

**Zur Frage der Zulässigkeit der Anwendung von Zwangsmitteln bei der Verteilung von unbegleiteten ausländischen Jugendlichen sowie der örtlichen Zuständigkeit für die Anordnung der Vormundschaft**

Gutachten vom 17. Juli 2017 – G 1/17



- 1. Die Anwendung von Zwangsmitteln gegen unbegleitete ausländische Jugendliche zur Durchsetzung einer Zuweisungsentscheidung nach § 42b Abs. 3 SGB VIII ist rechtswidrig.**
- 2. Die Begründung der örtlichen Zuständigkeit eines Familiengerichts für die Anordnung der Vormundschaft nach dem gewöhnliche Aufenthalt des Kindes (§ 152 Abs. 2 FamFG) erfordert u.a. die Prognose, dass das Kind bzw. der Jugendliche seinen Lebensmittelpunkt für längere Zeit in dem entsprechenden Gerichtsbezirk haben wird. Lässt sich ein gewöhnlicher Aufenthalt nicht feststellen, ist nach § 152 Abs. 3 FamFG das Familiengericht zuständig, in dessen Bezirk das Bedürfnis der Fürsorge bekannt wird.**

1. Das Gutachten nimmt Stellung zu der Frage, ob es rechtlich zulässig ist, zur Durchsetzung einer Zuweisungsentscheidung nach § 42b Abs. 3 SGB VIII Zwangsmittel gegen unbegleitete ausländische Jugendliche anzuwenden. Der Anfrage liegen Fallkonstellationen zugrunde, in denen das für die vorläufige Inobhutnahme nach § 42a SGB VIII zuständige Jugendamt die Polizei damit beauftragt, Jugendliche gegen ihren Willen unter Anwendung von Zwangsmitteln – in einem Fall in Handschellen und Fußfesseln – einer Einrichtung des nach der Zuweisungsentscheidung für die Inobhutnahme örtlich zuständigen Jugendamts zuzuführen. Darüber hinaus stellt sich die Frage nach der örtlichen Zuständigkeit für die Führung der Amtsvormundschaft bzw. des für die Bestellung der Vormundschaft örtlich zuständigen Familiengerichts, wenn die zwangsweise zugewiesenen Jugendlichen die Einrichtung verlassen und wieder in die Gemeinde zurückkehren, in der die vorläufige Inobhutnahme erfolgt ist.

2. Der Deutsche Verein erstellt satzungsgemäß Gutachten zu allgemeinen Grundsatzfragen des Sozialrechts, ohne zur Bearbeitung von Einzelfällen Stellung zu nehmen. Nach Maßgabe dieser Grundsätze beschränkt sich die Beantwortung der Gutachtenanfrage auf die ihr zugrunde liegenden allgemeinen sozialrechtlichen bzw. angrenzenden ordnungsrechtlichen Fragen. Es bleibt dem anfragenden Mitglied überlassen, aus dem Gutachten Rückschlüsse für die Bearbeitung von Einzelfällen zu ziehen.

3. Zunächst ist festzuhalten, dass die zwangsweise Zuführung der Jugendlichen zu den Jugendhilfeeinrichtungen durch die Polizei keine freiheitsentziehende Maßnahme i.S.d. § 42 Abs. 5 SGB VIII darstellt. Eine Freiheitsentziehung im Sinne dieser Vorschriften liegt bei einer kurzfristigen Maßnahme, bei der die körperliche Bewegungsfreiheit unvermeidlich aufgehoben wird, etwa bei der Mitnahme in einem Dienstfahrzeug des Jugendamts oder der Polizei bei der Zuführung, nicht vor.<sup>1</sup> Insofern handelt es sich auch nicht um eine nach § 1631b BGB genehmigungsbedürftige bzw. -fähige freiheitsentziehende Unterbringung oder um die Zuführung zu einer solchen Unterbringung.

4. Die Anwendung von Zwangsmitteln durch die Polizei setzt sowohl bei Erwachsenen als auch bei Minderjährigen eine gesetzliche Grundlage voraus. Hier

Gutachter/innen:  
Dorette Nickel und  
Melanie Kößler

<sup>1</sup> Vgl. Trenczek, in: Mündler/Meysen/Trenczek: Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, § 41 Rdnr. 53; Wiesner, in: Wiesner: SGB VIII, § 45 Rdnr. 74; zur Unterscheidung von Freiheitsentziehung und Freiheitsbeschränkung s.a. BAG Landesjugendämter: Beratung und Aufsicht bei Angeboten der stationären Jugendhilfe, 2017, S. 3 ff.

kommt als Rechtsgrundlage die Befugnis zur Anwendung von unmittelbarem Zwang zur Vollstreckung von Verwaltungsakten in Betracht, die in den Verwaltungsvollstreckungsgesetzen der Länder bzw. des Bundes und den Gesetzen zur Anwendung unmittelbaren Zwangs geregelt ist. Die Polizei leistet anderen Behörden auf Ersuchen Vollzugshilfe, wenn unmittelbarer Zwang anzuwenden ist und die anderen Behörden nicht über die hierzu erforderlichen Dienstkräfte verfügen oder ihre Maßnahme nicht auf andere Weise selbst durchsetzen können.<sup>2</sup>

5. Eine Anwendung von unmittelbarem Zwang zur Verteilung eines minderjährigen Flüchtlings setzt u.a. voraus, dass ein Verwaltungsakt besteht, der den jungen Menschen verpflichtet, sich zu der Einrichtung zu begeben, zu der er überführt werden soll. Eine solche Verpflichtung enthält die Zuweisungsentscheidung nach § 42b Abs. 3 SGB VIII jedoch nicht. Mit der Zuweisung ist keine Beschränkung der Freizügigkeit des betroffenen Kindes oder Jugendlichen verbunden.<sup>3</sup> Abgesehen davon, dass weder dem Gesetz noch der Gesetzesbegründung eine derartige Verpflichtung des jungen Menschen zu entnehmen ist, kann eine entsprechende Handlungspflicht schon deswegen nicht mit der Zuweisungsentscheidung geregelt sein, weil diese nicht die zuständige Aufnahmeeinrichtung, sondern lediglich das für die Inobhutnahme örtlich zuständige Jugendamt benennt. In welcher Einrichtung der junge Mensch untergebracht werden soll, bedarf einer weiteren Entscheidung, die sich an seinem Hilfebedarf auszurichten hat.

Im Asylgesetz ist hingegen die Zuweisung und Verteilung von Asylsuchenden (erwachsene Einzelpersonen, Familien etc.) geregelt. Diese Regelungen enthalten u.a. eine Aufenthalts- und Wohnpflicht, die den Asylsuchenden vorgeben, in einer bestimmten Aufnahmeeinrichtung zu leben (§§ 46 Abs. 2, 47 AsylG). Für unbegleitete ausländische Minderjährige – unabhängig davon, ob sie Asylsuchende sind oder nicht – gelten diese allgemeinen Regelungen im Asylgesetz nicht,<sup>4</sup> sondern die Spezialregelungen des SGB VIII (§§ 42a ff. SGB VIII), die solche Verpflichtungen nicht vorsehen.<sup>5</sup>

6. Hinzu kommt, dass die Zuweisungsentscheidung nicht von dem für die vorläufige Inobhutnahme örtlich zuständigen Jugendamt erlassen wird. Die Zuweisungsentscheidung trifft die für die Verteilung zuständige Landesstelle (vgl. § 42b Abs. 3 Satz 1 SGB VIII). Diese wäre demnach auch für die Vollstreckung der Entscheidung zuständig, wenn man von einem vollstreckbaren Inhalt der Entscheidung ausgehen würde. Ein Verwaltungsakt wird von der Behörde vollzogen, die ihn erlassen hat (vgl. § 7 Abs. 1 VwVG<sup>6</sup>).

7. Darüber hinaus ist davon auszugehen, dass in den vorliegenden Fallkonstellationen auch die weiteren Voraussetzungen der §§ 13, 14 VwVG für die Anwendung unmittelbaren Zwangs (vgl. § 15 VwVG) nicht vorliegen. Insbesondere

<sup>2</sup> Vgl. Schenke: Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Aufl. 2016, Rdnr. 558 ff.

<sup>3</sup> Vgl. BUMF: FAQ, <http://www.b-umf.de/de/themen/faq>, Abruf vom 15. Juni 2017.

<sup>4</sup> Für im Asylverfahren befindliche UMA besteht auch nach anderen Regelungen des Asyl- und Aufenthaltsrechts, insbesondere § 56 AsylG, keine „Residenzpflicht“, vgl. DIJuF-Rechtsgutachten vom 4. April 2016, JAmt 2016, 305.

<sup>5</sup> Siehe hierzu auch Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge: Handreichung Familienzusammenführung, S. 22 f. m.w.N., abrufbar unter [www.deutscher-verein.de](http://www.deutscher-verein.de), Abruf vom 12. Juli 2017.

<sup>6</sup> In dem vorliegenden Gutachten wird das VwVG (Bund) angeführt. Es ist davon auszugehen, dass es vergleichbare landesrechtliche Regelungen gibt.

dürfte es an einer schriftlichen Androhung eines bestimmten Zwangsmittels gegenüber dem Jugendlichen bzw. seinem gesetzlichen Vertreter und einer Fristsetzung, innerhalb derer der Jugendliche „freiwillig“ seiner vermeintlichen Pflicht nachkommen kann, fehlen (vgl. § 13 Abs. 1 VwVG). Auch muss davon ausgegangen werden, dass mit der Zuweisungsentscheidung jedenfalls keine Androhung von Zwangsmitteln verbunden wurde, obwohl Rechtsmitteln gegen diese keine aufschiebende Wirkung zukommt (vgl. § 13 Abs. 2 VwVG i.V.m. § 42b Abs. 7 Satz 2 SGB VIII). Letztlich dürfte auch keine Festsetzung des Zwangsmittels i.S.d. § 14 VwVG erfolgt sein.

8. Die Anwendung von unmittelbarem Zwang bei der Verteilung würde zudem spätestens daran scheitern, dass sie zu dem mit ihr verbundenen Zweck außer Verhältnis steht. Die Verteilung dient der besseren Unterbringung, Versorgung und Betreuung der jungen Menschen.<sup>7</sup> Die Verbringung eines jungen Menschen unter Anwendung von Zwang zu einer Einrichtung, in der er nicht leben will und aus der er sich nach hoher Wahrscheinlichkeit wieder entfernen wird, erscheint bereits ungeeignet, das genannte Ziel zu erreichen. Andere Aspekte, wie etwa die grundsätzlich erforderliche Entlastung von Ballungsräumen oder gar eine Umverteilung mutmaßlich delinquenten Jugendlicher, rechtfertigen eine Anwendung von Zwangsmitteln bei der Verteilung nicht.

9. Das Jugendamt der vorläufigen Inobhutnahme ist gemäß § 42a Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 SGB VIII verpflichtet, den jungen Menschen im Rahmen des Verteilungsverfahrens zu begleiten bzw. seine Begleitung und Übergabe an das für die Inobhutnahme zuständige Jugendamt durch eine insofern geeignete Person sicherzustellen.<sup>8</sup> Eine Berechtigung zur Anwendung unmittelbaren Zwangs durch das Jugendamt oder durch Hinzuziehung der „dazu befugten Stellen“ (vgl. § 42 Abs. 6 SGB VIII) ergibt sich daraus nicht. Wille des Gesetzgebers war es, im Interesse des Kindeswohls eine Begleitung durch dafür geeignetes Personal sicherzustellen. „Ein am Kindeswohl ausgerichtetes Verteilungsverfahren gebietet es, das Kind oder den Jugendlichen bei der Überführung zum Jugendamt der Zuweisung nicht allein zu lassen ... Als geeignete Personen kommen Fachkräfte des Jugendamtes oder eines freien Trägers der Jugendhilfe in Betracht.“<sup>9</sup> Eine Verbringung eines Jugendlichen unter Verwendung von Fußfesseln bzw. unter Anwendung polizeilicher Gewalt steht zu der gesetzgeberischen Intention im Widerspruch.

10. Zwar wird auch bezogen auf die Inobhutnahme angenommen, dass das Jugendamt berechtigt ist, zur Vollstreckung dieses Verwaltungsakts unmittelbaren Zwang gegenüber Dritten oder dem jungen Menschen auszuüben bzw. die Polizei damit zu beauftragen.<sup>10</sup> Dass bei der Inobhutnahme die Anwendung von unmittelbarem Zwang erforderlich sein kann, lässt sich § 42 Abs. 6 SGB VIII entnehmen. Allerdings setzt das voraus, dass die Maßnahme zur Abwehr einer dringenden Gefahr für Leib oder Leben des jungen Menschen geeignet und

7 Vgl. BT-Drucks. 18/5921.

8 Vgl. dazu BAG Landesjugendämter: Handlungsempfehlungen zum Umgang mit unbegleiteten Minderjährigen, 2. Aufl. 2017, S. 25; González Mendez de Vigo: Gesetzliche Rahmung: Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge im SGB VIII, in: Brinks/Dittmann/Müller: Handbuch Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge, IGfH-Grundsatzfragen, 2017, S. 43.

9 Vgl. BT-Drucks. 18/5921, S. 25.

10 Vgl. Finke: Zur Vollstreckung von Inobhutnahmen – insbesondere zum Verhältnis von Polizei und Jugendamt bei der Anwendung unmittelbaren Zwangs, JAmt 2011, 251 m.w.N.

erforderlich ist. Eine solche Gefahr ist ersichtlich nicht gegeben, wenn die vorläufige Inobhutnahme bereits erfolgt ist und sich der junge Mensch bereits in einer Jugendhilfeeinrichtung befindet. Im Gegenteil kann der junge Mensch Gefahren für seine Gesundheit ausgesetzt sein, wenn er zwangsweise in eine andere Einrichtung verbracht wird. Das gilt erst recht, wenn anzunehmen ist, dass er nicht in der neuen Einrichtung bleiben wird, weil er den Willen geäußert hat, in dem Bereich leben zu wollen, in dem er vorläufig in Obhut genommen wurde. Hinzu kommt, dass das Jugendamt der vorläufigen Inobhutnahme nicht für die Vollstreckung der Inobhutnahme zuständig wäre.

11. Bei der Zuführung Jugendlicher zu einer geschlossenen Unterbringung i.S.d. § 1631b BGB kommt zwar eine Anwendung von Gewalt in Betracht. Das setzt aber zum einen voraus, dass das Jugendamt von den Personensorgeberechtigten um Unterstützung bei der Unterbringung des Jugendlichen gegen dessen Willen gebeten wird (§ 167 Abs. 5 FamFG) und zum anderen, dass es durch das Familiengericht zur Gewaltanwendung bei der Zuführung ermächtigt wird (§ 167 Abs. 1 FamFG i.V.m. § 326 Abs. 2 FamFG).<sup>11</sup> Selbst in den Fällen, in denen das Familiengericht eine freiheitsentziehende Unterbringung eines Kindes bzw. Jugendlichen zur Gewährleistung seines Wohls, insbesondere zur Abwendung einer erheblichen Selbst- oder Fremdgefährdung (vgl. § 1631b BGB), genehmigt hat, bedarf es demnach einer ausdrücklichen Ermächtigung des Jugendamts zur Gewaltanwendung durch das Familiengericht. In den Fällen der Durchführung des Verteilungsverfahrens nach § 42b SGB VIII besteht nicht einmal eine gesetzliche Grundlage, aus der sich eine solche Ermächtigung ergeben könnte.

12. Es bleibt anzumerken, dass bei einem derart vehementen Widerwillen des Jugendlichen in der Regel die Verteilung ausgeschlossen sein dürfte. Die Durchführung des Verteilungsverfahrens ist gemäß § 42b Abs. 4 Nr. 1 SGB VIII ausgeschlossen, wenn dadurch das Wohl des Kindes oder Jugendlichen gefährdet würde. Nach der Gesetzesbegründung ist die Verteilung ausgeschlossen, wenn sich das Kind oder der Jugendliche der Durchführung eines Verteilungsverfahrens verweigert und aufgrund seines seelischen Zustands zu befürchten ist, dass eine Durchführung der Verteilung entgegen dieser starken Ablehnungshaltung mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einer (Re-)Traumatisierung führen kann.<sup>12</sup> Spätestens bei einer Überführung in Handschellen und Fußfesseln oder unter Anwendung anderer Zwangsmittel durch die Polizei ist davon auszugehen, dass dadurch das Kindeswohl gefährdet ist. Sollte sich erst nach Erlass der Zuweisungsentscheidung herausstellen, dass der Gegenwille des jungen Menschen nicht durch Überzeugungsarbeit zu beseitigen ist und seine Überführung nur mit Gewalt möglich wäre, so ist diese im Nachhinein aufzuheben. Verlässt der junge Mensch nach seiner Überführung die Einrichtung und kehrt zurück in die Herkunftsgemeinde, ist zu prüfen, ob sein Wohl nicht eine Übernahme der örtlichen Zuständigkeit gemäß § 88 Abs. 2 Satz 3 SGB VIII erfordert.

13. Die örtliche Zuständigkeit für die Amtsvormundschaft richtet sich im Fall von unbegleiteten ausländischen Kindern und Jugendlichen nach § 88a Abs. 4 SGB VIII. Sie folgt der örtlichen Zuständigkeit für die Jugendhilfemaßnahmen

<sup>11</sup> Vgl. dazu VG Gelsenkirchen, Urteil vom 19. Februar 2016, 17 K 6092/12, mit Anmerkung in JAmt 2016, 394 ff., dort auch zu der strittigen Frage, inwieweit die Polizei zur Vollzugshilfe verpflichtet ist.

<sup>12</sup> Vgl. BAG Landesjugendämter (Fußn. 8), S. 23 unter Hinweis auf die Gesetzesbegründung BT-Drucks. 18/5921, S. 23.

nach § 88a Abs. 1 bis 3 SGB VIII. Besteht eine wirksame Zuweisungsentscheidung, so ist grundsätzlich das Zuweisungsjugendamt für die Führung der Amtsvormundschaft örtlich zuständig (§ 88a Abs. 4 Nr. 2 i.V.m. Abs. 2 Satz 1 SGB VIII). Ist die Verteilung – etwa aufgrund des entgegenstehenden Willens des jungen Menschen (s.o. 10.) – ausgeschlossen, so ist das für die vorläufige Inobhutnahme zuständige Jugendamt für die Inobhutnahme örtlich zuständig und ebenso für die Führung der Amtsvormundschaft (§ 88a Abs. 4 Nr. 2 i.V.m. Abs. 2 Satz 2 SGB VIII). Entsprechendes gilt, wenn ein Jugendamt aus Gründen des Kindeswohls die örtliche Zuständigkeit übernimmt (§ 88a Abs. 4 Nr. 2 i.V.m. Abs. 2 Satz 3 SGB VIII). Allerdings ist umstritten, inwieweit die Familiengerichte bei ihrer Auswahlentscheidung an die Zuständigkeitsbestimmungen in § 88a Abs. 4 SGB VIII gebunden sind oder aus Gründen des Kindeswohls, etwa wegen Ortsnähe des Vormunds oder Kontinuitätssicherung, davon abweichen dürfen.<sup>13</sup>

14. Die örtliche Zuständigkeit der Familiengerichte für Vormundschaftssachen ist in § 152 FamFG i.V.m. § 151 Nr. 4 FamFG unabhängig von der örtlichen Zuständigkeit der Jugendämter für die Führung der Amtsvormundschaft geregelt. Sie richtet sich demnach auch nicht nach der Zuweisungsentscheidung.

Nach § 152 Abs. 2 FamFG ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirk das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Für die Auslegung des Begriffs des gewöhnlichen Aufenthalts zieht die Rechtsprechung die Legaldefinition in § 30 Abs. 3 Satz 2 SGB I entsprechend heran. Danach befindet sich der gewöhnliche Aufenthalt dort, wo sich das Kind unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass es an diesem Ort oder in diesem Gebiet nicht nur vorübergehend verweilt.<sup>14</sup> Vorausgesetzt sind sowohl eine tatsächliche Aufenthaltsnahme als auch ein voraussichtlicher Aufenthalt für eine gewisse Dauer.<sup>15</sup> Die Begründung der örtlichen Zuständigkeit eines Familiengerichts nach § 152 Abs. 2 FamFG erfordert demnach die Prognose, dass das Kind bzw. der Jugendliche seinen Lebensmittelpunkt für längere Zeit in dem entsprechenden Gerichtsbezirk haben wird.

Lässt sich ein gewöhnlicher Aufenthalt nicht feststellen, ist das Familiengericht zuständig, in dessen Bezirk das Bedürfnis der Fürsorge bekannt wird (vgl. § 152 Abs. 3 FamFG). Die Vorschrift ist als Auffangtatbestand weit auszulegen. Ein Fürsorgebedürfnis besteht überall da, wo das Kind der Fürsorge durch das Familiengericht bedarf. Lässt sich kein gewöhnlicher Aufenthalt feststellen, etwa weil nicht absehbar ist, wo der junge Mensch in Zukunft seinen Lebensmittelpunkt haben wird, ist demnach das Familiengericht örtlich zuständig, das amtlich von Tatsachen Kenntnis erlangt, die Anlass zu gerichtlichen Maßnahmen sein können. Tritt das Bedürfnis der Fürsorge an verschiedenen Orten hervor, ist die örtliche Zuständigkeit im Rahmen einer Gesamtschau nach Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten zu bestimmen.<sup>16</sup> Ein solcher Gesichtspunkt kann im Hin-

13 Vgl. OLG Schleswig, Beschluss vom 18. Februar 2016, 14 UF 12/16; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 22. Dezember 2016, 5 WF 191/16 m.w.N.

14 Vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 19. März 2013, 2 SAF 4/13.

15 Zur Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts u.a. auch bei asylrechtlicher Zuweisungsentscheidung und zum gewöhnlichen Aufenthalt von Minderjährigen ausführlich Nickel/Eschelbach, in: Nickel/Eschelbach: Örtliche Zuständigkeit und Kostenerstattung in der Jugendhilfe (ÖZKE-Komm.), 2016, Einführung, Rdnr. 9 ff.

16 Vgl. OLG Hamm (Fußn. 14).

blick auf die erforderliche persönliche Anhörung des Jugendlichen im familiengerichtlichen Verfahren (vgl. § 159 FamFG) unter anderen die räumliche Nähe zum derzeitigen Aufenthaltsort des jungen Menschen sein.



## **Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V. – seit über 130 Jahren das Forum des Sozialen**

Der Deutsche Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V. ist das gemeinsame Forum von Kommunen und Wohlfahrtsorganisationen sowie ihrer Einrichtungen, der Bundesländer, der privatgewerblichen Anbieter sozialer Dienste und von den Vertretern der Wissenschaft für alle Bereiche der Sozialen Arbeit, der Sozialpolitik und des Sozialrechts. Er begleitet und gestaltet durch seine Expertise und Erfahrung die Entwicklungen u.a. der Kinder-, Jugend- und Familienpolitik, der Sozial- und Altenhilfe, der Grundsicherungssysteme, der Pflege und Rehabilitation. Der Deutsche Verein wird gefördert aus Mitteln des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend.

Hauptgutachterin im Deutschen Verein:

Dorette Nickel

Tel. 030 62980 211

E-Mail [nickel@deutscher-verein.de](mailto:nickel@deutscher-verein.de)

### **Impressum**

Herausgeber:

Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V.

Michael Löher, Vorstand

Michaelkirchstr. 17/18

10179 Berlin

[www.deutscher-verein.de](http://www.deutscher-verein.de)

E-Mail [info@deutscher-verein.de](mailto:info@deutscher-verein.de)