

ENTWURF

Juristisches Kurzgutachten

zu den Eckpunkten eines Senatskonzept

„Geschlossene Unterbringung für minderjährige Straftäter und Maßnahmen der Jugendhilfe zur Stärkung der Erziehungsverantwortung der Eltern“

Die Staatliche Pressestelle der Freien und Hansestadt Hamburg hat am 16. Juli 2002 eine Pressemeldung unter der Überschrift: „Senatorin Schnieder-Jastram stellt Konzept zur geschlossenen Unterbringung für straffällige Kinder und Jugendliche vor“ verbreitet. In dieser Pressemitteilung wird die Schaffung eines Familieninterventionsteams sowie dreier Einrichtungen mit insgesamt 90 Plätzen zur geschlossenen Unterbringung angekündigt.

Grundlage dieses Gutachtens ist ein Gutachtauftrag der ABAKUS gGmbH, der die formalen Anforderungen an ein Verfahren zur Implementierung von geschlossener Unterbringung in Hamburg (hierzu unter 1.), eine rechtliche Würdigung des Familieninterventionsteams (FIT) (dazu unter 2.) und die Zulässigkeit von geschlossener Unterbringung (dazu unter 3.) zum Gegenstand hat. Als Material lag die Pressemeldung der staatlichen Pressestelle vom 16. Juli 2002 vor. Die Auftraggeberin hat dem Auftragnehmer zudem einen Text mit dem Betreff: „Betr.: Geschlossene Unterbringung für minderjährige Straftäter und Maßnahmen der Jugendhilfe zur Stärkung der Erziehungsverantwortung der Eltern“, überlassen, welcher dem Gutachten als Anlage beigelegt ist.

1. Formale Anforderungen an das Verfahren zur Implementierung von geschlossener Unterbringung in der Freien und Hansestadt Hamburg

Zu untersuchen ist, wann die bezirklichen Jugendhilfeausschüsse an Entscheidungen im Zusammenhang mit geschlossener Unterbringung zu beteiligen sind (dazu unter 1.1), welche Entscheidungskompetenz dem Landesjugendhilfeausschuß zusteht (dazu unter 2.), ob ein Senatsbeschluß eine hinreichende Ermächtigungsgrundlage für die Schaffung einer Einrichtung zur geschlossenen Unterbringung darstellt (dazu unter 1.3), ob eine Beauftragung des LEB gegen das Subsidiaritätsprinzip verstößt (dazu unter 1.4) und ob die Schaffung einer Einrichtung zur geschlossenen Unterbringung ausschreibungspflichtig ist(1.5).

1.1 Kompetenz bezirklicher Jugendhilfeausschüsse (JHA)

Gem. § 8 Abs. 1 AG SGB VIII entscheiden die bezirklichen JHA über die bezirklichen Angelegenheiten der Jugendhilfe. Nach geltendem hamburgischen Jugendhilfeausführungsrecht sind Fragen der Ausgestaltung des Angebotes der Hilfen zur Erziehung Angelegenheit der

Bezirke. Die Bezirke führen gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 BezVG die Verwaltungsaufgaben selbständig, sofern diese nicht gem. Satz 2 und 3 der Vorschrift durch den Senat wahrgenommen werden. Sollte ein Senatsbeschluß mit dem in der Pressemitteilung angekündigt Inhalt bestehen, wäre die Entscheidung über die Gestaltung der Hilfen zur Erziehung, sofern es um die Wiedereinführung geschlossener Unterbringung geht, nicht mehr als Aufgabe der Bezirke zu betrachten. Ein Mitwirkungsrecht der bezirklichen JHA entfiere entsprechend.

1.2 Kompetenz des Landesjugendhilfeausschuß (LJHA)

Der Landesjugendhilfeausschuß entscheidet gemäß § 12 Abs. AG SGB VIII im Rahmen der Beschlüsse der Deputation über Angelegenheiten des Landesjugendamtes von grundsätzlicher Bedeutung. Die hamburgische Verwaltung insgesamt wird gem. § 1 Abs. 1 Satz 1 VerwBehG durch den Senat geführt. Dessen Beschlüsse binden die Deputationen und auch den Landesjugendhilfeausschuß. Der LJHA kann somit nach einer Beschlußfassung durch den Senat nur noch entscheiden wie ein Konzept zur geschlossenen Unterbringung auszugestaltet ist, ob es zu einer Wiedereinführung von geschlossener Unterbringung in Hamburg kommt, kann er nach einer Entscheidung des Senats nicht bestimmen.

Der LJHA hat gem. § 12 Abs. 4 AG SGB VIII ein Recht darauf, bei allen überörtlichen Planungen in Hamburg angehört zu werden. Bei einer Wiedereinführung geschlossener Unterbringung handelt es sich um eine solche Planung. Das Anhörungsrecht ist durch die mit der Planung befaßte Verwaltungseinheit sicherzustellen.

(vgl. Bernzen/Borsutzky/Villwock, Hamburgisches Jugendhilferecht, Hamburg 1998, S. 63)

Sofern diese Verwaltungseinheit eine Beschlußfassung des Senates oder der Deputation ohne Anhörung des Landesjugendhilfeausschusses herbeiführt, handelt sie rechtswidrig.

1.3 Senatsbeschluß als Ermächtigungsgrundlage

Zu prüfen ist, ob ein Beschluß des Senates zur Wiedereinführung geschlossener Unterbringung in Hamburg als Ermächtigungsgrundlage hinreichend ist, obwohl die Abschaffung geschlossener Unterbringung auf einen Beschluß der Bürgerschaft zurückgeht. Nach den vorliegenden Informationen hat die Bürgerschaft keine gesetzliche Regelung geschaffen, die die Einrichtung geschlossener Einrichtungen der Jugendhilfe in Hamburg verbietet. Sie hat eine politische Absicht kundgetan; der Senat hat diese Absicht in konkrete Politik umgesetzt, eine rechtliche Verpflichtung hierzu bestand nicht. Entsprechend ist der Senat frei, einen neuen Beschluß zu fassen.

1.4 Subsidiaritätsprinzip

Das Subsidiaritätsprinzip ist nur insoweit Gegenstand des Jugendhilferechts, als es ausdrücklich Bestandteil gesetzlicher Regelungen geworden ist.

(vgl. zusammenfassend Bernzen, Freie Jugendhilfe, Köln 1993, S. 46 ff. n. w. N.)

Hier könnte eine Verletzung von § 4 SGB VIII dadurch vorliegen, daß nicht allen Trägern der Jugendhilfe in Hamburg die Möglichkeit gegeben wurde, ihr Interesse an dem Betrieb einer Einrichtung zur geschlossenen Unterbringung zu bekunden.

Dieses könnte einen Verstoß gegen die Verpflichtung zur partnerschaftlichen Zusammenarbeit aus § 4 Abs. 1 SGB VIII darstellen. Zu beachten ist jedoch, daß in der Landschaft freier Träger in Hamburg der Betrieb von Einrichtungen zur geschlossenen Unterbringung bisher einhellig abgelehnt wurde. Die Auffassung, ein solches Angebot an freie Träger hätte bloß formalen Charakter und wäre damit entbehrlich, ist deshalb nach Auffassung des Unterzeichners nicht von der Hand zu weisen.

Einen Verstoß gegen § 4 Abs. 2 würde das Verhalten des öffentlichen Trägers darstellen, wenn ersichtlich wäre, daß ein freier Träger ein geeignetes Angebot zur geschlossenen Unterbringung bereits machen oder rechtzeitig schaffen würde. Dieses ist nicht ersichtlich.

Ein Verstoß gegen § 4 SGB VIII liegt demnach nicht vor.

1.5 Ausschreibungspflicht

Eine Ausschreibungspflicht besteht für Einrichtungen der Jugendhilfe gemäß § 3 Abs. 4 lit. O) VOL/A nicht.

2. Rechtliche Würdigung des Familieninterventionsteams (FIT)

Zu untersuchen ist, ob und wie die Aufgaben des FIT von denen der bezirklichen ASD abgrenzbar sind (dazu unter 2.1), wie beim Tätigwerden des FIT das Hilfeplanverfahren zu gestalten ist (dazu unter 2.2) und ob die Schaffung einer Vormundsstruktur legal ist (dazu 2.3).

2.1 Aufgabenabgrenzung FIT-ASD

Es wird davon ausgegangen, daß die Aufgabenzuweisung an die Familieninterventionsteams in die bisherigen Aufgabenzuweisungen an die allgemeinen Sozialdienste in den Bezirken eingreift. Der genaue Umfang dieses Eingriffes kann mit dem vorliegenden Material nicht beschrieben werden.

Dem Senat stehen im Rahmen des hamburgischen Staatsorganisationsrechts die Befugnisse zu, die Aufgabenzuordnung zwischen Bezirken und Fachbehörden zu verändern (siehe auch oben unter 1.1). Sofern er von diesem Recht Gebrauch macht, sind die entsprechenden Anweisungen von den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern in der öffentlichen Jugendhilfe umzusetzen.

2.2 Hilfeplanverfahren nach § 36 SGB VIII

Bei Wiedereinführung geschlossener Unterbringung in Hamburg soll die Möglichkeit geschaffen werden, Angebote der Hilfen zur Erziehung nach §§ 27, 34 SGB VIII mit Bedingungen der Abgeschlossenheit zu verbinden.

Für die Inanspruchnahme von Hilfe zur Erziehung ist grundsätzlich die Hilfeplanung gem. § 36 SGB VIII vorgesehen. Hilfeplanung nach § 36 SGB VIII besitzt einen doppelten Charakter: Sie ist ein Prozeß und zugleich die von den Beteiligten erklärte Billigung des Ergebnisses dieses Prozesses.

(vgl. Wiesner, SGB VIII München 2. Aufl. 2000, § 36 Rdnr. 7)

Zu beteiligen an der Hilfeplanung sind unter anderem die Personensorgeberechtigten und die betroffenen Minderjährigen.

Bei der Gewährung einer Hilfe außerhalb der eigenen Familie sind die besonderen Vorschriften nach § 36 Abs. 1 SGB VIII zu beachten. So ist zu prüfen, ob eine Annahme als Kind in Betracht kommt. Weiter sind die Personensorgeberechtigten und der betroffene Minderjährige bei der Auswahl der Einrichtung zu beteiligen. Insbesondere der Minderjährige ist hierbei zu beraten.

(s. § 8 SGB VIII)

Er ist insbesondere auf das Wunsch- und Wahlrecht hinzuweisen, was bei einer festgestellten notwendigen Abgeschlossenheit die Wahl auch von Einrichtungen in anderen Bundesländern einschließt.

2.3 Schaffung einer eigenen Vormundsstruktur

Der Senat teilt mit, daß „der Beratungsdienst direkt einen Antrag“ auf geschlossene Unterbringung stellen soll, wenn Eltern die Mitwirkung an einem geeigneten Erziehungsverfahren verweigern sollten. Dieses ist gesetzeskonform nur so zu verstehen, daß in diesen Fällen zunächst Verfahren zur Einschränkung oder zum Entzug der elterlichen Sorge eingeleitet werden sollen mit dem Ziel, daß ein neu bestellter Vormund einen Antrag auf Genehmigung seiner Entscheidung zur geschlossenen Unterbringung stellen soll.

Dieses Verfahren begegnet insbesondere dann ernsthaften Bedenken vor dem Hintergrund des fremdnützigen Freiheitsrechts der Eltern in Art. 6 GG, wenn auf diese faktisch in einer grundrechtsentziehenden oder –beschränkenden Weise eingewirkt wird. Dieses ist dem Staat verwehrt, er hat die eigene Erziehungsentscheidung der Eltern zu respektieren und darf diese auch in einem Verfahren zur Bestellung von Vormündern nicht vorwegnehmen.

(vgl. auch Trenczek, ZfJ 2000, 121[126 m.w.N.]

Sollte die Freie und Hansestadt Hamburg beabsichtigen, elterliche Erziehungsentscheidungen, die nicht ihren eigenen Vorstellungen entsprechen, durch Entscheidungen von Vormündern ersetzen zu lassen, deren Entscheidung im vorhinein feststeht, würde dies gegen geltendes Bundes, insbesondere Bundesverfassungsrecht, verstoßen.

Weiter ist zu beachten, daß entsprechend § 1791 b BGB das Jugendamt als Amtsvormund nur dann bestellt werden darf, wenn eine als Einzelvormund geeignete Person nicht vorhanden ist. Gem. § 1776 Abs. 1 BGB ist zu beachten, daß derjenige als Vormund zu berufen ist, der von den Eltern benannt worden ist. Eine Verfahrensordnung für das FIT hat also aus Rechtsgründen sicherzustellen, daß überprüft wird, ob die Personensorgeberechtigten einen Vormund benannt haben und ob ein geeigneter Einzelvormund vorhanden ist.

3. Zulässigkeit von geschlossener Unterbringung

Entsprechend dem Auftrag sind die Untersuchung der Zulässigkeit von Grundrechtseinschränkungen auf der Grundlage von § 1631 b BGB (dazu unter 3.1), der Zulässigkeit der Schaffung von Einrichtungen zur geschlossenen Unterbringung (dazu unter 3.2), der möglichen Dauer von geschlossener Unterbringung (dazu unter 3.3), der Einbindung in das Gesamtkonzept der Jugendhilfe (dazu unter 3.4) sowie der geschlossenen Unterbringung zur Abschiebevorbereitung (dazu unter 3.5) zu untersuchen.

3.1 Zulässigkeit von Grundrechtseinschränkungen auf der Grundlage von § 1631 b BGB

Im SGB VIII werden im vierten Abschnitt unter der Überschrift "Hilfe zur Erziehung, Hilfe für junge Volljährige" Angebote der Jugendhilfe in den Bereichen der Erziehungsberatung, der sozialen Gruppenarbeit, des Erziehungsbeistandes und der Betreuungshilfe, der sozialpädagogischen Familienhilfe, der Erziehung in einer Tagesgruppe, der Vollzeitpflege, der Heimerziehung

(zum Auftrag von Heimerziehung nach dem SGB VIII , vgl. Trauernicht, ZfJ 1992, 225 [227])

und sonstiger betreuter Wohnformen und der intensiven sozialpädagogischen Einzelbetreuung zusammengefaßt. Jungen Volljährigen soll als Fortsetzung gewährter Unterstützungen Hilfe zur Persönlichkeitsentwicklung gewährt werden.

(vgl. zu den Voraussetzungen Späth in: Wiesner/Zarbock, S. 111 f.; Jung, Mitteilungen des Landesjugendamt Westfalen-Lippe Nr. 108, S.37 ff.)

Regelungen über einen Eingriff in die Rechte des Kindes oder der Eltern enthält dieser Abschnitt des SGB VIII - im Gegensatz zu entsprechenden Vorschriften des JWG - nicht.

(vgl. Schellhorn/Wienand, § 27, Rn. 2; Späth in: Wiesner/Zarbock, S. 91 f.)

Damit stellt sich die Frage, ob die Anwendung von Zwang zur Annahme von Angeboten und Leistungen der Jugendhilfe generell unzulässig geworden ist.

Dieses wird von einer Reihe von Stimmen in der Literatur angenommen. Ausgangspunkt ist der Gedanke, daß mit der Inkrafttreten des KJHG die Fürsorgeerziehung abgeschafft sei.

(zur Geschichte der Diskussion um Fürsorgeerziehung und geschlossene Unterbringung sowie zu sog. „Spezialheimen“ und „Werkhöfen“ in der ehemaligen DDR vgl. DPWV/IGFH S. 9 ff.)

Verschiedene Autoren vertreten die Auffassung, angesichts der Freiheitsgarantien in Art. 2 Abs. 2 und Art. 104 GG sei nur § 42 SGB VIII eine geeignete Ermächtigungsgrundlage für eine Freiheitsentziehung im Rahmen der Jugendhilfe; § 1631 b BGB fehle es in materieller Hinsicht an Bestimmtheit.

(vgl. Trenczek, ZfJ 2000, 121 [124])

Weiter wird die Auffassung vertreten, daß die betroffenen Kinder und Jugendlichen gegen Entscheidungen, sie geschlossen unterzubringen, durch ein direkte Drittwirkung von Grundrechten auch in privatrechtlichen Rechtsverhältnissen geschützt seien.

(vgl. DPWV/IGFH, S. 32)

Auch die Gegenauffassung wird mit unterschiedlichen Argumenten vertreten. Rübner weist darauf hin, daß die Möglichkeiten richterlicher Entscheidungen nach § 1631 b BGB erhalten geblieben ist.

(vgl. Rübner, NJW 1991, 1 [2]; zur Notwendigkeit einer richterlichen Entscheidung vgl. Palandt-Diederichsen Einf. v. 1629, Rn. 57, 70; Trauernicht, ZfJ 1991, 520 ff.)

Die Gegenauffassung ist insbesondere deshalb vorzuziehen, weil der Gesetzgeber die Möglichkeit der Unterbringung bei der Beschlußfassung über das KJHG gesehen hat, er hat in § 50 SGB VIII bei Entscheidungen nach § 1631 b BGB ausdrücklich die Mitwirkung des Jugendamtes angeordnet. Die Probleme, die daraus entstehen können, daß Zwang erforderlich ist, um die Annahme der Angebote des SGB VIII zu erreichen, sind also aus dem öffentlich-rechtlichen Jugendhilferecht in das Zivilrecht verlagert worden.

(vgl. Mrozynski, § 27, Anm. 1.d)

Damit hat sich Struktur der Grundrechtsbetroffenheit und des Grundrechtsschutzes entscheidend verändert: Der öffentlichen Gewalt ist es versagt, (ausschließlich) zum Zweck der Erziehung Zwang einzusetzen; ausschließlich der Personensorgeberechtigte darf in seiner

Erziehungsverantwortung eine solche Entscheidung treffen, die der gerichtlichen Genehmigung bedarf. Mangels direkter Drittwirkung der Grundrechte

(vgl. hierzu zusammenfassen und statt vieler: Jarass in: Jarass/Pieroth, GG, München 1995, Vor Art. 1, Rdnr. 8)

kommt damit einerseits ein unmittelbarer Grundrechtsschutz Minderjähriger nicht in Betracht, zugleich haben Minderjährige und ihre Personensorgeberechtigten einen Anspruch darauf, daß der Staat keinerlei Absicht verfolgt, Kinder und Jugendliche geschlossen unterzubringen.

Entsprechend kommt es nicht darauf an, ob die Entscheidung der Personensorgeberechtigten ihrerseits einen gerechtfertigten Grundrechtseingriff darstellt. Dieses könnte nur dann der Fall sein, wenn § 1631 b BGB eine geeignete Grundrechtsschranke darstellt. In der Schrankensystematik der Art. 2 Abs. 2 und 104 GG wäre ein formelles Gesetz als Schranke erforderlich. Darum handelt es sich bei § 1631 b BGB. Weiter wäre erforderlich, daß dieses Gesetz seinerseits hinreichend bestimmt wäre.

Voraussetzung für eine geschlossene Unterbringung bleibt damit, daß eine Entscheidung von Personensorgeberechtigten hierfür vorliegt und diese gemäß § 1631 b BGB wirksam genehmigt wurde.

(zur Verpflichtung des öffentlichen Trägers der Jugendhilfe adäquate Hilfeangebote ohne Freiheitsentziehung vorzuhalten vgl. Trenczek, ZfJ 2000, 121 [129])

Die Vorschrift regelt, daß eine Freiheitsentziehung dann zu beenden ist, wenn sie nicht mehr zum Wohl des Minderjährigen erforderlich ist. Dieses ist ein materielles Kriterium, welches pädagogisch, psychologisch und eventuell medizinisch auffüllungsbedürftig ist, juristisch ist es bestimmt.

3.2 Zulässigkeit der Schaffung von Einrichtungen zur geschlossenen Unterbringung

Nach der Abschaffung der Fürsorgeerziehung ist der Jugendhilfeträger nicht mehr verpflichtet, Angebote der Jugendhilfe vorzuhalten, die von vornherein und in jedem Fall mit der Ausübung von Zwang verbunden sind. Zu klären ist, ob der öffentliche Träger der Jugendhilfe berechtigt ist, solche Einrichtungen vorzuhalten.

Gegen die Zulässigkeit solcher Einrichtungen können zum einen allgemeine kompetenzrechtliche Erwägungen und zum anderen heimaufsichtliche Aspekte sprechen.

Kompetenzrechtlich spricht gegen die Zulässigkeit von Einrichtungen zur geschlossenen Unterbringung in öffentlicher Trägerschaft, daß solche Einrichtungen im SGB VIII nicht vorgesehen sind und Handlungsformen des öffentlichen Trägers der Jugendhilfe, die solche Einrichtungen voraussetzen, mit der Einführung des SGB VIII abgeschafft worden sind.

Heimaufsichtsrechtlich könnte gegen die Zulässigkeit solcher Einrichtungen sprechen, daß der überörtliche Träger verpflichtet ist, die erforderliche Betriebserlaubnis gem. § 45 Abs. 2 SGB zu versagen, wenn die Betreuung der Kinder oder der Jugendlichen durch geeignete Kräfte nicht gesichert oder in sonstiger Weise das Wohl der Kinder oder der Jugendlichen in der Einrichtung nicht gewährleistet ist.

(Nach Auffassung des Unterzeichners kann eine Jugendhilfeeinrichtung sowohl in freier, wie in öffentlicher Trägerschaft betrieben werden, a. A. Trenczek, ZfJ 2000, 121 [129].)

Ob eine heimaufsichtsrechtliche Genehmigungsversagung oder ein nachträgliches Einschreiten der Heimaufsicht erforderlich ist, entscheidet sich an den Umständen des Einzelfalls. Nach Auffassung des Unterzeichners kann in rechtskonformer Weise nicht generell festgestellt werden, daß Einrichtungen zur geschlossenen Unterbringung das Kindeswohl gefährden.

(A.A. Trenczek, ZfJ 2000, 121 [132])

Es wird jedoch die Auffassung vertreten, daß diese Frage dann anders zu beurteilen sei, wenn ein Landesjugendhilfeausschuß entsprechende Richtlinien beschlossen habe.

(vgl. DPWV/IGFH, S. 39)

Zu dem kompetenzrechtlichen Einwand ist festzustellen, daß die Bestimmungen des SGB VIII insgesamt für die Neuentwicklung von Angeboten der Jugendhilfe und insbesondere für die Weiterentwicklung von Angeboten der Hilfen zur Erziehung offen ist. Aus § 27 Abs. 2 SGB VIII ergibt sich, daß die im Gesetz ausdrücklich genannten Angebote der Hilfen zur Erziehung nicht abschließend sind. Etwas anderes würde sich nur ergeben, wenn die Vorhaltung einer Einrichtung zur geschlossenen Unterbringung direkt und unmittelbar mit der Freiheitsentziehung verbunden wäre. In diesem Fall wäre eine Ermächtigungsnorm im SGB VIII erforderlich. Wegen des Leistungscharakters der Hilfen zur Erziehung ist eine solche Norm jedoch entbehrlich.

Die Schaffung von Einrichtungen zur geschlossenen Unterbringung ist nach Auffassung des Unterzeichners somit nicht grundsätzlich unzulässig.

3.3 Zulässige Höchstdauer von geschlossener Unterbringung

Eine gesetzliche Regelung, die eine geschlossene Unterbringung in jedem Einzelfall befristet, besteht nicht. Als systematische Schranke ergibt sich, daß eine geschlossene Unterbringung mit der Vollendung des achtzehnten Lebensjahrs des Untergebrachten zu beenden ist; eine Fortsetzung als Hilfe für junge Volljährige ist nicht zulässig.

Die jeweils zulässige Höchstdauer ergibt sich ohne Bestehen einer bestimmten Frist aus den Umständen des Einzelfalls: Sie ist sofort zu beenden, wenn sie nicht mehr zur Sicherung des Kindeswohls erforderlich ist. Die Feststellung der Nützlichkeit für den Minderjährigen setzt jedoch nicht voraus, daß ein pädagogischer Erfolg mit Sicherheit vorherzusagen ist.

Pädagogisches Handeln ist in seinen Wirkungen niemals mit letzter Sicherheit beschreibbar; eine Reihe von gesellschaftlichen Problemen lassen sich nicht pädagogisch auflösen.

(vgl. zu letzterem Gedanken auch: Kriminologische Initiative, Forum für Kinder- und Jugendarbeit, 3/96, 24, [26])

Deshalb kann eine Kindeswohldienlichkeit einer geschlossenen Unterbringung nur dann angenommen werden, wenn positiv festgestellt werden kann daß Geschlossenheit eine notwendige Bedingung für einen nach den Standards der Pädagogik mit hoher Sicherheit vorherzusagenden positiven Entwicklungsprozeß ist. Daraus ergibt sich auch, daß sie auch bereits dann zu beenden ist, wenn sie nicht mehr für den Untergebrachten nützlich, sondern lediglich in ihrer Wirkung für ihn selbst als neutral zu betrachten ist.

(vgl. auch Gerstein/Niehaus, Forum Jugendhilfe 2/2000, S. 50 [52])

Zuständig und verpflichtet zur Beendigung der geschlossenen Unterbringung ist der Inhaber der Personensorge. Erklärt dieser, er halte geschlossene Unterbringung ohne Prüfung des Einzelfalls für bestimmte Jugendliche stets erforderlich und ist ihm die Sorge für solche Kinder und Jugendlichen übertragen, ist im Einzelfall ein Entzug der Personensorge erforderlich.

Der zuständige örtliche Träger der Jugendhilfe bleibt gem. § 36 SGB VIII verpflichtet, laufend die Rechtmäßigkeit der gewährten Hilfe im Rahmen von Jugendhilfeplanung zu überwachen. Hierzu wird ein dichter Rhythmus von Erziehungskonferenzen als in sonstigen Fällen stationärer Hilfe erforderlich sein.

Wegen des grundrechtsschützenden Charakters der gerichtlichen Genehmigung der Entscheidung des Inhabers der Personensorge soll eine gerichtliche Entscheidung auch bereits dann erforderlich sein, wenn die Freiheit nur teilweise entzogen werden soll.

(Vgl. AG Kamen, FamRZ 1983, 299)

Entbehrlich ist eine gerichtliche Entscheidung, wenn sich der Minderjährige bereit erklärt, freiwillig in der Einrichtung zu verbleiben und in der Einrichtung sichergestellt ist, daß er diese bei einem Wechsel seiner Meinung verlassen kann.

(vgl. dazu BayObLG, FamRZ 1992, 105; a.A. Golwitzer/Rüth, FamRZ 1996, 1388)

Bei der Entscheidung über die Genehmigung einer Entscheidung zur geschlossenen Unterbringung sind sämtliche grundrechtssichernden Verfahrensvorschriften des FGG zu beachten. Grundsätzlich ist für den Minderjährigen ein Verfahrenspfleger gem. § 70 b FGG zu bestellen. Der Minderjährige ist gem. § 70 c FGG persönlich anzuhören. Diese Anhörung ist grundsätzlich in jeder Instanz erneut vorzunehmen.

(Vgl. BGH, FamRZ 83, 691)

Die gesetzlichen Vertreter und die Einrichtungsleitung sind gem. § 70 d FGG anzuhören. Ein Sachverständigengutachten ist gem. § 70 e FGG erforderlich; die begutachtende Person hat den Minderjährigen seinerseits anzuhören.

(vgl. insbesondere zum Diagnoseverfahren Rüth, ZfJ 2001, 372 f.; vgl. auch DPWV/IGFH, S. 38)

Bei der gemäß § 70 f Abs. 1 Nr. 3 FGG erforderlichen Angabe des Endes der Unterbringung hat das Gericht einen Zeitpunkt festzusetzen, bis zu dem die Unterbringung in jedem Fall für das Kindeswohl erforderlich ist, wird die Unterbringung „auf Vorrat“ genehmigt, wird die gesamte gerichtliche Entscheidung rechtsfehlerhaft.

Schließlich ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, daß die zulässige Höchstdauer der Unterbringung ganz wesentlich vom Ausstattungsstandard in der Einrichtung abhängt: In einer personell und sächlich gut ausgestatteten Einrichtung lassen sich nach aller Wahrscheinlichkeit auch über mittlere Zeit eher pädagogische Erfolge erzielen, als in einer einfach ausgestatteten Einrichtung.

(zu den Kosten geschlossener Unterbringung vgl. auch Schulte, G.; Der Diskurs über Kinder- und Jugendkriminalität, Forum für Kinder- und Jugendarbeit 2/99, S. 9)

3.4 Einbindung in die gesamte Jugendhilfe

Zu untersuchen ist, ob durch die Schaffung von Möglichkeiten zur geschlossenen Unterbringung diese dadurch rechtswidrig ist, daß sie mit dem Auftrag aus § 1 Abs. 1 SGB VIII unvereinbar ist. Dort heißt es: „Jeder junge Mensch hat ein Recht auf Förderung seiner Entwicklung und auf Erziehung zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit.“

Vorraussetzung hierfür wäre, daß pädagogisch schlüssig dargestellt werden kann, daß eine geschlossene Unterbringung unter keinen Umständen und in keinem Fall kindeswohldienlich sein kann. Dann wäre sie generell unzulässig. Für den Unterzeichner ist eine solche allgemein anerkannte, schlüssige pädagogische Darstellung wenigstens gegenwärtig nicht auffindbar.

(Kritisch jedoch generell zur Eignung geschlossener Unterbringung: Huppert, ZfJ 1998, 361 [363]; IGFH, ZfJ 2000, 392 f.; Kriminologische Initiative, Forum für Kinder- und Jugendarbeit, 3/96, 24; v. Wolffersdorff, Forum Jugendhilfe 3/95, S. 31 ff.; vgl. auch BAGLJÄ, ZfJ 1998, 210)

3.5 Zulässigkeit von geschlossener Unterbringung zur Abschiebevorbereitung

Zu prüfen ist, ob eine geschlossene Unterbringung junger Ausländer zur Abschiebevorbereitung zulässig ist. Voraussetzung dafür ist, daß die Abschiebung selbst kindeswohldienlich und ohne eine geschlossene Unterbringung nicht zu sichern ist. Die zweite Voraussetzung mag regelmäßig vorliegen. Die erste Voraussetzung wird regelmäßig zu fehlen. Die Abschiebung ist

ausländerrechtlich aus dem Interesse der Bundesrepublik Deutschland anzuordnen, das Bestehen eines eigenen Interesses des Ausländers an der Abschiebung wird regelmäßig zu verneinen sein, in diesem Fall würde er schließlich freiwillig ausreisen. Sollte hier eine Ausnahme gerichtsfest festgestellt werden, müßten außerordentliche Umstände im Einzelfall vorliegen und bewiesen werden. Damit wird eine geschlossene Unterbringung zur Sicherung der Abschiebung praktisch stets unzulässig sein.

(ablehnend zur Schaffung von eigenen Angeboten geschlossener Unterbringung für junge Flüchtlinge bereits DPWV/IGFH, S. 7)

Sollte die geschlossene Unterbringung junger Ausländer auf der Basis von §§ 71 f JGG erfolgen, müßte sie der Sicherung der Hauptverhandlung dienen.

(vgl. Gerstein/Niehaus, Forum Jugendhilfe, 2/2000, S. 50 [51]; Trenczek, ZfJ 2000, 130 f.; vgl. auch Schulte, G., aaO. welcher darauf hinweist, daß auch bei geschlossener Unterbringung es regelmäßig zu einer Vielzahl von Entweichungen kommt.)

Auch diese Vorschriften enthalten mithin keine Grundlage für die Anordnung einer geschlossenen Unterbringung zur Sicherung von Abschiebung.

4. Zusammenfassung

Die Fragen des Gutachtauftrages sind wie folgt zu beantworten:

4.1

Nach einem Senatsbeschluß zur Wiedereinführung geschlossener Unterbringung in Hamburg besteht insoweit kein Mitwirkungsrecht der bezirklichen Jugendhilfeausschüsse.

Nach einer Beschlußfassung durch den Senat kann der Landesjugendhilfeausschuß nicht mehr darüber entscheiden, ob es zu einer Wiedereinführung geschlossener Unterbringung in Hamburg kommt. Sofern die für die Vorbereitung dieses Beschlusses zuständige Verwaltungseinheit eine Beschlußfassung des Senates oder der Deputation ohne Anhörung des Landesjugendhilfeausschusses herbeiführt, handelt sie rechtswidrig.

Der Senat ist rechtlich frei, einen Beschluß zur Wiedereinführung geschlossener Unterbringung in Hamburg zu fassen.

In dem bisherigen Vorgehen der BSF ist ein Verstoß gegen § 4 SGB VIII nicht zu erkennen. Die Schaffung von Einrichtungen zur geschlossenen Unterbringung ist nicht ausschreibungspflichtig.

4.2

Dem Senat steht das Recht zu, die Aufgabenzuweisungen der bezirklichen ASD zugunsten von neuen geschaffenen Strukturen zu verändern.

Er muß gewährleisten, daß die Hilfeplanung in geeigneter Weise und unter Beachtung des Wunsch- und Wahlrechts durchgeführt wird.

Sollte die Freie und Hansestadt Hamburg beabsichtigen, elterliche Erziehungsentscheidungen, die nicht ihren eigenen Vorstellungen entsprechen, durch Entscheidungen von Vormündern ersetzen zu lassen, deren Entscheidung im vorhinein feststeht, würde dies gegen geltendes Bundes-, insbesondere Bundesverfassungsrecht verstossen. Eine Verfahrensordnung für das FIT hat also aus Rechtsgründen sicherzustellen, daß überprüft wird, ob die Personensorgeberechtigten einen Vormund benannt haben und ob ein geeigneter Einzelvormund vorhanden ist.

4.3

Soll ein Minderjähriger aufgrund einer Entscheidung seines Personensorgeberechtigten geschlossen untergebracht werden, so bedarf dieser hierfür der familiengerichtlichen Genehmigung. Die Unterbringung darf nicht durch den öffentlichen Träger der Jugendhilfe als Sozialleistungsträger ergehen, dieser darf eine geschlossene Unterbringung auch nicht beabsichtigen. Er darf aber auch nach Inkrafttreten des SGB VIII geschlossene Angebote vorhalten.

Das gerichtliche Verfahren folgt insbesondere den Regeln nach § 70 ff FGG.

Die geschlossene Unterbringung ist nur und solange zulässig, wie es nach positiver Feststellung des Sorgeberechtigten und des Familiengerichts zum Wohl des Minderjährigen erforderlich ist. Die Anordnung von geschlossener Unterbringung in der Jugendhilfe zur Sicherung von Abschiebung ist unzulässig.

Hamburg, den

Prof. Dr. Christian Bernzen