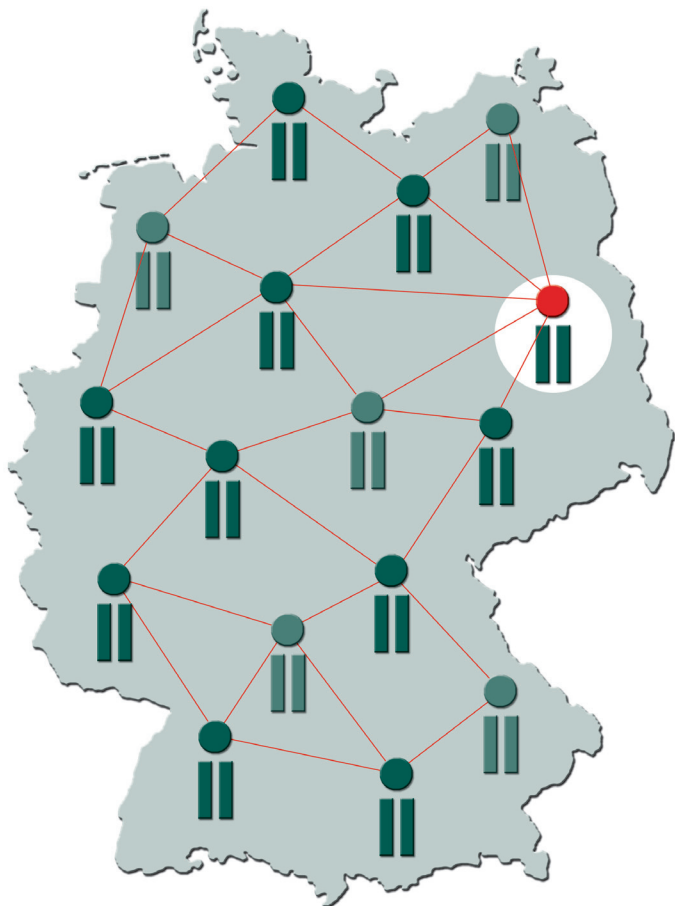


Prof. Dr. Dr. h. c. Reinhard Wiesner

Implementierung von ombudschaftlichen Ansätzen der Jugendhilfe im SGB VIII

Rechtsgutachten für die „Netzwerkstelle
Ombudschaft in der Jugendhilfe“ des
Berliner Rechtshilfefonds Jugendhilfe e.V.



Februar 2012

Berliner Rechtshilfefonds Jugendhilfe e. V.

Skalitzer Str. 52

10997 Berlin

Tel.: 030 / 61 07 66 46

Fax: 030 / 61 07 35 09

info@brj-berlin.de

www.brj-berlin.de

Übersicht

A. Auftrag	1	II. Modelle ombudtschaftlicher Tätigkeit in Deutschland	13
1. Problemstellung	1	1. Der Wehrbeauftragte/ Bürgerbeauftragte	13
2. Fragestellungen des Gutachtens	2	2. Der Behindertenbeauftragte	13
B. Das Kinder- und Jugendhilferecht: Subjektive Rechte und ihre Verwirklichung	2	3. Der Patientenbeauftragte	14
I. Handlungsbedarf trotz rechtsstaatlicher Garantien?	2	4. Zentrale Schlichtungsstelle bei der Bundesrechtsanwaltskammer	15
II. Spezifische Rahmenbedingungen in der Kinder- und Jugendhilfe	3	5. Zwischenbilanz	15
1. Das heterogene Aufgabenspektrum des Jugendamtes	3	D. Ombudschaft in der Kinder- und Jugendhilfe	16
2. Objektiv-rechtliche Verpflichtungen und individuelle Rechtsansprüche	3	I. Aufgabenspektrum und rechtlicher Rahmen	16
3. Dienstleistung als regelhafter Leistungstypus	4	1. Aufgaben	16
4. Die Komplexität der Rechtsbeziehungen	5	2. Das Sozialrechtsverhältnis	18
5. Die Lebenssituation der Leistungsberechtigten	5	3. Das privatrechtliche Betreuungsverhältnis	20
6. Interessengegensätze zwischen Eltern und Kindern	6	II Die Organisation einer Ombudsstelle im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe	21
7. Die besondere Situation von Kindern und Jugendlichen in Einrichtungen	7	1. Anbindung an vorhandene Strukturen	21
8. Die begrenzte Kontrolldichte der Gerichte	7	a) Widerspruchsbehörde im Rahmen des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens	21
9. Kommunalaufsicht als Rechtsaufsicht	8	b) Verwaltungsgerichte	21
10. Zwischenbilanz	8	c) Schiedsstellen	22
III. Die Identifizierung der Konfliktebenen und des Regelungsbedarfs	9	d) Verfahrensbeistand	22
1. Das Rechtsverhältnis Jugendamt – Leistungsberechtigter	9	e) Jugendhilfeausschuss	22
2. Das Rechtsverhältnis Leistungsberechtigter/Kinder – Leistungserbringer	9	2. Eigenständige Strukturen	23
3. Das Rechtsverhältnis Eltern – Kind/Jugendlicher	10	3. Zwischenergebnis	24
4. Das Rechtsverhältnis Vormund/ Pfleger – Kind („Mündel“)	10	III. Vorschläge für die rechtliche Ausgestaltung im SGB VIII	24
C Ombudtschaftliche Beschwerdestellen – Entwicklung und Aufgaben	11	1. Gesetzgebungskompetenz des Bundes	24
I. Modelle der Ombudschaft in Europa	11	2. Anspruch auf Beratung und Vermittlung	25
1. Allgemeines	11	3. Organisation der Beratungs- und Schlichtungsstelle der Kinder- und Jugendhilfe	26
2. Modellvarianten	11	4. Rechtsverordnung über die Aufgaben der Beratungs- und Schlichtungsstelle der Kinder- und Jugendhilfe	26
3. Beispiele kommunaler Ombudschaften	12	IV. Finanzierung	27
		V. Modellhafte Erprobung	27
		Literatur	28

A. Auftrag

1. Problemstellung

Die Sicherung von Betroffenenrechten in der Jugendhilfe und der Umgang mit Konflikten zwischen jungen Menschen, Familien und Jugendhilfeträgern ist seit einigen Jahren ein wichtiges Thema der sozialpädagogischen und jugendhilferechtlichen Fachdebatte geworden. Diese Debatte bezieht sich

- II sowohl auf die Sicherung der Betroffenenrechte gegenüber dem öffentlichen Träger
- II als auch auf die Rechte von jungen Menschen und ihren Familien in Einrichtungen, die in der Mehrzahl von freien Trägern betrieben werden.

In der Praxis entwickeln sich seit einigen Jahren unterschiedliche Initiativen, die Betroffene aktiv darin unterstützen, **ihre Rechte in der Jugendhilfe durchzusetzen**. Die älteste Initiative ist der 2002 gegründete Berliner Rechtshilfefonds Jugendhilfe e.V., der seit 2008 auch als bundesweite Service- und Netzwerkstelle Ombudschaft in der Jugendhilfe fungiert und Beschwerde- und Ombudschaftsinitiativen unterstützt und vernetzt.

Das SGB VIII beinhaltet Aufgabenzuweisungen an die Träger der Jugendhilfe, individuelle Rechtsansprüche von jungen Menschen und Familien sowie das Recht von Betroffenen, in den Angeboten der Jugendhilfe eine bestimmte fachliche Qualität zu erhalten (Beteiligungsrechte, Fachkräftegebot etc.). Die Sicherung dieser Rechte wird allgemein über **rechtsstaatliche Grundsätze** konkretisiert sowie über das **Verfahrensrecht** in SGB I und X geregelt. Das SGB VIII selbst beinhaltet hier abgesehen vom **Hilfeplanverfahren nach § 36 SGB VIII** keine Aussagen. Beschwerdestellen und Ombudsmänner/-frauen kennt das Gesetz nicht.

Die Erfahrung im Alltag der Jugendhilfe zeigt, dass Rechte und Ansprüche von jungen Menschen und ihren Familien nicht immer erfüllt werden. Es gibt Auseinandersetzungen um die **Konkretisierung der Aufgabenzuweisungen**, es gibt Familien, deren individuelle Rechtsansprüche nicht erfüllt werden, die also vom öffentli-

chen Träger keine Leistungen erhalten, obwohl sie einen Anspruch darauf hätten, und es gibt Verstöße gegen die Regeln des fachlichen Handelns bis hin zu Verstößen gegen die **Würde der Betroffenen sowohl bei öffentlichen als auch bei freien Trägern der Jugendhilfe**. Das Einfordern von Rechten müsste rechtlich gesehen durch die betroffenen jungen Menschen und ihre Familien erfolgen. Diese sind jedoch aus unterschiedlichen Gründen nicht in der Lage, die Strukturen des Rechtsstaates zu nutzen – sei es, weil sie ihre Rechte nicht kennen, weil sie fachlich das Handeln und die Entscheidungen nicht beurteilen können, weil sie emotional nicht in der Lage sind, diese Konflikte auszutragen oder weil sie nicht über die erforderlichen finanziellen Ressourcen verfügen, um rechtsanwaltliche Unterstützung in Anspruch zu nehmen.

Durch ombudschaftliche Beratungs- und Beschwerdestellen können die Rechte junger Menschen auf Kinder- und Jugendhilfe gesichert werden. Sie können dabei helfen, über die rechtliche Lage **aufzuklären**, die Ansprüche im Einzelfall zu klären (also für die Betroffenen transparent zu machen, ob das Jugendamt und/oder der leistungserbringende Jugendhilfeträger bspw. im Bereich der stationären Unterbringung rechtmäßig oder unrechtmäßig gehandelt hat), gegenüber dem Jugendamt/Jugendhilfeträger **vermitteln** und ggf. widersprechen, sowie – falls dies notwendig sein sollte – die Betroffenen **organisatorisch und seelisch** bei der Kontaktierung geeigneter Rechtsanwälte und einem evtl. Gerichtsverfahren **unterstützen**. Ombudschaften bedingen damit auch Kinderrechte in Zeiten, da Gewalt gesetzlich zwar geächtet ist, Fachkräfte der Jugendhilfe in pädagogisch schwierigen Situationen aber immer häufiger an ihre Grenzen stoßen.

Gegenstand einer gesetzlichen Aufgabenzuweisung von Ombudschaft im SGB VIII müsste die **Gewährleistung des Zugangs zu einer unabhängigen ombudschaftlichen Beratungs- und Beschwerdestelle für junge Menschen und ihre Familien sein**. „Gewährleistung“ meint hier, dass eine solche Form der **Beratung, die außerhalb des Jugendamts** stattfindet und auch in fachlichem Widerspruch zu den Fachkräften des Ju-

gendamtes gehen kann, nicht als unerträgliche Konkurrenz, sondern als produktiver Teil eines die Hilfesuchenden einbeziehenden Aushandlungsprozesses um die geeignete und notwendige Jugendhilfe zu verstehen und in diesem Sinne vom Gesetzgeber gewollt ist. Das beauftragte Rechtsgutachten **soll klären, an welchen Stellen die verschiedenen Aufgaben einer Ombudschaft in der Jugendhilfe gesetzlich verankert werden könnten.**

2. Fragestellungen des Gutachtens

Mit diesem Gutachten soll rechtsdogmatisch geklärt werden, ob und wie die Aufgabenstellungen einer unabhängigen ombudschaftlichen Beratungsstelle für junge Menschen und ihre Familien mit jugendhilfebezogenem Beratungsbedarf **im SGB VIII implementiert** und ein solches Leistungsangebot – insbesondere hinsichtlich der erforderlichen Unabhängigkeit des Leistungsanbieters – **gewährleistet** werden können.

Inbesondere sind folgende Fragen zu klären:

- II Was wären die jugendhilfebezogenen **Aufgaben** einer ombudschaftlichen Beschwerde- und Beratungsstelle für junge Menschen und ihre Familien?
- II Kann mit dem SGB VIII die **Unabhängigkeit** einer solchen ombudschaftlichen Aufgabenwahrnehmung für die Ratsuchenden und die beratenden Fachkräfte **gestärkt werden**?
- II Sollte es einen individuellen **Anspruch** auf eine ombudschaftliche Beratung im SGB VIII geben und – wenn ja – wo und wie wäre ein solcher Beratungsanspruch mit welcher Rechtsqualität im SGB VIII zu verankern?
- II Inwiefern lassen sich unabhängige ombudschaftliche Beratungsangebote im Rahmen der Normen des SGB VIII **infrastrukturell gewährleisten**?

B. Das Kinder- und Jugendhilferecht: Subjektive Rechte und ihre Verwirklichung

I. Handlungsbedarf trotz rechtsstaatlicher Garantien?

Die Forderung nach einer Implementierung von ombudschaftlichen Ansätzen im Kinder- und Jugendhilferecht – und damit im Rechtsverhältnis Junger Mensch/Eltern – Jugendamt¹ – erscheint auf den ersten Blick begründungsbedürftig. Dass in einem Rechtsgebiet, das als Teil des Sozialgesetzbuchs im Jahre 1990 kodifiziert worden ist, die Durchsetzung subjektiver Rechte mit Schwierigkeiten verbunden ist, überrascht zunächst angesichts einer Vielzahl fundamentaler Prinzipien und einfacher gesetzlicher Vorschriften in unserer Rechtsordnung, die die Verwirklichung kodifizierter Rechte gewährleisten sollen.

Dazu zählen zunächst auf der **verfassungsrechtlichen Ebene** das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) und die Rechtsweggarantie des Grundgesetzes (Art. 19 Abs. 4 GG).

Hinzu treten die **allgemeinen Grundsätze zu den Sozialleistungen und Leistungsträgern**, die in den Einweisungsvorschriften des SGB I zusammengefasst sind, namentlich die Vorschriften über Aufklärung (§ 13 SGB I), Beratung (§ 14 SGB I), Auskunft (§ 15 SGB I), Antragstellung (§ 16 SGB I), Ausführung der Sozialleistungen (§ 17 SGB I), aber auch **allgemeine Vorschriften über das Verwaltungsverfahren im SGB X**, wie die Nichtförmlichkeit des Verwaltungsverfahrens (§ 9 SGB X) oder die Möglichkeit der Vertretung durch Bevollmächtigte und Beistände (§ 13 SGB X).

Schließlich sind die **bereichsspezifischen Regelungen aus dem SGB VIII** (Kinder- und Jugendhilfe), wie das Wunsch- und Wahlrecht (§ 5), die Beteiligung von Kindern und Jugendlichen (§ 8 SGB VIII), die Regelungen zum Hilfeplanverfahren (§ 36 SGB VIII) und im Hinblick auf den Schutz von Kindern in Einrichtungen die Vorschriften zum Schutz von Kindern und Jugendlichen in Einrichtungen (§ 45 ff SGB VIII) in den Blick zu nehmen.

¹ Zu den verschiedenen Konfliktebenen und Rechtsverhältnissen im Einzelnen siehe unter B III.

II. Spezifische Rahmenbedingungen in der Kinder- und Jugendhilfe

1. Das heterogene Aufgabenspektrum des Jugendamtes

Obwohl das Sachgebiet der Kinder- und Jugendhilfe mit der Neuordnung des Kinder- und Jugendhilferechts (als Achte Buch) in das Sozialgesetzbuch eingeordnet worden ist, regelt dieses Achte Buch nicht nur Sozialleistungen i.e.S. (§ 11 ff. SGB I), sondern vor dem Hintergrund der grundgesetzlich bestimmten Verantwortungsaufteilung zwischen Eltern und Staat (Art. 6 Abs. 2 GG) auch einen Schutzauftrag zugunsten von Kindern und Jugendlichen sowie weitere Aufgaben im Interesse und zum Schutz von Kindern und Jugendlichen, die als „andere Aufgaben“ zusammengefasst werden (§ 2 Abs. 3 SGB VIII). So wirkt das Jugendamt in gerichtlichen Verfahren mit, um kindeswohlorientierte Lösungen im Elternstreit oder bei Kindeswohlgefährdung zu erarbeiten (§ 50 SGB VIII) oder um pädagogische Aspekte in das Jugendstrafverfahren einzubringen und Hilfen vorzuschlagen, mit denen strafrechtliche Sanktionen für jugendliche Straftäter vermieden werden können (§ 52 SGB VIII). Schließlich wird das Jugendamt vom Familiengericht zum Vormund oder Pfleger bestellt (§ 1791 b BGB) und nimmt damit Aufgaben der elterlichen Sorge wahr².

Diese unterschiedlichen Funktionen der Behörde sind für die betroffenen Personen nicht ohne weiteres erkennbar und erwecken bisweilen den Eindruck von der „Allmacht“ des Jugendamts. Vor allem die **Verfahren vor den Familiengerichten**, in denen es um Fragen der elterlichen Sorge oder des Umgangsrechts geht, sind nicht selten von einem hohen Streitpotenzial der Elternteile geprägt, da es nicht immer gelingt, die Konflikte auf der Paarebene von denen auf der Elternebene zu trennen bzw. durch die Verfahrensgestaltung zu entschärfen. Die Sichtweise der Fachkräfte im Jugendamt im Hinblick auf eine kindeswohlorientierte Lösung deckt sich nicht immer mit der des einen oder des anderen El-

ternteiles. Nicht selten wird der Fachkraft „Parteilichkeit für die Gegenseite“ unterstellt, wenn sie im Hinblick auf das Kindeswohl zu einer anderen Einschätzung als der Elternteil selbst kommt. In ihren Entscheidungen, die die Familiengerichte unabhängig (Art. 97 GG) und auf der Grundlage des von Amts wegen ermittelten Sachverhalts treffen (§ 26 FamFG), stützen sie sich auch auf Stellungnahmen der Jugendämter, die aber nicht isoliert angefochten werden können. Bei Eltern (-teilen) entsteht nicht selten der (falsche) Eindruck, Gerichte würden nur die Position des Jugendamtes umsetzen.

2. Objektiv-rechtliche Verpflichtungen und individuelle Rechtsansprüche

Aber auch innerhalb des Katalogs der Sozialleistungen im SGB VIII (§ 2 Abs. 2 SGB VIII) finden sich Regelungen mit unterschiedlicher rechtlicher Verbindlichkeit³. Den Modellfall im Regelungsprogramm bilden Rechtsnormen, die Tatbestand und Rechtsfolge zwingend miteinander verbinden (Konditionalprogramme) und als subjektive Rechte (Rechtsansprüche) ausgestaltet sind. Darüber hinaus enthält das Gesetz aber auch objektiv-rechtliche Verpflichtungen, die nicht durch einen individuellen Rechtsanspruch flankiert werden.

Dies bedeutet nicht nur, dass der Verwaltung ein unterschiedlich großer **Gestaltungsspielraum** bei der eigenständigen Entwicklung oder Ausgestaltung von Leistungen nach den normativen Vorgaben verbleibt, sondern deutet auch auf die unterschiedliche **Intensität der Begünstigung** der Leistungsberechtigten hin, da nur die Verletzung subjektiver Rechte gerichtlich gerügt werden kann.

Neben Leistungen, die im Hinblick auf den Einzelfall zu konkretisieren sind, enthält das SGB VIII auch Begünstigungen, die in der **Teilhabe an Angeboten** besteht, die an einen **nicht näher bestimmten Personenkreis** gerichtet sind. Dazu zählen insbesondere die Angebote der Jugendarbeit (§ 11), zum Teil auch der Jugendsozialarbeit (§ 13), des erzieherischen Kinder- und Ju-

² Die spezifische Funktion der gesetzlichen Amtsvormundschaft (§ 1791 c BGB) kann hier außer Betracht bleiben.

³ Siehe dazu Münder in Münder/Wiesner/Meysen, Kinder- und Jugendhilferecht, 2.Aufl. 2011 Kap. 3.o.2.

gendschutzes (§ 14) sowie der allgemeinen Förderung der Erziehung in der Familie (§ 16). Angesichts der Vielfalt denkbarer Begünstigungen (Nutzung öffentlicher Einrichtungen wie Freizeit- oder Familienbildungsstätten, Exkursionen, Kurse, themenbezogene Veranstaltungen, internationaler Jugendaustausch) hat der Gesetzgeber insoweit eine Fixierung einzelner Leistungstatbestände vermieden.

Gleichwohl hat er z. B. in § 11 (Jugendarbeit) die Träger der öffentlichen Jugendhilfe verpflichtet, „die zur Förderung ihrer Entwicklung erforderlichen Angebote zur Verfügung zu stellen.“ Solche Normen eröffnen hinsichtlich der Umsetzung der Aufgabe den Trägern der öffentlichen Jugendhilfe einen **weiten Gestaltungsspielraum**, erteilen ihnen gleichzeitig jedoch auch einen **Gestaltungsauftrag**. Dieser ist im Rahmen der Gesamtverantwortung (§ 79 Abs. 2 SGB VIII) zu erfüllen. In jedem Fall handelt es sich aber auch bei diesem Leistungstypus um gesetzlich geregelte Leistungen, nicht um freiwillige Aufgaben⁴. Der jeweils örtliche Bedarf ist im Rahmen der **Jugendhilfeplanung** (§ 80) zu ermitteln und zu decken. Die Leistungsberechtigten haben einen **Anspruch auf gleichberechtigte Teilhabe** am Leistungsangebot, wie es auf Grund der örtlichen Jugendhilfeplanung zur Verfügung gestellt wird. Vor dem Hintergrund der Situation der öffentlichen Haushalte kommt es vielerorts zu einer Priorisierung der Rechtsansprüche zu Lasten der Erfüllung objektiv-rechtlicher Verpflichtungen. Die vorhandenen Gestaltungsspielräume werden nicht zur Anpassung des Leistungsangebots an sich verändernde Bedarfe genutzt, die mithilfe der Jugendhilfeplanung immer wieder aktuell zu ermitteln sind (§§ 79, 80 SGB VIII). Vielmehr werden Ansätze aus den Vorjahren einfach fortgeschrieben bzw. pauschal gekürzt. Faktisch stehen vielerorts weite Teile des Leistungsspektrums unter einem Haushaltsvorbehalt oder werden wie „freiwillige Aufgaben“ behandelt – eine rechtswidrige Praxis. Den vorläufigen Höhepunkt dieser Entwicklung stellen Überlegungen dar, zur Konsolidierung der öffentlichen Haushalte Rechtsansprüche zu streichen oder wenigstens den Zugang zu erschweren⁵.

⁴ Siehe dazu Emmanuel 2011, S. 207.

3. Dienstleistung als regelhafter Leistungstypus

Der Systemfunktion von Kinder- und Jugendhilfe als Sozialisationshilfe im weitesten Sinne entsprechend stehen persönliche und erzieherische Hilfen, die zu den Dienstleistungen gehören, im Mittelpunkt des Leistungsspektrums. Ein Großteil dieser Leistungen – namentlich der Bereich der Hilfe zur Erziehung (§§ 27 ff. SGB VIII) wird jedoch – im Einklang mit dem fürsorgerechtlichen Individualisierungsgrundsatz – im Hinblick auf einen **individuell zu ermittelnden Bedarf** gewährt. Dies bedeutet, dass solche Leistungen im Gegensatz zu Geldleistungen, die in aller Regel pauschaliert bzw. nach festen Sätzen gewährt werden, im Hinblick auf den Leistungsinhalt gesetzlich nicht hinreichend bestimmbar sind. Die Entscheidung über das, was dem Einzelnen zusteht, wird daher nicht durch den Gesetzgeber, sondern erst durch die zuständigen Fachkräfte im Einzelfall aufgrund einer gemeinsamen Klärung des Bedarfs zusammen mit den Leistungsadressaten getroffen.

Die Rechtsfolge ergibt sich damit nicht unmittelbar aus dem Gesetz, sondern erst aus der Konkretisierung im Einzelfall im Rahmen eines gesetzlich vorgeschriebenen (Hilfeplan-)Verfahrens.

Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber im Hinblick auf die Vielzahl unterschiedlicher Bedarfssituationen auch auf der Tatbestandsseite mit **unbestimmten Gesetzesbegriffen** arbeiten muss. Damit enthalten viele Rechtsnormen in diesem Gesetz, die strukturell als Rechtsansprüche ausgestaltet sind, faktisch große Handlungsspielräume zur Feinjustierung im Hinblick auf den Einzelfall. Diese aus fachlichen Gründen notwendigen Handlungsspielräume in den gesetzlichen Vorschriften für die Gestaltung einer maßgeschnei-

⁵ Dies war das Ziel des Entwurfs eines kommunalen Entlastungsgesetzes (KEG), der vom Freistaat Bayern in den Bundesrat eingebracht worden war, aber im Bundestag abgelehnt worden ist (BT-Dr. 15/4532). Als aktuelles Beispiel sind die Überlegungen einzelner Länder zur Streichung bzw. Aushöhlung des Rechtsanspruchs auf Hilfe zur Erziehung zu nennen. Siehe dazu Heft 5/2011 der Neuen Praxis unter dem Schwerpunktthema: Wohin treibt das KJHG – Aktuelle Tendenzen in Politik und Praxis.

dernten Einzelfallhilfe werden aber nicht selten für fiskalische Zwecke missbraucht (z.B. restriktive Auslegung der Bewilligungsvoraussetzungen, Entscheidungsvorbehalte höherer Ebenen für die Gewährung kostenintensiver Hilfen, verkürzte Bewilligungszeiträume etc.). Für die leistungsberechtigten Personen ist angesichts der mangelnden Eindeutigkeit des Prüfungsmaßstabs nicht ohne weiteres erkennbar, ob die im konkreten Einzelfall gewährte Leistung den gesetzlichen Anforderungen entspricht. Die Steuerungsfunktion des Rechts ist damit bei der Gewährung und Erbringung personenbezogener sozialer Dienstleistungen begrenzt.

4. Die Komplexität der Rechtsbeziehungen

Die Rechtsabwicklung im Kinder- und Jugendhilferecht ist weitgehend durch das so genannte sozialrechtliche Dreiecksverhältnis⁶ geprägt. Während die strukturelle Gesamtverantwortung und (in der Regel auch) die individuelle Steuerungsverantwortung in Händen der kommunalen Gebietskörperschaft (bzw. des Jugendamts als deren Behörde) als Leistungsträger liegen (§ 36 a SGB VIII), wird die Leistung selbst weit überwiegend durch selbstständige Leistungserbringer (freie Träger) erbracht. Leistungsberechtigte gehen daher zwei unterschiedliche Rechtsbeziehungen ein – öffentlich-rechtliche mit dem Leistungsträger und privatrechtliche mit dem Leistungserbringer. Da die privatrechtlichen Rechtsbeziehungen zwischen Leistungsberechtigten und Leistungserbringer in der Kinder- und Jugendhilfe (anders als etwa im Bereich der Altenheime) nicht näher ausgestaltet bzw. rechtlich vorgeprägt sind und zudem die Kostenabwicklung unmittelbar zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer erfolgt, sind den meisten Leistungsberechtigten ihre Rechte und Pflichten gegenüber dem Leistungserbringer gar nicht bekannt. Diesen wiederum ist nicht immer bewusst, dass sie Verantwortung nicht nur gegenüber dem Jugendamt, sondern in erster Linie gegenüber den Eltern als leistungsberech-

tigten Personen im Hinblick auf das zu betreuende Kind oder den Jugendlichen übernehmen.

Hinzu kommt, dass die Auswahl des Leistungserbringers (zeitlich nach der Entscheidung des Leistungsträgers über die geeignete und notwendige Hilfe) auf der Grundlage des gesetzlich garantierten **Wunsch- und Wahlrechts** durch den Leistungsberechtigten zu erfolgen hat und das Jugendamt als Leistungsträger sogar verpflichtet ist, den Leistungsberechtigten auf dieses Recht hinzuweisen (§ 5 SGB VIII). Dabei dürfen weder Haushaltsaspekte noch Planungs- und Steuerungsentscheidungen des Leistungsträgers das Wunsch- und Wahlrecht einengen⁷.

Diesen gesetzlichen Vorgaben wird aber in der Praxis häufig nicht entsprochen. Leistungsberechtigte werden über ihre Rechte nicht informiert, Leistungsträger „belegen“ bestimmte Einrichtungen oder höhlen das Wunsch- und Wahlrecht durch Steuerungsmodelle der Sozialraumbudgetierung aus⁸.

5. Die Lebenssituation der Leistungsberechtigten

Entscheidend sowohl für den Zugang zum Leistungsspektrum aber auch für den Leistungserfolg ist die Position der Leistungsberechtigten. Der rechtlichen Position, die in vielen Leistungsbereichen der Kinder- und Jugendhilfe dadurch geprägt ist, dass der Gesetzgeber Eltern (etwa bei den Hilfen zur Erziehung) bzw. Kindern (im Bereich der Tagesbetreuung) ein subjektives Recht, also einen (einklagbaren) Rechtsanspruch zuerkannt hat, steht die faktische Position gegenüber, die aus verschiedenen strukturellen Gründen **schwach** ist. Zu den Problemen der rechtlichen Ausgestaltung als personenbezogene soziale Dienstleistung (siehe dazu 3.) und der Intransparenz der Rechtsbeziehungen (siehe dazu 4.) treten biographische Aspekte hinzu. Den Hintergrund für die Inanspruchnahme von Erziehungshilfen bilden **spezifische Lebenslagen**. So liegt die Hilfewahrscheinlichkeit für Kin-

⁶ Neumann 1992, S. 52 ff.; 223 f. m.w.N; Münder u.a. 2009, FK-SGB VIII vor § 69 Rn. 6 ff.; Wiesner 2011 SGB VIII vor § 1 Rn. 62 ff.

⁷ Münder u.a. 2009, FK-SGB VIII § 5 Rn. 12.

⁸ Siehe dazu Gerlach/Hinrichs 2010, S. 344; Münder 2011, S. 69.

der, die an der **Armutsgrenze** aufwachsen, etwa bei stationären Hilfen in Vollzeitpflege und Heim-erziehung fast um das Zwanzigfache über der von Kindern, die insoweit unbelastet sind. Ähnlich hoch liegt die Hilfswahrscheinlichkeit von Kindern bei **Alleinerziehenden** gegenüber der von Kindern, die bei ihren beiden leiblichen Eltern leben⁹. Ein sehr großer Teil der Leistungsberechtigten ist daher in besonderer Weise persönlich belastet oder gehört bildungsfernen Schichten an.

Hinzu kommt der nicht immer und für alle Beteiligten transparente, strukturell **ambivalente Auftrag der Kinder- und Jugendhilfe**, nämlich einerseits die Eltern bei der Erziehung zu unterstützen und andererseits das Kind – notfalls auch vor seinen Eltern – zu schützen. Vor allem die mediengesteuerte Debatte um den Kinderschutz hat den Vorurteilen gegenüber der Arbeitsweise des Jugendamts und seinen Befugnissen neue Nahrung gegeben. Potentiell leistungsberechtigte Eltern werden abgeschreckt, Hilfen in Anspruch zu nehmen, weil sie befürchten, dass die Inanspruchnahme gesetzlich garantierter Leistungsrechte zu ihrer Entrechtung, also zur Wegnahme ihres Kindes, führt. Kein anderes Leistungssystem birgt vergleichbare Ambivalenzen.

Auch wenn in aller Regel die aktive Nachfrage nach Hilfen seitens der Eltern gerade deren Fähigkeit und Bereitschaft signalisiert, bei der Abwendung einer drohenden Gefährdung des Kindeswohls Verantwortung zu übernehmen und eine Wegnahme des Kindes deshalb in diesem Fall gerade nicht indiziert ist, so ist das Verhältnis zwischen den Fachkräften der Kinder- und Jugendhilfe und ihren Klientinnen und Klienten durch **eine strukturelle Machtasymmetrie**¹⁰ gekennzeichnet.

⁹ Kommunalverband für Jugend und Soziales Baden-Württemberg (KVJS) 2010 Rn. 16. Dementsprechend sind steigende Fallzahlen in den Hilfen zur Erziehung in einer Verbindung zu den sich verschlechternden sozioökonomischen Lebenslagen für Familien und den brüchiger werdenden Familienkonstellationen zu sehen (siehe dazu KomDat Heft 3/2011 S. 3).

Insgesamt lässt sich also festhalten, dass die Gewährung gesetzlich normierter Leistungsansprüche zum Teil daran scheitert, dass hilfebedürftigen Personen die Kenntnis und/oder der Wille zur Durchsetzung der jeweiligen Leistungsansprüche fehlt. Anders als in anderen Bereichen der staatlichen Leistungsverwaltung kann im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass hilfebedürftige Personen ihre Ansprüche unter Zuhilfenahme der dafür vorgesehenen Mittel des allgemeinen Sozialrechts, des Sozialverwaltungsrechts und des Prozessrechts durchsetzen. In vielen Fällen gibt es zwar „hilfebedürftige“, nicht aber „hilfesuchende“ Personen. Dieser Umstand wiegt im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe deshalb besonders schwer, weil die Hilfe ja nicht nur oder in erster Linie den anspruchsberechtigten bzw. das Kind oder den Jugendlichen vertretenden Eltern zukommen soll, sondern in erster Linie dem Kind oder Jugendlichen selbst und damit die Eltern ihre advokatorische Verantwortung nicht oder nur partiell wahrnehmen.

6. Interessengegensätze zwischen Eltern und Kindern

Leistungen der Kinder und Jugendliche haben zum Ziel, die Entwicklung junger Menschen, und ihre Erziehung zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit zu fördern (§ 1 Abs. 1 SGB VIII). Diesem Ziel wird die Kinder- und Jugendhilfe im Kontext der primären elterliche Erziehungsverantwortung (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG) dadurch gerecht, dass sie nicht das Kind oder den Jugendlichen „an Stelle der Eltern“ erzieht, sondern – wo immer dies möglich ist – die Eltern dabei unterstützt, ihren Erziehungsauftrag gegenüber dem Kind oder Jugendlichen (bzw. dessen Anspruch auf Erziehung) zu erfüllen. Der Staat hat also im Rahmen der Kinder- und Jugendhilfe in erster Linie eine Adjuvanzfunktion und keine Elternersatzfunktion. Letztere erfüllt er nach Maßgabe von § 1666 BGB durch die Zuweisung von Aufgaben der elterlichen Sorge zu einem Vormund oder Pfleger.

¹⁰ Urban-Stahl 2011, S. 10.

Dennoch liegt dem „erzieherischen Bedarf“ typischerweise eine Störung der Eltern-Kind-Beziehung bzw. ein Konflikt zwischen Eltern(-teilen) und dem Kind oder Jugendlichen zugrunde. Aufgabe der Kinder- und Jugendhilfe ist es dabei, diesen Konflikt zusammen mit den Eltern und dem Kind oder Jugendlichen zu bearbeiten und einer am Kindeswohl orientierten Lösung zuzuführen.

Erforderlich dazu ist eine eigenständige Einbeziehung des Kindes oder Jugendlichen in den Entscheidungsprozess. Es handelt sich dabei um eine besonders anspruchsvolle Aufgabe, weil die Beziehungen zwischen Eltern und Kind oder Jugendlichen häufig konfliktbelastet sind, andererseits aber das Jugendamt bis zur Grenze eines das Kindeswohl gefährdenden Verhaltens der Eltern deren (Letzt-) Entscheidung zu respektieren hat, sich also nicht einseitig als Anwalt der Interessen des Kindes oder Jugendlichen gegen die Eltern betätigen darf. Um die Grundlagen für einen erfolgreichen und wirksamen Hilfeprozess zu schaffen, wird das Jugendamt deshalb häufig zwischen den unterschiedlichen Sichtweisen von Eltern und Kind oder Jugendlichen vermitteln und für eine am Kindeswohl orientierte Ausgestaltung des Hilfeprozesses werben müssen¹¹.

Der spezifische Blick auf das **Eltern-Kind-System** unterscheidet die Kinder- und Jugendhilfe von allen anderen Bereichen des Sozialleistungsrechts, die individuumsbezogen ausgestaltet sind.

7. Die besondere Situation von Kindern und Jugendlichen in Einrichtungen

Kinder und Jugendliche, die in Einrichtungen (Heimen, Wohngruppen) leben, bedürfen des besonderen Schutzes, da ihre Eltern bzw. andere sorgeberechtigte Personen wie Pfleger oder Vormünder nur begrenzte Einwirkungsmöglichkeiten auf den Alltag und die Vorgänge in Einrichtungen haben, gleichzeitig aber die Kinder und Jugendlichen in einer spezifischen Abhängigkeit von den Betreuungspersonen leben und sich häufig nicht in der Lage sehen, über erlebte Missstände zu sprechen. Unter dem Druck der öffentlichen Diskussion über die bekannt gewordenen

¹¹ Vgl. Wiesner 2011, SGB VIII § 36 Rn. 16.

Fälle sexualisierter Gewalt in Einrichtungen sind in den letzten Jahren in vielen Einrichtungen **Verfahren der Beteiligung von Kindern** und des **Beschwerdemanagements** installiert worden.

Im Rahmen des Bundeskinderschutzgesetzes, das am 1. Januar 2012 in Kraft getreten ist¹², hat der Gesetzgeber die Erteilung der Betriebserlaubnis (§ 45 SGB VIII) davon abhängig gemacht, dass in der Einrichtung zur Sicherung der Rechte von Kindern und Jugendlichen geeignete Verfahren der Beteiligung sowie der Möglichkeit der Beschwerde in persönlichen Angelegenheiten Anwendung finden (§ 45 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 SGB VIII). Dazu zählen sowohl einrichtungsinterne bzw. einrichtungsbezogene als auch als einrichtungsunabhängige Formen der Ombudschaft.

8. Die begrenzte Kontrolldichte der Gerichte

Zwar steht gegen Entscheidungen der Jugendämter als Behörden der Träger der öffentlichen Jugendhilfe der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten offen. Dabei ist jedoch zu beachten, dass die Tätigkeit der Jugendämter sich nicht in (rechtsmittelfähigen) Entscheidungen erschöpft, also Verwaltungsakten oder hoheitlichen Handlungen ohne Verwaltungsaktqualität. So beteiligt sich etwa das Jugendamt auch in Verfahren vor den Familien- und den Jugendgerichten, indem seine Fachkräfte Stellungnahmen im Hinblick auf kindeswohlorientierte Lösungen bzw. aus sozialpädagogischer Sicht geeignete Reaktionen abgeben (§§ 50, 52 SGB VIII). Diese unterliegen keiner gerichtlichen Kontrolle.

Soweit der Rechtsweg zu den **Verwaltungsgerichten** eröffnet ist, sind der **Kontrolldichte** der Gerichte **Grenzen gesetzt**. Diese ergeben sich vor allem aus der **Eigenart jugendamtlicher Entscheidungen**, die im Wesentlichen den Charakter kooperativer Entscheidungsprozesse tragen. So können Verwaltungsgerichte zwar in vollem Umfang überprüfen, ob die Leistungsvoraussetzungen für die Gewährung einer Hilfe zur Erziehung vorliegen, sie können aber grundsätzlich

¹² Gesetz zur Stärkung eines aktiven Schutzes von Kindern und Jugendlichen (Bundeskinderschutzgesetz – BKISchG) vom 22. Dezember 2011 – BGBl. I S. 2975.

keine Entscheidung über die im Einzelfall geeignete und notwendige Hilfe (an Stelle des Jugendamtes) treffen, sondern lediglich das Jugendamt verpflichten, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zusammen mit den Leistungsberechtigten und den Leistungsadressaten in einen neuen Klärungs- und Entscheidungsprozess einzutreten¹³.

Soweit die Tätigkeit des Jugendamtes (als Vormund oder Pfleger) der **Aufsicht des Familiengerichts** unterliegt (§ 1837 Abs. 2 BGB), obliegt diese dem Rechtspfleger (§ 4 Abs. 1 RPfG). Er wird sich in der Praxis weitgehend auf die jährliche Berichterstattung seitens des Jugendamtes verlassen (§ 1840 BGB). Für den Fall, dass Vormund und Mündel miteinander streiten, sieht das Gesetz kein besonderes Verfahren zur Konfliktlösung vor.

9. Kommunalaufsicht als Rechtsaufsicht

Ein weiteres Korrektiv für das Verwaltungshandeln bildet neben der (verwaltungs-)gerichtlichen Kontrolle die staatliche Aufsicht. Da die Länder die Aufgaben der Kinder- und Jugendhilfe auf der örtlichen Ebene den kommunalen Gebietskörperschaften als Aufgaben der kommunalen Selbstverwaltung zugewiesen haben, ist die staatliche Aufsicht auf die **Prüfung der Rechtmäßigkeit** beschränkt (Kommunalaufsicht). Zuständig für die Kommunalaufsicht sind die von den Ländern bestimmten Behörden, in der Regel die Innenministerien bzw. die Regierungspräsidien. Dort ist aber keine spezifische Expertise zu den Fragen des Kinder- und Jugendhilferechts vorhanden. Zwar liegen keine Untersuchungen zur Praxis der Rechtsaufsicht vor. Es sind aber auch keine Beispiele bekannt geworden, die auf eine größere Relevanz der Rechtsaufsicht für die Sicherung individueller Rechtspositionen schließen lassen. Im Hinblick auf das Entscheidungsspektrum des Jugendamtes, das im Einzelfall das Lebensschicksal von Kindern und Jugendlichen bestimmt, wird diese Zurückhaltung staatlicher Aufsicht kritisch betrachtet¹⁴. Eine Erweiterung der Aufsicht im Hinblick auf die **Zweckmäßigkeit** des Verwaltungshandelns (Fachaufsicht) setzt

aber eine Änderung in der Aufgabenwahrnehmung voraus. Diese Änderung – nämlich die Zuweisung der Aufgaben der Kinder- und Jugendhilfe an die Kommunen als Aufgaben des übertragenen Wirkungskreises – erscheint sinnvoll und in der Sache überzeugend. Denn das der kommunalen Selbstverwaltung zu Grunde liegende Konzept der eigenverantwortlichen Aufgabenerfüllung ist mit dem Charakter des Achten Buches Sozialgesetzbuch als einem kodifizierten Bereich des Sozialrechts kaum noch vereinbar. Die Entscheidungsfreiheit der kommunalen Gebietskörperschaften ist durch die gesetzlichen Vorgaben weitgehend eingeschränkt, so dass auch das „wie“ der Aufgabenerfüllung gesetzlich vorgegeben oder mithilfe fachlicher Maßstäbe zu füllen ist. Damit gleicht die Qualifizierung der Kinder- und Jugendhilfe als Selbstverwaltungsaufgabe einer Fiktion, die durch die Wirklichkeit überholt wurde.¹⁵ Eine Änderung der Aufgabenwahrnehmung, die nur durch die Länder herbeigeführt werden kann, würde wohl auf Widerstand seitens der Kommunalpolitik stoßen, die bereits einen wesentlichen Machtverlust im eigenen Wirkungskreis durch die Verlagerung weiter Teile der Sozialhilfe auf die Bundesanstalt für Arbeit hinnehmen musste. Zudem müsste gewährleistet sein, dass für die Wahrnehmung der Fachaufsicht auch fachlich kompetentes Personal in der Aufsichtsbehörde zum Einsatz kommt.

10. Zwischenbilanz

Sowohl leistungsspezifische Charakteristika als auch die Ausgestaltung der Prüfung und Kontrolle fachlicher Entscheidungen der Kinder- und Jugendhilfe sowie die Lebenssituation der Leistungsberechtigten Personen erweisen sich als Spezifika für das Aufgabenfeld der Kinder- und Jugendhilfe, die rechtlich und faktisch die Position der leistungsberechtigten Personen im Hinblick auf die Wahrnehmung und Durchsetzung ihrer (subjektiven) Rechte schwächen. Das Recht muss ihnen deshalb Instrumente zur Verfügung

¹³ Siehe dazu Wiesner 2011, SGB VIII § 27 Rn. 64.

¹⁴ Siehe dazu Hildebrandt 2008, S. 396.

¹⁵ So Brüning/Vogelsang 2009 Rn. 114 zur Wahrnehmung der Sozialhilfe als Aufgabe kommunaler Selbstverwaltung.

stellen, mit deren Hilfe die identifizierten Nachteile ausgeglichen werden können.

III. Die Identifizierung der Konfliktebenen und des Regelungsbedarfs

1. Das Rechtsverhältnis Jugendamt – Leistungsberechtigter

Die Basis des sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses (Eltern/Kind-Leistungserbringer – Jugendamt) bildet das öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnis zwischen dem Jugendamt als Behörde des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe und der leistungsberechtigten Person (Eltern bzw. Kind oder Jugendlicher, vertreten durch die Eltern). Im Mittelpunkt steht die Wahrnehmung der im SGB VIII verankerten subjektiven Rechte, zu denen Rechtsansprüche auf die Gewährung von Leistungen sowie der Anspruch auf die Ausübung fehlerfreien Ermessens gehören.¹⁶

Leistungsberechtigten Personen fehlt vielfach die **Kenntnis vom Leistungsspektrum** der Jugendhilfe, von den unterschiedlichen Funktionen des Jugendamtes als Leistungsbehörde bzw. als Vormund oder Pfleger, von seiner spezifischen Aufgabe der Gefährdungseinschätzung nach § 8a SGB VIII sowie von unterschiedlichen Aufgaben des Jugendamtes einerseits und denen des Leistungserbringers andererseits. Sie haben keine **Kenntnis über Verfahrensabläufe**, insbesondere die **Ausgestaltung von Hilfeprozessen im Rahmen von Hilfe zur Erziehung**¹⁷. Erwartet wird aber gleichzeitig im Hinblick auf den Hilfeerfolg ein hohes Maß an Beteiligungsfähigkeit und Beteiligungsbereitschaft, das bei den betroffenen Personen häufig nicht vorhanden ist, sondern erst geweckt und gefördert werden muss¹⁸. Da sich Eltern (und Kinder und Jugendliche) in einer psychosozialen Belastungssituation befinden, kann es leicht zu Missverständnissen und Konflikten zwischen Eltern und Fachkräften kommen, die ggf. den Hilfeprozess belasten und zum Scheitern bringen können. Hier bedarf es ggf. der Unterstützung, Vermittlung und Schlichtung durch unbeteiligte dritte Personen.

2. Das Rechtsverhältnis Leistungsberechtigter/Kinder – Leistungserbringer

Während die Leistungsgewährung grundsätzlich durch das Jugendamt erfolgt, wird die Leistung selbst in vielen Fällen von selbstständigen Einrichtungen und Diensten bzw. von Pflegepersonen/Pflegeeltern erbracht. Vielfach ist den leistungsberechtigten Personen nicht klar, dass diese Einrichtungen bzw. Personen nicht „im Auftrag“ des Jugendamtes tätig werden, sondern im Rahmen eines zwischen ihnen und der Einrichtung bzw. den Pflegeeltern (in der Regel formlos) abgeschlossenen privatrechtlichen Betreuungs-/Behandlungsvertrages, aus dem sich für beide Vertragspartner Rechte und Pflichten ergeben. Wie zwischen Jugendamt und leistungsberechtigter Person, so können aufgrund der psychosozialen Belastungssituation auch zwischen den Hilfe leistenden Fachkräften in der Einrichtung bzw. des Dienstes und Eltern bzw. Kindern Missverständnisse und Konflikte entstehen, die den Hilfeprozess belasten und den Hilfeerfolg gefährden. Insbesondere das Verhältnis zwischen „Herkunftseltern“ und Pflegeeltern ist nicht selten von Distanz oder sogar Rivalitäten gekennzeichnet, die sich belastend auf die Entwicklung des Kindes auswirken¹⁹. Auch in diesen Rechtsbeziehungen bedarf es gegebenenfalls der Unterstützung, Vermittlung und Schlichtung durch unbeteiligte dritte Personen. Besonderer Aufmerksamkeit bedarf die Ausgestaltung des **Betreuungsverhältnisses in Einrichtungen**, in denen Kinder oder Jugendliche **über Tag und Nacht** betreut werden und damit der unmittelbaren Einwirkung seitens der Eltern bzw. eines Vormunds oder Pflegers entzogen sind. Anders als im Heimrecht²⁰ gibt es hinsichtlich der Vertragsgestaltung zur stationären Versorgung von Kindern und Jugendlichen weder Formvorschriften noch inhaltliche Mindestvorgaben. Ebenso wenig existieren Vorschriften über die Pflicht zur Information über Beratungsmöglichkeiten vor Vertragsabschluss und die Möglichkeit der Entgeltkürzung bei Nicht- oder Schlechtleistung.

¹⁶ Siehe dazu im Einzelnen Wabnitz 2005.

¹⁷ Urban-Stahl 2011, S. 10.

¹⁸ vgl. Wiesner 2011, SGB VIII § 36 Rn. 14 ff.

¹⁹ Siehe dazu Kindler u.a. (Hg.) 2010, S. 226 ff.

Neben internen Möglichkeiten der Beschwerde ist (insbesondere) in stationären Einrichtungen auch für externe Beratung Sorge zu tragen. Eine Verpflichtung zur Etablierung von Beteiligungs- und Beschwerdemöglichkeiten enthält die Neufassung des Erlaubnisvorbehalts (§ 45 SGB VIII), die im Rahmen des Bundeskinderschutzgesetzes verabschiedet worden und am 1.1.2012 in Kraft getreten ist (Art. 2 Nr. 13 BKiSchG). Damit hat die Tätigkeit von Ombuds- und Beschwerdestellen im Hinblick auf den Schutz von Kindern und Jugendlichen in Einrichtungen eine rechtliche Grundlage erhalten.

3. Das Rechtsverhältnis Eltern – Kind/Jugendlicher

Nach unserem Rechtsverständnis sind Elternrecht und Kindesrechte nicht gegeneinander gerichtet – was in der Debatte um Kinderrechte häufig verkannt wird. Vielmehr ist das Elternrecht als fremdnütziges Recht auf das Wohl des Kindes ausgerichtet²¹. Bei Meinungsverschiedenheiten zwischen Eltern und Kind bedarf es deshalb (aus rechtlicher Sicht) nicht eines Schlichters, der vermittelt oder eine eigenständige Entscheidung trifft. Andererseits kann das Kindesinteresse und mit zunehmendem Alter auch der Kindeswille im Gegensatz zu den elterlichen Vorstellungen stehen. Dem versucht der Gesetzgeber mit dem Leitbild der partnerschaftlichen Erziehung Rechnung zu tragen (§ 1626 Abs. 2 BGB). Vor allem aber kann es in Konflikt- und Krisensituationen, die Kinder und Jugendliche veranlassen, Beratungsangebote in Anspruch zu nehmen (§ 8 Abs. 3 SGB VIII), sinnvoll und notwendig sein, zwischen den unterschiedlichen Vorstellungen von Eltern und Kind zu vermitteln und Vorschläge für kindeswohlorientierte Lösungen zu machen. Zu erwähnen ist hier auch die Rechtsfigur des Verfahrensbeistands, dessen Aufgaben sich auf die Vertretung von Kindesinteressen im fa-

miliengerichtlichen Verfahren beschränken, wenn das Interesse des Kindes zu dem seiner gesetzlichen Vertreter in einem erheblichen Gegensatz steht (§ 158 FamFG).

Die Bearbeitung familieninterner Konflikte erfordert spezifische Kompetenzen und gehört auch nicht zum Spektrum der Aktivitäten, die in Deutschland von Ombuds- und Beschwerdestellen wahrgenommen werden. Dem Auftrag (A) entsprechend wird die Bearbeitung von Konflikten im Eltern-Kind-Verhältnis in den weiteren Ausführungen dieses Gutachtens nicht berücksichtigt.

4. Das Rechtsverhältnis Vormund/Pfleger – Kind („Mündel“)

Das Rechtsverhältnis Vormund/Pfleger – Kind ist dadurch geprägt, dass Aufgaben der elterlichen Sorge auf dritte Personen übertragen worden sind, weil Eltern verstorben oder ihnen wegen einer Kindeswohlgefährdung die elterliche Sorge ganz oder teilweise entzogen worden ist. Letztere Konstellation bildet heute den statistischen Regelfall der Vormundschaft/Pflegschaft²². Diese Kinder haben einerseits Bindungen an ihre Eltern, denen aber ihre elterliche Sorge ganz und teilweise entzogen ist und von denen sie meist getrennt in Heimen oder bei Pflegeeltern leben. Zu diesen Bezugspersonen tritt nun noch der Pfleger oder Vormund in Gestalt eines Einzelvormunds, eines Mitarbeiters in einem Verein oder des Jugendamtes hinzu. Für viele Kinder sind die einzelnen Rechtsverhältnisse, bzw. die Aufgaben des Vormunds/Pflegers und deren Abgrenzung von den Aufgaben der sie tatsächlich betreuenden Person nicht verständlich.

So fordert auch die Arbeitsgruppe „Familiengerichtliche Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls“ in ihrem Abschlussbericht die Auswahl- und Entscheidungsbeteiligung des Mündels einschließlich eines Beschwerderechts. Es sollten auch Möglichkeiten für eine geeignete Beschwerdeinstanz neben den Rechtsbehelfen des Verfahrensrechts (z. B. ein Ombudsmann) geprüft werden, an die sich der Mündel bei Unzufriedenheit mit dem Vorgehen des Vormunds

²⁰ Siehe dazu insbesondere §§ 3, 6 und 10 des Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz (WBVG), das hinsichtlich der zivilrechtlichen Vorschriften das Heimgesetz des Bundes abgelöst hat.

²¹ Siehe dazu im Einzelnen Jestaedt in Münder/Wiesner/Meysen 2011, Kap. 1.5.

²² Siehe dazu Wiesner SGB VIII 4. Aufl. 2011 § 55 Rn. 101.

wenden kann²³.

Auch wenn die Konflikte zwischen Kindern/Jugendlichen und ihren Eltern aufgrund der regelhaften Intensität der Beziehungen und der persönlichen Nähe nicht ohne weiteres mit Konflikten zwischen Kindern/Jugendlichen und ihrem Vormund/Pfleger vergleichbar sind, so haben sie ihre (gemeinsame) Grundlage in der Wahrnehmung der elterlichen Sorge. Deshalb ist auch die Bearbeitung von Konflikten im Verhältnis Kind/Jugendlicher und Vormund/Pfleger nicht Gegenstand der weiteren Ausführungen in diesem Gutachten.

C. Ombudschafftliche Beschwerdestellen – Entwicklung und Aufgaben

I. Modelle der Ombudschaft in Europa

1. Allgemeines

Als Instrument für Beratung und Beschwerde in der Kinder- und Jugendhilfe haben sich in den letzten Jahren „ombudschafftliche Beratungs- und Beschwerdestellen“ in verschiedenen Bundesländern als Initiativen entwickelt und im Jahre 2008 in einem Bundesnetzwerk Ombudschaft in der Jugendhilfe zusammengeschlossen. Die bundesweit erste Ombudsstelle der Kinder und Jugendhilfe war im Jahre 2002 in Berlin als Berliner Rechtshilfefonds Jugendhilfe e.V. (BRJ) gegründet worden. Alle diese Initiativen agieren aber bisher informell und ohne rechtliche Grundlage. Im Hinblick auf eine gesetzliche Verpflichtung zur Einführung solcher Beratungs- und Beschwerdestellen ist zu prüfen, ob und inwieweit das Modell der Ombudschaft, auf das sich diese Initiativen berufen und das sich inzwischen in verschiedenen europäischen Ländern etabliert hat, als Vorbild dienen kann.

2. Modellvarianten

Unter dem Begriff „Ombudschaft“ haben sich – ausgehend vom Modell der Ombudschaft, wie es in Schweden entwickelt worden ist – in den letzten Jahrzehnten in den europäischen Län-

dern **unterschiedliche Modelle** der Ombudschaft ausgebildet. Unterschieden wird in der Fachliteratur²⁴ zwischen dem sog. Grundmodell und Modellen mit einem erweiterten Aufgabenbereich²⁵.

Für das Grundmodell des Ombudsmann sind folgende Befugnisse kennzeichnend

II Weit reichende Untersuchungsbefugnisse

Diese umfassen Befragungs- und Auskunftsrechte. Im Rahmen einer solchen Untersuchung kann der Ombudsmann auch auf eine Vermittlung von Streitigkeiten hinwirken.

II Empfehlungen an die kontrollierte oder die übergeordnete Verwaltungsstelle

Sofern eine Klärung des Falles nicht schon im Wege der Vermittlung erreicht werden kann, kann der Ombudsmann Empfehlungen an die kontrollierte oder dieser übergeordnete Verwaltungsstelle richten. Diese müssen nicht befolgt werden, lösen aber meist irgendeine Art von „Reaktionspflicht“ der Behörde aus.

II Tätigkeitsbericht

Darüber hinaus erstellt der Ombudsmann jährlich einen Tätigkeitsbericht an das Parlament, in dem er auch die nicht behobenen Missstände dem vom Volk demokratisch gewählten Repräsentationsorgan transparent machen und damit ins Blickfeld der Öffentlichkeit bringen kann. Besonders kennzeichnend für das Grundmodell ist, dass der Ombudsmann zur Behebung von Missständen **keinerlei Befugnisse** hat. Die spezifische Wirkung seiner Tätigkeit beruht auf einer nur „sanften“ Art von Druck, die auf der Untersuchung an sich, der besonderen Autorität des Organträgers und der Öffentlichkeit seiner Tätigkeit basiert²⁶.

Dieses Profil kommt auch in der Begriffsumschreibung zum Ausdruck, die sich in einer Resolution der International Bar Association aus dem Jahre 1974 findet:

„An office provided for by the constitution or by action of the legislature or parliament and hea-

²³ Bundesministerium der Justiz 2006, Anl. 5 unter II 1.3.

²⁴ Siehe dazu im Einzelnen Kucsko-Stadlmayer (Hg.) 2008, S. 62 ff.

²⁵ Von Kucsko-Stadlmayer (Hg.) 2008 werden diese Modellvarianten als „Rechtsstaatliches Modell“ bezeichnet.

²⁶ Kucsko-Stadlmayer (Hg.) 2008, S. 65.

ded by an independent, high-level public official who is responsible to the legislature or parliament, who receives complaints from aggrieved persons against government agencies, officials, and employees or who acts on his motion, and has the power to investigate, recommend corrective action and issue reports“²⁷.

Kann das schwedische Modell als Prototyp bezeichnet werden, so setzte die weltweite Verbreitung der Ombudsmaneinrichtung erst nach 1950 ein, nachdem Dänemark als dritter Staat den Ombudsman eingeführt und in dessen Gefolge dieses Modell in Neuseeland etabliert wurde. Die meisten der heute bestehenden Ombudsmaneinrichtungen lassen sich auf den „dänisch-neuseeländischen Typus“ zurückführen, der sich vom „schwedisch-finnischen Typus“ durch eine stärkere Betonung der Funktion des Ombudsman als **Mittler zwischen Bürger und Verwaltung** unterscheidet und primär auf der Einsicht gründet, dass der Bürger im Verwaltungsstaat in Ergänzung zum herkömmlichen Rechtssystem Zugang zu einer staatlichen Instanz haben muss, die ihm hilft, Schwierigkeiten mit der Verwaltung auszuräumen, ohne aber dabei einseitig die Partei des Bürgers oder der Verwaltung zu ergreifen²⁸.

Daneben werden in der Literatur **Modelle mit einem erweiterten Aufgabenbereich** beschrieben. Es handelt sich dabei um einen Typus, dem zusätzliche Befugnisse zustehen, die über seine „sanften rechtlichen Befugnisse“ hinausgehen und dazu dienen, die Rechtmäßigkeit der Verwaltung im Allgemeinen zu kontrollieren. Dazu zählen auch Ombudsleute, die Kompetenzen zur Kontrolle der Gerichtsbarkeit haben²⁹.

Insgesamt kann festgehalten werden, dass die Bedeutung des Ombudsman zu einem erheblichen Teil in der **Sonderstellung** liegt, die er im staatsrechtlichen Gefüge genießt. „Er steht gewissermaßen außerhalb der klassischen Staatsgewalten und ist zu deren Kontrolle ermächtigt; seine Befugnisse sind dabei aber so beschränkt, dass dies nicht als Störung des

Gleichgewichts der Gewalten empfunden wird. Die Hauptfaktoren seiner Wirksamkeit sind die Garantien seiner Unabhängigkeit sowie sein informelles Vorgehen, das durch seine persönliche Autorität und die Einbeziehung der Öffentlichkeit besonderen Nachdruck erhält“³⁰. Um seine Unabhängigkeit gegenüber der Exekutive abzusichern, ist regelmäßig eine mehr oder weniger enge „organisatorische Nahebeziehung des Ombudsman zum Parlament“ vorgesehen.³¹

3. Beispiele kommunaler Ombudschaften

Während der klassische Ombudsman auf nationaler Ebene tätig wird, gibt es in einzelnen Ländern – dazu zählt neben Belgien und den Niederlanden auch die Schweiz – auch Beispiele für ombudschaftliche Tätigkeiten auf kommunaler Ebene. Erwähnt sei hier die Ombudsstelle der Stadt Zürich. Deren Tätigkeit erstreckt sich auch auf die Tätigkeit des Jugendamtes.³² Die Ombudsstelle der Stadt Zürich wird vom „Beauftragten im Beschwerdeverfahren“ geleitet. Er und sein Stellvertreter werden vom Gemeinderat gewählt. Gegenstand der Kontrolle sind alle hoheitlichen Verwaltungsakte, die Privatwirtschaftsverwaltung und die Tätigkeit ausgegliederter Rechtsträger im Zuständigkeitsbereich der Stadt Zürich. Verwaltungsbehörden der Stadt unterliegen einer allgemeinen Mitwirkungs- und Unterstützungspflicht im Hinblick auf die Tätigkeit der Ombudsstelle.

Im Zuge einer Untersuchung kann der Ombudsman jederzeit von der Stadtverwaltung Auskünfte einholen, Akten beziehen und Besichtigungen vornehmen (Art. 39 Abs. 3 der Gemeindeordnung). Nach Durchführung einer Untersuchung kann der Ombudsman „in geeigneter Weise“ zu einer untersuchten Angelegenheit Stellung nehmen. Diese Stellungnahmen werden den Beteiligten, der vorgesetzten Verwal-

²⁷ Siehe dazu Haller 1982, S. 705.

²⁸ Haller 1982, S. 712 ; Franke 1999, S. 28 ff.

²⁹ Kucsko-Stadlmayer (Hg.) 2008, S. 67.

³⁰ Kucsko-Stadlmayer (Hg.) 2008, S. 70.

³¹ Kucsko-Stadlmayer (Hg.) 2008, S. 11.

³² So finden sich auf der Internetseite www.stadt-zuerich.ch/ Fallbeispiele, wie der Streit um das Recht auf Einsicht in Jugendamtsakten oder die angebliche Parteilichkeit der Fachkräfte im Sozialen Dienst für den anderen Elternteil.

tungsbehörde und nach seinem Ermessen auch weiteren Stellen zur Kenntnis gegeben (Art. 39 Abs. 2 der Gemeindeordnung).

II. Modelle ombudshaftlicher Tätigkeit in Deutschland

Trotz der allgemeinen Beliebtheit des Ombudsmans konnte sich die Ombudsmanidee in Deutschland – zumindest auf Bundesebene – in der allgemeinen Form (bisher) nicht durchsetzen. Wegen des grundrechtlich gewährten Petitionsrechts wird ein Ombudsman nicht als erforderlich angesehen. Hinzu kommt, dass wegen der umfassenden verwaltungsgerichtlichen Kontrolle ein solches Instrument nicht als notwendig erachtet wird³³. Schließlich werden angesichts der Forderung nach Unabhängigkeit und Neutralität eines Ombudsmans auch Bedenken im Hinblick auf die in Art. 79 Abs. 3 GG ausgeformte Gewaltenteilung geäußert, die eine vierte Gewalt nicht zulässt³⁴. Trotz diverser politischer Initiativen und wiederholter Forderungen aus der Literatur wurde daher in Deutschland auf der Ebene des Bundesverfassungsrechts bislang kein Ombudsman eingesetzt. Auch in der Verfassungsdiskussion im Rahmen der Wiedererlangung der deutschen Einheit konnte sich die Idee eines „Bürgeranwaltes“ nicht durchsetzen³⁵.

Allerdings hat sich in Deutschland bereichsspezifisch die Institution des „Beauftragten“ etabliert, die als „deutsche Variante“ des skandinavischen Ombudsmans bezeichnet werden kann³⁶.

1. Der Wehrbeauftragte/ Bürgerbeauftragte

Prototyp der deutschen Variante des Ombudsmans ist der **Wehrbeauftragte**. Er wird zum Schutze der Grundrechte der Soldaten und als Hilfsorgan des Bundestages bei der Ausübung der parlamentarischen Kontrolle berufen (§ 45 b GG). Das Nähere regelt das Gesetz über den Wehrbeauftragten des Deutschen Bundestages. Er ver-

fügt über Informations- und Anregungsbefugnisse (§ 3 des Gesetzes). Weisungsbefugnisse gegenüber der Bundeswehr oder den Strafverfolgungs- und Einleitungsbehörden stehen ihm nicht zu. So kann er den zuständigen Stellen „Gelegenheit zur Regelung einer Angelegenheit“ geben (§ 3 Nr. 2 des Gesetzes). Seine Wirkung liegt also weniger in den rechtlichen Befugnissen als vielmehr in der „**autoritativen Kraft des parlamentarischen Amtes der Wehrbeauftragten**“.

Diesem Modell vergleichbar sind auf der Länderebene **Bürgerbeauftragte**, die neben den Petitionsausschüssen die Bürger bei der Wahrnehmung ihrer Rechte gegenüber der Verwaltung unterstützen (Mecklenburg-Vorpommern, Rheinland-Pfalz, Thüringen). „Der Bürgerbeauftragte hat der sachlich zuständigen Stelle Gelegenheit zur Regelung einer Angelegenheit zu geben. Er hat auf eine einvernehmliche Erledigung der Angelegenheit hinzuwirken. Zu diesem Zwecke kann er eine mit Gründen versehene Empfehlung geben; sie ist auch dem zuständigen Minister zuzuleiten.“ (§ 5 Abs. 1 des Landesgesetzes über den Bürgerbeauftragten des Landes Rheinland-Pfalz).

2. Der Behindertenbeauftragte

Der Behindertenbeauftragte wird vom Bundeskabinett jeweils für die Dauer einer Legislaturperiode bestellt. Ernennung und Aufgaben sind seit dem 1. Mai 2002 durch das Gesetz zur Gleichstellung behinderter Menschen (Behindertengleichstellungsgesetz- BGG) geregelt. Es handelt sich um ein Ehrenamt. Der beauftragten Person steht ein mit hauptamtlichen Mitarbeitern besetzter Arbeitsstab zur Seite, der ihn bei der Erfüllung ihrer Aufgaben unterstützt.

Nach § 15 BGG hat der Beauftragte der Bundesregierung für die Belange behinderter Menschen die Aufgabe, darauf hinzuwirken, dass die Verantwortung des Bundes, für gleichwertige Lebensbedingungen für Menschen mit und ohne Behinderungen zu sorgen, in allen Bereichen des gesellschaftlichen Lebens erfüllt wird.

Nicht nur die vom Staat gesetzten Rahmenbedingungen, sondern allgemeine gesellschaftliche Veränderungen können erhebliche Auswirkungen auf behinderte Menschen haben. Der Be-

³³ Wolff/Bachof/Stober 2004, § 102 Rn. 28.

³⁴ Franke 1999, S. 158 m.w.N.

³⁵ Siehe dazu im Einzelnen die Hinweise bei Kruse 2007, S. 169 ff.

³⁶ Kruse 2007, S. 173.

auftragte beobachtet diese Entwicklungen, analysiert sie und greift ggf. ein.

Innerhalb der Bundesregierung nimmt der Beauftragte Einfluss auf politische Entscheidungen und begleitet aktiv die Gesetzgebung. Zur Wahrnehmung dieser Aufgabe beteiligen die Bundesministerien den Beauftragten bei allen Gesetzes-, Verordnungs- und sonstigen wichtigen Vorhaben, soweit sie Fragen der Integration von behinderten Menschen behandeln oder berühren. Im Falle negativer Folgen des geltenden Rechts setzt er sich für Änderungen ein und wirkt bei neuen Vorhaben auf die Berücksichtigung der Belange behinderter Menschen hin.

Der Beauftragte vertritt die Belange behinderter Bürgerinnen und Bürger innerhalb der Bundesregierung, d.h. er ist weder Interessenvertreter der behinderten Menschen gegen die Bundesregierung noch umgekehrt. Dies verlangt häufig eine Abwägung unterschiedlicher Positionen und beinhaltet die Aufgabe, in der öffentlichen Auseinandersetzung auch für Entscheidungen einzutreten, die hinter den Wünschen der Betroffenen zurückbleiben müssen.

Der Beauftragte informiert über die Gesetzeslage, regt Rechtsänderungen an, gibt Praxistipps und zeigt Möglichkeiten der Eingliederung behinderter Menschen in Gesellschaft und Beruf auf. Er wirbt um Solidarität und zielt mit allen Initiativen im politischen, öffentlichen und kulturellen Bereich auf die Gestaltung einer inklusiven Gesellschaft.

Der Beauftragte ist zentraler Ansprechpartner bei der Bundesregierung in allen Angelegenheiten, die behinderte Menschen berühren. Er hält engen Kontakt mit behinderten Menschen, ihren Verbänden, Selbsthilfegruppen und Organisationen. Dadurch erhält er differenzierte Kenntnisse darüber, welche Probleme, Erwartungen und Ansprüche behinderte Menschen haben.

Menschen mit und ohne Behinderungen können sich jederzeit mit Anfragen an den Beauftragten wenden. Der Beauftragte prüft dann, ob und welche Behörden, sonstige Institutionen oder Stellen zu beteiligen sind.

Der Beauftragte führt keine Rechtsberatung durch, darf nicht in schwebende Gerichts- oder Verwaltungsverfahren eingreifen und hat keine Weisungsbefugnis gegenüber Behörden. Er kann daher nicht anweisen, bestimmte Entschei-

dungen abzuändern oder zu treffen, kann aber im Einzelfall um erneute Prüfung des Sachverhalts bitten.

3. Der Patientenbeauftragte

Das Amt des Beauftragten wurde mit dem Gesetz zur Modernisierung der Gesetzlichen Krankenversicherung (GMG) zum 1. Januar 2004 eingeführt.

Amt, Aufgabe und Befugnisse der oder des Beauftragten der Bundesregierung für die Belange der Patientinnen und Patienten werden in § 140 h SGB V wie folgt näher erläutert:

„(1) Die Bundesregierung bestellt eine Beauftragte oder einen Beauftragten für die Belange der Patientinnen und Patienten. Der beauftragten Person ist die für die Erfüllung ihrer Aufgabe notwendige Personal- und Sachausstattung zur Verfügung zu stellen. Das Amt endet, außer im Falle der Entlassung, mit dem Zusammentreten eines neuen Bundestages.

(2) Aufgabe der beauftragten Person ist es, darauf hinzuwirken, dass die Belange von Patientinnen und Patienten besonders hinsichtlich ihrer Rechte auf umfassende und unabhängige Beratung und objektive Information durch Leistungserbringer, Kostenträger und Behörden im Gesundheitswesen und auf die Beteiligung bei Fragen der Sicherstellung der medizinischen Versorgung berücksichtigt werden. Sie setzt sich bei der Wahrnehmung dieser Aufgabe dafür ein, dass unterschiedliche Lebensbedingungen und Bedürfnisse von Frauen und Männern beachtet und in der medizinischen Versorgung sowie in der Forschung geschlechtsspezifische Aspekte berücksichtigt werden.

(3) Zur Wahrnehmung der Aufgabe beteiligen die Bundesministerien die beauftragte Person bei allen Gesetzes-, Verordnungs- und sonstigen wichtigen Vorhaben, soweit sie Fragen der Rechte und des Schutzes von Patientinnen und Patienten behandeln oder berühren. Alle Bundesbehörden und sonstigen öffentlichen Stellen im Bereich des Bundes unterstützen die beauftragte Person bei der Erfüllung der Aufgabe.“

In der Begründung zum Gesetzentwurf wird u.a. ausgeführt, dass mit der Einrichtung des Amtes auf Bundesebene den Anliegen der Patientinnen und Patienten Rechnung getragen wird³⁷. Der

Gesetzestext ist den Vorschriften über den Beauftragten der Bundesregierung für die Belange behinderter Menschen nachgebildet und enthält darüber hinaus konkrete Antrags- und Beteiligungsrechte.

Die beauftragte Person soll in unabhängiger und beratender Funktion darauf hinwirken, dass die Belange der Patienten in allen relevanten gesellschaftlichen Bereichen beachtet werden. Sie soll die **Weiterentwicklung der Patientenrechte unterstützen und Sprachrohr für Patienteninteressen in der Öffentlichkeit** sein. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der Einhaltung und Berücksichtigung von

- II Informations- und Beratungsrechten durch Leistungserbringer, Kostenträger und Behörden im Gesundheitswesen und
- II Beteiligungsrechten der Patientenorganisationen bei Fragen der Sicherstellung der medizinischen Versorgung.

Das Amt ist nicht mit hoheitlichen Verwaltungskompetenzen ausgestattet, sondern dient der politischen Geltendmachung der Interessen von Patientinnen und Patienten.

4. Zentrale Schlichtungsstelle bei der Bundesrechtsanwaltskammer

Längst wird die ursprünglich für öffentlich-rechtliche Beziehungen konzipierte Idee der Ombudschaft auch bei der Klärung und Schlichtung privatrechtlicher Streitfragen genutzt³⁷. Als Beispiel für eine ombudsschaftliche Tätigkeit im Bereich des Bürgerlichen Rechts soll die Tätigkeit der Zentrale Schlichtungsstelle bei der Bundesrechtsanwaltskammer beschrieben werden. Auf der Grundlage des Gesetzes zur Modernisierung von Verfahren im anwaltlichen und notariellen Berufsrecht, zur Errichtung einer Schlichtungsstelle der Rechtsanwaltschaft sowie zur Änderung sonstiger Vorschriften vom 30. Juli 2009 (BGBl. I S. 2449) wurde bei der Bundesrechtsanwaltskammer eine unabhängige Stelle zur Schlichtung von Streitigkeiten zwischen Mitgliedern von Rechtsanwaltskammern und deren Auftraggebern eingerichtet. Damit können Rechtssuchende Streitigkeiten bis 15.000 € ver-

einfach beilegen, ohne die Gerichte anzurufen. Die gesetzliche Schlichtungsstelle unterscheidet sich von den bisher von der Rechtsanwaltschaft freiwillig eingerichteten Ombudsstellen dadurch, dass auf Empfehlung der Europäischen Kommission die Unabhängigkeit verbessert werden soll, indem der Einzelschlichter nicht Rechtsanwalt, Angestellter von Rechtsanwaltskammern oder Anwaltsvereinen sein darf. Besteht die Schlichtungsstelle aus einem Kollegialorgan, dürfen die erwähnten Anwaltszugehörigen nicht in der Mehrheit sein.

Auch dieses Modell, das – wie andere Schlichtungsstellen – die Rechtsbeziehungen zwischen privaten Bürgern betrifft, ist zentral organisiert und konzentriert sich auf die nachträgliche Klärung von Streitfragen.

5. Zwischenbilanz

Ausgehend vom Wehrbeauftragten als der deutschen Variante des Ombudsman haben sich in den letzten Jahrzehnten in Deutschland verschiedene Formen öffentlich-rechtlicher Beauftragter entwickelt³⁹. Die Idee der Ombudschaft hat auch Einzug in die Wirtschaft gehalten und wird als Instrument des Verbraucherschutzes verwendet.

Das verstärkte Auftreten von Beauftragten wird als Anzeichen dafür gesehen, dass der Staat immer weniger als homogene, gleichförmig strukturierte Institution in Erscheinung tritt, sondern „in sehr unterschiedlichen institutionellen Gewändern handelt“. Allerdings werden mit der Etablierung diverser Beauftragter auch Erwartungen geweckt, die angesichts der begrenzten Befugnisse im Einzelfall häufig enttäuscht werden (müssen)⁴⁰.

Auf die Kinder- und Jugendhilfe sind diese Modelle nicht ohne weiteres übertragbar, weil sie zum einen in aller Regel zentral organisiert sind und zum anderen auf den Schriftverkehr konzentriert sind. Eine zeitnahe und niederschwellige Beratung Hilfe suchender Personen im Hinblick auf die weitere Gestaltung eines aktuellen

³⁷ Bundestagsdrucksache 15/1525 S. 133.

³⁸ Siehe dazu Hippel 2000.

³⁹ Siehe dazu die Übersicht bei Kruse 2007, S. 30, die bis zu Ruhebeauftragten und Fahrradbeauftragten reicht.

Hilfeprozesses mit dem zuständigen Jugendamt und/oder dem Leistungserbringer erscheint hier nicht möglich.

D. Ombudschaft in der Kinder- und Jugendhilfe

I. Aufgabenspektrum und rechtlicher Rahmen

1. Aufgaben

Zu klären sind zunächst die Aufgaben, die von einer ombudtschaftlichen Beschwerde- und Beratungsstelle im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe wahrgenommen werden sollen bzw. im Einklang mit den jeweils maßgeblichen Rechtsvorschriften wahrgenommen werden können. Dabei ist zunächst (noch einmal) die Funktion einer solchen Beschwerde- und Beratungsstelle im Rahmen der Kinder- und Jugendhilfe in den Blick zu nehmen. Der wesentliche Grund für die regelhafte Einrichtung von Ombuds- und Beschwerdestellen in der Kinder- und Jugendhilfe wird in der Asymmetrie zwischen den Hilfesuchenden Personen und den Fachkräften (bei öffentlichen und freien Trägern) gesehen. Im Regelfall seien die Klienten den Fachkräften im Hinblick auf den sozialen Status sowie das sprachliche und intellektuelle Vermögen unterlegen.⁴¹

Die **kompensatorische Funktion** ist schon immer die klassische Aufgabe der Ombudschaft. In erster Linie ging es um Defizite im Gesetzesvollzug, also um Defizite bei der Umsetzung des Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Beschwerde- und zugleich Prüfungsthema des Ombudsmann waren und sind Verwaltungsmissstände i.w.S.⁴² Dem entspricht die „Beanstandungspraxis“, also im Falle eines festgestellten Missstands das betreffende Organ zu beanstanden und ihm eine Empfehlung zu erteilen.⁴³ Dieser – auf die Klärung behördlichen Fehlverhaltens im Einzelfall bezogenen – Aufgabe steht die Aufgabe gegenüber, strukturelle Defizite auszugleichen, wie dies etwa in der Einrichtung von Gleichstellungs-, Behinderten- Patienten- oder Kinderbeauf-

tragten in Deutschland zum Ausdruck kommt.⁴⁴

Für die Tätigkeit von Ombuds- und Beschwerdestellen im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe werden (nach dem Vorbild bestehender Initiativen) **folgende Aufgaben** diskutiert:

- II Information über die Rechtsgrundlagen im allgemeinen und im konkreten Einzelfall
- II Beurteilung des Handelns des Jugendamtes oder des Leistungserbringers
- II Vermittlung zwischen unterschiedlichen Auffassungen der am Rechtsverhältnis beteiligten Parteien
- II Schlichtung in Streitfragen
- II Unterstützung der Leistungsberechtigten im Verwaltungs- oder gerichtlichen Verfahren

Während **Information und Beratung** sich „nur“ an die ratsuchende Person richten, gehen **Vermittlung und Schlichtung** darüber hinaus und beziehen auch diejenigen Personen und Institutionen mit ein, mit der sich die ratsuchende Person im Streit befindet. Eine Beratung hinsichtlich der gerichtlichen Durchsetzung von Rechten bezieht sich wiederum nur auf die Person, die sich in ihren Rechten durch die andere Partei verletzt fühlt und hat damit bereits eine anwaltliche Funktion.

Zudem ist eine **unterschiedliche Ausgestaltung der Schlichterfunktion** denkbar. Je nach Ausgestaltung kann der Vorschlag des Schlichters für die Streitparteien verbindlich oder unverbindlich sein. Soll also die Schlichtung in der 1. Alternative zum Erfolg führen, so muss sichergestellt sein, dass sich beide „Parteien“ dem Schlichterspruch unterwerfen. Aber auch in der schwächeren Variante muss sichergestellt sein, dass das streitige Verfahren ausgesetzt wird und der Schlichtung Raum lässt.

Zu den Instrumenten der Vermittlung und Schlichtung zählt auch die **Mediation**, ein strukturiertes freiwilliges Verfahren zur konstruktiven Beilegung eines Konflikts. Die Konfliktparteien suchen mit Unterstützung einer dritten „allparteilichen“ Person (dem *Mediator*) einvernehmliche Rege-

⁴⁰ Kruse 2007, S. 29 ff.

⁴¹ Urban-Stahl 2011, S. 9 f.; siehe auch Haller 1982, S. 716.

⁴² Wimmer 1984, S. 284.

⁴³ Wimmer 1984, Fn. 40.

⁴⁴ Siehe dazu Kruse 2008, S. 119 ff.

lungen, die ihren Bedürfnissen und Interessen dienen. Der Mediator trifft dabei keine eigenen Entscheidungen in der Sache, sondern unterstützt die Parteien dabei, die strittigen Themen und Streitpunkte zu identifizieren sowie Lösungsoptionen zu erarbeiten. Inzwischen ist im privatrechtlichen Bereich die Familienmediation – insbesondere in Trennungs- und Scheidungsverfahren – neben dem so genannten Täter-Opfer-Ausgleich der größte Anwendungsbereich der Mediation in Deutschland und hat auch Eingang in das familiengerichtliche Verfahren gefunden (§ 156 Abs. 1 Satz 3 FamFG). Auch im öffentlich-rechtlichen Bereich haben sich mediative Verfahren inzwischen etabliert⁴⁵.

Mediatoren dürfen kein eigenes Interesse an einem bestimmten Konfliktausgang haben. Es ist ihre Aufgabe, einen Konflikt ergebnisoffen zu mediieren. Sie müssen deshalb neutral und unparteilich sein. Da sie sich aber für die Interessen und Belange aller Konfliktparteien einsetzen, sind sie „allparteilich“. Wollen Mediatoren nicht in Gefahr geraten, ihre **Allparteilichkeit** und das unter anderem damit zusammenhängende Vertrauen der Parteien auf Spiel zu setzen, dürfen sie zu den Parteien nicht gleichzeitig in einem Beratungskontext stehen.⁴⁶ So verbietet es die der Mediation eigene Neutralitätsverpflichtung, dass ein Rechtsanwalt in einem Fall mediiert, mit dem er zuvor als Anwalt befasst war. Ebenso ist eine anwaltliche Tätigkeit nach der Mediation unter dem Gesichtspunkt der Verschwiegenheitspflicht und des Verbots der Wahrnehmung widerstreitender Interessen ausgeschlossen, es sei denn, der Anwalt würde im gemeinsamen Interesse und Auftrag aller an der Mediation beteiligten Parteien tätig.

Zudem geht das Konzept der Mediation von einem (herstellbaren) **Machtgleichgewicht** beider Partner aus. Falls dauerhaft keine Machtbalance zwischen den Konfliktpartnern erreicht wird und der/die Mediator/in zur Überzeugung kommt, dass eine/r der Partner/innen in der Mediation nicht für sich einstehen kann, muss er/sie die Mediation beenden⁴⁷.

Dem Einsatz der Mediation im Rahmen einer

ombudtschaftlichen Beratungs- und Schlichtungstätigkeit im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe sind deshalb enge Grenzen gesetzt

- II im Hinblick auf den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung – insbesondere dann, wenn der Behörde im Rahmen der Entscheidungsfindung kein Ermessen zusteht,
- II vor allem aber im Hinblick auf die strukturelle Machtasymmetrie zwischen Hilfe suchenden Personen und Behörde.

Wenn schließlich von einer „ombudtschaftlichen Beratungs- und **Beschwerdestelle**“ – wie im Gutachtenauftrag – die Rede ist, dann gilt es auch, die unterschiedlichen Ausgestaltungsmöglichkeiten einer Beschwerdeinstanz in den Blick zu nehmen.

Den Ausgangspunkt bildet dabei zunächst der **Begriff „Beschwerde“**. Während er im rechtlichen Kontext einen Behelf gegen Entscheidungen, Beschlüsse und Maßnahmen einer Behörde oder eines Gerichts bezeichnet, wird in der Betriebswirtschaft darunter eine negative Äußerung von Kunden, Lieferanten oder anderen Geschäftspartnern verstanden. Solchen Beschwerden soll durch ein Beschwerdemanagement begegnet werden, um auf diese Weise die Zufriedenheit des Beschwerdeführers wieder herzustellen und gefährdete Kundenbeziehungen zu stabilisieren.

Legt man die in der Betriebswirtschaft entwickelte Begriffsdefinition zugrunde, wie sie auch in der fachpolitischen Diskussion zur Etablierung ombudtschaftlicher Strukturen in der Kinder- und Jugendhilfe verwendet wird⁴⁸, so fügt sich diese Aufgabe ohne weiteres in ein Gesamtkonzept ein, das der neuen Institution keine mit den bereits etablierten Strukturen der Kontrolle öffentliche Verwaltung konkurrierende Funktion einräumt.

Zu prüfen ist schließlich, ob und inwieweit sich auch eine **Unterstützung der Leistungsberechtigten im Verwaltungs- oder gerichtlichen Verfahren** (noch) mit den Aufgaben der Beratung und Schlichtung vereinbaren lässt. Der Begriff

⁴⁵ Siehe dazu unter 2.

⁴⁶ Trenczek u.a. 2008, S. 170 ff.

⁴⁷ So zum Beispiel Nr. 2.3.6. der Richtlinien der BAFM für die Mediation in Familienkonflikten vom 16. November 2008.

„Unterstützung“ lässt dabei offen, ob damit Informationen über das Verfahren und die Vermittlung fachkundiger Anwälte gemeint sind, oder eine anwaltschaftliche Vertretung durch die Ombudsstelle selbst.

Eine gesetzlich normierte ombudschaftliche Beratungs- und Beschwerdestelle ist als staatliches Organ einer der Staatsgewalten zuzuordnen. Eine solche Zuordnung ist im Hinblick auf das Gewaltenteilungsprinzip (Art. 79 Abs. 3 GG) geboten, das eine Dreiteilung in gesetzgebende, vollziehende und rechtsprechende Gewalt vorsieht. Frei schwebende Institutionen zwischen bzw. neben den drei Staatsfunktionen darf es nicht geben⁴⁹. So wird der Ombudsmann als Hilfsorgan, das sowohl zum Schutz der Grundrechte wie auch zur Verstärkung der parlamentarischen Kontrolle die Organe der rechtsprechenden und vollziehenden Gewalt einer Aufsicht unterzieht, der Legislative zugeordnet.⁵⁰ Bei den Modellen der Beauftragten wird hinsichtlich der Staatsfunktionen nach Parlamentsbeauftragten und Exekutivbeauftragten unterschieden.⁵¹

Von ihrer Aufgabenstellung her dürfte eine ombudschaftliche Beratungs- und Beschwerdestelle in der Kinder- und Jugendhilfe entweder der Gesetzgebung oder der Verwaltung zuzuordnen sein. In beiden Fällen ist eine (aktive) Unterstützung der Leistungsberechtigten im Verwaltungs- oder gerichtlichen Verfahren mit der Aufgabenstellung nicht vereinbar. Agiert die Beratungs- und Beschwerdestelle als Hilfsorgan des Parlaments, dann kann sie nicht gleichzeitig die Interessen von Einzelpersonen in gerichtlichen Verfahren vertreten. Wird sie als Organ der vollziehenden Gewalt tätig, so kann sie – im Hinblick auf den Grundsatz der Einheit der Verwaltung – nicht gleichzeitig – Einzelinteressen gegenüber der Verwaltung und damit Kontrollaufgaben gegenüber der Verwaltung wahrnehmen bzw. kommt in Konflikt mit den bereits etablierten Formen der Selbst- und Fremdkontrolle. Dem kann auch nicht die angebliche Unabhängigkeit einer solchen Institution entgegengehalten

werden. So ist etwa der Wehrbeauftragte zugleich Subjekt und Objekt parlamentarischer Kontrolle, der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit untersteht der Rechtsaufsicht der Bundesregierung und der Dienstaufsicht des Bundesministers des Innern.⁵² Eine rechtliche Vertretung von Leistungsberechtigten in einem Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren durch eine als staatliches Organ gesetzlich verankerte ombudschaftliche Beratungs- und Schlichtungsstelle scheidet daher aus. Andererseits kann man einer solchen Stelle die Vertretung von Einzelinteressen nicht grundsätzlich verwehren, hat doch etwa die Stellung des Ombudsmans ihre Wurzel im Petitionsrecht. Damit wird eine solche Stelle aufgrund eines Ersuchens einzelner Personen tätig. Zu ihrer Aufgabe gehört es deshalb, die Interessen des Leistungsberechtigten im Verfahren vorzutragen und seine Position zu verdeutlichen, nicht aber gleichzeitig das Verwaltungshandeln rechtlich zu bewerten bzw. dagegen Rechtsmittel einzulegen.

Soll die ombudschaftliche Beratungs- und Beschwerdestelle als Mediator tätig werden, so kommt eine solche Tätigkeit nur in Betracht, wenn vorab keine Beratung des Leistungsberechtigten seitens der Stelle erfolgt ist.

Ob und inwieweit die einzelnen Aufgaben einer Ombuds- und Beschwerdestelle einer (bundes-) rechtlichen Regelung zugänglich sind, kann im Übrigen nicht abstrakt, sondern nur im Hinblick auf die betroffenen Rechtsverhältnisse und die dort maßgeblichen Strukturprinzipien beantwortet werden.

2. Das Sozialrechtsverhältnis

Der Schwerpunkt für den Einsatz einer Ombudschaft in der Kinder- und Jugendhilfe liegt – wie dies bereits im Gutachtenauftrag und den bisherigen Praxismodellen zum Ausdruck kommt – in der Unterstützung und Begleitung leistungsberechtigter Personen in einem Verwaltungsverfahren, das ansatzweise im SGB I und X geregelt ist und im Hinblick auf den Leistungsinhalt – namentlich die Hilfe zur Erziehung – im SGB VIII

⁴⁸ Siehe dazu Urban-Stahl 2011, S. 9.

⁴⁹ Kruse 2007, S. 215.

⁵⁰ Franke 1999, S. 112.

⁵¹ Kruse 2007, S. 84 ff.

⁵² Kruse 2007, S. 223.

besonders ausgestaltet ist (§§ 36, 37). Im Mittelpunkt steht die Gewährung und Erbringung einer Sozialleistung, also die **Begründung und Ausgestaltung eines Sozialrechtsverhältnisses** mit bestimmten Rechten und Pflichten für Leistungsträger und Leistungsberechtigte⁵³.

Im Hinblick auf das Sozialrechtsverhältnis sind Information und Beratung potentiell leistungsberechtigter Personen bereits jetzt in allgemeiner Form gesetzlich geregelt (§§ 13 ff. SGB I).

Vermittlung und Schlichtung werden in diesen Vorschriften jedoch nicht thematisiert. Es handelt sich dabei um Kategorien aus dem Bereich des Zivilrechts, also aus Rechtsverhältnissen, in denen sich die „streitenden Parteien“ im Verhältnis der Gleichordnung gegenüberstehen und über ihre Rechte bzw. deren Ausübung (in gewissem Umfang) disponieren können.

Das Sozialrechtsverhältnis ist aber als öffentlich-rechtliches Leistungsverhältnis ausgestaltet. Dabei ist die öffentliche Verwaltung im Rahmen des Rechtsstaatsprinzips an „Recht und Gesetz“ gebunden (Art. 20 Abs. 3 GG). Dies bedeutet aber andererseits nicht, dass damit der öffentlichen Verwaltung keine Handlungsspielräume eröffnet wären. So sind unbestimmte Rechtsbegriffe, von denen das Achte Buch Sozialgesetzbuch geprägt ist, sowie die prozesshafte, interaktive Gestaltung personenbezogener sozialer Dienstleistungen wie der Hilfe zur Erziehung („Koproduktion“) offen für Verfahren der Vermittlung und Schlichtung. Insgesamt zeichnet sich in den letzten Jahren eine Tendenz zum stärkeren Einsatz von Mediation in verschiedenen Sparten des Verwaltungsrechts ab⁵⁴, deren Einsatz in der Kinder- und Jugendhilfe aber im Hinblick auf die strukturelle Machtasymmetrie an Grenzen stößt.

Auch Bürgerbeauftragte in den Ländern haben in Konflikten von Bürgern mit Behörden „auf eine einvernehmliche Regelung hinzuwirken“. Damit kann die Forderung nach der Etablierung von Verfahren zur Vermittlung und Schlichtung im öffentlichen Recht nicht (mehr) als unvereinbar mit dem Rechtsstaatsprinzip bezeichnet werden⁵⁵.

Allerdings wird dem Schlichtungs- bzw. Vermitt-

lungsergebnis, das sich sowohl auf die Rechtmäßigkeit wie auf die Zweckmäßigkeit des Verwaltungshandelns beziehen kann, keine rechtliche Verbindlichkeit für das Jugendamt als kommunale Behörde zuerkannt werden können, weil damit die Behörde an die Entscheidung einer anderen Instanz gebunden wäre, die weder vorgesetzte Behörde noch gerichtliche Kontrollinstanz ist. Eine entsprechende Ausgestaltung des Schlichtungsverfahrens wäre als (unzulässiger) Eingriff in die kommunale Selbstverwaltung zu bewerten.

Entsprechendes gilt auch für die Ausgestaltung als **Beschwerdestelle**. Sofern der Begriff „Beschwerde“ in dem Sinn verstanden wird, dass es hier nicht um die Kontrolle öffentlicher Verwaltung in einem förmlichen Verfahren, sondern um die Artikulierung von Rechten der Leistungsberechtigten mit dem Ziel der Vermittlung und Schlichtung geht, steht die Wahrnehmung dieser Aufgabe nicht im Konflikt mit der Tätigkeit anderer Behörden oder Gerichte.

Anders als die klassischen Modelle der Kontrolle öffentlicher Verwaltung soll die Ombudsstelle nicht nachträglich das Verhalten des Jugendamtes als Behörde der öffentlichen Verwaltung im Hinblick auf seine Recht- und Zweckmäßigkeit beurteilen, sondern auf den Ablauf des Verfahrens selbst Einfluss nehmen und auf diese Weise die geschilderte Machtasymmetrie zwischen leistungsberechtigter Person und Jugendamt ausgleichen. Damit müssen der Ombudsstelle jedenfalls Verfahrensrechte eingeräumt werden, wie das **Recht auf Anhörung** im jeweiligen Verwaltungsverfahren.

Eine besondere Herausforderung für die Gestal-

⁵³ Wiesner 2011, SGB VIII vor § 11 Rn. 17 ff.; Münder u.a. 2009, FK-SGB VIII Anh. Rn. 15 ff.

⁵⁴ Zur Mediation im Verwaltungsrecht siehe Ortloff 2004, S. 384; Bloch 2010, S. 135 sowie Stumpf 2006. Siehe dazu aus jüngster Zeit den Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung (BT-Dr. 17/ 5335) vom 1.4.2011.

⁵⁵ Einen Schub hat die Debatte auch durch die Leitentscheidung des BVerfG zum Vorrang einvernehmlicher Lösungen gegenüber einer richterlichen Streitentscheidung erhalten (BVerfG v. 14.2.2007-1 BvR 1351/01).

tung eines Vermittlungs- bzw. Schlichtungsverfahrens zwischen leistungsberechtigter Person und dem Jugendamt ergibt sich aus der **Dynamik des Hilfeprozesses**, die ein hohes Maß an Kooperationsfähigkeit und Kooperationsbereitschaft bei den Leistungsadressaten voraussetzt. Meinungsverschiedenheiten und Konflikte zwischen den leistungsberechtigten Personen und der „Fall führenden Fachkraft“ können dementsprechend in jedem Stadium des Verfahrens – von der ersten Kontaktaufnahme über regelmäßige Hilfeplangespräche bis hin zur Verständigung über die Beendigung einer Hilfe wegen des Erreichens bzw. der Nichterreichbarkeit der Hilfeziele – auftreten. Um die Hilfekontinuität zu sichern bzw. nicht zu gefährden muss die Ombudsstelle schnell erreichbar sein. Eine längere Störung oder Unterbrechung des Hilfeprozesses kann zu gravierenden Belastungen für die Entwicklung des Kindes oder Jugendlichen führen. Anders als bei den bisher praktizierten Modellen der Ombudschaft oder des Beauftragtenwesens werden daher neben schriftlichen Äußerungen sehr häufig mündliche Stellungnahmen und Einlassungen den Verfahrensablauf prägen.

Damit kann eine Ombudschaft im Hinblick auf das Sozialrechtsverhältnis beratende und schlichtende, d.h. auf einvernehmliche Lösungen zielende Funktionen übernehmen, die aber keine rechtliche Bindungswirkung für die Verwaltung entfalten.

3. Das privatrechtliche Betreuungsverhältnis

Auslöser für Meinungsverschiedenheiten und Konflikte kann auch die privatrechtliche Rechtsbeziehung zwischen Leistungserbringer und leistungsberechtigter Person sein. Dieses Rechtsverhältnis ist in der Kinder- und Jugendhilfe bis heute vollkommen unterentwickelt. Im Hinblick auf den Schutz der zu betreuenden Kinder und Jugendlichen erscheint es angezeigt, jedenfalls für die Betreuung im stationären Setting gesetzliche Vorgaben zur Vertragsgestaltung nach dem Vorbild des Wohn- und Betreuungsvertragsrechts zu entwickeln, wie es für die stationäre Betreuung alter und behinderter Menschen zur Anwendung kommt⁵⁶. Gegenstand der vertragli-

chen Vereinbarung zwischen der leistungsberechtigten Person und dem Träger der Einrichtung könnten Verfahren zur Vermittlung und Schlichtung bei Meinungsverschiedenheiten über die Leistungsabwicklung sein.

Unabhängig von bzw. im Vorgriff zu einer gesetzlichen Regelung über die Vertragsgestaltung und die Instrumente der Streitschlichtung im privatrechtlichen Verhältnis zwischen Leistungserbringer und Eltern sollte eine gesetzliche Regelung über die Aufgaben einer ombudschaftlichen Beratungs- und Beschwerdestelle auch deren Zuständigkeit für Information, Beratung, Vermittlung und Schlichtung im Hinblick auf das privatrechtliche Betreuungsverhältnis regeln. Auch insoweit gelten – wie in den öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnissen – die Grundsätze der Neutralität und Unabhängigkeit, eine parteiliche bzw. anwaltschaftliche Interessenvertretung vor, während oder nach einer Vermittlung bzw. Schlichtung ist ausgeschlossen.

Nachdem der Gesetzgeber im Rahmen des Bundeskinderschutzgesetzes, das am 1.1.2012 in Kraft getreten ist, die Einrichtung von Beteiligungs- und Beschwerdeverfahren zur Voraussetzung für die Erteilung der Betriebserlaubnis gemacht hat (§ 45 Abs. 2 Satz 2 Nr.3 SGB VIII) und zudem den Trägern von Einrichtungen einen Rechtsanspruch auf Beratung bei der Entwicklung und Anwendung fachlicher Handlungsleitlinien zu Verfahren der Beteiligung von Kindern und Jugendlichen an strukturellen Entscheidungen in der Einrichtung sowie zu Beschwerdeverfahren in persönlichen Angelegenheiten einräumt (§ 8b Abs. 2 SGB VIII), besteht im Hinblick auf Kinder und Jugendliche in (erlaubnispflichtigen) Einrichtungen bereits jetzt eine Verpflichtung zur Etablierung entsprechender Beteiligungs- und Beschwerdeverfahren⁵⁷. Dabei enthält das Gesetz keine näheren Aussagen, ob die Beratungs- und Beschwerdemöglichkeiten einrichtungsintern bzw. einrichtungsbezogen oder einrichtungsunabhängig zu etablieren sind. Obwohl im Zuge der Diskussion um sexualisierte Gewalt in Einrichtun-

⁵⁶ Gesetz zur Regelung von Verträgen über Wohnraum mit Pflege- oder Betreuungsleistungen (Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz – WBVG) vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2319).

gen in den letzten Jahren vielerorts einrichtungsinterne Beschwerdesysteme etabliert worden sind, hat die Nähe zur Einrichtung sowohl Vorteile als auch Nachteile. Einerseits eröffnet sie einen leichten Zugang für Kinder und Jugendliche, andererseits ist eine solche Ombudsstelle der Gefahr ausgesetzt, sich in Loyalitätskonflikte mit den Kolleginnen und Kollegen in der Einrichtung zu verstricken⁵⁸ und auf diese Weise nicht das notwendige Vertrauen seitens der in der Einrichtung lebenden Kinder und Jugendlichen zu gewinnen. Aus rechtlicher wie aus fachlicher Sicht sind daher grundsätzlich beide Optionen grundsätzlich geeignet. Wünschenswert wäre ein zweistufiges Modell, das einrichtungsinterne Beschwerdemöglichkeiten eröffnet und alternativ oder ergänzend den Zugang zu einrichtungsunabhängigen Beschwerdestellen ermöglicht.

II. Die Organisation einer Ombudsstelle im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe

1. Anbindung an vorhandene Strukturen

Grundsätzlich bieten sich für die Organisation einer Ombudsstelle im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe zwei Optionen an,

- II die Zuweisung der Funktionen der Ombudschaft zu einer bereits bestehenden Institutionen, wie z.B.
 - Widerspruchsbehörden im Rahmen des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens
 - Verwaltungsgerichten
 - Schiedsstellen
 - Verfahrensbeiständen
 - Jugendhilfeausschüssen **oder**
- II Etablierung einer neuen Institution.

a) Widerspruchsbehörde im Rahmen des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens

Nach § 68 VwGO geht dem Verfahren vor den Verwaltungsgerichten ein behördliches Vorverfahren voraus.

Das Vorverfahren dient der nochmaligen Über-

prüfung einer behördlichen Entscheidung durch eine Stelle der Verwaltung. Es gibt der Verwaltung die Chance, ihre eigene Entscheidung vor einer gerichtlichen Überprüfung noch einmal selbst zu überdenken. Das Vorverfahren dient aber auch dem Bürger. Er kann durch ein Vorverfahren auch einen unzumutbaren rechtmäßigen Verwaltungsakt angehen, während er bei einer gerichtlichen Überprüfung nur die Widerrechtlichkeit des Verwaltungsaktes anführen kann. Auch die Entlastung der Gerichte wird bezweckt. Hilft die Ausgangsbehörde dem Widerspruch nicht ab, so entscheidet die Widerspruchsbehörde. Die Widerspruchsbehörde ist regelmäßig die der Abhilfebehörde vorgesetzte Behörde. Die Widerspruchsbehörde ist in Selbstverwaltungsangelegenheiten der Gemeinden und Kreise mit der Ausgangsbehörde identisch, wenn nicht der Landesgesetzgeber etwas Abweichendes bestimmt. In einigen Bundesländern entscheiden an Stelle der Widerspruchsbehörden auch kollegial besetzte Ausschüsse oder Beiräte. In mehreren Bundesländern ist das Widerspruchsverfahren allerdings inzwischen abgeschafft.

Für die Anbindung ombudtschaftlicher Funktionen erscheint die Widerspruchsbehörde nicht geeignet. Zum einen ist sie ein Instrument der nachträglichen Kontrolle einer Verwaltungsentscheidung, keine Form der Beteiligung im laufenden Verwaltungsverfahren. Hinzukommt, dass die zu etablierende Ombudsstelle auch in privatrechtlichen Rechtsverhältnissen (Leistungsberechtigter/Kind/Jugendlicher – Leistungserbringer) vermitteln soll. Diese Aufgabe kann aber nicht einer Behörde der öffentlichen Verwaltung anvertraut werden.

b) Verwaltungsgerichte

Analog zur Aufgabenerweiterung der Familiengerichte, die neben der Streitentscheidung immer mehr auch die Aufgabe übernommen haben, Einvernehmen zwischen den Streitparteien herzustellen, könnte auch in Betracht gezogen werden, in den Verwaltungsgerichten eine streitschlichtende Funktion zu erkennen, wie dies z. T. bereits im Rahmen verwaltungsgerichtlicher Mediation geschieht⁵⁹. Dabei ist jedoch zu bedenken, dass das Aufgabenspektrum der Kinder- und Jugendhilfe nur ein relativ klei-

⁵⁷ Da das Gesetz keine Übergangsvorschriften für Einrichtungen enthält, denen bereits eine Erlaubnis erteilt worden ist, gelten die neuen Regelungen nur für neue Einrichtungen.

⁵⁸ Mund 2011, S. 161 und 166.

ner Bereich in der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte ist, die zudem für größere Einzugsbereiche als die örtlichen Jugendämter zuständig sind. Zudem liegt das Schwergewicht bei den Konflikten, die in einer Ombudsstelle zu bearbeiten sind, in fachlichen Fragen, die den rechtlichen vorgelagert sind, und damit nicht zum Aufgabenspektrum der Richterinnen und Richter gehören.

c) Schiedsstellen

Nach den Vorbildern im SGB XI und SGB XII sind zur Entscheidung über Streitfragen zwischen den Trägern der öffentlichen Jugendhilfe und den Trägern von Einrichtungen, in denen stationäre Hilfen erbracht werden (§ 78 a), in der Kinder- und Jugendhilfe paritätisch zusammengesetzte sachkundige Schiedsstellen eingerichtet worden. Schiedsstellen sind also Gremien, in denen öffentliche und freie Träger zusammenarbeiten, und die zudem über eine fachliche Expertise im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe verfügen. Für Aufgaben der Ombudschaft kommen sie aber deshalb kaum in Betracht, weil sie (nur) landesbezogen, nicht ortsbezogen tätig sind. Zudem stehen in ihrer Aufgabenstellung bisher strukturelle Fragen im Verhältnis zwischen öffentlichen und freien Trägern, nicht individuelle Bedarfe im Fokus.

d) Verfahrensbeistand

Der Verfahrensbeistand (früher Verfahrenspfleger) vertritt das Kindesinteresse in familiengerichtlichen Verfahren, agiert also in erster Linie in Konstellationen, in denen das Interesse des Kindes zu dem seiner gesetzlichen Vertreter in erheblichem Gegensatz steht (§ 158 FamFG). Damit erfasst seine Tätigkeit nur ein kleineres Spektrum der Konstellationen, in denen ombudschaftliche Beratungs- und Beschwerdestellen zum Einsatz kommen. Hinzu kommt, dass die Finanzierung des Verfahrensbeistands einzelfall- und verfahrensbezogen erfolgt (§ 58 Abs. 7 FamFG). Schließlich bedürften Verfahrensbeistände zu-

sätzlicher Qualifikationen im Hinblick auf die öffentlich-rechtlichen Beziehungen zwischen Eltern/Kind bzw. Jugendlichen und Jugendamt.

e) Jugendhilfeausschuss

Nach der Tradition des Jugendwohlfahrtsgesetzes ist das Jugendamt in Deutschland (bis heute) zweigliedrig organisiert. Der Verwaltung des Jugendamtes steht der Jugendhilfeausschuss gegenüber. Während der Verwaltung des Jugendamtes die Geschäfte der laufenden Verwaltung im Bereich der öffentlichen Jugendhilfe zugewiesen sind, befasst sich der Jugendhilfeausschuss mit den Grundsatz- und Strukturfragen der öffentlichen Jugendhilfe (§§ 70, 71 SGB VIII). Mit seiner Zusammensetzung – zwei Fünftel der stimmberechtigten Mitglieder werden von der freien Jugendhilfe bestimmt – trägt er der historisch entwickelten engen Zusammenarbeit zwischen öffentlicher freier Jugendhilfe Rechnung. Dieses Gremium verfügt nicht nur über fachpolitische Kompetenzen, es ist darüber hinaus ortsbezogen organisiert und repräsentiert sowohl die öffentliche als auch die freie Jugendhilfe.

Allerdings könnte der Ausschuss die Tätigkeit nicht selbst übernehmen. Ihm könnte aber die **Aufsicht über die Ombudsstelle** übertragen werden, die sowohl für Streitfragen in öffentlich-rechtlichen als auch in privatrechtlichen Rechtsverhältnissen verfügbar sein soll.

Eine solche Anbindung hätte auch den Vorteil, dass die Erfahrungen aus der Arbeit der Ombudschaft- und Beschwerdestellen wieder einfließen können in die Tätigkeit des Jugendamts. Damit würde das bundesrechtliche Modell des Wehrbeauftragten bzw. das landesrechtliche Modell des Bürgerbeauftragten in abgewandelter Form auf der örtlichen Ebene zum Einsatz kommen und für die notwendige Transparenz und Öffentlichkeit gesorgt.

Zwar ist eine in dieser Weise organisierte Ombuds- und Beschwerdestelle außerhalb der Verwaltung des Jugendamtes, aber nicht „außerhalb des Jugendamtes“ angesiedelt, wie im Auftrag vorgegeben. Durch eine entsprechende rechtliche und räumliche Ausgestaltung kann aber dafür Sorge getragen werden, dass die Ombudsstelle unabhängig arbeiten kann.

Vor allem würde damit aber keine neue Form der

⁵⁹ Siehe dazu jetzt den Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung (BT-Dr. 17/ 5335) vom 1.4.2011.

Kontrolle kommunaler Selbstverwaltung etabliert, die auch in einer „sanften“ Ausgestaltung auf kommunalverfassungsrechtliche Bedenken stoßen würde. Schließlich aber würde dieses Modell wegen seiner Einbindung in die örtliche Struktur der Kinder- und Jugendhilfe über ein hohes Maß an Akzeptanz und Autorität verfügen – ein Faktor, der im Hinblick auf die Wirksamkeit nicht unterschätzt werden sollte. Angesichts der unterschiedlich großen Einzugsbereiche der einzelnen Jugendämter erscheint es sinnvoll, den Jugendämtern entsprechend dem Modell des § 69 Abs. 4 SGB VIII auch die Errichtung gemeinsamer ombudshaftlicher Beratungs- und Beschwerdestellen zu ermöglichen. Gleichzeitig könnte parallel zu den Beratungs- und Beschwerdestellen auf der örtlichen Ebene ein entsprechendes Instrument auf der überörtlichen Ebene unter der Aufsicht des Landesjugendamts eingerichtet werden. Allerdings müssten dann die Zuständigkeiten der örtlichen und der überörtlichen Ebene gegeneinander abgegrenzt werden.

2. Eigenständige Strukturen

Bei der Entwicklung eigenständiger Strukturen ombudshaftlicher Beratungs- und Beschwerdestellen ist zunächst die Frage zu klären, welcher staatlichen Gewalt eine solche Institution zuzuordnen ist. Dazu zwingt die in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG ausdrücklich erwähnte abschließende Dreiteilung der Staatsgewalten in eine gesetzgebende, vollziehende und rechtsprechende Gewalt. Die deutschen Modelle des Ombudsmann wie etwa der Wehrbeauftragte oder der Datenschutzbeauftragte werden zum Schutz der Grundrechte und als Hilfsorgan des Bundestages bei der parlamentarischen Kontrolle tätig. Damit ist bereits eine Zuordnung zum Parlament vorgegeben. Für eine Zuordnung zur Rechtsprechung fehlt der Institution die Möglichkeit, mit bindender Wirkung über Rechtsverhältnisse zu entscheiden. Auch eine Zuordnung zur Exekutive wäre denkbar, wenn und solange damit keine Vermischung mit den etablierten Formen der Selbst- und Fremdkontrolle der Verwaltung verbunden ist.

In jedem Fall handelt es sich aber bei einer gesetzlich begründeten Beratungs- und Beschwerdestelle um ein staatliches Organ, das im Hinblick auf die angestrebte Unabhängigkeit nicht in die Verwaltungshierarchie eingegliedert sein sollte.

Um dem Auftrag gerecht zu werden, ombudshaftliche Beratungs- und Beschwerdemöglichkeiten im Hinblick auf die Tätigkeit des Jugendamtes anzubieten, sollte der Zugang niederschwellig möglich sein und der Einzugsbereich dieser Stellen analog zum Einzugsbereich der Jugendämter organisiert werden, also grundsätzlich auf der Kreisebene. Denkbar wäre die Wahrnehmung der Aufgabe als Staatsaufgabe im übertragenen Wirkungskreis, aber auch im Rahmen kommunaler Selbstverwaltung. Die Einrichtung einer bundesbehördlichen Struktur scheidet bereits deshalb aus, weil die Aufgabe nicht in die Zuständigkeit des Bundes fällt. Soll die Aufgabe ortsnah erfüllt werden, so bedarf es – wie bei Beauftragten für spezielle Bereiche auf der kommunalen Ebene – einer eigenen Organisationseinheit, die aber wegen ihrer eng begrenzten Aufgabenstellung einer größeren Organisationseinheit bei- oder angegliedert werden dürfte.

Lässt man einmal die (fast ausschließlich in Nordrhein-Westfalen existierenden) Jugendämter in kreisangehörigen Gemeinden außer Betracht, so existieren in Deutschland gegenwärtig 116 Jugendämter in kreisfreien Städten und 290 in den Kreisen, also insgesamt 406 Jugendämter⁶⁰. Eine Struktur von Ombudsstellen auf Augenhöhe verlangt also die Einrichtung von 406 Ombudsstellen – oder jedenfalls von Außenstellen regional organisierter Einrichtungen.

Als Aufgaben der öffentlichen Verwaltung können sie nicht von freien Trägern wahrgenommen werden. Beratung, Konfliktschlichtung bzw. Behandlung von Beschwerden gehören nicht zum tradierten Feld der freien Jugendhilfe und Wohlfahrtspflege, wie es Gegenstand der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juli 1967⁶¹ war. Freie Träger verfügen nicht über die für die Wahrnehmung der Aufgabe notwendigen Beteiligungs- und Akteneinsichtsrechte.

3. Zwischenergebnis

Angesichts einer allgemein zu beobachtenden Entwicklung zur Entbürokratisierung und zum Abbau behördlicher Strukturen erscheinen die Realisierungschancen umso höher, je weniger neue Strukturen aufzubauen sind.

Sollen die Beratungs- und Beschwerdestellen ihren angestrebten Zweck erfüllen, so müssen sie einerseits für Eltern, Kinder und Jugendliche **leicht erreichbar** sein. Angesichts der zunehmenden Nutzung des Internets erscheint zunächst auch die Einrichtung einer virtuellen Beratungsstelle geeignet. Da diese Stelle aber auch in Kontakt zu den Jugendämtern bzw. dessen sozialen Diensten sowie zu Einrichtungen und Diensten freier Träger treten soll und schließlich zwischen den unterschiedlichen Auffassungen vermitteln und bei Streitigkeiten schlichten soll, bedarf es **ortsnaher Einrichtungen**. Vielfach duldet die Entscheidung bzw. die Klärung des Sachverhalts keinen Aufschub, so etwa im Zusammenhang mit einer (vermuteten) Kindeswohlgefährdung. Aber auch das Beschleunigungsgebot im familiengerichtlichen Verfahren (§ 155 FamFG) setzt das Jugendamt unter Zeitdruck und gibt wenig zeitlichen Spielraum zur Klärung von Streitfragen.

Legt man diese Kriterien zugrunde, so erscheint es sinnvoll, Beratungs- und Beschwerdestellen **auf der örtlichen Ebene – parallel zum Einzugsbereich der Jugendämter** – einzurichten. Daher scheiden Modelle einer virtuellen Beratungsstelle, aber auch die Aufgabenerweiterung bei den Widerspruchsbehörden oder den Schiedsstellen bereits wegen ihrer Ortsferne aus.

Favorisiert wird deshalb das Modell einer Ombudsstelle, die beim Jugendhilfeausschuss angesiedelt ist.

III. Vorschläge für die rechtliche Ausgestaltung im SGB VIII

1. Gesetzgebungskompetenz des Bundes

Im Hinblick auf die Gesetzgebungskompetenz sind die Regelungsbereiche Privatrechtliches Betreuungsverhältnis bzw. Vormundschaftsrecht einerseits und Kinder- und Jugendhilfe andererseits getrennt zu bewerten. Die beiden ersten Sachgebiete sind dem Kompetenztitel „Bürgerliches Recht“ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG), das Sachgebiet der Kinder- und Jugendhilfe dem Kompetenztitel „Öffentliche Fürsorge“ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG) zuzuweisen. Daraus ergeben sich unterschiedliche Folgen für die Befugnis des Bundes, von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz Gebrauch zu machen. Während er im Hinblick auf den Kompetenztitel des Bürgerlichen Rechts ohne weitere Voraussetzungen tätig werden kann, müssen im Hinblick auf den Kompetenztitel der „öffentlichen Fürsorge“ die Anforderungen der sog. **Erforderlichkeitsklausel** (Art. 72 Abs. 2 GG) erfüllt sein, d.h. der Bund hat das Gesetzgebungsrecht nur, wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht.

Diese Voraussetzungen sind in der Vergangenheit vom Bundesverfassungsgericht restriktiv ausgelegt worden. Danach hat sich die gesetzgeberische Konkretisierung der drei Erforderlichkeitsalternativen am strengen Maßstab „besonderer bundesstaatlicher Integrationsinteressen“ auszurichten⁶².

„**Gleichwertige Lebensverhältnisse**“ werden nicht schon dann hergestellt, wenn es nur darum geht, bundeseinheitliche Regelungen in Kraft zu setzen. Es reicht für einen Eingriff in das grundsätzlich bestehende Gesetzgebungsrecht der Länder auch nicht aus, wenn es lediglich um irgendwelche Verbesserungen der Lebensverhältnisse geht, die immer möglich und wünschenswert sind. Das bundesstaatliche Rechtsgut gleichwertiger Lebensverhältnisse ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vielmehr erst dann bedroht und der Bund ist damit

⁶⁰ Siehe dazu die Übersicht bei Münder u.a. 2009, FK-SGB VIII § 69 Rn. 2.

⁶¹ BVerfG 2 BvF 3, 4, 5, 6, 7, 8/62; 2 BvR 139, 140, 334, 335/62 (BVerfGE 22, 180).

erst dann zum Eingreifen ermächtigt, wenn sich die Lebensverhältnisse in den Ländern der Bundesrepublik in erheblicher, das bundesstaatliche Sozialgefüge in beeinträchtigender Weise auseinander entwickelt haben oder sich eine derartige Entwicklung konkret abzeichnet.

Die „**Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit**“ betrifft unmittelbar institutionelle Voraussetzungen des Bundesstaats und erst mittelbar die Lebensverhältnisse der Bürger. Eine Gesetzesvielfalt auf Länderebene rechtfertigt ein rechtsvereinheitlichendes Bundesgesetz zur „Wahrung der Rechtseinheit“ erst dann, wenn sie eine Rechtszersplitterung mit problematischen Folgen darstellt, die im Interesse sowohl des Bundes als auch der Länder nicht hingenommen werden kann.“⁶³

Legt man diesen strengen Maßstab an eine Gesetzesinitiative des Bundes zur Einführung eines Systems von Ombudsstellen im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe an, so erscheint eine Bundeskompetenz zweifelhaft. Da zudem die Finanzierung dieser Stellen nach der Finanzverfassung des Grundgesetzes nicht durch den Bund, sondern nur durch die Länder (und Kommunen) erfolgen kann, werden diese ein Gesetz, das ihnen neue Lasten aufbürdet und deshalb zustimmungspflichtig ist (Art. 104 a Abs. 4 GG) im Hinblick auf die Gesetzgebungskompetenz des Bundes besonders kritisch unter die Lupe nehmen⁶⁴.

Eine Bezugnahme auf den Kompetenztitel des **gerichtlichen Verfahrens** (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG), der nicht an die hohe Hürde der Erforderlichkeitsklausel anknüpft, scheidet im Hinblick auf das hier favorisierte Konzept einer Ombudsstelle aus.

Hinzu kommt, dass auch bei einer gesicherten Rechtsgrundlage für den Bundesgesetzgeber die Befugnis der Länder, **abweichende Regelungen** zu treffen (Art. 84 Abs. 1 Satz 2 GG) zu beachten ist. Danach können die Länder von bundesrechtlichen Vorgaben zur Behördeneinrich-

tung und zum Verwaltungsverfahren abweichen. Rechtliche Regelungen über eine zu errichtende Ombudsstelle werden aber – jedenfalls soweit die Ombudsstelle im Rahmen des Rechtsverhältnisses Jugendamt – leistungsberechtigte Person tätig wird – zu einer der beiden Kategorien zu zählen sein. Damit steht eine bundesgesetzliche Regelung in diesem Bereich zur Disposition der Länder. Die Errichtung einer Beratungs- und Schlichtungsstelle, die sich nur auf die Klärung von Streitfragen im privat-rechtlichen Bereich der Rechtsbeziehung zwischen Eltern/Kind und Einrichtung bezieht, wäre daher verfassungsrechtlich unproblematisch. Gleichwohl erscheint es im Hinblick auf die identifizierten Konfliktebenen nicht sinnvoll, den Fokus einer Beratungs- und Schlichtungsstelle derart zu verengen.

Die nachfolgenden Ausführungen stehen deshalb unter dem Vorbehalt eines nicht unerheblichen verfassungsrechtlichen Risikos einer bundesrechtlichen Regelung und dienen hilfsweise als Diskussionsgrundlage für eine landesrechtliche Regelung.

2. Anspruch auf Beratung und Vermittlung (§ 7 a)

Wegen der grundsätzlichen Bedeutung für die Rechtsverwirklichung im Kinder- und Jugendhilferecht sollte die Möglichkeit der Inanspruchnahme einer Beratungs- und Schlichtungsstelle an prominenter Stelle im Gesetz verankert werden. Dafür wird folgende Vorschrift im 1. Kapitel – Allgemeine Vorschriften – vorgeschlagen

„§ 7 a Beratung und Schlichtung

Kinder und Jugendliche, ihre Eltern, junge Volljährige und andere leistungsberechtigte Personen sowie alle Personen, zu denen das Jugendamt Kontakt im Hinblick auf die Mitwirkung in einem gerichtlichen Verfahren aufgenommen hat, haben das Recht, sich

⁶² Vgl. Jestaedt in Mündler/ Wiesner/ Meysen (Hg.) 2011, S. 101, 122 unter Verweis auf BVerfG v. 24.10.2002 – 2 BvF 1/01.

⁶³ So die Richtung weisenden Aussagen des BVerfG in seiner Grundsatzentscheidung v. 24.10.2002.

⁶⁴ Eine Pflicht zur Zustimmung wird sich insbesondere daraus ergeben, dass ein Anspruch auf Beratung und Schlichtung und damit eine Pflicht zur Erbringung einer Dienstleistung normiert wird, die mit einer geldwerten Sachleistung vergleichbar ist (Art. 104 a Abs. 4 GG).

1. zur Beratung in Rechtsfragen sowie
2. zur Schlichtung bei Meinungsverschiedenheiten mit
 - a) Fachkräften im Jugendamt oder in Einrichtungen und Diensten freier Träger,
 - b) Pflegepersonen
 an die Beratungs- und Schlichtungsstelle der Kinder- und Jugendhilfe (§ 71 a) zu wenden.“

3. **Organisation der Beratungs- und Schlichtungsstelle der Kinder- und Jugendhilfe (§ 71 a)**

Wegen der organisatorischen Anbindung an das (zweigliedrige) Jugendamt sollte die institutionelle Verankerung im Zusammenhang mit den Vorschriften über die Strukturen der Träger der öffentlichen Jugendhilfe erfolgen. Die verfahrensrechtlichen Regelungen sollten im Rahmen einer Rechtsverordnung getroffen werden. Dafür wird folgende Formulierung vorgeschlagen:

„§ 71 a Beratungs- und Schlichtungsstelle der Kinder- und Jugendhilfe

- (1) Bei jedem Jugendamt und jedem Landesjugendamt ist eine Beratungs- und Schlichtungsstelle einzurichten.
- (2) Die Beratung und Schlichtungsstelle des Jugendamts wird als Hilfsorgan des Jugendhilfeausschusses für die Kontrolle der Verwaltung des Jugendamtes sowie in Streitigkeiten zwischen Leistungserbringern und Leistungsberechtigten Personen sowie Pflegepersonen tätig. Mehrere örtliche Träger können eine gemeinsame Beratungs- und Schlichtungsstelle einrichten.
- (3) Die Beratungs- und Schlichtungsstelle des Landesjugendamts wird als Hilfsorgan des Landesjugendhilfeausschusses für die Kontrolle der Verwaltung des Landesjugendamtes tätig.
- (4) Das Nähere über die Zusammensetzung der Beratungs- und Schlichtungsstelle sowie ihre Aufgaben wird durch Rechtsverordnung des zuständigen Bundesministeriums bestimmt.“

4. **Rechtsverordnung über die Aufgaben der Beratungs- und Schlichtungsstelle der Kinder- und Jugendhilfe**

In einer Rechtsverordnung sind die Einzelheiten zu den Aufgaben und zum Verfahren der Beratungs- und Schlichtungsstelle der Kinder- und Jugendhilfe zu regeln.

„§ 1 Aufgaben

- (1) Die Beratungs- und Schlichtungsstelle der Kinder- und Jugendhilfe beim Jugendamt berät Bürgerinnen und Bürger bei
 1. der Inanspruchnahme von Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe
 2. der Schlichtung von Meinungsverschiedenheiten mit
 - a) Fachkräften im Jugendamt
 - b) Fachkräften in Einrichtungen und Diensten freier Träger
 - c) Pflegepersonen.
- (2) Die Beratungs- und Schlichtungsstelle der Kinder- und Jugendhilfe prüft Beschwerden gegen die Arbeitsweise von Fachkräfte im Jugendamt im Hinblick auf ihre Recht- und Zweckmäßigkeit; sie vermittelt zwischen den unterschiedlichen Positionen.
- (3) Die Beratungs- und Schlichtungsstelle der Kinder- und Jugendhilfe gibt Empfehlungen ab; sie hat keine Entscheidungs- oder Weisungsbefugnis gegenüber der Verwaltung des Jugendamtes.

§ 2 Zusammensetzung

- (1) Die Beratungs- und Schlichtungsstelle der Kinder- und Jugendhilfe wird von einer Person, die den Vorsitz führt, sowie einer Person, die sie vertritt, geführt. Weiteres Personal ist entsprechend der Arbeitsbelastung im örtlichen Einzugsbereich zuzuweisen.
- (2) Die Person, die in der Beratungs- und Schlichtungsstelle der Kinder- und Jugendhilfe den Vorsitz führt, sowie die Stellvertretung werden vom Jugendhilfeausschuss für die Dauer von vier Jah-

ren gewählt. Sie müssen über vertiefte Kenntnisse in den Fach- und Rechtsfragen der Kinder- und Jugendhilfe verfügen, dürfen aber in den vergangenen fünf Jahren weder beim Träger der öffentlichen Jugendhilfe, noch bei einem Leistungserbringer oder dessen Dachverband beschäftigt gewesen sein.

§ 3 Unabhängigkeit

(1) Die Beratungs- und Schlichtungsstelle der Kinder- und Jugendhilfe ist in ihrer Tätigkeit unabhängig und von Weisungen frei. Sie kann jederzeit vom Jugendamt schriftliche oder mündliche Auskünfte einholen und Akten beiziehen.

(2) Für die Beratungs- und Schlichtungsstelle der Kinder- und Jugendhilfe gelten die Vorschriften über den Schutz der Sozialdaten nach § 35 des Ersten Buches, §§ 67 bis 85 a des Zehnten Buches und die §§ 61 bis 68 des Achten Buches Sozialgesetzbuch.

§ 4 Berichtspflicht

Die Beratungs- und Schlichtungsstelle der Kinder- und Jugendhilfe erstattet dem Jugendhilfeausschuss einmal jährlich einen Bericht über ihre Tätigkeit. Sie kann dem Jugendhilfeausschuss jederzeit Einzelberichte vorlegen.

IV. Finanzierung

Nach der Finanzverfassung des Grundgesetzes folgt die Finanzierungslast der Ausführungsverantwortung (Art. 104 a GG). Diese liegt zunächst bei den Ländern, wird von diesen aber mit der Zuweisung der Aufgaben zur kommunalen Selbstverwaltung den kommunalen Gebietskörperschaften übertragen. Den Ländern obliegt als Garanten für die Leistungsfähigkeit der Kommunen eine Mehrbelastungsausgleichspflicht nach Maßgabe des jeweiligen Kommunalverfassungsrechts (Konnextätsprinzip).

Wegen der Kostenfolgen bedarf ein entsprechendes Bundesgesetz auch der Zustimmung des Bundesrates.

Eine zweckgebundene unmittelbare Mitfinanzierung des Bundes wäre nur für investive Kosten im Rahmen von Finanzhilfen nach Art. 104 b GG möglich. Die dort normierten Voraussetzungen (Abwehr einer Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts, Ausgleich unterschiedlicher Wirtschaftskraft im Bundesgebiet, Förderung des wirtschaftlichen Wachstums) liegen hier aber nicht vor.

V. Modellhafte Erprobung

Im Hinblick auf die Kostenfolgen und die zu erwartende Skepsis bei den kommunalen Spitzenverbänden gegenüber der flächendeckenden Etablierung einer neuen Institution sollte als erster Schritt die modellhafte Einführung einer Beratungs- und Schlichtungsstelle in ausgewählten Jugendämtern unterschiedlicher Struktur (in Großstädten, Landkreisen und kreisangehörigen Gemeinden) in Erwägung gezogen werden. Ein solches Modell könnte mit einer Anschubfinanzierung durch den Bund und die beteiligten Länder auf den Weg gebracht werden.

Alternativ – und im Hinblick auf die zweifelhafte Gesetzgebungskompetenz des Bundes vorrangig – erscheint es angezeigt, die landespolitischen Möglichkeiten zur Etablierung ombudschafter Strukturen auszuloten. Möglicherweise bieten gerade die besonderen Bedingungen in den Stadtstaaten dazu besondere Chancen.

Literatur:

- Bloch**, Klaus (2010): Mediation im Verwaltungsrecht und Mediation beim Verwaltungsgericht. In: Bayerische Verwaltungsblätter (BayVBl), Heft 5, 2010, S. 135-138.
- Brüning**, Christoph / **Vogelgesang**, Klaus (2009): Die Kommunalaufsicht. Aufgaben – Grundlagen – Organisation. Berlin: Erich Schmidt Verlag, 2. Aufl.
- Bundesministerium der Justiz** (Hg.) (2006): Arbeitsgruppe „Familiengerichtliche Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls“. Abschlussbericht vom 17. November 2006.
- Emanuel**, Markus (2011): Freiwillige Leistung oder Pflichtaufgabe. In: Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe (ZKJ), Heft 6, 2011, S. 207-212.
- Franke**, Markus (1999): Ein Ombudsmann für Deutschland? Einführungsmöglichkeit einer Ombudsmann-Institution in das deutsche Verfassungsleben unter Berücksichtigung der dänischen und europäischen Einrichtungen. Frankfurt am Main u. a.: Lang.
- Gerlach**, Florian/**Hinrichs**, Knut (2010): Sozialraumorientierung und Sozialraumbudgetierung – Das Osnabrücker Modell. In: Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe (ZKJ), S. 344-351.
- Haller**, Walter (1982): Der Ombudsmann im Gefüge der Staatsfunktionen. In: **Müller**, Georg u. a. (Hg.) (1982): Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel, Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag. Basel/ Frankfurt am Main: Helbing & Lichtenhahn.
- Hildebrandt**, Johannes (2008): „...in der Hoffnung, dass Sie nicht das Jugendamt alarmieren!“ In: Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe (ZKJ), S. 396-403.
- Hippel**/Thomas von (2000): Der Ombudsmann im Bank- und Versicherungswesen. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Kindler**, Heinz/**Helming**, Elisabeth/**Meysen**, Thomas/**Jurczyk**, Karin (Hg.) (2010): Handbuch Pflegekinderhilfe. München: Deutsches Jugendinstitut e.V.
- Kommunalverband für Jugend und Soziales Baden-Württemberg, Dezernat 4 - Landesjugendamt (KVJS)** (Hg.) (2010): Kinder- und Jugendhilfe im demographischen Wandel. Zusammenfassung zentraler Ergebnisse der Berichterstattung 2010. Stuttgart.
- Kruse**, Julia (2007): Der öffentlich-rechtliche Beauftragte. Ein Beitrag zur Systematisierung der deutschen Variante des Ombudsmannes, Berlin: Duncker u. Humboldt.
- Kucsko-Stadlmayer**, Gabriele (Hg.) (2008): Europäische Ombudsman-Institutionen: Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur vielfältigen Umsetzung einer Idee. Wien: Springer Verlag.
- Mund**, Petra (2011): Ombudtschaft in der Kinder- und Jugendhilfe. Entwicklungen und Herausforderungen beim Aufbau von einrichtungsexternen und – internen Ombudsstellen. In: Nachrichtendienst Deutscher Verein (NDV), Heft 4, 2011, S. 161-168.
- Münder**, Johannes (2011): Wieder einmal: Sozialraumorientierung auf dem rechtlichen Prüfstand. In: Das Jugendamt, Heft 2, 2011, S. 69-71.
- Münder**, Johannes/**Meysen**, Thomas/**Trenczek**, Thomas (Hg.) (2009): Frankfurter Kommentar zum SGB VIII. Kinder- und Jugendhilfe. Weinheim: Juventa Verlag, 6., vollst. überarbeitete Aufl.
- Münder**, Johannes/**Wiesner**, Reinhard/**Meysen**, Thomas u. a. (Hg.) (2011): Kinder- und Jugendhilfe-recht. Handbuch. Baden Baden: Nomos, 2. Aufl.
- Neumann**, Volker (1992): Freiheitsgefährdung im kooperativen Sozialstaat, Köln u.a.: Heymann.
- Ortloff**, Karsten-Michael (2004): Mediation außerhalb und innerhalb des Verwaltungsprozesses. In: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NvWZ), Heft 4, 2004, S. 385-390.
- Stumpf**, Christoph (2006): Alternative Streitbeilegung im Verwaltungsrecht. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Trenczek**, Thomas/**Tammen**, Britta/**Behlert**, Wolfgang. (2008): Grundzüge des Rechts. München: UTB/ Reinhardt Verlag.
- Urban-Stahl**, Ulrike (2011): Ombuds- und Beschwerdestellen in der Kinder- und Jugendhilfe in Deutschland. Eine Bestandsaufnahme unter besonderer Berücksichtigung des möglichen Beitrags zum »Lernen aus Fehlern im Kinderschutz«. Köln: Nationales Zentrum Frühe Hilfen (NZFH).
- Wabnitz**, Reinhard J. (2005): Rechtsansprüche gegenüber Trägern der öffentlichen Jugendhilfe nach dem Achten Buch Sozialgesetzbuch (SGB VIII). Berlin: Verlag der Arbeitsgemeinschaft für Jugendhilfe (AGJ).
- Wiesner**, Reinhard (2011): SGB VIII. Kinder- und Jugendhilfe. München: Verlag C. H. Beck, 4., überarbeitete Aufl.
- Wimmer**, Norbert (1984): Die Ombudsmann-Einrichtungen im Verfassungsgefüge, Juristische Blätter Heft 11/12, 1984, S. 281-286.
- Wolff**, Hans J./**Bachof**, Otto/**Stober**, Rolf (2004): Verwaltungsrecht 3. München: Verlag C. H. Beck, 5. Aufl.

Berliner Rechtshilfefonds Jugendhilfe e.V.

gefördert durch

