

## **STELLUNGNAHME ZU DEN ÄNDERUNGEN IN §§ 45 FF SGB VIII-E: ANMERKUNGEN UND ALTERNATIVVORSCHLÄGE**

### **Arbeitsfassung/Diskussionsgrundlage zur Vorbereitung eines Gesetzes zur Stärkung von Kindern und Jugendlichen, 23.8.2016**

Thomas Mörsberger, Rechtsanwalt, Lüneburg

#### **1 Zum Regelungsbedarf der §§ 45 ff. SGB VIII**

Im Rahmen des Bundeskinderschutzgesetzes (2012) wurde auch § 45 SGB VIII novelliert. Die Änderungen waren im Wesentlichen deklarativer Natur (zB zum Beschwerderecht) bzw formaler Art (die Reihenfolge der Absätze in § 45 SGB VIII wurde umgestellt und damit übersichtlicher). In der Folgezeit hat sich aber ein weiterer Änderungsbedarf ergeben.

Der vorliegende Entwurf greift einen Teil dieser Bedarfe auf. Aus der Sicht des Verfassers hätte es zwar eigentlich einer weitergehenden und grundsätzlichen fachpolitischen Diskussion bedurft, wie diese gesetzliche Aufgabenstellung in Zukunft konzeptionell verändert bzw weiterentwickelt werden könnte und sollte. Da mit einer solchen Diskussion kurzfristig nicht mehr zu rechnen ist, beschränken sich die weiteren Ausführungen auf den Rahmen, wie er bisher in der Praxis gegeben ist. Es wird versucht, rechtssystematische Ungereimtheiten durch konkrete Vorschläge aufzulösen.

Veränderungsbedarf wird aktuell insbesondere zu folgenden Stichworten gesehen:

- Legaldefinition des Einrichtungsbegriffs (§ 45 SGB VIII)
- Erweiterung bzw Präzisierung des Kriterienkataloges für den Erlaubnistatbestand
- Befugnisregeln für die Einsicht in das Geschehen im Heim; (Örtliche) Prüfung (§ 46 SGB VIII)
- Mängel-Feststellung, Definition Mangel (§ 45 Abs.6)
- Förderung von Beschwerdemöglichkeiten und Beteiligung, Überprüfung
- Grenzen von Auflagen
- Missverständnisse im Hinblick auf die vermeintliche Möglichkeit einer „Duldung“ für den Betrieb ohne Erlaubnis
- Voraussetzungen für den Entzug der Betriebserlaubnis (§ 45 Abs. 7 SGB VIII)

Für die meisten hier genannten Stichworte finden sich auch Veränderungsvorschläge im Entwurf. Die hier gemachten Alternativ-Vorschläge knüpfen fast ausnahmslos an der durch das Bundeskinderschutzgesetz seit 2012 veränderten Struktur des § 45 SGB VIII an.

#### **2 Verhältnis von Aufsicht und Beratung, Anforderungsprofil der zuständigen Behörden, verfassungsrechtliche Fragen**

Insbesondere durch zwei wissenschaftliche Untersuchungen angeregt, wird inzwischen auch in Fachkreisen diskutiert, inwieweit die „traditionelle“ Mischung von Beratungstätigkeiten und Aufsichtsfunktionen sowohl in fachlich-methodischer als auch juristischer Hinsicht fragwürdig ist. Immerhin wird allgemein aus der Tatsache, dass die Landesjugendämter in der Regel zuständige Behörde für die Aufgabenstellung nach § 45 SGB VIII sind, geschlossen, dass diese Funktion ohne weiteres auch verknüpft werden kann bzw darf mit der Beratungsaufgabe des Landesjugendamts iSv § 85 Abs. 2 Nr. 7 SGB VIII. Jedenfalls gibt es insofern Fragen grundsätzlicher Art, die als nicht beantwortet gelten dürfen.

Im vorliegenden Entwurf wie in den Alternativ-Vorschlägen wird auch nicht die Frage aufgegriffen, von welchem Profil und insbesondere, von welchen Handlungspflichten man bei den zuständigen Behörden rechtlich (Konkretisierung von Handlungs- bzw Interventionspflichten) wie organisatorisch (Ausstattung; Aufwand usw.) ausgehen darf oder muss. Auch hier wird auf die Notwendigkeit einer weiteren Fachdiskussion hingewiesen.

Nicht zuletzt wäre wünschenswert, wenn allgemein und auch zu speziellen Aspekten dieses Regelungsbereiches verfassungsrechtliche Diskurse initiiert würden. Es wird behauptet, dass insofern erheblicher Aktualisierungsbedarf besteht. Stichworte hierzu: Begründung der Eingriffsbefugnisse durch das sog. staatliche Wächteramt (also in Abgrenzung zu Elternrechten) oder nicht vielmehr „direkt“ aus längst anerkannten Grundrechten von Kindern und Jugendlichen; Abwägung von Gewerbefreiheitsrechten gegenüber öffentlichen Interessen oder auch und insbesondere gegenüber den genannten Kinderrechten.

### **3 Zu den einzelnen Regelungen – mit Alternativ-Vorschlägen**

#### **§ 45 Abs. 1**

1. Das Prinzip des Erlaubnisvorbehalts wird beibehalten, Ausnahmen werden konkret aufgelistet. Für Einrichtungen gelten gem. §§ 45 bis 48 SGB VIII (wie bisher) strengere und detailliertere Vorgaben als beim Erlaubnisvorbehalt für die Familienpflege (§§ 43 u. 44 SGB VIII).

2. Zentrales Abgrenzungsmerkmal ist auch weiterhin der Begriff „Einrichtung“. Seit langem gibt es dazu in der Praxis Unsicherheiten, bleiben die Bestimmungsversuche der Rechtsprechung vage. Das hat auch damit zu tun, dass das Gesetz selbst so gut wie keinen Hinweis auf die spezifische Funktion des Begriffs im Kontext der §§ 43 ff SGB VIII gibt bzw die Besonderheiten des Schutzbedarfs klarstellt.

3. Deshalb ist es richtig, wenn eine Definition des Einrichtungsbegriffs vorgenommen wird. Sie ist allerdings nicht etwa in § 45 Abs.1 platziert, sondern als gesonderte Norm in § 45a SGB VIII. Es würde der Übersichtlichkeit dienen, wenn sie statt in einer eigenen Norm (§ 45a SGB VIII) und also erst im Anschluss an Detailregelungen für Einrichtungen zu finden ist, sondern in § 45 Abs. 1 im Anschluss an S. 1 (als neuer Satz 2) integriert würde (so der Alternativ-Vorschlag).

4. Die Definition des Einrichtungsbegriffs muss bezogen sein auf den speziellen Regelungsgegenstand der §§ 45 ff, sollte die Abgrenzung zu §§ 43 und 44 deutlich werden lassen, aber aus rechtssystematischen Gründen nicht zugleich Ausnahmekonstellationen in die Legaldefinition „einbauen“, also z.B. nicht – wie aber im Entwurf so vorgesehen – den Ortsbezug, die Größe, die Dauer des Aufenthalts, denn diese sind nicht Sache des Einrichtungsbegriffs, sondern können (und sollten daher auch) in weiteren Erlaubnisvoraussetzungen differenzierend benannt werden. § 45a SGB VIII-E enthält Ausnahmen vom Erlaubnisvorbehalt, wie man sie vom Regelungscharakter her und wegen der Systematik eigentlich abschließend in § 45 Abs.1 S. 2 bzw S. 3 erwartet.

5. Auch die Dauer des Aufenthalts sollte als Erlaubniskriterium nicht – wie schon dargelegt – in die Definition des Einrichtungsbegriffs integriert werden (wie aber in § 45a SGB VIII vorgesehen), sondern als weiteres Ausnahmekriterium in § 45 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 (neu, siehe Alternativ-Vorschlag ebenda).

6. Die früher zusätzlich verwendete Kategorie der Unterkunft ist nicht erforderlich, nachdem die Rechtsprechung den Begriff der Betreuung inzwischen ohnehin sehr weit auslegt.

7. Das Tatbestandsmerkmal „ganztägig oder für einen Teil des Tages“ kann entfallen, denn es ist nicht ersichtlich, welche Variante so ausgeschlossen werden soll: Mehr als ganztägig gibt es nicht und weniger als einen Teil des Tages auch nicht.

**Alternativ-Vorschlag:**

- (1) Der Träger einer Einrichtung, in der Kinder und Jugendliche betreut werden, bedarf für den Betrieb der Einrichtung einer Erlaubnis.**

**Ergänzungs-Vorschlag nach Abs. 1 S. 1:**

**Als Einrichtung im Sinne dieser Vorschrift gilt jeder räumlich gefasste Aufenthaltsort, der außerhalb des Elternhauses mit weisungsabhängigem Personal und in einem formell organisierten Rahmen der Betreuung von Kindern und Jugendlichen dienen kann und soll. Das gilt entsprechend auch für Eltern-Kind-Angebote, wenn die Betreuung der Kinder zumindest auch zur Aufgabe des Personals gehört.**

**Leistungsangebote im Sinne der Kindertagespflege (§ 23 SGB VIII) und der Vollzeitpflege (§ 33 SGB VIII) gelten nicht als Einrichtungen im Sinne dieser Vorschrift.**

**Erläuterungen**

1. Angesichts der Funktion des Einrichtungsbegriffs in den §§ 45 ff SGB VIII ist eine Legaldefinition unvermeidbar, die dem Regelungszweck (Schutz von Kindern und Jugendlichen) gerecht wird. Gleichwohl sollte sie nicht überfrachtet werden mit Merkmalen, die mit dem allgemeinen Verständnis dieses Begriffs wenig zu tun haben oder gar der Bedeutung in anderen Regelungsbereichen geradezu widersprechen. Gegen eine Überfrachtung spricht auch die Systematik des § 45 Abs. 1, weil dort in den Ausnahmen vom Erlaubnisvorbehalt in Satz 2 nach wie vor von „Einrichtungen“ die Rede ist (zB von der „Jugendfreizeiteinrichtung“ in Nr. 1 oder anderen „Einrichtungen“, die unter den dort genannten Voraussetzungen keiner Erlaubnis bedürfen).

Soweit § 45 nicht zur Anwendung kommen soll, kann das auch überschaubar konkret als Ausnahme beschrieben werden und muss nicht zum Begriffsmerkmal werden. Wichtig ist aber sehr wohl in der Begrifflichkeit selbst die Abgrenzung zu den §§ 43 und 44 SGB VIII, denn da ist es definitiv der Begriff Einrichtung als Tatbestandsmerkmal, das insofern zur Abgrenzung maßgeblich ist.

2. Zur weiteren Abgrenzung gegenüber diesen Angeboten wird im Alternativ-Vorschlag „weisungsabhängiges Personal“ zur Voraussetzung gemacht. Damit würden auch bisher strittige Grenzfälle gegenüber der Familienpflege geregelt (siehe dazu ein laufendes verwaltungsgewichtiges Verfahren beim VGH Baden-Württemberg). Im Übrigen passt dieses Merkmal auch im Hinblick auf die immer wieder auftauchende Frage, ob wirklich auch bei Betreuungsangeboten, die keine Pflege darstellen, eine Betriebserlaubnis erforderlich ist, wenn sie nur durch eine einzige Betreuungskraft oder durch zwei (tatsächlich) selbstständig wirkende Personen erfolgt (also konzeptionell in Abgrenzung zur Familienpflege ohne Kontinuität der Bezugspersonen und ohne gegenseitige Vertretungsbefugnis, denn eine [Krankheits-/Urlaubs-]Vertretung käme nur im Rahmen einer Weisungsabhängigkeit in Betracht).

Dass mit einer solchen Voraussetzung für den Einrichtungsbegriff in Zukunft einige Angebote keinem Erlaubnisvorbehalt unterliegen würden (sofern es sich nicht um Fälle des § 43 oder § 44 handelt), dürfte angesichts der Frage nach einer spezifischen Schutzbedürftigkeit und in Relation zu den Ausnahmetatbeständen des Abs. 1 S. 3 (nF) hinnehmbar sein.

3. Mit der Formulierung „kann“ und „soll“ wird klargestellt, dass es qualitative Voraussetzungen für den Aufenthaltsort gibt („kann“) und das Angebot auch auf die in § 45 genannten Zwecke bezogen ist („soll“).

### Zu den Ergänzungen nach § 45 Abs. 1 S. 1:

1. Mit der Voraussetzung („außerhalb des Elternhauses“ oder nach dem Entwurf „außerhalb ihrer Familie“) entstehen Grenzfälle, wenn sich neben den Kindern auch ein oder gar zwei Elternteil/e in der Einrichtung befinden (zB Mutter-Kind-Einrichtungen). Wenn sich aber die Eltern selbst in der Einrichtung aufhalten, haben sie grundsätzlich erstens nach Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG ein vorrangiges Bestimmungsrecht über das Geschehen, zweitens würde uU das Tatbestandsmerkmal „außerhalb ihrer Familie“ (Entwurf) bzw „außerhalb des Elternhauses“ (Alternativ-Vorschlag) nicht zutreffen. Angesichts der Erfahrungen in der Praxis würde eine solche „Privilegierung“ den Erfordernissen des Kinderschutzes nicht gerecht. Da eine Integration in die Systematik des ersten Satzes passen würde, wird als Alternative vorgeschlagen, einen zweiten Halbsatz an Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 anzuschließen, in dem ausdrücklich eine Betriebserlaubnis auch dann bei Eltern-Kind-Angeboten (meist „Mutter-Kind“-Angeboten) erforderlich ist, wenn „die Betreuung der Kinder zumindest auch zur Aufgabe des Personals gehört“.
2. Das „entsprechend“ bedeutet, dass nicht etwa alle Eltern-Kind-Einrichtungen als erlaubnisbedürftig gem. § 45 SGB VIII gelten, sondern nur, soweit auch („entsprechend“) die Voraussetzungen des § 45 gegeben sind.
3. „... zumindest auch zur Aufgabe des Personals gehört“. Der rechtliche Status von Eltern(teilen) in Eltern-Kind-Einrichtungen ist in der Praxis sehr unterschiedlich. Hier wäre aber eine weiter differenzierende Schwelle des Erlaubnisvorbehalts praktisch nicht umsetzbar, ist im Zweifel also immer dann schon eine Betriebserlaubnis erforderlich, wenn faktisch die Betreuung (der Kinder) zumindest auch zur Aufgabe des Personals gehört bzw gehören kann, also nur dann nicht, wenn die Betreuungsaufgabe ausschließlich Sache der Eltern bleibt.
4. Da in der Praxis solche Einrichtungen für Jugendliche nicht existieren, genügt die Bezugnahme auf Kinder.

### Abs. 1 Satz 2 aF:

1. In § 45 Abs. 1 S. 2 des Entwurfs heißt es wie bisher, dass keiner Erlaubnis bedarf, *wer...*

*3. eine Einrichtung betreibt, die außerhalb der Jugendhilfe liegende Aufgaben für Kinder oder Jugendliche wahrnimmt, wenn für sie eine entsprechende gesetzliche Aufsicht besteht (...)*

Seit Jugendhilfe und Schule enger als zu früheren Zeiten kooperieren (Stichwort: Schulsozialarbeit bzw Sozialarbeit an Schulen) und seit im Zusammenhang erhöhter Aufmerksamkeit für Aspekte des Kinderschutzes auch die Frage adäquater Aufsicht im schulischen Bereich in den Blick geraten ist, stellt sich die Frage, inwieweit die bisherigen Formulierungen in § 45 Abs. 1 Nr. 3 SGB VIII die nötige Klarheit schaffen bzw zu sachgerechten Problemlösungen führen.

Fragwürdig ist ohnehin, dass für den Bereich der Schule grundsätzlich davon ausgegangen wird, dass für sie eine „entsprechende gesetzliche Aufsicht“ bestehe, nur weil sich die landeszentrale Verwaltung für Schulen aus traditionellen Gründen Schul-„Aufsicht“ nennt. Aus kompetenzrechtlichen Gründen dürfte es aber nicht Sache des Bundesgesetzgebers im Hinblick auf das SGB VIII sein, insoweit eine übergreifende und differenzierende Regelung zu treffen.

2. Soweit im schulischen Kontext Veranstaltungen bzw Angebote entwickelt werden, gilt als unstrittig, dass je nach den Voraussetzungen auch eine Betriebserlaubnis beantragt werden muss. Für Grenzfälle mag erwogen werden, in § 45 Abs. 5 SGB VIII ein Kooperationsgebot zu formulieren (siehe Alternativ-Vorschlag dort).

3. Es wird aber vorgeschlagen, (in einer Ergänzung des Abs. 1 S. 2 als Nr. 4) ausdrücklich Einrichtungen vom Erlaubnisvorbehalt frei zu stellen, in der sich regelhaft Kinder und Ju-

gendliche nur für eine kurze Dauer aufhalten, und zwar konkretisiert auf maximal acht Tage. Die Dauer nicht exakt festzulegen, würde – das zeigt auch die aktuelle Alltagspraxis mit ihren Entscheidungsspielräumen – unnötige Streitfälle provozieren.

#### Alternativ-Vorschlag bzw Ergänzung:

*Einer Erlaubnis bedarf nicht, wer*

*[...]*

***4. eine Einrichtung betreibt, in der sich Kinder und Jugendliche regelhaft nur für eine kurze Dauer aufhalten, höchstens bis zu acht Tagen.***

#### **§ 45 Abs. 2 S. 2:**

1. Die derzeitige Fassung wie die des Entwurfs bedienen sich einer Formel, die als kritisch betrachtet wird. Es heißt in Satz 1: „(...) wenn das Wohl der Kinder und Jugendlichen in der Einrichtung gewährleistet ist“. In Satz 2 wird diese Formel aufgegriffen und quasi definiert, indem es heißt, dies sei „in der Regel anzunehmen, wenn (...)“

Wie auch unten zu Abs. 4 dargelegt und auch von Bedeutung für Abs. 7, sollte mit einer formelhaften Verwendung des Begriffs „Wohl der Kinder und Jugendlichen (...)“ (kurzgefasst: „Kindeswohl“) zurückhaltend umgegangen werden. Da er – auch und gerade an dieser Stelle – kaum positiv zu definieren ist, wirkt die Konkretisierung des „in der Regel anzunehmen, wenn (...)“ als Überhöhung dessen, was in Wahrheit nur sehr begrenzt bestimmbar ist. Insbesondere ist der in Satz 2 gewählte „Umweg“ über den Kindeswohlbegriff überflüssig und sollte deshalb gestrichen werden zugunsten einer Gewährleistungspflicht für genauer bestimmbare Kriterien als das „Kindeswohl“ (im Familienrecht ein Ersatz für das früher übliche Kriterium des Verschuldens und eine Orientierung daran, dass im Zweifel das Kindeswohl Vorrang haben muss vor [Gerechtigkeits-]Kriterien, die nicht am Kind orientiert sind). In der Kinder- und Jugendhilfe markiert der Begriff „Kindeswohl“ dagegen eher eine „Zielorientierung“, die es nicht erforderlich macht, diesen Begriff im Sinne eines Tatbestandsmerkmals positiv definieren zu müssen.

2. In Nr. 3 findet sich im Entwurf keine Änderung zur schwer verständlichen Formulierung der aktuellen Gesetzesfassung, dass „die gesundheitliche Vorsorge und die medizinische Betreuung der Kinder und Jugendlichen nicht erschwert werden (...)“.

Es dürfte unstrittig sein, dass jede Einrichtung iSd § 45 SGB VIII (auch) für die gesundheitliche Vorsorge und eine angemessene medizinische Betreuung zu sorgen hat, und sie diese nicht etwa nur nicht erschweren darf. Bedeutung hat diese Pflicht auch nicht nur im Sinne allgemeiner Sorgspflicht, sondern auch spezifiziert nach Einrichtungstyp. Sind zB nach der Konzeption der Einrichtung oder auf Grund aktueller Erfordernisse Kinder und Jugendliche mit signifikanter psychiatrischer Diagnose oder spezifischer chronischer Erkrankungen mit Krisenrisiko untergebracht, folgt daraus (und aus der Ratio des Abs. 2 Nr. 3), dass regelmäßig und bei aktuellem Bedarf entsprechende fachärztliche Unterstützung abrufbar sein muss. Deshalb wird vorgeschlagen, Nr. 3 teilweise neu zu fassen, und zwar entsprechend der im Alternativ-Entwurf gewählten modifizierenden Formulierung („[...] für die gesundheitliche Vorsorge und eine angemessene medizinische Betreuung der Kinder und Jugendlichen gesorgt wird“).

3. Es ist zu begrüßen, dass die angesichts der bisherigen Formulierung (und wegen § 46) wenig überprüfbar Regelung in § 45 Abs. 2 Nr. 4 SGB VIII im vorgelegten Entwurf eine gewisse Konkretisierung erfahren hat. Die gewählte Variante „außerhalb der Einrichtung“ kann aber nicht überzeugen, denn damit ist alles und nichts greifbar beschrieben. Auch der Marktplatz und die Bushaltestelle wären ein „außerhalb“. Es wird vorgeschlagen, wenigstens zu formulieren: „(...) innerhalb der Einrichtung sowie bei insoweit geeigneten Stellen außerhalb gewährleistet sind (...)“. Was dann als geeignet anzusehen ist, mag je nach den örtlichen

Verhältnissen beurteilt werden. In der Gesetzesbegründung könnten bzw sollten dann auch Beispiele aufgelistet werden.

### Alternativ-Vorschlag:

#### **Abs. 2:**

**Die Erlaubnis ist zu erteilen, wenn gewährleistet ist, dass**

**1. [...]**

**2. die dem Zweck und der Konzeption der Einrichtung entsprechenden räumlichen, fachlichen, wirtschaftlichen und personellen Voraussetzungen für den Betrieb erfüllt werden,**

**3. die gesellschaftliche und sprachliche Integration und ein gesundheitsförderliches Lebensumfeld in der Einrichtung unterstützt werden, für die gesundheitliche Vorsorge und eine angemessene medizinische Betreuung der Kinder und Jugendlichen gesorgt wird sowie**

**4. zur Sicherung der Rechte von Kindern und Jugendlichen geeignete Verfahren der Beteiligung und innerhalb sowie bei insoweit geeigneten Stellen außerhalb der Einrichtung Möglichkeiten der Beschwerde in persönlichen Angelegenheiten geschaffen sind oder werden.**

#### **§ 45 Abs. 3:**

1. Die Konkretisierungen schaffen für alle Beteiligten mehr Klarheit und sind zu begrüßen, abgesehen von einigen Details, die inhaltlich und/oder in der Formulierung (s.u.) als irritierend bzw unverhältnismäßig beurteilt werden.

2. Hinsichtlich der Aufbewahrungspflicht von Unterlagen bei Einrichtungen wird angeregt, zunächst eine umfassendere und differenzierende (zB zwischen Heimen und Kindergärten) gesetzliche Regelung an anderer Stelle zu treffen und dann in § 45 SGB VIII darauf Bezug zu nehmen. Die Regelung im Entwurf iS einer „mindestens dreijährigen Aufbewahrung“ dürfte in der Praxis die Vermutung auslösen, dass damit zugleich eine Regelung getroffen sei zur Aufbewahrungspflicht in Einrichtungen allgemein. Sowohl aus haftungs-, steuerrechtlichen wie auch datenschutzrechtlichen Gründen wäre das sehr problematisch, ganz abgesehen von den Erfahrungen im Zusammenhang mit den Wünschen ehemaliger Heimkinder, wie sie in der Arbeit des „Runden Tisches Heimerziehung“ (2009/2010) bzw in der Arbeit der Anlauf- und Beratungsstellen für betroffene Heimkinder der Zeit von 1949 bis 1975 (Fonds Heimerziehung) deutlich geworden sind.

3. Im Entwurf wird der Nachweis verlangt, dass „den Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Buch- und Aktenführung entsprechende Aufzeichnungen über den Betrieb der Einrichtung und deren Ergebnisse angefertigt sowie eine mindestens dreijährige Aufbewahrung dieser Aufzeichnungen sichergestellt werden“.

Hier werden zT Anforderungen gestellt, die zum originären Zweck der §§ 45 ff SGB VIII in keinem angemessenen Verhältnis stehen. Insbesondere aber wird auf „Grundsätze“ Bezug genommen, die eher irritieren als Klarheit schaffen. Gemeint sind offensichtlich Vorgaben des Steuer- und des Handelsrechts. Da sie aber unterschiedlich sind je nach Größe des Betriebs und auch anderer Merkmale, ist es fraglich, was mit „Grundsätzen“ gemeint ist. Es bietet sich eher an, allgemein auf gesetzliche Vorgaben Bezug zu nehmen, ohne sie konkreter aufzulisten. Besonders problematisch ist die Bezugnahme auf „Grundsätze“ bei der „Aktenführung“. Sie sind in unserer Rechtsordnung beschränkt auf Vorgaben für Straf- und zT auch andere Verfahren und für die Öffentliche Verwaltung, aber selbst da nur in engen Grenzen, zumal es dort idR nicht einmal – und aus guten Gründen – klare Definitionen für den Begriff „Akte“ gibt. Bezugspunkte sind eher „Dokumente“ und/oder „Ordner“ bei Dateien.

4. Für die seit jeher geltende Notwendigkeit – und nun im Entwurf zu Recht ausdrücklich so als Tatbestandsmerkmal aufgelistete „Zuverlässigkeit“ – bedarf es zur Wahrnehmung der Aufsichtsfunktion bzw in der Konkretisierung der Erlaubnisvoraussetzungen entsprechender Unterlagen, aus denen sich schlüssig und belegbar das ergibt, was für die jeweilige Einrichtung als erforderlich anzusehen ist, um der gesetzlichen Aufgabenstellung der §§ 45 ff gerecht werden zu können. Da dies – insbesondere bei kleinen Einrichtungen – ohnehin eine berufsuntypische Anforderung für die Fachkräfte ist, sollte der Gesetzeswortlaut hier keine unnötigen Irritationen verursachen.

5. „Aufzeichnungen (...) und deren Ergebnisse“: Hier ist schon aus sprachlichen Gründen zu monieren, dass nur zu ahnen ist, was „Ergebnisse von Aufzeichnungen“ sein könnten. Ob im Übrigen wirklich durch eine gesetzliche Vorgabe sichergestellt werden muss, dass zB Zahlen nicht nur aufgelistet, sondern auch addiert werden sollen, wird bezweifelt. Sollte es darum gehen, als Aufsichtsbehörde von internen Schlussfolgerungen und Einschätzungen lesen zu können, dürfte die Anforderung unter Nr. 3b („[...] wirtschaftliche und finanzielle Lage des Trägers“) ausreichen, auch wenn der Bezug dabei nicht die einzelne Einrichtung ist.

#### **Alternativ-Vorschlag:**

***Zur Prüfung der Voraussetzungen hat der Träger der Einrichtung mit dem Antrag***

***[...]***

***3. nachzuweisen, dass Aufzeichnungen über den Betrieb der Einrichtung je nach den für die Einrichtungsgröße geltenden gesetzlichen Vorgaben angefertigt sowie eine angemessen lange, datenschutzrechtlich korrekte und organisatorisch zuverlässige Aufbewahrung dieser Aufzeichnungen sichergestellt werden. Aus diesen Aufzeichnungen müssen insbesondere***

***a) für jede Einrichtung gesondert die Nutzungsart, Lage, Zahl und Größe der Räume, die Belegung der Einrichtung und die regelmäßigen Arbeitszeiten des in der Einrichtung beschäftigten Personals und deren Dienstpläne sowie***

***b) die aktuelle wirtschaftliche und finanzielle Lage des Trägers ersichtlich sein.***

#### **Erläuterungen zum Alternativ-Vorschlag:**

1. Da es noch immer keine gesetzlichen Vorgaben gibt, die dem entsprechen, was am Runden Tisch Heimerziehung im Umgang mit Einrichtungsinformationen zu Recht gefordert worden war, ist für Nr. 3 S. 1 eine Art „Erinnerungsposten“ zu erwägen, der

(1) der darauf aufmerksam macht, dass organisatorisch zuverlässig für eine Aufbewahrung zu sorgen ist (insofern macht die Erwähnung in Betriebserlaubnissen Sinn),

(2) hervorhebt, dass die Dauer der Aufbewahrung je nach Einrichtungstyp und Art der Dokumente zu differenzieren ist („angemessen lange“) und

(3) auf die Kriterien des Datenschutzrechts hinweist (Löschungsanspruch, aber auch Anspruch auf Kenntnis von Daten, Widerspruchsrecht gegen Löschung, Möglichkeit der Sperrung als Zwischenlösung usw).

2. In der Praxis ergeben sich allzu oft Schwierigkeiten der Überprüfung, wenn der Träger darauf verweist, dass er seiner Pflicht zur Offenlegung der wirtschaftlichen und finanziellen Lage gerne nachkommen wolle, die Unterlagen (legitimerweise) aber noch beim Steuerberater, beim Finanzamt oder an anderer Stelle liegen. Es sollte daher vorgegeben sein, dass auch ohne „solche“ Unterlagen adäquat Unterlagen greifbar sind, aus der die aktuelle wirtschaftliche und finanzielle Lage des Trägers substantiiert ersichtlich gemacht werden kann.

Als maßgebliches Tatbestandsmerkmal dürfte ein Einschub des Adjektivs „aktuelle“ vor „wirtschaftliche und finanzielle Lage des Trägers“ genügen.

#### **§ 45 Abs. 4:**

Im aktuellen Entwurf wird der bisherige Begriff „Schutz“ ersetzt durch den Begriff „Gewährleistung“.

Sowohl der bisherige Terminus „Schutz“ wie auch der nun gewählte Terminus „Gewährleistung“ zielen aber an dem vorbei, was hier geregelt werden kann und soll. Der inhaltliche Bezug ist die Aufgabenstellung der §§ 43 ff SGB VIII, also der „Schutz von Kindern und Jugendlichen in Familienpflege und in Einrichtungen“ (so auch die Überschrift des Zweiten Abschnitts (§§ 43 bis 49) des Dritten Kapitels (= „Andere Aufgaben der Jugendhilfe“), nicht der „Schutz des „Kindeswohls“.

Wenn der Begriff „Kindeswohl“ nicht als Floskel weiter marginalisiert werden soll, ist zu empfehlen, hier eine Präzisierung vorzunehmen. Der familienrechtliche Begriff des Kindeswohls ist jedenfalls im Zusammenhang der §§ 43 ff allenfalls negativ, kaum jedoch positiv zu beschreiben, jedenfalls nicht in den insofern aber bedeutsamen Grenzfällen. Auflagen, um die es hier geht, können entweder dem Schutz von Kindern dienen oder es wird die korrekte Aufgabenerfüllung gewährleistet. Schon allein, weil „Kindeswohl“ hier positiv nicht definierbar ist, verlangt der Bestimmtheitsgrundsatz eine Konkretisierung. Zudem sollte angesichts der Tragweite dessen, was zB das Haftungsrecht unter „Gewährleistung“ versteht, auch nur das als messbarer Gegenstand zugrunde gelegt werden, für was man auch haftbar gemacht werden könnte. Und das ist die fachgerechte und sorgfältige Aufgabenerfüllung, nicht das „Kindeswohl“. Dass der Begriff „Kindeswohl“ in der Kinder- und Jugendhilfe seit Jahren inflationär verwendet wird und dabei seine rechtliche und insbesondere rechtssystematische Kontur zu verlieren droht, sollte bei einer Gesetzesnovellierung nicht noch verstärkt werden.

#### **Alternativ-Vorschlag:**

***Die Erlaubnis kann mit Nebenbestimmungen versehen werden. Zum Schutz der Kinder und der Jugendlichen können nachträgliche Auflagen erteilt werden.***

#### **§ 45 Abs. 5:**

Das Kooperationspostulat des Abs. 5 wird im Entwurf nicht verändert, obwohl es für die Praxis insbesondere zwei Aspekte gibt, für die klarstellende Ergänzungen hilfreich sein könnten.

1. Vielerorts verstehen sich Schulverwaltungen nicht als Institution, die eine vergleichbare Aufgabe wahrnehmen würden wie die der §§ 45 ff SGB VIII, obwohl das Gesetz sie (auch) als solche einordnet (siehe dazu § 45 Abs.1 S. 2 und oben die Anmerkungen dazu). Zwar hat der Bundesgesetzgeber keine Anordnungscompetenz gegenüber den Schulen (in den Bundesländern); könnte sich die für § 45 zuständige Behörde auf eine (direkt nur für sie selbst geltende) ausdrückliche Kooperationspflicht im SGB VIII berufen, würde das die entsprechenden Zugänge idR erleichtern.

2. Abs.5 ist bislang auf die Handhabung von Einzelfällen gemünzt. Es wäre aber für alle Beteiligten hilfreich, wenn es auf Landesebene zu konkretisierenden Vereinbarungen kommen würde. Grundsätzlich ist zwar fragwürdig, wenn im Gesetz Vereinbarungen quasi empfohlen werden. So war es sachgerecht, dass der Gesetzgeber 2012 mit der Novellierung des SGB VIII durch das BKiSchG die vorher enthaltene Empfehlung zu allgemeinen Vereinbarungen zwischen zuständiger Behörde und Einrichtungsträgern bzw ihren Verbänden gestrichen hat, denn dazu bedarf es keiner gesetzlichen Empfehlung. Die Ausgangslage ist für die in Abs. 5 genannten Stellen eine andere.

**Alternativ-Vorschlag:**

**[...] (1a) Das gilt auch für Angebote und Veranstaltungen in der Verantwortlichkeit eines Schulträgers, soweit zugleich Zuständigkeiten i.S. des § 45 Abs.1 Satz 3 gegeben sind. (2) [...] (2a) Zur Sicherung fachlicher Standards sind auf Landesebene Vereinbarungen mit den in Abs. 5 genannten Einrichtungsträgern anzustreben.**

**Ergänzungs-Vorschlag:**

**(Satz 5) Sind nach den Feststellungen der zuständigen Behörde die Voraussetzungen der Betriebserlaubnis erfüllt, konnte diese aber aus anderen Gründen noch nicht erteilt werden und stellt die Verzögerung eine unvorhersehbare besondere Belastung für den Träger dar, kann in begründeten Einzelfällen bei einer vorzeitigen Betriebsaufnahme die Einleitung eines Bußgeld- oder Strafverfahrens gem. §§ 104 und 105 für eine verbindlich zu begrenzende Dauer ausgesetzt werden.**

**Erläuterung:**

Eine Einrichtung darf nicht ohne Betriebserlaubnis betrieben werden. Es folgt aus dem Normzweck (insb. Schutz der Kinder vor Diskontinuitäten und Unsicherheiten), dass es keine „vorläufigen“ Betriebserlaubnisse geben darf, auch keine „Duldung“. In Betracht kommt nur, dass in begründeten Einzelfällen und wenn dies verantwortbar erscheint, die Einleitung von Bußgeld- oder Strafverfahren (§§ 104/105 SGB VIII) für eine zu bestimmende kurze Frist und mit Auflagen versehen verbindlich ausgesetzt werden kann (= Ermessensentscheidung). Bei Einrichtungen für Aufenthalte über Tag und Nacht kommt dies nur im extremen Ausnahmefall in Betracht.

**§ 45 Abs. 6:**

In Abs.6 ist von „Mängeln“ die Rede, ohne auch nur annähernd zu bestimmen, was unter einem Mangel in diesem Zusammenhang zu verstehen ist. In der Praxis kommt es in dieser Frage regelmäßig zu unnötigen Auseinandersetzungen. Das betrifft auch und gerade in Grenzfällen die Frage nach der Bedeutung von Auflagen, die insofern ausdrücklich Erwähnung finden sollte.

Die Definition des Mangelbegriffs entspricht im Übrigen vom Ansatz her einer Regelungslogik, die insbesondere zur nachfolgenden Regelung des Entzugs der Betriebserlaubnis passt.

**Alternativ-Vorschlag:**

**[...] Werden festgestellte Mängel nicht behoben, so können dem Träger der Einrichtung Auflagen erteilt werden, soweit sie geeignet und ausreichend sind, die von der zuständigen Behörde festgestellten Mängel zu beseitigen. (3a) Als Mängel im Sinne dieser Vorschrift gelten Gegebenheiten, die den Anforderungen, die sich aus der Betriebserlaubnis und der jeweiligen Einrichtungskonzeption ergeben, nicht entsprechen oder aus anderen Gründen mit allgemein anerkannten fachlichen Grundsätzen nicht vereinbar sind. [...]**

**§ 45 Abs. 7:**

1. Es fehlte bislang eine klare Konzeption, wo und nach welchen Kriterien die Betriebserlaubnis entzogen werden muss/kann/darf. Die Begriffe „Kindeswohl“ ebenso wie „Kindeswohlgefährdung“ haben historisch und funktional den Bezug zum Familienrecht, also zur

Bestimmung der Eingriffsschwelle gegenüber Eltern. Zudem sind sie nur individualisiert anwendbar. Die in der Begründung angesprochene Variante der „strukturellen Kindeswohlgefährdung“ wird zwar in Rechtsprechung und Literatur – gewissermaßen in Ermangelung klarer Kriterien – immer wieder bemüht. Bei einer Neufassung dieser Bestimmung sollte insofern aber eine klare Orientierung geschaffen werden.

Angesichts der familienrechtlich geprägten Praxis in der Handhabung des Begriffs Kindeswohlgefährdung verleitet dessen Verwendung dazu, sich in der Wahrnehmung der Aufsichtsfunktion zu sehr auf belegbare Vorkommnisse und Ereignisse zu beziehen und weniger auf die Rahmen- bzw. Lebensbedingungen der betroffenen Kinder und Jugendlichen. Das ändert nichts daran, dass die bisherige Begrifflichkeit beibehalten werden sollte, jedoch eher als sehr spezielle Variante. Im Zentrum sollte (auch in der Gesetzesformulierung) die Orientierung auf Voraussetzungen der Betriebserlaubnis und insbesondere auf die Zuverlässigkeitsfrage bezogen sein.

2. Die im Entwurf vorgesehene Variante, dass schon im Falle der Abweichung der Verhältnisse von den Voraussetzungen der Betriebserlaubnis diese entzogen werden kann, erscheint allerdings unverhältnismäßig. So ist zum einen fraglich, ob der Entzug nicht auch verpflichtend sein kann, wenn bestimmte andere Mängel festzustellen sind. Nicht geklärt ist die Bedeutung von Auflagen, die aber in der Praxis gerade in Fällen des Abs. 7 eine bedeutende Rolle spielen (müssen).

Zum anderen ist die Möglichkeit des Entzugs allein unter den genannten Voraussetzungen unverhältnismäßig. Es bedarf zumindest einer Gewichtigkeitsschwelle; der im Entwurf vorgesehene Ermessensspielraum („kann zurückgenommen werden“) würde keine ausreichende Rechtsschutzgarantie iSd Art. 19 Abs. 4 GG gewährleisten. Das gilt insbesondere angesichts der Tatsache, dass es in vielen Einrichtungen, in Heimen wie auch in Kindergärten, wegen akuter Personalprobleme schnell und oft Situationen geben kann, dass die Voraussetzungen der Betriebserlaubnis nicht mehr gegeben sind. Es wäre für Einrichtungsträger für diese Fälle ein kaum zu tragendes Existenzrisiko, wenn sie per Gesetz dem Risiko einer nur begrenzt gerichtlich überprüfbaren Ermessensentscheidung der zuständigen Behörde ausgesetzt wären.

3. Deshalb werden im Alternativ-Vorschlag „Schwellen“ eingebaut, die ggf. gerichtlich überprüft werden können und insbesondere die Chance von „Nachbesserungen“ bieten, zugleich aber auch Verbindlichkeit in den Fristen sowie die geforderten Änderungsmaßnahmen sichert. Die im Alternativ-Vorschlag unter Satz 1 Nr. 1 vorgesehene Möglichkeit eines „Planungskonzepts“ zur Abwendung des Erlaubnisentzugs mag zwar dazu verleiten, mit vagen Versprechungen Zeit zu gewinnen und damit Gefahrenquellen für die betroffenen Kinder und Jugendlichen zu schaffen. Dem kann die zuständige Behörde in der Praxis aber effektiv begegnen, indem sie entsprechende Überprüfungen im Sinne einer Begleitung des Umsetzungsprozesses vornimmt und konkrete bzw. genau terminierte Auflagen erteilt.

4. Im Übrigen wird vorgeschlagen, im Zusammenhang mit dem Entzug der Betriebserlaubnis einen Satz 3 zu ergänzen. In der Praxis ist nicht immer gewährleistet, dass bei einer Schließung der Einrichtung die vorher dort betreuten Kinder und Jugendlichen adäquat versorgt werden. Deshalb sollte sichergestellt werden, dass die zuständige Behörde das Jugendamt, in dessen Bezirk sich die Einrichtung befindet, rechtzeitig informiert wird. Seinerseits sollte dieses Jugendamt sich (unabhängig von Fragen der Kostenzuständigkeit) vergewissern, ob Kinder und Jugendliche in Obhut zu nehmen sind oder andere Leistungen zu erbringen sind. Zwar ist im Entwurf eine ähnliche Regelung in § 47 (Meldepflichten) vorgesehen. Tatsächlich gibt es aber Fallkonstellationen, da die in § 47 genannten Voraussetzungen nicht deckungsgleich sind mit den Erfordernissen im Zusammenhang einer Einrichtungsschließung.

5. Vorgeschlagen wird zudem, als Satz 4 die zuständige Behörde ausdrücklich zu ermächtigen, die Schließung von Einrichtungen anzuordnen. In der Praxis kommt es immer wieder zu Unsicherheiten, welche Voraussetzungen nach dem (länderspezifischen) Vollstreckungs-

recht verlangt werden dürfen oder müssen, um in diesen Zusammenhängen tätig werden zu können.

### Alternativ-Vorschlag:

#### **(1) Die Erlaubnis ist zurückzunehmen oder zu widerrufen, wenn**

- 1. angesichts konkreter Anhaltspunkte eine akute Gefährdung der in der Einrichtung betreuten oder untergebrachten Kinder und Jugendlichen zu befürchten ist und der Träger nicht bereit oder nicht in der Lage ist oder nicht mit einem geeigneten und verbindlichen Planungskonzept zusichern kann, diese Gefährdung in angemessener Zeit abzuwenden,**
- 2. gewichtige und hinreichend belegte Zweifel an der Zuverlässigkeit des Trägers i.S. von Abs.2 Satz 1 bestehen und diese nicht in angemessener Zeit ausgeräumt werden können oder**
- 3. die Gegebenheiten in der Einrichtung in wesentlicher Art und in erheblichem Umfang abweichen von Zweck und Konzeption der Einrichtung, wie diese in der Betriebserlaubnis der Einrichtung zugrunde gelegt sind oder von Anforderungen aus rechtskräftig erteilten Auflagen abweichen.**

#### **(2) Widerspruch und Anfechtungsklage gegen die Rücknahme oder den Widerruf der Erlaubnis haben keine aufschiebende Wirkung.**

**(3) Wird eine Betriebserlaubnis zurückgenommen oder widerrufen oder nimmt der Träger sie aus anderen Gründen nicht mehr in Anspruch, ist das Jugendamt, in dessen Bezirk sich die betreffende Einrichtung befindet, rechtzeitig zu informieren. Dieses Jugendamt ist verpflichtet, sich bei entsprechenden Anhaltspunkten für einen besonderen Schutz- und Hilfebedarf zu vergewissern, ob bzw. inwieweit Kinder und Jugendliche i.S. von 42 SGB VIII in Obhut zu nehmen oder andere Leistungen zu vermitteln sind.**

**(4) Die für die Aufgaben nach § 45 zuständige Behörde kann unter den Voraussetzungen des Abs.1 die Schließung der Einrichtung verfügen. Die vollstreckungsrechtlichen Zuständigkeiten und Befugnisse ergeben sich aus dem jeweiligen Landesrecht.**

### **§ 45a SGB VIII-E**

1. Platzierung als eigene Vorschrift: Es leuchtet nicht ein, dass für die Definition des Einrichtungsbegriffs eine eigene Vorschrift geschaffen wird, anstatt sie in den ersten Absatz der Vorschrift einzufügen, die doch im Weiteren – von diesem Rechtsbegriff ausgehend – ausführliche Detailregelungen (in den Absätzen 2 bis 7) beinhaltet. In der Abfolge der Vorschriften wirkt § 45a SGB VIII gewissermaßen „verloren“ oder „nachklappend“.

2. Abgrenzung zur Familienpflege: Der Unterschied zur Familienhilfe wird festgemacht an einer fragwürdigen Zuschreibung, nämlich dass für Einrichtungen eine besondere Unabhängigkeit vom jeweiligen personellen „Bestand“ kennzeichnend sei. Damit wird zwar eine Abgrenzung zum Familiären (also zu §§ 43 und 44) angedeutet, jedoch die wichtigere, nämlich in Form weisungsabhängigen Personals, übergangen. Zudem ist der Begriff „Bestand“ nicht unbedingt als typisch in der Beschreibung von Einrichtungen bekannt.

In Organisationen ist mitunter vom „Personalbestand“ die Rede, ansonsten eher wohl in der Tierhaltung. Werden Einrichtungen genutzt, wird zwar davon gesprochen, dass sie mehr oder weniger belegt sind. In Kindergärten oder Heimen ist jedenfalls bis heute noch nicht vom „Bestand“ an Kindern und Jugendlichen die Rede und es stellt sich die Frage, ob eine Änderung wünschenswert wäre. Die Abgrenzung zur Familienpflege sollte jedenfalls nach Möglichkeit in weniger missverständlicher Formulierung sichergestellt werden.

3. Die Einrichtung als eine „Verbindung“ von „Mitteln“: In Rechtsprechung und Praxis finden sich zwar immer wieder solche oder ähnliche Annäherungsversuche, die Besonderheit des Einrichtungsbegriffs im Kontext des § 45 zu charakterisieren. Bei einer Neufassung des Gesetzes sollte aber eine sprachlich korrekte und verständlichere Beschreibung gesucht werden. Bei der „Verbindung von Mitteln“ wird ein halbwegs verständlicher, aber für § 45 SGB VIII zu wenig definierter Begriff („Einrichtung“) paraphrasiert durch einen unverständlichen Begriff („Verbindung von Mitteln“), der nur soviel klärt, dass nicht jede Einrichtung im allgemeinen Sprachgebrauch gemeint sein soll. Die Besonderheit im Kontext des § 45 (Normzweck) sollte bei allem nicht dazu führen, dass das gängige Verständnis von dem, was eine Einrichtung ist, nicht mehr erkennbar wird.

Eine „Verbindung von Mitteln“ wird im Übrigen sprachlogisch wie inhaltlich nicht greifbar, wenn Attribute wie „ortsgebunden“ und „räumlich“ hinzugefügt sind (was ist eine „räumliche Verbindung von Mitteln“?). Die Kritik an dieser Formulierung wird nicht dadurch ausgeräumt, dass sich die Rechtsprechung ihrer schon bedient hat.

4. „Auf gewisse Dauer“: Einer „gewissen Dauer“ ist insbesondere eigen, dass sie ungewiss ist. Man kann allenfalls schlussfolgern, dass gegenteilig eine „kurze Dauer“ als insofern irrelevant gelten darf. Aber angesichts der Bedeutung, um die es hier geht, sollte eher über einen klar benannten Zeitraum nachgedacht werden, für den es zur Begründung dann heißen mag, dass des Schutzes eine Einrichtung nur bedarf, wenn für den Aufenthalt eine „gewisse Dauer“ vorgesehen ist. Eine gegenteilig „ungewisse Dauer“ ist offenkundig auch nicht gemeint als der Fall, dass es sich dann um keine Einrichtung handeln würde. Insbesondere ist es problematisch, die Abgrenzung zu kurzzeitigen Aufenthalten zum wesentlichen Merkmal des Begriffs Einrichtung zu machen. Hier bietet sich an, diese Fälle in den Ausnahmen des Satzes 2 mit einem genau bezeichneten Zeitraum (zB acht Tage) zu fixieren (siehe Alternativ-Vorschlag).

5. „Förmliche“ Verbindung: In der Gesetzessprache ist aus gutem Grund statt des synonymen „förmlich“ eher das Attribut „formell“ üblich. Als förmlich wird nämlich in der Regel (menschliches) Verhalten bezeichnet, nicht aber der Rechtscharakter eines Tatbestandsmerkmals, erst recht beim hier verwendeten (ohnehin – s.o. – allzu abstrakten) Terminus „Verbindung“.

6. „ortsgebunden“: Hier stellt sich die Frage, welche Interpretationsprobleme der Praxis damit geklärt werden sollen. Zum Beispiel wird so nicht geklärt, ob es sich um eine Einrichtung mit je eigener Betriebserlaubnis handelt, wenn die konkreten Aufenthaltsorte bzw Angebote über mehrere Orte verteilt sind. Die Klärung dieser Frage kann kaum mit dem Attribut „ortsgebunden“ gelöst werden, sondern nur nach dem Sinn und Zweck des Gesamtkonstrukts in § 45 SGB VIII, muss vielmehr anknüpfen an Fragen der Verantwortlichkeiten, Direktionsbefugnisse und der jeweiligen Überschaubarkeit.

7. „Zweck der Unterkunftsgewährung sowie (...)“: Der Zusammenhang der „Unterkunftsgewährung“ zu den nachfolgenden Funktionen verleitet zu Fehlinterpretationen. Vom Wortlaut her müssten alle dort genannten Funktionen erfüllt sein, um als Einrichtung zu gelten. Auch stehen die Begriffe in einer begriffshierarchisch unlogischen Abfolge, sind einzelne Funktionen Oberbegriffe, werden aber wie gleichwertig aufgelistet. Es ist nicht erkennbar, warum man sich nicht auf eine Funktion oder max. zwei Funktionen beschränken könnte oder sollte. Betrachtet man den Schutzbedarf der Praxis, ist keine Konstellation ersichtlich, bei der nicht vom Zweck einer mehr oder weniger intensiven „Betreuung“ ausgegangen werden kann. Notfalls mag man in der Gesetzesbegründung eine entsprechende Klarstellung vornehmen.

8. „Außerhalb ihrer Familie“: Halten sich Kinder und Jugendliche in einer Einrichtung jedweder Art auf, wird damit nach den Prinzipien des Art. 6 Abs. 2 u. 3 GG kein Standort „außerhalb der Familie“ geschaffen. Gemeint ist offenbar „außerhalb des Elternhauses“. Sprachlich entspricht ein „Haus“ (Elternhaus“) auch eher dem, was man sich unter einer Einrichtung vorstellt, die in der Regel auch aus einem Haus bzw Häusern besteht. Zur Frage des Erlaub-

nisvorbehalts, wenn Eltern auch in der Einrichtung wohnen, siehe Alternativ-Vorschlag unten.

9. „Ganztägig oder über einen Teil des Tages“: Bei dieser in anderem Zusammenhang gängigen Beschreibung stellt sich gesetzsprachlich die Frage, ob es auch noch eine andere zu berücksichtigende Zeit des Tages gibt, für die bei einer sonstigen Tatbestandsmäßigkeit nicht von einer Einrichtung iSd § 45 SGB VIII ausgegangen werden soll. Bei einer Neufassung des § 45 SGB VIII sollte die Chance genutzt werden, diese Form des „Teilpleonasmus“ abzuschaffen.

### **Alternativ-Vorschlag:**

***s.o. unter § 45 Abs. 1***

### **§ 46 SGB VIII-E:**

1. Die Überschrift „Prüfung“ ist missverständlich und sprachlich unglücklich gefasst. Erstens geht es nicht um eine „Prüfung“ im Singular, sondern um Kriterien bei „Prüfungen“ im Plural. Im Gesetzestext selbst ist auch von Prüfungen im Plural die Rede (Abs. 2 S. 1). Zweitens geht es nicht um „Prüfungen“, sondern um „Überprüfungen“. Wird der Begriff „Prüfung“ in einem Gesetz verwendet, ist damit idR eine Institution gemeint, also zB als Voraussetzung für eine Meisterprüfung. Da muss man eine „Prüfung“ abgelegt haben. Im Übrigen wird auch hier im Gesetzestext selbst – und zwar gleich in Abs. 1 S. 1 – davon gesprochen, dass die zuständige Behörde „überprüfen“ soll. Warum dann diese allgemeine Aussage in der Überschrift nicht auftauchen soll, ist nicht nachzuvollziehen. Wenn an späterer Stelle, in den Abs. 1, 2 und 3, dann doch nur von „Prüfung“ gesprochen wird, ist das unschädlich, weil der Zusammenhang bzw das Adjektiv „örtlich“ eine andere Lage schaffen. Es wäre besser, als Überschrift „Überprüfungen“ zu wählen.

2. Im Entwurf vom 23.8.2016 ist nun nicht mehr postuliert, dass „vor Ort“ oder „an Ort und Stelle“ überprüft werden soll. Dieses Spezifikum aus Satz 1 herauszunehmen ist gewiss richtig, denn es gab Unsicherheit, ob die „Erfordernisse des Einzelfalles“ sich auf das „Örtliche“ oder auf die „Voraussetzungen (...)“ beziehen. Nun aber fehlt jeder Hinweis, dass es Pflicht sein könnte, die Überprüfung vor Ort vorzunehmen. Das ist ein für die Praxis sehr wichtiger Aspekt. Im Alternativvorschlag ist deshalb in Abs. 2 S. 1 ein entsprechender Zusammenhang vorgesehen, indem es dort – mit entsprechenden Voraussetzungen und Ermächtigungen – heißt: „Verlangt der Anlass eine sofortige Überprüfung vor Ort (...)“

3. Nach den Formulierungen des Entwurfs in § 46 Abs. 1 S. 1 SGB VIII soll es bei der einzigen Variante „nach den Erfordernissen des Einzelfalles“ bleiben. Im Vergleich zu anderen Aufsichtsbehörden wird hier eine Begründungspflicht konstituiert, die zu unnötigen Praxisproblemen führen können. Immerhin wird mit dieser Formulierung verlangt, dass die zuständige Behörde etwas als Einzelfall charakterisiert, was sachlich mitunter nicht begründbar sein dürfte. Es geht in der Regel auch nicht um „Fälle“, sondern allenfalls um Situationen oder Problemlagen. Oder soll mit „Einzelfall“ ein bestimmtes Heim gemeint sein, also im Sinne eines Stigmas („Das Heim A ist ein ganz besonderer Fall“)? Es wird deshalb vorgeschlagen, das „Erfordernis (!) des Einzelfalles“ durch ein „aus gegebenem Anlass“ zu ersetzen und die Variante „in angemessenen Zeitabständen“ hinzuzufügen. Mit dem Adjektiv „angemessen“ wäre dem Einwand möglicher Schikanebesuche und also der Unverhältnismäßigkeit der Boden entzogen.

4. Die Reihenfolge der Regelungen in Abs. 1 bis 3 wirkt unübersichtlich. In Abs. 1 wird eine Pflicht zur Beteiligung von örtlichem Jugendamt und zentralem Träger der Jugendhilfe konstituiert (inhaltliche Kritik daran s.u.). In Abs. 2 bekommt nach dem Entwurf die Möglichkeit eines unangemeldeten Besuchs eine herausragende Positionierung, kombiniert mit der allgemeinen Vorgabe, dass der Träger der Einrichtung bei der örtlichen Prüfung mitwirken solle. In Abs. 3 finden sich Fragen der Befugnisse bei der Prüfung selbst, wobei dann in Satz 2 wieder Konstellationen außerhalb der üblichen Zeiten angesprochen werden.

5. Demgegenüber wird vorgeschlagen, in Abs. 1 die zulässigen Anlässe einer Überprüfung zu nennen, also „aus gegebenem Anlass“ oder notfalls auch „nach den Erfordernissen des Einzelfalles“ und – so wird hier vorgeschlagen – in angemessenen Zeitabständen. Was angemessen ist, richtet sich auch nach der Art der Einrichtung, nach dem besonderen Schutzbedarf (zB bei Einrichtungen, in denen eine temporäre und einzeln legitimierte Einschließung durch das spezifische Konzept vorgesehen ist). Es erscheint im Sinne präventiven Kinderschutzes fragwürdig, wenn eine Überprüfung der Rahmenbedingungen immer erst zulässig sein soll, wenn ein „Einzelfall“ es erfordert, also etwas „passiert“ sein muss.

In Abs. 2 sollte die Ausnahme geregelt sein, dass unangemeldet und uU sogar außerhalb der Dienstzeiten eine Überprüfung erfolgen darf. In Abs. 3 sollten die Befugnisse zusammengefasst sein, während die spezielle Lage der „Gefahr im Verzug“ in einem Abs. 4 passend angesiedelt wäre. Die im Alternativ-Vorschlag für die Abs. 6 und 7 vorgesehene Beteiligung sollte der tatsächlichen Anordnungscompetenz des Gesetzes angepasst sein; so kann es hier nur um die Gelegenheit zur Mitwirkung gehen, kann und darf eine Mitwirkung gar nicht angeordnet werden.

6. In Abs. 3 ist das Verhältnis der Sätze 2 und 3 nicht klar. Die Befugnis „Zur Abwehr von Gefahren (...)“ in Satz 2 soll offenbar andere Situationen betreffen als den Fall, dass „Anhaltspunkte dafür“ vorliegen, „dass das Wohl der Kinder und Jugendlichen (...) nicht gewährleistet ist“. Dann liegt es aber nahe, sogleich und nur die weitergehende Variante („Anhaltspunkte“) zu wählen, denn jede/r Leser/in wird sich fragen, wozu dann noch die Gefahrenabwehr gesondert erwähnt wird, und warum nicht die Quasi-Doppelung vermieden wird. Im Übrigen sollte erwogen werden, Abs. 3 in inhaltlich sinnvoller Bündelung in mehrere Absätze aufzuteilen.

#### Alternativ-Vorschlag:

##### § 46 *Überprüfungen*

(1) Die zuständige Behörde soll *in angemessenen Zeitabständen oder aus gegebenem Anlass* überprüfen, ob die Voraussetzungen für die Erteilung der Erlaubnis weiterbestehen.

(2) *Verlangt der Anlass eine sofortige Überprüfung vor Ort, kann sie auch unangemeldet und bei gewichtigen Anhaltspunkten, dass wichtige Sachverhalte sonst nicht geklärt werden könnten oder dass Kinder und Jugendliche akut gefährdet sind, auch außerhalb der üblichen Dienstzeiten erfolgen.*

(3) Die von der zuständigen Behörde mit der Überprüfung der Einrichtung beauftragten Personen sind berechtigt, die für die Einrichtung benutzten Grundstücke und Räume, soweit diese nicht einem Hausrecht der Bewohner unterliegen, dort Prüfungen und Besichtigungen vorzunehmen sowie *mit den Beschäftigten und, wenn die Personensorgeberechtigten damit einverstanden sind, mit den Kindern und Jugendlichen Einzelgespräche zu führen.*

(4) *Bei Gefahr im Verzug* können die Grundstücke und Räume auch außerhalb der in Satz 1 genannten Zeit und auch, wenn diese zugleich einem Hausrecht der Bewohner unterliegen, betreten werden *sowie Einzelgespräche mit den Kindern und Jugendlichen ohne Kenntnis der Personensorgeberechtigten geführt werden.*

(5) Der Träger der Einrichtung hat die Maßnahmen nach Satz 2, 3 und 4 zu dulden.

(6) *Dem Träger der Einrichtung soll durch die zuständige Behörde und soweit nach den Erfordernissen des Einzelfalles möglich, Gelegenheit zur Anwesenheit und Mitwirkung gegeben werden.*

*(7) Das gleiche gilt gegenüber dem örtlichen Jugendamt sowie dem zentralen Träger der freien Jugendhilfe, wenn der Einrichtungsträger einem solchen angehört.*

#### **§ 47 SGB VIII-E:**

Der notwendige Schutz verlangt uU auch die Einbeziehung der Stellen, die für die einzelnen Kinder und Jugendlichen Verantwortung tragen bzw die notwendigen Unterstützungsmöglichkeiten haben oder vermitteln können. Insofern ist es wichtig, dass auch in geeigneter Weise und im notwendigen Umfang relevante Informationen zwischen Einrichtung, „belegendem“ Jugendamt und Jugendamt am Ort der Einrichtung ausgetauscht werden. Die Formulierung im Entwurf geht aber zu weit bzw konstituiert unklare Verantwortlichkeiten. Hier bedarf es einer Fokussierung.

#### **Alternativ-Vorschlag:**

##### **§ 47 Informationspflichten**

**(1) [...]**

*(2) Bei Ereignissen oder Entwicklungen im Sinne von Abs. 1 Nr. 2 und bei einer bevorstehenden Schließung (Abs. 1 Nr. 3) informiert die zuständige Behörde den örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe, in dessen Zuständigkeitsbereich die Einrichtung liegt, wenn und soweit dies zur Wahrung der Rechte der betroffenen Kinder und Jugendlichen angezeigt erscheint.*