

## ENTSCHEIDUNGSREZENSION

*Guy Beaucamp*

### Ist § 1631 b Satz 1 BGB verfassungswidrig?

#### 1 Einleitung

Mit Beschluss vom 21. Oktober 2005 hat das Amtsgericht Hamburg-Bergedorf dem Bundesverfassungsgericht die Frage vorgelegt, ob § 1631 b BGB, der die mit Freiheitsentziehung verbundene Unterbringung von Kindern und Jugendlichen regelt, verfassungswidrig ist<sup>1</sup>. Ein ähnliches Anliegen hatte das Amtsgericht Frankfurt bereits im Jahr 1985 verfolgt. Zu einer Entscheidung in der Sache war es damals nicht gekommen, weil die Unterbringungszeit abgelaufen war, als das Bundesverfassungsgericht sich 1987 mit der Vorlagefrage befasste. Da eine weitere Unterbringung nicht beantragt wurde, kam es auf die Gültigkeit des § 1631 b BGB nicht mehr an<sup>2</sup>. Die konkrete Normenkontrolle (Art. 100 Abs. 1 GG) war unzulässig geworden.

Der neuerliche Vorlagebeschluss ist Anlass für den folgenden Beitrag. Nach einem Blick auf die Fakten zur Unterbringung (unter II.) und einer eingehenden Betrachtung des § 1631 b BGB (unter III.) soll die Kritik der vorlegenden Gerichte an der fehlenden Bestimmtheit der Norm näher dargestellt werden (unter IV.). Anschließend wird das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot erläutert (unter V.), sodann geht es um die Fragen, ob der Begriff des Kindeswohls an sich (unter VI.) und seine Verwendung in § 1631 b BGB (unter VII.) diesem Gebot genügen. Abschließend wird die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung erörtert (unter VIII.).

#### 2 Rechtstatsächlicher Hintergrund

Jährlich werden zu § 1631 b BGB bundesweit rund 6000 Entscheidungen getroffen<sup>3</sup>. Geschlossenen untergebracht werden in der Regel psychisch kranke, insbesondere suizidgefährdete, oder stark verhaltensauffällige, z.B. straffällige aber noch nicht strafmündige Kinder und Jugendliche<sup>4</sup>. Überwiegend werden Minderjährige in Einrichtungen der Kinder- und Jugendpsychiatrie eingewiesen<sup>5</sup>. In geschlossenen Heimen der Jugendhilfe gibt es nämlich bundesweit nur 185 Plätze und zwar in den Bundesländern Baden-Württemberg, Bayern, Brandenburg, Hamburg, Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz<sup>6</sup>. Häufig haben sich die dort Unterzubringenden anderen Angeboten der Jugendhilfe sowie dem Einfluss der Personenberechtigten entzogen<sup>7</sup>. Die Minderjährigen verbringen typischerweise drei bis zwölf Monate<sup>8</sup> in der geschlossenen Einrichtung,

<sup>1</sup> Beschl. v. 21.10.2006, 415c F 20/05, nicht veröffentlicht.

<sup>2</sup> BVerfGE 74, 236, 242 f.

<sup>3</sup> Genaue Zahlen aus den Jahren 1999 und 2000 bei *Salgo*, in: Staudinger, BGB, 13. Bearbeitung 2002, § 1631 b, Rz. 2.

<sup>4</sup> Gollwitzer/Rüth, FamRZ 1996, S. 1388, 1390; Gustedt/Bodenburg, Kriminalistik 2003, S. 579.

<sup>5</sup> Paetzold, in: Fegert/Späth/Salgo (Hrsg.), Freiheitsentziehende Maßnahmen in der Jugendhilfe und Kinder- und Jugendpsychiatrie, 2001, S. 193.

<sup>6</sup> Hoops, Sozialextra Oktober 2004, S. 20 f.

<sup>7</sup> Wiesner, in: Verein für Kommunalwissenschaften, Freiheitsentziehende Maßnahmen, 2004, S. 33, 37.

<sup>8</sup> Rüth u.a., Gesundheitswesen 2004, S. 739, 744; Paetzold, (Anm. 5), S. 193, 199; Gustedt/Bodenburg, Kriminalistik 2003, S. 579, 580.

bisweilen auch einen längeren Zeitraum<sup>9</sup>. Wegen des hohen Personalaufwandes betragen die Kosten einer geschlossenen Unterbringung in Einrichtungen der Jugendhilfe über 200–250 € pro Person und Tag<sup>10</sup>.

### 3 Die zur Überprüfung gestellte Norm

§ 1631 b BGB bildet einen Spezialfall des Aufenthaltsbestimmungsrechts aus § 1631 Abs. 1 BGB, das wiederum ein Bestandteil der Personensorge ist (§ 1626 Abs. 1 BGB). Der Begriff „Unterbringung“ meint eine Fremdplatzierung des Kindes oder Jugendlichen außerhalb seiner angestammten Umgebung<sup>11</sup>. Eine Freiheitsentziehung i.S.d. § 1631 b BGB liegt dann vor, wenn die bzw. der Minderjährige in einem abgeschlossenen Raum, einem abgeschlossenen Gebäude oder abgeschlossenem Gelände untergebracht wird, welches er nicht verlassen darf, und ihr bzw. sein Kontakt mit der Außenwelt vollständig kontrolliert wird<sup>12</sup>. Die Dauer der Freiheitsentziehung spielt für die Anwendung des § 1631 b BGB keine Rolle<sup>13</sup>. Die Norm erfasst indes nach überwiegender Meinung solche Beschränkungen der Bewegungsfreiheit nicht, die als altersgerechte Erziehungs- und Sicherungsmaßnahmen gelten können: Gitter an den Betten von Kleinkindern, Laufställe, Stubenarrest oder Ausgehverbote sind also keine Freiheitsentziehungen und damit genehmigungsfrei<sup>14</sup>, zumal diese Maßnahmen in der Regel im Elternhaus stattfinden, also nicht während einer Unterbringung<sup>15</sup>.

Im Unterschied zu den §§ 71 Abs. 2, 72 Abs. 4 JGG oder § 42 Abs. 3 SGB VIII geht die Initiative für die geschlossene Unterbringung eines Kindes oder Jugendlichen in § 1631 b BGB nicht von staatlicher Seite, sondern von den personensorgeberechtigten Eltern bzw. dem sorgeberechtigten Elternteil aus<sup>16</sup>. Fehlen diese, hat der Vormund der bzw. des Minderjährigen gemäß § 1800 BGB das Initiativrecht. Ohne entsprechenden Antrag kann das Familiengericht eine mit Freiheitsentziehung verbundene Unterbringung nach § 1631 b BGB nicht beschließen<sup>17</sup>.

Vor 1980 konnten die Sorgeberechtigten ein Kind oder einen Jugendlichen ohne richterliche Kontrolle in ein geschlossenes Heim oder eine geschlossene Abteilung eines solchen bringen. Der Sinn des § 1631 b BGB besteht darin, das voreilige Abschieben von schwierigen Kindern und Jugendlichen zu verhindern<sup>18</sup>, indem die Entscheidung der Personensorgeberechtigten einer unabhängigen richterlichen Kontrolle am Maßstab der Verhältnismäßigkeit unterworfen wird<sup>19</sup>.

<sup>9</sup> Hoops, Sozialextra Oktober 2004, S. 20, 23.

<sup>10</sup> Gustedt/Bodenburg, Kriminalistik 2003, S. 579, 581 u. 583; Münster, Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, 4. Aufl. 2003, § 42, Rz. 63.

<sup>11</sup> Veit, in: Bamberger/Roth, BGB, 1. Aufl. 2003, § 1631 b, Rz. 2; Salgo, (Anm. 3), § 1631 b, Rz. 11; Czerner, AcP 202 (2002), S. 72, 85.

<sup>12</sup> BT-Drucks. 8/2788, S. 51; AG Kamen, FamRZ 1983, S. 299; KreisG Schwedt, FamRZ 1993, S. 601 f.; Michalski, in: Erman, BGB, 11. Aufl. 2004, § 1631 b, Rz. 3 f.; Salgo, (Anm. 3), § 1631 b, Rz. 12 f.; Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 4. Aufl. 1994, S. 1009; Schlink/Schattenfroh, in: Fegert/Späth/Salgo (Hrsg.), Freiheitsentziehende Maßnahmen in der Jugendhilfe und Kinder- und Jugendpsychiatrie, 2001, S. 73, 74; Wille, ZfJ (=Zentralblatt für Jugendrecht), 2002, S. 85, 86; Czerner, AcP 202 (2002), S. 72, 88 f.; Diederichsen, in: Palandt, BGB, 65. Aufl. 2006, § 1631 b, Rz. 2.

<sup>13</sup> Czerner, AcP 202 (2002), S. 72, 85 f.; Salgo, (Anm. 3), § 1631 b, Rz. 11; Schlink/Schattenfroh, (Anm. 12), S. 73, 74.

<sup>14</sup> Diederichsen, (Anm. 11), § 1631 b, Rz. 3; Gernhuber/Coester-Waltjen, (Anm. 12), S. 1009; Salgo, (Anm. 3), § 1631 b, Rz. 13; Czerner, AcP 202 (2002), 72, 87 m.w.N. zur Mindermeinung.

<sup>15</sup> Veit, (Anm. 10), § 1631 b, Rz. 2; Salgo, (Anm. 3), § 1631 b, Rz. 12; Koritz, FPR 2006, S. 42, 43.

<sup>16</sup> Kunkel, FPR 2003, 277, 278.

<sup>17</sup> Czerner, AcP 202 (2002), S. 72, 79; Schlink/Schattenfroh, (Anm. 12), S. 73, 142 f.; Wille, ZfJ 2002, 85, 88.

<sup>18</sup> BT-Drucks. 8/2788, S. 38; Czerner, AcP 202 (2002), S. 72, 74 u. 76; Salgo, (Anm. 3), § 1631 b, Rz. 4 f.; Koritz, FPR 2006, S. 42; Gernhuber/Coester-Waltjen, (Anm. 12), S. 1009; Schlink/Schattenfroh, (Anm. 12), S. 73, 111.

<sup>19</sup> Salgo, (Anm. 3), § 1631 b, Rz. 23 f.; Schlink/Schattenfroh, (Anm. 12), S. 73, 134 u. 144 f.; Wille, ZfJ 2002, 85, 87.

Insofern verwirklicht die Bestimmung sowohl das staatliche Wächteramt aus Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG als auch die formellen Anforderungen für Freiheitsentziehungen aus Art. 104 GG.

Nach zutreffender Auffassung ist die richterliche Genehmigung auch dann notwendig, wenn der Minderjährige mit der geschlossenen Unterbringung einverstanden ist<sup>20</sup>. Nur so kann geklärt werden, ob der bzw. die Minderjährige einwilligungsfähig ist und verstanden hat, worauf sich seine Einwilligung bezieht<sup>21</sup>. Nur so kann ferner verhindert werden, dass die Einwilligung durch das Kind oder den Jugendlichen widerrufen wird und damit die Unterbringung zu einer rechtswidrigen Freiheitsberaubung wird<sup>22</sup>.

Aus § 1631 b S. 3 BGB folgt, dass das Familiengericht die Unterbringung genehmigen wird, wenn sie dem Wohl des Kindes entspricht. Der Weg zu dieser Entscheidung ist durch die §§ 70 ff. FGG ausführlich geregelt<sup>23</sup>. Die Verfahrensvorschriften sehen unter anderem die Bestellung eines Verfahrenspflegers (§ 70 b FGG)<sup>24</sup>, die persönliche Anhörung des betroffenen Kindes bzw. Jugendlichen (§ 70 c FGG), die Beteiligung des Jugendamtes (§ 49a Abs. 1 Nr. 5 FGG), die obligatorische Begutachtung durch einen Sachverständigen (§ 70 e Abs. 1 FGG), die genaue Bezeichnung der Unterbringungsmaßnahme und die Befristung der Unterbringung auf maximal ein Jahr vor (§ 70 f Abs. 1 FGG). Dem jeweiligen Antragsteller obliegt dann die Auswahl einer Einrichtung, die den Anforderungen des Gerichtsbeschlusses entspricht<sup>25</sup>.

## 4 Die Argumentation der Untergerichte

Beide Amtsgerichte vertreten den Standpunkt, § 1631 b S. 1 BGB genüge dem rechtsstaatlichen Gebot der hinreichenden Bestimmtheit von Normen nicht. Eine Vorschrift, die als Rechtsfolge eine bis zu einem Jahr dauernde geschlossene Unterbringung ermögliche und damit in die Freiheit der Person eingreife (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG), brauche einen Tatbestand, der hinreichend präzise inhaltliche Voraussetzungen enthalte. Das Wohl des Kindes als einzige inhaltliche Voraussetzung für eine geschlossenen Unterbringung nach § 1631 b S. 1 BGB stelle keinen ausreichend berechenbaren und kontrollierbaren Maßstab dar<sup>26</sup>.

## 5 Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Bestimmtheit von Normen

Das Bundesverfassungsgericht leitet die Forderung, dass Normen außerhalb des Strafrechts<sup>27</sup> hinreichend bestimmt sein müssen, in ständiger Rechtsprechung aus dem Rechtsstaatsprinzip

<sup>20</sup> Veit, (Anm. 11), § 1631 b, Rz. 6; Salgo, (Anm. 3), § 1631 b, Rz. 8; Schumacher, FamRZ 1991, S. 280, 281; Gollwitzer/Rüth, FamRZ 1996, S. 1388, 1389; Schlink/Schattenfroh, (Anm. 12), S. 73, 78 f.; Koritz, FPR 2006, 42, 43; A.A. Diederichsen, (Anm. 12), § 1631 b, Rz. 2; Michalski, (Anm. 12), § 1631 b, Rz. 4; Kunkel, FPR 2003, S. 277, 279; vermittelnde Auffassung bei Wille, ZfJ 2002, S. 85, 86.

<sup>21</sup> Veit, (Anm. 11), § 1631 b, Rz. 6; Gollwitzer/Rüth, FamRZ 1996, S. 1388, 1389 f.; Koritz, FPR 2006, S. 42, 43; Salgo, (Anm. 3), § 1631 b, Rz. 8; diesen Gesichtspunkt betont auch BayObLG, FamRZ 1992, S. 105.

<sup>22</sup> Schlink/Schattenfroh, (Anm. 12), S. 73, 79; Gollwitzer/Rüth, FamRZ 1996, S. 1388, 1389.

<sup>23</sup> Vertiefend insoweit Wille, ZfJ 2002, S. 85, 88 ff.

<sup>24</sup> Vertiefend Koritz, FPR 2006, S. 42, 43 f.

<sup>25</sup> OLG Brandenburg, FamRZ 2004, 815, 817; BayObLG, FamRZ 1992, 105, 106; Czerner, AcP 202 (2002), 72, 81; Wille, ZfJ 2002, 85, 92; Salgo, (Anm. 3), § 1631 b, Rz. 41.

<sup>26</sup> AG Hamburg-Bergedorf, Beschl. v. 21.10.2006, 415c F 20/05, nicht veröffentlicht, Urteilsumdruck S. 4 f.; AG Frankfurt/M., Beschluss v. 26.03.1982, zitiert nach BVerfGE 74, 236, 241.

<sup>27</sup> Für dieses gilt Art. 103 Abs. 2 GG als Spezialregelung.

(Art. 20 Abs. 3, Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG) ab<sup>28</sup>. Grundsätzlich soll die Regelung den Betroffenen die Rechtslage so verdeutlichen, dass sie ihr Verhalten darauf einstellen können<sup>29</sup>. Dennoch ist der Verständnishorizont des Bürgers nicht der ausschlaggebende Maßstab der verfassungsrechtlichen Bestimmtheit. Als hinreichend bestimmt gelten nämlich nach Auffassung des Gerichts auch solche Normen, deren Inhalt erst mit Hilfe der Auslegung oder einer gefestigten Rechtsprechung präzisiert werden kann<sup>30</sup>. Der Grad der dem Gesetzgeber abzuverlangenden Präzision hängt außerdem von der Eigenart des Regelungsbereichs<sup>31</sup>, dem Normzweck<sup>32</sup> und der Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung<sup>33</sup> ab. Auf diese Weise war es dem Gericht möglich, auch Generalklauseln, wie etwa den Begriff der „öffentlichen Ordnung“ im Gefahrenabwehrrecht<sup>34</sup>, für vereinbar mit dem Bestimmtheitsgrundsatz zu erklären<sup>35</sup>.

Für Freiheitsentziehungen hat das Bundesverfassungsgericht die Anforderungen an die hinreichende Bestimmtheit in einer Entscheidung aus dem Jahr 1970 allerdings schärfer gefasst. Aus der umfassenden grundgesetzlichen Regelung in Art. 2 Abs. 2 S. 2 und S. 3 sowie Art. 104 GG folge, dass der Gesetzgeber zu einer besonderen Genauigkeit gezwungen sei und berechenbare, messbare und kontrollierbare Vorschriften zu schaffen habe; Freiheitsentziehungen aufgrund Gewohnheitsrechts oder aufgrund analoger Anwendung von Normen seien unzulässig<sup>36</sup>.

## 6 Das Kindeswohl als generell (zu) unbestimmter Rechtsbegriff?

Wie sich am Wortlaut des § 1697a BGB erkennen lässt, ist der Begriff „Wohl des Kindes“, der in zahlreichen Normen des Kindschaftsrechts verwandt wird<sup>37</sup>, eine Generalklausel, die auf die jeweils zu entscheidende Sachfrage und den jeweiligen Einzelfall hin von den Gerichten konkretisiert werden muss<sup>38</sup>. *Diederichsen* meint, dass Kindeswohl entziehe sich einer eindeutigen Sachdefinition<sup>39</sup>. Immerhin gibt es eine Reihe von Entscheidungskriterien, die regelmäßig zur Konkretisierung herangezogen werden<sup>40</sup>. Es sind die äußereren Lebensbedingungen des Kindes, sein Wille,

<sup>28</sup> BVerfGE 59, 104, 114; 78, 205, 212; 86, 288, 311; 89, 69, 84; 93, 213, 238; 102, 254, 337 zuletzt BVerfG, Beschl. v. 08.03.2006, 2 BvR 486/05, Abs.-Nr. 53, <http://www.bverfg.de>; zustimmend und vertiefend *Papier/Möller*, AöR 122, 1997, S. 177, 178 ff.; vgl. zum Folgenden auch *Schnapp*, in: v. Münch/Kunig, GGK II, 5. Aufl. 2001, Art. 20, Rz. 29; *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 5. Aufl. 2005, Art. 20, Rz. 289 ff.; *Sachs*, in: ders., GG, 3. Aufl. 2003, Art. 20, Rz. 126 ff.

<sup>29</sup> BVerfGE 17, 306, 317; 25, 269, 290; 59, 104, 114; 62, 169, 183; 78, 205, 212; 83, 130, 145; 102, 254, 337; 113, 348, 375 f.; zuletzt BVerfG, Beschl. v. 08.03.2006, 2 BvR 486/05, Abs.-Nr. 53; *Papier/Möller*, AöR 122, 1997, S. 177, 181 f.

<sup>30</sup> BVerfGE 45, 363, 371 f.; 78, 205, 212; 80, 103, 108; 86, 288, 311; 102, 254, 337; zuletzt BVerfG, Beschl. v. 08.03.2006, 2 BvR 486/05, Abs.-Nr. 53; *Papier/Möller*, AöR 122, 1997, S. 177, 189.

<sup>31</sup> BVerfGE 17, 306, 314; 59, 104, 114; 78, 205, 212; 86, 288, 311; 89, 69, 84; 102, 254, 337; zuletzt BVerfG, Beschl. v. 08.03.2006, 2 BvR 486/05, Abs.-Nr. 53; *Papier/Möller*, AöR 122, 1997, S. 177, 185.

<sup>32</sup> BVerfGE 59, 104, 114; 78, 205, 212; 89, 69, 84; 102, 254, 337; zuletzt BVerfG, Beschl. v. 08.03.2006, 2 BvR 486/05, Abs.-Nr. 53.

<sup>33</sup> BVerfGE 59, 104, 114; 62, 169, 183; 83, 130, 145; 86, 288, 311; 93, 213, 238; 102, 254, 337; zuletzt BVerfG, Beschl. v. 08.03.2006, 2 BvR 486/05, Abs.-Nr. 53; *Papier/Möller*, AöR 122, 1997, S. 177, 187 f. u. 199 f.; *Schlink/Schattenfroh*, (Anm. 11), S. 73, 81 u. 112.

<sup>34</sup> BVerfGE 69, 315, 352; *BVerfG*, DVBl 2004, 235, 237; *Papier/Möller*, AöR 122, 1997, S. 177, 205.

<sup>35</sup> BVerfGE 13, 153, 161; 56, 1, 12; 86, 288, 311; 93, 213, 238; *Papier/Möller*, AöR 122, 1997, S. 177, 184.

<sup>36</sup> BVerfGE 29, 183, 195 f.; *BVerfG*, NSTZ 1995, 399; vgl. zum Analogieverbot auch 83, 24, 32; f.

<sup>37</sup> §§ 1626 Abs. 3, 1632 Abs. 4, 1666, 1671 Abs. 2, 1672, 1678 Abs. 2, 1680 Abs. 2, 1681 Abs. 2, 1682, 1684 Abs. 4; 1685 Abs. 1, 1696, 1697a, 1741 Abs. 1 1763 Abs. 1 BGB (ohne Anspruch auf Vollständigkeit).

<sup>38</sup> *Diederichsen*, (Anm. 12), § 1666, Rz. 15; *Kropholler*, JZ 1984, S. 164; *Wille*, ZfJ 2002, S. 85, 87; *Schlink/Schattenfroh*, (Anm. 12), S. 73, 114 u. 116.

<sup>39</sup> *Diederichsen*, (Anm. 12), § 1666, Rz. 15; ebenso *Kropholler*, JZ 1984, S. 164.

<sup>40</sup> *Veit*, (Anm. 10), § 1671, Rz. 3 ff.; *Diederichsen*, (Anm. 12), § 1671, Rz. 20 ff.; *Michalski*, (Anm. 12), § 1671, Rz. 20 ff. jeweils m.w.N.

der mit zunehmendem Alter an Bedeutung gewinnt<sup>41</sup>, die vorhandenen persönlichen Bindungen des Kindes<sup>42</sup>, die Fähigkeit der als Sorgeberechtigte in Frage kommenden Erwachsenen das Kind zu erziehen und zu fördern<sup>43</sup> sowie schließlich die Frage der Betreuungskontinuität.

Der Kindeswohlbegriff gewinnt ferner dadurch an Kontur, dass § 1666 Abs.1 BGB eine Reihe von Situationen beschreibt, die das Kindeswohl gefährden. Wer sein Kind körperlich misshandelt, permanent beleidigt und herabwürdigt, vernachlässigt oder das Vermögens des Kindes veruntreut, muss mit Maßnahmen des Familiengerichts rechnen<sup>44</sup>.

Trotz dieser Eingrenzungen bleibt ein gewisses Maß an Unbestimmtheit bestehen, wenn man sich etwa vorstellt, dass bei einem Antrag auf alleinige Ausübung der elterlichen Sorge nach § 1671 die genannten Unterarten des Kindeswohls in ganz unterschiedliche Richtungen weisen<sup>45</sup>.

Die verbleibende Unsicherheit in der Rechtsanwendung ist allerdings zu einem guten Teil der Eigenart des zu regelnden Sachbereichs geschuldet. Man könnte sagen, dass die Familienrechtsordnung mit dem Begriff „Wohl des Kindes“ ein Tor für ökonomische, psychologische und pädagogische Gesichtspunkte des Einzelfalls öffnen will. Bei den Entscheidungen, die die Gerichte unter Berücksichtigung des Kindeswohls zu treffen haben geht es immer um ein einzelnes Kind, so dass es von vornherein zum Scheitern verurteilt wäre, alle denkbaren Gesichtspunkte im Gesetz aufzuzählen<sup>46</sup>. Das Stichwort „gewaltfreie Erziehung“ (§ 1631 Abs. 2 BGB), macht zudem deutlich, dass die Vorstellungen, wie Kinder behandelt werden sollten, stark zeitabhängig sind.

Auch aus verfassungsrechtlicher Sicht erscheint eine umfassende Definition des Kindeswohls fragwürdig. Denn das Grundgesetz macht es in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG in erster Linie zu einer Aufgabe der Eltern zu bestimmen, was für ihr Kind gut ist und was nicht<sup>47</sup>. Es ist – abgesehen von den Grenzfällen des bereits erwähnten § 1666 BGB – nicht Aufgabe des Staates vorzugeben, wie Kinder zu betreuen und zu erziehen sind.

Trotz gewisser Bedenken<sup>48</sup> ist deshalb der Begriff des Kindeswohls an sich mit der h.M.<sup>49</sup> als hinreichend bestimmt anzusehen, weil die Generalklausel durch eine ständige Rechtsprechung, die von der Lehre weitgehend akzeptiert wird, zumindest in zentralen Bereichen wie §§ 1666 und 1671 BGB präzisiert werden konnte.

<sup>41</sup> Vgl. insoweit § 1671 Abs. 2 Nr. 1 BGB; *Kropholler*, JZ 1984, S. 164; *Schwab*, Familienrecht, 11. Aufl. 2001, Rz. 545.

<sup>42</sup> Vgl. insoweit § 1685 Abs. 1 u. Abs. 2 BGB.

<sup>43</sup> *Schlüter*, Familienrecht, 10. Aufl. 2003, S. 223; *Schwab*, (Anm. 41), Rz. 677; *Kropholler*, JZ 1984, S. 164 f.; Vgl. z.B. aus dem Bereich des § 1666, 1666 a BGB *BVerfG*, FamRZ 2000, S. 1489; *OLG Stuttgart*, FamRZ 2005, S. 1273, 1274; aus dem Bereich des § 1684 Abs. 4 BGB *OLG Hamm*, FamRZ 2000, S. 45; *OLG Bamberg*, FamRZ 2000, S. 46 f.

<sup>44</sup> Einzelheiten insoweit bei *Diederichsen*, (Anm. 12), § 1666, Rz. 16 ff; *Schwab*, (Anm. 41), Rz. 548 u. 636 ff.; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, (Anm. 12), S. 897 f.; *Veit*, (Anm. 11), § 1666, Rz. 4 ff.

<sup>45</sup> *Kropholler*, JZ 1984, S. 164, 165 bezeichnet diese schwierige Situation als Gleichgewichtslage.

<sup>46</sup> *Salgo*, (Anm. 3), § 1631 b, Rz. 22 a; *Kropholler*, JZ 1984, S. 164, 166; *Michalski*, (Anm. 12), § 1671, Rz. 21.

<sup>47</sup> *Gernhuber/Coester-Waltjen*, (Anm. 12), S. 864; *Schwab*, (Anm. 41), Rz. 544.

<sup>48</sup> *Kropholler*, JZ 1984, S. 164, 165; sehr kritisch *Mnookin*, FamRZ 1975, 1, 2 f. u. 4 „Der Maßstab des Kindeswohls ist eine Mystifikation“.

<sup>49</sup> *BVerfGE* 68, 176, 188; 75, 201, 218; *BVerfG*, FamRZ 2000, 1489; *Wille*, ZfJ 2002, 85, 87; die BGB-Kommentare und die Lehrbücher des Familienrechts werfen die Frage der hinreichenden Bestimmtheit noch nicht einmal mehr auf.

## 7 Das Kindeswohl als zu unbestimmtes Entscheidungskriterium in § 1631 b S. 1 BGB

Fraglich bleibt, ob diese generelle Linie auch für den Sonderfall des § 1631 b BGB gelten kann. Denn die geschlossene Unterbringung stellt im Vergleich zu sonstigen Maßnahmen, die sich auf das Kriterium Kindeswohl stützen, einen deutlich intensiveren Grundrechtseingriff dar. Durch die Aufhebung der körperlichen Bewegungsfreiheit wird auch die Ausübung anderer Grundrechte, etwa der Versammlungs- oder Berufsfreiheit, vereitelt oder erschwert<sup>50</sup>. Weil die geschlossene Unterbringung bis zu einem Jahr und länger dauern kann, wirkt sie sich – bei den betroffenen jungen Menschen stärker als bei Erwachsenen<sup>51</sup> – intensiv und eventuell persönlichkeitsverändernd aus<sup>52</sup>. In verschiedenen Entscheidungen hat das Bundesverfassungsgericht zudem den besonders hohen Stellenwert des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG betont<sup>53</sup>.

Die Argumentation, der Staat habe bei der Unterbringung nach § 1631 b S. 1 BGB nicht die Hauptverantwortung, sondern unterstütze nur die elterliche Entscheidung und greife damit nicht selbst in die Grundrechte des Minderjährigen ein<sup>54</sup>, überzeugt dagegen nicht. Die staatliche Mitwirkung ist nämlich obligatorisch<sup>55</sup>. Die Eltern dürfen nicht allein handeln. Weil die Unterbringung ohne Genehmigung des Familiengerichts rechtswidrig ist<sup>56</sup>, liegt ein staatlicher Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG vor<sup>57</sup>. Diese Beurteilung gilt erst recht, wenn der – staatlicherseits bestellte – Vormund den Antrag auf eine geschlossene Unterbringung stellt<sup>58</sup>.

Frage man angesichts der geschilderten Intensität des Grundrechtseingriffs nach der für Freiheitsentziehungen geforderten Berechenbarkeit, Kontrollierbarkeit und Messbarkeit<sup>59</sup>, so muss § 1631 b S. 1 BGB als zu unbestimmt betrachtet werden. Denn der Maßstab „Kindeswohl“ allein erlaubt keine Entscheidungsprognose. Dass die geschlossene Unterbringung am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu überprüfen ist<sup>60</sup>, trägt nicht zur Bestimmtheit des § 1631 b BGB bei, weil die Norm den Zweck der Unterbringung nicht definiert<sup>61</sup>.

Selbst wenn man annimmt, dass das Bundesverfassungsgericht § 1631 b S. 1 BGB an den durchschnittlichen Bestimmtheitsanforderungen und nicht an den härteren Kriterien der Entscheidung aus dem Jahr 1970 messen wird, kann man zu dem Resultat kommen, dass die Vorschrift dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot nicht mehr genügt<sup>62</sup>.

Während § 1631 b S. 1 BGB als einzige Tatbestandsvoraussetzung das Kindeswohl nennt<sup>63</sup>, enthalten vergleichbare Unterbringungsnormen, wie etwa 1906 Abs. 1 BGB, § 42 Abs. 3 S. 2 SGB VIII und die Regeln der Landesgesetze zur Unterbringung psychisch kranker Menschen<sup>64</sup>.

<sup>50</sup> Schlink/Schattenfroh, (Anm. 12), S. 73, 113.

<sup>51</sup> Schlink/Schattenfroh, (Anm. 12), S. 73, 102 u. 113.

<sup>52</sup> Czerner, AcP 202 (2002), S. 72, 131.

<sup>53</sup> BVerfGE 49, 24, 53; 65, 317, 322; 105, 239, 247; 109, 190, 239.

<sup>54</sup> Wiesner, (Anm. 7), S. 33, 42.

<sup>55</sup> Schlink/Schattenfroh, (Anm. 12), S. 73, 112.

<sup>56</sup> Salgo, (Anm. 2), § 1631 b, Rz. 18; Schlink/Schattenfroh, (Anm. 12), S. 73, 112.

<sup>57</sup> Schlink/Schattenfroh, (Anm. 12), S. 73, 78 u. 112.

<sup>58</sup> BVerfGE 10, 302, 324 ff.; Schlink/Schattenfroh, (Anm. 12), S. 73, 78.

<sup>59</sup> BVerfGE 29, 183, 195 f.

<sup>60</sup> Nachweise insoweit bei Anm. 19.

<sup>61</sup> Schlink/Schattenfroh, (Anm. 12), S. 73, 144.

<sup>62</sup> Schlink/Schattenfroh, (Anm. 12), S. 73, 113 u. 122; Schumacher, FamRZ 1991, 280; Czerner, AcP 202 (2002), S. 72, 132.

<sup>63</sup> AG Hamburg-Bergedorf, Beschl. v. 21.10.2006, 415c F 20/05, nicht veröffentlicht, Urteilsumdruck S. 5.

<sup>64</sup> Vgl. z.B. § 9 HambPsychKG; § 11 PsychKG MV; § 11 PsychKG NW; § 7 PsychKG SH; Einzelheiten zu diesen Regeln bei Schlink/Schattenfroh, (Anm. 12), S. 73, 104 ff.

deutlich präzisere Aussagen. Typischerweise erlauben diese Vorschriften eine geschlossene Unterbringung nur bei der konkreten Gefahr einer (erheblichen) Selbst- oder Fremdgefährdung. Im Zusammenhang mit der Einführung der rechtlichen Betreuung anstelle der Vormundschaft für Volljährige hat der Bundesgesetzgeber die frühere Unterbringungsregelung, die sich allein am Wohl des Mündels orientierte, ausdrücklich als „vage“ charakterisiert<sup>65</sup> und durch die genauere Vorschrift des § 1906 Abs. 1 BGB ersetzt. Die fehlende tatbestandliche Präzision des § 1631 b S. 1 BGB kann also nicht mit einer Eigenart des Unterbringungsrechts erklärt werden<sup>66</sup>. Das oben geschilderte Argument aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG<sup>67</sup>, die Generalklausel „Kindeswohl“ sichere den elterlichen Erziehungsvorrang, trifft auf § 1631 b S. 1 BGB ebenfalls nicht zu. Denn ein geschlossen untergebrachtes Kind wird nicht mehr von den Eltern betreut.

Es ist zwar richtig, dass die Unterbringung in einer geschlossenen Einrichtung oft dem Schutz des Minderjährigen – etwa vor einer Selbsttötung – dient<sup>68</sup>. Dennoch kann die aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG abgeleitete Schutzpflicht des Staates für Leben und Gesundheit eine hinreichend bestimmte Ermächtigungsgrundlage nicht ersetzen<sup>69</sup>, zumal die Unterbringung auch auf anderen Gründen als der Selbstgefährdung beruhen kann. Eine Unterbringung zum Wohle des Betroffenen bleibt ein zu rechtfertigender Grundrechtseingriff, die staatliche Fürsorge lässt den Freiheitsschutz nicht entfallen<sup>70</sup>. Die Tatsache, dass ein dringender Bedarf an geschlossener Unterbringung bestehen kann<sup>71</sup>, vermag die rechtliche Beurteilung ebenfalls nicht zu beeinflussen. Denn es geht nicht darum, ob eine geschlossene Unterbringung im Einzelfall tatsächlich notwendig ist, sondern darum, ob sie der sehr offen formulierten Regel des § 1631 b S. 1 BGB rechtlich zulässig ist.

Schließlich ändert die oben geschilderte<sup>72</sup> sorgfältige verfahrensrechtliche Gestaltung nichts an der Unbestimmtheit der materiellen Regelung<sup>73</sup>. Ungeachtet der Kritik an der praktischen Verwirklichung des Verfahrensrechts – insbesondere der häufig fehlenden Bestellung eines Verfahrenspflegers<sup>74</sup> –, verhilft eine sorgfältige Informationssammlung dem Richter nicht zu inhaltlichen Entscheidungskriterien.

Zieht man den Zweck des § 1631 b S. 1 BGB heran, nämlich missbräuchliche Unterbringungen durch die Personensorgeberechtigten zu verhindern, erscheint eine größere Präzision der Entscheidungskriterien ebenfalls angezeigt.

Die Rechtsprechung kompensiert die Ungenauigkeit des gesetzlichen Tatbestandes weder durch eine eigene Definition des Kindeswohls<sup>75</sup>, noch durch die Methode der Fallgruppenbildung<sup>76</sup>. Die vorhandenen, bereichsspezifischen Annäherungen lassen sich nicht auf den sehr viel härteren Eingriff nach § 1631 b S. 1 BGB übertragen. Wann eine geschlossene Unterbrin-

<sup>65</sup> BT-Drucks. 11/4528, S. 81.

<sup>66</sup> Ausführlich hierzu *Schlink/Schattenfroh*, (Anm. 12), S. 73, 121 f.

<sup>67</sup> Unter V. a.E.

<sup>68</sup> *Czerner*, AcP 202 (2002), 72, 133; *Wiesner*, (Anm. 7), S. 33, 44.

<sup>69</sup> *Schlink/Schattenfroh*, (Anm. 12), S. 73, 79 u. 112.

<sup>70</sup> BVerfGE 10, 302, 323 f.

<sup>71</sup> In diese Richtung argumentiert *Wiesner*, (Anm. 7), S. 33, 42 u. 44.

<sup>72</sup> Unter II. a.E.

<sup>73</sup> A.A. *Salgo*, (Anm. 3), § 1631 b, Rz. 22a u. 31.

<sup>74</sup> *Hoops*, Sozialextra Oktober 2004, S. 20, 24; *Münder*, (Anm. 10), § 42, Rz. 62; eine Untersuchung von 101 Unterbringungsfällen aus Bayern kommt zu dem Resultat, dass nur in 20 % der Fälle ein Verfahrenspfleger bestellt wurde, *Rüth et al.*, Gesundheitswesen 2004, S. 739, 742 u. 746.

<sup>75</sup> S.o., unter V.

<sup>76</sup> *Schlink/Schattenfroh*, (Anm. 12), S. 73, 117 ff. m.w.N. zu diesen Möglichkeiten der Konkretisierung generell: *Papier/Möller*, AöR 122, 1997, S. 177, 202 ff.

gung genehmigt wird und wann nicht, lässt sich anhand der wenigen Urteile, die auf diese Frage eingehen, nicht sicher sagen.

Im Ergebnis erweist sich der Begriff des Kindeswohls in § 1631 b S. 1 BGB angesichts der Intensität des Grundrechtseingriffs<sup>77</sup> und der naheliegenden Präzisierungsmöglichkeiten, die in verwandten Normen genutzt werden, als nicht hinreichend bestimmt, selbst wenn nur „durchschnittliche“ Bestimmtheitsanforderungen zugrunde gelegt werden. Bevor das Verdikt der Verfassungswidrigkeit ausgesprochen wird, muss allerdings untersucht werden, ob die Norm verfassungskonform ausgelegt werden kann<sup>78</sup>.

## 8 Möglichkeiten einer verfassungskonformen Auslegung des § 1631 b S. 1 BGB

Eine größere Bestimmtheit des § 1631 b BGB ließe sich erreichen, wenn man die einschränkenden Tatbestandsvoraussetzungen anderer Vorschriften analog heranzieht. Das für Freiheitsentziehungen vom Bundesverfassungsgericht ausgesprochene Analogieverbot<sup>79</sup> gilt insofern nicht. Zum einen wird keine neue Tatbestand der Freiheitsentziehung geschaffen, zum anderen wirkt sich die Analogie zugunsten derjenigen, die geschlossen untergebracht werden sollen.

Zweifel an der Korrektur der Unbestimmtheit im Wege der Analogie weckt allerdings eine jüngere Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, in der es wörtlich heißt<sup>80</sup>: „*Führt die Auslegung einer Norm wie bei § 51 Abs. 2 JGG zu dem Ergebnis, dass ihr ein hinreichend bestimmter und vom Gesetzgeber gewollter Regelungsgehalt nicht zu entnehmen ist, ist die nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts für eine verfassungskonforme Auslegung erforderliche Voraussetzung, dass es jedenfalls eine Deutung der Vorschrift gibt, die der Verfassung entspricht (vgl. BVerfGE 88, 145, 166; st.Rsp.r), nicht erfüllt.*“ Aus den Materialien zu § 1631 b S. 1 BGB lässt sich entnehmen<sup>81</sup>, dass die geschlossene Unterbringung eines Kindes der Alleinentscheidung der Eltern entzogen werden sollte, diese also dem Gericht plausible Gründe für die Unterbringung zu präsentieren haben. Diese restriktive Grundaussage der Vorschrift ermöglicht eine Deutung, die dem Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG gerecht wird. Eine verfassungskonforme Auslegung bleibt also grundsätzlich möglich.

Als entsprechend heranzuziehende Vorschrift kommt zunächst § 1906 Abs. 1 BGB in Betracht<sup>82</sup>, der als Rechtsfolge ebenfalls eine geschlossene Unterbringung vorsieht. Über das Wohl des Betreuten hinaus fordert die Vorschrift, dass eine geschlossene Unterbringung entweder erforderlich ist um eine Selbsttötung oder erhebliche Selbstverletzung zu verhindern oder notwendig wird um eine ärztliche Untersuchung durchzuführen. Die Tatbestände des § 1906 und des § 1631 b BGB sind sich allerdings insoweit unähnlich, als dass ersterer sich nur auf Erwachsene bezieht, für die zudem bereits ein Betreuer bestellt wurde. Immerhin verfolgen beide Normen einen ähnlichen Zweck, nämlich die schwerwiegende Entscheidung über eine Freiheitsentziehung nicht der betreuenden Person allein zu überlassen. Hinter den Regeln steht somit auch ein ähnlicher potentieller Konflikt, nämlich der zwischen den Wünschen des einzuweisenden Kindes bzw. Betreuten und den Wünschen der Erziehungsberechtigten bzw. des Betreu-

<sup>77</sup> Dies betonen Schlink/Schattenfroh, (Anm. 12), S. 73, 114 f.

<sup>78</sup> St. Rspr. des BVerfG s. BVerfGE 2, 266, 282; 48, 40, 45 f.; 64, 229, 241 f.; Stein/Frank, Staatsrecht, 19. Aufl. 2004, S. 152.

<sup>79</sup> BVerfGE 29, 183, 196.

<sup>80</sup> BVerfGE 107, 104, 128.

<sup>81</sup> S.o., unter III. bei Fn 18 u. 19.

<sup>82</sup> Wille, ZfJ 2002, 85, 87 f.; Veit, (Anm. 11), § 1631 b, Rz. 7.

ers<sup>83</sup>. Eine entsprechende Anwendung der Tatbestandsvoraussetzungen der betreuungsrechtlichen Norm bei § 1631 b S. 1 BGB erscheint deshalb zulässig.

Aus der entsprechenden Heranziehung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 1906 Abs. 1 BGB lassen sich allerdings keine Entscheidungskriterien für die Fälle der Fremdgefährdung gewinnen<sup>84</sup>. Diesbezüglich kann aber auf § 42 Abs. 3 S. 2 SGB VIII zurückgegriffen werden, der eine Unterbringung auch gestattet, wenn von dem Minderjährigen eine Gefahr für Leib oder Leben Dritter ausgeht. Zwar rechtfertigt die Norm nur kurzfristige Unterbringungen durch das Jugendamt<sup>85</sup>, doch gilt diese Beschränkung nicht, wenn ein Richter nach § 1631 b S. 1 BGB über eine geschlossene Unterbringung entscheidet.

## 9 Fazit

Dem vorlegenden Familienrichter ist darin Recht zugeben, dass § 1631 b S. 1 BGB für sich genommen den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen nicht genügt. Die fehlende Bestimmtheit folgt dabei nicht aus der Verwendung der Generalklausel des Kindeswohls, sondern daraus, dass mit Hilfe dieser Klausel ein sehr intensiver Eingriff in die Bewegungsfreiheit von Minderjährigen gerechtfertigt werden soll. § 1631 b BGB entgeht der Beurteilung als verfassungswidrig nur deshalb, weil sein Tatbestand durch die analoge Heranziehung modernerer Unterbringungsnormen, nämlich des § 1906 Abs. 1 BGB und des § 42 Abs. 3 S. 2 SGB VIII, in hinreichender Weise präzisiert werden kann. Will der Gesetzgeber die starke Beschränkung des Anwendungsbereichs des § 1631 b BGB, die sich aus Gründen der Verfassungskonformität als notwendig erweist, nicht hinnehmen, wäre eine Reform angezeigt<sup>86</sup>.

*Verf.: Prof. Dr. Guy Beaucamp, Department Public Management, Fakultät Wirtschaft und Public Management, Hochschule für Angewandte Wissenschaften Hamburg, Berliner Tor 5, 20099 Hamburg*

<sup>83</sup> A.A. Schlink/Schattenfroh, (Anm. 12), S. 73, 115 f.

<sup>84</sup> Wille, ZfJ 2002, S. 85, 88.

<sup>85</sup> S. § 42 Abs. 3 S. 3 SGB VIII; Kunkel, FPR 2003, 277, 279; Münder, (Anm. 10), § 42, Rz. 55 ff.

<sup>86</sup> So auch Schlink/Schattenfroh, (Anm. 12), S. 73, 157.