

**Prof. Dr. Dr. hc. Reinhard Wiesner**, Rechtsanwalt,  
Kanzlei Bernzen/Sonntag, Lietzenburger Str. 5, 10789 Berlin

und

**Thomas Mörsberger**, Rechtsanwalt,  
Rotenbleicher Weg 65, 21335 Lüneburg

## **Gutachten**

**im Auftrag des Ersten Parlamentarischen Untersuchungsausschusses der 18. Wahlperiode  
des Schleswig-Holsteinischen Landtags,**

**der vor allem die etwaigen Misstände in den Teileinrichtungen der Kinder- und  
Jugendhilfeeinrichtung Friesenhof seit dem Jahr 2007 und die diesbezügliche  
Wahrnehmung der Aufsicht durch das Ministerium für Soziales, Gesundheit, Wissenschaft  
und Gleichstellung des Landes Schleswig-Holstein untersucht.**

### **Der Gutachtenauftrag**

Das nachfolgende Rechtsgutachten betrifft die im Antrag der FDP-Fraktion vom 21. Januar 2016 formulierten, dann in der Sitzung des Untersuchungsausschusses vom 25. Januar 2016 beschlossenen sowie in den Sitzungen am 8. und 17. Februar 2016 ergänzten **Fragen** (Hervorhebungen durch die Gutachter), nämlich

1. durch welche **bundes-und landesrechtlichen Rahmenbedingungen** die Arbeit und die Handlungsmöglichkeiten des Landesjugendamtes und **der Heimaufsicht** im Untersuchungszeitraum bestimmt wurden, dabei insbesondere
  - a. welche **Maßnahmen der institutionalisierten Aufsicht** gemäß § 45 ff. SGB VIII bei Mängeln in Einrichtungen der Kinder und Jugendhilfe gemäß § 34 SGB VIII unter welchen Voraussetzungen zur Verfügung standen,
  - b. welche Voraussetzungen vorliegen müssen, um eine **Gefährdung des Wohls** der Kinder oder Jugendlichen in der Einrichtung gemäß § 45 Abs. 6 und 7 SGB VIII anzunehmen,

- c. wann gemäß § 45 Abs. 6 SGB VIII **Auflagen** erteilt **werden können** und wann Auflagen zwingend **zu erteilen sind**,
  - d. ob alle in der Verfügung des Ministeriums für Soziales, Gesundheit, Wissenschaft und Gleichstellung vom 30. Januar 2015 getroffenen Anordnungen im Rahmen von Auflagen geregelt werden konnten oder darin solche enthalten waren, die nicht in der **Form von Auflagen** verfügt werden konnten,
  - e. wann eine Betriebserlaubnis gemäß § 45 Abs. 7 SGB VIII auch **widerrufen** werden kann und wann die Betriebserlaubnis zu **widerrufen ist**,
  - f. welche Auslegung des § 45 Abs. 7 SGB VIII hinsichtlich der Interventionsschwelle für den Widerruf/die Rücknahme der Erlaubnis **der Sichtweise der Rechtsprechung und/oder der Praxis der Aufsichtsbehörden entspricht**,
2. ob die durch den Ersten Parlamentarischen Untersuchungsausschuss der 18. Wahlperiode des Schleswig-Holsteinischen Landtags **beigezogenen Akten** insbesondere des Ministeriums für Soziales, Gesundheit, Wissenschaft und Gleichstellung erkennen lassen, dass auf die Hinweise oder **tatsächlichen Anhaltspunkte bezüglich Mängeln oder Gefährdungstatbeständen** in der Kinder- und Jugendhilfeeinrichtung Friesenhof **ab dem Jahr 2007** durch die Aufsichtsbehörde in der rechtlich möglichen und rechtlich gebotenen Weise gemäß § 45 Abs. 6 und 7 SGB VIII reagiert wurde und
  3. ob und wenn ja, **wann die Aufsichtsbehörde**, u. a. insbesondere auch vor dem Hintergrund der **Aussage des Gutachtens Prof. Dr. Schrappers vom 27. November 2015, dass die Ausstattung des Trägers mit Fachkräften nie der Personalvereinbarung** entsprochen hat, früher als tatsächlich erfolgt, gemäß § 45 Abs. 6 und 7 SGB VIII hätte **Auflagen** erteilen oder **die Betriebserlaubnis** für einzelne Teileinrichtungen **widerrufen oder zurücknehmen können oder müssen**.

## Strukturierung des Gutachtens

Die Beweisfragen betreffen unterschiedliche Aspekte. Deshalb ist das Gutachten gegliedert in einen

**Teil I** Rechtliche Prüfungsmaßstäbe,

in dem allgemein **Recht und Praxis der für die Aufgaben nach den §§ 45 ff SGB VIII zuständigen Behörden** im für die gestellten Fragen notwendigen Umfang beschrieben werden, und einen

**Teil II** Aufsichtspraxis in Sachen Friesenhof,

in dem auf die konkreten **Vorgehensweisen des zuständigen Ministeriums** in Beziehung zu den in Teil I beschriebenen rechtlichen Vorgaben eingegangen wird (Prüfungsgegenstand). Zur Beschreibung der Sachverhalte wurden die am 22.3.2016 zur Verfügung gestellten Akten des zuständigen Ministeriums zugrunde gelegt.

**Teil III** Resümierende Hinweise zur Thematik und zusammenfassende Antworten auf die Fragen des Gutachtenauftrags

**Teil IV** Die „Heimaufsicht“ und ihr Handeln gegenüber den anderen Beteiligten:  
Ein Wirken „mit“ oder „zwischen den Stühlen“?

### **Thesen**

zu den grundsätzlichen Chancen und Schwierigkeiten institutionalisierter Aufsicht zum Schutz von Kindern und Jugendlichen in Einrichtungen

## **An Unterlagen/Materialien/Literatur wurden insbesondere hinzugezogen:**

- die am 22. März 2016 zur Verfügung gestellten Akten des Ministeriums für Soziales, Gesundheit, Wissenschaft und Gleichstellung
- Gutachten Prof. Dr. Christian Schraper vom 27. November 2015
- einschlägige Gesetzeskommentare
- höchstrichterliche und obergerichtliche Rechtsprechung
- Gesetzesmaterialien des Deutschen Bundestages
- die wissenschaftlichen Untersuchungen zur Thematik von Thomas Mühlmann, Aufsicht und Vertrauen: Der Schutz von Kindern und Jugendlichen in stationären Einrichtungen der Jugendhilfe als Aufgabe überörtlicher Behörden, Münster 2014  
sowie von Harald Britze, Beratung und Aufsicht, Bad Heilbrunn 2015.

## **Teil I –**

### **Recht und Praxis der für die Aufgaben nach den §§ 45 ff. SGB VIII zuständigen Behörden**

Die im Gutachtenauftrag formulierten allgemeinen Fragen werden in Teil I – anders als im resümierenden Teil III – nicht in der dort gewählten Reihenfolge aufgegriffen, sondern aus Gründen der Verständlichkeit und rechtlichen Systematik in der nachfolgenden Gliederung behandelt und beantwortet.

## Inhaltsübersicht

<b>1. Problemskizze und Fokussierungen; Ausgangsfragen .....</b>	<b>6</b>
1.1. Verantwortlichkeiten .....	6
1.2. Eltern, Jugendamt, Einrichtung .....	6
1.3. Individuelle und strukturelle Verantwortlichkeiten .....	7
1.4. Im deutschen Recht der Kinder- und Jugendhilfe sind Hilfe- und Schutzfunktionen kombiniert .....	8
1.5. Bezugspunkt für Aufsicht und Handlungspflichten ist die jeweilige Aufgabenstellung .....	8
1.6. Zum Zusammenhang zwischen Dienstpflichtverletzung und Aufgabenverantwortung.....	8
1.7. Beurteilungsspielräume und Handlungspflichten .....	9
1.8. Verwaltungspraxis und Rechtmäßigkeit .....	9
1.9. Referenten-Entwurf zur Novellierung des SGB VIII 2016.....	9
<b>2. Zur Entwicklungsgeschichte der Aufsicht über Einrichtungen .....</b>	<b>10</b>
2.1. Staatliche Aufsicht durch das Reichsjugendwohlfahrtsgesetz 1922.....	10
2.2. Widerstand gegen staatliche Aufsicht insbesondere durch kirchliche Verbände .....	10
2.3. Debatten der 70er und 80er Jahre zur Reform des Jugendhilferechts .....	11
2.4. Das Kinder und Jugendhilfegesetz 1990/91 (KJHG/SGB VIII) .....	12
2.5. Begriff „Heimaufsicht“ .....	13
2.6. Neufassung des § 45 SGB VIII durch das Bundeskinderschutzgesetz (2012).....	15
<b>3. Die zentralen gesetzlichen Anknüpfungspunkte .....</b>	<b>15</b>
3.1. Allgemeines zur Aufgaben- bzw. Pflichtenstellung der für die Aufsicht über Einrichtungen i. S. von § 45 SGB VIII zuständigen Behörde.....	15
3.1.1. Zuständigkeit(en) des Landesjugendamtes.....	16
3.1.2. Abgrenzung der institutionalisierten Aufsicht (durch eine andere Institution) von interner Kontrolle (Dienstaufsicht) zur Aufsicht über einzelne Kinder und Jugendliche .....	17

<b>3.2.</b>	<b>Ziele, Systematik und Regelungsstruktur des gesamten Abschnitts „Schutz von Kindern und Jugendlichen in Familienpflege und in Einrichtungen“ im SGB VIII (§§ 43 bis 49); Abgrenzung der Einrichtungsaufsicht zur Aufsicht bei der Familienpflege (Kindertagespflege und Vollzeitpflege) .....</b>	<b>18</b>
3.2.1.	Es geht nicht um den Schutz einzelner Kinder oder Jugendlicher, sondern um Mindestvoraussetzungen hinsichtlich der Rahmenbedingungen .....	19
3.2.2.	Die Rolle des örtlichen und die des „belegenden“ Jugendamtes .....	19
<b>3.3.</b>	<b>Institutionalisierte Aufsicht und Datenschutz. Die Befugnisschranken des Rechts der Informationsbeziehungen (hier: des Sozialdatenschutzes) stehen der Zusammenarbeit der zuständigen Stellen nicht entgegen .....</b>	<b>21</b>
3.3.1	Rechtsgrundlagen.....	21
3.3.2	Zentrales Kriterium ist die Erforderlichkeit i. S. der (gesetzlichen) Aufgabenstellung	22
<b>3.4</b>	<b>Rechtscharakter der §§ 43 ff. SGB VIII als Gewerbesonderrecht; Konsequenzen.....</b>	<b>22</b>
3.4.1.	Gewerbesonderrecht .....	22
3.4.2.	Einbettung der Aufgaben nach den §§ 43 ff. SGB VIII ins Sozialgesetzbuch.....	23
<b>3.5.</b>	<b>Verfassungsrechtliche Grundlegung, Maßstäbe allgemein, Abwägung angesichts widerstreitender Grundrechte bzw. staatlicher Schutzpflichten.....</b>	<b>24</b>
3.5.1.	Das staatliche Wächteramt als Legitimation? .....	24
3.5.2.	Gewerbefreiheit, Freiheit der Berufsausübung (Art. 12 GG), Trägerautonomie .....	25
3.5.3.	Eine Neujustierung der Güterabwägung ist erforderlich; Orientierung an Prozessoptimierung statt an pauschaler Abwägung von Rechtsgütern.....	26
<b>4.</b>	<b>Bedeutung funktionaler Aspekte für die Operationalisierung der gesetzlichen Aufgaben gemäß §§ 43 ff. SGB VIII, nicht zuletzt für die „Heimaufsicht“ .....</b>	<b>26</b>
4.1.	Präventive Schutzfunktion .....	27
4.2.	Weiterentwicklung bzw. Sicherung fachlicher Standards.....	27
4.3.	Verbraucherschutz.....	27
4.4.	Konzeptionsentwicklung.....	28
4.5.	Planung und Steuerung.....	28
4.7.	Kostentransparenz und Leistungsvergleich.....	29
4.8.	Impulsgebung für fachpolitische Diskurse und Kurskorrekturen .....	29
<b>5.</b>	<b>Regelungsstruktur der besonderen Vorgaben zum Schutz von Kindern und Jugendlichen in Einrichtungen (§§ 45 ff. SGB VIII).....</b>	<b>29</b>
5.1	Fokussierung auf Einrichtungen, hier Reduktion auf Heime bzw. die „Heimaufsicht“ ....	29

5.2.	<b>Unterscheidung zwischen dem Erlaubnisverfahren und der Zeit „danach“</b> .....	<b>30</b>
5.3.	<b>Zu den Voraussetzungen für die Erteilung einer Betriebserlaubnis (§ 45 Abs. 1 bis 5) ...</b>	<b>30</b>
5.3.1.	Allgemeines .....	30
5.3.2.	Es geht um Mindestvoraussetzungen im Einzelfall. Bedeutung von allgemeinen Standards und Leistungsvereinbarungen (§ 45 Abs. 2 Nr. 2 SGB VIII).....	31
5.3.3.	Zur Verbraucherschutzfunktion der „Heimaufsicht“; Transparenz für Eltern und Auftraggeber .....	33
5.3.4.	Medizinische Betreuung darf nicht erschwert werden (§ 45 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 Halbs. 2 SGB VIII) .....	33
5.3.5.	Möglichkeiten der Beschwerde usw. (§ 45 Abs. 2 Nr. 3) .....	33
5.4.	<b>Die unterschiedlichen Kriterien bei der Erlaubnisprüfung gemäß § 45 Abs. 2 und beim Erlaubnisentzug gemäß § 45 Abs. 7 SGB VIII</b> .....	<b>34</b>
6.	<b>Interventionen. Praktische bzw. rechtliche Möglichkeiten des Eingreifens durch die zuständige Behörde (§ 45 Abs. 6 und 7 SGB VIII)</b> .....	<b>35</b>
6.1.	<b>Begriff „Intervention“</b> .....	<b>35</b>
6.2.	<b>Anlässe zur bzw. Instrumente der Intervention. Welche Maßstäbe und Kriterien werden zugrunde gelegt?</b> .....	<b>36</b>
6.3.	<b>Was sind „Mängel“?</b> .....	<b>36</b>
6.4.	<b>Tatbestandsmerkmale „Drohende Beeinträchtigung“ und „Gefährdung“ des Kindeswohls“ in § 45 Abs. 6 S. 3 SGB VIII</b> .....	<b>37</b>
6.5.	<b>Entzug („Rücknahme oder Widerruf“) der Betriebserlaubnis (§ 45 Abs. 7 SGB VIII)</b> .....	<b>38</b>
6.5.1.	Allgemeines .....	38
6.5.2.	Tatbestandsmerkmal „Kindeswohlgefährdung“ in § 45 SGB VIII.....	38
6.5.3.	Beschluss des OVG Hamburg vom 14. Dezember 2012 .....	39
6.6.	<b>Beeinträchtigung oder Gefährdung durch unzulässige Erziehungsmethoden und gravierende Unzuverlässigkeit des Trägers der Einrichtung</b> .....	<b>40</b>
6.7.	<b>Welche Bedeutung haben Leistungsvereinbarungen gemäß §§ 78a ff. SGB VIII und Qualitätssicherungen für Interventionen?</b> .....	<b>41</b>
6.8.	<b>Nebenbestimmungen zur Betriebserlaubnis, nachträgliche Auflagen</b> .....	<b>41</b>
6.9.	<b>Zum Rechtscharakter und zur praktischen Bedeutung von Vereinbarungen zwischen „Heimaufsicht“ und Einrichtungsträger</b> .....	<b>42</b>
6.10.	<b>Inwieweit bzw. wann ergeben sich aus den Vorschriften i. S. von Eingriffsbefugnissen auch Handlungspflichten im Einzelfall?</b> .....	<b>42</b>

<b>7. Sanktionen. §§ 104 und 105 SGB VIII .....</b>	<b>43</b>
<b>8. „Örtliche Prüfung“ nur „anlassbezogen“? Zur Bedeutung/Interpretation des § 46 SGB VIII, Verhältnis zu § 62 SGB VIII .....</b>	<b>44</b>
<b>8.1. Unsicherheiten in der Interpretation, was als Anlass gilt .....</b>	<b>44</b>
<b>8.2. Problematik der Einteilung von Einrichtungen in „schwarze und weiße Schafe“ .....</b>	<b>44</b>
<b>8.3. § 62 SGB VIII .....</b>	<b>45</b>
<b>9. Überprüfungsmöglichkeiten durch optimiertes Beschwerdewesen .....</b>	<b>45</b>
<b>10. „Gesamtsystem Aufsicht“ .....</b>	<b>46</b>



## 1. Problemskizze und Fokussierungen; Ausgangsfragen

### 1.1. Verantwortlichkeiten

Der Fragenkatalog des Gutachtenauftrags betrifft komplexe juristische Zusammenhänge im Arbeitsfeld der Kinder- und Jugendhilfe, ausgehend von einer konkreten Problemlage. Übergreifend steht dabei die Frage nach Verantwortlichkeiten im Raum, und zwar sowohl als allgemeine Frage im Sinne der Zuständigkeit für Aufgaben in den jeweiligen Arbeitsbereichen bzw. Funktionen als auch in Bezug auf das konkrete Handeln von Personen bzw. Institutionen in einzelnen Situationen.

Die im Arbeitsfeld der Kinder- und Jugendhilfe für die Beschreibung und Beurteilung der rechtlichen Rahmenbedingungen maßgeblichen Grundlagen sind keineswegs ausschließlich im insofern einschlägigen Achten Buch des Sozialgesetzbuchs (SGB VIII – Kinder- und Jugendhilfe) zu finden. Dieses Arbeitsfeld ist vielmehr (und war immer schon) geprägt durch eine starke **Verschränkung mit anderen Rechtsgebieten**, und zwar sowohl den anderen Büchern des SGB als auch mit dem Zivilrecht, namentlich dem Familien- resp. Kindschaftsrecht sowie dem Polizei- und Ordnungsrecht, also auch dem Gewerberecht, und nicht zuletzt dem Strafrecht.

Solcherart Verschränkungen sind zwar keine Spezialität der Kinder- und Jugendhilfe, haben aber Auswirkungen bis in feinste Verästelungen der Arbeitsvollzüge in der Kinder- und Jugendhilfe. Dabei ist vor allem zu beachten, dass die in der Einrichtung betreuten Kinder und Jugendlichen (weiterhin) unter elterlicher Sorge stehen, die zur Ausübung von den Eltern/Vormund/Pfleger an die Einrichtung übertragen wird. Deshalb sind zunächst die **verschiedenen Verantwortungsebenen** zu identifizieren, um in einem zweiten Schritt daraus Befugnisse bzw. Verpflichtungen (für die Eltern, die Einrichtung, die Behörden) abzuleiten.

### 1.2. Eltern, Jugendamt, Einrichtung

Wenn Kinder und Jugendliche außerhalb des Elternhauses in einer Einrichtung betreut werden, also beispielsweise in einem Kindergarten oder eben auch im Heim, dann übernimmt diese Einrichtung – abgeleitet von den Eltern – Verantwortung nicht nur gegenüber den einzelnen Kindern und Jugendlichen, sondern auch gegenüber der Stelle, die i. d. R. diese Betreuung vermittelt, die für die Erfüllung der gesetzlich normierten Leistung gegenüber Eltern und Kind verantwortlich ist und die diese Leistung auch finanziert, also i. d. R. gegenüber dem Jugendamt (als Träger der öffentlichen Jugendhilfe). Die Einrichtung bzw. deren Träger steht als „Leistungserbringer“ dem Jugendamt gegenüber in einer besonderen und ausdrücklich privilegierten Rechtsbeziehung. Auch die Eltern oder der durch gerichtliche Verfügung an ihre Stelle tretende Vormund/Pfleger werden eigenständige Vertragspartner dieser Institutionen, stehen zugleich aber in einer Rechtsbeziehung zum Jugendamt als der „leistungsgewährenden Stelle“. Es ergibt sich eine besondere, nämlich jugendhilfespezifische Form des „sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses“.

### 1.3. Individuelle und strukturelle Verantwortlichkeiten

Bei der Leistungserbringung in einer Einrichtung tritt zur Verantwortung für das einzelne Kind bzw. den einzelnen Jugendlichen die Verantwortung für die **Rahmenbedingungen** am Aufenthaltsort des Kindes bzw. Jugendlichen (Strukturverantwortung). Die jeweiligen Verantwortlichkeiten<sup>1</sup> sind dabei typologisch unterschiedlicher Art. Rechtssystematisch stehen Aufsicht und Leistungserbringung unverbunden nebeneinander und bedingen sich rechtlich nicht gegenseitig, auch wenn es – je nach Arrangement – Schnittmengen im Einzelfall geben kann. Einrichtungsträger, Eltern und – sofern die Unterbringung im Rahmen einer Leistung nach dem SGB VIII erfolgt – das leistungsgewährende (örtliche) Jugendamt tragen Verantwortung dafür, dass der Auftrag zur Betreuung des Kindes bzw. Jugendlichen (durch die **Einrichtung**) adäquat ausgeführt wird, dass weiterhin (durch die Eltern bzw. Personensorgeberechtigten) die **elterliche Sorge** wahrgenommen wird und dass die Gewährung der Hilfeleistung (durch das **Jugendamt** bzw. bei Leistungen außerhalb des SGB VIII durch eine andere Behörde) in der erforderlichen Art und Weise erfolgt.

Der Einrichtungsträger und die öffentliche Jugendhilfe (Jugendamt bzw. Landesjugendamt) tragen jeweils auch strukturelle Verantwortung, nämlich für die Schaffung adäquater betrieblicher Bedingungen zur Erfüllung des vom Einrichtungsträger übernommenen Auftrags. Das Jugendamt trägt die Verantwortung dafür, dass es (möglichst) im örtlichen Einzugsbereich ein **bedarfsgerechtes Leistungsangebot** i. S. des SGB VIII gibt (sog. Sicherstellungsverantwortung) und die jeweils zu erbringende Leistung tatsächlich fachgerecht erfüllt wird (Jugendamt). Die Wahrnehmung der Aufgaben zum Schutz von Kindern und Jugendlichen in Einrichtungen nach §§ 45 ff. SGB VIII durch die zuständige Behörde, also das **Landesjugendamt**, beinhaltet **keine individuelle Verantwortlichkeit bezogen auf konkrete einzelne Kinder**, sondern betrifft ausschließlich strukturelle Aspekte, nämlich dass die Erlaubnisverfahren sach- und fachgerecht gestaltet werden und bei Gefährdungslagen die nach den §§ 45 ff. möglichen und ggf. notwendigen Interventionen erfolgen (und zwar unabhängig davon, ob davon die Sicherstellungsverantwortung des Jugendamtes berührt wird). Der Gesetzgeber geht davon aus, dass mit den §§ 45 ff. SGB VIII und den damit verbundenen rechtlichen Vorgaben ein effektiver Rahmen dafür geschaffen ist, dem programmatischen Ziel dieser Vorgaben, nämlich Kinder zu schützen (§ 1 SGB VIII), so nahe wie möglich zu kommen. Dabei kann die konkrete Gefährdung einzelner Kinder/Jugendlicher Anlass dafür sein, die strukturellen Bedingungen der Betreuung/Erziehung in der Einrichtung zu prüfen, ist aber keine zwingende Voraussetzung.

---

<sup>1</sup> In diesem Gutachten wird der Begriff Verantwortung (im Vergleich zum Begriff Verantwortlichkeit) verstanden und verwendet i. S. eines Oberbegriffs sowie als abstrakte Kategorie, die inhaltlich zu konkretisieren ist, während Verantwortlichkeit die jeweilige Zuständigkeit bzw. Zuordnung markiert.

#### 1.4. Im deutschen Recht der Kinder- und Jugendhilfe sind Hilfe- und Schutzfunktionen kombiniert

Es geht jedoch in diesen Zusammenhängen nicht nur um solche unterschiedlichen Verantwortlichkeitsebenen, sondern – innerhalb des „Systems Kinder- und Jugendhilfe“ – um zwei Funktionsbereiche, die nach deutschem Recht ausdrücklich miteinander verbunden sind, obwohl sie z. T. unterschiedliche Handlungsmodalitäten zur Folge haben, nämlich die **Hilfe- bzw. Erziehungsfunktion** und die **Schutzfunktion gegenüber Kindern und Jugendlichen**, und zwar bezogen sowohl auf die einzelnen Kinder und Jugendlichen als auch auf die strukturellen Rahmenbedingungen. Es bedarf deshalb bei einer kritischen Betrachtung und Bewertung nicht nur juristischer Deduktion und Subsumtion, sondern auch der Berücksichtigung rechtssoziologischer Aspekte, also der Betrachtung der **Funktionen des Rechts**, mithin ihrer Möglichkeiten und Grenzen in der Rechtswirklichkeit.

#### 1.5. Bezugspunkt für Aufsicht und Handlungspflichten ist die jeweilige Aufgabenstellung

Hinsichtlich des Stichworts „Aufsicht“ ist zu differenzieren zwischen der **institutionalisierten und einrichtungsbezogenen Aufsicht**, wie sie hier genauer beleuchtet wird, einerseits und andererseits der **Aufsicht** als Kriterium möglicher zivil- oder strafrechtlicher Haftbarkeit als Element der Ausübung der **elterlichen Sorge** in Bezug auf ein **konkretes Kind/eine(n)** konkrete(n) Jugendliche(n). Wenn die Frage zu beantworten ist, ob bzw. inwieweit Verantwortlichkeiten adäquat wahrgenommen wurden bzw. überhaupt wahrgenommen werden können, ist aber beiden Aspekten von Aufsicht als zentraler Bezugspunkt etwas gemein, nämlich die jeweilige **Aufgabenstellung** und die daraus resultierenden Handlungspflichten, begründet durch Gesetz oder Vertrag.

Hinsichtlich der **Aufsichtspflicht über einzelne Kinder** wird z. B. von der Leiterin eines Kindergartens gesagt, sie trage die „Gesamtverantwortung“ für das Geschehen dort. Bei genauerer Betrachtung der Pflichtenstellung ist aber zu differenzieren, was ihre spezifische Aufgabenstellung als Leiterin ist und was demgegenüber die jeweiligen Pflichten anderer Beteiligter sind, also z. B. die der Gruppenleiterin, aber auch die des Trägers oder der temporär dort tätigen Praktikantinnen. **Ähnliches gilt auch für die institutionalisierte Aufsicht:** Was ist Sache des Einrichtungsträgers, was Sache der Einrichtungsleitung, der einzelnen Gruppenleitungen und nicht zuletzt der jeweiligen Bezugserzieher?

#### 1.6. Zum Zusammenhang zwischen Dienstpflichtverletzung und Aufgabenverantwortung

Wenn maßgeblicher Bezugspunkt für die Beurteilung adäquater Aufgabenwahrnehmung die Aufgabenstellung ist, folgen aus ihr die zu konkretisierenden Handlungspflichten. Unter „Handlung“ wird hier die im Strafrecht übliche Unterscheidung zugrunde gelegt: Als Handlung gilt sowohl (verbotenes) Tun als auch (pflichtwidriges) Unterlassen. Nicht jede Verletzung von Dienstpflichten aber (etwa die Nichtbeachtung von Dienstzeiten oder

unkollegiales Verhalten) ist relevant, wenn es um die Frage geht, ob die jeweilige Aufgabe rechtlich korrekt wahrgenommen wurde. Relevant im Sinne der institutionalisierten Aufsicht sind Dienstpflichtverletzungen vielmehr nur, wenn es einen **Kausalzusammenhang** gibt mit dem, was an Rechtsverletzung passiert ist, und dem, was als aufgabenwidrig einzuschätzen ist bzw. Tatbestandsmerkmale erfüllt, wie sie insbesondere in § 45 SGB VIII als Voraussetzung einer Betriebserlaubnis aufgelistet sind.

So wurden in diesem Gutachten die untersuchten Sachverhalte auch nicht umfassend danach bewertet, ob an irgendwelchen Stellen bzw. Situationen alle Dienstpflichten und innerbehördlichen Vorgaben beachtet worden sind (das ist Sache der behördeninternen Revision), sondern nur insofern sie als relevant ursächlich für ein möglicherweise fehlerhaftes Vorgehen in Betracht zu ziehen bzw. mit einer korrekten Erfüllung der übertragenen Aufgabe nicht in Einklang zu bringen sind. Deshalb kommt der Definition der einzelnen Aufgaben zentrale Bedeutung zu.

### **1.7. Beurteilungsspielräume und Handlungspflichten**

Bei alledem wird davon ausgegangen, dass es beim betrachteten Geschehen keine rechtsfreien Räume gab bzw. gibt. Davon zu unterscheiden ist aber die Frage, ob bzw. inwieweit die einschlägigen Vorgaben aus Gesetz und Recht für die hier gestellten Fragen Beurteilungsspielräume zulassen oder bestimmte Vorgehensweisen im Sinne von Handlungspflichten verlangt hätten bzw. verlangen.

### **1.8. Verwaltungspraxis und Rechtmäßigkeit**

Dabei ist es zwar hilfreich, die in anderen Bundesländern üblichen Vorgehensweisen beim Vollzug der Aufgaben nach §§ 45 ff. SGB VIII in den Blick zu nehmen, wie im Gutachtenauftrag unter Punkt 1f ausdrücklich für die Praxis des Erlaubnisentzuges i. S. von § 45 Abs. 7 SGB VIII erfragt. Hilfreich ist eine solche Betrachtung insofern, als sich dabei Plausibilitäten der Richtigkeit ergeben können. Es wird in diesem Gutachten aber nicht davon ausgegangen, dass mit solchen Hinweisen etwas darüber ausgesagt wird, ob die Vorgehensweisen jeweils auch rechtmäßig sind. Angedeutet wird damit, dass – bei allerdings unsystematisch geführten Umfragen zu den hier gestellten Fragen – offenkundig wurde, dass rechtlich z. T. höchst relevante Hinweise aufgetaucht sind und dass einige gesetzliche Vorgaben in der Praxis bundesweit nicht so erfüllt werden, wie die einschlägigen Bestimmungen es „eigentlich“ verlangten. Soweit es um solche Hinweise geht, werden sie bei den jeweiligen Untersuchungsgegenständen thematisiert.

### **1.9. Referenten-Entwurf zur Novellierung des SGB VIII 2016**

Nicht berücksichtigt sind aktuelle Initiativen des für das SGB VIII zuständigen Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ) zur Novellierung der einschlägigen Vorschriften zur institutionalisierten Aufsicht über Einrichtungen, also der

§§ 45 ff. SGB VIII. Wenn und soweit sie – etwa in Form eines Referenten-Entwurfs – nach der Übergabe dieses Gutachtens bekannt werden, können sie auf Wunsch in Form eines Nachtrags in dieses Gutachten einbezogen werden.

## 2. Zur Entwicklungsgeschichte der Aufsicht über Einrichtungen

### 2.1 Staatliche Aufsicht durch das Reichsjugendwohlfahrtsgesetz 1922

Im Rahmen des Reichsjugendwohlfahrtsgesetzes (RJWG) von 1922 wurde erstmals eine reichseinheitliche Regelung der staatlichen Aufsicht über Einrichtungen geschaffen<sup>2</sup>. Der Gesetzgeber war der Auffassung, mit einer mittelbaren Aufsicht im Rahmen der Bestimmungen der **Pflegekinderaufsicht in Heimen** und Anstalten und der **öffentlichen Aufsicht über Fürsorgeanstalten** auszukommen. Mit Ausnahme der unter staatliche Aufsicht gestellten Fürsorgeerziehungsheime gab es im Jugendhilferecht **bis 1961** staatliche Aufsichtsbefugnisse **nur über die einzelnen Minderjährigen** in „Fremderziehung“. Wegen der ebenso unpraktikablen wie unzureichenden Minderjährigenaufsicht im RJWG und durch eine Reihe spektakulärer Fälle von Kindesmisshandlung wurde gegen Mitte und Ende der 50er Jahre in Fachkreisen der Ruf nach einer Aufsicht über Heime und andere Einrichtungen immer lauter, auch nach gesetzlichen Vorschriften für ein unmittelbares Eingreifen gegen organisatorisch wie pädagogisch unzulängliche Heime<sup>3</sup>. Dringend notwendige und allseits anerkannte pädagogische Forderungen waren überdies in privaten Heimen, die sich insoweit weigerten, nicht durchzusetzen. Diese offenkundigen Missstände führten im Rahmen der Novellierung des Jugendwohlfahrtsrechts **1961 zur Einführung einer Aufsicht über Einrichtungen durch das Landesjugendamt** (§ 78 JWG), allgemein „institutionelle Aufsicht“ genannt.

Mit dieser Novellierung im Jahre 1961 gab es eine Aufsicht über Heime und andere Einrichtungen (§ 78) und den Schutz von Minderjährigen unter 16 Jahren in Heimen und anderen Einrichtungen (§ 79). Sie enthielt die Befugnis zur örtlichen Prüfung und zur Untersagung des Betriebs und wurde im Jahre 1976 durch eine eigene Vorschrift zu Meldepflichten ergänzt (§ 78a). **Nicht enthalten war ein Anspruch auf Beratung**, was in der Kommentarliteratur kritisiert wurde. Bei der Realisierung des Schutz- und Hilfedankens müsse die Beratungspflicht des Staates im Vordergrund stehen<sup>4</sup>.

### 2.2 Widerstand gegen staatliche Aufsicht insbesondere durch kirchliche Verbände

Die Erweiterung der staatlichen Aufsichtsrechte bei der „institutionellen Heimaufsicht“ im Rahmen der Novellierung des Jugendwohlfahrtsrechts (JWG) im Jahre 1961 entsprach aber nicht der beabsichtigten **Vorrangstellung der freien Träger**. So war die Einführung einer bundeseinheitlich geregelten Heimaufsicht in den 50er Jahren von der Mehrheit der

---

<sup>2</sup> Mündler u. a., Frankfurter Kommentar zum JWG, 4. Aufl., Münster 1988, S. 365 ff.

<sup>3</sup> vgl. Rebscher, Die Heimaufsicht des Landesjugendamtes nach § 78 JWG, Marburg 1968, S. 14

<sup>4</sup> Mündler u. a., a.a.O., S. 367

„Sonderkommission für Einrichtungen der Jugend- und Wohlfahrtsverbände“ mit Entschiedenheit abgelehnt und nur für private Heime anerkannt worden. Namentlich bei den konfessionellen Verbänden galt die Einführung einer Heimaufsicht als unvereinbar mit ihrer Selbstständigkeit<sup>5</sup>. Die neue Regelung des § 78 JWG wurde damals kritisiert als „ein Kompromiss zwischen den freien Verbänden und den damaligen, den Staat tragenden politischen Kräften“<sup>6</sup>. Einem zentralen Träger der freien Jugendhilfe konnte widerruflich und auf Antrag die Überprüfung von Einrichtungen eines ihm angehörenden Trägers übertragen werden, wenn dieser dem Antrag zustimmte (§ 78 Abs. 7 JWG). Zwar hat diese Vorschrift in der Praxis keine größere Bedeutung erlangt (nur das Land Berlin und der Landeswohlfahrtsverband Baden handhabten für den Bereich der Kindertagesstätten, z. T. auch für Heime, eine widerrufliche Übertragung der Überprüfung von Einrichtungen auf einen zentralen Träger). Faktisch stellte sie aber doch ein deutliches Signal dar i. S. einer „elementaren Möglichkeit der Einschränkung staatlicher Kontrolle“<sup>7</sup>.

### 2.3 Debatten der 70er und 80er Jahre zur Reform des Jugendhilferechts

Das Thema wurde im Rahmen der Debatten um die Reform des Kinder- und Jugendhilferechts in den 70er und 80er Jahren aufgegriffen. So enthält der **Diskussionsentwurf** eines Jugendhilfegesetzes aus dem Jahre **1973**, der von einer Sachverständigenkommission vorgelegt worden war, (auch) einen eigenen Abschnitt zum Schutz von Minderjährigen außerhalb des Elternhauses (§§ 63 ff.), der den Abschluss eines **Pflege- und Erziehungsvertrages mit den Eltern** und dessen Mindestinhalte sowie **dessen Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht** vorsah, falls der Aufenthalt in der Einrichtung über ein Jahr hinaus andauert (ein Thema, das bis heute vernachlässigt wird), und einen weiteren Abschnitt über Einrichtungen (§§ 96 ff.), der eine **Anmeldepflicht, eine Genehmigungspflicht, eine Beratungspflicht sowie ein Anregungs- und Beschwerderecht** für die jungen Menschen in der Einrichtung (!) beinhaltete. Bei der Genehmigung wurde **zwischen einer vorläufigen und einer endgültigen Genehmigung unterschieden**. In der Begründung hieß es dazu: „Die Jugendhilferechts-Kommission strebt an, von der sogenannten klassischen Heimaufsicht wegzukommen und das Schwergewicht auf **regelmäßige Beratung** zu legen (vgl. § 99). Durch eine regelmäßige und umfangreiche Beratung der Einrichtungen und Träger im Sinn des § 99 wird der Schutz junger Menschen wirkungsvoller sichergestellt als durch die klassische Aufsicht, die in erster Linie Eingriffsverwaltung ist. Um den Träger der Jugendhilfe in die Lage zu versetzen, in dieser Weise tätig zu werden, bedarf es der hier näher geregelten Anmeldepflicht.“ (BMJFG 1973 S. 172)

Mit dem Thema befasste sich auch der **Deutsche Verein** für öffentliche und private Fürsorge im Rahmen seiner **Thesen zu einem neuen Jugendhilferecht**, die fast zeitgleich

---

<sup>5</sup> Hasenclever, Jugendhilfe und Gesetzgebung seit 1900, Göttingen 1978, S. 196 m.w.N.

<sup>6</sup> Münder u. a., a. a. O., S. 366

<sup>7</sup> Ritter, Heimaufsicht und Selbstorganisation, Neuer Rundbrief 1961, S. 64 ff..

verabschiedet wurden (**Frankfurt am Main 1973**). Es wurde zwischen sogenannten Grundthesen (Nummer 1 bis 49) und Einzelthesen (Nummer 1 bis 185) unterschieden.

In der Grundthese Nummer 22 geht der Deutsche Verein auch auf die Anordnungs-, Schutz- und Aufsichtsfunktionen der öffentlichen Jugendhilfe und ihren Standort im Jugendhilfegesetz ein. Dabei wird in den Thesen zunächst betont, dass der im neuen Gesetz im Vordergrund stehende **Leistungscharakter der Jugendhilfe** eine „Korrektur des Stellenwerts der Anordnungsfunktionen sowie der allgemeinen Schutz- und Aufsichtsfunktionen“ erfordere. Es wird darauf hingewiesen, dass auch in einem künftigen Gesetz „allgemeine Schutz- und Aufsichtsfunktionen“ unverzichtbar seien (Deutscher Verein, a. a. O., S. 27).

In den Einzelthesen geht der Deutsche Verein dann näher auf das Thema des **Schutzes von Minderjährigen in Heimen und anderen Einrichtungen** ein. Dies geschieht zum einen im 5. Hauptabschnitt: Schutz Minderjähriger (These 64 – S. 112) und im 6. Hauptabschnitt: Dienste, Einrichtungen und Veranstaltungen – Fachkräfte und Mitarbeiter (Thesen 96 und 97 – S. 134 f.). Im Hinblick auf die Regelung des Jugendwohlfahrtsgesetzes, die den Schutz des einzelnen Minderjährigen (§ 79 JWG) von der allgemeinen Aufsicht über Heime und andere Einrichtungen trennt (§ 78 JWG), wird konstatiert, dass sich eine solche Regelung als wenig praktisch erwiesen habe, weil eine genaue Abgrenzung der beiderseitigen Aufsichtsbereiche schwierig sei wegen der zahlreichen Überschneidungen und Überlagerungen der einzelnen Schutzfunktionen. Es wird deshalb **vorgeschlagen, den Schutz des einzelnen Minderjährigen im Rahmen der allgemeinen Aufsicht über Heime und andere Einrichtungen zu regeln** (These 64 – S. 112). Im Abschnitt zur Beratung von Einrichtungen und Aufsicht (S. 134 ff.) wird eine Pflicht zur Beratung von Einrichtungen gefordert (These 96), ein Erlaubnisvorbehalt zur Inbetriebnahme von Einrichtungen (These 97) und eine über den Erlaubnisvorbehalt hinausgehende Aufsicht, zu der auch eine **periodische Überprüfung** gehört, **ob bei den einzelnen Minderjährigen die Heimerziehung notwendig ist** (These 98).

Damit wurden die präventiven Elemente (Beratung, Erlaubnisvorbehalt) in den Mittelpunkt gerückt, dabei allerdings **Elemente der strukturellen Aufsicht mit der individuellen Steuerungsverantwortung vermischt**.

#### **2.4 Das Kinder und Jugendhilfegesetz 1990/91 (KJHG/SGB VIII)**

Diesen Vorstellungen ist der Gesetzgeber Ende der 80er Jahre im Rahmen der Neuordnung des Kinder- und Jugendhilferechts (KJHG, in Kraft getreten in den „neuen“ Bundesländern zum 3. Oktober 1990, in den „alten“ Bundesländern zum 1. Januar 1991) weitgehend gefolgt und hat in **§ 45 SGB VIII (Art. 1 des KJHG) den Erlaubnisvorbehalt für den Betrieb von Einrichtungen eingeführt**. In der damaligen Regierungsbegründung heißt es dazu:

„Der angestrebte Strukturwandel der Jugendhilfe erfordert auch eine Neuordnung der Heimaufsicht. Möglichen Gefahren für das Wohl der betreuten Minderjährigen soll künftig bereits im Rahmen des Erlaubniserteilungsverfahrens, im übrigen durch die Überprüfung der Einrichtung begegnet werden. Auf die Beratungsangebote des Landesjugendamts nach § 80 Abs. 2 Nr. 8 wird in diesem Zusammenhang hingewiesen. Mit diesen präventiven

Instrumenten soll die Schließung von Einrichtungen und der damit notwendige Wechsel der Umgebung und der sozialen Beziehungen für die Minderjährigen nach Möglichkeit ganz vermieden werden. Neben der Betriebserlaubnis ist künftig eine besondere Erlaubnis für die Betreuung des einzelnen Minderjährigen in der Einrichtung, wie sie § 79 JWG vorsah, nicht mehr erforderlich.“<sup>8</sup> Und: „Die Vorschriften unterscheiden sich insoweit grundlegend von den Bestimmungen des Jugendwohlfahrtsgesetzes, als für den Schutz von Kindern in Einrichtungen die in den §§ 78, 79 JWG geregelte Heimaufsicht der Praxisentwicklung entsprechend stärker präventiv ausgestaltet und durch einen Erlaubnisvorbehalt für den Betrieb von Einrichtungen ergänzt wird“.<sup>9</sup>

## 2.5 Begriff „Heimaufsicht“

Es ist bis heute allgemein üblich, die Wahrnehmung der Aufgaben nach §§ 45 bis 48a SGB VIII für den Bereich stationärer Einrichtungen als „Heimaufsicht“ zu bezeichnen, für den Bereich Tageseinrichtungen für Kinder dann allerdings als „**Kindergartenaufsicht**“, obwohl beide Begriffe im SGB VIII nicht (mehr) verwendet werden. Vor dem Inkrafttreten des KJHG/SGB VIII (1990/91) war dies noch anders.

Was früher (im Jugendwohlfahrtsgesetz/JWG) als „Heimaufsicht“ bezeichnet wurde, ist im KJHG/SGB VIII in einem eigenen Abschnitt des 3. Kapitels (also der sog. Anderen Aufgaben – § 2 Abs. 2 SGB VIII) überschrieben mit „Schutz von Kindern und Jugendlichen in Familienpflege und in Einrichtungen“ (Abschnitt 2), zudem ist im Gesetz auch nicht etwa von der „Heimaufsichtsbehörde“ die Rede, sondern nur von der „zuständigen Behörde“ (§ 46 Abs. 1 S. 1). Wie sich aus der Gesetzesbegründung zum KJHG ergibt, wurde damals **ausdrücklich auf die Begrifflichkeit der „Aufsicht“** verzichtet, um damit der oben beschriebenen, mit dem neuen Gesetz verbundenen Neuorientierung des Rechts der Kinder- und Jugendhilfe zu entsprechen.

Obwohl also der Funktion nach sehr wohl eine Aufsicht über Einrichtungen, wenn auch in neuer Ausgestaltung, installiert wurde, hat man im KJHG/SGB VIII den Begriff „Aufsicht“ vermieden. Die Funktion der (Heim-)Aufsicht sollte integriert sein in die allgemeine Neuorientierung der Kinder- und Jugendhilfe mit ihrer Betonung des fachlichen Profils und ihrer demonstrativen Abkehr von der tatsächlichen oder auch nur vermeintlichen Eingriffsorientierung, von ihrem verbreiteten Image als bürokratisches Monster und „Kinderklaubehörde“.

Es kam hinzu, dass die **Landesjugendämter** durch die **Verlagerung fast aller Einzelfallzuständigkeiten auf die örtliche Ebene** (vorher lag die Zuständigkeit für „Heimeinweisungen“ – im Bereich von Fürsorgeerziehung (FE) und Freiwilliger Erziehungshilfe (FEH) – bei den Landesjugendämtern) und die Fokussierung auf Beratung und Qualifizierung unter Legitimationszwang standen. Es wurde deshalb allenthalben darauf gedrängt, die Aufsichtsfunktion soweit wie möglich in diesen Arbeitsansatz zu integrieren.

---

<sup>8</sup> Bundestagsdrucksache 11/5948, S. 83

<sup>9</sup> BT-Dr. 11/5948, S. 81



Dabei war diese demonstrative Abkehr vom Begriff der „Aufsicht“ im Zusammenhang öffentlicher Verwaltung kein historischer oder arbeitsfeldspezifischer Sonderfall. Sie entsprach – parteienübergreifend – der damaligen **allgemeinen Tendenz zur Modernisierung der öffentlichen Verwaltung** („Dienstleistungsorientierung“), der Hinwendung zu tendenziell kooperativen Handlungsformen und der Abkehr von obrigkeitsstaatlich geprägten Vorgehensweisen. So hatte der Gesetzgeber schon 1975 bei der Verabschiedung des Gesetzes „über Altenheime, Altenwohnheime und Pflegeheime für Volljährige“ (**Heimgesetz**) ausdrücklich auf den Begriff der „Aufsicht/Heimaufsicht“ verzichtet, allerdings diese ihrem Rechtscharakter nach ordnungsbehördliche Funktion – also anders als beim späteren KJHG/SGB VIII – nicht etwa ins gerade in Kraft gesetzte Sozialgesetzbuch integriert, sondern ihre institutionelle Zuordnung den Ländern überlassen. So war in Sachen Heimgesetz (HeimG) von Anfang an das Spektrum an behördlicher Zuordnung sehr vielgestaltig, reichte von der Ordnungsbehörde über die überörtliche Versorgungsverwaltung bis hin zum örtlichen Sozialamt. Daran hat sich auch nach dem durch die Föderalismusreform initiierten Übergang der diesbezüglichen Gesetzgebungszuständigkeit auf die Bundesländer nichts geändert, man ist ausdrücklich dabei geblieben, den Begriff „Aufsicht“ nicht zu verwenden. Offiziell spricht man also nicht etwa von der „Heimaufsichtsbehörde“, sondern von der für die Wahrnehmung der Aufgaben örtlich „zuständigen Behörde“. Ausdrücklich wird – jetzt auch in den Begründungen der Ländergesetze – hervorgehoben, dass man den Schwerpunkt der Tätigkeit in der Beratung sehe.

Während beim Heimgesetz des Bundes (bzw. inzwischen den Heimgesetzen der Länder) die umständliche und wenig griffige Bezeichnung als „zuständige Behörde“ deren Selbstverständnis in der Außenwirkung zumindest offen lässt (zudem nicht die Erwartung besteht, dass es sich um eine Sozialleistungsbehörde handeln könnte; man hat dort zur Lokalisierung des Regelungsgegenstandes die Kurzformel „HeimG“ zur Verfügung), hat die Vermeidung des Begriffs „Aufsicht“ für die Kinder- und Jugendhilfe Konsequenzen für das Selbstverständnis der zuständigen Behörde sowie für die **Außenwirkung** und die damit verbundenen Erwartungen. Allerdings entsprechen diese Erwartungen – jedenfalls in der Außenwirkung – nicht unbedingt der Richtung, die man eigentlich angestrebt hatte. Da nämlich kaum jemand auf die Idee kommt, regelmäßig die korrekte Formulierung des Gesetzes wiederzugeben, also von der „für die Wahrnehmung der Aufgaben gemäß §§ 45 bis 48a SGB VIII zuständigen Behörde“ zu sprechen, liegt es nahe, entweder verkürzend doch von „der Heimaufsicht“ bzw. „der Kindergartenaufsicht“ oder aber in einer Art umgekehrtem „pars pro toto“, also einem „totum pro parte“, nur vom „Landesjugendamt“ zu sprechen, so als wäre das Landesjugendamt nur oder zumindest hauptsächlich für die Aufgaben nach den §§ 45 ff. SGB VIII zuständig und insgesamt faktisch doch eine „Aufsichtsbehörde“.

Prompt fühlen sich nach Erfahrung und Einschätzung der Verfasser dieses Gutachtens manche Landesjugendämter – mehr als von der Sache bzw. den gesetzlichen Vorgaben her eigentlich erforderlich – veranlasst, sich geradezu demonstrativ zu wehren gegen das Bild, sie seien im Wesentlichen eine „Aufsichtsbehörde“, und sich besonders darum zu bemühen, auch in der Wahrnehmung der Aufgaben nach den §§ 45 ff. SGB VIII ihre Beratungsfunktion zu Lasten der Aufsichtsfunktion herauszustreichen.

Schon an dieser Stelle sei allerdings darauf hingewiesen, dass es hinsichtlich der Charakterisierung als „Aufsichtsbehörde“ erstaunliche Ungleichzeitigkeiten in der Entwicklung gibt oder gar regelrechte Umkehrungen. Wenn z. B. von **„Schulaufsichtsbehörde“** die Rede ist, betrifft das in Wirklichkeit weniger eine Aufsichtsfunktion im oben beschriebenen Sinne, sondern es geht um die „normale“ Verwaltung der Schulen. Andererseits wird damit deutlich, dass die „Aufsicht“ der Jugendhilfe nicht Ausdruck einer Behördenhierarchie ist (das Landesjugendamt ist nicht etwa vorgesetzte Behörde der Jugendämter), sondern vor allem das Außenverhältnis Staat–Gesellschaft betrifft, zumal der größere Teil der Einrichtungen von Freien Trägern betrieben wird und die Aufsicht zudem unabhängig davon ist, ob das einzelne Jugendamt als Leistungsbehörde involviert ist. Damit ähnelt die „Heimaufsicht“ funktional z. B. der Gewerbeaufsicht.

Festzuhalten bleibt aber insbesondere, dass der Begriff und auch die Funktion von „Aufsicht“ in unserer Rechtsordnung nicht allgemein definiert ist, sondern je nach Struktur, Einzelregelungen und Regelungszusammenhang beschrieben und charakterisiert werden muss.

## **2.6 Neufassung des § 45 SGB VIII durch das Bundeskinderschutzgesetz (2012)**

Durch die Runden Tische „Heimerziehung der 50er und 60er Jahre“ (2009/2010)<sup>10</sup> und „Sexueller Kindesmissbrauch“ (2010/2011) wurde erkannt, dass auch die Vorgaben zum „Schutz von Kindern und Jugendlichen in Einrichtungen“ verändert werden sollten. Neben einer sinnvolleren Reihenfolge der Einzelregelungen und der ausdrücklichen Nennung von **„Zweck“ und „Konzeption“ der Einrichtung als tatbestandlich fixierte Orientierungspunkte** wird nun – aufgrund der Änderung durch das Bundeskinderschutzgesetz – als Voraussetzung für die Erteilung der Betriebserlaubnis auch verlangt, dass „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“. Sanktionen für den Fall, dass in der Praxis nicht im Sinne solcher Ankündigungen gehandelt wird, wurden allerdings nicht eingeführt.

## **3. Die zentralen gesetzlichen Anknüpfungspunkte**

### **3.1. Allgemeines zur Aufgaben- bzw. Pflichtenstellung der für die Aufsicht über Einrichtungen i. S. von § 45 SGB VIII zuständigen Behörde**

Zentraler Gegenstand dieses Rechtsgutachtens sind „die Handlungsmöglichkeiten des Landesjugendamtes und der Heimaufsicht“, also auch der Grenzen. Sie deutlich zu machen, verlangt eine Beschreibung des rechtlichen Rahmens, in dem sich diese Behörde bewegt. Sie wird aber beschränkt auf die Aspekte, die zu beleuchten sind, um befriedigende Antworten

---

<sup>10</sup> Schlussbericht abrufbar unter [www.rundertisch-heimerziehung.de/documents/RTH\\_Abschlussbericht.pdf](http://www.rundertisch-heimerziehung.de/documents/RTH_Abschlussbericht.pdf)

zu finden auf die im Auftrag gestellten Fragen bzw. diese Antworten verständlich und nachvollziehbar zu machen.

Der rechtliche Rahmen ist maßgeblich bestimmt durch die Regelung, dass derjenige, der (fremde) Kinder oder Jugendliche in einer Einrichtung betreuen will, dazu grundsätzlich einer Erlaubnis (**Erlaubnisvorbehalt**) bedarf und im Weiteren einer diesbezüglichen staatlichen Aufsicht unterliegt. Die einschlägigen Vorschriften (einschließlich der Ausnahmen vom Erlaubnisvorbehalt) sind in den **§§ 45 bis 48a SGB VIII** zusammengefasst (Einzelheiten zur Regelungssystematik und das Verhältnis zum Erlaubnisvorbehalt bei der Kindertages- und der Vollzeitpflege gemäß §§ 43 und 44 SGB VIII, die nicht als Einrichtungen gelten, s.u. 3.2).

Die staatliche **Beschränkung allgemeiner Handlungsfreiheit für die Träger von Einrichtungen** und speziell auch der **Berufsfreiheit** und der Freiheit zu gewerblicher Betätigung ist durch die **Schutzbedürftigkeit von Kindern und Jugendlichen** begründet.<sup>11</sup> Insbesondere für Kinder und Jugendliche, die über längere Zeit außerhalb der eigenen Familie betreut werden, wird seit langem eine spezielle Schutzbedürftigkeit gesehen und wurden entsprechende Regelungen geschaffen (s. zur Entwicklungsgeschichte oben unter 2.).

### **3.1.1. Zuständigkeit(en) des Landesjugendamtes**

Das Landesjugendamt nimmt – als gemäß § 69 Abs. 3 SGB VIII landesrechtlich einzurichtende Behörde – die gemäß **§ 85 Abs. 2 SGB VIII** dem überörtlichen Träger der Jugendhilfe zugewiesenen Aufgaben wahr, ist also zuständig für

- 1. die Beratung der örtlichen Träger und die Entwicklung von Empfehlungen zur Erfüllung der Aufgaben nach diesem Buch,*
- 2. die Förderung der Zusammenarbeit zwischen den örtlichen Trägern und den anerkannten Trägern der freien Jugendhilfe, insbesondere bei der Planung und Sicherstellung eines bedarfsgerechten Angebots an Hilfen zur Erziehung, Eingliederungshilfen für seelisch behinderte Kinder und Jugendliche und Hilfen für junge Volljährige,*
- 3. die Anregung und Förderung von Einrichtungen, Diensten und Veranstaltungen sowie deren Schaffung und Betrieb, soweit sie den örtlichen Bedarf übersteigen; dazu gehören insbesondere Einrichtungen, die eine Schul- oder Berufsausbildung anbieten, sowie Jugendbildungsstätten,*
- 4. die Planung, Anregung, Förderung und Durchführung von Modellvorhaben zur Weiterentwicklung der Jugendhilfe,*
- 5. die Beratung der örtlichen Träger bei der Gewährung von Hilfe nach den §§ 32 bis 35a, insbesondere bei der Auswahl einer Einrichtung oder der Vermittlung einer Pflegeperson in schwierigen Einzelfällen,*

---

<sup>11</sup> Ausführlicher dazu: Mörsberger, in: Wiesner, SGB VIII, 5. Aufl., München 2015, § 45 Rn 1

**6. die Wahrnehmung der Aufgaben zum Schutz von Kindern und Jugendlichen in Einrichtungen (§§ 45 bis 48a),**

**7. die Beratung der Träger von Einrichtungen während der Planung und Betriebsführung,**

**8. die Fortbildung von Mitarbeitern in der Jugendhilfe,**

**9. die Gewährung von Leistungen an Deutsche im Ausland (§ 6 Abs. 3), soweit es sich nicht um die Fortsetzung einer bereits im Inland gewährten Leistung handelt,**

**10. die Erteilung der Erlaubnis zur Übernahme von Pflegschaften oder Vormundschaften durch einen rechtsfähigen Verein (§ 54).**

Gemäß § 85 Abs. 3 SGB VIII können die in Nummer 3, 4, 7 und 8 genannten Aufgaben auch vom örtlichen Träger wahrgenommen werden. Im Umkehrschluss besteht damit diese Möglichkeit also nicht für die unter Nummer 6 genannte „Wahrnehmung der Aufgaben Schutz von Kindern und Jugendlichen in Einrichtungen (§§ 45 bis 48a)“.

Werden die Aufgaben in Nummer 3, 4, 7 und 8 „auch“ vom örtlichen Träger wahrgenommen, also z. B. die „Beratung der Träger von Einrichtungen während der Planung und Betriebsführung“ (Nr. 7) oder die „Fortbildung von Mitarbeitern in der Jugendhilfe“ (Nr. 8), wird das Landesjugendamt dadurch nicht etwa davon befreit. Die Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen hier Aufgaben im Handlungsvollzug verknüpft werden können oder dürfen, wird an späterer Stelle thematisiert.

### **3.1.2. Abgrenzung der institutionalisierten Aufsicht (durch eine andere Institution) von interner Kontrolle (Dienstaufsicht) zur Aufsicht über einzelne Kinder und Jugendliche**

Zur Bestimmung der gesetzlichen Anknüpfungspunkte und Rechtsgrundlagen gehört die Abgrenzung der hier im Mittelpunkt stehenden „institutionalisierten Aufsicht“ von anderen Regelungszusammenhängen, die auch mit Aufsichtsfunktionen – bei der Betreuung mit Kindern und Jugendlichen – zu tun haben. So geht es im Kontext der Aufgabenstellung nach den §§ 45 ff. SGB VIII allenfalls indirekt um die **Aufsichtspflicht**, die **Eltern** (kraft Gesetzes) wie **Erzieher** (kraft Vertrages) gegenüber ihren „Schutzbefohlenen“ haben – und ebenso nicht um die **Aufsichtspflicht**, die **Leitungskräfte** im Rahmen der ihnen zugewiesenen hierarchischen Position haben (insbes. in der Form von **Dienst- und Fachaufsicht**) oder die sich aus vertraglich begründeten Sorgfaltspflichten ergeben und haftungsrechtliche Relevanz haben. Diese können zwar indirekt auch Bedeutung bekommen für die institutionalisierte Aufsicht, wenn nämlich massive Verletzungen der Aufsichtspflicht zum Anlass für die zuständige Behörde werden, zu prüfen, inwieweit die Voraussetzungen für die Betriebserlaubnis noch gegeben sind bzw. von einer Gefährdung des Wohls der Kinder und Jugendlichen i. S. von § 45 Abs. 7 SGB VIII auszugehen ist, nicht aber originär.

Der Gutachtenauftrag betrifft die landesjugendamtsspezifische Aufgabenstellung i. S. der §§ 45 bis 48a SGB VIII. Wenn im Folgenden die Funktion der Aufsicht herausgehoben wird, ist damit nicht die behördeninterne durch die Innenrevision usw. gemeint. Hier geht es

vielmehr – zunächst jedenfalls nur – um eine Aufsicht, deren Aufgaben- und Befugnisrahmen durch gesetzliche Vorgaben definiert ist und die einer speziellen und insoweit spezialisierten Institution zugewiesen ist, also **eine Aufsicht „von außen“**.

In der Fachliteratur wird seit Jahrzehnten die Aufsicht von außen, soweit sie sich (nur) auf Einrichtungen für Kinder- und Jugendliche bezieht und in den §§ 45 ff. normiert ist, zur Klarstellung als „institutionelle Aufsicht“ bezeichnet (s. o. unter 2.). Das Adjektiv „institutionell“ wird dabei aber nicht auf die zuständige Behörde (als ausführendes Subjekt) bezogen, sondern auf die Objekte der Aufsicht, also Heime, Tageseinrichtungen für Kinder usw. (Institution als Synonym für Einrichtung). Wenn es hier aber nicht um die Abgrenzung von den §§ 43 und 44 SGB VIII geht (Erlaubnisvorbehalt Familienpflege, zuständig das örtliche Jugendamt), sondern um den Unterschied zu Aufsichtsfunktionen wie Leitungsverantwortung und Innenrevision oder um die Aufsichtspflicht im Rahmen elterlicher Sorge, dann ist als Abgrenzungsmerkmal i. S. der Aufsicht von außen das Attribut **„institutionalisierte“ (Aufsicht)** treffender (und wird im Gutachtenauftrag auch in diesem Sinne verwendet).

Nur am Rande angesprochen und schon gar nicht vertieft behandelt wird hier die Praxis der in einigen Bundesländern in dieser oder jener Form praktizierten „Arbeitsteilung“, die beinhaltet, dass in gemeinsamer Verantwortung von Aufsichtsbehörde und Einrichtungsträgern (bzw. deren Verbänden) **Prüf- und Zertifizierungsmethoden zur Qualitätsentwicklung und -sicherung** angewandt und verwertet werden. Diese rechtlich z. T. fragwürdigen Verknüpfungen haben nämlich aus der Sicht der Gutachter für die hier behandelten Fragen des Untersuchungsausschusses nur Relevanz insofern, als in der Funktionsbeschreibung staatlicher Aufsicht jeweils zu prüfen ist, inwieweit die Tätigkeit der Aufsichtsbehörden zwar nicht etwa ersetzt werden kann oder darf durch solche Verfahren, aber sie in das jeweilige Aufsichtsprofil einbezogen werden könnten bzw. dürfen, also z. B. als Voraussetzung für die Erlaubniserteilung ausgestaltet werden könnten.

Wieder anders einzuordnen ist die Frage, inwieweit es zulässig ist, wenn – wie in Hessen – faktisch zentrale – dem Landesjugendamt gesetzlich zugeordnete – Funktionen auf die Ebene der Stadt- und Landkreise delegiert werden. Es wird aber keine Veranlassung gesehen, sie in diesem Gutachten zu beantworten oder auch nur weiter zu thematisieren.

### **3.2. Ziele, Systematik und Regelungsstruktur des gesamten Abschnitts „Schutz von Kindern und Jugendlichen in Familienpflege und in Einrichtungen“ im SGB VIII (§§ 43 bis 49); Abgrenzung der Einrichtungsaufsicht zur Aufsicht bei der Familienpflege (Kindertagespflege und Vollzeitpflege)**

Eine institutionalisierte staatliche Aufsicht zum Schutz von Kindern und Jugendlichen und einen entsprechenden Erlaubnisvorbehalt gibt es nicht nur bei der Betreuung in Einrichtungen, sondern auch in der Kindertagespflege und der Vollzeitpflege. Die entsprechenden Vorschriften des 2. Abschnitts des 3. Kapitels („Schutz von Kindern und Jugendlichen in Familienpflege und in Einrichtungen“) mit den §§ 43 bis 49 stellen eine **Konkretisierung des allgemeinen staatlichen Schutzauftrages** (Art. 2 Abs.2 GG) dar. Er

ergänzt bzw. flankiert insoweit die elterliche Erziehungsverantwortung, deren (individuelle) Ausübung zwar auf verantwortliche Erzieher übertragen ist, deren Arbeitsweise und konkretes Verhalten aber für die Eltern nicht einsehbar und überprüfbar und zu weiten Teilen von strukturellen Gegebenheiten der Pflegestelle bzw. der Einrichtung abhängig ist (Leitbild, fachliches Konzept, Familien- bzw. Betriebs-„Klima“, Qualifikation des Personals usw.).

### **3.2.1. Es geht nicht um den Schutz einzelner Kinder oder Jugendlicher, sondern um Mindestvoraussetzungen hinsichtlich der Rahmenbedingungen**

Anders als beispielsweise der Schutzauftrag gemäß § 8a SGB VIII, bei dem es um „Anhaltspunkte für die Gefährdung des Wohls *eines* Kindes oder Jugendlichen“ geht (Abs. 1), beziehen sich die Regelungen der §§ 43 ff. SGB VIII nicht auf Wohl und Wehe der einzelnen Kinder und Jugendlichen, sondern nur auf die Rahmenbedingungen, also bei der Familienpflege auf die Betreuungsperson(en), ihre fachliche Qualifikation und die Ausstattung, bei Einrichtungen zusätzlich noch auf detailliertere bauliche und fachliche Kriterien bzw. Erlaubnisvoraussetzungen. Das bedeutet, dass – selbst wenn einem einzelnen Kind Schlimmes angetan wurde oder ihm jedenfalls nicht angemessen beigestanden wurde – die Einrichtung gleichwohl (nach angemessener Aufarbeitung) weiter existieren kann und soll, sofern für die Zukunft die erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Nicht ein einzelnes Ereignis oder eine einzelne Gegebenheit kann und darf maßgeblich sein, sondern letztlich kommt es auf die **Gesamtschau** der Rahmenbedingungen an, auf Strukturen, Prozesse sowie das Verhalten des Personals und der Führungsverantwortlichen. So „müssen“ umgekehrt auch keine besonderen Ereignisse oder Fehlhandlungen passiert sein, um eine Betriebserlaubnis in Frage zu stellen, nämlich z. B. dann, wenn fachlich betrachtet „zu wenig passiert“, also die Kinder und Jugendlichen zu wenig Anregung erhalten oder zu wenig Beziehungsarbeit geleistet wird. Dass in der Praxis der Aufsichtsbehörden der Blick z. T. sehr – und aus der Sicht der Verfasser oft zu sehr – auf besondere Vorkommnisse gerichtet ist und allzu oft eine Gesamtschau und -bewertung unterbleibt, sollte Anlass sein, Konzeption und Profil der zuständigen Behörden zu überprüfen.

Allerdings hat diese Fixierung auf besondere Vorkommnisse und spektakuläre Ereignisse auch zu tun mit der Neigung der Gerichte, auf solche beweistechnisch leichter zu greifenden Dinge zu schauen. Tatsächlich ist es auch so, dass es sehr viel schwieriger ist, die Verhältnisse im Heim in toto zu beschreiben und erst recht zu belegen, als wenn es um konkret zu beschreibende Ereignisse geht

### **3.2.2. Die Rolle des örtlichen und die des „belegenden“ Jugendamtes**

Aus den Darlegungen im vorhergehenden Kapitel könnte man den Schluss ziehen, dass die örtlichen Jugendämter bei Einrichtungen mit Fragen der „Aufsicht“ nichts zu tun haben. Tatsächlich aber sind wichtige Überschneidungen zu beachten.

So sind die Aufgaben des Jugendamts im örtlichen Einzugsbereich der Einrichtung sowie die Aufgaben des Jugendamts, das für die Leistungsgewährung in der Einrichtung im Einzelfall

örtlich zuständig ist, in den Blick zu nehmen. Das für die Gewährung der Hilfe im Einzelfall zuständige Jugendamt („belegendes Jugendamt“) hat eine auf das betroffene Kind bzw. den betroffenen Jugendlichen bezogene Pflicht zur Aufsicht, nämlich im Hinblick auf die sich **aus der Leistungsgewährung ergebende Steuerungsverantwortung für den Hilfefall** (bei Heimen meist als „Hilfe zur Erziehung“ i. S. von §§ 27 ff. SGB VIII; die Situation bei Kindergärten ist etwas anders, aber gleichwohl vom Prinzip her gegeben). Andererseits soll das am Ort der Einrichtung gelegene Jugendamt – unabhängig davon, ob es die Einrichtung „belegt“ – an einer örtlichen Prüfung durch das Landesjugendamt beteiligt werden (§ 46 Abs. 1 S. 3 SGB VIII).

Natürlich ist es unabdingbar, Aspekte der Aufsicht insofern streng zu differenzieren, also zwischen den nach den §§ 45 ff. SGB VIII und den anderen durch das SGB VIII vorgegebenen Pflichten zu unterscheiden – zumal die Aufsicht rechtlich keine Leistungserbringung nach den Vorschriften des SGB VIII voraussetzt, faktisch die Erziehung in der Einrichtung aber meist im Rahmen einer „Hilfe zur Erziehung“ i. S. der §§ 27 ff. SGB VIII (bzw. einer Förderung in einer Tageseinrichtung für Kinder) erfolgt. Gleichwohl gibt es zahlreiche Problemkonstellationen, bei denen es im Rahmen der durch das Landesjugendamt zu treffenden Ermessensentscheidungen angezeigt erscheint, hier ein **sinnvolles Zusammenwirken** anzustreben oder sogar einzufordern, wenn auch selbstverständlich nur im Rahmen der jeweiligen Aufgaben und Befugnisse.

Aber auch wenn das Jugendamt am Ort der Einrichtung nicht zugleich „belegendes“ Jugendamt ist, können sich für dieses Amt originäre (Schutz-)Pflichten ergeben, die mit der Einrichtung zu tun haben und eine Form von Aufsicht beinhalten können. Gibt es Hinweise, dass Kinder oder Jugendliche in der Einrichtung aus aktuellem Anlass der Unterstützung bedürfen, so hat das Jugendamt am Ort der Einrichtung (wenn und soweit es zugleich der Aufenthaltsort der unterstützungsbedürftigen Kinder und Jugendlichen ist) ggf. auch selbst einzuschätzen und zu klären, ob z. B. eine **Inobhutnahme i. S. von § 42 SGB VIII** in Betracht zu ziehen ist. Eine solche Situation kann sich z. B. ergeben, wenn eine Einrichtung kurzfristig den Betrieb einstellt, also die Kinder und Jugendlichen quasi auf der Straße stehen (und das gilt in der Praxis keineswegs nur als extremer Ausnahmefall). Jedenfalls liegt es nahe bzw. dürfte i. d. R. auch erforderlich sein, sich in diesen Fällen **mit dem für die Betriebserlaubnis zuständigen Landesjugendamt „kurzzuschließen“** und die einzelnen Schritte abzusprechen (zu den datenschutzrechtlichen Befugnissen s. nachfolgend 3.3). Dass dabei der Fokus für die örtlichen Jugendämter auf den einzelnen Kindern und Jugendlichen liegt, während sich das Landesjugendamt hauptsächlich um den Rahmen des Geschehens, also die Einrichtung bzw. die Wahrnehmung der Verantwortung durch den Einrichtungsträger kümmert, versteht sich von selbst.

### 3.3. Institutionalisierte Aufsicht und Datenschutz.

#### **Die Befugnisstrahlen des Rechts der Informationsbeziehungen (hier: des Sozialdatenschutzes) stehen der Zusammenarbeit der zuständigen Stellen nicht entgegen**

Wenn es um die Frage geht, ob bzw. wie die Zusammenarbeit der örtlichen Jugendämter mit den überörtlichen Trägern der Jugendhilfe verbessert werden könnte, wird oft pauschal eingewandt, „der Datenschutz“ stehe dem entgegen. Was immer das tatsächliche Motiv für solche Einwände jeweils ist, sind sie durch die gesetzlichen Vorgaben jedenfalls nicht zu belegen. Allenfalls spielen Missverständnisse eine Rolle. Das gilt auch für die Informationsbeziehungen zu den anderen beteiligten Stellen.

#### 3.3.1 Rechtsgrundlagen

Die Kriterien für den Umgang mit personenbezogenen Informationen („Datenschutz“), für deren Erhebung, Speicherung, Nutzung und Übermittlung und die Vorgaben für eine Sperrung oder Löschung oder Datensicherung sind überschaubar. Das hat zum einen damit zu tun, dass für die meisten Beteiligten vorrangig, nämlich als *lex specialis*, die Bestimmungen des SGB zum **Sozialgeheimnis** (mit der Ausgangsnorm des § 35 SGB I) maßgeblich sind. Sie gelten aber nicht nur für die Jugendämter und Landesjugendämter in ihrer Funktion als Sozialleitungsträger. Soweit Kinder und Jugendliche auf der Basis des SGB VIII in einer Einrichtung betreut werden, ist nämlich davon auszugehen, dass sich der Einrichtungsträger in Form einer Vereinbarung i. S. von § 61 Abs. 3 SGB VIII auf eine Beachtung der datenschutzrechtlichen Vorgaben des SGB X und des SGB VIII verpflichtet hat<sup>12</sup>. Damit sind zwar zunächst die Informationen von oder über die betreuten Kinder(n) und Jugendlichen bzw. ihrer Familien gemeint. Der Gesetzgeber hat bei der Abfassung des SGB VIII aber keinen grundsätzlichen Unterschied gemacht zwischen solchen Informationen und denen über den Einrichtungsträger oder solchen Informationen, die dieser hat. Gemäß § 35 Abs. 4 SGB I sind Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse dem Sozialgeheimnis gleichgestellt, sind also ebenso geschützt. Ob diese „Privilegierung“ des Einrichtungsträgers angesichts der ordnungsbehördlichen Funktion in der Wahrnehmung der Aufgaben nach § 45 SGB VIII angemessen ist, mag man kritisch sehen, sie entspricht aber einer klaren Vorgabe des Gesetzgebers.

Werden Kinder und Jugendliche nicht auf der Basis des SGB VIII in einer Einrichtung betreut, sondern ausschließlich auf der Grundlage einer zivilrechtlichen Vereinbarung zwischen den Betreuten bzw. ihren gesetzlichen Vertretern (Eltern/Vormund) und der Einrichtung, kommen zwar grundsätzlich die allgemeinen Datenschutzgesetze zur Geltung (je nachdem das BDSG oder das LDSG, ggf. auch die vorrangigen Datenschutzgesetze der beiden christlichen Kirchen Deutschlands). Letztlich sind im Ergebnis aber doch die typologisch richtungweisenden Maßstäbe des SGB (mit seinen Vorgaben des SGB I, SGB X und SGB VIII) **als Konkretisierung sog. vertraglicher Nebenpflichten** zu beachten, wenn nicht ohnehin in den jeweiligen Vereinbarungen ausdrückliche Aussagen enthalten sind.

---

<sup>12</sup> Ausführlich dazu Mörsberger, in: Wiesner, SGB VIII, a. a. O., § 61 Rn 7 ff.



### 3.3.2 Zentrales Kriterium ist die Erforderlichkeit i. S. der (gesetzlichen) Aufgabenstellung

Darf man also zugrunde legen, dass grundsätzlich die Befugnisatbestände des Sozialdatenschutzes (SGB I und X) und im Kontext der Kinder- und Jugendhilfe eben (zusätzlich) auch die bereichsspezifischen Regelungen des SGB VIII, also der dortigen §§ 61 ff. zu beachten sind, kommt es sowohl für die Frage der **Datenerhebung** als auch die der **Datenweitergabe** in aller Regel nur darauf an, ob eine **Erforderlichkeit i. S. der Aufgabenstellung** gegeben ist (s. § 69 Abs. 1 Nr. 1 SGB X). Bei der Frage der Weitergabe kommt es auch nicht darauf an, ob es um die Aufgabenstellung des Dateninhabers oder des Datenempfängers geht (§ 69 Abs. 1 Nr. 1 SGB X).

Für die Praxis der „Heimaufsicht“ dürfte dem Postulat des § 62 Abs. 2 SGB VIII (Ersterhebungsgrundsatz, den „Betroffenen möglichst selbst fragen“) nur selten Bedeutung zukommen, zumal § 62 Abs. 3 SGB VIII ausdrücklich zulässt, dass Daten unter den dort näher genannten Voraussetzungen ohne Mitwirkung des Betroffenen erhoben werden dürfen. Auch die für die Kinder- und Jugendhilfe ansonsten sehr wichtige Einschränkung der Datenweitergabe gemäß § 65 SGB VIII, nämlich wenn personenbezogene Informationen zum Zweck persönlicher und erzählerischer Hilfe anvertraut wurden, gilt im Zusammenhang der Aufsichtspraxis als rechtlich unstrittig und unproblematisch (sofern vom Personal korrekt mit solchen Informationen umgegangen wird). Das aber bedeutet, dass immer dann, **wenn sich gewichtige Anhaltspunkte dafür ergeben, dass eine gesetzliche Aufgabe oder vertragliche Pflichten eine Berücksichtigung einzelner Informationen erforderlich machen, ein entsprechendes Ersuchen bzw. eine Informationsweitergabe zulässig** ist, sei es nun zwischen Landesjugendamt und dem Einrichtungsträger oder auch zwischen örtlichen Jugendämtern und Landesjugendamt sowie zwischen den Jugendämtern und der Einrichtung. Inwieweit aus der damit beschriebenen Befugnis auch eine Handlungspflicht entstehen kann, muss je nach Aufgabenstellung und Situation entschieden werden. Festzuhalten bleibt an dieser Stelle nur, **dass „der Datenschutz“ insoweit nicht als Hinderungsgrund bemüht werden kann.**

Natürlich gibt es Situationen, in denen die datenschutzrechtlichen Aspekte etwas vertiefter geprüft werden müssten. Die diesem Gutachten zugrunde liegenden Sachverhalte geben aber keinen Anlass, hier entsprechende weitere Hinweise zu geben und Einschätzungen vorzunehmen, die über das hinausgehen, was zur Beschreibung der allgemeinen Pflichtenstellung als erforderlich angesehen wird.

## 3.4 Rechtscharakter der §§ 43 ff. SGB VIII als Gewerbesonderrecht; Konsequenzen

### 3.4.1. Gewerbesonderrecht

Es gilt als unbestritten, dass die §§ 43 bis 48a SGB VIII ihrem Rechtscharakter nach Gewerberecht sind, genauer: Gewerbesonderrecht. Welchem Rechtsgebiet einzelne Normen zuzuordnen sind, ergibt sich nicht immer aus ihren Platzierungen im jeweiligen Gesetz und dessen (Haupt-)Materie, sondern folgt im Zweifel ihrem **Rechtscharakter**. Das hat Konsequenzen für die Interpretation, führt aber auch – wie es beim Beispiel „Heimaufsicht“ besonders deutlich wird – zu Interpretationsproblemen.

Beim den Heimgesetzen (für Einrichtungen mit älteren und pflegebedürftigen oder behinderten Menschen) gibt es keine klare rechtssystematische und insbesondere keine organisationsrechtliche Zuordnung. Seit Abfassung des (ursprünglich bundesrechtlichen) Heimgesetzes (1975) wurde es ausdrücklich den Ländern überlassen, in welchen Behördenzweig sie die für das Heimgesetz zuständigen Stellen eingliedern. So wurden sie z. B. in NRW den kommunalen Sozialverwaltungen zugeordnet, in Baden-Württemberg aber den kommunalen Ordnungsbehörden, in Hessen der überörtlichen Versorgungsverwaltung. Die hinsichtlich der Eingriffsfunktionen erforderlichen vollstreckungsrechtlichen Kompetenzen sind landesrechtlich geregelt, führen aber nicht zu rechtlichen Überschneidungen, wie sie zumindest ansatzweise bei der Aufgabenstellung nach § 45 SGB VIII festzustellen sind, weil die Regelungen der §§ 45 ff. SGB VIII zum Schutz von Kindern und Jugendlichen in Einrichtungen – anders als die für die Heimaufsicht nach dem HeimG – Teil des SGB sind, weshalb für sie auch die verwaltungsverfahrensrechtlichen Vorschriften gelten.

### 3.4.2. Einbettung der Aufgaben nach den §§ 43 ff. SGB VIII ins Sozialgesetzbuch

Der Gesetzgeber hat diese Privilegierung aber erkennbar „in Kauf genommen“, denn sonst hätte er eine Nicht-Anwendbarkeit der Vorschriften zum Sozialdatenschutz für die Einrichtungen im SGB VIII anordnen können und müssen. Auch wenn sich das nicht aus der Gesetzesbegründung ergibt, liegt als Rechtfertigung für diesen Umkehrschluss zum einen nahe, die gesetzlich festgeschriebene allgemeine **Privilegierung Freier Träger** in § 4 SGB VIII (s. u. a. Abs. 1 S. 1: „Die öffentliche Jugendhilfe soll mit der freien Jugendhilfe zum Wohl junger Menschen und ihrer Familien partnerschaftlich zusammenarbeiten“) ins Feld zu führen. Zum anderen ist durch die Zuordnung der Aufsichtsfunktion i. S. der §§ 43 ff. zum Sozialverwaltungsverfahrenrecht (SGB X) und damit auch zu den datenschutzrechtlichen Befugnistatbeständen der §§ 67a ff. SGB X die notwendige **Kooperation zwischen den andernorts tangierten Trägern der öffentlichen Jugendhilfe gewährleistet**. Das Landesjugendamt (in seiner Aufsichtsfunktion), das Jugendamt am Standort der Einrichtung (als Anlaufstelle i. S. des Schutzauftrages bei Anhaltspunkten für Gefährdungen des Kindeswohls, s. § 8a bzw. § 42 SGB VIII) und auch das leistungsgewährende örtliche Jugendamt sind „Sozialleistungsträger“ i. S. von § 35 SGB I. Unter Sozialleistungsträgern ist die Weitergabe personenbezogener Informationen aber nicht nur zulässig, wenn dies als erforderlich angesehen wird zur Erfüllung der eigenen gesetzlichen Aufgabe, sondern auch zur Erfüllung gesetzlicher Aufgaben desjenigen, an den die Informationen übermittelt werden, „wenn er eine in § 35 des Ersten Buches genannte Stelle ist“ (§ 69 Abs. 1 Nr. 1 SGB X). Es mag dahingestellt bleiben, ob dies einer gezielten Absicht des Gesetzgebers bei der Gestaltung der datenschutzrechtlichen Spezialregelungen im SGB VIII zuzurechnen ist, dass er für die Aufgaben nach §§ 43 ff. keine Sonderregelung getroffen hat (anders als z. B. für die Amtsvormundschaft gemäß § 68 SGB VIII)<sup>13</sup>. Die Regelung entspricht aber dem allgemeinen Duktus des SGB VIII und den Vorstellungen von der Zusammenarbeit zwischen

---

<sup>13</sup> Zu diesem Abschnitt des SGB VIII (§§ 61 bis 68) existieren auch keine Gesetzesmaterialien und keine ausführliche Gesetzesbegründung, weil er erst in der Schlussphase des Gesetzgebungsverfahrens eingefügt wurde.

den beteiligten Stellen, die schon damals als besonderes Merkmal des deutschen Rechts der Kinder- und Jugendhilfe angesehen wurde. Offen muss dabei bleiben, inwieweit sich aus dieser Privilegierung, verbunden mit dem Prinzip besonderer Partnerschaft i. S. von § 4 SGB VIII nicht auch einklagbare Pflichten ergeben, nämlich z. B. ohne ausdrückliche gesetzliche Verpflichtung für genügend **Transparenz gegenüber der Aufsichtsbehörde** zu sorgen, da sowohl die Träger der öffentlichen wie auch die der freien Jugendhilfe in besonderer Weise den Zielen des SGB VIII verpflichtet sind. Fraglich ist allerdings, inwieweit damit die Befugnisgrenzen präzise zu beschreiben und damit justiziabel sind bzw. sein können.

Soweit nicht schon in den §§ 43 ff. SGB VIII ausdrücklich geregelt, sind allerdings ggf. auch andere Normkomplexe (insbesondere vertragliche Nebenpflichten) einzubeziehen, etwa im Hinblick auf das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis zwischen Einrichtung, leistungsgewährender Stelle (i. d. R. das Jugendamt) und den Personensorgeberechtigten.

### **3.5. Verfassungsrechtliche Grundlegung, Maßstäbe allgemein, Abwägung angesichts widerstreitender Grundrechte bzw. staatlicher Schutzpflichten**

Die Vorgaben der §§ 43 ff. SGB VIII tangieren auch verfassungsrechtliche Fragen. Soweit sie überhaupt in Literatur und Rechtsprechung behandelt werden, wird ihre Legitimation meist aus Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG, also dem sog. **staatlichen Wächteramt**, abgeleitet. Werden die Grundrechte aus Berufsfreiheit oder auch die Gewerbefreiheit geltend gemacht, ist in der Beurteilung von Einzelfällen letztlich – etwas vereinfachend gesagt – der **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** der Maßstab.

#### **3.5.1. Das staatliche Wächteramt als Legitimation?**

Wenn man tatsächlich, wie in den meisten Kommentierungen üblich, die „Heimaufsicht“ aus dem staatlichen Wächteramt herleitet, mag die Begründung überzeugend klingen, dass für den Staat, wenn er erzieherische Aufgaben übernimmt bzw. Kinder und Jugendliche betreut, ebendas gelten muss, was auch für Eltern gilt, die nach Art. 6 Abs. 1 GG das „natürliche Recht“ und „die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht“ zur Pflege und Erziehung ihrer Kinder haben: „Über ihre Betätigung wacht die staatliche Gemeinschaft“ (Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG). Tatsächlich wird aber seit jeher Bezug genommen auf die durch das Bundesverfassungsgericht entwickelte Argumentation, dass insbesondere Eingriffe in die Rechtsposition von Eltern (z. B. einfachgesetzlich konkretisiert durch die §§ 1666 bzw. 1666a BGB), aber auch Leistungen oder sogar präventive Angebote durch das Wächteramt legitimiert seien. **Das Wächteramt ist jedoch subsidiär und akzessorisch (nur) zur Elternverantwortung, beinhaltet aber keinen generellen staatlichen Schutzauftrag.**

Die Bezugnahme auf das staatliche Wächteramt zur Legitimation der „Heimaufsicht“, wie es in der Literatur geschieht, kann nicht bzw. nicht mehr überzeugen. Nach den Prinzipien des KJHG/SGB VIII darf man zumindest heutzutage davon ausgehen, dass die Inanspruchnahme von Leistungen des SGB VIII, also die Betreuung im Kindergarten oder die Hilfen zur Erziehung, kein Ausdruck dafür ist, dass Eltern ihren Pflichten nicht nachkommen würden –

hier schon lässt sich umgekehrt daraus ihre Bereitschaft ableiten, eine (weitere) Kindeswohlgefährdung abzuwenden bzw. an ihrer Abwendung mitzuwirken. Zudem besteht die „Heimaufsicht“ unabhängig von der Inanspruchnahme öffentlicher Hilfen. Deshalb ist davon auszugehen, dass sich die Legitimation des Gesetzgebers für die Schutznormen der §§ 43 ff. SGB VIII nicht aus Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG ergibt, sondern aus **Art. 1 und 2 GG** und den sich aus diesen ergebenden besonderen Unterstützungs- und Schutzansprüchen für Kinder und Jugendliche. Es geht nicht um die Markierung der Grenzen der Elternrechte, sondern um die **Schließung einer Schutzlücke**, die sich daraus ergibt, dass Gefährdungspotentiale von den Eltern nicht kontrolliert geschweige denn beherrscht werden können, ihnen spezifische Gefahrenquellen bzw. deren Vermeidung in Pflegestellen (§§ 43 und 44 SGB VIII) und insbesondere in Einrichtungen, also namentlich auch in Heimen, nicht zugerechnet werden können.

### **3.5.2. Gewerbefreiheit, Freiheit der Berufsausübung (Art. 12 GG), Trägerautonomie**

In Verfahren vor den Verwaltungsgerichten berufen sich Einrichtungsträger bei Eingriffen durch die „Heimaufsicht“ regelmäßig auf die Gewerbefreiheit und verfassungsrechtlich auf die durch Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG geschützte Freiheit zur Berufsausübung. In vielen Verfahren steht auch tatsächlich die Abwägung zwischen dem Schutzanspruch aus Art. 12 GG und der Berufung der Aufsichtsbehörde auf die Aufgabe gemäß § 45 SGB VIII im Zentrum der Auseinandersetzungen.

Seit jeher spielt bei dieser Gegenüberstellung aber auch die mehr oder weniger entscheidungserhebliche Grundfrage eine Rolle, nämlich welche Bedeutung insoweit die im SGB VIII hervorgehobene „Trägerautonomie“ (s. insbesondere § 4 SGB VIII<sup>14</sup>) hat.

So haben sich insbesondere die Kirchen – in den 20er Jahren des letzten Jahrhunderts ebenso wie in den 50er und 60er Jahren – darauf berufen, dass doch sie „eigentlich“ – nicht zuletzt unter Bezugnahme auf das Subsidiaritätsprinzip – mindestens ebenso legitimiert wenn nicht gar beauftragt seien, den Kindern und Jugendlichen das zu bieten, was ihnen zu ihrem Wohle die Eltern nicht verschafften und schon gar nicht der Staat bieten könne. Deshalb habe sich der Staat zurückzuhalten, zumal die Verfahren der Aufsicht mit Unwägbarkeiten zu Lasten der Kinder und Jugendlichen verbunden seien (s.o. unter 2.). Spätestens angesichts der Erkenntnisse des Runden Tisches „Heimerziehung“ (2009/2010) dürfte allerdings klargeworden sein, dass es vielleicht doch gut gewesen wäre, man hätte (auch von Seiten der Kirchen) mehr Einblick und Kontrolle durch unabhängige und fachlich kompetente Institutionen zugelassen.

---

<sup>14</sup> § 4 Abs.1 SGB VIII lautet: „Die öffentliche Jugendhilfe soll mit der freien Jugendhilfe zum Wohl junger Menschen und ihrer Familie partnerschaftlich zusammenarbeiten. Sie hat dabei die Selbstständigkeit der freien Jugendhilfe in Zielsetzung und Durchführung ihrer Aufgaben sowie in der Gestaltung ihrer Organisationsstruktur zu achten.“

### **3.5.3. Eine Neujustierung der Güterabwägung ist erforderlich; Orientierung an Prozessoptimierung statt an pauschaler Abwägung von Rechtsgütern**

Natürlich gibt es rechtlich auch weiterhin dieses Gegenüber von Gewerbefreiheit und staatlicher Aufsicht. Aber man kann die Funktion der Aufsicht zum Schutz von Kindern und Jugendlichen nur sehr begrenzt vergleichen mit anderen Funktionen staatlicher Aufsicht, also z. B. der Gaststättenaufsicht (die u. a. darauf zu achten hat, dass das Gebot der Zutrittsgrenze für Kinder und Jugendliche unter 16 Jahren eingehalten wird, falls nicht in Begleitung Sorgeberechtigter). Gleichwohl ist der Vergleich hilfreich, nämlich insofern, als die Grenzen und Beurteilungsmaßstäbe der Aufsicht über Gaststätten klarer bestimmbar sind: Die Kontrollen dieser Aufsicht haben sich auch um bestimmte Standards der Hygiene und Warenqualität zu kümmern, nicht aber darum, ob das Essen im betreffenden Restaurant besonders gut schmeckt oder die neuesten Erkenntnisse moderner Ernährungskunde berücksichtigt sind. Auch der Entzug der Erlaubnis betrifft die Gäste (!) in einer Gaststätte in ganz anderer Weise als die Kinder und Jugendlichen, für die das Heim zum Lebensort geworden sein kann (oder auch soll) und die auf diesen Lebensort angewiesen sein könnten. **Jedenfalls ist hinsichtlich des angesprochenen Gegenübers von Gewerbefreiheit und staatlicher Aufsichtsfunktion an eine Privilegierung von Kindern und Jugendlichen i. S. eines besonderen Schutzanspruches zu denken** und zu erwägen, auch die verfassungsrechtlichen „Stellschrauben“ in Sachen institutionalisierter Aufsicht neu zu justieren.

Allerdings ist dabei zu beachten, dass die jeweiligen Vorgaben nicht nur allgemeinen pädagogischen Erkenntnissen entsprechen müssen, sondern auch modernen **Erkenntnissen der Risikoforschung**. Es geht nicht immer nur um die Frage nach dem Mehr oder Weniger an formaler Eingriffsbefugnis, sondern vielmehr um ein **schlüssiges Konzept von Aufsichtspraxis, das den Anforderungen des jeweiligen Auftrages durch fundierte fachliche Erwägungen gerecht wird**. Da ist es ähnlich wie bei der Entwicklung von Kriterien in der Unfallforschung im Hinblick auf die Anforderungen an die Aufsichtspflicht i. S. des Haftungsrechts: Pädagogische Handlungskonzepte werden nur zum Teil durch rechtliche Vorgaben begrenzt, vielmehr stehen beide Perspektiven, **der pädagogische Auftrag einerseits und der allgemeine Rechtsgüterschutz andererseits, in einem Wechselverhältnis**. Plastisch wird dies insbesondere bei der Frage des Umgangs mit Risiken: Pädagogisches Handeln kann nämlich nur gelingen, wenn es Risiken zulässt, bedarf dazu aber je nach Ausmaß vertretbarer Begründung, Beobachtung und kritischer Überprüfung, also ggf. auch der Korrektur.

## **4. Bedeutung funktionaler Aspekte für die Operationalisierung der gesetzlichen Aufgaben gemäß §§ 43 ff. SGB VIII, nicht zuletzt für die „Heimaufsicht“**

In der Rechtslehre ist unbestritten, dass in die Interpretation rechtlicher Bestimmungen auch die Funktion juridischer Instrumentarien einzubeziehen ist, und zwar nicht nur im Hinblick auf die allgemein anerkannten Auslegungsregeln, dass neben Wortbedeutung, Gesetzessystematik und „Gesetzeswille“ nach der „Ratio“ bzw. dem „Telos“ (Sinn und

Zweck) einer Norm zu fragen ist<sup>15</sup>, sondern auch im Hinblick darauf, dass **mit Blick auf operationale Gesichtspunkte auf Haupt- und Nebenwirkungen zu achten ist, also nicht nur auf die intendierten Effekte**<sup>16</sup>. So ist der intendierte Effekt der §§ 43 ff. der Schutz von Kindern und Jugendlichen in der Familienpflege und in Einrichtungen. Tatsächlich aber geht die Funktion dieser Vorschriften bzw. die der Anwendung dieser Vorschriften zugewiesene Bedeutung über diese Zielvorstellung hinaus bzw. ist für die Zeit, seit es den Erlaubnisvorbehalt bzw. eine institutionalisierte behördliche Aufsicht gibt, ein **Funktionswandel** festzustellen.

#### **4.1. Präventive Schutzfunktion**

Ausgangspunkt ist – insbesondere über das Konstrukt des Erlaubnisvorbehalts – die präventive Schutzfunktion. Durch die mit diesem Verfahren und den weiteren im Gesetz geregelten Einflussmöglichkeiten (zu den Möglichkeiten und Grenzen der Intervention ausführlicher unter 6) soll erreicht werden, dass nicht erst im Nachhinein, also „wenn etwas passiert“ ist, ausreichende Schutzvorkehrungen getroffen und Veränderungen initiiert werden. Die Tätigkeit der „Heimaufsicht“ hat aber noch andere Wirkungen, wie nachfolgend beschrieben wird.

#### **4.2. Weiterentwicklung bzw. Sicherung fachlicher Standards**

So hat die institutionalisierte Aufsicht, indem sie sich bei der Beurteilung des Kindeswohls an fachlich-methodischen Kriterien orientiert bzw. orientieren muss, teil an der Bestimmung der Qualität der Leistungen, ihrer Entwicklung und Standardsicherung. Das gilt für die Konkretisierung der Frage nach der Geeignetheit des Personals in Einrichtungen, betrifft aber naturgemäß auch und besonders die Frage der Entgeltmaßstäbe im Zusammenhang mit Einrichtungen.

#### **4.3. Verbraucherschutz**

Die §§ 43 ff. SGB VIII dienen – wie die §§ 78a ff. SGB VIII – nicht nur dem Schutz von Kindern und Jugendlichen, soweit sie außerhalb des Elternhauses betreut werden, sondern auch im Sinne modernen Verbraucherschutzes den Interessen der Eltern bzw.

Personensorgeberechtigten in ihrer Wahrnehmung ihrer elterlichen Verantwortung bzw. in der Wahrnehmung ihres Wunsch- und Wahlrechtes. Aber auch den leistungsgewährenden Stellen (den örtlichen Jugendämtern) kommt die durch die institutionalisierte Aufsicht gesicherte Transparenz im Sinne des Verbraucherschutzes zugute, wenngleich hier auch die über den Kinderschutz hinausgehenden Leistungsstandards von Bedeutung sind, die in den Vereinbarungen nach §§ 78a ff. SGB VIII ausgehandelt worden sind. Die zuständigen Stellen

---

<sup>15</sup> U.a. Bernd Rüthers, Rechtstheorie, 3.Auflage, München 2007

<sup>16</sup> Allgemein zu rechtssoziologischen Aspekten s. u. a. Thomas Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 6.Auflage, Tübingen 2013; auch Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin 1995; Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl., Heidelberg 1999

bieten allen Interessierten die Chance, **sich an unabhängiger und fachkompetenter Stelle zu informieren über die Qualität von Angeboten**, die für Kinder und Jugendliche in Betracht gezogen werden. Zur Funktion des Verbraucherschutzes gehört im Übrigen auch die Möglichkeit, das Recht auf Kritik/Beschwerde geltend zu machen. Die Aufsichtsfunktion kann so auch einrichtungsintern und einrichtungsübergreifend – etwa im Zusammenhang von Trägerverbänden – genutzt werden zur Entwicklung eines effizienten Beschwerdemanagements (§ 45 Abs. 2 Nr. 3 SGB VIII).

#### **4.4. Konzeptionsentwicklung**

Eine fachgerechte Prüfung, ob eine Einrichtung die Voraussetzungen für eine Betriebserlaubnis erfüllt, kann und darf sich nicht in erster Linie an schematischen Kriterien (messbarer Art) orientieren, sondern muss im Zusammenhang der jeweiligen fachlichen Konzeption erfolgen. So schreibt § 45 Abs. 2 S. 2 SGB VIII vor, dass der Träger einer Einrichtung mit dem Antrag auf eine Betriebserlaubnis „die Konzeption der Einrichtung“ vorlegen soll. Diese Anforderung an die Antragsteller hat den Effekt, **dass auf breiter Ebene konzeptionelle Fragen thematisiert werden (müssen)**. Damit fördert die institutionalisierte Aufsicht insgesamt die Qualität der Konzeptionsentwicklung.

#### **4.5. Planung und Steuerung**

In mehreren Bundesländern werden Erlaubnisverfahren gemäß §§ 43 ff. SGB VIII als (anonymisierte) Informationsquelle für statistische Daten genutzt. Sie sind damit Grundlage für organisatorische und politische Planungs- und Steuerungsprozesse. Nicht zulässig ist allerdings, über die Erlaubnisverfahren eine direkte Bedarfssteuerung zu betreiben.

#### **4.6. Förderung von Systemvertrauen und Akzeptanz im Gemeinwesen**

Alle genannten Ansatzpunkte und Methoden gehören zu dem Aufgabenkomplex, der in der Systematik des SGB VIII den „anderen Aufgaben“ (§ 2 Abs. 3 SGB VIII) zugeordnet ist. Zwischen diesem Aufgabenkomplex und der Gewährung bzw. Erbringung von Leistungen (§ 2 Abs. 2 SGB VIII) besteht aber ein Funktionszusammenhang. Soweit die Aufgabe nach den §§ 45 ff. SGB VIII wirksam wahrgenommen wird, gewährleistet sie in gewissem Umfang (durch die Entwicklung gewisser Mindeststandards) fachliche und personelle Zuverlässigkeit bei denjenigen, die in den Einrichtungen Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe erbringen. Das wiederum **erleichtert es den Betroffenen, die angebotene Unterstützung und Hilfe anzunehmen**.

Insbesondere kann auf diese Weise auch dort Akzeptanz oder gar Vertrauen entwickelt bzw. gefördert werden, wo bisher mangels Zugang in Form persönlicher Begegnung keine Gelegenheit dazu war, sondern allenfalls zurückgegriffen werden kann auf positive Vorerfahrungen mit dem „System Jugendhilfe“ allgemein und mit dem Jugendamt im Besonderen. Bestehen aber auch solche Vorerfahrungen nicht, kommt es auf die

Grunderfahrung bzw. -einschätzung an, ob von staatlicher Seite Verfahrensregeln und Schutzpflichten i. d. R. eingehalten bzw. erfüllt werden. Auch und gerade in der Kinder- und Jugendhilfe spielt die Frage dieser Grundeinschätzung – oder in der Terminologie Niklas Luhmanns formuliert: des „**Systemvertrauens**“ – eine wichtige Rolle. Luhmann: „Man kann sich in höherem Maße riskantes Vertrauen oder auch Misstrauen leisten, wenn man dem Recht vertrauen kann“<sup>17</sup>

Inwieweit hier die Aufsichtsbehörde mitunter überfordert ist, mag dahinstehen. Insbesondere sollten – insoweit korrelierend – **die örtlichen Jugendämter** das Potential der §§ 78a ff. SGB VIII stärker nutzen (also ggf. auf Vertragsverletzungen reagieren, neu verhandeln etc.) und das Landesjugendamt sozusagen nicht instrumentalisieren, wo eigene Initiative angesagt wäre, **sollten also nicht ihre Probleme, die sie mit Einrichtungen haben, auf die „Heimaufsicht“ abwälzen.**

#### **4.7. Kostentransparenz und Leistungsvergleich**

Die durch die §§ 43 ff. vorgeschriebenen Erlaubnisverfahren „zwingen“ die Anbieter von Pflegestellen bzw. Einrichtungen, ihre Leistungen transparent zu machen bzw. konzeptionell zu begründen. Damit wird auch der „Angebotsmarkt“ überschaubarer, sind Leistungen eher vergleichbar. So ergeben sich i. d. R. kostendämpfende Effekte und Synergien.

#### **4.8. Impulsgebung für fachpolitische Diskurse und Kurskorrekturen**

Nicht zuletzt hat „Heimaufsicht“ die Funktion, auf der Basis ihrer konkreten Erfahrungen und angesichts des Überblicks über das Gesamtangebot an Einrichtungen im Land Anregungen zu geben, zu welchen Themen neue Impulse nötig sein könnten, und sich für die Kenntlichmachung von allgemeinen Fehlentwicklungen einzusetzen.

### **5. Regelungsstruktur der besonderen Vorgaben zum Schutz von Kindern und Jugendlichen in Einrichtungen (§§ 45 ff. SGB VIII)**

#### **5.1 Fokussierung auf Einrichtungen, hier Reduktion auf Heime bzw. die „Heimaufsicht“**

Die nachfolgenden speziellen Vorgaben für die Aufsicht über Einrichtungen, also die §§ 45 bis 49a SGB VIII, gelten für alle „Einrichtungen“, also für Heime und für Tageseinrichtungen für Kinder gleichermaßen. Die tatbestandlichen Formulierungen der §§ 45 ff. SGB VIII sind so weit (abstrakt) gefasst bzw. offen formuliert, dass sie trotz der großen Unterschiedlichkeit auf beide Einrichtungstypen Anwendung finden. Da sich die Gutachtenanfrage aber ausdrücklich auf Heime bezieht, werden im Folgenden – auch der Lesbarkeit wegen – die

---

<sup>17</sup> Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt 1993, S. 132



Begriffe „Einrichtung“ und „Heim“ synonym verwendet, ist also auch – als übliches Kürzel (vgl. dazu oben 2.5) – nur noch von „Heimaufsicht“ und nicht zugleich von „Kindergartenaufsicht“ die Rede. Dass diese gesetzliche „Gleichbehandlung“ auch sehr problematische Seiten hat, wird hier nicht weiter thematisiert (s. aber unten Teil IV These 5).

## **5.2. Unterscheidung zwischen dem Erlaubnisverfahren und der Zeit „danach“**

Die Regelungssystematik der §§ 45 ff. SGB VIII ist geprägt durch die Unterschiedlichkeit zwischen dem präventiv konzipierten **Erlaubnisvorbehalt (präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt)** und den gesetzlichen Voraussetzungen für (nachträgliche) **Interventionen**. Das Verfahren zur Erteilung der Erlaubnis ist in § 45 SGB VIII in den Absätzen 1 bis 5 geregelt, abgesehen von den auch für die „Heimaufsicht“ geltenden verwaltungsverfahrenrechtlichen Vorgaben des SGB X. In den nachfolgenden Absätzen 6 und 7 geht es nur noch um Interventionen: für den Fall „festgestellter Mängel“ (Abs. 6) soll der Träger der Einrichtung „zunächst“ über die „Möglichkeiten zur Beseitigung der Mängel beraten“ werden (Satz 1). In Satz 3 heißt es dann: „Werden festgestellte Mängel nicht behoben, so können dem Träger der Einrichtung Auflagen erteilt werden, die zur Beseitigung einer eingetretenen oder Abwendung einer drohenden Beeinträchtigung oder Gefährdung des Wohls der Kinder und Jugendlichen erforderlich sind“. In Abs. 7 S. 1 wird vorgegeben, dass die Erlaubnis „zurückzunehmen oder zu widerrufen“ ist, „wenn das Wohl der Kinder und Jugendlichen in der Einrichtung gefährdet und der Träger der Einrichtung nicht bereit oder nicht in der Lage ist, die Gefährdung abzuwenden“.

In § 46 SGB VIII geht es dann um die „örtliche Prüfung“, in § 48 SGB VIII darum, dass einem Einrichtungsträger die Weiterbeschäftigung einer bestimmten Person in der Einrichtung gänzlich oder für bestimmte Funktionen untersagt werden kann, wenn „Tatsachen die Annahme rechtfertigen“, dass sie die für ihre Tätigkeit „erforderliche Eignung nicht besitzt“. In § 47 SGB VIII werden dem Träger der erlaubnispflichtigen Einrichtung verschiedene Meldepflichten auferlegt. Gemäß § 104 SGB VIII kann mit einem Bußgeld belegt werden, wer eine Einrichtung ohne die erforderliche Erlaubnis betreibt (Abs. 1 Nr. 2) oder seinen Meldepflichten nach § 47 nicht nachkommt (Abs. 1 Nr. 3). Unter den in § 105 SGB VIII genannten besonderen Voraussetzungen kommt auch eine Bestrafung in Betracht. Die vollstreckungsrechtlichen Verfahren zur Schließung einer Einrichtung richten sich nach Landesrecht.

## **5.3. Zu den Voraussetzungen für die Erteilung einer Betriebserlaubnis (§ 45 Abs. 1 bis 5)**

### **5.3.1. Allgemeines**

Die Voraussetzungen für die Erteilung einer Betriebserlaubnis sind abschließend in § 45 Abs. 2 S. 2 SGB VIII aufgelistet.

Nachdem es in Abs. 2 Satz 1 heißt, dass die Erlaubnis zu erteilen ist, wenn „das Wohl der Kinder und Jugendlichen in der Einrichtung gewährleistet ist“, ist gemäß Satz 2 „in der Regel“ von einer solchen Gewährleistung 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 und ein der Gesundheit förderliches Lebensumfeld in der Einrichtung unterstützt werden sowie die gesundheitliche Vorsorge und die medizinische Betreuung der Kinder und Jugendlichen nicht erschwert werden 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.*

Zur Interpretation dieser Voraussetzungen wird auf die einschlägige Kommentarliteratur verwiesen.

### **5.3.2. Es geht um Mindestvoraussetzungen im Einzelfall. Bedeutung von allgemeinen Standards und Leistungsvereinbarungen (§ 45 Abs. 2 Nr. 2 SGB VIII).**

Bei den Erlaubnisvoraussetzungen (z. B. gemäß § 45 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 „die dem Zweck und der Konzeption der Einrichtung entsprechenden räumlichen, fachlichen, wirtschaftlichen und personellen Voraussetzungen...“) handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe, deren entscheidende Bedeutung sich erst aus dem Regelungskontext ergibt. Die Erlaubnis wird erteilt, wenn die Gegebenheiten *entsprechend* sind, also einem Maßstab genügen. Und dieser Maßstab ist, der Funktion der §§ 43 ff. SGB VIII folgend, nicht etwa z. B. einer i. S. von „mittlerer oder höherer Güte“, sondern ergibt sich aus dem Minimum im Hinblick auf die Gewährleistung des Wohls der Kinder und Jugendlichen in der Einrichtung. Das ist in Rechtsprechung und Literatur unstrittig. Meist wird von „**Mindeststandards**“ gesprochen. Das führt dann allerdings oft zu dem Missverständnis, es seien im Einzelfall übergreifende Standards maßgeblich. Dem Sinn und Zweck der §§ 45 ff. SGB VIII folgend sind zwar allgemeine Standards von großer Bedeutung, letztlich aber kommt es auf die Gegebenheiten des Einzelfalles (also der einzelnen Einrichtung) an, denn die Anforderungen können z. B. je nach den räumlichen Verhältnissen oder aufgrund von Besonderheiten in der Zweckbestimmung und Konzeption der Einrichtung sehr verschieden sein. Da allenthalben unter dem Begriff „Standard“ aber gerade ein fallübergreifendes Kriterium verstanden wird, empfiehlt sich eine Unterscheidung zwischen (allgemeinen) „Mindeststandards“ (sofern überhaupt vorhanden oder als verbindlich vorgegeben bzw. allgemein anerkannt) und „Mindestvoraussetzungen“, die gegeben sein müssen, um eine Betriebserlaubnis zu erhalten. Die Ratio des § 45 SGB VIII verlangt nicht etwa – als Minimum – die Orientierung an

pauschalen „Mindeststandards“, sondern an (individuell im Hinblick auf die jeweilige Einrichtung zu bestimmenden) „Mindestvoraussetzungen“<sup>18</sup>.

In der Praxis kommt bei der Konkretisierung des Ausstattungsminimums den Regelungen in der jeweiligen **Leistungsvereinbarung** i. S. von § 78b Abs. 1 Nr. 1 SGB VIII große Bedeutung zu. Diese Vereinbarungen können bzw. dürfen nicht unterhalb der Qualität liegen, der Maßstab für die Betriebserlaubnis war bzw. ist. Umgekehrt gilt diese Begrenzung naturgemäß aber nicht, denn eine Einrichtung darf sich selbstverständlich durch besondere Qualitätsmerkmale auszeichnen wollen und wird ggf. auch deshalb – trotz vermutlich höherer Kosten – von Jugendämtern belegt bzw. von Eltern gewünscht. Das hat allerdings zur Folge, dass Einrichtungen sich schon im Antragsverfahren zur Betriebserlaubnis überlegen, inwieweit sie die Qualität der Ausstattung hoch ansetzen, damit sie bei den Verhandlungen nach §§ 78a ff. SGB VIII, also für die Leistungs-, Qualitätsentwicklungs- und Entgeltvereinbarung, auf eine Art „Vorbestimmung durch die Betriebserlaubnis“ verweisen können. Ein solches Vorgehen kann aber finanziell betrachtet auch zum Bumerang werden, weil sie damit auf dem „Markt“ der Anbieter zu teuer werden und angesichts der verbindlichen Betriebserlaubnis keinen entsprechenden Gestaltungsspielraum mehr haben. Insbesondere aber ergeben sich für die Aufsichtsbehörde Konsequenzen. Allzu leicht gerät sie in die Situation, sich fachlich steuernd in Planungsprozesse einzumischen, Kostendetails zuordnen und Rentabilitätsfragen thematisieren zu müssen, obwohl das nicht ihrer originären Aufgabe entspricht<sup>19</sup>.

Bedeutung hat diese Frage bzw. Problematik auch für die im Gutachtenauftrag angesprochene Konstellation, dass sich die „Heimaufsicht“ auf einen **Personalschlüssel als Mindestvoraussetzung** beruft, der jedoch **(nur) das Ergebnis von Leistungsvereinbarungen** darstellt – wenn er nicht landesgesetzlich als einrichtungsübergreifender Richtwert oder als Minimum festgelegt wurde oder aber ausdrücklich von der Aufsichtsbehörde als Mindestvoraussetzung festgelegt worden ist. **Pauschal kann jedenfalls von einer Aufsichtsbehörde die Leistungsvereinbarung nicht als Minimum zugrunde gelegt werden;** dazu bedürfte es weiterer Begründungen, bezogen auf die jeweilige Einrichtung, einschließlich ihres (möglicherweise besonders aufwendigen) Konzepts oder der besonderen baulichen Gegebenheiten. Ist ein bestimmter Personalschlüssel aber verbindlicher Bestandteil der Betriebserlaubnis (geworden) und wird er von der Einrichtung nicht praktisch umgesetzt, besteht für die Aufsichtsbehörde **Anlass zur Prüfung**, wann wie interveniert werden muss. Zum Thema Intervention allgemein s. u. 7; zur Bedeutung für die in der Gutachtenanfrage genannte konkrete Fallkonstellation s. Teil II.

---

<sup>18</sup> Vgl. u. a. Mann, in Schellhorn/Fischer/Mann/Kern, SGB VIII, 4. Aufl., Köln 2012, § 45 Rn 16.

<sup>19</sup> aktuell zum Verhältnis von Entgeltvereinbarung und Heimaufsicht s. VGH München, Beschluss vom 19.08.2016 (Az. 12 CE 16.11.72)

### 5.3.3. Zur Verbraucherschutzfunktion der „Heimaufsicht“; Transparenz für Eltern und Auftraggeber

Ungeachtet dieser Anforderung ist an dieser Stelle auch nochmals auf die normative Bedeutung der verbraucherschutznahen Funktion der „Heimaufsicht“ hinzuweisen (s. o. 4.3). Für die Nutzer einer Einrichtung und für ihre Unterstützer ist es sehr wichtig, auch eine gewisse Sicherheit dafür zu haben, **dass „das, was draufsteht, auch drin ist“**. Wenn es eine staatliche Aufsicht gibt, haben Nutzer die nachvollziehbare und berechnete Erwartung, dass der Qualitätsstandard auch in der Realität dem entspricht, was nach außen signalisiert wird bzw. wurde. Allerdings ist diese Funktion juristisch **nicht etwa als eine Art haftungsrechtliche Anspruchsgrundlage i. S. einer Gewährleistung oder gar Garantie für den Einzelfall bzw. im Hinblick auf eine einzelne Einrichtung zu verstehen**. Ab wann allgemein auch staatliche Aufsichtsbehörden für mögliche (Folge-)Schäden haftbar gemacht werden können, ist im Übrigen nicht Gegenstand des Gutachtenauftrags.

### 5.3.4. Medizinische Betreuung darf nicht erschwert werden (§ 45 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 Halbs. 2 SGB VIII)

Gegenüber der Generalklausel des § 45 Abs. 2 S. 1 SGB VIII stellt die Regelung des Abs. 2 S. 2 Nr. 2 eine Konkretisierung dar, beinhaltet aber auf den ersten Blick nur eine Art Erinnerungsposten für die Erlaubnisbehörde in Sachen Kindeswohl. Wenn es dort heißt, dass „die medizinische Betreuung der Kinder und Jugendlichen nicht erschwert werden“ darf, stellt sich die Frage, welche Gegebenheiten es in der Praxis eigentlich geben kann, die eine medizinische Betreuung „erschweren“ würden. Jedenfalls ist es eine Anforderung, von der wohl kaum jemand zum Zeitpunkt der Erlaubniserteilung sagen könnte, sie werde nicht erfüllt. Hat der Einrichtungsträger aber erst nach der Erlaubniserteilung eine „Erschwerung“ zu verantworten, ist es mit der vermeintlichen Konkretisierung nicht weit her. Da die Regelung aber sehr wohl eine Konkretisierung der in § 45 Abs. 2 S. 1 SGB VIII verlangten Gewährleistung des Kindeswohls darstellt, wird man die Schlussfolgerung ziehen dürfen, dass jedenfalls dann, wenn sich nach der Konzeption der Einrichtung oder später aufgrund ursprünglich nicht einschätzbarer Umstände Kinder und Jugendliche mit einem besonderen medizinischen Betreuungsbedarf dort aufhalten, **die medizinische Betreuung nicht nur nicht erschwert, sondern positiv gewährleistet sein muss** und also andernfalls die Betriebserlaubnis in Frage gestellt werden könnte. Je nachdem kann diese Gewährleistungspflicht konsequenterweise auch beinhalten, dass die Betreuung durch Fachärzte zu erfolgen hat, also beispielsweise bei evidenten psychiatrischen Auffälligkeiten durch Psychiater oder besonders ausgebildete Psychologen.

### 5.3.5. Möglichkeiten der Beschwerde usw. (§ 45 Abs. 2 Nr. 3)

Ähnlich wie die oben beschriebene Erlaubnisvoraussetzung bezüglich der medizinischen Betreuung „leidet“ die Regelung des § 45 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 SGB VIII daran, dass es auf den ersten Blick zu genügen scheint, im Erlaubnis Antrag für die Zukunft einfach zuzusichern, „selbstverständlich“ würden in der Einrichtung „geeignete Verfahren ... der Möglichkeit der

Beschwerde in persönlichen Angelegenheiten Anwendung finden“. Wird diese Zusicherung dann doch nicht eingelöst, dürfte es schwierig sein, Konsequenzen durchzusetzen. Anders als bei der Gewährleistungspflicht medizinischer Betreuung stellt sich die Frage, ob mangels Förderung von Beschwerdemöglichkeiten das Kindeswohl i. S. der Erlaubniserteilung nicht mehr gewährleistet ist.

Insbesondere aber heißt es von der Förderung von Beschwerdemöglichkeiten ausdrücklich, dass sie „nur“ der Sicherung der Rechte von Kindern und Jugendlichen diene. Diese Zuordnung zu den Rechten von Kindern und Jugendlichen als einen „Unterfall“ des Kindeswohls zu deuten, dürfte etwas zu weit gehen. Im Übrigen dürfte es auf die Situation ankommen, also auch und insbesondere, ob eine Beschwerdemöglichkeit grundsätzlich nicht gefördert oder gar verhindert wurde, oder aber, **ob auch jede temporäre Verhinderung einer Beschwerde als Kindeswohlwidrig zu bezeichnen ist und eine Intervention der Aufsichtsbehörde nach sich ziehen könnte oder gar sollte**. Hier wird man der Einrichtung einen weiten Interpretationsspielraum einräumen müssen, also dieses Recht der Betroffenen in Verhältnis setzen zu dem, was im Einzelfall als erzieherisch angemessen oder zumindest als zulässig anzusehen ist.

#### **5.4. Die unterschiedlichen Kriterien bei der Erlaubnisprüfung gemäß § 45 Abs. 2 und beim Erlaubnisentzug gemäß § 45 Abs. 7 SGB VIII**

Die Unterscheidung zwischen den Vorgaben zum Erlaubnisverfahren und zu Interventionen hat für die Praxis der zuständigen Behörden nicht nur formale Bedeutung, sondern führt regelmäßig dann zu Schwierigkeiten, wenn es um die Frage geht, ob einer Einrichtung die Betriebserlaubnis entzogen werden kann bzw. soll. Der Gesetzgeber hat nämlich für diesen Fall (des § 45 Abs. 7 SGB VIII) nicht etwa die Kriterien der Erlaubniserteilung zum Maßstab gemacht, sondern nennt als Voraussetzung eine „Gefährdung des Wohls der Kinder und Jugendlichen“. Zwar kann man hinsichtlich dieser Formulierung geltend machen, dass in Abs. 2 S. 2 als Grundvoraussetzung für die Erlaubnis die Gewährleistung des Wohls der Kinder und Jugendlichen genannt wird, die in den Nummern 1 bis 3 konkretisiert wird, und man daraus schließen kann, dass die in Abs. 7 vorausgesetzte Gefährdung immer dann gegeben ist, wenn die Voraussetzungen nicht mehr erfüllt sind. Aber in Praxis und Rechtsprechung gibt es dazu keine Klarheit, wird in aller Regel auf die (sehr viel enger definierte) Bedeutung des Begriffs „Gefährdung“ in **§ 1666 BGB** Bezug genommen. Außerdem wäre bei einer weiten Auslegung des Gefährdungsbegriffs die Schwelle zum Entzug der Erlaubnis geradezu extrem niedrig. Würde der weite Begriff, also die Bezugnahme auf § 45 Abs. 2 S. 2 SGB VIII zugrunde gelegt, würde ein Großteil aller Einrichtungen in Deutschland (Heime wie Kindergärten) dann und wann mit einem überraschenden Entzug der Erlaubnis (und möglicher Schließung) rechnen müssen, wenn – z. B. krankheitsbedingt, wegen zeitweise noch nicht wieder besetzter Stellen oder wegen aktueller Umbauten – die in der Betriebserlaubnis vorausgesetzten Rahmenbedingungen nicht mehr vorliegen.

Diese Unklarheit in der Interpretation des Tatbestandsmerkmals „Gefährdung des Wohls der Kinder und Jugendlichen in der Einrichtung“, auf die nachfolgend eingegangen wird, hat

insofern noch eine besondere Relevanz, als die Intervention nicht ins Ermessen der Behörde gestellt, sondern als Handlungspflicht formuliert ist („Die Erlaubnis ist zurückzunehmen oder zu widerrufen, wenn...“).

## **6. Interventionen. Praktische bzw. rechtliche Möglichkeiten des Eingreifens durch die zuständige Behörde (§ 45 Abs. 6 und 7 SGB VIII)**

### **6.1. Begriff „Intervention“**

Der Begriff „Intervention“ wird in den für die „Heimaufsicht“ maßgeblichen gesetzlichen Bestimmungen nicht verwendet, hat in den verschiedenen Lebensbereichen wie auch Fachdisziplinen eine sehr unterschiedliche Bedeutung und ist auch durch die Rechtsprechung bislang nicht definiert worden. Selbst bei eng miteinander verflochtenen Bereichen wie etwa der Sozialarbeit allgemein und der Psychotherapie im Speziellen wird Intervention einerseits als Aktivität i. S. von konkreten Maßnahmen bzw. Eingriffen in rechtlich geschützte Sphären definiert, um aktuell ein bestimmtes Ziel zu erreichen, zum anderen „nur“ als ein methodisches Element (Beispiel: die sog. paradoxe Intervention).

Im hier zu behandelnden Zusammenhang wird von der ursprünglichen Bedeutung des Begriffs ausgegangen, also – aus dem lateinischen „inter“ und „venire“ abgeleitet – i. S. von Dazwischenkommen, Hineingehen. Es geht um eine Tendenz des „Eingreifens“, des Eingreifens in Abläufe und ggf. Eingreifen in Rechtspositionen. Das Motiv, den Begriff der Intervention zu verwenden, liegt nicht im Juristischen, sondern zielt auf eine entscheidungstheoretische Differenzierung, basierend auf der Erfahrung, dass es Sinn ergibt, **Arbeitsschritte danach zu unterscheiden, ob es sich um Klärungsprozesse vor einer Entscheidung handelt oder um die praktischen Folgen einer Entscheidung für das weitere Vorgehen der zuständigen Behörde** bzw. die weiteren Konsequenzen – in praktischer wie juristischer Hinsicht. Insbesondere aber werden die Fragen des Gutachtauftrags so verstanden, dass es schwerpunktmäßig um das Ob und Wie möglicher Interventionen (seitens des Staates in die „private“ Sphäre) geht.

Deshalb sollte aber auch das Missverständnis vermieden werden, im Arbeitsbereich „der Heimaufsicht“ jegliches notwendige Tätigwerden in einer Sache mit einem „Intervenieren“ gleichzusetzen. Es kann je nach Situation fachlich und juristisch nämlich genauso richtig oder falsch sein, tätig zu werden, ohne zu intervenieren, und stattdessen abzuwarten, sich zu informieren oder auch Kontakte zu Betroffenen aufzubauen. **Wenn hier von einer „Interventionsschwelle“ die Rede ist, wird sie in dem Sinne verstanden, dass der Punkt markiert wird, an dem aktiv und direkt in das Geschehen beim Gegenüber verbindlich „eingegriffen“ wird (bzw. werden darf oder soll), um bestimmte Veränderungen herbeizuführen.** Das heißt aber im Umkehrschluss nicht, dass jegliches Eingreifen in die Rechtsposition eines Einrichtungsträgers oder auch eines Dritten als „Intervention“ zu verstehen ist. So wird auch die „örtliche Prüfung“ als solche i. S. von § 46 SGB VIII nicht als Intervention verstanden, sondern nur als Vorklärung, ob zu intervenieren ist oder nicht (zu §

46 nachfolgend unter 7.). Der Prüfungsvorgang selbst stellt gleichwohl einen Eingriff in die Rechtssphäre des Einrichtungsträgers dar.

## 6.2. Anlässe zur bzw. Instrumente der Intervention. Welche Maßstäbe und Kriterien werden zugrunde gelegt?

Ausgangspunkt für die Frage, ob durch die „Heimaufsicht“ ggf. interveniert werden darf bzw. soll, sind bekannt gewordene oder gezielt erkundete Sachverhalte, Gegebenheiten oder Ereignisse, bei denen zu prüfen ist, ob sie nach den für die zuständige Behörde maßgeblichen Kriterien Anlass dazu geben, und wenn ja, welche Art der Intervention geeignet und angemessen ist. Was aber sind die maßgeblichen Kriterien? Und was die Instrumentarien?

Nach § 45 Abs. 6 S. 1 SGB VIII „soll die zuständige Behörde zunächst den Träger der Einrichtung über die Möglichkeiten zur Beseitigung der Mängel **beraten**“. In § 45 Abs. 4 S. 2 SGB VIII ist allgemein davon die Rede, dass „zur Sicherung des Wohls der Kinder und Jugendlichen“ auch **nachträgliche Auflagen** erteilt werden können. Als Ultima Ratio ist vorgesehen, dass unter den in § 45 Abs. 7 S. 1 SGB VIII genannten Voraussetzungen die **Erlaubnis zurückzunehmen oder zu widerrufen** ist. Ein solcher Schritt hat massiven Eingriffscharakter, zumal in Satz 2 geregelt ist, dass **Rechtsmittel dagegen keine aufschiebende Wirkung** haben.

## 6.3. Was sind „Mängel“?

Zentraler Anknüpfungspunkt für eine Intervention sind „festgestellte Mängel“ (§ 45 Abs. 6 S. 1 SGB VIII). Es wird aber an keiner Stelle mitgeteilt, was unter einem Mangel in diesem Zusammenhang zu verstehen ist. Allein auf die Inhalte der Betriebserlaubnis (einschließlich rechtswirksam gewordener Auflagen) abzustellen, kann nicht überzeugen, denn es gibt vielfältige Anlässe, die in einer Betriebserlaubnis oder in Auflagen überhaupt nicht erfasst sind, gleichwohl aber unstrittig als Mangel einzustufen sein würden. Auch wenn es naheliegt, auf „allgemein anerkannte fachliche Standards“ zu verweisen, dürfte es schwierig sein, tatsächlich solche als „allgemein anerkannt“ zu bestimmen. Insbesondere ist der Einschätzungsspielraum, was in einer konkreten Einrichtung als sinnvoll, vertretbar, grenzwertig oder aber als definitiver Mangel i. S. von § 45 Abs. 6 SGB VIII gelten kann, sehr groß. Daran ändert sich auch nichts durch den Hinweis in Abs. 6 S. 3, dass für den Fall, dass „festgestellte Mängel nicht behoben“ werden, dem Träger der Einrichtung Auflagen erteilt werden können, „die zur Beseitigung einer eingetretenen oder Abwendung einer drohenden Beeinträchtigung oder Gefährdung des Wohls der Kinder oder Jugendlichen erforderlich sind“. Aus der Formulierung folgt nämlich nicht etwa, dass ein Mangel immer nur vorliegt, wenn es um eine drohende Beeinträchtigung oder Gefährdung des Kindeswohls geht. Selbst im Fall, dass ein Einrichtungsträger gegen eine entsprechende Auflage keine Rechtsmittel eingelegt hat, ist daraus nicht ohne Weiteres zu schließen, dass es sich bei dem zugrunde liegenden Sachverhalt um einen Mangel i. S. von § 45 SGB VIII handelt.

Auf diese Thematik wird an anderer Stelle noch eingegangen. Die maßgeblichen Kriterien für die Frage nach einer Definition des Begriffs „Mangel“ und nach der Zulässigkeit von Interventionen ist jedenfalls ein **extrem unbestimmter Rechtsbegriff**. Allerdings darf wohl unterstellt werden, dass der Gesetzgeber diese Unbestimmtheit mit Absicht in Kauf genommen hat, um nicht der Gefahr zu erliegen, durch starre Regeln notwendige Spielräume einzuschränken, aber gewissermaßen darauf gehofft hat, dass man im Zweifel auf dem Wege der Beratung schon gemeinsam vertretbare Wege finden wird. Es ist jedoch auch nicht zu übersehen, dass diese Situation zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen kann.

**Für die Praxis der zuständigen Behörden** führt diese Ausgangslage bei der Prüfung, ob interveniert werden soll, regelmäßig dazu, dass – weil und obwohl die Kriterien der Beurteilung sehr unbestimmt sind – zunächst die allgemeine, sozusagen die pragmatische Vorgabe lautet, erst einmal den Sachverhalt zu klären. Das wiederum hat oft zur Folge, dass mitunter etwas diffus agiert wird, dass Vorgesetzte ihren Fachkräften mit auf den Weg geben: „Marschieren Sie schon mal los, der Feind (der Mangel) wird später bekannt gegeben.“ Oder: „Vielleicht treffen Sie ja auf einen Feind (Mangel). Zumindest haben Sie dann die Chance genutzt“. Allzu oft zeitigt solch eine Botschaft aber den Effekt, dass man es genug sein lässt, wenn nur ausgiebig mit den Beteiligten „über alles“ gesprochen oder schriftlich kommuniziert wurde. Das Fatale daran ist nämlich, dass die Fachkräfte der zuständigen Behörde allzu leicht „abgelenkt“ werden können, zugleich aber ein fragwürdiges Sicherheitsgefühl vermittelt wird i. S. von: „Wir haben die Einrichtung besucht“.

Die zugrunde liegende Schwierigkeit wird in fachpolitischen Gremien mitunter überspielt mit dem Hinweis darauf, dass man ja ohnehin zwei Funktionen wahrnehme, nämlich die Wahrnehmung der Aufgaben nach den §§ 45 ff. SGB VIII (§ 85 Abs. 2 Nr. 6) und zugleich jener nach § 85 Abs. 2 Nr. 7 (also die der „Beratung der Träger von Einrichtungen während der Planung und Betriebsführung“). Es soll hier nicht beurteilt werden, inwieweit diese Kombination in der Praxis zu guten Ergebnissen führt bzw. geführt hat oder nicht (siehe dazu die eingangs genannten empirischen Studien). An dieser Stelle geht es nämlich nur um die Frage, welche Bedeutung diese Praxis für die rechtliche Einordnung und insbesondere die Rechtssicherheit hat. Es ist in der gesellschaftlichen Wirklichkeit ja des Öfteren so, dass trotz fragwürdiger oder defizitärer Rechtsgrundlagen gute Arbeit geleistet wird oder zumindest geleistet werden kann.

#### **6.4 Tatbestandsmerkmale „Drohende Beeinträchtigung“ und „Gefährdung“ des Kindeswohls“ in § 45 Abs. 6 S. 3 SGB VIII**

Anders als beim Kriterium des „Mangels“ finden sich im System des Rechts der Kinder- und Jugendhilfe für die Tatbestandsmerkmale in § 45 Abs. 6 S. 3 SGB VIII „Gefährdung des Wohls der Kinder und Jugendlichen“ (im Weiteren kurz gefasst als „Kindeswohlgefährdung“ bezeichnet) Anknüpfungspunkte für die notwendige Konkretisierung. Für das Tatbestandsmerkmal der „eingetretenen oder drohenden Beeinträchtigung“ sind fachliche Gesichtspunkte leichter plausibel und nachprüfbar darzustellen als beim Begriff des Mangels. In Abs. 6 S. 3 ist die Bedeutung allerdings eine andere als – wie später dargestellt wird – im



Kontext von Abs. 7, wo es um den möglichen Entzug der Betriebserlaubnis geht. Die **Auflagenerteilung** gemäß Abs. 6 S. 3 ist nämlich ins **Ermessen** der Behörde gestellt, während für die Behörde der **Entzug der Erlaubnis** nach Abs. 7 **verpflichtend** ist. Insbesondere aber „genügt“ für die **Auflagenerteilung**, dass eine **Kindeswohlbeeinträchtigung** droht oder schon erfolgt ist, während der **Erlaubnisentzug** gemäß Abs. 7 tatbestandsmäßig eine **„Kindeswohlgefährdung“** verlangt.

## **6.5. Entzug („Rücknahme oder Widerruf“) der Betriebserlaubnis (§ 45 Abs. 7 SGB VIII)**

### **6.5.1. Allgemeines**

Nach § 45 Abs. 7 SGB VIII ist die Betriebserlaubnis „zurückzunehmen oder zu widerrufen, wenn das Wohl der Kinder oder der Jugendlichen in der Einrichtung gefährdet und der Träger der Einrichtung nicht bereit oder nicht in der Lage ist, die Gefährdung abzuwenden“. Es handelt sich um eine **„Rücknahme“**, wenn die Voraussetzungen des Erlaubnisentzuges „eigentlich“ schon vor der Erlaubniserteilung vorlagen, um einen **„Widerruf“**, wenn der Grund für den Entzug erst nach Erteilung der Erlaubnis entstanden ist, also die Voraussetzungen des Abs. 7 erst danach gegeben sind (zu Rücknahme und Widerruf allgemein siehe §§ 44 ff. SGB X).

### **6.5.2. Tatbestandsmerkmal „Kindeswohlgefährdung“ in § 45 SGB VIII**

Zur Bestimmung des Begriffs „Kindeswohlgefährdung“ als maßgebliches Tatbestandsmerkmal bzw. notwendige Voraussetzung für einen Entzug der Betriebserlaubnis wird seit jeher in Rechtsprechung und Literatur auf die Bedeutung in § 1666 BGB Bezug genommen. Dort ist Voraussetzung für einen Entzug der elterlichen Sorge, dass „das körperliche, geistige oder seelische Wohl des Kindes oder sein Vermögen gefährdet“ wird und „die Eltern nicht gewillt oder nicht in der Lage“ sind, „die Gefahr abzuwenden“. Zwar wird die Begrifflichkeit „Kindeswohlgefährdung“ in Rechtsprechung und Literatur auch seit langer Zeit auf die Spezifika von Einrichtungen und den Regelungszweck des § 45 bezogen, in vielen Fällen **wird aber auf die Kasuistik des Familienrechts zurückgegriffen**. Außerdem wird leicht übersehen, dass dieser Begriff im Regelungszusammenhang der §§ 43 ff. längst andere normative Bezugspunkte hat als im Familienrecht, wo es um die Schwelle des durch Art. 6 GG besonders geschützten Elternrechts geht, während es bei der Betreuung in einer Einrichtung resp. in einem Heim – differenziert nach Zweck und Konzeption der Einrichtung – u. a. um die Sicherung von Mindestvoraussetzungen hinsichtlich der räumlichen, fachlichen, wirtschaftlichen und personellen Voraussetzungen eines Betriebes (!) geht (s. § 45 Abs. 2 S. 2 SGB VIII). **Übernimmt man also die relativ hochschwelligen Kriterien des Familienrechts, wird in der Gegenüberstellung zu den Belangen der betreuten Kinder und Jugendlichen gewissermaßen die Berufsfreiheit des Art. 12 GG auf die gleiche Stufe gestellt wie das Elternrecht aus Art. 6 GG.**

Deshalb ist es an der Zeit, dass hier deutliche politische Signale gesetzt werden, dass die in § 45 SGB VIII apostrophierte und im Hinblick auf die Ausstattung auch konkretisierte Kindeswohlorientierung im Rahmen der Heimaufsichtspraxis auch in der negativen Variante

der „Kindeswohlgefährdung“ eine Bedeutungsveränderung erfährt. Insbesondere jedoch ist aus dem Regelungszusammenhang sowie auch dem Wortlaut des § 45 Abs. 7 SGB VIII zu entnehmen, **dass es nicht um die Prüfung einer Gefährdung einzelner Kinder geht (wie es nach § 1666 BGB zwingende Vorgabe ist), sondern um „das Wohl der Kinder oder der Jugendlichen in der Einrichtung“**, damit um die Gesamtheit der Bewohner (innen), mithin also um die Rahmenbedingungen.

Andererseits ist es eine Selbstverständlichkeit, dass nach dem übergreifenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch zu prüfen ist, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen auch ein milderer Mittel als der Entzug der Betriebserlaubnis in Betracht kommt. Eher als gegenüber Eltern ist bei Einrichtungen also auch zu berücksichtigen, dass es für einen Träger – etwa durch Wechsel des Personals oder durch andere praktische Maßnahmen – möglich ist, die Quelle der „Gefährdung“ zuverlässig zu beseitigen. Gemein ist der Verwendung des Tatbestandsmerkmals „Kindeswohlgefährdung“ im Familienrecht und in der Praxis der „Heimaufsicht“, dass es **nicht um eine Art Bestrafung für früheres Handeln** der sorgeberechtigten bzw. betreuenden Personen gehen kann und darf, sondern um ein Wirken zur Unterstützung und zum Schutz von Kindern und Jugendlichen. In beiden Fällen muss nämlich nach dem Gesetzeswortlaut nicht nur eine Kindeswohlgefährdung festgestellt werden, sondern zusätzlich die mangelnde Fähigkeit oder Bereitschaft zur Gefährdungsabwendung in der Zukunft.

Es soll an dieser Stelle nicht unerwähnt bleiben, dass seit dem Inkrafttreten des Kinder- und Jugendhilfeentwicklungsweiterentwicklungsgesetzes im Jahre 2005 Kritik laut wird daran, dass auch im damals eingefügten **§ 8a SGB VIII** der **Begriff der Kindeswohlgefährdung** („werden dem Jugendamt gewichtige Anhaltspunkte für die Gefährdung des Wohls eines Kindes oder Jugendlichen bekannt,...“) in der Praxis **allzu sehr angelehnt wird an der Bedeutung dieses Begriffes im Familienrecht**, statt ihn auch hier in seiner systematischen Zuordnung, seiner Funktion und im Regelungszusammenhang des SGB VIII **zu verstehen als „besonderen Schutz- und Hilfebedarf im Zusammenhang einer krisenhaften Entwicklung“**.

### **6.5.3. Beschluss des OVG Hamburg vom 14. Dezember 2012**

Dass ein und derselbe Rechtsbegriff in unterschiedlichen Regelungszusammenhängen eine unterschiedliche Bedeutung haben kann, ist für die Jurisprudenz keine Besonderheit. Umso unverständlicher ist es, dass sich das OVG Hamburg in seinem Beschluss vom 14. Dezember 2012<sup>20</sup> dahingehend äußert, dass auch für § 45 Abs. 7 SGB VIII der Begriff der Kindeswohlgefährdung so zu verstehen ist, dass „eine konkrete Gefahr“ gegeben sein muss, „die sich am Maßstab des § 1666 BGB zu orientieren hat“. Diese apodiktische Auslegung wird insbesondere damit begründet, dass der Gesetzgeber für den Entzug der Erlaubnis eben erkennbar keinen Bezug auf die Voraussetzungen für die Erteilung der Erlaubnis gemäß § 45 Abs. 2 S. 2 genommen habe. Das verleitet das Gericht zu dem **wohl etwas rigorosen Umkehrschluss, dass es also auf eine nachweisbare konkrete Gefahr für einzelne Kinder und Jugendliche ankomme**. Es verweist darauf, dass der Gesetzgeber, wenn er dies wolle,

---

<sup>20</sup> OVG Hamburg, Az.: 4 Bs 248/12

sehr wohl auch die nachträgliche Aufhebung eines begünstigenden Verwaltungsaktes zulasse und nennt beispielhaft § 49 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG. Zudem beruft es sich auf die Begründung im Regierungsentwurf des zum KJHG/SGB VIII von 1989, also zu einem Zeitpunkt, als gravierende Konkretisierungen noch nicht in § 45 SGB VIII eingefügt worden waren. Insbesondere aber zitiert das Gericht ausgerechnet an einer zentralen Stelle den Wortlaut des Gesetzes ungenau, wenn es darauf hinweist, dass § 45 Abs. 7 S. 1 SGB VIII „eine konkrete Gefahr für das Wohl *des* Kindes, und zwar für das körperliche, geistige und seelische Wohl“ voraussetzt, obwohl es in § 45 Abs. 7 S. 1 SGB VIII ausdrücklich heißt, dass es auf das „Wohl *der* Kinder oder *der* Jugendlichen in der Einrichtung“ ankommt.

#### **6.6. Beeinträchtigung oder Gefährdung durch unzulässige Erziehungsmethoden und gravierende Unzuverlässigkeit des Trägers der Einrichtung**

In den fachlichen Diskursen zum Ausgangsfall der Gutachtenanfrage hat die Frage nach den Grenzen von Erziehungsmethoden einen hohen Stellenwert. Dass es hier – abgesehen von Gewaltakten, soweit sie bar jeder pädagogischen Begründung oder jeder Rechtfertigung wegen akuter und anders nicht behebbarer Selbst- oder Fremdgefährdung ausgeübt werden – sehr kontroverse Vorstellungen gibt, bedarf wohl keines Belegs. Sich aber an dieser Stelle allgemein über die Zulässigkeit bzw. Grenzen von Erziehungsmethoden zu äußern, entspräche nicht dem Gutachtauftrag. Hier geht es vielmehr um die Frage, wann und wo prüfsystematisch diese Fragen bei den Aufsichtsbehörden zu stellen sind, was die maßgeblichen Tatbestandsmerkmale für die Prüfung von kritisch betrachteten Sachverhalten (Krisen) sind bzw. welche Konsequenzen gezogen werden können oder auch sollten.

An Instrumentarien stehen Beratung, förmliche Auflagen und ein Entzug der Betriebserlaubnis (letztere mit vorheriger Anhörung/Mängelfeststellung) zur Verfügung. Die „Schwelle zur Erteilung einer Auflage“ ist relativ gering, soweit i. S. von § 45 Abs. 6 S. 3 SGB VIII substantiiert dargetan werden kann, dass eine Auflage zur Beseitigung einer eingetretenen oder Abwendung einer drohenden Beeinträchtigung des Wohls der Kinder oder Jugendlichen erforderlich ist. Allerdings ist an Grenzfälle zu denken, bei denen die Erziehungsvorstellungen der Eltern zu berücksichtigen sind. Auch hängt es vom Charakter und von der (vorab bekannten bzw. bekannt gemachten) Konzeption der Einrichtung ab, wie weit pädagogisch als sinnvoll erachtete Spielräume (evtl. mit spezifischen Risiken verbunden) zugestanden werden. Es kann zulässig sein, neue „unkonventionelle“ Methoden zu erproben, sofern allen Beteiligten die Risiken klar sind. **Insbesondere aber kommt es in der Beurteilung – sowohl aus fachlichen wie juristischen Gründen – auf die „Gesamtschau“ des Geschehens in einer Einrichtung an.** Aufsichtsbehörden schweben leicht in der Gefahr, sich wegen der Nachweisbarkeit von monierten Gegebenheiten auf einzelne Ereignisse zu konzentrieren und deren Bedeutung zu überhöhen. Bei der Beurteilung von „Beeinträchtigungen“ oder „Gefährdungen“ kommt es nämlich aus der Sicht der betreuten Kinder und Jugendlichen (oder auch der Eltern, z. B. bei weltanschaulichen Fragen) nicht unbedingt oder zentral auf solche singulären Vorgänge an, sondern auf **die gesamten Bedingungen**, nicht zuletzt auf das „Beziehungs- und Erziehungsklima“ in der Einrichtung. Es

kann problematisch sein, sich in der Beurteilung einer Einrichtung (und damit auch der möglichen Beeinträchtigungen oder Gefährdungen) auf Bewertungen nach dem Muster „Spitze eines Eisbergs“ zu versteifen. Hier sind Fehldeutungen naheliegend, sowohl in Form falscher Schlussfolgerungen („das ist ein Indiz dafür, dass es oft so läuft“) als auch in Form einer Missachtung allgemeiner Rahmenfaktoren (der Blick ist eingeschränkt auf spektakuläre Fehlhandlungen oder Ereignisse).

Inwieweit sich in der Praxis die **Verwaltungsgerichtsbarkeit** auf diese differenzierenden Gesichtspunkte einlässt, ist nicht vorhersehbar. Erfahrungsgemäß ist es diesbezüglich aber hilfreich, wenn sich die Aufsichtsbehörde um ein entsprechendes Handlungsprofil auch nach außen bemüht und die gegenseitigen Erwartungen nicht erst im Konfliktfall transparent gemacht werden. Dass pädagogische Einschätzungen mit belegbaren Fakten (also entsprechenden Dokumentationen, Belegen, Zeugenaussagen usw.) und notfalls schlüssigen Indizien und nachvollziehbaren Argumentationsketten eingebracht werden müssen, dürfte sich mit dem Blick auf **Prinzipien des Rechtsstaates** von selbst verstehen.

#### **6.7. Welche Bedeutung haben Leistungsvereinbarungen gemäß §§ 78a ff. SGB VIII und Qualitätssicherungen für Interventionen?**

Wie im vorliegenden Fall spielen Leistungsvereinbarungen, die auf der Basis der §§ 78a ff. SGB VIII getroffen wurden, für die Praxis der „Heimaufsicht“ eine sehr große Rolle.

Obwohl – anders als in § 75 SGB XII – in den §§ 78a ff. 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 dafür vorliegen, dass die vereinbarte Leistung nicht qualitätsgerecht erbracht wird.

#### **6.8. Nebenbestimmungen zur Betriebserlaubnis, nachträgliche Auflagen**

Ausdrücklich ist in § 45 Abs. 4 SGB VIII bestimmt, dass die Betriebserlaubnis mit Nebenbestimmungen versehen werden kann, und zwar – so in Satz 2 – auch nachträglich. Als Nebenbestimmungen kommen – das ist in Rechtsprechung und Literatur unstrittig – angesichts der Funktion des Erlaubnisstrukts nur Auflagen in Betracht, nicht also z. B. Bedingungen oder Befristungen.

Für nachträgliche Auflagen sind zahlreiche formelle Voraussetzungen zu beachten. Sie insgesamt hier aufzulisten, hätte aber keinen Bezug zu den Fragestellungen des Gutachtens. Vielmehr wird hier thematisiert, welche Art von Auflagen mit welchen inhaltlichen Zuschreibungen im Zusammenhang der aufgegriffenen Problemkonstellation überhaupt angemessen bzw. wirkungsvoll sein kann. Es wird hier deshalb von angemessen bzw. wirkungsvoll gesprochen, weil es nur darauf ankommt. **Im strengen Sinne „zulässig“ ist jede Auflage, soweit sie dem Sinn und Zweck des Erlaubnisvorbehalts entspricht und nicht gegen die guten Sitten verstößt.** Maßgeblich ist vielmehr für die verwaltungsgerichtliche

Überprüfung, ob eine Auflage inhaltlich ausreichend begründet ist, geeignet, um rechtswidrige Zustände abzustellen oder vermeiden zu helfen, und insbesondere durch die Aufgabenstellung der zuständigen Behörde legitimiert.

#### **6.9. Zum Rechtscharakter und zur praktischen Bedeutung von Vereinbarungen zwischen „Heimaufsicht“ und Einrichtungsträger**

Zur Vermeidung von Missverständnissen bewährt es sich immer wieder, dass Absprachen zwischen einem Einrichtungsträger und der „Heimaufsicht“ schriftlich fixiert werden. Selbstverständlich ersetzen sie keine Verwaltungsakte bzw. Bescheide; gleichwohl schaffen sie – je nach Gegenstand der Absprache – auch einen Vertrauenstatbestand, der praktische wie juristische Konsequenzen hat.

#### **6.10. Inwieweit bzw. wann ergeben sich aus den Vorschriften i. S. von Eingriffsbefugnissen auch Handlungspflichten im Einzelfall?**

Dass die Vorgaben zur „Heimaufsicht“ geprägt sind von „unbestimmten Rechtsbegriffen“, die Ermessens- wie Beurteilungsspielräume lassen, entspricht der Komplexität der Aufgabenstellung und der Notwendigkeit situativer Flexibilität. **Das Leben in Einrichtungen ist nicht vergleichbar mit Maschinenhallen, Großküchen oder technischen Labors, wo mit klar definierbaren Prüfdaten gearbeitet werden kann.**

Zu Recht gilt für die „Heimaufsicht“ nicht – wie für die Polizei in ihrer Funktion als Hilfsorgan der Staatsanwaltschaft – das Legalitäts-, sondern das **Opportunitätsprinzip**. Es sind also Abwägungen, ob und ggf. wie interveniert werden soll, nicht nur zulässig, sondern auch sachgerecht. Werden Vorgehensweisen zu sehr formalisiert, besteht die **Gefahr, dass die Formalität wichtiger wird als die eigentliche Aufgabe**, die im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe bzw. in der Betreuung von Kindern und Jugendlichen immer und notwendigerweise mit Risiken, dem Einüben des Umgangs mit Belastung, Enttäuschung und Verletzung sowie einer gewissen Unkalkulierbarkeit verbunden ist. Wenn etwas passiert, was akzeptable Grenzen überschreitet, ist es auch in der Beziehung zwischen Einrichtungen und „Heimaufsicht“ wichtig, im Zweifel der Aufarbeitung von möglichen Fehlern den Vorrang zu geben vor der Neigung, Fehlentwicklungen zu vertuschen oder überzogen eine Art Strafinstanz zu spielen.

Wenn Interventionen möglich sind, müssen sie nicht unbedingt die erste Wahl sein. Diesbezüglich keine Entscheidung zu treffen, sondern Schwierigkeiten jedweder Art aus dem Weg zu gehen, sollte aber die letzte Wahl darstellen. Dazwischen liegen Entscheidungsvarianten, die je nach erkennbarer Relevanz nicht nur mündlich, sondern auch in dokumentierter Form fachlich und rechtlich respektabel begründet werden können und sollen.

Allerdings kann der Wortlaut des § 45 Abs. 6 S. 3 SGB VIII in rechtsdogmatischer Hinsicht zu Irritationen führen. Dort wird hinsichtlich der Auflagenerteilung Ermessen eingeräumt („Auflagen...können erteilt werden“, wenn sie „zur Beseitigung einer eingetretenen oder

Abwendung einer drohenden Beeinträchtigung oder Gefährdung des Wohls der Kinder oder Jugendlichen erforderlich sind“). Diese tatbestandliche Bedingung unterliegt keinem Ermessen, sondern stellt einen unbestimmten Rechtsbegriff dar. In der Verwaltungsrechtslehre wird bei einer solchen Kombination von Ermessensformulierung und unbestimmtem Rechtsbegriff von einer sog. **Koppelungsvorschrift** gesprochen.<sup>21</sup> Dann kommt rechtlich in Betracht, dass sich aus dem Vorliegen der tatbestandlichen Bedingung eine „zwingende“ Konsequenz ergibt und das Ermessen gewissermaßen „aufgezehrt“ ist. So hat es das Bundesverwaltungsgericht exemplarisch bei § 35 BauGB bewertet.<sup>22</sup> Eine solche Schlussfolgerung setzt aber voraus, dass – so die Rechtsprechung – bei der Anwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs bereits alle Gesichtspunkte berücksichtigt werden (können), die auch für die Ermessensausübung relevant wären. Ebendies ist bei den tatbestandlichen Voraussetzungen des § 45 Abs. 6 S. 3 SGB VIII aber nicht der Fall. Die Erwägungen, ob eine Auflage oder andere Formen der Intervention angebracht ist (Ermessen), können in der Auslegung der Rechtsbegriffe „Beeinträchtigung“ oder „Gefährdung“ nicht sachgerecht berücksichtigt werden. **Vielmehr ist situativ zu prüfen, ob und nicht zuletzt wann von der „Option Auflage“ Gebrauch gemacht werden sollte.** Eine schematische Schlussfolgerung z. B. von der „drohenden Beeinträchtigung“ des Kindeswohls auf einen Zwang zur Anwendung des verwaltungsrechtlichen Instruments der Auflage dürfte auch weder der Ratio der Norm noch der Absicht des Gesetzgebers entsprechen.

Als zwingend ist eine Auflagenerteilung wohl nur dann zu bezeichnen, wenn das pflichtgemäß auszuübende Ermessen „auf Null reduziert“ ist, z. B. weil die Behörde wiederholt in gleichgelagerten Fällen Auflagen entsprechender Art erteilt hat oder wenn mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit und unter Abwägung aller Gesichtspunkte keine andere Entscheidung denkbar ist, um eine akute Gefahr für Leib und Leben der betroffenen Kinder und Jugendlichen zu beseitigen. Die letztgenannte Variante ist aber eher falltypisch für Ermessensentscheidungen von Polizeivollzugsbehörden, denn in solchen Fällen ist auch eine Auflage kaum die geeignete, weil nicht ausreichende Intervention.

Gleichwohl dürfte es als Handlungspflicht der zuständigen Behörde anzusehen sein, in entsprechenden Fällen nachweislich die notwendigen Erwägungen anzustellen, ob und wie interveniert werden könnte oder sollte.

## 7. Sanktionen. §§ 104 und 105 SGB VIII

Gemäß § 104 SGB VIII handelt ordnungswidrig, wer ohne Erlaubnis eine Einrichtung betreibt oder wer Pflichten nach § 47 SGB VIII (Meldepflichten) nicht nachkommt. Es kann eine Geldbuße bis zu 15 000,- Euro fällig werden. Bei beharrlicher Wiederholung sowie bei schwerer Gefährdung von Kindern und Jugendlichen muss ein Einrichtungsträger gemäß § 105 SGB VIII mit einer Freiheitsstrafe oder sogar Geldstrafe rechnen. Es kommen die Regeln des sog. Nebenstrafrechts zur Anwendung.

---

<sup>21</sup> vgl. H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., München 2011, § 7 Rn. 48

<sup>22</sup> BVerwG v.29.4.1964 – 1 C 30.62 BVerwGE 18, 247 (250)

## 8. „Örtliche Prüfung“ nur „anlassbezogen“?

### Zur Bedeutung/Interpretation des § 46 SGB VIII, Verhältnis zu § 62 SGB VIII

#### 8.1. Unsicherheiten in der Interpretation, was als Anlass gilt

In der Praxis ist große Unsicherheit festzustellen, wie die Pflicht zur Prüfung vor Ort zu verstehen ist. In § 46 Abs. 1 heißt es:

„Die zuständige Behörde soll nach den Erkenntnissen des Einzelfalles vor Ort prüfen, ob die Voraussetzungen für die Erteilung der Erlaubnis weiter bestehen“.

Der Wortlaut der Vorschrift lässt verschiedene Interpretationen zu. Es fällt auf, dass vielmehr weniger der Pflichtcharakter der Norm thematisiert wird („Die ... Behörde soll ... vor Ort prüfen“), sondern ihr Befugnisgehalt (sie darf dies nur „nach den Erkenntnissen des Einzelfalles“). Das lässt vermuten, dass es um den Arbeits- bzw. Kostenaufwand eines Besuchs „vor Ort“ geht, der da in Grenzen gehalten werden soll. Die gängige Einschätzung, dass es eines Anlasses bedarf, ist schwer nachzuvollziehen. Die Formulierung „nach den Erkenntnissen des Einzelfalles“ legt nahe, als „Fall“ eine Einrichtung zu verstehen, nicht aber einen „Anlass“, also ein einzelnes Ereignis. Das würde den Prüfgegenstand, nämlich die Rahmenbedingungen einer Einrichtung, unzulässig reduzieren auf die oben schon kritisch angesprochene Fixierung auf besondere Vorkommnisse bzw. Ereignisse. Immerhin heißt es in § 47 SGB VIII, dass auch besondere „Entwicklungen“ zu melden seien. In § 46 ist aber nicht vermerkt, dass die Behörde darauf nur reagieren solle, wenn sie per Meldung davon erfahren hat. Entwicklungen sind aber sehr wohl etwas, worauf die „Heimaufsicht“ achten sollte, eben „nach den Erkenntnissen des Einzelfalles“.

#### 8.2. Problematik der Einteilung von Einrichtungen in „schwarze und weiße Schafe“

Mitunter wird in der Praxis davon ausgegangen, dass Einrichtungen „gleich behandelt“ werden müssten, also z. B. der Turnus von Besichtigungen einigermaßen ausgeglichen sein sollte und Ausnahmen besonderer Begründungen bedürften, also etwa „besonderer Vorkommnisse“. Selbstverständlich würde ein willkürliches und insbesondere ein schikanöses Vorgehen gegen einzelne Einrichtungen grundlegenden Rechtsprinzipien widersprechen. **Gleichwohl muss einer Aufsichtsbehörde zugestanden werden, dass sie nach den Besonderheiten des Einzelfalles und ohne jeweilige Begründungspflicht in der Einrichtung Überprüfungen vornehmen darf** (z. B. um Mitarbeiter der Einrichtung wegen eines vertraulichen Hinweises schützen zu können). Zumindest kann dabei nicht Maßstab sein, wie mit anderen Einrichtungen verfahren wird, sondern nur, ob legitime Gründe für eine intensivere Überprüfung gerade dieser Einrichtung sprechen (Gefährdungspotential; „schwierige Jugendliche“).

Dieser Hinweis hat besondere Relevanz, wenn es um Einrichtungen geht, bei denen entweder aufgrund negativer Vorerfahrungen oder aber wegen der schon in der Konzeption beschriebenen besonderen Risiken eine engere Begleitung/Beobachtung geboten ist. Es ist legitim, den letztgenannten Einrichtungen spezifische Auflagen zu erteilen, so etwa bei

Einrichtungen, die qua Konzeption mit freiheitsentziehenden Maßnahmen arbeiten (müssen). Hier kann es geboten sein, regelmäßig nachzuprüfen, inwieweit die für den Einzelfall notwendigen richterlichen Anordnungen (§ 1631b BGB) (neben der grundsätzlich notwendigen Einwilligung der Eltern) vorliegen oder auch, dass z. B. die medizinisch-psychiatrische Versorgung in angemessener Weise gewährleistet ist. **Es ist ja bekannt, dass viele Kinder und Jugendliche in Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe betreut werden, obwohl sie Auffälligkeiten aufweisen, die auf psychiatrische Syndrome hinweisen, aber die Psychiatrie sie nicht (länger) aufnimmt bzw. betreut, da die Störungsbilder nicht in vollem Umfang den von der GKV anerkannten Fallmerkmalen entsprechen und jedenfalls eine länger dauernde Unterbringung abgelehnt wird.** Diese strengere Kontrolle sollte von den Einrichtungsträgern nicht als Belastung verstanden werden, sondern als Beitrag zur Vertrauensbildung in ihre Angebote.

### 8.3. § 62 SGB VIII

Die Regelung des § 46 SGB VIII beinhaltet materialiter eine Pflicht zur Datenerhebung, die naturgemäß eine Befugnis dazu einschließt. Formaliter ersetzt diese Befugnis aber nicht die Vorgabe des § 62 SGB VIII zur Datenerhebung. Soweit der Einrichtungsträger personenbezogene Daten mitteilt oder Betriebsgeheimnisse offenbart, ist dies durch § 62 Abs. 1 S. 1 SGB VIII gedeckt. Geht es um Daten Dritter und insbesondere einzelner Kinder, Jugendlicher oder ihrer Familie(n) bzw. des Umfeldes, dürfte die Befugnis durch § 62 Abs. 3 gegeben sein, und zwar in Nummer 1 („eine gesetzliche Bestimmung dies ... erlaubt“). Hier dürfte es aber insoweit eine immanente Schranke geben, als anvertraute Informationen i. S. von § 65 SGB VIII gewiss nicht bzw. nur mit Einwilligung des Betroffenen an die „Heimaufsicht“ weitergegeben werden dürfen und auch sonst das Erforderlichkeitsprinzip zu beachten ist. Darauf zu achten ist Sache sowohl der Einrichtung wie auch der „Heimaufsicht“, denn es geht z. T. um höchstpersönliche Rechte und um das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der öffentlichen Verwaltung i. S. von Art. 20 GG.

## 9. Überprüfungsmöglichkeiten durch optimiertes Beschwerdewesen

Der Gesetzgeber hat in Konsequenz der Beratungen an den Runden Tischen „Heimerziehung“ und „Sexueller Kindesmissbrauch“ für eine Betriebserlaubnis zur Voraussetzung gemacht, dass „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“ (§ 45 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 SGB VIII). Selbstverständlich ist es richtig, dass dafür gesorgt wird, dass sich die in Einrichtungen betreuten Kinder und Jugendlichen Gehör verschaffen können. Es entspricht ohnehin einer **pädagogischen Selbstverständlichkeit**, ist aber **auch als Schutzfaktor** zu verstehen, der die Aufdeckung möglicher Missstände fördert.



Die neue Regelung hat aber gravierende **Schattenseiten**, verspricht implizit für die Zukunft etwas, was kaum umgesetzt werden kann. Es mag sein, dass der eine oder andere Träger sich erst durch diese neue Regelung veranlasst sieht, insoweit Initiativen zu ergreifen. Hinsichtlich des Erlaubnisverfahrens ist der Spielraum der Aufsichtsbehörde jedoch sehr klein, konkrete Belege dafür zu verlangen, dass den Postulaten tatsächlich Rechnung getragen wird. Auch ist es kaum möglich, einem Träger die Betriebserlaubnis zu entziehen, weil er sich bestimmten Selbstverpflichtungen diesbezüglich verweigert. Zwar wird immer wieder geltend gemacht, dass sich die Landesjugendämter im Rahmen ihrer Beratungsaufgabe nach § 85 Abs. 2 Nr. 7 SGB VIII auf die neue Regelung berufen und damit etwas „Druck ausüben“ könnten. Aber unabhängig davon, inwieweit dies streng genommen überhaupt zulässig ist, dürften sich die Erfolgsmöglichkeiten in Grenzen halten. Es besteht die Gefahr, dass entsprechende Erklärungen im Antrag zur Betriebserlaubnis ritualhaft beigefügt werden.

Es bleibt zu wünschen, dass die Neuregelung indirekt zu einem Ideenwettbewerb beiträgt, wie je nach Einrichtungstyp und Bedarf bei den Betreuten Kritik und Austausch über Erfahrungen besser als bisher gewährleistet werden (Telefondienste, Zugang zu sozialen Netzwerken im Internet, regelmäßige Impulsveranstaltungen zur Thematik u. a. m.). Juristisch ist es jedenfalls ein etwas seltsamer Weg, solche Impulse als Voraussetzung in ein Erlaubnisverfahren zu integrieren.

Die Sache hat jedoch noch eine andere, eine insbesondere pädagogisch fragwürdige Seite. Partizipation hat üblicherweise eine andere Stoßrichtung. Sie zielt nicht nur auf Teilnahme, sondern auf aktives Gestalten. Zunehmend ist aber zu beobachten, dass Kinder und Jugendliche ohnehin durch eine vom Konsumdenken geprägte Welt weniger an eigenes Engagement denken, als sich vielmehr lediglich als Nutzer, eben als Konsument zu sehen. So wird heutzutage **allzu oft der Impuls der Teilnahme reduziert auf die Möglichkeit, sich etwas kaufen und sich ggf. über etwas beschweren zu können.**

Wie immer nun die sozialpädagogische Praxis mit den neuen Anforderungen für die Betriebserlaubnis in Sachen Beteiligung/Beschwerde umgeht, ist nicht zuletzt noch auf einen Effekt der Neuregelung hinzuweisen, der im Gesetzgebungsverfahren gar nicht im Blick war, aber in seiner positiven Wirkung nicht unterschätzt werden sollte, insbesondere für Einrichtungen mit kleineren Kindern (und das ist die überaus große Mehrheit): Wenn Teilnahme und Beschwerdemöglichkeit („zur Sicherung der Rechte“, siehe Wortlaut § 45 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 SGB VIII) gefördert werden sollen, heißt das für Minderjährige, **dass diese Förderung auch den Personensorgeberechtigten, also insbesondere den Eltern zugutekommt bzw. zugutekommen muss.**

## 10. „Gesamtsystem Aufsicht“

Im Fokus der Gutachtenfrage steht die „Heimaufsicht“. Ihre Möglichkeiten sind aus strukturellen Gründen begrenzt. Würde sie alle denkbaren Instrumente für eine umfassende Kontrolle in Anspruch nehmen, würde sie zu einer Instanz, die sehr viel mehr Möglichkeiten

der Einsicht und Einflussnahme in das Geschehen in Einrichtungen bekäme, die unverhältnismäßig im Hinblick auf den Sinn und Zweck der Aufsicht erscheinen. Andererseits ist unübersehbar, dass Kinder und Jugendliche zu ihrem Schutz nicht nur eine Institution benötigen, die sich um die Rahmenbedingungen kümmert, sondern auch um die individuelle Qualität der Leistungen, um ihr individuelles Schicksal. Daher ist eine **Verknüpfung der verschiedenen Systeme** – wenn auch unter Beachtung der unterschiedlichen Aufgaben und Befugnisse – sinnvoll, ja notwendig. **Kinder und Jugendliche haben einen „Anspruch auf ein funktionierendes Gesamtsystem Aufsicht“**. Diesen Anspruch einzulösen, ist die Pflicht aller Institutionen und Personen, denen (zumindest auch) der Schutz von Kindern und Jugendlichen aufgetragen ist.

## **Teil II – Chronologie der Ereignisse und Interventionen**

in Sachen Friesenhof mit seinen Teileinrichtungen und

Ministerium für Soziales, Gesundheit, Wissenschaft und Gleichstellung als zuständiger  
Aufsichtsbehörde

### **sowie Anmerkungen und Hinweise aus rechtlicher Sicht**

1. zur Aufsichtspraxis des Ministeriums für Soziales, Gesundheit, Wissenschaft und  
Gleichstellung im Hinblick auf Mängel oder Gefährdungstatbestände seit dem Jahre 2007,

2. zur Personalausstattung der Einrichtung und gebotene Reaktionen der Aufsichtsbehörde,

3. zur Auflagenverfügung des Ministeriums für Soziales, Gesundheit, Wissenschaft und  
Gleichstellung vom 30. Januar 2015,

sowie abschließender Blick auf die verschiedenen Verantwortungsebenen und das Gebot der  
Herstellung von Konkordanz

## Inhaltsübersicht

<b>1. Zur Aufsichtspraxis des Ministeriums für Soziales, Gesundheit, Wissenschaft und Gleichstellung im Hinblick auf Mängel oder Gefährdungstatbestände seit dem Jahre 2007 .....</b>	<b>4</b>
<b>1.1. Fokussierung auf Ereignisse und Interventionen, die im Auftrag des Untersuchungsausschusses unter Nr. 2 angesprochen werden.....</b>	<b>4</b>
1.1.1. Die Instrumente der Aufsichtsbehörde .....	4
1.1.2. Erkenntnisquellen: Akten des Ministeriums für Soziales, Gesundheit, Wissenschaft und Gleichstellung (MSGWG) .....	4
1.1.3. Der Friesenhof: Seine Teileinrichtungen und die Zeitpunkte der jeweiligen Eröffnungen/Umstrukturierungen/Schließungen .....	5
1.1.4. Anlässe für das Tätigwerden der Heimaufsicht .....	6
<b>1.2. Auswertung der Behördenakten aus den Jahren 2007 bis 2015.....</b>	<b>6</b>
1.2.1. Dokumente aus dem Jahr 2007:.....	6
1.2.2. Dokumente aus dem Jahr 2008.....	7
1.2.3. Dokumente aus dem Jahr 2009.....	7
1.2.4. Dokumente aus dem Jahr 2010.....	8
1.2.5. Dokumente aus dem Jahr 2011.....	9
1.2.6. Dokumente aus dem Jahr 2012.....	9
1.2.7. Dokumente aus den Jahren 2013/2014/2015.....	9
1.2.8. Auflagenverfügung bezüglich der Einrichtungen Nanna, Campina und Charlottenhof am 30. Januar 2015 und weiteres Verfahren .....	13
1.2.9. Widerruf der Erlaubnis am 3. Juni 2015 .....	14
<b>1.3. Bewertung aus rechtlicher Sicht .....</b>	<b>15</b>
<b>2. Zur Personalausstattung der Einrichtung und gebotene Reaktionen der Aufsichtsbehörde .....</b>	<b>15</b>
<b>2.1. Fokussierungen auf Ereignisse und Interventionen, die im Auftrag des Untersuchungsausschusses unter Nr. 3 angesprochen werden .....</b>	<b>15</b>
2.1.1. Die Personalvereinbarung als Prüfungsmaßstab.....	16
2.1.2. Personalveränderungen in den Teileinrichtungen .....	17

<b>3.</b>	<b>Zur Auflagenverfügung des Ministeriums für Soziales, Gesundheit, Wissenschaft und Gleichstellung vom 30. Januar 2015 .....</b>	<b>18</b>
<b>3.1.</b>	<b>Fokussierung auf Ereignisse und Interventionen, die im Auftrag des Untersuchungsausschusses unter Nr. 1d angesprochen werden .....</b>	<b>18</b>
<b>3.2.</b>	<b>Prüfung der einzelnen Anordnungen .....</b>	<b>18</b>
3.2.1.	<i>Es wird untersagt, dass die Betreuten sich vor dem Betreuungspersonal nackt ausziehen müssen.....</i>	<i>18</i>
3.2.2.	<i>Es wird untersagt, dass den Betreuten persönliche Dinge, soweit es sich nicht um gefährliche Gegenstände handelt, sowie die persönliche Kleidung (inklusive Schuhe) weggenommen werden. ....</i>	<i>19</i>
3.2.3.	<i>Den Betreuten ist die Möglichkeit des unbeobachteten Rückzugs in die Zimmer zu geben, soweit dies nicht aufgrund des konkreten Falls akuter Selbstgefährdung ausgeschlossen ist. Ein solcher Fall ist zu dokumentieren. ....</i>	<i>19</i>
3.2.4.	<i>Den Betreuten ist die Kontaktaufnahme zu ihren Personensorgeberechtigten/Vormund zu ermöglichen. Den Betreuten ist das ungestörte Telefonieren in Abwesenheit von Betreuungspersonen zu ermöglichen. Kontaktverbote dürfen nicht als Sanktion eingesetzt werden. ....</i>	<i>19</i>
3.2.5.	<i>Es wird untersagt, Briefe und andere Postsendungen von den oder an die Betreuten zu öffnen, zu lesen oder zurückzuhalten. ....</i>	<i>20</i>
3.2.6.	<i>Kollektivstrafen sind unzulässig. Ebenso ist es untersagt, entwürdigende Maßnahmen, insbesondere „Aussitzen“, Anschreien, Beschimpfungen, Wecken zur Nachtzeit (außer in Notfällen), Essensentzug, Zwang zur Essenaufnahme, Zwang zum Tragen bestimmter Kleidung, Zwang zum Entkleiden, Sprechverbot, Strafsport, Sport zur Nachtzeit etc. anzuwenden. ....</i>	<i>20</i>
3.2.7.	<i>Die Anfertigung von Film-und Fotoaufnahmen von Betreuten ist unzulässig. ....</i>	<i>20</i>
3.2.8.	<i>Es ist zu gewährleisten, dass immer mindestens eine weibliche Fachkraft im Tagesdienst und eine weibliche Betreuungskraft im Nachtdienst zugegen ist.....</i>	<i>20</i>
3.2.9.	<i>Die Beaufsichtigung und Kontrolle der Betreuten durch andere Betreute wird untersagt. Sollte aus Gründen der Selbst-oder Fremdgefährdung eine dauernde Beaufsichtigung für einen begrenzten Zeitraum erforderlich sein, hat diese durch qualifiziertes Betreuungspersonal (Fachkraft) zu erfolgen und ist zu dokumentieren. .</i>	<i>21</i>
3.2.10.	<i>Die Rettungswege sind frei zu halten. Die Fenstergriffe sind sofort wieder anzubauen und dürfen nicht entfernt oder die Fenster anderweitig blockiert werden.....</i>	<i>21</i>
3.2.11.	<i>Soll in einem konkreten und begründeten Einzelfall von einer der Auflagen in Ziffern 1.1-1.7 abgewichen werden, so ist dies unter der Angabe und dem Nachweis von Gründen beim Landesjugendamt anzuzeigen und zu dokumentieren.....</i>	<i>21</i>
<b>3.3.</b>	<b>Ergebnis .....</b>	<b>21</b>
<b>4.</b>	<b>Der Blick auf die verschiedenen Verantwortungsebenen und das Gebot der Herstellung von Konkordanz.....</b>	<b>22</b>

# **1. Zur Aufsichtspraxis des Ministeriums für Soziales, Gesundheit, Wissenschaft und Gleichstellung im Hinblick auf Mängel oder Gefährdungstatbestände seit dem Jahre 2007**

## **1.1. Fokussierung auf Ereignisse und Interventionen, die im Auftrag des Untersuchungsausschusses unter Nr. 2 angesprochen werden**

### **Frage des Untersuchungsausschusses:**

*„Lassen die durch den Ersten Parlamentarischen Untersuchungsausschuss der 18. Wahlperiode des Schleswig-Holsteinischen Landtags beigezogenen Akten insbesondere des Ministeriums für Soziales, Gesundheit, Wissenschaft und Gleichstellung erkennen, dass auf die Hinweise oder tatsächlichen Anhaltspunkte bezüglich Mängeln oder Gefährdungstatbeständen in der Kinder- und Jugendhilfeeinrichtung Friesenhof ab dem Jahr 2007 durch die Aufsichtsbehörde in der rechtlich möglichen und rechtlich gebotenen Weise gemäß § 45 Abs. 6 und 7 SGB VIII reagiert wurde“*

### **1.1.1. Die Instrumente der Aufsichtsbehörde**

Zu den Reaktionsmöglichkeiten von Aufsichtsbehörden allgemein nach § 45 Abs. 6 und 7 SGB VIII („Prüfungsmaßstab“) wird auf die Ausführungen in Teil I verwiesen.

### **1.1.2. Erkenntnisquellen: Akten des Ministeriums für Soziales, Gesundheit, Wissenschaft und Gleichstellung (MSGWG)**

Von Seiten des 1. Untersuchungsausschusses des Schleswig-Holsteinischen Landtages wurden den Autoren die nachfolgenden Aktenbände (römische Zahlen) – bezogen auf einzelne Teileinrichtungen und in einzelne Abschnitte unterteilt (arabische Zahlen) – zur Verfügung gestellt:

I:	Campina	1 - 2
II:	Campina	3
	Birkenhof	4
III:	Klaus-Groth-Str. 7, Wesselburen	5
	Gorch-Fock-Straße 10	s. b. W. Heide
	Elbenhof	7
	s. b. W. Tellingstedt	8
	Ditmarscher Haus	9
IV:	Mädchencamp Nanna	10 - 12
V:	Mädchencamp Nanna	13 - 15

VI	Charlottenhof	16 - 18
VII:	Charlottenhof	19 - 20
VIII:	Charlottenhof/Nanna	21 - 23
IX:	Campina/Birkenhof/Charlottenhof	38 – 45

Bei den nachfolgenden Fundstellennachweisen werden die arabischen Zahlen für die jeweiligen Abschnittsakten sowie die Seitenzahlen dieser Akten verwendet.

### 1.1.3. Der Friesenhof: Seine Teileinrichtungen und die Zeitpunkte der jeweiligen Eröffnungen/Umstrukturierungen/Schließungen

Die Einrichtung Friesenhof setzt sich aus folgenden Teileinrichtungen zusammen, die zwar unter einer gemeinsamen Trägerschaft stehen, aber im Hinblick auf die Anwendung der Vorschriften über den Schutz von Kindern und Jugendlichen in Einrichtungen (§§ 45 ff. SGB VIII) getrennt zu betrachten sind, wengleich Entwicklungen und Krisen in den einzelnen Teileinrichtungen auch in einer Wechselwirkung mit Entwicklungen in den anderen Teileinrichtungen bzw. dem Gesamtkonzept des Trägers stehen.

Name	Eröffnung (Erteilung der Betriebserlaubnis)	Inhalt bzw. Änderung der Betriebserlaubnis
Campina	24. August 2011	
Birkenhof	9. Juli 2002	16. August 2010 (Alter ab 12 – bisher 16 Jahren)
Mädchencamp Nanna	12. August 2005 16. August 2010 7. April 2011	14 Plätze ab 12 Jahren Plätze ab 8 Jahren Aufnahme eines Jugendlichen zwischen 16 und 18
Elbenhof	13. August 2008	16. August 2010: Alter ab 12 Jahren vorübergehende Schließung 4. Juli 2015 (Krankenstand)
Friesenhof Klaus-Groth-Str. 7	1. Oktober 1990	Betriebserlaubnis erlischt auf Antrag zum 13. März 2014
Sonstige betreute Wohnform Gorch Fock-Str. 10, Heide	7. Dezember 2000	
Sonstige betreute Wohnform Tellingstedt (Mutter-Kind-Einrichtung)	14. Oktober 2008	Rückwirkendes Erlöschen der Betriebserlaubnis zum 31. August 2011 (8/43)
Dithmarscher Haus	8. September 2006	
Charlottenhof	1. Oktober 1999	15 Kinder von 3 bis 18 Jahren

#### **1.1.4. Anlässe für das Tätigwerden der Heimaufsicht**

Nachfolgend erfolgt eine Auswertung der oben näher bezeichneten Akten im Hinblick auf

- **Meldungen** nach § 47 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB VIII: „Ereignisse oder Entwicklungen, die geeignet sind, das Wohl der Kinder und Jugendlichen zu beeinträchtigen“
- **Beschwerden** über die Arbeit des Trägers von Seiten der betreuten Mädchen, ihrer Eltern sowie von dritter Seite (örtlich zuständige Jugendämter, Polizei usw.)
- Hinweise und Erkenntnisse, die die Heimaufsicht anlässlich angemeldeter oder nicht angemeldeter **örtlicher Prüfungen** (§ 46 SGB VIII) gewonnen hat

Solche Beschwerden und Vorkommnisse können – wie es Christian Schraper in seinem Gutachten vom 27.11.2015 bezeichnet – als kritische Ereignisse bezeichnet werden, da sie als Hinweis für eine mögliche Beeinträchtigung des Wohls der betreuten Kinder und Jugendlichen gewertet werden dürfen.

#### **1.2. Auswertung der Behördenakten aus den Jahren 2007 bis 2015**

Die Auswertung der Akten/Dokumente bezieht sich entsprechend dem Auftrag des Untersuchungsausschusses auf die Jahre **2007-2015**

##### **1.2.1. Dokumente aus dem Jahr 2007:**

Die dokumentierten Hinweise und Meldungen im Jahr 2007 beziehen sich auf die Teileinrichtungen Charlottenhof, Mädchencamp Nanna und Dithmarscher Haus.

##### **1. Meldung: Schäden im Charlottenhof**

Aufgrund von Informationen über Vorgänge im Charlottenhof (angebliche Übergriffe durch Personal, Schimmel in den Räumen – Schreiben Frau D. vom 4. März) kommt es am 14. März zu einer örtlichen Prüfung, wo sich die Vorwürfe nicht bestätigen: zwar „Abnutzung“, aber kein Gefährdungszustand.

##### **2. Meldung: Gewalt im Charlottenhof**

23. April: Ein Mitarbeiter im **Charlottenhof** droht Jugendlichen mit dem Schlagstock, wird aber unverzüglich von der Leitung gekündigt (18/26).

##### **3. Meldung: Inobhutnahme**

17. Oktober: Der Kreis Dithmarschen meldet die Inobhutnahme von Sonja G., die nicht in das Mädchencamp Nanna zurück möchte (11/61). Dazu fordert die Heimaufsicht am 24. Oktober eine schriftliche Stellungnahme. Die Trägerin räumt mit Schreiben vom 8. November ein, dass Sonja von Mitgliedern der Mädchengruppe geschlagen, gefesselt und geduscht worden sei, die Vorgänge seien aber mit dem Fachkräfteteam besprochen worden (11/64).

##### **4. Meldung über Drogengebrauch**

Die Hausleitung meldet am 21. Dezember Drogengebrauch im Dithmarscher Haus (9/49) und kündigt schärfere Kontrollen der Kinder und Jugendlichen an.



## **5. Angemeldete Besuche in den Teileinrichtungen**

14. März: Angemeldeter Besuch im Mädchencamp Nanna: keine Beanstandung.
16. Mai: Angemeldeter Besuch im Charlottenhof, Trägerin kündigt an, dass sie die Einrichtung zum 1. Juni schließen und renovieren will.
17. Juli: Angemeldeter Besuch im Charlottenhof: Beratung, keine Beanstandungen.
4. August: Angemeldeter Besuch: keine Beanstandungen.

## **6. Angemeldeter Besuch in der Geschäftsstelle am 20. November (9/47)**

Gesprochen wurde über das Mädchencamp Nanna, den Charlottenhof, das Dithmarscher Haus sowie die Teileinrichtung in Karolinenkoog. Vermerkt wurde von der Heimaufsicht, dass es bei den Besichtigungen der Einrichtungen keinen Anlass zur Beschwerde gegeben habe.

**Zusammenfassend** kann festgestellt werden, dass

- die Heimaufsicht aufgrund der Meldungen die Leitung der Einrichtung zur Stellungnahme aufgefordert hat und
- die Antworten einen Einblick in die erzieherischen Herausforderungen der Einrichtung vermittelt haben bzw.
- die Bereitschaft der Einrichtung zeigten, notwendige Konsequenzen zu ziehen.

Hinzu kommen angemeldete bzw. nicht angemeldete Besuche der Heimaufsicht, bei denen keine Mängel festgestellt wurden.

### **1.2.2. Dokumente aus dem Jahr 2008**

Aus den Akten ergeben sich keine Hinweise auf Meldungen oder sonstige Anlässe für ein Tätigwerden der Heimaufsicht.

### **1.2.3. Dokumente aus dem Jahr 2009**

Die Hinweise und Beschwerden betreffen das Mutter-Kind -Haus Tellingstedt, das Mädchencamp Nanna, und den Charlottenhof.

#### **1. Beschwerde über das Mutter-Kind-Haus Tellingstedt**

Eine Kindsmutter beschwert sich am 7. April über Zustände in der Mutter-Kind-Einrichtung Tellingstedt, die Darstellung wird von der Heimleitung zurückgewiesen (8/33–39). Die Besichtigung durch die Heimaufsicht ergibt, dass das Haus zweckentsprechend gestaltet und ausgestattet ist (8/40).

#### **2. Das Interesse der Einrichtung an unangemeldeten Besuchen**

Im Zusammenhang mit einer Meldung über den Versuch fremder Mädchen, ein Mädchen im Mädchencamp Nanna zur Flucht zu bewegen, bittet die Heimleitung am 25. Mai die Heimaufsicht, zum Schutz bzw. zur Entkräftung von Anschuldigungen seitens einzelner

Bewohnerinnen gegen das Personal der Einrichtung den Friesenhof – insbesondere das Mädchen camp Nanna – künftig durch unangemeldete Besuche zu kontrollieren (11/83).

### **3. Meldung über Brandstiftung**

Der Friesenhof meldet eine Brandstiftung im Mädchen camp Nanna (9. Juli), die Einrichtung schaltet den vorbeugenden Brandschutz des Kreises ein.

### **4. Gravierende Mängel im Mädchen camp Nanna**

Bei einem nicht angemeldeten Besuch im Mädchen camp Nanna am 28. Juli wurden gravierende Mängel in der Einrichtung festgestellt. Bei einem erneuten Besuch am 6. August wurde festgestellt, dass sie inzwischen weitgehend beseitigt worden waren.

### **5. Angemeldete Besuche im Mädchen camp Nanna, im Elbenhof und im Charlottenhof**

Bei den angemeldeten Besuchen am 8. August gab es keine Gründe für Beanstandungen.

**Zusammenfassung:** Für das Jahr 2009 enthalten die Akten mehrere Beschwerden, die zum Teil von den für den jeweiligen Hilfeprozess zuständigen Jugendämtern weitergeleitet worden waren:

- Beschwerde einer jungen Mutter über die Zustände in der Mutter-Kind-Einrichtung Tellingstedt
- Beschwerde eines Mädchens über den baulichen Zustand im Charlottenhof
- Beschwerde eines Mädchens, die Einrichtung kümmere sich nicht um ihre Verletzung am Fuß.

In allen Fällen hat das Landesjugendamt die Leitung der Einrichtung um Stellungnahme gebeten bzw. sich im Rahmen einer örtlichen Prüfung von den Zuständen Kenntnis verschafft. Ein Anlass für ein weiteres bzw. förmliches Einschreiten war nicht erkennbar.

## **1.2.4. Dokumente aus dem Jahr 2010**

### **1. Fehlende Rufbereitschaft im Charlottenhof**

Im Zusammenhang mit dem aggressiven Verhalten eines Mädchens, das von der Polizeistation abgeholt werden sollte, rügt die Polizei eine fehlende Rufbereitschaft im Charlottenhof. Die Trägerin wird zur Stellungnahme aufgefordert und weist darauf hin, dass die Rufbereitschaft an diesem Tag an verschiedenen Orten tätig werden musste (18/92).

### **2. Meldung über angeblichen Psychoterror in der Einrichtung Charlottenhof**

Eine Meldung von dritter Seite wird durch den Anwalt des Trägers zurückgewiesen und mit der Androhung strafrechtlicher Verfolgung wegen Rufschädigung beantwortet (18/102)

### **3 Angemeldete Besuche im Mädchencamp Nanna, im Birkenhof und im Elbenhof am 10. August**

Ein angemeldeter Besuch im Mädchencamp Nanna, im Birkenhof und im Elbenhof im Zusammenhang mit der Erweiterung der Betriebserlaubnis hat ergeben, dass der Birkenhof sich in einem schlichten und soliden Zustand befindet und im Hinblick auf die anderen Einrichtungen keine Beanstandungen zu erheben sind (11/99).

**Zusammenfassung:** Während des Jahres gab es wenige Beschwerden bzw. Meldungen. Aus den angeforderten Stellungnahmen ergaben sich keine Hinweise für die Aufsichtsbehörde, tätig werden zu müssen.

#### **1.2.5. Dokumente aus dem Jahr 2011**

Im Jahr 2011 gab es keine Meldungen oder Beschwerden an die Heimaufsicht.

#### **1.2.6. Dokumente aus dem Jahr 2012**

Ausgelöst durch mehrere Beschwerden von Schülerinnen wurden bei einem angemeldeten Betriebsbesuch im Charlottenhof an 4. Mai keine Anhaltspunkte für eine Gefährdung der untergebrachten Kinder und Jugendlichen festgestellt (18/154).

Bei einem unangemeldeten Besuch im Friesenhaus Klaus-Groth-Str. 7, Wesselburen, am 28. August wurden erhebliche Mängel festgestellt. Daraufhin erhält die Einrichtung am 2. Oktober eine (formlose) Belegungssperre bis zur Beseitigung der Mängel (5/112).

**Zusammenfassung:** Die Beschwerden konnten durch eine örtliche Prüfung zwar entkräftet werden, auf die festgestellten Mängel hat die Heimaufsicht gleichwohl mit einer förmlichen Belegungssperre reagiert.

#### **1.2.7. Dokumente aus den Jahren 2013/2014/2015**

##### **„1. Welle“ – 2013 bis Februar 2014: Vorgänge in der Einrichtung Nanna und Beschwerden über sie (11/256)**

a) Zu einer Zuspitzung der Lage kommt es im Oktober/November 2013 aufgrund der wiederholten Beschwerden von Herrn H. (seit September 2012 als Erzieher beschäftigt) in Bezug auf das Mädchencamp Nanna (Beschwerden vom 23. Oktober/2. November/7. November/8. November/15. November/28. November/2. Dezember).

Der Mitarbeiter H. kritisiert

- die mangelnde fachliche Qualifikation des Personals
- die Differenz zwischen realen Abläufen und dem Konzept der Einrichtung
- die schlechte Personalsituation (insbesondere Mail vom 2. und vom 28. November).

b) Die Heimaufsicht reagiert

- mit einer unangemeldeten örtlichen Prüfung im Mädchencamp Nanna am 24. Oktober 2013, bei der auch die Bewohnerinnen befragt werden (11/137)
- mit der Anforderung des aktuellen Konzepts am 28. Oktober 2013 beim Friesenhof (11/199), das am 7. November übersandt wird (11/219)
- mit einem erneuten Schreiben an den Friesenhof am 28. November 2013, in dem zur Stellungnahme auf die Beschwerden aufgefordert und am Ende auf die Möglichkeit des Entzugs der Betriebserlaubnis hingewiesen wird (11/256).

c). Reaktion der Einrichtung

Der von der Einrichtungsleitung bestellte Rechtsanwalt Meier (Hamburg)

- zeigt am 3. Dezember 2013 sein Mandat an und beantragt Akteneinsicht (11/267)
- nimmt am 6. Januar sowie insbesondere am 23. Januar 2014 zu den Fragen im Schreiben vom 28. November 2013 Stellung (12/47). Er geht auf die einzelnen Beschwerdepunkte ein und rechtfertigt das kritisierte Verhalten des Personals mit erzieherischen Argumenten.

Die Heimaufsicht antwortet dem Anwalt am 18. Februar 2014, dass sie derzeit keinen weiteren Klärungsbedarf sieht und bietet Beratung an (12/80).

**„2. Welle“ – April 2014/Mai 2014: Personalsituation in der Gesamteinrichtung**

Die Stichtagsmeldungen zum 30. Dezember 2013 haben die Heimaufsicht zum Tätigwerden veranlasst.

So stellt die Heimaufsicht in den Einrichtungen Elbenhof (1/157), Birkenhof (4/156), Dithmarscher Haus (9/66), Nanna (12/97) und Charlottenhof (19/12) erhebliche Defizite im Personalbestand fest: **Statt 25,1 Fachkräften, wie in der Rahmenvereinbarung als Personalschlüssel vorgesehen, sind nur 14,0 Fachkräfte im Einsatz.**

Die Heimaufsicht informiert den Träger am 26./27. März 2014 über den festgestellten Ist-Stand – bezogen auf die einzelnen Teileinrichtungen:

Teileinrichtung	Soll	Ist	Differenz am	Zum Vergleich: Ist-Stand am 15.5.2014
Elbenhof	4,6	2,5	2,1	5,5
Mädchencamp Nanna	6,6	4,2	2,4	7,5

<b>Charlottenhof</b>	<b>7,</b>	<b>4,3</b>	<b>2,8</b>	<b>6</b>
<b>Birkenhof</b>	<b>3,4</b>	<b>1,25</b>	<b>2,15</b>	
<b>Dithmarscher Haus</b>	<b>3,4</b>	<b>1,75</b>		<b>2,75</b>
<b>Campina</b>				<b>5,75</b>
<b>Gesamt</b>	<b>25,1</b>	<b>14,0</b>	<b>11,1</b>	

Daraufhin findet am 7. April 2014 auf Bitten des Trägers der Einrichtung ein Beratungsgespräch statt (Vermerk s. 1/160; 4/153; 9/67; 12/100 und 19/16). Bei diesem Gespräch wird vereinbart, dass das Personal bis zum 1. Mai aufgestockt werden soll, andernfalls würden Auflagen erteilt. Die Einrichtungsleitung teilt mit, dass die Teileinrichtung Birkenhof geschlossen werden soll und die Kinder und das Personal auf die anderen Einrichtungen verteilt werden sollen. In einem Schreiben über die Gesprächsinhalte vom 8. April ordnet die Heimaufsicht einen Belegungsstopp an und verbietet die Einstellung von Nichtfachkräften.

In einem nachfolgenden Beratungsgespräch am 19. Mai informiert die Trägerin die Heimaufsicht über die aktualisierte Besetzung (s. dazu die Angaben in der vorangehenden Übersicht – letzte Spalte). Die Heimaufsicht stellt dazu in ihrem Schreiben vom 21. Mai fest, dass bei derzeitiger Nichtbelegung von Birkenhof **der Fachkräfteschlüssel ausreichend** sei (1/168; 12/108).

**Stellungnahme:** Die sich bereits Ende des Jahres 2013 abzeichnende dramatische Personalsituation wurde – soweit sich dies aus den Akten rekonstruieren lässt – gegenüber der Einrichtung erst am 27. März 2014 thematisiert. Hier wäre eine zügigere Reaktion möglich gewesen. Der Personalengpass ist aber sodann durch die Nichtbelegung der Häuser Elbenhof und Birkenhof (vorübergehend) beseitigt worden (Vermerk vom 21. Mai 2014).

Die Heimaufsicht hat sich in dieser Phase auf die Ausgestaltung des erzieherischen Konzepts der Einrichtung konzentriert. Es wurde allerdings nicht gesondert geprüft, ob die Praxis von diesem Konzept abweicht. Vor dem Hintergrund der andauernden Kritik an der Erziehungspraxis in der Einrichtung erscheinen ihr (unangemeldete) Besuche und Gespräche mit den Mädchen notwendig („Heimeinsicht“).

Nach einem ersten Gespräch am 24. Oktober 2013 kam es erst am 7. August 2014 zu einem erneuten Gespräch im Mädchen camp Nanna, also mehr als 9 Monate später.

### **„3. Welle“ – August 2014 bis 2015: Zuspitzung der Situation im Mädchencamp Nanna – die pädagogische Praxis**

#### *Meldungen über Entweichungen aus dem Mädchencamp*

Der Friesenhof meldet am 5. August 2014 eine zunehmende Zahl von Entweichungen aus dem Mädchencamp Nanna (12/146). Die Zahl der Entweichungen sei seit der Mitteilung der Kündigung von vier Mitarbeitern sprunghaft angestiegen. Die Heimaufsicht reagiert mit einem Gesprächstermin am 7. August (12/150). An dem Gespräch nehmen die Leitung, das Personal sowie die Mädchen teil. Die Leitung teilt mit, dass das Konzept des „Bootcamp“ von Herrn Kannenberg übernommen worden und jetzt auf die Arbeit mit Mädchen übertragen worden sei (Stufen- und Punktesystem).

#### *Kritische Einschätzung der Situation durch die Heimaufsicht*

In einem ergänzenden Vermerk zum Handlungsbedarf in der Einrichtung Nanna notiert die Heimaufsicht aufgrund der Beschwerden der Mädchen am 9. September 2014: „Auf Basis der vorliegenden Informationen sind die offiziellen bzw. inoffiziellen internen Strukturen aus pädagogischer und rechtlicher Sicht als problematisch einzustufen“ (12/176). Die Leitung der Einrichtung wird von der Heimaufsicht um eine Stellungnahme zu den Vorwürfen und um ein Gespräch gebeten, das nach längerem Schriftwechsel mit dem Rechtsanwalt M. am 24. November stattfindet.

#### *Beschwerden von Mädchen/Konzeption der Einrichtung*

Zwischenzeitlich erreichen die Heimaufsicht (weitere) Beschwerden von Mädchen über Kontrollen der Briefkontakte, das Verhalten von Betreuern und die Anwendung von Gewalt (12/204). In einer Stellungnahme der Hausleitung werden die Beschuldigungen abgestritten oder das Verhalten wird mit erzieherischen Gründen legitimiert (12/218). Daraufhin findet am 24. November 2014 im Ministerium ein Gespräch zu den Beschwerden der Mädchen, zum konfrontativen Ansatz und zu Beschwerdemöglichkeiten bei der Heimaufsicht statt. Die Heimleitung sagt eine neue pädagogische Konzeption zu und wirft der Heimaufsicht vor, dass die Meldungen der Jugendlichen durch Besuche und Äußerungen des Landesjugendamtes im August provoziert würden. Die Heimaufsicht weist darauf hin, dass den Betreuten Gelegenheit zu geben sei, sich mit dem zuständigen Jugendamt und der Heimaufsicht in Verbindung zu setzen. Im März 2015 solle anhand einer entsprechenden Leistungsbeschreibung eine neue Entgeltvereinbarung mit dem Kreis geschlossen werden (12/226; 12/232).

**In der Folgezeit werden** Leistungen (und damit die Aufenthalte in der Einrichtung) von den zuständigen Jugendämtern abgebrochen bzw. beendet, die Kinder- und Jugendpsychiatrie in der Region (Klinikum Schleswig) berichtet über Aussagen von Mädchen über die Zustände im Friesenhof, über Entweichungen, die Kündigung von Fachkräften, über Beschwerden über Fixierungen und dass Übergriffe durch das Personal andauerten. Daraufhin lädt die Heimaufsicht am 7. Januar 2015 die Einrichtungsleitung und die Leitung der Kinder- und Jugendpsychiatrie im Klinikum Schleswig zu einem Gespräch über die Aussagen der Mädchen in das Landesjugendamt ein (12/250; 13/17).

Außerdem fordert die Heimaufsicht die Einrichtung am 20. Januar 2015 auf (13/43), rückwirkend zum 1.1.2014

- sämtliche Entweichungen aus den Teileinrichtungen sowie
- besondere Vorkommnisse zu melden.

Dieser Aufforderung kommt die Einrichtung über ihren Rechtsanwalt M. nach Fristverlängerung mit Schreiben vom 3. Februar 2015 nach (13/17).

In einem Vermerk zum aktuellen Sachstand vom 23. Januar 2015 (13/73) werden von der Heimaufsicht die aktuellen Beschwerden aufgelistet, die den Aussagen von Mädchen während der örtlichen Prüfungen im Oktober 2013 und im August 2014 ähneln. Die Heimaufsicht hält eine Klärung für notwendig, ob die Betriebserlaubnis für die Einrichtung zu widerrufen ist, da die Trägerin der Einrichtung nicht in der Lage sei, das Kindeswohl zu sichern (Suizidversuche, Entweichungen, Misshandlungen etc.). Sie veranlasst wenige Tage später am 28. Januar 2015 eine **örtliche Prüfung** (2/49) in den Teileinrichtungen Nanna, Campina und Charlottenhof (13/83) und führt dabei Gespräche mit den Mädchen und Mitarbeiterinnen.

Im zusammenfassenden Vermerk über die örtliche Prüfung wird festgehalten, dass die Zustände und Vorgehensweisen in den Einrichtungen Nanna und Campina nicht tolerierbar und sofortige Schutzmaßnahmen einzuleiten seien, da weder pädagogische Grundregeln noch die der Menschenwürde und Menschenrechte eingehalten würden (13/106). Dabei setzt sich die Heimaufsicht auch mit den zu erwartenden Einwänden von Seiten der Heimleitung bzw. ihrer anwaltschaftlichen Vertretung auseinander und bemerkt dazu: *„Der von Herrn M. zu erwartende Einwand, die Mädchen würden alle lügen, um die Einrichtung wieder verlassen zu dürfen, kann nicht als Gegenargument gewertet werden. Besonders aus den Erfahrungen aus den Aufarbeitungen in der geschlossenen Einrichtung in Glücksburg ist deutlich geworden, dass eine Schuldzuweisung und eine damit verbundene Behandlungsweise der jungen Menschen nur dazu diene, Erniedrigung und Misshandlung zu rechtfertigen“* (13/106).

#### **1.2.8. Auflagenverfügung bezüglich der Einrichtungen Nanna, Campina und Charlottenhof am 30. Januar 2015 und weiteres Verfahren**

Bezugnehmend auf die örtliche Prüfung am 28. Januar erlässt die Heimaufsicht zwei Tage später eine Auflagenverfügung bezüglich der Einrichtungen Mädchencamp Nanna, Campina und Charlottenhof (13/110) mit detaillierten Vorgaben, um künftig eine Praxis, wie sie von den Mädchen geschildert worden ist, zu unterbinden.

Mit Schreiben vom 15. Februar 2015 wehrt sich die Einrichtung über ihre rechtliche Vertretung gegen die Auflagenverfügung. Sie sei nicht erforderlich und nicht verhältnismäßig, die Auflagen würden sehr grundsätzliche erzieherische Maßnahmen untersagen, die zwar im Einzelfall unangemessen sein könnten, in anderen Fällen aber unabdingbar erzieherisch erforderlich seien (14/116).

Daraufhin wird ein Beratungsgespräch über die Inhalte der Verfügung für den 26. Februar 2015 vereinbart (14/152; 14/163). Vorsorglich (zur Fristwahrung) erhebt der Anwalt der Einrichtung am 1. März 2015 Klage gegen die Auflagenverfügung.

Nach dem Beratungsgespräch am 26. Februar 2015, in dem über Änderungen der Inhalte der Auflagenverfügung gesprochen worden ist (14/163), wird deutlich, dass zwischen der Heimaufsicht und der rechtlichen Vertretung der Einrichtung ein **Dissens über die angemessene Verfahrensweise** besteht. Während das Ministerium rechtlich betrachtet von einer Veränderung der Verfügung ausgeht, verlangt der Anwalt deren Ersatz durch eine Vereinbarung (14/176). Nachdem der Anwalt mit Schreiben vom 16. März 2015 auf dem Ersatz der Verfügung durch eine Vereinbarung beharrt (14/192), geht das Ministerium am 25. März auf den Vorschlag ein. Nach einer Verständigung auf weitere inhaltliche Änderungen wird eine solche Vereinbarung im April von beiden Seiten unterschrieben und die eingereichte Klage von Seiten der Einrichtung zurückgenommen (15/11; 15/17).

Während dieser Zeit (Februar/März/April 2015) werden weitere Entweichungen gemeldet. Die im Mädchencamp Nanna untergebrachten Mädchen werden in die Einrichtung Campina verlegt, diese soll umfangreich renoviert werden (15/23). Dazu übersendet die Einrichtungsleitung ein neues Konzept an die Heimaufsicht (15/29).

#### **1.2.9. Widerruf der Erlaubnis am 3. Juni 2015**

Um festzustellen, ob die Vereinbarung vom 15. April 2015 umgesetzt wird, nimmt die Heimaufsicht am 1. Juni 2015 eine **unangemeldete örtliche Prüfung** in den Einrichtungen Campina und Charlottenhof vor und befragt dabei Mitarbeiterinnen und die untergebrachten Mädchen (15/61). Daraufhin wird mit Verfügung vom 3. Juni 2015 nach Anhörung der Trägerin die Betriebserlaubnis für die Einrichtungen Campina und Nanna widerrufen; mit Schreiben vom 15. Juni 2015 wird der Widerruf im Einzelnen begründet (38/10).

Dabei kommt die Heimaufsicht zu dem Ergebnis, dass eine Gefährdung des Wohls der betreuten Kinder vorliege, weil

1. sich in der Einrichtung eine Umgangspraxis mit den Betreuten entwickelt habe, die konzeptionell nicht ausreichend hinterlegt gewesen sei und Rechtsverletzungen regelhaft befördert habe,
2. die gesundheitliche und medizinische Betreuung der Kinder durch Fachpersonal nicht ausreichend gewährleistet worden sei,
3. die Betreuung der Kinder und Jugendlichen nicht durch geeignete Fachkräfte sichergestellt worden sei und
4. die Kontrolle wegen fehlerhafter und unvollständiger Personalmeldungen erschwert worden sei.



### **1.3. Bewertung aus rechtlicher Sicht**

An der aus den Akten zu entnehmenden Darstellung der Abläufe zeigt sich, dass die Heimaufsicht im Prüfungszeitraum ab dem Jahr 2007 im Rahmen einer rechtlich möglichen und rechtlich gebotenen Weise gemäß § 45 Abs. 6 und 7 SGB VIII reagiert hat. So ist die Aufsichtsbehörde den Meldungen und Beschwerden nachgegangen und hat den Betrieb der Teileinrichtungen beratend begleitet. Dabei hat sie auch angekündigte und unangekündigte örtliche Prüfungen vorgenommen, bei denen das Personal und die untergebrachten Mädchen befragt worden sind.

Im Einzelnen lassen sich im **Zeitraum von 2007 bis 2013** keine Sachverhalte identifizieren, die Anlass für förmliche Maßnahmen der Heimaufsicht geboten hätten. Entweder erwiesen sich die jeweiligen Meldungen als unzutreffend oder aber es gelang auf dem Wege der Beratung, die Situation in der Einrichtung zu verbessern bzw. durch die Beteiligung anderer Behörden wie Kreisgesundheitsamt oder den Brandschutz die besonderen Vorkommnisse aufzuarbeiten. In diesem Zeitraum war die Personalsituation nicht Gegenstand von Hinweisen oder Beschwerden.

Eine deutliche **Eskalation ist erst ab Oktober 2013** erkennbar, wo es zu wiederholten Beschwerden eines Mitarbeiters und mehrerer Mädchen (zum Teil im Kontakt über die Eltern bzw. das örtlich zuständige Jugendamt) gekommen ist und die Zahl der Entweichungen deutlich zunimmt. Im Fokus steht dabei einerseits die Konzeption der Einrichtung und andererseits deren Umsetzung in der Praxis. Während sich aus der Konzeptbeschreibung zwar aus pädagogischer Sicht vielfältige Gründe für eine Reflexion des Konzepts und dessen Revision, aber wohl keine Anhaltspunkte für eine strukturelle oder individuelle Kindeswohlgefährdung ableiten lassen, stehen dieser Konzeption aber zahlreiche Hinweise auf eine zweifelhafte Praxis aggressiven Verhaltens und der Erniedrigung durch Fachkräfte in einzelnen Teileinrichtungen (Campina, Nanna) gegenüber, die ab Oktober 2013 zu einer Welle von Beschwerden und Vorwürfen seitens der Mitarbeiter und einiger in diesen Einrichtungen lebenden Mädchen führt.

Auch in diesem Zeitraum ist die Aufsichtsbehörde durch angemeldete und unangemeldete Besuche präsent gewesen und durch Beratung des Einrichtungsträgers, der häufig auch Vereinbarungen über die seitens der Einrichtung zu tätigen Schritte folgten, ihrem gesetzlichen Auftrag gerecht geworden.

## **2. Zur Personalausstattung der Einrichtung und gebotene Reaktionen der Aufsichtsbehörde**

### **2.1. Fokussierungen auf Ereignisse und Interventionen, die im Auftrag des Untersuchungsausschusses unter Nr. 3 angesprochen werden:**

#### **Frage des Untersuchungsausschusses**

*„Hätte die Aufsichtsbehörde, u. a. insbesondere auch vor dem Hintergrund der Aussage des Gutachters Prof. Dr. Schrappner vom 27. November 2015, dass die Ausstattung des Trägers*

*mit Fachkräften nie der Personalvereinbarung entsprochen hat, früher als tatsächlich erfolgt gemäß § 45 Abs. 6 und 7 SGB VIII Auflagen erteilen oder die Betriebserlaubnis für einzelne Teileinrichtungen widerrufen oder zurücknehmen können oder müssen?“*

### **2.1.1. Die Personalvereinbarung als Prüfungsmaßstab**

Die Aussage des Gutachters, auf die der Ausschuss Bezug nimmt, bezieht sich auf Vereinbarungen, wie sie das Jugendamt am Ort der Einrichtung mit dem Träger der Einrichtung über Leistungsangebote, Entgelte und Qualitätsentwicklung abschließt (§§ 78a ff. SGB VIII) bzw. auf Rahmenverträge auf Landesebene (§ 78 f. SGB VIII), die solchen Verträgen zugrunde liegen. So ist in den verschiedenen Vermerken der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Landesjugendamtes immer wieder von „dem in den derzeit gültigen Rahmenleistungsvereinbarungen festgelegten Personalschlüssel“ die Rede (z. B. 1/157; 4/156; 9/66; 12/97; 19/12).

Diese Vereinbarungen nach § 78b SGB VIII sowie die ihnen zugrunde liegenden Rahmenverträge (§ 78 f. SGB VIII) dienen – anders als die nach § 45 SGB VIII zu erfüllenden Mindestanforderungen – nicht (nur) 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. Die nach § 78b SGB VIII vereinbarten Leistungsangebote beinhalten deshalb über die bloße Gewährleistung des Kindeswohls hinausgehende, in Bezug auf die angesprochene Zielgruppe geeignete Leistungen zur Erziehung und Förderung von jungen Menschen, die sozialwissenschaftlich-fachlichen Standards entsprechen.

Die im Rahmen der Heimaufsicht nach den §§ 45 ff. SGB VIII zu prüfenden und von den Trägern der Einrichtung einzuhaltenden Standards werden nicht durch die Inhalte der Vereinbarungen nach § 78b SGB VIII oder der Rahmenvereinbarungen nach § 78 f. SGB VIII vorgegeben, sondern sind gesondert unter alleiniger Berücksichtigung des Zwecks dieser Vorschriften, nämlich dem Schutz von Kindern und Jugendlichen in Einrichtungen, zu definieren.

Die bloße Abweichung im Personalbestand von den Vorgaben solcher Vereinbarungen ist daher noch kein Indikator für aufsichtsrechtliche Maßnahmen. Hierzu bedarf es der Prüfung weiterer Kriterien wie der zeitlichen Dauer dieser Abweichungen, aber vor allem der sich aus solchen Abweichungen ergebenden Konsequenzen für den Schutz der Kinder und Jugendlichen in der Einrichtung. So hat etwa die Heimaufsicht ihre Entscheidung zum Widerruf der Betriebserlaubnis am 3. Juni 2015 zwar auch mit dem Mangel an geeignetem Fachpersonal begründet, dabei aber nicht auf quantitative Vorgaben in Vereinbarungen abgezielt, sondern diesen Mangel in Bezug zur anspruchsvollen Konzeption der Einrichtung gesetzt und daraus eine Gefährdung abgeleitet (38/10; 38/21).

### 2.1.2. Personalveränderungen in den Teileinrichtungen

Die Akten enthalten – bezogen auf die einzelnen Teileinrichtungen – Kopien der Personalmeldungen, die einen Einblick in die Personalveränderungen (Einstellung, Beendigung, Ummeldung) geben. Darüber hinaus enthalten die Akten jährliche Meldungen zur Belegung der Teileinrichtungen, denen häufig auch eine Personalübersicht beigelegt ist. Die Rechtsgrundlage dafür bildet § 47 SGB VIII, wonach der Träger einer erlaubnispflichtigen Einrichtung verpflichtet ist, jährlich für jede Einrichtung die Belegung (Stichtagsmeldungen) und die laufenden Veränderungen des Personals (Personalmeldungen) zu melden.

Abgesehen davon, dass die Personalvereinbarung für sich genommen keinen ausreichenden Prüfungsmaßstab für das Tätigwerden der Heimaufsicht darstellt, lässt sich aus den Akten nicht nachvollziehen, dass die Personalsituation eine „Dauerbaustelle“ in den Teileinrichtungen des Friesenhof gewesen wäre. Eine Überprüfung der Akten zu den einzelnen Teileinrichtungen hat ergeben, dass trotz einer erheblichen Personalfluktuations in einzelnen Teileinrichtungen (vor allem im Mädchencamp Campina) bis zum Jahre 2013 das Thema Personalsituation nicht Gegenstand von Beschwerden ist. Häufigere Nachfragen der Heimaufsicht nach polizeilichen Führungszeugnissen oder eine Aktualisierung der Personalübersicht können insoweit außer Betracht bleiben.

Erst im Zusammenhang mit den Meldungen und Beschwerden im **Herbst 2013** gewinnt das Thema Personalausstattung an Brisanz. Der zum 27. März 2014 festgestellte erhebliche Mangel im Personalbestand in den Teileinrichtungen Elbenhof, Mädchencamp Nanna, Charlottenhof, Birkenhof und Dithmarscher Haus (12/97) wurde aber durch eine Konzentration der Jugendlichen auf bestimmte Einrichtungen und die Schließung anderer Einrichtungen (Birkenhof) zum 21. Mai 2014 behoben (12/108).

Die vom Untersuchungsausschuss gestellte Frage geht deshalb von einer unzutreffenden Grundannahme aus. Ein konkreter Anlass zum Einschreiten ergab sich frühestens auf der Grundlage der Stichtagsmeldungen zum 30. Dezember 2013, die ein Beratungsgespräch am 7. April 2014 zur Folge hatten. Der dort aufgestellten Forderung der Heimaufsicht, das Personal bis zum 1. Mai entsprechend aufzustocken, andernfalls müssten Auflagen erteilt werden, kam die Einrichtung durch die Schließung der Teileinrichtung Birkenhof nach, so dass von Seiten der Heimaufsicht am 21. Mai festgestellt werden konnte, dass damit der Fachkräfteschlüssel ausreichend sei (12/108).

Dieses Ergebnis wird von dem zitierten Gutachter in seinem Gutachten vom 27. November an anderer Stelle (Seite 11) bestätigt, wenn er zusammenfassend feststellt:

*„Insgesamt ist an keiner (im Original fett gedruckt R.W.) Stelle erkennbar, dass Hinweise auf Probleme in der Einrichtung verschleppt wurden, dass nicht entschieden Stellungnahmen des Trägers eingefordert und dass nicht jeweils zeitnah den Beschwerdeführern geantwortet wurde. Formal ist die „Heimaufsicht“ damit voll und ganz ihren gesetzlichen Aufgaben und Pflichten entsprechend tätig geworden.“*

### **3. Zur Auflagenverfügung des Ministeriums für Soziales, Gesundheit, Wissenschaft und Gleichstellung vom 30. Januar 2015**

#### **3.1. Fokussierung auf Ereignisse und Interventionen, die im Auftrag des Untersuchungsausschusses unter Nr. 1d angesprochen werden:**

##### **Prüfungsauftrag des Untersuchungsausschusses:**

*Konnten alle in der Verfügung des Ministeriums für Soziales, Gesundheit, Wissenschaft und Gleichstellung vom 30. Januar 2015 getroffenen Anordnungen im Rahmen von Auflagen geregelt werden oder waren darin solche enthalten, die nicht in der Form von Auflagen verfügt werden konnten?*

#### **3.2. Prüfung der einzelnen Anordnungen**

##### **3.2.1. *Es wird untersagt, dass die Betreuten sich vor dem Betreuungspersonal nackt ausziehen müssen.***

Diese Verpflichtung ist zu pauschal gefasst. Kontrollen (am Körper) können zum Schutz der anderen Mädchen und des in der Einrichtung beschäftigten Personals notwendig sein. Eine solche Kontrolle kann zum Beispiel bei Drogenabhängigkeit eine gebotene Schutzmaßnahme sein. So weist der Anwalt der Trägerin darauf hin, dass bei entsprechenden Kontrollen in der Vergangenheit bereits mehrfach illegale Drogen und Alkohol gefunden worden seien. Entsprechende Maßnahmen sind im Rahmen der Konzeption auf Fälle zu beschränken, die zur Überprüfung eines konkreten Verdachts auf Schmuggel gefährlicher Gegenstände erforderlich sind. Im Einzelfall ist dann zu prüfen, ob solche Anordnungen auch in schikanöser Absicht erfunden und damit nicht durch den Schutzauftrag gedeckt sind. Dabei geht es aber um eine Prüfung, die in Abstimmung mit den Sorgeberechtigten erfolgen muss.

Kommen solche Hinweise der Heimaufsicht zur Kenntnis, ist sie gehalten

a) abzuklären, ob das örtlich zuständige (Heimat-)Jugendamt als leistungsgewährende Stelle im Rahmen der ihm obliegenden Steuerungs- bzw. Erfüllungsverantwortung im Einzelfall sich über fachgerechte Erziehung (Erziehungsberichte, Hilfeplan usw.) des Kindes/Jugendlichen auf dem Laufenden hält und ggf. intervenieren muss,

b) zu klären, ob ein begründeter Verdacht im Hinblick auf eine Straftat (sexueller Missbrauch usw.) besteht, die Eltern zu informieren sind und gegebenenfalls arbeitsrechtliche Konsequenzen zu treffen bzw. die Strafverfolgungsbehörden einzuschalten sind, und

c) zu klären, ob der Hinweis ein Indiz dafür ist, dass die Rahmenbedingungen in der Einrichtung nicht mehr den Voraussetzungen für die Erteilung der Betriebserlaubnis entsprechen.

**3.2.2. *Es wird untersagt, dass den Betreuten persönliche Dinge, soweit es sich nicht um gefährliche Gegenstände handelt, sowie die persönliche Kleidung (inklusive Schuhe) weggenommen werden.***

Auch diese Anordnung erscheint zu pauschal. Ihre Berechtigung kann nur im Hinblick auf die einzelne Person und ihren Schutzbedarf beurteilt werden. So kann es gute Gründe dafür geben, einem Mädchen das Mobiltelefon wegzunehmen, um es vor einer Kontaktaufnahme durch dritte Personen (zum Beispiel Zuhälter oder andere Personen, die sexuelle Gewalt ausüben wollen) zu schützen. Bei Drogenabhängigen kann z. B. die temporäre Wegnahme von Bekleidung ein milderes Mittel als z. B. andere Zwangsmaßnahmen sein, um nächtliches Umherstreunen bei partieller Bewusstlosigkeit zu verhindern oder zumindest zu erschweren. Auch solche Fragen sind im individuellen Einzelfall mit den Eltern abzuklären. Nur im akuten Notfall kann der Erzieher/die Erzieherin in der Einrichtung darüber eigenständig entscheiden.

**3.2.3. *Den Betreuten ist die Möglichkeit des unbeobachteten Rückzugs in die Zimmer zu geben, soweit dies nicht aufgrund des konkreten Falls akuter Selbstgefährdung ausgeschlossen ist. Ein solcher Fall ist zu dokumentieren.***

Auch hier erscheint eine Einzelfallprüfung notwendig. Als weiteres Ausschlusskriterium müsste neben der Selbstgefährdung auch die Fremdgefährdung einbezogen werden. Zudem wird diese Möglichkeit nicht zu allen Tageszeiten eröffnet werden können, da die untergebrachten Mädchen auch in ein Tagesprogramm mit festen Zeiten für Unterricht, Mahlzeiten und Freizeitgestaltung eingebunden sind.

**3.2.4. *Den Betreuten ist die Kontaktaufnahme zu ihren Personensorgeberechtigten/Vormund zu ermöglichen. Den Betreuten ist das ungestörte Telefonieren in Abwesenheit von Betreuungspersonen zu ermöglichen. Kontaktverbote dürfen nicht als Sanktion eingesetzt werden.***

Hier wird zu differenzieren sein. Während die Kontaktaufnahme zu den Personensorgeberechtigten/dem Vormund jederzeit ermöglicht werden muss, kann zum Schutz der in der Einrichtung lebenden Mädchen im Einzelfall eine Kontrolle telefonischer Kontakte notwendig sein (Drogenhandel u. a., problematische Peergroup außerhalb, Zuhälter usw.). Der Begriff Sanktion erscheint in diesem Kontext als zu unspezifisch. Ein entsprechendes Kontaktverbot kann im Rahmen eines pädagogischen Prozesses legitim bzw. ggf. notwendig sein. Abzulehnen sind Strafen, die als Racheakte inszeniert sind. Im Übrigen besteht insoweit weltanschauliche Pluralität. Insoweit bildet (auch) das Elternrecht den Maßstab. Es kann Eltern nicht verboten werden, Strafen vorzusehen. Grenze ist nur das Gewaltverbot (§ 1631 Abs. 2 BGB). Aber nicht jede freiheitsbeschränkende Maßnahme ist als Gewalt zu werten, weder im Elternhaus noch in einer Einrichtung. Für entsprechende Anordnungen in der Einrichtung bedeutet dies, dass sie mit den Eltern vereinbart bzw. abgesprochen sein müssen

**3.2.5. *Es wird untersagt, Briefe und andere Postsendungen von den oder an die Betreuten zu öffnen, zu lesen oder zurückzuhalten.***

Auch diese Anordnung erscheint im Hinblick auf den betroffenen Personenkreis zu undifferenziert und lässt erzieherische Erfordernisse außer Acht. Aufgrund der Biografie vieler hier zu betreuender Mädchen kann eine solche Anordnung, die Zuhältern und gewalttätigen Personen die Möglichkeit zu unkontrolliertem Kontakt eröffnet, das Wohl dieser Mädchen gefährden. Insoweit handelt es sich um eine Entscheidung im Verantwortungsbereich der Eltern und betrifft das Umgangsbestimmungsrecht. Maßgeblich ist also auch hier eine Einzelfallbetrachtung, bei der es einer Absprache mit den Personensorgeberechtigten bedarf.

**3.2.6. *Kollektivstrafen sind unzulässig. Ebenso ist es untersagt, entwürdigende Maßnahmen, insbesondere „Aussitzen“, Anschreien, Beschimpfungen, Wecken zur Nachtzeit (außer in Notfällen), Essensentzug, Zwang zur Essensaufnahme, Zwang zum Tragen bestimmter Kleidung, Zwang zum Entkleiden, Sprechverbot, Strafsport, Sport zur Nachtzeit etc. anzuwenden.***

Bei dieser Anordnung werden unterschiedliche Verbote zusammengefasst, die eine differenzierende Betrachtung erfordern. So schließt ein Verbot von Kollektivstrafen nicht aus, dass es pädagogisches Handeln in einem Gruppenprozess gibt, das von den Beteiligten als Kollektivstrafe interpretiert wird. Zu unbestimmt erscheinen auch die weiteren Verbote wie „Aussitzen“ oder „Zwang zum Entkleiden“, Sprechverbot oder Strafsport. Es geht dabei letztlich um die Bandbreite erzieherischer Methoden und ihren Einsatz im Einzelfall. Insoweit bedarf es einer Thematisierung in der fachlichen Konzeption der Einrichtung und einer Abklärung mit den Eltern im Einzelfall.

**3.2.7. *Die Anfertigung von Film-und Fotoaufnahmen von Betreuten ist unzulässig.***

Auch diese Anordnung erscheint zu pauschal. Auch hier bedarf es einer Betrachtung im Einzelfall, gegebenenfalls der Abklärung mit dem Personensorgeberechtigten, vor allem im Hinblick auf die Verwendung der angefertigten Film-und Fotoaufnahmen.

**3.2.8. *Es ist zu gewährleisten, dass immer mindestens eine weibliche Fachkraft im Tagesdienst und eine weibliche Betreuungskraft im Nachtdienst zugegen ist***

Eine solche Anordnung erscheint im Hinblick auf das Konzept der Einrichtung und die Biografie der dort betreuten Mädchen sinnvoll und kann zu ihrem Schutz erforderlich sein.

**3.2.9. Die Beaufsichtigung und Kontrolle der Betreuten durch andere Betreute wird untersagt. Sollte aus Gründen der Selbst-oder Fremdgefährdung eine dauernde Beaufsichtigung für einen begrenzten Zeitraum erforderlich sein, hat diese durch qualifiziertes Betreuungspersonal (Fachkraft) zu erfolgen und ist zu dokumentieren.**

Auch diese Anordnung erscheint zu unspezifisch. Zwar wird grundsätzlich anderen betreuten Personen nicht die Aufsichtspflicht als Ausübung von Aufgaben der elterlichen Sorge übertragen werden dürfen. Aber in speziellen Konstellationen der Erziehung in einer Gruppe kann das Einbeziehen auf Gegenseitigkeit durchaus pädagogisch sinnvoll, gegebenenfalls sogar geboten sein (bis hin zum Vergleich mit einer Seilschaft in der Felswand!).

**3.2.10. Die Rettungswege sind frei zu halten. Die Fenstergriffe sind sofort wieder anzubauen und dürfen nicht entfernt oder die Fenster anderweitig blockiert werden.**

Auch hier scheint eine Differenzierung notwendig. Wie die elterliche Sorge zum Schutz des Kindes zur Einschränkung seiner Freiheit berechtigt und verpflichtet, so kann dies im Einzelfall gerade auch im Hinblick auf Kinder oder Jugendliche in Einrichtungen im Zusammenhang mit dem Genuss von Drogen oder Aufputzmitteln geboten sein. Insofern spielen auch hier die Kriterien der Selbst- oder Fremdgefährdung eine Rolle. Darüber hinaus ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Voraussetzungen für den Genehmigungsvorbehalt nach § 1631b BGB gegeben sind (freiheitsentziehende Unterbringung).

**3.2.11. Soll in einem konkreten und begründeten Einzelfall von einer der Auflagen in Ziffern 1.1-1.7 abgewichen werden, so ist dies unter der Angabe und dem Nachweis von Gründen beim Landesjugendamt anzuzeigen und zu dokumentieren.**

Hierzu wird nur angemerkt, dass der Begriff der Abweichung zwar dem Duktus der Anordnung entspricht, weil sie generalisierende Auflagen erteilt. Da diese Betrachtung aber – wie bei den einzelnen Anordnungen angemerkt – einer rechtlichen Prüfung nicht standhält, ist auch die Bezeichnung „Abweichung“ als Ausnahme im Einzelfall nicht angemessen. Vielmehr handelt es sich in solchen Fällen um eine im Interesse der Selbst- oder Fremdgefährdung gebotene Maßnahme.

### **3.3. Ergebnis**

Fast alle der getroffenen Anordnungen hätten einer gerichtlichen Überprüfung kaum standgehalten. Sie sind zu abstrakt und generalisierend formuliert und werden den spezifischen Anforderungen an die Erziehung und den Schutz der in der Einrichtung lebenden Mädchen nicht gerecht.

Zur Umsetzung der mit Auflagen verfolgten Anliegen bedarf es differenzierter konkreter Aussagen, etwa zum Konzept der Einrichtung, das nachprüfbar unter Beteiligung der dort zu betreuenden Kinder und Jugendlichen (weiter-)entwickelt werden sollte, oder einer in der

praktischen Konsequenz nachprüfbarer Bezugnahme auf die Leistungs- und Qualitätsentwicklungsvereinbarung mit dem örtlichen Jugendamt und/oder eines intensiven Austausches mit den Eltern der zu betreuenden Kinder und Jugendlichen.

#### **4. Der Blick auf die verschiedenen Verantwortungsebenen und das Gebot der Herstellung von Konkordanz**

In der Auseinandersetzung der Heimaufsicht mit der rechtlichen Vertretung der Einrichtung wird das Spannungsverhältnis deutlich zwischen

- der Berufsfreiheit des Trägers der Einrichtung, die ihn zur Bestimmung des pädagogischen Konzepts in der Einrichtung befugt,
- den Grenzen, die die Heimaufsicht dem Träger der Einrichtung im Rahmen ihres „Schutzauftrags“ setzen darf und muss

und der dabei zu beantwortenden Frage, ob bestimmte Verhaltensweisen des Personals nur einer „schlechten Pädagogik“ zuzuordnen sind oder deren Anordnung oder Duldung durch den Träger die Grenze der Berufsfreiheit überschreiten und deshalb die Aufsichtsbehörde zum Tätigwerden veranlassen (müssen).

Dazu kommt in Bezug auf das einzelne Kind/den/die einzelne(n) Jugendliche(n) aber auch noch das (zu erteilende) Einverständnis der Eltern mit der Art und Weise der Erziehung ihres Kindes in der Einrichtung. So begründet der rechtliche Vertreter der Einrichtung das Verhalten des Personals in seiner Entgegnung zur Auflagenverfügung vor allem mit pädagogischen Erwägungen und weist auf den Erziehungsprimat der Eltern hin, der auch beim Aufenthalt in der Einrichtung – sieht man von der gesetzlichen Befugnis des Erziehers in der Einrichtung zur Entscheidung über Angelegenheiten der Alltagsorge ab (§ 1688 BGB) – uneingeschränkt zur Anwendung kommt

Dabei ist zu berücksichtigen dass es sich bei den in den Teileinrichtungen des Friesenhof, insbesondere den Mädchencamps Campina und Nanna, untergebrachten Mädchen um solche handelt, die als „schwer erziehbar“ gelten, die bereits Aufenthalte in anderen Einrichtungen hinter sich haben und bei denen sich der Aufenthalt in der Einrichtung Friesenhof als ein „finales Rettungskonzept“ darstellt.

An dieser Stelle zeigt sich, dass im Hinblick auf die Sorge und den Schutz von Kindern und Jugendlichen in Einrichtungen **verschiedene Akteure mit ihren jeweiligen Verantwortungsbereichen** in den Blick genommen werden müssen:

- Eltern: Ausübung der elterlichen Sorge im Einzelfall
- örtlich zuständiges Jugendamt („Heimatjugendamt“): Steuerungsverantwortung des Jugendamts am (bisherigen) Lebensort des Kindes/Jugendlichen für den individuellen Hilfeprozess unter Beteiligung von Eltern, Kind/Jugendlichem und Einrichtung
- Landesjugendamt: strukturelle Verantwortung für die Gewährleistung des Kindeswohls in der Einrichtung



- Jugendamt am Ort der Einrichtung:  
als Partner der Verträge mit dem Träger der Einrichtung nach §§ 78a ff. SGB VIII  
als Amtsvormund für Kinder und Jugendliche, bei denen den Eltern die elterliche  
Sorge entzogen worden ist (§ 87c Abs. 3 SGB VIII)  
als Behörde für die vorläufige Inobhutnahme entwichener Kinder und Jugendlicher  
(§ 42 SGB VIII)  
als beteiligte Behörde bei örtlichen Prüfungen (§ 46, § 87a Abs. 3 SGB VIII)
- Familiengericht: Genehmigung einer geschlossenen Unterbringung (§ 1631b) BGB,  
die nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für eine Fixierung (noch) nicht  
erforderlich ist.

In der Praxis besteht keine Klarheit über die Verantwortungsebenen und Verantwortungsbereiche. Hinzu kommt, dass die für die Leistungsgewährung und damit für die Einzelfallsteuerung örtlich zuständigen Jugendämter und die Eltern häufig sehr weit vom Einrichtungsort entfernt sind und im Rahmen von Hilfekonferenzen in der Einrichtung nur begrenzt Einblick in das tatsächliche Geschehen gewonnen werden kann. Schließlich ist es für viele Eltern in dieser Situation, die häufig auch von Konflikten und Zerwürfnissen mit dem eigenen Kind geprägt ist, schwer, Erziehungsverantwortung wahrzunehmen bzw. über die Delegation einzelner Befugnisse an dritte Personen zu verhandeln. Da für die Einrichtungen weder explizite Dokumentationspflichten für erzieherische Maßnahmen im Einzelfall bestehen, noch eine Pflicht zum Abschluss von Erziehungsverträgen mit den Eltern gesetzlich geregelt ist, ist es für die Heimaufsicht schwer überprüfbar, ob das Personal in der Einrichtung in Abstimmung mit den Eltern oder eigenmächtig handelt.

Hinzu kommt, dass bei den Beschwerden einzelner Kinder oder Jugendlicher häufig nicht klar differenziert werden kann, ob es sich dabei (nur) um Krisen im konkreten Einzelfall oder um Anhaltspunkte für einrichtungsbezogene Fehlentwicklungen handelt. Während im ersten Fall das örtlich zuständige Jugendamt und die Eltern einzubeziehen sind, ist im zweiten Fall das Landesjugendamt gefragt.

**Damit steht die Heimaufsicht in Konstellationen wie jener, die Gegenstand dieses Gutachtens ist, vor einer großen rechtlichen und fachlichen Herausforderung.**

## Teil III –

### Resümierende Hinweise zur Thematik und zusammenfassende Antworten auf die Fragen des Gutachtauftrags

#### Inhaltsübersicht

<b>1. Resümierende Hinweise .....</b>	<b>2</b>
<b>2. Konzeptionell besonderes Merkmal des Friesenhofs .....</b>	<b>4</b>
<b>3. Die Fragen des Untersuchungsausschusses, stichwortartig aufgelistet und mit kurzen, zusammenfassenden Antworten versehen: .....</b>	<b>5</b>
<b>3.1. Frage 1a: Welche Maßnahmen standen bei Mängeln zur Verfügung?.....</b>	<b>5</b>
<b>3.2. Frage 1b: Was sind die Voraussetzungen für die Annahme einer Gefährdung des Wohls der Kinder und Jugendlichen i. S. von § 45 Abs. 6 und 7 SGB VIII? .....</b>	<b>5</b>
<b>3.3. Frage 1c: Wann können gemäß § 45 Abs. 6 SGB VIII Auflagen erteilt werden, wann müssen sie („zwingend“) erteilt werden? .....</b>	<b>6</b>
<b>3.4. Frage 1d: Durften die Anordnungen des Ministeriums für Soziales, Gesundheit, Wissenschaft und Gleichstellung vom 30. Januar 2015 im Rahmen von Auflagen geregelt werden? .....</b>	<b>6</b>
<b>3.5. Frage 1e: Wann kann/muss eine Betriebserlaubnis gemäß § 45 Abs. 7 SGB VIII widerrufen werden? .....</b>	<b>7</b>
<b>3.6. Frage 1f: Entspricht die Auslegung des § 45 Abs. 7 SGB VIII hinsichtlich der Interventionsschwelle für den Entzug der Erlaubnis der Sichtweise der Rechtsprechung und/oder der Praxis anderer Aufsichtsbehörden? .....</b>	<b>8</b>
<b>3.7. Frage 2: Lassen die Akten erkennen, dass auf die Hinweise oder tatsächlichen Anhaltspunkte bezüglich Mängeln oder Gefährdungstatbeständen ab dem Jahr 2007 in der rechtlich möglichen/rechtlich gebotenen Weise gemäß § 45 Abs. 6 und 7 SGB VIII reagiert wurde? .....</b>	<b>9</b>
<b>3.8. Frage 3: Hätte die Erkenntnis, dass die Ausstattung des Trägers mit Fachkräften nie der Personalvereinbarung entsprochen hat (Gutachten Schrapper), früher als tatsächlich erfolgt zu Auflagen oder einem Entzug der Betriebserlaubnis für Teileinrichtungen führen können/müssen? .....</b>	<b>9</b>

## 1. Resümierende Hinweise

Im Diskurs der „Heimaufsicht“ mit Trägern von Einrichtungen treffen insbesondere zwei rechtliche Maximen aufeinander:

- die Berufsfreiheit dieser Träger, die sie zur Gestaltung der Einrichtung und zur Bestimmung des pädagogischen Konzepts befugt, und
- der staatliche Schutzauftrag zugunsten der dort betreuten Kinder und Jugendlichen, wahrzunehmen durch die zuständige Behörde, die insoweit Grenzen setzen darf und ggf. auch muss.

Dabei ist aber beim einzelnen Kind oder Jugendlichen das den Eltern (bzw. ggf. dem Vormund) zustehende Recht zur Bestimmung der Art und Weise der Erziehung ihres Kindes in der Einrichtung einzubeziehen, ist – je nach Art und Bedeutung der Angelegenheit elterlicher Sorge – u. U. auch ihr Einverständnis einzuholen bzw. als Möglichkeit zu sichern. Die Kinder und Jugendlichen, ihre Eltern, aber auch die Einrichtungen stehen in den meisten Fällen zugleich in einer besonderen Rechtsbeziehung zum Leistungs- bzw. Kostenträger; da der Heimaufenthalt in der Regel der Erbringung einer Hilfe zur Erziehung dient, ist dies der zuständige Träger der öffentlichen Jugendhilfe bzw. das Jugendamt als Behörde der jeweiligen Gebietskörperschaft.

Im Hinblick auf die Sorge und den Schutz von Kindern und Jugendlichen in Einrichtungen sind also **verschiedene Akteure mit ihren jeweiligen Verantwortlichkeiten** zu sehen, d. h. konkret:

- die **Einrichtung** bzw. ihr Träger und das von ihm angestellte Personal
- die **Eltern** insbesondere hinsichtlich ihres Rechts und ihrer Pflicht zur Ausübung der elterlichen Sorge, ggf. auch je nach Lage der Dinge im Zusammenhang mit der Klärung von Einzelfragen
- das **örtlich zuständige Jugendamt** („Heimatjugendamt“) hinsichtlich seiner Steuerungsverantwortung für den individuellen Hilfeprozess unter Beteiligung von Eltern, Kind/Jugendlichem und Einrichtung
- das **Landesjugendamt** im Rahmen seiner Aufgaben und Befugnisse hinsichtlich seiner strukturellen Verantwortlichkeiten zum Schutz von Kindern und Jugendlichen in Einrichtungen
- das **Jugendamt am Ort der Einrichtung**
  - als *Partner der Verträge mit dem Träger der Einrichtung* nach §§ 78a ff. SGB VIII
  - als *Amtsvormund* für Kinder und Jugendliche, bei denen den Eltern die elterliche Sorge entzogen und nicht auf einen Einzel- oder Vereinsvormund übertragen worden ist (§§ 1666, 1773, 1791b BGB; §§ 55, § 87c Abs. 3 SGB

VIII). Ist die Sorge auf einen Vormund übertragen, hat er trotz dieser Übertragung im Blick zu halten, ob bzw. inwieweit die Eltern angesichts der weiteren Perspektiven zu beteiligen sind.

- als Behörde für die *Inobhutnahme* von Kindern und Jugendlichen (§§ 42, 87 SGB VIII), die entwichen sind oder die z. B. bei einer kurzfristigen Schließung der Einrichtung wegen einer fehlenden Betreuungsalternative kurzfristig untergebracht werden müssen
- als *beteiligte Behörde bei örtlichen Prüfungen* (§ 46, § 87a Abs. 3 SGB VIII)
- das Jugendamt am **Ort des tatsächlichen Aufenthalts des Kindes oder Jugendlichen**, wenn es dort – außerhalb des örtlichen Einzugsbereichs der Einrichtung – in Obhut genommen wird (§§ 42, 87 SGB VIII)
- der **Einzel- oder Vereinsvormund** für Kinder und Jugendliche, bei denen den Eltern die elterliche Sorge entzogen worden ist, sofern nicht das Jugendamt als Amtsvormund bestellt worden ist (§§ 1666, 1733, 1791a, 1791b BGB)
- das **Familiengericht**, soweit es um die Genehmigung einer geschlossenen Unterbringung i. S. von § 1631b BGB geht (die nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs – BGH Beschl. v. 7.8.2013 – XII ZB 559/11 – für eine situativ erfolgende Fixierung nicht erforderlich ist).

In der Praxis besteht oft zu wenig Klarheit über die Verantwortlichkeitsebenen und die Zuständigkeitsbereiche. Hinzu kommt, dass örtlich zuständige (d. h. für die Leistungsgewährung zuständige) Jugendämter und Eltern häufig sehr weit vom Einrichtungsort entfernt sind und trotz gelegentlicher Besuche – z. B. im Rahmen von Hilfeplankonferenzen in der Einrichtung – nur einen sehr begrenzten Einblick in das tatsächliche Geschehen dort gewinnen können. Wenn zudem aktuell – wie in diesen Fallkonstellationen sehr oft – die Beziehung zum eigenen Kind von Konflikten und Zerwürfnissen geradezu geprägt ist, ist es für viele Eltern noch schwerer als ohnehin, Erziehungsverantwortung wahrzunehmen und z. B. über die Delegation einzelner Befugnisse an dritte Personen zu verhandeln, also etwa ausdrücklich besondere Spielräume zuzulassen oder umgekehrt Grenzen gegenüber strittigen Erziehungsmethoden zu setzen, die in der betreffenden Einrichtung vorgesehen sind. Zu beachten ist aber auch, ob nicht möglicherweise das Personal der Einrichtung und/oder die Eltern die Grenzen ihrer Befugnisse überschreiten und die Aufsichtsbehörde zum Einschreiten berufen ist. Da für die Einrichtungen weder explizite Dokumentationspflichten für erzieherische Maßnahmen im Einzelfall bestehen noch eine Pflicht zum Abschluss von Erziehungsverträgen mit den Eltern gesetzlich geregelt ist, ist es für die „Heimaufsicht“ allerdings schwer überprüfbar, ob das Personal in der Einrichtung in Abstimmung mit den Eltern oder aber (zu) eigenmächtig handelt.

Aufmerksam auf „besondere Vorkommnisse“ und daraus abzuleitende krisenhafte Entwicklungen in der Einrichtung kann die „Heimaufsicht“ auf verschiedenen Wegen werden. Es ist aber oft – auch und insbesondere bei Beschwerden durch einzelne Kinder oder Jugendliche – schwierig, entsprechende Hinweise im Hinblick auf die für die

Aufsichtsbehörde zentrale Frage zu bewerten, ob es sich dabei (nur) um eine oder mehrere Krisen im konkreten Einzelfall oder um Anhaltspunkte für einrichtungsbezogene Fehlentwicklungen handelt („Spitze eines Eisbergs“). Während im ersten Fall eher das örtlich zuständige Jugendamt und die Eltern einzubeziehen sind, da gegebenenfalls die Eignung der dort erbrachten Hilfe im Hinblick auf den festgestellten Bedarf infrage steht, ist im zweiten Fall das Landesjugendamt gefragt.

Es ist in solchen Fällen – also bei Anhaltspunkten für einrichtungsbezogene Fehlentwicklungen – zu klären, ob bestimmte Verhaltensweisen des Personals einer möglicherweise fachlich fragwürdigen pädagogischen Praxis zuzuordnen sind und die „Heimaufsicht“ beratende Hinweise zu einer Veränderung des pädagogischen Konzepts oder zum Verhalten bestimmter Mitarbeiter(innen) geben darf oder soll, oder aber, ob die Grenzen der Berufsfreiheit überschritten wurden und aufsichtsrechtliche Maßnahmen des Landesjugendamts erforderlich sind. Die Aufsichtsbehörde hat dabei die Verschränkung der eben beschriebenen Rechtsbeziehungen zu berücksichtigen und auf dem Weg der praktischen Konkordanz Lösungen zu finden, die das Wohl der Kinder und Jugendlichen in der Einrichtung gewährleisten, ohne die Berufsfreiheit des Trägers der Einrichtung unverhältnismäßig einzuschränken.

## **2. Konzeptionell besonderes Merkmal des Friesenhofs**

Im Falle des Friesenhofs war zu berücksichtigen, dass es sich bei den in Teileinrichtungen – insbesondere den Mädchencamps Campina und Nanna – untergebrachten Mädchen um solche handelte, die als „besonders schwierig“ galten („im Grenzbereich zwischen Jugendhilfe, Strafvollzug und Psychiatrie“), bereits Aufenthalte in anderen Einrichtungen hinter sich hatten und von denen es hieß, dass der Aufenthalt in der Einrichtung Friesenhof ein „finales Rettungskonzept“ darstelle. Die besondere Herausforderung besteht in solchen Fällen darin, für junge Menschen mit „intensivem Betreuungsbedarf“ spezifische pädagogische Konzeptionen zu entwickeln und anzuwenden, die aber nur begrenzt einer rechtlichen Kontrolle nach den Maßstäben des § 45 SGB VIII zugänglich sind. Dies gilt etwa auch für die Beurteilung von Beschwerden von jungen Mädchen, die einerseits auf pädagogisch nicht verantwortbare Konzepte, andererseits aber auch auf die subjektive Wahrnehmung dieser Mädchen zurückgeführt werden können.

Der rechtliche Vertreter des Friesenhofs hat das Verhalten des Personals in seiner Entgegnung zur Auflagenverfügung vor allem mit pädagogischen Erwägungen begründet und auf den Erziehungsprimat der Eltern hingewiesen, der auch beim Aufenthalt in der Einrichtung uneingeschränkt zur Anwendung kommt – sieht man einmal ab von der gesetzlichen Befugnis des Erziehers in der Einrichtung, über Angelegenheiten der Alltagsorge, also situativ, selbst zu entscheiden (§ 1688 BGB).

Diese Argumentation des rechtlichen Vertreters im Nachhinein auf ihre konkrete Stichhaltigkeit in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht (nach Aktenlage) zu überprüfen, war schwierig. In Teil II wurde zu einzelnen Vorgängen und Aspekten ausführlich Stellung

bezogen. Im Folgenden werden nun die Ausgangsfragen des Untersuchungsausschusses noch einmal aufgelistet und auf der Basis der ausführlichen Darlegungen und Hinweise der Teile I und II zusammenfassend beantwortet.

**3. Die Fragen des Untersuchungsausschusses, stichwortartig aufgelistet und mit kurzen, zusammenfassenden Antworten versehen:**

**3.1. Frage 1a: Welche Maßnahmen standen bei Mängeln zur Verfügung?**

**Antwort:**

1. Für den Fall der Mängelfeststellung finden sich in § 45 SGB VIII in ausdrücklicher Form nur Regelungen, in denen vorgegeben wird, was zu beachten ist, bevor Maßnahmen ergriffen werden (z. B. erst Beratung (Abs. 6 Satz 1); bei Auswirkung auf Entgelte oder Vergütungen nach § 75 SGB XII vor einer Auflage die Verpflichtung zur Einschaltung des Trägers der Sozialhilfe).

2. Es wird im Gesetz nicht definiert, was „Mängel“ i. S. von § 45 SGB VIII überhaupt sind.

3. Nach einer fachlichen Einschätzung ist/war von der „Heimaufsicht“ zu entscheiden, ob die Entwicklung nur weiter beobachtet oder auch im Rahmen (angemeldeter und nicht angemeldeter) örtlicher Prüfungen nach Maßgabe des § 46 SGB VIII geprüft wird und ob – nach einer vorherigen Gelegenheit zur Anhörung – die rechtlichen Instrumente der Auflage (nach pflichtgemäßer Ermessensausübung) oder des Entzugs der Betriebserlaubnis zum Einsatz kommen und entsprechend beschieden wird oder ob es opportun/zulässig ist, jetzt keine dieser Maßnahmen zu ergreifen.

**3.2. Frage 1b: Was sind die Voraussetzungen für die Annahme einer Gefährdung des Wohls der Kinder und Jugendlichen i. S. von § 45 Abs. 6 und 7 SGB VIII?**

**Antwort:**

In Rechtsprechung und Literatur werden sehr unterschiedliche Auffassungen zur konkreten Bewertung bestimmter Sachverhalte oder Ereignisse, aber auch zu den Bewertungsmaßstäben selbst vertreten – insbesondere hinsichtlich der Frage, inwieweit die (strengen) Maßstäbe des § 1666 BGB zugrunde zu legen sind oder aber der Begriff der Kindeswohlgefährdung im Sinne des Regelungszusammenhangs zu interpretieren ist, also hinsichtlich der Gewährleistung von Rahmenbedingungen bzw. inwieweit diese aktuell oder perspektivisch eine zu verantwortende Grenze überschreiten oder nicht (systematische bzw. teleologische Auslegung). Letztlich sind die Gerichtsentscheidungen aber geprägt durch eine Auseinandersetzung mit den Besonderheiten des Einzelfalles und geben wenig Orientierung, wann tatsächlich

diese Grenze als erreicht gilt. Im Zentrum der Entscheidungen steht regelmäßig der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Dessen Anwendung wiederum setzt aber einen Konsens hinsichtlich der möglichen Handlungsalternativen und der dafür notwendigen Voraussetzungen voraus.

Konsens besteht in Rechtsprechung und Literatur aber insoweit, als konkrete Einzelvorkommnisse (z. B. in Form nicht zu rechtfertigender Gewaltanwendung oder gar -exzesse) als solche nur ein Indiz für einen Gefährdungstatbestand i. S. des § 45 Abs. 7 SGB VIII darstellen. Letztlich kommt es auf eine Bewertung der Einrichtung im Sinne einer Gesamtschau (und also auch im Sinne einer Prognose für die Zukunft) an. Diese Bewertung gestaltet sich – wie im Fall der hier zu betrachtenden Einrichtung – dann noch einmal besonders schwierig, wenn Vorkommnisse sich auf eine oder mehrere Teileinrichtungen beziehen.

**3.3. Frage 1c: Wann können gemäß § 45 Abs. 6 SGB VIII Auflagen erteilt werden, wann müssen sie („zwingend“) erteilt werden?**

**Antwort:**

Wie unter 1a) dargelegt liegt die Erteilung von Auflagen im Ermessen der zuständigen Behörde („kann...“). Es handelt sich bei Konstellationen i. S. von § 45 Abs. 6 SGB VIII um ein sog. Entschließungsermessen, welches es der Behörde überlässt, ob sie von der Möglichkeit der Auflagenerteilung Gebrauch macht („Opportunitätsprinzip“). Eine Einschränkung, dass dieses pflichtgemäß auszuübende Ermessen „auf Null reduziert“ gewesen sein könnte, ist nicht erkennbar, wäre nur in Betracht gekommen, wenn die Behörde wiederholt in gleichgelagerten Fällen Auflagen entsprechender Art erteilt hätte oder wenn mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit und unter Abwägung aller Gesichtspunkte keine andere Entscheidung denkbar gewesen wäre, um eine akute Gefahr für Leib und Leben der betroffenen Kinder und Jugendlichen zu beseitigen. Einzelheiten dazu s. Teil I unter 6.10.

**3.4. Frage 1d: Durften die Anordnungen des Ministeriums für Soziales, Gesundheit, Wissenschaft und Gleichstellung vom 30. Januar 2015 im Rahmen von Auflagen geregelt werden?**

**Antwort:**

Wie ausführlich und differenzierend in Teil II dargestellt, „durften“ die Auflagen zwar angeordnet werden (auch unabhängig von der Frage, ob sie in allen Teilen überhaupt als „Auflagen“ im verwaltungsrechtlichen Sinne zu verstehen sind). Sie waren aber überwiegend zu abstrakt und zu pauschal formuliert und hätten einer verwaltungsgerichtlichen Kontrolle vermutlich nicht standgehalten.

Ob bzw. in welchem Umfang eine Feststellungsklage, dass es sich bei einzelnen Anordnungen um keine (verbindlichen) Anordnungen gehandelt hat, Aussicht auf Erfolg gehabt hätte, kann dahingestellt bleiben.

### **3.5. Frage 1e: Wann kann/muss eine Betriebserlaubnis gemäß § 45 Abs. 7 SGB VIII widerrufen werden?**

#### **Antwort:**

Die Ermächtigung zum Widerruf der Erlaubnis gemäß § 45 Abs. 7 SGB VIII beinhaltet zwei zentrale Voraussetzungen:

- die Gefährdung des Wohls der Kinder oder Jugendlichen in der Einrichtung und
- die mangelnde Bereitschaft oder Fähigkeit des Trägers der Einrichtung zur Abwendung der Gefährdung.

Beide Voraussetzungen verlangen Einschätzungen, die durch Fakten belegbar sein müssen. Die maßgeblichen Rechtsbegriffe sind sehr unbestimmt und werden in der Rechtsprechung sehr unterschiedlich ausgelegt.

Das Tatbestandsmerkmal der Kindeswohlgefährdung (als erste Voraussetzung) wird in Rechtsprechung, Literatur und Praxis i. d. R. – jedenfalls zunächst – in Anlehnung an die Maßstäbe der Familiengerichtsbarkeit bei der Auslegung des § 1666 BGB interpretiert. Implizit oder auch ausdrücklich wird dann auf die Besonderheit hingewiesen, dass es bei § 45 Abs. 7 SGB VIII nicht um die Bedeutung für einzelne Kinder und Jugendliche geht, sondern um die Rahmenbedingungen. Gleichwohl dominiert immer wieder die Erwartung, dass eine akute Gefährdung durch konkretes Tun oder Unterlassen nachweisbar sein müsse.

Auch diese Gegebenheit reicht für einen Widerruf der Erlaubnis nur aus, wenn „der Träger der Einrichtung nicht bereit oder nicht in der Lage ist, die Gefährdung abzuwenden“ (zweite Voraussetzung). Erfahrungsgemäß wird der Widerruf dann am ehesten bestands- bzw. rechtskräftig, wenn die Monita bauliche oder wirtschaftliche Mängel betreffen, die durch den Einrichtungsträger nicht so leicht abgestellt werden können. Ist der Träger dazu nicht bereit, stehen dahinter objektive, auch hier meist wirtschaftliche Faktoren. Das betrifft auch die Frage, welche Personalstärke oder -qualifikation als erforderlich angesehen wird.

Besteht beim Einrichtungsträger keine Bereitschaft dazu, den Mangel abzustellen, geht es in seltenen Einzelfällen auch darum, dass unterschiedliche Vorstellungen darüber bestehen, was als zulässiges (oder gar „notwendiges“) Erziehungsmittel anzusehen ist oder als eine Form von Kindeswohlgefährdung.

Für alle Problemkonstellationen gilt, dass sie selten durch eine förmliche Gerichtsentscheidung beendet werden. Soweit es doch dazu kommt, dominieren



verfahrensrechtliche Kontroversen oder es geht um den Versuch, im Nachhinein für eine vermeintlich falsche Verwaltungsentscheidung Schadensersatzansprüche durchzusetzen.

**3.6. Frage 1f: Entspricht die Auslegung des § 45 Abs. 7 SGB VIII hinsichtlich der Interventionsschwelle für den Entzug der Erlaubnis der Sichtweise der Rechtsprechung und/oder der Praxis anderer Aufsichtsbehörden?**

**Antwort:**

In seiner ausführlichen Begründung zum Widerruf der Erlaubnis für den Betrieb der Einrichtung Campina vom 15. Juni 2015 geht das Ministerium für Soziales, Gesundheit, Wissenschaft und Gleichstellung nach einer Schilderung der Abläufe seit Erteilung der Betriebserlaubnis für die Jugendhilfeeinrichtung zum 24. August 2011 bis zur unangemeldeten örtlichen Prüfung am 1. Juni 2015 unter III näher auf die Rechtsgrundlagen zum Widerruf der Erlaubnis (§ 45 Abs. 7 S. 1 SGB VIII) ein. Dabei nimmt das Ministerium zunächst Bezug auf § 1666 BGB als Maßstab für die geforderte Gefährdung, bezieht sich aber in der Folge nicht auf ein bestimmtes oder bestimmte Kinder oder Jugendliche, sondern spricht abstrakt vom „Wohl der Kinder oder der Jugendlichen“. Darüber hinaus nimmt es – zur Formulierung des Maßstabs – ausdrücklich Bezug auf die strukturellen Rahmenbedingungen, wie eine (nicht) gesicherte Betreuung durch geeignete Kräfte und die (mangelnde) Eignung und Zuverlässigkeit des Trägers der Einrichtung sowie schließlich – allgemein – auf die (Nicht-)Erfüllung der fachlichen und personellen Voraussetzungen, die der Konzeption der Einrichtung entsprechen. Damit stellt das Ministerium im Ergebnis auf die Voraussetzungen ab, die für die Erteilung der Erlaubnis vorliegen müssen (§ 45 Abs. 2 SGB VIII).

Diese Sichtweise, die nicht auf die Gefährdung bestimmter Kinder oder Jugendlicher i. S. von § 1666 BGB abstellt, sondern auf die strukturellen Rahmenbedingungen in der Einrichtung, entspricht der Rechtsauffassung der Kommentarliteratur (Mörsberger, in: Wiesner § 45 Rn. 109 ff.; Nonninger in LPK-SGB VIII § 45 Rn. 55; Lakies in Münder u. a. FK-SGB VIII § 45 Rn). Zur Praxis der (anderen) Aufsichtsbehörden in Deutschland im Hinblick auf die Interventionsschwelle liegen den Autoren nur vereinzelte Hinweise, nicht aber umfassende Auswertungen vor. Diese lassen darauf schließen, dass auch die Praxis weitgehend nach diesem Muster verfährt. In der Rechtsprechung besteht – wie schon dargelegt – keine einheitliche Rechtsauffassung

**3.7. Frage 2: Lassen die Akten erkennen, dass auf die Hinweise oder tatsächlichen Anhaltspunkte bezüglich Mängeln oder Gefährdungstatbeständen ab dem Jahr 2007 in der rechtlich möglichen/rechtlich gebotenen Weise gemäß § 45 Abs. 6 und 7 SGB VIII reagiert wurde?**

**Antwort:**

Wie im Abschnitt II im Einzelnen dargelegt hat die „Heimaufsicht“ im Prüfungszeitraum ab dem Jahr 2007 im Rahmen der rechtlich möglichen und rechtlich gebotenen Weise gemäß § 45 Abs. 6 und 7 SGB VIII reagiert. So ist die Aufsichtsbehörde den Meldungen und Beschwerden nachgegangen und hat den Betrieb der Teileinrichtungen beratend begleitet. Dabei hat sie auch angekündigte und nicht angekündigte örtliche Prüfungen vorgenommen, bei denen das Personal und die untergebrachten Mädchen befragt worden sind.

Im Einzelnen lassen sich im Zeitraum von 2007 bis 2013 keine Sachverhalte identifizieren, die Anlass für förmliche Maßnahmen der „Heimaufsicht“ geboten hätten. Eine deutliche Eskalation ist erst ab Oktober 2013 erkennbar, wo es zu wiederholten Beschwerden eines Mitarbeiters und mehrerer Mädchen (zum Teil im Kontakt über die Eltern bzw. das örtlich zuständige Jugendamt) kommt und die Zahl der Entweichungen deutlich zunimmt. Auch in dieser Phase ist die Aufsichtsbehörde durch angemeldete und nicht angemeldete Besuche präsent gewesen und durch Beratung des Einrichtungsträgers, der häufig auch Vereinbarungen über die seitens der Einrichtung zu tätigen Schritte folgten, ihrem gesetzlichen Auftrag gerecht geworden.

**3.8. Frage 3: Hätte die Erkenntnis, dass die Ausstattung des Trägers mit Fachkräften nie der Personalvereinbarung entsprochen hat (Gutachten Schrappner), früher als tatsächlich erfolgt zu Auflagen oder einem Entzug der Betriebserlaubnis für Teileinrichtungen führen können/müssen?**

**Antwort:**

Die Aussage des Gutachters bezieht sich auf Vereinbarungen, wie sie das Jugendamt am Ort der Einrichtung mit dem Träger der Einrichtung bezüglich Leistungsangeboten, Entgelten und Qualitätsentwicklung abschließt (§§ 78a ff. SGB VIII), bzw. auf Rahmenverträge auf Landesebene (§ 78 f. SGB VIII), die solchen Verträgen zugrunde liegen. Diese Vereinbarungen sowie die ihnen zugrunde liegenden Rahmenverträge dienen – anders als die nach § 45 SGB VIII zu erfüllenden Mindestanforderungen – nicht (nur) 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. Die bloße Abweichung im Personalbestand von den Vorgaben solcher Vereinbarungen ist daher noch kein Indikator für aufsichtsrechtliche Maßnahmen. Hierzu bedarf es der Prüfung

weiterer Kriterien, wie der zeitlichen Dauer dieser Abweichungen, aber vor allem der sich aus solchen Abweichungen ergebenden Konsequenzen für den Schutz der Kinder und Jugendlichen in der Einrichtung.

Aus den Akten ist nicht nachvollziehbar, dass die Personalsituation eine „Dauerbaustelle“ in den Teileinrichtungen des Friesenhofs gewesen wäre. Eine Überprüfung der Akten zu den einzelnen Teileinrichtungen hat ergeben, dass trotz einer erheblichen Personalfuktuation in einzelnen Teileinrichtungen (vor allem im Mädchencamp Campina) bis zum Jahre 2013 das Thema Personalsituation nicht Gegenstand von Beschwerden gewesen ist. Erst im Zusammenhang mit den Meldungen und Beschwerden im Herbst 2013 gewann das Thema Personalausstattung an Brisanz. Der zum 27. März 2014 festgestellte erhebliche Mangel im Personalbestand in den Teileinrichtungen Elbenhof, Mädchencamp Nanna, Charlottenhof, Birkenhof und Dithmarscher Haus wurde aber durch eine Konzentration der Jugendlichen auf bestimmte Einrichtungen und die Schließung anderer Einrichtungen (Birkenhof) zum 21. Mai 2014 behoben.

Ein konkreter Anlass zum Einschreiten ergab sich erst frühestens auf Grundlage der Stichtagsmeldungen zum 30. Dezember 2013, die ein Beratungsgespräch am 7. April 2014 zur Folge hatten. Der dort aufgestellten Forderung der „Heimaufsicht“, das Personal bis zum 1. Mai entsprechend aufzustocken, da andernfalls Auflagen erteilt werden müssten, kam die Einrichtung durch die Schließung der Teileinrichtung Birkenhof nach, so dass von Seiten der „Heimaufsicht“ am 21. Mai festgestellt werden konnte, dass der Fachkräfteschlüssel nun ausreichend sei.

Dieses Ergebnis wird vom zitierten Gutachter in seinem Gutachten vom 27. November bestätigt, wenn er zusammenfassend feststellt: „Insgesamt ist an keiner (im Original fett gedruckt) Stelle erkennbar, dass Hinweise auf Probleme in der Einrichtung verschleppt wurden, dass nicht entschiedene Stellungnahmen des Trägers eingefordert und dass nicht jeweils zeitnah dem Beschwerdeführer geantwortet wurde. Formal ist die ‚Heimaufsicht‘ damit voll und ganz ihren gesetzlichen Aufgaben und Pflichten entsprechend tätig geworden.“

## Teil IV –

### **Die „Heimaufsicht“ und ihr Handeln gegenüber den anderen Beteiligten: Ein Wirken „mit“ oder „zwischen den Stühlen“?**

#### **Thesen**

zu den grundsätzlichen Chancen und Schwierigkeiten institutionalisierter Aufsicht zum Schutz von Kindern und Jugendlichen in Einrichtungen

#### **These 1:**

**Kinder und Jugendliche haben zur Gewährleistung ihres Rechts auf Erziehung auch und insbesondere, wenn sie in einer Einrichtung betreut werden, ein Recht auf ein funktionierendes „Gesamtsystem Aufsicht“. Dem wird nur entsprochen, wenn die jeweiligen Verantwortlichkeiten auch praktisch wahrgenommen werden. Dies wiederum setzt voraus, dass die Verantwortlichkeiten und die jeweiligen Schnittstellen bei den einzelnen Akteuren bekannt sind und zwischen ihnen adäquat kommuniziert und kooperiert wird.**

Werden Kinder oder Jugendlichen in Einrichtungen betreut, sind die Einsichts- und Einwirkungsmöglichkeiten der originär verantwortlichen Eltern/Personensorgeberechtigten begrenzt. Teile ihrer Rechte und Pflichten müssen vom dortigen Personal wahrgenommen werden, für dessen Einsatz wiederum der Träger der Einrichtung Verantwortung trägt. Da Eltern in aller Regel die Einrichtung im Zusammenhang mit der Gewährung einer Leistung der Jugendhilfe (Heimerziehung, Kindertagesbetreuung) in Anspruch nehmen, trägt insoweit auch das zuständige Jugendamt Verantwortung für die sachgemäße Erbringung dieser Leistung zugunsten der einzelnen Kinder oder Jugendlichen, im Zusammenhang mit den Vereinbarungen zwischen Einrichtung und örtlichem Jugendamt (§§ 78a ff. SGB VIII) aber auch für die strukturellen Rahmenbedingungen in der Einrichtung. Die Verantwortlichkeit für die Aufgaben nach § 45 SGB VIII, für die i. d. R. das Landesjugendamt zuständig ist, betrifft dagegen „nur“ die Rahmenbedingungen.

Diese unterschiedlichen Verantwortlichkeiten und die sich daraus ergebenden Aufgaben und Befugnisse müssen den verschiedenen Akteuren bekannt und bewusst sein, damit daraus fachliche Konzepte und Formen der Kooperation entwickelt werden (können), die den Rechten der Eltern und ihrer Kinder und sowie deren Schutz, aber auch den Rechten und Interessen der Träger der Einrichtung und ihres Personals Rechnung tragen.

#### **These 2:**

**Das Landesjugendamt nimmt, wenn es – wie in Schleswig-Holstein – zuständige Behörde für die Aufgabe des § 45 SGB VIII ist, zugleich die Aufgabe der „Beratung der Träger von Einrichtungen während der Planung und Betriebsführung“ (§ 85 Abs. 2 Nr. 7 SGB VIII) wahr. Beratung durch das Landesjugendamt kann also einmal im Kontext eines Interventionsanlasses das weniger eingreifende Mittel im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gegenüber Auflagen oder anderen förmlichen**

**Verwaltungsakten sein, ein anderes Mal einem „reinen“ Serviceangebot entsprechen. Dass bei den zuständigen Behörden mittlerweile – neben der Präventivwirkung des Erlaubnisvorbehalts – die Beratungsfunktion gegenüber rein formalen Prüfmethode als zumindest gleichrangig gilt, ist wegen der unübersehbar höheren Effektivität und Effizienz zu begrüßen.**

**Allerdings bedarf es einer für alle Beteiligten erkennbaren Unterscheidung und Klarstellung der unterschiedlichen Aufgaben und Befugnisse durch ein in den jeweiligen Situationen klar zugeordnetes Auftreten und eine rechtliche Differenzierung in den vereinbarten oder angeordneten Konsequenzen.**

Im Grunde hat sich diese Koppelung bewährt, sie setzt aber eine besondere Qualifikation der Fachkräfte voraus (beratungsmethodisch, fachlich-inhaltlich im Hinblick auf den Einrichtungstyp und verwaltungsrechtlich wie -technisch für die Interventionen der „Heimaufsicht“).

### **These 3:**

**In diesem Gesamtsystem bleibt es unentbehrlich, dass für die Aufgabe nach § 45 SGB VIII eine „Stelle von außen“ in Form institutionalisierter staatlicher Aufsicht zuständig ist, in der fachlich kompetent und unabhängig gearbeitet wird. Die Unabhängigkeit ist auch deshalb wichtig, weil sonst nicht sichergestellt ist, dass bei der Bestimmung der jeweiligen Mindestanforderungen an die Qualität der Einrichtung zuverlässig die Interessen der betreuten Kinder und Jugendlichen berücksichtigt werden.**

Zwar ist zu unterstellen, dass grundsätzlich sowohl die Jugendämter als Leistungs- und Kostenträger als auch die Einrichtungsträger selbst ein Interesse daran haben, dass die jeweils vereinbarte bzw. in den Unterlagen beschriebene Qualität der Einrichtungen tatsächlich gewährleistet wird. Eine Überprüfung der tatsächlichen Praxis bzw. die Feststellung von Abweichungen gegenüber dem Konzept würde die Personensorgeberechtigten überfordern. Das gilt auch für Fragen der pädagogischen Praxis.

Ein Aufsichtsorgan muss aber nicht nur die Interessen und Rechte der Nutzer der Einrichtung sichern, sie muss für diese auch erreichbar sein. Da die Gewährleistung eines strukturellen Rahmens eine (Mindest-)Qualität voraussetzt, hat sie auch Folgen für leistungsgerechte Entgelte. Deshalb ist zur Vermeidung von Interessenskollisionen sicherzustellen, dass „Heimaufsicht“ und individuelle Fallverantwortung und die damit verbundene Kostenlast nicht in einer Hand liegen. Das ist am ehesten durch eine von der individuellen Fallverantwortung unabhängige staatliche Aufsicht gewährleistet.

Die sachgerechte Erfüllung der mit der „Heimaufsicht“ verbundenen Aufgaben setzt allerdings voraus, dass eine ausreichende personelle und sachliche Ausstattung der zuständigen Behörde sichergestellt ist.

#### **These 4:**

**Die Arbeit der „Heimaufsicht“ ist gravierend dadurch beeinträchtigt, dass grundlegende rechtliche Vorgaben als ungeklärt gelten und zu Unsicherheiten beim Aufgabenvollzug führen. Das betrifft die Möglichkeiten (und Grenzen) der Einsichtnahme in das Geschehen in Einrichtungen, Beweisanforderungen bzw. Beweislastregeln, die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe und die Konsequenzen im Zusammenhang mit der Schließung von Einrichtungen. Die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte ist uneinheitlich und zum Teil wenig überzeugend. Klarstellungen durch den Gesetzgeber wären hilfreich.**

Inwieweit ein angekündigter Entwurf zur Änderung des SGB VIII diese Themen aufgreift und dafür praktikable Lösungen vorsieht, kann nicht beurteilt werden, da bei der Erstellung dieses Gutachtens noch kein entsprechender Entwurf vorlag. „Niederlagen“ für den Kläger bei der gerichtlichen Überprüfung von Aufsichtsmaßnahmen können die weitere Kooperation empfindlich stören und im Ergebnis Schaden anrichten. Damit werden Anreize dafür gesetzt, Streitfragen ungeklärt bleiben zu lassen. Insofern tragen Unklarheiten und Ungereimtheiten in den gesetzlichen Vorgaben für die Tätigkeit der zuständigen Behörden dazu bei, dass auf Fehlentwicklungen nicht immer angemessen reagiert wird.

#### **These 5:**

**Eine Optimierung der gesetzlichen Vorgaben würde auch die erforderliche Profilierung der zuständigen Behörde fördern. Die als notwendig erachtete Beurteilung von Einrichtungen i. S. einer Gesamtschau verlangt bei der zuständigen Behörde allerdings eine fachliche Spezialisierung je nach Typ der Einrichtung (wie in den meisten Landesjugendämtern schon praktiziert). Förderlich wäre aber im Sinne der empfohlenen Profilierung auch eine Ergänzung der allgemeinen Vorgaben des § 45 SGB VIII in Form weiterer (konkretisierender) Vorgaben, differenziert nach Tageseinrichtungen für Kinder einerseits und Heimen (und vergleichbaren Einrichtungen) andererseits (also z. B. als § 45a und § 45b).**

Grundsätzlich erscheint es zwar nach wie vor sinnvoll, die für alle Einrichtungstypen wesentlichen Voraussetzungen in der notwendigen Abstraktion einheitlich zu formulieren. Es gibt aber Gesichtspunkte, die je nachdem unterschiedlich zu berücksichtigen sind, ob sich Kinder und Jugendliche nur für einige Stunden in der Einrichtung aufhalten (wie z. B. bei Tageseinrichtungen für Kinder) oder über längere Zeit und über Tag und Nacht.

Eine Differenzierung scheint aufgrund der unterschiedlichen Altersstufen der Kinder und Jugendlichen auch hinsichtlich der Formen der Beteiligung und Beschwerde geboten.

#### **These 6:**

**Einsichtnahme in das Geschehen in der Einrichtung und daraus abgeleitete Einschätzungen der Qualität der pädagogischen Arbeit sind und bleiben – unabhängig von wünschenswerten Verbesserungen der rechtlichen, konzeptionellen und organisatorischen Rahmenbedingungen - für die institutionalisierte Aufsicht schwierig. Insbesondere wegen dieser grundsätzlich begrenzten Möglichkeiten sollte die zuständige Behörde sich soweit möglich – ohne befangen zu werden - um gute Kontakte zu den Einrichtungen und auch den anderen Stellen bemühen, die (Mit-)Verantwortung für das Geschehen in der Einrichtung tragen. Sie sollte also möglichst „mit den Stühlen“ agieren anstatt sich „zwischen den Stühlen“ zu platzieren.**

Die zuständige Behörde soll sich zwar um ein „Gesamtbild“ bemühen und eine Fixierung auf Einzelereignisse (mit Konsequenzen für die Prognose) vermeiden. Aber es bleibt ein Dilemma, angesichts begrenzter Informationen (und Beweismittel) dafür sorgen zu sollen, dass ein angemessener an Schutz für die betreuten Kinder und Jugendlichen gewährleistet ist. So kann es sein, dass, ohne alle prozessrechtlichen Aspekte einzubeziehen, sichernde Maßnahmen auf dem Wege der verbindlichen Absprache sinnvoller sind als im förmlichen Verwaltungsverfahren die als wünschenswert eingeschätzten Veränderungsschritte durchzusetzen.

#### **These 7:**

**Die „Heimaufsicht“ kann und darf nicht ignorieren, dass es sehr unterschiedliche Vorstellungen „richtiger“ Pädagogik gibt und verschiedene Ansätze nicht nur legitim, sondern auch wünschenswert sind. Um hier die gleichwohl notwendigen Grenzen verbindlich sicherstellen zu können, bedarf es einer breiten öffentlichen Diskussion, um sowohl den vorrangig zuständigen Eltern als auch den Einrichtungsträgern (und nicht zuletzt der „Heimaufsicht“ selbst) die notwendige Orientierung zu bieten bzw. Zugang zu den entsprechenden Informationsquellen und Diskussionsräumen zu vermitteln. Die „Heimaufsicht“ könnte und sollte in dieser Hinsicht zu einem „Medium der Transparenz“ werden.**

Wie auch in anderen Bereichen der Kinder- und Jugendhilfe, in denen es bei krisenhaften Entwicklungen um schwierige, aber unentbehrliche Entscheidungen (auf der Basis prognostischer Einschätzungen zum vermuteten zukünftigen Verhalten von Menschen) geht, sind Fehler nicht immer zu vermeiden. Deshalb sollte auch in den zuständigen Aufsichtsbehörden eine „fehlerfreundliche Kultur“ gepflegt werden, d. h. die Bereitschaft bestehen, aus Fehlern zu lernen und zu diesem Zweck bei allen Beteiligten die Bereitschaft zu kritischer Rückmeldung und angemessener Aufarbeitung zu fördern.