

Unterbringung eines Kindes in einer Kinder- und Jugendpsychiatrie

GG Art. 2II 2, 104I; BGB §§ 1631b, 1666, 1666a; SGB VIII §§ 8a, 42V; FGG §§ 12, 70fI Nr. 2

1. Die formellen Gewährleistungen des Art. 104 GG stehen mit der materiellen Freiheitsgarantie des Art. 2II 2 GG in unlösbarem Zusammenhang. Art. 104I GG nimmt den schon in Art. 2II 3 GG enthaltenen Gesetzesvorbehalt auf und verstärkt ihn für alle Freiheitsbeschränkungen, indem er neben der Forderung nach einem förmlichen Gesetz die Pflicht, die sich aus diesem Gesetz ergebenden Formvorschriften zu beachten, zum Verfassungsgebot erhebt.
2. Die Freiheit sichernde Funktion des Art. 2II 2 GG setzt weiterhin Maßstäbe für die Aufklärung des Sachverhalts und damit für die Anforderungen in Bezug auf die tatsächliche Grundlage der richterlichen Entscheidung. Es ist unverzichtbare Voraussetzung rechtsstaatlichen Verfahrens, dass Entscheidungen, die den Entzug der persönlichen Freiheit betreffen, auf zureichender richterlicher Sachaufklärung beruhen und eine in tatsächlicher Hinsicht genügende Grundlage haben, die der Bedeutung der Freiheitsgarantie entspricht.
3. Das Gebot, den Kranken grundsätzlich vor Erlass einer einstweiligen Anordnung mündlich anzuhören, gehört zu den bedeutsamen Verfahrensgarantien, deren Beachtung Art. 104I GG fordert und mit grundrechtlichem Schutz versieht. Die Anhörung erschöpft sich, wie sich durch das Erfordernis mündlicher Anhörung erweist, nicht in der bloßen Gewährung rechtlichen Gehörs. Vorrangiger Zweck der Anhörung im Unterbringungsverfahren ist es vielmehr, dem Richter einen persönlichen Eindruck von dem Betroffenen und der Art seiner Erkrankung zu verschaffen, damit er in den Stand gesetzt wird, ein klares und umfassendes Bild von der Persönlichkeit des Unterzubringenden zu gewinnen und seiner Pflicht zu genügen, den ärztlichen Gutachten richterliche Kontrolle entgegenzusetzen. Der persönliche Eindruck des entscheidenden Richters gehört deshalb als Kernstück des Amtsermittlungsverfahrens (§ 12 FGG) zu den wichtigsten Verfahrensgrundsätzen des Unterbringungsrechts.
4. Art. 2II 2 GG wird verletzt, wenn Gerichte verkennen, dass der für die Genehmigung einer geschlossenen Anstaltsunterbringung nach § 1631b BGB erforderliche Antrag nur wirksam sein oder werden kann, wenn oder sobald der Antragsteller Träger des Aufenthaltsbestimmungsrechts ist. Widerspricht der Personensorgeberechtigte der mit Freiheitsentziehung verbundenen Inobhutnahme durch das Jugendamt nach § 42VI SGB VIII, muss der Entscheidung des Familiengerichts nach § 1631b BGB eine solche nach §§ 1666, 1666a BGB hinzutreten.
5. Der Beschluss, der eine vom Aufenthaltsbestimmungsberechtigten beabsichtigte geschlossene Unterbringung nach § 1631b BGB genehmigt, muss klarstellen, ob die Unterbringung in einer psychiatrischen Klinik oder in einer geschlossenen Einrichtung der Jugendhilfe genehmigt wird. Der dies fordernde § 70fI Nr. 2 FGG gilt auch bei einstweiligen Anordnungen. (Leitsätze der Redaktion)

BVerfG (1. Kammer des Ersten Senats), *Beschluß* vom 14. 6. 2007 - 1 BvR 338/07

Zum Sachverhalt:

Die Bf. wandten sich gegen eine geschlossene Unterbringung des Bf. zu 3 in einer kinder- und jugendpsychiatrischen Anstalt. Aus der Ehe der Bf. zu 1 (Kindesmutter) und des Bf. zu 2 (Kindesvater) ist als jüngstes von fünf Kindern der 13 Jahre alte Bf. zu 3 (Kind) hervorgegangen. Die getrennt lebenden Kindeseltern haben die gemeinsame elterliche Sorge für das Kind inne. Am 4. 1. 2007 stellte das Jugendamt beim AG einen Antrag auf geschlossene Unterbringung des Kindes in einer Kinder- und Jugendpsychiatrie nach § 1631b BGB. Das Jugendamt sei seit November 2006 als Erziehungsbeistand

eingesetzt. Das Kind sei in den vergangenen Monaten strafrechtlich erheblich aufgefallen; unter anderem habe es im Dezember 2006 zusammen mit seinem Bruder in der Tiefgarage eines Einkaufszentrums Feuer gelegt. Ferner habe die Polizei mitgeteilt, dass das Kind gemeinsam mit seinem geistig behinderten, 15 Jahre alten Bruder in den vergangenen Tagen mit einer Axt bewaffnet in mehreren Geschäften Diebstähle begangen habe. Da seitens der Eltern auf Grund eigener Überforderung kein Einfluss auf die Kinder ausgeübt werde bzw. werden könne, habe das Kind im Rahmen des Schutzauftrags nach § 8a SGB VIII stationär in einer Jugendhilfeeinrichtung untergebracht werden sollen. Die Kindesmutter habe die Zusammenarbeit verweigert. Die Klinik für Kinder- und Jugendpsychiatrie erstellte am selben Tag eine kinder- und jugendpsychiatrische Stellungnahme. Das Kind habe zur Untersuchung in der Klinik unter körperlichem Einsatz des Polizisten aus dem Auto geholt werden müssen und Handschellen getragen. Es könne sich nicht auf ein Gespräch einlassen, beantworte keine der ihm gestellten Fragen, äußere lediglich einmal „lass' mich in Ruhe“.

Mit – nicht angegriffenem – Beschluss vom 5. 1. 2007 ordnete das AG im Wege einstweiliger Anordnung wegen Gefahr im Verzug ohne vorherige Anhörung des Kindes die „vorläufige Unterbringung des Betroffenen in einer geschlossenen Einrichtung“ für die Dauer ihrer Erforderlichkeit, längstens jedoch bis zum 15. 2. 2007 an, erklärte seine Entscheidung für sofort wirksam und bestellte dem Kind eine Verfahrenspflegerin. Die vorläufige Anordnung der Unterbringung beruhe auf §§ 1631b, 1693 BGB, § 70h FGG. Nach dem ärztlichen Zeugnis vom 4. 1. 2007 leide das Kind an einer Störung des Sozialverhaltens und der Emotionen. Die gegen diesen Beschluss von den Kindeseltern im Namen des Kindes eingelegte Beschwerde wies das *OLG Oldenburg* mit dem angegriffenen Beschluss vom 29. 1. 2007 zurück und lehnte die Erstattung außergerichtlicher Kosten ab. Die Bf. hatten darüber hinaus einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gestellt, mit dem sie die Aussetzung der Vollziehung der Beschlüsse der Gerichte und die unverzügliche Entlassung des Kindes in die Obhut der Eltern begehrt hatten. Das AG hat vor einer Entscheidung des *BVerfG* über diesen Antrag seinen Beschluss vom 5. 1. 2007 mit Beschluss vom 12. 2. 2007 aufgehoben.

Die Verfassungsbeschwerde des Kindes hatte Erfolg; die der Eltern wurde nicht zur Entscheidung angenommen.

Aus den Gründen:

II. Die Verfassungsbeschwerde der Kindeseltern wird nicht zur Entscheidung angenommen, weil sie mangels ordnungsgemäßer Rechtswegerschöpfung (§ 90II BVerfGG) unzulässig ist. Die Kindeseltern haben die fachgerichtliche Beschwerde zum *OLG* nur im Namen des Kindes, nicht aber in eigenem Namen eingelegt. Sie haben es damit verabsäumt, sich bereits fachgerichtlich um Abhilfe einer möglichen Verletzung in ihren eigenen Rechten zu bemühen.

III. Der von den Kindeseltern im Namen ihres Kindes eingelegten Verfassungsbeschwerde gibt die *Kammer* statt.

1. Diese Verfassungsbeschwerde ist zulässig; insbesondere besteht das Rechtsschutzbedürfnis für die Verfassungsbeschwerde des Kindes trotz der Aufhebung des Unterbringungsbeschlusses des AG, durch die auch der angegriffene Beschluss des *OLG* in der Hauptsache gegenstandslos geworden ist, fort. (*Wird ausgeführt.*)

2. Die Annahme der Verfassungsbeschwerde ist zur Durchsetzung des Freiheitsgrundrechts des Kindes geboten (§ 93aII lit. b BVerfGG). Zu dieser Entscheidung ist die *Kammer* berufen, weil die maßgeblichen verfassungsrechtlichen Fragen durch das *BVerfG* bereits entschieden sind und die Verfassungsbeschwerde offensichtlich begründet ist (§ 93cI BVerfGG).

BVerfG: Unterbringung eines Kindes in einer Kinder- und Jugendpsychiatrie (NJW 2007, 3560) 3561 ▲



a) Die angegriffene Entscheidung des *OLG* hat das Kind in seinem Grundrecht aus Art. 2II 2 i.V. mit Art. 104I 1 GG verletzt.

aa) Die Freiheit der Person ist ein so hohes Rechtsgut, dass sie nur aus besonders gewichtigem Grund

angetastet werden darf (vgl. BVerfGE 45, 187 [223] = NJW 1977, 1525). Die Einschränkung dieser Freiheit ist daher stets der strengen Prüfung am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu unterziehen. Dies schließt allerdings nicht von vornherein einen staatlichen Eingriff aus, der ausschließlich den Zweck verfolgt, einen psychisch Kranken vor sich selbst in Schutz zu nehmen und ihn zu seinem eigenen Wohl in einer geschlossenen Einrichtung unterzubringen. Die Fürsorge der staatlichen Gemeinschaft schließt auch die Befugnis ein, den psychisch Kranken, der infolge seines Krankheitszustands und der damit verbundenen fehlenden Einsichtsfähigkeit die Schwere seiner Erkrankung und die Notwendigkeit von Behandlungsmaßnahmen nicht zu beurteilen vermag oder trotz einer solchen Erkenntnis sich infolge der Krankheit nicht zu einer Behandlung entschließen kann, zwangsweise in einer geschlossenen Einrichtung unterzubringen, wenn sich dies als unumgänglich erweist, um eine drohende gewichtige gesundheitliche Schädigung von dem Kranken abzuwenden. Dies gilt jedoch nicht ausnahmslos, weil schon im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei weniger gewichtigen Fällen eine derart einschneidende Maßnahme unterbleiben muss (vgl. BVerfGE 58, 208 [224ff.] = NJW 1982, 691).

Nach Art. 104I 1 GG darf die in Art. 2II 2 GG gewährleistete Freiheit der Person nur auf Grund eines förmlichen Gesetzes und nur unter Beachtung der darin vorgeschriebenen Formen beschränkt werden. Die formellen Gewährleistungen des Art. 104 GG stehen mit der materiellen Freiheitsgarantie des Art. 2II 2 GG in unlösbarem Zusammenhang (vgl. BVerfGE 10, 302 [322] = NJW 1960, 811; BVerfGE 58, 208 [220] = NJW 1982, 691). Art. 104I GG nimmt den schon in Art. 2II 3 GG enthaltenen Gesetzesvorbehalt auf und verstärkt ihn für alle Freiheitsbeschränkungen, indem er neben der Forderung nach einem förmlichen Gesetz die Pflicht, die sich aus diesem Gesetz ergebenden Formvorschriften zu beachten, zum Verfassungsgebot erhebt (vgl. BVerfGE 10, 302 [323] = NJW 1960, 811; BVerfGE 29, 183 [195f.] = NJW 1970, 2205; BVerfGE 58, 208 [220] = NJW 1982, 691).

Inhalt und Reichweite der Formvorschriften eines freiheitsbeschränkenden Gesetzes sind von den Fachgerichten so auszulegen, dass sie eine der Bedeutung des Grundrechts angemessene Wirkung entfalten, schon um einer Aushöhlung und Entwertung des Grundrechts über das Verfahrensrecht entgegenzuwirken. Jenseits dieser Grenzen verbleibt den Gerichten bei der Auslegung solcher Formvorschriften aber Raum, sich zwischen mehreren möglichen Deutungen des Gesetzes zu entscheiden. Die Gerichte sind nicht gehalten, unter Zurückstellung anderer Gesichtspunkte jeweils der Lesart den Vorzug zu geben, die das Individualrecht über das von der Verfassung Gebotene hinaus mit dem denkbar größten Schutz umgibt. Denn das *BVerfG* ist im Verfahren der Verfassungsbeschwerde nicht berufen, an Stelle der Fachgerichte den Regelungsgehalt der gesetzlich vorgeschriebenen Förmlichkeiten einer Freiheitsbeschränkung, über deren Inhalt und Reichweite Meinungsverschiedenheiten bestehen, im Einzelnen verbindlich festzustellen. Ungeachtet des hohen Rangs des hier geschützten Grundrechts ist es auch in diesem Bereich in erster Linie Aufgabe der Fachgerichte, den Sinn des Gesetzesrechts mit Hilfe der anerkannten Methoden der Rechtsfindung zu ergründen und den Anwendungsbereich des Gesetzes zu bestimmen. Das *BVerfG* kann erst korrigierend tätig werden, wenn das fachgerichtliche Auslegungsergebnis über die vom Grundgesetz gezogenen Grenzen hinausgreift, insbesondere wenn es mit Bedeutung und Tragweite des Grundrechts auf persönliche Freiheit nicht zu vereinbaren ist oder wenn es sachlich schlechthin unhaltbar ist und somit Willkür vorliegt (vgl. BVerfGE 65, 317 [322f.] = NJW 1984, 1025).

Die Freiheit sichernde Funktion des Art. 2II 2 GG setzt weiterhin Maßstäbe für die Aufklärung des Sachverhalts und damit für die Anforderungen in Bezug auf die tatsächliche Grundlage der richterlichen Entscheidung. Es ist unverzichtbare Voraussetzung rechtsstaatlichen Verfahrens, dass Entscheidungen, die den Entzug der persönlichen Freiheit betreffen, auf zureichender richterlicher Sachaufklärung beruhen und eine in tatsächlicher Hinsicht genügende Grundlage haben, die der Bedeutung der Freiheitsgarantie entspricht (vgl. BVerfGE 70, 297 [308] = NJW 1986, 767; BVerfGE 83, 24 [32] = NJW 1991, 1283; *BVerfG* [3. Kammer des Zweiten Senats], NJW 1998, 1774 [1775]).

Das Gebot, den Kranken grundsätzlich vor Erlass einer einstweiligen Anordnung mündlich anzuhören, gehört zu den bedeutsamen Verfahrensgarantien, deren Beachtung Art. 104I GG fordert und mit grundrechtlichem Schutz versieht (vgl. BVerfGE 58, 208 [220f.] = NJW 1982, 691). Die Anhörung erschöpft sich, wie sich durch das Erfordernis mündlicher Anhörung erweist, nicht in der bloßen Gewährung rechtlichen Gehörs. Vorrangiger Zweck der Anhörung im Unterbringungsverfahren ist es vielmehr, dem

Richter einen persönlichen Eindruck von dem Betroffenen und der Art seiner Erkrankung zu verschaffen, damit er in den Stand gesetzt wird, ein klares und umfassendes Bild von der Persönlichkeit des Unterzubringenden zu gewinnen und seiner Pflicht zu genügen, den ärztlichen Gutachten richterliche Kontrolle entgegenzusetzen. Der persönliche Eindruck des entscheidenden Richters gehört deshalb als Kernstück des Amtsermittlungsverfahrens (§ 12 FGG) zu den wichtigsten Verfahrensgrundsätzen des Unterbringungsrechts (vgl. BVerfGE 58, 208 [222f.] = NJW 1982, 691). Unterbleibt die Anhörung zunächst wegen Gefahr im Verzuge, so ist sie vor diesem Hintergrund zumindest unverzüglich nachzuholen (vgl. auch BVerfGE 66, 191 [197] = NJW 1984, 1806). Zu diesem Zweck müssen bei Unterbringungsmaßnahmen im Hinblick auf die ihnen eigene Eilbedürftigkeit andere, weniger vordringliche Dienstgeschäfte notfalls zurückgestellt werden (vgl. BVerfGE 58, 208 [222] = NJW 1982, 691).

bb) Diesen verfassungsrechtlichen Maßstäben hält die angegriffene Entscheidung bereits deshalb nicht stand, weil das *OLG* eindeutige formelle Verfahrensvorschriften verletzt hat.

aaa) Unter Verletzung von Art. 2 II 2 GG hat das *OLG* – wie zuvor das *AG* – verkannt, dass der für die Genehmigung einer geschlossenen Unterbringung nach § 1631b BGB erforderliche Antrag nur wirksam sein oder werden kann, wenn bzw. sobald der Ast. Träger des Aufenthaltsbestimmungsrechts ist.

(1) Grundsätzlich darf nach § 1631b BGB nur der Aufenthaltsbestimmungsberechtigte ein Kind in eine geschlossene Einrichtung verbringen (vgl. auch BVerfGE 10, 302 [329] = NJW 1960, 811) oder es dort belassen. Nur dieser kann daher einen wirksamen Antrag auf Erteilung der familienrichterlichen Genehmigung der geschlossenen Unterbringung auf der Grundlage von § 1631b BGB stellen. Inhaber des

BVerfG: Unterbringung eines Kindes in einer Kinder- und Jugendpsychiatrie (NJW 2007, 3560) 3562 ▲

Aufenthaltsbestimmungsrechts waren – und sind bis heute – indes vorliegend die Kindeseltern und nicht das Jugendamt.

Dass das Jugendamt das Kind in Obhut genommen hatte, steht dem nicht entgegen. Eine mit Freiheitsentziehung verbundene Inobhutnahme eines Kindes durch das Jugendamt ist nach § 42V 1 SGB VIII zulässig, wenn und soweit sie erforderlich ist, um eine Gefahr für Leib oder Leben des Kindes oder eine Gefahr für Leib oder Leben Dritter abzuwenden. Mit dieser Formulierung soll nach dem Willen des Gesetzgebers zum Ausdruck gebracht werden, dass nur in den seltensten Fällen freiheitsentziehende Maßnahmen angezeigt sind (BT-Dr 11/5948, S. 80; *Schellhorn/Fischer/Mann*, SGB VIII, 3. Aufl. [2007], § 42 Rdnr. 32a. E.). Das Jugendamt hat die Freiheitsentziehung ohne gerichtliche Entscheidung spätestens mit dem Ablauf des Tages nach ihrem Beginn zu beenden (§ 42V 2 SGB VIII). Damit ist der Genehmigungsvorbehalt des Familiengerichts nach § 1631b BGB angesprochen, zu dem – sofern, wie hier, der Personensorgeberechtigte der Inobhutnahme widersprochen hat – eine Entscheidung nach §§ 1666, 1666a BGB hinzutreten muss (vgl. *Wiesner*, SGB VIII, 3. Aufl. [2006], § 42 Rdnr. 65; *Ziegler*, in: *Prütting/Wegen/Weinreich*, BGB, 2. Aufl. [2007], § 1631b Rdnr. 4; *Kunkel/Röchling*, SGB VIII, 3. Aufl. [2006], § 42 Rdnrn. 84 und 109f.; *Münder* u.a., Frankfurter Komm. zum SGB VIII, 5. Aufl. [2006], § 42 Rdnr. 69), weil es sich bei den Entscheidungen und Maßnahmen des Jugendamts zunächst nur um vorläufige Maßnahmen im Rahmen seiner öffentlich-rechtlichen Notkompetenz (vgl. *Münder* u.a., § 42 Rdnr. 32) handelt, während die sorgerechtlichen Maßnahmen vom Familiengericht zu treffen sind (vgl. BVerwGE 109, 155 [168] = NVwZ 2000, 325). Soweit § 42V SGB VIII die Herbeiführung einer Entscheidung des Familiengerichts verlangt, ist diesem daher dadurch nicht die Aufgabe zugewiesen, die Rechtmäßigkeit der Inobhutnahme zu überprüfen oder deren Fortdauer anzuordnen; vielmehr hat das Gericht die notwendigen sorgerechtlichen Maßnahmen anzuordnen (vgl. *OLG Bamberg*, FamRZ 1999, 663 [664]).

(2) Das *AG* hat sich – vom *OLG* gebilligt – in seinem Beschluss vom 5. 1. 2007 verfahrensfehlerhaft damit begnügt, die Fortdauer der vom Jugendamt im Wege der Inobhutnahme veranlassten geschlossenen Unterbringung nach § 1631b BGB zu genehmigen, ohne zugleich den Kindeseltern zumindest auf der Grundlage von §§ 1666, 1666a BGB einstweilen das Aufenthaltsbestimmungsrecht zu entziehen sowie nach § 1697 i.V. mit § 1909I 1 BGB Ergänzungspflegschaft anzuordnen und das Jugendamt als Ergänzungspfleger auszuwählen.

Auf § 1693 BGB hat sich – wie das *OLG*, ohne indes die gebotenen Konsequenzen daraus zu ziehen, nicht verkannt hat – das *AG* nicht stützen können, weil diese Vorschrift nur den Fall der tatsächlichen Verhinderung des Sorgeberechtigten erfasst, nicht aber den, dass dieser mit der geplanten Maßnahme nicht einverstanden ist; in diesem Fall muss das Familiengericht die nach den spezielleren §§ 1666, 1666a BGB erforderlichen Maßnahmen ergreifen (vgl. *Harms*, in: *AnwKomm-BGB*, 2005, § 1693 Rdnr. 3 m.w. Nachw.). Ansonsten liefe der besondere Schutz, den diese – strengen – Vorschriften dem Sorgeberechtigten gewährleisten, leer.

Soweit das Land Niedersachsen der Ansicht ist, das *OLG* habe sich auch auf § 16 des Niedersächsischen Gesetzes über Hilfen und Schutzmaßnahmen für psychisch Kranke (NdsPsychKG) stützen wollen, verkennt dies, dass für die Anordnung von Freiheitsentziehungen auf der Grundlage dieses Landesgesetzes nicht die Familien-, sondern die Vormundschaftsgerichte zuständig sind (§ 17I 1 NdsPsychKG). Das *OLG* hätte sich daher mangels Zuständigkeit nicht auf das NdsPsychKG stützen können. Es kann daher dahinstehen, ob eine solche „stillschweigende“ Anwendung des NdsPsychKG – für die im Übrigen auch nichts ersichtlich ist – angesichts des Grundsatzes der Formenstrenge in Freiheitsentziehungssachen überhaupt statthaft wäre.

bbb) Formell fehlerhaft ist ferner im Beschluss des *AG* vom 5. 1. 2007 – der durch den angegriffenen Beschluss des *OLG* unverändert aufrechterhalten wurde – die Art der Unterbringungsmaßnahme nicht benannt worden, obwohl der dies fordernde § 70fI Nr. 2 FGG auch bei einstweiligen Anordnungen gilt (vgl. *Jansen/v. Schuckmann/Sonnenfeld*, FGG, 3. Aufl. [2005], § 70h Rdnr. 30 m.w. Nachw.). Der Beschluss, der eine vom Aufenthaltsbestimmungsberechtigten beabsichtigte geschlossene Unterbringung nach § 1631b BGB genehmigt, muss zwar die konkrete Einrichtung nicht namentlich benennen, in der die geschlossene Unterbringung erfolgen soll. Er muss aber klarstellen, ob die Unterbringung in einer psychiatrischen Klinik oder in einer geschlossenen Einrichtung der Jugendhilfe genehmigt wird (vgl. *OLG Düsseldorf*, NJW 1963, 397 [398]; *FamRZ* 1995, 118 [119]; *BayObLG*, *FamRZ* 1992, 105 [106]; *FamRZ* 1993, 600; *FamRZ* 1994, 320 [322]; *Jansen/v. Schuckmann/Sonnenfeld*, § 70f Rdnr. 3; *Kayser*, in: *Keidel/Kuntze/Winkler*, FGG, 15. Aufl. [2003], § 70f Rdnr. 3; *Erman/Michalski*, BGB, 11. Aufl. [2004], § 1631b Rdnr. 17; *Wenz*, in: *RGRK*, 12. Aufl. [1999], § 1631b Rdnr. 11). Nur so wird der unterschiedlichen Ausrichtung dieser beiden alternativen Arten der geschlossenen Unterbringung – deren Erforderlichkeit aus Kindeswohlgründen der Familienrichter bei seiner Genehmigungsentscheidung zu prüfen hat (§§ 1631b, 1697a BGB) – Rechnung getragen.

ccc) Das *OLG* hat es zudem verabsäumt, die vom *AG* nicht mündlich angehörteten sorgeberechtigten Kindeseltern nach der auch bei einstweiligen Anordnungen einschlägigen Vorschrift des § 70dI Nr. 2 FGG im Beschwerdeverfahren persönlich anzuhören (vgl. *Kayser*, in: *Keidel/Kuntze/Winkler*, § 70d Rdnr. 12, § 70 m Rdnr. 23; *Jansen/v. Schuckmann/Sonnenfeld*, § 70d Rdnrn. 2 und 24, § 70 m Rdnrn. 44ff.).

cc) Nachdem bereits die Verletzung dieser formellen Anforderungen das Freiheitsrecht des Kindes verletzt hat, kann dahinstehen, ob die sonstige Verfahrensgestaltung des *OLG* den Anforderungen, die das Freiheitsgrundrecht an sie stellt, genügt hat. Es bestehen diesbezüglich verfassungsrechtliche Bedenken, ob das Gericht im Rahmen seiner Sachverhaltsaufklärung die Bedeutung und Tragweite des Freiheitsgrundrechts ausreichend beachtet hat und ob der Freiheitsentzug daher eine in tatsächlicher Hinsicht genügende Grundlage gehabt hat.

(1) Das *OLG* hat davon abgesehen, das Kind persönlich anzuhören, und hat sich dabei auf die nachträgliche, durch das *AG* im Wege der Rechthilfe veranlasste Kindesanhörung gestützt. Es ist fraglich, ob dies ausreichte, um dem Recht des Kindes aus Art. 2II 2 GG ausreichend Rechnung zu tragen.

Zwar hat das *BVerfG* ausdrücklich zu einem Fall der mit Freiheitsentziehung verbundenen Unterbringung eines nach damaliger Rechtslage Entmündigten befunden, dass die Verfassung es nicht in jedem Falle gebietet, eine Anhörung in der Beschwerdeinstanz zu wiederholen, solange hierzu nach dem Akteninhalt keine Veranlassung besteht (vgl. *BVerfGE* 65, 317 [323f.] = NJW 1984, 1025).

Vorliegend spricht aber viel dafür, dass die Anhörung des Kindes in der Beschwerdeinstanz deshalb erforderlich war, weil die Handhabung der Verfahrensvorschriften durch das *AG* schon in erster Instanz wohl keinen wirksamen Grundrechtsschutz geboten hat. Es ist zweifelhaft, ob es der Bedeutung des Freiheitsgrundrechts noch ausreichend Rechnung trägt, die Anhörung eines geschlossen untergebrachten

Kindes im Wege der Rechtshilfe durchführen zu lassen, wenn das erkennende Gericht nur etwa 50 Kilometer von der Klinik entfernt liegt, in der das Kind untergebracht ist. Bei einer solchen örtlichen Nähe ist es problematisch, die Anhörung einem anderen Richter zu überlassen als dem, der über die Fortdauer der Unterbringung zu erkennen hat. In Unterbringungssachen ist der persönliche Eindruck von hoher Bedeutung für die Sachentscheidung; nur er ermöglicht die erforderliche bestmögliche

BVerfG: Unterbringung eines Kindes in einer Kinder- und Jugendpsychiatrie (NJW 2007, 3560) 3563 ▲

Überprüfung psychiatrischer Zeugnisse und Gutachten. Angesichts dessen spricht viel dafür, dass jedenfalls das *OLG* vor seiner Entscheidung das Kind zumindest durch den Berichterstatter persönlich hätte anhören müssen.

Da der Beschluss des *AG* vom 5. 1. 2007 nicht angegriffen ist, kann dahinstehen, ob auch die Übermittlung der Akten durch das *AG* an das Rechtshilfegericht auf dem einfachen Postweg, anstatt die wesentlichen Aktenbestandteile unverzüglich per Fax zu übersenden, verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet. Diese Handhabung hat dazu beigetragen, dass das Kind erstmals am 12. 1. 2007 und damit erst acht Tage nach Beginn der Freiheitsentziehung richterlich hat angehört werden können. Es erscheint fraglich, ob dies noch dem von Verfassungs wegen bestehenden Erfordernis einer unverzüglichen Nachholung der zunächst wegen Gefahr im Verzug unterbliebenen Anhörung des Kindes entsprach.

(2) Das *OLG* hat schließlich auch keine aktuelle Stellungnahme der Klinik zur Erforderlichkeit der Fortdauer der Unterbringung eingeholt. Hierzu hätte vor allem deshalb Anlass bestanden, weil die behandelnde Ärztin schon anlässlich der Kindesanhörung am 12. 1. 2007 von einer positiven Entwicklung des Kindes gesprochen hatte. Insofern hat es Anlass zur Prüfung gegeben, ob jedenfalls eine geschlossene Unterbringung des Kindes noch erforderlich gewesen ist.

b) Die Voraussetzungen für eine Durchsetzungsannahme nach § 93aII lit. b BVerfGG liegen vor.

Die Durchsetzungsannahme setzt voraus, dass die geltend gemachte Verletzung von Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten besonderes Gewicht hat oder den Bf. in existenzieller Weise betrifft. Besonders gewichtig ist eine Grundrechtsverletzung unter anderem dann, wenn sie auf einer groben Verkennung des durch ein Grundrecht gewährten Schutzes beruht (vgl. BVerfGE 90, 22 [25] = NJW 1994, 993). Dies ist hier angesichts der dargestellten Rechts- und Verfahrensfehler unter Berücksichtigung der Bedeutung des Freiheitsgrundrechts der Fall.

Soweit das Land Niedersachsen unter Bezugnahme auf BVerfGE 90, 22 [25f.] = NJW 1994, 993 der Auffassung ist, der Annahme der Verfassungsbeschwerde stehe es entgegen, dass im Falle der Aufhebung des angegriffenen Beschlusses bei erneuter Entscheidung kein anderes Ergebnis zu erwarten gewesen wäre, greift dies nicht durch; denn zum einen ist dem *BVerfG* diese hypothetische Prüfung in Fällen der Erledigung einer Verfassungsbeschwerde verschlossen und zum anderen ist jenes nicht zwingend: Mittels einer kurzfristigen Anhörung der Kindeseltern hätte das *AG* unter Umständen schon damals deren Einverständnis mit einer Unterbringung des Kindes in einer offenen Einrichtung der Jugendhilfe erreichen können. Jedenfalls kann aber nicht ausgeschlossen werden, dass bei ordnungsgemäßer Verfahrensgestaltung die Freiheitsentziehung schon früher als vorliegend beendet worden wäre.

c) Aus letzterem Grund hat die angegriffene Entscheidung auch auf dem Verfassungsverstoß beruht.

Anm. d. Schriftlfg.:

Zur örtlichen Zuständigkeit bei der Unterbringung eines Kindes s. *OLG München*, NJW-RR 2006, 1376. Zur Beschwerde gegen die Anordnung einer psychiatrischen Untersuchung s. *BGH*, NJW 2007, 3575 (unter Nr. 14 in diesem Heft).