

AIM e.V. Geschäftsstelle · Aachener Str. 1158a · 50858 Köln

Ministerium für Kinder, Jugend, Familie,
Gleichstellung, Flucht und Integration
des Landes Nordrhein-Westfalen
Herrn Dr. Edgar Voß
40190 Düsseldorf

06.06.2024

**Betreff: Entwurf eines „Gesetz(es) zur Änderung nordrhein-westfälischer
Ausführungsgesetze zum SGB VIII“ Vorlage 18/2412
hier: Verbändeanhörung**

Sehr geehrter Herr Dr. Voß,

Uns liegt der „Entwurf eines Gesetz(es) zur Änderung nordrhein-westfälischer Ausführungsgesetze zum SGB VIII“ Vorlage 18/2412 vor. Bedauerlicherweise ist die AIM Bundesarbeitsgemeinschaft Individualpädagogik e.V. (AIM e.V.) formal nicht zur Stellungnahme im Rahmen der Verbändeanhörung aufgefordert worden, was wir aufgrund unserer Sachnähe und Expertise sehr bedauern.

Die AIM e.V. ist ein Zusammenschluss und Interessenvertretung von freien Trägern der Jugendhilfe und hat ihren Sitz in Köln. Die in der AIM e.V. organisierten freien Träger haben in der Mehrzahl ihren Sitz in Nordrhein-Westfalen und erbringen Hilfen zur Erziehung in familienähnlichen Wohnformen. Insgesamt handelt es sich um über 1000 Einzelhilfen, durch die Kinder und Jugendliche mit intensivpädagogischem Hilfebedarf von den in der AIM e.V. organisierten freien Trägern eine notwendige und geeignete Hilfe erhalten. Die AIM e.V. betreibt für Jugendämter – also die öffentlichen Träger der Jugendhilfe – ein Anfragenportal, auf dem jährlich über 2000 Betreuungsmöglichkeiten in familienähnlichen Wohnformen für Kinder und Jugendliche mit entsprechendem Bedarf gesucht werden.

Unter Berücksichtigung unserer umfassenden Theorie-/Praxisexpertise und anhaltenden Professionalisierung wollen wir auf eine möglicherweise nicht beabsichtigte Schwachstelle bei der vorliegenden Novelle des § 20 des Entwurfes hinweisen, welche die Regelung in einer Vielzahl von Fällen prekarisieren sowie Kindern- und Jugendlichen den verfassungsrechtlich garantierten Schutz entziehen würde.

Nachfolgend soll unser Änderungsvorschlag bisher unbeachtete Perspektiven im Gesetzgebungsverfahren aufzeigen.

Mit freundlichen Grüßen,



Benedikt Siegler

Vorsitzender des Vorstandes der

AIM Bundesarbeitsgemeinschaft Individualpädagogik e.V.

Anlage: Änderungsvorschlag

Änderungsvorschlag der AIM Bundesarbeitsgemeinschaft Individualpädagogik e.V. zum Entwurf eines „Gesetz(es) zur Änderung nordrhein-westfälischer Ausführungsgesetze zum SGB VIII“ Vorlage 18/2412

Der Entwurf eines „Gesetz(es) zur Änderung nordrhein-westfälischer Ausführungsgesetze zum SGB VIII“ sieht folgende Formulierung des § 20 vor:

„§ 20

**Erlaubnis und Untersagung
des Betriebs einer Einrichtung**

(1) Zu den erlaubnispflichtigen Einrichtungen nach § 45a SGB VIII gehören familienähnliche erwerbsmäßige Betreuungsformen,

1. die an einen Träger angebunden sind, welchem die Leitung, die pädagogische Leitung und die Verwaltung obliegt; von dem Träger ist

a) die verantwortliche Fachaufsicht,

b) das Weisungsrecht für die Umsetzung der Konzeption und des Hilfeplans,

c) die fachliche Steuerung der Hilfen und

d) die gesamte Personalverantwortung, wie Auswahl, Überwachung, Weiterbildung und Vertretung

zu gewährleisten

oder

2. die eine Fachkraft im Umfang von mindestens einer Vollzeitstelle beschäftigen, der kein Aussageverweigerungsrecht nach § 52 Absatz 1 der Strafprozessordnung [...] zusteht.“

Die AIM Bundesarbeitsgemeinschaft Individualpädagogik e.V. schlägt vor, die Vorschrift wie folgt neu zu fassen:

§ 20

**Erlaubnis und Untersagung
des Betriebs einer Einrichtung**

Eine familienähnliche Betreuungsform der Unterbringung, die nicht fachlich und organisatorisch in eine betriebsverlaubnispflichtige Einrichtung eingebunden ist, ist auch dann Einrichtung im Sinne des § 45a des Achten Buches Sozialgesetzbuch, wenn sie unter Verantwortung eines Trägers steht, der

1. das Konzept,
2. die fachliche Steuerung der Hilfe,
3. die Qualitätssicherung,
4. die Auswahl, Überwachung, Weiterbildung und Vertretung des Personals
5. die Außenvertretung

gewährleistet. Zur Wahrnehmung der Verantwortung eines Trägers ist auszuschließen, dass die mit der Betreuung betraute Person zugleich Träger oder Leitung der Einrichtung ist, mit dem Träger oder der Leitung in einer Lebensgemeinschaft lebt oder mit dem Träger oder der Leitung in gerader Linie verwandt oder verschwägert ist oder war.

Begründung:

Die vorgeschlagene Formulierung entspricht § 20a *Erstes Gesetz zur Ausführung des Achten Buches Sozialgesetzbuch -Kinder- und Jugendhilfe (AGKJHG)* des Landes Brandenburg und vermeidet die großen Lücken der vorgeschlagenen Landesvorschrift.

Der hier (im Entwurf eines „Gesetz(es) zur Änderung nordrhein-westfälischer Ausführungsgesetze zum SGB VIII) benutzte Begriff der Fachaufsicht sowie des Weisungsrechts sind nicht nur missverständlich, sie sind für die gesetzliche Regelung ungeeignet und treffen auf die Mehrzahl der Betreuungsverhältnisse nicht zu. Die meisten Träger, die eine familienanaloge Betreuung anbieten, arbeiten mit Honorarkräften zusammen, um so eine lösungsfokussierte und passgenaue Belegung sicherzustellen. Die Verantwortung des Trägers wird durch eine Vielzahl anderer Maßnahmen gewährleistet, auf die Details, die im Vermerk Prange zur Trägerverantwortung dargestellt werden, nehmen wir Bezug.

Sollte es bei der vorgeschlagenen Formulierung bleiben, würde für die Summe der Betreuungsverhältnisse keine Betriebsverlaubnispflicht mehr bestehen. Betreuten Kindern und
Änderungsvorschlag / 2

Jugendlichen würde der durch das Grundgesetz abgesicherte Schutz entzogen, der im Wesentlichen durch ein Betriebserlaubnisverfahren garantiert wird. In Anbetracht der Erfahrungen in Lüchte und an anderen Orten, sollte der Landesgesetzgeber in besonderem Maße den umfassenden Schutz von Kindern und Jugendlichen im Blick halten und einem Markt für eine Betreuung auf niedrigem Schutzniveau präventiv entgegenwirken.

Zurecht unterlagen in NRW bis zur Novelle des SGB VIII sämtliche familienähnliche Wohnformen der Betriebserlaubnispflicht. Aufsichtsbehörden der freien Träger über diese familienähnlichen Wohnformen sind die Landesjugendämter des LVR und des LWL. Diese Praxis sicherte den institutionellen Kinderschutz und trug wesentlich zu einem hohen Qualitätsstandard dieser Form der Hilfen zur Erziehung bei. Die Landesjugendämter übten so das ihnen zustehende Wächteramt für die betreuten Kinder und Jugendlichen aus.

Die Mitglieder der AIM e.V. unterstreichen diesen hohen Qualitätsstandard zudem durch eine Selbstverpflichtungserklärung, die in Ergänzung zu institutionellen Schutzmechanismen verstanden wird und dem Kinder- und Jugendschutz dient, allein jedoch nicht ausreichen kann, weil sie keinen gesetzlich bindenden Charakter hat – dies kann nur ein entsprechendes Gesetz.

Die AIM e.V. begrüßt sehr, dass das Land NRW von seinem Recht Gebrauch machen will, um zu regeln, unter welchen Voraussetzungen auch familienähnliche Betreuungsformen Einrichtungen sind. Andernfalls gäbe es hinsichtlich des Schutzes der jungen Menschen landesrechtliche Gesetzeslücken nebst interpretativen Spielräumen. Prof. Dr. Dr. Wiesner hält § 45a SGB VIII deshalb für verfassungswidrig. Dies kann der beigefügten Stellungnahme von Herrn Wiesner (Seite 6, Punkt 3) entnommen werden.

Mit freundlichen Grüßen,

AIM Bundesarbeitsgemeinschaft Individualpädagogik e.V.

Anlagen:

1. Stellungnahme des Herrn Prof. Dr. Dr. Wiesner zur Verfassungswidrigkeit der Regelung
2. Vermerk Stefan Prange zur Trägerverantwortung

BERNZEN Mönckebergstraße 19 D-20095 Hamburg

Prange
Beratung für die Sozialwirtschaft
Behaimstraße 17
10585 Berlin

7. Februar 2024

Stellungnahme zu Ihrer Anfrage

Sehr geehrter Herr Prange,

Vielen Dank für Ihre Anfrage.

Zu den folgenden Fragen

**--Zur Anwendung von § 27 SGB VIII als rechtlich tragfähige Grundlage zur stationären Betreuung von Kindern und Jugendlichen in familienähnlichen Wohnformen über Tag und Nacht,
die in einem Beschäftigungsverhältnis zu einem JH-Träger stehen,
die nicht in eine betriebserlaubnispflichtige Einrichtung des JH-Trägers eingebunden sind, und
die in einem Bundesland räumlich gelegen sind, in dem es keine landesrechtlichen Ausführungsgesetze zu § 45a SGB VIII gibt.**

**-- Zur Anwendung von §§ 78 a ff. SGB VIII für eine stationäre Betreuung von Kindern und Jugendlichen in familienähnlichen Wohnformen über Tag und Nacht,
die in einem Beschäftigungsverhältnis zu einem JH-Träger stehen,
die nicht in eine betriebserlaubnispflichtige Einrichtung eingebunden sind
und
die in einem Bundesland räumlich gelegen sind, in dem es keine landesrechtlichen Ausführungsgesetze zu § 45a SGB VIII gibt.**

BERNZEN Rechtsanwälte
Partnerschaftsgesellschaft mbB
www.bernzen-partner.de

Rechtsanwälte

Hamburg
Mönckebergstraße 19
20095 Hamburg
Telefon: +49 40 87 209 96-0
Fax: +49 40 87 209 96-54
info@bernzen-partner.de

Prof. Dr. Dr. Christian Bernzen
Tobias Gros
Markus Fraikin
Dr. Roland Meyer-Buchwald
Prof. Dr. Peter Bringewat
Matthias Brandes
Carola Veit
Heinz Sohns
Johannes F. Kamm

Neuss
Batteriestraße 1
41460 Neuss
Telefon: +49 2131 71 530-40
Fax: +49 2131 71 530-23
rheinland@bernzen-partner.de

Cornel Hüsch
Mario Meyen
Andreas Bonnen
Wiebke Först

Berlin
Schiffbauerdamm 8
10117 Berlin
berlin@bernzen-partner.de

Prof. Dr. Dr. Reinhard Wiesner
Hannes Schloemann
Attorney-at-Law (New York)

München
August-Exter-Straße 4
81245 München
Telefon: +49 89 88 952 919
Fax: +49 89 88 952 272
muenchen@bernzen-partner.de

Dr. Christian Grube

Genf
29, quai du Mont-Blanc
CH-1201 Genève
Telefon: +41 22 731 95 47
Telefax: +41 22 731 95 91
genf@bernzen-partner.de

Hannes Schloemann LL.M.
Attorney-at-Law (New York)

Bankverbindung
Hamburger Sparkasse
IBAN: DE87 2005 0550
1503 0258 82
BIC: HASPDEHHXXX

Partnerschaftsgesellschaft mbB
AG Hamburg PR-Nr. 1445
USt-IdNr. DE353824464

www.bernzen-partner.de

die Sie im Namen von:

CARING ISP GMBH

down-up! Einzelfallpädagogik gGmbH

imBlick Kinder- und Jugendhilfe gGmbH

outback stiftung

Projekt Husky GmbH

Stiftung Leuchtfeuer

Tacheles Jugendhilfe Projekte GmbH

Trotzdem e.V.

Wellenbrecher e.V.

WIR gGmbH

Wuppertal Individualpädagogische Projekte/ W IP e.V

gestellt haben, nehme ich wie folgt Stellung:

1. Anlass bzw. Hintergrund

Anlass bzw. Hintergrund für die Prüfung ist die Entscheidung des Bundesgesetzgebers im Rahmen des KJSG, die Anwendung der Vorschriften über den Schutz von Kindern in Einrichtungen nach den §§ 45 ff SGB VIII auf solche Einrichtungen zu beschränken, die dem neuen Einrichtungsbegriff nach § 45a SGB VIII unterfallen. Dort hat der Gesetzgeber eine explizite gesetzliche Regelung nur für (solche) familienähnlichen Betreuungsformen getroffen, „bei denen der **Bestand der Verbindung** (ortsgebundener räumlicher, personeller und sachlicher Mittel mit dem Zweck der ganztägigen oder über einen Teil des Tages erfolgenden Betreuung oder Unterkunftsgewährung sowie Beaufsichtigung, Erziehung, Bildung, Ausbildung von Kindern und Jugendlichen außerhalb ihrer Familie) **nicht unabhängig von bestimmten Kindern und Jugendlichen, den dort tätigen Personen und der Zuordnung bestimmter Kinder und Jugendlicher zu bestimmten dort tätigen Personen ist**“ (§ 45a Satz 2 SGB VIII), indem er diese Betreuungsformen dann als Einrichtungen (genauer als Teil einer Einrichtung) ansieht, „wenn sie fachlich und organisatorisch in eine betriebserlaubnispflichtige Einrichtung eingebunden sind“ (§ 45 a Satz 2 SGB VIII).

Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass solche Betreuungsformen nicht Einrichtungen bzw. Teil von Einrichtungen sind, wenn sie nicht in eine betriebserlaubnispflichtige

Einrichtung eingebunden sind. Da der Anwendungsbereich von Satz 2 sich aber nur auf solche familienähnlichen Betreuungsformen der Unterbringung bezieht, „**bei denen der Bestand der Verbindung nicht unabhängig (also abhängig R.W.)** von bestimmten Kindern und Jugendlichen, den dort tätigen Personen und der Zuordnung bestimmter Kinder und Jugendlicher zu bestimmten dort tätigen Personen **ist**“, bleibt offen,

1. ob es sich bei Wohnformen, bei denen der Bestand **unabhängig** ist, auch um **familienähnliche Wohnformen** handelt, die aber nur unter den Voraussetzungen von Satz 2 (Teil von) Einrichtungen sind
2. oder aber die Vorschrift dazu keine Aussage macht und diese Wohnformen damit weiterhin in den Anwendungsbereich der §§ 45 ff fallen können

Während in der Begründung zum Regierungsentwurf zu lesen ist:

*„Familienähnliche Formen der Unterbringung und Betreuung von Kindern und Jugendlichen, die **dadurch geprägt sind, dass die dort tätigen Personen (dauerhaft) bestimmten Kindern und Jugendlichen zugeordnet sind, unterfallen grundsätzlich nicht dem Einrichtungsbegriff nach dieser Vorschrift**“ (BT-Drucks. 19/26107 S. 102)*

finden sich in den „**Handlungsleitlinien der BAGLJÄ** zur Umsetzung der durch das Kinder- und Jugendstärkungsgesetz (KJSG) eingeführten Änderungen in den §§ 38, 45 ff. SGB VIII im Arbeitsfeld der Betriebserlaubnis erteilenden Behörden“ (Beschluss 23. bis 25. November 2022) folgende Aussagen:

*„Familienähnliche Formen der Unterbringung und Betreuung von Kindern und Jugendlichen sind **dadurch geprägt, dass die dort tätigen Personen (dauerhaft) bestimmten Kindern und Jugendlichen zugeordnet sind** (vgl. Dt. Bundestag (2), 2021, S. 102). Diese Formen der Unterbringung und Betreuung von Kindern und Jugendlichen unterliegen mit den Neuregelungen des KJSG grundsätzlich nicht dem Einrichtungsbegriff gemäß § 45a SGB VIII, sondern unterliegen **sämtlich der Erlaubnispflicht nach § 44 SGB VIII** – es sei denn, die in § 44 Abs. 1 S. 2 SGB VIII geregelten Ausnahmetatbestände sind einschlägig (vgl. Dt. Bundestag (2), 2021, S. 103).“ (BAGLJÄ a.a.O. S. 18).*

zum anderen

„Familienähnliche Betreuungsformen der Unterbringung, die fachlich und organisatorisch nicht in eine betriebserlaubnispflichtige Einrichtung eingebunden sind, fallen nach den Regelungen des KJSG nicht unter den Einrichtungsbegriff gemäß

§ 45a SGB VIII und unterliegen demnach nicht der Betriebserlaubnispflicht (vgl. Meysen, 2022, S. 248). Landesrechtliche Regelungen können Anderes bestimmen, vgl. § 45a S. 4 SGB VIII.“

Im Ergebnis ist wohl davon auszugehen, dass

1. der Begriff „familienähnliche Betreuungsformen“ sowohl für solche Betreuungsformen zur Anwendung kommt, bei denen der Bestand **abhängig** von ist, als auch für solche, bei denen der Bestand **unabhängig** von ... ist,
2. alle diese Betreuungsformen – sofern sie nicht an eine Einrichtung angebunden sind (§ 45a Abs. 2 und 3) – nicht mehr als Einrichtungen betrachtet werden und damit nicht mehr unter den Anwendungsbereich der §§ 45 ff SGB VIII fallen – mit der Folge, dass bei verschiedenen bisher betriebserlaubnispflichtigen Wohnformen nunmehr die Voraussetzungen für eine Betriebserlaubnis entfallen sind und die Betriebserlaubnis mit Wirkung für die Zukunft nach § 48 Abs. 1 Satz 1 SGB X aufzuheben ist (Meysen/ Smessaert 2022 S.248).

In der **aktuellen Rechtsprechung** zur Anwendung von §§ 45 ff. SGB VIII auf familienähnliche Betreuungsformen wird nur danach differenziert, ob es sich um eine **Pflegeperson** oder eine **Einrichtung** im Sinne des SGB VIII handelt, also ob es einer Pflegeerlaubnis (§§ 43, 44 SGB VIII) oder einer Betriebserlaubnis (§§ 45 SGB VIII) bedarf (dazu VG Bayreuth vom 31.1.2022 –B 10 E 21.1315 und VGH München vom 03.6.2022 – 12 CE 22.460). Bei der rechtlichen Beurteilung einer Erziehungsstelle stellen die Gerichte darauf ab, dass die dort tätigen Personen (dauerhaft) bestimmten Kindern und Jugendlichen zugeordnet sind und befassen sich **nicht mit der strukturellen Frage, ob der Bestand der Wohnform unabhängig von bestimmten Kindern und Jugendlichen gegeben ist** (VG Bayreuth a. a. O. Rn. 33). Auf die Frage, ob das Beschäftigungsverhältnis unabhängig von der aktuellen Belegung Bestand hat oder die Verantwortung für den Betrieb der Wohnform bei einem Träger liegt, gehen die Gerichte nicht ein (dazu die Ausführungen des DIJuF in den Praxishinweisen zur Entscheidung, Jugendamt 2022, 412, 413). Eine Anwendung von § 48a SGB VIII (sonstige betreute Wohnform) auf solche Betreuungsformen lehnt das VG Bayreuth mit der Begründung ab, dass damit die Schärfung des Einrichtungsbegriff für familienanaloge Wohnformen in § 45a SGB VIII ins Leere laufen würde, wenn § 48a SGB VIII insoweit als Auffangtatbestand herangezogen würde (Rn. 40).

2. Folgen für die Anwendung von § 27 Abs. 2 SGB VIII als Rechtsgrundlage

Damit befassen sich die Gerichte im Zusammenhang mit den ordnungsrechtlichen Vorschriften zum Kinderschutz nur mit dem **Dualismus Heimerziehung nach § 34/ Familienpflege nach § 33** und geben keine Antwort auf die Frage, ob neben diesen beiden („stationären“) Leistungstypen und den darauf bezogenen Erlaubnisvorbehalten weitere Formen stationärer Betreuung von Kindern und Jugendlichen in familienähnlichen Wohnformen über Tag und Nacht **auf der Grundlage von § 27 Abs. 2 SGB VIII zulässig** sind,

- die in einem Beschäftigungsverhältnis zu einem JH-Träger stehen,
- die nicht in eine betriebserlaubnispflichtige Einrichtung des JH-Trägers eingebunden sind, und
- die räumlich in einem Bundesland gelegen sind, in dem es keine landesrechtlichen Ausführungsgesetze zu § 45a SGB VIII gibt.

Dabei ist im Blick zu behalten, dass der Katalog der Formen der Hilfe zur Erziehung nach den §§ 28-35 SGB VIII nicht abschließend ist (Wapler in Wiesner/ Wapler § 27 Rn. 33; Tammen/Trenczek in FK-SGB VIII § 27 Rn. 18). Maßgeblich sind der zu deckende erzieherische Bedarf einerseits und das Betätigungsrecht des freien Trägers andererseits. Es war nicht die Absicht des Gesetzgebers des KJSG, durch eine binäre Betrachtungsweise im Hinblick auf den Kinderschutz (Pflegerlaubnis oder Betriebserlaubnis) die unmittelbare Anwendung von § 27 Abs. 2 SGB VIII für die Gewährung von Hilfen zur Erziehung auszuschließen. Im Gegenteil – durch den ausdrücklich aufgenommenen Hinweis in § 27 Abs. 2 Satz 3 SGB VIII, dass unterschiedliche Hilfearten miteinander kombiniert werden können (BT-Drs. 19/ 26107 S. 18, 82), hat der Gesetzgeber deutlich gemacht, dass er nicht auf einen Standardkatalog der Hilfen zur Erziehung abstellt, sondern im konkreten Einzelfall geeignete, d. h. bedarfsgerechte „maßgeschneiderte“ Leistungen zu entwickeln und vorzuhalten sind.

Die Leistung in einer familienähnlichen betreuten Wohnform ist aber nur dann eine Hilfe eigener Art im Sinne des § 27 Abs. 2 SGB VIII, wenn der erzieherische Bedarf im Einzelfall nicht durch die Gewährung einer Vollzeitpflege oder der Heimerziehung gedeckt werden kann. Für die Frage, welcher Rechtsgrundlage die individuelle Leistung in einer familienähnlichen betreuten Wohnform unterfällt, kommt es maßgeblich auf **die konkrete Ausgestaltung des Betreuungsverhältnisses und des Verhältnisses zwischen Betreuungsperson und einem am Erziehungsprozess beteiligten freien Träger** an. Dabei reicht die „Anbindung“ der Betreuungspersonen an einen freien Träger nicht ohne Weiteres aus, um die Leistung als Hilfe eigener Art zu qualifizieren. Denn Erziehungsstellen,

deren Fokus auf der Familienbetreuung in Privathaushalten liegt und bei denen der (freie) Träger (nur) eine Beratungs- und Unterstützungsfunktion hat, können ihre Leistungen gemäß § 33 und § 37a SGB VIII erbringen. Übernimmt der freie Träger aber die Verantwortung für die individuelle Betreuung vollständig und gestaltet diese auch, so dass der familiäre Charakter aufgrund einer beruflich geprägten Beziehung zwischen Betreuungsperson und Kind bzw. Jugendlichen/r in den Hintergrund tritt, fällt diese Leistung in den Anwendungsbereich des § 27 Abs. 2 SGB VIII (siehe dazu DIJuF-Rechtsgutachten vom 11.10.2023, Jugendamt 2023, 587). Zur Anwendung der §§ 78a ff. SGB VIII siehe die Ausführungen unter 4.

3. Folgen für den Schutz der Kinder

Problematisch ist allerdings, dass trotz des institutionellen Charakters einer Erziehungsstelle unter Trägerverantwortung ohne landesrechtliche Regelung keine Betriebserlaubnispflicht besteht und damit die in den §§ 45 ff SGB VIII vorgesehenen Instrumente zur Gewährleistung des Kindeswohls nicht zur Anwendung kommen. Da es sich gleichzeitig nicht um ein Familienpflegeverhältnis handelt, greift auch nicht § 37 b SGB VIII. Dies bedeutet, dass in diesem Fall die staatliche Pflicht des Schutzes von Kindern außerhalb des Einflussbereichs der Eltern nicht erfüllt wird und damit das Grundrecht der dort betreuten Kinder und Jugendlichen auf Schutz vor Gefahren für ihr Wohl (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) verletzt wird.

Damit ist das Konzept des § 45a SGB VIII, das die Entscheidung, ob familienähnliche Wohnformen dem Einrichtungsbegriff und damit dem Erlaubnisvorbehalt nach § 45 SGB VIII unterliegen, dem Landesrecht überlässt, verfassungswidrig.

Dies gilt bereits für solche Fälle, in denen die ordnungsrechtlichen Vorschriften über den Pflegekinderschutz (§ 37b) zur Anwendung kommen, da sich der Prüfungsmaßstab des § 33 SGB VIII unterhalb der Schwelle des § 45 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII bewegt (dazu Kunkel/ Kepert in LPK-SGB VIII § 33 Rn.14). Zudem bezieht sich die Prüfung nach § 33 SGB VIII nur auf die betreuenden Pflegepersonen, nicht auf einen verantwortlichen Träger. Das Ergebnis der Verfassungswidrigkeit gilt erst recht für („stationäre“) Wohnformen, in denen Hilfen nach § 27 Abs. 2 SGB VIII geleistet wird, da in diesem Fall weder die Vorschriften zum Schutz von Kindern in Einrichtungen noch die für den Schutz in Pflegefamilien zur Anwendung kommen.

Angezeigt wäre in diesem Fall die Erhebung einer **Verfassungsbeschwerde** (Art. 93 Abs. 1 Nummer 4a GG), die von jedermann mit der Behauptung erhoben werden kann, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte verletzt zu sein. Vor der Erhebung

der Verfassungsbeschwerde ist aber die Erschöpfung des Rechtswegs erforderlich (§ 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG). Beschwerden könnten sich demnach **Eltern oder Vormünder/Pfleger**, denen für ihre Kinder oder Jugendlichen Leistungen nach § 27 Abs. 2 SGB VIII gewährt werden, mit der Behauptung, die betroffenen Kinder oder Jugendlichen würden in ihrem Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit (Art.2 Abs.2 Satz 1 GG) verletzt. Diese Verletzung beruht aber nicht auf der Gewährung der Leistungen, sondern auf der damit verbundenen Rechtslücke für den Kinderschutz, die sich aus der Konstruktion des § 45 a SGB VIII ergibt. Zu befürchten ist daher, dass in einer Anfechtung der Leistung, deren Gewährung ja an sich gewollt ist, keine Beschwer gesehen wird bzw. das Gericht dann die Jugendämter verpflichten könnte, eine Leistung auf der Grundlage von § 34 oder § 33 SGB VIII zu gewähren, um den Grundrechtsschutz zu gewährleisten. Die Eltern, der Vormund oder Pfleger wären dann gezwungen, im Rahmen ihres Wunsch- und Wahlrechts eine Einrichtung zu wählen, die erlaubnispflichtig ist bzw. eine für die Bedarfsdeckung geeignete Pflegepersonen.

Eine Betroffenheit des **Trägers der Wohnform**, die die leistungsberechtigte Person im Rahmen ihres Wunsch- und Wahlrechts (§ 5 SGB VIII) ausgewählt hat, dürfte nicht gegeben sein, ist doch die gewünschte Aufsicht als Eingriff in die Handlungsfreiheit des Trägers zu werten, die im Interesse des Kindes oder Jugendlichen, nicht des Trägers der Einrichtung geboten ist.

Bleibe als Alternative eine **verfassungskonforme Auslegung des § 45a SGB VIII**, die bei einer Ablehnung des Erlaubnisvorbehalts nach §§ 45, 45a SGB VIII und mangels einer landesrechtlichen Regelung zur Anwendung von § 48a SGB VIII führt. Dazu müsste der **Träger** der Wohnform in einem Bundesland, das keine landesrechtliche Regelung nach § 45a Satz 3 SGB VIII erlassen hat, beim überörtl. Träger eine **Erlaubnis nach § 48a SGB VIII beantragen**.

In diesem Antrag sollte er darauf hinweisen, dass ohne eine solche Erlaubnis das Grundrecht des Kindes/Jugendlichen auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) verletzt wird. Die Anwendung des § 48a SGB VIII bietet in den Ländern, die vom Landesrechtsvorbehalt nach Satz 3 keinen Gebrauch gemacht haben, die Möglichkeit dieses Kindergrundrecht zu sichern. Die Begründung des VG Bayreuth, eine Anwendung des § 48a SGB VIII würde die von § 45a SGB VIII bezweckte Schärfung des Einrichtungsbegriffs für sonstige Wohnformen „ohne ersichtlichen Grund“ leerlaufen lassen (VG Bayreuth vom 31.1.2022 –B 10 E 21.1315 Rn. 40), überzeugt nicht, da sich das Gericht mit der Rechtslücke und dem fehlenden Grundrechtsschutz bei trägerbezogenen Wohnformen nicht befasst.

Lehnt der zuständige überörtliche Träger der Jugendhilfe einen solchen Antrag auf Erteilung einer Betriebserlaubnis nach § 48a SGB VIII ab, so sollte **Verpflichtungsklage beim zuständigen Verwaltungsgericht** erhoben werden. Dabei sollte die Rechtslücke in der Ausgestaltung des § 45a SGB VIII im Hinblick auf den Kinderschutz in Wohnformen unter der Verantwortung eines Trägers dargestellt werden, die auf der Grundlage des geltenden Rechts nur durch eine Anwendung des § 48a SGB VIII auf solche Wohnformen geschlossen werden kann. Andernfalls bedarf es wegen der Verfassungswidrigkeit der gegenwärtigen Regelung in § 45a SGB VIII des Tätigwerdens des Bundesgesetzgebers, der den gegenwärtigen Landesrechtsvorbehalt durch eine bundesrechtliche Regelung ersetzt, die die Anwendung der §§ 45 ff SGB VIII auf alle Wohnformen erstreckt, die unter der Verantwortung eines Trägers stehen. Das Verwaltungsgericht kann jedoch den Gesetzgeber nicht zum Handeln verpflichten. Für solche Fallkonstellationen sieht das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (BVerfGG) das **Verfahren der konkreten Normenkontrolle** vor. Nur das Bundesverfassungsgericht ist dafür zuständig, über die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen zu entscheiden. Hält ein Fachgericht ein Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig, so setzt es das Verfahren aus und holt die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ein. Das Verfahren wird deswegen auch Richtervorlage genannt. Es ist in Art. 100 Abs. 1 GG sowie §§ 80 ff. BVerfGG geregelt.

Die Beteiligten des Ausgangsverfahrens, also der antragstellende Träger der Wohnform bzw. dessen rechtliche Vertretung, sind nicht vorlageberechtigt und können eine Vorlage des Gerichts auch nicht durch einen Antrag erzwingen. Umso wichtiger erscheint es deshalb, in der Klage auf Erteilung der Betriebserlaubnis die Auswirkungen des § 45a SGB VIII auf solche Wohnformen und die Rechtsfolgen für den Kinderschutz dezidiert darzustellen. Damit soll erreicht werden, dass das Verwaltungsgericht seinen Blick nicht nur auf die Rechtsfolgen für den antragstellenden Träger, sondern auf die Rechtsfolgen für die davon betroffenen Kinder und Jugendlichen richtet und nicht – wie es in dem ablehnenden Bescheid der bayerischen Verwaltungsgerichte der Fall war – die Ablehnung mit einem fehlenden Rechtsschutzbedürfnis des Antragstellers begründet. Dort haben die Gerichte einen Fall des sog. nutzlosen Rechtsschutzes angenommen, weil der Träger mit dem Antrag die Erteilung einer Betriebserlaubnis erstrebe, die er gar nicht benötigt (VGH München v. 3.6.2022 – 12 CE 22.460) und sich mit den Rechtsfolgen für den Kinderschutz in Wohnformen unter der Verantwortung eines Trägers nicht näher beschäftigt bzw. nur die Alternative Betriebserlaubnis/ Pflegeerlaubnis in den Blick genommen (VGH München a.a.O. Rn. 19 ff).

Auf die mit den Änderungen im Rahmen des Kinder- und Jugendstärkungsgesetzes verbundenen Unklarheiten im Hinblick auf die rechtliche Bewertung familienähnlicher Betreuungsformen weist auch der **VPK – Bundesverband privater Träger der freien Kinder-, Jugend- und Sozialhilfe e.V.** mit seiner Stellungnahme zur Notwendigkeit des Erhalts familienanaloger Einrichtungen im Bereich der stationären Kinder- und Jugendhilfe hin und fordert eine deutliche Klarstellung zur Auslegung des neuen Einrichtungsbegriff durch die Gesetzgeber auf Bundes- und Landesebene, damit eine transparente und einheitliche Anwendung in der Praxis vorgenommen und der Fortbestand der familienanaloger Wohnformen unter der Aufsicht der Landesjugendämter auch zukünftig gesichert werden kann (Stellungnahme vom 5.4.2022 –<https://www.vpk.de/de/aktuelles/stellungnahme-zur-notwendigkeit-des-erhalts/>).

4. Zum Anwendungsbereich der §§ 78a ff. SGB VIII

Entscheidend ist zudem die Frage, ob bzw. welche Rechtsfolgen sich aus dieser neuen (intransparenten) Struktur der Vorschriften zum Schutz von Kindern außerhalb des Einflussbereichs der Eltern (§§ 45, 45 a SGB VIII) für die Anwendung der Vorschriften über Vereinbarungen über Leistungsangebote, Entgelte und Qualitätsentwicklung ergeben (§§ 78a ff. SGB VIII), ob also die Definition des Einrichtungsbegriff in § 45a SGB VIII unmittelbare Rechtsfolgen für den Geltungsbereich der §§ 78a ff. SGB VIII hat.

Der Anwendungsbereich der §§ 78a ff. SGB VIII ergibt sich aus § 78 a Abs. 1 SGB VIII. Maßgeblich ist hier § 78a Abs. 1 **Nummer 4 SGB VIII**.

Danach gelten die §§ 78b bis 78g SGB VIII für die Erbringung von **Hilfe zur Erziehung**

a) in einer Tagesgruppe (§ 32),

b) in einem Heim oder einer sonstigen betreuten Wohnform (§ 34) sowie

c) in intensiver sozialpädagogische Einzelbetreuung (§ 35), sofern sie außerhalb der eigenen Familie erfolgt,

d) in sonstiger teilstationärer und stationärer Form (§ 27).

Zunächst ist die rechtssystematische Bedeutung des neuen Einrichtungsbegriffs zu klären, also ob der Einrichtungsbegriff des § 45a SGB VIII (nur) für die Anwendung des Erlaubnisvorbehalts (§§ 45 ff SGB VIII) relevant ist, oder ob damit eine Begriffsbestimmung verbunden ist, die generelle Bedeutung für die Anwendung des SGB VIII und damit auch für die §§ 78a ff. SGB VIII hat. In der Begründung zu § 45 a SGB VIII im Regierungsentwurf des KJSG wird auf die bisherige Auslegung des § 45 SGB VIII und das Kriterium der Schutzbedürftigkeit von Kindern und Jugendlichen Bezug genommen

(Bundestagsdrucksache 19/26107 S. 102). Zudem ist der neue Begriff rechtssystematisch in § 45a SGB VIII, also unmittelbar nach § 45 SGB VIII eingestellt worden, wo wiederum gleich zu Beginn in Abs. 1 Satz 1 explizit auf die neue Vorschrift verwiesen wird. Entstehungsgeschichte, rechtssystematische und teleologische Auslegung des § 45a SGB VIII sprechen deshalb für einen engen Anwendungsbereich- nämlich bezogen nur auf die Anwendung im Kontext der §§ 45 ff. SGB VIII.

Letztlich kann die Frage aber im Hinblick auf die Anwendung der §§ 78a ff. SGB VIII offenbleiben, weil § 78a SGB VIII ja nicht nur auf die in § 34 beschriebene Hilfeform verweist, wo von „Heim oder einer sonstigen betreuten Wohnform“ die Rede ist, sondern sich mit der Regelung in § 78a Abs.1 Nr. 4 Buchstabe d SGB VIII von diesen Begriffen und der Bezugnahme auf § 34 SGB VIII löst und von „Hilfe zur Erziehung in sonstiger teilstationärer oder stationärer Form“ spricht. Allerdings verwenden § 78b und § 78e SGB VIII den Begriff „Einrichtung“, der aber im Hinblick auf den durch § 78a eröffneten weiten Anwendungsbereich der Vorschriften zu den Leistungs-, Qualitätsentwicklungs- und Entgeltvereinbarungen (§§ 78a bis 78g SGB VIII) weit auszulegen ist und damit auch familienähnliche Betreuungsformen umfasst, die nicht unter den Einrichtungsbegriff des § 45a SGB VIII fallen (Meyen/ Smessaert 2022 S. 248; Smessaert/Struck in FK-SGB VIII § 45a Rn. 28).

Mit der **Variante in § 78 a Abs. 1 Nr. 4 Buchstabe d SGB VIII** macht der Gesetzgeber deutlich, dass die Anwendung der §§ 78a ff. SGB VIII nicht auf Leistungen beschränkt ist, die auf der Grundlage von §§ 27, 34 SGB VIII gewährt werden, sondern auch solche Leistungen einschließt, bei denen der individuelle Bedarf nicht über eine Anwendung des Hilfeprofils in § 34 SGB VIII gedeckt wird, solange es sich dabei um eine „*sonstige teilstationäre oder stationäre Form*“ handelt. Im Rahmen des Kinder- und Jugendhilfe-weiterentwicklungsgesetz (KICK) war § 78a SGB VIII insofern erweitert und die unmittelbar auf der Grundlage des § 27 gewährte flexible Hilfe zur Erziehung in teilstationärer und stationärer Form in den Katalog des Abs. 1 aufgenommen worden (vgl. RegBegr BT-Drucksache 15/3676 S. 39 f.).

Im Ergebnis ist also festzuhalten, dass die Einführung des § 45 a SGB VIII auch ohne landesrechtliche Ausweitung des Einrichtungsbegriffs nach § 45a Abs. 4 SGB VIII nicht automatisch den Ausschluss aus dem Anwendungsbereich der Leistungs-, Entgelt- und Qualitätsentwicklungsvereinbarungen nach den §§ 78 a ff SGB VIII für solche Betreuungsformen zur Folge hat, die nicht dem Einrichtungsbegriff nach § 45 a SGB VIII unterfallen. Vielmehr kommt für familienähnliche Betreuungsformen die Anwendung von § 27

Abs. 2 SGB VIII in Betracht (Meysen/ Smessaert 2022 S. 248; Smessaert/Struck in FK-SGB VIII § 45a Rn. 27).

Maßgeblich ist deshalb, wie der Begriff „**stationäre Form**“ in § 78a Abs. 1 Nummer 4 Buchstabe d SGB VIII auszulegen ist und welche Folgen sich daraus für den Anwendungsbereich der §§ 78 a ff SGB VIII ergeben.

Dabei kann aber nicht erst auf eine konkrete Jugendhilfemaßnahme, die der Träger im Einzelfall erbringt, abgestellt werden bzw. auf die Bewilligung einer solchen Leistung durch das Jugendamt, da die Entscheidung über den Anwendungsbereich der §§ 78a ff. SGB VIII **abstrakt generell** im Rahmen der (vorab) abzuschließenden Verträge nach den §§ 78 a ff SGB VIII für die dort genannten Hilfesettings zu treffen ist.

In jedem Fall macht der Gesetzgeber damit deutlich, dass der Anwendungsbereich dieser Vorschriften nicht auf einen gesetzlich bestimmten Begriff der Einrichtung bzw. eine Leistung nach § 34 SGB VIII beschränkt ist. Andererseits bedarf es auch hier einer Abgrenzung zu solchen Hilfesettings, die nicht als stationär bezeichnet werden können, weil sie entweder als ambulant oder als Leistungen in Pflegefamilien einzuordnen sind. Zunächst ist festzuhalten, dass eine familienähnliche Betreuungsform, die nach §§ 45, 45a SGB VIII keiner Betriebserlaubnis bedarf, **als flexible Hilfe** betrieben werden kann, wobei dann der **Begriff „stationär“ in § 78a Abs. 1 Nummer 4 Buchstabe d SGB VIII zu definieren** ist, da § 78a SGB VIII die Hilfe zur Erziehung in einer Pflegefamilie oder einer analogen Form jedenfalls dann ausschließt, wenn es sich um Leistungsangebote handelt, deren Erbringung in der Verantwortung einer Privatperson liegt. Insofern ist zwischen einer vollstationären Leistung der Hilfe zur Erziehung nach § 78a Abs. 1 Nummer 4 Buchstabe d SGB VIII und einer privat verantworteten Pflege- und Erziehungsstelle zu unterscheiden. Maßgeblich zur Eröffnung des Anwendungsbereichs der §§ 78a ff SGB VIII ist die Feststellung, dass die Leistung in **Verantwortung eines Trägers** und nicht in Verantwortung einer Privatperson steht (Schindler in FK-SGB VIII § 78 a Rn. 2).

Dabei ist näher zu prüfen, was unter der „**Verantwortung eines Trägers**“ konkret zu verstehen ist - insbesondere, ob eine solche Verantwortung nur dann anzunehmen ist, wenn die Betreuungskraft **in einem Arbeitsverhältnis oder sonstigen weisungsgebundenen Verhältnis zum Träger steht** (so Schindler in FK-SGB VIII § 78a Rn. 2). Dazu wird in der Kommentierung auf die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 1.9.2011– 5 C 20/10 sowie auf LPK-SGB VIII/Kepert/Nonninger/Dexheimer § 48 a Rn. 6 f verwiesen. Weder in der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts noch in der zitierten Kommentarstelle finden sich Belege für diese Rechtsauffassung.

Die notwendige Trägerverantwortung bedingt nicht ohne weiteres ein weisungsgebundenes Arbeitsverhältnis. Richtig ist, dass die Betreuungskraft in einem Beschäftigungsverhältnis stehen muss und der Träger dabei seiner Verantwortung in der Form nachkommen kann, dass z.B. die Verträge mit freien Mitarbeiter(n)*innen dergestalt sind, dass diese vertraglich an leistungsrelevante, qualitative Aspekte gemäß der Leistungs- und Qualitätsentwicklungsvereinbarung des Trägers gebunden sind. Die Qualität der zu erbringenden Leistung bzw. ihrer bedarfsgerechten Erfüllung hängt nicht davon ab, ob die Mitarbeiter*innen in einem Arbeitsverhältnis oder sonstigen weisungsgebundenen Verhältnis zum Träger der Wohnform stehen. Entsprechendes gilt auch für arbeitsrechtliche Instrumente zur Gefahrenabwehr zum Schutz von Kindern und Jugendlichen in der Wohnform (dazu Zinsmeister, Arbeitsrechtliche Instrumente der Prävention und Intervention in Fegert/Wolff, Kompendium sexueller Missbrauch in Institutionen 2015 S. 400).

5. Zur Auslegung des Kriteriums „geeigneter Träger“ in § 78 b Abs. 2 SGB VIII und den Rechtsfolgen

Die Vereinbarungen nach § 78 b SGB VIII „sind“ mit den Trägern abzuschließen, die unter Berücksichtigung der Grundsätze der Leistungsfähigkeit, Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zur Erbringung der Leistung **geeignet** sind (§ 78 b Abs. 2 Satz 1 SGB VIII). Aus dieser Formulierung ergibt sich ein Anspruch auf Aufnahme von Vertragsverhandlungen sowie ein Anspruch auf den Abschluss von Vereinbarungen, wenn die gesetzlich geregelten Kriterien erfüllt sind. Bei dem Maßstab, ob eine Einrichtung zur Erbringung der Leistung unter Berücksichtigung ihrer Leistungsfähigkeit, Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit geeignet ist, sind die darin enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe der vollen rechtlichen Überprüfung zugänglich (Schindler in FK-SGB VIII § 78b Rn. 21; Schön in Wiesner/Wapler § 78b Rn. 24; Gottlieb/Kepert/Dexheimer in LPK-SGB VIII Rn. 7).

In den Materialien zur Einfügung der §§ 78 a ff. in das SGB VIII durch das Zweite Gesetz zur Änderung des SGB XI findet sich die Aussage: „**Ein wesentliches Kriterium für die Eignung ist die Erteilung der Betriebserlaubnis**“ (Bundestagsdrucksache 13/10330 S. 18). Eine solche ist aber gerade für flexible Hilfen nach § 27 Abs. 2 SGB VIII bzw. Hilfe zur Erziehung in sonstiger teilstationärer oder stationärer Form (§ 78 a Abs. 1 Nummer 4 Buchst. d SGB VIII) nicht ohne weiteres erforderlich (siehe oben). An dieser strikten Bezugnahme auf den Erlaubnisvorbehalt kann nach der Einfügung von § 45a SGB VIII im Rahmen des Kinder- und Jugendstärkungsgesetzes nicht festgehalten werden. Vielmehr sind auch für solche stationären familienähnlichen Betreuungsformen, die nicht der

Erlaubnispflicht nach §§ 45, 45a SGB VIII unterliegen aber unter der Verantwortung eines Trägers stehen, Leistungs-, Entgelt- und Qualitätsentwicklungsvereinbarungen nach § 78b SGB VIII abzuschließen (Meysen/Smessaert 2022 S. 248; Schindler in FK-SGB VIII § 78 a Rn. 2). Siehe dazu die Ausführungen unter 4.

Falls Träger der öffentlichen Jugendhilfe unter Verweis auf die Materialien zur Einfügung der §§ 78 a ff. in das SGB VIII und einzelne Kommentare weiterhin am Erlaubnisvorbehalt (auch für diese Wohnformen) festhalten und aus diesem Grund den Abschluss von Vereinbarungen nach §§ 78 a ff. SGB VIII verweigern, bzw. gar nicht in Verhandlungen eintreten, so ist seitens des Trägers der Einrichtung die Schiedsstelle anzurufen (§ 78g SGB VIII). Lehnt auch die Schiedsstelle die Eignung unter Verweis auf die fehlende Erlaubnis ab, so ist der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten gegeben (§ 78 b Abs. 2 Satz 3 SGB VIII)

6. Örtliche Zuständigkeit (§ 78 e SGB VIII)

Die örtliche Zuständigkeit für den Abschluss von Vereinbarungen ist in § 78 e SGB VIII geregelt. Danach ist der örtliche Träger der Jugendhilfe zuständig, in dessen Bereich die „Einrichtung“ gelegen ist. Wie oben bereits ausgeführt, kann für die Definition des Begriffseinrichtung nicht auf § 45a SGB VIII Bezug genommen werden, weil sonst stationäre Settings nach § 78a iV mit § 27 nicht erfasst würden.

Voraussetzung für eine eigenständige „Einrichtung“ bei dezentraler Organisationsform ist demnach, dass die einzelne Organisationseinheit fachlich und strukturell weitgehend eigenverantwortlich arbeitet. Dies ist in der Regel nicht der Fall, wenn die Verantwortung für die dezentralen Organisationseinheiten zentralisiert ist. Deshalb liegt der Einrichtungsort im Sinne von § 78e Abs. 1 SGB VIII nicht dort, wo sich die einzelnen dezentralen Organisationseinheiten befinden, sondern dort wo sich die **verantwortliche Leitung der Einrichtung** befindet (Schön in Wiesner/Wapler § 78e Rn. 2 SGB VIII; Schindler in FK-SGB VIII § 78e Rn. 3). Wo die Organisation der Einrichtung keine einheitliche Leitung vorsieht, sondern die Leitung im Zusammenspiel mehrerer verschiedener Sachgebiete erfolgt (fachliche Verantwortung, Regelung wirtschaftlicher Fragen), ist – solange es dazu keine landesrechtlichen Vorschriften gibt – der Sitz der fachlichen Leitung maßgeblich (Schindler in FK-SGB VIII § 78 e Rn. 3).

Diese Vorgaben müssen auch für nicht betriebslaubnispflichtige (familienähnliche) Betreuungsformen gelten, soweit für diese die Anwendung der §§ 78a ff. SGB VIII im Hinblick auf stationäre Wohnformen in Betracht kommt. Maßgeblich ist daher auch für diese (familienähnlichen) Wohnformen der Sitz der fachlichen Leitung.

Literatur:

Bundesarbeitsgemeinschaft der Landesjugendämter (BAGLJÄ), Handlungsleitlinien zur Umsetzung der durch das Kinder- und Jugendstärkungsgesetz (KJSG) eingeführten Änderungen in den §§ 38, 45 ff. SGB VIII im Arbeitsfeld der Betriebserlaubnis erteilenden Behörden - Beschluss vom November 2022

<https://cloud.lwl.org/s/RwJqgqBeAz8SrWM?dir=undefined&path=%2FEmpfehlungen&openfile=13650696>

DlJuF- Rechtsgutachten vom 11.10.2023, Jugendamt 2023, 587

Kunkel/Keper/Pattar: Sozialgesetzbuch VIII Kinder- und Jugendhilfe 8. Aufl. 2022

Meysen/Lohse/Schönecker/Smessaert: Das neue Kinder- und Jugendstärkungsgesetz – KJSG 1. Aufl. 2022

Münder/Meysen/Trenczek: Frankfurter Kommentar SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe 9. Aufl. 2022

VPK – Bundesverband privater Träger der freien Kinder-, Jugend- und Sozialhilfe e.V.: Stellungnahme zur Notwendigkeit des Erhalts familienanaloger Einrichtungen im Bereich der stationären Kinder- und Jugendhilfe. Stellungnahme vom 5.4.2022 –

<https://www.vpk.de/de/aktuelles/stellungnahme-zur-notwendigkeit-des-erhalts/>.

Wiesner/Wapler: SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe, 6. Aufl. 2022

Rechtsprechung:

VG Bayreuth vom 31.1.2022 –B 10 E 21.1315 ;

<https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2022-N-3931?hl=true>; Jugendamt 2022,412

VGH München vom 03.6.2022 – 12 CE 22.460;

<https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2022-N-36291?hl=true>;

Berlin, den 07. Februar 2024



Prof. Dr. Dr. h.c. Reinhard Wiesner

Rechtsanwalt

Ministerialrat a. D

Vermerk:

Datum: 27.07.2016

Betreff: Weisungsrecht, Dienst- und Fachaufsicht

In den Behörden bezeichnet Dienstaufsicht das Aufsichts- und Weisungsrecht der höheren Behörde gegenüber der nachgeordneten Behörde und des Vorgesetzten gegenüber seinen untergebenen Mitarbeitern_innen. Nachgeordnete Behörden können unter einer Fachaufsicht stehen. Zumeist werden diese durch Verwaltungsvorschriften konkretisiert. Das Weisungsrecht (Direktionsrecht) ist das Recht des Arbeitgebers auf Grundlage eines Arbeitsvertrages Weisungen hinsichtlich Zeit, Ort, Inhalt und Art zu erteilen (Grundlage § 106 Gewerbeordnung).

Vielfach wird seitens der Landesjugendämter (LJÄ), aber auch von Jugendämtern (JÄ) gefordert, dass der Einrichtungsträger zusichert bzw. darlegt, dass er gegenüber den von ihm eingesetzten freien Mitarbeiter_innen (fMA) die Weisungsbefugnis, die Dienst- und Fachaufsicht hat.

Eine solche Zusage ist bei der Zusammenarbeit mit fMA nicht möglich: fMA sind im arbeitsrechtlichen Sinne nie weisungsgebunden und unterliegen keiner Dienst- und Fachaufsicht. Aus anderen Rechtsnormen – wie z.B. dem SGB VIII – ist ein Recht auf Weisung nicht ableitbar.

Zumeist werden aber von den LJÄ/JÄ mit den Begriffen Weisungsrecht, Dienst- und Fachaufsicht andere fachliche Inhalte verbunden als jene, die aus dem Arbeitsrecht bzw. aus Verwaltungsvorschriften ableitbar sind:

Das fachliche Anliegen der LJÄ/JÄ ist nicht mit arbeitsrechtlichen Begriffen zu fassen. Zur Sicherung des Wohles der Kinder und Jugendlichen ist insbesondere Nachfolgendes vom Einrichtungsträger in der Zusammenarbeit mit fMA sicherzustellen:

Der Einrichtungsträger

- steht in der Verantwortung gegenüber dem Landesjugendamt, dem belegenden Jugendamt, dem Betreuten und ggf. seinem Sorgeberechtigtem
- ist verantwortlich für die Einhaltung seiner Konzeption, der Leistungs-, Qualitätsentwicklungs- und Entgeltvereinbarung
- ist direkter und verbindlicher Ansprechpartner für die Jugendämter (bei Aufnahmeersuchen und in der Hilfeplanung, inklusive der Beteiligung im Hilfeplangespräch).
- stellt die Ausstattung der (Teil-) Einrichtung hinsichtlich personeller, sachlicher und organisatorischer Ressourcen sicher; hier insbesondere die



fachliche und persönliche Eignung der Mitarbeiter/innen sowie die finanzielle Ausstattung der (Teil-) Einrichtung sowie der Sicherstellung der personenbezogenen Mittel für den/die Minderjährigen; auch z.B. die Sicherstellung (bau-) behördlicher- und Brandschutz Auflagen

- gewährleistet das vertraglich zugesicherte Zugangsrecht für den Einrichtungsträger und Ordnungsbehörden zu entsprechenden Räumlichkeiten
- ist für die Umsetzung der Hilfeplanung verantwortlich, bzw. als ein Beteiligter im Hilfeplanverfahren mitverantwortlich
- sichert ein abgestimmtes Verfahren bei Verdacht auf Kindeswohlgefährdung zu
- sichert die Einhaltung der Datenschutzbestimmungen zu
- stellt die Qualifikation der Mitarbeiter/innen gem. § 72 i.V. m. § 72a SGB VIII sicher
- verlangt den Mitarbeitern/innen ein erweitertes Führungszeugnis gem. § 30 a BZRG der Mitarbeiter/innen ab
- ist für die Personalmeldungen an das Landesjugendamt gem. § 47 SGB VIII verantwortlich
- ist für Meldung an das Landesjugendamt bei besonderen Vorkommnissen, die das Wohl des jungen Menschen gefährden können, verantwortlich
- sichert die Vertretung bei Ausfall des Betreuers bzw. der Betreuerin zu.

Der Begriff „Trägerverantwortung“ ist eher geeignet, die berechtigten Ansprüche der LJÄ zum Schutz und Wohl der Kinder und Jugendlichen, zu beschreiben.

„Sichergestellt sein muss indes, wie es auch seitens der BAGLJÄ zum Ausdruck kommt, dass die nach außen gegenüber dem Landesjugendamt bestehende Trägerverantwortung für das Wohl der betreuten Kinder und Jugendlichen auch intern - also im Rahmen des Vertragsverhältnisses mit der jeweiligen Fachkraft – ihre Entsprechung findet. Dies geschieht im Rahmen der von den Trägern gegenüber der Erlaubnisbehörde abgegebenen Erklärung. Darüber hinaus ist der Behörde die Gelegenheit zu geben, auf Verlangen die - Blancko-/Musterverträge zu prüfen und damit etwaige Zweifel im Hinblick auf das „rechtliche Können und Dürfen“ zu entkräften.

Gegenüber dem örtlichen Träger (Jugendamt), der seinerseits gegenüber den leistungsberechtigten Personen die Gesamtverantwortung trägt (§ 79 SGB VIII), ergibt sich die Pflicht zur Einhaltung fachlicher Standards in erster Linie aus den Leistungs-, Qualitätsentwicklungs- und Entgeltvereinbarungen (§§ 78 a ff. SGB VIII) und – außerhalb der Entgeltfinanzierung – aus Förderverträgen. Die Leistungsinhalte für den Einzelfall sind Gegenstand des regelmäßig fortzuschreibenden Hilfeplans.“ (Prof. Dr. Dr. H. C. Reinhard Wiesner, siehe Anlage)

Die vorgenommene Differenzierung zwischen Angestellten und Honorarkräften ist für eine am Ziel des Kindeswohl orientierte Betreuung unerheblich. Kriterien der Sicherung des Kindeswohls sind die persönliche Eignung, die fachliche



Ausbildung, die dauernde Fortbildung, das Durchführen von qualitätssichernden Maßnahmen wie Supervision und kollegiale Gespräche, nicht aber der arbeitsrechtliche Status.

Das Kindeswohl wird dadurch gesichert, dass lediglich Betreuer eingesetzt werden, die nachgewiesener Weise persönlich geeignet sind, über eine hervorragende Ausbildung und Erfahrung verfügen und bereit und in der Lage sind, auf die individuellen Bedürfnisse des betreuten Jugendlichen einzugehen und sich den permanenten qualitätssichernden Maßnahmen, wie Weiterbildung, Supervision zu unterwerfen.

Ebenso ist die Einbindung in das pädagogische Konzept des Trägers erforderlich. Formale dienstrechtliche Überlegungen spielen keine Rolle, zumal Eingriffs- und Disziplinarmöglichkeiten bei Honorarkräften mit Sicherheit nicht weniger intensiv sind, als bei angestellten Mitarbeitern.

Es ist auch eine abwegige Vorstellung, dass sich ein "pädagogischer Dissens" bei der Betreuung von Jugendlichen durch eine dienstrechtliche Weisung erledigen lässt. Die Betreuungsstellen befinden sich regelmäßig nicht am Verwaltungsort des Einrichtungsträgers. Eine den üblichen Arbeitsverhältnissen entsprechende Überwachung der Betreuer, wie vielleicht bei einer Verwaltung üblich, kann daher nicht stattfinden.

Repressive Weisungen sind einer erfolgreichen Pädagogik fremd. Auf arbeitsrechtlichen Weisungsmöglichkeiten beruhende repressive Eingriffsmöglichkeiten sind kein geeignetes Kriterium für den Schutz der Jugendlichen, da Fachlichkeit und Verfolgung pädagogischer Konzepte sich nicht repressiv erzwingen lassen.

"Insgesamt ist festzustellen, dass der Inhalt der pädagogischen Tätigkeit sowie die Handlungspflichten im Einzelfall sich in erster Linie aus dem konkreten Hilfeplan ergeben, die Tätigkeit der Fachkraft damit durch Handlungsspielräume und eigenverantwortliche Tätigkeit in der Interaktion mit dem jungen Menschen geprägt ist. Welche Handlungsschritte angezeigt sind, kann also nicht durch externe Weisungen, sondern muss in erster Linie durch situative Entscheidungen der Fachkraft auf der Grundlage ihrer fachlichen Kompetenz und persönlichen Eignung bestimmt werden. Dies gilt auch im Hinblick auf die zur Abwehr einer Gefährdung des Kindeswohls angezeigten Maßnahmen. Von daher ist die Bedeutung von Weisungen in diesem Handlungskontext ohnehin begrenzt. Einer etwaigen Gefährdung des Kindeswohls, die von diesen Personen ausgeht oder von ihnen nicht unterbunden wird, kann durch (ggf. fristlose) Kündigung o.ä. wirksam begegnet werden." (Prof. Dr. Dr. H. C. Reinhard Wiesner, siehe Anlage)

FMA arbeiten weisungsungebunden und unterliegen keiner Dienst- und Fachaufsicht. Die Forderung, dass die fMA einer Dienst- und Fachaufsicht des Trägers der Maßnahme zu unterliegen haben, bzw. in einem weisungsgebundenen Beschäftigungsverhältnis stehen, ist nicht rechtens.

erstellt von: Stefan Prange

BERNZEN SONNTAG RECHTSANWÄLTE

Mittelstraße 55 · D-10117 Berlin

Prange
Beratung für die Sozialwirtschaft
Behaimstr. 17
10585 Berlin

19. Juli 2011

Sekretariat: 030 762 390 330

Sehr geehrter Herr Prange,

vielen Dank für Ihre Anfrage. Zu Ihrer Frage:

„Ist aus dem SGB VIII oder sonstiger Vorschriften herzuleiten, dass die ausschließliche Forderung nach einer Dienst- und Fachaufsicht sowie einem Weisungsrecht des Einrichtungsträgers gegenüber den Beschäftigten, seitens der Landesjugendämter und Jugendämter zum Schutz der jungen Menschen rechtens ist?“

die Sie im Namen von:

down-up! Einzelfallpädagogik GmbH
jugendhilfe phönix e.v.
Shed e.V.
Tacheles Jugendhilfe-Projekte
Wellenbrecher e.V.

I.J.S. e.V.
Projekt Husky GbR
Stiftung Leuchtfeuer
St.Vincenz Jugend
hilfe-Zentrum e.V.

an mich richten, möchte ich wie folgt Stellung nehmen:

BERLIN

Prof. Dr. Bernd Schlüter
Christian Grube
Jürgen Broede
Prof. Dr. habil. Frank Diedrich, MLE.
Mediator
Melanie Kößler
Dr. Christian Pitschas, LL.M.
Hannes Schloemann, LL.M.
Attorney-at-Law (New York)
Sabine Pryzibilla
Marcus Pryzibilla
Fachanwalt für Sozialrecht
Sozialarbeiter B.A.

Mittelstraße 55
(Ecke Friedrichstraße)
D-10117 Berlin

Telefon +49 (0) 30.762 39 03 30
Telefax +49 (0) 30.762 39 03 40
berlin@msbh.de

BANKVERBINDUNG

Bankhaus Löbbecke
BLZ 100 305 00
Konto/Account 1012 726 900
Swift-Code (BIC): LOEBDE33XXX
IBAN: DR30100305001012726900

FRANKFURT AM MAIN

GENÈVE / GENÈVE

HAMBURG

HANNOVER

HEIDELBERG

KIEL

LÖBECK

MÜNCHEN

www.msbh.de

Partnerschaftsgesellschaft
Sitz: Hamburg
Registergericht: Hamburg PR 663
Steuer-Nr.: 48/605/01096
Ust-IdNr.: DE 118 922 305

Bei der Leistungserbringung im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe können auch Personen tätig werden, die selbständig tätig sind. Dies gilt sowohl für solche Personen, die als Einzelpersonen zugleich Träger einer Maßnahme sind, wie auch für solche, die von freien Trägern von Einrichtungen und Diensten vertraglich in die Leistungserbringung einbezogen werden. Jedenfalls ergibt sich ein Verbot, freie Mitarbeiter zu beschäftigen, weder aus dem aus dem Achten Buch Sozialgesetzbuch, noch den dazu erlassenen Landesausführungsgesetzen oder anderen Rechtsvorschriften. Die erforderliche Verantwortlichkeit für das Wohl der anvertrauten Kinder und Jugendlichen ist nicht nur über den Weg der Weisung bzw. der Dienst- und Fachaufsicht realisierbar, sondern kann auch auf andere Weise sicher gestellt werden. Deshalb ist es nicht zulässig, den Einsatz freier Mitarbeiter bzw. Mitarbeiterinnen mit der Begründung zu versagen, diese arbeiteten weisungsungebunden und unterlägen keiner Dienst- und Fachaufsicht.

Im Hinblick auf die Verantwortung des Trägers einer Einrichtung gegenüber dem **Landesjugendamt als Erlaubnisbehörde** steht der Schutz von Kindern und Jugendlichen vor Gefahren für ihr Wohl in der Einrichtung im Blickpunkt. Aufgabe der Behörde ist es, durch die Erlaubniserteilung, die Erteilung nachträglicher Auflagen, Prüf- und Meldepflichten sowie die Tätigkeitsuntersagung sicherzustellen, dass in allen Betreuungsarrangements – also auch in einer häuslichen Lebensgemeinschaft mit der pädagogischen Fachkraft – die Einhaltung der dem Einrichtungszweck entsprechenden Mindestanforderungen eingehalten werden (§§ 45 ff. SGB VIII). Zur Art des Vertragsverhältnisses des Trägers mit den Betreuungsfachkräften enthält das Gesetz keine Aussage.

Sichergestellt sein muss indes, wie es auch seitens der BAGLJÄ zum Ausdruck gebracht worden ist, dass die nach außen gegenüber dem Landesjugendamt bestehende Trägerverantwortung für das Wohl der betreuten Kinder und Jugendlichen auch intern – also im Rahmen des Vertragsverhältnisses mit der jeweiligen Fachkraft – ihre Entsprechung findet. Dies geschieht im Rahmen der von den Trägern gegenüber der Erlaubnisbehörde abgegebenen Erklärung.

Darüber hinaus ist der Behörde die Gelegenheit zu geben, auf Verlangen die - Blanko-/Musterverträge zu prüfen, die in solchen Fällen zur Gestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen Träger und Fachkraft zum Einsatz kommen, und damit etwaige Zweifel im Hinblick auf das „rechtliche Können und Dürfen“ zu entkräften.

Gegenüber dem **örtlichen Träger (Jugendamt)**, der seinerseits gegenüber den leistungsberechtigten Personen die **Gesamtverantwortung** trägt (§ 79 SGB VIII), ergibt sich die Pflicht zur Einhaltung fachlicher Standards in erster Linie aus den Leistungs-, Qualitätsentwicklungs- und Entgeltvereinbarungen (§§ 78 a ff. SGB VIII) und – außerhalb der Entgeltfinanzierung – aus Förderverträgen. Die Leistungsinhalte für den Einzelfall sind Gegenstand des regelmäßig fortzuschreibenden Hilfeplans.

Schließlich folgt eine solche Beschränkung auch nicht aus dem zwischen den Sorgeberechtigten und dem Träger der Einrichtung geschlossenen **zivilrechtlichen Betreuungsvertrag**. Zum einen enthält weder das SGB VIII noch enthalten andere Gesetze Vorgaben zu Form und Inhalt solcher Verträge, die häufig konkludent, also durch schlüssiges Verhalten abgeschlossen werden. Soweit die Träger von Einrichtungen damit Schutzpflichten im Hinblick auf die von ihnen betreuten Kinder und Jugendlichen übernehmen, sind die in § 8 a Abs.2 SGB VIII geregelten Vorgaben für die Gefährdungseinschätzung und die Zusammenarbeit mit dem Jugendamt maßgeblich. Insoweit muss sichergestellt sein, dass die Fachkräfte in den Einrichtungen und Diensten des freien Trägers den Schutzauftrag nach § 8a Abs.2 SGB VIII wahrnehmen, also Anhaltspunkten für eine Kindeswohlgefährdung nachgehen, eine Gefährdungseinschätzung vornehmen, eine insoweit erfahrene Fachkraft beteiligen und - je nach Ergebnis - den Eltern die Inanspruchnahme von Hilfen nahelegen oder das Jugendamt informieren. Unerheblich ist dabei ob diese Fachkräfte in einer Festanstellung, auf Honorarbasis oder ehrenamtlich tätig sind (vgl. Meysen in FK-SGB VIII § 8a Rn. 39; Wiesner in Wiesner SGB VIII § 8a Rn.33).

Insgesamt ist festzustellen, dass der Inhalt der pädagogischen Tätigkeit sowie die Handlungspflichten im Einzelfall sich in erster Linie aus dem konkreten Hilfeplan ergeben, die Tätigkeit der Fachkraft damit durch Handlungsspielräume und eigenverantwortliche Tätigkeit in der Interaktion mit dem jungen Menschen geprägt ist. Welche Handlungsschritte angezeigt sind, kann also nicht durch externe Weisungen, sondern muss in erster Linie durch situative Entscheidungen der Fachkraft auf der

Grundlage ihrer fachlichen Kompetenz und persönlichen Eignung bestimmt werden. Dies gilt auch im Hinblick auf die zur Abwehr einer Gefährdung des Kindeswohls angezeigten Maßnahmen. Von daher ist die Bedeutung von Weisungen in diesem Handlungskontext ohnehin begrenzt. Einer etwaigen Gefährdung des Kindeswohls, die von diesen Personen ausgeht oder von ihnen nicht unterbunden wird, kann durch (ggf. fristlose) Kündigung o.ä. wirksam begegnet werden.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'R. Wiesner'. The signature is written in a cursive, somewhat stylized script.

Prof. Dr. Dr. h. c. Reinhard Wiesner