



G1/13 vom 02.04.2013

Gutachterin: Dr. Edna Rasch, Sabine Gallep

### **Keine Flucht der öffentlichen Kinder- und Jugendhilfe ins Ordnungsrecht**

- 1. Die Verantwortung der öffentlichen Kinder- und Jugendhilfe darf nicht auf die Ordnungsbehörden abgeschoben werden.**
- 2. Insbesondere dürfen Minderjährige nicht in einer Einrichtung der Wohnungslosenhilfe ordnungsbehördlich untergebracht werden.**
- 3. Auch junge Volljährige stehen unter dem besonderen Schutz des SGB VIII und sind nicht zwangsläufig mit Erwachsenen gleichzusetzen.**

0. Dem Gutachten liegt die Rechtsfrage zu Grunde, ob Jugendliche im Alter zwischen 16 und 18 Jahren, die bereits mehrfach in Jugendhilfeeinrichtungen nach § 34 SGB VIII gelebt und Unterstützung erhalten haben und nun keine pädagogische Hilfe mehr annehmen wollten, ordnungsbehördlich in einer Obdachlosenunterkunft aufgenommen und untergebracht werden dürfen. Hintergrund sind die Schilderungen aus der Praxis, wonach die betreffenden Jugendlichen jede weitere Betreuung und „Fürsorge“ ablehnten und aus den Einrichtungen wegliefen, um „auf der Straße“ zu leben. In diesen Fällen liefen die pädagogischen Angebote der stationären Inobhutnahmeeinrichtungen der Jugendhilfe ins Leere. Die Obdachloseneinrichtungen seien während der gesamten Nacht durch einen Hausmeister besetzt, so dass eine Zuweisung personell unterstützt werden könne. Eine räumliche Trennung von jugendlichen und erwachsenen Obdachlosen sei nur im Schlafbereich möglich. Darüber hinaus sei ein differenziertes Informationssystem von und zum Jugendamt und seinen sozialpädagogischen Angeboten möglich. Auch stünden Fachkräfte des Wohnungslosenhilfesystems als erste Ansprechpartner außerhalb der Bürozeiten zur Verfügung. Zudem bestehe ein Bereitschaftsdienst des Jugendamtes mit Fachkräften, die ebenfalls außerhalb der Bürozeiten fachlich unterstützen könnten.

1. Zu begutachten ist somit, ob unter besonderen Umständen Jugendliche mit ordnungsrechtlichen Instrumenten untergebracht werden können. Fraglich ist folglich zunächst, ob die Ordnungsbehörden tätig werden dürfen. Darauf aufbauend wird die Frage aufgeworfen, wie die Ordnungsbehörden tätig werden dürfen bzw. ob die ordnungsbehördliche Unterbringung in eine Obdachlosenunterkunft mit besonderer Ausstattung und Systemeinbindung rechtmäßig ist.

2. Die Aufnahme und Unterbringung von Jugendlichen stellt einen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte (Recht auf Freizügigkeit gemäß Art. 11 GG und Allgemeines Persönlichkeitsrecht gemäß Art. 2 Absatz 1 GG) dar. Aufgrund des Rechtsstaatsprinzips und des daraus resultierenden Vorbehalt des Gesetzes ist für diese Handlung eine Ermächtigungsgrundlage erforderlich.

3. Das Ordnungsrecht, welches landesrechtlich geregelt ist, bietet Ermächtigungsgrundlagen für ordnungsbehördliches Handeln und ist grundsätzlich neben dem SGB VIII, das ein Bundesgesetz ist, anwendbar. In Abgrenzung zum SGB VIII und dabei insbesondere zu der Inobhutnahme gemäß § 42 SGB VIII ist das Verhältnis zwischen SGB VIII und dem Ordnungsrecht genauer zu betrachten.

4. Eine ausdrückliche Ermächtigung für das Einschreiten der Ordnungsbehörden in Situationen, in denen Jugendliche „auf der Straße“ leben, gibt es nicht. In diesem Fall greift jedoch die subsidiär geltende Generalklausel der landesrechtlichen Ordnungsbehördengesetze. Diese ermächtigt die Ordnungsbehörden bei Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung notwendige Maßnahmen zur Abwehr zu treffen. Unter öffentlicher Sicherheit in diesem Sinne sind die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung, der subjektiven Rechte und Rechtsgüter des einzelnen sowie der Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates und sonstigen Trägern der Hoheitsgewalt zu verstehen. Demnach hat die Ordnungsverwaltung den Auftrag, das Recht zu schützen. Davon werden sowohl der Schutz der Rechte und Rechtsgüter des einzelnen als auch der Schutz des Gemeinwesens, seiner Normen und Einrichtungen umfasst.<sup>1</sup> Unter öffentlicher Ordnung als Schutzgut des allgemeinen Ordnungsrechts versteht man nach einer allgemein verwendeten Definition „die Gesamtheit der ungeschriebenen Regeln für das Verhalten des Einzelnen in der Öffentlichkeit, deren Beachtung nach den jeweils herrschenden Anschauungen als unerlässliche Voraussetzung eines geordneten staatsbürgerlichen Zusammenlebens betrachtet wird“. Dabei ist zu beachten, dass mittlerweile in der Praxis die Gefährdung der öffentlichen Ordnung nur noch ein Auffangtatbestand ist. Der Schutz der öffentlichen Sicherheit bildet hingegen den Regeltatbestand.<sup>2</sup> Staatsziele, wie zum Beispiel der Jugendschutz, stellen kein Schutzgut dar. Um ordnungsrechtlich geschützt zu werden, bedarf es somit einer gesetzlichen Konkretisierung.<sup>3</sup> Allein der Umstand, dass kein Obdach gewährleistet ist, wurde früher als Gefährdung für die öffentliche Ordnung bewertet. Zwischenzeitlich ist jedoch allgemein anerkannt, dass die Obdachlosigkeit bereits eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit darstellt, weil die Rechtsgüter Leib und Leben und die Habseligkeiten dessen, der ohne Obdach „auf der Straße“ lebt, gefährdet sind.<sup>4</sup> Bei Vorliegen eines hinreichend konkreten Gefahrenverdachts müssen die Ordnungsbehörden ihre Pflicht zum Tätigwerden nach pflichtgemäßem Ermessen prüfen (Opportunitätsprinzip). Das Ermessen der Behörden wird bei Schutz höchster Rechtsgüter wie Leben und körperliche Unversehrtheit oder das in sonstiger Weise ernsthaft gefährdete Wohl von Kindern und Jugendlichen in der Regel auf Null reduziert sein, wovon bei Obdachlosigkeit von Jugendlichen aufgrund deren besonderer Verletzlichkeit und Schutzbedürftigkeit auszugehen ist. Das bedeutet, es besteht für die Ordnungsbehörden sogar eine Pflicht zum Einschreiten, wenn eine jugendliche Person obdachlos ist.<sup>5</sup>

5. Die Anwendung der subsidiären Generalklausel muss jedoch aufgrund der bestehenden konkreten Regelung des § 42 SGB VIII differenziert betrachtet werden. § 42 SGB VIII regelt

---

<sup>1</sup> Vgl. Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 2013, 115. Auflage, Seite 20.

<sup>2</sup> Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 2013, 115. Auflage, Seite 31,32.

<sup>3</sup> Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 2013, 115. Auflage, Seite 31.

<sup>4</sup> Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 2013, 115. Auflage, Seite 25.

<sup>5</sup> DIJuF-Rechtsgutachten vom 23.04.2004 – J 3.106 My, JAmt 2004, 241.

die Inobhutnahme von Kindern und Jugendlichen, unter anderem wenn eine dringende Gefahr für das Wohl des Kindes oder des Jugendlichen die Inobhutnahme erfordert. Die Zielrichtungen des SGB VIII und des Ordnungsbehördengesetz unterscheiden sich grundlegend. Während das Ordnungsrecht die Gefahrenabwehr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung als Aufgabe hat und das Interesse der Allgemeinheit im Mittelpunkt steht, zielt das SGB VIII auf den Schutz von Kindern und Jugendlichen und ihren Familien ab.<sup>6</sup> Bei der Inobhutnahme im Besonderen handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Intervention. Diese Schutzmaßnahme der Jugendhilfe wird ausschließlich zugunsten junger Menschen und ihrer Familien erbracht. Auch das BVerwG sieht das SGB VIII und das Jugendamt insbesondere mit der Aufgabe befasst, gefährdeten Jugendlichen in einer Krisensituation Unterbringung und Betreuung zu gewährleisten.<sup>7</sup> Durch das Kinder- und Jugendhilfegesetz (KJHG) wurde der Gehalt der Maßnahmen durch den fachlich-sozialpädagogischen Auftrag ergänzt und bewusst von der rein sicherheitsorientierten Praxis Abstand genommen. Nunmehr ist die auf das Eltern-Kind-System bezogene Förderung der Entwicklung junger Menschen und ihre Integration in die Gesellschaft durch allgemeine Förderungsangebote und Leistungen in unterschiedlichen Lebenssituationen der zentrale Auftrag der Kinder- und Jugendhilfe. Aus der Gesetzesbegründung zur Inobhutnahme geht eindeutig hervor, dass auch und vor allem Jugendliche, die von ihren Eltern oder einer Einrichtung weggelaufen sind, Obdachlose und Nichtsesshafte, die nicht mehr die Hilfen in Anspruch nehmen möchten, weiterhin vom SGB VIII, hier insbesondere vom § 42 SGB VIII, erfasst werden.<sup>8</sup> Es war demnach eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers, Kinder und Jugendliche nicht mehr nur zu sichern, sondern sie ohne Ausnahme mit sozialpädagogischen Mitteln anzusprechen.<sup>9</sup> Auch und gerade wenn Jugendliche bereits mehrfach Einrichtungen besucht haben und die weitere Betreuung ablehnen, sollen Wiedereinstiegsmöglichkeiten angeboten werden.<sup>10</sup> Nicht nur dann, wenn sozialpädagogische Angebote voraussichtlich angenommen werden, sondern uneingeschränkt und immer wiederkehrend sollen sozialpädagogische Vorgehen gewährleistet sein. Der geäußerte Wunsch des Jugendlichen ist dabei zwar bedeutsam, zugleich aber darf kein jugendlicher Mensch von der Kinder- und Jugendhilfe gewissermaßen aufgegeben oder abgeschrieben werden. Dies schließt auch weiterhin die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in Bezug auf die öffentliche Fürsorge, die zuvor im Mittelpunkt stand, ein.<sup>11</sup>

6. Entscheidend für die Ermittlung der Rechtsgrundlage für das Einschreiten der Behörden ist folglich das zentrale Anliegen: Ist das Wohl und der Schutz der jugendlichen Person Anlass des Vorgehens, ist das SGB VIII als *lex specialis* vorrangige maßgebliche Gesetzesgrundlage; ist die öffentliche Sicherheit und Ordnung maßgeblich, zum Beispiel weil die Rechte Dritter gefährdet sind, ist das Ordnungsrecht heranzuziehen.

7. § 8 Jugendschutzgesetz (JuSchG) in Verbindung mit den landesrechtlichen Verordnungen über die Zuständigkeit nach dem Jugendschutzgesetz stellen keine weitere Ermächtigungsgrundlage zum Eingreifen der Ordnungsbehörden dar. Entgegen einer in

---

<sup>6</sup> Trenczek, in: Münder/Meysen/Trenczek, FK SGB VIII, 2013, 7. Auflage, § 42 Rn. 6.

<sup>7</sup> Vgl. auch BVerwG, Urt. v. 08.07.2004, BVerwG 5 C 63.03.

<sup>8</sup> BT-Drucksache 11/5948, 79 ff.; vgl. auch Münder, in: Münder/Meysen/Trenczek, FK SGB VIII, 2013, 7. Auflage, Vorbemerkung zum 3. Kapitel, Rn. 9.

<sup>9</sup> Vgl. hierzu auch Wiesner, SGB VIII-Kommentar, 2011, 4. Auflage, Einleitung, Rn. 52 ff.

<sup>10</sup> Trenczek, „Inobhutnahme und geschlossene Unterbringung“, ZfJ 2000, 121 ff.

<sup>11</sup> Vgl. auch Wiesner, SGB VIII-Kommentar, 2011, 4. Auflage, Einleitung, Rn. 60 f.; vgl. auch Späth, „Konzeption und Praxis Inobhutnahme nach § 42 KJHG“, ZfJ 1998, 303 ff.

der Gesellschaft verbreiteten Ansicht besteht kein grundsätzliches Verbot für Kinder und Jugendliche, sich abends oder nachts in der Öffentlichkeit aufzuhalten.<sup>12</sup> Wenn sich eine jugendliche Person an einem Ort aufhält, an dem ihr eine unmittelbare Gefahr für das körperliche, geistige oder seelische Wohl droht, hat jedoch gemäß § 8 Satz 1 JuSchG die zuständige Behörde erforderliche Maßnahmen zu treffen, um die Gefahr abzuwenden. Sämtliche öffentliche Orte werden dabei umfasst. Es muss eine konkrete unmittelbare Gefahr für das körperliche, geistige oder seelische Wohl bestehen. Davon ist bei Kindern und Jugendlichen dann auszugehen, „wenn bei ungehindertem, objektiv zu erwartendem Geschehensablauf mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ihre körperliche Unversehrtheit, die psychische Konstitution oder das sozial-ethische Wertbild Minderjähriger Schaden nehmen können“<sup>13</sup>. Dieser Gefahrenbegriff entspricht dem der „dringenden Gefahr“ bei der Inobhutnahme nach § 42 Absatz 1 Satz 1 Nr. 2 SGB VIII. Dies ist grundsätzlich bei „auf der Straße“ lebenden Jugendlichen zu bejahen. Im Verhältnis zum SGB VIII bildet § 8 JuSchG jedoch nur einen Auffangtatbestand. Sofern eine sonstige Regelung anwendbar ist, tritt § 8 JuSchG zurück.<sup>14</sup> In dem Fall, dass Jugendliche obdachlos sind, ist folglich grundsätzlich § 42 SGB VIII vorrangig.

8. Somit bestehen Ermächtigungsgrundlagen zum Eingreifen durch die Ordnungsbehörden nach den landesrechtlichen ordnungsbehördlichen Generalklauseln nur dann, sofern nicht das Wohl des Jugendlichen im Fokus steht. Die Ordnungsbehörden dürfen in diesen Fallkonstellationen zwar einschreiten; sie haben jedoch nicht die Kompetenz, Jugendliche aufzunehmen oder unterzubringen. Sie können lediglich die jugendliche Person auffordern, einen für sie sicheren Ort aufzusuchen und sie dabei unterstützen oder sie an die Erziehungsberechtigten oder das Jugendamt übergeben.

Durch die ordnungsbehördlichen Generalklauseln werden die Ordnungsbehörden dazu ermächtigt, notwendige Maßnahmen zu ergreifen, die die Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung abwehren. Die Aufnahme und Unterbringung von Jugendlichen in einer Obdachlosenunterkunft ist eine Maßnahme, die die Gefahr für die öffentliche Sicherheit, zum Beispiel bei Gefahr für Rechte Dritter, abwehrt. Jedoch ist dies nicht als notwendige Maßnahme zu beurteilen.

9. Unter einer notwendigen Maßnahme versteht man, dass kein milderes, weniger belastendes Mittel eingesetzt werden kann, um den gleichen Erfolg zu erreichen. Ein weniger einschneidendes aber ebenso geeignetes Vorgehen wäre zum Beispiel, die jugendliche Person den Sorgeberechtigten oder dem Jugendamt zu übergeben, auch wenn die jugendliche Person das zunächst konträr beurteilen mag. Aus den bestehenden bundesrechtlichen Regelungen im Grundgesetz (GG), Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB), SGB VIII und JuSchG ergibt sich, dass Kinder und Jugendliche unter einem besonderen Schutz stehen. Insbesondere die besondere Schutzpflicht des Staates gemäß Art. 6 GG, die sorgerechtlichen Bestimmungen des BGB (§§ 1626 ff. BGB), die Inobhutnahmeregelung gemäß § 42 SGB VIII und § 8 JuSchG machen deutlich, dass die Ordnungsbehörden in alleiniger Verantwortung Kinder und Jugendliche nicht unterbringen dürfen. Die Formulierung in § 8 JuSchG und die konkret genannte Rangfolge des Vorgehens, zunächst das Kind bzw. die jugendliche Person aufzufordern, eigenverantwortlich den Ort zu verlassen, den Erziehungsberechtigten das Kind bzw. die jugendliche Person zu übergeben oder in die Obhut des Jugendamtes zu übergeben,

<sup>12</sup> Gutknecht, in: Nikles u.a., Jugendschutzrecht, 2011, 3. Auflage, § 8 JuSchG, Rn. 2.

<sup>13</sup> Gutknecht, in: Nikles u.a., Jugendschutzrecht, 2011, 3. Auflage, § 8 JuSchG, Rn. 6.

<sup>14</sup> Gutknecht, in: Nikles u.a., Jugendschutzrecht, 2011, 3. Auflage, § 8 JuSchG, Rn. 3.

verdeutlicht die Wechselbeziehung zwischen Jugendschutz, Jugendhilfe und Schutz des Kindeswohls und die vorgesehenen Handlungsmöglichkeiten.<sup>15</sup> Demnach ist es lediglich möglich, Kinder und Jugendliche den Sorgeberechtigten oder dem Jugendamt zuzuführen und sie dafür unter Umständen in kurzfristigen „Schutzgewahrsam“ zu nehmen.<sup>16</sup> Eine Unterbringung der jugendlichen Person durch die Ordnungsbehörden in einer Obdachlosenunterkunft ist folglich rechtswidrig – unabhängig davon, wie diese ausgestattet ist.

10. Dies unterstreicht ergänzend auch die praktische Erwägung, dass es den Ordnungsbehörden in der unmittelbaren Situation nicht möglich ist, die Lebensumstände hinreichend in Erfahrung zu bringen (mehrfache Unterbringung, Ablehnung der Betreuung etc.). Dies sind weder hinreichende Abgrenzungskriterien noch ließen sich diese bei Antreffen von Jugendlichen „auf der Straße“ ad hoc von Angestellten des Ordnungsamtes feststellen.

11. Selbst sofern ein rechtmäßiges Vorgehen nach § 42 SGB VIII und die Aufnahme und Unterbringung durch das Jugendamt erfolgt, ist die Obdachlosenunterkunft nicht als eine geeignete Einrichtung für die Unterbringung einer jugendlichen Person im Sinne von § 42 Absatz 1 Satz 2 SGB VIII zu verstehen.<sup>17</sup> Der Gesetzgeber hat hierbei an Jugendschutzstellen, Aufnahmeheime, Kinder- und Jugendnotdienste und Bereitschaftspflegestellen gedacht.<sup>18</sup> Allein die gemeinsame Nutzung des Wohnheims mit volljährigen Obdachlosen, selbst wenn der Schlafbereich getrennt wäre, widerspricht dem besonderen Schutzgedanken, zu dem sich der Staat verpflichtet hat. Hinzu kommt, dass dem sozialpädagogischen Anspruch der Betreuung, den der Gesetzgeber ausdrücklich durch § 42 SGB VIII hervorheben wollte, nicht gerecht wird. Diese Unterbringung ist nicht geeignet, um Konflikt- und Notfällen entsprechend zu begegnen. Das Jugendamt hat im Rahmen seiner Gesamt- und Planungsverantwortung unterschiedliche geeignete Angebote zu garantieren bzw. selbst vorzuhalten, um der unterschiedlichen Situation von Mädchen und Jungen unterschiedlichen Alters, Ausreißern und „auf der Straße“ lebenden Kindern und Jugendlichen gerecht zu werden.<sup>19</sup> Ein Abschieben der Verantwortung auf die ordnungsbehördlichen Möglichkeiten ist folglich nicht rechtmäßig.

12. Vor diesem Hintergrund sind Minderjährige, egal welchen Alters, nicht ordnungsbehördlich aufzunehmen oder unterzubringen. Sofern der Fokus der ordnungsbehördlichen Maßnahme auf das Wohl und den Schutz des Jugendlichen gerichtet ist, greift § 42 SGB VIII als speziellere Regelung ein und verdrängt den Anwendungsbereich der Ordnungsbehördengesetze. Die Ordnungsbehörden dürfen nur mit ordnungsbehördlichen Mitteln eingreifen, wenn der Anlass des Vorgehens in anderen Gründen liegt. Doch auch in derartigen Fällen ist aber eine Unterbringung in einer Obdachlosenunterkunft nicht rechtmäßig, da im Interesse und zum Schutz der jugendlichen Person auf mildere Mittel zurückgegriffen werden muss. Auch wenn Jugendschutzstellen oder Ähnliches die kommunalen Haushalte sehr belasten, einige Jugendlichen keine Hilfe mehr annehmen möchten und die ordnungsbehördliche Unterbringung in einer mit

---

<sup>15</sup> Gutknecht, in: Nikles u.a., Jugendschutzrecht, 2011, 3. Auflage, § 8 JuSchG, Rn. 6.

<sup>16</sup> Vgl. Pieroth/Schlink, Polizei- und Ordnungsrecht, 2012, 7. Auflage, Seite 319.

<sup>17</sup> Vgl. Wiesner, SGB VIII-Kommentar, 2011, 4. Auflage, § 42 Rn. 23; vgl. auch Trenzcek, in: Münder/Meysen/Trenzcek, FK SGB VIII, 2013, 7. Auflage, § 42, Rn. 26 ff.

<sup>18</sup> BT-Drucks. 11/5948, 79 ff.; Ollmann „Zum Geltungsbereich des § 42 SGB VIII (Inobhutnahme)“, FamRZ 2000, 261 ff.

<sup>19</sup> Trenzcek, FK, § 42 Rn. 29 ff.

besonderen Angeboten für Jugendliche versehenen Obdachlosenunterkunft praktikabel und dem Wunsch der Jugendlichen zu entsprechen erscheint, ist aufgrund der genannten Regelungen ein bis zur Ende der Volljährigkeit bestehendes besonderes Schutznetz für Minderjährige mit sozialpädagogischen Angeboten zur Verfügung zu stellen. § 42 SGB VIII normiert eindeutig, dass es nicht nur ein Recht, sondern auch eine Pflicht zur Inobhutnahme gibt, die nicht zur Disposition der Kommunen oder der Minderjährigen steht. Dementsprechend kann nicht auf das Ordnungsrecht ausgewichen werden.

13. Auch über das 18. Lebensjahr hinaus stehen gemäß § 41 SGB VIII ebenfalls die jungen Volljährigen unter einem besonderen Schutz des Staates. Das bedeutet, dass nicht automatisch bei Vollendung des 18. Lebensjahres ungeprüft die Maßstäbe für Erwachsene angewendet werden können. Gemäß § 41 Absatz 1 SGB VIII soll auch jungen Volljährigen Hilfe für die Persönlichkeitsentwicklung und zu einer eigenverantwortlichen Lebensführung gewährt werden. Aufgrund der Volljährigkeit gibt es zwar nicht mehr die Möglichkeit, die Regelung der Inobhutnahme gemäß § 42 SGB VIII anzuwenden. Dennoch beziehungsweise gerade deshalb sind die besonderen Herausforderungen in der Übergangsphase der Adoleszenz zu berücksichtigen und die Heranwachsenden, insbesondere diejenigen mit ungewöhnlichen Umständen in ihrer Biografie, bei ihrer Verselbständigung zu unterstützen. In diesem Zusammenhang darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass häufig aufgrund von Fällen der seelischen Behinderung (§ 35 a SGB VIII) ein besonderer Bedarf bei den jungen Volljährigen besteht, der gemäß §§ 10 ff SGB IX koordiniert zu leisten ist. Folglich muss auch bei jungen Erwachsenen, die „auf der Straße“ leben, nicht nur das Alter, sondern auch ihre persönliche Entwicklung berücksichtigt werden.

Im Auftrag

gez. Dr. Edna Rasch