

RiAG Wolfgang Keuter, AG Bad Iburg: Stellungnahme zur Anhörung des Ethikrates am 18.05.2017 zum Thema „Wohltätiger Zwang“ in der Kinder- und Jugendhilfe

Zu 1) Halten Sie den Begriff und die Arbeitsdefinition 'wohltätiger Zwang' für geeignet zur Bezeichnung des Problemfeldes? Wenn nicht, welche Alternative schlagen Sie vor?

Als Fachbegriff ist „wohltätiger Zwang“ sicher noch nicht etabliert. Auch verbindet man mit „Wohltätigkeit“ eher Begriffe wie „Gemeinnützigkeit“ oder „milde Gaben“ als Verhaltensweisen, die dem Wohl eines Betroffenen dienen sollen. Zudem wird der Betroffene zumindest in der unmittelbaren Zwangssituation die Anwendung von Zwang kaum als „Wohltat“ empfinden. Der denkbare Alternativbegriff „fürsorglicher Zwang“ hat den Vorteil, dass mit „Fürsorge“ eher die hier maßgebliche Zielsetzung des Schutzes vor Selbstschädigung assoziiert werden kann¹; andererseits wird mit dem Begriff der „Fürsorge“ oft auch eine Eingriffsbehörde verbunden („dann kommt die Fürsorge und nimmt dein Kind weg“). Außerdem wäre eine Begriffserläuterung vermutlich im selben Ausmaß geboten. Mit einem präziseren, das Problemfeld leichter verständlich beschreibenden Alternativbegriff kann ich leider nicht aufwarten, weshalb ich in den weiteren Ausführungen beim Begriff des wohltätigen Zwangs verbleibe.

Die Arbeitsdefinition ist weit gefasst: Der Vater, der sein Kind durch energisches Zupacken davor bewahrt, unachtsam auf eine belebte Straße zu laufen, übt danach ebenso wohltätigen Zwang aus wie der Mediziner, der ein magersüchtiges Mädchen durch Zwangsernährung am Leben erhält oder der Richter, der zur Abwendung akuter Suizidalität eines Minderjährigen dessen geschlossene Unterbringung anordnet. Diese Breite völlig unterschiedlicher Zwangsmaßnahmen erschwert einerseits die Aufstellung ethischer Regeln hinsichtlich der Zulässigkeit „wohltätigen Zwangs“, öffnet aber zugleich den Blick für die vielen unterschiedlichen Aspekte, die bei der Aufstellung derartiger Regeln zu beachten sind.

Zu 4) Welche Erscheinungsformen wohltätigen Zwangs werden in Ihrem Tätigkeitsbereich am häufigsten beantragt bzw. eingesetzt? Wie schätzen Sie die Entwicklung der vergangenen Jahre/Jahrzehnte und wie die zukünftige Entwicklung ein?

Bei der Frage nach den **häufigsten Erscheinungsformen** wohltätigen Zwangs im eigenen Arbeitsfeld zeigt sich die in der Arbeitsdefinition erwähnte Schwierigkeit der Abgrenzung, zu wessen Schutz – vorrangig – die Maßnahme erfolgt. Dient beispielsweise die Auflage an eine minderjährige Mutter, sich mit ihrem Säugling in eine Mutter-Kind-Einrichtung zu begeben, dem Schutz der Mutter vor einer Herausnahme ihres Kindes aus ihrem Haushalt? Wohl auch, doch im Vordergrund steht bei Maßnahmen nach § 1666 BGB stets das Wohl des Kindes, in diesem Fall des Säuglings. Und dienen Rechtsfolgen im Jugendstrafrecht, von Erziehungsmaßregeln über Weisungen und Zuchtmittel wie Auflagen oder Arrest dem Schutz des jugendlichen Täters vor einem Abgleiten in Kriminalität und Verwahrlosung? Sicherlich, der Gedanke der erzieherischen Einwirkung auf den Täter beherrscht das Jugendstrafrecht; gleichwohl würde ich diese Bereiche ausklammern, weil Rechtsfolgen im Jugendstrafrecht jedenfalls nicht in erster Linie zur Abwehr einer Selbstschädigung, sondern als Reaktion des Staates auf ein verbotenes Verhalten verhängt werden. Auch bei Ordnungswidrigkeitsverfahren wegen Schulpflichtverletzungen spielt zwar, von Sanktionen

¹ In der Schweiz wird z. B. von „fürsorgerischer Unterbringung“ bei der Einweisung von psychisch Gestörten oder geistig Behinderten in geschlossene Anstalten gesprochen

gegen die Erziehungsberechtigten abgesehen, das Ziel, den Betroffenen Minderjährigen zum Schulbesuch zwecks Erhaltung seiner Berufs- und Bildungschancen anzuhalten, eine wesentliche Rolle, doch hier dürfte ebenfalls der Sanktionsaspekt im Vordergrund stehen.

Was bleibt, ist in der Tätigkeit des Familienrichters die Genehmigung geschlossener Unterbringung nach § 1631b BGB bzw. nach den Landesgesetzen über die Unterbringung psychisch Kranker (§ 151 Nr. 6 und 7 FamFG). Hinsichtlich entsprechender **Fallzahlen** verweise ich auf die Antwort zu Frage 13.

Zu 6) Dienen die Zwangsmaßnahmen ausschließlich der Prävention oder zumindest auch der Sanktion?

Eine Genehmigung geschlossener Unterbringung nach § 1631b BGB zu Sanktionszwecken ist **unzulässig**.² Auch die bislang nach geltender Rechtslage noch nicht genehmigungspflichtigen freiheitsentziehenden Maßnahmen und / oder Zwangsbehandlungen dürfen nicht als Sanktionen eingesetzt werden. Als Sanktion eingesetzt dürften freiheitsentziehende Maßnahmen dem beabsichtigten Erfolg auch eher hinderlich sein.³

Zu 10) Für welche Zeiträume wird eine gerichtliche Genehmigung zur freiheitsentziehenden Unterbringung eines Kindes oder eines Jugendlichen in der Regel erteilt?

Statistisch gesicherte bundesweite Zahlen über gerichtlich angeordnete Unterbringungszeiträume gibt es nicht.⁴

„Geführt“ werden die gesetzlich vorgesehenen Höchstfristen oftmals ausgeschöpft. Die Mehrzahl der Unterbringungsverfahren beschränkt sich aber nach meinen persönlichen Erfahrungen auf die so genannten „6-Wochen-Beschlüsse“, also einstweilige Anordnungen entweder mit dem Ziel, überhaupt zunächst die notwendige Begutachtung durchführen zu können (§§ 167, 312, 321, 284 FamFG) oder bei Krisenintervention Eilanordnungen über §§ 167, 331 FamFG.

Zu 11) In welchen Zeiträumen wird die Notwendigkeit der freiheitsentziehenden Unterbringung überprüft?

Eine zwischenzeitliche Überprüfung freiheitsentziehender Unterbringung durch das Gericht findet nach meinen Erfahrungen **regelmäßig nicht** statt. Wird vor Genehmigung der Maßnahme seitens des Sachverständigen die Anordnung der Höchstdauer empfohlen, sieht das Gericht meist keinen begründeten Anlass für vorzeitige Überprüfungen, zumal bei Genehmigungsverfahren nach § 151 Nr. 6 FamFG die Personensorgeberechtigten jederzeit auf Anraten des behandelnden Arztes die geschlossene Unterbringung beenden können und, wenn die Voraussetzungen für eine geschlossene Unterbringung nicht mehr vorliegen, auch beenden müssen. Empfiehlt der Sachverständige vor Erlass des Unterbringungsbeschlusses eine deutlich unter der Höchstdauer liegende

² Münchener Kommentar/Huber BGB § 1631b BGB Rn 32 mit Hinweis auf BT-Drucks. 16/6815 S. 14.

³ Gemeinsame Stellungnahme der Deutschen Gesellschaft für Kinder- und Jugendpsychiatrie (dgkjp) zu freiheitsentziehenden Maßnahmen Seite 4 abrufbar unter www.dgkjp.de/stellungnahmen-positionspapiere/stellungnahmen-2016

⁴ BT-Drs. 18/11741 S. 10.

Unterbringungsdauer, so begründet er regelmäßig, warum zumindest diese Frist erforderlich ist, was wiederum indiziert, dass mit dem Wegfall der Unterbringungsvoraussetzungen vor Fristablauf nicht zu rechnen ist. Da die Höchstdauer geschlossener Unterbringung künftig auf 6 Monate (Ausnahmefälle: 1 Jahr) verkürzt werden soll, wird wohl für zwischenzeitliche Überprüfungen vor Fristablauf noch weniger Veranlassung gesehen werden.

Unterbringungsverfahren nach § 151 Nr. 7 FamFG Minderjährige betreffend sind in meiner mehr als 25jährigen Tätigkeit nicht angefallen, so dass ich hier zur Verlängerungspraxis aus eigener Erfahrung nichts beitragen kann.

Zu 12) Halten Sie die (geplante) Notwendigkeit einer gerichtlichen Genehmigung freiheitsentziehender Maßnahmen bei Fremdunterbringung für angebracht/wünschenswert/überflüssig? Für welche Zeiträume sollte eine solche Genehmigung erteilt werden können?

Ich halte es für **wünschenswert und angebracht**, dass künftig auch freiheitsentziehende Maßnahmen bei Fremdunterbringung einer familiengerichtlichen Genehmigung bedürfen, vertrete aber die Auffassung, dass **weitergehend auch eine gesetzliche Regelung der Zwangsbehandlung Minderjähriger wünschenswert** wäre.

1. zu freiheitsentziehenden Maßnahmen

Zwar wird die Einführung eines Genehmigungsvorbehaltes eine *Mehrbelastung* der Gerichte⁵ bedeuten. Auch die Eltern betroffener Kinder werden möglicherweise z. T. ein solches Verfahren als eine *zusätzliche Belastung* empfinden und sich unter *Generalverdacht eines Sorgerechtsmissbrauches* gestellt fühlen. In manchen Gesprächen ist auch das Argument zu hören, die Einführung eines Genehmigungsvorbehaltes sei nur eine *Variation des „Schwarzer Peter“-Spiels*: Die Eltern wollen Rat und Behandlungsempfehlung von Ärzten, Psychiatern, Psychologen oder Pädagogen, die „Behandler“ wünschen die Absicherung durch richterliche Genehmigung, Richter verweisen auf das Letztentscheidungsrecht der Eltern und die Notwendigkeit von ärztlichen Zeugnissen (Verweis auf Behandler-Profession).

Zudem lehnen Vertreter der sozialpädagogisch orientierten Jugendhilfe die Einführung eines Genehmigungsvorbehaltes mit dem Argument ab, eine *gesetzliche Normierung von freiheitsentziehenden Maßnahmen begrenze diese nicht nur, sondern ermögliche sie zugleich*. Sie schaffe Legalität, was in der Praxis der erzieherischen Jugendhilfe regelmäßig zu Legitimität in dem Sinne führe, dass das Personal diese durch richterliche Genehmigung rechtlich abgesicherten Maßnahmen in einen pädagogischen Argumentationszusammenhang stelle.⁶ Skandale in verschiedenen Heimen hätten auch noch in jüngerer Vergangenheit gezeigt, dass schmerzhaftes und langandauernde Festhalten von jungen Menschen durch mehrere Personen mit entsprechenden Griffen und die Fixierung auf Liegen zum Zwecke der vermeintlichen Erziehung gleichsam zu „Dressurzwecken“ eingesetzt worden seien, was zu Traumatisierungen führe. Durch die rechtliche Regulierung und damit verbundene Legalisierung würden solche Maßnahmen

⁵ *Stockmann* JurisPR-FamR 24/2013 Anm. 5 spricht davon, vor der BGH-Entscheidung vom 07.08.2013 seien „Familiengerichte, in deren Bezirk entsprechende Einrichtungen angesiedelt sind, mit massenweisen Genehmigungsanträgen überschüttet worden“; kritisch dazu *Götz* 14. GW 65, 83.

⁶ Stellungnahme „Kein Fesseln auf Antrag in der Kinder- und Jugendhilfe“ April 2017 (Erstunterzeichner Agster, Alsago, Bänisch u. a.), abrufbar unter [file:///C:/Users/PC/AppData/Local/Microsoft/Windows/INetCache/Content.Outlook/NMCE81MH/BGB%201631%20b%20-%20Stellungnahme_04_04_2017.pdf](file:///C:/Users/PC/AppData/Local/Microsoft/Windows/INetCache/Content.Outlook/NMCE81MH/BGB%201631%20b%20-%20Stellungnahme%20Unterschriften_04_04_2017.pdf)

nicht begrenzt, sondern legitimiert und auf diese Weise „aus dem Souterrain der Jugendhilfe in die gute Stube der Pädagogik gehoben“. Aus einer verschämten Praxis werde eine offene Praxis. *Gesetzgeberisches Ziel müsse es vielmehr sein, freiheitsentziehende Maßnahmen in der Kinder- und Jugendhilfe vollständig zu verbieten.*

Maßgeblich dürften m. E. aber folgende Argumente sein:

- Eine freiheitsentziehende Maßnahme ist oftmals ein noch **viel intensiverer Eingriff als die geschlossene Unterbringung**.⁷ Beschränkt sich letztere regelmäßig auf eine bestimmte Station, schlimmstenfalls auf einen Raum, führt eine freiheitsentziehende Maßnahme wie eine Fixierung zur völligen Einschränkung der Bewegungsmöglichkeiten. Wenn die weniger einschneidende Maßnahme genehmigungsbedürftig ist, sollte dies auch für die schwerer wiegende gelten.
- Die Einführung des Genehmigungsvorbehaltes **beendet den Streit** darüber, **ob nicht freiheitsentziehende Maßnahmen** wie Fixierungen an Bett oder Stuhl bereits **unter den Unterbringungsbegriff zu subsumieren** seien.⁸ Denn wenn bereits eine abgeschlossene Haustür ausreichen kann, eine Freiheitsentziehung zu bejahen, ist schwer nachzuvollziehen, warum dies für die Fesselung ans Bett nicht gelten soll.
- Die Einführung des Genehmigungsvorbehaltes führt zu einem **Gleichlauf des Kinderschutzes mit dem Erwachsenenschutz**.⁹ Wenn der Staat sein Wächteramt gegenüber behinderten Volljährigen durch das Erfordernis, freiheitsentziehende Maßnahmen genehmigen zu lassen, wahrnimmt (§ 1906 Abs. 4 BGB), ist er in gleichem Maß gefordert, dies auch gegenüber Minderjährigen zu tun. Zwar lässt sich hiergegen die Auffassung des BGH¹⁰ anführen, Minderjährige würden vor missbräuchlicher Anwendung freiheitsentziehender Maßnahmen seitens der Personensorgeberechtigten durch die sorgerechtlichen Eingriffsmöglichkeiten nach §§ 1666 bzw. 1837, 1886, 1915 BGB geschützt, vor allem vor Verstößen gegen das Gebot gewaltfreier Erziehung und das Verbot entwürdigender Maßnahmen nach § 1631 Abs. 2 BGB. Genau dies ist aber zweifelhaft: Zum einen kann das Argument, die Interessen des Kindes würden regelmäßig von den Eltern am besten wahrgenommen werden, nicht ohne weiteres auf staatlich bestellte Vormünder oder Pfleger übertragen werden.¹¹ Letztere können sich gerade nicht auf ein „natürliches“ Elternrecht berufen. Darüber hinaus fehlt der BGH-Entscheidung eine vereinzelt Abwägung mit den Grundrechten des Kindes, das weder zum Objekt staatlichen Handelns noch zum bloßen Objekt elterlicher Fremdbestimmung degradiert werden darf. Elterliche Sorge darf nicht als Machtanspruch von Eltern gegenüber ihren Kindern missverstanden werden.¹²
- Kollidieren Grundrechte miteinander, kann eine ausgewogene Abwägung nur im Rahmen eines **geordneten staatlichen Verfahrens** gewährleistet werden. Ohne die Einführung des Genehmigungsvorbehaltes erfährt in der Regel das Gericht nicht einmal von einer elterlich genehmigten freiheitsentziehenden Maßnahme gegenüber dem Kind, deshalb läuft auch der Schutz über § 1666 BGB leer.¹³ Zudem gewährleistet ein Gerichtsverfahren, dass entsprechend Art. 12 Abs. 1 UN-

⁷ Staudinger/Salgo BGB Stand 2015 § 1631b Rn 14; BeckOK/Veit § 1631b BGB Rn. 14 m. w. N.; BGH FamRZ 2015, 1707 m. w. N.

⁸ Münchener Kommentar/Huber 6. Aufl. 2012 § 1631b BGB Fußn. 25 m. w. N.; für deutliche Differenzierung BGH FamRZ 2013, 1646

⁹ BT-Drs. 18/11278 Seite 10

¹⁰ BGH FamRZ 2013, 1646 und FamRZ 2013, 1719

¹¹ Götz 14. GW 65, 81

¹² BVerfG NJW 1994, 1646.

¹³ Erman/Döll § 1631b BGB Rn. 3 m. w. N.

Kinderrechtskonvention der Minderjährige mit seiner Meinung entsprechend Alter und Reife berücksichtigt wird.

- Eine richterliche Genehmigung freiheitsentziehender Maßnahmen kann auch **elternentlastende Wirkung** haben. Seitens der Einrichtungen wird teilweise auf entsprechende Genehmigungen gedrungen, mancher Heimplatz steht nicht zur Verfügung, wenn eine solche Genehmigung nicht vorab erteilt wird.¹⁴ Dieser Druck auf die Eltern ist groß. Die Last auf ihren Schultern wird deutlich geringer, wenn ihnen seitens des Gerichts bescheinigt wird, ihre Zustimmung sei rechtmäßig, die getroffene Maßnahme diene dem Wohl des Kindes.
- Schließlich trägt der Genehmigungsvorbehalt der **geänderten Sichtweise auf elterliche Befugnisse und der Bedeutung der kindlichen Grundrechte** Rechnung. Bis 1960 war eine mit Freiheitsentziehung verbundene Unterbringung eines Minderjährigen überhaupt nicht genehmigungspflichtig, es folgte die Einführung des § 1800 Abs. 2 BGB a. F., der eine Genehmigung nur für Mündel und Pfleglinge einführte. Erst 1980 wurde auch die Genehmigungspflicht für eine durch die Eltern angeordnete freiheitsentziehende Unterbringung eingeführt.¹⁵ Ebenso wenig stellt sich heute noch die Frage, ob nicht das Verbot der Sterilisation eines Minderjährigen (§ 1631c BGB) das elterliche Sorgerecht unzulässig beschneidet.¹⁶ Zudem wird in diversen Entscheidungen des BVerfG die Bedeutung des Willens des Minderjährigen mit zunehmendem Alter unterstrichen.¹⁷ Wenn dieser Wille aber mit Recht als bedeutsames Entscheidungskriterium angesehen wird, muss er auch bei der Frage einer freiheitsentziehenden Maßnahme Berücksichtigung finden – und dies wiederum ist nur im Rahmen eines geordneten gerichtlichen Verfahrens gewährleistet.
- Der eingangs zitierten Stellungnahme von Vertretern der sozialpädagogisch orientierten Jugendhilfe ist entgegenzuhalten, dass der Rechtfertigungsdruck für die kritisierte „Dressurpraxis“ in einem gerichtlichen Verfahren derartigen Missbrauch sicher eher verhindert als die derzeitige Praxis, in welcher die Eltern allein entscheiden und dabei dem Druck der Einrichtung ausgesetzt sind. In der Stellungnahme wird auch übersehen, dass die Genehmigung freiheitsentziehender Maßnahmen auch solche gegenüber behinderten Jugendlichen erfassen und vermutlich sogar den größten Teil der Genehmigungen ausmachen wird, z. B. Fixierungen im Bett oder Rollstuhl; pädagogische Gesichtspunkte spielen hier aber keine Rolle. Zudem kann eine effektive Heimaufsicht Missbrauch vorbeugen. Und schließlich ist eine „offene“ Praxis eben deutlich transparenter und deshalb besser vor Missbrauch zu schützen als eine „verschämte“ Praxis.

2. Genehmigungszeitraum

Nach dem Gesetzentwurf beträgt der Genehmigungszeitraum maximal 6 Monate, im Ausnahmefall ein Jahr (§ 167 Abs. 7 FamFG n. F.). Der Entwurf verkürzt damit die geltende Höchstdauer und zwar auch für die geschlossene Unterbringung als solche. Statistische Daten über die Dauer angeordneter Unterbringungs genehmigungen gibt es nicht.¹⁸ Die Gesetzesbegründung argumentiert hinsichtlich der gegenüber der geltenden Rechtslage vorgenommenen Verkürzung es könne „der Dynamik der Entwicklung von Kindern und Jugendlichen besser Rechnung getragen werden.“¹⁹ Dieses Argument überzeugt nicht: Dass

¹⁴ Siehe z. B. „Unerhörte Schreie“ in Zeit Online, abrufbar unter <http://www.zeit.de/2016/18/kinderheime-behinderung-ermittlung-bayern>

¹⁵ Götz 14. GW 65, 71.

¹⁶ Hoffmann NZFam 2015, 985, 989.

¹⁷ BVerfG FamRZ 2016, 1917; BVerfG FamRZ 2015, 1093 jeweils m. w. N.

¹⁸ BT-Drs. 18/11741 S. 10.

¹⁹ BT-Drs.18/11741 S. 19.

sich Jugendliche regelmäßig dynamischer entwickeln als alte Menschen, ist nichts Neues, so dass eine nähere Begründung für die Verkürzung der Höchstdauer einer Unterbringung zu erwarten gewesen wäre. Auch gibt es bei Jugendlichen Fälle, in denen ein Minderjähriger aus pädagogischen Gründen freiheitsentziehend untergebracht wird; hier wird man innerhalb von 6 Monaten kaum Wunder erwarten können.²⁰ Gegen die Verkürzung lässt sich auch mit einer Mehrbelastung des Betroffenen, der Eltern und nicht zuletzt der Gerichte durch häufigere Verlängerungsverfahren argumentieren, ferner gibt es künftig in puncto Unterbringungsdauer keinen Gleichlauf zwischen Erwachsenen- und Jugendschutz mehr.

Andererseits betrifft „gefühl“ die Mehrzahl von Unterbringungsverfahren ohnehin Eilverfahren mit einer Höchstdauer von 6 Wochen, vor allem aber spricht die Verkürzung der Unterbringungshöchstdauer für eine gesteigerte Sensibilität hinsichtlich des Eingriffs in das Freiheitsgrundrecht des Minderjährigen. Im Ergebnis würde ich der Verkürzung deshalb nicht widersprechen.

3. Ausdehnung auf Zwangsbehandlungen

M. E. wäre es wünschenswert, wenn nicht nur freiheitsentziehende Maßnahmen einem Genehmigungsvorbehalt unterliegen würden, sondern **auch Zwangsbehandlungen Minderjähriger nicht allein von der Zustimmung der Eltern abhängen**. „Eine ärztliche Behandlung wird dann zur Zwangsbehandlung, wenn das Kind oder der Jugendliche die Behandlung mit *natürlichem Willen* ablehnt und sie daher nur unter Anwendung von Gewalt durchgeführt werden kann. Rechtlich beachtlich ist der natürliche Wille unabhängig von der Fähigkeit zur Einwilligung in eine ärztliche Behandlung. Erforderlich ist zudem eine *bewusste* Ablehnung, die über einen bloßen Reflex, also das natürliche Abwehrbedürfnis, wenn etwas sticht oder schmerzt, hinausgeht.“²¹

Der Wunsch nach gesetzgeberischer Regelung von Zwangsbehandlungen wird in jüngster Zeit zunehmend in der juristischen Fachliteratur vertreten,²² aber auch von anderen Professionen gefordert.²³ Im Rahmen des derzeit laufenden Gesetzgebungsverfahrens betreffend den Genehmigungsvorbehalt für freiheitsentziehende Maßnahmen lautete die Empfehlung der Ausschüsse für den Bundesrat gemäß Art. 76 Abs. 2 GG²⁴ u. a. auch dahin, während der Unterbringung Zwangsbehandlungen der Anlasserkrankung von mindestens 14 Jahre alten Kindern gesondert familienrechtlich genehmigen zu lassen. Diese Empfehlung wurde leider im Bundesrat am 10.02.2017 mehrheitlich abgelehnt, ohne dass dem Protokoll hierfür eine nähere Begründung zu entnehmen wäre.²⁵ Statistisch gesicherte Zahlen über die Häufigkeit von Zwangsbehandlungen Minderjähriger gibt es – mit Ausnahme für das Bundesland Hamburg – nicht.²⁶ Soweit teilweise Zwangsernährung / Zwangssondierung als

²⁰ Im Jugendstrafrecht, das auf der Rechtsfolgenseite vom Erziehungsgedanken geprägt wird, wird als Begründung für die Mindestdauer einer Jugendstrafe von sechs Monaten (§ 18 JGG) argumentiert, hinreichende erzieherische Einwirkung auf den Jugendlichen benötige ausreichend Zeit, siehe *Eisenberg* § 18 JGG Rn 4a; insoweit besteht m. E. ein Wertungswiderspruch.

²¹ *Götz* 14. GW 65, 74 m. w. N.

²² *Götz* 14. GW 65, 79 ff.; *Hoffmann* NZFam 2015, 985 und ZRP 2016, 242.

²³ Positionspapier der kinder- und jugendpsychiatrischen Fachgesellschaft und der Fachverbände vom 27.06.2016, abrufbar unter

http://www.kinderpsychiater.org/fileadmin/downloads/bag/Positionspapier_3_Verbaende_Reform_1631b_27_11_2016.pdf

²⁴ BR-Drs. 793/1/16 S. 3.

²⁵ Plenarprotokoll Bundesrat 953 Seite 40.

²⁶ BT-Drs. 18/11741 S. 10 ff.

freiheitsentziehende Maßnahmen eingeordnet werden,²⁷ vermag ich dem nicht zuzustimmen; diese Maßnahmen sind für mich klassische Formen der Zwangsbehandlung.²⁸

Die für eine **Genehmigungspflicht von Zwangsbehandlungen** sprechenden **Gesichtspunkte** sind im Wesentlichen dieselben wie für die Genehmigungspflicht freiheitsentziehender Maßnahmen, weshalb ich hier nur die Stichworte anführe:

- Zwangsbehandlung mindestens gleich einschneidender Eingriff
- § 1666 BGB ein „stumpfes Schwert“ mangels Kenntnis des Gerichts von Zwangsbehandlungen
- Gleichlauf von Erwachsenen- und Minderjährigenschutz
- Bessere Gewährleistung der Beachtung der Grundrechte der Minderjährigen innerhalb eines Gerichtsverfahrens²⁹
- Mögliche Elternentlastende Wirkung der richterlichen Genehmigung
- Genehmigung von Zwangsbehandlungen nach geltendem Recht auch durch Vormund oder Pfleger – hier fehlt es am „Näheverhältnis“ von Eltern-Kind, auch keine Berufung auf Art 6 II GG durch Vormund/Pfleger
- Einheitliche und verlässliche Rechtslage schafft Rechtssicherheit auch für die behandelnden Ärzte und Pfleger

Immerhin sieht die Bundesregierung „im Interesse des Kindesschutzes Prüfbedarf für Regelungen zu ärztlichen Zwangsmaßnahmen bei untergebrachten Kindern und Jugendlichen, also solchen, die gegen deren natürlichen Willen erfolgen.“³⁰ Wenn sie weiter ausführt, der Regelungsbereich sei „komplex“ und berühre „auch die übergeordnete, höchst Streitige und ethisch schwierig zu beantwortende Frage der Einwilligung in ärztliche Behandlungen von Minderjährigen allgemein,“³¹ so belegt dies m. E. nur die Notwendigkeit, die handelnden Akteure und die betroffenen Minderjährigen nicht mit einer unklaren Gesetzeslage allein zu lassen sondern Rechtssicherheit und -klarheit zu schaffen.

Hinsichtlich der Dauer und verfahrensrechtlichen Ausgestaltung möglicher Zwangsbehandlungen würde ich mich an den im Betreuungsrecht geltenden Fristen (§ 329 Abs. 1 und 3 FamFG: grundsätzlich nicht über 6 Wochen, Verlängerung über zwölf Wochen hinaus nur unter Hinzuziehung eines externen Gutachters; bei Eilanordnungen § 333 Abs. 2 FamFG: nicht über zwei Wochen hinaus, bei Verlängerungen nicht über sechs Wochen) und sonstigen Vorschriften (zwingende Beiordnung Verfahrensbeistand, persönliche Anhörungen pp.) orientieren wollen. Vorbild für eine Regelung der materiellen Rechtslage könnte m. E. beispielsweise § 28 Abs. 6 PsychKG Berlin sein, der die Voraussetzungen der Zwangsbehandlung einer untergebrachten Person detailliert beschreibt, während andere Unterbringungsgesetze der Länder, z. B. § 21 Nds. PsychKG Zwangsbehandlungen nur sehr rudimentär regeln.

²⁷ So ausdrücklich unter IV 1 die Empfehlungen der Bundesarbeitsgemeinschaft der leitenden Klinikärzte für Kinder- und Jugendpsychiatrie, Psychosomatik und Psychotherapie in Deutschland e. V. JAmt 2010, 345

²⁸ Ausdrücklich gegen die Einordnung einer freiheitsentziehenden Unterbringung aus pädagogischen Gründen als „Zwangsbehandlung“ auch OLG Hamm Beschluss vom 04.12.2015 13 UF 177/15 juris

²⁹ Die Bundesregierung führt bezüglich freiheitsentziehender Maßnahmen selbst aus: „Das Genehmigungserfordernis dient ferner dazu zu prüfen, ob Zwangsmaßnahmen im Einzelfall wirklich erforderlich sind oder ob mildere Maßnahmen in Betracht kommen, die Zwangsmaßnahmen entbehrlich machen.“ (BT-Drs. 18/11741 S. 15) – Dieses Argument gilt eins zu eins auch für Zwangsbehandlungen.

³⁰ BT-Drs. 18/11741 S. 31.

³¹ BT-Drs. 18/11741 S. 31.

Zu 13) Wie häufig werden Zwangsmaßnahmen von den Personensorgeberechtigten gewünscht/erbeten? Wie reagieren Sie darauf?

Im justiziellen Bereich des Familiengerichts ist der „klassische Fall“ wohlwärtigen Zwangs gegenüber Minderjährigen die Genehmigung der geschlossenen Unterbringung nach § 1631b BGB. Die Fallzahlen des relativ kleinen Gerichtsbezirks des AG Bad Iburg (rund 90.000 Einwohner) sind kaum statistisch relevant. Pro Jahr haben wir etwa 5 bis 7 Fälle zu bearbeiten. Aussagekräftiger erscheint die bundesweite Statistik: 2015 wurden 14.304 Verfahren nach § 1631b BGB bundesweit von den Familiengerichten bearbeitet.³² Hinzu kamen 1.469 laufende Hilfen zur Erziehung mit richterlicher Genehmigung zur Freiheitsentziehung nach § 1631b BGB.³³

Dies deckt sich mit dem „gefühlten“ Anteil von Unterbringungsanträgen aus pädagogischen Gründen; einen solchen Antrag auf Unterbringung in einer geschlossenen Einrichtung der Kinder- und Jugendhilfe hatte ich schon seit Jahren nicht mehr zu bearbeiten. Derartige Unterbringungen in Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe könnten erfolgen als „ultima ratio“ bei massivem Verweigerungs- und Vermeidungsverhalten sowie Halt- und Orientierungslosigkeit, welche sich äußern in Suchtmittelmissbrauch, Delinquenz, ständigem Weglaufen, Schulverweigerung, Abgleiten in Prostitution, Promiskuität oder sexueller Übergriffigkeit.³⁴

Die Zahl gerichtlicher Genehmigungsverfahren nach § 1631 b BGB ist in den letzten Jahren fast durchgehend gestiegen³⁵ und wird im Hinblick auf die beabsichtigte Erweiterung auf freiheitsentziehende Maßnahmen steigen.

Freiheitsentziehende Maßnahmen gegenüber Minderjährigen sind nach geltender Rechtslage nicht genehmigungsbedürftig;³⁶ entsprechende Gerichtsverfahren fallen daher bislang nicht an. Gesicherte Zahlen, wie oft Eltern Entscheidungen über freiheitsentziehende Maßnahmen ihrer Kinder treffen, gibt es nicht.³⁷ Der Mangel an belastbaren Zahlen ist bedauerlich; offenbar setzt aber ein Umdenkungsprozess ein.³⁸

Ebenso fehlen gesicherte Zahlen für Zwangsbehandlungen Minderjähriger, die – anders als bei Betreuten (§ 1906 Abs. 3 BGB) - gesetzlich nicht geregelt sind, und de lege lata der Verantwortung der Erziehungsberechtigten vorbehalten bleiben.³⁹ Problematisch ist die

³² BT-Drs 18/11741 Seite 3 mit statistischer Übersicht ab 2005, abrufbar unter <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/18/117/1811741.pdf>

³³ BT-Drs 18/11741 Seite 4 Tabelle 2.

³⁴ Beispiel aus der Rechtsprechung: OLG Hamm Beschluss vom 04.12.2015 13 UF 177/15 juris achtmonatige geschlossene Unterbringung bei Minderjährigem mit „schwerer Störung des Sozialverhaltens“

³⁵ BT-Drs 18/11741 Tabellen 1 und 2 auf Seite 3 und 4; Seite 8: „Eine systematische Analyse der Ursachen für die gestiegenen Fallzahlen ist der Bundesregierung nicht bekannt. Nach Experteneinschätzung dürfte jedoch die allgemein gestiegene Sensibilisierung für die rechtlichen, menschenrechtlichen und ethischen Aspekte von Zwangsmaßnahmen in der psychiatrischen Versorgung dazu geführt haben, dass die Notwendigkeit gerichtlicher Genehmigungen von freiheitsbeschränkenden Maßnahmen auch bei Kindern und Jugendlichen immer stärker gesehen wird und demzufolge auch die Anträge angestiegen sind.“

³⁶ BGH FamRZ 2013, 1646.

³⁷ BT-Drs. 18/11278 S. 2 und 13

³⁸ BT-Drs. 18/11741 S. 20

³⁹ Götz 14. GW, 65, 73

Frage, ob inzident im Rahmen eines Antrages auf geschlossene Unterbringung zum Zwecke der Zwangsbehandlung letztere Teil der familienrichterlichen Prüfung wird;⁴⁰ dieses Problem würde sich erübrigen, wenn auch Zwangsbehandlungen gesondert genehmigungspflichtig wären.

Meine persönliche Reaktion auf einen Unterbringungsantrag ist simpel: Ich bemühe mich nach besten Kräften, das Verfahren mit der gebotenen Eile und Gründlichkeit entsprechend den gesetzgeberischen Vorgaben (Anhörungen, Gutachten, Verfahrensbeistand) zu bearbeiten.

Zu 14) Welche Rolle spielen die Eltern?

Die Eltern sind im Rahmen von Verfahren nach § 151 Nr. 6 FamFG, § 1631b BGB die wichtigsten Ansprechpartner neben dem betroffenen Minderjährigen. Sie sind gleichsam die „Herren des Verfahrens“, weil ohne ihren Antrag auf Genehmigung einer geschlossenen Unterbringung ein entsprechendes Verfahren obsolet wird. Im Unterschied zu einem Antrag nach § 151 Nr. 7 FamFG i. V. m. den landesrechtlichen Unterbringungsgesetzen ordnet das Familiengericht auch keine geschlossene Unterbringung an, sondern erteilt bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzung nur die Genehmigung einer entsprechenden Unterbringung durch die Eltern.⁴¹ Ob sie von dieser Genehmigung dann tatsächlich Gebrauch machen, bleibt bis zur Grenze der Kindeswohlgefährdung zunächst ihnen überlassen. Widerspricht es dem Kindeswohl, das Kind trotz erteilter Genehmigung nicht geschlossen unterzubringen, müsste den sorgeberechtigten Eltern zunächst zumindest das Aufenthaltsbestimmungsrecht entzogen werden, bevor ein Pfleger anschließend von der Genehmigung Gebrauch machen könnte.⁴²

Die Eltern werden in den Unterbringungsverfahren regelmäßig als emotional sehr belastet erlebt. Viele brechen in den Anhörungen in Tränen aus, wirken verzweifelt, teils überfordert. Sie unterstreichen regelmäßig, wie schwer ihnen die Antragstellung fällt. Mehrfach habe ich auch erlebt, dass einem Unterbringungsverfahren zunächst eine stationäre – offene – Behandlung des Minderjährigen vorausging, welche die Eltern auf Drängen des Minderjährigen gegen ärztliche Empfehlung abgebrochen hatten, um dann mehr oder weniger kurze Zeit später festzustellen, dass die alten Probleme im häuslichen Umfeld unverändert wieder auftraten.

Zu 16) Wie reagieren Kinder/Jugendliche auf Zwangsmaßnahmen kurz-, mittel- und langfristig nach Ihrer Erfahrung?

Die Reaktion von Minderjährigen auf eine drohende oder tatsächlich angeordnete (vorläufige) Unterbringung ist höchst unterschiedlich. Sie reicht von Kooperation (z. B. Einverständnis, zur Abwendung einer vorläufigen Unterbringung zwecks Gutachtenerstattung gemäß §§ 322, 284 FamFG notwendige ambulante Termine wahrzunehmen oder sich freiwillig für einen begrenzten Zeitraum zur Begutachtung stationär aufnehmen zu lassen) bis hin zur totalen Konfrontation, die zur Umsetzung eines Unterbringungsbeschlusses die zusätzliche Erlaubnis einer Gewaltanordnung nach § 326

⁴⁰ Hoffmann ZRP 2016, 242, 243 m. w. N. mit dem Hauptargument, eine geschlossene Unterbringung nur zur „Verwahrung“ sei unzulässig, weshalb bei der Genehmigung der Unterbringung zu prüfen sei, ob und welche Behandlung wie erfolgen soll. Gegen die Inzidentprüfung: Götz 14. GW 65, 71; ebenfalls ablehnend: BeckOK/Veit 3 1631b BGB Rn. 19.

⁴¹ Heilmann/Fink § 167 FamFG Rn. 4.

⁴² BeckOK/Veit § 1631b Rn. 6; Staudinger/Salgo § 1631b BGB Rn. 18.

Abs. 2 FamFG erforderlich macht. Monate oder Jahre nach einer Zwangsunterbringung erfolgende Reaktionen erfährt das Familiengericht regelmäßig nicht.

Zu 24) Welche verfahrensmäßigen Absicherungen können oder könnten zur Vermeidung der Anwendung von wohlütigem Zwang beitragen?

Das Verfahrensrecht der §§ 167, 312 Nr. 1 bzw. Nr. 3 FamFG sichert – m. E. ausreichend – die Umsetzung einer geschlossenen Unterbringung nur als „ultima ratio“. Zu diesen Rechten gehören insbesondere:

- die Verfahrensfähigkeit eines mindestens 14jährigen Minderjährigen (§ 167 Abs. 3 FamFG)
- die Vorschriften über die notwendigen persönlichen Anhörungen (§§ 319, 331, 167 Abs. 4 FamFG)
- die Einholung eines Sachverständigengutachtens (§ 321 FamFG), wobei einschränkend zu kritisieren ist, dass für freiheitsentziehende Maßnahmen ein ärztliches Zeugnis für ausreichend erachtet wird,⁴³ ohne dass das Gesetz klare Vorgaben über dessen notwendigen Bestandteile und die Notwendigkeit vorheriger persönlicher Untersuchung regelt.
- die Beteiligung des Jugendamtes (§ 162 FamFG)
- die Regelbestellung eines Verfahrensbeistands (§ 167 I 2 i. V. m. § 317 FamFG)

Zu 29) In welchen Situationen lässt sich der Einsatz von wohlütigem Zwang nach Ihrem Urteil legitimieren?

Allgemein gesprochen müssen aus meiner Sicht für die Anwendung wohlütigen Zwangs folgende Voraussetzungen gegeben sein:

- Kein wohlütiger Zwang bei Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit gegen den Willen eines Einwilligungsfähigen oder positiv ausgedrückt: Wohlütiger Zwang **nur bei alters- oder krankheitsbedingt fehlender Einsichtsfähigkeit** oder fehlender Fähigkeit, nach dieser Einsicht handeln zu können.
- Wohlütiger Zwang darf stets nur das **letzte Mittel** sein.
- Der mit der Zwangsanwendung **beabsichtigte Vorteil für den Betroffenen muss die mit der Zwangsanwendung verbundenen Nachteile deutlich überwiegen**. Bei Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit ist diese Güterabwägung aus Sicht des Betroffenen und nicht abstrakt vorzunehmen (z. B. keine Lebensverlängerung um jeden Preis). Zu berücksichtigen sind u. a. Dauer und Schwere des Eingriffs, Schwere drohender Schäden bei unterlassener Behandlung, Dauer- und Spätfolgen vor allem im psychischen Bereich infolge der Zwangsbehandlung, Auswirkungen auf die Therapiebereitschaft.

Die in der Antwort zu Frage 1) angesprochene Bandbreite der Arbeitsdefinition von wohlütigem Zwang bringt es mit sich, dass dessen Anwendung nach meinem Empfinden

⁴³ Kritisch auch Stellungnahme der Caritas Behindertenhilfe und Psychiatrie e. V. zum Referentenentwurf zu § 1631b BGB Seite 5, die grundsätzlich ein Gutachten fordert, abrufbar unter <http://www.cbp.caritas.de/positionen?id=1677&page=1&area=efvkelg>, ebenso kritisch: Stellungnahme der Bundesarbeitsgemeinschaft der freien Wohlfahrtspflege vom 14.10.2016 Seite 3, abrufbar unter <http://www.bagfw.de/suche/detailansicht-tt-news/article/stellungnahme-der-bagfw-zum-referentenentwurf-eines-gesetzes-zur-einfuehrung-eines-famliengerichtli/>

von „völlig unproblematisch, sogar geboten“ (Beispiel: Energisches Festhalten des Kleinkindes für kurze Zeit zum Schutz vor unmittelbarer Lebensgefahr) bis hin zu „höchst problematisch, absolute Einzelfallentscheidung“ reicht (Beispiel: Eltern wünschen wiederholte mit schwersten Nebenwirkungen belastete Chemotherapie ihres seit Jahren krebskranken Kindes gegen dessen Willen). Auch wenn ich für eine Genehmigungspflicht von Zwangsbehandlungen plädiere, wäre ich dankbar, wenn ich während meiner verbleibenden Dienstzeit nicht ein Verfahren der letztgenannten Art entscheiden müsste.

Literaturverzeichnis

Beck Online Kommentar/*Bearbeiter* BGB 41. Edition Bearbeitungsstand 1.11.2016

Eisenberg JGG 19. Auf. 2017

Erman/*Bearbeiter* BGB 14. Auf. 2014

Götz, Isabell „Zwangsbehandlung von Minderjährigen bei Selbstgefährdung“ in Coester-Waltjen/Lipp/Schumann/Veit „Zwangsbehandlung bei Selbstgefährdung“ 14. Göttinger Workshop zum Familienrecht Göttinger Juristische Schriften Band 19, Göttingen 2016, auch online abrufbar www.oapen.org/download?type=document&docid=610777

Zitiert: Götz 14. GW Seite

Heilmann/*Bearbeiter* Praxiskommentar Kindschaftsrecht 1. Aufl. 2015

Hoffmann, Birgit Zwangsbehandlung Minderjähriger vor dem Hintergrund der jüngeren Rechtsprechung des BVerfG und des BGH NZFam 2015, 985

Hoffmann, Birgit Genehmigungsvorbehalt auch für Zwangsbehandlung Minderjähriger ZRP 2016, 242

Münchener Kommentar/*Bearbeiter* BGB 6. Aufl. 2012

Staudinger/*Bearbeiter* BGB aktuelle Neubearbeitung

Stockmann Anmerkung zu BGH vom 07.08.2013 JurisPR-FamR 24/2013 Anm. 5