Universität Bremen

zerp
zentrum für europäische rechtspolitik
centre of european law and politics

zerp· Universitätsallee GW 1·28359 Bremen

Prof. Dr. Andreas Fischer-Lescano
Nele Austermann

Telefon (0421) 218 - 66 222
Fax (0421) 218 - 66 230
eMail fischer-lescano@zerp.uni-bremen.de
www www.zerp.uni-bremen.de

Sekretariat: Daniela Ballesteros Gonzalez
Telefon (0421) 218 - 66 201

Ihr Zeichen:	Ihre Nachricht vom:	Unser Zeichen:	Datum:
			11.03.20

Stellungnahme zur Verwaltungsanweisung des Amtes für Soziale Dienste, Referat Junge Menschen in besonderen Lebenslagen –

Verwaltungsanweisung vom 9.1.2020 zu § 42 a Abs. 4 S. 1 Nr. 1 SGB VIII iVm § 42 Abs. 3 S. 1 SGB VIII

Sehr geehrte Damen und Herren,

zur o.g. Verwaltungsanweisung nehmen wir wie folgt Stellung:

1. *Die o.g. Verwaltungsanweisung des Amtes für Soziale Dienste ist rechtswidrig.*

2. *Die Verwaltungsanweisung ist erstens nicht von § 42 a Abs. 5 S. 1 Nr. 1 SGB VIII gedeckt und verstößt damit Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 104 GG, Art. 25 Abs. 3 BremLV, Art. 37 b) UN-KRK (I)*

3. *Die Verwaltungsanweisung verkennt zweitens die Bedeutung des Kindeswohls aus Art. 3 UN-KRK, Art. 25 Abs. 1 BremLV (II)*

4. *Die Verwaltungsanweisung verstößt drittens gegen das Gewaltverbot aus 19 iVm Art. 37 b der UN-KRK (III)*

5. *Der Amtsleitung des Amtes für Soziale Dienste ist dringend zu raten, die am 9.1.2020 in Kraft getretene Verwaltungsanweisung zurückzunehmen. Die Durchführung von freiheitsentziehenden Maßnahmen in Bezug auf Kinder und Jugendliche im Verteilungsverfahren ist verfassungs- und völkerrechtswidrig.*

Aus folgenden Gründen:

Auch unbegleitete minderjährige Ausländer_innen in Bremen werden mit Hilfe des Königssteiner Schlüssels auf andere Jugendämter in Deutschland verteilt. Die Verwaltungsanweisung regelt den Umgang mit unbegleiteten minderjährigen Ausländer_innen, die sich weigern zu dem ihnen zugewiesenen Jugendamt zu gehen und Bremen zu verlassen.

Die Rechtsgrundlage dazu sei, so führt die Verwaltungsanweisung aus, in § 42 a Abs. 5 S. 1 SGB VIII zu finden:

> *„Das Jugendamt ist im Rahmen seines Sicherstellungsauftrags aus § 42 a Abs. 5 S. 1 Nr. 1 SGB VIII berechtigt, von einem zugewiesenen unbegleiteten ausländischen Kind oder Jugendlichen das Tun oder Unterlassen zu verlangen, das erforderlich ist, um die gesetzlichen Vorgaben umzusetzen und seine Inobhutnahme durch das zuständige Jugendamt zu ermöglichen (Mitwirkungspflicht). Die Zwangsmaßnahme muss jedoch verhältnismäßig – das heißt, geeignet, erforderlich und angemessen – sein. Insbesondere müssen vorher alle zur Verfügung stehenden Möglichkeiten ausgeschöpft worden sein, den jungen Menschen zu einem freiwilligen Ortswechsel zu bewegen."*

Schließlich wird zu folgender Vorgehensweise angehalten:

> *„Ergeben sich keine derartigen Hinweise (auf eine Kindeswohlgefährdung, NA), wird geprüft, ob die Durchführung des Verteilverfahrens mittels unmittelbaren Zwangs durchgesetzt werden soll. Vor Androhung und ggf. Anordnung von unmittelbarem Zwang wird geprüft, ob diese verhältnismäßig sind und ob Verwaltungszwang angewendet werden kann, ohne das Kindeswohl zu gefährden."*

Zum Verfahren selbst regelt die Verwaltungsanweisung:

> *„Die/der umA wird am vereinbarten Tag um 7:00 Uhr in seiner Unterkunft von uniformierten Polizisten aufgesucht und gegebenenfalls unter Anwendung von unmittelbarem Zwang (Fesselung von Händen und Füßen) in einem neutralen Polizeifahrzeug zum Zielort verbracht."*

Rechtliche Stellungnahme

Die in der Verwaltungsanweisung genannte Anwendung von unmittelbarem Zwang ist rechtlich unzulässig. Die Verwaltungsanordnung ist insofern rechtswidrig. Im einzelnen:

Zu I) Verstoß gegen Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 104 GG, Art. 25 Abs. 3 BremLV, Art. 37 b) UN-KRK *– fehlende gesetzliche Grundlage*

Als interne Verwaltungsanweisung genügt die Verwaltungsanweisung dem Maßstab des Art. 20 Abs. 3 GG und Art. 104 GG nicht, wonach jeder Eingriff in Freiheitsrechte von einer Rechtsgrundlage umfasst sein muss. Art. 25 Abs. 3 der Bremischen Landesverfassung formuliert, dass Fürsorgemaßnahmen, die auf Zwang beruhen, der gesetzlichen Grundlage bedürfen. Art. 37 b) UN-KRK regelt, dass sie Freiheitsentziehung nur in Einklang mit dem Gesetz, nur als letztes Mittel und nur für die kürzest angemessene Zeit angewendet werden darf.

Denn die Verwaltungsanweisung in der dargestellten Form ist nicht von § 42a Abs. 5 Nr. 1 SGB VIII umfasst.

§ 42 a Abs. 5 Nr. 1 SGB VIII bezieht sich ausschließlich auf die Begleitung des_der Minderjährigen und Übergabe einer insofern geeigneten Person an das zuständige Jugendamt. Hierdurch soll vermieden werden, dass sie/er während der Verteilung allein gelassen wird (so auch BT-Drs. 18/5921, 25) (*Winkler*, in: BeckOK Sozialrecht, Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, 55. Ed., 2017, § 42 a, Rn. 16 ff; *Kepert/Dexheimer*, in LPK-SGB VIII, Rn. 21, 7. Aufl., 2018; *Trenczek*, in: Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, § 42 a, Rn. 21, 8. Aufl., 2019).

Erst recht ergibt sich daraus keine Mitwirkungspflicht des_der Minderjährigen. Eine solche ist auf die in §§ 60-65 SGB I genannten Fälle begrenzt. Indem die Verwaltungsanweisung von der Existenz einer solchen ausgeht, verkennt sie die Grenzen der Auslegung von § 42 a Abs. 5 Nr. 1 SGB VIII und überschreitet ihre Kompetenzen aus Art. 20 Abs. 3 GG.

Sollte die Behörde bei Durchführung der Zwangsmaßnahme auf das verwaltungsrechtliche Vollstreckungsverfahren abstellen, dann fehlt dazu der zu vollstreckende Grundverwaltungsakt: § 42 b Abs. 3 SGB VIII beinhaltet gerade keine Verpflichtung der Kinder und Jugendlichen das zugewiesene Jugendamt aufzusuchen.

Gem. § 42 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 5, Abs. 6, § 42a Abs. 1 S. 3 SGB VIII sind freiheitsentziehende Maßnahmen im Rahmen der Inobhutnahme nur zulässig, wenn und soweit sie erforderlich sind, um eine Gefahr für Leib und Leben des Kindes oder des_der Jugendlichen abzuwenden.

Zum einen ist die Freiheitsentziehung überhaupt nur zulässig, wenn eine Gefahr für Leib und Leben besteht (dazu siehe statt vieler Möller in: Praxiskommentar SGB VIII, § 42 SGB VIII, Rn. 56, 2. akt. Auflage). Die Gefährdung des bremischen Verteilungsverfahrens im Rahmen des Königssteiner Schlüssels – so wie es das Amt für Soziale Dienste geltend macht – ist davon in offensichtlicher Weise schon nicht umfasst. Eine Gefahr kann auch deswegen nicht vorliegen, weil der_die unbegleitete Minderjährigen sich bereits in Obhut des Jugendamtes befinden. Das Leib und Leben dieser Minderjährigen ist gerade nicht mehr in Gefahr. Eine freiheitsentziehende Maßnahme ist in diesem Kontext schlicht nicht zulässig.

Die vorliegende Verwaltungsanweisung verkennt den o.g. Maßstab des Freiheitsrechts aus Art. 104 Abs. 2 S. 4 GG, wenn es Minderjährige im Verteilungsverfahren nach § 42 b Abs. 3 S. 1 SGB

VIII iVm § 41 a Abs. 5 S. 1 Nr. 1 SGB VIII Kinder und Jugendliche jegliche freiheitsentziehenden Maßnahmen überhaupt anordnet.

Zu II – Verkennung des Maßstabes des Kindeswohls aus Art. 3 UN-KRK, Art. 25 Abs. 1 BremLV

Die Verwaltungsanweisung verkennt den jeder Maßnahme zugrundeliegenden Maßstab in der Kinder- und Jugendhilfe. Das Kindeswohl ist bei jeder Entscheidung, so auch in der Entscheidung ob freiheitsentziehende Maßnahmen im Rahmen des Verteilungsverfahrens gem. § 42 b SGB VIII angeordnet werden, zugrunde zu legen. Der Grundsatz des Kindeswohls ist nicht nur zu berücksichtigen, sondern auch im Rahmen jedes Entscheidungsprozesses als wesentliche Leitlinie zu betrachten (Schmal, in: Kinderrechtskonvention, Art. 3, Rn. 4, 2. Auflage 2017). Tatsächlich kommt dem Kindeswohl kein absoluter Vorrang gegenüber anderen öffentlichen Belangen zu – er ist aber in jeder Situation, die Kinder betrifft, als Optimierungsgebot mit dem Ziel bestmöglicher Realisierung einzubeziehen (CRC, GC No. 14, CRC/C/GC/14, 2013, Rn. 37.).

Dies hat das Amt für Soziale Dienste bei Erstellung der Verwaltungsanweisung in offensichtlicher Art und Weise missachtet. Weder setzt sich die Verwaltungsanweisung mit der konkreten Abwägung zwischen Anwendung von Hand- und Fußfesseln und dem in diesem Moment betroffenen Kindeswohl auseinander. Lediglich wird das Offensichtliche festgestellt, dass die Maßnahme unverhältnismäßig sein muss. Eine Abwägung findet gerade nicht statt.

Um den Maßstab aus Art. 3 UN-KRK umzusetzen, ist die Verwaltungsanweisung unverzüglich zurückzunehmen, da sie einer gesetzlichen Grundlage entbehrt.

Zu III – Verstoß gegen das Gewaltverbot aus 19 iVm Art. 37 b der UN-KRK

Die Verwaltungsvorschrift verstößt drittens gegen das Gewaltverbot der Kinderrechtskonvention.

Die KRK ist über Art. 59 Abs. 2 GG Bestandteil des Bundesrechts. Art. 3 der KRK verpflichtet die Vertragsstaaten zur Beachtung des Kindeswohls. Aus Art. 19 der KRK ergibt sich die Schutzpflicht des Staates vor (unterschiedlichen) Formen körperlicher und seelischer Gewaltanwendung. Jegliche rechtswidrigen körperlichen oder seelischen Gewalteinwirkungen auf ein Kind sind ausnahmslos verboten, da ihr stets ein erniedrigendes Moment innewohnen. Der General Comment zu Art. 19 UN-KRK stellt zu dem Verbot der Gewaltanwendung klar, dass ein solches auch vorliegt, wenn von staatlicher Seite keine Schädigungsabsicht besteht und die Intensität der Gewaltanwendung nicht hoch ist. Jegliche Anwendung von rechtswidriger Gewalt gegen Kinder und Jugendlichen ist aus Sicht des UN-Komitees für die Rechte der Kinder verboten. Den Vertragsstaaten bleibt es allerdings vorbehalten, in verhältnismäßiger Art und Weise das Kindeswohl durchzusetzen (dazu siehe CRC, General Comment No. 13, CRC/C/GC/13, 2011, Rn. 17). Dreh- und Angelpunkt jeglicher rechtmäßigen Gewaltanwendung ist also auch hier das Kindeswohl.

Zu diesem Maßstab des Gewaltverbots gegenüber Kindern und Jugendlichen ist also eine Hürde zu entwickeln, anhand derer rechtmäßig in das Recht aus Art. 3 UN-KRK eingegriffen werden kann.

Auf Landesrechtsebene könnte das bremische Polizeigesetz herangezogen werden. Dieses regelt in § 45 die Fesselung von Personen im Rahmen des unmittelbaren Zwangs – was eine der vorliegenden Anweisung ähnlichen Kontext beschreibt. Das Anlegen von Hand- und Fußfesseln ist danach möglich, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass andere Personen angegriffen werden, Widerstand geleistet wird oder fremde Sachen von erheblichem Wert beschädigt werden (Nr. 1) (Fremdgefährdung), Fluchtgefahr besteht (Nr. 2) oder sich töten oder verletzen will (Nr. 3) (Selbstgefährdung) und diese Gefahr nicht anders abgewehrt werden kann (dazu *Buggisch*, in: BeckOK Polizei- und Sicherheitsrecht Bayern, Möstl/Schwabenbauer, § 82 bay. PAG, 11. Ed., 2019).

Als Hürde zur Anwendung der Fesselmaßnahme muss also mindestens Selbstgefährdung, Fluchtgefahr oder Fremdgefährdung vorliegen - wobei im vorliegenden Kontext letzteres in Form des Widerstandes (Fremdgefährdung) relevant erscheint. In Anwendung auf die vorliegende Verwaltungsanweisung wüssten die betroffenen Kinder und Jugendliche gegenüber den Polizeibeamt_innen mindestens gewalttätig werden, denn: Widerstand iSd Nr. 1 leistet nur, wer sich einer polizeilichen Anordnung aktiv widersetzt - also passives Verhalten (wie Stehenbleiben, Fallenlassen) hierfür nicht ausreicht (*Bäuerle*, in: BeckOK Polizei- und Ordnungsrecht Hessen, Möstl/Bäuerle, § 59 HSOG, 16. Ed., 2020).

Um kein Verstoß gegen Art. 19 UN-KRK zu begehen, müsste also mindestens eine Fremdgefährdung vorliegen. Nicht ausreichend, sondern dann mit unrechtmäßiger Gewalt gegen Kinder und Jugendliche stattfindend, ist das reine Abstellen auf die Sicherung der Durchführung des Verwaltungsverfahrens, so wie es die Verwaltungsanweisung tut.

In der vorliegenden Form verstößt die Verwaltungsanweisung daher gegen das Gewaltverbot aus Art. 19 UN-KRK.

Bremen, 1.3.2020

Nele Austermann
Andreas Fischer-Lescano