

Ein rechtlicher Leitfaden



Das Recht des Schutzes von Kindern und Jugendlichen in Einrichtungen

Inhalt

Vorwort	2	3. Widerrufsvorbehalt	45
I. Grundsätzliches	4	4. Auflage	46
1. Heimaufsichtsrecht als Ordnungsrecht	4	5. Insbesondere: Meldung „besonderer Vorkommnisse“	47
2. Der Erlaubnisvorbehalt des § 45 SGB VIII	6	IV. Melde- und Anzeigepflichten aus § 47 SGB VIII	49
a) Der Einrichtungsbegriff	6	1. Betriebsaufnahme, Konzeption und Personal	49
(1) Wohnformen von bzw. für Eltern und Kinder		2. Potentielle Beeinträchtigungen des Kindeswohls	51
und nach § 19 SGB VIII	7	3. Bevorstehende Schließung, Stichtagmeldung	54
(2) „sonstige betreute Wohnform“	9	V. Örtliche Prüfung	55
3. Zuständigkeiten	10	1. Auftrag und Ziel	55
a) Örtliche Zuständigkeit	10	2. „Nach den Erfordernissen des Einzelfalls“	56
b) sachliche Zuständigkeit	11	a) Zulässigkeit einer „örtlichen Prüfung“	56
II. Die Betriebserlaubnis nach § 45 SGB VIII		b) Reichweite der örtlichen Prüfung	57
und die Voraussetzungen ihrer Erteilung	13	3. Ankündigungen einer örtlichen Prüfung, Verwaltungsakt	59
1. Rechtsanspruch auf die Erteilung einer Betriebserlaubnis	13	4. „An Ort und Stelle“	61
2. Prüfungsmaßstab: Gewährleistung des Kindeswohls	17	5. Einzelne Prüfungskompetenzen	61
3. Rechtsquellen anzuwendender Mindestanforderungen	19	a) Betreten/Besichtigen	61
a) Vereinbarungen mit den Trägern der Einrichtungen	19	b) Hausrecht der Bewohner	63
b) Landesrechtsvorbehalt	21	c) Prüfungen vornehmen (Auskunftspflicht des Trägers)	64
c) Richtlinien und sonstiges Verwaltungsbinnenrecht	22	d) Sozialdaten der Minderjährigen/der Leistungsberechtigten	67
4. Mindestanforderungen im Einzelnen (§ 45 Abs. 2 SGB VIII)	24	e) „In-Verbindung-Setzen“ mit Kindern und Jugendlichen,	
a) „personelle Voraussetzungen“ (§ 45 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 SGB VIII)	24	Befragen von Beschäftigten	68
(1) Fachliche Qualifikation	25	6. Verhältnis zu Prüfungen auf Grundlage von Vereinbarungen	
(2) Quantität der Personalausstattung	28	nach § 78b Abs. 2 SGB VIII	69
(3) Persönliche Eignung	30	VI. Beratung und nachträgliche Anordnungen	70
b) räumliche Voraussetzungen	33	1. Grundsatz: Beratung vor Auflage und Widerruf	70
c) wirtschaftliche Voraussetzungen	37	2. Nachträgliche Auflagen	71
d) fachliche Voraussetzungen	38	3. Widerruf/Rücknahme der Betriebserlaubnis	72
e) Gesellschaftliche und sprachliche Integration	39	a) Gefährdungsbegriff	72
f) Gesundheitliche Vorsorge und medizinische Betreuung	40	b) Keine Abwendung der Gefährdung	74
g) Beteiligung und Beschwerde	41	c) Eingeschränkter Rechtsschutz	75
5. Vorzulegende Unterlagen (§ 45 Abs. 3 SGB VIII)	42	4. Tätigkeitsuntersagung	76
III. Nebenbestimmungen zur Betriebserlaubnis	43	Impressum	77
1. Befristung	44		
2. Bedingung	44		

Vorwort

Im September 2011 hatte der Paritätische Hamburg einen von Rechtsanwalt Meier verfassten rechtlichen Leitfaden „Die Aufsicht über Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe“ vorgelegt. Dieser Leitfaden war auf die Gesetzeslage vor dem Inkrafttreten des Bundeskinderschutzgesetzes am 1. Januar 2012 erstellt worden. Mit dem Bundeskinderschutzgesetz wurden § 45 SGB VIII (Erlaubnis für den Betrieb einer Einrichtung) und § 47 SGB VIII (Meldepflichten) neu gestaltet. Der Arbeitskreis der Jugendhilferreferent/-innen hatte die Hamburger Arbeitshilfe intensiv diskutiert und sich dafür ausgesprochen, eine bundesweite Arbeitshilfe zum neu geordneten Betriebserlaubnisverfahren zu erarbeiten. Hierfür konnte Herr Meier gewonnen werden. Wir danken ihm für die Erarbeitung dieses rechtlichen Leitfadens.

Die Neufassungen durch das Bundeskinderschutzgesetz waren auch mit Bezug auf den Abschlussbericht des Runden Tisches Heimerziehung¹ erfolgt. Im Kapitel „IV. Prävention und Zukunftsgestaltung“ des Abschlussberichts thematisiert Punkt 1 „Heimaufsicht und Schutz der Kinder und Jugendlichen in Einrichtungen“. Allerdings waren die Anregungen des Abschlussberichts weitergehend als die Neuregelungen.

¹ Vgl. Runder Tisch Heimerziehung; Abschlussbericht, Berlin 2010, S. 39 f

Im Gefolge des „Haasenburg-Skandals“, der zur Schließung der privatgewerblichen, geschlossen unterbringenden „Haasenburg“-Heime in Brandenburg führte, ist jetzt die Diskussion um Verfahren und Befugnisse der „Heimaufsicht“ schon wieder in der Diskussion. Erste Eindrücke von dieser Diskussion kann man gewinnen, wenn man sich die Dokumentation einer bundesweiten Fachtagung des Brandenburger Ministeriums für Bildung, Jugend und Sport anschaut, die im Juli 2014 stattfand.² Thomas Mörsberger hat sich da deutlich für gesetzliche Änderungen im Hinblick auf die „institutionalisierte Aufsicht nach §§ 45 SGB VIII“ ausgesprochen³. Er regt dabei u. a. wiederum eine stärkere Differenzierung der Normen im Hinblick auf Kindertageseinrichtungen einerseits und Einrichtungen der Hilfen zur Erziehung andererseits an. Er problematisiert dabei auch, dass der Kindeswohlbegriff im Recht der Kinder- und Jugendhilfe nicht nur aus dem Kindeswohlbegriff des Familienrechts interpretiert werden kann, bei dem es um die Grenzen des Elternrechts geht, und somit um den Bezug zu Art. 6 GG, während man

² Vgl. Land Brandenburg: Macht und Machtmissbrauch in der Heimerziehung? – Dokumentation der Fachtagung vom 7./8. Juli 2014: <http://www.mbjs.brandenburg.de/sixcms/detail.php/bb1.c.379885.de>

³ Mörsberger, Thomas: Immer im guten Kontakt, aber ansonsten ein „zahnloser Tiger“? – Zur institutionalisierten Aufsicht nach §§ 45 ff SGB VIII; in Land Brandenburg, a.a.O. S. 54 ff.

sich doch bei der „Heimaufsicht“ an den Rechten und der Würde der Kinder und Jugendlichen, mithin Bezügen zu Art. 1 und 2 GG, zu orientieren habe. Wie notwendig dies ist, zeigt auch die mehr als problematische Rechtsprechung des BGH in dieser Hinsicht⁴. Thomas Mörsberger plädiert einerseits für „eine Befugnisserweiterung der institutionalisierten Aufsicht gegenüber den Einrichtungsträgern“ betont aber andererseits auch: „Nicht nur aus verfassungsrechtlichen Gründen dürften Maßnahmen zugunsten einer intensiveren Einsicht ins „Eigenleben“ einer Einrichtung aber nur zu legitimieren sein, wenn im gleichen Schritt sicher gestellt wird, dass sich die Aufsichtsbehörde auch tatsächlich nur im unbedingt erforderlichen Umfang um die Dinge kümmert.“⁵ Schon 2011 hatte Thomas Mühlmann⁶ „die maßvolle Verringerung von Regelungs- und Handlungsspielräumen und die verbindliche Festlegung einiger bundeseinheitlicher Mindestanforderungen“ gefordert und die „zentrale Bedeutung einer möglichst unabhängig von Rollenkonflikten agierenden Aufsichtsbehörde“⁷ gefordert.

⁴ Vgl. Struck, Norbert: „... mangels einer planwidrigen Regelungslücke“ – zum Beschluss des BGH vom 07.08.2013; in: Forum Erziehungshilfen 2/2014, S. 123 f.

⁵ Ebd., S. 71

⁶ Mühlmann, Thomas: Öffentliche Aufsicht und Beratung zum Schutz von Kindern und Jugendlichen in Einrichtungen – historische und aktuelle Fragen zur Heimaufsicht; in: KJug 2/2011, S. 50 ff.

⁷ Ebd., S. 56

Hinzu kommt, dass es Forderungen gibt, freiheitsentziehende Maßnahmen im Rahmen der Kinder- und Jugendhilfe explizit im Rahmen des SGB VIII zu regeln. Eine solche Entwicklung lehnen wir ab, da wir nach wie vor davon überzeugt sind, dass die geschlossene Unterbringung im Rahmen der Kinder- und Jugendhilfe ganz untersagt werden soll.

Im Gefolge der Brandenburger Tagung hat sich im November 2014 eine Bund-Länder-AG unter Federführung des Landes Brandenburg konstituiert, die sich mit der Frage gesetzlichen Handlungsbedarfs befasst. Es kann aber nicht sein, dass zentrale Fragen des Verhältnisses von Staat und Einrichtungen nur auf der öffentlichen Seite verhandelt werden – unter Ausschluss der betroffenen freien Träger! Der Paritätische fordert deshalb die umgehende Beteiligung der Verbände der Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege an dieser Diskussion!

Diese Arbeitshilfe hat insofern auch die Funktion, das aktuelle rechtliche Feld genau auszuloten, um von dieser Basis aus die notwendigerweise komplexe Diskussion zu führen, wie das Verhältnis von Kinderrechten, Kinderschutz, Einrichtungsaufonomie und institutionalisierter Aufsicht auf Seiten der freien Träger mitgestaltet werden kann.

Ihr Norbert Struck, Dezember 2014

I. Grundsätzliches

1. Heimaufsichtsrecht als Ordnungsrecht

In seinem dritten Kapitel widmet sich das SGB VIII so genannten „Anderen Aufgaben der Jugendhilfe“. Die „Anderen Aufgaben der Jugendhilfe“ werden in § 2 Abs. 1 SGB VIII von den Leistungen der Jugendhilfe abgegrenzt und sind in § 2 Abs. 3 SGB VIII abschließend benannt. Das Recht des Schutzes von Kindern und Jugendlichen in Familienpflege und in Einrichtungen als eine dieser „Anderen Aufgaben der Jugendhilfe“ ist im Zweiten Abschnitt des Dritten Kapitels des SGB VIII (§§ 43 bis 49 SGB VIII) geregelt und wird im Folgenden, da Gegenstand dieser Erläuterungen das Recht des Schutzes von Kindern und Jugendlichen in Einrichtungen sein soll, mit dem durchgesetzten Begriff als Heimaufsichtsrecht bezeichnet.

Das Heimaufsichtsrecht des SGB VIII soll dem Schutz von Kindern und Jugendlichen vor Gefahren für ihr Wohl (§ 1 Abs. 3 Nr. 3 SGB VIII) und auf diese Weise der Verwirklichung des in § 1 Abs. 1 SGB VIII niedergelegten Programms der Jugendhilfe dienen, jedem jungen Menschen eine Entwicklung und Erziehung zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit zu ermöglichen. Einrichtungen, die dadurch gekennzeichnet sind, dass dort Kinder oder Jugendliche ganztägig oder für einen Teil des Tages betreut wer-

den oder Unterkunft erhalten, sind durch das Heimaufsichtsrecht des SGB VIII einer institutionalisierten Aufsicht unterworfen. Dem Heimaufsichtsrecht des SGB VIII liegt die Ratio zugrunde, dass Kinder und Jugendliche, die außerhalb des Elternhauses betreut werden oder Unterkunft erhalten, weitgehend außerhalb der unmittelbaren Einwirkungsmöglichkeiten der Sorgeberechtigten stehen, welche somit den erforderlichen Schutz der Kinder und Jugendlichen in solchen „Settings“ nicht gewährleisten könnten. Zur Gewährleistung dieses Schutzes bedürfe es „vielmehr unabhängiger öffentlicher Stellen, die mit entsprechenden Kontrollbefugnissen und fachlicher Einschätzungskompetenz ausgestattet sind und zusätzliche Aufsichtsfunktionen wahrnehmen können“⁸. Zwar sind zunächst die Träger von Einrichtungen gegenüber den Sorgeberechtigten der Kinder und Jugendlichen für deren Wohl verantwortlich, dennoch soll aufgrund der eingeschränkten Einsicht der Sorgeberechtigten in einen Einrichtungsbetrieb von außen und des (objektiv vorhandenen oder subjektiv bei den Betroffenen empfundenen) Machtgefälles von Eltern und Kindern/Jugendlichen gegenüber Einrichtungen mittels einer ordnungsrechtlichen Aufsicht „Mögli-

⁸ Mörsberger, in: Wiesner, SGB VIII, 4. Auflage, vor § 43, Rn. 15.

chen Gefahren für das Wohl der betreuten Minderjährigen (...) künftig bereits im Rahmen des Erlaubniserteilungsverfahrens, im Übrigen durch die Überprüfung der Einrichtung begegnet werden.“⁹

Als reines Gefahrenabwehrrecht hat das Heimaufsichtsrecht des SGB VIII ordnungsrechtlichen Charakter¹⁰. Gegenstand des Heimaufsichtsrechts des SGB VIII ist die Vermeidung von Gefährdungen für das Kindeswohl durch Sicherstellung der Erfüllung entsprechender Mindestanforderungen, nicht aber die Herstellung förderlicher oder gar optimaler Lebensumstände für Kinder und Jugendliche¹¹. Gesetzlich vorgesehene Verwaltungsinstrumentarien zur Wahrnehmung des Schutzauftrages der Jugendhilfe sind insbesondere der Erlaubnisvorbehalt des § 45 SGB VIII, die „örtliche Prüfung“ in Einrichtungen nach § 46 SGB VIII, die Meldepflichten nach § 47 SGB VIII und die Tätigkeitsuntersagung nach § 48 SGB VIII, also Instrumentarien, welche Eingriffsbefugnisse der für die Heimaufsicht zuständigen Verwaltungsbehörden gegenüber den Trägern von Einrichtungen beinhalten.

Als Mittel zur Verwirklichung des Schutzauftrages haben die für die Heimaufsicht zuständigen Behörden ferner (und zur Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zuvörderst) die Aufgabe, beratend auf die Träger von Einrichtungen einzuwirken, so soll die Heimaufsichtsverwaltung nach § 45 Abs. 6 Satz 1 SGB VIII den Träger einer Einrichtung im Falle der Feststellung von Mängeln zunächst über die Möglichkeiten zur Beseitigung der Mängel beraten. Die Beratungsaufgabe der Heimaufsichtsbehörden ist zum einen Ausdruck des Gebotes der partnerschaftlichen Zusammenarbeit zwischen öffentlicher und freier Jugendhilfe (§ 4 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII), zum anderen aber gleichfalls Ausdruck des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. So ist eine ordnungsrechtlich in das Recht eines Bürgers eingreifende Intervention im Einzelfall dann (verfassungsrechtlich) gerechtfertigt, wenn diese Intervention zur Erreichung ihres Zweckes erforderlich ist, also die Beseitigung eines ordnungswidrigen Zustandes nicht in gleicher Weise effektiv auf andere („mildere“) Weise erfolgen kann.

⁹ Drs.-BT 11/5948, S. 83

¹⁰ Stähr, in: Hauck/Noftz, SGB VIII, § 45 Rn. 3.

¹¹ Unumstritten, vgl. Mörsberger, in: Wiesner, SGB VIII, 4. Auflage § 45 Rn. 12.

2. Der Erlaubnisvorbehalt des § 45 SGB VIII

Der Betrieb von Einrichtungen (und gemäß § 48a SGB VIII so genannten sonstigen betreuten Wohnformen), in welchen Kinder oder Jugendliche ganztägig oder für einen Teil des Tages betreut werden oder Unterkunft erhalten, bedarf einer (vorherigen) Erlaubnis. Bei dieser Erlaubnispflicht handelt es sich rechtstechnisch um ein sogenanntes präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, d. h. bei dem Betrieb einer Einrichtung oder einer sonstigen betreuten Wohnform handelt es sich um eine Tätigkeit, welche nur unter der Voraussetzung rechtlich gestattet ist, dass ihr Betrieb zuvor von der zuständigen Verwaltung erlaubt wurde. Der Betrieb einer Einrichtung ohne die erforderliche Erlaubnis ist ordnungsrechtlich verboten und strafbewehrt (§§ 104 Abs.1 Nr. 2, 105 SGB VIII).

a) Der Einrichtungsbegriff

Der Begriff der Einrichtung im Sinne des § 45 SGB VIII ist ebenso wie der Begriff der sonstigen betreuten Wohnform (§ 48a SGB VIII) im Gesetz nicht definiert. Nach der Begründung des Gesetzgebers zum KJHG muss eine Einrichtung im Sinne des § 45 SGB VIII „orts- und gebäudebezogen sein“¹². Nach weitge-

hend durchgesetzter Auffassung wird in Anlehnung an die Vorschriften des alten Bundesheimgesetzes (HeimG) unter dem Begriff der Einrichtung „eine auf eine gewisse Dauer angelegte Verbindung von sächlichen und persönlichen Mitteln zu einem bestimmten Zweck unter der Verantwortung eines Trägers“¹³ verstanden. Unter Berücksichtigung des Schutzzweckes der heimrechtlichen Vorschriften des SGB VIII gehören hierzu neben „vollstationären“ Einrichtungen (Einrichtungen über Tag und Nacht) und teilstationären Einrichtungen (z. B. Tageseinrichtungen für Kinder oder Tagesgruppen nach § 32 SGB VIII) auch Einrichtungen, welche außerhalb der Kinder- und Jugendhilfe liegende Aufgaben für Kinder und Jugendliche wahrnehmen, wie § 45 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 ausdrücklich regelt.

Vor dem Hintergrund der Ratio des Heimaufsichtsrechts, eine öffentlich-rechtliche Schutzfunktion insbesondere in Ansehung der begrenzten Einwirkungsmöglichkeiten der Sorgeberechtigten zu installieren, kann vorstehende Definition des Einrichtungsbegriffes nicht zufriedenstellen; er bedarf einer normativen Einschränkung. Wenn und soweit die Einflussmöglichkeiten der Personensorgeberechtigten in einer bestimmten (Einrichtungs-)Konstellation

gerade nicht eingeschränkt ist, entfällt damit Rechtfertigung und Notwendigkeit für die Wahrnehmung einer eigenen öffentlich-rechtlichen Aufsicht. Maßgeblicher Anknüpfungspunkt für eine normative Einschränkung des Einrichtungsbegriffs ist die „Verantwortung des Trägers“. Erfolgt die Betreuung von Kindern und Jugendlichen bzw. die Gewährung von Unterkunft in einem einrichtungssähnlichen Setting nicht unter Lockerung der elterlichen Einwirkungsmöglichkeiten und nicht unter Übernahme der Verantwortung durch einen Einrichtungsträger, ist nach der Ratio des Heimaufsichtsrechts des SGB VIII für eine Erlaubnispflicht solcher Settings kein Raum.¹⁴ Im Einzelfall bedarf es einer genauen Betrachtung und Abwägung, „ob die Verantwortung für die Gewährung von Betreuung und Unterkunft der Kinder und Jugendlichen (noch) im Wesentlichen bei den Eltern bzw. Elternteilen liegt oder (schon) hauptsächlich bei dem Einrichtungsträger“¹⁵. Lediglich im letztgenannten Fall dürfte es sich um eine Einrichtung im Sinne des § 45 SGB VIII handeln.

(1) Wohnformen von bzw. für Eltern und Kinder und nach § 19 SGB VIII

Für die Anwendung des Einrichtungsbegriffs des § 45 SGB VIII bedarf es daher insbesondere in Einrichtungen, welche von der Sorgeberechtigten selbst organisiert sind oder in welchen sich Kinder/Jugendliche zusammen mit ihren sorgeberechtigten Eltern aufhalten, einer genauen Betrachtung der Verantwortlichkeiten.

Im Falle von so genannten „Eltern-Kind-Einrichtungen“ ist als Maßstab heranzuziehen, inwieweit die sorgeberechtigten Eltern die elterliche Sorge tatsächlich selbst ausüben. Tun sie das maßgeblich, „ist kein Bedürfnis für eine staatliche Aufsicht erkennbar“¹⁶. Anders liegt es, wenn die Verantwortung für die Betreuung der Kinder und Jugendlichen im Wesentlichen durch Betreuungskräfte eines Trägers (oder auch von den Eltern angestellte Betreuungskräfte) übernommen wird und die sorgeberechtigten Eltern sich lediglich an der Betreuung beteiligen¹⁷.

Differenziert zu betrachten sind daher auch Einrichtungen bzw. Wohnformen nach § 19 SGB VIII. Solche Einrichtungen

¹² BT-Drucksache 11/5948, S. 83

¹³ Mörsberger, in: Wiesner, SGB VIII, 4. Auflage, § 45 Rn. 15.

¹⁴ Vgl. die Beispiele bei Mörsberger, in: Wiesner, SGB VIII, 4. Auflage, § 45 Rn. 17 ff.

¹⁵ OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 3.12.2013, 4 L 41/13.

¹⁶ Lakies, in: FK-SGB VIII, 7. Auflage, § 45 Rn. 17; Mörsberger, in: Wiesner, SGB VIII, 4. Auflage, § 45 Rn. 19.

¹⁷ Lakies, a.a.O.

bzw. Wohnformen dürften nur dann un-
zweifelhaft der Erlaubnispflicht des § 45
SGB VIII unterfallen, „wenn die Mütter
oder Väter selbst minderjährig sind“¹⁸.
Anderes kann sich ergeben, wenn die
sich in der Einrichtung/der Wohnform
mit ihrem minderjährigen Kind aufhal-
tenden Sorgeberechtigten volljährig
sind¹⁹, also die Betreuung ihres Kindes,
wenn auch mit (sozial-)pädagogischer
Unterstützung, selbst wahrnehmen.

Leistungen nach § 19 SGB VIII richten sich
an „Mütter oder Väter, die allein für ein
Kind unter sechs Jahren zu sorgen haben
oder tatsächlich sorgen“. Die Leistungen
beinhalten im Wesentlichen „Unterstüt-
zung bei der Pflege und Erziehung des
Kindes“²⁰. Das impliziert, dass die Erzie-
hung und Pflege des Kindes durch Drit-
te in Verantwortung eines Trägers nicht
zwingend Gegenstand einer Leistung
nach § 19 SGB VIII ist, sondern zuvörderst
der in der Einrichtung betreute Elternteil
durch *seine* Betreuung und Unterstüt-
zung in die Lage versetzt werden soll, die
elterliche Erziehungs- und Betreuungsaufgabe
eigenverantwortlich wahrzunehmen. Das wird
auch durch die rechtliche Verortung des § 19
SGB VIII in dem zweiten Abschnitt des
zweiten Kapitels

des SGB VIII („Förderung der Erziehung
in der Familie“) gestützt. Es dürfte für die
Annahme einer Erlaubnispflicht daher
nicht genügen, dass „Mütter oder Väter
ihrerseits in eine spezifische Organisations-
struktur eingebunden und aufgrund
verminderter eigener Erziehungskompe-
tenz der Unterstützung durch Erziehungs-
kräfte der Einrichtung bedürfen“²¹. Die
Tatsache, dass die Personensorgeberechtig-
ten, die im Rahmen einer Hilfe nach § 19
SGB VIII für ihr Kind tatsächlich sorgen,
Hilfe benötigen, unterscheidet sie nicht
zwingend von Sorgeberechtigten, die mit
ihren Kindern in anderen Eltern-Kind-
Einrichtungen leben.

Eine Erlaubnispflicht von Einrichtungen/
Wohnformen nach § 19 SGB VIII dürfte
jedenfalls dann gegeben sein, wenn ent-
weder die Leistungsberechtigten nach § 19
SGB VIII selbst minderjährig sind und/oder
(auch) eine Betreuung/Erziehung und
Pflege minderjähriger Kinder selbst in
Verantwortung der Einrichtung nach § 19
SGB VIII gewährleistet wird (regelmäßige
Kinderbetreuung, Übernahme von
Erziehungsaufgaben durch Mitarbeiter der
Einrichtung)²². Insoweit bedarf es einer
einrichtungsindividuellen Beurteilung.

(2) „sonstige betreute Wohnform“

Der Begriff der „sonstigen betreuten
Wohnform“ ist durch das SGB VIII nicht
definiert. Die Norm des § 48a SGB VIII
soll sicherstellen, dass auch solche Be-
treuungsformen, die nicht den §§ 43,
44 SGB VIII zuzuordnen sind, aber keine
Einrichtungen nach „klassischem“ Ver-
ständnis sind, im Sinne des Kindeswohls
der Erlaubnispflicht unterliegen. „Der
Begriff wird als Sammelbezeichnung für
unterschiedliche Arrangements verwen-
det, die sich aus der klassischen Heimerzie-
hung oder eigenständig entwickelt haben“²³.
Unter den Begriff der sonstigen betreuten
Wohnform fallen u. a. Wohngemeinschaften
und Wohngruppen zur Verselbstständigung,
Betreutes Einzelwohnen, Kinder- und
Jugenddörfer und Kinderhäuser. Entschieden-
d ist, „dass die Unterbringung und pädagogische
Betreuung durch Dritte“ und nicht ausschließ-
lich selbst verwaltend verantwortet wird²⁴.

Auf so genannte „sonstige betreute
Wohnformen“ sind die §§ 45 bis 48
SGB VIII *entsprechend* anwendbar (§ 48a
Abs. 1 SGB VIII). Damit ist zum Ausdruck
gebracht, dass die Anforderungen an den
Betrieb der Wohnform „den Grad der
pädagogisch gewollten Selbstorganisation
der Jugendlichen berücksichtigen“ muss²⁵.
Diese Unterscheidung betrifft allerdings
nicht die Frage des „Ob“ der Erlaubnispflicht,
sondern allein die Art und das Maß der an
den Betrieb der „sonstigen betreuten
Wohnform“ zu stellenden inhaltlichen
Anforderungen.

¹⁸ Stähr, in: Hauck/Noftz, SGB VIII, § 45, Rn. 14.

¹⁹ Hinsichtlich des Alters der nach § 19 SGB VIII
Leistungsberechtigten besteht „nach oben“ keine
gesetzliche Grenze.

²⁰ § 19 Abs.1 Satz 1 SGB VIII

²¹ so aber Mörsberger, in: Wiesner, SGB VIII,
4. Auflage, § 45, Rn. 20; Stähr, in: Hauck/Noftz,
SGB VIII, § 45, Rn. 14.

²² So z. B. die Praxis in Bayern.

²³ Schmid-Oberkirchner, in: Wiesner, SGB VIII,
4. Auflage, § 34 Rn. 23.

²⁴ Fieseler, in: GK-SGB VIII, § 48a Rn. 2.

²⁵ Stähr, in: Hauck/Noftz, SGB VIII, § 48a, Rn. 5.

3. Zuständigkeiten

a) Örtliche Zuständigkeit

Örtlich zuständig für die Erteilung der Erlaubnis zum Betrieb einer Einrichtung oder einer selbstständigen betreuten Wohnform, für die Rücknahme oder den Widerruf der Erlaubnis, für die örtliche Prüfung und die Entgegennahme von Meldungen nach § 47 SGB VIII sowie die Untersagung der weiteren Beschäftigung eines Leiters oder eines Mitarbeiters der Einrichtung, ist nach § 87a Abs. 2 SGB VIII der überörtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe oder die nach Landesrecht bestimmte Behörde²⁶, in dessen oder deren Bereich die Einrichtung oder die sonstige Wohnform gelegen ist. Maßgeblich für die Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit ist somit der Einrichtungsort, welcher nicht zwingend mit dem Sitz des Trägers zusammenfallen muss.

Auf den Standort einer Teileinrichtung bzw. die örtliche Lage einer sonstigen betreuten Wohnform ist auch dann abzustellen, wenn die jeweilige (Teil-)Einrichtung oder Wohnform als Teil einer anderenorts gelegenen Einrichtung anzusehen ist²⁷ (§ 48a Abs. 2 SGB VIII).

Für eine Einrichtung, die entweder dezentral organisiert ist oder unselbstständige Außenstellen umfasst, können also je nach deren Lage unterschiedliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe heimaufsichtsrechtlich zuständig sein²⁸.

Ohne dass der Gesetzeswortlaut sich insoweit wesentlich unterscheidet, wird demgegenüber bei der Bestimmung des für den Abschluss von Vereinbarungen nach § 78b SGB VIII zuständigen örtlichen Trägers der öffentlichen Jugendhilfe eine „weitere“ Auffassung vertreten. Dort wird der Träger der öffentlichen Jugendhilfe für zuständig erachtet, in dessen Bereich sich die Haupteinrichtung (oder bei dezentral organisierten Einrichtungen auch der Sitz der pädagogischen Leitung) befindet, auch wenn sich Teile der Einrichtung (z. B. Außenwohngruppen) außerhalb seines Zuständigkeitsbereiches befinden²⁹.

Eine entsprechend weite Auslegung kann allerdings hinsichtlich der Zuständigkeit nach § 87a SGB VIII nicht in Betracht kommen. Bei der Wahrnehmung heimaufsichtsrechtlicher Aufgaben handelt es sich um eine ordnungsrechtliche Tätigkeit und damit um eine hoheitliche Aufgabe, die ein Träger der öffentlichen Jugendhilfe rechtmäßig nur im Rahmen seiner Gebietszuständigkeit ausüben kann („Territorialitätsprinzip“). Auch dann, wenn ein Träger der öffentlichen Jugendhilfe hinsichtlich des Abschlusses von Vereinbarungen auch für eine Teileinrichtung außerhalb seines Bereiches zuständig ist, verbleibt die ordnungsrechtliche Zuständigkeit bei dem öffentlichen Träger, in dessen Hoheitsgebiet der Einrichtungsteil/die sonstige betreute Wohnform belegen ist.

b) sachliche Zuständigkeit

Nach § 85 Abs. 2 Nr. 6 SGB VIII ist der überörtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe für die Wahrnehmung der heimaufsichtsrechtlichen Aufgaben nach dem SGB VIII zuständig. Ausnahmen lässt § 85 Abs. 4 SGB VIII aufgrund landesrechtlicher Regelungen zu, wenn diese entweder zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des SGB VIII bereits galten (so ist die Wahrnehmung heimaufsichtsrechtlicher Aufgaben zum Beispiel in Bayern und Nordrhein-Westfalen auf mittlere Landesbehörden – Bezirksregierungen bzw. Landschaftsverbände – übertragen), oder wenn sie die Aufsicht über Kindergärten und andere Tageseinrichtungen betreffen. Eine darüber hinausgehende landesrechtliche Möglichkeit zur Übertragung der Aufgaben der Heimaufsicht auf örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe besteht nicht und lässt sich auch nicht aus § 87 a Abs. 2 SGB VIII herleiten. § 87 a Abs. 2 SGB VIII betrifft allein die örtliche Zuständigkeit, nicht aber die sachliche Zuständigkeit.

²⁶ Z. B. die Bezirksregierungen in Bayern und die Landschaftsverbände in Nordrhein-Westfalen.

²⁷ Eschelbach/Schindler, in: FK-SGB VIII, 7. Auflage, § 87a, Rn. 3; Schellhorn, SGB VIII, 4. Auflage, § 87 a Rn. 6 m.w.N.

²⁸ Eschelbach/Schindler, in: FK-SGB VIII, 7. Auflage, § 87 a, Rn. 3.

²⁹ Münder, in: FK-SGB VIII, 7. Auflage, § 78 e Rn. 3.

In manchen Bundesländern, z.B. in Hessen, ist der überörtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe für die Wahrnehmung heimaufsichtsrechtlicher Aufgaben kraft Bundesrechts zwar zuständig und letztverantwortlich, der örtliche Träger jedoch (quasi als „Gehilfe“ des überörtlichen Trägers ohne eigene Entscheidungskompetenz) stark in die Wahrnehmung der Aufgaben eingebunden³⁰.

Die Übertragung von Aufgaben der Heimaufsicht auf örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe ist abzulehnen. Wohl auch zur Vermeidung von Interessenkollisionen hat der Gesetzgeber des SGB VIII die sachliche Zuständigkeit für die Gewährung von Hilfen (die „Belegung“), den Abschluss von Vereinbarungen nach § 78b SGB VIII von der Zuständigkeit für die Wahrnehmung der Aufgaben der Heimaufsicht sachlich getrennt. Während die örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe als „Beleger“ und Partner der Vereinbarungen nach § 78b SGB VIII nicht zuletzt wirtschaftlichen Zwängen/Interessen genügen müssen, ist der Einfluss solchen wirtschaftlichen Interesses auf die Wahrnehmung der Aufgaben zum Schutz von Kindern und Jugendlichen zu vermeiden. Jede Einbindung der örtlichen Träger in die Wahrnehmung der Aufgaben der

³⁰ § 15 HKJGB.

Heimaufsicht birgt die Gefahr von Interessenkollisionen³¹. Hinzu kommt, dass auch die örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe selbst Einrichtungen betreiben, welche dann der eigenen, also wohl kaum neutralen und unabhängigen, Aufsicht unterstünden. Für die Wahrnehmung einer effektiven Aufsicht im Sinne der Gewährleistung des Kindeswohls ist unabdingbar, „dass die Aufsichtsfunktion so organisiert ist, dass sie unabhängig agieren kann³². In den Stadtstaaten sollte daher die Wahrnehmung der Aufgaben der Heimaufsicht personell und organisatorisch von der Leistungsverwaltung und den für den Abschluss von Vereinbarungen nach § 78b SGB VIII zuständigen Stellen dringend getrennt werden.

³¹ So auch Fieseler/Ziegler, in: GK-SGB VIII, § 87a Rn. 3. Diese Gefahr erkennend regelt das hessische Kinder- und Jugendhilfegesetzbuch in § 15, dass das Jugendamt dafür Sorge zu tragen hat, dass die Aufgabenwahrnehmung nicht „durch Interessenkollisionen gefährdet oder beeinträchtigt wird“. Wie solche allerdings in dieser Konstruktion vermieden werden können, wird nicht benannt und ist auch nicht ersichtlich.

³² Mörsberger, in: Wiesner, SGB VIII, 4. Auflage, vor § 43 Rn. 35.

II. Die Betriebserlaubnis nach § 45 SGB VIII und die Voraussetzungen ihrer Erteilung

1. Rechtsanspruch auf die Erteilung einer Betriebserlaubnis

Nach vom 01.01.1991 bis 31.12.2011 gültigem Recht des SGB VIII waren für die Erteilung einer Betriebserlaubnis nach § 45 SGB VIII nicht ausdrücklich gesetzliche Voraussetzungen normiert. Das Gesetz selbst gab nur Versagensgründe vor. Nach § 45 Abs. 2 SGB VIII a.F. war die Betriebserlaubnis „zu versagen“, wenn (1.) die Betreuung der Kinder und Jugendlichen durch geeignete Kräfte nicht gesichert ist, oder (2.) „in sonstiger Weise das Wohl der Kinder oder der Jugendlichen in der Einrichtung nicht gewährleistet ist“.

Wenngleich damit ein Rechtsanspruch auf die Erteilung einer Betriebserlaubnis nicht ausdrücklich in § 45 SGB VIII a.F. geregelt war, gingen doch Rechtsprechung und Literatur ebenso wie die Gesetzesbegründung zum KJHG³³ übereinstimmend von dem Bestehen eines solchen aus, wenn im Einzelfall keine Versagensgründe vorliegen³⁴. Der Rechtsanspruch

³³ Drs.-BT 11/5948, S. 84.

³⁴ Statt Vieler: FK-SGB VIII, 6. Auflage, § 45 Rn. 13; Mörsberger, in: Wiesner, SGB VIII, 4. Auflage, § 45 Rn. 38; Schellhorn, SGB VIII, 3. Auflage, § 45 Rn. 10; Münder, Rechtsfragen des Schutzes von Kindern und Jugendlichen in Einrichtungen gemäß §§ 45

auf Erteilung einer Betriebserlaubnis folgte unmittelbar aus dem Grundrecht des Betreibers einer erlaubnispflichtigen Einrichtung aus Art. 12 Abs. 1 GG.

Der Betrieb einer Einrichtung der Betreuung und Unterbringung von Kindern und Jugendlichen ist ein Beruf und unterfällt dem grundrechtlichen Schutz der Freiheit der Berufsausübung auch, wenn es sich um einen Zweckbetrieb einer gemeinnützigen Organisation handelt. Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistet das Recht eines Trägers der freien Jugendhilfe auf ungehinderte Ausübung des gewählten Berufes. Diese Freiheit der Berufsausübung kann nur „durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes geregelt werden“³⁵. Staatliche Einschränkungen des Betriebs einer Jugendhilfeeinrichtung sind nur in dem Maße zulässig, die das Gesetz selbst anordnet oder zulässt.

ff. SGB VIII – Gutachten von Juni 2010 im Auftrag des VPK; OVG Nds., Urteil vom 13.02.2006, 12 LC 538/04.

³⁵ Art. 12 Abs.1 Satz 2 GG

Eine solche gesetzliche Einschränkung des Rechts aus Art. 12 Abs. 1 GG war mit der Erlaubnispflicht gesetzlich geregelt. Wenn aber die in § 45 SGB VIII a.F. gesetzlich geregelten Versagensgründe im Einzelfall nicht vorlagen, bestand keine Rechtsgrundlage der Verwaltung, den Betrieb einer Jugendhilfeeinrichtung zu unterbinden/einzuschränken mit der Folge, dass ein Anspruch auf Erteilung einer Betriebserlaubnis unmittelbar aus Art. 12 Abs. 1 GG hervorging.

Dafür, dass im Einzelfall gesetzliche Versagensgründe vorlagen (also das Wohl der Kinder und Jugendlichen in der Einrichtung nicht gewährleistet war, trug die Heimaufsichtsbehörde die Darlegungs- und Beweislast; sie musste dem Anspruch des Betreibers der Einrichtung aus Art. 12 Abs. 1 GG die nach ihrer Auffassung bestehenden Versagensgründe entgegenhalten. Geling dieses nicht, war die Erlaubnis zu erteilen³⁶.

Nach der Neufassung des § 45 SGB VIII durch das Gesetz zur Stärkung eines aktiven Schutzes von Kindern und Jugendlichen (BKisSchG)³⁷ sind die Voraussetzungen für die Erteilung einer Betriebserlaubnis nach § 45 SGB VIII mit Wirkung ab dem 01.01.2012 nunmehr positiv gefasst. § 45 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII

beinhaltet nunmehr einen positiv formulierten Anspruch auf Erteilung der Betriebserlaubnis unter der Voraussetzung, „dass das Wohl der Kinder und Jugendlichen in der Einrichtung gewährleistet ist“. Von dem Vorliegen dieser Voraussetzung ist nach § 45 Abs. 2 Satz 2 „in der Regel“ auszugehen, wenn

- „1. die dem Zweck und der Konzeption der Einrichtung entsprechenden räumlichen, fachlichen, wirtschaftlichen und personellen Voraussetzungen für den Betrieb erfüllt sind,
2. die gesellschaftliche und sprachliche Integration in der Einrichtung unterstützt wird sowie die gesundheitliche Vorsorge und die medizinische Betreuung der Kinder und Jugendlichen gesichert sind sowie
3. zur Sicherung der Rechte von Kindern und Jugendlichen in der Einrichtung geeignete Verfahren der Beteiligung sowie der Möglichkeit der Beschwerde in persönlichen Angelegenheiten Anwendung finden.“

Die nunmehr positive Formulierung des Rechtsanspruches auf Erteilung einer Betriebserlaubnis hat ausweislich der Gesetzesbegründung³⁸ eine klarstellende Funktion. Damit komme „entsprechend

der bisherigen Auslegung – klarer zum Ausdruck, dass ein Rechtsanspruch auf Erteilung besteht, wenn bestimmte Mindestvoraussetzungen zum Zeitpunkt der Erteilung der Erlaubnis vorliegen³⁹.

Diese Formulierung des Gesetzgebers legt nahe, dass mit dieser systematischen Änderung keine Veränderung der Rechtspositionen der am Verfahren der Erteilung einer Betriebserlaubnis Beteiligten beabsichtigt ist. Allerdings folgt aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatz, „dass grundsätzlich der Anspruchsteller die anspruchsbegründenden Tatsachen darzulegen und erforderlichenfalls zu beweisen hat“, dass mit der Neufassung des § 45 SGB VIII zum 01.01.2012 gegenüber der Vorgängerregelung rechtstechnisch eine Umkehr der Beweislast zu Lasten der antragstellenden Betreiber von Einrichtungen verbunden sein dürfte⁴⁰. Musste nach § 45 SGB VIII in der bis zum 31.12.2011 gültigen Fassung die zuständige Behörde das Vorliegen von Versagensgründen darlegen und ggf. beweisen, trifft diese Last hinsichtlich der Darlegung und ggf. des Beweises der Voraussetzung der Gewährleistung des Kindeswohls wohl nunmehr den Betreiber der Einrichtung.

Allerdings dürfte diese Umkehr der Beweislast durch die gesetzliche Vermutung des § 45 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII relativiert sein. Ergibt sich aus den von dem Betreiber einer Einrichtung vorgelegten konzeptionellen Unterlagen gemäß § 45 Abs. 3 SGB VIII, dass die in § 45 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII benannten Kriterien erfüllt sind, muss die zuständige Behörde von der Gewährleistung des Wohls der Kinder und Jugendlichen in der Einrichtung ausgehen, wenn und soweit nicht andere (von der zuständigen Behörde darzulegende und zu beweisende Tatbestände) Anderes belegen („in der Regel“⁴¹).

Ein „Vollbeweis“ der Gewährleistung des Kindeswohls kann dem Betreiber einer Einrichtung nicht abverlangt werden. Es ist zu berücksichtigen, dass im Verfahren über die Erteilung einer Betriebserlaubnis im Vorfeld der Aufnahme des Betriebes ohnehin nur bestimmte Mindestanforderungen an Konzept und Strukturqualität der Einrichtung überprüft werden können, deren Erfüllung eine notwendige Voraussetzung für die Gewährleistung des Wohls der Kinder und Jugendlichen ist, aber für die zukünftige Gewährleistung ihres Wohls im späteren Betrieb der Einrichtung nicht hinreicht⁴². Ferner ist der Rechtsanspruch auf Erteilung einer Betriebserlaubnis

³⁶ Schellhorn, SGB VIII, 4. Auflage, § 45 Rn.10 m.w.N.; Münder, a.a.O. [Gutachten], S. 5.

³⁷ BT-Drucksache 17/6256.

³⁸ Drs.-BT 17/6256.

³⁹ Drs.-BT 17/6256, S. 23

⁴⁰ Schellhorn, SGB VIII, 4. Auflage, § 45 Rn.10.

⁴¹ § 45 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII.

⁴² Nonninger, in: LPK-SGB VIII, 5. Auflage, § 45 Rn. 22.

2. Prüfungsmaßstab: Gewährleistung des Kindeswohls

auch weiterhin im Lichte des Rechts der Einrichtungsträger aus Art. 12 Abs. 1 GG zu betrachten. Ungeachtet der Neufassung des § 45 SGB VIII zum 01.01.2012 dürfen gesetzliche Einschränkungen nur soweit reichen, wie dieses zum Schutz der Kinder und Jugendlichen erforderlich ist. „Deshalb kommt die Versagung der Erlaubnis nur bei einer feststehenden Nichteignung der Einrichtung oder des Einrichtungsträgers in Betracht. Bloße Zweifel genügen nicht“⁴³. Die Erbringung eines Nachweises der Gewährleistung des Wohls der Kinder und Jugendlichen in der Einrichtung ist – es handelt sich bei dem Begriff der Gewährleistung des Kindeswohls um einen unbestimmten Rechtsbegriff, welcher in Bezug zu der jeweiligen Konzeption und dem Bedarf der jeweils angesprochenen Zielgruppe einrichtungsindividuell nach pädagogischen Maßstäben inhaltlich ausgefüllt werden muss – faktisch kaum denkbar.

Unter Berücksichtigung der Grundrechtsrelevanz der Betriebserlaubnis ist daher erforderlich, aber auch ausreichend, dass der Betreiber einer Einrichtung als Voraussetzung für die Erteilung einer Betriebserlaubnis die Erfüllung der sich aus § 45 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII ergebenden Anforderungen schlüssig durch die Vorlage der in § 45 Abs. 3 SGB VIII benannten Unterlagen darlegt. Ergeben sich dennoch Gründe, welche gegen die Gewährleistung des Wohls der Kinder und Jugendlichen sprechen, sind diese von der zuständigen Behörde darzulegen und zu beweisen⁴⁴.

Maßstab für das Handeln der Heimaufsichtsbehörden nach §§ 45 ff. SGB VIII ist die Gewährleistung des Wohls von Kindern und Jugendlichen in Einrichtungen. Das betrifft auch die gesetzlichen Voraussetzungen für die Erteilung einer Betriebserlaubnis. Inhaltlich geht es folglich allein um die Erfüllung von Mindestvoraussetzungen für den Betrieb von Einrichtungen, in denen Kinder- und Jugendhilfe betreut werden oder Unterkunft erhalten⁴⁵. Der Erlaubnisvorbehalt dient der „Abwehr von Gefahren für die Entwicklung von Kindern und Jugendlichen. Aufgabe des Staates ist es deshalb nicht, optimale Bedingungen der Betreuung oder Unterkunftsgewährung zu gewährleisten“⁴⁶. Insoweit hat es im Zuge der Neufassung des § 45 SGB VIII zum 01.01.2012 keine Veränderungen gegeben⁴⁷.

finierten Standards bzw. den Standards, welche zum Zwecke einer effektiven Förderung der Entwicklung der Kinder und Jugendlichen zur Erreichung des in § 1 Abs. 1 SGB VIII normierten Ziels vorgehalten werden bzw. angezeigt sind. Vereinbarungen nach § 78b SGB VIII dienen – anders als die nach § 45 SGB VIII zu erfüllenden Mindestanforderungen – nicht dem Schutz der Kinder und Jugendlichen vor Gefahren für ihr Wohl. In ihnen wird vielmehr das Leistungsangebot des Einrichtungsträgers hinsichtlich Art, Inhalt, Umfang und Qualität der Leistung mit Blick auf seine pädagogisch-fachlichen Ziele vertraglich festgeschrieben. Nach § 78b SGB VIII vereinbarte Leistungsangebote beinhalten typischer Weise über die bloße Gewährleistung des Kindeswohls hinausgehende, in Bezug auf die angesprochene Zielgruppe geeignete Leistungen zur fachlich hochwertigen Erziehung und Förderung von jungen Menschen.

Die ordnungsrechtlich an den Betrieb einer Einrichtung im Rahmen des § 45 SGB VIII zu stellenden Mindestanforderungen sind regelmäßig nicht identisch mit den in Leistungsvereinbarungen der Träger von Einrichtungen der Jugendhilfe mit dem örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe nach § 78b SGB VIII de-

Die im Rahmen des Heimordnungsrechts einzuhaltenden Standards werden nicht durch die Inhalte der Vereinbarungen nach § 78b SGB VIII oder Rahmenvereinbarungen nach § 78f SGB VIII vorgegeben, sondern sind gesondert unter alleiniger Berücksichtigung des Schutzzweckes des Heimaufsichtsrechts zu definieren. Unzulässig ist daher eine zu beobachtende Praxis einiger Heimaufsichtsver-

⁴⁴ Noch weitergehend Lakies, in: FK-SGB VIII, 7. Auflage, § 45 Rn. 27, welcher mit Blick auf den effektiven Grundrechtsschutz der Einrichtungsträger auch in Ansehung der Neufassung des § 45 SGB VIII weiterhin eine vollumfängliche Darlegungs- und Beweislast der zuständigen Behörde für die Nicht-Gewährleistung des Kindeswohls in der jeweiligen Einrichtung annimmt.

⁴³ Lakies, in: FK-SGB VIII, 7. Auflage, § 45 Rn. 26.

⁴⁵ Lakies, in: FK-SGB VIII, 7. Auflage, vor §§ 43 bis 49, Rn. 5.

⁴⁶ Mörsberger, in: Wiesner, SGB VIII, 4. Auflage, § 45 Rn. 12 m.w.N.

⁴⁷ Stähr, in: Hauck/Noftz, SGB VIII, § 45 Rn. 25.

3. Rechtsquellen anzuwendender Mindestanforderungen

waltungen der Länder, als Voraussetzung für die Erteilung einer Betriebserlaubnis eine ausgearbeitete Leistungsbeschreibung im Sinne des § 78b SGB VIII zu verlangen und diese durch Einbeziehung in die Betriebserlaubnis zu ihrem Bestandteil zu machen⁴⁸, letztlich also die nach § 78b SGB VIII mit dem örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe vereinbarten fachlichen Standards zur Voraussetzung für den Schutz der Minderjährigen in der Einrichtung zu erheben.

In Ansehung der gesetzlichen Differenzierung zwischen der (bloßen) Schutzfunktion der Heimaufsicht und den sich aus ihr ergebenden Mindestanforderungen und der Funktion der Vereinbarungen nach § 78b SGB VIII ist es daher verfehlt, wenn vertreten wird, dass „vertragliche Vereinbarungen zur Leistung und Qualitätsentwicklung“ bei der Konkretisierung des Begriffs „Wohl des Kindes oder Jugendlichen“ zu berücksichtigen seien⁴⁹. Die einrichtungsindividuell zu formulierenden Mindestanforderungen sind auf Grundlage der von dem Einrichtungsträger nach § 45 Abs. 3 SGB VIII vorzulegenden konzeptionellen Unterlagen unter Berücksichtigung von Art und Inhalt der Leistungen der Ein-

richtung nach dem Mindestbedarf der von ihr angesprochenen Zielgruppe zu bestimmen⁵⁰.

⁴⁸ So z. B. die Praxis in Niedersachsen und Hessen.

⁴⁹ So Mörsberger, in: Wiesner, SGB VIII, 4. Auflage, § 45 Rn. 12.

⁵⁰ Sowohl auch die „Handlungsleitlinien zur Umsetzung des Bundeskinderschutzgesetzes im Arbeitsfeld der betriebserlaubnispflichtigen Einrichtungen nach § 45 SGB VIII“ der Bundesarbeitsgemeinschaft der Landesjugendämter in ihrer 2. Fassung (2013), S. 6.

Die heimaufsichtsrechtlichen Mindestanforderungen, bei deren Erfüllung die Gewährleistung des Wohls der Kinder und Jugendlichen „in der Regel anzunehmen“⁵¹ ist, sind in § 45 SGB VIII nicht konkret bestimmt, sondern unter Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe umschrieben. § 45 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 SGB VIII spricht von dem Zweck und der Konzeption der Einrichtung entsprechenden räumlichen, fachlichen, wirtschaftlichen und personellen Voraussetzungen. Zur Konkretisierung dieser Begriffe gibt das Gesetz selbst wenig Hinweise, sondern legt allein fest, dass sich die heimaufsichtsrechtlichen Anforderungen anhand des Zwecks und der Konzeption bestimmen. Standardisierte Anforderungen sind gesetzlich nicht bestimmt. Fraglich ist, aus welchen weiteren Rechtsquellen sich ggf. heimaufsichtsrechtliche Mindestanforderungen herleiten lassen.

⁵¹ § 45 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII.

a) Vereinbarungen mit den Trägern der Einrichtungen

Hinsichtlich der Anforderungen an die Eignung des in der Einrichtung tätigen Personals war in § 45 Abs. 2 Satz 4 SGB VIII in der bis zum 31.12.2011 gültigen Fassung der Auftrag an die Träger der öffentlichen Jugendhilfe formuliert, „Vereinbarungen mit den Trägern der Einrichtungen anzustreben.“ In Bezug auf die für die Wahrnehmung der Schutzfunktion besonders bedeutsamen personellen Voraussetzungen folgte das Gesetz damit explizit dem Vereinbarungsprinzip als Ausdruck des Gebotes der partnerschaftlichen Zusammenarbeit zwischen der freien und der öffentlichen Jugendhilfe (§ 4 Abs. 1 SGB VIII) und hatte einseitigen hoheitlichen Regelungen vorzuziehen⁵².

Diese Aufgabe an den für die Wahrnehmung der Aufgaben der Heimaufsicht zuständigen überörtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe ist mit der zum 01.01.2012 in Kraft getretenen Gesetzesnovelle ersatzlos entfallen. Die Begründung zum BKiSchG⁵³ enthält zu einer eventuellen Motivation der Streichung dieser Regelung keine Angaben. Der

⁵² Lakies, in: FK-SGB VIII, 6. Auflage, § 45 Rn. 22; Stähr, in: Hauck/Noftz, SGB VIII, § 45 Rn. 32.

⁵³ Drs. BT 17/6256.

Wegfall der Regelung des § 45 Abs. 2 Satz 4 SGB VIII a. F. bedeutet folglich nicht, dass die Partner einer solchen Vereinbarung gehindert wären, an bestehenden Vereinbarungen festzuhalten oder auch neue abzuschließen⁵⁴, zumal das Gebot der partnerschaftlichen Zusammenarbeit ungeachtet des Fortfalls des Auftrages aus § 45 Abs. 2 Satz 4 SGB VIII a. F. gemäß dem unveränderten § 4 Abs. 1 SGB VIII weiterhin zu beachten ist.

Landesrahmenvertragliche Vereinbarungen nach § 78 f SGB VIII können Vereinbarungen über heimaufsichtsrechtliche Mindestanforderungen nicht ersetzen und es wäre systematisch verfehlt, im Zusammenhang mit der Erteilung der Betriebserlaubnis auf diese zurückzugreifen. Es „verwischen sich dann die Unterschiede zwischen Mindeststandards und ausgehandelten höheren Standards“⁵⁵.

Der Abschluss von Vereinbarungen zwischen den Einrichtungsträgern und den Heimaufsichtsbehörden kann auch weiterhin zum Zweck der Verlässlichkeit der Umsetzung des Heimaufsichtsrechts der §§ 45 ff. SGB V empfohlen werden. In Ansehung der (auch) durch § 4 Abs. 1 SGB VIII geschützten Autonomie der Träger der freien Jugendhilfe „ist es dem Staat verwehrt, einseitig die Qualifikation

der Fachkräfte, die in der freien Jugendhilfe tätig sind, zu regeln“⁵⁶. Liegen keine Vereinbarungen über Mindestanforderungen zwischen den Einrichtungsträgern und den Heimaufsichtsbehörden vor, ist die Behörde aufgrund der Abhängigkeit der zu stellenden Anforderungen von der Konzeption und der Zielgruppe der Einrichtung „in jedem Einzelfall verpflichtet, festzustellen, ob die jeweils tätige (Fach-)Kraft geeignet ist und damit die Betreuung der Kinder oder Jugendlichen (...) gesichert ist“⁵⁷. Einseitige Standardisierungen in der Auslegung der Anforderungen des § 45 SGB VIII durch die Heimaufsichtsverwaltung sind in Ansehung der (gesetzlich gewollten⁵⁸) Vielfalt der Ausgestaltung von Leistungen der Jugendhilfe grundsätzlich problematisch.

⁵⁶ Mörsberger, in: Wiesner, SGB VIII, 4. Auflage, § 45 Rn. 53.

⁵⁷ Mörsberger, in: Wiesner, SGB VIII, 4. Auflage, § 45 Rn. 53.

⁵⁸ § 3 Abs. 1 SGB VIII

b) Landesrechtsvorbehalt

Gemäß § 49 SGB VIII regelt das Landesrecht „das Nähere“ über die in den §§ 43 bis 48a SGB VIII geregelten Aufgaben. Dieser Landesrechtsvorbehalt hat deklaratorischen Charakter, denn er wäre entbehrlich: Das Recht der Kinder- und Jugendhilfe ist dem Recht der öffentlichen Fürsorge zuzuordnen. Das Recht der öffentlichen Fürsorge ist gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung. Im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung können die Länder gemäß Art. 72 Abs. 1 GG von ihrer eigenen Gesetzgebungskompetenz Gebrauch machen, „solange und soweit der Bund von seinem Gesetzgebungsrecht keinen Gebrauch macht“⁵⁹. Auch ohne die Ermächtigung des § 49 SGB VIII stünde es den Ländern frei, die §§ 43 ff. SGB VIII ergänzende gesetzliche Regelungen zu treffen.

Allerdings muss sich Bundesrecht ergänzendes Landesrecht im Rahmen der bundesrechtlichen Vorgaben halten. Landesrecht kann den Rahmen des Bundesrechts näher ausgestalten und Sachverhalte regeln, die bundesrechtlich nicht geregelt sind, sich aber nicht über bundesrechtliche Vorgaben hinwegsetzen. Landesgesetzliche Regelungen können „die Normen der §§ 45 bis 48a SGB VIII

⁵⁹ Struck, in: Wiesner, SGB VIII, 4. Auflage, § 15 Rn. 2.

[nur] lückenfüllend ergänzen bzw. ihre Regelungen inhaltlich konkretisieren“⁶⁰, nicht aber bundesrechtliche Vorgaben modifizieren oder gar verschärfen. Ob der Bundesgesetzgeber hinsichtlich bestimmter Regelungsgegenstände abschließende Regelungen getroffen hat (dann verbietet sich auch eine landesrechtliche Ergänzung) oder der Bundesgesetzgeber Raum für ergänzende landesrechtliche Regelungen gelassen (also den jeweilige Gegenstand nicht abschließend geregelt hat) hat, ist für den jeweiligen Regelungsgegenstand durch Auslegung zu ermitteln.

So kommt z. B. eine nähere Ausgestaltung der bundesgesetzlichen Anforderungen an die Erteilung einer Betriebserlaubnis grundsätzlich in Betracht. Allerdings muss der Landesgesetzgeber dabei die Grundentscheidung des Bundesgesetzgebers beachten, dass die nach § 45 SGB VIII zu erfüllenden Mindestanforderungen stets abhängig von den Bedingungen in der jeweiligen Einrichtung, ihrer Konzeption und der aufzunehmenden Zielgruppe zu bestimmen sind. Standardisierte Festlegungen z. B. hinsichtlich der Personalmenge oder der Personalqualifikation abstrakt für alle Einrichtungen sind folglich auch dem Landesgesetzgeber nicht möglich.

⁶⁰ Mörsberger, in: Wiesner, SGB VIII, 4. Auflage, § 45 Rn. 42.

In Ansehung der Autonomie der Träger der freien Jugendhilfe⁶¹ und in Ansehung der Tatsache, dass jede ordnungsrechtliche (Mindest-)Anforderung an den Betrieb von Einrichtungen einen Eingriff in das Recht der freien Träger in deren durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsausübungsfreiheit darstellt, müssen sich jegliche heimaufsichtsrechtliche Anforderungen an dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit messen lassen. Das bedeutet, dass jede landesrechtliche Vorgabe zur Konkretisierung des § 45 SGB VIII ebenso wie jede normkonkretisierende Rechtsanwendung durch die zuständige Verwaltungsbehörde zum Schutz von Kindern und Jugendlichen vor Gefahren für ihr Wohl

- geeignet,
- erforderlich und
- angemessen
(verhältnismäßig im engeren Sinne)

sein muss. Ein Eingriff in Grundrechte freier Träger ist allein dann verfassungsmäßig gerechtfertigt, wenn hinsichtlich jeder einzelnen eingreifenden Regelung vorstehende Voraussetzungen erfüllt sind. Damit sind dem Landesgesetzgeber nicht nur durch das SGB VIII selbst, sondern auch verfassungsrechtlich entscheidende Grenzen gesetzt.

⁶¹ § 4 Abs. 1 SGB VIII.

c) Richtlinien und sonstiges Verwaltungsbinnenrecht

Oft entwickeln Heimaufsichtsbehörden für die Anwendung der §§ 45 ff. SGB VIII eigene interne Verwaltungsvorgaben⁶², oft unter Beteiligung des (Landes-)Jugendhilfeausschusses⁶³. Diese Verwaltungsvorgaben können Verfahrensregelungen enthalten, aber auch bisweilen sehr detailliert Mindestanforderungen im Sinne der §§ 45 ff. SGB VIII bestimmen⁶⁴.

Verwaltungsvorschriften haben als Regelwerk der Exekutive keine Gesetzeskraft. Mit der Statuierung von Verwaltungsvorschriften können die öffentlichen Träger zwar ihre Mitarbeiter intern (dienstrechtlich) binden, ihnen also eine Anwendung der Gesetze nach Maßgabe der Verwaltungsvorschriften vorschreiben. Gegenüber außerhalb der Verwaltung stehenden Dritten haben Verwaltungsvorschriften aber keine unmittelbaren Rechtswirkungen.

⁶² z. B. die Hamburger Richtlinie zum Betrieb von Kindertagesstätten.

⁶³ z. B. die „Richtlinien für (teil-)stationäre Einrichtungen in Hessen, die gemäß § 45 Achten Buch Sozialgesetzbuch (SGB VIII) – Kinder- und Jugendhilfe – einer Betriebserlaubnis bedürfen“ vom 24.02.2014.

⁶⁴ So finden sich z. B. in den Hessischen Heimrichtlinien vom 24.02.2014 z. T. sehr detaillierte Vorgaben zu der (Mindest-) Gruppengröße, der Personalmenge und einem Fachkräftegebot.

Die Funktion von Verwaltungsvorschriften liegt allein darin, Verwaltungshandeln zu standardisieren, den Mitarbeitern der Verwaltung Hilfestellung bei der Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben zu geben und für eine gleiche Rechtsanwendung der öffentlichen Verwaltung gegenüber den Bürgern zu sorgen.

Die Träger von Einrichtungen sind daher nicht per se verpflichtet, die „Heimrichtlinien“ oder sonstige Verwaltungsvorschriften des jeweiligen Landesjugendamtes einzuhalten. Eine solche Verpflichtung kann sich aber durch einen Verweis (z. B. der Betriebserlaubnis) auf Verwaltungsvorschriften ergeben. Wenn ein Betriebserlaubnisbescheid z. B. eine Regelung enthält, die den Einrichtungsträger verpflichtet, dort bezeichnete Verwaltungsvorschriften zu beachten, können die Regelungen der Verwaltungsvorschriften Gegenstand dieser Betriebserlaubnis sein. Wird die Betriebserlaubnis mit diesem Verweis auf Verwaltungsvorschriften bestandskräftig, ist der Einrichtungsträger grundsätzlich gebunden.

Für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Handelns der öffentlichen Verwaltung ist es ohne Bedeutung, ob sich dieses Handeln auf eine Verwaltungsrichtlinie stützen kann, oder ob dieses Handeln das Ergebnis einer Einzelfallentscheidung ist. Die Gerichte sind bei der Überprüfung von Verwaltungsentscheidungen nicht an die Inhalte von Verwaltungsrichtlinien gebunden und bewerten Entscheidungen, die die öffentliche Verwaltung in unmittelbarer Anwendung des Gesetzes oder unter Berufung auf Verwaltungsrichtlinien getroffen hat, gleichermaßen im Einzelfall ausschließlich anhand der *gesetzlichen* Regelungen. Richtlinien können gegenüber § 45 SGB VIII kein strengeres Recht schaffen⁶⁵.

⁶⁵ Stähr, in: Hauck/Noftz, § 45 Rn. 26 m.w.N..

4. Mindestanforderungen im Einzelnen (§ 45 Abs. 2 SGB VIII)

a) „personelle Voraussetzungen“ (§ 45 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 SGB VIII)

Als Voraussetzung für die Erteilung der Betriebserlaubnis hat der Träger der Einrichtung die an den Betrieb der Einrichtung zu stellenden „personellen Voraussetzungen“ zu erfüllen. Der Inhalt der Anforderungen an die personellen Voraussetzungen zur Gewährleistung des Kindeswohls sind nach § 45 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 SGB VIII anhand des Zweckes und der Konzeption der Einrichtung zu bestimmen.

Das SGB VIII verzichtet darauf, konkrete Anforderungen an die Eignung von Betreuungskräften in Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe zu benennen. Das ist zum einen dem Gebot der partnerschaftlichen Zusammenarbeit⁶⁶ und dem aus ihm folgenden Vereinbarungsprinzip sowie zum anderen der gesetzlich in § 3 Abs. 1 SGB VIII ausdrücklich verankerten Vielfalt der Jugendhilfe geschuldet. Zudem finden die §§ 45 ff. SGB VIII Anwendung auf alle Einrichtungen, in denen Kinder und Jugendliche „ganztägig oder für einen Teil des Tages betreut werden oder Unterkunft erhalten“ (§ 45 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII), unabhängig davon, ob sie überhaupt

⁶⁶ § 4 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII.

Leistungen der Jugendhilfe erbringen⁶⁷. Mit Blick auf den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sind Standardisierungen hinsichtlich der ordnungsrechtlichen Anforderungen an den Betrieb von Einrichtungen daher nur sehr eingeschränkt zulässig.

Abhängig von den jeweiligen Gegebenheiten der Einrichtung können sich die jeweils einrichtungsbezogen zu bestimmenden Voraussetzungen sowohl auf die Personalmenge, seine fachliche Qualifikation, und auf persönliche/charakterliche Eignung beziehen.

Die Anforderungen an die Eignung der Betreuungskräfte ergeben sich aus der Zweckbestimmung der Einrichtung und den jeweiligen Funktionen des Personals in ihr⁶⁸. Die Anforderungen an die Eignung des Betreuungspersonals steigen mit dem Anspruch an ihre Funktion in der Einrichtung⁶⁹.

⁶⁷ Auch Einrichtungen, die keine Leistungen nach dem SGB VIII erbringen, sondern deren Zweck außerhalb der Jugendhilfe liegt, benötigen, wenn sie Kinder oder Jugendliche betreuen/ beherbergen, einer Betriebserlaubnis nach § 45 SGB VIII. Ausnahmen sind in § 45 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII abschließend benannt.

⁶⁸ BVerwG, FEVS 32, 45.

⁶⁹ OVG NRW, Jugendhilfe 2001, 43.

Maßgeblich für die Bestimmung der Personalanforderungen ist die von dem Träger der Einrichtung im Betriebserlaubnisverfahren gemäß § 45 Abs. 3 Nr. 1 vorzulegende Konzeption. Diese Konzeption ist nicht gleichzusetzen mit der mit dem örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe ggf. zu verhandelnden Leistungsvereinbarung nach § 78b SGB VIII bzw. der einer solchen Vereinbarung zugrunde liegenden Leistungsbeschreibung. Die Leistungsvereinbarung nach § 78b SGB VIII dient der detaillierten Definition des Inhalt, des Umfangs und der Qualität der Leistungen der Einrichtung zur Deckung individueller Hilfebedarfe (also nicht nur zur Gewährleistung des Kindeswohls) und als Bemessungsgrundlage für ein leistungsgerechtes Entgelt, nicht dem Nachweis der Erfüllung ordnungsrechtlicher Mindestanforderungen. Die Leistungsvereinbarung nach § 78b SGB VIII soll nach der gesetzlichen Konzeption unabhängig von der Betriebserlaubnis und der ihr zugrundeliegenden Konzeption verhandelbar sein.

(1) Fachliche Qualifikation

Die fachlichen Anforderungen an das in der Einrichtung tätige Personal bemessen sich anhand der ihm konzeptionell jeweils zugedachten Aufgabe.

In § 72 Abs. 1 SGB VIII sind gesetzliche Anforderungen an das bei den Trägern der öffentlichen Jugendhilfe beschäftigte („hauptamtliche“) Personal geregelt. Diese Anforderungen treffen die Träger der freien Jugendhilfe nicht unmittelbar, enthalten jedoch Wertungen, aus denen sich Kriterien für die Beurteilung der Eignung des Personals freier Träger entnehmen lassen⁷⁰. Nach § 72 Abs. 1 SGB VIII sollen die Träger der öffentlichen Jugendhilfe nur Personen beschäftigen, welche sich „nach ihrer Persönlichkeit eignen“, und

„Eine dieser Ausgabe entsprechende Ausbildung erhalten haben (Fachkräfte) oder auf Grund besonderer Erfahrungen in der sozialen Arbeit in der Lage sind, die Aufgabe zu erfüllen.“

Die fachliche Eignung des Personals kann sich also grundsätzlich sowohl aus einer

⁷⁰ In Ansehung der konzeptionellen und organisatorischen Unabhängigkeit der freien Jugendhilfe (§ 3 Abs. 1 SGB VIII) dürfte von der freien Jugendhilfe kein grundsätzlich „schärferer“ Standard einrichtungsunabhängig verlangt werden können.

einschlägigen Fachqualifikation (einem „Fachkraftstatus“) als auch aus sonstigen Erwägungen, insbesondere aus „besonderen Erfahrungen in der sozialen Arbeit“ ergeben. Ein grundsätzliches „Fachkräftegebot“ kennt das SGB VIII nicht⁷¹. Auch der Einsatz spezifisch pädagogisch „ungelernter“ Kräfte oder von Kräften mit nicht-pädagogischer (Grund-)Qualifikation, die sich für die Wahrnehmung ihrer Aufgabe im Rahmen eines Angebotes eignen, ist daher nicht grundsätzlich ausgeschlossen, sondern entsprechend der Wertung des § 72 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII nur, wenn „die jeweilige Aufgabe dies erfordert“. Ein solches Erfordernis ist gemäß § 45 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 SGB VIII auf das jeweilige Angebot bezogen zu beurteilen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass im Rahmen der Heimaufsichtsverwaltung allein Anforderungen gestellt werden können, welche zur Gewährleistung des Kindeswohls erforderlich sind.

Als „Fachkräfte“ im Sinne des § 72 SGB VIII kommen in einer Einrichtung der Kinder- und Jugendhilfe – je nach Funktion – insbesondere heilpädagogisch, sozialpädagogisch oder erzieherisch ausgebildete in Betracht. Je nach fachlicher Ausrichtung und Zielsetzung des Leistungsangebotes können darüber hinaus u. a. auch Psychologen und Psychothe-

⁷¹ Mörsberger, in: Wiesner, SGB VIII, 4. Auflage, § 45 Rn. 43; Mann, in: Schellhorn, SGB VIII, 4. Auflage, § 45 Rn. 14.

rapeuten (z. B. zur Herstellung eines sog. „therapeutischen Milieus“⁷²), Ärzte (z. B. in Einrichtungen für Drogenabhängige oder ehemals Drogenabhängige), sowie Lerntherapeuten und Lehrer (z. B. in Einrichtungen zur (Wieder-)Eingliederung in das Regelschulsystem) eingesetzt werden. Als sonstige geeignete Kräfte, so sie sich nach ihrer Erfahrungen in der sozialen Arbeit eignen, kommen u. a. Handwerker (z. B. in Einrichtungen mit Angeboten zur Vorbereitung auf eine Teilhabe am Arbeitsleben) oder auch pflegerisch ausgebildetes Personal (z. B. in Einrichtungen, in denen auch sehr junge Kinder betreut werden) etc. in Betracht.

Ohne weiteres rechtswidrig wäre, ausschließlich (also nicht einrichtungsbezogen) den Einsatz von (z. B.) Sozialpädagogen oder Erziehern etc. in Einrichtungen der Jugendhilfe zu verlangen⁷³. Erforderlich ist vielmehr eine einrichtungsindividuelle Betrachtung der erforderlichen Qualifikation der Betreuungskräfte unter Berücksichtigung der Konzeption, der Zielgruppe und der Anforderungen an die jeweils auszuübende Tätigkeit.

⁷² vgl. § 27 Abs. 3 Satz 1 SGB VIII.

⁷³ So aber z. B. die „Richtlinien für (teil-)stationäre Einrichtungen in Hessen“ vom 24.02.2014, welche ausdrücklich lediglich staatlich anerkannte Erzieher, Sozialpädagogen, Sozialarbeiter, Diplompädagogen, Sozialpädagogen etc. oder „sonstige Betreuungskräfte mit gleichwertiger Ausbildung“ für den Einsatz im Gruppendienst zulassen.

Verhältnismäßig dürfte allenfalls die Mindestanforderung sein, für die Betreuung von Kindern in Einrichtungen der Jugendhilfe *auch* pädagogische Fachkräfte im Gruppendienst zu beschäftigen⁷⁴. Soweit Landesrecht (zum Beispiel in Baden-Württemberg, Sachsen und Thüringen) formale Qualifikationsvoraussetzungen (also den Einsatz von Fachkräften) vorgibt, ist das nur zulässig, wenn und soweit Öffnungsklauseln den Einsatz (aus sonstigen Gründen) geeigneten Personals ermöglichen.

Besondere Anforderungen werden regelmäßig an die formale Qualifikation des Leitungspersonals gestellt. Die einschlägigen Richtlinien und sonstigen Verwaltungsvorschriften fordern regelmäßig den ausschließlichen Einsatz pädagogischer Fachkräfte im Sinne des § 72 SGB VIII⁷⁵. Insoweit dürfte zugestan-

⁷⁴ so schreibt die (allerdings derzeit in Überarbeitung befindliche) Heimrichtlinie Schleswig-Holstein unter 9.2 eine „Fachkraftquote“ von mindestens 50 % vor. Angemessen insoweit auch die Richtlinien für Hilfen zur Erziehung pp. Des Landes Sachsen-Anhalt vom 30.05.1994, welche fordern, dass Mitarbeiter im Gruppendienst „die nicht als Fachkräfte gelten“, über „pädagogische Grundkenntnisse und eine entsprechende Weiterbildung verfügen“ sollen.

⁷⁵ Sachsen-Anhalt, Hessen und Thüringen: Sozialpädagogische/psychologischer- bzw. Fachschulabschluss und eine Berufserfahrung von mindestens drei Jahren in der Heimerziehung. Etwas „weicher“ die in Überarbeitung befindliche Heimrichtlinie Schleswig-Holsteins, welche neben Sozialpädagogen, Erziehern, Psychologinnen und

den werden, dass die Wahrnehmung von Leitungsaufgaben in Einrichtungen der Jugendhilfe nach dem SGB VIII jedenfalls dann regelmäßig eine pädagogische Grundqualifikation voraussetzt, wenn Kinder/Jugendliche mit erzieherischen Problemlagen betreut werden. Auch insoweit sind jedoch Ausnahmen denkbar⁷⁶ und im Rahmen einer Einzelfallprüfung zuzulassen.

Neben der einrichtungsabhängig zu beurteilenden Frage, ob zur Gewährleistung des Kindeswohls (nur) Fachkräfte im Leitungs- und Betreuungsdienst einzusetzen sind, oder auch der Einsatz weiteren geeigneten Personals in Betracht kommt, stellt sich in der Praxis wiederkehrend die Frage, welche einschlägigen Qualifikationen eine „Fachkraft“ aufweisen müsse, um als geeignet zu gelten. Zur Erfüllung der Definition des Begriffs einer Fachkraft nach § 72 SGB VIII ist eine der „Aufgabe entsprechende Ausbildung“ erforderlich. Vor diesem Hintergrund ist zu bezweifeln, ob die in zahlreichen Verwaltungsvorschriften geregelten Begrenzungen hinsichtlich der für einen „Fachkraftstatus“ anzuerken-

Heilpädagogen auch „Fachkräfte mit gleichwertigen Ausbildungsabschluss“ zulässt.

⁷⁶ zum Beispiel muss nicht zwingend etwas dagegen sprechen, wenn z. B. eine Person mit ergotherapeutischer Grundausbildung und Zusatzqualifikationen sowie nachgewiesener Erfahrung in der Jugendhilfe eine Einrichtung der Jugendhilfe leitet.

nenden Fachausbildungen grundsätzlich (und nicht einzelfallbezogen) rechtlich haltbar sind⁷⁷.

Die Norm des § 45 Abs. 3 Nr. 2 SGB VIII verlangt, dass der Einrichtungsträger nachweist, „die Vorlage und Prüfung von aufgabenspezifischen Ausbildungsnachweisen“ sicherzustellen. Im Sinne der Abhängigkeit der an die jeweilige Einrichtung im Sinne der Gewährleistung des Kindeswohls zu stellenden Anforderungen von dem Zweck und der Zielgruppe der Einrichtung ist diese Formulierung so auszulegen, dass die Vorlage und Prüfung von Ausbildungsnachweisen vom Einrichtungsträger sicherzustellen ist, soweit solche Ausbildungen zu fordern sind.

(2) Quantität der Personalausstattung

Gewährleistet ist das Kindeswohl nur, wenn geeignete Betreuungskräfte in ausreichender Zahl (auch bei Krankheit, Urlaub usw.) zur Verfügung stehen⁷⁸. Abhängig von dem Konzept der Einrich-

⁷⁷ So dürfte z. B. ein Kinderpfleger für die Betreuungstätigkeit in einer Einrichtung für junge Kinder eine seiner Tätigkeit entsprechende Ausbildung haben und folglich eine „Fachkraft im Sinne des § 72 SGB VIII sein. Soweit (gesetzliche oder untergesetzliche) Definitionen der in Frage kommenden Ausbildungen bestehen, ist die Ausbildung des Kinderpflegers jedoch durchweg nicht benannt.

⁷⁸ Lakies, in: FK-SGB VIII, 7. Auflage, § 45 Rn. 17 m.w.N.

tung wird eine unterschiedliche Betreuungsdichte verlangt werden müssen, aber auch (nur) verlangt werden können. Beispielsweise kann eine Einrichtung, die Leistungen nach § 34 SGB VIII über Tag und Nacht anbietet und die sich auf Psychiatrienachsorge spezialisiert hat, aufgrund des besonderen Betreuungsbedarfs ihres Klientels u. U. eine höhere Betreuungsdichte zur Verfügung zu stellen haben als eine Einrichtung ohne (oder anderer) Besonderheiten in der Zielgruppe.

Eine heimaufsichtsrechtliche Vorgabe einheitlicher Personalschlüssel bzw. vorzuhaltender Betreuungspersonalmengen, z.B. für alle Einrichtungen „nach § 34 SGB VIII“ oder „nach § 35a SGB VIII“, wird entweder (bei Vorgabe hoher Personalmengen) überzogene (nicht für die Gewährleistung des Kindeswohls der jeweiligen Zielgruppe erforderliche) und damit rechtswidrige Anforderungen an Einrichtungen ohne Besonderheiten in der Zielgruppe stellen, oder (bei Vorgabe niedriger Personalmengen) dem Schutzgedanken des § 45 SGB VIII in Bezug auf Einrichtungen für besonders betreuungsintensives Klientel nicht genügen.

Im Rahmen des Verfahrens auf Erteilung einer Betriebserlaubnis hat die zuständige Verwaltung anhand des Einrichtungskonzepts zu prüfen und zu bewerten, ob die vom Einrichtungsträger für die konkrete Leistung zur Betreuung des

angesprochenen Klientels vorgesehene Personalstärke unter Berücksichtigung zu erwartender Fehlzeiten sowie Übergeben/Nachbereitungen etc.⁷⁹ zur Gewährleistung des Kindeswohls ausreicht. Diese ist sodann in der Betriebserlaubnis (ggf. über eine Bezugnahme auf die Konzeption o. ä.) festzuschreiben.

Soweit die zur Gewährleistung des Kindeswohls erforderliche Personalmenge in der Betriebserlaubnis eine Regelung erfährt⁸⁰, wird diese häufig als „Personalschlüssel“ angegeben. Ein Personalschlüssel von 1:2 bedeutet, dass für die Betreuung zweier Kinder oder Jugendlicher eine Vollzeitkraft für die Betreuung zu beschäftigen ist⁸¹. Durch die Verwendung von Personalschlüsseln wird si-

⁷⁹ Nonninger, in: LPK-SGB VIII, 5. Auflage, § 45 Rn.27.

⁸⁰ so z. B. in Niedersachsen. Die Regelung einer quantitativen Mindestpersonalvorhaltung in der Betriebserlaubnis ist erforderlich, wenn auch nicht durchgehend üblich (z. B. nicht in Schleswig-Holstein und nicht in Hamburg), denn die Betreuung kann auch durch fachlich geeignete Kräfte nur gesichert werden, wenn diese in hinreichender Zahl vorgehalten werden.

⁸¹ Im Detail wird der Begriff des „Personalschlüssels“ jedoch regional unterschiedlich verwendet. Überwiegend wird darunter die Beschäftigung einer entsprechenden Personalmenge (Vollzeitkräfte = VK) bezeichnet. Zum Teil (vornehmlich im Bereich der Kindertagesstätten) werden diese Schlüssel aber auch als „Anwesenheitsschlüssel“ verstanden. In diesem Falle bedeutete ein Personalschlüssel von 1:10, dass für 10 Kinder jeweils eine Betreuungskraft tatsächlich in der Gruppe anwesend sein muss.

chergestellt, dass die vorzuhaltende Personalmenge abhängig von der Belegung (der Auslastung) der Einrichtung ist.

Das ist aus rechtlicher Sicht eine Notwendigkeit. So ist für die Gewährleistung des Kindeswohls bei (im Extremfall) einer Betreuung nur weniger Kindes in einer genehmigten 10er-Gruppe eine Doppelbesetzung einzelner Dienste nur in Ausnahmefällen erforderlich. Es wäre also unverhältnismäßig und damit rechtswidrig, stets den vollen Personaleinsatz für eine für zehn Kinder konzipierte Gruppe zu verlangen, auch wenn dort nur ein Teil der Plätze belegt sind⁸².

Andererseits muss gesichert sein, dass je nach Konzeption des Angebots auch bei „Unterbelegung“ eine hinreichende Betreuung zur Gewährleistung des Kindeswohls gesichert ist. Erforderlich, aber im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auch ausreichend, ist folglich die Bemessung einer quantitativen Personalvorhaltung anhand eines Personalschlüssels, mindestens aber einer fixen Personalmenge zur Sicherstellung der im Konzept des Einrichtungsträgers beschriebenen und zur Gewährleistung des

⁸² So aber die Praxis in Niedersachsen, wo von Seiten der Heimaufsichtsbehörde in der der Betriebserlaubnis zugrunde liegenden Leistungsbeschreibung (sic!) die verbindliche Festlegung einer Personalvorhaltung nach Köpfen unabhängig von der Belegung verlangt wird.

Kindeswohls ausreichenden Betreuungsintensität auch bei „Unterbelegung“⁸³.

(3) Persönliche Eignung

Erforderlich ist ferner eine persönliche Eignung der Leitungs- und Betreuungskräfte „im Sinne einer persönlichen Zuverlässigkeit und einer gesundheitlichen Eignung“⁸⁴. An einer persönlichen Eignung einer Leitungskraft kann es mangeln, wenn sie aufgrund bisherigen Verhaltens keine Gewähr dafür bietet, dass sie die Einrichtung in Anerkennung der Befugnisse der Aufsichtsbehörde ordnungsgemäß führen wird⁸⁵. An einer persönlichen/charakterlichen Eignung des Betreuungspersonals kann es z. B. fehlen, wenn eine Suchterkrankung vorliegt, welche eine fachlich vertretbare und/oder zuverlässige Betreuungstätigkeit in erheblicher Weise beeinträchtigt oder wenn eine rechtskräftige Verurteilung wegen einer in § 72a Abs. 1 genannten Straftat vorliegt.

⁸³ Wird konzeptionell eine Betreuung „über Tag und Nacht“ vorgesehen, sind bei einer angenommenen Netto-Jahresarbeitszeit von 1.600 Stunden pro Vollzeitkraft bereits rund 4,0 Vollzeitkräfte erforderlich, um die jederzeitige Anwesenheit nur einer Betreuungskraft (bei 8 Stunden Nachtbereitschaft pro Tag) sicherzustellen, wobei Übergabezeiten etc. noch nicht berücksichtigt sind.

⁸⁴ Mann, in: Schellhorn, SGB VIII, 4. Auflage, § 45 Rn. 14.

⁸⁵ Stähr, in: Hauck/Noftz, § 45 Rn. 27.

Nach § 45 Abs. 3 Nr. 2 SGB VIII hat der Einrichtungsträger im Betriebslaubnisverfahren „nachzuweisen“, dass die regelmäßige Vorlage und Prüfung von Führungszeugnissen nach § 30 Abs. 5 und § 30a Abs. 1 BZRG sichergestellt ist. Ein „Nachweis“ im strengen Sinne wird insoweit aber, weil ohne die explizit nicht geforderte Vorlage der Führungszeugnisse gegenüber der Heimaufsichtsverwaltung zu erbringen unmöglich, nicht in Betracht kommen können. Vielmehr muss ausreichend sein, dass der Träger der Einrichtung im Rahmen des Betriebslaubnisverfahrens eine entsprechende verbindliche Erklärung (z. B. in der nach § 45 Abs. 3 Nr. 1 SGB VIII vorzulegenden Konzeption) abgibt⁸⁶ und diese ggf. von der Verwaltung zum Bestandteil der Betriebslaubnis erklärt wird⁸⁷.

⁸⁶ Mann, in: Schellhorn, SGB VIII, 4. Auflage, § 45 Rn. 27 f.

⁸⁷ Nach der Auffassung von Lakies (FK-SGB VIII, 7. Auflage, § 45 Rn. 47 f.) sei § 45 Abs. 3 Nr. 2 so zu lesen, dass „von der Erlaubnisbehörde (...) Führungszeugnisse von dem Träger der Einrichtung in regelmäßigen Abständen erneut anzufordern und zu prüfen“ wären. Führungszeugnisse anzufordern und diese zu prüfen wäre danach Aufgabe der Aufsichtsbehörde. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden, sie ist bereits mit dem Wortlaut der Norm nicht in Übereinstimmung zu bringen. Eine erweiterte Auslegung über den Wortlaut hinaus kommt wegen des Eingriffscharakters der Norm und der durch den Bestimmtheitsgrundsatz gezogenen Grenzen nicht in Betracht.

Die Norm des § 45 Abs. 3 Nr. 2 SGB VIII berührt den Regelungsbereich des § 72a SGB VIII. Nach § 72a Abs. 2 SGB VIII sollen die Träger der öffentlichen Jugendhilfe „durch Vereinbarungen mit den Trägern der freien Jugendhilfe sicherstellen, dass diese keine Person, die wegen einer Straftat nach Abs. 1 Satz 1 rechtskräftig verurteilt worden ist, beschäftigen.“ Wenn nun die regelmäßige Kontrolle von Führungszeugnissen durch die Einrichtungsträger im Verhältnis zu der Heimaufsichtsverwaltung sicherzustellen ist, bleibt hinsichtlich erlaubnispflichtiger Einrichtungen kein Raum für die Vereinbarung einer abweichenden Methodik der Sicherstellung im Sinne des § 72a Abs. 2 SGB VIII. Insoweit dürften sich Vereinbarungen nach § 72a Abs. 2 SGB VIII hinsichtlich des Betriebes erlaubnispflichtiger Einrichtungen erübrigen.⁸⁸ Hinsichtlich der Methodik der Überprüfung ihres Personals sind die Träger betriebserlaubnispflichtiger Einrichtungen auf die auch dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe (§ 72a Abs. 1 Satz 2 SGB VIII) obliegenden Kontrolle der Führungszeugnisse festgelegt.

Personen, welche wegen einer in § 72 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII genannten Straftat rechtskräftig verurteilt sind, dürften nach Auffassung des Gesetzgebers grundsätzlich als persönlich ungeeignet für eine Tätigkeit in einer Einrichtung der Jugend-

⁸⁸ Nonninger, in: LPK-SGB VIII, 5. Auflage, § 45 Rn. 30.

hilfe anzusehen sein⁸⁹. Allerdings folgt ein entsprechendes Beschäftigungsverbot nicht unmittelbar aus § 45 SGB VIII⁹⁰. Somit liegt die Auffassung nahe, dass die Regelung der Ausgestaltung der Folge der Feststellung der Verurteilung wegen einer in § 72a Abs. 1 SGB VIII genannten Straftat (also das „Wie“ der Sicherstellung), weiterhin Vereinbarungen nach § 72a Abs. 2 SGB VIII vorbehalten bleibt. Kommt ein Träger der freien Jugendhilfe der Verpflichtung aus seiner Vereinbarung nach § 72a Abs. 2 SGB VIII nicht nach, ist von Seiten der Heimaufsichtsverwaltung eine Tätigkeitsuntersagung nach § 48 SGB VIII zu prüfen.

Aus der Norm des § 45 Abs. 3 Nr. 2 SGB VIII wird bisweilen hergeleitet, dass der Träger der erlaubnispflichtigen Einrichtung der Heimaufsichtsverwaltung zu melden hätte, wenn die Überprüfung der Führungszeugnisse Einträge über rechtskräftige Verurteilungen wegen der in § 72a Abs. 1 SGB VIII genannten Straftaten oder „andere Einträge“ (also hinsichtlich nicht in § 72a Abs. 1 Satz 1 SGB VIII genannter Straftaten) ergäben; auf Verlangen der Heimaufsichtsverwaltung wäre sodann das Führungszeugnis der betreffenden

⁸⁹ Nonninger, a.a.O.; Handlungsleitlinien der Bundesarbeitsgemeinschaft der Landesjugendämter zur Umsetzung des Bundeskinderschutzgesetzes im Arbeitsfeld der betriebserlaubnispflichtigen Einrichtungen nach § 45 SGB VIII, 2. Fassung 2013, S. 7.
⁹⁰ Anders wohl Nonninger, in: LPK-SGB VIII, 5. Auflage, § 45 Rn. 30.

Person vom Träger der Einrichtung vorzulegen⁹¹. Eine solche Verpflichtung lässt sich jedoch aus dem Gesetz nicht entnehmen und dürfte sowohl den Träger der freien Jugendhilfe in seinem Recht aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzen als auch datenschutzrechtlich unzulässig sein.

Die Begründung einer Verpflichtung, die Inhalte von Führungszeugnissen einzelner Beschäftigter der Heimaufsichtsverwaltung zu melden, erforderte als Eingriff in das Recht der freien Träger einer gesetzliche Grundlage. Diese existiert auch für den Fall nicht, dass ein Träger der freien Jugendhilfe im Rahmen der Überprüfung der Führungszeugnisse seiner Mitarbeiter/-innen die Eintragung einer Verurteilung wegen einer in § 72 a Abs. 1 SGB VIII genannten Straftat feststellt. Für diesen Fall wird der Einrichtungsträger aus seiner vertraglichen Vereinbarung nach § 72a Abs. 2 SGB VIII verpflichtet sein, diese Person nicht weiter zu beschäftigen. Eine gesetzliche Verpflichtung, den Tatbestand des einschlägigen Eintrags personenbezogen der Heimaufsichtsverwaltung zu melden, besteht aber nicht. Eine entsprechende personenbezogene Meldung dürfte zudem im (arbeitsrechtlichen) Verhältnis des

⁹¹ Handlungsleitlinien der Bundesarbeitsgemeinschaft der Landesjugendämter zur Umsetzung des Bundeskinderschutzgesetzes im Arbeitsfeld der betriebsleiterpflichtigen Einrichtungen nach § 45 SGB VIII, 2. Fassung 2013, S. 7.

freien Trägers zu seinem Mitarbeiter/-innen einen Rechtsverstoß darstellen, somit dürfte dem freien Träger auch die Berechtigung zu einer solchen Meldung gegenüber der Heimaufsichtsverwaltung fehlen.

Das gilt erst recht in Bezug auf eingetragene rechtskräftige Verurteilungen wegen anderer als den in § 72a Abs. 1 SGB VIII genannten Straftaten. An Eintragungen in Führungszeugnisse, welche keine Verurteilung wegen einer in § 72a Abs. 1 SGB VIII genannten Straftat betreffen, knüpft der Gesetzgeber selbst keine Konsequenzen. Zwar ist es denkbar, dass auch die rechtskräftige Verurteilung wegen anderer als den in § 72a Abs. 1 SGB VIII genannten Straftaten Zweifel an der persönlichen Eignung einer in der Jugendhilfe tätigen Person zu begründen geeignet sind. Einen zwingenden Zusammenhang, den der Gesetzgeber zwischen den in § 72a Abs. 1 SGB VIII benannten Straftaten und einer mangelnden persönlichen Eignung für eine Tätigkeit in der Jugendhilfe herstellt, sieht er zu Recht hinsichtlich der Verurteilung wegen anderer Straftaten nicht. Die Annahme einer Verpflichtung zur personenbezogenen Meldung von Eintragungen rechtskräftiger Verurteilungen wegen anderer als der in § 72a Abs. 1 SGB VIII genannten Straftaten hat keine rechtliche Grundlage.

b) räumliche Voraussetzungen

Die räumlichen Rahmenbedingungen einer Einrichtung müssen zum einen sicherheitstechnischen Anforderungen und zum anderen hinsichtlich ihrer Größe und ihres Zuschnittes „fachlich-methodischen Erfordernissen“⁹² genügen. Wiederum ist zu beachten, dass „keine optimale (...) Unterkunftsgewährung gewährleistet, sondern nur ein Mindeststandard sichergestellt werden soll“⁹³. Die Größe und die Ausstattung der Einrichtung können daher einfachem Standard entsprechen, müssen aber einen hinreichenden Rahmen für die in der Konzeption des Einrichtungsträgers dargestellte pädagogische Arbeit bieten. Komfortstandards, die zur Gewährleistung des Kindeswohls im Rahmen der vom Einrichtungsträger konzeptionierten Leistung nicht erforderlich sind, können unter keinen Umständen gefordert werden⁹⁴.

⁹² Mörsberger, in: Wiesner, SGB VIII, 4. A. Rn. 49a.

⁹³ Mann, in: Schellhorn, SGB VIII, 4. A., § 45 Rn. 16 mit Verweis u. a. auf OVG Münster, Urteil vom 20.03.2000, 16 A 4169/98; Gerstein, in: GK-SGB VIII, § 45 Rn. 22.

⁹⁴ So kann als Standard für Einrichtungen der Hilfe zur Erziehung z. B. nicht festgelegt werden, dass jedem Bewohner ein eigenes Bad zur Verfügung stehen müsse, dass eine Kindstageseinrichtung Abstellräume für Kinderwagen der Eltern bereitzuhalten habe, dass ein ggf. unansehnliches Gasrohr in der Küche zu verkleiden oder dass eine Wohngruppe mit einem Gefrierschrank auszustatten sei.

Welche Raumgrößen für Bewohner-, Gemeinschafts- und Funktionsräume vorzuhalten sind, ist in der Praxis oft Gegenstand von Meinungsverschiedenheiten. Während das Heimordnungsrecht der Länder betreffend die Aufsicht über Einrichtungen der Behinderten- und Altenhilfe regelmäßig Mindestgrößen (zumindest) für Bewohnerzimmer regelt, gibt das SGB VIII insoweit nichts Konkretes vor und berücksichtigt so, dass auch insoweit die Konzeption und der Bedarf der angesprochenen Zielgruppe maßgeblich sind. Standardisierungen sind lediglich auf einem sehr bescheidenen Niveau zulässig und regelmäßig nur dann, wenn Besonderheiten der Konzeption und der Zielgruppe der Leistung im Einzelfall Berücksichtigung finden können. Auch ein Kinderzimmer von unter 10 m² Größe kann im Sinne von Mindestanforderungen bedarfsgerecht sein. So muss z. B. das Zimmer eines Kindes in einer Einrichtung der Hilfe zur Erziehung nicht groß sein, wenn Gruppen- oder Gemeinschaftsräume ergänzend zur Verfügung stehen. Stellt das „Bewohnerzimmer“ aber (ausschließlich oder überwiegend) den Lebensmittelpunkt dar, wird ein sehr kleines Zimmer den Bedürfnissen ggf. nicht mehr gerecht.

Ebenso wie die Raumgröße ist die heimrechtliche Zulässigkeit von Mehrbettzimmern regelmäßig Gegenstand von Meinungsverschiedenheiten zwischen

Einrichtungsträgern und Heimaufsichtsbehörden. Eine grundsätzliche Unzulässigkeit von Mehrbettzimmern im Bereich stationärer Hilfen zur Erziehung für Kinder und Jugendliche⁹⁵ ist rechtlich nicht zu begründen. Es kann nicht grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass die Unterbringung in Mehrbettzimmern die Gewährleistung des Wohls von Kindern und Jugendlichen beeinträchtigt oder auch nur erschwert. Tatsächlich kann die Unterbringung von Kindern und Jugendlichen in Mehrbettzimmern, abhängig von deren individuellen Hilfebedarf, sogar pädagogisch angezeigt sein. Daher ist eine Betriebserlaubnis für eine Einrichtung der Hilfe zur Erziehung, die ausschließlich Mehrbettzimmer vorsieht, regelmäßig zu erteilen⁹⁶. Ob die Inanspruchnahme einer solchen Einrichtung im Einzelfall dem Bedarf eines konkreten Kindes/Jugendlichen entspricht, betrifft die Frage der individuellen Hilfeplanung (§ 36 SGB VIII).

Für Einrichtungen nach § 19 SGB VIII stellt sich die besondere Frage, ob gesonderte Kinderzimmer vorzusehen sind oder die Bereitstellung jeweils eines Zimmers für

⁹⁵ Die Anforderungen der §§ 45 ff. SGB VIII gelten nicht für junge Volljährige.

⁹⁶ Ausnahmen können sich wiederum aus der angesprochenen Zielgruppe und/oder dem Einrichtungskonzept ergeben. So können z. B. Einzelzimmer erforderlich sein, wenn Kinder und Jugendliche mit besonderen Verhaltensauffälligkeiten/seelischen Störungen konzeptionell angesprochen sind.

Mutter/Vater und Kind zur gemeinsamen Nutzung heimrechtlich ausreicht, wenn Gemeinschaftsräume zur Verfügung stehen. Werden ausschließlich Mütter/Väter mit kleineren Kindern von unter drei Jahren aufgenommen, dürfte das der Fall sein, während für ältere Kinder – auch unter Berücksichtigung der Bedürfnisse der Mutter/des Vaters – die Forderung nach einem Kinderzimmer⁹⁷ plausibel ist.

Insbesondere hinsichtlich der sicherheitstechnischen Beschaffenheit der Einrichtungsgebäude ergeben sich auch rechtliche Anforderungen aus Normen außerhalb des SGB VIII. Zu nennen sind hier Vorschriften des Gesundheitsschutzes, des Bauordnungsrechts, des Arbeitsschutzes, der Unfallverhütung und des Brandschutzes. Insoweit haben die für die Umsetzung dieser Vorschriften zuständigen Behörden eigene Prüfungsbefugnisse und -pflichten, denn durch die §§ 45 ff. SGB VIII ist die Aufsicht über Einrichtungen nicht auf die nach dem SGB VIII zuständige Behörde konzentriert⁹⁸.

Daher ist es nicht ausgeschlossen, dass (z. B.) die baurechtlich geregelten sicherheitstechnischen Anforderungen an eine Einrichtung andere sind als die der Heimaufsichtsbehörde nach dem SGB VIII. Eine Nutzung einer Einrichtung (z. B.) als Kindertagesstätte kann also

⁹⁷ auch ggf. als Mehrbett- Kinderzimmer.

⁹⁸ Mann, in: Schellhorn, SGB VIII, 4. A., § 45 Rn. 33.

durchaus den baurechtlichen Anforderungen der Baubehörde entsprechen und dennoch den Anforderungen der Heimaufsicht nach dem SGB VIII, soweit plausibel und am Maßstab des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes begründet, nicht genügen (oder umgekehrt). Eine bauordnungsrechtliche Zustimmung bindet die Heimaufsichtsbehörde nach dem SGB VIII nicht; umgekehrt ist die Bauaufsichtsbehörde an eine ggf. bereits erteilte Betriebserlaubnis nach dem SGB VIII nicht gebunden. Es besteht auch keine Rangordnung zwischen den jeweils einschlägigen Rechtsvorschriften. Ob Anforderungen der Heimaufsicht an den baulichen Zustand einer Einrichtung strenger oder geringer sein dürfen als die (z. B.) der Bauaufsicht ist wiederum eine Frage des Einzelfalles, also der Verhältnismäßigkeit der Anforderungen am Maßstab der Gewährleistung des Kindeswohls⁹⁹.

Um hiernach widersprüchliche Entscheidungen der unterschiedlichen Behörden zu vermeiden, ist die zuständige

⁹⁹ so auch Mörsberger, in: Wiesner, SGB VIII, 4. Auflage, § 45 Rn. 71. So ist z. B. denkbar, dass zum Schutze der Kinder und Jugendlichen ein zweiter Fluchtweg verlangt werden kann, welcher bauordnungsrechtlich nicht erforderlich ist, aber in Ansehung des Alters und der Zahl der betreuten Kinder zur Gewährleistung des Kindeswohls nach Maßgabe des SGB VIII zu verlangen ist. Insoweit dürften aber strenge Anforderungen an die Begründung der Forderung der Heimaufsicht zu stellen sein.

Heimaufsichtsbehörde verpflichtet, „ihr Tätigwerden zuvor mit der anderen Behörde abzustimmen“¹⁰⁰. In der Praxis hält sich die Heimaufsichtsverwaltung hinsichtlich der Beurteilung des baulichen/sicherheitstechnischen Zustandes einer Einrichtung regelmäßig zurück, bis entsprechende Stellungnahmen/Genehmigungen der insoweit (auch) zuständigen Behörden vorliegen und macht die Erteilung der Betriebserlaubnis von den Bewertungen dieser Behörden abhängig. Ein solches Verfahren entspricht zwar nicht dem Gebot der vorherigen Abstimmung¹⁰¹, führt aber dann nicht zu problematischen Ergebnissen, wenn die Heimaufsicht keine weitergehenden/anderen Anforderungen hinsichtlich der durch die andere Behörde bewerteten Aspekte stellt¹⁰².

Absprachen mit anderen Behörden sind allerdings nur geboten, soweit bei deren inhaltlichen Prüfungen Aspekte betroffen sind, die Relevanz in Bezug auf die Gewährleistung des Kindeswohls haben,

¹⁰⁰ § 45 Abs. 5 Satz 1 SGB VIII.

¹⁰¹ Mann, in: Schellhorn, SGB VIII, 4. Auflage, § 45 Rn. 33.

¹⁰² Problematisch und nicht § 45 Abs. 5 Satz 1 SGB VIII entsprechend ist ein solches Vorgehen aber dann, wenn die Heimaufsicht nach dem SGB VIII zusätzliche oder andere (z. B.) bauliche Anforderungen stellt, die im Widerspruch zu den Anforderungen der Bauaufsichtsbehörde stehen. In solchen Fällen ist eine vorherige Absprache zwischen den Behörden unabdingbar.

deren Bewertung durch die Heimaufsicht nach §§ 45 ff. SGB VIII, also gesetzlich vorgesehen sind. Rechtswidrig handelt die Heimaufsichtsverwaltung daher, wenn sie die Erteilung einer Betriebserlaubnis mit dem Hinweis auf fehlende Genehmigungen/Zustimmungen anderer Behörden im Zusammenhang mit Gegenständen verweigert, die die Gewährleistung des Wohls der Kinder und Jugendlichen nicht betreffen¹⁰³.

In Betriebserlaubnisverfahren werden Trägern von Einrichtungen regelmäßig Vorgaben hinsichtlich der Einrichtungs- und/oder Gruppengröße gemacht. Derartige Vorgaben finden sich auch in Empfehlungen und Richtlinien einiger Landesjugendämter¹⁰⁴. In Ansehung der

¹⁰³ Gegenstand von Spannungen ist in diesem Zusammenhang gelegentlich die bauplanungsrechtliche Situation hinsichtlich der Nutzung eines Gebäudes als Einrichtung der Jugendhilfe. Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit der Nutzung betrifft die Gewährleistung des Kindeswohles in der Einrichtung grundsätzlich nicht. Die Erteilung einer Betriebserlaubnis wegen fehlender bauplanungsrechtlicher Nutzungsgenehmigung kann daher allenfalls dann versagt werden, wenn die Einrichtung dadurch in ihrem Bestand gefährdet wäre, also zu besorgen ist, dass die Einrichtung nach Betriebsaufnahme zu Lasten der dort untergebrachten Kinder kurzfristig wieder schließen muss.

¹⁰⁴ So regelt die Richtlinie für Hilfen zur Erziehung pp. des zuständigen Ministeriums des Landes Sachsen-Anhalt vom 30.05.1994, dass ein Haus in der Regel nicht mehr als 30 Plätze haben sollte, die Einrichtungen nach Gruppen zu strukturieren sind, die Gruppengröße nicht mehr als 12

unbestrittenen Tatsache, dass Heime/ Einrichtungen aus mehreren Gebäuden bestehen oder dezentral organisiert sein können, dürfte die Vorgabe einer absoluten Platz-Obergrenze für Einrichtungen von vornherein nicht haltbar sein. Gleiches gilt in Bezug auf die Betreuungsorganisation („in Gruppen“) und in Bezug auf mitunter sehr restriktive Vorgaben hinsichtlich der Gruppengröße¹⁰⁵.

Es ist nicht erkennbar, dass die Gewährleistung des Kindeswohls ausnahmslos nur möglich wäre, wenn in kleinen Einrichtungen in Gruppen von bis zu zehn Kindern/Jugendlichen betreut und erzogen würde. Vorgaben hinsichtlich der Gruppengröße müssen sich im Einzelfall anhand des angesprochenen Klientels und der Konzeption der Einrichtung vor dem Hintergrund des Schutzes des Kindeswohls rechtfertigen lassen. Absolute Vorgaben dürften auch gegen §§ 3 und 4 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII verstoßen¹⁰⁶.

Kinder/Jugendliche betragen soll. Nach den (für die Verwaltung verbindlichen) „Empfehlungen“ des Freistaates Thüringen vom 03.09.1992 sollen die Gruppen nicht mehr als 10 Personen umfassen, bei Leistungen der Eingliederungshilfe nur 6 bis 8. Nach den Richtlinien für (teil-)stationäre Einrichtungen in Hessen vom 24.02.2014 sollen neu errichtete Heime in der Regel nicht mehr als 27 Plätze umfassen. Die Gruppengröße soll in der Regel nicht mehr als 9 junge Menschen umfassen.

¹⁰⁵ So beabsichtigt das Land Schleswig-Holstein in seinem Entwurf einer Landesverordnung (KJVO – Stand 16.07.2014) die Festlegung einer absoluten Obergrenze von 10 Plätzen pro „Heimgruppe“.

¹⁰⁶ Nach § 3 Abs. 1 SGB VIII ist die Jugendhilfe „ge-

c) wirtschaftliche Voraussetzungen

Auch vor Inkrafttreten des BKiSchG zum 01.01.2012 hatte sich, soweit feststellbar, nach einhelliger Auffassung der Kommentarliteratur die Erlaubnisprüfung „auch auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des Trägers der Einrichtung erstrecken“¹⁰⁷. Nunmehr ist die Erfüllung der wirtschaftlichen Voraussetzungen für den Betrieb der Einrichtung ausdrücklich Voraussetzung für die Erteilung der Betriebserlaubnis. Diese Regelung hat insofern ihre Berechtigung, als das Kindeswohls kaum gewährleistet wäre, wenn eine Einrichtung, die den Lebensmittelpunkt (das „Zu Hause“) der dort wohnenden Kinder und Jugendlichen bildet, binnen kürzester Zeit nach Betriebsaufnahme aus wirtschaftlichen Gründen schließen müsste oder die Bewohner/-innen aus mangelnden wirtschaftlichen Möglichkeiten nicht hinreichend versorgt würden¹⁰⁸. Auf der anderen Seite

kennzeichnet durch die Vielfalt von (...) Inhalten, Methoden und Arbeitsformen“. Nach § 4 Abs. 2 SGB VIII hat die öffentliche Jugendhilfe „die Selbstständigkeit der freien Jugendhilfe in Zielsetzung und Durchführung ihrer Aufgaben (...) zu achten“.

¹⁰⁷ Mörsberger, in: Wiesner, SGB VIII, 4. Auflage, § 45 Rn. 51.

¹⁰⁸ Nach OVG Lüneburg, Beschluss vom 18.06.2012, Az. 4 LA 27/11, ist in der Regel eine Gefährdung des Wohls von Kindern und Jugendlichen in einer Einrichtung anzunehmen, wenn der Einrichtungsträger nicht in der Lage ist, seine fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen und er Ver-

muss berücksichtigt werden, dass das Risiko der wirtschaftlichen Betriebsführung bei dem Träger der Einrichtung liegt und sich seine Einrichtung „am Markt“ bewähren muss. Auch im Falle sorgfältigster Planung ist eine Auslastungsprognose nur eingeschränkt möglich.

Dass der dauerhafte wirtschaftliche Bestand einer Einrichtung nie mit letzter Sicherheit prognostiziert werden kann, ist auch in Ansehung damit einhergehender Unwägbarkeiten hinsichtlich der Betreuungskontinuität in Ansehung des Grundrechts des Einrichtungsträgers aus Art. 12 Abs. 1 GG hinzunehmen. Eine „Restunsicherheit“ ist bei einer auslastungsabhängigen Finanzierung der Jugendhilfe systemimmanent.

Als Ergebnis einer Abwägung des (für eine dauerhafte Gewährleistung des Kindeswohls) Interesses an einer dauerhaften Sicherung des Bestands einer Einrichtung einerseits und des Grundrechts der Einrichtungsträger aus Art. 12 Abs. 1 GG andererseits müssen sich die Anforderungen der Heimaufsichtsverwaltung an die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Einrichtungsträgers im Betriebserlaubnisverfahren darauf beschränken, von dem Einrichtungsträger den Nach-

bindlichkeiten, die im Zusammenhang mit dem Betrieb der Einrichtung entstanden sind [konkret dort: Sozialversicherungsabgaben], in erheblichem Umfang nicht erfüllt hat.

weis finanzieller Rücklagen (bzw. der Möglichkeit des Zugriffs auf Mittel Dritter), die ein „planmäßiges Anfahren“ der Einrichtung ermöglichen, zu verlangen.

Regelmäßig wird gefordert, dass der Betrieb der Einrichtung aus Mitteln des Trägers mindestens drei Monate aufrechterhalten werden kann¹⁰⁹. Darüber hinausgehend wird regelmäßig unter Verwendung allgemeiner Formulierungen verlangt, dass der Betrieb einer Einrichtung wirtschaftlich so gesichert sein müsse, dass das Wohl der jungen Menschen gewährleistet ist¹¹⁰.

Da eine Einrichtung bei Aufnahme des Betriebes zunächst nur gering ausgelastet sein wird, wird im Betriebserlaubnisverfahren in der Regel verlangt werden können, dass eine wirtschaftliche Reserve in Höhe etwa der Betriebskosten der voll ausgelasteten Einrichtung für ein bis zwei Monate verfügbar ist. Betreibt ein Einrichtungsträger jedoch bereits zuverlässig mehrere gut ausgelastete Einrichtungen, wird die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit dieses Trägers regel-

¹⁰⁹ Nach den Richtlinien für (teil-)stationäre Einrichtungen in Hessen vom 24.02.2014 ist im Rahmen des Erlaubnisverfahrens ein „Betriebsmittelnachweis für mindestens drei Monate“ zu erbringen.

¹¹⁰ Lakies, in: FK-SGB VIII, 7. Auflage, § 45 Rn. 31; Nonninger, in: LPK-SGB VIII, 4. Auflage, § 45 Rn. 26; Mörsberger, in: Wiesner, SGB VIII, 4. Auflage, § 45 Rn. 51.

mäßig ohne Nachweis vorausgesetzt werden können. Auch hinsichtlich der Bestimmung der wirtschaftlichen Voraussetzungen sind die Grenzen der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Im laufenden Einrichtungsbetrieb die Erstellung und Prüfung eines jährlichen Wirtschafts- oder Haushaltsplanes¹¹¹ zu verlangen, ist von § 45 SGB VIII nicht gedeckt.

d) fachliche Voraussetzungen

Ferner sind nach § 45 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 SGB VIII als Voraussetzung für die Erteilung einer Betriebserlaubnis die „fachlichen“ Voraussetzungen für den Betrieb einer Einrichtung zu erfüllen. Welche Voraussetzungen durch das Gesetz konkret gefordert werden, ist umso unklarer, als hinsichtlich der fachlichen Gestaltung der Leistung eines Einrichtungsträgers der Kernbereich seines autonomen Betätigungsrechts als einem Träger der freien Jugendhilfe betroffen ist.

Gemäß § 3 Abs. 1 SGB VIII ist die Jugendhilfe „gekennzeichnet durch die Vielfalt von Trägern unterschiedlicher Wertorientie-

¹¹¹ Die Richtlinien für die Hilfe zur Erziehung in Einrichtungen (Runderlass vom 30.05.1994 des Landes Sachsen-Anhalt) verlangen von einem Einrichtungsträger die jährliche Aufstellung eines Wirtschaftsplans und die jährliche Rechnungsprüfung „durch eine sachkundige Person (z. B. Wirtschaftsprüfer)“

rungen und die Vielfalt von Inhalten, Methoden und Arbeitsformen“. Gemäß § 4 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII hat die öffentliche Jugendhilfe „die Selbstständigkeit der freien Jugendhilfe in Zielsetzung und Durchführung ihrer Aufgaben zu achten.“ Die vom Träger der Einrichtung selbst formulierten Erziehungsziele und -methoden sowie ggf. weltanschauliche Grundrichtung sind daher grundsätzlich heimaufsichtsrechtlich zu akzeptieren, so lange damit keine Gefährdung des Wohls der Kinder und Jugendlichen einhergeht¹¹² und sich diese Ziele, Methoden und Weltanschauungen auf dem Boden der verfassungsmäßigen Ordnung der Bundesrepublik Deutschland bewegen. Ob die vom Träger der Einrichtung selbst gesetzten Erziehungsziele und -methoden sowie Weltanschauungen aus Sicht der Heimaufsichtsverwaltung fachlich vernünftig sind, ist ohne rechtliche Relevanz.

e) Gesellschaftliche und sprachliche Integration

Die ursprünglich auf Initiative des Bundesrates in das Gesetz aufgenommene aufsichtsrechtliche Anforderung der Unterstützung der gesellschaftlichen und sprachlichen Integration Minderjähriger (§ 45 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB VIII) berück-

¹¹² Mann, in: Schellhorn, SGB VIII, 4. Auflage, § 45 Rn. 18; Mörsberger, in: Wiesner, SGB VIII, 4. Auflage § 45 Rn. 50.

sichtigt zuvörderst das Interesse an der Förderung der Integration von Migranten. Diese Absicht spiegelt sich darin wieder, dass nur zwei Aspekte von Integration in der Formulierung des Gesetzes Erwähnung finden, nämlich die Sprachliche und die Gesellschaftliche.

Die praktische Bedeutung dieser Regelung ist überschaubar. Eine Integration von Kindern und Jugendlichen in die Gesellschaft ist ohnehin ein wichtiger Aspekt der Gewährleistung des Kindeswohls, so dass jedenfalls die Behinderung einer altersgerechten gesellschaftlichen Integration in einer Einrichtung lebender Kinder und Jugendlicher ohnehin im Rahmen des Betriebserlaubnisverfahrens zu berücksichtigen wäre¹¹³. Die gesetzliche Anforderung des § 45 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 SGB VIII hat folglich kaum praktische Bedeutung, sondern wirkt allenfalls klarstellend mit Blick auf Einrichtungsträger, die integrationsfeindliche Ziele verfolgen¹¹⁴.

¹¹³ So auch Mörsberger, in: Wiesner, SGB VIII, 4. Auflage, § 45 Rn. 47a.

¹¹⁴ z. B. religiös/weltanschaulich fanatische Gruppierungen, vgl. Mann, in: Schellhorn, SGB VIII, 4. Auflage, § 45 Rn. 20.

f) Gesundheitliche Vorsorge und medizinische Betreuung

In § 45 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB VIII ist die weitere Voraussetzung geregelt, dass „die gesundheitliche Vorsorge und die medizinische Betreuung der Kinder und Jugendlichen nicht erschwert werden“. Die neue Formulierung der durch das BKiSchG inhaltlich nicht veränderten Anforderung entspricht der neuen Systematik des § 45 SGB VIII, den Anspruch auf Erteilung einer Betriebserlaubnis nunmehr positiv zu formulieren.

Aus eigener Kraft gewährleisten kann der Träger einer Einrichtung die medizinische Betreuung der Minderjährigen grundsätzlich nicht, denn Leistungen der Gesundheitsvorsorge und der medizinischen Betreuung sind regelmäßig keine Leistungen nach dem SGB VIII und Einrichtungen der Jugendhilfe leisten typischer Weise keine medizinische Versorgung und sind hierzu auch nicht verpflichtet, insoweit sind lediglich Ausnahmefälle denkbar¹¹⁵.

¹¹⁵ So können Leistungen der medizinischen Rehabilitation durchaus Gegenstand der Eingliederungshilfe nach § 35a SGB VIII sein (§ 35a SGB VIII i.V.m. § 54 Abs. 1 SGB XII i.V.m. §§ 30 ff. SGB IX). Allerdings werden Leistungen der Gesundheitsvorsorge und medizinischen Betreuung aufgrund des Nachranges der Jugendhilfe (§ 10 SGB VIII) gegenüber Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung (SGB V) kaum je als Leistungen der Jugendhilfe gewährt.

Jedenfalls im Rahmen einer stationären Jugendhilfemaßnahme zählt es in Wahrnehmung der erzieherischen Kompetenzen aus § 1688 BGB aber zu den selbstverständlichen Aufgaben der Arbeit in einer Einrichtung der Jugendhilfe zur Gewährleistung des Kindeswohls, auf die Gesundheitsvorsorge der Kinder und Jugendlichen zu achten und bei Bedarf für medizinische Hilfe in Absprache mit den Personensorgeberechtigten und unter Inanspruchnahme von Leistungen der insoweit vorrangig zuständigen Leistungsträger (nach dem SGB V) zu sorgen. Eine Relevanz wird die Vorschrift des § 45 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Var. SGB VIII daher allenfalls in Extremfällen haben, so z. B. dann, wenn die weltanschauliche/religiöse Ausrichtung eines Einrichtungskonzeptes die Inanspruchnahme medizinischer Leistungen ausschließt oder bestimmte Behandlungsmethoden abgelehnt werden¹¹⁶. Die praktische Bedeutung der Regelung ist gering¹¹⁷.

¹¹⁶ Denkbar ist z. B. die grundsätzliche Ablehnung der Schulmedizin und Beschränkung auf „Naturheilverfahren“/Homöopathie o.Ä. aus weltanschaulichen Gründen.

¹¹⁷ Mann, in: Schellhorn, SGB VIII, 4. Auflage, § 45 Rn. 19; Mörsberger, in: Wiesner, SGB VIII, 4. Auflage, § 45 Rn. 48.

g) Beteiligung und Beschwerde

Als weitere Voraussetzung für die Erteilung einer Betriebserlaubnis verlangt § 45 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 SGB VIII die „Sicherung der Rechte von Kindern und Jugendlichen“ durch „geeignete Verfahren der Beteiligung sowie der Möglichkeit der Beschwerde in persönlichen Angelegenheiten“. Diese Instrumente sollen „einen Machtmissbrauch in Einrichtungen erschweren“¹¹⁸.

Die Ausgestaltung dieser Anforderungen ist den Einrichtungsträgern überlassen¹¹⁹. Hinsichtlich einzuräumender Beschwerdemöglichkeiten kann sowohl ein „einrichtungsinternes“ Beschwerdekonzept als auch die Benennung einer außenstehenden Person in Betracht kommen¹²⁰. Beteiligungsmöglichkeiten können ebenso in vielfältiger Form eingeräumt werden. Die Gestaltung der (grundsätzlich in Ansehung der Subjektivität der Kinder- und Jugendlichen kaum bestreitbar notwendigen) Beteiligung kann und muss die Zielgruppe und die Konzeption der Einrichtung berücksich-

¹¹⁸ Mann, in: Schellhorn, SGB VIII, 4. Auflage, § 45 Rn. 21 mit Verweis auf den Abschlussbericht des runden Tisches „Heimerziehung in den 50er und 60er Jahren“.

¹¹⁹ Vgl. auch hier die Freiheit und Selbstständigkeit der freien Jugendhilfe gemäß § 3 Abs. 1 und § 4 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII.

¹²⁰ Lakies, in: FK-SGB VIII, 7. Auflage, § 45 Rn. 39.

tigen. Hinsichtlich der Entwicklung von Verfahren der Beteiligung und Beschwerdeverfahren haben Einrichtungsträger aus § 8b Abs. 2 SGB VIII einen Anspruch auf Beratung durch den überörtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe. Ob die Einrichtungsträger diese Beratung einfordern, Beratungsangebote annehmen oder Empfehlungen berücksichtigen, steht ihnen jedoch frei. Maßgeblich für den Anspruch auf Erteilung einer Betriebserlaubnis ist allein, dass sich aus der Einrichtungskonzeption eine systematisierte Beteiligung der Kinder und Jugendlichen ergibt und eine Beschwerdemöglichkeit eingeräumt wird.

5. Vorzulegende Unterlagen (§ 45 Abs. 3 SGB VIII)

In § 45 Abs. 3 SGB VIII ist geregelt, anhand welcher vom Träger der Einrichtung vorzulegenden Unterlagen die Prüfung der unter § 45 Abs. 2 SGB VIII bestimmten Voraussetzungen erfolgt. Von zentraler Bedeutung ist insoweit die Einrichtungskonzeption. Diese muss, damit eine Prüfung der in § 45 Abs. 2 SGB VIII genannten Voraussetzungen ermöglicht wird, zu allen dort genannten Punkten Aussagen treffen, also u. a. zu der Zielgruppe, den Zielen der pädagogischen Arbeit und ihren Methoden, den räumlichen Bedingungen, der einzusetzenden Personalquantität und -qualifikation etc.

Ferner muss die Konzeption gemäß § 45 Abs. 3 Nr. 1 SGB VIII auch Aussagen treffen über „Maßnahmen zur Qualitätsentwicklung und -sicherung“. Der Gesetzgeber erachtet eine kontinuierliche Qualitätsentwicklung als ein wichtiges Instrument zum Schutz von Kindern und Jugendlichen in Einrichtungen¹²¹. Ziel der Neuregelung ist es, „über den Anwendungsbereich der §§ 78a ff. SGB VIII hinaus das Instrument der Qualitätsentwicklung in der Kinder- und Jugendhilfe und in allen erlaubnispflichtigen Einrichtungen nach § 45 SGB VIII allgemein verbindlich vorzuschreiben“¹²². Zur näheren

¹²¹ Mann, in: Schellhorn, SGB VIII, 4. Auflage, § 45 Rn. 25.

¹²² Drs.-BT 17/6256 S. 16.

Bestimmung der vom Gesetzgeber insoweit erwarteten Inhalte der Konzeption kann also an die Vorstellungen des Gesetzgebers zu den Inhalten der Qualitätsentwicklungsvereinbarung nach § 78 b Abs. 1 Nr. 3 SGB VIII angeknüpft werden. Als Maßnahmen der Qualitätsentwicklung und -sicherung kommen daher insbesondere Maßnahmen der Beratung, Anleitung, Supervision und Fortbildung in Betracht¹²³. Es ist aber nicht erforderlich, dass die konzeptionellen Aussagen des Einrichtungsträgers zu der Qualitätsentwicklung und -sicherung den jeweils aktuellen Vereinbarungen nach § 78b SGB VIII entsprechen. Wenn auch im Interesse des Trägers der Einrichtung die Inhalte der Vereinbarungen nach § 78b SGB VIII nicht hinter den konzeptionellen Zusagen zurückbleiben sollten¹²⁴ sind im Bereich des § 45 SGB VIII lediglich ordnungsrechtliche Mindestanforderungen relevant. Ggf. nach § 78b SGB VIII vereinbarte Maßnahmen der Qualitätsentwicklung sind per se kein Maßstab für die Bestimmung der nach § 45 SGB VIII zu stellenden Anforderungen.

¹²³ Drs.-BT 13/10330 S. 18.

¹²⁴ Nur dann wird eine Berücksichtigung der ggf. kostenintensiven Qualitätsentwicklungs- und sicherungsmaßnahmen in der Entgeltvereinbarung finden können.

Hinsichtlich der Anforderungen aus § 45 Abs. 3 Nr. 2 SGB VIII wird auf die Anmerkungen oben zur persönlichen Eignung des vorzuhaltenden Personals verwiesen.

III. Nebenbestimmungen zur Betriebserlaubnis

Gemäß § 45 Abs. 4 Satz 1 SGB VIII kann die Betriebserlaubnis mit Nebenbestimmungen versehen werden. „Nebenbestimmungen dienen dazu, Hindernisse auszuräumen, die der Erteilung der Erlaubnis entgegenstehen“¹²⁵.

Durch den Erlass von Nebenbestimmungen „soll die Behörde (...) im Interesse des Bürgers und entsprechend dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die Möglichkeit gegeben werden, auch dann bereits einen begünstigenden Verwaltungsakt zu erlassen, wenn nur noch die Erfüllung geringfügiger/unwesentlicher gesetzlicher Voraussetzungen fehlt“¹²⁶. Es entspricht dem Verhältnismäßigkeitsprinzip, dass eine Erlaubnis nicht verweigert werden darf, wenn die Erfüllung der Voraussetzungen für die Ertei-

¹²⁵ Mörsberger, in: Wiesner, SGB VIII, 4. Auflage, § 45 Rn. 36a.

¹²⁶ VG Münster, ZKJ 2008, 258, 259.

lung einer Betriebserlaubnis durch eine Nebenbestimmung zur Betriebserlaubnis gesichert werden kann¹²⁷. Inhaltlich müssen sich die Nebenbestimmungen auf die Gewährleistung des Wohls der Kinder und Jugendlichen in der Einrichtung beschränken.

Als grundsätzlich mögliche Nebenbestimmungen nennt § 32 Abs. 2 SGB X die Befristung, die Bedingung, den Widerrufsvorbehalt und die Auflage. Allerdings kommen nicht alle in § 32 Abs. 2 SGB X genannten Nebenbestimmungen als solche zur Betriebserlaubnis nach § 45 SGB VIII in Betracht.

¹²⁷ So bezeichnete „Kernfragen“ der Erlaubniserteilung, wie z. B. die Betreuung durch geeignete Kräfte, sind dagegen einer Regelung im Wege einer Nebenbestimmung entzogen (OVG Münster, ZKJ 2008, 258, 259).

1. Befristung

Die Befristung einer Betriebserlaubnis nach § 45 SGB VIII ist unzulässig. Der Träger einer Einrichtung hat im Falle des Vorliegens der Voraussetzungen des § 45 Abs. 2 SGB VIII einen Rechtsanspruch auf Erteilung einer Erlaubnis. Die Voraussetzungen für eine Rücknahme/einen Widerruf der Betriebserlaubnis sind in § 45 Abs. 7 SGB VIII geregelt. Bis zu dem Vorliegen dieser in § 45 Abs. 7 SGB VIII geregelten Voraussetzungen darf der Träger einer Einrichtung auf den Bestand der Erlaubnis vertrauen.

Die Befristung der Betriebserlaubnis beinhaltet schon bei ihrer Erteilung die Regelung ihres Erlöschens. Damit würden die Voraussetzungen des § 45 Abs. 7 SGB VIII für einen Widerruf/eine Rück-

nahme der Erlaubnis umgangen und der Träger der Einrichtung gezwungen, wiederholt Erlaubnisverfahren nach § 45 SGB VIII zu durchlaufen, ohne dass solche für die Sicherstellung des Kindeswohls in der Einrichtung erforderlich wären. Darin läge eine, weil nicht erforderliche, unverhältnismäßige und damit rechtswidrige Einschränkung des Rechts der Einrichtungsträger aus Art. 12 Abs. 1 GG. Eine Befristung der Erlaubnis liefe zudem dem Interesse des Gesetzgebers, „die Schließung von Einrichtungen und den damit notwendigen Wechsel der Umgebung und der sozialen Beziehungen für die Minderjährigen möglichst zu vermeiden, zuwider¹²⁸.

¹²⁸ Stähr, in: Hauck/Noftz, SGB VIII, § 45 Rn. 46 mit Verweis auf Drs.-BT 11/5948 S. 83.

2. Bedingung

Grundsätzlich unzulässig dürfte auch die Erteilung einer Betriebserlaubnis unter einer (aufschiebenden oder auflösenden) Bedingung sein. Wenn und soweit die Voraussetzungen des § 45 Abs. 2 SGB VIII vorliegen, ist die Betriebserlaubnis zu erteilen. Liegen die Voraussetzungen nicht vor, darf eine Betriebserlaubnis nicht erteilt werden. Steht der Erteilung der Erlaubnis die Nichterfüllung wesentlicher Voraussetzungen entgegen, kommt eine

Regelung über Nebenbestimmungen ohnehin nicht in Betracht¹²⁹.

Die Regelung einer aufschiebenden Bedingung (die Betriebserlaubnis wird erteilt, tritt erst in Kraft, wenn ein in der Nebenbestimmung definiertes Ereignis eintritt) bedeutete, einem Träger unzulässiger Weise die Erlaubnis für den Betrieb einer Einrichtung zu erteilen, obwohl die wesentlichen Voraussetzungen (noch)

¹²⁹ OVG Münster, ZKJ 2008, 258, 259.

nicht vorliegen oder ihr Vorliegen noch nicht überprüft wurde. Handelt es sich um weniger wesentliche Voraussetzungen, dürfte die Erteilung einer Auflage als weniger eingreifende Nebenbestimmung das verhältnismäßige Mittel der Wahl sein¹³⁰, so dass der Erlass einer Betriebserlaubnis unter einer aufschiebenden Bedingung nicht in Betracht kommt.

Eine Nebenbestimmung in Form einer auflösenden Bedingung, also die Rege-

¹³⁰ In diesem Sinne auch Stähr, in: Hauck/Noftz, SGB VIII, § 45 Rn. 46.

3. Widerrufsvorbehalt

Unzulässig ist ferner, die Betriebserlaubnis mit einer Nebenbestimmung in Form eines Widerrufsvorbehalts zu versehen, wenn gleich die Aufnahme eines Widerrufsvorbehalts mancherorts üblich ist. Die Voraussetzungen eines Widerrufs der Betriebserlaubnis sind in § 45 Abs. 7 SGB VIII abschließend und die Normen der §§ 45 und 47 SGB VIII spezialgesetzlich verdrängend regelt¹³². Ein Widerruf ist (nur) dann zulässig, „wenn das Wohl der Kinder oder der Jugendlichen in der Einrichtung gefährdet und der Träger

¹³² Stähr, in: Hauck/Noftz, SGB VIII, § 45 Rn. 60; Nonninger, in: LPK-SGB VIII, 5. Auflage, § 45 Rn. 54.

der Einrichtung nicht bereit oder in der Lage ist, die Gefährdung abzuwenden“. Sich abseits dieser Voraussetzungen den Widerruf der Betriebserlaubnis vorzubehalten umgeht die Voraussetzungen des § 45 Abs. 7 SGB VIII und entbehrt einer gesetzlichen Grundlage. Diese wäre erforderlich, denn ebenso wie die Verweigerung der Erteilung einer Betriebserlaubnis stellt der Widerruf einer bereits erteilten Betriebserlaubnis einen Eingriff in das Grundrecht des freien Trägers aus Art. 12 Abs. 1 GG dar.

¹³¹ Häufig findet sich in Erlaubnisbescheiden die Regelung, dass die Betriebserlaubnis im Falle eines Trägerwechsels erlischt. Das versteht sich jedoch von selbst, da eine Betriebserlaubnis einem bestimmten Träger zum Betrieb einer Einrichtung erteilt wird, die Erlaubnis also von vornherein nicht übertragbar ist. Ein Trägerwechsel erfordert daher stets die Erteilung einer (neuen) Erlaubnis zu Gunsten des die Einrichtung übernehmenden Trägers.

4. Auflage

Als zulässige Form einer Nebenbestimmung zu einer Betriebserlaubnis nach § 45 SGB VIII kommt daher regelmäßig nur die Auflage in Betracht. Durch eine Auflage wird dem Träger der Einrichtung eine selbstständige Verpflichtung auferlegt. Eine solche Auflage kann etwa darin bestehen, bestimmte bauliche Veränderungen vorzunehmen. Eine selbstständige Auflage zur Betriebserlaubnis ist abzugrenzen von einer Bestimmung des Inhalts der Betriebserlaubnis. Eine solche Inhaltsbestimmung charakterisiert die Reichweite der erteilten Erlaubnis (zum Beispiel zur Betreuung von Kindern ab drei Jahren), ohne eine rechtlich von der Betriebserlaubnis „abtrennbare“ Verpflichtung zum Inhalt zu haben.

Eine selbstständige Auflage ist, anders als eine Inhaltsbestimmung, selbstständig anfechtbar. Der Adressat der mit einer Auflage versehenen Betriebserlaubnis kann Rechtsmittel/Rechtsbehelfe isoliert gegen diese Nebenbestimmung erheben, ohne dass der Bestand bzw. die Vollziehbarkeit der Betriebserlaubnis davon formal betroffen wäre. Widerspruch und Anfechtungsklage gegen eine selbstständige Auflage haben gemäß § 80 Abs. 5 VwGO aufschiebende Wirkung. Die mit der Auflage ausgesprochene Verpflichtung ist so lange nicht vollziehbar, wie das Anfechtungsverfahren andauert.¹³³

¹³³ Das gilt nur dann nicht, wenn die die

Wenn und soweit die Voraussetzungen des § 45 Abs. 2 SGB VIII vorliegen, ist die Erteilung einer Auflage unzulässig, weil zur Sicherstellung der Erfüllung der Voraussetzungen nicht erforderlich¹³⁴. Lediglich dann, wenn (weniger wesentliche) Voraussetzungen für die Erteilung einer Betriebserlaubnis noch nicht erfüllt sind, aber durch die Erteilung einer Auflage erfüllt werden können, kann (und muss dann auch) eine solche ergehen. Mangels Erforderlichkeit nicht zulässig sind „vorbeugende“ Auflagen, die die Erfüllung der Voraussetzungen des § 45 Abs. 2 SGB VIII für die Zukunft sicherstellen sollen, ohne dass insoweit konkrete Bedenken hinsichtlich der Gewährleistung des Kindeswohls zu besorgen wären.

Betriebserlaubnis erteilende Stelle die sofortige Vollziehung der Auflage explizit angeordnet hat. Die sofortige Vollziehung kann in diesem Falle aufgrund eines Antrages auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 5 VwGO verwaltungsgerichtlich angeordnet werden.

¹³⁴ So wohl auch OVG Münster, ZKJ 2008, 258, 259; anders OVG Hamburg, Beschluss vom 01.07.2014, 4 Bf 212/12 Z, nach dessen Auffassung § 45 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII der Heimaufsichtsverwaltung auch ermöglicht, „aus Gründen der Gefahrenvorsorge den Betrieb einer Einrichtung zu reglementieren, damit auch zukünftig eine Gefährdung des Wohls der in einer Einrichtung untergebrachten Kinder und Jugendlichen vermieden und etwaigen Gefährdungen effektiv begegnet werden kann.“

5. Insbesondere: Meldung „besonderer Vorkommnisse“

Weit verbreitet ist die Verpflichtung des Freien Trägers mittels einer Auflage zur Betriebserlaubnis, die zuständige Heimaufsichtsbehörde über so genannte „besondere Vorkommnisse“ zu informieren. Der Begriff der „besonderen Vorkommnisse“ bleibt dabei regelmäßig unbestimmt. Oft wird zur Begriffsbestimmung auf Beispiele verwiesen¹³⁵. Die Meldung solcher Ereignisse soll dazu dienen, der Heimaufsichtsverwaltung die Prüfung zu ermöglichen, ob eine Kindeswohlgefährdung vorliegt bzw. Umstände eingetreten sind, die zu einer solchen führen können.

Vor Inkrafttreten des BKiSchG zum 01.01.2012 war zweifelhaft, ob eine hinreichende Rechtsgrundlage für eine solche Auflage besteht¹³⁶, denn die Ver-

¹³⁵ Als Beispiele für solche Ereignisse werden in einer Hamburger Betriebserlaubnis aus dem Jahr 2012 genannt: Katastrophen oder katastrophenhähnliche Ereignisse; Feuer und Explosionen; Ereignisse, die möglicherweise die sofortige anderweitige Unterbringung der Minderjährigen erforderlich machen, gehäuft auftretende Erkrankungen, Unfälle von betreuten Minderjährigen, festgestellte oder vermutete Misshandlungen, erhebliche Handlungen zum Nachteil Minderjähriger, erhebliche Handlungen von betreuten Minderjährigen zum Nachteil Dritter, Entführungen oder Entführungsversuche“.

¹³⁶ Dass eine solche Rechtsgrundlage erforderlich ist, ergibt sich ohne weiteres daraus, dass es

pflichtung des Einrichtungsträgers zur Meldung „besonderer Vorkommnisse“ verfolgt nicht den Zweck, Bedenken hinsichtlich der Gewährleistung des Kindeswohls im Betriebserlaubnisverfahren auszuräumen und damit eine Genehmigungsfähigkeit des Einrichtungsbetriebes herzustellen, sondern will eine Informationspflicht des Trägers für einen hypothetisch zukünftig im laufenden Einrichtungsbetrieb eintretenden Fall, dass aufgrund besonderer Ereignisse das Kindeswohl potentiell gefährdet sein könnte, herstellen. Ein Bezug einer solchen Auflage zu der Genehmigungsfähigkeit einer Einrichtung im Betriebserlaubnisverfahren ist hinsichtlich der allein relevanten Voraussetzungen des § 45 Abs. 2 SGB VIII nicht erkennbar.

Die Problematik der fehlenden Rechtsgrundlage hat der Gesetzgeber offensichtlich erkannt und zum 01.01.2012 die gesetzlichen Meldepflichten des Einrichtungsträgers erweitert. Nach § 47 Nr. 3 SGB VIII hat der Träger einer Einrichtung nunmehr auch „Ereignisse oder Entwicklungen, die geeignet sind, das Wohl der Kinder und Jugendlichen zu

sich bei einer solchen Meldepflicht um einen Eingriff in das Recht des Trägers aus Art. 12 Abs. 1 GG handelt, welcher stets einer (verfassungsmäßigen) gesetzlichen Legitimation bedarf.

beeinträchtigen“ anzuzeigen. Seit dem 01.01.2012 besteht also unabhängig von entsprechenden Nebenbestimmungen zur Betriebserlaubnis eine gesetzliche Anzeigepflicht so genannter besonderer Vorkommnisse¹³⁷. In Ansehung dieser, den Träger einer Einrichtung ohnehin kraft Gesetzes treffenden Regelung besteht grundsätzlich keine Veranlassung (mehr), den Träger der Einrichtung mittels einer Auflage zur Meldung besonderer Vorkommnisse zu verpflichten. Überflüssige Auflagen sind nicht erforderlich und folglich als Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unzulässig.

Auch hat sich der Gesetzgeber dafür entschieden, die Verpflichtung zur Anzeige so genannter besonderer Vorkommnisse als Meldepflicht auszugestalten. Eine Verpflichtung des Einrichtungsträgers zur Meldung besonderer Vorkommnisse im laufenden Einrichtungsbetrieb ist damit keine Voraussetzung für die Erteilung der Betriebserlaubnis, sondern eine Verpflichtung, welche gesetzlich aus der Aufnahme des Betriebes einer Einrichtung folgt. Eine Auflage mit dem Inhalt der Verpflichtung zur Meldung so genannter besonderer Vorkommnisse dürfte daher weiterhin nicht in Betracht kommen.

¹³⁷ Vgl. unten Ziff. III.2.

IV. Melde- und Anzeigepflichten aus § 47 SGB VIII

Im laufenden Betrieb der Einrichtung hat ihr Träger die ihm in § 47 SGB VIII auferlegten Meldepflichten zu erfüllen. Die Meldepflichten begründen sich aus dem Betrieb einer erlaubnispflichtigen Einrichtung oder sonstigen betreuten Wohnform¹³⁸, sie sind an keine wei-

¹³⁸ Lakies, in: FK-SGB VIII, 7. Auflage, § 47 Rn. 1.

teren Voraussetzungen geknüpft. Die Nichterfüllung der sich aus § 47 SGB VIII ergebenden Verpflichtungen ist ebenso wie ihre nicht rechtzeitige, unrichtige oder unvollständige Erfüllung nach § 104 Abs. 1 Nr. 3 SGB VIII eine Ordnungswidrigkeit und kann mit einer Geldbuße geahndet werden.

1. Betriebsaufnahme, Konzeption und Personal

Anzuzeigen sind nach § 47 Satz 1 Nr. 1, Satz 2 SGB VIII die Aufnahme des Betriebes der Einrichtung unter Angabe des Namens und der Anschrift des Trägers, Art und Standort der Einrichtung, die Zahl der verfügbaren Plätze sowie die Namen und die berufliche Ausbildung des Leiters und der Betreuungskräfte. Änderungen dieser Angaben und Änderungen der Konzeption sind jeweils unverzüglich zu melden.

Mit der Erteilung der Betriebserlaubnis nach § 45 SGB VIII ist die tatsächliche Aufnahme des Betriebes durch den Träger der Einrichtung nicht zwingend zeitgleich. Insoweit ist schlüssig, dass das Gesetz dem Träger einer Einrichtung die Mitteilung der tatsächlichen Betriebs-

aufnahme aufgibt. Überflüssig mutet jedoch die Verpflichtung zur Angabe des Namens des Trägers, des Einrichtungsstandorts, der Art der Einrichtung und der Platzzahl an, denn hierbei handelt es sich um Daten, welche bereits im Verfahren vor Erteilung der Betriebserlaubnis zur Kenntnis gegeben waren. Die Betriebserlaubnis beruht auf der Einrichtungskonzeption, die konkreten Räumlichkeiten am Standort waren bereits zu beurteilen (§ 45 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 SGB VIII), so dass wesentliche Abweichungen nicht von der erteilten Betriebserlaubnis gedeckt sein dürften. Somit dient die Anzeigepflicht wohl vornehmlich der Kontrolle, dass sich der Einrichtungsträger mit der tatsächlich in Betrieb genommenen Einrichtung im

2. Potentielle Beeinträchtigung des Kindeswohls

Rahmen der erteilten Erlaubnis bewegt bzw. der Prüfung, ob eventuelle Änderungen ein erneutes Erlaubnisverfahren erforderlich machen¹³⁹. Selbiges gilt für die Verpflichtung zur Anzeige von Änderungen der der Betriebserlaubnis zugrundeliegenden Konzeption als dem gemäß § 45 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 SGB VIII zentralen Maßstab für die Prüfung der Erlaubnisvoraussetzungen¹⁴⁰.

Praktisch besonders bedeutsam ist die Verpflichtung zur Meldung des Namens und der beruflichen Ausbildung des Leiters und der Betreuungskräfte. Zu den Betreuungskräften sind alle Personen zu zählen, welche mit der Betreuung der Minderjährigen befasst sind¹⁴¹. Anzuzeigen sind die Namen und die berufliche Ausbildung der Betreuungs- und Leitungskräfte. Mit Blick auf § 45 Abs. 3 Nr. 2 SGB VIII wird darüber hinaus die Angabe verlangt werden können, dass die Führungszeugnisse der zu meldenden Beschäftigten vom Einrichtungsträger eingesehen wurden¹⁴². Weitere Angaben zum Personal verlangt § 47 Satz 1 Nr. 1 SGB VIII nicht.

Die Meldungen nach § 47 SGB VIII haben jeweils unverzüglich zu erfolgen. Gemäß § 121 BGB muss die Anzeige also ohne schuldhaftes Zögern, d. h., soweit möglich, sofort, getätigt werden, um der Erlaubnisbehörde die Prüfung der Übereinstimmung des Personaleinsatzes mit der Betriebserlaubnis zu ermöglichen. Die Meldung neuen Personals hat unverzüglich nach Beschäftigungsaufnahme zu erfolgen. Wenn es sich auch in Zweifelsfällen (z. B. hinsichtlich des Vorliegens einer ausreichenden Qualifikation eines neuen Mitarbeitenden) aus Sicht des Einrichtungsträgers empfiehlt, den Einsatz einer neuen Betreuungs- oder Leitungskraft vorab mit der Erlaubnisbehörde abzustimmen, besteht hierzu keine Verpflichtung. Die gesetzliche Forderung der „unverzüglichen“ Anzeige neuen Personals kann nur so verstanden werden, dass eine Verpflichtung zur „Genehmigung“ eines Personalwechsels durch die Aufsichtsbehörde vor Beginn der Tätigkeit des neuen Mitarbeitenden nicht besteht. Die Anforderung der Unverzüglichkeit der Meldung wäre dann unsinnig¹⁴³.

¹⁴³ Anders aber OVG Münster, Beschluss vom 27.11.2007, 12 A 4697/06, welches in Ansehung der großen Bedeutung des Einsatzes geeigneten Personals in erlaubnispflichtigen Einrichtungen für die Gewährleistung des Kindeswohls die Verpflichtung der zuständigen Behörde erkennt, die Betriebserlaubnis nach § 45 SGB VIII auf den Einsatz eines im Betriebserlaubnisverfahren vorab zu benennenden Personalstamms zu begrenzen. Erlaubt wäre danach nur der Einsatz der im

Nach der zum 01.01.2012 neu eingeführten Meldepflicht des § 47 Satz 1 Nr. 2 SGB VIII ist der Träger einer erlaubnispflichtigen Einrichtung verpflichtet, „Ereignisse oder Entwicklungen, die geeignet sind, das Wohl der Kinder und Jugendlichen zu beeinträchtigen“, unverzüglich anzuzeigen. Mit dieser Vorgabe „soll die zuständige Behörde in die Lage versetzt werden, auch auf negative Entwicklungsprozesse in der Einrichtung rechtzeitig zu reagieren“¹⁴⁴.

Die Unbestimmtheit dieser neu eingeführten Anzeigepflicht ist augenfällig; die Tatbestände, welche sich unter den Wortlaut dieser Vorschrift subsumieren

Erlaubnisverfahren benannten und behördlich genehmigten Leitungs- und Betreuungskräfte. Jeder Personalwechsel wäre nach dieser Rechtsauffassung vorab zu beantragen und vor Einsatz des einzusetzen beantragten Personals im Wege einer Änderung der Betriebserlaubnis zu genehmigen. Diese Rechtsauffassung geht m. E. über die gesetzlichen Vorgaben hinaus und berücksichtigt nicht hinreichend die Schwere eines solchen Eingriffs in das Recht des Einrichtungsträgers aus Art. 12 Abs. 1 GG, zumal die Notwendigkeit eines Personalwechsels sich regelmäßig kurzfristig ergeben kann und das Erfordernis einer „Personalgenehmigung vorab“ durch die damit einhergehende Verzögerung die Gewährleistung des Kindeswohls tatsächlich zu behindern geeignet ist. Es ist dem Verfasser derzeit kein Bundesland bekannt, in welchem die Rechtsauffassung des OVG Münster vollumfänglich praktisch umgesetzt würde.

¹⁴⁴ Drs.-BT 17/6256 S. 24.

lassen, sind uferlos. Eine nähere Konkretisierung der Anzeigepflicht findet sich in der Gesetzesbegründung nicht. Ein sexueller Missbrauch kann ebenso ein Ereignis sein, welches das Wohl des betroffenen Minderjährigen zu beeinträchtigen geeignet ist wie die Tatsache, dass ein Jugendlicher mit dem Rauchen begonnen hat oder sich sein schulisches Fortkommen verschlechtert, eine sein Wohl zu beeinträchtigen geeignete Entwicklung sein kann. Diese Beispiele ließen sich beliebig fortsetzen.

Auch die Melde- und Anzeigepflichten nach § 47 SGB VIII greifen in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsausübungsfreiheit der Einrichtungsträger ein. Rechtsnormen unterliegen dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot. Dieses Gebot verlangt, dass Rechtsnormen, so bestimmt formuliert sein müssen, „dass die Folgen der Regelung für den Normadressaten so vorhersehbar und berechenbar sind, dass er sein Verhalten danach ausrichten kann (...) und dass eine hinreichende gerichtliche Kontrolle möglich ist.“¹⁴⁵ „Die Anforderungen an die Bestimmtheit von Eingriffsnormen sind dabei tendenziell erhöht. „Der Normsetzer muss die Voraussetzungen

¹⁴⁵ Grzeszick, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20, VII Rn. 58 mit Verweis auf umfängliche Rechtsprechung des BVerfG.

¹³⁹ OVG Münster, Beschluss vom 27.11.2007, 12 A 4697/06; Stähr, in: Hauck/Noftz, SGB VIII, § 47 Rn. 4 f.

¹⁴⁰ Stähr, in: Hauck/Noftz, SGB VIII, § 47 Rn. 8.

¹⁴¹ Mann, in: Schellhorn, SGB VIII, 4. Auflage, § 24 Rn. 3 mit Verweis auf Drs.-BT 11/5948, S. 138.

¹⁴² Nonninger, in: LPK-SGB VIII, 5. Auflage, § 47 Rn. 5.

der Belastung (...) relativ genau regeln und abgrenzen¹⁴⁶. Zwar darf der Gesetzgeber in Fällen, die eine hohe Streubreite an einzelfallspezifischen Besonderheiten aufweisen, typisieren und mit unbestimmten Rechtsbegriffen arbeiten. Es ist jedoch stets zu verlangen, dass sich mit Hilfe juristischer Auslegungsmethoden „eine zuverlässige Grundlage für die (...) Anwendung der Vorschrift gewinnen lässt“¹⁴⁷.

Ob die Vorschrift des § 47 Satz 1 Nr. 2 SGB VIII diesen Anforderungen genügt, ist äußerst zweifelhaft. Die ihrem Wortlaut nach uferlose Anzeigepflicht ist auch deshalb mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot problematisch, weil § 104 Abs. 1 Nr. 3 SGB VIII die Verletzung der Anzeigepflicht ordnungsrechtlich sanktioniert. Die Bestimmung der konkret der Anzeigepflicht unterliegenden Tatbestände ist daher für die Bestimmung der Strafbarkeit maßgeblich. Für den Bereich strafrechtlicher Eingriffe setzt Art. 103 Abs. 2 GG die Schutzintensität des Bestimmtheitsgebots aber nochmals herauf¹⁴⁸.

Eine gegenüber ihrem Wortlaut einschränkende verfassungskonforme Aus-

legung der Anzeigepflicht aus § 47 Satz 1 Nr. 2 SGB VIII könnte nach Maßgabe des Zweckes der heimaufsichtlichen Normen des SGB VIII, der Gewährleistung des Kindeswohls, unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips in Betracht kommen. Mit Blick auf den systematischen Zusammenhang der Melde- und Anzeigepflichten mit den Erlaubnisvoraussetzungen des § 45 SGB VIII wird die Anzeigepflicht des § 47 Satz 1 Nr. 2 SGB VIII zunächst dahingehend auszulegen sein, dass nur „Ereignisse und Entwicklungen“ anzeigepflichtig sein können, welche geeignet sind, das weitere Vorliegen der Erlaubnisvoraussetzungen infrage zu stellen¹⁴⁹. Als Eingriff in das Grundrecht der Einrichtungsträger aus Art. 12 Abs. 1 GG und unter Berücksichtigung des Schutzzwecks der §§ 45 ff. SGB VIII ist eine Anzeigepflicht zur Gewährleistung

¹⁴⁹ Mit dieser Tendenz auch Mann, in: Schellhorn, SGB VIII, 4. Auflage, § 47 Rn. 4. Grundsätzlich muss kritisch gesehen werden, dass der Träger einer Einrichtung durch die Anzeigepflicht nach § 47 Satz 1 Nr. 2 SGB VIII – unabhängig von ihrer Reichweite, verpflichtet werden soll, Tatbestände selbst zur Anzeige zu bringen, welche ihn ggf. persönlich belasten, ihn im Falle strafbarer Verfehlungen sogar der Strafverfolgung aussetzen können. Insofern steht § 47 Satz 1 Nr. 2 SGB VIII im Konflikt mit dem Grundsatz von Verfassungsrang, dass sich (uneingeschränkt im strafrechtlichen Bereich) niemand selbst belasten muss (nemo tenetur se ipsum accusare). Die Frage der Zulässigkeit einer „Selbstbelastungspflicht“ stellt sich auch in Bezug auf die u. U. weitreichenden Folgen einer Anzeige (Auflagen, Tätigkeitsuntersagungen, Widerruf der Betriebslaubnis).

des Kindeswohls wohl nur erforderlich und damit (potentiell) verhältnismäßig, wenn der jeweilige Sachverhalt die Gewährleistung des Kindeswohls bezüglich der strukturellen Bedingungen in der Einrichtung infrage stellt, und/oder eine konkrete Gefährdung des Wohls eines/der Minderjährigen gegeben ist¹⁵⁰. Anderenfalls dürfte wohl auch die Erhebung von Sozialdaten ggf. betroffener Minderjähriger an die Heimaufsichtsverwaltung in Ansehung des „Schutzzwecks“ des Heimaufsichtsrechts kaum mehr von § 62 SGB VIII gedeckt sein.

Versuche, die Anzeigepflicht aus § 47 Satz 1 Nr. 2 SGB VIII für die Praxis handhabbar zu konkretisieren finden sich in unterschiedlichsten Empfehlungen und Handreichungen, ausführlich auch in den Handlungsleitlinien der Bundesarbeitsgemeinschaft der Landesjugendämter¹⁵¹. Dort sind (ausdrücklich „nicht abschließend“, sondern zur „Orientierung“) auf zweieinhalb Seiten beispielhaft zahlreiche Tatbestände formuliert,

¹⁵⁰ Hinsichtlich dieses groben Umrisses wohl ebenso die Handlungsleitlinien der Bundesarbeitsgemeinschaft der Landesjugendämter zur Umsetzung des Bundeskinderschutzgesetzes im Arbeitsfeld der betriebslaubnispflichtigen Einrichtungen nach § 45 SGB VIII, 2. Fassung 2013, S. 9-11 (Ziff. IV.1.1 und 1.2).

¹⁵¹ Handlungsleitlinien der Bundesarbeitsgemeinschaft der Landesjugendämter zur Umsetzung des Bundeskinderschutzgesetzes im Arbeitsfeld der betriebslaubnispflichtigen Einrichtungen nach § 45 SGB VIII, 2. Fassung 2013, S. 9 ff.

welche nach dortiger Interpretation des Gesetzes¹⁵² anzuzeigen wären. Dort zeigt sich insbesondere hinsichtlich von anzuzeigenden „Entwicklungen“ die besondere Schwierigkeit, die Anzeigepflicht greifbar zu definieren. Soweit als Beispiel für solche „Entwicklungen“ auf „gravierende oder sich wiederholende Beschwerden über die Einrichtung“ benannt werden, dürfte das kaum haltbar sein. Dass Dritte sich beschweren, ist für sich keine „Entwicklung“ im Sinne des § 47 Satz 1 Nr. 2 SGB VIII. Nicht haltbar dürfte auch sein, dass grundsätzlich jegliche Eintragungen in Führungszeugnisse des in der Einrichtung beschäftigten Personals oder der Verdacht (!) einer Straftat des Einrichtungspersonals im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit als „Ereignis oder Entwicklung“ im Sinne der Vorschrift verstanden werden müssten¹⁵³. Es stellt sich bereits begrifflich die Frage, ob ein „Verdacht“ ein „Ereignis“ im Sinne des § 47 Satz 1 Nr. 2 SGB VIII sein kann.

Es ist zweifelhaft, ob eine halbwegs rechtssichere Auslegung der Anforderungen des § 47 Satz 1 Nr. 2 SGB VIII gelingen kann. Es sprechen wohl die besseren Argumente dafür, die Norm als gegen das Bestimmtheitsgebot verstoßend und damit verfassungswidrig

¹⁵² allerdings ohne rechtliche Begründung.
¹⁵³ Vgl. zu der Eignung des Personals oben Ziff. I.4.a).

zu betrachten. Unabhängig hiervon ist eine partnerschaftliche Zusammenarbeit zwischen Einrichtungsträger und Heimaufsichtsverwaltung im Sinne einer gemeinsamen Verantwortung für die Gewährleistung des Wohles der Minderjährigen auch in Ansehung im Einzelfall problematischer Entwicklungen erstrebenswert. Eine solche setzt eine beiderseitige Bereitschaft zur vertrauensvollen Zusammenarbeit und auf Seiten der Heimaufsichtsverwaltung insbesondere voraus, das Verwaltungshandeln nicht

zuvörderst auf die eigene Absicherung¹⁵⁴ auszurichten.

¹⁵⁴ Eine m. E. vielerorts erkennbare Tendenz, wohl auch als Folge zahlreicher tragischer und in der Öffentlichkeit breit kommunizierter Vorkommnisse (jüngst in Hamburg: der „Fall Yagmur“), im Zuge deren Aufarbeitung der öffentlichen Verwaltung mangelhafte Amtsführung vorgeworfen wurde. Diese Tendenz (welche man zugespitzt als Angststeuerung beschreiben kann) erschwert vielerorts eine partnerschaftliche und vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen Einrichtungsträgern und Heimaufsichtsverwaltung.

3. Bevorstehende Schließung, Stichtagsmeldung

Zu melden ist ferner die bevorstehende Schließung der Einrichtung (§ 47 Satz 1 Nr. 3 SGB VIII), sowie jährlich die Zahl der belegten Plätze (§ 47 Satz 2 SGB VIII). Bundesrecht regelt nicht, ob hinsichtlich der belegten Plätze Stichtagsmeldungen abzugeben oder (Jahres-)Durchschnittswerte zu melden sind. Die Praxis ist insoweit unterschiedlich. Die bevorstehende Schließung ist zu melden, wenn die zukünftige Einstellung des Einrichtungsbetriebes feststeht. Für eine Erweiterung der Meldepflicht über den Gesetzeswortlaut hinaus (z. B. wenn

sich die Schließung der Einrichtung „aus konkreten Entwicklungen absehbar ergeben wird“¹⁵⁵, also eine Schließung nur wahrscheinlich ist) ist keine Grundlage ersichtlich.

¹⁵⁵ Nonninger, in: LPK-SGB VIII, 5. Auflage, § 47 Rn. 9.

V. Örtliche Prüfung

Gemäß § 46 SGB VIII „soll die zuständige Behörde (...) nach den Erfordernissen des Einzelfalls an Ort und Stelle überprüfen, ob die Voraussetzungen für die Erteilung der Erlaubnis

weiterbestehen“. Die aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz folgende Maxime „Beratung vor Eingriff“ ist auch im Rahmen der Durchführung von Prüfungen zu beachten¹⁵⁶.

¹⁵⁶ Mörsberger, in: Wiesner, SGB VIII, 4. Auflage, vor § 43, Rn. 34.

1. Auftrag und Ziel

Die Vorschrift des § 46 SGB VIII „verlängert die Bestimmung über den Erlaubnisvorbehalt“¹⁵⁷ auf den der Erteilung der Betriebserlaubnis nachfolgenden Betrieb der Einrichtung.

„zur Sicherung des Wohls der Kinder und Jugendlichen“ (§ 45 Abs. 4 Satz 2 SGB VIII) erforderlich sind¹⁵⁸.

Allerdings ist mit Blick auf die in § 45 Abs. 4 und Abs. 7 SGB VIII vorgesehenen Konsequenzen hinsichtlich des Prüfungsmaßstabes zu differenzieren. Während Voraussetzung für die Erteilung einer Betriebserlaubnis die „Gewährleistung“ des Kindeswohles ist (§ 45 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII), ist ein Widerruf bzw. eine Rücknahme der Erlaubnis oder die Erteilung nachträglicher Auflagen nur im Falle einer „Gefährdung“ des Kindeswohls vorgesehen (§ 45 Abs. 7 Satz 1 SGB VIII). Demgegenüber ist für den Erlass nachträglicher Auflagen zur Betriebserlaubnis ausreichend, dass diese

Hinsichtlich der Definition des Begriffes einer „Gefährdung des Kindeswohls“ wird nach überwiegender Rechtsprechung auf § 1666 BGB zurückgegriffen¹⁵⁹. Eine Kindeswohlgefährdung setzt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes¹⁶⁰ eine gegenwärtige Gefahr für die körperlichen, seelischen, geistigen oder erzieherischen Bedürfnisse des Kindes voraus, bei der sich in der weiteren Entwicklung mit hoher Wahrscheinlichkeit eine Schädigung des Kindes ergeben

¹⁵⁸ Zu dieser Differenzierung der Voraussetzungen überzeugend OVG Hamburg, Beschluss vom 12.12.2012, 4 Bs 248/12.

¹⁵⁹ VGH München, Beschluss vom 10.01.2008, 12 CS 07.3433.

¹⁶⁰ BGH, Beschluss vom 14.07.1956 – IV ZB 32/56.

wird. Die von dem Bundesgerichtshof und dem Bundesverfassungsgericht¹⁶¹ im Hinblick auf Art. 6 GG formulierten hohen Anforderungen an die Erheblichkeit und Nachhaltigkeit der Gefährdung werden jedoch nicht zwingend auf die

¹⁶¹ BVerfG vom 24.03.2014, 1 BvR 160/14.

Anwendung des § 45 Abs. 7 SGB VIII übertragen werden müssen. Der Widerruf einer Betriebserlaubnis ist ein Eingriff in das Recht des Trägers der Einrichtung aus Art. 12 Abs. 1 GG und folglich an diesen Maßstäben zu messen¹⁶².

¹⁶² OVG Hamburg, Beschluss vom 12.12.2012, 4 Bs 248/12.

2. „Nach den Erfordernissen des Einzelfalls“

a) Zulässigkeit einer „örtlichen Prüfung“

Die zuständige Heimaufsichtsbehörde „soll“ eine Prüfung „nach den Erfordernissen des Einzelfalls“ vornehmen. Regel- bzw. Routineprüfungen sind nicht vorgesehen¹⁶³. Allerdings sind die Voraussetzungen für die Durchführung einer örtlichen Prüfung mit den Begriffen „nach den Erfordernissen des Einzelfalls“ nur wenig konkret beschrieben.

Gemäß § 46 Abs. 2 Satz 3 SGB VIII ist der Träger der Einrichtung zur Duldung von

¹⁶³ Mörnsberger, in: Wiesner, SGB VIII, 4. Auflage, Mann, in: Schellhorn, SGB VIII, 4. Auflage, § 46 Rn. 2; Nonninger, in: LPK-SGB VIII, 5. Auflage, § 46 Rn. 3.

Prüfungsmaßnahmen nach § 46 Abs. 2 Satz 1 f. SGB VIII verpflichtet. Eine örtliche Prüfung nach § 46 SGB VIII greift in das Grundrecht des Trägers der Einrichtung aus Art. 12 Abs. 1 GG ein. Voraussetzung für die Duldungspflicht des freien Trägers ist daher die Rechtmäßigkeit der Durchführung einer örtlichen Prüfung nach Maßgabe der gesetzlichen Voraussetzungen des § 46 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.

„Das Gesetz unterstellt zunächst grundsätzlich, dass die Erlaubnisvoraussetzungen fortbestehen und ordnungsbehördliche Einschränkungen der Trägerautonomie nicht erforderlich sind. Erst wenn der Aufsichtsbehörde Informationen zugehen, die zu einer Ände-

rung der ursprünglichen Beurteilungen führen können, besteht ein Anlass zur Überprüfung der Einrichtung“¹⁶⁴. Es bedarf daher eines konkreten Prüfungsanlasses im Sinne von der Heimaufsichtsbehörde vorliegenden Informationen, die Zweifel daran begründen, dass das Wohl der Kinder und Jugendlichen in der Einrichtung gewährleistet bzw. nicht gefährdet ist. Allein die Tatsache, dass eine örtliche Prüfung lange zurückliegt oder noch nicht durchgeführt wurde, rechtfertigt eine solche nicht¹⁶⁵.

Keinen hinreichenden Prüfungsanlass stellen Personalveränderungen oder Leitungswechsel dar¹⁶⁶. Veränderungen des Leitungs- und Betreuungspersonals sind nach § 47 SGB VIII meldepflichtig. Lediglich dann, wenn ein freier Träger dieser Meldepflicht nicht nachkommt oder die Angaben in der Meldung Zweifel an der weiteren Gewährleistung des Kindeswohls begründen, können Personalveränderungen eine örtliche Prüfung rechtfertigen.

Die pädagogische Konzeption einer Einrichtung ist Grundlage der Betriebs-

¹⁶⁴ Stähr, in: Hauck/Noftz, SGB VIII, § 46 Rn. 4.

¹⁶⁵ Widersprüchlich insoweit Mörnsberger, in: Wiesner, SGB VIII, 4. Auflage, § 46 Rn. 4, wonach einerseits Regel- bzw. Routineprüfungen nicht zulässig, andererseits Prüfungen nach zeitlichen Abständen ohne konkreten Anlass zulässig sein sollen.

¹⁶⁶ A.A. Lakies, in: FK-SGB VIII, 7. Auflage, § 46 Rn. 2.

erlaubnis¹⁶⁷. Nimmt der Träger der Einrichtung konzeptionelle Änderungen vor, kann das den Bestand der Betriebserlaubnis gefährden und insoweit auch eine örtliche Prüfung rechtfertigen¹⁶⁸. Weitere Anlässe für eine örtliche Prüfung können nach vorstehenden Maßstäben Erkenntnisse/Hinweise sein, dass z. B. ein unzureichender Personaleinsatz erfolgt, die Speisenversorgung unzureichend ist, Methoden der pädagogischen Arbeit die Gewährleistung des Kindeswohls zweifelhaft erscheinen lassen etc.¹⁶⁹.

b) Reichweite der örtlichen Prüfung

Die Formulierung des Gesetzes, dass eine örtliche Prüfung „nach den Erfordernissen des Einzelfalles“ durchzuführen ist, bezieht sich nicht lediglich auf die Zulässigkeit einer örtlichen Prüfung an sich (das „Ob“ der Durchführung einer Prüfung), sondern auch auf das Maß der örtlichen Prüfung (das „Wie“). Diese Auslegung ist vor dem Hintergrund der

¹⁶⁷ § 45 Abs. 3 Nr. 1 SGB VIII.

¹⁶⁸ Stähr, in: Hauck/Noftz, SGB VIII, § 46 Rn. 4.

Bei grundlegenden konzeptionellen Änderungen kann sich auch die Frage nach dem Fortbestand der bestehenden (auf der vormaligen Konzeption beruhenden) Betriebserlaubnis stellen. Wesentlich konzeptionelle Änderungen sollten daher stets vorab mit der Heimaufsichtsverwaltung abgestimmt werden.

¹⁶⁹ Stähr, in: Hauck/Noftz, SGB VIII, § 46 Rn. 4.

Tatsache, dass es sich bei einer örtlichen Prüfung um einen Eingriff in das Recht des Trägers der Einrichtung aus Art. 12 Abs. 1 GG handelt, zwingend. Der mit einer örtlichen Prüfung verbundene Eingriff ist auf das notwendige und verhältnismäßige Maß zu beschränken und hat sich danach zu richten, „aufgrund welcher Tatsachen („Erfordernisse des Einzelfalls“) die zuständige Behörde sich zu einer Überprüfung veranlasst gesehen hat“¹⁷⁰. Eine Berechtigung zur Durchführung einer örtlichen Prüfung besteht danach auch ihrem Inhalt nach (nur) insoweit, als Zweifel an der Gewährleistung des Kindeswohls bestehen.

Wenn also eine Heimaufsichtsbehörde glaubwürdige Hinweise durch Dritte erhält, dass (z. B.) der bauliche Zustand einer Einrichtung das Kindeswohl beeinträchtigt, besteht grundsätzlich nur insoweit ein hinreichender Prüfungsanlass¹⁷¹. Hinweise Dritter oder Erkenntnisse der Heimaufsichtsbehörden, die sich lediglich auf abgrenzbare Sachverhalte beziehen, rechtfertigen regelmäßig keine über diese Sachverhalte hinausgehende Prüfung der Einrichtung.

¹⁷¹ Etwas anderes kann nur gelten, wenn die Hinweise aufgrund ihrer Massivität Zweifel daran begründen, dass der Träger der Einrichtung den Schutz des Kindeswohls darüber hinaus oder insgesamt missachtete.

¹⁷⁰ Lakies, in: FK SGB VIII, 7. Auflage, § 46 Rn. 3.

3. Ankündigung einer örtlichen Prüfung, Verwaltungsakt

Die Norm des § 46 SGB VIII regelt ihrem Wortlaut nach nicht, ob eine örtliche Prüfung anzukündigen ist oder unangekündigt erfolgen kann. Eine unangekündigte Prüfung stellt jedoch einen weit intensiveren Eingriff in das Recht des Trägers der Einrichtung aus Art. 12 Abs. 1 GG dar als eine angekündigte Prüfung. Nach dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist eine unangekündigte örtliche Prüfung daher nur dann zulässig, wenn sie *erforderlich* ist, um das Ziel der Prüfung, nämlich festzustellen, ob das Wohl der Kinder und Jugendlichen in der Einrichtung in Ansehung der vorhandenen Anhaltspunkte gewährleistet ist, zu erreichen. Die grundsätzliche Ankündigung einer örtlichen Prüfung ergibt sich auch aus dem Grundsatz der partnerschaftlichen Zusammenarbeit¹⁷².

Eine Erforderlichkeit und damit die Rechtmäßigkeit einer unangekündigten Prüfung kann z. B. gegeben sein, wenn glaubhafte Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Träger der Einrichtung im Falle einer Ankündigung der Prüfung den tatsächlichen (das Kindeswohl nicht gewährleistenden) Zustand der Einrichtung vertuschen würde oder glaubhafte

¹⁷² Nonninger, in: LPK-SGB VIII, 5. Auflage, § 46 Rn. 9.

Erkenntnisse der Heimaufsichtsbehörde einen so dringenden Hinweis auf das Vorliegen von Kindeswohlgefährdungen liefern, dass sofortiges Handeln geboten ist. Anderenfalls ist die Durchführung einer örtlichen Prüfung anzukündigen und hierfür ein Termin mit dem Träger der Einrichtung vorab zu vereinbaren.

Dass auch der Gesetzgeber von dem Grundsatz einer vorherigen Ankündigung einer örtlichen Prüfung ausgeht, ergibt sich aus § 46 Abs. 1 Satz 3 SGB VIII. Nach dieser Norm soll der betroffene Einrichtungsträger, der jeweilige örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe und gegebenenfalls ein „zentraler Träger der freien Jugendhilfe“, dem der betroffene Träger angehört, an der Prüfung beteiligt werden. Ohne eine vorherige Abstimmung der Beteiligten ist diese Konstellation nicht denkbar.

Dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit folgend muss die Heimaufsichtsbehörde dem Träger der Einrichtung auch den Anlass (die der Heimaufsichtsverwaltung vorliegenden und eine Prüfung rechtfertigenden Erkenntnisse) der örtlichen Prüfung vorab mitteilen. Das folgt auch daraus, dass es sich nach rechtlich richtiger Einschätzung bei der Anordnung einer örtlichen Prüfung nicht lediglich um tatsächliches Verwaltungshandeln

(einen „Realakt“), sondern um einen Verwaltungsakt nach § 31 SGB X handelt, welcher den Träger der Einrichtung belastet¹⁷³.

Nach § 35 SGB X ist ein schriftlicher Verwaltungsakt mit einer Begründung zu versehen. „In der Begründung sind die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe mitzuteilen, die die Behörde zu ihrer Entscheidung bewogen haben. Die Begründung von Ermessensentscheidungen muss auch die Gesichtspunkte erkennen lassen, von denen die Behörde bei der Ausübung ihres Ermessens ausgegangen ist“¹⁷⁴. Diese gesetzliche Begründungspflicht dient nicht zuletzt dazu, dem Adressaten (dem Träger der Einrichtung) eine Kontrolle der Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns zu ermöglichen. Die Heimaufsichtsbehörde hat also in ihrer Prüfungsanordnung darzulegen, welche Erkenntnisse/Hinweise sie zu der Anordnung einer örtlichen Prüfung bewogen hat und warum diese aus ihrer Sicht eine örtliche Prüfung in welchem Umfang rechtfertigen.

Zu bezeichnen sind von der Heimaufsichtsbehörde auch der Gegenstand der örtlichen Prüfung und die Maßnahmen, die im Rahmen der Prüfung vorgenommen werden sollen. Ein Verwaltungsakt muss nach § 33 SGB X hinreichend bestimmt sein, also die Eingriffe bzw. beabsichtigten Eingriffe nachvollziehbar benennen.

Zweckmäßig ist darüber hinaus, dass die Heimaufsichtsbehörde ihre Erkenntnisse bzw. Hinweise Dritter (gegebenenfalls anonymisiert) zur Kenntnis gibt. Insoweit hat der von einer örtlichen Prüfung betroffene Träger ein Recht auf Akteneinsicht aus § 25 Abs. 1 Satz 1 SGB X. Zwar erfolgt die Akteneinsicht grundsätzlich auf Antrag und gemäß § 25 Abs. 4 Satz 1 SGB X „bei der Behörde, die die Akten führt“. Im Sinne der Verfahrensökonomie und um den Träger im Rahmen der grundsätzlich vorrangigen Beratungspflicht der Heimaufsichtsbehörde¹⁷⁵ adäquat in die Lage zu versetzen, im Sinne der Gewährleistung Kindeswohls eventuelle Missstände zu beheben, ist Entsprechendes gleichwohl angezeigt.

¹⁷³ VG Halle/Saale, Urteil vom 11.09.2009, 7 A 48/09 HAL.

¹⁷⁴ § 35 Abs.1 Satz 2 SGB X.

¹⁷⁵ Stähr, in: Hauck/Noftz, SGB VIII, § 46 Rn. 5

4. „An Ort und Stelle“

Grundsätzlich ist vorgesehen, dass die örtliche Prüfung „an Ort und Stelle“, gemeint in der Einrichtung, durchzuführen ist. Diese Regelung bringt zum Ausdruck, dass „die Aufsichtsbehörde gehalten ist, sich ein unmittelbares Bild zu verschaffen und sich nicht auf Dritte Quellen stützen darf, wenn es um Beurteilungen geht, die zweckmäßigerweise eine Besichtigung der Einrichtung und ggf. die Befragung der Personen voraussetzen“¹⁷⁶.

Ist das jedoch nicht der Fall, geht es also nicht um Beurteilungen, die eine Besich-

¹⁷⁶ Stähr, in: Hauck/Noftz, SGB VIII, § 46 Rn. 4.

tigung der Einrichtung und/oder die Befragung von Personen voraussetzen oder sonst ein eigenes Bild der Heimaufsichtsbehörde von den Bedingungen vor Ort erfordern, kommt eine örtliche Prüfung in der Einrichtung – jedenfalls gegen den Willen des Trägers¹⁷⁷ – nicht in Betracht. In solchen Fällen genügt unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit die Einforderung einer schriftlichen Auskunft als „wesensgleiches Minus“ zu einer örtlichen Prüfung. Entsprechendes ist vielerorts auch gängige Praxis.

¹⁷⁷ Die Annahme eines Beratungsangebotes der Heimaufsichtsbehörde vor Ort mag, je nach den Gegebenheiten des Einzelfalles, immer in Betracht kommen.

5. Einzelne Prüfungskompetenzen

In § 46 Abs. 2 Satz 1 und 2 SGB VIII sind einzelne Prüfungskompetenzen der Heimaufsichtsbehörden benannt. Hinsichtlich dieser Prüfungskompetenzen besteht nach § 46 Abs. 2 Satz 3 SGB VIII eine Duldungspflicht des Einrichtungsträgers.

a) Betreten / Besichtigungen

Nach § 46 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII sind die von der zuständigen Behörde mit der Überprüfung der Einrichtung beauftragten Personen berechtigt, die für die Einrichtung benutzten Grundstücke und Räume (...) während der Tageszeit zu betreten und dort Besichtigungen vorzunehmen.

Die zuständige Heimaufsichtsbehörde muss die örtliche Prüfung „vor Ort“ nicht zwingend ausschließlich durch eigenes Personal durchführen, sondern kann auch Dritte mit der Prüfung beauftragen. Die Verantwortung für die Prüfung als hoheitliche Aufgabe verbleibt jedoch bei der zuständigen Behörde, für eine Beilehung Dritter (also die Übertragung hoheitlicher Befugnisse auf Private) bietet § 46 SGB VIII keine Grundlage¹⁷⁸. Macht die zuständige Heimaufsichtsbehörde von der Beteiligung Dritter Gebrauch, kann der Träger der Einrichtung die Vorlage einer entsprechenden Legitimation verlangen¹⁷⁹.

Entsprechend des Anlasses der örtlichen Prüfung ist die Berechtigung des Betretens und der Besichtigung auf die Einrichtungsteile beschränkt, auf die sich die Prüfung rechtfertigenden Erkenntnisse der Verwaltung beziehen. Betrifft der Prüfungsanlass z. B. nur das Außengelände der Einrichtung, kommt eine Befugnis zum Betreten des Einrichtungsgebäudes nicht in Betracht.

Ausdruck des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ist, dass sich das Recht zum Betreten der Einrichtung grundsätzlich auf die Tageszeit beschränkt. Eine Besich-

tigung außerhalb der Tageszeit (also in den Abend- und Nachtstunden) kommt gemäß § 46 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII nur „zur Abwehr von Gefahren für das Wohl der Kinder und der Jugendlichen“ in Betracht. In Ansehung des verfassungsrechtlichen Gebotes, die geringstmögliche (aber gleichwohl geeignete) Form des Eingriffs zu wählen und der Tatsache, dass für den Regelfall ohnehin eine terminliche Abstimmung mit dem Einrichtungsträger zu erfolgen hat, kommt dieser gesetzlichen Einschränkung kaum eine eigene praktische Bedeutung zu.

Ein Recht zur Anwendung unmittelbaren Zwangs, also zu einer zwangsweisen Verschaffung des Zutritts zu der Einrichtung, vermittelt § 46 SGB VIII nicht¹⁸⁰. Lässt der Einrichtungsträger die mit der Prüfung beauftragten Personen nicht ein, kann die Heimaufsichtsbehörde zur Durchsetzung des Prüfungsrechts lediglich Beamte des polizeilichen Vollzugsdienstes einschalten, die unter den in den Polizeigesetzen der Länder geregelten Voraussetzungen über Befugnisse zur Gefahrenabwehr verfügen. Die Anwendung von Gewalt zur Durchsetzung einer rechtmäßigen örtlichen Prüfung ist nur in besonderen Einzelfällen durch die nach Landesrecht ermächtigten Polizeibehörden zur Abwehr akuter und dringender Gefahren zulässig.

¹⁸⁰ Nonninger, in: LPK-SGB VIII, 5. Auflage, § 46 Rn. 14.

b) Hausrecht der Bewohner

Gemäß § 46 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII sind Grundstücksteile und Räume „die einem Hausrecht der Bewohner unterliegen“, im Regelfall von dem Betretens- und Besichtigungsrecht im Rahmen einer örtlichen Prüfung ausgenommen. Lediglich „zur Abwehr von Gefahren für das Wohl der Kinder und Jugendlichen“ können Grundstücksteile und Räume auch dann betreten werden, wenn sie „zugleich“ dem Hausrecht der Bewohner unterliegen (§ 46 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII). Grundstücksteile und Räume, die *nur* dem Hausrecht der Bewohner unterliegen, sind von der örtlichen Prüfung nach § 46 SGB VIII gänzlich ausgenommen.

Gemäß Art. 13 GG ist die Unverletzlichkeit der „Wohnung“ garantiert. Nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung¹⁸¹ sollen „Bewohner“ in diesem Sinne nicht die in der Einrichtung lebenden Kinder oder Jugendlichen sein, sondern nur solche Personen, die über Teile des Grundstücks oder bewohnte Räume verfügen dürfen. Das seien in der Regel nur in der Einrichtung lebende Leitungs- oder Betreuungskräfte. Das Betretensrecht aus § 46 SGB VIII erstreckte sich damit uneingeschränkt auf die von den Kindern/Jugendlichen bewohnten Räume.

¹⁸¹ z. B. Mörsberger, in: Wiesner, SGB VIII, 4. Auflage, § 46 Rn. 12; Stähr, in: Hauck/Noftz, SGB VIII, § 46 Rn. 10.

Ein solches Verständnis wird jedoch dem Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung aus Art. 13 GG jedoch nicht gerecht. Das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung gilt auch für Minderjährige und umfasst die „räumliche Sphäre, in der sich das Privatleben entfaltet“¹⁸². Auch Minderjährige sind Grundrechtsträger. Art. 13 GG gewährleistet jedem Grundrechtsträger das Recht, in seinen Wohnräumen in Ruhe gelassen zu werden¹⁸³. Maßgeblich ist also, ob den Kindern oder Jugendlichen eine räumliche Privatsphäre in diesem Sinne in der Einrichtung gewährt ist. Nicht erforderlich ist, dass die Räume *ausschließlich* der Privatsphäre der Kinder oder der Jugendlichen dienen, sondern es ist ausreichend, dass sie „einem“ Hausrecht der Bewohner unterliegen. Dass in den Räumen der Kinder und Jugendlichen auch Betreuung stattfindet, ist also unschädlich. Hinsichtlich solcher Räume gewährt § 46 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII ein Betretensrecht lediglich zur Gefahrenabwehr, wenn also eine Gefährdung des Wohls der Kinder und Jugendlichen im Sinne des § 1666 BGB zu besorgen ist.

Räume, die ausschließlich dem privaten Rückzug dienen – das dürften dann regelmäßig persönliche Wohnräume der

¹⁸² Mann, in: Schellhorn, SGB VIII, 4. Auflage, § 46 Rn. 7; so auch Nonninger, in: LPK-SGB VIII, 5. Auflage, § 46 Rn. 10.

¹⁸³ BVerfGE 89, 12.

Beschäftigten sein, ggf. auch Wohnräume in sonstigen betreuten Wohnformen zur Verselbstständigung oder im Falle einer Leistung nach § 19 SGB VIII – sind in jedem Falle von einer örtlichen Prüfung ausgenommen¹⁸⁴.

c) Prüfungen vornehmen (Auskunftspflicht des Trägers)

Nach § 46 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII sind die mit der örtlichen Prüfung beauftragten Personen berechtigt, in der Einrichtung „Prüfungen vorzunehmen“. Welche Kompetenzen dieser sehr unbestimmte Rechtsbegriff in Detail vermitteln soll, ist unklar. Bereits mit dem Begriff „Besichtigungen vornehmen“ dürfte die Befugnis verbunden sein, Grundstücke und Räumlichkeiten in Augenschein zu nehmen, soweit dieses im Rahmen des Prüfungsanlasses erforderlich ist. Gegenstand der Beurteilung durch die Heimaufsichtsbehörden sind in diesem Zusammenhang insbesondere der Gebäudezustand, die hygienischen Verhältnisse und die sächliche Ausstattung der Einrichtung¹⁸⁵.

Im Rahmen des Prüfungsanlasses mag zur Beurteilung der Frage, ob die Voraussetzungen für die Erteilung der Betriebslaubnis weiter bestehen, jedoch auch

angezeigt sein, Gegebenheiten des Einrichtungsbetriebes zu bewerten, die im Rahmen einer Besichtigung nicht unmittelbar evident sind, so z. B. die qualitative oder quantitative Personalausstattung, die Belegungszahlen etc.

§ 46 SGB VIII beinhaltet jedoch keine Regelung, welche den Einrichtungsträger oder in der Einrichtung beschäftigte Personen ausdrücklich verpflichtete, Auskünfte zu erteilen oder gar Unterlagen (z. B. Dienstpläne) zur Einsichtnahme vorzulegen. Mit der Berechtigung zum Betreten und zur Besichtigung der Einrichtung ist auch nicht das Recht verbunden, die Räume oder gar die Büros nach entsprechenden Unterlagen zu durchsuchen und diese einzusehen, denn bei der gezielten Suche nach Personen und/oder Sachen zur Ermittlung eines Sachverhaltes handelt es sich um eine „Durchsuchung“, welche nach Art. 13 Abs. 2 GG stets einer richterlichen Anordnung bedarf. Eine Verpflichtung zur Erteilung von Auskünften und zur Vorlage von Unterlagen durch den Einrichtungsträger besteht aus § 46 SGB VIII folglich nur dann, wenn eine solche Verpflichtung aus der Berechtigung, „Prüfungen“ vorzunehmen, ableitbar wäre. Das ist jedoch nicht der Fall¹⁸⁶.

Die Regelung des § 46 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII genügt bereits nicht dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot und ist daher nicht geeignet, spezifische Eingriffsrechte gegenüber dem Einrichtungsträger zu vermitteln¹⁸⁷. „Der Bestimmtheitsgrundsatz gebietet, dass eine gesetzliche Ermächtigung der Exekutive (...) nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt und begrenzt ist, so dass das Handeln der Verwaltung messbar und in gewissem Ausmaß für den Staatsbürger voraussehbar und berechenbar wird“¹⁸⁸. Das gilt insbesondere, wenn die gesetzliche Regelung Eingriffe in Grundrechte legitimieren soll, wie hier in das Grundrecht der Einrichtungsträger aus Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 14 GG. Die Ermächtigung „Prüfungen vorzunehmen“ beinhaltet auch vor dem Hintergrund, dass Zweck der Prüfung die Beurteilung des Vorliegens der Voraussetzungen für die Erteilung einer

Rn.12, mit der Begründung, dass die Überprüfung des Fortbestehens der Erlaubnisvoraussetzungen nicht möglich sei, „wenn nicht z. B. die Vermutung fehlender Eignung der Beschäftigten, eines ständigen Personalwechsels oder einer unzureichenden Wirtschaftsführung anhand entsprechender Unterlagen wie z. B. Ausbildungszeugnisse, Arbeitsverträge oder Geschäftsunterlagen erfolgen könnte.“ Diese Auffassung überzeugt aber bereits deswegen nicht, weil auch nach der Auffassung von Stähr (a.a.O.) keine Verpflichtung des Trägers besteht, die zur Durchführung der Prüfung „erforderlichen Auskünfte zu erteilen“.

¹⁸⁷ Jarass/Piero, GG, Art. 20 Rn. 62a.

¹⁸⁸ Jarass/Piero, GG, Art. 20 Rn. 58.

Betriebserlaubnis ist, keine hinreichende Bestimmung des der öffentlichen Verwaltung zugedachten Kompetenzumfangs, insbesondere lassen sich bestimmte Auskunft- oder Vorlagepflichten nicht ableiten.

Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber des SGB VIII offenbar bewusst auf eine Verpflichtung der Einrichtungsträger zur Erteilung von Auskünften und zur Vorlage von Unterlagen verzichtet hat. So enthielt z. B. die Vorschrift des (außer Kraft getretenen) § 15 Abs. 2 Nr. 3 HeimG bzw. enthalten die aktuellen heimordnungsrechtlichen Vorschriften der Länder betreffend Einrichtungen der Pflege und der Behindertenhilfe demgegenüber weitreichende ausdrückliche Verpflichtungen des Betreibers zur Auskunft und zur Vorlage von Unterlagen¹⁸⁹. Auf die Regelungen des HeimG hatte

¹⁸⁹ So waren die Heimaufsichtsbehörden nach § 15 Abs. 2 Nr. 3 i.V.m. § 13 HeimG bzw. sind diese überwiegend entsprechend nach nunmehr geltendem Landesrecht auf Grundlage detaillierter Regelungen berechtigt, Aufzeichnungen u. a. über die wirtschaftliche und finanzielle Lage des Heims, die Belegung der Wohnräume, Namen und Ausbildung der Beschäftigten sowie Dienstpläne, Name und Betreuungsbedarf der Bewohnerinnen und Bewohner, Pflegeplanungen und Pflegeverläufe für pflegebedürftige Bewohner, individuelle Förderpläne etc. einzusehen. Die auch im alten HeimG (§ 15 Abs. 2 Nr. 3) vorhandene Formulierung „Prüfungen und Besichtigungen vorzunehmen“, hatte dort „keine eigenständige Bedeutung“ (Plantholz, in: LPK-HeimG, 2. Auflage, § 15 Rn.17).

¹⁸⁴ Ebenso Fieseler, in: GK-SGB VIII, § 46 Rn. 6.

¹⁸⁵ Mörsberger, in: Wiesner, SGB VIII, 4. Auflage, § 46 Rn. 14.

¹⁸⁶ Mann, in: Schellhorn, SGB VIII, 4. Auflage, § 46 Rn. 8; Nonninger, in: LPK-SGB VIII, 5. Auflage, § 46 Rn. 12; anders Stähr, in: Hauck/Noftz, SGB VIII, § 46

der Gesetzgeber des SGB VIII in der Gesetzesbegründung auch ausdrücklich Bezug genommen¹⁹⁰, so dass auch nicht ohne weiteres von einer beabsichtigten „Regelungslücke“ zu Gunsten einer weiteren Ausgestaltung der Prüfungskompetenzen durch die Bundesländer (§ 49 SGB VIII) ausgegangen werden kann¹⁹¹.

Den Ländern steht gemäß Art. 72 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG die Befugnis zur Gesetzgebung zu, „solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat.“ Die Beantwortung der Frage, ob Ausführungsgesetze der Länder zum SGB VIII Auskunfts- oder Vorlagepflichten regeln dürfen, hängt also davon ab, ob der Bundesgesetzgeber die Prüfungskompetenzen im Rahmen des § 46 SGB VIII nach seinem Willen abschließend geregelt hat. Das ist nach hier vertretener Auffassung in Ansehung des bewussten Verzichts des Gesetzgebers auf die Statuierung von Auskunfts- und Vorlagepflichten der Fall.

Für diese Auslegung spricht auch, dass der Bundesgesetzgeber in § 46 Abs. 2 SGB VIII die Prüfungskompetenzen der Heimaufsichtsverwaltung im Übrigen detailreich regelt („sich mit den Kindern und Jugendlichen in Verbindung zu set-

zen“, „die Beschäftigten zu befragen“, „während der Tagzeit zu betreten“). So dürfte der Bundesgesetzgeber die Kompetenzen der Heimaufsichtsbehörde in § 46 Abs. 2 SGB VIII als hinreichend geregelt angesehen und allenfalls Verfahrensfragen für durch Landesrecht konkretisierungsbedürftig gehalten hat. Danach wären landesrechtliche Regelungen, die die Einrichtungsträger zur Erteilung von Auskünften verpflichten, verfassungswidrig¹⁹².

Eine gesetzliche Verpflichtung zur Vorlage von Unterlagen und zur Auskunft durch den Einrichtungsträger besteht folglich nicht. Soweit allerdings die der Heimaufsichtsbehörde vorliegenden und eine örtliche Prüfung rechtfertigenden Anhaltspunkte für eine mangelhafte Gewährleistung des Kindeswohls in der Einrichtung hinreichend konkret und glaubhaft sind, kommt die Erteilung einer nachträglichen Auflage nach § 45 Abs. 4 Satz 2 SGB VIII in Betracht. Es dürfte daher regelmäßig im eigenen Interesse der Träger der Einrichtungen liegen, im erforderlichen und verhältnismäßigen Maß nach Einsichtnahme in die Verwaltungsvorgänge (§ 25 SGB X) Auskünfte zu erteilen.

d) Sozialdaten der Minderjährigen/ der Leistungsberechtigten

Im Rahmen der Durchführung örtlicher Prüfungen wird regelmäßig die Einsichtnahme in Unterlagen/Dokumentationen verlangt, welche Sozialdaten der Minderjährigen/der Leistungsberechtigten enthalten. Dabei kann es sich um „Fallakten“, ärztliche Berichte, Betreuungsdokumentationen, „pädagogische Tagebücher“ etc. handeln. Es besteht jedoch regelmäßig weder eine Befugnis des Einrichtungsträgers, den Heimaufsichtsbehörden Einsicht solche Unterlagen zu gewähren, noch regelmäßig eine Befugnis der Heimaufsichtsbehörde, insoweit Einsicht zu verlangen. Vielmehr ist die Berechtigung zur Einsichtnahme in solche Unterlagen von der Zustimmung der Betroffenen abhängig.

Gemäß § 62 Abs. 1 und 2 Satz 1 SGB VIII sind Sozialdaten grundsätzlich beim Betroffenen zu erheben und dürfen nur erhoben werden, „soweit ihre Kenntnis zur Erfüllung der jeweiligen Aufgabe erforderlich ist“. § 62 SGB VIII verweist die öffentliche Hand hinsichtlich der Erhebung von ihren Daten grundsätzlich auf die Kinder/Jugendlichen/Leistungsberechtigten.

Eine Erhebung von Sozialdaten ohne Mitwirkung der Betroffenen (also z. B. im

Zuge der Einsichtnahme in Dokumentationen etc.) ist durch die Heimaufsichtsbehörde nach § 62 Abs. 3 SGB VIII nur zulässig, wenn (1.) die Datenerhebung bei den Betroffenen nicht möglich ist oder die jeweilige Aufgabe ihrer Art nach eine Erhebung bei anderen erfordert und die Kenntnis der Daten erforderlich ist für die Wahrnehmung einer Aufgabe nach (u. a.) § 45 und § 46 SGB VIII ist, oder (2.) die Erhebung beim Betroffenen einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde und keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass schutzwürdige Interessen des Betroffenen beeinträchtigt werden.

Zweifelhaft dürfte im Regelfall bereits die *Erforderlichkeit* einer Erhebung von Sozialdaten der Bewohner/-innen/der Leistungsberechtigten sein, es sei denn, gerade das (pädagogische) Handeln des Einrichtungspersonals in Bezug auf ein Kind/einen Jugendlichen steht zur Prüfung an. Auch dann ist nach dem Gesetzeswortlaut grundsätzlich vorrangig, sich an den/die Betroffenen selbst zu wenden. Jede Abweichung von diesem Grundsatz erfordert eine Begründung von Seiten der Heimaufsichtsbehörden. Im Übrigen ist mit einer Berechtigung der Heimaufsichtsbehörden, Sozialdaten zu erheben, keine Verpflichtung des Einrichtungsträger verbunden, geforderte Auskünfte zu erteilen. Eine hierfür erforderliche gesetzliche Grundlage ist nicht vorhanden.

¹⁹⁰ Drs.-BT 11/5948, S.85.

¹⁹¹ So wohl auch Mann, in: Schellhorn, SGB VIII, 4. Auflage, § 46 Rn. 8.

¹⁹² vgl. Jarass/Pieroth, GG, Art. 72 Rn. 11.

e) „In-Verbindung-Setzen“ mit Kindern und Jugendlichen, Befragen von Beschäftigten

Nach § 46 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII sind die mit der Prüfung beauftragten Personen berechtigt, „sich mit den Kindern und Jugendlichen in Verbindung zu setzen und die Beschäftigten zu befragen.“ Auch diese Maßnahmen hat der Träger der Einrichtung nach § 46 Abs. 2 Satz 3 SGB VIII zu dulden.

Die Formulierung, dass Kinder und Jugendliche, anders als die Beschäftigten, nicht zu „befragen“ sind, sondern sich mit ihnen in Verbindung gesetzt werden kann, hat einen ernstlichen pädagogischen Hintergrund. Es soll seitens der mit der Prüfung beauftragten Personen kein „Verhör“ Minderjähriger stattfinden, sondern ein behutsamer, dem Alter und dem Entwicklungsstand der Minderjährigen angemessener, Umgang angestrebt werden¹⁹³.

Dazu gehört, je nach Alter und Entwicklungsstand der Minderjährigen, ggf. die Schaffung eines geeigneten Rahmens, eine entsprechende Schulung/pädagogische Kompetenz der beauftragten Personen und eine Aufklärung der Minderjährigen, nicht zum Gespräch verpflichtet zu sein und ggf. eine Vertrauensperson hinzuzuziehen etc.

Der Einrichtungsträger hat die Befragung (auch) seiner Beschäftigten zu dulden¹⁹⁴, weder diese noch die Kinder und Jugendlichen sind allerdings in Ermangelung einer sie betreffenden gesetzlichen Regelung verpflichtet, Auskunft zu erteilen¹⁹⁵. Ggf. kommen hinsichtlich einer Auskunftspflicht der Beschäftigten, nicht aber hinsichtlich einer Auskunftspflicht der Minderjährigen¹⁹⁶, jedoch ergänzende landesrechtliche Regelungen in Betracht.

¹⁹⁴ Daraus mag abgeleitet werden können, dass der Einrichtungsträger seinen Beschäftigten die Beantwortung von Fragen nicht untersagen darf (Mörsberger, in: Wiesner, SGB VIII, 4. Auflage, § 46 Rn. 17).

¹⁹⁵ Mörsberger, in: Wiesner, 4. Auflage, § 46 Rn. 17; Lakies, in: FK-SGB VIII, 7. Auflage, § 46 Rn. 3.

¹⁹⁶ Eine solche Regelung dürfte unverhältnismäßig in das Recht der Sorgeberechtigten aus Art. 6 GG eingreifen.

¹⁹³ Stähr, in: Hauck/Noftz, SGB VIII, § 46 Rn. 13; Mörsberger, in: Wiesner, SGB VIII, 4. Auflage, § 46 Rn. 15.

6. Verhältnis zu Prüfungen auf Grundlage von Vereinbarungen nach § 78b Abs. 2 SGB VIII

Abzugrenzen ist die örtliche Prüfung nach § 46 SGB VIII von Prüfungen, die der örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe als Vertragspartner nach § 78b SGB VIII gegebenenfalls auf vertraglicher Grundlage vornehmen darf¹⁹⁷. Örtliche Prüfungen nach § 46 SGB VIII erfolgen ausschließlich auf Grundlage einer Anordnung der Heimauaufsichtsbehörde, also für den Bereich der Hilfen zur Erziehung in keinem Falle auf Anordnung eines örtlichen Trägers der öffentlichen Jugendhilfe. Darüber hinaus ist der Prüfungsgegenstand ein anderer:

Im Falle der Prüfung nach § 46 SGB VIII geht es ausschließlich um die Einhaltung der in § 45 SGB VIII genannten Voraussetzung der Gewährleistung des Kindeswohls bzw. der Abwehr von Gefährdungen des Kindeswohls. Im Rahmen einer Prüfung nach § 46 SGB VIII ist gänzlich unerheblich, ob der Träger der Einrichtung seine Vereinbarungen mit dem örtlichen Jugendamt nach § 78 b SGB VIII

einhält oder ob der Einrichtungsträger überhaupt Vereinbarungen nach § 78 b SGB VIII geschlossen hat¹⁹⁸. Umgekehrt haben Prüfungen auf Grundlage eines Vertrages zwischen einem örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe und einem Einrichtungsträger nicht um die Erfüllung heimaufsichtsrechtlicher Vorgaben, sondern um die Einhaltung vertraglich vereinbarter Standards im Rahmen vertraglich (freiwillig) vereinbarter Prüfungsbefugnisse.

¹⁹⁷ Obwohl – anders als in § 75 SGB XII – vom SGB VIII nicht ausdrücklich verlangt, enthalten Vereinbarungen nach § 78b SGB VIII ebenso wie Landesrahmenverträge nach § 78 f. SGB VIII regelmäßig Prüfungsrechte des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe. Dabei handelt es sich überwiegend um anlassbezogene Prüfungsrechte für den Fall, dass begründete Anhaltspunkte vorliegen, dass die vereinbarte Leistung nicht qualitätsgerecht erbracht wird.

¹⁹⁸ Auch Einrichtungen, die keine Leistungen der Jugendhilfe erbringen, unterliegen der Aufsicht nach § 45 SGB VIII, wenn und soweit keine Ausnahmen nach § 45 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII greifen. Für Einrichtungen, die keine Leistungen der Jugendhilfe erbringen, werden naturgemäß auch keine Vereinbarungen nach § 78 b SGB VIII abgeschlossen. Auch ist ein Einrichtungsträger nicht verpflichtet, Vereinbarungen nach § 78b SGB VIII abzuschließen, auch wenn er Leistungen der Jugendhilfe in dieser Einrichtung anbietet. Daher ist es auch in keinem Falle zulässig – aber gelegentlich zu beobachten – die Erteilung einer Betriebserlaubnis von dem Abschluss oder der Aufnahme von Verhandlungen über den Abschluss von Vereinbarungen nach § 78b SGB VIII abhängig zu machen.

VI. Beratung und nachträgliche Anordnungen

Im Falle der Feststellung von Mängeln bei der Gewährleistung des Kindeswohls während des Betriebes der Einrichtung steht den Heimaufsichtsbehörden nach § 45 SGB VIII ein gestuftes Reaktionssystem zur Verfügung, welches die Beratung, die Erteilung nachträglicher Auflagen (§ 45 Abs. 4 Satz 2 SGB VIII) und der Rücknahme oder des Widerrufs der Betriebserlaubnis (§ 45 Abs. 7 SGB VIII) umfasst. Ferner sieht

§ 48 SGB VIII die Möglichkeit vor, die Tätigkeit eines/r Mitarbeiters/-in oder bestimmter Mitarbeiter/-innen in der Einrichtung gegenüber dem Träger der Einrichtung auszusprechen. Insoweit ist stets die Maßnahme zu ergreifen, die bei geringstmöglichem Eingriff in Rechtsgüter des Einrichtungsträgers rechtmäßige Zustände herbeiführt, also für die Gewährleistung des Kindeswohls geeignet, erforderlich und verhältnismäßig ist.

1. Grundsatz: Beratung vor Auflage und Widerruf

Nach § 45 Abs. 6 Satz 1 SGB VIII soll die Heimaufsichtsbehörde im Falle der Feststellung von Mängeln zunächst „den Träger der Einrichtung über die Möglichkeiten zur Abstellung der Mängel beraten“. Auch hier folgt das SGB VIII dem Grundsatz „Einigung vor Anordnung“ und berücksichtigt so den verfassungsrechtlichen Grundsatz

der Verhältnismäßigkeit und das Gebot der partnerschaftlichen Zusammenarbeit zwischen öffentlicher und freier Jugendhilfe¹⁹⁹. Kann ein „Mangel“ mit dem Instrument der Beratung des Einrichtungsträgers von diesem selbst abgestellt werden, haben hoheitliche Anordnungen zu unterbleiben.

¹⁹⁹ § 4 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII.

2. Nachträgliche Auflagen

Gemäß § 45 Abs. 4 Satz 2 SGB VIII und § 45 Abs. 6 Satz 3 SGB VIII können nachträgliche Auflagen „zur Sicherung des Wohls der Kinder und Jugendlichen“ (Abs. 4 Satz 2) bzw. „zur Beseitigung einer eingetretenen oder Abwendung einer drohenden Beeinträchtigung oder Gefährdung des Wohls der Kinder und Jugendlichen“²⁰⁰ (Abs. 6 Satz 3) erteilt werden. Letztlich dürfte in § 45 Abs. 6 Satz 3 SGB VIII lediglich eine Bekräftigung des Inhalts des § 45 Abs. 4 Satz 2 SGB VIII zu sehen sein²⁰¹, denn die Kompetenz aus Abs. 6 Satz 3, Auflagen zur Abwendung/Beseitigung einer Gefährdung des Kindeswohles zu erlassen, ist von der aus Abs. 4 Satz 2 folgenden Kompetenz, solche bereits zur Sicherung des Kindeswohls zu treffen, bereits umfasst. Die doppelte Regelung der Ermächtigung zur Erteilung nachträglicher Auflagen dürfte auch in der

ab 01.01.2012 geltenden Fassung des Gesetzes eine redaktionelle Ungeschicklichkeit bleiben.

Der Erlass einer nachträglichen Auflage setzt voraus, dass diese zur Sicherung des Wohls der Minderjährigen bzw. zur Abwehr seiner Gefährdung erforderlich ist. Insoweit gelten dieselben Maßstäbe, die hinsichtlich der Erteilung einer anfänglichen Auflage zur Betriebserlaubnis bereits beschrieben wurden. Auf der anderen Seite kommt eine nachträgliche Auflage naturgemäß nur in Betracht, wenn eine Auflage ausreichend (geeignet) ist, um das Wohl der Kinder und Jugendlichen in der Einrichtung zu sichern²⁰², anderenfalls ist an weitere Maßnahmen (z. B. eine Tätigkeitsuntersagung) bis hin zu einem Widerruf der Betriebserlaubnis unter den engeren Voraussetzungen des § 45 Abs. 7 SGB VIII zu denken.

²⁰⁰ Die Formulierung der Norm ist missglückt und wohl von der Absicht getragen, alle möglichen Fälle der fehlenden Gewährleistung des Kindeswohls umfassend zu berücksichtigen. Nach der (kurz gefassten) Definition des BGH (a.a.O.) ist das Kindeswohl gefährdet, wenn seine Beeinträchtigung droht. § 45 Abs. 6 Satz 3 SGB VIII umschreibt also mit unterschiedlichen Worten denselben Tatbestand doppelt.

²⁰¹ Nonninger, in: LPK-SGB VIII, 5. Auflage, § 45 Rn. 49; wohl auch Stähr, in: Hauck/Nftz, SGB VIII, § 45 Rn. 57.

²⁰² VGH Kassel, FEVS 38,232.

3. Widerruf/Rücknahme der Betriebserlaubnis

Die Betriebserlaubnis ist nach § 45 Abs. 7 SGB VIII (rückwirkend) zu rückzunehmen oder (für die Zukunft) zu widerrufen, „wenn das Wohl der Kinder oder der Jugendlichen in der Einrichtung gefährdet und der Träger der Einrichtung nicht bereit oder in der Lage ist, die Gefährdung abzuwenden“. Bei der Rücknahme oder dem Widerruf der Betriebserlaubnis handelt es sich um das „schärfste Schwert“, welches den Heimaufsichtsbehörden gegenüber dem Träger einer betriebserlaubnispflichtigen Einrichtung zur Verfügung steht. Es handelt sich ferner um den denkbar schärfsten Eingriff in das Recht eines Einrichtungsträger aus Art. 12 Abs. 1 GG und darf daher nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nur erfolgen, wenn keine anderen Möglichkeiten zur Verfügung stehen, eine Schädigung des Kindeswohls abzuwenden/eine Gefährdung des Kindeswohls zu beenden²⁰³.

a) Gefährdungsbegriff

Unterschiedlich beurteilt wird, welche Anforderungen an den Gefährdungsbegriff des § 45 Abs. 7 SGB VIII zustellen sind. Nach einer verbreiteten Auffassung soll ausreichen, dass objektiv feststellbare Tatsachen vorliegen, „die im weiteren gewöhnlichen Geschehensablauf

mit einiger Sicherheit zu erheblichen Gefährdungen des Wohls der Kinder oder Jugendlichen führen können; also gravierende Abweichungen gegenüber dem, was als Schutz und Hilfe in der Einrichtung zu gewährleisten ist“²⁰⁴. Es soll demnach eine bloß „strukturelle Gefährdung des Kindeswohls“²⁰⁵ ausreichen, welche anzunehmen sei, wenn die vom Gesetzgeber in § 45 Abs. 2 SGB VIII vorgegebenen strukturellen Voraussetzungen an den erlaubten Betrieb einer Einrichtung nicht mehr erfüllt seien. Es sei nicht an den zu § 1666 BGB entwickelten Gefährdungsbegriff des BGH²⁰⁶ anzuknüpfen²⁰⁷.

Dieser Auffassung steht der Befund entgegen, dass der Gesetzgeber an die Erteilung nachträglicher Auflagen gemäß § 45 Abs. 4 Satz 2 SGB VIII explizit andere (geringere) Anforderungen stellt als an den Widerruf/die Rücknahme der Betriebserlaubnis gemäß § 45 Abs. 7 SGB VIII. Während die nachträgliche Erteilung einer Auflage bereits zulässig ist, wenn diese „zur Sicherung des Wohls“

²⁰⁴ Mörsberger, in: Wiesner, SGB VIII, 4. Auflage, § 45 Rn. 62a;

²⁰⁵ Nonninger, in: LPK-SGB VIII, 5. Auflage, § 45 Rn. 55.

²⁰⁶ BGH, Beschluss vom 14. Juli 1956 – IV ZB 32/56.

²⁰⁷ Nonninger, in: LPK-SGB VIII, 5. Auflage, § 45 Rn. 55; Mörsberger, in: Wiesner, SGB VIII, 4. Auflage, Rn. 62; Mann, in: Schellhorn, SGB VIII, 4. Auflage, § 45 Rn. 37 f.

²⁰³ Stähr, in: Hauck/Noftz, SGB VIII, § 45 Rn. 60.

der Minderjährigen (also präventiv) geeignet und erforderlich ist, also strukturelle Defizite hinsichtlich der Erfüllung Voraussetzungen für die Erteilung der Betriebserlaubnis nach § 45 Abs. 2 SGB VIII bestehen, verlangt das Gesetz als Voraussetzung einer Rücknahme/eines Widerrufs der Betriebserlaubnis explizit das Vorliegen einer (konkreten) Gefährdung des Wohls der Kinder und Jugendlichen. Diese gesetzgeberische Differenzierung kann aufgrund des Wortlauts der Norm und in Ansehung der (wirtschaftlichen und rechtlichen) Bedeutung der Folgen eines Widerrufs/einer Rücknahme der Betriebserlaubnis für die grundgesetzlich geschützte Berufsfreiheit der Einrichtungsträger²⁰⁸ nicht unberücksichtigt bleiben. Für das Erfordernis einer konkreten Gefährdung des Kindeswohls als Voraussetzung für den Widerruf/die Rücknahme der Betriebserlaubnis spricht auch, dass Rechtsmittel/Rechtsbehelfe gegen eine(n) solche(n) gemäß § 45 Abs. 7 Satz 2 SGB VIII keine aufschiebende Wirkung haben, der Rechtsschutz der Einrichtungsträger gegen diese denkbar schärfste Maßnahme der Heimaufsichtsverwaltung massiv eingeschränkt ist. Das ist nur schlüssig (und wohl auch verfassungsrechtlich nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nur zulässig), wenn der Widerruf/die Rücknahme der Betriebserlaubnis eine Lage in der

²⁰⁸ OVG Hamburg, Beschluss vom 12.12.2012, 4 Bs 248/12.

Einrichtung voraussetzt, welche eine unverzügliche und effektive Schutzmaßnahme zu Gunsten der Minderjährigen erfordert, zumal der Heimaufsichtsverwaltung bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 45 Abs. 7 SGB VIII, anders als im Falle des § 45 Abs. 4 Satz 2 SGB VIII, kein Ermessensspielraum zusteht²⁰⁹. Auch daran wird deutlich, dass der Gesetzgeber an den Widerruf/die Rücknahme der Betriebserlaubnis weitaus strengere Anforderungen stellt, als für die Erteilung einer nachträglichen Auflage zur Beseitigung (lediglich) struktureller Mängel, welche den Voraussetzungen des § 45 Abs. 2 SGB VIII widersprechen.

Der Gesetzgeber hat „für ein Eingreifen der Aufsichtsbehörde auf den allgemeinen polizeirechtlichen Gefahrenbegriff abgestellt und zwar (...) auf den einer konkreten Gefahr. (...) Eine Gefährdung des Kindeswohls besteht indes nicht schon dann, wenn (nur) nachträglich die Voraussetzungen für die Erteilung der Betriebserlaubnis entfallen sind.“²¹⁰

²⁰⁹ VGH München, Beschluss vom 10.01.2008, Az. 12 CS 07.3433; OVG Saarlouis, Beschluss vom 26.10.2010, 3 B 241/10; Mann, in: Schellhorn, SGB VIII, 4. Auflage, § 45 Rn. 38.

²¹⁰ OVG Hamburg, Beschluss vom 14.12.2012, Az. 4 Bs 248/12, mit überzeugender Auslegung des § 45 SGB VIII anhand des Wortlauts, der Historie, des Zwecks und der Systematik der Norm. Dagegen ausführlich Nonninger, in: LPK-SGB VIII, 5. Auflage, § 45 Rn. 55, mit m. E. nicht zutreffender systematischer und rechtspolitischer Argumentation.

Der Gesetzgeber „nennt als Voraussetzung für die Rücknahme oder den Widerruf der Betriebserlaubnis ausdrücklich die „Gefährdung“ des Kindeswohls, während für die Erteilung der Betriebserlaubnis in § 45 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII maßgeblich ist, dass das Wohl der Kinder und Jugendlichen in der Einrichtung „gewährleistet“ ist. „Wenn auch die im Hinblick auf Art. 6 GG zu stellenden hohen Anforderungen an die Erheblichkeit und Nachhaltigkeit einer Gefährdung im Sinne des § 1666 BGB nicht umfänglich auf § 45 Abs. 7 SGB VIII übertragbar sind, ist“ für Maßnahmen nach § 45 Abs. 7 Satz 1 SGB VIII ausreichend, aber auch erforderlich (...) das Bestehen einer konkreten Gefahr für das Kindeswohl (...). Eine derartige liegt danach vor, wenn aufgrund von Tatsachen im Einzelfall die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass das körperliche, geistige oder seelische Wohl des Kindes Schaden nehmen wird²¹¹.

²¹¹ OVG Hamburg, Beschluss vom 14.12.2012, Az. 4 Bs 248/12.; VGH München, Beschluss vom 10.01.2008, Az. 12 CS 07.3433, allerdings etwas weniger stringent, als der VGH hinsichtlich des Gefahrbegriffs zwar auf § 1666 BGB Bezug nimmt, dennoch aber etwas diffus die „Besorgnis (...)“, dass bei Nichteingreifen das Wohl der Kinder oder der Jugendlichen beeinträchtigt“ wird, ausreichen lässt. Das Erfordernis einer „konkreten Gefahr“ als Voraussetzung für den Widerruf/die Rücknahme der Betriebserlaubnis erkennt auch das OVG Saarlouis, Beschluss vom 26.10.2010, 3 B 241/10, leitet eine solche im konkreten Fall aber aus (allerdings mannigfachen) strukturellen Mängeln ab.

Unabhängig von der Frage, ob eine konkrete oder abstrakte („strukturelle“) Gefährdung verlangt wird, ist unbestritten, dass bloße Verdachtsmomente hinsichtlich einer (drohenden) Beeinträchtigung/Gefährdung nicht ausreichen, sondern „objektiv feststellbare Tatsachen vorliegen“²¹² müssen, welche eine Gefährdung belegen. Ebenso unumstritten kommt es nicht darauf an, ob der Träger der Einrichtung die (konkrete) Gefährdung der Minderjährigen verschuldet hat²¹³. Der Widerruf/die Rücknahme der Betriebserlaubnis ist keine Sanktion gegen den Träger der Einrichtung, sondern eine Schutzmaßnahme zu Gunsten der (konkret) gefährdeten Minderjährigen.

b) Keine Abwendung der Gefährdung

Weitere Voraussetzung für den Widerruf/die Rücknahme der Betriebserlaubnis ist, dass der Träger der Einrichtung „nicht bereit und in der Lage ist, die Gefährdung abzuwenden“²¹⁴.

²¹² Mörsberger, in: Wiesner, SGB III, 4. Auflage, § 45 Rn. 62a.

²¹³ VGH München, Beschluss vom 10.01.2008, Az. 12 CS 07.3433; Mann, in: Schellhorn, SGB VIII, 4. Auflage, § 45 Rn. 38.

²¹⁴ § 45 Abs. 7 Satz 1 SGB VIII. Auch diese, dem § 1666 BGB entlehnte, Formulierung des Gesetzes spricht dafür, dass der Gesetzgeber den Gefährdungsbegriff des § 1666 BGB auch im Rahmen des

Eine mangelnde Bereitschaft des Trägers der Einrichtung zur Abwendung der Gefährdung kann sich aus einer Erklärung seinerseits ergeben, etwa dass er die Änderung der Bedingungen, die zu einer konkreten Gefährdung führen, explizit ablehnt²¹⁵. Als Nachweis für seinen mangelnde Fähigkeit, die Gefahr abzuwenden, kann z.B. gelten, dass der Träger der Einrichtung strukturellen Mängeln, ggf. nach Beratung und/oder unter Verstoß gegen entsprechende Auflagen nach § 45 Abs. 4 Satz 2 SGB VIII, welche nunmehr zu einer konkreten Gefährdung des Wohls der Minderjährigen führen, nicht abgeholfen hat.

c) Eingeschränkter Rechtsschutz

Widerspruch und Anfechtungsklage gegen die Rücknahme oder den Widerruf der Erlaubnis haben nach § 45 Abs. 7 Satz 2 SGB VIII keine aufschiebende Wirkung. Das bedeutet, dass von der Erlaubnis ab dem Zeitpunkt der Bekanntgabe des Widerrufs keinen Gebrauch mehr gemacht werden darf, unabhängig davon, ob sich der Einrichtungsträger mit Widerspruch oder Anfechtungsklage gegen die Anordnung zur Wehr setzt. Ab dem Zeitpunkt der Bekanntgabe des Widerrufs der Betriebserlaubnis ist der weitere Betrieb der Einrichtung eine Ordnungswidrigkeit gemäß § 104 Abs. 1

§ 45 Abs. 7 SGB VIII angewandt wissen wollte.

²¹⁵ Nonninger, in: LPK-SGB VIII, 5. Auflage, § 45 Rn. 56.

Nr. 2 SGB VIII, ggf. bei Vorliegen der dortigen weiteren Voraussetzungen eine Straftat gemäß § 105 SGB VIII.

Will sich der betroffene Einrichtungsträger gegen den Widerruf der Erlaubnis seiner im Betrieb befindlichen Einrichtung zur Wehr setzen, muss er mit dem Ziel der Aufhebung der sofortigen Vollziehbarkeit des Widerrufs der Betriebserlaubnis den nach Landesrecht zulässigen Rechtsbehelf (ggf. Widerspruch)/das nach Landesrecht zulässige Rechtsmittel (ggf. Klage vor das Verwaltungsgericht) ergreifen und zusätzlich einen Antrag auf „Anordnung der aufschiebenden Wirkung“ des Rechtsmittels/des Rechtsbehelfs bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache beim zuständigen Verwaltungsgericht stellen.

Insoweit zählt für den Einrichtungsträger nach Erfahrungen in der Praxis jede Minute. Nicht selten wird in Ansehung der Vollziehbarkeit des Widerrufs der Betriebserlaubnis von den für die Gewährung der Leistungen der Jugendhilfe in der Einrichtung jeweils zuständigen Jugendämtern kurzfristig Fakten geschaffen und die in der Einrichtung betreuten Minderjährigen anderweitig untergebracht, ggf. auch gemäß § 42 SGB VIII in Obhut genommen. Der Widerruf der Betriebserlaubnis kann daher unabhängig von den Erfolgsaussichten im Rechtsbehelfs- oder Rechtsmittelverfahren bewirken, dass der Träger der Einrichtung binnen kurzer Frist faktisch „vor dem Aus“ steht.

4. Tätigkeitsuntersagung

Nach § 48 SGB VIII kann die zuständige Behörde „dem Träger einer erlaubnispflichtigen Einrichtung die Weiterbeschäftigung des/der Leiters/-in, eines Beschäftigten oder sonstigen Mitarbeiters ganz oder für bestimmte Funktionen oder Tätigkeiten untersagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass er die für seine Tätigkeit erforderliche Eignung nicht besitzt.“

Bei der Tätigkeitsuntersagung handelt es sich um einen belastenden Verwaltungsakt gegenüber dem Träger der Einrichtung, nicht gegenüber dem/der Mitarbeiter/-in, dessen Tätigkeit untersagt wird. Der/Die betreffende Mitarbeiter/-in ist jedoch Drittbetroffener des Verwaltungsaktes und kann als solcher, neben dem Einrichtungsträger als Adressaten des Verwaltungsaktes diesen mit den nach Landesrecht zulässigen Rechtsbehelfen/Rechtsmitteln angreifen²¹⁶.

Anders als der weit gefasste Wortlaut der Vorschrift des § 48 SGB VIII vermuten lässt, ist eine Tätigkeitsuntersagung nur zulässig, „falls das Wohl der Kinder oder Jugendlichen durch Beschäftigte einer Einrichtung gefährdet wird“²¹⁷.

²¹⁶ Nonninger, LPK-SGB VIII, 5. Auflage, § 48 Rn. 6.
²¹⁷ BT-Drucksache 11/5948, S. 85; Mann, in: Schellhorn, SGB VIII, 4. Auflage, § 48 Rn. 4. Nach anderer Auffassung soll es genügen, dass bei Fort-

Vermutungen reichen insoweit nicht aus²¹⁸. Erforderlich ist daher, dass eine mangelnde Eignung des/der jeweiligen Mitarbeiters/-in nach den Maßstäben des § 45 Abs. 2 SGB VIII sich konkret das Wohl der Minderjährigen gefährdend auswirkt. Ist diese Auswirkung nicht feststellbar und belegt, kommt eine nachträgliche Auflage gemäß § 45 Abs. 4 Satz 2 SGB VIII in Betracht. In Ansehung der Verpflichtung des Einrichtungsträgers, keine Personen zu beschäftigen, die wegen einer in § 72a Abs. 1 SGB VIII genannten Straftat rechtskräftig verurteilt sind, dürfte sich ein Tätigkeitsverbot zulasten der Beschäftigung einer solchermaßen vorbelasteten Person aber allein aus dieser Tatsache rechtfertigen lassen²¹⁹.

Die Tätigkeitsuntersagung nach § 48 SGB VIII hat sich hinsichtlich ihres Umfangs an dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu orientieren und darf nur insoweit ausgesprochen werden, als für die

setzung der Tätigkeit der nicht geeigneten Person das Wohl der Minderjährigen in der Einrichtung *nicht gewährleistet* ist. (Lakies, in: FK-SGB VIII, 7. Auflage, § 48 Rn. 3; Stähr, in: Hauck/Noftz, SGB VIII, § 48 Rn. 3). Aufgrund der insoweit eindeutigen Vorgabe des Gesetzgebers in der Gesetzesbegründung ist letztgenannte Auffassung jedoch zweifelhaft.

²¹⁸ OVG Sachsen, Beschluss vom 25.09.2009, 1 B 379/08.

²¹⁹ Nonninger, in: LPK-SGB VIII, 5. Auflage, § 45 Rn. 3.

Beseitigung der Kindeswohlgefährdung erforderlich ist. Darauf weist der Wortlaut der Norm, welcher eine Tätigkeitsuntersagung „ganz oder für bestimmte Funktionen“ vorsieht, ausdrücklich hin.

Geht eine Gefährdung des Kindeswohls von einem/einer bestimmten Mitarbeiter/-in aus, ist im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes die Tätigkeitsuntersagung gegenüber dem Widerruf der Betriebserlaubnis nach § 45 Abs. 7 SGB VIII stets das mildere und daher allein verhältnismäßige Mittel²²⁰.

²²⁰ Lakies, in: FK-SGB VIII, 7. Auflage, § 48 Rn.1

Eine Tätigkeitsuntersagung greift nicht unmittelbar auf das arbeitsrechtliche Verhältnis zwischen dem Träger der Einrichtung und dem/der jeweiligen Mitarbeiter/-in durch. Ob infolge einer Tätigkeitsuntersagung nach § 48 SGB VIII eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses in Betracht kommen kann, ist nach arbeitsrechtlichen Maßstäben, auch anhand eventuell verbleibender anderweitiger Beschäftigungsmöglichkeiten im Betrieb des Einrichtungsträgers, zu prüfen.

Impressum

Herausgeber:
Der Paritätische Gesamtverband
Oranienburger Str. 13-14
D-10178 Berlin

Telefon +49 (0) 30-24636-0
Telefax +49 (0) 30-24636-110

E-Mail: info@paritaet.org
Internet: www.paritaet.org

Verantwortlich im Sinne des Presserechts:
Dr. Ulrich Schneider

Erarbeitet von:
Rechtsanwalt Rüdiger Meier, Hamburg

Redaktion:
Norbert Struck, Der Paritätische Gesamtverband

Gestaltung:
Christine Maier, Der Paritätische Gesamtverband

Titelbild: © photophonie – Fotolia.com

Dezember 2014

Hinweis:



Wir danken dem Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend für die Förderung zur Erstellung dieser Arbeitshilfe.



Oranienburger Str. 13-14
10178 Berlin
Tel. 030-2 46 36-0
Fax 030-2 46 36-110

www.paritaet.org
info@paritaet.org