

Eilt, bitte sofort vorlegen.
Danke.

Absender / Antragsteller / Kläger:

Klage gegen Inobhutnahme, Antrag auf Erlass einer vollstreckbaren einstweiligen Anordnung

Sehr geehrte Damen und Herren,

Antragsteller und damit Kläger entnehmen Sie bitte dem Absender.

Beklagte:

Verletzung von Art. 2 Abs. 1 und 2 GG, Art. 6 Abs. 1, 2 und 3 GG, Art. 19 Abs. 2 GG

Hiermit wird Klage in der Hauptsache gegen die Inobhutnahme des Kindes bzw. der Kinder

eingereicht. Auf Grund von Gefahr im Verzug besteht ein alleiniges Notvertretungsrecht, womit die betroffenen Minderjährigen hier ebenfalls Kläger sind.

Die Beklagte hat

- den sofortigen Vollzug nicht angeordnet.
- den sofortigen Vollzug angeordnet.

Antrag: Es wird beantragt, die Verfahrensbeteiligung aller Betroffenen inklusive die hinreichende Vertretung zu gewährleisten.

Antrag auf Rechtsschutz (einstweilige Anordnung):

Es wird beantragt, die vollstreckbare aufschiebende Wirkung gegen die Inobhutnahme anzuordnen.

Anträge zur Klage (Hauptsache):

1. Es wird beantragt festzustellen, dass die vom Beklagten ausgeübte Inobhutnahme nichtig ist. Hilfsweise ist beantragt, die Rechtswidrigkeit der Inobhutnahme festzustellen.
2. Es wird beantragt festzustellen, dass der (bzw. die) Mitarbeiter der Beklagten, der (die) die Inobhutnahme angeordnet hat (haben), nicht in einem Beschäftigungsverhältnis nach Art. 33 Abs. 4 GG steht (stehen).
3. Es wird beantragt festzustellen, dass die Ausübung der Inobhutnahme nicht von einer geeigneten Person, nicht in einer geeigneten Einrichtung und auch nicht in einer geeigneten sonstigen Wohnform statt findet bzw. statt gefunden hat.
4. Es wird beantragt festzustellen, dass § 42 SGB VIII nicht der Zitierpflicht aus Art. 19 Abs. 1 GG genügt. Insoweit ist beantragt festzustellen, dass durch die Verletzung der Zitierpflicht Art. 6 Abs. 1 GG verletzt ist. Insoweit ist beantragt festzustellen, dass § 42 SGB VIII nichtig ist.

Zur Klage werden noch weitere Anträge angekündigt. Die genaue Formulierung hängt vom Verhalten der Beklagten ab.

Begründung zum Antrag auf Rechtsschutz (einstweilige Anordnung), zugleich Teilbegründung zur Klage:

1. Insoweit der Beklagte den sofortigen Vollzug nicht angeordnet hat, tritt nach § 80 Abs. 1 VwGO aufschiebende Wirkung kraft Gesetzes ein.
2. Insoweit der Beklagte den sofortigen Vollzug angeordnet hat, liegt mir bislang keine schriftliche Begründung vor, zu der ich Stellung nehmen kann. Nach § 80 Abs. 3 Satz 1 VwGO ist ein Verwaltungsakt, zu dem der sofortige Vollzug angeordnet wird, schriftlich zu begründen. Eine Notstandsmaßnahme nach § 80 Abs. 3 Satz 2 VwGO liegt nicht vor, womit die gesetzlich vorgeschriebene Schriftform der Begründung nicht entfallen kann.

Vor einer Entscheidung des Gerichts ist nach Möglichkeit rechtliches Gehör zu gewähren und die schriftliche Begründung des Beklagten an mich bekannt zu geben. In diesem Zusammenhang wird Bezug auf die DSGVO genommen.

Ein Verwaltungsakt mit Eingriff in u.a. Art. 2 Abs. 1 und 2 GG, Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG und Art. 6 Abs. 3 GG muss notwendig, angemessen und verhältnismäßig sein. Dies ist nicht ersichtlich.

Der Verwaltungsakt Inobhutnahme dauert an. Nach § 42 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII ist das Jugendamt befugt, ein Kind bei einer geeigneten Person, in einer geeigneten Einrichtung oder in einer sonstigen Wohnform unterzubringen. § 42 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII ist aber keine Generalvollmacht, sondern die Beklagte trägt auf Grund von u.a. § 76 SGB VIII die Verantwortung zur konkreten Umsetzbarkeit.

I. Die Unterbringung bei einer geeigneten Person findet nicht statt. Eine geeignete Person im Sinne von § 42 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII kann nur ein Verwandter des Kindes sein, dem das Umgangsrecht nicht entzogen ist. Jede andere Person, insbesondere eine sogenannte Bereitschaftspflegeperson/-familie, erfüllt nicht die gesetzlichen Bestimmungen. Nach § 76 Abs. 1 SGB VIII können nur *anerkannte Träger der freien Jugendhilfe* an der Ausübung von Aufgaben nach § 42 SGB VIII beteiligt werden. Personen, Bereitschaftspflegepersonen oder Bereitschaftspflegefamilien erfüllen nicht das Kriterium, *anerkannte freier Träger der Jugendhilfe* zu sein. Damit sind diese Personen von Gesetz wegen an der Ausübung von Aufgaben nach § 42 SGB VIII zur Unterbringung rechtlich nicht geeignet.

Folglich kommt für die vorläufige Unterbringung bei einer geeigneten Person nur eine Person in Betracht, der das Umgangsrecht nicht entzogen ist.

Für die Ausübung eines rechtswidrigen Verwaltungsakts besteht keine Veranlassung, womit die aufschiebende Wirkung anzuordnen ist.

II. Die Unterbringung in einer geeigneten Einrichtung ist nicht ersichtlich. Nach § 79 SGB VIII ist der *Träger der öffentlichen Jugendhilfe* dafür verantwortlich, dass die notwendigen und geeigneten Einrichtungen zur Verfügung stehen.

(a) Eine Unterbringung in einer vom *Träger der öffentlichen Jugendhilfe* bereitgestellten Einrichtung ist bislang nicht nachvollziehbar und damit nicht ersichtlich.

(b) Eine Unterbringung in einer von einem *anerkannten freien Träger der Jugendhilfe* bereitgestellten Einrichtung erscheint nach § 76 Abs. 1 SGB VIII möglich zu sein. In den Bundesländern Berlin, Bremen und Hamburg ist dies durch ein Beleihungsgesetz möglich.

Die Unterbringung in einer Einrichtung eines *freien Trägers der Jugendhilfe* auf Grund eines öffentlich-rechtlichen Vertrags ist aber ausgeschlossen.

Der Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrags richtet sich nach den gesetzlichen Vorgaben aus §§ 53–61 SGB X. Er bedarf u.a. der Schriftform.

Es liegen schwere Eingriffe in Art. 2 Abs. 1 und 2, Art. 6 Abs. 2 Satz 1 und Art. 6 Abs. 3 GG vor. Die Beteiligung eines *freien Trägers der Jugendhilfe* durch öffentlich-rechtlichen Vertrag an Aufgaben zur Durchführung von § 42 SGB VIII durch Unterbringung greift somit in meine Rechte ein.

Nach § 57 Abs. 1 SGB X bedarf ein solcher öffentlich-rechtlicher Vertrag meiner schriftlichen Genehmigung, damit dieser überhaupt wirksam wird. Da meine Unterschrift hierzu fehlt, ist ein solcher öffentlich-rechtlicher Vertrag unwirksam.

Damit ist eine Unterbringung in einer Einrichtung eines *freien Trägers der Jugendhilfe* auf Grund der Unwirksamkeit von öffentlich-rechtlichen Verträgen nicht möglich.

Für die Ausübung eines rechtswidrigen Verwaltungsakts besteht keine Veranlassung, womit die aufschiebende Wirkung anzuordnen ist.

- (c) Die Unterbringung in einer *sonstigen Wohnform* stellt eine unzulässige Öffnungsklausel in § 42 SGB VIII dar. Fakt ist, dass jede sonstige Wohnform Kosten verursacht. Schon aus diesem Grund müssen dann für diese sonstige Wohnform entweder ein Beleihungsgesetz oder wirksame öffentlich-rechtliche Verträge vorhanden sein.

Dem Begriff *sonstige Wohnform* mangelt es auch an der Darstellung pädagogischer Leistungen. Zu einer solchen Unterbringung in einer sonstigen Wohnform ist kein Beleihungsgesetz und kein wirksamer öffentlich-rechtlicher Vertrag ersichtlich.

Für die Ausübung eines rechtswidrigen Verwaltungsakts besteht keine Veranlassung, womit die aufschiebende Wirkung anzuordnen ist.

3. Insofern der Beklagte den sofortigen Vollzug angeordnet hat, liegt mir bislang keine schriftliche Begründung vor, zu der ich Stellung nehmen kann. Auf die DSGVO wird Bezug genommen.

Nach § 80 Abs. 3 Satz 1 VwGO ist ein Verwaltungsakt, zu dem der sofortige Vollzug angeordnet wird, schriftlich zu begründen. Eine Notstandsmaßnahme nach § 80 Abs. 3 Satz 2 VwGO liegt nicht vor, womit die gesetzlich vorgeschriebene Schriftform der Begründung nicht entfallen kann.

- I. Nach § 42 Abs. 3 Satz 1 SGB VIII hatte das Jugendamt

(a) mich in einer verständlichen, nachvollziehbaren und wahrnehmbaren Form umfassend über diese Maßnahme aufzuklären und

(b) gemeinsam mit mir das Gefährdungsrisiko abzuschätzen.

Beiden Kriterien ist das Jugendamt nicht nachgekommen. Insoweit liegen erhebliche Verletzungen zu Beratungspflichten vor. Dieser Widerspruch und der hier vorliegende Antrag auf Rechtsschutz durch Erlass einer einstweilige Anordnung basieren auf einem Formblatt aus dem Internet, das meinen hier vorliegenden Einzelfall nicht abdecken kann. Aus diesem Grund können auch zur Klage noch keine weiteren Anträge gestellt werden, sondern sind nur angekündigt. Die genaue Formulierung der weiteren Anträge hängt vom Verhalten der Beklagten und dem Verlauf in meinem Einzelfall ab. Das aus dem Internet bezogene, ausgefüllte und hier eingereichte Formblatt ersetzt nicht die Pflichten des Jugendamts zur (a) hinreichenden Aufklärung und (b) gemeinsamen Abschätzung des Gefährdungsrisiko.

II. Nach § 8a Abs. 1 Satz 1 SGB VIII hat das Jugendamt ab Kenntnis gewichtiger Anhaltspunkte für die Gefährdung des Wohls eines Kindes das Gefährdungsrisiko im Zusammenwirken mehrerer Fachkräfte einzuschätzen.

(a) § 8a Abs. 1 Satz 2 1. Halbsatz SGB VIII: *„Soweit der wirksame Schutz dieses Kindes oder dieses Jugendlichen nicht in Frage gestellt wird, hat das Jugendamt die Erziehungsberechtigten sowie das Kind oder den Jugendlichen in die Gefährdungseinschätzung einzubeziehen,“*

(b) Insoweit können in der schriftlichen Begründung des Jugendamts nur Gründe nach § 24 Abs. 2 Nr. 1 SGB X benannt werden. Das heißt: *„Von der Anhörung kann abgesehen werden, wenn eine sofortige Entscheidung wegen Gefahr im Verzug oder im öffentlichen Interesse notwendig erscheint.“*

Es werden Daten erhoben, verarbeitet und gespeichert. Entsprechend DSGVO gilt: Erfolgt die Erhebung nicht beim Betroffenen, ist dieser innerhalb einer angemessenen Frist, spätestens aber nach einem Monat zu informieren.

Eine solche Information, insbesondere das Ergebnis der Datenerhebung und -verarbeitung, nämlich die hinreichende Gefahreinschätzung liegt nicht vor.

Die Frist *„spätestens nach einem Monat“* aus der DSGVO darf aber vom Jugendamt nicht ausgeschöpft werden. § 8a Abs. 1 Satz 3 SGB VIII: *„Hält das*

Jugendamt zur Abwendung der Gefährdung die Gewährung von Hilfen für geeignet und notwendig, so hat es diese den Erziehungsberechtigten anzubieten.“. Folglich waren notwendige und geeignete Hilfen rechtzeitig anzubieten, damit Eingriffe in Grundrechte – *Ultima Ratio* – nicht notwendig sind und vermieden werden.

Hinreichende Angebote zur Abwendung einer möglichen Gefährdung sind nicht bekannt.

§ 8a Abs. 2 Satz 2 SGB VIII gestattet dem Jugendamt nur dann eine Inobhutnahme, wenn eine *dringende Gefahr* besteht und eine Entscheidung des Familiengerichts nicht abgewartet werden kann. Bei dem Begriff *dringende Gefahr* handelt es sich um eine Generalklausel.

Insoweit ist das Jugendamt verpflichtet in seiner schriftlichen Begründung die Tatsachen und Sachverhalte hinreichend darzustellen, mit der eine *dringende Gefahr* belegt werden kann.

III. Auch sonst ist nicht ersichtlich, aus welchem Grund eine solch *dringende Gefahr* vorgeherrscht hat, dass eine Anrufung des Familiengerichts vor dem Eingriff in Grundrechte durch Inobhutnahme nicht hätte erfolgen können. Es ist auch nicht ersichtlich, dass ich nicht bereit oder in der Lage bin, bei der Abschätzung eines möglichen Gefährdungsrisikos mitzuwirken. Insoweit verweise ich auf meinen Beteiligtenstatus aus § 12 Abs. 1 SGB X und dass der Verwaltungsakt Inobhutnahme andauert.

Aus I, II und III folgt somit, dass mir bislang auf Grund fehlender schriftlicher Begründung das rechtliche Gehör nicht gewährt worden ist. Bislang ist es mir nicht möglich, mich zu den entscheidungserheblichen Tatsachen zu äußern. Die Gründe, mit denen das Jugendamt vor der Inobhutnahme von einer Anhörung absehen durfte, sind in § 24 Abs. 2 SGB X (anders als z.B. in § 28 BVwVfG) abschließend aufgezählt.

Dass bei andauernder Inobhutnahme von meiner Anhörung im öffentlichen Interesse abgesehen werden kann, ist schon verfassungsrechtlich ausgeschlossen.

Meinem Widerspruch gegen die Inobhutnahme-Maßnahme ist das Jugendamt nicht nachgekommen, womit der Verwaltungsakt Inobhutnahme andauert. Insoweit hat das Jugendamt in seiner schriftlichen Begründung bei anhaltender Inobhutnahme nunmehr eine anhaltende *Gefahr im Verzug* hinreichend darzustellen. Ein Gefahrenverdacht reicht hierzu nicht aus.

Unzutreffende oder unzureichende Prognosen, die auf dem Jugendamt zurechenbaren Fehlern beruhen, regelmäßig nur eine sogenannte Schein- oder Putativgefahr darstellen, Beteiligungsrechte außer Kraft setzen, reichen für das Aufrechterhalten von Eingriffen in u.a. Art. 2 Abs. 1 und 2, Art. 6 Abs. 2 Satz 1 und Art. 6 Abs. 3 GG nicht aus.

Gefahren-Erforschungsmaßnahmen mit Grundrechteeingriffen können auf keine jugendamtliche Generalklausel gestützt werden. Insoweit sind Grundrechteeingriffe unverzüglich zu beenden.

4. Insoweit der Beklagte den sofortigen Vollzug angeordnet hat und mit seiner Entscheidung die Inobhut-Maßnahme aufrechterhält, handelt es sich um eine Maßnahme der staatlichen Eingriffsverwaltung. Es findet ein behördlicher Gewahrsam mit der Trennung von Kindern von ihrer Familie statt, mithin ein Eingriff in Art. 6 Abs. 3 GG und ein Eingriff in Art. 2 Abs. 2 GG. Eine Inobhutnahme stellt keine Sozialleistung nach SGB VIII dar, grenzt sich von der Gewährung von Hilfe zur Erziehung ab und stellt auch keine Sozialleistung nach § 11 SGB I dar.

- I. Bislang ist nicht ersichtlich, dass auf den die Inobhutnahme anordnen und die den Vollzug ausübenden Mitarbeiter des Jugendamts oder deren Verwaltungsgehilfen (andere Personen) polizeiliche Befugnisse *rechtmäßig* übertragen sind, so dass eine legale Ausübung von „*in eigenem Gewahrsam halten*“ in Verbindung mit Art. 104 Abs. 2 Satz 3 GG ersichtlich ist.

- (a) Wie in fast allen deutschen Jugendämtern ist auch hier davon auszugehen, dass die Ausübung der Inobhutnahme-Maßnahme durch einen Tarifangestellten erfolgt ist: In deutschen Jugendämtern sind fast ausschließlich Tarifangestellte beschäftigt.

Unstreitig fällt der Bereich der Eingriffsverwaltung unter den Funktionsvorbehalt. Daher ist davon auszugehen, dass das Regel-Ausnahme-Verhältnis aus Art. 33 Abs. 4 GG verletzt ist.

Die Beschäftigungsverhältnisse aus Art. 33 Abs. 4 und 5 GG sind Verfassungsrecht, an das die Gebietskörperschaft auf Grund von u.a. Art. 20 Abs. 3 GG gebunden ist. Mithin wird mit verfassungswidrigen Beschäftigungsverhältnissen der „*Schutze der staatlichen Ordnung*“ aus Art. 6 Abs. 1 GG verletzt.

Insoweit ist davon auszugehen, dass *keine rechtmäßige* Übertragung polizeilicher Befugnisse vorliegt.

Die fehlende Einhaltung von Art. 20 Abs. 3 GG im Bezug auf verfassungsrechtliche Vorgaben zu Beschäftigungsverhältnissen aus Art. 33 Abs. 4 und 5 GG bei der Eingriffsverwaltung sind der Gebietskörperschaft zur Last zu legen.

- (b) Nicht nur die Ausübung, sondern auch die Durchführung der Inobhutnahme-Maßnahme bedarf der Einhaltung von Art. 33 Abs. 4 GG, vgl. 2 BvR 133/10, 1-ster Leitsatz *„Art. 33 Abs. 4 GG gilt auch für die Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben in privatrechtlicher Organisationsform.“* in Verbindung mit 2 BvR 133/10 Rn 134ff iVm § 31 Abs. 1 BVerfGG.
- i. Nur die Bundesländer Berlin, Bremen und Hamburg als Stadtstaaten haben als Träger der öffentlichen Jugendhilfe Gesetzgebungskompetenz. Das heißt, nur diesen beide Bundesländer könnten ein Beleihungsgesetz erlassen, mit dem ein anerkannter Träger der freien Jugendhilfe an der Durchführung einer Inobhutnahme-Maßnahme beteiligt werden kann, vgl. § 76 Abs. 1 SGB VIII.

Jedenfalls ist kein Beleihungsgesetz eines Bundeslandes bekannt, mit dem ein anerkannter Träger der freien Jugendhilfe an der Durchführung einer Inobhutnahme-Maßnahme beteiligt worden ist.

- ii. Somit bleibt der Gebietskörperschaft, die keine Gesetzgebungskompetenz hat, nur die Möglichkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrags nach §§ 53-61 SGB X, um einen anerkannten Träger der freien Jugendhilfe an der Durchführung einer Inobhutnahme-Maßnahme zu beteiligen. Ein solcher schriftlicher Vertrag wird nach § 57 Abs. 1 SGB X aber nur dann wirksam, wenn die Personensorgeberechtigten diesem schriftlich zugestimmt haben.

Eine schriftliche Zustimmung zu einem solchen mir unbekanntem öffentlich-rechtlichen Vertrag liegt nicht vor. Insbesondere kann eine solche schriftliche Zustimmung nicht nachgeholt werden, vgl. u.a. §§ 236, 240 StGB.

- iii. Auf OLG Frankfurt 2 Ss-OWi 942/19 vom 06.11.2019 wird Bezug genommen. Aus der Entscheidung:
- *„Die Überwachung des fließenden Verkehrs ist Kernaufgabe des Staates. Sie dient dem Schutz des Lebens und der Gesundheit der am Verkehr teilnehmenden Bürger.“* Nichts anderes kann im Bezug auf den Schutz von Kindern und deren Famili-

en in Verbindung mit Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG und Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG gelten.

- *„Will ein staatliches Exekutivorgan die ihm gewährte Rege-
lungs- und Sanktionsmacht delegieren, muss es dafür eine
im Rahmen eines gesetzgeberischen Verfahrens durch die
parlamentarische Repräsentation der Bevölkerung (Legislati-
ve) ergangene Ermächtigungsgrundlage haben. Soweit es
sich nicht ohnehin um absolute hoheitliche Kernaufgaben
handelt, die von einem derartigen Verfassungsrang sind,
dass sie grundsätzlich nicht übertragbar sind, wozu insbe-
sondere Justiz, Polizei und die Fiskalverwaltung gehören,
muss in dieser Ermächtigungsgrundlage klar und eindeutig
bestimmt sein, was übertragen wird, warum es übertragen
wird, wie es übertragen wird und wie es kontrolliert wird
(vgl. z.B. § 27c Abs. 2 LuftVG).“*

Damit stellt sich die grundsätzliche Frage, ob Kinder- und Familien-
schutz unterhalb der Schwelle der „*absolut hoheitlichen Kernauf-
gaben*“ fällt und zum Geschäftsmodell freier Träger werden kann.

- *„Der Senat hat in mehreren Entscheidungen (grundsätzlich
im Beschluss v. 26.04.2017 - 2 Ss-OWi 295/17, sog. „Lau-
terbach-Entscheidung“) ausgeführt, dass bei der Verkehrs-
überwachung des fließenden Verkehrs beim Einsatz techni-
scher Verkehrsüberwachungsanlagen die Hinzuziehung und
Übertragung von Aufgaben an private Dienstleister bzw.
Personen, die nicht in einem Dienst- und Treueverhältnis
zum Staat stehen, ausgeschlossen ist (vgl. dazu auch Horn-
mann, HSOG, 2. Aufl., § 99 Rdn. 34 f).“*

- iv. Auf OLG Frankfurt 2 Ss-OWi 963/18 vom 03.01.2020 wird Bezug ge-
nommen. OLG Frankfurt erklärte, dass der Einsatz von privaten Dienst-
leistern zur Überwachung *des ruhenden Verkehrs* gesetzeswidrig ist. Im
Einzelnen erklärte es die Überlassung privater Mitarbeiter nach dem Ar-
beitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) zur Durchführung hoheitlicher
Aufgaben für unzulässig, dass die Bestellung privater Personen nach
§ 99 HSOG zu Hilfspolizeibeamten der Ortspolizeibehörden gesetzes-

widrig ist und dass durch den bewussten Einsatz „*privater Dienstleister in Uniform der Polizei*“ der strafbare täuschende Schein der Rechtsstaatlichkeit vor Bürgern und Gerichten vermittelt worden war.

Zwar sind hier jetzt keine „*privaten Dienstleister in Uniform*“ unterwegs, aber über die tatsächlichen Rechtsverhältnisse darf nicht hinweg gesehen werden. Jeder Anschein mangelnder Legalität, Objektivität und Unabhängigkeit im Zusammenhang mit der Erhebung, Verarbeitung und Speicherung von Daten (vgl. DSGVO) durch private Dritte (freie Träger der Jugendhilfe) ist zu vermeiden. In OLG Frankfurt 2 Ss-Owi 295/17 vom 26.04.2017 war ein „*Rundum-Sorglospaket*“ kritisiert worden.

Insgesamt ist somit nicht ersichtlich, wie der Vollzug der Inobhutnahme-Maßnahme rechtlich ausgestaltet ist, ob dazu die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen eingehalten sind und ob ein Beileihungsgesetz oder wirk-same öffentlich-rechtliche Verträge vorliegen.

Mit § 76 Abs. 1 SGB VIII wird dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe vom Bundesgesetzgeber zwar eine Möglichkeit der Übertragung zur Durchführung (Vollzug) und Ausführung einer Inobhutnahme-Maßnahme eröffnet. Es mangelt aber offensichtlich an der konkreten – an einer rechtlich wirksamen – Umsetzung.

- II. Zur Zitierpflicht im Bezug auf Art. 2 Abs. 2 GG: Die Zitierpflicht ergibt sich aus Art. 19 Abs. 1 GG und wird im Bezug auf Art. 2 Abs. 2 GG durch § 106 Abs. 1 SGB VIII (erst seit 01.11.2015) erfüllt.

(a) Das geschützte Rechtsgut „*Die Freiheit der Person ist unverletzlich.*“ aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG:

- i. Der Tatbestand einer Freiheitsentziehung ist erfüllt, wenn die tatsächlich und rechtlich an sich gegebene körperliche Bewegungsfreiheit durch öffentliche Gewalt (bzw. staatliche Maßnahmen) nach jeder Richtung hin nicht nur kurzfristig aufgehoben wird (vgl. z.B. BVerfGE 94, 166 (198); BVerfGE 105, 239 (248); BVerfGE 156, 63 (126)).
- ii. Die Verletzung des geschützten Rechtsgut „*Die Freiheit der Person ist unverletzlich.*“ aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG ist auch in §§ 239-239b StGB beschrieben. Mit der Beschreibung „*auf andere Weise der Freiheit beraubt*“ lässt der Gesetzgeber offen, wie die Tat zu begehen ist. Tatobjekt ist aber immer der Mensch. Insoweit stellt „*auf andere Weise der Freiheit beraubt*“ ebenfalls eine Freiheitsentziehung dar, wenn

man „*einen Menschen entführt oder sich eines Menschen bemächtigt*“ (vg. §§ 239a, 239b StGB).

Das Berauben der Freiheit auf andere Weise liegt in jedem Tun oder Unterlassen, durch welches die Fortbewegungsfreiheit des Opfers vollständig aufgehoben wird. Eine Freiheitsberaubung in sonstiger Weise kann unter den Voraussetzungen des § 13 StGB auch durch ein Unterlassen begangen werden. Die Garantenstellung des ASD ergibt sich aus Ingerenz. Im Gegensatz zum Einsperren reicht hier die bloße Erschwerung nicht, es sei denn, das Überwinden der Hemmnisse ist im Einzelfall unzumutbar gefährlich (BGH NJW 93, 1807). Aber da die Freiheitsberaubung den freien Willen schützt, ist sie nur dann möglich, wenn sie gegen oder ohne den Willen des Verletzten geschieht (Wessels/Hettinger/Engländer Strafrecht BT 1 Rn. 348): Eine Selbstmeldung liegt nicht vor und es liegt erkennbar Widerspruch und Klage vor. Ein tatbestandsausschließendes Einverständnis darf nur frei von Täuschung erlangt worden sein, ansonsten ist ein Einverständnis unwirksam. Jegliche Unterbringung, das heißt dem „*eigenem Gewahrsam*“ nach § 42 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII „*bei einer geeigneten Person, in einer geeigneten Einrichtung oder in einer sonstigen Wohnform*“ ist – auch mit Blick auf Nr. I, Seite 7ff iVm Art. 20 Abs. 3 GG – sofort zu beenden.

- iii. Nach Auffassung des BGH kann auch das regelmäßige Verschließen der Eingangstür während der Nacht eine unterbringungsähnliche Maßnahme darstellen, wenn es bis zu 30 Minuten dauert, bis eine Pflegekraft die Tür öffnet (BGH FamRZ 2015, 567 ff.).
 - Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG, die Unverletzlichkeit der Freiheit, ist positiv auszulegen. Das heißt: Niemand darf ohne hinreichenden Grund gezwungen werden, an einem bestimmten Ort bleiben zu müssen. Der Schutzbereich aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG kann nicht auf den Schutz vor Freiheitsentziehungen beschränkt werden. Auf Art. 104 Abs. 1 GG wird hingewiesen. Auf BVerfGE 22, 180 wird Bezug genommen, mit dem das Bundesverfassungsgericht § 73 Abs. 2 und Abs. 3 BSHG (vgl. BGBl I Nr. 46 vom 05.07.1961) wegen Verstoßes gegen Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG für nichtig erklärt hatte: „*Die Anweisung an den Gefährdeten, sich in einer geeigneten Anstalt aufzuhalten, ist ein Eingriff in das Grundrecht der Freiheit der Person nach Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG. Dabei ist es uner-*

*heblich, wo die Unterbringung erfolgt. Auch die zwangsweise Unterbringung in einem **offenen Heim** oder in einer **Familie** ist ein Eingriff in die Freiheit der Person.“ (BVerfGE 22, 180 (218, 219)) iVm § 31 Abs. 1 BVerfGG.*

In § 73 Abs. 2 BSHG (vgl. BGBl I Nr. 46 Blatt 827 vom 05.07.1961) war die Zitierpflicht erfüllt.

Ein Minderjähriger, der sich aus einem offenen Heim oder aus einer Familie entfernt, wird unverzüglich zur Fahndung ausgeschrieben. Dem Kind ist somit unter anderem unter Androhung von körperlichem Zwang der Aufenthalt an einem bestimmten Ort vorgeschrieben. Die Beschränkungen sind hoheitlich durchführbar.

- Auf Rn 242ff in 1 BvR 781/21 (Bundesnotbremse I) vom 19.11.2021 wird Bezug genommen und wegen des Umfangs nur auszugsweise zitiert.
 - Rn 242: *„Eingriffe in Art. 2 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit Art. 104 Abs. 1 GG sind nicht auf solche durch unmittelbar wirkenden körperlichen Zwang beschränkt (1). Sie können auch bei staatlichen Maßnahmen mit lediglich psychisch vermittelt wirkendem Zwang vorliegen, wenn deren Zwangswirkung in Ausmaß und Wirkungsweise einem unmittelbaren physischen Zwang vergleichbar ist (2). So verhielt es sich bei den hier angegriffenen Ausgangsbeschränkungen, die als Freiheitsbeschränkung in den Schutzbereich eingriffen (3).“*
 - Rn 246 : *„Für den Eingriff in Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG ist konstitutiv, dass die Betroffenen durch die öffentliche Gewalt gegen ihren Willen daran gehindert werden, einen Ort oder Raum, der ihnen an sich tatsächlich und rechtlich zugänglich ist, aufzusuchen, sich dort aufzuhalten oder diesen zu verlassen. Auf die Fortbewegungsfreiheit gerichtete Anwendung, Androhung oder Ermöglichung unmittelbar körperlich wirkenden Zwangs genügen dem Willenselement regelmäßig (vgl. BVerfGE 53, 152 <159 f.>). In notwendiger Abgrenzung zur allgemeinen Hand-*

lungsfreiheit (vgl. Bay.VerfGH, Entscheidung vom 9. Februar 2021 - Vf. 6-VII-20 -, Rn. 63) können aber auch staatliche Maßnahmen in die Fortbewegungsfreiheit eingreifen, die auf den Willen des Betroffenen zur Ausübung der Fortbewegungsfreiheit in vergleichbarer Weise wirken wie bei unmittelbarem Zwang. Hebt staatlich veranlasster körperlich wirkender Zwang die an sich tatsächlich und rechtlich bestehende Möglichkeit auf, von der Fortbewegungsfreiheit Gebrauch zu machen, handelt es sich stets um einen Eingriff in Art. 2 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit Art. 104 Abs. 1 GG. Regelmäßig genügt dafür aber auch bereits, dass solcher Zwang angedroht wird oder ein Akt der öffentlichen Gewalt die rechtliche Grundlage für die Anwendung derartigen Zwangs schafft (vgl. BVerfGE 90, 145 <171 f.>; 153, 182 <307 Rn. 332>). Dementsprechend kann in die Fortbewegungsfreiheit auch durch allein psychisch vermittelten Zwang eingegriffen werden. Um einen gegen den Willen auf Ausübung der Fortbewegungsfreiheit gerichteten staatlichen Eingriffsakt annehmen zu können, bedarf es einer davon ausgehenden Zwangswirkung, die nach Art und Ausmaß einem unmittelbar wirkenden physischen Zwang vergleichbar ist (vgl. Bay.VerfGH, Entscheidung vom 9. Februar 2021 - Vf. 6-VII-20 -, Rn. 63). Ob eine vergleichbare Zwangswirkung gegeben ist, richtet sich nach den konkreten tatsächlichen und rechtlichen Umständen. Für einen Eingriff können staatlich angeordnete Verbote genügen, einen bestimmten Ort oder Bereich nicht ohne Erlaubnis zu verlassen (vgl. BVerfGE 156, 63 <159 Rn. 322>).“

- Mit § 28b Abs. 11 IfSG idF vom 22. April 2021 war die Zitierpflicht erfüllt.

§ 42 Abs. 5 Satz 2 SGB VIII: „Die Freiheitsentziehung ist ohne gerichtliche Entscheidung spätestens mit Ablauf des Tages nach ihrem Beginn zu beenden.“ „Auch die zwangsweise Unterbrin-

*„gung in einem **offenen** Heim oder in einer **Familie** ist ein Eingriff in die Freiheit der Person.“ (BVerfGE 22, 180 (218, 219)) iVm § 31 Abs. 1 BVerfGG. „Regelmäßig genügt dafür aber auch bereits, dass solcher Zwang angedroht wird oder ein Akt der öffentlichen Gewalt die rechtliche Grundlage für die Anwendung derartigen Zwangs schafft (...).“ (1 BvR 781/21, Rn. 246).*

Der Gesetzesvorbehalt bezüglich Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG und Art. 6 Abs. 3 GG (siehe unten zu III, S. 17) ist unabhängig von den spezifische Regelungen in Art. 104 GG.

Die mit den Grundrechten normieren Schutzpflichten des Staates sind nicht so auszulegen, dass Dritte (u.a. freie Träger) mit ihrem Geschäftsmodell in Familien eindringen können.

Im Bezug auf Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG iVm Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG iVm Art. 6 Abs. 3 GG sind hier alle näheren Umstände der Anordnung und des Vollzugs darzustellen und der Tatbestand Freiheitsentziehung bzw. Freiheitsberaubung hinreichend zu klären; auf Nr. I (S. 7f) „*Polizei*“ in Verbindung mit „*in eigenem Gewahrsam halten*“ wird vollständig Bezug genommen.

- (b) Fürsorgepflichten bezüglich materiellem Recht und die Garantenpflicht: In Bezug auf Art. 2 GG und insbesondere im Bezug auf Art. 104 Abs. 2 Satz 3 GG stellt sich hier die Frage, ob der ASD des Beklagten das objektiv messbare Kindeswohl – hier die richterliche Entscheidung vor dem Verwaltungsgericht – schon beantragt hat herbeizuführen. Dem ASD des Beklagten ist bewusst, dass er seine Fürsorgepflichten zu erfüllen hat, für die materiellrechtliche Rechtssicherheit Minderjähriger Sorge zu tragen hat und das Familiengericht keine Entscheidungsbefugnis über die Rechtmäßigkeit seines Verwaltungsakts hat. Die Garantenstellung des ASD ergibt sich aus Ingerenz, und die Fürsorgeleistung zur Einhaltung der Grundrechte ist meßbar.
- i. Das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit aus Art. 2 Abs. 1 GG ist in Verbindung mit dem hier anhaltenden Eingriff bedroht. Es wird in den Lebenslauf und damit in die Biographie eingegriffen, unter anderem mit der Erfassung, Verarbeitung und Speicherung von personenbezogenen Daten, der zu rechtfertigen ist.
 - ii. Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG: „*Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit.*“. Der behördliche Gewahrsam eines Minder-

jährigen durch Inobhutnahme, auch wenn er noch so kurz ist oder bei älteren Kindern auch im offenen Vollzug ausgeübt wird, kann schwere Traumata und Posttraumatische Belastungsstörungen bei Kindern und Eltern bewirken. Eine *Erste Hilfe* ist dann mindestens die rechtsstaatliche Aufklärung über die Rechtmäßigkeit der Eingriffsmaßnahme. Aber aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG folgt der Grundsatz: Alle Maßnahmen, mit denen eine Pathologisierung psychischer Belastungen erwirkt werden könnte, sind zu unterbinden (vgl. u.a. BGH 4 StR 168/13 vom 18.07.2013).

Da keine schriftliche Begründung des Beklagten vorliegt, kann hier nicht voll umfänglich vorgetragen werden. Mit Art. 6 Abs. 3 GG liegt ein verfassungsrechtlich zu beachtender Maßstab vor.

Aus welchem Grund der Gesetzgeber in § 19 SGB VIII in Verbindung mit dem verfassungsrechtlichen Maßstab aus Art. 6 Abs. 3 GG und unter Missachtung von Art. 2 Abs. 1, Art. 3 UN-KRK eine Altersgrenze von unter sechs Jahren eingeführt hat, ist nicht nachvollziehbar. Die Altersbegrenzung dürfte auch mit Art. 6 Abs. 1 GG nicht vereinbar sein. Mit §§ 36a Abs. 3, 80 SGB VIII in Verbindung mit §§ 1, 2, 22, 31 AGG stehen dem Beklagten hier zu prüfende Öffnungsklauseln zur Verfügung. Es sind aber alle Möglichkeiten aus § 42 Abs. 4 SGB VIII zu prüfen. Dabei trägt der Beklagte die Beweispflicht.

Der weitere Vollzug unterliegt dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Das heißt, der Eingriff und die Fortsetzung des Vollzugs müssen ☐ legal, ☐ legitim, ☐ geeignet, ☐ erforderlich und ☐ angemessen sein.

Nicht nur im Bezug auf Art. 104 Abs. 2 Satz 3 GG („*Polizei*“, „*in eigenem Gewahrsam*“) ist eine unverzügliche Entscheidung angebracht.

- (c) Nach § 1618a BGB sind Eltern und Kinder einander Beistand und Rücksicht schuldig. Bei § 1618a BGB handelt sich dabei entsprechend BGH um eine echte Rechtspflicht. Ein Minderjähriger darf durch ein Jugendamt unter anderem nicht dazu angeleitet werden, möglicherweise schwerste Störungen und Schädigungen in seiner Familie zu veranlassen. Zudem ist ihm sein Abwehrrecht aus Art. 6 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich zugestanden. Im Übrigen ist der Inobhut genommene Minderjährige Rechtssubjekt und muss sich selbst gegen öffentliche Gewalt wehren können, vgl. Art. 1 Abs. 1 und 3 GG in Verbindung mit Art. 19

Abs. 4 GG. Der Inobhut genommene Minderjährige ist jedenfalls kein Verwaltungsobjekt.

Nach § 42 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII hat das Jugendamt dem Minderjährigen „*Möglichkeiten der Hilfe und Unterstützung aufzuzeigen*“. Nach § 42 Abs. 2 Satz 4 SGB VIII ist das Jugendamt „*während der Inobhutnahme berechtigt, Rechtshandlungen vorzunehmen, die zum Wohl des Kindes oder Jugendlichen notwendig sind*“.

Grundrechte sind Abwehrrechte und dürfen in ihrem Wesensgehalt nicht angetastet werden (vgl. Art. 19 Abs. 2 GG). Insbesondere darf ein möglicher Klageweg (vgl. u.a. Art. 6 Abs. 1 und Art. 19 Abs. 4 GG) einem Minderjährigen gegenüber nicht unzulässig beschnitten werden.

Die materiell-rechtliche Gewährleistung von Rechtssicherheit für Minderjährige ist ein Teil der Garantenpflicht.

Die Aufklärung über Möglichkeiten der Hilfe und Unterstützung umfasst insoweit auch die rechtliche Tatsachenklärung vor dem Verwaltungsgericht. Nach § 2 Abs. 1 Satz 2 BerHG besteht sowohl zur Beratung im Jugendamt als auch für eine Klage eine Pflicht zur Bereitstellung einer Vertretung, nach § 3 Abs. 1 Satz 1 BerHG durch Rechtsanwälte oder durch Rechtsbeistände, die Mitglied einer Rechtsanwaltskammer sind. Auf Art. 37 d) UN-KRK wird hingewiesen.

Damit stellt sich die materiell-rechtlich rechtserhebliche Frage: Ist den hier Inobhut bzw. „*in eigenem Gewahrsam*“ gehaltenen Minderjährigen schon ein Rechtsanwalt oder Rechtsbeistand, der Mitglied einer Rechtsanwaltskammer ist, bestellt worden? Es wird um richterlichen Hinweis gebeten, sofern dies nachzuholen ist. Wegen Gefahr im Verzug ist die Beteiligung der Minderjährigen im Rahmen der Notvertretung hier schon beantragt. Ohnehin sind die am Verwaltungsakt beteiligten Minderjährigen im Rahmen von § 65 Abs. 2 VwGO beizuladen. Ein gewillkürter Vertreterwechsel ist auszuschließen. Ein Vertreterwechsel würde eine hinreichende Begründung benötigen; u.a. gilt das Grundrecht aus Art. 19 Abs. 4 GG auch einem Amtspfleger/-vormund gegenüber. Ein ggf. vom Kläger beantragter Vertreterwechsel durch das Familiengericht stellt eine Gefahr für eine unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache dar.

Nicht nur im Bezug auf Art. 104 Abs. 2 Satz 3 GG („*Polizei*“, „*in eigenem Gewahrsam*“) ist eine unverzügliche Entscheidung angebracht.

III. Die fehlende Zitierpflicht im Bezug auf Art. 6 Abs. 3 GG: Auch die temporäre Trennung von Kindern von ihrer Familie ist nach Art. 6 Abs. 3 GG ein Eingriff in den Kernbereich der unter dem Schutze der staatlichen Ordnung stehenden Familie, vgl. Art. 6 Abs. 1 GG. Art. 6 Abs. 3 GG unterliegt der Zitierpflicht.

Art. 6 Abs. 1 GG: „Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung.“

Art. 6 Abs. 3 GG: „Gegen den Willen der Erziehungsberechtigten dürfen Kinder nur auf Grund eines Gesetzes von der Familie getrennt werden, wenn die Erziehungsberechtigten versagen oder wenn die Kinder aus anderen Gründen zu verwahrlosen drohen.“

Art. 19 Abs. 1 GG: „¹Soweit nach diesem Grundgesetz ein Grundrecht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden kann, muß das Gesetz allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten. ²Außerdem muß das Gesetz das Grundrecht unter Angabe des Artikels nennen.“

§ 42 SGB VIII erfüllt die verfassungsrechtliche Vorschrift aus Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG nicht. Mit § 42 SGB VIII liegt ein Gesetz vor, mit dem durch den Verwaltungsakt Inobhutnahme Kinder von ihrer Familie getrennt werden können. § 42 SGB VIII unterliegt folglich der Zitierpflicht (vgl. Rn. 427ff in Handbuch der Rechtsförmlichkeit vom 22.09.2008, Bundesanzeiger Jahrgang 60 Nr. 160a, ISSN 0720-6100).

Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG ist eine formale verfassungsrechtliche Anordnung, die durch den Gesetzgeber folglich zwingend eingehalten werden muss. Auf Grund von Art. 6 Abs. 1 GG kann eine Missachtung der Zitierpflicht aus Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG durch den Gesetzgeber (die der ausgiebigen Prüfung durch den Bundesrat unterworfen war) nicht hingenommen werden. Das Gesetzgebungsverfahren und die Zustimmungspflicht durch den Bundesrat bis zum Inkrafttreten des SGB VIII in Verbindung mit den nachfolgenden Änderungen u.a. zur Inobhutnahme und der Herausnahme wird als bekannt vorausgesetzt.

5. Auf UN-KRK, EMRK, die DSGVO und damit den Durchgriff der Charta der Grundrechte der Europäischen Union in Verbindung mit Art. 25 GG in Verbindung mit dem Tenor aus EuGH 106/77 vom 09.03.1978 wird hingewiesen.

Insoweit ist der Antrag auf Rechtsschutz (einstweilige Anordnung) hinreichend begründet und eine Teilbegründung zur Klage eingereicht.
