

# **Aufsichts- und Verkehrssicherungspflichten bei der offenen Kinder- und Jugendarbeit nach § 11 SGB VIII – Teil 2**

---

Gutachterliche Stellungnahme für die Arbeitsgemeinschaft  
Jugendfreizeitstätten Baden-Württemberg e.V. (AGJF)  
Prof. Dr. Jan Kepert  
Hochschule für öffentliche Verwaltung Kehl  
Januar 2020

---

## Inhaltsverzeichnis

A. Ausgangslage.....	2
B. Ausschluss der vertraglichen Aufsichtspflicht sowie der Verkehrssicherungspflicht.....	5
I. Ausschluss der vertraglichen Aufsichtspflicht.....	5
II. Ausschluss der Verkehrssicherungspflicht.....	8
C. Folgen der Verletzung der Verkehrssicherungspflicht.....	10
D. Pflichten des Trägers sowie der angestellten Fachkräfte.....	11
E. Unterscheidung von fahrlässigem und grob fahrlässigem Verhalten im Hinblick auf eine Aufsichtspflicht.....	13
F. Zusammenfassung.....	15

## A. Ausgangslage

Die Jugendarbeit<sup>1</sup> nach § 11 SGB VIII, welche nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 SGB VIII eine Leistung der Jugendhilfe darstellt, nimmt innerhalb der Leistungsangebote eine besondere Stellung ein. Im Gegensatz zu anderen Leistungen der Jugendhilfe sollen Kinder und Jugendliche in der Jugendarbeit selbst tätig werden können, Aktionen und Projekte selbst planen und umsetzen, Arbeitsinhalte und Arbeitsformen selbst mitgestalten und sich selbst organisieren können. Die Jugendarbeit soll damit von jungen Menschen mitbestimmt und mitgestaltet werden, sie zur Selbstbestimmung befähigen und zu gesellschaftlicher Mitverantwortung und zu sozialem Engagement anregen und hinführen. Abweichend von vielen anderen Jugendhilfeleistungen, insbesondere der Hilfe zur Erziehung nach § 27 SGB VIII, ist Jugendarbeit damit nicht vorrangig auf die Unterstützung der Erziehung durch die Personensorgeberechtigten ausgerichtet.

Nach § 11 Abs. 1 S. 1 SGB VIII sind jungen Menschen die zur Förderung ihrer Entwicklung erforderlichen Angebote der Jugendarbeit zur Verfügung zu stellen. Der örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe, welcher nach § 69 Abs. 3 SGB VIII ein Jugendamt zu errichten hat, ist daher i.S.e. objektiv-rechtlichen Pflicht zur Leistungserbringung verpflichtet. Bei der Jugendarbeit handelt es sich damit um keine freiwillige Leistung, deren Erbringung im Belieben des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe stünde.<sup>2</sup> In Verbindung mit § 79 SGB VIII besteht daher eine rechtliche Pflicht eine ausreichende „Grundversorgung“ mit Angeboten der Jugendarbeit zur Verfügung zu stellen.<sup>3</sup> Allerdings korrespondiert mit der aus § 11 SGB VIII resultierenden objektiv-rechtlichen Verpflichtung kein subjektives Recht des jungen Menschen auf die Leistung. Der junge Mensch kann die Leistung daher nicht im Wege des Verpflichtungswiderspruchs oder der Verpflichtungsklage einfordern.<sup>4</sup>

Nach § 11 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII umfasst die Jugendarbeit Angebote für Mitglieder,

---

<sup>1</sup> Im Folgenden wird der gesetzliche Begriff „Jugendarbeit“ i.S.d. § 11 SGB VIII verwendet. Hiervon erfasst ist der in der Praxis gebräuchliche Begriff der „Kinder- und Jugendarbeit“.

<sup>2</sup> Kunkel/Kepert in Kunkel/Kepert/Pattar LPK-SGB VIII, 7. Auflage 2018, § 11 Rn. 2.

<sup>3</sup> Kunkel/Kepert in Kunkel/Kepert/Pattar LPK-SGB VIII, 7. Auflage 2018, § 11 Rn. 4 f.

<sup>4</sup> Schruth in jurisPK-SGB VIII, 2. Auflage 2018, § 11 Rn. 36.

## Prof. Dr. Kepert – Aufsichts- und Verkehrssicherungspflichten bei der offenen Kinder- und Jugendarbeit nach § 11 SGB VIII – Teil 2

---

die offene Jugendarbeit und gemeinwesenorientierte Angebote. Die Angebote an die eigenen Mitglieder bilden die traditionelle Form der Jugendarbeit. Die offene Jugendarbeit i.S.d. § 11 Abs. 2 S. 2 Alt. 2 SGB VIII wendet sich hingegen an alle Jugendlichen, unabhängig davon, ob sie einer Organisation angehören oder nicht. Aus der in § 11 Abs. 3 SGB VIII enthaltenen Aufzählung, die nicht abschließend ist, wird ersichtlich, dass Jugendarbeit verschiedenste Formen umfassen kann. Die Jugendarbeit wird dabei nicht zwingend gebäudebezogen in Räumen erbracht. Insbesondere Angebote der aufsuchenden Jugendarbeit und der Spielmobile erfolgen regelmäßig nicht gebäudebezogen.

Die Leistungserbringung besteht nicht in der Jugendarbeit als solcher, sondern in der Nutzung der von Trägern der öffentlichen oder freien Jugendhilfe bereitgestellten Angebote der Jugendarbeit durch junge Menschen. Im Vordergrund der Leistung steht dann die Teilnahme an regelmäßig offen zugänglichen Leistungsangeboten.<sup>5</sup> Die Angebote der offenen Jugendarbeit stehen dabei insbesondere unabhängig von dem Vorliegen eines Defizits allen jungen Menschen offen. Regelmäßig können die jungen Menschen während der Öffnungszeiten der Einrichtung eines offenen Betriebs kommen und gehen, wann sie wollen. Eine Anmeldung ist nicht erforderlich. Die Inanspruchnahme der Leistung besteht zunächst in der Nutzung der vorhandenen Infrastruktur der Einrichtung. Hierüber hinausgehend können allerdings auch weitere Aktivitäten entstehen. Solche Aktionen werden zum einen spontan innerhalb des offenen Betriebs veranstaltet. Hierunter können verschiedene Aktivitäten fallen, beispielsweise das spontane Spannen einer sogenannten Slackline und anschließendes Balancieren oder auch ein gemeinsames Grillen. Schließlich werden geplante Aktivitäten wie beispielsweise Graffiti-Workshops, Kochangebote oder Ausflüge durchgeführt. Im Vorfeld dieser Veranstaltungen erfolgt entweder eine mündliche Anmeldung durch den jungen Menschen oder eine schriftliche Anmeldung, welche von den Eltern unterschrieben wird.

---

<sup>5</sup> Struck in Wiesner SGB VIII, 5. Auflage 2015, § 11 Rn. 3.

## Prof. Dr. Kepert – Aufsichts- und Verkehrssicherungspflichten bei der offenen Kinder- und Jugendarbeit nach § 11 SGB VIII – Teil 2

---

Im Zusammenhang mit dieser Leistungserbringung nach § 11 SGB VIII durch Träger der freien Jugendhilfe hat der Unterzeichnende im Dezember 2018 ein Rechtsgutachten zur Aufsichtspflicht im Auftrag der AGJF erstattet (im Folgenden: Gutachten Teil 1). Unter Bezugnahme auf dieses Gutachten bittet AGJF um eine ergänzende gutachterliche Beantwortung folgender Rechtsfragen:

- „Gibt es die Möglichkeit, Aufsichtspflicht bzw. Verkehrssicherungspflicht auszuschließen?
- Welche Folgen hat die Verletzung der Verkehrssicherungspflicht?
- Welche Aufgaben/Pflichten hat der Träger einer Einrichtung? Welche treffen die angestellten Fachkräfte? Welche Bedingungen sind vom Träger zu erfüllen?
- Wie lässt sich im Hinblick auf die Aufsichts- und Verkehrssicherungspflicht die Unterscheidung zwischen fahrlässig und grob fahrlässig treffen?“

## **B. Ausschluss der vertraglichen Aufsichtspflicht sowie der Verkehrssicherungspflicht**

Hinsichtlich der Frage nach einem Ausschluss der Aufsichtspflicht bei einer Leistungserbringung nach § 11 SGB VIII ist zwischen der vertraglichen Aufsichtspflicht und der Verkehrssicherungspflicht zu differenzieren. Hinsichtlich des Entstehens und des Umfangs dieser Aufsichtspflichten wird auf die Punkte C und D des Gutachtens Teil 1 verwiesen.

### **I. Ausschluss der vertraglichen Aufsichtspflicht**

Ebenso wie eine Übertragung der zuvörderst den Eltern zukommenden Aufsichtspflicht nach § 1631 BGB durch Vertrag unstrittig möglich ist, kann auch ein teilweiser oder vollständiger Ausschluss der Aufsichtspflicht bei einer Leistungserbringung gem. § 11 SGB VIII grundsätzlich vertraglich vereinbart werden.<sup>6</sup> Diesbezüglich ist zu berücksichtigen, dass für den Vertragsschluss im Zivilrecht der Grundsatz der Formfreiheit gilt. Ein zivilrechtlicher Vertrag kann daher regelmäßig<sup>7</sup> auch mündlich oder durch konkludentes Handeln abgeschlossen werden.<sup>8</sup> Dies ist auch für die vertragliche Übernahme der Aufsichtspflicht in Rechtsprechung und Literatur anerkannt. Dabei kann die Übernahme der Aufsichtspflicht auch als Nebenpflicht eines Vertrages vereinbart werden.<sup>9</sup> So wird beispielsweise in der Rechtsprechung die Auffassung vertreten, dass in der Einladung zu einem von den Eltern gestalteten Kindergeburtstag ein Angebot zur vertraglichen Übernahme der Aufsicht liegen kann.<sup>10</sup>

Für eine vertragliche Übernahme der Aufsichtspflicht sind allerdings zwei korrespondierende Willenserklärungen erforderlich.<sup>11</sup> Es müssen damit korrespondierende Willenserklärungen zwischen einem vertretungsberechtigten Mitarbeitenden des

---

<sup>6</sup> S. hierzu auch Weitzmann, DJuF-Rechtsgutachten, 1. Auflage 2015, S. 2.

<sup>7</sup> Anders bei einem gesetzlichen Formzwang.

<sup>8</sup> S. hierzu Busche in Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2018, Vor § 145 Rn. 29.

<sup>9</sup> Sprau in Palandt BGB, 78. Auflage 2019, § 832 Rn. 6.

<sup>10</sup> OLG Celle, Urt. v. 01.07.1987, 9 U 36/86, juris Kurztext: In der Einladung zu einem von den Eltern gestalteten Kindergeburtstag liegt ein Angebot zur vertraglichen Übernahme der Aufsicht.

<sup>11</sup> Nach hier vertretener Auffassung kann eine Verlagerung der Aufsichtspflicht durch eine „faktische Übernahme“ der Betreuung nicht erfolgen, s. hierzu Gutachten Teil 1, C. II. 1.

## Prof. Dr. Kepert – Aufsichts- und Verkehrssicherungspflichten bei der offenen Kinder- und Jugendarbeit nach § 11 SGB VIII – Teil 2

---

Leistungserbringers und dem zu beaufsichtigenden Kind oder Jugendlichen mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters oder direkt mit dem gesetzlichen Vertreter ausgetauscht werden.<sup>12</sup>

Eine vertragliche Regelung zur Übernahme der Aufsichtspflicht durch den Leistungserbringer bei Erbringung der Leistung nach § 11 SGB VIII erfolgt, wenn die Leistung nach vorherigem Austausch mit den gesetzlich zur Aufsicht Verpflichteten, also in der Regel den Eltern, erfolgt. Dies ist anzunehmen, wenn die Eltern ihre Kinder zu der Einrichtung, welche die Leistung nach § 11 SGB VIII zur Verfügung stellt, bringen und den dort tätigen Mitarbeitenden übergeben. Ebenso wird eine Aufsichtspflicht vertraglich vom Leistungserbringer übernommen, wenn das jeweilige Angebot der Jugendarbeit nach § 11 SGB VIII durch den jungen Menschen nach einer vorherigen Anmeldung durch die Eltern in Anspruch genommen wird.<sup>13</sup>

Nach diesen Grundsätzen ist auch ein vertraglicher Ausschluss der Aufsichtspflicht möglich. Allerdings wird man nicht davon ausgehen können, dass ein Ausschluss der Aufsichtspflicht stillschweigend bzw. durch konkludentes Handeln möglich ist.<sup>14</sup> Wird die Leistung gem. § 11 SGB VIII nach vorherigem Austausch mit den gesetzlich zur Aufsicht Verpflichteten erbracht, dürfen diese von einer vertraglichen Übernahme der Aufsichtspflicht ausgehen. Daher muss ein Ausschluss der Aufsichtspflicht eindeutig und unmissverständlich durch den Leistungserbringer erklärt werden. Der Ausschluss der Aufsichtspflicht muss dabei ferner innerhalb der jeweiligen vertraglichen Beziehung erfolgen. Es muss also ein Ausschluss der Aufsicht für ein ganz bestimmtes Kind oder einen Jugendlichen zwischen den jeweiligen gesetzlich zur Aufsicht Verpflichteten und dem Leistungserbringer erfolgen. Eine solche Vereinbarung kann somit selektiv, beispielsweise nur für ein bestimmtes „schwieriges“ Kind oder Jugendlichen einer Gruppe, oder aber für alle zu betreuenden Kinder erfolgen. Dann muss mit allen für

---

<sup>12</sup> S. hierzu auch Schleicher in Schleicher/Winkler/Küppers, Jugend- und Familienrecht, 14. Auflage 2014, S. 7.

<sup>13</sup> S. hierzu Huber in Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2020, § 1631 Rn. 10 und Lorenz in ZKJ 2012, 4 (6).

<sup>14</sup> S. aber zur Übertragung der Aufsichtspflicht durch konkludentes Handeln, Wagner in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2017, § 832 Rn. 18.

## Prof. Dr. Kepert – Aufsichts- und Verkehrssicherungspflichten bei der offenen Kinder- und Jugendarbeit nach § 11 SGB VIII – Teil 2

---

die Kinder/Jugendlichen gesetzlich zur Aufsicht verpflichtenden Personen einzelvertraglich ein Aufschlussausschluss erfolgen.

Auch ist der Umfang des Ausschlusses der Aufsichtspflicht hinreichend bestimmt zu vereinbaren. Es sollte insbesondere geklärt werden, ob sich der Aufschlussausschluss nur auf einzelne Bestandteile der Leistung oder die gesamte Leistungserbringung beziehen soll. In diesem Zusammenhang ist es sinnvoll den Beginn und das Ende der Leistungserbringung zu bestimmen. Diesbezüglich ist zu betonen, dass sich eine vertragliche Aufsichtspflicht des Leistungserbringers nur im Umfang der vertraglichen Aufsichtübernahme ergeben kann.<sup>15</sup> Für die Jugendarbeit bedeutet dies, dass die Reichweite der Aufsichtspflicht durch die jeweilige Leistungserbringung nach § 11 SGB VIII begrenzt wird. Beispielsweise wird regelmäßig der Hin- und Rückweg zu einer Veranstaltung nicht von der Leistungserbringung nach § 11 SGB VIII umfasst sein. In jedem Fall sollte der vertragliche Ausschluss der Aufsichtspflicht vor Beginn der Leistungserbringung (z.B. mit der Anmeldung) hinreichend bestimmt und unmissverständlich (in der Regel schriftlich) vereinbart werden.

Grundsätzlich ist damit ein vertraglicher Haftungsausschluss möglich. Allerdings ist zu beachten, dass nach § 276 Abs. 3 BGB eine Haftung für Vorsatz nicht ausgeschlossen werden kann. Bei einer Haftungsbegrenzung durch allgemeine Geschäftsbedingungen ist ferner insbesondere § 309 Nr. 7a) BGB zu beachten. Hiernach ist auch ein Haftungsausschluss bei Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit für den Fall der Fahrlässigkeit nicht möglich. Gem. § 309 Nr. 7b) BGB ist zudem ein Haftungsausschluss für sonstige Schäden bei einer grob fahrlässigen Pflichtverletzung nicht möglich.<sup>16</sup> Regelmäßig wird sich dann ein Haftungsausschluss nur auf fahrlässig verursachte Sachschäden beziehen können.

Als Alternative zu einem Haftungsausschluss, welcher durch die dargestellten Regelungen begrenzt wird, kommt im Einzelfall der komplette Ausschluss einzelner Kinder

---

<sup>15</sup> S. hierzu Bernau in Staudinger BGB, Neubearbeitung 2018, § 832 Rn. 120.

<sup>16</sup> S. hierzu OLG Stuttgart, Urt. v. 21.09.2017, 2 U 11/17, juris Rn. 73; OLG Dresden, B. v. 20.06.2007, 13 W 165/07, juris Rn. 16.

# Prof. Dr. Kepert – Aufsichts- und Verkehrssicherungspflichten bei der offenen Kinder- und Jugendarbeit nach § 11 SGB VIII – Teil 2

---

oder Jugendlicher von der Leistungserbringung nach § 11 SGB VIII in Betracht. Da der Träger der freien Jugendhilfe autonom aufgrund eigener Entscheidung handelt, ist ein solcher Ausschluss von der Leistungserbringung grundsätzlich möglich. Dann können sich auch keine Haftungsfragen stellen.

## **II. Ausschluss der Verkehrssicherungspflicht**

Bei der Verkehrssicherungspflicht geht es um eine Haftung im Zusammenhang mit der „faktischen Beherrschbarkeit einer Gefahrenquelle“.<sup>17</sup> Derjenige, der in seinem Verantwortungsbereich eine Gefahrenlage gleich welcher Art für Dritte schafft oder andauern lässt, hat die Rechtspflicht die Vorkehrungen zu treffen, die erforderlich und zumutbar sind, um eine Schädigung Dritter zu verhindern.<sup>18</sup> Geschützt sind grundsätzlich die Personen, mit deren Gefährdung der Pflichtige üblicherweise rechnen muss. Diesbezüglich ist zu berücksichtigen, dass bei der Betreuung von Kindern auch mit einem Fehlverhalten der Kinder zu rechnen ist.<sup>19</sup>

Vertraglich vereinbarte Haftungsbeschränkungen oder Haftungsausschlüsse können über den Bereich der vertraglichen Haftung hinaus auch im Bereich der deliktischen Haftung, hier also bei Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht, Anwendung finden.<sup>20</sup> Hierfür ist grundsätzlich eine ausdrückliche entsprechende Vereinbarung erforderlich. Es muss also eindeutig vereinbart werden, dass sich ein Haftungsausschluss nicht nur auf die vertragliche Aufsichtspflicht, sondern auch auf die Verkehrssicherungspflicht bezieht. In den Fällen, in welchen nach hiesiger Auffassung keine Aufsichtspflicht kraft Vertrages vereinbart wird<sup>21</sup>, müsste somit durch Vertrag mit den gesetzlich zur Aufsicht verpflichtenden Personen, also regelmäßig mit den Eltern, ein ausdrücklicher Ausschluss der Verkehrssicherungspflicht vereinbart werden.

---

<sup>17</sup> Bernau in Staudinger BGB, Neubearbeitung 2018, § 832 Rn. 2.

<sup>18</sup> S. hierzu Sprau in Palandt BGB, 78. Auflage 2019, § 823 Rn. 46.

<sup>19</sup> S. hierzu Sprau in Palandt BGB, 78. Auflage 2019, § 823 Rn. 47.

<sup>20</sup> Sprau in Palandt BGB, 78. Auflage 2019, Einf v. 823 Rn. 10.

<sup>21</sup> S. hierzu Gutachten Teil 1 Punkt C. II.

## Prof. Dr. Kepert – Aufsichts- und Verkehrssicherungspflichten bei der offenen Kinder- und Jugendarbeit nach § 11 SGB VIII – Teil 2

---

Allerdings gelten auch diesbezüglich die oben dargestellten gesetzlichen Beschränkungen zum Haftungsausschluss für vorsätzliches Handeln (§ 276 Abs. 3 BGB) sowie bei Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit für den Fall der Fahrlässigkeit (§ 309 Nr. 7 BGB) und gem. § 309 Nr. 7b) BGB für sonstige Schäden bei einer grob fahrlässigen Pflichtverletzung. Regelmäßig wird sich daher auch hier ein Haftungsausschluss nur auf fahrlässig verursachte Sachschäden beziehen können.

Als Alternative für einen vertraglichen Ausschluss der Verkehrssicherungspflicht können klare Anordnungen und Weisungen bei einer Leistungserbringung in Betracht zu ziehen sein. Da für die Bestimmung der im jeweiligen Einzelfall geltenden Verkehrssicherungspflicht auch die objektive Erkennbarkeit und Vermeidbarkeit einer Gefahr bzw. eines eintretenden Schadens maßgeblich sein kann,<sup>22</sup> können klare und auch für Kinder und Jugendliche nachvollziehbare Anordnungen bzw. Vorgaben bei Inanspruchnahme der Leistung nach § 11 SGB VIII den Umfang der im Einzelfall einschlägigen Verkehrssicherungspflicht bestimmen. Diesbezüglich ist allerdings zu berücksichtigen, dass die Rechtsprechung bei gegenüber Kindern und Jugendlichen bestehenden Verkehrssicherungspflichten einen besonderen Maßstab anlegt. Es ist zu berücksichtigen, dass insbesondere Kinder „zu unvorsichtigem Verhalten neigen, sich leichter ablenken lassen sowie schlechter Gefahrensituationen einzuschätzen und ihr Verhalten entsprechend anzupassen vermögen“.<sup>23</sup> Es muss daher auch bedacht werden, dass Kinder Spielgegenstände zweckwidrig verwenden können.<sup>24</sup>

Ebenso kommt auch hier ein Ausschluss einzelner Kinder oder Jugendlicher von der Leistungserbringung in Betracht.

---

<sup>22</sup> S. hierzu Lange in Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Auflage 2020, § 823 Abs. 1 BGB Rn. 87.

<sup>23</sup> OLG Frankfurt, B. v. 02.11.2018, 2 Ws 7/18, juris Rn. 39.

<sup>24</sup> S. hierzu OLG Frankfurt, Urt. v. 20.11.2007, 3 U 91/06, juris Rn. 17 für den Einsatz eines Minigolf-schlägers.

### **C. Folgen der Verletzung der Verkehrssicherungspflicht**

Eine Verletzung der Verkehrssicherungspflicht kann zu einer Haftung nach § 823 BGB führen. Es besteht dann eine Pflicht zum Ersatz des beim Geschädigten eingetretenen Schadens. Eine solche Schadensersatzpflicht kann die angestellten Fachkräfte und den Träger treffen (hierzu die untenstehenden Ausführungen unter D.). Diese Ersatzpflicht kann ein Schmerzensgeld ebenso wie Gutachter, Anwalts- und Arztkosten umfassen.<sup>25</sup>

Im Ausnahmefall kann die Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht auch strafrechtliche Folgen nach sich ziehen. Die für eine Strafbarkeit durch Unterlassen erforderliche Garantenstellung kann aufgrund des Innehabens von Verkehrssicherungspflichten entstehen.<sup>26</sup> Allerdings sind die Hürden für eine tatsächliche strafrechtliche Verurteilung eines Mitarbeitenden sehr hoch. Insbesondere muss für eine strafrechtliche Verurteilung feststehen, dass bei Wahrnehmung der unterlassenen und aufgrund der Verkehrssicherungspflicht geschuldeten Maßnahme der Schadenseintritt mit „an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit“ nicht eingetreten wäre.<sup>27</sup> Die Annahme einer solchen Kausalität bereitet regelmäßig Schwierigkeiten besonderer Art.

Schließlich kann auch der Erlass einer verwaltungsrechtlichen Verfügung zur Abwehr einer Gefährdung gegenüber dem Leistungserbringer bei Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht möglich sein. Verkehrssicherungspflichten können zu Handlungspflichten führen, deren Unterlassung zu einer Haftung nach § 6 PolG BW führen kann.<sup>28</sup> Es sind dann die Maßnahmen zu ergreifen, die zur Abwehr einer Gefährdung geeignet sind.

Das bedeutet, dass den Leistungserbringer infolge der Eröffnung einer Gefahrenquelle die Pflicht treffen kann, Sicherungsmaßnahmen zu ergreifen. Dies kann von der

---

<sup>25</sup> S. hierzu OLG Frankfurt, Urt. v. 20.11.2007, 3 U 91/06, juris Rn. 20.

<sup>26</sup> S. hierzu OLG Frankfurt, B. v. 02.11.2018, 2 Ws 7/18, juris Rn. 30.

<sup>27</sup> S. hierzu OLG Frankfurt, B. v. 02.11.2018, 2 Ws 7/18, juris Rn. 50.

<sup>28</sup> S. hierzu VGH BW, Urt. v. 25.10.2012, 1 S 1401/11, juris Rn. 85 f.

zuständigen Behörde durch Verwaltungsakt angeordnet werden. Bei Nichtabhilfe durch den Träger kommt eine Durchsetzung der behördlichen Verfügung im Wege der Verwaltungsvollstreckung (Zwangsgeld oder Ersatzvornahme) in Betracht.

#### **D. Pflichten des Trägers sowie der angestellten Fachkräfte**

Zur Wahrnehmung einer vertraglichen Aufsichtspflicht ist derjenige verpflichtet, der sich vertraglich hierzu verpflichtet hat. Eine Verkehrssicherungspflicht obliegt demjenigen, der für den Bereich der Gefahrenquelle verantwortlich und in der Lage ist, die zur Gefahrenabwehr erforderlichen Maßnahmen zu treffen.<sup>29</sup> Primär verpflichtet zur Einhaltung der Aufsichtspflicht ist daher in der Regel zunächst der Träger des Leistungserbringers.

Sowohl die vertragliche als auch die gesetzliche Aufsichtspflicht ist allerdings übertragbar.<sup>30</sup> Eine Übertragung der Aufsichtspflicht auf die bei der Leistungserbringung eingesetzten Fachkräfte wird daher regelmäßig möglich sein.<sup>31</sup> Allerdings ist hierfür eine wirksame Delegation der Aufsichtspflicht erforderlich. Ferner verbleiben auch nach einer solchen Übertragung Pflichten beim Träger. So setzt eine wirksame Delegation von Verkehrssicherungspflichten neben der sorgfältigen Auswahl der Übernehmenden auch eine klare, unmissverständliche Absprache über die zu übertragenden Aufgaben und deren Ausführung voraus.

Eine Übertragung der Aufsichtspflicht führt daher nicht zu einer vollständigen Haftungsbefreiung des originär Verantwortlichen. Es bestehen weiterhin Sorgfaltspflichten, insbesondere in Form der Einweisung, Anleitung und Überwachung des Dritten, welchem die Aufsichtspflicht übertragen wird.<sup>32</sup> Daher hat nach der Übertragung eine

---

<sup>29</sup> Wagner in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2017, § 832 Rn. 400.

<sup>30</sup> S. hierzu Spindler in BeckOK BGB, Bamberger/Roth/Haus/Poseck, 52. Edition Stand 01.11.2019, § 832 Rn. 17; Wagner in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2017, § 823 Rn. 464 f.

<sup>31</sup> S. hierzu auch Lorenz in ZKJ 2012, 4 (6).

<sup>32</sup> S. hierzu Spindler in BeckOK BGB, Bamberger/Roth/Haus/Poseck, 52. Edition Stand 01.11.2019, § 832 Rn. 17; Wagner in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2017, § 823 Rn. 469.

## Prof. Dr. Kepert – Aufsichts- und Verkehrssicherungspflichten bei der offenen Kinder- und Jugendarbeit nach § 11 SGB VIII – Teil 2

---

Überwachung durch den die Aufsichtspflicht delegierenden Träger zu erfolgen.<sup>33</sup> Eine verstärkte Überwachungs- und Kontrollpflicht entsteht insbesondere dann, wenn eine Fachkraft den Träger auf Mängel einer Sicherungspflicht hinweist. Ist nach den objektiven Umständen davon auszugehen, dass die Sicherungsmaßnahmen nicht ausreichend sind oder die delegierten Aufsichtspflichten nicht ordnungsgemäß wahrgenommen werden, besteht eine Pflicht des Trägers zur Abhilfe.<sup>34</sup>

Bei einer Übertragung innerhalb eines Leistungserbringers nach § 11 SGB VIII ist daher zu berücksichtigen, dass die wesentlichen Entscheidungen bei dem für den Träger primär Verantwortlichen verbleiben.<sup>35</sup> Primär verantwortlich sind daher regelmäßig die Leitungsebene des Trägers sowie der/die Leiter\* in der jeweiligen Einrichtung. Weist die jeweilige Fachkraft den Träger explizit auf nicht ausreichende Sicherungsmaßnahmen bzw. eine besondere Gefährlichkeit hin, so treffen den Träger regelmäßig erhöhte Sorgfaltspflichten. Die jeweilige Fachkraft kann wiederum durch diese Hinweise im Einzelfall exkulpiert sein.

Das Vorliegen einer Verkehrssicherungspflicht ist dabei nicht subjektiv aus dem Blickwinkel des Trägers oder der Fachkraft zu bestimmen. Vielmehr ist im jeweiligen Einzelfall eine Bestimmung nach den objektiv vorliegenden Tatsachen vorzunehmen. Maßgeblich sind hierbei insbesondere Alter, Eigenart und Charakter der Aufsichtsbedürftigen, das örtliche Umfeld, das Ausmaß der drohenden Gefahren, die Voraussehbarkeit des schädigenden Verhaltens sowie die Zumutbarkeit der Aufsichtsmaßnahme für den Aufsichtspflichtigen.<sup>36</sup> Aus der Sicht eines verständigen Dritten ist nach den vorliegenden Tatsachen zu fragen, welche Vorkehrungen zu treffen sind, die erforderlich und zumutbar sind, um eine Schädigung Dritter zu verhindern.<sup>37</sup>

---

<sup>33</sup> S. hierzu OLG Frankfurt, B. v. 02.11.2018, 2 Ws 7/18, juris Rn. 86 unter Bezugnahme auf BGH, Urt. v. 08.12.1987, VI ZR 79/87, juris Rn. 9. S. hierzu auch Sprau in Palandt BGB, 78. Auflage 2019, § 823 Rn. 52.

<sup>34</sup> S. hierzu OLG Frankfurt, B. v. 02.11.2018, 2 Ws 7/18, juris Rn. 94.

<sup>35</sup> S. hierzu Sprau in Palandt BGB, 78. Auflage 2019, § 823 Rn. 50.

<sup>36</sup> BGH, Urt. v. 13.12.2012, III ZR 226/12, juris Rn. 13.

<sup>37</sup> S. hierzu Sprau in Palandt BGB, 78. Auflage 2019, § 823 Rn. 46.

Letztendlich muss daher die Leitungsebene in Abstimmung mit den Fachkräften bestimmen und festlegen, welche erforderlichen und zumutbaren Sicherungspflichten im jeweiligen Einzelfall geschuldet sind. In einem Schadensfalle wird man von einer Rechenschaftspflicht zur Darlegung dessen, was zur Erfüllung der Aufsichtspflicht getan worden ist, ausgehen müssen.<sup>38</sup>

### **E. Unterscheidung von fahrlässigem und grob fahrlässigem Verhalten im Hinblick auf eine Aufsichtspflicht**

Einfache Fahrlässigkeit liegt gem. § 276 Absatz 2 BGB vor, wenn die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen wird. Dabei ist grundsätzlich ein objektiver Sorgfaltsmaßstab anzulegen. Es ist also regelmäßig auf den Sorgfaltsmaßstab abzustellen, der nach dem Urteil besonnener und gewissenhafter Angehöriger des in Betracht kommenden Verkehrskreises zum Zeitpunkt des zu beurteilenden Verhaltens zu beachten ist.<sup>39</sup> Unabhängig von mangelnder Erfahrung oder Fachkunde ist daher zu fragen, welchen Sorgfaltsmaßstab ein besonnener und gewissenhafter Leistungserbringer nach § 11 SGB VIII anlegen würde. Es sind allerdings keine überzogenen Anforderungen bei dieser „gruppenbezogenen“ Betrachtung zu stellen. Es ist zu fragen, was nach durchschnittlichen Anforderungen von einem Betroffenen, welcher der „Gruppe“ der Leistungserbringer nach § 11 SGB VIII zugehörig ist, zu erwarten ist.<sup>40</sup> Allerdings kann es bei der einfachen Fahrlässigkeit – im Gegensatz zur groben Fahrlässigkeit – bereits ausreichen, wenn die zumutbare Sorgfalt bei Wahrnehmung der Aufsichtspflicht lediglich „in einem leichten Maße“ verletzt wird.<sup>41</sup>

Grobe Fahrlässigkeit wird im BGB nicht näher definiert. Allerdings findet sich in § 45 Abs. 2 S. 3 Nr. 3 HS 2 SGB X eine Legaldefinition. Grobe Fahrlässigkeit liegt danach

---

<sup>38</sup> S. hierzu BGH, Urt. v. 13.12.2012, III ZR 226/12, juris Rn. 22.

<sup>39</sup> Stadler in Jauernig BGB, 17. Auflage 2018, § 278 Rn. 29; Lorenz in BeckOK BGB, Bamberger/Roth/Haus/Poseck, 52. Edition Stand 01.11.2019, § 276 Rn. 21.

<sup>40</sup> Lorenz in BeckOK BGB, Bamberger/Roth/Haus/Poseck, 52. Edition Stand 01.11.2019, § 276 Rn. 21.

<sup>41</sup> S. hierzu BVerwG, Urt. v. 25.06.2015, 5 C 15/14, beck-online, Rn. 29.

## Prof. Dr. Kepert – Aufsichts- und Verkehrssicherungspflichten bei der offenen Kinder- und Jugendarbeit nach § 11 SGB VIII – Teil 2

---

vor, wenn die erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt wird. Nach der Rechtsprechung liegt eine solche grobe Fahrlässigkeit nicht schon dann vor, wenn der Betroffene mit dem relevanten Umstand lediglich "rechnen musste". Grobe Fahrlässigkeit setzt vielmehr eine Sorgfaltspflichtverletzung „ungewöhnlich hohen Ausmaßes“ voraus. Es muss eine besonders grobe und auch subjektiv schlechthin unentschuld bare Pflichtverletzung vorliegen, die das gewöhnliche Maß der Fahrlässigkeit erheblich übersteigt. Subjektiv schlechthin unentschuldbar ist ein Verhalten, wenn schon einfachste, ganz naheliegende Überlegungen nicht angestellt werden. Also, wenn nicht beachtet wird, was im gegebenen Fall jedem einleuchten muss.<sup>42</sup>

Bei Bestimmung der groben Fahrlässigkeit ist somit im Gegensatz zur Bestimmung der einfachen Fahrlässigkeit ein subjektiver Maßstab anzulegen (subjektiver Fahrlässigkeitsbegriff). Es sind daher auch die persönliche Urteils- und Kritikfähigkeit, das Einsichtsvermögen des Betroffenen sowie die besonderen Einzelfallumstände zu berücksichtigen.<sup>43</sup>

Für die Bestimmung von grob fahrlässigem Handeln im Zusammenhang mit der Wahrnehmung einer Aufsichtspflicht ist daher zu fragen, welche Sorgfaltsanforderungen im jeweiligen Einzelfall nach der persönlichen Urteils- und Kritikfähigkeit, dem Einsichtsvermögen des Betroffenen sowie den besonderen Einzelfallumständen zu fordern sind. Maßgeblich bei dieser Betrachtung sind insbesondere Alter, Eigenart und Charakter der Aufsichtsbedürftigen, das örtliche Umfeld, das Ausmaß der drohenden Gefahren, die Voraussehbarkeit des schädigenden Verhaltens sowie die Zumutbarkeit der Aufsichtsmaßnahme für den Aufsichtspflichtigen.

Allgemeingültige Maßstäbe für den Beurteilungsmaßstab hinsichtlich einfacher und grober Fahrlässigkeit bei einer Leistungserbringung nach § 11 SGB VIII lassen sich daher nicht aufstellen. Diesbezüglich ist zunächst zu berücksichtigen, dass für die

---

<sup>42</sup> BSG, Urt. v. 31.08.1976, 7 RAr 112/74, juris Rn. 19; Sächs. LSG, Urt. v. 23.01.2019, L 6 R 178/18, juris Rn. 117; LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 21.02.2018, L 18 AS 2447/16, juris Rn. 22.

<sup>43</sup> BSG, Urt. v. 01.07.2010, B 13 R 77/09 R, juris Rn. 32; Sächs. LSG, Urt. v. 23.01.2019, L 6 R 178/18, juris Rn. 117.

# Prof. Dr. Kepert – Aufsichts- und Verkehrssicherungspflichten bei der offenen Kinder- und Jugendarbeit nach § 11 SGB VIII – Teil 2

---

Bestimmung der Aufsichtspflicht bereits kein allgemeingültiger Maßstab tauglich ist. Das erforderliche Maß an vertraglicher Aufsichtspflicht variiert vielmehr nach den besonderen Einzelfallumständen, dem örtlichen Umfeld der Leistungserbringung (der Schadensgeneignetheit der jeweiligen Situation) und dem Alter, der besonderen Eigenart und dem Charakter des Aufsichtspflichtigen. Im Rahmen der Einzelfallabwägung zur Bestimmung des Umfangs der geschuldeten Aufsichtspflicht ist ferner zu berücksichtigen, dass ein „gewisser Freiraum für vertretbare pädagogische Maßnahmen zu belassen ist“.<sup>44</sup> Das Belassen eines gewissen Maßes an Eigenständigkeit und Eigenverantwortlichkeit ist der Jugendarbeit gem. § 11 SGB VIII wesensimmanent.

Bei Festlegung der geschuldeten Verkehrssicherungspflicht geht es um eine Risikoverteilung zwischen dem Verkehrssicherungspflichtigen und der gefährdeten Person. Es ist daher im Einzelfall zu bestimmen, mit welchen Risiken gerechnet werden muss und welche Sicherheit die zu schützende Person erwarten darf.

Bei der Bestimmung der groben Fahrlässigkeit kommt erschwerend hinzu, dass nach einer subjektiven Betrachtung zusätzlich noch persönliche Eigenschaften des jeweils Aufsichtspflichtigen zu berücksichtigen sind.

## **F. Zusammenfassung**

1.) Ein vertraglicher Ausschluss der Aufsichtspflicht und Verkehrssicherungspflicht ist grundsätzlich möglich. Zu beachten ist allerdings, dass nach § 276 Abs. 3 BGB eine Haftung für Vorsatz nicht ausgeschlossen werden kann. Bei einer Haftungsbegrenzung durch allgemeine Geschäftsbedingungen ist insbesondere § 309 Nr. 7a) BGB zu beachten. Hiernach ist auch ein Haftungsausschluss bei Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit für den Fall der Fahrlässigkeit nicht möglich. Gem. § 309 Nr. 7b) BGB ist zudem ein Haftungsausschluss für sonstige Schäden bei einer grob fahrlässigen Pflichtverletzung nicht möglich. Regelmäßig wird sich dann ein Haftungsausschluss nur auf fahrlässig verursachte Sachschäden beziehen können.

---

<sup>44</sup> Ausführlich hierzu Gutachten Teil 1, C. II. 2.

## Prof. Dr. Kepert – Aufsichts- und Verkehrssicherungspflichten bei der offenen Kinder- und Jugendarbeit nach § 11 SGB VIII – Teil 2

---

2.) Eine Verletzung der Verkehrssicherungspflicht kann zu einer deliktischen Haftung nach § 823 BGB führen. Es besteht dann eine Pflicht zum Ersatz des beim Geschädigten eingetretenen Schadens.

Im Ausnahmefall kann die Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht auch strafrechtliche Folgen nach sich ziehen. Die für eine Strafbarkeit durch Unterlassen erforderliche Garantenstellung kann aufgrund des Innehabens von Verkehrssicherungspflichten entstehen. Allerdings sind die Hürden für eine tatsächliche strafrechtliche Verurteilung eines Mitarbeitenden sehr hoch. Insbesondere muss für eine strafrechtliche Verurteilung feststehen, dass bei Wahrnehmung der unterlassenen und aufgrund der Verkehrssicherungspflicht geschuldeten Maßnahme der Schadenseintritt mit „an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit“ nicht eingetreten wäre.

Schließlich kann ein Verstoß gegen die ordnungsgemäße Wahrnehmung der Verkehrssicherungspflicht auch zu einer verwaltungsrechtlichen Störerhaftung nach § 6 PolG BW führen.

3.) Zur Wahrnehmung einer vertraglichen Aufsichtspflicht ist derjenige verpflichtet, der sich vertraglich hierzu verpflichtet hat. Eine Verkehrssicherungspflicht obliegt demjenigen, der für den Bereich der Gefahrenquelle verantwortlich und in der Lage ist, die zur Gefahrenabwehr erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Primär verpflichtet zur Einhaltung der Aufsichtspflicht ist daher in der Regel zunächst der Träger des Leistungserbringers bzw. die Leitungsebene des Trägers. Vertragliche und gesetzliche Aufsichtspflichten sind allerdings übertragbar. Eine Übertragung der Aufsichtspflicht auf die bei der Leistungserbringung eingesetzten Fachkräfte wird daher regelmäßig möglich sein. Allerdings ist hierfür eine wirksame Delegation der Aufsichtspflicht erforderlich. Ferner verbleiben auch nach einer solchen Übertragung Sorgfaltspflichten beim Träger (Einweisung, Anleitung und insbesondere Überwachung).

4.) Einfache Fahrlässigkeit liegt gem. § 276 Absatz 2 BGB vor, wenn die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen wird. Dabei ist grundsätzlich ein objektiver

## Prof. Dr. Kepert – Aufsichts- und Verkehrssicherungspflichten bei der offenen Kinder- und Jugendarbeit nach § 11 SGB VIII – Teil 2

---

Sorgfaltsmaßstab anzulegen. Es ist also regelmäßig auf den Sorgfaltsmaßstab abzustellen, der nach dem Urteil besonnener und gewissenhafter Angehöriger des in Betracht kommenden Verkehrskreises zum Zeitpunkt des zu beurteilenden Verhaltens zu beachten ist.

Grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn die erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt wird. Nach der Rechtsprechung ist eine Sorgfaltspflichtverletzung „ungewöhnlich hohen Ausmaßes“ erforderlich. Es muss eine besonders grobe und auch subjektiv schlechthin unentschuld bare Pflichtverletzung vorliegen, die das gewöhnliche Maß der Fahrlässigkeit erheblich übersteigt. Subjektiv schlechthin unentschuldbar ist ein Verhalten, wenn schon einfachste, ganz naheliegende Überlegungen nicht angestellt werden. Also, wenn nicht beachtet wird, was im gegebenen Fall jedem einleuchten muss (subjektiver Fahrlässigkeitsbegriff).

Gez. Prof. Dr. jur. Jan Kepert