

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich von S.K. Alexander, R. Arnet, S.P. Baumgartner, W. Boente,
P. Breitschmid, A. Büchler, H.C. von der Crone, T. Domej, U. Haas, A. Heinemann,
H. Heiss, R.M. Hilty, D. Jakob, L.D. Loacker, P. Picht, W. Portmann, R. Sethe,
F. Thouvenin, H.U. Vogt, R.H. Weber

Isabel Linda Geissberger

Die Rechtsgrundlagen der
fürsorgerischen Unterbringung
Minderjähriger unter Berücksichtigung
der Vorgaben der Europäischen
Menschenrechtskonvention und
der Bundesverfassung

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XIX
Literaturverzeichnis	XXVII
Materialienverzeichnis	XLI
Einführung	1
Ausgangslage	1
Gegenstand und Ziel der Untersuchung	2
Gang der Darstellung	3
Teil I: Grundlagen der fürsorgerischen Unterbringung	
Minderjähriger	5
Kapitel 1: Begriffsbestimmungen	7
A. Psychiatrische Behandlung	7
B. Definition der fürsorgerischen Unterbringung	9
C. Pflege und Betreuung	17
Kapitel 2: Rechtsgrundlagen	19
A. Internationale Rechtsgrundlagen	19
B. Verfassungsrechtliche Grundlagen	24
C. Bundesrechtliche Grundlagen	29
D. Kantonale Rechtsgrundlagen	66
E. Richtlinien der SAMW	67

Teil II: Der Verweis als Rechtsetzungsinstrument und seine Auslegung.....	71
Kapitel 3: Die Verweisung im Kontext von EMRK und Verfassung	73
A. Ausgangslage.....	73
B. Terminologie und Arten von Verweisungen.....	74
C. Vorgaben der EMRK.....	79
D. Verfassungsmässige Vorgaben.....	83
E. Zusammenfassung und Zwischenergebnis.....	88
Kapitel 4: Umfang des Verweises im Zivilrecht	89
A. Ausgangslage.....	89
B. Lehre und Rechtsprechung.....	89
C. Auslegung des Verweises.....	92
D. Zusammenfassung und Zwischenergebnis.....	103
E. Voraussetzungen nach Art. 310 Abs. 1 ZGB	106
F. Voraussetzungen nach Art. 426 ZGB.....	107
Teil III: Vereinbarkeit der Ergebnisse mit der EMRK und der Verfassung.....	109
Kapitel 5: Untersuchung der Erkenntnisse im Lichte der EMRK.....	111
A. Ausgangslage.....	111
B. Terminologie und Arten von Staatsverträgen	112
C. Geltung im innerstaatlichen Recht	113
D. Anwendbarkeit im innerstaatlichen Recht	114
E. Verhältnis zum innerstaatlichen Recht.....	115
F. Auslegung der EMRK	117
G. Voraussetzungen eines zulässigen Freiheitsentzugs	120
H. Zusammenfassung und Zwischenergebnis.....	186
Kapitel 6: Untersuchung der Erkenntnisse im Lichte der Verfassung	189
A. Ausgangslage.....	189
B. Verfassungskonforme Auslegung	190
C. Voraussetzungen eines zulässigen Freiheitsentzugs	191
D. Zusammenfassung und Zwischenergebnis.....	220

Teil IV: Würdigung der Erkenntnisse und Vorschläge de lege ferenda	223
Kapitel 7: Erkenntnisse	225
A. Ausgangslage.....	225
B. Materiell-rechtliche Grundlage der Unterbringung.....	226
C. Erkenntnisse über die sinngemässe Anwendung.....	230
Kapitel 8: Zusammenfassung und Ergebnis.....	239
A. Schlusszusammenfassung und Ergebnis	239
B. Ausblick und offene Fragen	241
Stichwortverzeichnis	243

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Inhaltsverzeichnis.....	XI
Abkürzungsverzeichnis	XIX
Literaturverzeichnis.....	XXVII
Materialienverzeichnis	XLI
Einführung.....	1
Ausgangslage.....	1
Gegenstand und Ziel der Untersuchung	2
Gang der Darstellung.....	3
Teil I: Grundlagen der fürsorgerischen Unterbringung	
Minderjähriger	5
Kapitel 1: Begriffsbestimmungen	7
A. Psychiatrische Behandlung.....	7
I. Medizinische Terminologie.....	7
II. Juristische Terminologie.....	8
B. Definition der fürsorgerischen Unterbringung	9
I. Terminologie im Erwachsenenschutzrecht.....	9
II. Unterbringungszweck und Zielsetzung bei Volljährigen	10
III. Unterbringungszweck, Zielsetzung und Indikation bei Minderjährigen	11
IV. Abgrenzung von jugendstrafrechtlichen Unterbringungen	14
V. Definition für die vorliegende Untersuchung.....	15
C. Pflege und Betreuung	17
Kapitel 2: Rechtsgrundlagen	19

A.	Internationale Rechtsgrundlagen.....	19
I.	Freiheits- und Kinderrechte.....	19
II.	Rechte im medizinischen Kontext.....	21
III.	Internationale Leitlinien.....	22
B.	Verfassungsrechtliche Grundlagen.....	24
C.	Bundesrechtliche Grundlagen.....	29
I.	Ausgangslage.....	29
II.	Aufhebung des Aufenthaltsbestimmungsrechts.....	31
1.	Anwendungsbereich.....	31
2.	Voraussetzungen.....	32
a)	Kindeswohlgefährdung.....	32
b)	Angemessenheit der Unterbringung.....	33
III.	Verweisnorm in Art. 314b Abs. 1 und Art. 327c Abs. 3 ZGB.....	35
1.	Anwendungsbereich.....	35
2.	Voraussetzungen.....	36
a)	Minderjährigkeit der betroffenen Person.....	36
c)	Spezifisch kindesrechtliche Gefährdungslage.....	36
d)	Unterbringung.....	37
e)	Geschlossene Einrichtung oder psychiatrische Klinik.....	37
(i)	Terminologie vor der Totalrevision.....	37
(ii)	Terminologie im geltenden Recht.....	39
(iii)	Sukzessiv öffnende Settings.....	41
(iv)	Fazit.....	43
f)	Verhältnismässigkeit der Unterbringung.....	44
(i)	Eignung.....	44
1)	Eignung der Massnahme.....	44
2)	Eignung der Einrichtung.....	45
(ii)	Erforderlichkeit.....	47
(iii)	Zumutbarkeit.....	49
IV.	Rechtsgrundlage im Erwachsenenschutzrecht.....	50
1.	Anwendungsbereich.....	50
2.	Voraussetzungen.....	52
a)	Gesetzliche Schwächezustände.....	52
(i)	Psychische Störung.....	52
(ii)	Geistige Behinderung.....	53
(iii)	Schwere Verwahrlosung.....	54
b)	Geeignete Einrichtung.....	56
3.	Besondere Gesichtspunkte bei einer fürsorglichen Unterbringung.....	58

a)	Stationäre Behandlungs- und Betreuungsbedürftigkeit.....	58
b)	Selbstgefährdung.....	60
c)	Belastung und Schutz von Angehörigen und Dritten.....	61
D.	Kantonale Rechtsgrundlagen.....	66
E.	Richtlinien der SAMW.....	67

Teil II: Der Verweis als Rechtsetzungsinstrument und seine Auslegung..... 71

Kapitel 3: Die Verweisung im Kontext von EMRK und Verfassung.....	73
A. Ausgangslage.....	73
B. Terminologie und Arten von Verweisungen.....	74
I. Verweisungsnorm und Verweisungsobjekt.....	74
II. Arten von Verweisungen.....	75
1. Ausdrückliche und stillschweigende Verweisungsnormen.....	75
2. Normative und informative Verweisungen.....	75
3. Rechtsgrund- und Rechtsfolgeverweisungen.....	77
4. Dynamische und statische Verweisungen.....	78
5. Binnen- und Aussenverweisungen.....	78
III. Einordnung von Art. 314b Abs. 1 ZGB.....	79
C. Vorgaben der EMRK.....	79
I. Konventionsrechtlicher Gesetzesbegriff.....	79
II. Konventionsrechtliche Anforderungen an die gesetzliche Grundlage.....	80
III. Konventionsrechtliche Anforderungen an die Bestimmtheit.....	81
IV. Fazit.....	82
D. Verfassungsmässige Vorgaben.....	83
I. Einhaltung von rechtsstaatlichen Prinzipien.....	83
II. Verfassungsmässige Anforderungen an die Bestimmtheit.....	84
1. Inhalt des Bestimmtheitsgebots.....	84
2. Art. 314b Abs. 1 ZGB als ausdrücklicher Verweis.....	85
3. Art. 314b Abs. 1 ZGB als stillschweigender Verweis.....	86
III. Fazit.....	87
E. Zusammenfassung und Zwischenergebnis.....	88
Kapitel 4: Umfang des Verweises im Zivilrecht.....	89
A. Ausgangslage.....	89
B. Lehre und Rechtsprechung.....	89

C.	Auslegung des Verweises.....	92
I.	Methodenpluralismus des Bundesgerichts	92
II.	Anknüpfung an den Wortlaut	93
III.	Anknüpfung an die Gesetzssystematik	95
IV.	Anknüpfung an den Zweck.....	96
V.	Historischer Anknüpfungspunkt.....	98
1.	Geltendes Recht vor der Totalrevision.....	98
2.	Totalrevision des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts	99
a)	Vorentwurf von 1998	99
b)	Vorentwurf von 2003	99
c)	Entwurf von 2006.....	100
d)	Geltendes Recht.....	101
3.	Fazit.....	102
D.	Zusammenfassung und Zwischenergebnis.....	103
E.	Voraussetzungen nach Art. 310 Abs. 1 ZGB	106
F.	Voraussetzungen nach Art. 426 ZGB.....	107

**Teil III: Vereinbarkeit der Ergebnisse mit der EMRK und
der Verfassung..... 109**

Kapitel 5:	Untersuchung der Erkenntnisse im Lichte der EMRK.....	111
A.	Ausgangslage.....	111
B.	Terminologie und Arten von Staatsverträgen	112
C.	Geltung im innerstaatlichen Recht	113
D.	Anwendbarkeit im innerstaatlichen Recht	114
E.	Verhältnis zum innerstaatlichen Recht.....	115
I.	Verhältnis zur Bundesverfassung	115
II.	Verhältnis zu Bundesgesetzen	115
III.	EMRK-konforme Auslegung als Lösung.....	116
F.	Auslegung der EMRK.....	117
I.	Auslegungsregeln der Wiener Vertragsrechtskonvention	117
II.	Autonome Auslegung.....	118
III.	Dynamische und evolutive Auslegung	119
G.	Voraussetzungen eines zulässigen Freiheitsentzugs	120
I.	Prüfungsaufbau von Art. 5 EMRK	120

II. Gesetzliche Grundlage.....	121
1. Rückführbarkeit auf ein vom Parlament beschlossenes Gesetz und Zugänglichkeit	121
a) Inhalt.....	121
b) Einhaltung durch Art. 314b Abs. 1 i.V.m. Art. 310 ZGB	121
c) Einhaltung durch Art. 314b Abs. 1 i.V.m. Art. 426 ff. ZGB	122
d) Fazit	122
2. Hinreichende Bestimmtheit.....	123
a) Inhalt.....	123
b) Einhaltung durch Art. 314b Abs. 1 i.V.m. Art. 310 ZGB	125
c) Einhaltung durch Art. 314b Abs. 1 i.V.m. Art. 426 ZGB	127
d) Genügende Bestimmtheit des umfassenden Verweises?.....	128
3. Fazit.....	128
III. Persönlicher und sachlicher Schutzbereich	129
1. Inhalt	129
2. Persönlicher Schutzbereich von Art. 314b Abs. 1 ZGB	133
3. Sachlicher Schutzbereich von Art. 314b Abs. 1 i.V.m. Art. 310 ZGB und Art. 314b Abs. 1 i.V.m. Art. 426 ZGB	133
4. Fazit.....	133
IV. Freiheitsentzug Minderjähriger nach Art. 5 Abs. 1 lit. d EMRK	134
1. Anwendungsbereich.....	134
a) Inhalt.....	134
b) Einordnung von Art. 314b Abs. 1 i.V.m. Art. 310 ZGB.....	136
c) Einordnung von Art. 314b Abs. 1 i.V.m. Art. 426 ff. ZGB ..	137
d) Fazit	137
2. Richterliche Kontrolle.....	138
a) Inhalt.....	138
b) Einhaltung durch das innerstaatliche Recht	141
c) Fazit	147
V. Freiheitsentzug nach Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK.....	148
1. Anwendungsbereich.....	148
a) Inhalt.....	148
b) Einordnung von Art. 314b Abs. 1 i.V.m. Art. 310 ZGB.....	151
c) Einordnung von Art. 314b Abs. 1 i.V.m. Art. 426 ff. ZGB ..	152
d) Fazit	153
2. Winterwerp-Kriterien.....	154
a) Pflicht zur Einholung eines Gutachtens	154

(i)	Rechtsprechung des EGMR.....	154
(ii)	Einhaltung durch das innerstaatliche Recht.....	155
b)	Einhaltung des Verhältnismässigkeitsprinzips.....	161
(i)	Rechtsprechung des EGMR.....	161
(ii)	Einhaltung durch das innerstaatliche Recht.....	161
c)	Pflicht zur periodischen Überprüfung.....	162
(i)	Rechtsprechung des EGMR.....	162
(ii)	Einhaltung durch das innerstaatliche Recht.....	164
d)	Fazit.....	166
VI.	Gemeinsame Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 1 lit. d und lit. e EMRK.....	166
1.	Geeignete Einrichtung.....	166
a)	Rechtsprechung des EGMR zu Art. 5 Abs. 1 lit. d EMRK...	166
b)	Rechtsprechung des EGMR zu Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK ...	167
c)	Einhaltung durch das innerstaatliche Recht	168
2.	Informationsrecht.....	169
a)	Inhalt.....	169
b)	Einhaltung durch das innerstaatliche Recht	171
3.	Art des Unterbringungsentscheids	173
a)	Vorgaben der EMRK.....	173
b)	Einhaltung durch das innerstaatliche Recht	173
4.	Staatliche Gewährleistungspflichten.....	176
a)	Inhalt.....	176
b)	Einhaltung durch die Pflegekinderverordnung.....	178
c)	Einhaltung durch die kantonale Gesundheitsgesetzgebung am Beispiel des Kantons Zürich.....	179
d)	Einhaltung durch eine kantonale Meldepflicht.....	179
e)	Einhaltung durch Art. 380 ZGB?	180
VII.	Fazit.....	183
H.	Zusammenfassung und Zwischenergebnis.....	186
Kapitel 6:	Untersuchung der Erkenntnisse im Lichte der Verfassung.....	189
A.	Ausgangslage.....	189
B.	Verfassungskonforme Auslegung	190
C.	Voraussetzungen eines zulässigen Freiheitsentzugs	191
I.	Verhältnis von Art. 31 BV zu Art. 5 EMRK	191
II.	Verhältnis von Art. 31 BV zu Art. 36 BV	192
III.	Persönlicher und sachlicher Schutzbereich	194

1. Inhalt	194
2. Schutzbereich der bundesrechtlichen Grundlagen.....	195
IV. Gesetzliche Grundlage.....	195
1. Erfordernis der genügenden Normstufe.....	195
a) Inhalt.....	195
b) Einhaltung durch die bundesrechtlichen Grundlagen.....	196
2. Erfordernis der genügenden Normdichte.....	196
a) Inhalt.....	196
b) Einhaltung durch Art. 314b Abs. 1 i.V.m. Art. 310 ZGB	199
c) Einhaltung durch Art. 314b Abs. 1 i.V.m. Art. 426 ZGB	201
3. Fazit.....	202
V. Informations- und Belehrungspflicht.....	203
1. Inhalt	203
2. Einhaltung durch die bundesrechtlichen Grundlagen	206
VI. Anspruch auf Haftprüfung.....	209
1. Inhalt	209
2. Einhaltung durch die bundesrechtlichen Grundlagen	212
VII. Fazit	217
D. Zusammenfassung und Zwischenergebnis.....	220

Teil IV: Würdigung der Erkenntnisse und Vorschläge de lege ferenda..... 223

Kapitel 7: Erkenntnisse	225
A. Ausgangslage.....	225
B. Materiell-rechtliche Grundlage der Unterbringung.....	226
I. Zusammenfassung der Erkenntnisse.....	226
II. Vorschlag de lege ferenda	227
1. Notwendigkeit einer Neuregelung	227
2. Systematische Einordnung der Neuregelung	228
3. Wortlaut der Neuregelung.....	228
C. Erkenntnisse über die sinngemässe Anwendung.....	230
I. Einholung eines Gutachtens	230
1. Zusammenfassung der Erkenntnisse.....	230
2. Notwendigkeit einer eigenen bundesrechtlichen Regelung im Kinderschutz für das erstinstanzliche Verfahren?	230

II. Regelung über eine Informations- und Belehrungspflicht.....	231
1. Zusammenfassung der Erkenntnisse.....	231
2. Vorschlag de lege ferenda.....	232
a) Notwendigkeit einer Regelung auf Gesetzesstufe.....	232
b) Systematische Einordnung der Regelung.....	232
c) Wortlaut der Regelung.....	233
III. Richterliche Überprüfung.....	234
1. Zusammenfassung der Erkenntnisse.....	234
2. Notwendigkeit einer eigenen Regelung.....	235
3. Systematische Einordnung der Regelung.....	235
4. Wortlaut der Regelung.....	235
IV. Behandlung ohne Zustimmung.....	236
1. Zusammenfassung der Erkenntnisse.....	236
2. Notwendigkeit einer eigenständigen Regelung im Kinderschutz.....	237
3. Systematische Einordnung der Regelung.....	237
4. Vorschlag de lege ferenda.....	237
Kapitel 8: Zusammenfassung und Ergebnis.....	239
A. Schlusszusammenfassung und Ergebnis.....	239
B. Ausblick und offene Fragen.....	241
Stichwortverzeichnis.....	243