

## DIJuF-Rechtsgutachten

Sachliche Zuständigkeit für die (vorläufige) Inobhutnahme unbegleiteter minderjähriger Ausländer und Rechtmäßigkeit der Berliner Ausführungsvorschrift über die Gewährung von Jugendhilfe für nicht durch Personensorgeberechtigte begleitete minderjährige Flüchtlinge (AV-UMF) vom 8.1.2021

*Das Bezirksjugendamt bittet um eine rechtliche Bewertung der Rechtmäßigkeit der Berliner Ausführungsvorschrift über die Gewährung von Jugendhilfe für nicht durch Personensorgeberechtigte begleitete minderjährige Flüchtlinge (AV-UMF) vom 8.1.2021. Hintergrund ist ein an das Bezirksjugendamt gerichtetes Schreiben eines unbegleiteten minderjährigen Geflüchteten (UMA) mit der Bitte um Inobhutnahme, Gewährung von Leistungen nach § 34 SGB VIII und Bestellung eines Vormunds. Der junge Mensch befindet sich nach eigener Schilderung bereits seit mehreren Monaten ohne fachliche Betreuung, Clearing etc in einer Notunterkunft, die von der zuständigen Senatsverwaltung betrieben wird.*

*Das Jugendamt hat Bedenken hinsichtlich seiner Zuständigkeit, weil die AV-UMF die Zuständigkeit für die (vorläufige) Inobhutnahme von UMA bei der Senatsverwaltung als überörtlichem Träger verortet hat.*

### **I. Sachliche Zuständigkeit für die (vorl.) Inobhutnahme von jungen unbegleiteten Geflüchteten aus dem SGB VIII**

Nach § 85 Abs. 1 SGB VIII ist für die Gewährung von Leistungen und die Erfüllung anderer Aufgaben nach dem SGB VIII grundsätzlich der örtliche Träger der Jugendhilfe sachlich zuständig, soweit sich aus § 85 Abs. 2 SGB VIII nicht ergibt, dass der überörtliche Träger sachlich zuständig ist. Die (vorl.) Inobhutnahme von unbegleitet

einreisenden minderjährigen Geflüchteten ist in Absatz 2 nicht aufgeführt, folglich gehört sie zu den Aufgaben der örtlichen Träger der Jugendhilfe.

Für Berlin gilt, dass örtlicher und überörtlicher Träger der öffentlichen Jugendhilfe iSd § 69 SGB VIII nach § 33 Abs. 1 S. 1 des Berliner Gesetzes zur Ausführung des Kinder- und Jugendhilfegesetzes (AG KJHG Berlin) das Land Berlin ist.

Nach § 33 Abs. 1 S. 2 AG KJHG Berlin nehmen die Jugendämter der Bezirke die Aufgaben des örtlichen Trägers nach § 85 Abs. 1 SGB VIII wahr und die für Jugend und Familie zuständige Senatsverwaltung (Landesjugendamt) die Aufgaben des überörtlichen Trägers nach § 85 Abs. 2 SGB VIII.

Folgt man den allgemeinen Regelungen zur sachlichen Zuständigkeit aus SGB VIII, wären somit die Bezirksjugendämter in Berlin für die (vorl.) Inobhutnahme der jungen Geflüchteten sachlich zuständig.

## **II. Regelung einer abweichenden sachlichen Zuständigkeit durch die AV-UMF Berlin**

### **1. INHALT DER AV-UMF BERLIN**

Die Ausführungsvorschrift über die Gewährung von Jugendhilfe für nicht durch Personensorgeberechtigte begleitete minderjährige Flüchtlinge (AV-UMF) vom 8.1.2021 sieht sodann eine Abweichung von der in § 85 SGB VIII, § 33 AG KJHG geregelten sachlichen Zuständigkeit vor. Denn in dieser wird unter 3. zum einen eine Zuständigkeit der für Jugend zuständige Senatsverwaltung für die vorläufige Inobhutnahme iSd § 42a SGB VIII von unbegleitet eingereisten minderjährigen Flüchtlingen normiert und zum anderen bestimmt, dass die für Jugend zuständige Senatsverwaltung im Rahmen der vorläufigen Inobhutnahme zugleich Landesverteilstelle im Sinne des § 42b Absatz 3 SGB VIII ist. Unter 7. wird normiert, dass für die Inobhutnahme iSd § 42 SGB VIII von unbegleitet eingereisten minderjährigen Flüchtlingen auch die für Jugend zuständige Senatsverwaltung während des Clearingverfahrens zuständig ist. Dabei wird festgehalten, dass das Clearingverfahren in der Regel einen Zeitraum von sechs Wochen und zusätzlich bis zu vier Wochen zur Vorbereitung einer bedarfsgerechten Anschlussunterbringung durch die Bezirksjugendämter umfasst und im Rahmen des Clearingverfahrens die für Jugend zuständige Senatsverwaltung auch für die Familienzusammenführung der unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge zuständig ist. Die Zuständigkeit der für Jugend zuständigen Senatsverwaltung endet sodann nach 7. mit Beendigung des Clearingverfahrens in der Regel durch Ablauf der in der zweiten Bezirksamtszuweisung bestimmten Frist. Nach 10. geht erst im Anschluss an die Inobhutnahme durch die für Jugend zuständige Senatsverwaltung die erfolgende weitere Betreuung und Unterbringung eines unbegleiteten minderjährigen Flüchtlings auf das in der ersten Bezirksamtszuweisung bestimmte Jugendamt über.

Im Ergebnis wäre daher nach der AV-UMF in Berlin in Abweichung von § 85 SGB VIII und § 33 AG KJHG Berlin der überörtliche Träger für die vorläufige Inobhutnahme nach § 42a SGB VIII und die sich anschließende Inobhutnahme nach § 42 SGB VIII sachlich zuständig.

## **2. WÜRDIGUNG DER ZULÄSSIGKEIT FÜR DIE REGELUNGEN IN DER AV-UMF**

### **a) §§ 33, 56 AG KJHG-Berlin keine Rechtsgrundlage für Regelung zur sachlichen Zuständigkeit**

Verwaltungsvorschriften zur Ausführung von Gesetzen (Ausführungsvorschriften – so wie hier die AV-UMF) und andere allgemeine Verwaltungsvorschriften für die Behörden und nichtrechtsfähigen Anstalten der Berliner Verwaltung erlässt der Berliner Senat. Die zuständige Senatsverwaltung kann Ausführungsvorschriften jedoch nur dann erlassen, soweit sie in einem Gesetz dazu ermächtigt ist (§ 6 Abs. 2 a) Gesetz über die Zuständigkeiten in der Allgemeinen Berliner Verwaltung; Allgemeines Zuständigkeitsgesetz – AZG).

In der AV-UMF vom 8.1.2021 werden u.a. als Rechtsgrundlage der Ausführungsvorschrift zum einen § 56 Abs. 1 AG KJHG-Berlin und zum anderen § 33 Abs. 2 AG KJHG-Berlin genannt.

Relevant ist in diesem Zusammenhang lediglich § 33 Abs. 2 SGB AG KJHG, der sich jedoch nur auf die Frage der örtlichen und nicht der sachlichen Zuständigkeit bezieht: Nach § 33 Abs. 2 S. 1 AG KJHG-Berlin gelten für die örtliche Zuständigkeit der Jugendämter der Bezirke die Vorschriften über die örtliche Zuständigkeit des örtlichen Trägers nach dem SGB VIII entsprechend, soweit in diesem Gesetz oder in von der für Jugend und Familie zuständigen Senatsverwaltung zu erlassenden Verwaltungsvorschriften nichts anderes bestimmt ist. Zudem kann die für Jugend und Familie zuständige Senatsverwaltung nach § 33 Abs. 2 S. 2 AG KJHG-Berlin abweichende Regelungen im Sinne von § 33 Abs. 2 S. 1 AG KJHG-Berlin durch Rechtsverordnung treffen.

Die Regelung in § 33 Abs. 2 AG KJHG-Berlin schafft folglich nach Auffassung des Instituts keine ausreichende rechtliche Grundlage für die Regelungen zur sachlichen Zuständigkeit in der AV-UMF, da § 33 Abs. 2 AG KJHG-Berlin nur die Möglichkeit zur abweichenden Regelung der örtlichen Zuständigkeit, nicht hingegen der hier abweichend geregelten sachlichen Zuständigkeit schafft.

### **b) § 68 S. 2 ASOG**

Weiterhin soll nach AV-UMF vom 8.1.2021 als Rechtsgrundlage der Ausführungsvorschrift § 68 S. 2 ASOG taugliche Rechtsgrundlage für diese sein. Gem. § 68 S. 2 ASOG erlässt die zuständige Senatsverwaltung die Verwaltungsvorschriften im Einvernehmen mit der für Inneres zuständigen Senatsverwaltung, wenn die Vorschriften nur den Geschäftsbereich der zuständigen Senatsverwaltung betreffen. § 68 S. 2 ASOG erlaubt insofern den Erlass von Verwaltungsvorschriften „zur Ausführung

dieses Gesetzes“, also zur Ausführung des ASOG. Das Institut bezweifelt mit Blick auf die dem ASOG zugrundeliegende Aufgabe der Gefahrenabwehr (§ 1 Abs. 1 ASOG), dass auf Grundlage von § 68 S. 2 ASOG umfassende Regelungen aus den originären Bereichen des Kinder- und Jugendhilferechts (SGB VIII) getroffen werden können, so wie sie in der AV-UMF beschrieben werden. Denn inhaltlich befasst sich die AV-UMF mit Regelungen zur (vorläufigen) Inobhutnahme, Anrufung des Familiengerichts, Clearingverfahren etc, also keine Maßnahmen der Gefahrenabwehr, sondern nach heutigem Verständnis sozialpädagogische Instrumente der Krisenintervention zum Schutz von Kindern und Jugendlichen. Zudem stellt sich die Frage, ob nicht das AG KJHG insoweit das speziellere Gesetz ist, in dem die Möglichkeit zur Regelung abweichender Zuständigkeiten abschließend geregelt ist (s. oben).

### **3. ZWISCHENFAZIT**

Die Verweisung in der Ausführungsvorschrift über die Gewährung von Jugendhilfe für nicht durch Personensorgeberechtigte begleitete minderjährige Flüchtlinge (AV-UMF) Berlin auf § 33 Abs. 2 AG KJHG-Berlin läuft für die Regelung zur sachlichen Zuständigkeit im Ergebnis ins Leere, denn § 33 Abs. 2 AG KJHG-Berlin befasst sich nur mit der örtlichen Zuständigkeit. Die sachliche Zuständigkeit kann daher nach Auffassung des Instituts, anders als in § 33 Abs. 2 AG KJHG-Berlin die örtliche Zuständigkeit, nicht durch Ausführungsvorschriften abweichend geregelt werden. Auch § 68 S. 2 ASO ist als taugliche Rechtsgrundlage mindestens fraglich.

## **III. Abweichende Sachliche Zuständigkeit der Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Familie für die Inobhutnahme von UMA nach § 42 SGB VIII nach den landesrechtlichen Vorschriften des Polizei- und Ordnungsrechts Berlin**

Daneben regelt das Berliner Polizei- und Ordnungsrecht eine abweichende sachliche Zuständigkeit der Senatsverwaltung in Berlin für die Inobhutnahme unbegleitet eingereister minderjähriger Ausländer:innen (§ 42 SGB VIII). Dieses weist die Inobhutnahme dieser Personengruppe für einen begrenzten Zeitraum den Ordnungsaufgaben der für Jugend und Familie zuständigen Senatsverwaltung zu:

Gem. § 2 Abs. 1 AZG wird die Berliner Verwaltung vom Senat (der Hauptverwaltung) und von den Bezirksverwaltungen wahrgenommen. In § 4 AZG ist die Zuständigkeitsverteilung zwischen Senat und Bezirksverwaltung geregelt. § 4 Abs. 1 AZG iVm der Anlage 1 AZG regelt die Zuständigkeitsverteilung bei allgemeinen Verwaltungsaufgaben. Gem. § 4 Abs. 2 AZG werden die Zuständigkeiten für Polizei- und Ordnungsaufgaben durch ein gesondertes Gesetz, das ASOG, geregelt. Gem. § 2 Abs. 2 ASOG sind Ordnungsbehörden die Senatsverwaltungen und die Bezirksämter. Zu den Ordnungsaufgaben der für Jugend und Familie zuständigen Senatsverwaltung gehört gem. Nr. 6 Abs. 1 Anlage ASOG die Inobhutnahme (§ 42 SGB VIII)

von unerlaubt neu eingereisten alleinstehenden minderjährigen Ausländern und Ausländerinnen mit tatsächlichem Aufenthalt in Berlin und von minderjährigen Asylsuchenden für eine Höchstdauer von bis zu drei Monaten.

Die sachliche Zuständigkeit der Senatsverwaltung für die Inobhutnahme von UMA gem. § 42 SGB VIII für eine Höchstdauer von bis zu drei Monaten ergibt sich also abweichend aus Landesrecht nach § 4 Abs. 2 AZG iVm § 2 Abs. 4 S. 1 ASOG iVm Nr. 6 Abs. 1 Anlage ASOG.

In diesem Zusammenhang ergeben sich aus Sicht des Instituts folgende Fragen:

1. Nr. 6 Abs. 1 der Anlage zum ASOG bezieht sich ausdrücklich nur auf die Inobhutnahme gem. § 42 SGB VIII, nicht auf die vorläufige Inobhutnahme gem. § 42a SGB VIII. Fraglich ist, ob die Vorschrift teleologisch so ausgelegt werden kann, dass auch die vorläufige Inobhutnahme als notwendiger Zwischenschritt mitumfasst ist. Dies dürfte mit Blick auf Sinn und Zweck der Regelung von §§ 42a und 42 SGB VIII im Ergebnis zu bejahen sein, selbst wenn Nr. 6 der Anlage zum ASOG nach Recherchen des Instituts idF vom 16.3.2018 veröffentlicht ist, also zu einem Zeitpunkt weit nach Inkrafttreten von § 42a SGB VIII. Das Institut vermutet in diesem Zusammenhang ein redaktionelles Versehen bzw. Übersehen einer Anpassung, da es nach Sinn und Zweck unwahrscheinlich erscheint, dass zunächst die vorläufige Inobhutnahme in der Zuständigkeit der Bezirksjugendämter liegen und sodann die Zuständigkeit für die reguläre Inobhutnahme nach § 42 SGB VIII auf die Senatsverwaltung für den begrenzten Zeitraum von drei Monaten übergehen sollte.

An dieser Stelle erlauben wir uns den zusätzlichen Hinweis, dass zu überlegen wäre, ob die Begrifflichkeiten in Nr. 6 der Anlage zum ASOG an die in §§ 42, 42a SGB VIII angepasst werden sollten: § 42a SGB VIII stellt nicht auf die unerlaubte, sondern unbegleitete Einreise ab. Zudem ist der Begriff der alleinstehenden minderjährigen Ausländer und Ausländerinnen irreführend. In § 42a Abs. 1 SGB VIII wird ausdrücklich klargestellt, dass auch verheiratete Kinder und Jugendliche vorläufig in Obhut zu nehmen sind.

2. Sachlich zuständig für die Inobhutnahme nach § 42 SGB VIII ist nach Nr. 6 Abs. 1 der Anlage zum ASOG die Senatsverwaltung für einen Höchstzeitraum von drei Monaten. Nach Kenntnis des Instituts befindet bzw. befand sich der junge Mensch, der Anlass für diese Stellungnahme ist, jedoch seit mehr als drei Monaten in der Obhut der Senatsverwaltung – ohne Clearing, ohne Beschulung, ohne Anrufung des Familiengerichts und ohne Asylantragstellung. Fraglich ist also, wie sich die Rechtslage nach Ablauf des Höchstzeitraums gestaltet. Das Institut geht im Rahmen dieser klaren Formulierung davon aus, dass dann wieder die regulären Zuständigkeitsvorschriften gelten sollen mit der Folge, dass die Zuständigkeit mit Ablauf der drei Monate auf die Bezirksjugendämter übergeht und das Jugendamt im konkreten Fall die (vorläufige) Inobhutnahme fortführen bzw. übernehmen kann.

3. Zudem hält das Institut es auch für Berlin als einheitliche Gebietskörperschaft und örtlicher und öffentlicher Träger als Land zugleich für rechtlich zumindest rechtssystematisch für fragwürdig, eine bundesrechtliche Zuständigkeitsvorschrift im SGB VIII

(§ 85 SGB VIII) durch eine Vorschrift des Allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts innerhalb des Landes zu überlagern. Nach unserer Auffassung müsste in der landesrechtlichen Umsetzung das AG KJHG als Spezialgesetz für Schutz und Hilfe für junge Menschen vorrangig gegenüber dem Allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht formuliert sein.

Für einen begrenzten Zeitraum von drei Monaten mag die Ordnungsaufgabe vorrangig gewertet werden und es daher im Ergebnis hinnehmbar sein, die sachliche Zuständigkeit auf Grundlage des ASOG abweichend zu § 85 SGB VIII zu regeln. Spätestens mit Ablauf der 3 Monate kann § 4 Abs. 2 AZG iVm § 2 Abs. 4 S. 1 ASOG iVm Nr. 6 Abs. 1 Anlage ASOG jedoch keine taugliche Rechtsgrundlage für die (vorl.) Inobhutnahme von jungen Geflüchteten sein.

#### **IV. Weitere Rechtsgrundlagen für die (vorl.) Inobhutnahme durch die Senatsverwaltung**

Die Senatsverwaltung vertritt die Auffassung, dass es sich bei der Überschreitung der drei Monatsfrist bei der Unterbringung und Betreuung von UMF auf dringenden Wunsch der Bezirke in der derzeitigen Ausnahmesituation um eine gesamtstädtische Aufgabe des Landesjugendamts handele, weshalb § 3 Abs. 1 Nr. 3 AZG ebenfalls eine taugliche Rechtsgrundlage darstelle. § 3 Abs. 1 Nr. 3 AZG ordnet „einzelne andere Aufgabenbereiche, die wegen ihrer Eigenart zwingend einer Durchführung in unmittelbarer Regierungsverantwortung bedürfen“, dem Aufgabenbereich der Hauptverwaltung zu.

Fraglich ist, ob das von der Senatsverwaltung vorgetragene Bestehen eines besonderen überörtlichen Bedarfs zur Inobhutnahme aufgrund der Ausnahmesituation von unbegleiteten Minderjährigen einen Aufgabenbereich darstellt, der wegen seiner Eigenart zwingend einer Durchführung in unmittelbarer Regierungsverantwortung bedarf. Denn in § 85 SGB VIII sowie § 33 Abs. 1 AG KJHG hat der Gesetzgeber die (vorl.) Inobhutnahme als Aufgabe des örtlichen Trägers festgelegt. Die (vorl.) Inobhutnahme bedarf laut Argumentation der Senatsverwaltung nicht wegen ihrer Eigenart einer Wahrnehmung durch die Senatsverwaltung, sondern wegen der hohen Zahl an UMA, für die die Jugendämter keine Versorgung in eigener Zuständigkeit derzeit sicherstellen können. Es würden weder ausreichend Plätze in der stationären Jugendhilfe vorhanden sein noch hätten die Jugendämter der Bezirke ausreichend Ressourcen und Möglichkeiten, eine eigene Unterbringung zu organisieren. Es ist dennoch aus Sicht des Instituts zweifelhaft, ob diese Regelung auch für temporäre Ausnahmesituationen herangezogen werden kann. Zudem legt die Verwendung des Begriffs „zwingend“ nahe, dass es sich um nicht anders zu regelnde Aufgabenbereiche handelt.

## V. Amtshilfe durch die Senatsverwaltung

Abschließend stellt sich die Frage, ob die Senatsverwaltung im Wege der Amtshilfe für die Bezirksjugendämter tätig werden und die jungen Menschen länger als drei Monate in Obhut nehmen kann (§ 3 SGB X). Dies dürfte jedoch aus rechtlichen Gründen unzulässig und daher ausgeschlossen sein (§ 4 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 SGB X). Denn durch ein Amtshilfeersuchen kann der der ersuchten Behörde zugewiesene Aufgabenbereich nicht erweitert werden, mithin also die sachliche Zuständigkeit nicht abweichend von den gesetzlichen Regelungen übertragen werden (BeckOK Sozialrecht/Neumann, Stand 9/2014, SGB X § 4 Rn. 10).

## VI. Fazit

Eine sachliche Zuständigkeit der Senatsverwaltung für die (vorl.) Inobhutnahme von UMA kann nach Auffassung des Instituts nicht auf die AV-UMF gestützt werden. Da das AG KJHG lediglich eine Abweichungsmöglichkeit für die örtliche Zuständigkeit eröffnet, bietet es keine ausreichende Grundlage für den Erlass der Ausführungsvorschrift diesbezüglich. Ein Rückgriff auf § 68 ASOG für den Erlass der AV-UMF ist nach Auffassung des Instituts neben der spezialgesetzlichen (abschließenden) Regelung des AG KJHG ausgeschlossen.

Eine sachliche Zuständigkeit der Senatsverwaltung für die (vorl.) Inobhutnahme junger unbegleiteter, minderjähriger Geflüchteter lässt sich daher nur auf die Regelung des § 4 Abs. 2 AZG iVm § 2 Abs. 4 S. 1 ASOG iVm Nr. 6 Abs. 1 Anlage ASOG stützen und dies auch nur, sofern – mit der Senatsverwaltung – eine Abweichung von der bundesgesetzlichen Regelung in § 85 SGB VIII durch das ASOG als zulässig angesehen wird.

Die sachliche Zuständigkeit der Senatsverwaltung auf dieser Grundlage ist allerdings auf einen Zeitraum von drei Monaten begrenzt. Nach Ablauf von drei Monaten tritt die Zuständigkeit der Bezirksjugendämter für die (vorl.) Inobhutnahme von UMA ein. Eine Verlängerung der Zuständigkeit aufgrund eines objektiven und unverschuldeten Gewährleistungsnotstands, der eine zentrale Ausfallbürgschaft der Senatsverwaltung erfordert und insoweit der überregionalen/gesamstädtischen Übernahme bedarf, mag einem Beurteilungsspielraum der Exekutive unterfallen, ist aber rechtssystematisch fragwürdig und angreifbar. Daher sollten schnellstmöglich klare landesrechtliche Regelungen hierzu geschaffen werden.

Im Sinne der Rechtssicherheit und -klarheit regt das Institut daher an, die Regelungen zur sachlichen Zuständigkeit der Senatsverwaltung zu überprüfen und ggf. weiterzuentwickeln. Entspricht es dem politischen Willen, die sachliche Zuständigkeit für junge Geflüchtete auch über drei Monate bei der Senatsverwaltung in besonderen individuellen oder gesamstädtischen Ausnahmesituationen anzusiedeln, böte

sich an, das AG KJHG so zu ändern, dass auf seiner Grundlage die AV-UMF mit dem derzeitigen Regelungsgehalt umfassend rechtmäßig ergehen kann.

Über die Frage der Rechtsgrundlage hinaus stellt sich vor allem die Frage, wie trotz der äußerst angespannten Personal- und Unterbringungssituation eine kind- bzw. jugendgerechte Versorgung der jungen Geflüchteten sichergestellt werden kann. Ansätze könnten ein effektiveres, aber gleichwohl Kindesinteressen wahrendes Verteilungssystem, eine enge Zusammenarbeit mit Geflüchteten-Verbänden, eine (noch) stärkere Einbindung der freien Träger und die frühzeitige, durch verbindliche Standards beschriebene Einleitung von Verfahren zur Anordnung von Vormundschaft sein.