtigter für freiheitsentziehende bzw. -beschränkende Maßnahmen gegenüber Kindern und Jugendlichen nach geltendem Recht weder im häuslichen Bereich noch in Einrichtungen einer familiengerichtlichen Genehmigung bedürfen. Diese Regelung ist nach Auffassung des Instituts unabhängig von der durch den Gesetzgeber vorgenommenen Differenzierung zwischen Erwachsenen und Kindern und Jugendlichen verfassungskonform. Dies zeigt neben der Genehmigungsfreiheit von Maßnahmen im häuslichen Bereich, für die aus der Perspektive des Grundgesetzes der gleiche Maßstab zu gelten hat, wie für solche in Einrichtungen, insbesondere ein Vergleich mit den Regelungen zu Entscheidungen am Lebensende. Entscheidungen am Lebensende unterliegen weder bei Kindern und Jugendlichen noch bei Erwachsenen einer generellen gerichtlichen Kontrolle (vgl. zu Erwachsenen § 1904 Abs. 4 BGB, zu Kindern und Jugendlichen *Hoffmann, Personensorge, § 10 Rn 27*), obwohl die Entscheidung für den Verzicht auf die Fortsetzung einer Behandlung für den Betroffenen wesentlich weiterreichende Konsequenzen hat als eine Fixierung oder andere freiheitsbeschränkende Maßnahmen, denn diese Entscheidung setzt seinem Leben ein Ende.

Es sei erneut betont, dass unverhältnismäßige freiheitsbeschränkende Maßnahmen gegenüber Kindern und Jugendlichen wie nicht erforderliche Fixierungen in Einrichtungen oder im häuslichen Bereich den Straftatbestand der Freiheitsberaubung erfüllen. Dabei kommt eine Strafbarkeit sowohl der Fachkräfte in Einrichtungen als auch

des oder der Personensorgeberechtigten in Betracht. Entsprechende Maßnahmen stellen zudem einen Missbrauch des Sorgerechts iSd § 1666 BGB dar. Besteht in einem konkreten Fall Unsicherheit über die Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme, kann es sich daher für einen Pfleger oder Vormund durchaus empfehlen, vor dem Erteilen einer Einwilligung in die entsprechenden Maßnahmen das Familiengericht nach § 1837 Abs. 1 BGB um Beratung und Unterstützung zu ersuchen.

Angesichts der divergierenden Rechtsprechung der Amtsgerichte ist es in jedem Fall zu begrüßen, wenn eine obergerichtliche Klärung der Frage angestrebt wird. Insgesamt ist wünschenswert, dass Möglichkeiten zur Vermeidung von freiheitsbeschränkenden Maßnahmen bei Kindern und Jugendlichen breiter als bisher diskutiert werden.