

Referentenentwurf

des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz

Entwurf eines Gesetzes zur Einführung eines familiengerichtlichen Genehmigungsvorbehaltes für freiheitsentziehende Maßnahmen bei Kindern

A. Problem und Ziel

Grundsätzlich entscheiden die Eltern im Rahmen der Personensorge (Gesundheitsfürsorge und Aufenthaltsbestimmungsrecht) über Unterbringungen ihres Kindes, die mit Freiheitsentziehung verbunden sind, und auch über freiheitsentziehende Maßnahmen wie z. B. Fixierungen oder das Anbringen von Bettgittern. Die Eltern üben die elterliche Sorge in eigener Verantwortung zum Wohl des Kindes aus (§ 1627 des Bürgerlichen Gesetzbuchs – BGB). Ihr Elternrecht ist grundrechtlich geschützt.

Unterbringungen von Minderjährigen, die mit Freiheitsentziehung verbunden sind, unterliegen allerdings gemäß § 1631b BGB der Genehmigung des Familiengerichts. Für freiheitsentziehende Maßnahmen bei Minderjährigen sieht das Kindschaftsrecht dagegen – anders als das Betreuungsrecht für Volljährige – ein Genehmigungserfordernis nicht vor.

So hat auch der Bundesgerichtshof (BGH) durch Beschluss vom 7. August 2013 (BGH FamRZ 2013, 1646 ff.) klargestellt, dass die Eltern für die Entscheidung über die Fixierung ihres minderjährigen autistischen Kindes in einer offenen Heimeinrichtung nach geltendem Recht keiner familiengerichtlichen Genehmigung gemäß § 1631b BGB bedürfen. De lege ferenda hat es der BGH dem Gesetzgeber überlassen zu entscheiden, „ob die Anordnung eines familiengerichtlichen Genehmigungsvorbehalts das geeignete, erforderliche und verhältnismäßige Mittel ist, Kinder vor ungerechtfertigten unterbringungsähnlichen Maßnahmen zu schützen.“

B. Lösung

Der Entwurf sieht vor:

1. Durch die Erweiterung des §1631b BGB um einen Absatz 2 wird ein familiengerichtliches Genehmigungserfordernis für freiheitsentziehende Maßnahmen vorgeschlagen. Auf diese Weise soll auch die elterliche Entscheidung für ein Kind, das sich in einer Anstalt, einem Heim oder einer sonstigen Einrichtung aufhält und dem durch mechanische Vorrichtungen, Medikamente oder auf andere Weise über einen längeren Zeitraum oder regelmäßig in nicht alterstypischer Weise die Freiheit entzogen werden soll, unter den Vorbehalt der Genehmigung durch das Familiengericht gestellt werden.
2. Die Höchstdauer von freiheitsentziehenden Unterbringungen und freiheitsentziehenden Maßnahmen bei Minderjährigen wird auf sechs Monate verkürzt. Für beide Genehmigungsverfahren nach § 1631b BGB wird ferner die obligatorische Bestellung eines Verfahrensbeistands für das Kind vorgesehen.

C. Alternativen

Keine.

D. Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand

Keine.

E. Erfüllungsaufwand

E.1 Erfüllungsaufwand für Bürgerinnen und Bürger

Das Gesetz hat keine Auswirkungen auf den Erfüllungsaufwand für Bürgerinnen und Bürger.

E.2 Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft

Das Gesetz hat keine Auswirkungen auf den Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft.

Davon Bürokratiekosten aus Informationspflichten

Keine.

E.3 Erfüllungsaufwand der Verwaltung

Das Gesetz hat keine Auswirkungen auf den Erfüllungsaufwand für die Verwaltung.

F. Weitere Kosten

Auswirkungen dieses Gesetzes auf Einzelpreise, auf das Preisniveau und insbesondere das Verbraucherpreisniveau sind nicht zu erwarten, da die Regelung lediglich familienrechtliche Verfahren betrifft. Der Genehmigungsvorbehalt wird allerdings zu zusätzlichen Verfahren bei den Familiengerichten, Oberlandesgerichten und eventuell auch beim Bundesgerichtshof führen. Ob und gegebenenfalls in welchem Umfang dadurch Mehrkosten für Bund, Länder und Kommunen entstehen, ist nicht zuverlässig abschätzbar. Da es bisher keine Statistik gibt, die ausweisen würde, wie häufig Eltern Entscheidungen über freiheitsentziehende Maßnahmen bei ihren Kindern treffen, ist der künftig zu erwartende personelle und finanzielle Mehraufwand, der den Gerichten bei einer ihrer Kernaufgaben, nicht zuletzt durch die unter Umständen erforderliche Einholung von ärztlichen Zeugnissen und die persönliche Anhörung der Betroffenen (gegebenenfalls auch außerhalb des Gerichts) entsteht, nicht bezifferbar.

Auch die Neuregelung, der zufolge die freiheitsentziehende Unterbringung und die freiheitsentziehende Maßnahme spätestens mit Ablauf von sechs Monaten enden, wird im Einzelfall zu einer früheren erneuten Befassung der Gerichte führen. Auch der Aufwand hierfür, einschließlich desjenigen durch die Einholung von Gutachten und ärztlichen Zeugnissen und die Anhörung der Betroffenen, ist mangels statistischer Daten nicht bezifferbar.

Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz

Entwurf eines Gesetzes zur Einführung eines familiengerichtlichen Genehmigungsvorbehaltes für freiheitsentziehende Maßnahmen bei Kindern

vom...

Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

Artikel 1

Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs

§ 1631b des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 24. Mai 2016 (BGBl. I S. 1190) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. Die Überschrift wird wie folgt gefasst:

„§ 1631b Freiheitsentziehende Unterbringung und freiheitsentziehende Maßnahmen“.

2. Der bisherige Wortlaut wird Absatz 1.
3. Folgender Absatz 2 wird angefügt:

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

Artikel 2

Änderung des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit

Das Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2586, 2587), das zuletzt durch Artikel 3 Absatz 14 des Gesetzes vom 26. Juli 2016 (BGBl. I S. 1824) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. In der Inhaltsübersicht werden in der Angabe zu § 167 nach dem Wort „Minderjähriger“ die Wörter „und bei freiheitsentziehenden Maßnahmen bei Minderjährigen“ eingefügt.
2. § 151 Nummer 6 wird wie folgt gefasst:

- „6. die Genehmigung von freiheitsentziehender Unterbringung und freiheitsentziehenden Maßnahmen nach § 1631b des Bürgerlichen Gesetzbuchs, auch in Verbindung mit den §§ 1800 und 1915 des Bürgerlichen Gesetzbuchs,“.
3. § 167 wird wie folgt geändert:
- a) In der Überschrift werden nach dem Wort „Minderjähriger“ die Wörter „und bei freiheitsentziehenden Maßnahmen bei Minderjährigen“ eingefügt.
- b) Absatz 1 wird wie folgt gefasst:
- „(1) In Verfahren nach § 151 Nummer 6 sind die für Unterbringungssachen nach § 312 Satz 1 Nummer 1 und 2, in Verfahren nach § 151 Nummer 7 die für Unterbringungssachen nach § 312 Satz 1 Nummer 3 geltenden Vorschriften anzuwenden. An die Stelle des Verfahrenspflegers tritt der Verfahrensbeistand. Die Bestellung eines Verfahrensbeistands ist stets erforderlich.“
- c) Dem Absatz 6 wird folgender Satz angefügt:
- „In Verfahren der Genehmigung freiheitsentziehender Maßnahmen genügt ein ärztliches Zeugnis; Satz 1 gilt entsprechend.“
- d) Folgender Absatz 7 wird angefügt:
- „(7) Die freiheitsentziehende Unterbringung und freiheitsentziehende Maßnahmen enden spätestens mit Ablauf von sechs Monaten, wenn sie nicht vorher verlängert werden.“

Artikel 3

Änderung des Gesetzes über Gerichtskosten in Familiensachen

Die Anlage 1 (Kostenverzeichnis) des [Gesetz über Gerichtskosten in Familiensachen vom 17. Dezember 2008 \(BGBl. I S. 2586, 2666\)](#), das zuletzt durch [Artikel 4 des Gesetzes vom 18. Juli 2016 \(BGBl. I S. 1666\)](#) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. Absatz 1 Nummer 2 der Vorbemerkung 1.3.1 wird wie folgt gefasst:
- „2. ein Verfahren, das eine freiheitsentziehende Unterbringung eines Minderjährigen oder eine freiheitsentziehende Maßnahme bei einem Minderjährigen betrifft (§ 151 Nr. 6 und 7 FamFG), und“.
2. In der Anmerkung zu Nummer 1410 werden die Wörter „die freiheitsentziehende Unterbringung eines Minderjährigen betreffen“ durch die Wörter „eine freiheitsentziehende Unterbringung eines Minderjährigen oder eine freiheitsentziehende Maßnahme bei einem Minderjährigen betreffen (§ 151 Nr. 6 und 7 FamFG)“ ersetzt.
3. In Absatz 3 Satz 2 der Vorbemerkung 2 werden nach den Wörtern „keine Auslagen erhoben“ das Komma und die Wörter „für die freiheitsentziehende Unterbringung eines Minderjährigen“ durch ein Semikolon und die Wörter „für eine freiheitsentziehende Unterbringung eines Minderjährigen und eine freiheitsentziehende Maßnahme bei einem Minderjährigen (§ 151 Nr. 6 und 7 FamFG)“ ersetzt.

Artikel 4

Änderung des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes

Das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz vom 5. Mai 2004 (BGBl. I S. 718, 788), das zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes vom 24. Mai 2016 (BGBl. I S. 1190) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. In § 42 Absatz 1 Satz 1 werden die Wörter „bei Unterbringungsmaßnahmen“ durch die Wörter „in Verfahren über freiheitsentziehende Unterbringungen und freiheitsentziehende Maßnahmen“ ersetzt.
2. In § 51 Absatz 1 Satz 1 werden die Wörter „bei Unterbringungsmaßnahmen“ durch die Wörter „in Verfahren über freiheitsentziehende Unterbringungen und freiheitsentziehende Maßnahmen“ ersetzt.
3. In Nummer 6300 der Anlage 1 (Vergütungsverzeichnis) werden im Gebührentatbestand die Wörter „bei Unterbringungsmaßnahmen“ durch die Wörter „in Verfahren über eine freiheitsentziehende Unterbringung oder eine freiheitsentziehende Maßnahme“ ersetzt.

Artikel 5

Inkrafttreten

Dieses Gesetz tritt am Tag nach der Verkündung in Kraft.

Begründung

A. Allgemeiner Teil

I. Zielsetzung und Notwendigkeit der Regelungen

Während Unterbringungen bei Minderjährigen, die mit Freiheitsentziehung verbunden sind, gemäß § 1631b des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) der Genehmigung des Familiengerichts unterliegen, entscheiden bisher über freiheitsbeschränkende Maßnahmen bei Minderjährigen wie z. B. Fixierungen oder Bettgitter allein die Eltern. Solche Maßnahmen werden in der familien- und betreuungsrechtlichen Fachwelt zumeist als „unterbringungsähnliche Maßnahmen mit freiheitsentziehender Wirkung“ oder schlicht als „freiheitsentziehende Maßnahmen“ bezeichnet. Des Begriffs der „freiheitsentziehenden Maßnahme“ bedient sich auch der Entwurf. Er wahrt damit den terminologischen Gleichlauf zum Betreuungs- und Betreuungsverfahrenrecht. Ein Rekurrenieren auf den Begriff der „freiheitsbeschränkenden“ Maßnahmen ist nicht angezeigt, da auch solche Maßnahmen zu einer nicht überwindbaren Behinderung der Bewegungsfreiheit führen und damit letztlich zu ihrem Entzug.

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat in einer grundlegenden Entscheidung vom 7. August 2013 (BGH FamRZ 2013, 1646 ff.) klargestellt, dass die Eltern eines minderjährigen Kindes für die Entscheidung über die Fixierung ihres autistischen Kindes in einer offenen Heimeinrichtung keiner familiengerichtlichen Genehmigung bedürfen. Er ist dabei ersichtlich davon ausgegangen, dass der verfassungsrechtliche Richtervorbehalt des Artikels 104 Absatz 2 des Grundgesetzes (GG) auf diese Fallkonstellation keine Anwendung findet, weil die Freiheitsentziehung nicht aufgrund staatlichen Hoheitsakts, sondern in Ausübung des durch Artikel 6 Absatz 2 Satz 2 GG geschützten Elternrechts erfolgt. Der BGH hielt aber auch die betreuungsrechtliche Vorschrift des § 1906 Absatz 4 BGB mangels planwidriger Regelungslücke auf Minderjährige nicht für entsprechend anwendbar. Deshalb hat es der BGH dem Gesetzgeber überlassen zu entscheiden, „ob die Anordnung eines familiengerichtlichen Genehmigungsvorbehalts das geeignete, erforderliche und verhältnismäßige Mittel ist, Kinder vor ungerechtfertigten unterbringungsähnlichen Maßnahmen zu schützen.“

Die Erforderlichkeit eines Genehmigungsvorbehalts ist zu bejahen. Freiheitsentziehende Maßnahmen können nämlich mindestens ebenso schwerwiegend und belastend sein wie eine gemäß § 1631b BGB genehmigungspflichtige freiheitsentziehende Unterbringung. Der Entwurf schlägt vor, solche Maßnahmen daher ebenfalls der Kontrolle des Familiengerichts zu unterstellen. Durch die vorgeschlagene Einführung eines Genehmigungstatbestandes für freiheitsentziehende Maßnahmen auch jenseits der freiheitsentziehenden Unterbringung wird ein Gleichlauf des Kindesschutzes und des Erwachsenenschutzes gewährleistet, da im Betreuungsrecht gemäß § 1906 Absatz 4 BGB bereits heute ein Genehmigungserfordernis besteht.

II. Wesentlicher Inhalt des Entwurfs

Die vorgeschlagene Erweiterung des § 1631b BGB um einen Absatz 2 stellt künftig auch die elterliche Entscheidung, einem Kind, das sich in einer Anstalt, einem Heim oder einer sonstigen Einrichtung aufhält, durch mechanische Vorrichtungen, Medikamente oder auf andere Weise über einen längeren Zeitraum oder regelmäßig in nicht alterstypischer Weise die Freiheit zu entziehen, zum Schutz des betroffenen Kindes unter den Vorbehalt der Genehmigung durch das Familiengericht. Dabei soll der Genehmigungstatbestand sowohl für Minderjährige gelten, die bereits mit Genehmigung des Gerichts gemäß § 1631b BGB

freiheitsentziehend untergebracht sind, als auch für solche, die nicht freiheitsentziehend untergebracht sind, denn das Schutzbedürfnis ist dasselbe. Dies entspricht auch der Rechtslage im Betreuungsrecht: Zwar nimmt § 1906 Absatz 4 BGB ausdrücklich auf Betreute Bezug, die sich in Einrichtungen aufhalten, „ohne untergebracht zu sein“, der BGH nimmt aber in ständiger Rechtsprechung eine Genehmigungspflicht für beide Fälle an (BGH FamRZ 2015, 1707 ff., FamRZ 2012, 1866, FamRZ 2010, 1726 m. w. N.).

Über die §§ 1800 und 1915 BGB gilt § 1631b BGB für den Vormund und den Pfleger entsprechend. Das Schutzbedürfnis des Kindes ist bei allen gesetzlichen Vertretern dasselbe. Bei einem Vormund oder Pfleger drängt sich die Notwendigkeit einer Genehmigungspflicht sogar noch mehr auf, weil er im Hinblick auf das Näheverhältnis zum Kind eher einem Betreuer ähnelt als einem sorgeberechtigten Elternteil.

Der neue Genehmigungstatbestand wird ergänzt um notwendige verfahrensrechtliche Anpassungen. Diese betreffen die Einbeziehung des neuen Genehmigungsverfahrens in die Bestimmung als Kindschaftssache in § 151 Nummer 6 des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) und die Präzisierung der Verweisungen auf die unterbringungsrechtlichen Verfahrensvorschriften (§§ 312 ff. FamFG) in § 167 Absatz 1 FamFG. Für diese Verfahren wird die obligatorische Bestellung eines Verfahrensbeistands für das Kind vorgesehen.

Der Entwurf sieht daneben eine im Vergleich zu Volljährigen kürzere Höchstdauer der freiheitsentziehenden Unterbringung Minderjähriger und der freiheitsentziehenden Maßnahmen bei Minderjährigen vor.

III. Alternativen

Keine.

IV. Gesetzgebungskompetenz

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes beruht auf Artikel 74 Absatz 1 Nummer 1 des Grundgesetzes (das bürgerliche Recht, das gerichtliche Verfahren, die Rechtsanwaltschaft).

V. Vereinbarkeit mit dem Recht der Europäischen Union und völkerrechtlichen Verträgen

Der Gesetzentwurf ist mit dem Recht der Europäischen Union und völkerrechtlichen Verträgen vereinbar.

VI. Gesetzesfolgen

1. Nachhaltigkeitsaspekte

Der Gesetzentwurf berührt keine Aspekte einer nachhaltigen Entwicklung im Sinne der Nationalen Nachhaltigkeitsstrategie.

2. Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand

Keine.

3. Erfüllungsaufwand

Keiner.

4. Weitere Kosten

Auswirkungen des Gesetzes auf Einzelpreise, auf das Preisniveau und insbesondere das Verbraucherpreisniveaus sind nicht zu erwarten. Der Genehmigungsvorbehalt wird allerdings zu zusätzlichen Verfahren bei den Familiengerichten, Oberlandesgerichten und eventuell auch beim Bundesgerichtshof führen. Ob und gegebenenfalls in welchem Umfang dadurch Mehrkosten für Bund, Länder und Kommunen entstehen, ist nicht zuverlässig abschätzbar. Da es bisher keine Statistik gibt, die ausweisen würde, wie häufig Eltern Entscheidungen über freiheitsentziehende Maßnahmen bei ihren Kindern treffen, ist der künftig zu erwartende personelle und finanzielle Mehraufwand, der den Gerichten bei ihrer Kernaufgabe, nicht zuletzt durch die Einholung von ärztlichen Zeugnissen und die Anhörung der Betroffenen entsteht, nicht bezifferbar.

Auch die Neuregelung, der zufolge die freiheitsentziehende Unterbringung oder freiheitsentziehende Maßnahme spätestens mit Ablauf von sechs Monaten endet, wird im Einzelfall zur Erwirkung einer Verlängerung zu einer erneuten Befassung der Gerichte führen. Auch der Aufwand hierfür, einschließlich desjenigen durch die Einholung von Gutachten und die Anhörung der Betroffenen, ist mangels statistischer Daten nicht bezifferbar.

5. Weitere Gesetzesfolgen

Der Gesetzentwurf hat keine Gleichstellungsrelevanz.

VII. Befristung und Evaluation

Eine Befristung und eine Evaluation sind nicht vorgesehen.

B. Besonderer Teil

Zu Artikel 1 (Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs)

Grundsätzlich entscheiden die Eltern in Ausübung ihrer Gesundheitsfürsorge und ihres Aufenthaltsbestimmungsrechts im Rahmen der Personensorge über freiheitsentziehende Unterbringungen und freiheitsentziehende Maßnahmen für ihr Kind. Die Eltern üben die elterliche Sorge in eigener Verantwortung zum Wohl des Kindes aus (§ 1627 BGB). Ihr Elternrecht ist grundrechtlich geschützt.

Aufgrund einer Entscheidung des gesetzlichen Vertreters, in der Regel der Eltern, veranlasste Unterbringungen bei Minderjährigen, die mit Freiheitsentziehung verbunden sind, unterliegen gemäß § 1631b BGB bereits der Genehmigung des Familiengerichts. Die Unterbringung ist zulässig, wenn sie zum Wohl des Kindes, insbesondere zur Abwehr einer erheblichen Selbst- oder Fremdgefährdung, erforderlich ist und der Gefahr nicht auf andere Weise, auch nicht durch andere öffentliche Hilfen, begegnet werden kann.

Dabei verwendet das BGB sowohl im Kindschaftsrecht (vgl. Bundestagsdrucksache 11/4528, S.146) als auch im Betreuungsrecht einen engen Begriff der freiheitsentziehenden Unterbringung. 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 au-

ßerhalb des Bereichs eingeschränkt wird (enger Unterbringungsbegriff, vgl. BGH FamRZ 2001, 149 zum Betreuungsrecht).

Für freiheitsentziehende Maßnahmen bei Minderjährigen sieht das Kindschaftsrecht dagegen – anders als das Betreuungsrecht für Erwachsene – ein solches Genehmigungserfordernis nicht vor. Freiheitsentziehende Maßnahmen sind solche, die über einen längeren Zeitraum oder regelmäßig dem Betroffenen die Bewegungsfreiheit durch mechanische Vorrichtungen, Medikamente oder auf andere Weise entziehen. Hierunter können nach allgemeinem Verständnis z. B. das Festhalten, Fixierungen, Sedierungen, der Einsatz von Therapietischen, Bettgittern, Gurten, Schutzanzügen, der Einschluss in sogenannten Time-Out-Räumen, mithin dem Abbau von Aggressionen dienenden, jegliche Verstärkerreize vermeidenden Schutzräumen, etc. fallen. Nach Auffassung des BGH kann auch das regelmäßige Verschließen der Eingangstür während der Nacht eine unterbringungsähnliche Maßnahme darstellen, wenn es bis zu 30 Minuten dauert, bis eine Pflegekraft die Tür öffnet (BGH FamRZ 2015, 567 ff.). Freiheitsentziehende Maßnahmen werden sowohl in kinder- und jugendpsychiatrischen Kliniken als auch in Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe und der Behindertenhilfe in vielfältiger Art und Weise eingesetzt. Häufig werden sie von den Betroffenen als wesentlich einschneidender empfunden als etwa der Umstand, dass sie sich auf einer geschlossenen Station befinden, da dies die eigene Bewegungsfreiheit, erst recht auf einer weitläufigen Station, weitaus weniger beeinträchtigt als etwa eine Fixierung.

Der BGH hat in einer grundlegenden Entscheidung vom 7. August 2013 (BGH FamRZ 2013, 1646 ff.) klargestellt, dass die Eltern eines minderjährigen Kindes für die Entscheidung über die Fixierung ihres autistischen Kindes in einer offenen Heimeinrichtung keiner familiengerichtlichen Genehmigung bedürfen. Insbesondere sei die betreuungsrechtliche Vorschrift des § 1906 Absatz 4 BGB mangels planwidriger Regelungslücke auf Minderjährige nicht entsprechend anwendbar. Diese Rechtslage wurde vielfach kritisiert. Im Hinblick auf die erhebliche Grundrechtsrelevanz, die ein solcher Eingriff in die Freiheit der Person hat, sei eine Genehmigungsfreiheit solcher Maßnahmen bei Kindern und Jugendlichen nicht hinnehmbar. In der Fachliteratur und von kinder- und jugendpsychiatrischen Verbänden wird daher zum Teil schon seit Längerem die gesetzliche Regelung einer Genehmigungspflicht gefordert.

In jüngster Zeit hat diese Debatte durch verschiedene Berichte über unhaltbare Zustände in Behinderten- oder Kinderheimen verstärkt neue Nahrung erhalten.

Im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz durchgeführte Expertenanhörungen mit Juristen und Kinder- und Jugendpsychiatern haben bestätigt, dass der gegenwärtige Rechtszustand unbefriedigend ist.

Die Eltern befinden sich bei der Entscheidung über freiheitsentziehende Maßnahmen häufig in einer besonderen Belastungssituation. Nicht selten ist die Eltern-Kind-Beziehung Teil der Probleme des Kindes. Hinzu kommt, dass insbesondere Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe sowie der Behindertenhilfe die Aufnahme von „schwierigen“ Jugendlichen zum Teil ablehnen, wenn die Eltern nicht generell in freiheitsentziehende Maßnahmen einwilligen. Wollen Eltern, die oftmals mit ihrem Kind überfordert sind, dieses also in eine solche Einrichtung geben, sehen sie sich dem „Zwang zur Unterschrift“ ausgesetzt. Sie können sich mithin in einem erheblichen Interessenkonflikt befinden, weil sie einerseits die Grundrechte ihres Kindes schützen sollen und andererseits erreichen möchten, dass ihr Kind behandelt beziehungsweise fachgerecht betreut wird. In dieser Situation werden oftmals pauschal weitreichende Vollmachten beziehungsweise Einwilligungen erteilt, deren Ausübung im Einzelfall von den Eltern nicht kontrolliert und hinterfragt wird oder nicht werden kann. Eltern geraten in solchen Situationen unter Druck, und es besteht die Gefahr, dass sie die Einwilligung in freiheitsentziehende Maßnahmen auch erteilen, wo solche vermieden werden könnten.

In den Einrichtungen fehlt es dagegen zum Teil am Wissen des Personals um die Bedeutung von Freiheitsentziehungen und die Möglichkeiten zu ihrer Vermeidung. Gerade Kinder mit geistigen und seelischen (Mehrfach-)Behinderungen werden im Einzelfall in unter Umständen gut gemeinter pädagogischer Absicht oder aber aus Personalmangel Maßnahmen ausgesetzt, ohne dass deren freiheitentziehender Charakter den Handelnden bewusst ist.

Berücksichtigt werden muss auch, dass die auf das verfassungsrechtliche Elternrecht und die besonders enge Nähebeziehung der Eltern zum Kind abstellende Argumentation des BGH nicht zutrifft, wenn ein Pfleger oder Vormund gesetzlicher Vertreter des Kindes ist. Während Eltern in Ausübung ihres Elterngrundrechts handeln und nicht nur die rechtliche, sondern auch die persönliche Verantwortung für ihre Kinder tragen (vgl. BVerfG NJW 2010, 2333), ist die Stellung des Pflegers oder Vormunds tendenziell eher mit der eines Betreuers vergleichbar, denn diese handeln aufgrund staatlicher Bestellung. Der Schutz der Betroffenen kann in beiden Fällen durch die Einführung eines Genehmigungstatbestandes und die damit verbundene Überprüfung der freiheitsentziehenden Maßnahmen durch eine unabhängige Instanz besser gewährleistet werden.

Zu Nummer 1

Die geänderte Überschrift des § 1631b BGB trägt dem Umstand Rechnung, dass die Vorschrift künftig auch einen Genehmigungsvorbehalt für freiheitsentziehende Maßnahmen enthält. Begrifflich lehnt sich die Wortwahl an die im Betreuungsrecht bereits etablierte Terminologie an.

Zu Nummer 2

Insoweit handelt es sich lediglich um eine Folgeänderung zur Ergänzung des § 1631b BGB durch einen Absatz 2, die in Nummer 3 geregelt ist.

Zu Nummer 3

Der neue § 1631b Absatz 2 BGB stellt nunmehr ein Genehmigungserfordernis für freiheitsentziehende Maßnahmen auf, da sie für den betroffenen Minderjährigen regelmäßig von besonderer Grundrechtsrelevanz sind. Zur Verfahrenseinleitung bedarf es wie bei der freiheitsentziehenden Unterbringung keines förmlichen Antrages. Der gesetzliche Vertreter muss aber zu erkennen geben, dass er die Genehmigung der freiheitsentziehenden Maßnahme wünscht, denn das Familiengericht genehmigt lediglich die freiheitsentziehende Maßnahme durch den gesetzlichen Vertreter. Im Ergebnis ist damit sichergestellt, dass fortan eine unabhängige Instanz vor der Erstanwendung einer solchen Maßnahme und sodann in regelmäßigen Abständen prüft, ob sie gerechtfertigt ist. Die Vorschrift leistet durch diese Kontrolle mithin einen Beitrag zur Grundrechtssicherung durch Verfahren.

Die neue Vorschrift sieht entsprechend § 1906 Absatz 4 BGB vor, dass das Genehmigungserfordernis nur gilt, wenn die elterliche Entscheidung für ein Kind getroffen wird, das sich in einer Anstalt, einem Heim oder einer sonstigen Einrichtung aufhält. Es gilt daher insbesondere dann nicht, wenn sich das Kind im elterlichen Haushalt aufhält. Dort haben die Eltern selbst die Kontrollmöglichkeit, anders als wenn sich das Kind in einer Einrichtung befindet und die Eltern die Kontrollmöglichkeit abgeben müssen. Ein Genehmigungstatbestand wäre zudem in solchen Fällen kaum praktisch umsetzbar, da die Kontrolle durch das Familiengericht davon abhinge, ob die Eltern auch für solche Maßnahmen in ihrem eigenen Haushalt tatsächlich das Familiengericht einschalten. Auch insoweit besteht jedoch keine Schutzlücke, da - falls erforderlich - über § 1666 BGB der Kinderschutz auch in diesem Fall gewährleistet werden kann. Wenn das Kind mit dem Vormund in einem Haushalt lebt, bieten die Bestimmungen der §§ 1837 und 1886 BGB in Verbindung mit § 1666 BGB einen ausreichenden Schutz.

Es muss sich um eine Freiheitsentziehung durch mechanische Vorrichtungen, Medikamente oder auf andere Weise handeln. Auch insoweit verfolgt der Entwurf einen Gleichlauf mit dem Betreuungsrecht. Dies bedeutet, dass das Mittel der Freiheitsentziehung letztlich unerheblich ist; maßgeblich ist vielmehr, dass das Kind oder der Jugendliche dadurch am Verlassen seines Aufenthaltsortes gehindert werden soll (vergleiche Entwurf eines Betreuungsgesetzes, Bundestagsdrucksache 11/4528, S. 148 f.).

Die Maßnahme, die die Einschränkung der Bewegungsfreiheit und der Entschließungsfreiheit zur Fortbewegung des Kindes oder des Jugendlichen bewirken soll, muss auf einen längeren Zeitraum gerichtet sein oder die Freiheitsentziehung muss regelmäßig erfolgen. Auch insoweit kann die Begründung zum Betreuungsgesetz herangezogen werden (vergleiche. Bundestagsdrucksache 11/4528, S. 149). Dieses Erfordernis bietet die Gewähr dafür, dass nicht jede geringfügige, lediglich im Ausnahmefall anlassbezogen erfolgende kurze Beschränkung der Freiheit das Genehmigungserfordernis auslöst.

Adäquate und übliche Maßnahmen, die im Rahmen der Erziehung insbesondere gegenüber besonders der Aufsicht bedürftigen Kleinkindern zur Anwendung gelangen, sollen nicht vom Anwendungsbereich der Norm erfasst sein (so bereits bisher die Auffassung der Bundesregierung für die freiheitsentziehende Unterbringung, vergleiche Antwort der Bundesregierung, Bundestagsdrucksache 9/1299, S. 11). Dementsprechend wird die freiheitsentziehende Maßnahme nur dann unter den Vorbehalt der Genehmigung durch das Familiengericht gestellt, wenn dem Kind oder Jugendlichen in nicht alterstypischer Weise die Freiheit entzogen werden soll. Diese Beschränkung nimmt altersangemessene 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. Bereits der Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Betreuungsgesetz hat darauf hingewiesen, dass es sich bei solchen Maßnahmen um übliche und sinnvolle Maßnahmen der Ausübung elterlicher Sorge handelt, die nicht einer Genehmigungspflicht unterworfen werden sollten (vergleiche. Bundestagsdrucksache 11/4528, S. 83).

Dadurch, dass das Kind sich in einer Einrichtung aufhalten muss und dass es sich um eine Freiheitsentziehung in nicht alterstypischer Weise handeln muss, werden durch den Entwurf die Bedenken ausgeräumt, die bei Erarbeitung des Betreuungsgesetzes einer Ausdehnung der Genehmigungspflicht für solche Maßnahmen auch auf Kinder und Jugendliche noch entgegenstanden (vergleiche Bundestagsdrucksache 11/4528, S. 82 f.).

Der Genehmigungstatbestand gilt sowohl für Minderjährige, die bereits (mit Genehmigung des Gerichts gemäß § 1631b BGB) freiheitsentziehend untergebracht sind, als auch für solche, die nicht freiheitsentziehend untergebracht sind. Das Schutzbedürfnis ist dasselbe. Dies entspricht auch der Rechtslage im Betreuungsrecht, da § 1906 Absatz 4 BGB zwar ausdrücklich auf Betreute Bezug nimmt, die sich in Einrichtungen aufhalten, „ohne untergebracht zu sein“, der BGH in ständiger Rechtsprechung aber eine Genehmigungspflicht für beide Fälle annimmt (BGH FamRZ 2015, 1707, FamRZ 2012, 1866, FamRZ 2010, 1726 m. w. N.).

Über die §§ 1800, 1915 BGB gilt § 1631b BGB für den Vormund und den Pfleger entsprechend. Das Schutzbedürfnis des Kindes ist bei allen gesetzlichen Vertretern dasselbe.

Die Einführung einer Genehmigungspflicht bedarf im Hinblick auf den mit ihr verbundenen Eingriff in das elterliche Sorgerecht der Rechtfertigung (vergleiche OLG Frankfurt FamRZ 2013, 1225 ff.) Zwar ist sie insoweit auch mit Blick auf Artikel 104 GG nicht schon verfassungsrechtlich zwingend geboten (vergleiche OLG Frankfurt, a.a.O. sowie oben A.I.). Eine Genehmigungspflicht auch für freiheitsentziehende Maßnahmen im Sinne dieses Gesetzes vermag aber jedenfalls einen wichtigen Beitrag zur Verbesserung des Schutzes der Grundrechte der betroffenen Kinder zu leisten. Der Entwurf schafft deshalb eine gesetzliche Grundlage für den Eingriff in das Elternrecht, der zur Gewährleistung des Schutzes

minderjähriger Kinder geboten, erforderlich und angemessen und damit gerechtfertigt ist. Der Eingriff ist insbesondere nicht unverhältnismäßig, weil auch Eltern, die ihr Sorgerecht im Interesse des Kindes ausüben, wovon im Regelfall auszugehen ist, durch Umstände, die ihrer Einflussosphäre entzogen sind, in eine Situation geraten können, in der eine fachgerechte Behandlung gegebenenfalls nur um den Preis der Einwilligung in dem Kindeswohl abträgliche freiheitsentziehende Maßnahmen zu erlangen ist.

Artikel 6 GG wird dagegen nicht tangiert durch die Bindung von Maßnahmen des Vormunds oder Pflegers an die richterliche Kontrolle. Sie sind nämlich Vertrauenspersonen des fürsorgenden Staates und handeln nicht auf der Grundlage des Elternrechts, auch wenn ihre Befugnisse denen von Eltern weitgehend nachgebildet sind (vergleiche BVerfGE 10, 302 ff.).

§ 1631b BGB ordnet in Absatz 2 Satz 2 an, dass Absatz 1 Satz 2 und 3 entsprechend gilt. Genau wie eine freiheitsentziehende Unterbringung ist eine freiheitsentziehende Maßnahme mithin nur zulässig, wenn sie zum Wohl des Kindes, insbesondere zur Abwendung einer erheblichen Selbst- oder Fremdgefährdung, erforderlich ist und der Gefahr nicht auf andere Weise begegnet werden kann. Überdies ist die freiheitsentziehende Maßnahme ohne Genehmigung nur zulässig, wenn mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist. In diesem Fall ist die Genehmigung aber unverzüglich nachzuholen. Aus dieser Verweisung ergibt sich mithin der Maßstab für die Entscheidung des Gerichts über die Genehmigung. Eine von den Eltern gewünschte freiheitsentziehende Maßnahme, die nicht zum Wohl des Kindes erforderlich ist, darf das Gericht daher nicht genehmigen.

Zu Artikel 2 (Änderung des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit)

Zu Nummer 1 (Änderung der Inhaltsübersicht)

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung.

Zu Nummer 2 (Änderung des § 151 Nummer 6 FamFG)

Die in § 1631b BGB geregelte freiheitsentziehende Unterbringung Minderjähriger ist gemäß § 151 Nummer 6 FamFG eine Kindschaftssache. Die Einführung einer familiengerichtlichen Genehmigung von in § 1631b Absatz 2 BGB-E genannten freiheitsentziehenden Maßnahmen bei Minderjährigen erfordert, dass § 151 Nummer 6 FamFG sowohl die freiheitsentziehende Unterbringung nach § 1631b Absatz 1 BGB-E als auch die freiheitsentziehende Maßnahme nach § 1631b Absatz 2 BGB-E erfasst, um den verfahrensrechtlichen Gleichlauf nach § 167 Absatz 1 FamFG herzustellen.

Zu Nummer 3 (Änderung des § 167 FamFG)

Nach § 167 **Absatz 1** FamFG sind in den Verfahren zur Genehmigung der freiheitsentziehenden Unterbringung Minderjähriger die für Unterbringungssachen nach § 312 Satz 1 Nummer 1 FamFG geltenden Vorschriften anzuwenden. Abweichend davon regelt § 167 FamFG bisher die Bestellung eines Verfahrensbeistands anstelle des Verfahrenspflegers, die Verfahrensfähigkeit des Minderjährigen, wenn er das 14. Lebensjahr vollendet hat, und Qualifikationsanforderungen an den Sachverständigen.

Die Genehmigung einer freiheitsentziehenden Maßnahme (bei Volljährigen) ist in § 312 Satz 1 Nummer 2 FamFG als Unterbringungssache geregelt. Diese Differenzierung zwischen freiheitsentziehenden Unterbringungen und freiheitsentziehenden Maßnahmen in § 312 Satz 1 Nummer 1 und Nummer 2 FamFG soll auch in § 167 Absatz 1 FamFG nachvollzogen werden.

Gemäß § 167 Absatz 1 Satz 2 FamFG tritt in diesen Kindschaftssachen an die Stelle des Verfahrenspflegers nach § 317 FamFG der Verfahrensbeistand nach § 158 FamFG. Der Verfahrensbeistand ist zu bestellen, wenn dies zur Wahrnehmung der Interessen des Kindes erforderlich ist. Die Bestellung ist im Regelfall des § 158 Absatz 2 Nummer 1 FamFG dann erforderlich, wenn das Interesse des Minderjährigen zu dem seiner gesetzlichen Vertreter in erheblichem Gegensatz steht. Daher soll in den Verfahren zur Genehmigung einer freiheitsentziehenden Unterbringung oder freiheitsentziehenden Maßnahme bei einem Minderjährigen die Bestellung eines Verfahrensbeistandes zukünftig obligatorisch sein, um auch seine Interessenvertretung in diesen besonders grundrechtsrelevanten Bereichen besser sicherzustellen als bisher.

In **Absatz 6** wird entsprechend § 321 Absatz 2 FamFG ergänzt, dass zur Genehmigung einer freiheitsentziehenden Maßnahme bei einem Minderjährigen anstelle des Sachverständigengutachtens ein ärztliches Zeugnis genügt. Das ärztliche Zeugnis soll von einem Arzt für Kinder- und Jugendpsychiatrie und -psychotherapie erteilt werden.

Mit dem angefügten **Absatz 7** wird abweichend von § 329 Absatz 1 Satz 1 FamFG die Höchstdauer der freiheitsentziehenden Unterbringung und von freiheitsentziehenden Maßnahmen bei Minderjährigen einheitlich auf sechs Monate bestimmt und die Möglichkeit der Verlängerung dieser Frist vorgesehen. Da keine weitere Abweichung vorgesehen ist, gilt für das Verlängerungsverfahren § 329 Absatz 2 FamFG. Mit der Neubestimmung der Höchstdauer der freiheitsentziehenden Unterbringung und der freiheitsentziehenden Maßnahme kann der Dynamik der Entwicklung von Kindern und Jugendlichen besser Rechnung getragen werden. Dies ist auch auf Grund erheblicher Unterschiede zu oft altersbedingten und nicht heilbaren Erkrankungen bei Erwachsenen (Beispiel Demenz) geboten. Insbesondere soll die Dauer von Freiheitsentziehungen in Jugendhilfeeinrichtungen, die häufig mit einer räumlichen Entfernung zu Bezugspersonen und eingeschränkten Kommunikationsmöglichkeiten einhergehen, vom Gericht in kürzeren Zeitabständen überprüft werden.

Zu Artikel 3 (Änderung des Gesetzes über Gerichtskosten in Familiensachen)

Durch die vorgeschlagenen Änderungen sollen die in Verfahren über die freiheitsentziehende Unterbringung eines Minderjährigen geltenden gerichtskostenrechtlichen Vorschriften auf Verfahren über freiheitsentziehende Maßnahmen nach § 1631b Absatz 2 BGB-E erstreckt werden.

Zu Artikel 4 (Änderung des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes)

Auch für den Bereich der Rechtsanwaltsvergütung wird vorgeschlagen, die in Verfahren über die freiheitsentziehende Unterbringung eines Minderjährigen geltenden Vorschriften auf Verfahren über freiheitsentziehende Maßnahmen nach § 1631b Absatz 2 BGB-E zu erstrecken.

Zu Artikel 5 (Inkrafttreten)

Die Vorschrift regelt das Inkrafttreten dieses Gesetzes.