

Datum 17.11.2020
Unser Zeichen SN_2020_1214
Ihr Zeichen
Ansprechpartner / in
Durchwahl
E-Mail

STELLUNGNAHME

vom 17.11.2020

Einwilligung in Corona-Test im Wege der Notkompetenz aus § 42 Abs. 2 S. 4 SGB VIII?

Das Jugendamt bittet um rechtliche Stellungnahme des Instituts im Zusammenhang mit der Unterbringung im Rahmen einer Inobhutnahme (ION) in Zeiten der Corona-Pandemie. Hierzu führt das Jugendamt aus, dass einige ION-Stellen einen negativen Corona-Test verlangen, bevor sie ein Kind oder eine Jugendliche (m/w/d)¹ aufnehmen. Dem Jugendamt stellt sich die Frage, ob die Fachkräfte befugt sind, ohne Wissen und Zustimmung der Eltern einen Corona-Test machen zu lassen, wenn aufgrund der besonderen Gefährdung für das Kind – bei massiver Gewalt durch die Eltern – eine Kontaktaufnahme mit den Eltern vorab

¹ Alle Geschlechter sind gemeint. Zugunsten der besseren Lesbarkeit wird jeweils in einer Stellungnahme durchgängig entweder nur die männliche oder nur die weibliche Form verwendet.

Postfach 10 20 20
D-69010 Heidelberg

Poststraße 17 69115 Heidelberg
Telefon 06221 / 98 18-0
Fax 06221 / 98 18-28
institut@dijuf.de
www.dijuf.de

nicht sinnvoll ist. Anlass für die Anfrage war die ION einer Sechzehnjährigen, die von ihrer alleinerziehenden Mutter regelmäßig mit der Faust auf den Kopf geschlagen wird, mittlerweile an Depressionen leidet und um ION aus der Schule heraus gebeten hat.

I. Einwilligung der Personensorgeberechtigten oder der Minderjährigen

Für ärztliche Untersuchungen – zu denen auch der Test auf eine Infektion mit dem Coronavirus gehört – und medizinische Behandlungen ist grundsätzlich die Einwilligung der Personensorgeberechtigten erforderlich, da die Gesundheitsorge Teil der Personensorge (§ 1626 Abs. 1 BGB) ist. Dies gilt aber nur, soweit die betroffene Minderjährige nicht selbst einwilligungsfähig ist. Liegt Einwilligungsfähigkeit – im Sinne eines Vorhandenseins von Einsichts- und Urteilsfähigkeit im Hinblick auf eine mit einer bestimmten Handlung/Unterlassung zusammenhängende Beeinträchtigung von Rechtsgütern – vor, kann nach Auffassung des Instituts die Minderjährige nur selbst in eine ärztliche Behandlung/Untersuchung einwilligen (ausführlich zum Ganzen *Hoffmann Personensorge*, 3. Aufl. 2018, § 10 Rn. 7 ff; vgl. auch *FK-SGB VIII/Trenzcek*, 8. Aufl. 2019, SGB VIII § 42 Rn. 36). Die Einwilligungsfähigkeit lässt sich nicht pauschal an einer bestimmten Altersgrenze festmachen, vielmehr kommt es auf den konkreten Einzelfall an (hierzu ausführlich *DIJuF-Rechtsgutachten V 2.800 vom 24.2.2017*).

Soweit die Einwilligungsfähigkeit im konkreten Einzelfall vorliegt, kann die Minderjährige also selbst die Einwilligung zur Durchführung einer ärztlichen Untersuchung und Behandlung erteilen. Liegt keine Einwilligungsfähigkeit vor, kommt es grundsätzlich auf die Einwilligung der Personensorgeberechtigten – hier auf die Einwilligung der Eltern bzw. des alleinsorgeberechtigten Elternteils – an. In dem Fall, der Anlass für die Anfrage des Jugendamts war, ging es um den Corona-Test einer Sechzehnjährigen. Nach Auffassung des Instituts ist in dieser Fallkonstellation davon auszugehen, dass die Einwilligungsfähigkeit im Hinblick auf die konkrete ärztliche Untersuchung zu bejahen ist. Insoweit kommt es hier weder auf die Frage nach der Einwilligung der Sorgeberechtigten noch auf die Frage der Zulässigkeit der Einwilligungserklärung durch die Fachkräfte des Jugendamts an. Allerdings ist zu beachten, dass eine Einwilligung immer freiwillig erfolgen muss. Insoweit wäre problematisch, wenn die Sechzehnjährige davon ausgehen müsste, dass sie nicht untergebracht werden kann, wenn sie dem Test nicht

zustimmt und sich damit gezwungen sehen würde, ihre Einwilligung zu der Durchführung des Corona-Tests zu erteilen (vgl. hierzu die Ausführungen unten zu der Verpflichtung, Unterbringungsmöglichkeiten auch für [möglicherweise] coronainfizierte Kinder und Jugendliche vorzuhalten).

II. Unterbringung im Rahmen der ION ohne negatives Testergebnis

1. Verpflichtung des Jugendamts zur ION

Nach der Regelung des § 42 Abs. 1 S. 1 SGB VIII ist das Jugendamt zur ION berechtigt und verpflichtet, wenn ein Kind oder eine Jugendliche darum bittet (Nr. 1) oder wenn eine dringende Gefahr für das Wohl eines Kindes oder einer Jugendlichen die ION erfordert und die Personensorgeberechtigten entweder nicht widersprechen oder eine familiengerichtliche Entscheidung nicht rechtzeitig eingeholt werden kann (Nr. 2). Zusätzlich besteht eine Pflicht zur ION unbegleitet eingereister ausländischer Minderjähriger (Nr. 3). Auf die Pflicht zur ION durch das Jugendamt bei Vorliegen der Voraussetzungen einer der in § 42 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis 3 SGB VIII aufgeführten Tatbestände hat eine (mögliche) Infektion mit COVID-19 keine Auswirkungen.

In dem von Ihnen geschilderten Fall, in dem die Jugendliche um ION gebeten hat, besteht also auf jeden Fall aufgrund der Bitte der Jugendlichen eine gesetzliche Verpflichtung zur ION nach § 42 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB VIII. Mit der Verpflichtung zur ION bei einer entsprechenden Bitte soll Kindern und Jugendlichen in Konfliktsituationen ein möglichst effektiver, unkomplizierter und niedrighschwelliger Hilfezugang gesichert werden (Wiesner/*Wiesner* SGB VIII § 42 Rn. 7). Dieser Intention liefe es aber zuwider, wenn erst ein Testergebnis abgewartet werden müßte, bevor die ION erfolgen kann. Auch in den Gefährdungsfällen des § 42 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB VIII würde das Warten auf das Ergebnis des Corona-Tests ein erhebliches Problem für die ION als Eilmaßnahme darstellen, weil das Kind oder die Jugendliche ja sofort des Schutzes und der Unterbringung bedarf. Im Ergebnis besteht daher zunächst einmal eine Verpflichtung, auch ungetestete Kinder und Jugendliche – bei Vorliegen der ION-Voraussetzungen – in Obhut zu nehmen.

2. Befugnis des Jugendamts zur Entscheidung über die Durchführung eines Corona-Tests während der ION?

Im Folgenden soll geprüft werden, ob das Jugendamt – bei zu verneinender Einwilligungsfähigkeit, insbesondere bei kleineren Kindern – die Einwilligung zur Durchführung des Corona-Tests erteilen kann. Anknüpfungspunkt ist insoweit § 42 Abs. 2 S. 4 SGB VIII. Die Regelung bestimmt, dass das nach § 87 SGB VIII zuständige Jugendamt während der ION berechtigt ist, alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die zum Wohl der Minderjährigen notwendig sind. Hierbei ist der mutmaßliche Wille der Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten angemessen zu berücksichtigen (§ 42 Abs. 2 S. 4 SGB VIII).

Das Verhältnis zwischen der in § 42 Abs. 2 S. 4 SGB VIII verankerten Berechtigung und dem Personensorgerecht wird nicht einheitlich beurteilt, jedenfalls werden durch die Regelung nicht etwa das Personensorgerecht oder Teile des Sorgerechts übertragen. Teilweise wird davon ausgegangen, dass auch keine Beschränkung der Rechte der Personensorge- oder Erziehungsberechtigten erfolgt, das Jugendamt aber die Befugnis erhält, die mit dem Personensorgerecht verbundenen Rechte tatsächlich auszuüben, soweit dies zum Wohl des Kindes bzw. der Jugendlichen notwendig ist (Schellhorn ua/*Mann* SGB VIII, 5. Aufl. 2017, SGB VIII § 42 Rn. 29). Das elterliche Sorgerecht wird damit für die Dauer der ION überlagert, das Jugendamt erhält de facto kraft öffentlichen Rechts die Befugnisse, die bei gemeinsam sorgeberechtigten Eltern jeder Elternteil für sich bei Gefahr im Verzug (sog. Notvertretung, § 1629 Abs. 1 S. 4 BGB) hat (Wiesner/*Wiesner* SGB VIII, 5. Aufl. 2015, SGB VIII § 42 Rn. 30 f.). Zum Teil wird vertreten, dass die Regelung des § 42 Abs. 2 S. 4 SGB VIII dazu führt, dass die elterliche Sorge für die Gesamtdauer der ION suspendiert oder substituiert wird. (*Hoffmann* § 2 Rn. 122). Das Jugendamt übt nach dieser Auffassung Teilbereiche der Personensorge im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen Notkompetenz aus, die vorübergehend das Elternrecht substituiert (FK-SGB VIII/*Trenczek* SGB VIII § 42 Rn. 35).

Das Institut tendiert zu einem eher engen Verständnis der sorgerechtlichen Befugnisse des Jugendamts – dies auch vor dem Hintergrund der vom Gesetzgeber geforderten angemessenen Berücksichtigung des mutmaßlichen Willens der Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten. Nur in Fällen, in denen eine Entscheidung nicht ausgesetzt werden kann, bis die Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten erreicht werden, sollte das Jugendamt von der Befugnis Gebrauch machen (vgl. hierzu auch BVerfG 14.6.2007 – 1 BvR 338/07, juris: „zunächst nur [...] vorläufige Maßnahmen im Rahmen

seiner öffentlich-rechtlichen Notkompetenz“). Folgt man dieser Auffassung, wäre die Erteilung der Einwilligung in den Corona-Test nur dann von der Befugnis des Jugendamts aus § 42 Abs. 2 S. 4 SGB VIII umfasst, wenn der Test unbedingt notwendig und unaufschiebbar ist und das Jugendamt den mutmaßlichen Willen der Eltern angemessen berücksichtigt. Eine Notwendigkeit der Testung könnte man allenfalls dann annehmen, wenn Symptome vorliegen, die für eine Infektion sprechen. Die Konsequenz müsste dann aber sein, eine passende Unterbringung zu veranlassen, bei der ohne Gefährdung anderer das Testergebnis abgewartet werden kann. Wenn nur rein vorsorglich getestet werden soll, ist das zwar angesichts der Pandemie nachvollziehbar, mit der ION aber nicht kompatibel, da dann ja nie eine sofortige Unterbringung möglich wäre.

3. Verpflichtung zur Unterbringung im Rahmen der ION

Von der Pflicht zur ION ist die vorläufige Unterbringung bei einer geeigneten Person, in einer geeigneten Einrichtung oder in einer sonstigen Wohnform (§ 42 Abs. 1 S. 2 SGB VIII) umfasst. In der derzeitigen Situation, in der für jeden das Risiko besteht, mit COVID-19 infiziert zu sein, sind in die Prüfung der Eignung der Unterbringungsmöglichkeit auch die dort gegebenen Möglichkeiten zum Umgang mit dem Ansteckungsrisiko innerhalb der Einrichtung, der Bereitschaftspflegestelle oder sonstigen Wohnform und zum Befolgen der Anordnungen des Gesundheitsamts einzustellen. Ähnliche Überlegungen sollten nach Auffassung des Instituts auch im Rahmen der Unterbringung bei einer geeigneten Person (bspw. Unterbringung bei einem Großelternanteil im Wege der Bereitschaftspflege) angestellt und thematisiert werden. Gegebenenfalls kann das Jugendamt in diesen Fällen bspw. bei der Umsetzung einer Quarantäne beratend und unterstützend tätig werden.

4. Verpflichtung zur Aufnahme

Angesichts der derzeitigen Pandemielage bedeutet eine Verweigerung der Aufnahme jeder potentiell infizierten Minderjährigen ohne negativen Corona-Test letztlich eine Art Aufnahmestopp, soweit keine wirksame Einwilligung zur Durchführung des Corona-Tests erteilt wird. Wie oben bereits angesprochen, erscheint dies aber

insbesondere vor dem Hintergrund der notwendigen Freiwilligkeit der Einwilligungserteilung problematisch. So könnte sich ein Kind oder eine Jugendliche in den Fällen des § 42 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB VIII – Einwilligungsfähigkeit vorausgesetzt – aus Angst, nicht in Obhut genommen zu werden, gezwungen sehen, dem Test zuzustimmen. Bei nicht einwilligungsfähigen Minderjährigen könnten die Personensorgeberechtigten auf der anderen Seite die Einwilligung verweigern, um die Fremdunterbringung ihres Kindes im Wege der ION zu vermeiden.

a) Öffentlicher Träger der Jugendhilfe

Bei Einrichtungen in Trägerschaft des öffentlichen Trägers der Jugendhilfe ist davon auszugehen, dass diese aufgrund der dargestellten ION-Verpflichtung bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 42 Abs. 1 SGB VIII und vor dem Hintergrund der dargestellten Problematik stets – unabhängig von einem bestehenden Verdacht auf eine Infektion oder von einer bestätigten Infektion – zur Unterbringung im Rahmen einer ION verpflichtet sind. Grundsätzlich können (und müssen) ION-Einrichtungen und Bereitschaftspflegestellen also auch während der Corona-Pandemie neue Kinder und Jugendliche aufnehmen. Geht es um Minderjährige, bei denen ein konkreter Verdacht auf eine Infektion mit COVID-19 besteht oder sich der Verdacht auch bereits bestätigt hat, so können auch diese Kinder und Jugendliche in Abstimmung mit dem Jugendamt und dem Gesundheitsamt grundsätzlich neu aufgenommen werden. In diesen Fällen haben Einrichtungen die entsprechende Neuaufnahme der Aufsichtsbehörde (Heimaufsicht) anzuzeigen (§ 47 S. 1 Nr. 2 SGB VIII). Im Fall der Aufnahme von Kindern oder Jugendlichen mit konkretem Verdacht auf eine Coronainfektion bzw. mit bestätigter Infektion ist erforderlich, dass die Anordnungen des Gesundheitsamts zur Vermeidung einer Weiterverbreitung des Virus in der Einrichtung befolgt werden können, bspw. eine Isolierung der betroffenen Kinder und Jugendlichen unter Beachtung der Pflege- und Kontaktnotwendigkeiten. Ist dies nicht möglich (bspw. aufgrund baulicher, personeller oder organisatorischer Gegebenheiten), darf das Kind oder die Jugendliche nicht aufgenommen werden und ist eine andere Unterbringung erforderlich (vgl. zum Ganzen auch www.dijuf.de ► Coronavirus-FAQ ► Rubrik Hilfen zur Erziehung – Stationär).

Problematisch ist eine Aufnahme insbesondere dann, wenn sich in der Einrichtung einer Risikogruppe angehörende Personen aufhalten. Festzuhalten bleibt aber, dass bei Vorliegen der ION-Voraussetzungen eine Verpflichtung des Jugendamts zur Unterbringung der betroffenen Minderjährigen besteht, sodass der Träger der öffentlichen Jugendhilfe bei – unter Coronagesichtspunkten – mangelnder Eignung einer Unterbringungsmöglichkeit in der Pflicht steht, für eine anderweitige Unterbringung Sorge zu tragen.

Bei freien Trägern dürfte es nicht möglich sein, diese dazu zu verpflichten, Minderjährige auch ohne Vorliegen eines negativen Testergebnisses neu aufzunehmen. Dies dürfte aufgrund der Unabhängigkeit freier Träger grundsätzlich auch dann gelten, wenn eine Leistungssicherstellungsvereinbarung zwischen öffentlichem und freiem Träger abgeschlossen wurde, da sich diese – bei Auslegung ihres Inhalts – nicht auf eine unbedingte Aufnahmepflicht während der Corona-Krise als Ausnahmesituation beziehen dürfte. Es empfiehlt sich aber, mit den freien Trägern ins Gespräch zu gehen und zu schauen, inwieweit man die Aufnahmebereitschaft (auch ohne Vorliegen eines negativen Corona-Tests) durch Unterstützungsangebote seitens des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe (im Hinblick auf Hygienekonzepte etc.) fördern könnte.

5. Gewährleistungsverantwortung des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe

Aufgrund seiner Verantwortung, auch für infizierte Kinder und Jugendliche geeignete Unterbringungsmöglichkeiten vorzuhalten, muss der Träger der öffentlichen Jugendhilfe – soweit bislang vor Ort keine oder nicht ausreichend geeignete Plätze in aufnahmebereiten ION-Einrichtungen oder Pflegestellen vorhanden sind, die den Bedarfen der Unterbringung infizierter Kinder und Jugendlicher gerecht werden – dringend Unterbringungsmöglichkeiten schaffen. Dabei könnte bspw. an die Inanspruchnahme von Einrichtungen gedacht werden, die normalerweise lediglich Leistungen nach §§ 27, 34 SGB VIII erbringen. Auch wenn eine Unterbringung hier aufgrund einer Begrenzung der Betriebserlaubnis nicht automatisch in Betracht kommt, kann die grundsätzliche Eignung doch geprüft werden. Dies gilt insbesondere, wenn die Einrichtung selbst über Fachkräfte verfügt, die für die besonderen Aufgabenstellungen im Rahmen einer ION qualifiziert sind und die räumlichen

Kapazitäten hier eine Unterbringung ermöglichen, die dem Infektionsschutz gerecht wird. In dem Fall wäre auch an eine kurzfristige Erweiterung der Betriebserlaubnis zu denken. Alternativ kommt eine Unterbringung in der Einrichtung mit Betreuung durch externe, zusätzlich hierfür eingesetzte Fachkräfte in Betracht (vgl. hierzu www.dijuf.de ► Coronavirus-FAQ ► Rubrik Kinderschutz Frage 1). Andere Möglichkeiten könnten in der verstärkten Suche nach geeigneten Bereitschaftspflegefamilien bestehen.

IV. Fazit

Ein Corona-Test im Rahmen der ION ist grundsätzlich nur mit Einwilligung der Minderjährigen oder – bei fehlender Einwilligungsfähigkeit – mit Einwilligung der Personensorgeberechtigten möglich. Die Freiwilligkeit der Einwilligung ist hierbei zu wahren. Die Erteilung der Einwilligung kann nach Auffassung des Instituts grundsätzlich nicht auf die Notkompetenz im Rahmen der ION gestützt werden. Insbesondere muss der Träger der öffentlichen Jugendhilfe Einrichtungen vorhalten, die Minderjährige unabhängig von einem Verdacht auf eine Infektion (und auch unabhängig von einer bestätigten Infektion) aufnehmen können, sodass die Durchführung des Corona-Tests keine unbedingte Notwendigkeit darstellt. Etwas anderes könnte gelten, wenn das Kind oder die Jugendliche ernsthaft erkrankt ist und man die Diagnose braucht, um sie gut behandeln zu können und die Eltern sich grundlos weigern, die Einwilligung zu erteilen oder nicht erreichbar sind.