

## Wieviel Profis braucht das Kind?

### Mitarbeiteranforderungen für eine Ferienbetreuung

**Der 12. Senat des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs hat aus verfahrensrechtlichen Gründen einen Antrag eines Trägers von Ferienbetreuungsmaßnahmen abgelehnt, ihm einstweiligen Rechtsschutz gegen mögliche Auflagen für Fachkräfteeinsatz zu gewähren; gleichwohl erfolgen auch Äußerungen zur materiellen Rechtslage (Beschluss vom 02.02.2017, Az. 12 CE 17/71).\***

#### Leitsätze des Bearbeiters

1. Auch temporäre Einrichtungen zur Ferienbetreuung bedürfen regelmäßig einer Erlaubniserteilung.
2. Im Jugendhilferecht werden nur Mindeststandards und nicht durchgängig eine fachliche Ausbildung für Mitarbeiter einer Einrichtung gefordert.
3. Über die Erlaubniserteilung kann nicht ein höherer Standard gefordert werden, es sei denn das Landesrecht enthält entsprechende Regelungen.
4. Falls ausnahmsweise der Einsatz ausgebildeter Fachkräfte als unabdingbar angesehen wird, sind die Gründe dafür von der Aufsicht darzulegen und gerichtlich überprüfbar.

#### ■ Sachverhalt

Die A ist eine eingetragene und als gemeinnützig anerkannte Gesellschaft, die mit vielfältigen institutionellen Angeboten, insbesondere im Bereich der Kinderbetreuung, aktiv ist. Sie beschäftigt ca. 370 Mitarbeiter und ist Träger von mehr als 20 Einrichtungen der Kinderbetreuung: Kinderkrippen, Kindergärten, Horte und Aktiv-Spielplätze in enger Zusammenarbeit mit Kommunen und Unternehmen. Seit mehreren Jahren bietet die A auch eine Betreuung während der bayerischen Ferien an u.a. die Sommerferienbetreuung der S-AG in Kooperation mit der Stadt E mit ca. 800 bis 1.000 Wochenbuchungen an mehreren Standorten in E. Im Vorfeld der Planungen für den nächsten Sommer gab es Gespräche zwischen der A und der örtlich zuständigen Erlaubnisbehörde K.

\* Volltext elektronisch dokumentiert unter [www.bag-jugendschutz.de/recht\\_rechtsprechung\\_jugendschutz.html](http://www.bag-jugendschutz.de/recht_rechtsprechung_jugendschutz.html)

Die Regierung von Mittelfranken R teilte als Aufsicht der K mit, dass Angebote der Ferienbetreuung grundsätzlich – mit wenigen geregelten Ausnahmen – der Betriebserlaubnispflicht nach § 45 Achten Buch Sozialgesetzbuch (SGB VIII) unterliegen und auch der Grundsatz »Keine Einrichtung ohne Fachkraft« gelte. Es sei davon auszugehen, dass bei dem Sommerferienangebot der A für die Betreuung von Kindern auf voraussichtlich 725 Plätzen an 11 Standorten, wenn auch verteilt auf ca. sechs Wochen, lediglich insgesamt zwei Fachkräfte zur Sicherung des Kindeswohls vor Ort zur Verfügung stünden. Diese Fachkraftquote sei zu gering und auch durch hochwertige Qualitätssicherung bei Auswahl und Qualifizierung des Betreuungspersonals nicht mehr zu kompensieren. Pro Standort (ca. pro 100 Plätze) sei zwingend die kontinuierliche Anwesenheit mindestens einer Fachkraft (Erzieher/in, Sozialpädagoge/in etc.) in der Leitungsfunktion erforderlich. Am Standort X in E sei aufgrund der hohen Platzzahl (bis zu 325 Plätze) die kontinuierliche Anwesenheit von drei Fachkräften erforderlich. Alle weiteren Betreuer seien Studenten, Erzieherpraktikanten, Praktikanten und in Einzelfällen auch Schüler. Die Größe der Betreuungsstandorte sowie die teils heterogene Zusammensetzung der zu Betreuenden (unterschiedliche Vorerfahrungen in punkto Gruppen- und Kinderbetreuung, unterschiedliche Herkunftsmilieus, neue Gruppensituation) sowie das Anleiten von Betreuern, die oftmals keine Vorerfahrung in der Kinderbetreuung hätten, machten den Einsatz einer Fachkraft in der Leitungsfunktion erforderlich.

Das Bayerische Staatsministerium für Arbeit und Soziales, Familie und Integration (StMAS) teilte die Auffassung der R. Nach ihrem Rundschreiben → (AMS 2/2013) könne zwar der Träger der öffentlichen Jugendhilfe unter Berücksichtigung des Einzelfalles von den üblicherweise erforderlichen Qualifikationskriterien für eine pädagogische Fachkraft abweichen.

➔ Ziffer 2 des AMS vom 22.05.2013 (AMS 2/2013) hat folgenden Wortlaut:

»Bei Ferienangeboten, die der Betriebserlaubnis nach § 45 SGB VIII unterliegen, kann der Träger der öffentlichen Jugendhilfe unter Berücksichtigung des Einzelfalles von den üblicherweise erforderlichen Qualifikationskriterien für eine pädagogische Fachkraft unter folgenden Voraussetzungen abweichen:

– Das Betreuungsangebot ist begrenzt auf die Zeit der gesetzlichen Schulferien.

– Als Betreuungspersonal kommen sozialpädagogisches Fachpersonal sowie andere geeignete Personen in Betracht, die über entsprechende pädagogische Qualifikation oder ausreichende Erfahrung in Erziehungs- oder Jugendarbeit verfügen.«

Bei der von A vorgesehenen Besetzung mit nur zwei Fachkräften sei von einer unzulässigen Unterschreitung der Fachkraftquote auszugehen. Die notwendige pädagogische Anleitung und konzeptionelle Begleitung sei so nicht gewährleistet.

Die A beantragte beim Verwaltungsgericht Ansbach (VG) in erster Linie, die K im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, bei der Erteilung von Erlaubnissen für Ferienbetreuungen im Schuljahr 2016/2017 nicht die Qualifikation einer »pädagogischen Fachkraft« oder eines Sozialpädagogen als personenbezogene Erlaubnisvoraus-

setzung zugrunde zu legen. Diese Anforderung sei ohne gesetzliche Grundlage unverhältnismäßig; das geltende Gesetz verlange nur eine »aufgabenspezifische Ausbildung« der Mitarbeiter. Bei einer Ferienbetreuung würden Kinder lediglich betreut, Bildung und Erziehung von Kindern würden nicht erfolgen. Deshalb seien hier nicht dieselben Anforderungen wie an Fachkräfte in Kindertagesstätten zu stellen. Auch gehe die K von falschen Tatsachen aus: In N finde lediglich eine Betreuung an einem Standort mit max. 40 Kindern pro Woche statt, an zwei weiteren Standorten würden 25 bzw. 30 Kinder pro Woche betreut; in E bestehe die Kindergartengruppe aus 60 Kindern pro Woche, die Schulkindergruppe aus max. 250 Kindern pro Woche und die Jugendgruppe aus max. 30 Kindern. Die hauptamtlichen Mitarbeiter der A stünden in der Ferienzeit nicht zur Verfügung und der Arbeitsmarkt für Fachkräfte in diesem Bereich sei sehr angespannt. Zusätzlich zu den Leitungskräften an jedem Standort, die alle Erfahrung in der Ferienbetreuung aufwiesen, werde in N eine übergeordnete und freigestellte Leitung mit anerkannter Fachkraft eingesetzt, die im Bedarfsfall innerhalb von 20 Minuten an jedem Standort sein könne und regelmäßig alle Einrichtungen abfare. Auch sei eine willkürliche Genehmigungspraxis von Ferienbetreuungen zu rügen, denn nicht von allen Anbietern würden entsprechende Erlaubnisse verlangt.

Die K erwiderte: Die Problematik der Fachkräftegewinnung sei der Aufsichtsbehörde durchaus bekannt, jedoch gelinge es auch anderen Anbietern von Ferienbetreuungen, die von ihr zugrunde gelegte Regelung zum Einsatz einer Fachkraft in der Funktion der Standortleitung zu erfüllen. Die Forderung beziehe sich auch ausschließlich auf die stand-

ortbezogenen Leitungsfunktionen, nicht hingegen auf das gesamte Betreuungspersonal.

Gegen den Einsatz von Lehramtsstudenten, Referendaren oder sonstigen Personen mit adäquater pädagogischer Erfahrung bestünden keine Einwände.

Das VG lehnte den Antrag auf Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung ab; er sei unzulässig, da es insoweit an dem für die Gewährung vorbeugenden Rechtsschutzes erforderlichen qualifizierten Rechtsschutzinteresse fehle; über eine Erlaubniserteilung könne erst dann entschieden werden, wenn definitiv klar sei, welche und wie viele Betreuungspersonen mit welcher Qualifikation/ Vorerfahrung an welchen Standorten mit wie vielen zu betreuenden Kindern sowie bei welchen Altersstufen zum Einsatz kommen würden.

Im Übrigen wäre der Antrag aber wohl auch in der Sache selbst unbegründet, da das Wohl der Kinder und Jugendlichen oberste Prämisse der Erlaubniserteilung nach § 45 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII sei und somit bei summarischer Prüfung die Verwaltungspraxis der R aller Voraussicht nach nicht zu beanstanden sein werde.

Der BayVGH bestätigte die Entscheidung des VG zum fehlenden Rechtsschutzbedürfnis, würde aber inhaltlich zu einem anderen Ergebnis gelangen.

## ■ Argumentation des Gerichts

(...) 2. (...) a) Gemäß § 45 Abs. 1 S. 1 SGB VIII bedarf der Träger einer Einrichtung, in der Kinder oder Jugendliche ganztägig oder für einen Teil des Tages betreut werden oder Unterkunft erhalten für den Betrieb der Einrichtung der Erlaubnis. Dieser Vorbehalt gilt auch für Einrichtungen, die – wie hier – nur in den Ferien Kinder aufnehmen und betreuen (...). Gemäß § 45 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII ist die Erlaubnis zu erteilen, wenn das Wohl der Kinder und Jugendlichen in der Einrichtung gewährleistet ist. Letzteres ist in der Regel dann anzunehmen, wenn die dem Zweck und der Konzeption der Einrichtung entsprechenden räumlichen, fachlichen, wirtschaftlichen und personellen Voraussetzungen für den Betrieb erfüllt sind (vgl. § 45 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 SGB VIII). Liegen diese Voraussetzungen vor, so besteht ein Rechtsanspruch auf Erteilung der Betriebserlaubnis (§ 45 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII: »ist zu erteilen«). Es handelt sich damit um eine »gebundene« Entscheidung, deren Erlass nicht im Ermessen der Erlaubnisbehörde steht (...).

Maßgebliches Entscheidungskriterium für die Erlaubniserteilung ist die Gewährleistung des Kindeswohls. Insoweit handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der der vollen verwaltungsgerichtlichen Überprüfung unterliegt, ohne dass der

Verwaltungsbehörde ein kontrollfreier Beurteilungsspielraum eröffnet wäre (...). Gleiches gilt hinsichtlich der in § 45 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 bis 3 SGB VIII im Einzelnen normierten (weiteren) Gewährleistungskriterien (...).

Die Anforderungen an die fachliche und persönliche Eignung des Personals richten sich nach der Zweckbestimmung der Einrichtung und den jeweiligen Funktionen in ihr (...). Je anspruchsvoller die Aufgabenstellung einer Einrichtung ist, desto höhere Anforderungen sind an die Eignung der in ihr tätigen Kräfte zu stellen (...). § 45 SGB VIII verzichtet ausdrücklich darauf, eine fachliche Ausbildung als Voraussetzung für die Betreuung Minderjähriger als Regelfall vorzuschreiben (...). Letzteres ist dem Umstand geschuldet, dass sich der Erlaubnisvorbehalt des § 45 SGB VIII auch auf Einrichtungen erstreckt, die von ihrer Zweckbestimmung her keinen pädagogischen Anspruch verfolgen.

Angesichts der Vielfalt von Einrichtungen, in denen Kinder und Jugendliche betreut werden, ist die Eignung des Personals deshalb stets differenziert zu betrachten (...). Wesentlich ist, dass die eingesetzten Kräfte den Anforderungen der jeweiligen Einrichtung gewachsen sind. Sie müssen zur Betreuung in der Einrichtung persönlich geeignet und hinreichend qualifiziert sein, was allerdings nicht stets den Einsatz ausgebildeter Fachkräfte voraussetzt (...). Vielmehr können im Lichte der durch die Berufsfreiheit (Art. 12 GG) geschützten Betätigungsfreiheit der Einrichtungsträger stets nur Mindestvoraussetzungen vorgegeben werden (...). Aufgabe des Staates ist es daher nicht, optimale Bedingungen der Betreuung zu gewährleisten (...). (...) § 45 SGB VIII normiert kein generelles Fachkräftegebot (...).

Die Berufsfreiheit darf nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden (Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG) und gesetzliche Einschränkungen dürfen nach dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nur soweit reichen, wie dies zum Schutze der Rechte anderer erforderlich ist (...). § 45 SGB VIII will lediglich Standards sicherstellen, die verhindern, dass das Kindeswohl in Einrichtungen gefährdet wird (vgl. BT-Drs. 11/5948, S. 84); die Vorschrift gibt jedoch keine Handhabe, ein bestimmtes Betreuungsniveau im Verwaltungswege verbindlich vorzugeben. Dies gilt im Grundsatz auch für den Einsatz von Leitungskräften. An diesen

Personenkreis sind zwar regelmäßig besondere Anforderungen zu stellen (...). Auch insoweit sind jedoch stets **→Zweckbestimmung und Konzeption der jeweiligen Einrichtung** in den Blick zu nehmen (...).

**→ Die Zweckbestimmung und Konzeption der jeweiligen Einrichtung** wird vom BayVGH in das Zentrum der inhaltlichen Argumentation gestellt und als vorrangig gegenüber personenbezogenen Formalqualifikationen angesehen.

So unterscheidet sich beispielsweise die Leitung einer Kindertagesstätte ganz grundlegend von der einer Ferienbetreuung. Während bei Kindertagesstätten naturgemäß der Bildungs- und Erziehungsauftrag im Vordergrund steht, mithin hohe und höchste Anforderungen an das Qualifikationsprofil einer Leitungskraft zu stellen sind, steht bei einer Ferienbetreuung überwiegend der Gesichtspunkt der Anleitung und Überwachung der Kinder und Jugendlichen im Hinblick auf die Gewährleistung ihres leiblichen, geistigen und seelischen Wohls im Vordergrund (...), gegenüber dem der Aspekt der Erziehung schon aufgrund des insoweit weiterhin fortbestehenden Primats der Eltern denknötwendig zurücktritt.

Zwar wird man auch von einer Leitungskraft in der Ferienbetreuung neben der persönlichen und charakterlichen Zuverlässigkeit die Fähigkeit zu sachlich abwägendem Verhalten und zur umsichtigen Leitung, insbesondere auch zum Ausgleich von Konflikten zwischen den Mitarbeitern oder im Verhältnis zwischen Betreuungskräften und Eltern voraussetzen dürfen und müssen (...). Weshalb insoweit angesichts des Umstandes, dass im Rahmen des § 45 SGB VIII lediglich Mindestanforderungen gestellt werden dürfen, generell eine sozialpädagogische Berufsausbildung oder eine entsprechende pädagogische Qualifikation erforderlich sein sollen und nicht auch in gleicher Weise entsprechende Erfahrungen in der Erziehungs- oder Jugendarbeit genügen können, um als Leitungskraft im Rahmen einer Ferienbetreuung eingesetzt werden zu können, will sich dem Senat im Lichte der strikten Bindung von Eingriffen in das Grundrecht der Berufs- und Betätigungsfreiheit an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht erschließen.

In einer Einrichtung, in der sich Minderjährige nur kurze Zeit zu Ferienzwecken aufhalten, können in Bezug auf Ausbildung, berufliche Vorbildung und erzieherische Eignung durchaus geringere Anforderungen gestellt werden (...); denn im Rahmen des § 45 SGB VIII ist (...) nicht das Wünschbare maßgeblich, sondern allein das für die konkrete Einrichtung erforderliche Minimum (so ausdrücklich Mörsberger, in: Wiesner, SGB VIII, 5. Aufl. 2015, § 45 Rn. 62). (...)

Konkretisierungen und Ergänzungen des Anforderungsprofils des § 45 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII sind zwar auch durch **→ Landesrecht** denkbar.

§ 49 SGB VIII begründet insoweit ausdrücklich einen entsprechenden Gestaltungsspielraum (...). Aufgrund der erwähnten objektiv berufsregelnden Tendenz derartiger Vorgaben bedarf es insoweit jedoch einer gesetzlichen Grundlage (Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG) in Form eines Parlamentsgesetzes oder einer Rechtsverordnung. (...) § 45 SGB VIII gibt keine

➔ Eine Regelung im **Landesrecht** hat z.B. Baden-Württemberg in § 21 Abs. 1 seines Kinder- und Jugendhilfegesetzes (LKJHG) erlassen:

»Geeignet zur Betreuung Minderjähriger in erlaubnispflichtigen Einrichtungen (§ 45 SGB VIII) sind pädagogische und therapeutische Fachkräfte, die über eine einschlägige staatlich anerkannte oder eine gleichwertige Fachausbildung verfügen, sofern nicht in ihrer Person liegende Gründe sie ungeeignet erscheinen lassen. Andere Personen kann das Landesjugendamt im Einzelfall auf Antrag des Trägers der Einrichtung zulassen, wenn sie nach Vorbildung und Erfahrung geeignet erscheinen; die Zulassung kann mit Auflagen verbunden werden.«

Handhabe, ein über Mindestanforderungen hinausreichendes Betreuungsniveau im Verwaltungswege, etwa durch Verwaltungsvorschriften oder ministerielle Einzelweisungen, verbindlich vorzugeben.

Abweichend hiervon hat der Freistaat Bayern von der durch § 49 SGB VIII eingeräumten Möglichkeit (...) keinen Gebrauch gemacht (...). (...) Lediglich für Kindertageseinrichtungen finden sich (...) [im Bayerischen Kinderbildungs- und -betreuungsgesetz (BayKiBiG)] Regelungen über personelle

Mindestanforderungen (...). Zu den Kindertageseinrichtungen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 BayKiBiG zählen Einrichtungen der Ferienbetreuung jedoch (...) grundsätzlich nicht (...). Es muss daher bei den sich aus § 45 SGB VIII selbst ergebenden Mindestanforderungen verbleiben, zu welchen allerdings eine Vorgabe des Inhalts, dass im Rahmen von Ferienbetreuungen auf Leitungsebene generell eine sozialpädagogische Berufsausbildung

(»Stufe a« [in einem ➔ **3-Stufen-Schema**]) oder eine entsprechende pädagogische Qualifikation (»Stufe b«) gefordert werden dürfte, gerade nicht gehört.

b) Gemessen an diesen Maßstäben und Grundsätzen bestehen deshalb keine Bedenken, wenn die R im Rahmen der anstehenden Erlaubniserteilungsverfahren in größtmöglichem Umfang auch Personen, die lediglich über ausreichende Erfahrungen in der Erziehungs- oder Jugendarbeit verfügen (»Stufe c«), als Leitungskräfte für

die Ferienbetreuung zum Einsatz kommen lässt. Ein Rechtssatz des Inhalts, »Keine Einrichtung ohne (ausgebildete) Fachkraft« lässt sich § 45 SGB VIII nicht entnehmen. Vielmehr sind gerade in einer Einrichtung, in der sich Minderjährige nur kurze Zeit zu Ferienzwecken aufhalten, in Bezug auf Ausbildung, berufliche Vorbildung und erzieherische Eignung des Leitungspersonals weniger strenge Maßstäbe

anzulegen und deutlich geringere Anforderungen zu stellen als beispielsweise in einer therapeutischen Einrichtung, einer Kindertagesstätte oder einem Internat (...). (...) Angesichts des Umstandes, dass § 45 SGB VIII ein generelles Fachkräftegebot nicht kennt und nur Mindestanforderungen verlangt, ist im Rahmen des Erlaubniserteilungsverfahrens nicht der Einsatz lediglich in der Erziehungs- und Jugendarbeit erfahrener Personen als Leitungskräfte darlegungs- und rechtfertigungsbedürftig, zu begründen und zu rechtfertigen ist seitens des Jugendhilfeträgers vielmehr umgekehrt, weshalb im konkreten Einzelfall ausnahmsweise gerade der Einsatz ausgebildeter Fachkräfte unabdingbar ist. (...)

Die Verwendung in der Erziehungs- und Jugendarbeit »lediglich« erfahrener Kräfte bildet im Rahmen einer Ferienbetreuung auch auf Leitungsebene die Regel, der Einsatz ausgebildeter Fachkräfte hingegen die Ausnahme. Darüber hinaus ist auf eine gleichmäßige Rechtsanwendung gegenüber allen Anbietern von Ferienbetreuungen Bedacht zu nehmen.

c) Entsprechend dem das Kinder- und Jugendhilferecht beherrschenden Grundsatz der partnerschaftlichen Zusammenarbeit mit dem Einrichtungsträger (§ 4 Abs. 1 SGB VIII) dürfte es sich empfehlen, den Leitungskräfteinsatz einvernehmlich zu regeln. Insoweit könnte – der Anregung des Einrichtungsträgers folgend – durchaus in Betracht kommen, zusätzlich zu den Leitungskräften an jedem Standort, die »lediglich« über ausreichende Erfahrungen in der Erziehungs- und Jugendarbeit (...) verfügen müssen, eine aus zwei ausgebildeten sozialpädagogischen Fachkräften bestehende übergeordnete und freigestellte Leitstelle einzurichten, die im Bedarfsfall innerhalb von 20 Minuten mit einer ausgebildeten Fachkraft an jedem Standort sein kann und regelmäßig alle Einrichtungen abfährt, während die andere ausgebildete Fachkraft in der Leitstelle verbleibt bzw. zusätzlich vor Ort eingreifen kann, falls dies erforderlich werden sollte. Die aus zwei ausgebildeten Fachkräften bestehende Leitstelle könnte zugleich auch die pädagogische Anleitung und konzeptionelle Begleitung gewährleisten. Sollten am Standort X in E tatsächlich mehrere Hundert Personen gleichzeitig zu betreuen sein, so wäre aus der Sicht des Senats über den Einsatz einer weiteren ausgebildeten Fachkraft an diesem Ort nachzudenken. Alles Weitere muss jedoch der Klärung im Erlaubnisverfahren überlassen bleiben. (...)

### ■ Anmerkung

Die eigentliche gerichtliche Entscheidung besteht darin, derzeit einen Rechtsanspruch auf eine Vorab-

➔ Das hier eingesetzte **3-Stufen-Schema** differenziert:

In Stufe a) wird geprüft, ob die Qualifikation einer Leitungskraft in der Berufeliste des Zentrums Bayern Familie und Soziales (ZBFS) enthalten ist.

In Stufe b) wird geprüft, ob die Qualifikation/Ausbildung Inhalte aufweist, die die Person befähigen, auch ohne formale pädagogische Fachkraftausbildung die konkreten Anforderungen zu erfüllen (z.B. Studium oder Berufsausbildung aus einem anderen Fachbereich unter Beachtung evtl. Praktikumserfahrungen).

In Stufe c) wird geprüft, ob eine Person durch persönliche Vorerfahrung – auch ohne formalen Abschluss – geeignet sein kann, die Funktion der Fachkraft und Standortleitung wahrzunehmen.

entscheidung zu verneinen. Interessant ist aber, dass das Gericht sich gedrängt fühlt – evtl. zur Vermeidung eines weiteren Rechtsstreits – sich auch inhaltlich zu äußern, obwohl es derzeit nach der eigenen Darstellung dazu nicht berufen ist (sog. obiter dictum = Im Übrigen). Die Entscheidung hat dann zwar formal keine rechtliche Bedeutung, lässt aber die Auffassung des Gerichts erkennen und kann das Umgehen der Beteiligten miteinander beeinflussen.

Einerseits ist es zu begrüßen, dass hier die Prüfung von Qualität der pädagogischen Arbeit, des Konzepts und der Mitarbeiterschulung Vorrang vor rein formalisierten Kriterien haben soll. Zu Recht weisen die Beteiligten und das Gericht aber darauf hin, dass es im vorliegenden Fall nicht um den »einfachen« Mitarbeiter, sondern um Leitungspositionen geht. Trotzdem ist es gerade im Bereich der Jugendarbeit und der dort veranstalteten Ferienmaßnahmen wichtig, dass junge Menschen nach entsprechender Schulung als Jugendleiter auch Leitungsfunktionen übernehmen dürfen, weil dies dem partizipativen Ansatz entspricht. Zwar dürfte es derzeit so sein – was hier der Träger als Messen mit zweierlei Maß moniert –, dass bei derartigen Ferienfreizeiten meist nicht auf eine Erlaubniserteilung hingewirkt wird, sondern es bei der Einordnung in § 11 SGB VIII verbleibt, selbst wenn ein größerer Teil der Teilnehmer von den Eltern aus reinen Betreuungsgründen angemeldet wäre. Unabhängig davon, dass aktuell auch über eine Verdeutlichung im Gesetz nachgedacht wird, hat die hier streitige Ferienbetreuung eine Größenordnung und – trotz bestehender Gemeinnützigkeit – wirtschaftliche Dimension, dass hier staatli-

che Aufsichtsmaßnahmen zur Sicherung des Wohls der betreuten Kinder auf jeden Fall angezeigt sind. In der Sache erscheint der vom Gericht gutgeheißene Ansatz mit zusätzlicher Leitungskompetenz in Rufbereitschaft ein gangbarer Weg, gerade um dezentrale und/oder spezialisierte, interessenbezogene Betreuungsangebote zu ermöglichen, was ja auch Probleme vermeiden hilft, die allein mit der Größe einer Menschenmenge an einem Ort zusammenhängen.

Andererseits ist es wichtig, die Professionalität von erzieherischen Berufen nicht kleinzureden, weil sonst leicht der Weg für populäre Forderungen frei wird, wonach allein schon das Muttersein als Eignungsvoraussetzung für den Einsatz in Einrichtungen der Kindererziehung qualifizieren soll. Dass eine Tendenz sich entwickeln kann, Professionalität im Erziehungsbereich eher zu gering zu schätzen, zu wenig einzuplanen und einer Überbetonung der Kostendimension Vorschub zu leisten, lässt sich im Zusammenhang mit einer anderen Entscheidung des BayVGH befürchten (Beschl. v. 15.02.2017, Az. 12 BV 16.1855): Dort werden die Rahmenbedingungen einer regelmäßigen Mittagsbetreuung von Kindern im Schulalter so definiert, dass dort nicht die Förderung der Kinder im Vordergrund stehe und deshalb eine bloße »Nachmittagsbetreuung« und keine Betreuung in einer Tageseinrichtung nach § 22 SGB VIII vorliege. Eigentlich müsste es umgekehrt sein: Weil Kinder regelmäßig über einen längeren Zeitraum betreut werden, wäre es wichtig, sie nicht nur zu »verwahren« d.h. zu beaufsichtigen, sondern sie zu fördern etwa durch Steigerung der sozialen Kompetenz oder Förderung der Selbstorganisation.

## ■ Gesetz und Gesetzgebung

Am 12.04.2017 hat das Bundeskabinett Neuregelungen in der Kinder- und Jugendhilfe und im Kinderschutz als »Gesetz zur Stärkung von Kindern und Jugendlichen« auf den Gesetzgebungsweg gebracht (BT-Drs. 18/12330). Kritisch kommentiert werden die Inhalte von Prof. Dr. Reinhard Wabnitz unter dem Titel »Von der ›Größten KJHG-Reform‹ zum x-ten Änderungs-gesetz zum SGB VIII – Oder zum ›Zweiten Bundeskinderschutzgesetz« in: ZKJ 5/2017, S. 175-180.

»Das neue Gesetz zur Verbesserung des Schutzes gegen Nachstellungen – eine Reform mit über-

schätzter Wirkung« (Gesetzestext BGBl. I 2017, S. 386 f) betiteln Cirullies/Cirullies ihren Aufsatz (FamRZ 7/2017, S. 493-497) zur Neuregelung der Stalking-Strafbarkeit (s.a. Mosbacher in: NJW 14/2017, S. 983-986). Eine wesentliche Erleichterung für das Opfer ist, dass es nicht mehr nachweisen muss, dass durch Stalking seine Lebensführung bereits beeinträchtigt ist, sondern dass schon die Eignung zur Beeinträchtigung für die Strafbarkeit der dort genannten Stalking-Handlungen ausreicht (§ 238 StGB).

Ob und in welcher Form der Gesetzentwurf eines »Netzwerkdurchsetzungsgesetzes«, das Hass und Fake im Internet eindämmen will, umgesetzt wird, war zu Redaktionsschluss noch unklar. Die derzeit

laufende umfangreiche Diskussion findet auch schriftlich ihren Niederschlag, z.B. »Bessere Rechtsdurchsetzung statt hektischer Rechtsetzung« (in: DRiZ 3/2017, S. 78-81) oder *Hass und Fake im Internet* »Haarsträubende Fehlbewertungen« (in: NJW-aktuell 16/2017, S. 12 f). Unmittelbar zum Referentenentwurf äußern sich Wimmers/Heymann in: AfP 2/2017, S. 93-102.

## ■ Rechtsprechung

Der strafscharfende Tatbestand Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen (§ 174 Abs. 1 Nr. 1 StGB) wird vom BGH eingegrenzt auf das Vorliegen eines Über- und Unterordnungsverhältnisses; allein ein Zusammenwohnen eines Erwachsenen mit einem Jugendlichen reicht nicht aus (Beschl. v. 08.12.15, Az. 2 StR 200/15). Bei *Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen* Lehrern ist dies regelmäßig zu bejahen; eine derartige Straftat hat disziplinarische und arbeitsrechtliche Folgen und führt regelmäßig zur Kündigung bzw. Entfernung aus dem Dienst (Urt. des OVG NRW v. 30.03.17, Az. 3d A 1512/13.0; Urt. des LAG Meckl.-Vorp. v. 07.03.17, Az. 5 Sa 79/16). Auch eine nicht indizierte vorgebliche medizinische Untersuchung kann als sexuelle Handlung anzusehen sein (BGH, Urt. v. 10.03.16, Az. 3 StR 437/15).

Der Onlinehandel mit Aromastoffen für E-Zigaretten und E-Shishas unterliegt nach Auffassung des OLG Hamm (Urt. v. 07.03.17, Az. 4 U 162/16, nicht rechtskräftig) nicht der gesetzlichen Beschränkung des § 10 JuSchG. Die in der Vorschrift genannten *Onlinehandel mit Aromastoffen* Behältnisse seien nur Aufbewahrungsbboxen nicht aber die Nachfüllbehälter für Liquids. Dies sei für den Jugendschutz auch nicht nötig, da die Liquids ohne entsprechende der Altersverifikation unterliegende Verdampfer nicht zur Verwirklichung der Gesundheitsrisiken führen könnten. Die Obersten Landesjugendbehörden differenzieren hier nicht und gehen anscheinend insgesamt von der Notwendigkeit der Altersverifikation im Versandhandel aus – Nr. 5 iVm Nr. 2.1.2 und 2.1.3 der »Rechtsauffassung und Praxishinweise der OJLB zum (Online-)Versandhandel gemäß dem JuSchG«.

Auch wenn eine Tagespflegemutter – im Zusammenhang mit einer nicht infektiösen Magen-Darm-Erkrankung – wiederholt Kinder für längere Zeiträume (ca. 20 Minuten) unbeaufsichtigt lässt, muss *Widerruf der Tagespflegeerlaubnis* dies nicht zwingend einen sofortigen Widerruf der Tagespflegeerlaubnis wegen Persönlichkeitsänderung mit Zuverlässigkeitsverlust nach sich ziehen. Das OVG Sachsen (Beschl. v. 08.03.17, Az. 4 B 12/17) hält hier noch ein im

Einzelfall festzustellendes Fehlverhalten einer ansonsten zuverlässigen Person für möglich, so dass das Ergebnis der ausführlichen Prüfung im Haupt-sacheverfahren abgewartet werden könne.

Wenn ein 12-jähriges Kind nach einem Schulausflug unbedacht die Straße überquert, um zu seiner wartenden Mutter zu gelangen, und dabei von einem vermutlich (aber nicht völlig sicher) ordnungsgemäß fahrenden Motorrad erfasst *Verkehrsunfall* und verletzt wird, ist von einem überwiegenden Verschulden des Kindes am Verkehrsunfall auszugehen, die Betriebsgefahr des Motorrades aber nicht völlig untergeordnet. Das OLG Stuttgart kam im konkreten Fall zu einer Haftungsverteilung von 2/3 zu 1/3 zulasten des Kindes (Urt. v. 09.03.17, Az. 13 U 143/16). Bei einem ähnlichen Geschehen – aber außerorts – verneinte das OLG Naumburg (Urt. v. 25.01.17, Az. 10 U 66/16) einen Haftungsbeitrag aus Betriebsgefahr.

### Nachtrag zu KJug 4/2016

Das AG Bad Hersfeld hat erneut Regelungen für elterliche Aufsicht bei der Nutzung von Messenger-Diensten (WhatsApp) durch ihre Kinder festgelegt (Beschl. v. 20.03.2017, F 111/17 EASO); zusätzlich wird eine Pflicht der Eltern zum Erwerb von Kenntnissen in der Medienerziehung konstatiert, deren Erfüllung nachzuweisen sei (konkret durch Informationen bei [www.klicksafe.de](http://www.klicksafe.de)).

### Nachtrag zu KJug 2/2017

Das Urteil des BGH, in dem der Kindesmutter Auflagen zur Verhinderung der Kindesgefährdung durch einen potenziellen Sexualstraftäter erteilt wurden, ist Gegenstand des Artikels »Theorie und Praxis im Kinderschutz« von Prof. Dr. Stefan Heilmann (in: NJW 14/2017, S. 986-989), der eine Überbetonung von Elternrechten zu Lasten der Kinderrechte kritisiert.

## ■ Schrifttum

**Welche Auswirkungen hat das Bundesteilhabegesetz auf die Jugendhilfe?** [Neben einer Übersicht zur Eingliederungshilfe nach Jugendhilferecht (SGB VIII), Sozialhilferecht (SGB XII) und Teilhaberecht (SGB IX) werden Zuständigkeit, Gesamtplanung der Hilfe aber auch das zersplitterte Inkrafttreten des Teilhabegesetzes in mehreren Schritten ab Januar 2018 angesprochen] von Prof. em. Peter-Christian Kunkel und Julia Kunkel in: ZFSH-SGB 4/2017, S. 194-203.

**Das Neue-psychoaktive-Stoffe-Gesetz (NpSG)** [Vorstellung der gesetzlichen Maßnahmen gegen bisher angeblich legale Designerdrogen sowie von praktischen Anwendungsfällen und Ausnahmen] von Jörn Patzak in: NStZ 5/2017, S. 263-266.

**Junge Menschen – Gesetzlicher Unfallversicherungsschutz und Haftungsprivilegierung** [Zum ver-

sicherten Personenkreis gehören z.B. auch Schüler und verbotenerweise beschäftigte Kinder; bei Absicherung in der gesetzlichen Unfallversicherung entfällt der private Haftungsanspruch gegenüber einem Schädiger aus dem versicherten Umfeld wie etwa Mitschüler oder Lehrer – § 104 ff SGB VII] von Dr. Michael Burmann und Jürgen Jähne in: NZV 2/2017, S. 63-69.

**Strafbarkeit nicht genehmigter Kraftfahrzeugrennen** [Diskussion der Gründe für einen eigenständigen Straftatbestand (§ 315 d StGB), der auch Veranstalter und abstrakte Gefährdungen erfasst, sowie eigene Verbesserungsvorschläge] von Bernd Piper in: NZV 2/2017, S. 70-75.

**Freiheitsentziehende Unterbringung in einer Einrichtung der Kinder- und Jugendhilfe** [Art und Umfang des staatlichen Wächteramtes bei Zwangsmaß-

nahmen werden ebenso dargestellt wie Anlässe, Rahmenbedingungen und Verfahrensabläufe solcher Maßnahmen] von Prof. Dr. Birgit Hoffmann in: FamRZ 5/2017, S. 337-344.

**Das Recht am eigenen Bild Minderjähriger in sozialen Netzwerken** [Schaffung von Problembewusstsein und rechtliche Einordnung von Einwilligungen Minderjähriger und/oder Sorgeberechtigten – ein Vetorecht Minderjähriger bestehe nicht] von Stefan Vetter in: AfP 2/2017, S. 127-132.

Sigmar Roll  
(Zuschriften bitte an die Redaktion der KJug)

**Autor**

*Psychologe/Jurist, Richter am Bayerischen Landessozialgericht Zweigstelle Schweinfurt*

## Die Jugendschutzfrage

Anja Puneßen, Juristin bei der Arbeitsgemeinschaft Kinder- und Jugendschutz Landesstelle Nordrhein-Westfalen e.V. (AJS) beantwortet die Frage »Muss ich mein Kind verpetzen?«.

### ■ Muss ich mein Kind verpetzen?

**BGH entscheidet eine weitere Haftungsfrage zum Thema »Filesharing über den Familienanschluss« (Urt. v. 30.03.2017 – I ZR 19/16)**

**SACHVERHALT:** Über den Internetanschluss einer fünfköpfigen Münchner Familie war im Januar 2011 ein Musikalbum im Wege des »Filesharings« öffentlich zugänglich gemacht worden. Die beklagten Anschlussinhaber bestritten die Rechtsverletzung begangen zu haben. Sie verwiesen auf ihre drei volljährigen, in ihrem Haushalt lebenden Kinder. Diese verfügten über eigene Rechner und eigene passwortgeschützte WLAN-Router, weshalb ihnen der Zugang zum Internetanschluss jederzeit unbeschränkt möglich gewesen sei. Weiter erklärten die Beklagten, positive Kenntnis darüber zu haben, welches ihrer drei Kinder das Musikvideo eingestellt hat. Sie weigerten sich jedoch den Namen des entsprechenden Kindes zu nennen.

Der BGH musste daraufhin entscheiden, ob die Eltern verpflichtet sind den Namen des Kindes zu benennen um selber für den entstandenen Schaden nicht aufkommen zu müssen. Hier galt es das Recht der Klägerin auf geistiges Eigentum gegen das Grundrecht der

Beklagten auf Schutz der Familie abzuwägen und in ein angemessenes Gleichgewicht zu bringen.

Grundsätzlich gilt die Vermutung, dass der Anschlussinhaber die Rechtsverletzung selbst begangen hat. Dieser Vermutung kann er sich entziehen wenn er darlegen kann, dass der Internetanschluss zum entsprechenden Zeitpunkt auch noch von weiteren Personen genutzt werden konnte. In derartigen Fällen ist der Anschlussinhaber lediglich im Rahmen des Zumutbaren zu Nachforschungen und zur Mitteilung verpflichtet, welche Erkenntnisse er in Bezug auf die begangene Rechtsverletzung gewonnen hat (sog. sekundäre Beweislast). Es besteht jedoch keine Verpflichtung von Eltern, die Computer ihrer Kinder auf verdächtige Software zu durchsuchen! Insoweit bleibt der Schutz der Familie gewahrt.

Im vorliegenden Fall haben die Eltern, als Anschlussinhaber, angegeben sie wüssten

welches ihrer Kinder die Rechtsverletzung begangen hat; sie verweigerten jedoch die Namensnennung des entsprechenden Kindes.

In derartigen Fällen, so der BGH, sei es Eltern jedoch zuzumuten, den Namen zu nennen um einer eigenen Haftung zu entgehen. Tun sie das nicht, haben sie ihrer sekundären Darlegungslast nicht genügt und müssen persönlich für die Rechtsverletzung ihres Kindes haften.

**FAZIT:** Solange Eltern keine Kenntnisse über die Aktivitäten ihrer volljährigen Kinder im Internet haben, haften sie für deren dortige Rechtsverletzungen nicht und sind auch nicht verpflichtet sie auszuspionieren. Haben Eltern jedoch dagegen positive Kenntnis, welches ihrer Kinder die Rechtsverletzung begangen hat, können sie einer eigenen Haftung nur dann entgehen, wenn sie den Namen des Kindes nennen.