

Prof. Dr. iur. Jan Kepert

Kinzigallee 1 77694 Kehl

E-Mail: kepert@hs-kehl.de Fax: 078518945238

<https://www.kepert-sgbviii.de/>

Prof. Dr. Jan Kepert

Freiburg, den 15.02.2021

An

Deutscher Bundestag

Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend

Per E-Mail: familienausschuss@bundestag.de

Stellungnahme vor dem Ausschuss für Familien, Senioren, Frauen und Jugend am 22. Februar 2021, Gesetz zur Stärkung von Kindern und Jugendlichen (Kinder- und Jugendstärkungsgesetz – KJSG), BT-Drs. 19/26107 sowie Antrag der FDP-Fraktion § 94 Absatz 6 des Achten Buches Sozialgesetzbuch abschaffen – Bessere Chancen auf ein selbstbestimmtes Leben auch für Pflegekinder (BT-Drs. 19/26158)

A. Vorbemerkung

Der Regierungsentwurf des KJSG enthält ganz überwiegend Neuregelungen, welche hier als sehr gelungen bewertet werden. Der praktische Vollzug des Kinder- und Jugendhilferechts dürfte aufgrund der an wichtigen Stellen anwenderfreundlich fortgeschriebenen Rechtslage deutliche Verbesserung erfahren. Nach hiesiger Auffassung werden mit dem KJSG gleichermaßen die Interessenslagen und Bedarfe der anspruchsberechtigten Bürger, der Träger der freien Jugendhilfe sowie der Träger der öffentlichen Jugendhilfe berücksichtigt. Allerdings ist auch festzustellen, dass die Träger der (insbesondere öffentlichen) Jugendhilfe für den Vollzug der neuen Aufgaben auf hohe fachliche Expertise angewiesen sein werden.

Mit dem KJSG wird insbesondere eine fortschrittliche Neuregelung des Leistungsrechts erfolgen. Hervorzuheben ist hier die inklusive Neuausrichtung, insbesondere die beabsichtigte Zusammenführung der Eingliederungshilfe für körperlich, geistig

und seelisch behinderte Kinder und Jugendliche zum 1. Januar 2028. Dieser Weg sollte mit Nachdruck weiterverfolgt werden. Zu kritisieren ist das KJSG daher kaum aufgrund der überwiegend sehr gelungenen Regelungsinhalte. Nach hiesiger Auffassung sind im Regierungsentwurf des KJSG allerdings wichtige Regelungsinhalte nicht enthalten, welche insbesondere zur Neuausrichtung des Kinderschutzes dringend benötigt werden. Im Fokus des Reformprozess „Mitreden-Mitgestalten“ stand auch das Schwerpunktthema „Besserer Kinderschutz“. Hier besteht ausweislich der fehlgeschlagenen Kinderschutzverläufe der letzten Jahre dringender gesetzlicher Reformbedarf. Das KJSG enthält allerdings mit § 8a Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB VIII sowie §§ 4,5 KKG nur Regelungen, die den Bereich des Informationsaustausches betreffen. Hierüber hinausgehend bedarf es dringend weiterer gesetzlicher Neuregelungen. Dies betrifft auch die datenschutzrechtliche Regelung zu anvertrauten Daten (§ 65 SGB VIII). § 65 SGB VIII bereitet nach hiesiger Auffassung in der Praxis nur deshalb keine größeren Probleme, weil die Vorschrift in der täglichen Rechtsanwendung regelhaft missachtet wird.

B. Zu den Regelungsinhalten des KJSG

I. Regelungsinhalte des Leistungsrechts

1. Fortschreibung des inklusiven Leistungsrechts

Die inklusive Neuausrichtung des SGB VIII soll in drei Stufen verfolgt werden. Obgleich für die Umsetzung der dritten Stufe zum 1. Januar 2028 der Erlass eines weiteren Bundesgesetzes notwendig sein wird, erfolgen im Folgenden insbesondere Ausführungen zur dritten Reformstufe, da diese weitreichende Rechtsänderungen mit sich bringen wird.

a) Eingliederungshilfe für körperlich, geistig und seelisch behinderte Kinder und Jugendliche

Bei der „inkluisiven Lösung“ geht es zunächst einmal um die **Zusammenführung der Eingliederungshilfe für körperlich, geistig und seelisch behinderte Kinder und Jugendliche unter dem Dach des SGB VIII**. An der dringenden Notwendigkeit dieser Zusammenführung der Eingliederungshilfeleistungen für alle Kinder und Jugendliche lässt sich nach hiesiger Auffassung nicht zweifeln. Eine reine „Bereinigung der Schnittstellenproblematik“ bei Beibehaltung unterschiedlicher Zuständigkeiten verschiedener Rehabilitationsträger ist zur Herstellung einer gleichberechtigten Teilhabe nicht tauglich. Weder Regelungen zum Vorrang-/Nachrangverhältnis in § 10 SGB VIII

noch verfahrensrechtliche und materielle Regelungen im SGB IX (§§ 14 SGB ff. IX; §§ 25 ff. SGB IX usw.) können die de lege lata bestehenden „Verschiebebahnhöfe“ und „schwarzen Löcher“, die zu Lasten der jungen Menschen wirken, beseitigen.

b) Der Behinderungsbegriff

Im Zuge der inklusiven Neuregelungen im SGB VIII wird der Behinderungsbegriff eine große Rolle für die Neugestaltung des Leistungsrechts spielen. So differiert insbesondere der durch das Bundesteilhabegesetz neu in § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX normierte Behinderungsbegriff von der bisherigen Begriffsbestimmung in § 35a Abs. 1 SGB VIII. Bei der Neubestimmung des Begriffs der Behinderung in § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX handelt es sich nach hier vertretener Auffassung entgegen der Einschätzung des Gesetzgebers nicht lediglich um eine „deklaratorische Anpassung“ an die UN-BRK.¹ Mit dem Bundesteilhabegesetz wird ferner zum 1. Januar 2023 in § 99 SGB IX eine Regelung für den leistungsberechtigten Personenkreis der Eingliederungshilfe in Abweichung von dem „übergeordneten“ Behinderungsbegriff des § 2 SGB IX getroffen werden. Damit wird eine „Spezifizierung“ des Behinderungsbegriffs als Zugangsvoraussetzung erfolgen.² Es stehen damit drei unterschiedliche Behinderungsbegriffe im Raum. Mit Rechtsänderung in § 7 Abs. 2 SGB VIII soll mit dem KJSG nun der Behinderungsbegriff des § 2 Abs. 1 SGB IX für die Kinder- und Jugendhilfe festgeschrieben werden. Insbesondere im Hinblick auf die Voraussetzungen für Leistungen der Eingliederungshilfe nach § 35a SGB VIII wird aber in Anlehnung an § 7 Abs. 1 SGB IX zugleich auf insofern vorrangige Modifizierungen hingewiesen.³ Damit bleibt die Definition der Behinderung und der drohenden Behinderung in § 35a SGB VIII unverändert anwendbar. Nach hiesiger Auffassung stellt sich damit die Frage nach der Sinnhaftigkeit der beabsichtigten Neuregelung in § 7 Abs. 2 SGB VIII. Dem Behinderungsbegriff kommt insbesondere bei Anwendung der Eingliederungshilfe nach § 35a SGB VIII Bedeutung zu. Gerade hier soll die Begriffsbestimmung aber nicht zum Zuge kommen. Ausschussempfehlungen des Bundesrates gehen hier einen Schritt weiter. Nach diesen Vorschlägen soll bereits auf erster Stufe der inklusiven Neuregelungen der Behinderungsbegriff des § 7 Abs. 2 SGB VIII zur Tatbestandsvoraussetzung des § 35a SGB VIII erhoben werden.⁴ Dieser Schritt ist – sofern man die Neuregelung in § 7 Abs. 2 SGB VIII für sachgerecht erachtet – konsequent. Nach

¹ S. hierzu BT-Drs. 18/9522, 227.

² BT-Drs. 18/9522, 275.

³ BT-Drs. 19/26107, S. 68 und 69.

⁴ BR-Drs. 5/1/21, S. 17.

hiesiger Auffassung sollte allerdings bis zu einer Neuregelung des Eingliederungshilferechts zum 1. Januar 2028 weiterhin der de lege lata bestehende Behinderungsbegriff des § 35a SGB VIII Anwendung finden. Dieser hat durch Rechtsauslegung in Rspr. und Lit. eine hinreichende Kontur gefunden und bietet daher für die Rechtsanwender (insbesondere für die anspruchsberechtigten Kinder, Jugendlichen und jungen Volljährigen) Rechtssicherheit. § 2 Abs. 1 SGB IX stellt nach hiesiger Auffassung für die Verwaltungspraxis zum jetzigen Zeitpunkt (noch) keine hinreichend bestimmte Tatbestandsvoraussetzung dar. Bei einer Anwendung dieses Behinderungsbegriffs droht in der Übergangsphase hin zur „großen Lösung“ Rechtsunsicherheit.

c) Ein einheitlicher Leistungstatbestand

Zusätzlich zur Zusammenführung der Eingliederungshilfe unter dem Dach des SGB VIII soll ausweislich der Gesetzesbegründung wohl auch eine Neuregelung der de lege lata getrennten Leistungen zur Deckung eines „erzieherischen Bedarfs“ und der Leistungen in Bezug auf einen „behinderungsbedingten Bedarf“ mit der dritten Stufe des Reformprozesses zum 1. Januar 2028 erfolgen. Im Zuge einer künftigen Neuregelung ist nach hiesiger Auffassung zu berücksichtigen, dass zwischen einer Hilfe zur Erziehung und einer Eingliederungshilfe rechtlich nicht unerhebliche Unterschiede bestehen. Die Eingliederungshilfe setzt das Vorliegen einer (drohenden) Behinderung auf Tatbestandsseite voraus. Die Hilfe zur Erziehung knüpft hingegen an das Vorliegen eines Erziehungsdefizits, welches in seiner rechtlichen Ausformung von dem Grundrecht der Eltern auf Erziehung ihrer Kinder nach Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG bestimmt wird, an. Es sind daher nicht unerhebliche rechtliche Schwierigkeiten damit verbunden, die Systeme der Hilfe zur Erziehung und der Eingliederungshilfe zusammenzuführen.⁵

d) Gemeinsame Leistungserbringung

Bereits nach geltender Rechtslage ist es möglich, dass Hilfe zur Erziehung und Eingliederungshilfe zusammen erbracht werden.⁶ Für die Eingliederungshilfe nach § 35a SGB VIII folgt dies bereits aus § 35a Abs. 4 SGB VIII. Nichts anderes gilt für die gemeinsame Leistungserbringung von Eingliederungshilfe für körperlich oder geistig behinderte junge Menschen und Hilfe zur Erziehung. Das Leistungsrecht im SGB VIII setzt auf Tatbestandsseite eine Geeignetheits- und Erforderlichkeitsprüfung voraus, mit welcher die passgenaue Leistung im Hinblick auf den individuellen Bedarf zu be-

⁵ S. hierzu Wiesner, Stellungnahme in Sachverständigenanhörung zum KJSG am 19.06.2017, S. 4 und 5, sowie Kepert, Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit 2018, 16.

⁶ S. hierzu Kepert/Dexheimer in Kunkel/Kepert/Pattar LPK-SGB VIII, § 35a Rn. 25.

stimmen ist. Dabei muss insbesondere dem Grundsatz des Untermaßverbots genügt werden. Es muss die Leistung bewilligt werden, die tatsächlich wirksam und bedarfsdeckend ist.⁷ Bereits nach geltender Rechtslage – und damit weit vor Inkrafttreten der Neuregelungen auf dritter Stufe im Jahr 2028 – ist daher eine kumulative Leistungserbringung möglich. Die Schaffung eines einheitlichen Leistungskatalogs, welcher über die bisher in § 35a Abs. 4 SGB VIII enthaltene Regelung hinausgeht, könnte sehr hilfreich sein, um die skizzierten Rechtsgrundsätze, welche eine gemeinsame Leistungserbringung vorsehen, in der Verwaltungspraxis flächendeckend einlösen zu können.

e) Inklusive Hilfeplanung und Neuregelungen zum Zuständigkeitsübergang – Neuregelung des Hilfeplans als materielle Leistungsvoraussetzung

Insbesondere mit § 36 Abs. 3 S. 2 SGB VIII und § 36b SGB VIII sollen mit dem KJSG bereits auf erster Stufe sehr wichtige Regelungen im Zusammenhang mit dem Hilfeplanverfahren zur Vermeidung von Leistungslücken und dem Gelingen von nahtlosen Zuständigkeitsübergängen neu normiert werden. Diese Regelungen sind sehr zu begrüßen. Allerdings ist auch zu betonen, dass die Wertigkeit, welche einerseits dem Hilfeplanverfahren zugesprochen wird („Motor des Leistungsrechts“ bzw. „Herzstück der Hilfeplanung“) und andererseits die rechtlich schwache Ausgestaltung des Hilfeplanverfahrens kaum zu vereinbaren sind. Die durch Dauerverwaltungsakt zu bewilligende Leistung nach dem SGB VIII ist im Sinne eines dynamischen Prozesses durch das Hilfeplanverfahren fortlaufend zu begleiten und zu überprüfen. Insbesondere für die (personensorgeberechtigten) Eltern und das Kind ist das Hilfeplanverfahren unter Transparenzgesichtspunkten von zentraler Bedeutung.⁸ Obgleich § 36 Abs. 2 S. 2 SGB VIII mittels einer Soll-Vorschrift eine Pflicht zur Aufstellung eines Hilfeplans im Regelfall aufgibt, ist die Hilfeplanpflicht *de lege lata* lediglich als formelle Voraussetzung ausgestaltet, welche die Begründungspflicht nach § 35 SGB X ergänzt.⁹ Das BVerwG hat mit Entscheidung vom 24. Juni 1999 die Auffassung vertreten, dass der Hilfeplan „keine unverzichtbare Voraussetzung“ der Leistungsgewährung sei.¹⁰ Mit Entscheidung des BVerwG vom 9. Dezember 2014 wurde festgestellt, dass es *de lege lata* ausreichend ist, wenn auch ohne eine schriftliche Fixierung in einem Hilfe-

⁷ Hierzu Kunkel/Kepert in Kunkel/Kepert/Pattar LPK-SGB VIII, § 27 Rn. 10. Eine Geeignetheits- und Erforderlichkeitsprüfung ist bei § 19, § 27, § 35a und § 41 SGB VIII geschuldet.

⁸ Kunkel/Kepert in Kunkel/Kepert/Pattar LPK-SGB VIII § 36 Rn. 1 und 36.

⁹ S. hierzu Kunkel/Kepert in Kunkel/Kepert/Pattar LPK-SGB VIII § 36 Rn. 48.

¹⁰ BVerwG, Urt. v. 24.6.1999, 5 C 24/98, juris Rn. 39; s. hierzu auch BayVGh, B. v. 13.4.2015, 12 ZB13.388, juris Rn. 30.

plan die Geeignetheit und Notwendigkeit der Hilfe festgestellt werden.¹¹ Damit kann nahezu folgenlos gegen die Hilfeplanpflicht verstoßen werden. Dies wird man auch für die beabsichtigten Neuregelungen nach bisheriger Fassung annehmen müssen. Die rechtliche Stellung der Eltern und des Kindes ist hinsichtlich des Hilfeplanverfahrens daher als schwach zu beurteilen. Eine deutliche Stärkung der Rechtsposition könnte mittels einer Normierung des Hilfeplans als materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzung erfolgen. § 36 SGB VIII könnte wie folgt ergänzt werden:

„Die ordnungsgemäße Durchführung des Hilfeplanverfahrens ist materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzung des Verwaltungsaktes, mit welchem über den Leistungsantrag entschieden wird“.

2. Die Leistung nach § 19 SGB VIII bei Vorliegen einer Kindeswohlgefährdung

Bei Vorliegen einer Kindeswohlgefährdung muss eine Trennung von Eltern und Kind und eine anschließende stationäre Unterbringung des Kindes als ultimo ratio erwogen werden. Zuvörderst besteht aber die Pflicht zu prüfen, ob die familiäre Lebensgemeinschaft mittels Hilfen nach dem SGB VIII aufrechterhalten werden kann. De lege lata sind die Möglichkeiten einer gemeinsamen stationären Leistungserbringung für Mutter, Vater und Kind aber begrenzt. § 19 SGB VIII ermöglicht lediglich eine gemeinsame Unterbringung von Mutter oder Vater und Kind im Falle der rechtlichen oder tatsächlichen Alleinsorge. Eine gemeinsame Unterbringung von Mutter, Vater und Kind kommt nur ausnahmsweise als unbenannte Hilfe zur Erziehung in Betracht. Um diese Lücke im Leistungsrecht zum Wohle des Kindes zu schließen, sollte der Anwendungsbereich des § 19 SGB VIII erweitert werden, um eine gemeinsame stationäre Unterbringung der Familie zu ermöglichen. Damit könnten für das Kindeswohl schädliche Trennungen vermieden werden.

3. Anspruch auf Förderung in Tageseinrichtungen nach § 24 Abs. 3 SGB VIII

Während § 24 Abs. 2 SGB VIII einen Anspruch auf einen Ganztagesplatz verschaffen kann, besteht nach § 24 Abs. 3 SGB VIII für ältere Kinder nur ein Anspruch auf eine halbtägige Betreuung. De lege lata kann also etwa für ein einjähriges Kind ein Betreuungsanspruch im Umfang von 50 Wochenstunden bestehen. Ein sechsjähriges Kind hat hingegen nur Anspruch auf einen Halbtagesplatz. Dies ist nicht sachgerecht und bedarf einer entsprechenden Änderung in § 24 Abs. 3 SGB VIII.¹²

¹¹ BVerwG, Urt. v. 9.12.2014, 5 C 32/13, juris Rn. 30.

¹² S. hierzu VGH BW, B. v. 21.07.2020, 12 S 1545/20, juris.

4. Neuregelung in § 28a SGB VIII

Die nach bisheriger Rechtslage in § 20 SGB VIII enthaltene Regelung zur Betreuung und Versorgung des Kindes in Notsituationen soll neu als Hilfe zur Erziehung in § 28a SGB VIII verortet werden. In der Gesetzesbegründung wird ausgeführt, dass mit der Leistung an einen **vorübergehenden Zustand** angeknüpft wird.¹³ Der Wortlaut des § 20 SGB VIII nach bisheriger Rechtslage bietet aber keinen Anhaltspunkt dafür, dass die Hilfe beim Ausfall des alleinerziehenden Elternteils nur kurzfristig oder vorübergehend gewährt werden kann. Nach der ursprünglichen Gesetzesbegründung soll die Leistung auch Fälle umfassen, in welchen die Betreuungsperson durch Tod dauerhaft nicht mehr zur Verfügung steht.¹⁴ Nach der Neuregelung soll nun aber nur noch bei einem „vorübergehenden Zustand“ in einer „Notsituation“ Hilfe geleistet werden. Danach würde mit der Neuregelung in § 28a SGB VIII eine Leistungseinschränkung verbunden sein.

5. Finanzierung von „infrastrukturellen“ Leistungen

§ 79 Abs. 2 S. 2 SGB VIII gibt vor, dass von den für die Jugendhilfe bereitgestellten Mitteln ein angemessener Anteil für die Jugendarbeit verwendet werden muss. Aufgrund der in den letzten Jahren erfolgten starken Ausweitung der Leistungen in Tageseinrichtungen nach § 24 SGB VIII und der Zunahme von individuellen Hilfen nach §§ 27 f. SGB VIII und § 35a SGB VIII darf bezweifelt werden, ob die in § 79 Abs. 2 S. 2 SGB VIII enthaltene Vorgabe noch flächendeckend eingehalten wird. Die mit dem KJSG vorgegebene inklusive Leistungsausweitung bei § 11 SGB VIII wird aber zu einem erhöhten Förderbedarf nach § 74 SGB VIII führen. Dies ist auch hinsichtlich der Leistungen im Sozialraum und der Jugendhilfeplanung nach § 80 SGB VIII im Blick zu behalten.

6. Befristung von Leistungsbescheiden

Leistungen nach dem SGB VIII werden grundsätzlich¹⁵ in Form eines Dauerverwaltungsaktes bewilligt. In der Verwaltungspraxis werden diese Verwaltungsakte regelmäßig befristet, um die Leistungserbringung mit Erreichen des Befristungsendes einstellen zu können, sofern der Leistungszweck erreicht worden ist und damit die Tatbestandsvoraussetzungen für eine weitere Leistungserbringung nicht mehr vorliegen. Diese sehr sinnvolle Verwaltungspraxis ist allerdings rechtswidrig. Eine Befristung

¹³ BT-Drs. 19/26107, S. 78.

¹⁴ BT-Drs. 11/5948, S. 59.

¹⁵ Anders insbesondere bei einmaligen Beihilfen nach § 39 Abs. 3 SGB VIII.

stellt eine Nebenbestimmung dar, welche in zulässiger Weise nur erlassen werden kann, wenn eine Rechtsgrundlage hierzu legitimiert. In §§ 11 ff. SGB VIII fehlt allerdings eine entsprechende gesetzliche Vorgabe. Bereits mit Entscheidung vom 9. Dezember 2015¹⁶ hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass auch die allgemeine Regelung zu Nebenbestimmungen in § 32 Abs. 1 SGB X in der hier maßgeblichen Fallkonstellation der Sicherung des „Erfüllt Bleibens“ von Tatbestandsvoraussetzungen bei einem Dauerverwaltungsakt die Beifügung einer Befristung nicht legitimieren kann.¹⁷ Mit Entscheidung vom 28. Januar 2021 (B 8 SO 9/19 R) hat das Bundessozialgericht dies nun auch für das Sozialrecht bestätigt und festgestellt, dass eine Befristung des persönlichen Budgets rechtlich unzulässig ist.¹⁸ Folgende Neuregelung wird daher vorgeschlagen:

„Leistungen nach §§ 11 bis 41 SGB VIII können mit einer Nebenbestimmung versehen werden.“

II. Kinderschutz

Grundvoraussetzung für ein Gelingen des Schutzauftrags ist eine gute Kooperation der verschiedenen Akteure, welche dem Kinderschutz verpflichtet sind.¹⁹ Defizite beim Austausch von Informationen und Schwierigkeiten in der Zusammenarbeit verschiedener Akteure stellen nach fachlicher Einschätzung das wohl am häufigsten identifizierte Problem bei einer rückblickenden Aufarbeitung fehlgeschlagener Kinderschutzfälle dar. Die in § 8a Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB VIII sowie §§ 4, 5 KKG enthaltenen Neuregelungen werden zur Verbesserung des Kinderschutzes durch eine Stärkung des Informationsaustausches beitragen. Allerdings greifen diese Regelungen zu kurz. Dringend notwendige Neuregelungen werden mit dem Regierungsentwurf des KJSG nicht aufgegriffen.

1. Gesetzlicher Änderungsbedarf bei § 8a SGB VIII

a) Schaffung einer Legaldefinition für die unbestimmten Rechtsbegriffe der „gewichtigen Anhaltspunkte“ und der „Kindeswohlgefährdung“

§ 8a Abs. 1 S. 1 SGB VIII sieht eine Verpflichtung zur Einschätzung des Gefährdungsrisikos vor, sobald dem Jugendamt **gewichtige Anhaltspunkte für die Gefährdung des Kindeswohls** bekannt werden. Das Verfahren hängt also zunächst

¹⁶ BVerwG, Urt. v. 9.12.2015, 6 C 37/14, juris.

¹⁷ Hierzu Kepert, Sozialrecht aktuell 2019, 103.

¹⁸ S. hierzu Terminbericht des BSG Nr. 5/21 zu Angelegenheiten der Sozialhilfe, juris.

¹⁹ S. hierzu auch Kindler/Gerber/Lillig, Wissenschaftliche Analyse zum Kinderschutzhandeln des Allgemeinen Sozialen Dienstes im Landkreis Breisgau-Hochschwarzwald im Todesfall des Kindes A., S. 19 f.

davon ab, ob die Anhaltspunkte, welche bekannt werden, als „gewichtig“ eingestuft werden. Ferner müssen sich die Anhaltspunkte auf eine Kindeswohlgefährdung beziehen. Nach hiesiger Auffassung stellt es eine nicht unerhebliche Schwachstelle im System des deutschen Kinderschutzes dar, dass für diese unbestimmten Rechtsbegriffe im SGB VIII keine Legaldefinitionen enthalten sind.

Es ist zu betonen, dass es in der Praxis bisher nicht gelungen ist, den unbestimmten Rechtsbegriff der „**gewichtigen Anhaltspunkte**“ gut greifbar zu machen. So existieren in der Verwaltungspraxis der Jugendämter und freien Träger der Jugendhilfe „teilweise erheblich divergierende Merkmalslisten.“²⁰ Aus diesem Grunde bestehen in der Praxis erhebliche Unsicherheiten bei der Beantwortung der Frage, ob es sich bei einer Anknüpfungstatsache um „gewichtige Anhaltspunkte“ handelt. Daher variieren die Häufigkeit sowie die Ergebnisse von § 8a SGB VIII Verfahren zwischen den Jugendämtern stark.²¹

Mangels gesetzlicher Legaldefinition oder gesetzlicher Regelbeispiele zum Gefahrenbegriff im SGB VIII und BGB muss auch der Gefahrenbegriff durch Auslegung ermittelt werden. Was unter einer **Kindeswohlgefährdung** i. S. d. § 8 a SGB VIII und § 42 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB VIII zu verstehen ist, ist in Rechtsprechung und Literatur nicht hinreichend geklärt.²² Auch zum Gefahrenbegriff nach § 1666 BGB gibt es mittlerweile Divergenzen in der Rspr. des BGH und des BVerfG.²³ Aus diesem Grunde verwundert es nicht, dass im Rahmen des die Gesetzesreform begleitenden Forschungsprojekts „Hochproblematische Kinderschutzverläufe – Betroffenen eine Stimme geben“ der dringende Bedarf nach einer Legaldefinition für den Begriff der Kindeswohlgefährdung ermittelt wurde. So wurde insbesondere von den befragten Fachkräften der Jugendämter die Bedeutung einer Legaldefinition der Kindeswohlgefährdung für einen gelingenden Kinderschutz hervorgehoben.²⁴ Leider wurde dieses Forschungsergebnis mit dem Regierungsentwurf des KJSG nicht aufgegriffen. Nach hiesiger Auffassung sollte dieses Versäumnis im weiteren Gesetzgebungsverfahren noch nachgeholt werden.

²⁰ Meysen in Münder/Meysen/Trenczek FK-SGB VIII, § 8a Rn. 17: „Keine (gemeint ist: der Merkmalslisten nach § 8a) scheint auf Basis von Forschungsergebnissen oder Praxiserprobungen erstellt zu sein, ihre Validität ist zweifelhaft“ unter Bezugnahme auf Kindler/Lillig.

²¹ S. hierzu Abschlussbericht der Kommission Kinderschutz Baden-Württemberg, 2020, Band I, S. 96.

²² Ausführlich hierzu Kepert in Kunkel/Kepert/Pattar LPK-SGB VIII, § 42 Rn. 25.

²³ Ausführlich hierzu Kepert, Sozialrecht aktuell 2019, 104 sowie JAmt 2019, 378.

²⁴ Feist-Ortmanns/Macsenaere, Ergebnisbericht der wissenschaftlichen Begleitung, S. 44.

b) Rechtsänderungen in § 8a Abs. 2 und 3 SGB VIII – BR-Drs. 5/1/21

Die zu § 8a Abs. 2 SGB VIII und § 8a Abs. 3 S. 1 und 3 SGB VIII über den Bundesrat eingebrachten Ausschussempfehlungen²⁵ sollten nach hiesiger Auffassung aufgegriffen werden.²⁶ Insbesondere die vorgeschlagene Rechtsänderung zu § 8a Abs. 3 S. 1 SGB VIII ist zunächst notwendig, um den Begriff des „Dritten“ i.S.d. § 8a Abs. 3 SGB VIII zu schärfen. Ferner sollte nach hiesiger Auffassung der Vorschlag zu § 8a Abs. 3 S. 3 SGB VIII aufgegriffen werden. Aus Anlass eines Kinderschutzfalls können sich Hinweise für eine Gefährdung weiterer Kinder ergeben. Sofern für diese Kinder aber mangels entsprechender Konkretisierung des Sachverhalts noch keine konkrete Gefahrenlage angenommen werden kann, ist de lege lata ein Handeln nach § 8a Abs. 3 SGB VIII nicht geschuldet. Dies ist nach hiesiger Auffassung nicht sachgerecht.

Entgegen geäußerter Kritik sollen die Jugendämter mittels dieser Neuregelung nicht zu einer „Warnung“ bei Vorliegen eines „Verdachts“ angehalten werden.²⁷ Auch ist mit der Neuregelung keine Wahrnehmung von „Strafverfolgungsaufgaben“ intendiert. Ausweislich des Wortlautes der vorgeschlagenen Neuregelung soll die Handlungspflicht nicht bereits bei einem „Verdacht“ ausgelöst werden. Vielmehr müssen **objektive Tatsachen vorliegen, welche die Schlussfolgerung einer Kindeswohlgefährdung in einer unbestimmten Anzahl von Fällen** rechtfertigen. Auch wird den Jugendämtern keine Verpflichtung zur Strafverfolgung auferlegt. Im Verfahren nach § 8a SGB VIII geht es ausschließlich um eine präventive Abwehr von Gefahren für das Kindeswohl in der Zukunft. Im jeweiligen Einzelfall muss die erforderliche Maßnahme zum Schutz des Kindes ergriffen werden, wenn objektive Tatsachen das Vorliegen einer Gefahr belegen. Diesbezüglich ist zu berücksichtigen, dass mit § 8a SGB VIII ein Rahmen normiert wird, in welchem Mitarbeitende des Jugendamtes als Beschützergarant²⁸ für das Kind oder den Jugendlichen verantwortlich sind. Sie übernehmen bei Einsetzen des Schutzauftrags gem. § 8a SGB VIII im Rahmen ihrer Tätigkeit zugunsten der von ihnen zu schützenden Kinder und Jugendlichen eine Garantenpflicht und sind dabei zu besonderer Sorgfalt bei der Abwehr von Gefahren für

²⁵ BR-Drs. 5/1/21, S. 4 und 5.

²⁶ Die Vorschläge basieren auf einem Rechtsgutachten von Kepert/Kunkel, für die Kommission Kinderschutz des Landes BW, https://sozialministerium.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/m-sm/intern/downloads/Publikationen/Abschlussbericht_Kommission-Kinderschutz_Band-II.pdf und einem Rechtsgutachten von Salgo/Kepert für das Sozialministerium des Saarlandes, hierzu ZKJ 2020, 333 ff sowie 414 ff.

²⁷ So aber AGJ, Stellungnahme zum KJSG-REGE 2020, https://www.agj.de/artikel.html?tx_news_pi1%5Baction%5D=detail&tx_news_pi1%5Bcontroller%5D=News&tx_news_pi1%5Bnews%5D=7287&cHash=41339548dee0d4a5c303da99bc6e31bf.

²⁸ S. hierzu Bosch in Schönke/Schröder StGB, § 13 Rn. 10.

das Kindeswohl verpflichtet. Aus Übermittlungsbefugnissen können dann sogar Übermittlungspflichten werden.²⁹

2. Gesetzlicher Änderungsbedarf bei § 42 SGB VIII

Gegen den belastenden Verwaltungsakt der Inobhutnahme können die betroffenen Personensorgeberechtigten Anfechtungswiderspruch und Anfechtungsklage erheben. Diesen Rechtsbehelfen kommt nach § 80 Abs. 1 S. 1 VwGO aufschiebende Wirkung zu. Eine weitere Vollziehung der Inobhutnahme ist dann nicht mehr möglich.³⁰ Dies kann die Verwaltungspraxis vor ganz erhebliche Probleme stellen. Ohne Anordnung der sofortigen Vollziehung gem. § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO müsste das Kind an die Personensorgeberechtigten im Falle der Widerspruchserhebung übergeben werden, auch wenn diese das Kind weiterhin gefährden. Eine Anordnung der sofortigen Vollziehung ist aber nicht ohne weiteres möglich. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Inobhutnahme oftmals sehr kurzfristig mündlich verfügt werden muss. Eine Anordnung der sofortigen Vollziehung setzt aber eine umfassende Einzelfallabwägung und eine schriftliche Begründung gem. § 80 Abs. 3 S. 1 VwGO voraus.³¹ Nach hiesiger Auffassung sollte der Gesetzgeber daher in § 42 SGB VIII nach dem Vorbild des § 45 Abs. 7 S. 2 SGB VIII eine Regelung i.S.d. § 80 Abs. 2 Nr. 3 VwGO normieren. Folgende Formulierung wird vorgeschlagen:

„Widerspruch und Anfechtungsklage gegen die Inobhutnahme haben keine aufschiebende Wirkung.“

3. Gesetzlicher Änderungsbedarf bei anvertrauten Daten nach § 65 SGB VIII

Mit § 65 SGB VIII prägt eine ganz besondere Regelung den Datenschutz in der Kinder- und Jugendhilfe, deren Vorgaben weit über die Anforderungen des Datenschutzes nach dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, nach Art. 8 Abs. 1 EU-Grundrechtecharta, nach der EU-DSGVO sowie nach den in § 35 SGB I und §§ 67 ff. SGB X enthaltenen Bestimmungen zum Sozialdatenschutz hinausgehen. Anvertraute Daten i.S.d § 65 SGB VIII müssen im Regelfall bei dem Mitarbeitenden der Jugendhilfe verbleiben, dem sie anvertraut worden sind. Ohne Einwilligung der anvertrauenden Person kann ein anvertrautes Datum noch nicht einmal an die Urlaubs- oder Krankheitsvertretung im Team weitergegeben werden. Selbst bei Vorlie-

²⁹ Bringewat in Kunkel/Keper/Pattar LPK-SGB VIII, § 8a Rn. 123 ff und Kunkel in Kunkel/Keper/Pattar LPK-SGB VIII, § 61 Rn. 193.

³⁰ S. hierzu VG München, B. v. 21.12.2020, M 18 S 20.6711, juris Rn. 24; VG Würzburg, B. v. 05.06.2018, W 3 S 18.745, juris Rn. 23 und 24. S. hierzu auch VG Cottbus, B. v. 02.12.2019, 6 L 580/19, juris und OVG NRW, B. v. 07.03.2019, 12 E 676/18 juris Rn. 11 sowie OVG NRW, B. v. 22.12.2017, 12 B 1553/17, juris.

³¹ Hierzu VG München, B. v. 21.12.2020, M 18 S 20.6711, juris Rn. 24 f.

gen einer Kindeswohlgefährdung ist eine Weitergabe anvertrauter Daten an das Familiengericht nicht ohne Weiteres möglich. Nach hiesiger Auffassung führt § 65 SGB VIII in der Praxis der Jugendhilfe nur deshalb zu keinen gravierenden Problemen, weil die Vorschrift regelhaft missachtet wird. Es stellt sich aber die Frage, welchen Sinn eine gesetzliche Regelung hat, die nur deshalb funktioniert, weil sie in rechtswidriger Weise angewendet wird. Datenschutz und Kinderschutz sind mit § 65 SGB VIII nicht mehr richtig austariert. Die Vorschrift müsste grundlegend neu ausgestaltet werden. Dies gilt zumindest für den Bereich des Kinderschutzes.³² Folgende Neuregelung wird für § 65 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB VIII vorgeschlagen:

„Sozialdaten, die dem Mitarbeiter eines Trägers der öffentlichen Jugendhilfe zum Zwecke persönlicher und erzieherischer Hilfe anvertraut worden sind, dürfen von diesem nur weitergegeben oder übermittelt werden, wenn sie sich auf Tatsachen beziehen, welche die Schlussfolgerung des Vorliegens einer Kindeswohlgefährdung rechtfertigen und zur Aufgabenwahrnehmung nach § 8a oder § 42 erforderlich sind.“

4. Ausschluss von Sexualstraftätern nach § 72a SGB VIII

Gem. § 72a Abs. 1 S. 1 SGB VIII darf der Träger der öffentlichen Jugendhilfe keine Person beschäftigen oder vermitteln, die wegen einer in § 72a Abs. 1 SGB VIII genannten Straftat rechtskräftig verurteilt worden ist. Eine solche Person ist nach § 72a Abs. 1 S. 1 SGB VIII ungeeignet für eine Leistungserbringung im Kinder- und Jugendhilferecht. Nicht abschließend geklärt ist die Frage, ob dies auch dann noch gilt, wenn die entsprechende Straftat im Bundeszentralregister gelöscht worden ist. Aufgrund des in § 51 BZRG enthaltenen Verwertungsverbots könnte die Schlussfolgerung gezogen werden, dass § 72a SGB VIII nicht mehr bei Löschung der Straftat im Bundeszentralregister greift. Nach dem Gesetzeswortlaut des § 72a Abs. 1 S. 1 SGB VIII ist es für den Tätigkeitsausschluss allerdings keine Voraussetzung, dass die entsprechende Straftat noch im Bundeszentralregister aufgeführt ist.

Nach hiesiger Auffassung lässt es sich mit den Zielbestimmungen des § 1 SGB VIII kaum vereinbaren, dass ehemalige Sexualstraftäter, welche Taten zum Nachteil von Kindern begangen haben, nach einiger Zeit wieder in der Jugendhilfe tätig werden können. Es spricht daher einiges dafür, dass der mit § 72a SGB VIII vorgegebene Beschäftigungsausschluss weder zeitlich noch bezüglich der Strafhöhe limitiert sein

³² Ausführlich hierzu Kepert ZKJ 2020, 164.

sollte.³³ Dieses Ergebnis könnte mittels der durch den Bundesrat vorgeschlagenen Rechtsänderungen in § 72a Abs. 1 S. 3 SGB VIII unter Verweis auf 52 Abs. 1 Nr. 5 BZRG erreicht werden.³⁴ Die vorgeschlagene Neuregelung stellt nach hiesiger Auffassung eine wichtige Ergänzung des Kinderschutzes dar. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass einige der in § 72a Abs. 1 S. 1 SGB VIII genannten Straftaten (z. B. § 183a StGB) auch zum Nachteil von Erwachsenen begangen werden können. Ferner variiert der Unrechtsgehalt der in § 72a Abs. 1 S. 1 SGB VIII genannten Straftaten stark. Sofern der lebenslange Ausschluss von Tätigkeiten in der Kinder- und Jugendhilfe alle Personen erfassen würde, welche wegen einer der in § 72a Abs. 1 S. 1 SGB VIII genannten Straftaten rechtskräftig verurteilt worden sind, könnte die vorgeschlagene Neuregelung in § 72a SGB VIII verfassungsrechtliche Bedenken auslösen.³⁵ Es wird daher eine Neuregelung unter Berücksichtigung schwerer Sexualstraftaten zum Nachteil von Kindern wie folgt vorgeschlagen:

„Unter Bezugnahme auf § 52 Abs. 1 Nr. 5 BZRG dürfen abweichend von § 51 Abs. 1 BZRG auch Straftaten und Verurteilungen nach § 174 StGB, §§ 176 bis 176b StGB, § 180 StGB, § 182 StGB sowie § 225 StGB von beschäftigten oder zu beschäftigenden oder vermittelten oder zu vermittelnden Personen bei der Wahrnehmung der Aufgaben in der Kinder- und Jugendhilfe vorgehalten und zu ihrem Nachteil verwertet werden.“

5. Änderungsbedarf beim Einrichtungsbegriff nach § 45a SGB VIII

Hinsichtlich des Einrichtungsbegriffs nach § 45a SGB VIII besteht nach hiesiger Auffassung Nachbesserungsbedarf hinsichtlich „familienähnlicher Betreuungsformen“. Die in § 45a Abs. 1 S. 2 und 3 SGB VIII gewählte Regelungstechnik ist nach hiesiger Auffassung verwirrend ausgestaltet. Es stellt sich die Frage, ob die Regelung nicht einem juristischen Zirkelschluss gleichkommt, der jedenfalls keine Rechtsklarheit bringt. Die Grundvoraussetzung für den Genehmigungsvorbehalt, nämlich die Definition der Einrichtung nach § 45a Abs. 1 S. 1 SGB VIII, wird zur Voraussetzung der Bejahung des Einrichtungsbegriffs erhoben, obgleich die „familienähnliche“ Unterbringung „grundsätzlich“ keine Einrichtung sein soll. Es muss also eine Einrichtung in diesem Sinne existieren, die trotz des Vorhandenseins „familienähnlicher“ Betreuungsformen gerade noch den Genehmigungsvorbehalt des § 45 SGB VIII auslösen soll. Kurzum: „Familienähnliche Betreuungsformen“ sind grundsätzlich „einrichtungs-

³³ Hierzu auch BT-Drs. 19/18019, S. 2. S. hierzu auch BT-Drs. 15/3676, S. 39.

³⁴ Hierzu BR-Drs. 5/1/21, S. 38.

³⁵ S. hierzu VG Stuttgart, Urt. v. 18.11.2020, 17 K 3773/19.

schädlich“. Ausnahmsweise soll dies nur anders sein, wenn die in § 45a Abs. 1 S. 3 SGB VIII genannten Regelbeispiele vorliegen.

Schließlich könnte in der Praxis Streit hinsichtlich der Frage entstehen, ob eine „familienähnliche Betreuungsform“ unter § 45a S. 1 SGB VIII fällt, weil keine feste Zuordnung gegeben ist oder aber die Einschränkungen nach Satz 2 und 3 greifen, weil eine solche feste Zuordnung von Betreuungspersonen und Kindern vorliegt. Nach hiesiger Auffassung ist zu befürchten, dass die mit dem Gesetzesentwurf gewählte Regelungstechnik dazu geeignet ist, den de lege lata bestehenden Zustand der Einzelfallbetrachtung³⁶ in einem Sinne zu verändern, welcher zu noch größerer Rechtsunsicherheit beitragen könnte.

³⁶ Hierzu Mörsberger in Wiesner § 45 Rn. 44; Nonninger/Dexheimer/KePERT in Kunkel/KePERT/Pattar in LPK-SGB VIII, § 45 Rn. 8 f.; Busse in jurisPK-SGB VIII § 45 Rn. 29 f.