

Gesetze und Gerichte

Winfried Möller, Staufenberg

Noch einmal: Unterlassungsstrafbarkeit von Fachkräften des Jugendamtes – Fortgang des Verfahrens

I. Prozessgeschichte

In Heft 4/2020 der EJ wurde das Urteil des Landgerichts Arnsberg vom 7. Januar 2020¹ analysiert, mit dem das Gericht die Verurteilung einer Mitarbeiterin des Jugendamtes wegen durch Unterlassen begangener fahrlässiger Tötung durch das Amtsgericht Medebach² in der Berufungsinstanz bestätigte. Nach dem festgestellten Sachverhalt war im Februar 2014 in einer Familie, mit deren Betreuung die Fachkraft des Jugendamtes seit August 2013 beauftragt war, der zweijährige Sohn verhungert und verdurstet, ohne dass die Angeklagte eingegriffen hatte. Die Dystrophie (Untergewichtigkeit) war, so die Feststellungen des Landgerichts, durch eine länger anhaltende Nahrungsunterversorgung, die mindestens drei Monate bestanden hatte, die Exikose (Austrocknung) durch eine nicht ausreichende Versorgung mit Flüssigkeit über mindestens zwei Wochen verursacht worden.³

Gegen das Urteil des Landgerichts legte die Angeklagte Revision ein, mit der sie neben Verfahrensfehlern, auf die hier nicht weiter eingegangen werden soll, mit der sogenannten Sachrüge die Verletzung materiellen Rechts, also die zu Unrecht erfolgte Verurteilung wegen fahrlässiger Tötung rügte.

1 LG Arnsberg, Urteil vom 7.1.2020, Az. 3 Ns-411 Js 274/16-101/17, https://www.justiz.nrw.de/nrwe/lgs/arnsberg/lg_arnsberg/j2020/3_Ns_411 Js_274_16_101_17_Urteil_20200107.html (letzter Zugriff 12.11.2020)

2 AG Medebach, Urteil vom 4.5.2017, Az. 6 Ds-411 Js 274/16- 213/16, Neue Zeitschrift für Familienrecht 2017, S. 703 ff. = <https://openjur.de/u/2153295.html>.

3 Hinsichtlich des umfangreichen Sachverhalts muss erneut auf die sehr umfangreichen und detaillierten Ausführungen im Urteil des Landgerichts Arnsberg verwiesen werden.

Mit Beschluss vom 22.10.2020 hat das Oberlandesgericht Hamm die Revision der Angeklagten als unbegründet verworfen.⁴ Die Verurteilung ist damit rechtskräftig.

Der Beschluss des OLG Hamm ist – soweit ersichtlich – nach solchen des OLG Oldenburg,⁵ des OLG Stuttgart,⁶ des OLG Düsseldorf⁷ sowie des OLG Dresden die fünfte Entscheidung eines Oberlandesgerichts, das sich mit der Frage der Unterlassungsstrafbarkeit von Fachkräften des Jugendamtes befasst. Diese war daneben allerdings Gegenstand zahlreicher staatsanwaltschaftlicher Ermittlungsverfahren sowie erst- und zweitinstanzlicher Gerichtsverfahren mit unterschiedlichen Ergebnissen.⁸

Die Entscheidung soll hier mit Blick auf die zentralen Aussagen beleuchtet und hinsichtlich ihrer Bedeutung für die allgemeine Diskussion der Thematik bewertet werden.

II. Die Entscheidung des OLG Hamm

Erwartungsgemäß stehen drei Komplexe im Zentrum auch der Entscheidung des Oberlandesgerichts, nämlich

- a) das Bestehen einer Garantenstellung,
- b) die Frage der Sorgfaltspflichtverletzung der Jugendamtsmitarbeiter/-in sowie

4 OLG Hamm, Beschluss vom 20.10.2020, 5 RVs 83/20 und 5 Ws 279/20, openjur.de = https://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/hamm/j2020/5_RVs_83_20_und_5_Ws_279_20_Beschluss_20201022.html

5 Urteil vom 02.09.1996, Ss 249/96.

6 Beschluss vom 28.05.1998 – 1 Ws 78/98.

7 Urteil vom 27.4.2000, 2 Ss 130/98, NSTZ-RR 2001, S. 199.

8 Ein guter Überblick über die strafrechtlichen Reaktionen gegenüber Jugendamtsmitarbeiter/-innen in Fällen, in denen Kinder zu Schaden gekommen sind, findet sich bei Linn Katharina Döring, Sozialarbeiter vor Gericht? Verlag Duncker & Humblot, Berlin 2018, S. 18 ff., S. 66-69.

c) deren Kausalität für den eingetretenen Tod des Kindes.

a) Keinerlei Zweifel hat das Gericht am Bestehen einer Garantenstellung: »Dass aus den Schutzpflichten eines staatlichen Gewährträgers wie dem Allgemeinen Sozialdienst (...) eine strafrechtliche Garantenpflicht für dessen Mitarbeiter erwächst, ist bereits vor Inkrafttreten des § 8a SGB VIII in der obergerichtlichen Rechtsprechung⁹ unbestritten gewesen«,¹⁰ heißt es dazu apodiktisch. Offenbleiben könne, ob sich diese Garantenpflicht seit Inkrafttreten dieser Vorschrift unmittelbar aus dem Gesetz oder (daneben) aus tatsächlicher Schutzübernahme ergebe. Umstritten sei allein, ab welchem Zeitpunkt die Garantenpflicht zum Tragen komme.

Insoweit lehnt das Gericht die unter anderem von Wiesner vertretene Auffassung ab, nach der eine Garantenstellung erst dann entstehe, wenn der Prozess der Gefährdungseinschätzung ein Stadium erreicht habe, in dem ein konkretes Eingreifen zur Abwehr einer Kindeswohlgefährdung erforderlich sei. Ausdrücklich erteilt das OLG Hamm dem Einwand eine Absage, eine Handlungspflicht könne erst bei tatsächlicher Kenntnisnahme der konkret eingetretenen akuten Kindeswohlgefährdung entstehen: Das, so das Gericht, würde dem Handlungspflichtigen ermöglichen, durch pflichtwidriges Verhalten seine eigene Garantenstellung zu beseitigen, und gerade diejenigen begünstigen, der seine Pflichten im Vorfeld in besonders erheblicher Weise verletzt. Würde man dieser Argumentation folgen, wäre gerade derjenige Jugendamtsmitarbeiter, der alle an ihn herangetragenen Warnzeichen einer Kindeswohlgefährdung in einer von ihm betreuten Familie ignoriert und

keinem Hinweis nachgeht, am umfassendsten vor strafrechtlicher Verfolgung geschützt (Rn. 37 des Beschlusses).

Ohne dies ausdrücklich zu benennen, lehnt es auch die gleichsam gegenpolige Auffassung ab, nach der bereits der Erstkontakt mit der Familie eine Garantenstellung der fallführenden Fachkraft begründe, sondern schließt sich der von Heghmanns inspirierten Auffassung des Landgerichts Arnsberg an, nach der ein(e) Mitarbeiter/-in dann zum Garanten oder zur Garantin werde, wenn objektiv eine erkennbare dringende Gefahr für das Kind entstehe, die jedoch infolge des Unterlassens von Aufklärungsmaßnahmen unerkannt bleibe (Rn. 35 f.).

b) Auch eine Sorgfaltspflichtverletzung der Angeklagten bejaht das Gericht. Sie habe »über einen Zeitraum von mehreren Monaten« keine Gefährdungseinschätzung vorgenommen, obwohl dies aufgrund der ihr bekannten prekären Umstände der Familie, auf die bereits das vor einem Umzug zuständige Jugendamt hingewiesen hatte, geboten und ihr auch möglich und zumutbar gewesen wäre.

Aufgrund dieser Umstände habe die Angeklagte sich zeitnah nach Übernahme des Falles einen persönlichen Eindruck von dem Kind verschaffen oder im Falle der Weigerung der Kindesmutter das Familiengericht anrufen müssen. Der körperliche Zustand des Kindes sei ab August 2013 bis zu seinem Tod bereits so reduziert gewesen, dass »seine Unterversorgung und die daraus folgenden Verhaltensauffälligkeiten bei nicht nur ganz oberflächlicher Betrachtung des Kindes ins Auge sprangen«.

Aufgrund ihrer Untätigkeit sei der Angeklagten der sich nach den Feststellungen des Urteils über mindestens drei Monate andauernde Zustand des Verhungerns des Kindes pflichtwidrig verborgen geblieben, sodass sie das bei Kenntnis der Sachlage objektiv Erforderliche nicht habe veranlassen können (Rn. 38 f.).

9 Auch in der Strafrechtswissenschaft besteht insoweit im Grundsatz Einigkeit und selbst in der jugendhilferechtlichen Literatur war es wohl nur noch Mörsberger (JAmt 2018, S. 178-183), der dies grundsätzlich in Frage gestellt hat.

10 Beschluss vom 22.10.2020, Rn. 33; das OLG verwendet den Begriff der »Garantenpflicht« synonym zu dem hier gebrauchten der »Garantenstellung«.

c) Keine Zweifel hegt das Gericht schließlich an der vom Landgericht Arnberg bejahten Kausalität des Verhaltens der Angeklagten für den Tod des Kindes. Die Handlungsmöglichkeiten und Eingriffsbefugnisse der Angeklagten hätten es ihr ermöglicht, erforderlichenfalls auch ohne oder gegen den Willen der Kindesmutter eine ausreichende Ernährung des Kindes sicherzustellen (Rn. 41).

III. Stellungnahme

Der Entscheidung ist hinsichtlich des entschiedenen Falles jedenfalls im Ergebnis zuzustimmen. Obergerichtlichen Entscheidungen kommt allerdings auch die Funktion zu, über den konkreten Fall hinausweisende Rechtsfragen zu beantworten und zu klären.

Insoweit hat die Entscheidung des OLG Hamm (erneut) Klarheit hinsichtlich der Frage des Bestehens einer Garantenstellung von Fachkräften des Jugendamtes gegenüber den von ihnen betreuten Kindern und Jugendlichen dahingehend geschaffen, dass diese eine Garantenstellung innehaben. Dass eine solche Garantenstellung besteht, kann ernsthaft nicht mehr in Frage gestellt werden.

Auch wenn die besseren Argumente für das Entstehen einer Garantenstellung bereits mit dem Erstkontakt sprechen,¹¹ ist der Entscheidung des OLG Hamm im Ergebnis und auch in der Annahme, dass eine Garantenstellung nicht erst bei tatsächlicher Kenntnisnahme der konkret eingetretenen akuten Kindeswohlgefährdung entgegensteht, zuzustimmen.

Im Gegenteil betont das Gericht die Sorgfaltspflicht der betreuenden Fachkraft, sich einen persönlichen Eindruck vom Zustand eines Kindes zu verschaffen und sich insoweit nicht auf Aussagen von Eltern(teilen) zu verlassen. Von dieser Pflicht wird eine Fachkraft auch nicht durch das – auch von der Angeklagten beziehungsweise

deren Jugendamt ins Feld geführte – Anliegen dispensiert, eine Vertrauensbeziehung zu den Eltern aufzubauen beziehungsweise aufrechtzuerhalten.

Schließlich bejaht das OLG Hamm die Kausalität zwischen Sorgfaltspflichtverletzung und dem eingetretenen strafrechtlichen Erfolg, dem Tod des Kindes. Eine solche Kausalität kann nur dann bejaht werden, wenn auch ein pflichtgemäßes Verhalten den Tod nicht verhindert hätte. Insoweit betont das Gericht die Möglichkeit, aber auch Verpflichtung, erforderlichenfalls auch ohne oder gegen den Willen der Eltern einzugreifen. Mit der Einschaltung des Familiengerichts und der in dringenden Fällen angezeigten Inobhutnahme (vgl. dazu § 8a Abs. 2 SGB VIII) stehen die notwendigen Instrumente zur Verfügung.

Neuregelungen zum Schutz in Einrichtungen im Entwurf eines »Gesetzes zur Stärkung von Kindern und Jugendlichen«

Seit August 2020 liegt nunmehr der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung von Kindern und Jugendlichen (Kinder- und Jugendstärkungsgesetz – KJSG) des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ) vor.¹² Einer der Schwerpunkte des Entwurfs ist die Verbesserung des Kinder- und Jugendschutzes. Die folgenden Ausführungen geben einen Überblick über die geplanten Änderungen beim Schutz von Kindern und Jugendlichen in Einrichtungen (§§ 45 ff. SGB VIII).

I. Betriebserlaubnis nach § 45, 45a SGB VIII-E

1. Einrichtungsbegriff

Bereits nach geltendem Recht bedarf der Träger

¹² Die weiteren Ausführungen beziehen sich auf den Entwurfsstand vom 5. Oktober 2020, abzurufen etwa auf der Internetseite des DIJuF, https://www.dijuf.de/files/downloads/2020/Referentenentwurf%20eines%20Gesetzes%20zur%20St%C3%A4rkung%20von%20Kindern%20und%20Jugendlichen_05.10.2020.pdf

¹¹ Vgl. dazu meinen Beitrag in EJ 2020, S. 270 (272).

einer »Einrichtung, in der Kinder oder Jugendliche ganztägig oder für einen Teil des Tages betreut werden oder Unterkunft erhalten«, gemäß § 45 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII für deren Betrieb einer Erlaubnis. Weitere Konkretisierungen nimmt die Vorschrift hinsichtlich der Einrichtung nicht vor. Demgegenüber normiert nunmehr § 45a SGB VIII-E erstmals eine gesetzliche Definition des Einrichtungsbegriffs, die positive wie negative Merkmale enthält.

Positiv wird in § 45a Satz 1 SGB VIII-E in Übereinstimmung mit der geltenden Regelung und den zum Einrichtungsbegriff herausgearbeiteten Merkmalen¹³ mit den Kriterien »gewisse Dauer« und »förmliche Verbindung ortsgebundener räumlicher, personeller und sachlicher Mittel« der institutionelle Charakter von Einrichtungen betont. Mit dem Kriterium »außerhalb ihrer Familie« wird unterstrichen, dass mit der Übergabe an diese Institution die Einwirkungsmöglichkeiten der Personensorgeberechtigten verringert werden und das Wohl der Kinder oder Jugendlichen stark von der Einbindung in die Organisation und Struktur der Einrichtung abhängt.

Mit der Benennung der Kriterien »Beaufsichtigung«, »Erziehung«, »Bildung« und »Ausbildung« wird die Auflistung der Zwecke vervollständigt, denen eine Einrichtung dienen kann, und eine Abgrenzung zu Einrichtungen außerhalb des Regelungsbereichs des SGB VIII vorgenommen, bei denen Betreuung und Unterkunft nur untergeordnete Bedeutung haben, wie beispielsweise Krankenhäuser oder Sporteinrichtungen. Eine Mindestanzahl vorgehaltener oder tatsächlich genutzter Plätze ist kein konstitutives Merkmal der Einrichtung.¹⁴

In negativer Hinsicht setzt § 45a Satz 2 SGB VIII-E die Einrichtung von »familienähnlichen Betreuungsformen der Unterbringung« ab, »bei denen der Bestand der Verbindung nicht unabhängig von bestimmten Kindern und Jugendlichen,

den dort tätigen Personen und der Zuordnung bestimmter Kinder und Jugendlicher zu bestimmten dort tätigen Personen ist«. Damit wird eine Abgrenzung zu Pflegeeltern und Kindertagespflegepersonen vorgenommen, bei denen die Kinder und Jugendlichen bestimmten Personen zugeordnet sind. Demgegenüber wird in einer Einrichtung die Erziehungsverantwortung nicht dauerhaft einer individuell bestimmbarer Person übertragen, sondern mehreren Personen, die auch wechseln können. Sie sind nur Einrichtung im Sinne der Vorschrift, wenn sie »fachlich und organisatorisch in eine betriebslaubnispflichtige Einrichtung eingebunden sind«.

Wann von einer solchen Einbindung auszugehen ist, regelt § 45a Satz 3 SGB VIII-E, nämlich dann, wenn diese Einrichtung »das Konzept, die fachliche Steuerung der Hilfen, die Qualitätssicherung, die Auswahl, Überwachung, Weiterbildung und Vertretung des Personals sowie die Außenvertretung gewährleistet«. Familienähnliche Betreuungsformen sind also dann »Einrichtung«, wenn sie ihrerseits dem Regime einer »erlaubnispflichtigen Einrichtung« unterliegen.¹⁵ Die von Satz 3 beschriebene »Einbindung« stellt allerdings nach dem Gesetzeswortlaut, zum Ausdruck kommend in dem Wort »insbesondere«, nur ein sogenanntes Regelbeispiel, aber keine abschließende Regelung dar. Da aber weitere Formen der Einbindung von vergleichbarer Qualität sein müssten, sind solche kaum denkbar.

Konsequenz einer Qualifizierung nach § 45a Satz 2 und 3 SGB VIII-E als Einrichtung ist gemäß § 45 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII deren Erlaubnispflichtigkeit. Bedeutet dies, dass die »familienähnliche Betreuungsform« ebenfalls erlaubnispflichtige Einrichtung ist und damit neben der erlaubnispflichtigen Einrichtung, unter deren Dach sie sich befindet und in die sie ja integriert sein muss, gleichfalls eine Erlaubnis benötigt? Und wenn dies der Fall sein sollte, was ist Gegenstand der Überprüfung und Erlaubnis, wo doch alle wesentlichen Kriterien nach § 45a Satz

¹³ Vgl. zu diesen PK-SGB VIII/Möller, § 45 Rn. 4 ff.

¹⁴ Vgl. Entwurf, S. 117

¹⁵ Der Entwurf spricht von »Einrichtungskontext«, S. 117

3 definitionsgemäß von der übergeordneten Einrichtung »gewährleistet« werden? Die Intention des Gesetzentwurfs, dass solche Betreuungsformen, die in einem Einrichtungskontext stattfinden, nicht aus dem betriebserlaubnispflichtigen Bereich herausfallen dürften,¹⁶ spricht dafür, die Erlaubnispflichtigkeit und damit auch eine der übergeordneten Einrichtung erteilte Erlaubnis auf diese Unterbringungsformen zu erstrecken, sodass es nur einer einheitlichen Erlaubnis bedarf.

2. Erlaubniserteilungsvoraussetzungen nach § 45 Abs. 2 SGB VIII-E

a) Zuverlässigkeit des Trägers

§ 45 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 SGB VIII-E führt als neue Regelerteilungsvoraussetzung für die Betriebserlaubnis ein, dass »der Träger die für den Betrieb der Einrichtung erforderliche Zuverlässigkeit besitzt«. Ob die Zuverlässigkeit des Trägers bereits nach geltendem Recht Erteilungsvoraussetzung ist, wird wohl mehrheitlich verneint.¹⁷ Durch die Ergänzung soll nach der Entwurfsbegründung die Prüfung der Erlaubnis nicht nur einrichtungsbezogen, sondern auch hinsichtlich der Eignung des dahinterstehenden Trägers erfolgen. Die Zuverlässigkeit ist ein prominenter Begriff des Wirtschaftsverwaltungsrechts und Erteilungsvoraussetzung für zahlreiche Erlaubnisse wie beispielsweise im Gewerbe- oder Gaststättenrecht. Nach allgemein anerkannter Definition ist zuverlässig, wer die Gewähr dafür bietet, dass er die genehmigte Tätigkeit ordnungsgemäß ausführen wird. Die Aufnahme des Tatbestandsmerkmals der Zuverlässigkeit als Erlaubnisvoraussetzung war auch von der Arbeitsgruppe »SGB VIII: Mitreden – Mitgestalten« befürwortet, allerdings eine »jugendhilfespezifische Konkretisierung des Zu-

verlässigkeitsbegriffs« gefordert worden. Dieser Forderung trägt § 45 Abs. 2 Satz 3 SGB VIII-E Rechnung, der Regeltatbestände formuliert, die die erforderliche Zuverlässigkeit ausschließen. Solche liegen vor, wenn der Träger

- nachhaltig gegen seine Mitwirkungs- und Meldepflichten nach §§ 46, 47 SGB VIII verstoßen hat,
- Personen entgegen eines behördlichen Beschäftigungsverbots nach § 48 SGB VIII beschäftigt oder
- wiederholt gegen behördliche Auflagen verstoßen hat.

Das Erfordernis des *nachhaltigen* beziehungsweise *wiederholten* Verstoßes soll die inzwischen ubiquitäre Verhältnismäßigkeit der Verneinung der Zuverlässigkeit sicherstellen.¹⁸

Auch hier handelt es sich bei den in Nr. 1 bis 3 genannten Gründen nicht um eine abschließende Aufzählung, sondern um Regelbeispiele (»insbesondere«). Auch nicht genannte vergleichbare Verstöße können die Unzuverlässigkeit des Trägers begründen, so etwa ein Verstoß gegen das gesetzliche (Weiter-)Beschäftigungsverbot nach § 72a SGB VIII.¹⁹

b) Verfahren zur Sicherung der Rechte von Kindern

Durch das Bundeskinderschutzgesetz war erstmals die Installierung und Implementierung von Beteiligungsverfahren zur Sicherung der Rechte von Kindern und Jugendlichen in Einrichtungen als Voraussetzung für die Erteilung einer Betriebserlaubnis normiert worden. Diese Regelung wird durch den Entwurf ergänzt und konkretisiert.

Danach müssen zur Sicherung der Rechte und des Wohls von Kindern und Jugendlichen in der Einrichtung nunmehr zwei Voraussetzungen ge-

16 Entwurfsbegründung, S. 117.

17 Vgl. dazu PK-SGB VIII/Möller, § 45 Rn. 41 f. Die dort und auch in der Entwurfsbegründung (S. 110) zitierte dies bejahende Entscheidung des VG des Saarlandes (Urteil vom 11.5.2012, 3 K 231/11, juris) ist, soweit ersichtlich, ein Solitär geblieben.

18 Vgl. Entwurf, S. 113

19 So auch die DIJuF-Stellungnahme vom 26.10.2020, https://www.dijuf.de/files/downloads/2020/DIJuF-Stellungnahme_KJSG_2020-10-26.pdf, S. 2 (28.10.2020)

währleistet werden, nämlich

- die Entwicklung, Anwendung und Überprüfung eines Konzepts zum Schutz vor Gewalt sowie
- geeignete Verfahren der Beteiligung sowie der Möglichkeit der Beschwerde in persönlichen Angelegenheiten innerhalb und außerhalb der Einrichtung.

Die Änderung zielt auf eine Stärkung der Rechte und zugleich auf den Schutz des Wohls von Kindern und Jugendlichen in Einrichtungen.

Die unter a) und b) skizzierten Neuregelungen gelten auch für bereits bestehende Betriebserlaubnisse (siehe dazu unten d)).

c) Vorzulegende Prüfungsunterlagen

§ 45 Abs. 3 SGB VIII-E wird um eine Nr. 3 ergänzt, in der dem Träger weitere Nachweispflichten auferlegt werden. Die Ergänzung bezweckt eine Verdeutlichung des bisher nicht klar geregelten Umfangs der anzufertigenden Aufzeichnungen.

Der Träger, der eine Betriebserlaubnis nach § 45 SGB VIII begehrt, hat zunächst bei deren Beantragung (»mit dem Antrag«) nachzuweisen, dass über den Betrieb und die Ergebnisse der Einrichtung Aufzeichnungen angefertigt werden, die den Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Buch- und Aktenführung entsprechen, und eine dreijährige Aufbewahrung dieser Aufzeichnungen sichergestellt wird. Absatz 3 Nr. 3 begründet also keine neuen Anforderungen an die Einrichtung als solche. Anknüpfend an Abs. 2 Nr. 1 und 2 werden lediglich Verpflichtungen hinsichtlich der Dokumentation und des Nachweises normiert.

Die anzufertigenden Aufzeichnungen müssen den Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Buch- und Aktenführung entsprechen. Damit wird auf außerhalb des Kinder- und Jugendhilferechts liegende Vorgaben etwa des Handels- und Steuerrechts verwiesen. Allgemeine Grundsätze enthält insoweit etwa § 145 Abs. 1 AO. Welche An-

forderungen im Einzelnen zu stellen sind, hängt also von jenen Vorschriften und auch der Größe und Organisationsform der jeweiligen Einrichtung ab.

d) Rücknahme und Widerruf der Betriebserlaubnis

In § 45 Abs. 7 SGB VIII werden die Sätze 2 und 3 neu eingefügt.

Nach dem neuen Satz 2 kann die Erlaubnis zurückgenommen werden, wenn die Voraussetzungen für deren Erteilung nach Abs. 2 »nicht oder nicht mehr vorliegen«. Erfasst werden also zwei Konstellationen:

- Die Erteilungsvoraussetzungen haben von Anfang an nicht bestanden, die Erteilung der Erlaubnis war also von Anfang an rechtswidrig (»nicht ... vorliegen«);
- Die Erteilungsvoraussetzungen sind zwischenzeitlich weggefallen (»nicht mehr vorliegen«).

Durch die neue Spezialregelung wird die allgemeine Rücknahmenvorschrift des § 45 SGB X vollständig verdrängt, sie ist auf die Erlaubnis nach § 45 SGB VIII nicht mehr anwendbar. Damit will der Gesetzgeber bewusst ausschließen, dass eine Erlaubnis wegen eines bestehenden Vertrauensschutzes oder zu beachtender Ausschlussfristen nicht zurückgenommen werden kann. Vielmehr soll die Genehmigungsbehörde wegen des hohen Ranges des gefährdeten Rechtsguts des Kindeswohls die Möglichkeit haben, die Erlaubnis ohne Rücksicht auf Vertrauensgesichtspunkte oder Ausschlussfristen zurückzunehmen.

Die Aufhebung der Erlaubnis setzt voraus, dass die Voraussetzungen für deren Erteilung nach Absatz 2 nicht oder nicht mehr vorliegen. Damit wird klargestellt, dass bereits die Nichteinhaltung der Erteilungsanforderungen für ein Einschreiten der Erlaubnisbehörde ausreicht, ohne dass es auf die konkrete Gefährdung des Wohls der Kinder oder Jugendlichen in der Einrichtung ankommt. Mit dieser klarstellenden Änderung reagiert der Gesetzgeber auch auf eine Auffassung, nach der

die Aufhebung der Erlaubnis immer eine konkrete Gefährdung voraussetzt, das heißt die tatsächengestützte hinreichende Wahrscheinlichkeit, dass das Wohl der Kinder oder Jugendlichen ohne ein Einschreiten geschädigt wird. In der Konsequenz dieser Auffassung sei die Schwelle für die Aufhebung der Erlaubnis wesentlich höher als für deren Nichterteilung. Dies könne nicht angenommen werden.²⁰

Liegen die Voraussetzungen vor, weil das Wohl der Kinder oder Jugendlichen in der Einrichtung nicht gewährleistet ist, so steht die Aufhebung der Erlaubnis im Ermessen der Behörde. Sie hat also das Interesse des Trägers am Fortbestand der Erlaubnis einerseits mit dem Schutz des Wohles der Kinder oder Jugendlichen in der Einrichtung gegeneinander abzuwägen. Angesichts des ja gerade in der Gesetzesänderung zum Ausdruck kommenden Vorrangs des hohen Rechtsguts des Kindeswohls ist ein gänzliches Absehen von einem Einschreiten der Behörde bei Fehlen oder Wegfall der Voraussetzungen für die Erlaubniserteilung rechtmäßigerweise schlechterdings nicht vorstellbar. Andererseits ist die Rücknahme der Erlaubnis auch nicht stets zwingend. Von der Rücknahme der Erlaubnis kann ermessensfehlerfrei aber nur dann abgesehen werden, wenn der erlaubnisgemäße Betrieb der Einrichtung durch Auflagen nach Absatz 4 sichergestellt werden kann.

Da die neue Rücknahmeregelung auch dann eingreift, wenn die Erteilungsvoraussetzungen »nicht mehr« vorliegen, erfasst sie auch bereits erteilte Betriebserlaubnisse, hat also in diesem Sinne Rückwirkung. Auch bei Inkrafttreten des Gesetzes bestehende Betriebserlaubnisse können also zurückgenommen werden.

Die Erteilung von Auflagen ist allerdings unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten von der Behörde als milderer Mittel stets zu prüfen.

An den Erlass einer Auflage knüpft der ebenfalls neue Satz 3 an, der auf § 47 Abs. 1 Nr. 2 und Abs.

3 SGB X verweist. Danach kann die Betriebserlaubnis widerrufen werden, wenn mit ihrem Verwaltungsakt eine Auflage verbunden ist und der Träger diese nicht oder nicht innerhalb einer ihm gesetzten Frist erfüllt hat. Ergibt also eine Auflage an den Träger – etwa in einer bestimmten Frist eine Überbelegung abzubauen – und wird diese nicht innerhalb der gesetzten Frist erfüllt, dann enthält der weiterhin anwendbare § 47 Abs. 1 Nr. 2 SGB X die Ermächtigung, die Erlaubnis nach Ausübung von Ermessen zu widerrufen.

II. Prüfungsbefugnisse nach § 46 SGB VIII-E

1. Allgemeines

§ 46 SGB VIII regelt Befugnisse zur Prüfung, ob die für die Erteilung der Betriebserlaubnis maßgebliche Voraussetzung, dass das Wohl der Kinder und Jugendlichen in der Einrichtung gewährleistet ist, fortbesteht.

Eingefügt wird Abs. 1 Satz 2. Danach müssen »Häufigkeit, Art und Umfang der Prüfung [...] geeignet, erforderlich und angemessen sein.« Mit den letztgenannten drei Begriffen sind die Kriterien benannt, nach denen die Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme zu beurteilen ist.

Die Prüfung muss also zunächst geeignet sein, den mit ihr verfolgten Zweck zu erfüllen; zur Zweckerreichung ungeeignete Maßnahmen können niemals verhältnismäßig sein. Zweck der Prüfung ist es, den Schutz des Wohls der Kinder und Jugendlichen in der Einrichtung zu gewährleisten. Insoweit ist eine Prüfung stets geeignet, um das Wohl der Bewohner/-innen einer Einrichtung zu gewährleisten, weil sie den Träger zur Aufrechterhaltung oder Herstellung erlaubniskonformer Zustände in der Einrichtung veranlasst. Eine Einschränkung der Prüfungsbefugnis ist diesem Kriterium also nicht zu entnehmen.

Die Prüfung muss weiterhin erforderlich sein. Das ist sie immer dann, wenn nach fachlicher Ein-

²⁰ Entwurfsbegründung, S. 116

schätzung der Erlaubnisbehörde Gründe dafür vorliegen, dass ohne die Prüfung das Wohl der Kinder oder Jugendlichen in der Einrichtung nicht gewährleistet ist. Das ist etwa der Fall, wenn von der einer Erlaubnis zugrunde liegenden Konzeption abgewichen wird, wenn Absprachen nicht eingehalten oder Auflagen nicht erfüllt werden oder bei früheren Prüfungen Mängel festgestellt wurden.

Schließlich muss die Prüfung angemessen sein, also in einem angemessenen Verhältnis zum angestrebten Zweck stehen. Das zu schützende Kindeswohl ist ein Rechtsgut von so überragender Qualität, dass die Prüfung der Einrichtung unangemessen sein könnte.

Nach allem ist festzustellen, dass Satz 2 eine gegenüber den Prüfungen der Erlaubnisbehörde abwehrende Wirkung zugeordnet worden sein mag, eine reale, die Prüfungsbefugnis einschränkende Wirkung ihm indes nicht zukommt.

Der neue Satz 4 knüpft an die Pflicht zur Anfertigung und Aufbewahrung von Unterlagen nach § 45 Abs. 3 Nr. 3 SGB VIII-E an. Art und Umfang der vorzulegenden Unterlagen werden im Übrigen durch den Gegenstand der Prüfung bestimmt.

2. Absatz 2 – Örtliche Prüfungen

§ 46 Absatz 2 SGB VIII-E regelt die Prüfungen vor Ort, also in der Einrichtung selbst. Nach Satz 1 können sie jederzeit unangemeldet erfolgen. Einer akuten Gefahr für die Kinder oder Jugendlichen in der Einrichtung bedarf es also nicht.

Abs. 2 Satz 2 entspricht § 46 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII in der geltenden Fassung und verpflichtet, ohne dass insoweit eine inhaltliche Änderung eingetreten ist, den Träger im Wege einer Soll-Verpflichtung, bei der örtlichen Prüfung mitzuwirken.

3. Absatz 3 – Befugnisse im Rahmen der Überprüfung

§ 46 Abs. 3 SGB VIII-E erweitert die nach geltender Rechtslage in Abs. 2 geregelten Befugnisse der von der Erlaubnisbehörde mit der Prüfung beauftragten Personen in einer hinsichtlich deren Zeitpunkt, Umfang und Intensität abgestuften Systematik.

a) Betretens- und Prüfungsbefugnisse

Hierzu gehört nach Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 zunächst das Recht der Prüfungspersonen, die für die Einrichtung benutzten Grundstücke und Räume – maßgeblich ist also nicht deren Lage, sondern die Nutzung – während der Tageszeit zu betreten. Unter der Tageszeit wird im Hinblick auf den Normzweck teilweise die Zeit zwischen 7.00 und 19.00 Uhr, nach anderer Auffassung entsprechend § 104 Abs. 3 StPO im Zeitraum vom 1. April bis 30. September die Zeit zwischen 4.00 und 21.00 Uhr und vom 1. Oktober bis 31. März die zwischen 6.00 und 21.00 Uhr verstanden. In Betracht kommt schließlich in Anlehnung auf das Vollstreckungsrecht der ZPO der Zeitraum zwischen 6.00 und 21.00 Uhr nach § 758a Abs. 4 Satz 2 ZPO. Vor dem Hintergrund von Satz 2 dürfte ohne Vorliegen einer Gefahr die Überprüfung außerhalb des Zeitraumes der erstgenannten Auffassung regelmäßig nicht erforderlich und damit unverhältnismäßig und unzulässig sein, sodass alle genannten Ansichten zu gleichen Ergebnissen führen. Die Ermächtigung befugt weiter dazu, in der Einrichtung Prüfungen und Besichtigungen vorzunehmen.

Die nach geltendem Recht umstrittene Frage, ob die prüfenden Personen auch befugt sind, Unterlagen des Trägers betreffend die Einrichtung zu prüfen, wird durch § 46 Abs. 1 Satz 4 SGB VIII-E in der Weise beantwortet, dass eine solche Verpflichtung besteht.

Die Vorschrift ermächtigt zum Betreten der Grundstücke und Räume nur, soweit diese nicht dem Hausrecht der Bewohner unterliegen. Keine Bewohner in diesem Sinne sind die Beschäftigten.

Soweit sie in der Einrichtung wohnen, handelt es sich bei ihren Wohnungen regelmäßig nicht um Räume, die für die Einrichtung genutzt werden, sodass a priori kein Betretensrecht besteht.

b) Gesprächsführungsbefugnisse

Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ermächtigt weiter dazu, mit den Beschäftigten sowie mit den Kindern und Jugendlichen Gespräche zu führen. Gespräche mit den Beschäftigten führen zu können, bedeutet vor allem, sie in Abwesenheit von Vorgesetzten der Beschäftigten und von Leitungspersonal der Einrichtung beziehungsweise des Trägers zu absolvieren.²¹ Nur so lassen sich unbeeinflusste und der Aufklärung dienliche Aussagen und Erkenntnisse gewinnen. Sollte der Träger solche Gespräche zu verhindern suchen, ist dies im Blick auf die Beurteilung der Zuverlässigkeit im Sinne des § 45 Abs. 2 Nr. 1 SGB VIII relevant. Anders als noch das 2017 vom Bundestag, nicht aber vom Bundesrat verabschiedete KJSG verwendet der Entwurf nicht den Begriff »Einzelgespräche«, allerdings ist auch in der Entwurfsbegründung von Einzelgesprächen die Rede.

Die Befugnis, solche Einzelgespräche zu führen, steht allerdings nach dem Entwurf unter dem Vorbehalt,

- dass die Personensorgeberechtigten damit einverstanden sind und ihnen die Möglichkeit der Beteiligung gegeben wurde (Buchstabe a)
- den Kindern und Jugendlichen nach Hinweis auf dieses Recht die Möglichkeit zu geben, eine von ihnen benannte Vertrauensperson hinzuzuziehen (Buchstabe b).

Der Bundesrat hatte im seinerzeitigen Gesetzgebungsverfahren zum KJSG die Streichung dieses Vorbehalts gefordert und dies wie folgt begründet:

»Die Befragung von Kindern und Jugendlichen muss zur Sicherstellung des Kinderschutzes auch weiterhin ohne Zustimmung der Personensorgeberechtigten möglich sein. Die Verknüpfung der

Befugnis der Heimaufsicht für Gespräche mit den Kindern und Jugendlichen an das Einverständnis der Personensorgeberechtigten steht der Intention der Weiterentwicklung der §§ 45 ff. SGB VIII entgegen, da diese auf eine Stärkung der Rechte der aufsichtführenden Stellen abstellt. Durch die geplante Änderung in § 46 Absatz 3 SGB VIII wird jedoch das Gegenteil erreicht.

Mit der Einschränkung in § 46 Absatz 3 SGB VIII werden die präventiven Handlungsmöglichkeiten der Heimaufsicht erheblich beeinträchtigt und es bedeutet für die Praxis eine Verschlechterung der derzeitigen Situation. Bei den Ortseinsichten geht es nicht darum, mit den Kindern über ihre familiäre Situation und den Grund für die Heimunterbringung zu sprechen, sondern stichprobenartig darum, wie es ihnen in der Einrichtung ergeht und wie ihr Alltagsleben dort verläuft. Die Gespräche mit den Kindern ergeben sich meist während der Besichtigung der Zimmer und anderer Wohnräume, oder es sind Gespräche mit einzelnen Mitgliedern des Heimrates. Häufig wollen Kinder auch von sich aus mit der Heimaufsicht sprechen. Aus diesen Gesprächen ergeben sich vielfach Anhaltspunkte und Themen, die mit den Verantwortlichen der Gruppe und der Einrichtung besprochen werden müssen. Um effektiv zu sein, muss die Heimaufsicht die Möglichkeit, mit den anwesenden Kindern unbefangen sprechen zu können, weiter nutzen können. Erst das Einverständnis der Eltern einzuholen, ist in diesen Situationen ohnehin nicht möglich. Es ist widersinnig, einerseits in § 9a SGB VIII externe Beschwerdemöglichkeiten zu schaffen, die für Kinder immer eine relativ hohe Schwelle darstellen, andererseits aber die niedrigschwellige Möglichkeit, mit der Heimaufsicht direkt ins Gespräch zu kommen, praktisch zu unterbinden.«²²

Dem ist nichts hinzuzufügen.

Der Vorbehalt der Beteiligung der Personensor-

²² BR-Drs. 314/17 (B), 11. Zur ebenso wortreichen wie widersprüchlichen und im Ergebnis falschen Gegenäußerung der Bundesregierung vgl. BT-Drs. 18/12730, 45 f.

²¹ So auch die Entwurfsbegründung, S. 118

geberechtigten gilt dann nicht, wenn dadurch der wirksame Schutz der Kinder und Jugendlichen in der Einrichtung in Frage gestellt wird. Wie der Schutz der Kinder und Jugendlichen *in der Einrichtung* durch die Beteiligung der Personensorgeberechtigten in Frage gestellt werden könnte, ist schwer und nur dann vorstellbar, wenn Personensorgeberechtigte und Einrichtung zum Nachteil der Bewohnerinnen und Bewohner zusammenwirken.

Zur Abwehr von Gefahren für das Wohl der Kinder und Jugendlichen erweitert der Entwurf in Satz 2 die in Satz 1 bezeichneten Befugnisse dadurch, dass die Grundstücke und Räume auch außerhalb der Tageszeit und auch Räume, die auch dem Hausrecht der Bewohnerinnen und Bewohner unterliegen, betreten und dort Gespräche geführt werden dürfen.

III. Meldepflichten nach § 47 SGB VIII-E

Der neue Absatz 2 normiert zum einen Verpflichtungen des örtlichen Trägers der öffentlichen Jugendhilfe,

- in dessen Zuständigkeitsbereich erlaubnispflichtige Einrichtungen liegen oder
- der die erlaubnispflichtige Einrichtung belegt, gegenüber dem überörtlichen Träger als Erlaubnisbehörde.

Er hat diese über Ereignisse oder Entwicklungen, die geeignet sind, das Wohl der Kinder und Jugendlichen zu beeinträchtigen, unverzüglich zu informieren. Die Formulierung entspricht der des Absatz 1 Nr. 2 und stimmt auch inhaltlich mit diesem überein. Mit dieser Erweiterung von Meldepflichten wird die Möglichkeit der Erlaubnisbehörde gestärkt, Informationen über mögliche Kindeswohlgefährdende Ereignisse und Entwicklungen zu erhalten. Sie ist nicht mehr nur allein auf Meldungen des Trägers der Einrichtung angewiesen.

Die gleiche Meldepflicht trifft in umgekehrter Richtung auch die Erlaubnisbehörde gegenüber

dem örtlichen Träger. Auch dieser Informationsfluss ist sinnvoll, weil der überörtliche Träger gemäß § 85 Abs. 2 Nr. 6 SGB VIII zwar für die Wahrnehmung der Aufgaben zum Schutz von Kindern und Jugendlichen in Einrichtungen sachlich zuständig ist. Diese Zuständigkeit erfasst allerdings nur die einrichtungsbezogenen Befugnisse nach den §§ 45 bis 48a SGB VIII, während für Schutzmaßnahmen zugunsten des individuellen Kindes oder Jugendlichen auch in Einrichtungen (§§ 8, 8a, 9a, 42 SGB VIII) ausschließlich der örtliche Träger sachlich (§ 85 Abs. 1 SGB VIII) und örtlich (§§ 87, 88a SGB VIII) zuständig ist. Zur Wahrnehmung dieser Aufgaben benötigt er aber Informationen, die ihm insbesondere dann, wenn er die Einrichtung nicht selbst belegt, nicht ohne Weiteres zur Verfügung stehen. □

Dr. Winfried Möller
Professor i. R.
Pfungstkopfweg 32
35460 Staufenberg
winfried.moeller@hs-
hannover.de

