

**Gutachten**  
**zur Frage der Erforderlichkeit einer gesetzlichen Regelung**  
**für den Vollzug einer freiheitsentziehenden Maßnahme nach § 1631b BGB**

**I. Auftrag**

Der Präsident des Abgeordnetenhauses von Berlin hat aufgrund einer entsprechenden Bitte der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen den Wissenschaftlichen Parlamentsdienst mit der Erstellung eines Gutachtens zu der Frage beauftragt, ob der Vollzug der freiheitsentziehenden Unterbringung eines Kindes nach § 1631b BGB einer gesonderten gesetzlichen Regelung bedarf. Hierbei sollen folgende Punkte erörtert werden:

1. Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat die Notwendigkeit einer gesetzlichen Bestimmung für den Jugendstrafvollzug, für Zwangsmaßnahmen im Rahmen der geschlossenen Unterbringung in der Psychiatrie und zum Vollzug der Sicherungsverwahrung bejaht (siehe BVerfG, Urteil vom 31. Mai 2006 – 2 BvR 1673/04 und 2402/04; BVerfG, Urteil vom 4. Mai 2011 – 2 BvR 2365/09). Ist die Durchführung und der Vollzug einer freiheitsentziehenden Maßnahme nach § 1631b BGB in einer geschlossenen Einrichtung der Jugendhilfe ebenfalls auf die Grundlage einer eigenen gesetzlichen Regelung zu stellen?
2. Wer hat hierfür die Gesetzgebungskompetenz, der Bund oder die Länder?

Die Gutachten des Wissenschaftlichen Parlamentsdienstes sind urheberrechtlich geschützt. Die weitere Verarbeitung, Verbreitung oder Veröffentlichung – auch auszugsweise – ist nur unter Angabe der Quelle zulässig. Jede Form der kommerziellen Nutzung ist untersagt.

## II. Gutachten

### A. Frage 1

Das Bundesverfassungsgericht hat in mehreren Entscheidungen die Verpflichtung des Gesetzgebers betont, für Grundrechtseingriffe im Rahmen einer freiheitsentziehenden Maßnahme gesetzliche Grundlagen zu schaffen:

So hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 31. Mai 2006 festgestellt, dass der Vollzug der Jugendstrafe einer gesetzlichen Regelung bedarf.<sup>1</sup> Das Gericht knüpft damit an seine Entscheidung vom 14. März 1972 an, in der es festgestellt hat, dass auch in die Grundrechte von Strafgefangenen nur aufgrund einer gesetzlichen Grundlage eingegriffen werden darf (Abkehr von der Rechtsfigur des „besonderen Gewaltverhältnisses“).<sup>2</sup> In seiner Entscheidung vom Mai 2006 betont das Gericht, dass dieser Grundrechtsschutz (selbstverständlich) auch für jugendliche Strafgefangene gilt. Weil aber eine analoge Anwendung der Strafvollzugsgesetze für Erwachsene aufgrund der besonderen Situation der Heranwachsenden nicht möglich sei, müsse für Grundrechtseingriffe gegenüber Jugendlichen, die über den Freiheitsentzug als solchen hinausgehen (wie z. B. Besuchsrechte, disziplinarische Maßnahmen bei Pflichtverstößen, Postkontrolle etc.) eine eigene gesetzliche Grundlage geschaffen werden. Darüber hinaus müsse der Gesetzgeber ein wirksames Resozialisierungskonzept entwickeln und den Jugendstrafvollzug darauf aufbauen.

Zur Sicherungsverwahrung hat das Bundesverfassungsgericht wiederum ausgeführt, dass dieser schwerwiegende Eingriff in das Freiheitsgrundrecht des Artikels 2 Absatz 2 Satz 2 GG<sup>3</sup> nur nach Maßgabe strikter Verhältnismäßigkeitsprüfung und unter Wahrung strenger Anforderungen an der zu Grunde liegenden Entscheidung und an der Ausgestaltung des Vollzugs zu rechtfertigen sei.<sup>4</sup> Die Freiheitsentziehung müsse in deutlichem Abstand zum Vollzug so ausgestaltet werden, dass die Perspektive der Wiedererlangung der Freiheit sichtbar die Praxis der Unterbringung bestimme.

---

<sup>1</sup> *BVerfG*, Urteil vom 31. Mai 2006 – 2 BvR 1673/04 und 2 BvR 2402/04 – NJW 2006, 2093.

<sup>2</sup> *BVerfGE* 33, 1; siehe auch NJW 1972, 811.

<sup>3</sup> Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (BGBl. S. 1), zuletzt geändert durch Gesetz vom 11. Juli 2012 (BGBl. I S. 1478).

<sup>4</sup> *BVerfG*, Urteil vom 4. Mai 2011 – 2 BvR 2365/09 – NJW 2011, 450.

Wird ein Kind oder ein Jugendlicher in einer Einrichtung der Jugendhilfe nach § 1631b BGB<sup>5</sup> untergebracht, handelt es sich grundsätzlich ebenfalls um eine Freiheitsentziehung. Auch hier können – über den Freiheitsentzug hinaus – weitere relevante Eingriffe in die Grundrechte eines betroffenen Jugendlichen erfolgen. So werden unter Umständen die Besuchsrechte geregelt, disziplinarische Maßnahmen angeordnet oder es wird die Post der Minderjährigen kontrolliert.

Es stellt sich daher die Frage, ob der Vollzug einer freiheitsbeschränkenden Maßnahme nach § 1631b BGB in rechtlicher Hinsicht zum Beispiel mit dem Jugendstrafvollzug vergleichbar ist und daher ebenfalls einer gesetzlichen Regelung bedarf.

Eine Verpflichtung des Gesetzgebers zur Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für den Vollzug besteht nur dann, wenn es sich bei dem Vollzug durch die damit betraute Einrichtung um eine – unmittelbar grundrechtsgebundene – Ausübung öffentlicher Gewalt handelt.<sup>6</sup>

Es ist daher zu prüfen, ob die Unterbringung nach § 1631b BGB als eine Ausübung staatlicher Gewalt bewertet werden muss.

Außerhalb des Strafrechts ist ein Freiheitsentzug u. a. im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen oder im Rahmen einer zivilrechtlichen Unterbringung möglich.

Die öffentlich-rechtliche Unterbringung ist landesgesetzlich geregelt.<sup>7</sup> Die Unterbringungsgesetze dienen in der Regel der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung oder der Gesundheitsfürsorge, wenn psychisch Kranke (auch minderjährige Kranke) sich selbst oder andere (Rechtsgüter) im erheblichen Maße gefährden (vgl. für Berlin: § 8 PsychKG<sup>8</sup>).<sup>9</sup> Die Gefahrenabwehr ist unstreitig eine Ausübung hoheitlicher

---

<sup>5</sup> Bürgerliches Gesetzbuch, in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, S. 2909 und BGBl. 2003 I S. 738), zuletzt geändert durch Gesetz vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1805).

<sup>6</sup> Statt aller *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz Kommentar, 2012, Art. 20 Rn. 48, insbesondere zum Urteil des BVerfG über die medizinische Zwangsbehandlung von im Maßregelvollzug Untergebrachten siehe auch *Sachs*, JuS 2011, 1047, 1048.

<sup>7</sup> Vgl. *Marschner*, in: Marschner/Volckart/Lesting, Freiheitsentziehung und Unterbringung, München 2010, Kapitel B, S. 81 Rn. 28.

<sup>8</sup> Gesetz für psychisch Kranke vom 8. März 1985 (GVBl. S. 586), zuletzt geändert durch Gesetz vom 17. März 1994 (GVBl. S. 86).

<sup>9</sup> *Kunzer/Rehborn*, in: Huster/Kaltenborn, Praxishandbuch des Krankenhausrechts, 2010, § 16 Rn. 72.

Gewalt.<sup>10</sup> Die Landesgesetze enthalten daher – insofern konsequent – auch gesetzliche Vorschriften, die die mit dem Vollzug einhergehenden Grundrechtseingriffe, wie z. B. besondere Sicherungsmaßnahmen (Fixierung, Wegnahme von Gegenständen, Absonderung in einen besonderen Raum), die Einschränkung von Besuchsrechten, des Schriftverkehrs oder von Telefongesprächen etc. auf eine gesetzliche Grundlage stellen (vgl. §§ 28 ff. PsychKG).

Die zivilrechtliche Unterbringung ist im BGB für Volljährige in § 1906 BGB, für Minderjährige in § 1631b BGB geregelt. Die Voraussetzungen sind unterschiedlich. Beide Unterbringungsmöglichkeiten stellen im Gegensatz zur öffentlich-rechtlichen Unterbringung das Wohl des Untergebrachten – und nicht die Gefahrenabwehr – in den Vordergrund und bedürfen einer richterlichen Genehmigung. Vollzugsbestimmungen existieren bei beiden Formen der Unterbringung nicht.

Nur wenn die zivilrechtliche Unterbringung als staatlicher Eingriff oder als Ausübung staatlicher Gewalt zu werten wäre, wäre der Gesetzgeber verpflichtet, solche Vollzugsbestimmungen zu schaffen.

§ 1631b BGB lautet wie folgt:

#### § 1631b

##### *Mit Freiheitsentziehung verbundene Unterbringung*

*Eine Unterbringung des Kindes, die mit Freiheitsentziehung verbunden ist, bedarf der Genehmigung des Familiengerichts. Die Unterbringung ist zulässig, wenn sie zum Wohl des Kindes, insbesondere zur Abwendung einer erheblichen Selbst- oder Fremdgefährdung, erforderlich ist und der Gefahr nicht auf andere Weise, auch nicht durch andere öffentliche Hilfen, begegnet werden kann. Ohne die Genehmigung ist die Unterbringung nur zulässig, wenn mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist; die Genehmigung ist unverzüglich nachzuholen.*

---

<sup>10</sup> Vgl. dazu BT-Drs. 11/4528, S. 80 f.; Marschner, in: Marschner/Volckart/Lesting, Freiheitsentziehung und Unterbringung, München 2010, Kapitel A, S. 81 Rn. 8 ff.

Das Bundesverfassungsgericht hat ausdrücklich betont, dass der für eine richterliche Genehmigung erforderliche Antrag auf Unterbringung nur wirksam sein kann, wenn der Antragsteller der Aufenthaltsbestimmungsrechte ist.<sup>11</sup> Damit ist klargestellt, dass die Unterbringung (im Regelfall, s. unten) ausschließlich auf Betreiben der Eltern erfolgen kann.

Denn das Aufenthaltsbestimmungsrecht ist nach § 1631 Absatz 1 BGB Teil der Personensorge, die nach § 1626 Absatz 1 BGB den Eltern zusteht. Damit haben die Eltern auch das Recht, ihr Kind in einer geschlossenen Einrichtung oder in einer Anstalt mit geschlossenen Abteilungen unterzubringen. Die Unterbringung bedarf allerdings – insofern ist das Aufenthaltsbestimmungsrecht der Eltern beschränkt – nach § 1631b BGB einer gerichtlichen Genehmigung.<sup>12</sup> Dies folgt aus Artikel 104 Absatz 2 GG und soll den Missbrauch des Aufenthaltsbestimmungsrechts der Erziehungsberechtigten ausschließen.

Nimmt das Jugendamt nach § 42 Absatz 5 SGB VIII<sup>13</sup> ein Kind – verbunden mit einer Freiheitsentziehung – in Obhut und widerspricht der Personensorgeberechtigte dieser Maßnahme, so muss den sorgeberechtigten Eltern in diesem Fall – bei Vorliegen der Voraussetzungen – zunächst das Aufenthaltsbestimmungsrecht entzogen werden und ein Vormund oder zumindest ein Ergänzungspfleger nach § 1909 BGB bestellt werden, damit dieser das Verfahren nach § 1631b BGB durchführen kann.<sup>14</sup> Das Jugendamt ist nicht befugt, den Antrag nach § 1631b BGB zu stellen.

Einige Stimmen in der Literatur vertreten nun die Ansicht, dass die zivilrechtliche Unterbringung nicht allein im rechtssystematischen Zusammenhang des bürgerlichen Rechts beurteilt werden kann, sondern einen starken öffentlich-rechtlichen Einschlag hat. Denn es bestehe ein öffentliches Interesse an der Fürsorge des schutzbedürftigen Einzelnen. Der gesetzliche Vertreter nehme daher zugleich eine öffentliche Aufgabe wahr.<sup>15</sup> Aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts, wonach das Verfahren der Unterbringung eines Kindes ausdrücklich an den Grundrechten der Artikel 2 Absatz 2 Satz 2 GG und 104 Absatz 1 Satz 1 GG zu messen ist, wird gefolgert, dass die zivilrechtliche Unterbringung

---

<sup>11</sup> *BVerfG*, Beschluss vom 14. Juni 2007, NJW 2007, 3560.

<sup>12</sup> *Götz*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 2013, § 1631b Rn. 1; *Berger*, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 2009, §§ 1631-1633 Rn. 5, *Salgo*, in: Staudinger, BGB Band IX, 2002, § 1631b Rn. 1.

<sup>13</sup> Sozialgesetzbuch (SGB) Achtes Buch (VIII) - Kinder- und Jugendhilfe - in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. September 2012 (BGBl. I S. 2022), zuletzt geändert durch Gesetz vom 3. Mai 2013 (BGBl. I S. 1108).

<sup>14</sup> *BVerfG*, Beschluss vom 14. Juni 2007, NJW 2007, 3560.

<sup>15</sup> *Marschner*, in: Marschner/Volckart/Lesting, Freiheitsentziehung und Unterbringung, München 2010, Kapitel A, S. 5 Rn. 5, S. 15 Rn. 34.

durch öffentlich-rechtliche Elemente überlagert sei, sodass sich auch die zivilrechtliche Unterbringung letztlich als Ausübung staatlicher Gewalt darstelle. Die fehlenden Vollzugsregeln kämen damit der Aufrechterhaltung eines besonderen Gewaltverhältnisses in der zivilrechtlichen Unterbringung besonders nahe.<sup>16</sup> Es sei daher fraglich, ob der Verzicht auf Vollzugsregeln den verfassungsrechtlichen Vorgaben entspreche.<sup>17</sup>

Auch in der Rechtsprechung ist eine Tendenz erkennbar, den öffentlich-rechtlichen Einschlag der zivilrechtlichen Freiheitsentziehung zu betonen und so den Grundrechtsschutz des Untergebrachten zu stärken. So hat der Bundesgerichtshof – in Reaktion auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts über die Zulässigkeit einer Zwangsbehandlung eines im Maßregelvollzug Untergebrachten<sup>18</sup> – herausgearbeitet, dass die Genehmigung einer – von einem Betreuer veranlassten – Unterbringung ein staatlicher Eingriff sei und der Betreuer neben der zivilrechtlichen Vertretung auch öffentliche Fürsorge ausübe.<sup>19</sup> Es hat sich dabei auf ein Urteil des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1960 gestützt, das im Verhältnis zwischen Vormund und Mündel entschieden hat, dass der Vormund im Rahmen der Fürsorge eine öffentliche Funktion wahrnehme und sich daher der Mündel gegenüber Handlungen des Vormunds auf seine Grundrechte berufen könne. Es verbiete sich, die Unterbringung volljähriger Betreuter durch den Vormund so zu würdigen, als ob sich die Freiheitsentziehung im Rahmen privatrechtlicher Beziehungen zwischen Staatsbürgern abspiele. Der Staat könne sich von der Grundrechtsbindung nicht dadurch befreien, dass er eine Privatperson zur Wahrung einer öffentlichen Aufgabe bestelle und ihm die Entscheidung über den Einsatz staatlicher Machtmittel überlasse.<sup>20</sup>

Diese Rechtsprechung betrifft allerdings das Verhältnis zwischen Betreuer und volljährigen Betreuten und nicht das Verhältnis zwischen Eltern und Kind. Denn selbst wenn die Unterbringung eines Kindes vorliegend – neben den Eltern – auch durch einen Vormund oder Pfleger erfolgen kann und in dieser Konstellation der Sachverhalt rechtliche Parallelen mit der Unterbringung eines Volljährigen durch einen Betreuer aufweist, ist diese vom Gesetzgeber vorgesehene Ausnahme für die rechtliche Bewertung des Regelfalls – nämlich die Unterbringung des Kindes auf Wunsch oder Antrag der Eltern – nicht maßgeblich.

---

<sup>16</sup> *Lesting*, R & P 2010, S. 137, 138.

<sup>17</sup> *Hauk*, R & P 2009, S. 174, 176; *Jürgens/Lesting/Marschner/Winterstein*, *Betreuungsrecht kompakt*, 2011, S. 239 Rn. 691, 692.

<sup>18</sup> *BVerfG*, Beschluss vom 23. März 2011, NJW 2011, 2113.

<sup>19</sup> *BGH*, Beschluss vom 20. Juni 2012, NJW 2012, 2967.

<sup>20</sup> *BVerfG*, Beschluss vom 10. Februar 1960, NJW 1960, 811, 813.

Das Bundesverfassungsgericht hat in der o. g. Entscheidung zu der Frage, ob Artikel 104 Absatz 2 Satz 2 GG auch bei der Freiheitsentziehung im Rahmen der elterlichen Gewalt wirksam werden könne, ausgeführt, dass elterliche Gewalt und Vormundschaft zwar verwandten Zwecken dienen, doch ein Gegensatz im Rechtsgrund bestehe. Die elterliche Gewalt beruhe auf dem natürlichen Verhältnis der Eltern zu ihren Kindern und trete unmittelbar kraft Gesetzes ein; das Amt des Vormundes sei hingegen eine staatliche Einrichtung und werde durch vormundschaftsgerichtliche Bestellung begründet; seine Gewalt über den Mündel beruhe also auf dem staatlichen Hoheitsakt.<sup>21</sup> Inzwischen hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass die Unterbringung eines Kindes nach § 1631b BGB als Freiheitsentziehung nach Artikel 2 Absatz 2 GG an Artikel 104 Absatz 1 Satz 1 GG zu messen sei.<sup>22</sup> Offengelassen hat das Gericht die Frage, ob die Unterbringung eines Kindes durch die Eltern daher letztlich auch als eine Ausübung staatlicher Gewalt anzusehen ist.<sup>23</sup>

Auch die Oberlandesgerichte betonen eher die Unterschiede zwischen einer freiheitsentziehenden Maßnahme bei einem Volljährigen und einer solchen bei einem Minderjährigen:

So rechtfertigen das elterliche Erziehungsrecht (Artikel 6 Absatz 2 Satz 1 GG) und die Grenzen des staatlichen Wächteramtes (Artikel 6 Absatz 2 Satz 2 GG) bei minderjährigen Kindern zum Beispiel eine andere Behandlung sog. freiheitsbeschränkender Maßnahmen als bei volljährigen Betreuten. Während bei volljährigen Betreuten freiheitsbeschränkende Maßnahmen, wie das Anbringen von Bettgittern, die Fixierung in einem Stuhl mittels Beckengurt etc. nach § 1906 Absatz 4 BGB einer gesonderten gerichtlichen Genehmigung bedürften, sei dies bei Minderjährigen gesetzlich nicht vorgesehen und auch aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht erforderlich.<sup>24</sup>

Die Rechtsprechung begründet dies damit, dass im Gegensatz zum Betreuungsrecht bei Volljährigen die verfassungsrechtlich garantierte Ausübung der elterlichen Sorge – überwacht durch die staatliche Gemeinschaft nach Artikel 6 Absatz 2 Satz 2 GG – auf dem natürlichen Verhältnis der Eltern zu ihren Kindern beruht und unmittelbar kraft Gesetzes

---

<sup>21</sup> *BVerfG*, Beschluss vom 10. Februar 1960, NJW 1960, 811, 813.

<sup>22</sup> *BVerfG*, Beschluss vom 14. Juni 2007, NJW 2007, 3560.

<sup>23</sup> *Marschner*, in: *Marschner/Volckart/Lesting*, *Freiheitsentziehung und Unterbringung*, München 2010, Kapitel A, S. 5 Rn. 5.

<sup>24</sup> *OLG Brandenburg*, Beschluss vom 17. Februar 2000, NJW 2000, 2361; *OLG Oldenburg*, Beschluss vom 26. September 2011, juris.de (Stand 31.5.2013); *OLG Frankfurt a.M.*, Beschluss vom 19. November 2012, BeckRS 2013, 04088.

eintritt.<sup>25</sup> Die Vormundschaft – insoweit mit der Pflegschaft vergleichbar – sei dagegen eine staatliche Einrichtung und werde durch vormundschaftliche Bestellung begründet, die vormundschaftliche Gewalt über den Mündel beruhe also auf staatlichem Hoheitsakt. Der Gesetzgeber konnte daher (und musste eventuell im Hinblick auf das elterliche Sorgerecht) unterbringungsähnliche Maßnahmen bei Minderjährigen anders regeln als bei volljährigen Betreuten.<sup>26</sup>

Auch der Gesetzgeber hat das Problem der fehlenden Vollzugsregeln (zumindest bei volljährigen Betreuten) erkannt, aber eine Regelung bewusst abgelehnt, u.a. mit dem Argument, dass bei der zivilrechtlichen Unterbringung im Gegensatz zur öffentlich-rechtlichen Unterbringung der gesetzliche Vertreter selbst – im Rahmen seines Aufenthaltsbestimmungsrechts – unterbringe. Dem Gericht komme in diesem Verfahren also keine anordnende Funktion, sondern lediglich eine überprüfende Funktion zu. Die Einrichtung, in welcher der Betroffene untergebracht ist, sei nicht aus eigenem Recht oder schon aus der Tatsache der Unterbringung zu Rechtseingriffen wie Zwangsbehandlung oder Postkontrolle befugt. Solche Eingriffe könne nur der gesetzliche Vertreter vornehmen.<sup>27</sup>

Nichts anderes gilt bei der Unterbringung eines Minderjährigen. Antragsbefugt sind allein die personensorgeberechtigten Eltern. Das Gericht überprüft zum Schutz des Kindes die Entscheidung der Eltern, kann aber – anders als beim Strafvollzug – eine Unterbringung nicht selbst anordnen. Die richterliche Kontrolle verlagert die Befugnis zur Unterbringung nicht. Dies zeigt sich schon daran, dass die Eltern nach der richterlichen Genehmigung einer freiheitsentziehenden Unterbringung nicht zur Unterbringung verpflichtet sind, es sei denn, ihr Verhalten erfüllt die Voraussetzungen des § 1666 Absatz 1 BGB.<sup>28</sup> Die Unterbringung liegt daher allein in der Verantwortung der Eltern, diese sind durch die Unterbringung nicht von ihrer Pflicht entbunden, die Einrichtung und den Vollzug zu kontrollieren.

Das Erziehungsrecht der Eltern ist nach Artikel 6 Absatz 2 Satz 1 GG verfassungsrechtlich geschützt. Die Pflege und Erziehung eines Kindes sind das natürliche Recht der Eltern, über ihre Betätigung wacht die staatliche Gemeinschaft nach Artikel 6 Absatz 2 Satz 2 (sog. staatliches Wächteramt). Das Elternrecht gewährt den Eltern ein Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe und lässt Maßnahmen des Staates nur im Rahmen seines Wäch-

---

<sup>25</sup> *OLG Oldenburg*, Beschluss vom 26. September 2011, Rn. 16, juris.de (Stand 31.5.2013).

<sup>26</sup> *OLG Frankfurt a.M.*, Beschluss vom 19. November 2012, BeckRS 2013 04088, S. 4.

<sup>27</sup> BT-Drs. 11/4528, S. 83.

<sup>28</sup> *Salgo*, in: Staudinger, BGB Band IX, § 1631b Rn. 4.

teramtes zu. Will der Staat in das Elternrecht eingreifen, bedarf es einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage und einer sorgfältigen Abwägung der Interessen des Schutzes des Wohles des Kindes mit dem Recht auf Ausübung der elterlichen Sorge.

Ist die Ausübung der elterlichen Sorge das natürliche Recht der Eltern, und ist Teil dieses Rechts der Eltern das Aufenthaltsbestimmungsrecht, dann kann eine Unterbringung – auch wenn sie freiheitsbeschränkend ist – als eine Maßnahme im Rahmen des Aufenthaltsbestimmungsrechts nicht als eine Ausübung staatlicher Gewalt angesehen werden, und zwar unabhängig davon, ob die Eltern oder ein Elternteil – deren Rechte nicht vom Staat abgeleitet sind –, der Vormund oder ein Pfleger die Unterbringung beantragen.<sup>29</sup>

Daraus folgt nach den oben dargestellten Prämissen, dass der Gesetzgeber – jedenfalls solange die Rechtsprechung der Obergerichte keine andere Bewertung vornimmt – verfassungsrechtlich nicht verpflichtet ist, eine gesetzliche Regelung für den Vollzug zu schaffen.

Eine andere Frage ist, ob der Gesetzgeber aus rechtspolitischen Erwägungen – etwa weil es häufig für die Eltern schwierig sein dürfte, während einer geschlossenen Unterbringung den fürsorgerischen Rechten und Pflichten nachzukommen – eine gesetzliche Regelung im Rahmen seines staatlichen Wächteramtes nach Artikel 6 Absatz 2 Satz 2 GG in Betracht zieht; er müsste dabei jedoch das verfassungsrechtlich geschützte Elternrecht entsprechend berücksichtigen.

Abschließend sei erwähnt, dass Kinder auch nach derzeitiger Rechtslage nicht etwa schutzlos sind. Sollten Eltern, Pfleger oder Vormünder insbesondere gegen das Verbot entwürdigender Erziehungsmaßnahmen des § 1631 Absatz 2 BGB (– dazu gehören körperliche Bestrafungen, seelische Verletzungen und andere entwürdigende Maßnahmen –) verstoßen, bieten die Vorschriften des geltenden Rechts Schutz (z. B. §§ 1666, 1837, 1886 und 1915 BGB).<sup>30</sup> Auch die mit der Unterbringung betrauten Einrichtungen sind demzufolge nicht zu solchen Maßnahmen befugt. Richtig ist jedoch, dass eine gesetzliche Regelung des Vollzugs die gerichtliche Kontrolle wohl erleichtern würde.

---

<sup>29</sup> *Salgo*, in: Staudinger, BGB Band IX, § 1631b Rn. 4, in Bezug auf die Erforderlichkeit einer richterlichen Genehmigung.

<sup>30</sup> *OLG Frankfurt a.M.*, Beschluss vom 19. November 2012, BeckRS 2013, 04088, S. 5.

## B. Frage 2

Sollte der Gesetzgeber aus rechtspolitischen Erwägungen eine gesetzliche Regelung des Vollzugs einer freiheitsentziehenden Unterbringung nach § 1631b BGB in Betracht ziehen, läge die Gesetzgebungskompetenz auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts nach Artikel 74 Absatz 1 Nr. 1 GG beim Bund.

Im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz haben die Länder nach Artikel 72 Absatz 1 GG die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungskompetenz nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat. Ein Gebrauch machen liegt vor, wenn ein Bundesgesetz eine bestimmte Frage ausdrücklich – auch negativ, insbesondere durch absichtsvollen Regelungsverzicht – geregelt hat oder wenn dem Gesetz durch „Gesamtwürdigung des betreffenden Normbereichs“ zu entnehmen ist, dass es eine erschöpfende oder abschließende Regelung einer bestimmten Materie darstellt.<sup>31</sup>

Hat sich der Bundesgesetzgeber im Bereich der zivilrechtlichen Unterbringung ausführlich mit der Frage der fehlenden Vollzugsregeln auseinandergesetzt und hat er schließlich unter Darlegung von Gründen auf eine solche Regelung bewusst verzichtet,<sup>32</sup> bleibt im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung für eine Gesetzgebungskompetenz der Länder kein Raum.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz Kommentar, 2012, Art. 72 Rn. 6 m. w. N.

<sup>32</sup> Vgl. hierzu die Gesetzesbegründung zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige, BT-Drs. 11/4528; S. 83; siehe auch S. 8 des Gutachtens.

<sup>33</sup> So auch *Hauk*, R & P 2009, 174, 176; *Lesting*, R & P 2010, 137, 140.

### III. Ergebnis

#### Frage 1:

Eine Verpflichtung des Gesetzgebers zur Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für den Vollzug einer freiheitsentziehenden Maßnahme nach § 1631b BGB besteht nur dann, wenn es sich bei dem Vollzug um eine – unmittelbar grundrechtsgebundene – Ausübung öffentlicher Gewalt handelt.

Die Unterbringung eines Minderjährigen nach § 1631b BGB ist eine Maßnahme der Eltern im Rahmen ihres Aufenthaltsbestimmungsrechts und damit Ausübung der elterlichen Sorge. Die für den Fall der geschlossenen Unterbringung vorgeschriebene richterliche Kontrolle verlagert die Befugnis zur Unterbringung des Kindes oder des Jugendlichen nicht; es bleibt eine Maßnahme der Eltern.

Die Ausübung der elterlichen Sorge ist das natürliche und verfassungsrechtlich geschützte Recht der Eltern, und Teil dieses natürlichen Rechts ist das Aufenthaltsbestimmungsrecht. Damit stellt sich das Verfahren nach § 1631b BGB in erster Linie als eine Ausübung der elterlichen Sorge dar, und zwar unabhängig davon, ob die Eltern (oder ein Elternteil) – deren Rechte nicht vom Staat abgeleitet sind –, der Vormund oder ein Pfleger die Unterbringung beantragt.

Daraus folgt, dass der Gesetzgeber – jedenfalls solange die höchstrichterliche Rechtsprechung keine andere Bewertung vornimmt – verfassungsrechtlich nicht verpflichtet ist, eine gesetzliche Regelung für den Vollzug zu schaffen.

Der Gesetzgeber kann jedoch bei einem so weitreichenden Eingriff in die Freiheitsrechte eines Minderjährigen aus rechtspolitischen Erwägungen – etwa weil es häufig für die Eltern schwierig sein dürfte, den fürsorgerischen Rechten und Pflichten während der Durchführung einer freiheitsentziehenden Maßnahme nachzukommen – eine gesetzliche Regelung im Rahmen seines staatlichen Wächteramtes nach Artikel 6 Absatz 2 Satz 2 GG in Betracht ziehen; er müsste dabei aber das verfassungsrechtlich geschützte Elternrecht angemessen berücksichtigen.

Frage 2:

Sollte der Gesetzgeber aus rechtspolitischen Erwägungen eine gesetzliche Regelung des Vollzugs einer freiheitsentziehenden Unterbringung nach § 1631b BGB in Betracht ziehen, läge die Gesetzgebungskompetenz nach Artikel 74 Absatz 1 Nr. 1 GG beim Bund.



Weibert