

Thema

Sozialräumliche Jugendhilfereform in Hamburg – vereinbar mit dem SGB VIII?

Rechtsgutachten, Kritik und Umsetzungsmöglichkeiten

standpunkt : sozial Sonderheft 2012

Zu diesem Sonderheft

Knut Hinrichs, Michael Kolle und Wilma Simon Seite 02

Sind die „Neuen Hilfen/Sozialräumlichen Hilfen und Angebote“ der Freien
und Hansestadt Hamburg mit den Leitideen des SGB VIII vereinbar?
– Rechtsgutachten, initiiert durch MIKO Kinder- und Jugendhilfe,
Hamburg-Bergedorf

Knut Hinrichs Seite 05

Zur Einschätzung der „Neuen Hilfen / Sozialräumlichen Hilfen und
Angebote“ aus sozialpädagogischer und jugendhilfepolitischer Sicht
– Exkurs zum Rechtsgutachten

Jack Weber Seite 69

Wirkungen und Auswirkungen einer sozialraumorientierten
(Verwaltungs-)Reform in Jugendhilfe und Ganztagschule

Andreas Langer Seite 87

Ganztägige Bildung im Stadtteil (GB+S)
– Verbindliche Kooperationen für Hamburgs Kinder und Jugendliche
– Ein Konzept des PARITÄTISCHEN Hamburg.

Joachim Speicher Seite 108

Sind die „Neuen Hilfen/Sozial- räumlichen Hilfen und Angebote“ der Freien und Hansestadt Hamburg mit den Leitideen des SGB VIII vereinbar?

Rechtsgutachten, initiiert durch MIKO
Kinder- und Jugendhilfe, Hamburg-Bergedorf

Knut Hinrichs

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung

- I. Zur Relevanz der Fragestellung 11
- II. Zu Grunde liegende Unterlagen und Dokumente 11

B. Zentraler Überprüfungsmaßstab: Gesamtverantwortung und Gewährleistungsverantwortung des öffentlichen Trägers der Jugendhilfe nach § 79 SGB VIII 12

- I. Gehalt des § 79 SGB VIII 12
- II. Konsequenzen des § 79 SGB VIII für die Beurteilung der „Neuen Hilfen/SHA“; Implikationen für den Gang der Darstellung 13

C. Systematik des Leistungs- und Leistungserbringungsrechts der Kinder- und Jugendhilfe und seiner sozialräumlichen Bezüge 14

6

- I. Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe gem. § 2 Abs. 2 SGB VIII: Angebote und Hilfen 14
 - 1. Wichtigstes Kriterium zur rechtlichen Einordnung von Jugendhilfeleistungen: Verpflichtungsgrad der Norm 14
 - 2. Objektive Rechtsverpflichtungen/Teilhaberechte 15
 - a) §§ 11, 13 SGB VIII 15
 - b) § 16 SGB VIII 15
 - c) Eingeschränkte Sicherstellung der Normgeltung durch die Verwaltungsgerichte 15
 - 3. Ermessensentscheidungen 16
 - a) Ermessenentscheidungen als Ausnahme im SGB VIII 16
 - b) Sicherstellung der Normgeltung durch die Verwaltungsgerichte unter Wahrung des Gewaltenteilungsgrundsatzes 17
 - 4. Rechtsansprüche 17
 - a) §§ 17, 18 SGB VIII 17
 - b) § 24 SGB VIII 17
 - c) §§ 27 ff. SGB VIII 17
 - d) Weitere Rechtsansprüche: § 35a, §41 und § 19 SGB VIII 19
 - e) Vollständige Sicherstellung der Normgeltung durch die Verwaltungsgerichte 20
 - 5. Zwischenfazit: Rechtsanspruch als wesentliches Gestaltungsprinzip des SGB VIII 20

II. Leistungserbringungsrecht der Kinder- und Jugendhilfe gem. §§ 74, 77, 78a ff. SGB VIII: Entgelt- und Zuwendungsfinanzierung 21

- 1. Entgeltfinanzierung gem. §§ 77, 78 a ff. SGB VIII 21
 - a) Anwendungsbereich 21
 - b) Konstruktive Grundlagen 21
 - aa) Hilfeanspruch zwischen Leistungsberechtigtem und Leistungsträger 21
 - bb) Vertragsverhältnis zwischen Leistungsberechtigtem und Leistungserbringer 22
 - cc) Kostenerstattungsverhältnis zwischen Leistungserbringer und Leistungsträger 22
 - (1) Kostenzusage 22
 - (2) Entgeltvereinbarung 22
 - (3) Voraussetzungen einer Entgeltvereinbarung gem. § 77 SGB VIII 23
 - (4) Rechtsfolge hinsichtlich einer Entgeltvereinbarung 23
 - c) Sonderregelung des § 36a Abs. 2 SGB VIII für die „unmittelbare Inanspruchnahme“ 23
- 2. Zuwendungsfinanzierung gem. § 74 SGB VIII 24
 - a) Anwendungsbereich 24
 - b) Konstruktive Grundlagen 24
 - aa) Objektive Rechtsverpflichtung des Leistungsträgers zu Gunsten des Leistungsempfängers 24
 - bb) Tatsächliche Inanspruchnahme durch die Leistungsempfänger 24

beim Leistungserbringer	24	
cc) Zuwendungsverhältnis zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer	24	
(1) Voraussetzungen der Zuwendungsfinanzierung gem. § 74 SGB VIII	25	
(2) Rechtsfolge der Zuwendungsfinanzierung gem. § 74 SGB VIII	25	
3. Gegenseitige Leistungsverträge	26	
a) Anwendungsbereich	26	
b) Konstruktive Grundlagen	26	
aa) Objektive Rechtsverpflichtung des Leistungsträgers zu Gunsten des Leistungsempfängers	26	
bb) Tatsächliche Inanspruchnahme durch die Leistungsempfänger beim Leistungserbringer	26	
cc) Vertragsverhältnis zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer	26	
(1) Voraussetzung von gegenseitigen Leistungsverträgen	26	
(2) Rechtsfolgen von gegenseitigen Leistungsverträgen	27	
4. Zwischenüberlegung	27	
5. Geltung des Vergaberechts gem. §§ 97 ff. GWB?	27	
a) Rechtsanspruchsleistungen, Ermessensentscheidungen: Entgeltfinanzierung	27	7
aa) Normalfall	27	
(1) „Öffentliche Auftraggeber“ gem. § 98 GWB	27	
(2) „Öffentlicher Auftrag“ i.S.d. § 99 GWB	27	
(3) Dienstleistungskonzession	28	
bb) Sonderfall der Organisierung unmittelbarer Inanspruchnahme gem. § 36a Abs. 2 SGB VIII	29	
b) Objektive Rechtsverpflichtungen: Zuwendungsfinanzierung	29	
aa) „Öffentliche Auftraggeber“ gem. § 98 GWB	29	
bb) „Öffentlicher Auftrag“ i.S.d. § 99 GWB	30	
c) Objektive Rechtsverpflichtungen: Gegenseitige Leistungsverträge	30	
aa) „Öffentliche Auftraggeber“ gem. § 98 GWB	30	
bb) „Öffentlicher Auftrag“ i.S.d. § 99 GWB	30	
cc) Dienstleistungskonzession	30	
dd) Erreichen der EU-Schwellwerte, § 127 Abs. 1 i.V.m. § 2 VgV	30	
ee) Darunter bleibende Auftragswerte	31	
d) Ergebnis	31	
III. Zusammenspiel des Leistungs- und Leistungserbringungsrecht der Jugendhilfe als Konkretion der Gesamt- und Gewährleistungsverantwortung des § 79 SGB VIII	31	
1. Zwingende gesetzliche Vorgaben zur Finanzierung	31	
a) Leistungserbringungsrechtliche Konsequenzen der Gewährung eines Rechtsanspruchs	31	
b) Leistungserbringungsrechtliche Konsequenzen des sozialpädagogischen Inhalts des Rechtsanspruchs	33	
c) Leistungserbringungsrechtliche Konsequenzen objektiver Rechtsverpflichtungen	33	
2. Das Primat des Rechts im Leistungs- und Leistungserbringungsrecht der Jugendhilfe als Gehalt des § 79 SGB VIII	33	
IV. Der Grundrechtsschutz der freien Träger und das Scheitern bisheriger sozialräumlicher Steuerungsmodelle in der Jugendhilfe	34	
1. Grundrechtsschutz der freien Träger: Die Berufsausübungsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG	34	
a) Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG	34	
b) Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 GG	34	
c) Schrankensystematik des Art. 12 GG	35	
2. Sozialräumliche Steuerungsmodelle seit dem Jahr 2000	35	
3. Sozialraumorientierte Steuerungsmodelle in der Rechtsprechung zwischen 2004 und 2011	36	
a) Hamburg	36	
aa) Konzeptionelle Eckpunkte	36	
bb) Rechtsprechung	36	

	cc) Juristische Eckpunkte der Entscheidungen	36
	b) Kreis Steinfurt	36
	aa) Konzeptionelle Eckpunkte	36
	bb) Rechtsprechung	36
	cc) Juristische Eckpunkte der Entscheidungen	36
	c) Berlin	37
	aa) Konzeptionelle Eckpunkte	37
	bb) Rechtsprechung	37
	cc) Juristische Eckpunkte der Entscheidungen	37
	d) Landkreis Lüneburg	37
	aa) Konzeptionelle Eckpunkte	37
	bb) Rechtsprechung	37
	cc) Juristische Eckpunkte der Entscheidungen	37
	e) Landkreis Osnabrück	37
	aa) Konzeptionelle Eckpunkte	37
	bb) Rechtsprechung	37
8	cc) Juristische Eckpunkte der Entscheidungen	37
	4. Ertrag bisheriger Versuche, sozialräumliche Angebote als Ersatz für rechtsanspruchsgesicherte Leistungen einzuführen	37
	a) Inhalt und Logik der Entscheidungen	37
	b) Finanzierungsvorbehalt wegen Sparzwangs und „Schuldenbremse“ gem. § 109 Abs. 3 GG?	38
	c) Ergebnis	39
	D. Rechtliche Analyse der „Neuen Hilfen/SHA“	39
	I. Ausgangspunkt: „Neuen Hilfen/SHA“ als „Leistungsrechtsfinanzierungskomplex“	39
	1. Die Perspektive der BASFI: ein berechnender Umgang mit dem Rechtsanspruch auf Hilfe zur Erziehung zur Einsparung von Kosten	39
	2. Mangel dieser Perspektive im Verhältnis zu den rechtlichen Vorgaben	41
	3. Sozialrechtlicher Gesetzesvorbehalt des § 31 SGB I	41
	II. Analytische Entwicklung einzelner Leistungsbestandteile nach Leistungs- und Leistungserbringungsrecht	41
	1. Unverbindliche Angebote im Sozialraum und an „Regeleinrichtungen“ (BASFI, Globalrichtlinie GR J 1/12 3.1, 3.2, 3.3, 3.4)	42
	a) Methodische und konzeptionelle Ausrichtung	42
	b) Unverbindliche Teile der „Frühen Hilfen“ (BASFI, Globalrichtlinie GR J 1/12 3.1)	42
	aa) §§ 16 SGB VIII als Leistungsnorm	42
	(1) Tatbestand	42
	(2) Rechtsfolge	42
	bb) §§ 17, 18 SGB VIII als Leistungsnorm	43
	cc) §§ 27 ff. SGB VIII als Leistungsnorm	43
	c) Unverbindliche Teile des Erziehungsgeschehens in den Familien (BASFI, Globalrichtlinie GR J 1/12 3.2)	43
	aa) §§ 16 SGB VIII als Leistungsnorm	43
	(1) Tatbestand	43
	(2) Rechtsfolge	44
	bb) §§ 17, 18 SGB VIII als Leistungsnorm	44
	cc) §§ 27 ff. SGB VIII als Leistungsnorm	44
	d) Schulbezogene Angebote und Berufliche Integration (BASFI, Globalrichtlinie GR J 1/12 3.3 und 3.4)	45
	aa) § 13 SGB VIII als Leistungsnormen	45
	bb) § 11 SGB VIII als Leistungsnorm	45
	cc) §§ 27 ff. SGB VIII als Leistungsnorm	46

e) Leistungserbringungsrechtliche Vorgaben zur Finanzierung	46
aa) Zu den konzeptionellen Vorgaben der Finanzierung der „Neuen Hilfen/SHA“	46
bb) Rechtsgrundlage für die Finanzierung: § 74 SGB VIII	47
(1) Voraussetzungen	47
(2) Rechtsfolge	47
(a) Gewährleistungs- und Gesamtverantwortung gem. § 79 SGB VIII	47
(b) Anwendbarkeit des Vergaberechts bei gegenseitigen Verträgen	47
cc) Ergebnis	48
2. Verbindlichere Leistungen im Sozialraum, insbesondere:	
Verbindliche Gruppenangebote (BASFI, Globalrichtlinie GR J 1/12 3,2)	48
a) Methodische und konzeptionelle Ausrichtung	48
b) §§ 27 SGB VIII als Leistungsnorm	48
aa) Tatbestand	49
(1) Personensorgeberechtigte als Anspruchsinhaber	49
(2) Erzieherischer Bedarf	49
(3) Freiwilligkeit der Inanspruchnahme, Antragstellung	49
bb) Rechtsfolge	50
(1) Geeignete und notwendige Hilfe nach § 27 Abs. 2 S. 1 SGB VIII – Kataloghilfen	50
(2) Geeignete und notwendige Hilfe nach § 27 Abs. 2 S. 2 SGB VIII	
– „insbesondere“-Hilfen	51
(3) Zwischenergebnis	53
(4) Nachrang	54
(5) Hilfeplanverfahren	55
(6) Wunsch- und Wahlrecht	55
cc) Ergebnis	55
c) Leistungserbringungsrechtliche Vorgaben zur Finanzierung verbindlicherer Hilfen im Sozialraum, insbesondere verbindliche Gruppenangebote	55
3. Verbindliche Hilfen in der familialen Privatsphäre	
(BASFI, Globalrichtlinie GR J 1/12 3,1, 3,2, 5.1)	56
a) Verbindliche Teile der „Frühen Hilfen“ (BASFI, Globalrichtlinie GR J 1/12 3,1)	56
aa) Methodische und konzeptionelle Ausrichtung	56
bb) §§ 27 ff. als Leistungsnorm	57
(1) Tatbestand	57
(a) Allgemeine Tatbestandsvoraussetzungen	57
(b) Erzieherischer Bedarf	57
(2) Rechtsfolge	57
(a) Analoge Anwendung von § 28 oder § 31 SGB VIII	
oder „insbesondere“-Hilfe gem. § 27 Abs. 2 S. 1 SGB VIII?	57
(b) Leistungsinhalt	58
(c) Das Beispiel STEEP	58
(d) Hilfeplanverfahren, § 36 SGB VIII, Wunsch- und Wahlrecht, § 5 SGB VIII	59
cc) Zwischenergebnis	59
b) „Verbindliche Einzelhilfen“ (BASFI, Globalrichtlinie GR J 1/12 3,2, 5.1)	59
aa) Methodische und konzeptionelle Ausrichtung	59
bb) §§ 27 ff. als Leistungsnorm	60
(1) Tatbestand	60
(a) Allgemeine Tatbestandsvoraussetzungen	60
(b) Erzieherischer Bedarf	60
(2) Rechtsfolge	61
(a) SPFH nach § 31 SGB VIII	61
(b) Soziale Gruppenarbeit nach § 29 SGB VIII	61
(c) Nachrang	61
(d) Hilfeplanverfahren, § 36 SGB VIII, Wunsch- und Wahlrecht, § 5 SGB VIII	61
cc) Ergebnis	61
c) Leistungserbringungsrechtliche Vorgaben zur Finanzierung	

von verbindlichen Hilfen und sozialräumlichen Angeboten	62
aa) Im Bereich der Hilfen zur Erziehung	62
bb) Im Bereich objektiver Rechtsverpflichtungen	62
cc) Verzahnung beider Bereich	62
III. Statt eines Fazits: Wie der haushaltspolitische Ausgangspunkt mit der Rechtsbindung in Konflikt gerät	63
1. Der Zusammenhang der „Neuen Hilfen“ mit dem sozialräumlichen Steuerungsmodell	63
2. Die „Fehlsteuerung“ der Hilfen zur Erziehung als Grund für die „Umsteuerung“ zu den „Neuen Hilfen/SHA“	63
3. Rechtliche Ansatzpunkte zur Sicherung der Rechtsbindung in der Hamburger Jugendhilfe	65
a) Leistungsberechtigte	65
b) Freie Träger	65
IV. Gesamtergebnis	65
10 E. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse des Rechtsgutachtens	66
Literatur	67

A. Einleitung

I. Zur Relevanz der Fragestellung

Bereits durch einen ersten Blick auf das Konzept der „Neue Hilfen/SHA“ sowie die von der BSG/BASFI gewählte Redeweise von der „Umsteuerung von der Sozialpädagogischen Familienhilfe hin zu gruppenorientierten Angeboten“² wird klar, dass die FHH sich hier um einen grundlegenden Richtungswechsel, eine „Neuausrichtung“ nicht nur des ASD³, sondern der Jugendhilfelandchaft in Hamburg überhaupt bemüht, wobei diese Neuausrichtung ihren Anfang bei den ambulanten Hilfen nehmen soll⁴. Dabei lässt die BASFI keinen Zweifel daran, dass sie dem bisherigen jugendhilferechtlichen Leistungsgeschehen des SGB VIII, insbesondere der Hilfe zur Erziehung gem. §§ 27 ff. SGB VIII kritisch gegenübersteht: Sie sieht insbesondere in § 31 SGB VIII, der Vorschrift zur Sozialpädagogischen Familienhilfe, nicht die geeignete Grundlage, um der Klientel „niedrigschwellig zugängliche“ als auch „verbindliche Einzelhilfen“ anzubieten. Jedenfalls geht sie offenbar davon aus, dass durch die Gewährung von Hilfe nach dem Bedarf des Einzelfalls (§ 27 Abs. 2 S. 1 SGB VIII) zu hohe Kosten entstehen, denn ihr erklärtes „Steuerungsziel“ ist eine „Verringerung der Fallzahlen und Kosten der HzE“⁵. Folgerichtig wird das ganze Programm mit einem Gesamtumfang von 10 Mio. Euro aus einer „Umschichtung im Budget der HzE finanziert“⁶.

Die BASFI verschränkt damit zwei Ebenen des jugendhilferechtlichen Leistungsgeschehens: zum einen die konzeptionelle Ebene zwischen Leistungsempfänger und Leistungserbringer und zum anderen die Ebene der Finanzierung dieser Leistungen zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer. Diese beiden Ebenen sind hinsichtlich ihrer Rechtmäßigkeit zunächst in den Blick zu nehmen, denn zur Frage des Rechtscharakters der Leistungen zu Gunsten der Leistungsberechtigten und zur Frage der Finanzierung dieser Leistungen macht das SGB VIII eine Reihe von Vorgaben, die die FHH als Träger der öffentlichen Jugendhilfe zu beachten hat.

BASFI und Bezirksämter haben sich bislang – bis auf wenige Andeutungen⁷ – nicht dazu geäußert, wie

sich die „Neuen Hilfen/SHA“ in das System des SGB VIII einfügen sollen. Sie gehen offenbar auf der einen Seite davon aus, dass die Neuerungen der „Neuen Hilfen/SHA“ ohne weiteres mit den gesetzlichen Grundlagen des Leistungs- und Leistungserbringungsrechts des SGB VIII in Einklang zu bringen sind.

Auf der anderen Seite hat man in der BASFI doch auch ein Bewusstsein davon, dass das Reformprogramm an verschiedenen Stellen in Kollision mit den bestehenden gesetzlichen Regelungen geraten könnte, wie die Diskussion um eine Gesetzesänderung mit dem Ziel zeigt, „den Rechtsanspruch vorrangig durch eine Gewährleistungsverpflichtung des öffentlichen Trägers zu erbringen“, sodass „die Kommunen in der Lage wären, bedarfsgerechte sozialräumliche Angebote zu entwickeln, die individuelle Einzelhilfe als Angebotsform von der Regel zur Ausnahme zu machen und die Anbindung an Regelinstitutionen zielgerichtet betreiben zu können“.⁸ Dies käme in der Tat einer Abschaffung des individuellen Rechtsanspruchs auf Hilfe zur Erziehung nahe. Als sich daraufhin nicht nur in der Hamburger Jugendhilfelandchaft Protest regte, ruderte die BASFI zurück und veröffentlichte ein Papier, das nun die beabsichtigte Gesetzesänderung bestritt, aber an der Substanz der Reformen festhielt.⁹

II. Zu Grunde liegende Unterlagen und Dokumente

Die zu untersuchende Fragestellung hat einen laufenden Prozess innerhalb der Jugendhilfeverwaltung auf fachbehördlicher und bezirksamtlicher Ebene zum Gegenstand, der nicht über eine Änderung oder Ergänzung der einschlägigen gesetzlichen Grundlagen – im Wesentlichen des SGB VIII und des HmbgAG SGB VIII – gesteuert wird, sondern über die Installation von Organisations- und Personalentwicklung in der Verwaltung, über Haushaltszuweisungen, den Abschluss von „Kontrakten“ zwischen BASFI und einzelnen Bezirksämtern sowie über die Verbreitung von Konzeptpapieren sowie den Erlass von Globalrichtlinien bzw. Fachanweisungen der BASFI¹⁰.

In diesen Papieren und Verwaltungsvorschriften dokumentiert sich der Steuerungswille der Verwaltung und zwar auch dann, wenn die Papiere zuweilen nicht den Stand der Durchnormierung erreichen,

1 BSG = Behörde für Soziales, Familie, Gesundheit und Verbraucherschutz Hamburg (bis 30. April 2011); BASFI = Behörde für Arbeit, Soziales, Familie und Integration Hamburg (seit 1. Mai 2011).

2 BSG, Neue Hilfen als Alternative zur SPFH, S. 3.

3 BSG, Eckpunkte Neue Hilfen

4 Vgl. Eckpunkte Neue Hilfen, S. 1.

5 Eckpunkte Neue Hilfen, S. 1.

6 Eckpunkte Neue Hilfen, S. 1.

7 In BSG, Neue Hilfen als Alternative zur SPFH, S. 9 wird davon gesprochen, dass die „Neue Hilfen/SHA“ ihre Rechtsgrundlage nicht in § 27 ff. SGB VIII hätten, aber zugleich Alternative zur SPFH sein sollen; BASFI, Globalrichtlinie GR J 1/12 geht auf S. 2 u. 4 von einer weiten Überschneidung mit Bedarfen gem.

§§ 27 ff. aus. Bei Spieker in: BASFI, Infobrief 3, S. 7 heißt es: „Wir wollen keine Beschränkung auf Einzelhilfen. So vielfältig, wie die Problemlagen von Familien sind, muss auch die Angebotslandschaft sein.“ Offenbar geht die BASFI davon aus, dass weder offene Angebote nach § 16 SGB VIII noch HzE gem. §§ 27 ff. SGB VIII eine geeignete Rechtsgrundlage für die „Neuen Hilfen/SHA“ sind, ohne sich hier festlegen zu wollen.

8 Wörtliche Zitate aus: A-Staatssekretäre vom 13.05.2011.

9 Vgl. BASFI, HzE - Konzeptionelle Vorschläge vom 24.08.2011.

10 Diese sind online zu beziehen unter: <http://www.hamburg.de/fachanweisungen-globalrichtlinien/> und <http://www.hamburg.de/jugendhilfe/> (04.02.2012)

der als Maßstab an ein förmliches Gesetz oder eine Verordnung angelegt würde. Der Steuerungswille, der hier angesprochen ist, gehört im Bereich der Jugendhilfe systematisch in die Ausfüllung des § 79 SGB VIII, der die Gesamtverantwortung des öffentlichen Jugendhilfeträgers regelt, und die Träger der öffentlichen Jugendhilfe dazu verpflichtet, „die zur Erfüllung der Aufgaben ... erforderlichen und geeigneten Einrichtungen, Dienste und Veranstaltungen ... rechtzeitig und ausreichend zur Verfügung zu stellen...“ Notwendigerweise entsteht hier ein Spannungsverhältnis, das von einem viele Freiheiten lassenden Entschließungsermessen der kommunalen Selbstverwaltung im Rahmen des Art. 28 Abs. 2 GG auf der einen Seite bis zur stärksten Form der Gesetzesbindung in Gestalt der Gesetzesausführung des SGB VIII auf der anderen Seite reicht; dies alles jeweils geordnet durch die staatsrechtlichen Prinzipien des Gesetzesvorrangs und des Gesetzesvorbehalts.

Die Jugendhilfereform, die in Hamburg spätestens seit der „Sozialräumlichen Angebotsentwicklung (SAE)“ vorbereitet und gegenwärtig unter dem Titel „Neuausrichtung des ASD“ mit „Neuen Hilfen“ und „Sozialräumlichen Hilfen und Angeboten (SHA)“¹¹ betrieben wird, dokumentiert sich in den angesprochenen Papieren – und in der schon eingeleiteten oder bevorstehenden Verwaltungspraxis.

Ein Rechtsgutachten, das die die Frage beantworten will, ob die „Neuen Hilfen/SHA“ mit den Leitideen des insoweit einschlägigen SGB VIII vereinbar ist, muss sich daher mangels „förmlicher“ Quellen auf diese Papiere stützen – auch dann, wenn der Leser bisweilen den Eindruck gewinnen muss, dass sehr zugespitzt formuliert wurde, bzw. der Inhalt hier und da doch nicht ganz bis ans Ende durchdacht worden sein kann.¹²

Im Einzelnen sind vom Verfasser verwandt worden:

- Globalrichtlinie GR J 12/03 der BSG „Sozialräumliche Angebotsentwicklung“ vom 05.08.2003 (zitiert als „BSG, Globalrichtlinie SAE“).
- Fachanweisung Allgemeiner Sozialer Dienst der BSG vom 27.03.2009 (zitiert als: „BSG, Fachanweisung ASD“).
- „Strategiepapier BSG zur Haushaltskonsolidierung ‚gesetzliche Leistungen‘ ... Vorschlag ‚10 Goldene Regeln‘ zur Priorisierung“ von Dietrich Wersich, ohne Datum, abgedruckt in Bürgerschafts-Drucks. 19/4548 vom 17.11.2009 (zitiert als: „Wersich, 10 Goldene Regeln zur Priorisierung“).
- Neuen Hilfen als Alternative zur Sozialpädagogischen Familienhilfe (SPFH) – Inhalt und Gestaltung, Konzeptpapier der BSG vom 09.07.2010 (zitiert als: „BSG,

Neue Hilfen – Inhalt und Gestaltung“).

- Eckpunkte des Programms Neue Hilfen, Konzeptpapier der BSG vom 04.10.2010 (zitiert als: „BSG, Eckpunkte Neue Hilfen“).
- Globalrichtlinie GR J 1/10 der BSG „Familienförderung und -beratung im Rahmen der Jugendhilfe“ vom 14.12.2010 (zitiert als: „BSG, Globalrichtlinie GR J 1/10“).
- Globalrichtlinie GR J 2/10 der BSG „Kinder- und Jugendarbeit/Jugendsozialarbeit in den Bezirken“ vom 14.12.2010 (zitiert als „BSG, Globalrichtlinie GR J 2/10“).
- Neuorientierung der Hamburger Kinder-, Jugend- und Familienpolitik in Hamburg, Vermerk des SPD-Politikers Thomas Böwer vom 08.03.2011, dokumentiert in der Bürgerschafts-Drucks. 20/1285 vom 23.08.2011 (zitiert als: „Böwer-Papier vom 08.03.2011“).
- Koordinierungssitzung der A-Staatssekretäre am 13.05.2011 in Berlin „Wiedergewinnung kommunalpolitischer Haushaltsfähigkeit zur Ausgestaltung von Jugendhilfeleistungen – Änderung des Kinder- und Jugendhilferechts (SGB VIII)“ – (zitiert als „A-Staatssekretäre vom 13.05.2011“).
- Positionspapier der BASFI vom 24.08.2011: „Hilfen zur Erziehung – Konzeptionelle Vorschläge zu Weiterentwicklung und Steuerung“ (zitiert als: „BASFI, HZE – Konzeptionelle Vorschläge vom 24.08.2011“).
- Jan Pörksen vom 24.11.2011: „Weiterentwicklung und Steuerung der Hilfen zur Erziehung – Was wir wirklich wollen“ (zitiert als „Pörksen, 24.11.2012, Was wir wirklich wollen“).
- Dritter Infobrief zum Projekt Neuausrichtung des ASD, Informationspapier der BASFI vom 25.11.2011 (zitiert als „BASFI, Infobrief 3“).
- BASFI, Globalrichtlinie GR J 1/12 Sozialräumliche Angebote der Jugend- und Familienhilfe vom 01.02.2012 (zitiert als: „BASFI, Globalrichtlinie GR J 1/12“).

B. Zentraler Überprüfungsmaßstab: Gesamtverantwortung und Gewährleistungsverantwortung des öffentlichen Trägers der Jugendhilfe nach § 79 SGB VIII

I. Gehalt des § 79 SGB VIII

Bei einem so umfassenden Reformwerk stellt sich in rechtlicher Hinsicht die Frage, an welchen Normen das Reformwerk zu messen ist. Dies gilt umso mehr, als die Reform, wie oben dargestellt, nicht einfach bezweckt, die Verwaltungspraxis zu einer einzelnen Gesetzesnorm zu ändern, oder die Finanzierung von Leistungen über einen neuen Weg sicherzustellen, die Leistung als solche aber unangetastet zu lassen. Bei dieser Reform soll bei klarer Zielsetzung – keine weitere Steigerung von Fallzahlen

11 Vgl. zur Nomenklatur Spieker in Infobrief 3, S. 6.

12 Und zwar auch dann, wenn Autoren solche Papiere einerseits verfassen und sich andererseits von ihnen öffentlich distanzieren – was im politischen Prozess keine Seltenheit ist.

und Kostenentwicklung in den HzE, Effektivierung geleisteter Hilfen – eine Verwaltungspraxis etabliert werden, die das gesamte System der offenen Angebote und der (zunächst nur ambulanten) einzelfallbezogenen Hilfen zur Erziehung stark verändert.

Tatsächlich enthält das SGB VIII eine zentrale Vorschrift, die die den Kommunen nach Art. 28 Abs. 2 GG eingeräumte Selbstverwaltungsgarantie von den ihnen durch SGB I und SGB VIII zugewiesenen Pflichten zur Erbringung von Leistungen der Jugendhilfe scheidet: Dies ist § 79 SGB VIII, der den öffentlichen Trägern die *Gesamtverantwortung* und *Gewährleistungsverpflichtung* auferlegt.

Unter Gesamtverantwortung nach § 79 Abs. 1 SGB VIII versteht man, dass im Bereich seiner sachlichen und örtlichen Zuständigkeit garantiert ist, dass alle in § 2 SGB VIII genannten Leistungen und Aufgaben tatsächlich erbracht, bzw. erfüllt werden.¹³

Unter Gewährleistungsverpflichtung nach § 79 Abs. 2 SGB VIII versteht man die Pflicht zur Schaffung von Bedingungen, von den die Wahrnehmung der Gesamtverantwortung qualitativ abhängt: es müssen „Einrichtungen, Dienste und Veranstaltungen“

- in geeigneter Form,
- in der erforderlichen Anzahl,
- mit ausreichender Personalausstattung,
- mit ausreichender Finanzausstattung,
- in pluraler Breite
- und rechtzeitig

zur Verfügung gestellt werden.¹⁴

Insofern stellt die Regelung des § 79 SGB VIII klar, was rechtsdogmatisch ohnehin gilt: dass der öffentliche Träger der Jugendhilfe als Sozialleistungsträger die gegen ihn bestehenden Rechtsansprüche und Rechtspflichten unter Beachtung des sozialrechtlichen Gesetzesvorbehalts (§ 31 SGB I) so zu erfüllen hat, wie es das Gesetz vorsieht.

II. Konsequenzen des § 79 SGB VIII für die Beurteilung der „Neuen Hilfen/SHA“; Implikationen für den Gang der Darstellung

Damit weist die Frage, ob die „Neuen Hilfen/SHA“ Ausdruck von § 79 SGB VIII sind, oder diesen Grundsatz verletzen, zurück auf die Frage, ob Rechtsansprüche und Rechtspflichten, also die Leistungen und Aufgaben der Jugendhilfe durch das Programm verletzt werden, oder ob es zulässiger Ausdruck des der FHH zustehenden Gestaltungsspielraums ist.

Angesichts der „Programmziele“, durch den „Ausbau vorhandener und Aufbau neuer sozialräumlicher

Unterstützungsangebote für Familien, die sowohl präventiv als auch auf bereits verfestigte Problemlagen ausgerichtet sind“ zu einer „Senkung der Ausgaben im Bereich Hilfen zur Erziehung (HzE)“¹⁵ zu kommen, fällt eine strukturierte Darstellung der in dem Programm liegenden Rechtsprobleme nicht leicht. Denn in der Formulierung des Programms ist Fachlichkeit, Finanzierung und Recht nirgendwo klar geschieden, sondern wird, wie das Zitat in diesem Absatz zeigt, unmittelbar miteinander verschränkt und in einen Funktionszusammenhang gebracht. Es finden sich nirgendwo entweder rein fachliche oder rein rechtliche oder rein finanzierungstechnische Argumentationen. Man kann von einem „Leistungsrechtsfinanzierungskomplex“ sprechen (vgl. hierzu unter: D.I).

Der Verfasser hat sich daher dazu entschlossen, die Gutachtenfrage in zwei großen Schritten zu beantworten: Zunächst in einer abstrakten Darstellung des positiven Rechts der Kinder- und Jugendhilfe, soweit es für das Konzept der „Neuen Hilfen/SHA“ relevant ist; und sodann in einer konkreten Subsumtion der einzelnen Bestandteile des Programms unter die so gewonnenen Maßstäbe. Ihm ist bewusst, dass dies für den Leser insofern eine Zumutung darstellt, als er sich womöglich mit diesen ganzen dogmatischen Einzelfragen nicht auseinandersetzen möchte, sondern nur wissen will, ob das Reformwerk nun zulässig ist, oder nicht. Dem Verfasser schien es aber erforderlich, angesichts des Unverständnisses, mit der einer systematischen Herleitung jugendhilferechtlicher Strukturprinzipien mittlerweile begegnet wird. Nicht selten wird unterstellt, man operiere mit nichts als Glaubenssätzen, wenn man auf die Geltungsweise des Gesetzes und des „jugendhilferechtlichen Dreiecksverhältnisses“ hinweist. Von daher sollte einmal der systematische Zusammenhang entwickelt werden, der nicht nur die „Neuen Hilfen/SHA“ als durchaus problematisch erscheinen lässt.

Ob also der Gestaltungsspielraum des § 79 SGB VIII zutreffend ausgeschöpft wird, muss sich an einer Fülle einzelner Normen zeigen.

Zum einen muss es sich an den einzelnen Vorschriften des SGB VIII, an Tatbestand und Rechtsfolge der Leistungen und Aufgaben des öffentlichen Jugendhilfeträgers zeigen. (hierzu: C.I)

Ferner muss sich zeigen, ob die gewählte Finanzierungsform den Vorgaben des SGB VIII standhält, ob sie also zum Leistungserbringungsrecht passt (hierzu: C.II)

Sodann ist weiter zu fragen, ob zwischen Leistungsrecht und Leistungserbringungsrecht ein notwendiger Zusammenhang besteht und wenn ja, wie weit dieser Zusammenhang reicht (hierzu: C.III).

Schließlich ist zu fragen, inwiefern die Auseinandersetzung der letzten zwölf Jahre zum Thema Sozialraumorientierung das Verständnis von

13 Kunkel, LPK-SGB VIII, § 79, Rn. 3.

14 Kunkel, LPK-SGB VIII, § 79, Rn. 7.

15 BSG, Eckpunkte Neue Hilfen, S. 3.

Leistungs- und Leistungserbringungsrecht des SGB VIII weiterentwickelt hat und ob hieraus Rückschlüsse für die „Neuen Hilfen/SHA“ gezogen werden können; schließlich verstehen sich die „Neuen Hilfen/SHA“ selber als eine Spielart des sozialraumorientierten Fachkonzeptes (hierzu: C.IV).

Erst nach einem solchen Durchgang durch das Kinder- und Jugendhilferecht ist es möglich, die Frage nach der Rechtmäßigkeit der „Neuen Hilfen/SHA“ zu beantworten. Denn so innovativ wie die Hilfen auf der einen Seite sein sollen, so grundsätzlich ist die Kritik, die in ihrer Konzeption gegen die bisherigen Hilfeformen mitschwingt (hierzu: D).

C. Systematik des Leistungs- und Leistungserbringungsrechts der Kinder- und Jugendhilfe und seiner sozialräumlichen Bezüge

Im Folgenden soll also zunächst die Systematik des aktuell geltenden Leistungs- und Leistungserbringungsrechts in der Kinder- und Jugendhilfe dargelegt werden. Dabei ist es erforderlich, auf die *Leistungsebene* zu blicken, weil sich hieraus – nach herrschender jugendhilferechtlicher Meinung zwingende – Vorgaben für das anzuwendende Leistungserbringungsrecht ergeben. Bei der Darstellung der Rechtsgrundlagen wird dabei besonders auf die nach geltender Gesetzeslage möglichen sozialräumlichen Elemente des Leistungsgeschehens eingegangen.

I. Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe gem. § 2 Abs. 2 SGB VIII: Angebote und Hilfen

Das Jugendamt hat die zentrale Aufgabe, das Recht jedes jungen Menschen auf Förderung seiner Entwicklung und auf Erziehung zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit gem. § 1 Abs. 1 SGB VIII sicherzustellen. Dabei hat es eine Doppelfunktion. Es ist einerseits – neben dem Familiengericht – Bestandteil des staatlichen Wächteramtes gem. Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG und andererseits ein Sozialleistungsträger gem. § 12 SGB I, der Sozialleistungen gem. §§ 11 i.V.m. 27 SGB I zu erbringen hat.

Diese Sozialleistungen werden nach § 2 Abs. 2 SGB VIII zum einen als „Angebote“ gem. § 2 Abs. 2 Nr. 1-3 SGB VIII, und zum anderen als „Hilfen“ gem. § 2 Abs. 2 Nr. 4-6 SGB VIII bezeichnet. Nur um diese Leistungen geht es in der vorliegenden Untersuchung, die die Organisationsweise von Sozialleistungen gegenüber den Berechtigten durch die FHH im Rahmen des Reformprogramms „Neue Hilfen/SHA“ zum Gegenstand hat.

Nicht von Bedeutung sind in diesem Zusammenhang die so genannten „anderen Aufgaben“ gem. § 2 Abs. 3 SGB VIII, die die Eingriffe in das Elternrecht im Rahmen des staatlichen Wächteramts, aber auch die Aufgaben des Jugendamts als Aufsichtsbehörde und

weitere administrative Angelegenheiten betreffen.

Bei den insoweit zu untersuchenden Sozialleistungen handelt es sich um soziale Dienstleistungen (§ 11 SGB I), die unterschiedliche konzeptionelle und rechtliche Strukturmerkmale aufweisen. Diese sind den Eigentümlichkeiten¹⁶ sozialpädagogischer Prozesse geschuldet: Bei diesen Sozialleistungen handelt es sich nicht um „attraktive“ Leistungen, die von den Adressaten der Leistungen selbstbewusst und mit Freude in Anspruch genommen werden, sondern um Leistungen, die ihrem Inhalt nach auf familiäre Intimsphäre und die sittliche Ausrichtung der Adressaten einwirken¹⁷. Daher decken auch die Mitwirkungspflichten gem. §§ 60 ff. SGB I den Adressatenbezug dieser Leistungen nur unvollständig ab. Insbesondere das Erfordernis der Akzeptanz und der Sicherstellung der Kontinuität des Hilfeprozesses stellen besondere Anforderungen an die behördliche Ermittlung des Sachverhalts, die Partizipation und die Einbindung der Adressaten dar.

1. Wichtigstes Kriterium zur rechtlichen Einordnung von Jugendhilfeleistungen: Verpflichtungsgrad der Norm

Die Leistungen der Jugendhilfe sind vielfältig und sollen dies auch sein, vgl. § 3 Abs. 1 SGB VIII. Allerdings sind die Strukturen des Leistungsgeschehens nicht ohne weiteres dem Gesetz zu entnehmen; insbesondere werden sie nicht durch eine Unterscheidung von Angeboten und Hilfen in § 2 Abs. 2 SGB VIII markiert, wengleich hieraus im einzelnen Anhaltspunkte gewonnen werden können.

Die „Neuen Hilfen/SHA“ beschreiben – wie bereits der Name sagt – eine neue Leistungsart, die sowohl nach der Seite des Leistungsrechts, wie nach der Seite der Leistungserbringung Veränderungen herbeiführen soll.¹⁸ Dabei stößt das Reformwerk auf eine etablierte und gesetzlich normierte Systematik des Leistungsrechts, aus dem sich das Leistungserbringungsrecht ableitet. Das insoweit maßgebliche Unterscheidungskriterium für die Leistungsnormen ist der Grad, mit dem das Gesetz den öffentlichen Träger zu einer bestimmten Leistung verpflichtet.¹⁹ Hinsichtlich dieses *Verpflichtungsgrades der Norm* lassen sich im SGB VIII im Grundsatz drei Gruppen von Leistungstypen bilden: objektive Rechtsverpflichtungen, Ansprüche auf fehlerfreie Ermessensentscheidungen und zwingende Rechtsansprüche. Welcher Leistungstyp jeweils vorliegt, ist nach allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen durch Auslegung zu ermitteln.²⁰

16 Maas, Soziale Arbeit als Verwaltungshandeln, S. 5 f.

17 Vgl. hierzu ausführlich: Hinrichs, Selbstbeschaffung im Jugendhilferecht, 109 ff.

18 Vgl. hierzu die Ausführungen S. 39 ff.

19 Hierzu unten S. 14 und 20 ff.

20 Vgl. hierzu Erichsen/Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 12 II 1. ff.

Die Darstellung der einzelnen Rechtsgrundlagen ist jeweils gegliedert nach Tatbestand und Rechtsfolge, gefolgt von Ausführungen zu der Frage, inwieweit sozialräumliche Hilfeansätze aus der geltenden Gesetzeslage zu entnehmen sind. Sodann widmen sich die Ausführungen der Rechtsfolgeverknüpfung und damit der Funktionsweise der Normgeltung.

2. Objektive Rechtsverpflichtungen/ Teilhaberechte

a) §§ 11, 13 SGB VIII

Zu nennen sind zunächst die §§ 11 und 13 SGB VIII. Die Normen richten sich nicht (jedenfalls in ihrer Regelaussage) an einen konkreten Personenkreis, der, von allgemeinen Vorgaben abgesehen, schon über ihre Eigenschaft als Adressaten der Norm entscheiden würde. Einzelne sachliche Tatbestandsmerkmale sind äußerst allgemein gehalten. Es handelt sich insgesamt um offene Tatbestände: § 11 SGB VIII etwa richtet sich an *alle jungen Menschen*, was nur aussagt, dass es sich gem. § 7 Abs. 1 Nr. 4 SGB VIII um Personen handeln muss, unter 27 Jahre alt sind, wobei sich die Leistungen auch an über 27-jährige richten dürfen, § 11 Abs. 4 SGB VIII. In sachlicher Hinsicht sollen die Angebote „zu ihrer Entwicklung erforderlich sein“ – ebenfalls eine sehr unbestimmte Formulierung.

§ 13 Abs. 1 SGB VIII richtet sich ebenso an junge Menschen, die zum Ausgleich sozialer Benachteiligungen oder zur Überwindung individueller Benachteiligungen in erhöhtem Maß auf Unterstützung angewiesen sind. Ihnen sollen sozialpädagogische Hilfen angeboten werden, die ihre schulische und berufliche Ausbildung, Eingliederung in die Arbeitswelt und ihre soziale Integration fördern. Auch dies sind sehr unbestimmte Formulierungen, aus denen sich nicht zweifelsfrei die Adressaten der Norm ableiten lassen.

Auch die jeweiligen Rechtsfolgen sind relativ offen und unbestimmt: die Angebote der Jugendarbeit sollen an den Interessen anknüpfen und werden durch die Schwerpunkte des § 11 Abs. 3 SGB VIII beispielhaft aufgezählt. Was unter den „sozialpädagogischen Hilfen“ des § 13 Abs. 1 SGB VIII im Einzelnen zu verstehen ist, ist der Norm nicht klar zu entnehmen.

Sozialräumliche Ansätze sind jedenfalls von den Rechtsfolgen beider Normen umfasst: § 11 Abs. 2 S. 2 SGB VIII spricht ausdrücklich von „offener Jugendarbeit“ und „gemeinwesenorientierten Angeboten“; so können etwa freizeitpädagogische Maßnahmen²¹ genauso organisiert werden, wie gemeinwesenorientierte Projekte in sozialen Brennpunkten, oder Straßensozialarbeit und mobile Jugendarbeit Rechtsfolge von § 11 SGB VIII sein.²² § 13 SGB Abs. 1 VIII bringt

ebenso wörtlich den sozialpädagogischen Auftrag der Jugendhilfe bei der schulischen, beruflichen und sozialen Integration zum Ausdruck. Selbstredend können solche Angebote am Ort der jeweiligen Institution zur Verfügung gestellt werden.²³

b) § 16 SGB VIII

Weiter soll auf § 16 SGB VIII eingegangen werden: Die Vorschrift richtet sich an alle Erziehungsberechtigten (§ 7 Abs. 1 Nr. 6 SGB VIII), womit im Ergebnis nahezu alle Formen personalen Zusammenlebens in der Familie erfasst sind²⁴. Hinsichtlich sachlicher Tatbestandsmerkmale ist die Norm geprägt durch den Begriff der Erziehungsverantwortung, die durch die von der Norm geforderten Leistungen besser wahrgenommen werden können soll (§ 16 Abs. 1 S. 2 SGB VIII). Dies erlaubt den Umkehrschluss, dass die Bedarfslage, die aktuell gegeben sein muss, nicht optimal, jedenfalls nicht ausreichend ist, bzw. auch zukünftig mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit nicht ausreichend für die Wahrnehmung der Elternverantwortung sein wird. Auch dies ist eine sehr offene Formulierung, die einen Tatbestand beschreibt, der nicht – wie etwa bei § 27 SGB VIII der „erzieherische Bedarf“ – auf den Einzelfall konkretisiert werden muss. Es reicht vielmehr aus, dass eine allgemein als nicht optimal einzustufende Wahrnehmung der Erziehungsverantwortung vorliegt²⁵.

Auch die Leistungen des § 16 SGB VIII sind so unbestimmt, dass eine breite Angebotspalette an sozialarbeiterischen, beratenden und unterstützenden Dienstleistungen von ihnen abgedeckt werden.

Sozialräumliche Ansätze finden sich jedoch explizit in § 16 Abs. 2 Nr. 1 („Nachbarschaftshilfe“) als Aspekt der Familienbildung. Weitere Unterstützungsleistungen in diesem Zusammenhang sind ohne weiteres denkbar (Offene Beratungsangebote an öffentlichen Einrichtungen, Beratungsstellen, Familienbildungsangebote usw.)²⁶.

c) Eingeschränkte Sicherstellung der Normgeltung durch die Verwaltungsgerichte

Die sowohl für den Tatbestand wie die Rechtsfolge festzuhaltende Unbestimmtheit sowie die Rechtsfolge-

23 Wiesner, SGB VIII § 13 Rn. 28.

24 Wiesner, SGB VIII a.a.O. (Struck), § 16 Rdnr. 5); ebenso Fieseler, Gerhard/Schleicher, Hans/Busch, Hans (Hrsg.), Kinder- und Jugendhilferecht, Gemeinschaftskommentar zum SGB VIII, Loseblattsammlung, 33. Lfg., Neuwied Januar 2009, § 16 Rdnr. 4. Dieses Ergebnis entspricht dem Ausgangspunkt des Gesetzgebers von 1989, der den „Begriff der „Erziehung in der Familie“ in § 16 Abs. 2 SGB VIII nicht im personenstandsrechtlichen Sinne verstanden wissen wollte; vielmehr sollte damit „die ganze Bandbreite familiärer Situationen“ erfasst werden, vgl. BT-Drs. 11/6748, 81.

25 Vgl. hierzu Gerlach/Hinrichs/Seligmann/Goll/Nitschke, Rechtsgutachten Frühe Hilfen im Auftrag des Nationalen Zentrums Frühe Hilfen.

26 Wiesner, SGB VIII, § 16, Rn. 13 ff.

Speziell für die Jugendhilfe: Wabnitz, Rechtsansprüche, S. 64 ff.

21 Wiesner, SGB VIII § 11 Rn. 15

22 Wiesner, SGB VIII § 11 Rn. 16.

verknüpfungen, die ebenfalls offen und unbestimmt zu nennen sind, führen dazu, dass ganz überwiegend davon ausgegangen wird, dass aus diesen Normen keine individuell einklagbaren Rechtsansprüche für die Betroffenen herzuleiten sind.²⁷ Es wird vielmehr von einer objektiv-rechtlichen Verpflichtung des öffentlichen Jugendhilfeträgers ausgegangen: Er hat „Angebote zur Verfügung zu stellen“ (§ 11 Abs. 1 SGB VIII), es „sollen jungen Menschen Hilfen angeboten werden“ (§ 13 Abs. 1 SGB VIII), es sollen Müttern, Vätern, anderen Erziehungsberechtigten und jungen Menschen Leistungen angeboten werden“.

Dabei handelt es sich bei den angesprochenen Leistungen zweifellos um Begünstigungen für die Betroffenen, für deren Inhalt dem öffentlichen Träger jedoch ein weiter Gestaltungsspielraum zukommt. Jedenfalls muss aber gewährleistet sein, dass die Verwaltung nicht aus willkürlichen Gründen Leistungen im einen Fall gewährt und im anderen Fall nicht. Daher wird den genannten Vorschriften, ein *Recht auf gleiche Teilhabe* der Betroffenen an den vom öffentlichen Träger angebotenen Leistungen entnommen.²⁸

Dies führt dazu, dass ein Betroffener trotz des im Ausgangspunkt objektivrechtlichen Charakters der Norm nicht ganz schutzlos dasteht, sondern den öffentlichen Träger bei einem nicht ausreichenden oder nicht vorliegenden Angebot durch einen entsprechenden Antrag zu einer Auswahlentscheidung zwingen kann, die dann auch nach § 114 VwGO vom Verwaltungsgericht überprüfbar ist. Die Auswahlentscheidung wird dann insoweit überprüft, ob etwa Ermessensfehler vorliegen, d.h. insbesondere der Zweck der Rechtsgrundlage (hier die §§ 11, 13 und 16 SGB VIII) eingehalten wurde, bei Vorliegen etwaiger Selbstbindungen der Verwaltung dieselben nicht verletzt wurden und keine sachfremden Erwägungen bei der Entscheidung leitend waren.

Insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Selbstbindung der Verwaltung könnte dann auch eine Abweichung der tatsächlichen Mittelvergabe²⁹ von der im Jugendhilfeplan gem. § 80 SGB VIII vorgesehenen Mittelvergabe gerügt werden. Denn wenn sie dort bedarfsgerecht vorgesehen wären, dürften sie nicht im Verhältnis zu den Adressaten gekürzt werden. Dies würde den öffentlichen Träger jedenfalls dazu zwingen, Kürzungen, bzw. Angebote von Infrastrukturleistungen jedenfalls transparent zu betreiben, er müsste sich also in der Jugendhilfeplanung explizit dazu bekennen. Andererseits wäre eben dies der Weg, mit dem dann auch Kürzungen bzw.

27 Wiesner/Struck, SGB VIII § 16, Rn. 8; Wabnitz, Rechtsansprüche, S. 157 f.; Kunkel, LPK-SGB VIII § 16 Rn. 2; Münder/Proksch FK-SGB VIII § 16 Rn. 3.

28 Wabnitz, Rechtsansprüche, S. 157 f.; Kunkel, LPK-SGB VIII § 16 Rn. 2; Münder/Proksch FK-SGB VIII § 16 Rn. 3; Hauck/Noftz/Grube SGB VIII, § 16 Rn. 14.

29 VG Gera, ThürVGRspr 2006, 113. VGH München, FEVS 52, 464.

mangelnder Ausbau rechtmäßig möglich wären.

Festzuhalten ist, dass die Adressaten dieser Normen mit Hilfe dieser konstruktiven Überlegungen, die auch von der Rechtsprechung geteilt werden³⁰, zwar verwaltungsgerichtliche Hilfe in Anspruch nehmen können, ohne allerdings die Verwaltung zu einer ganz bestimmten Leistung im Einzelfall verpflichten zu können. Objektive Rechtsverpflichtungen helfen also dem einzelnen Adressaten meist nicht weiter.

Dies führt dazu, dass diese Leistungen von der Verwaltung gerne als „freiwillige Leistungen“ bezeichnet werden. Das ist zwar rechtlich unzutreffend; es handelt sich ja nach dem Gesetz um *rechtliche Verpflichtungen*. Aber im Gegensatz zu den als „Pflichtleistungen“ bezeichneten Rechtsanspruchsleistungen kann die Verwaltung bei objektiven Rechtsverpflichtungen mangels verwaltungsgerichtlicher Kontrolle weitgehend frei schalten und walten, insbesondere auch fiskalische Überlegungen zur Geltung bringen.

3. Ermessensentscheidungen

a) Ermessensentscheidungen als Ausnahme im SGB VIII

Sehr wenige Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe eröffnen ein *Verwaltungsersessen* des öffentlichen Jugendhilfeträgers. Nach § 13 Abs. 2 SGB VIII „können geeignete sozialpädagogisch begleitete Ausbildungs- und Beschäftigungsmaßnahmen angeboten werden“. Freilich greift die Norm tatbestandlich nur subsidiär und verspricht als Rechtsfolge wiederum nur ein Angebot. Einem erhöhten Verpflichtungsgrad der Norm steht damit eine geringere inhaltliche Bedeutung gegenüber³¹. Ähnlich verhält es sich mit § 13 Abs. 3 SGB VIII, der sozialpädagogisch begleitete Wohnformen in das pflichtgemäße Ermessen stellt – allerdings nur dann, wenn solche Leistungen überhaupt angeboten werden.³² Ein weiteres Beispiel stellt § 19 Abs. 1 S. 3 SGB VIII dar, der die Leistungen der Norm, die sich im Grundsatz nur an Väter und Mütter richtet, als Ermessensentscheidung auf schwangere Frauen erweitert.

Weitere echte Ermessensnormen enthält das SGB VIII im Bereich des Leistungsrechts nicht. Allerdings liegen einige sog. Soll-Vorschriften (Vgl. §§ 19 Abs. 1 S. 1, § 41 SGB VIII) vor, die vom Verfasser mit einer weitverbreiteten verwaltungsrechtlichen Lehre³³ im Regelfall zu den Rechtsansprüchen und nur im Ausnahmefall zu den Ermessensleistungen gerechnet werden. Vgl. dazu sogleich weiter.

30 Vgl. die Quellen in der vorigen Fn., insbesondere das VG Gera.

31 Vgl. Kunkel/Nonninger LPK-SGB VIII, § 13, Rn. 32.

32 Vgl. Kunkel/Nonninger LPK-SGB VIII, § 13, Rn. 36.

33 Mroczynski, SGB I, § 38, Rn. 4, § 39, Rn. 7; ebenso für die Kinder- und Jugendhilfe: Wabnitz, Rechtsansprüche, S. 64 ff.

b) Sicherstellung der Normgeltung durch die Verwaltungsgerichte unter Wahrung des Gewaltenteilungsgrundsatzes

Sofern die Betroffenen Rechtsmittel einlegen, überprüfen die Verwaltungsgerichte gem. § 114 VwGO dann die Entscheidungen der Verwaltung daraufhin, ob sie rechtmäßig waren, und dies heißt bei einer Ermessensentscheidung der Sozialverwaltung, dass sie den gesetzlichen Zweck der Ermächtigungsgrundlage verfolgt haben muss und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens nicht überschritten haben darf, vgl. § 39 Abs. 1 SGB I. Im Übrigen aber ist das Verwaltungsgericht nicht befugt, in das Verwaltungsermessen einzugreifen. Insofern spricht man auch von einem Ermessensspielraum der Verwaltung. Dieser kann nun von letzteren durchaus taktisch gehandhabt werden; etwa so, dass fachliche Überlegungen für ablehnende Entscheidungen vorgeschoben werden, faktisch aber doch fiskalische Interessen leitend waren. Daher rechnet die Verwaltung auch Ermessenleistungen zu den „freiwilligen Leistungen“ – obwohl auch sie es de jure nicht sind, sondern die Verwaltung zu ermessensfehlerfreier Bescheidung gegenüber dem Bürger verpflichtet.

4. Rechtsansprüche

a) §§ 17, 18 SGB VIII

Zwei Normen sind hier zunächst zu nennen: §§ 17 und 18 SGB VIII. Sie stehen in einem engen Zusammenhang zueinander und zu den familienrechtlichen Regelungen der §§ 1626 ff., 1671, 1684 und 1687 BGB und adressieren jeweils die *Sorgerechtskonfliktlage*, die regelmäßig *vor, während oder nach Trennung bzw. Scheidung* zwischen den unverheirateten bzw. verheirateten Eltern besteht. Das Gesetz gewährt hier nach dem eindeutigen Wortlaut jeweils Rechtsansprüche³⁴ auf Beratung und Unterstützung, um präventiv und begleitend auf die Eltern einzuwirken um auf diese Weise auch die Kinder zu schützen. Unter Beratung ist Rechts und Lebensberatung zu verstehen³⁵; Unterstützung ist eine über den Rat hinausgehende helfende Beziehung.³⁶ Darüber hinaus werden einzelne Beratungs- und Unterstützungsgegenstände hervorgehoben (einvernehmliches Konzept zur Wahrnehmung der elterlichen Sorge, Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen, Abgabe von Sorgeerklärungen und Ausübung des Umgangsrechts). All dies sind familienrechtliche „Standardsituationen“, die weder vom Tatbestand noch von der Rechtsfolge her durch die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe zu einer Konkretisierung auf den jeweiligen Einzelfall zwingen.

34 Münder/Proksch, FK-SGB VIII, § 17, Rn. 8; Münder/Proksch, FK-SGB VIII, § 18 Rn. 9.

35 Vgl. Kunkel, LPK-SGB VIII, § 18, Rn. 4.

36 Vgl. Kunkel, LPK-SGB VIII, § 18, Rn. 4.

Diese Normen verbürgen zwar den Leistungsinhalt bei Vorliegen der Leistungsvoraussetzungen, wie ausgeführt handelt es sich um Rechtsansprüche ohne die Einräumung eines Ermessens für die Verwaltung. Was aber der jeweilige Leistungsinhalt ist, schreibt die Norm weder vor, noch müsste es für eine sachgerechte Leistungsgewährung genau und einzelfallorientiert bestimmt werden. Man spricht auch von sog. „harten Ansprüchen auf weiche Leistungen“³⁷.

Sozialräumliche Ansätze können Leistungen nach §§ 17 und 18 SGB VIII umfassen, müssen es aber nicht. Beratung und Unterstützung können eingebettet werden in allgemeinere Angebote nach §§ 11, 13 und 16 SGB VIII (wie etwa bei einer Trennungs- und Scheidungsberatungsstelle, die an einem KiFaZ angesiedelt ist), müssen es aber nicht. Umgekehrt kann eine Erziehungsberatung im Rahmen einer Hilfe zur Erziehung nach § 27, 28 SGB VIII nach auch hier ohne weiteres durch flankierende Leitungen nach §§ 17 und 18 SGB VIII³⁸ ergänzt werden (etwa zur Beratung und Unterstützung von Personen, die nach § 27 SGB VIII nicht leistungsberechtigt sind; Beispiel Stiefeltern).

17

b) § 24 SGB VIII

Ein weiterer Rechtsanspruch ist in § 24 SGB VIII enthalten: der Rechtsanspruch auf einen KiTa-Platz. Er wird hier jedoch nicht weiter behandelt, weil er für die in Frage stehende Problematik nicht von Bedeutung ist.

c) §§ 27 ff. SGB VIII

Den sozialpädagogisch/sozialarbeiterischen Kernbereich des SGB VIII bildet die „Hilfe zur Erziehung“ der §§ 27 ff. SGB VIII. Es handelt sich bei der Hilfe zur Erziehung (Im Jugendhilfejargon HzE) – anders als bei den oben besprochenen §§ 11, 13, 16, 17 und 18 SGB VIII – um eine sog. *Individuelleistung*; dies bedeutet, dass sowohl der Hilfebedarf, als auch die zu gewährende Hilfe nach Art und Umfang mit Blick auf den jeweiligen *Einzelfall* zu bestimmen sind, vgl. § 27 Abs. 2 S. 2 SGB VIII. Die Abgrenzung zum Anwendungsbereich der §§ 11, 13 und 16, 17 und 18 SGB VIII ist fließend, sicher ist, dass der Hilfebedarf des § 27 SGB VIII qualifizierter ist als jener des § 16 SGB VIII.³⁹ Andererseits liegt ein Hilfebedarf nach § 27 SGB VIII wegen seiner ebenfalls präventiven Ausrichtung nicht erst dann vor, wenn zugleich von einer Kindeswohlgefährdung gem. § 1666 BGB auszugehen ist.⁴⁰ Vielmehr liegt die Leistungsschwelle

37 Münder/Proksch, FK-SGB VIII, § 18 Rn. 9.

38 Münder/Proksch, FK-SGB VIII, § 17, Rn. 11.

39 Zum Verhältnis von Erziehungsberatung nach § 16 und nach §§ 27, 28 SGB VIII etwa Wiesner/Struck, § 16 Rn. 19; Ferner Münder/Tammen, FK-SGB VIII, § 27 Rn. 10, die davon ausgeht, dass eine Hilfe nach § 27 dann nicht notwendig ist, wenn der bestehende erzieherische Bedarf auch mit einer weniger intensiven Hilfe gedeckt werden kann.

40 Münder/Tammen, FK-SGB VIII, § 27 Rn. 10.

des § 27 SGB VIII niedriger als die Eingriffsschwelle des § 1666 BGB.⁴¹ Dies entspricht dem Verhältnismäßigkeitsprinzip nach Art. 20 Abs. 3 GG, wonach nur solche Eingriffe in die Grundrechte des Bürgers als rechtmäßig zu bezeichnen sind, die nicht gegen das Übermaßverbot verstoßen; es darf also kein weniger einschneidendes Mittel zur Verfügung stehen, um den gesetzlichen Zweck eines Eingriffs zu erreichen. Im Bereich des Kinderschutzes werden diese Grundsätze dahingehend modifiziert, dass Eingriffe erst dann erfolgen dürfen, wenn Leistungen, also im Wesentlichen die erzieherischen Hilfen des Jugendamtes, erfolglos geblieben sind, vgl. § 1666a Abs. 1 BGB.⁴²

Wann dies der Fall ist, wird in Literatur und Rechtsprechung nur relativ unscharf beschrieben. Dies ist freilich kaum anders möglich, handelt es sich doch um den schwierigen Versuch einer Abgrenzung zwischen erzieherischer Normallage und Abweichung von dieser Normallage, ohne der Abweichung per se eine Mangelhaftigkeit unterschieben zu wollen. Ein vergleichbares Problem besteht bekanntermaßen auch bei § 1666 BGB, wengleich der Grad der Gefährdung hier – wie ausgeführt – deutlich höher liegt. Hier wie dort versucht der Rechtsanwender meist mit einer Mischung aus allgemein gehaltener, fast formeller Definition und einem Blick auf die umfangreiche Kasuistik eine einigermaßen nachvollziehbare Grenzziehung zu ermöglichen.⁴³

Wiesner etwa spricht von einer Defizitsituation, bei der infolge erzieherischen Handelns bzw. Nichthandelns der Eltern eine Fehlentwicklung bzw. ein Rückstand oder Stillstand der Persönlichkeitsentwicklung des Kindes oder des Jugendlichen eingetreten ist oder droht.⁴⁴ Münder/Tammen/Trenczek sprechen von einer Mangelsituation, wenn sich die Sozialisationslage des Minderjährigen im Vergleich als benachteiligt erweist.⁴⁵ Die Rechtsprechung folgt diesen allgemein gehaltenen Formulierungen, ohne sie im Einzelnen weiter zu definieren.⁴⁶ Hilfreich ist in diesem Zusammenhang, sich den Inhalt des Gesetzeszwecks „Erziehung zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit“

gem. § 1 Abs. 1 SGB VIII zu vergegenwärtigen.⁴⁷ Bei einer solchen teleologischen Betrachtung wird dann deutlich, was der Gesetzgeber im Auge hatte.

Die in § 27 Abs. 1 SGB VIII angeführten Begriffe „geeignet und notwendig“ werden z.T. auf den Tatbestand, also die Voraussetzungen der Leistungsnorm bezogen⁴⁸, obwohl sie sich begrifflich – so die andere Auffassung – auf die Hilfe, also die Rechtsfolge der Vorschrift beziehen.⁴⁹ Beide Aussagen lassen sich vermitteln, indem man von einer Wechselbeziehung zwischen Tatbestand und Rechtsfolge ausgeht.⁵⁰

Wichtig ist jedoch, dass vor allem der Begriff der „Notwendigkeit“ den *Nachranggrundsatz* (§ 10 SGB VIII) in Tatbestand und Rechtsfolge des § 27 Abs. 1 SGB VIII einstrahlen lässt. Hilfe zur Erziehung kann also durch kongruente und bestehende Leistungsangebote nach den §§ 11, 13 und 16, 17, 18 SGB VIII als nachrangige Leistung erscheinen. Dabei gilt im Grundsatz: alle Leistungen, die kongruent, d.h. deckungsgleich sind und faktisch geleistet werden, (sog. „bereite Mittel“), führen zu einem Anspruchsuntergang der jeweiligen Jugendhilfeleistung. Alles, was insoweit nicht gedeckt ist, aber zugleich zum Anspruchsinhalt einer Hilfe zur Erziehung gehört, verbleibt beim Jugendhilfeträger.⁵¹

Wie sich zeigen wird, kommt es bei der Frage der Rechtmäßigkeit der „Neuen Hilfen/SHA“ entscheidend auf das Verständnis des Nachranggrundsatzes an.

Kommen wir zur *Rechtsfolge*: „Bedarf im Einzelfall“ bedeutet, dass das erzieherische Defizit nicht durch eine fertig vorgeformte Hilfe kompensiert werden soll, sondern durch eine auf die Lebensverhältnisse der Betroffenen individualisierte und konkretisierte Hilfe. Es soll an die Lebensverhältnisse der Betroffenen, an ihre Wünsche und Vorstellungen angeknüpft werden, weil nur so Erziehungsverantwortung wiederhergestellt werden kann und die sich nach diesen Maßstäben ergebende Hilfe soll weiter das „engere soziale Umfeld einbezogen“ werden. Die Formulierung „soll“ bedeutet im verwaltungsrechtlichen Kontext, dass das engere soziale Umfeld im *Regelfall*⁵² einbezogen werden muss.

Dies ist der Anknüpfungspunkt des sozialpädagogischen Konzeptes der Lebensweltorientierung⁵³, dem sich der Gesetzgeber mit dem

41 Wiesner, § 27 SGB VIII, Rn. 19.

42 Explizit geregelt dort nur für die Fälle der Trennung des Kindes von seinen Eltern, verfassungsrechtlich gilt aber der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gem. Art. 20 Abs. 3 GG darüber hinaus für alle weiteren Eingriffe.

43 Warum übrigens der Gesetzgeber sich so ausgreifend unbestimmter Rechtsbegriffe in diesem Bereich bedient, liegt an dem, was da geregelt wird: staatliche Unterstützung für das sittliche Leben der Familie, einem Sachbereich, der sich kleinlicher positiv-rechtlicher Normierung durchaus entzieht; vgl. hierzu Hinrichs, Selbstbeschaffung, S. 109 ff.

44 Wiesner SGB VIII, § 27 Rn. 23.

45 Münder/Tammen/Trenczek, FK-SGB VIII, § 27, Rn. 7

46 Vgl. etwa grundsätzlich BVerwG, NDV-RD 1996, 90-91; NDV-RD 1997, 80-82.

47 Münder/Tammen/Trenczek, FK-SGB VIII, § 27, Rn. 7.

48 Hauck/Noftz/Stähr, SGB VIII, § 27 Rn. 18; So Münder/Tammen/Trenczek, FK-SGB VIII, § 27, Rn. 4; Ollmann, ZfJ 1995, 45 (48).

49 Wiesner SGB VIII, § 27 Rn. 25a; Maas, RsDE 25, 1 (6.); RsDE 39, 1 (6ff.).

50 Münder/Tammen/Trenczek, FK-SGB VIII, § 27, Rn. 9: „Wechselbeziehung zwischen Problemlage und Jugendhilfeangebot“.

51 Vgl. hierzu die wichtige Entscheidung des BVerwG, FEVS 58, 385-388 = ZKJ 2007, 410-412.

52 Mrozyński, SGB I, § 38, Rn. 4, § 39, Rn. 7.

53 Vgl. hierzu Thiersch, Lebensweltorientierte Soziale Arbeit, S. 13 ff.

KJHG im Jahr 1989 angeschlossen hat⁵⁴.

Der Leistungskatalog der §§ 28-35 SGB VIII stellt typisierte Hilfearten zur Verfügung, die eine Orientierung für die zu treffende Einzelfallentscheidung darstellen und als „passende Antwort“ auf bestimmte, ebenso typisierte Bedarfslagen gelten können. Sie sind dabei grob von ‚ambulant‘ nach ‚stationär‘ geordnet und haben die Qualität von *Regelbeispielen* für geeignete und notwendige Hilfen.

Allerdings ist der Leistungskatalog der §§ 28-35 SGB VIII nicht abschließend, wie sich aus der Verwendung des Wortes „insbesondere“ in § 27 Abs. 2 SGB VIII ergibt. Daher ist es nahezu unumstritten⁵⁵, dass auch Hilfearten und Formen gewährt werden können und ggf. müssen, die nicht ausdrücklich im Gesetz genannt sind. Der Maßstab bleibt danach immer die fachlich gebotene Hilfe im Einzelfall.⁵⁶

Daraus folgt für *sozialräumliche Ansätze* im Rahmen von Hilfe zur Erziehung⁵⁷: Die maßgeschneiderte Hilfe ist so zu erbringen, dass sie die Lebenswelt der Berechtigten in möglichst großem Maße „trifft“ und zwar einschließlich ggf. zu ergänzenden Annex-Leistungen: Beispiele sind die Ergänzung einer stationären Unterbringung (§§ 33-34 SGB VIII) durch eine Erziehungsberatung (§ 28 SGB VIII) für die Personensorgeberechtigten, die Kombination von 4-Tages-Gruppen (§ 34 SGB VIII) durch SPFH (§ 31 SGB VIII); von Erziehungsbeistandschaft und SPFH (§§ 30, 31 SGB VIII); von Erziehungsberatung und SPFH (§§ 28, 31 SGB VIII); von Hilfe nach § 35a SGB VIII und Erziehungsberatung (§ 28 SGB VIII), aber auch der Gewährung von Erziehungsberatung für die personensorgeberechtigte Mutter nach § 28 SGB VIII und von offener Erziehungsberatung nach §§ 17, 18 SGB VIII für den nicht sorgeberechtigten Stiefvater. Dabei sind nicht nur rein pädagogische bzw. therapeutische Hilfen zu gewähren, sondern auch solche, die mit der Erziehung im engen Zusammenhang stehen: unterstützende Leistungen im Rahmen von §§ 27 SGB VIII können etwa sein: sozialpädagogisch orientierte Hausaufgabenhilfe, elementare Haushaltsgegenstände in verwahrlosten Verhältnissen, Begleitung zu Behörden zur Mobilisierung weiterer Ansprüche bzw. dazu, Selbsthilfepotentiale zu erschließen, aber auch Fahrtkosten für Therapiemaßnahmen⁵⁸ können dazu gehören. Dies ergibt sich bei der SPFH nach § 28 SGB VIII im Übrigen auch klar aus dem Wortlaut

der Vorschrift („Bewältigung von Alltagsproblemen“, „Kontakt mit Ämtern und Institutionen“) Es ist ein Gebot sozialpädagogischer Fachlichkeit (und damit der geforderten Eignung und Notwendigkeit der Hilfe), dass diese Dienstleistungen nach Möglichkeit „aus einer Hand“⁵⁹, oder jedenfalls mit der erforderlichen Zusammenarbeit verschiedener Fachkräfte erbracht wird.

Mit anderen Worten: die sozialräumliche Ausrichtung der Hilfe zur Erziehung ist im Rahmen der Hilfe zur Erziehung Gesetzeslage⁶⁰.

Im Fortgang dieser Untersuchung wird es vor allem auf die ambulanten Hilfeformen der Erziehungsberatung (§ 28 SGB VIII), der Erziehungsbeistandschaft (§ 30 SGB VIII) und der Sozialpädagogischen Familienhilfe (= SPFH, § 31 SGB VIII) ankommen, da die „Neuen Hilfen/SHA“ gerade zu diesen Hilfearten, insbesondere aber der SPFH eine Alternativen schaffen und die Fallzahlen dieser Hilfeart absenken sollen⁶¹.

Der Normaufbau des § 27 SGB VIII ist damit klar umrissen: der unbestimmte und auf den Einzelfall zu konkretisierende Rechtsbegriff des erzieherischen Defizits mit einer zwingenden Rechtsfolgeverknüpfung, die eine einzelfallorientierte und das soziale Umfeld berücksichtigende sozialpädagogisch/sozialarbeiterische Hilfe verbindlich macht und dabei den Nachrang wahrt.

d) Weitere Rechtsansprüche:

§ 35a, § 41 und § 19 SGB VIII

Das SGB VIII normiert mehrere weitere Rechtsansprüche: für *seelisch behinderte* Kinder und Jugendliche (§ 35a SGB VIII), für *junge Volljährige*, die der Hilfe aufgrund einer nicht abgeschlossenen Persönlichkeitsentwicklung (§ 41 SGB VIII) und für *allein erziehende Mütter und Väter, die der Unterbringung in einer gemeinsamen Wohnform* (§ 19 SGB VIII) bedürfen. Bei den beiden zuletzt genannten Normen wird gemeinhin von einem *Regelrechtsanspruch* ausgegangen, d.h. dass die Verwaltung darlegen und beweisen muss, warum bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen kein Regelfall der jeweiligen Vorschrift vorliegt.

Alle Vorschriften folgen vom Normaufbau dem Vorbild des § 27 SGB VIII. Unbestimmte und auf den Einzelfall zu konkretisierende Rechtsbegriffe mit zwingenden Rechtsfolgeverknüpfungen, die eine einzelfallorientierte sozialpädagogisch/sozialarbeiterische Hilfe verbindlich machen. Im Übrigen spielen sie für den Kontext der „Neuen Hilfen/SHA“ nur am Rande eine Rol-

54 Vgl. den 8. Jugendbericht in: BT-Drucks. 11/6576, 17, 85 ff.; sowie Wiesner/Schmid-Oberkirchner, SGB VIII, § 27 Rn. 59 ff.

55 Wiesner/Schmid-Oberkirchner SGB VIII, § 27 Rn. 29 f.; Kunkel, SGB VIII, Rn. 26; dagegen: Freitag, ArchSozArb 32 (2001), 99-120.

56 Statt aller: Wiesner/Schmid-Oberkirchner SGB VIII, § 27 Rn. 29 f.

57 Wiesner/Schmid-Oberkirchner, SGB VIII, § 27 Rn. 59.

58 Vgl. hierzu BVerwG, FEVS 58, 385-388 = ZKJ 2007, 410-412.

59 Wiesner SGB VIII, § 27 Rn. 37 f.

60 Vgl. Kunkel, SGB VIII, § 27, Rn. 30; Wiesner, § 27, Rn. 60; ebd., vor § 78a, Rn. 15 ff.

61 BSG, Neue Hilfen – Inhalt und Gestaltung, S. 3 oben

le und sollen hier nicht weiter vertieft werden.

e) Vollständige Sicherstellung der Normgeltung durch die Verwaltungsgerichte

Die Verwaltungsgerichte überprüfen die Rechtsanwendung der öffentlichen Jugendhilfeträger im Bereich von Rechtsansprüchen sowohl nach Tatbestand wie nach Rechtsfolge in vollem Umfang gem. § 113 VwGO, sofern die Berechtigten (bei § 27 SGB VIII: die Eltern als Personensorgeberechtigte) Rechtsmittel einlegen. Ggf. verpflichtet das Verwaltungsgericht das Jugendamt zur Gewährung der begehrten Leistung.

Im Jugendhilferecht wird nun teilweise vertreten, dass dem Jugendamt ein sog. *Auswahlermessen* zustehe, was mit dem Hinweis auf den unbestimmten Rechtsbegriff der Eignung und Notwendigkeit in § 27 Abs. 1 SGB VIII als Bestimmung der Rechtsfolge begründet wird. Diese Auffassung widerspricht allerdings dem Wortlaut des § 27 SGB VIII („haben Anspruch auf“) und ist daher mit den Vorgaben des § 39 SGB I nicht vereinbar. Letztlich kann sich diese Auffassung nur auf verwaltungspraktische und fiskalische Argumente stützen.⁶²

Zu einer ähnlich eingeschränkten Überprüfung führt die Lehre vom sog. *Beurteilungsspielraum*: Wie bei einer Ermessensentscheidung sei bei der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe die Überprüfungscompetenz des Verwaltungsgericht auf den Schutz vor Behördenwillkür reduziert; die komplexen sozialpädagogischen Hilfeprozesse seien in der Sache nicht überprüfbar. Dies führt dazu, dass das Jugendamt eine Leistung verweigern kann, die fachlich geboten wäre, weil es in dieser fachlichen Einschätzung nicht mehr überprüfbar wäre. Dieser Auffassung haben sich im Gefolge des *BVerwG* immer mehr Verwaltungsgerichte angeschlossen; sie gerät allerdings in Konflikt – wie die Ermessenslösung – mit dem Gebot effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG.⁶³

Ein vermittelndes Ergebnis soll im Folgenden vertreten werden: Zumindest wird man vom Jugendamt verlangen können, dass es seine Rechtsentscheidung nach den *anerkannten fachlichen Standards* der (Sozial-) Pädagogik, Psychologie und Soziologie getroffen hat und dass es darin auch vom Verwaltungsgericht – ggf. durch Gutachten – überprüfbar ist. Die Entscheidung nach § 27 SGB VIII löst sich so auf in eine *fachlich geleitete Rechtsentscheidung*.⁶⁴

62 Dies wird vor allem von Maas, RsDE 25, 1 (21); RsDE 39, 1 (16) vertreten.

63 Dies wird vertreten von der Rechtsprechung: BVerwGE 109, 155-169; VGH München, Urteil vom 28.06.2005 – 12 CE 05.1287, juris m.w.N. ähnlich Stähr/Hauck/Noftz SGB VIII, § 27 Rn. 34 f. Wiesner SGB VIII, § 27 Rn. 65 ff. neigt – mit Einschränkungen – dieser Auffassung zu. Bisweilen werden hier auch Regel und Ausnahme umgekehrt, vgl. etwa Hoffmann, ZfJ 2003, 41 ff.; Vgl. auch die einschränkende Rechtsprechung des BVerfGE, 84, 34 ff.; 88, 40 ff.

64 Vgl. zum Ganzen: Hinrichs, Jugendhilfe und verwaltungsgerichtliche Kontrollrichte, JAmt 2006,

Dies bedeutet im Ergebnis, dass ein Bedarf, der fachlich ermittelt und dokumentiert ist und der den Anforderungen des § 27 Abs. 1 SGB VIII entspricht, eine Leistungsverpflichtung des öffentlichen Jugendhilfeträgers nach sich zieht, der er sich kaum entziehen kann. Anders ausgedrückt: ein Anspruch nach § 27 SGB VIII stellt sich, auch unter Berücksichtigung der restriktiven Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte zum Beurteilungsspielraum, als gesichert dar.

5. Zwischenfazit: Rechtsanspruch als wesentliches Gestaltungsprinzip des SGB VIII

Es ist erkennbar, dass die Leistungen des SGB VIII, die das Gesetz für essentiell hält, durch die Gewährung von Rechtsansprüchen abgesichert werden, mehr noch: dass der Verpflichtungsgrad der Normen in dem Maße wächst, wie die zu adressierende Mangel-lage beim Aufwachsen und bei der Erziehung von Kindern und Jugendlichen prekärer wird: Bei § 16 SGB VIII ist die Bedarfslage weniger prekär als bei § 27 SGB VIII; zugleich ist der Verpflichtungsgrad der Norm bei § 16 SGB VIII deutlich geringer als bei § 27 SGB VIII. Es stellt sich die Frage: Woran liegt das?

Hierfür sind drei Gründe zu nennen:

- *Erstens* entspricht dies seit der sog. Fürsorgeentscheidung des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahr 1954⁶⁵ dem allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsatz, dass Fürsorgeleistungen wegen der *Menschenwürdegarantie als einklagbarer Rechtsanspruch* existieren müssen, weil anderenfalls der Bedürftige nur „Gegenstand“, also bloßes Objekt „staatlichen Handelns“ sei.⁶⁶ Genauso behandelte nämlich das vormalige Recht vom Kaiserreich bis zum Ende der faschistischen Herrschaft den Hilfebedürftigen.
- *Zweitens* entspricht dieser Schutz dem verfassungsrechtlich begründeten fürsorgerechtlichen *Bedarfsdeckungsgrundsatz*: Der wegen Art. 2 Abs. 1 GG (freie Entfaltung der Persönlichkeit) und Art. 6 Abs. 2 GG (Erziehungsprimat der Eltern und Wächteramt des Staates) und Art. 20 Abs. 3 GG (Sozialstaatsgebot) durch hoheitliche Gesetzgebung anerkannte Jugendhilfebedarf, wie er sich u.a. in § 27 SGB VIII darstellt, muss befriedigt werden und verträgt keine Relativierung durch fiskalischen Zwecke⁶⁷. Dies leistet nur die Gewährung eines Rechtsanspruchs.
- *Drittens* folgt aus Art. 20 Abs. 3 GG der *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*, der verlangt, dass nur geeignete, notwendige und zumutbare staatliche Eingriffe rechtmäßig und damit verfassungsgemäß sind.

65 BVerwGE 1, 159-163, hier: 161.

66 Diese Auffassung ist vielfach bestätigt worden, zuletzt durch BVerfG, Urteil vom 09.02.2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 („Hartz IV“); http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20100209_1bvl000109.html.

67 Vgl. für die Sozialhilfe: Rothkegel, Kap. 3, Rn. 65 ff.; BVerfGE 1, 97-108, S. 105; BVerfGE 82, 60-105, S. 80.

Dies unterstellt die *vorrangige Geltung* staatlicher Leistungen vor Eingriffen in das elterliche Sorgerecht nach § 1666 BGB; diese wiederum ist nur gewährleistet, wenn die Verwaltung diese Leistung unabhängig von haushalterischen Überlegungen gewähren muss.

Es handelt sich damit um eine *Steuerung durch Recht*, die darauf hinausläuft, die Gewährung staatlicher Leistungen von den hierfür erforderlichen finanziellen Mitteln *unabhängig* zu machen⁶⁸. Dies wird durch die Gesetzesbegründung bestätigt.⁶⁹ Hierzu das Verwaltungsgericht Hamburg aus dem Jahre 1999 zum sog. „Hamburger Verfügungsstopp“:

„Eine derartige, bereits dem Wortlaut des § 27 SGB VIII widersprechende Betrachtungsweise würde zudem dem bei Schaffung des SGB VIII stets betonten präventiven Charakter des Gesetzes nicht entsprechen. Daher dürfte der letztlich allein auf finanzielle Gesichtspunkte gestützte Bescheid nicht nur rechtswidrig sein, sondern die Antragstellerin dürfte auch einen Anspruch auf die begehrte Hilfe besitzen, da die fachliche Beurteilung des Hilfefalles durch die Antragsgegnerin zu diesem Ergebnis gelangt ist.“

Dieses Steuerungsprimat des Rechts folgt, wie gezeigt wurde, aus verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Grundsätzen, die allgemeine Auffassung in der sozialverwaltungsrechtlichen Rechtsprechung und Lehre sind.

Am Steuerungsprimat des Rechts ist – gerade auch im Zusammenhang mit sozialräumlichen Steuerungsmodellen in der Jugendhilfe – Kritik geübt worden⁷⁰. Auf diese Kritik soll in der vorliegenden Untersuchung im Rahmen der genaueren Untersuchung des sozialräumlichen Steuerungsmodells in der Jugendhilfe⁷¹ eingegangen werden.

Zunächst ist im Rahmen der Darstellung des Leistungsgeschehens im Jugendhilferecht weiter auf das Leistungserbringungsrecht einzugehen. Denn das Steuerungsprimat des Rechts führt zu bestimmten Finanzierungsformen der verschiedenen Leistungsnormen, die für eine Beurteilung der

„Neuen Hilfen/SHA“ unerlässlich sind zu erörtern.

II. Leistungserbringungsrecht der Kinder- und Jugendhilfe gem. §§ 74, 77, 78a ff. SGB VIII: Entgelt- und Zuwendungsfinanzierung

Nach herrschender jugendhilferechtlicher Meinung gilt eine im Wesentlichen *dualistische Finanzierungsstruktur*, die *entweder* eine Finanzierung durch Übernahme von Leistungsentgelte, *oder* eine durch die Gewährung von Zuwendungen an die Leistungserbringer verlangt. Hinzu kommen in der Praxis Misch- und Übergangsformen, die freilich in Rechtsprechung und Literatur sehr umstritten sind.

1. Entgeltfinanzierung gem. §§ 77, 78 a ff. SGB VIII

a) Anwendungsbereich

„Dort, wo Rechtsansprüche durch Bescheid des Leistungsträgers konkretisiert, oder wo bei Ermessen Leistungen durch eine Entscheidung des Jugendhilfeträgers bewilligt werden, geschieht im Falle der Leistungserbringung durch Dritte die Leistungserbringung und die darauf aufbauende Finanzierung auf der Rechtsgrundlage des jugendhilferechtlichen Dreiecksverhältnisses.“⁷²

b) Konstruktive Grundlagen

aa) Hilfeanspruch zwischen Leistungs-berechtigtem und Leistungsträger

Die erste Seite des Dreiecks bildet der Hilfeanspruch des Leistungsberechtigten gegen den Träger der öffentlichen Jugendhilfe. Es handelt sich um einen öffentlich-rechtlichen Anspruch auf Leistung „von Jugendhilfe“: Der öffentliche Träger ist demnach gesetzlich verpflichtet, dem Hilfebedürftigen die geeignete und notwendige Hilfe zu Teil werden zu lassen, sofern die Leistungsvoraussetzungen vorliegen. Das Jugendamt nimmt seine Steuerungsverantwortung gem. § 36a Abs. 1 SGB VIII wahr, indem es nach Kenntnis und Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen über den Hilfebedarf und seine Befriedigung durch Verwaltungsakt entscheidet und die Hilfe ggf. bewilligt⁷³. Das Hilfeplanverfahren, § 36 SGB VIII, sichert diesen Leistungsanspruch verfahrensrechtlich und -technisch ab und ist auf die Herstellung der Akzeptanz beim Leistungsberechtigten bezogen, die im Jugendhilferecht nicht selbstverständlich ist. Das Wunsch- u. Wahlrecht des § 5 SGB VIII betont die Subjektstellung des Berechtigten: Er soll nicht Objekt staatlicher Fürsorge, son-

68 Hierzu bereits BVerwG, Urteil vom 26.10.1989, Az. 5 C 34.86, in: FEVS 39, 1 = ZfSH/SGB 1990, 148-153: Der Erziehungsanspruch als solcher ist „nicht an finanzielle Mittel gebunden“. Kunkel, LPK-SGB VIII, § 27, Rn. 15: „Er [der öff. Jugendhilfeträger, K.H.] muss die Einlösung dieses Anspruchs garantieren durch Vorhalten einer Infrastruktur (Gesamtverantwortung gem. § 79 Abs. 1) und durch Gewährleistung einer bestimmten Qualität bei der Inanspruchnahme dieser Infrastruktur (Gewährleistungsverpflichtung gem. § 79 Abs. 2). Dies Verpflichtung besteht unabhängig von seiner finanziellen Ausstattung, woran auch eine Budgetierung nichts zu ändern vermag.“

69 Die einschlägige Passage in der Gesetzesbegründung lautet: „Die Vorschrift enthält die Grundnorm über die Hilfe zur Erziehung. Sie sieht einen Anspruch auf Hilfe zur Erziehung unter den in Absatz 1 Satz 1 geregelten Voraussetzungen vor. Die Auswahl der einzelnen Hilfeart hat sich ausschließlich an pädagogischen Gesichtspunkten insbesondere dem erzieherischen Bedarf im Einzelfall, zu orientieren.“ BTDrucks. 11/5948 vom 01.12.1989 (S. 67).

70 Insbesondere: Hinte, FoE, 2010, 185 (186); Nelissen, Sozialraumorientierung, S. 36 ff.

71 Vgl. unten S. 35 ff.

72 Münder FK-SGB VIII, VorKap 5, Rn. 6; ähnlich Wiesner, SGB VIII, § 11, Rn. 66.

73 Der Antrag ist demgegenüber wohl nicht eine Leistungsvoraussetzung, was freilich umstritten ist. Dafür: BVerwGE 112, 98-106; Grube, ZfJ 2001, 288-291; Dagegen: Kunkel, ZfSH/SGB 2001, 707-712 (S 710 Fn. 16). Wiesner SGB VIII, § 27, Rn. 26; Tammen/Trenczek FK-SGB VIII, § 27 Rn. 43; Kunkel LPK-SGB VIII, § 27 Rn. 1; ausführlich Hinrichs, Selbstbeschaffung S. 145 ff.

dem selbständig Entscheidender im Hilfeprozess sein.

bb) Vertragsverhältnis zwischen Leistungsberechtigtem und Leistungserbringer

Die zweite Seite des Dreiecks wird durch die Rechtsbeziehung zwischen dem Berechtigten und dem Leistungserbringer gebildet. Der Leistungsberechtigte schließt mit dem Leistungserbringer einen Vertrag – auch konkludent – ab, wenn er dort sozialpädagogische Leistungen in Anspruch nimmt. Dieser Vertrag ist privatrechtlicher Natur und richtet sich nach den dienstvertraglichen Regelungen der §§ 611 ff. BGB: Dienstleistung (sozialpädagogische/therapeutische Hilfe, Unterbringung) gegen Gegenleistung (Geld). Jede Partei erfüllt damit ihre eigenen Pflichten. Der Leistungserbringer seine im eigenen Namen begründete Pflicht zur Leistungserfüllung, der Leistungsberechtigte seine Pflicht zur Zahlung des vereinbarten Entgelts.

22

cc) Kostenerstattungsverhältnis zwischen Leistungserbringer und Leistungsträger

(1) Kostenzusage

Die dritte Seite des Dreiecks wird durch die Übernahme der Kosten durch den Leistungsträger gebildet, die im Verhältnis Leistungserbringer-Leistungsberechtigter entstehen. Sie folgt aus der öffentlich-rechtlichen Verpflichtung, den Leistungsberechtigten von der privatrechtlich vereinbarten Zahlungsverpflichtung freizustellen. Sie erfüllt also den Anspruch des Leistungsberechtigten, besteht aber zwischen öffentlichem und freien Träger. Diese Rechtsbeziehung ist gesetzlich nicht geregelt, sondern wird in den §§ 77, 78a ff. SGB VIII vorausgesetzt. Sie entsteht als eine sog. „Kostenzusage“ mit der sich der öffentliche gegenüber dem freien Träger dazu bereit erklärt, die Kosten zu übernehmen. Rechtlich handelt es sich um einen öffentlich-rechtlichen Schuldbeitritt gem. § 781 BGB, bzw. um eine Schuldübernahme § 414 BGB, in jedem Fall unterliegt sie gem. § 56 SGB X der Schriftform.

(2) Entgeltvereinbarung

Diese Seite des Dreiecks wird hinsichtlich Kosten und verallgemeinertem Leistungsinhalt zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern in Entgeltvereinbarungen verhandelt. Dabei ist anerkannt, dass einerseits eine Angebotssteuerung über diese Vereinbarungen nicht erfolgen darf⁷⁴, Steuerungsmechanismus eben ein regulierter Markt sein soll⁷⁵

74 Zum Sozialhilferecht: OVG Lüneburg, Beschluss vom 27.03.1987, RsDE 4 (1989), 72-74; BVerwG, Urteil vom 30.09.1993, BVerwGE 94, 202-211 (S. 206). Eine frühere Entscheidung des VG Berlin, Urteil vom 14.10.1986, Az. VG 8 A 72.85, in: RsDE 1 (1988), 80-85 (mit ablehnenden Anm. von Neumann) ist damit ebenfalls überholt. Vgl. umfassend Neumann, RsDE 33 (1996), 124-145.

75 Zur Pflegeversicherung: BSG, Urteil vom 14.12.2000, BSGE 87, 199, 203 = SozR 3-3300 § 85 Nr 1 S 6. An dieser Auffassung hat das BSG bis zuletzt

und Leistungserbringer daher zumindest einen Anspruch darauf haben, dass der öffentliche Träger „ernsthafte Verhandlungen“ aufnimmt⁷⁶ und so dann eine ermessensfehlerfreie Entscheidung über einen Vertragsabschluss fordern dürfen⁷⁷, andererseits aber auch keine Belegungsgarantien für die freien Träger ausgesprochen werden dürfen⁷⁸. Die Vereinbarungen laufen schlicht leer, wenn es nicht zu einer Inanspruchnahme der Dienste eines freien Trägers durch einen Leistungsberechtigten kommt.

Vielmehr soll nur der mögliche Streit über die Höhe des Leistungsentgelts sowie über die jeweilige Qualität der Leistung abstrakt geklärt sein, während die konkrete Übernahme der Kosten in der Verantwortung des bewilligenden Jugendamtes bleibt⁷⁹. Kriterien dafür sind dann seine fachliche Bewertung der Bedarfslage und die Geeignetheit und Notwendigkeit der für angemessen erachteten Art und des Umfangs der Hilfe nach dem Bedarf im Einzelfall, sowie die im Hilfeplanverfahren (§ 36 SGB VIII) zu ermittelnden Wünsche der Berechtigten über die Hilfe und die von ihnen vorzunehmende Wahl des jeweiligen Leistungserbringers (Wunsch- und Wahlrecht, § 5 SGB VIII). Diese Vereinbarungen folgen sodann bei stationären und teilstationären Leistungen dem Vereinbarungsregime der §§ 78a ff. SGB VIII (die freilich für die „Neuen Hilfen/SHA“ keine Anwendung finden, da es sich hier eben sämtlich um ambulante Hilfemaßnahmen handelt.)

Die Dogmatik des skizzierten jugendhilferechtlichen Dreiecksverhältnisses gilt nach ganz herrschender Meinung in Lehre und Rechtsprechung zwingend für Rechtsansprüche und Ermessensleistungen, die einen Bewilligungsvorbehalt aufweisen⁸⁰, wohingegen für objektive Rechtsverpflichtungen andere Finanzierungsformen zulässig sind. Die Begründung hierfür wird sich aus einer Zusammenschau der Finanzierungsformen ergeben.

festgehalten, vgl. Urteil vom 29.01.2009, BSGE 102, 227-248 = SozR 4-3300 § 85 Nr 1.

76 Münder, FK SGB VIII, § 77, Rn. 10; BVerwGE 94, 202.

77 Neumann, RsDE 31, 42-60 (S. 51 ff.).

78 Wiesner, SGB VIII, § 78 b Rn. 3.

79 Vgl. zum Ganzen: Hinrichs, Selbstbeschaffung, S. 250 ff.; ders. Sozialrecht aktuell 2003, 29 ff.

80 Diese Auffassung ist seit Neumann, RsDE 1 (1988), 1-31; Neumann, RsDE 2 (1988), 45-61; Neumann, Freiheitsgefährdung; Münder, ZfSH/SGB 1988, 225-240; Münder, RsDE 5 (1989), 1-20; Münder, ZfJ 1990, 488-493 führend. Für die Förderungsfinanzierung ist weiter die Arbeit von Geis, Soziale Selbsthilfe zu nennen, die die Geltung des jugendhilfe- und sozialhilferechtlichen Dreiecksverhältnisses ausdrücklich bestätigt. Vgl. im Übrigen bereits Roeder, Freie u. öffentliche Wohlfahrtspflege (S. 103) für die Sozialhilfe. In der Rechtsprechung ist die Lehre vom Dreiecksverhältnis bereits für das bis 1990 geltende JWVG vom BVerwG ausdrücklich anerkannt worden (BVerwG, Beschluss vom 25.08.1987, Az. 5 B 50.87, in: RsDE 1 (1988), 67-70 = FEVS 37, 133 = NVwZ-RR 1989, 252-253 = Buchholz 436.51 Nr.2 zu § 5 JWVG und BVerwG, Urteil vom 19.04.1991, Az. 5 CB 2/91) und wird seither durchgängig angewandt. Vgl. etwa zuletzt: OVG Schleswig, Urteil vom 31.08.2007, Az. 7 A 85/06 und BSG, Urteil vom 28.10.2008, Az. B 8 SO 22.07 = FEVS 60 (2009), 481-490.

(3) Voraussetzungen einer Entgeltvereinbarung gem. § 77 SGB VIII

Als Voraussetzungen für den Abschluss einer Vereinbarung gem. § 77 SGB VIII sind zusammenfassend festzuhalten:

- fachliche Eignung des freien Trägers für die jeweiligen Leistungen, die von ihm darzulegen ist,
- Betriebserlaubnis, sofern in den §§ 43 ff. SGB VIII vorgesehen,
- Vorliegen eines Verhandlungsangebots des freien Trägers
- Beachtung der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Leistungsfähigkeit, die nicht notwendigerweise im billigsten Angebot vorliegen müssen.⁸¹

(4) Rechtsfolge hinsichtlich einer Entgeltvereinbarung

Bei Vorliegen der Voraussetzungen erwirbt der beantragende freie Träger einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Bescheidung. Bedarfsgesichtspunkte führen zur Annahme von Ermessensfehlern.⁸² Sodann ist bei den konkreten Kostenerstattungen die Entgeltvereinbarung maßgebend.

c) Sonderregelung des § 36a Abs. 2 SGB VIII für die „unmittelbare Inanspruchnahme“

Vom Grundsatz des Bewilligungsvorbehalts des § 36a Abs. 1 SGB VIII macht der Gesetzgeber eine Ausnahme für den Bereich niedrigschwelliger Leistungen: Nach § 36a Abs. 2 SGB soll die „unmittelbare Inanspruchnahme von ambulanten Hilfen, insbesondere der Erziehungsberatung“ durch Vereinbarungen zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern über die Voraussetzungen und die Ausgestaltung der Leistungserbringung sowie die Übernahme der Kosten zugelassen werden.

Hintergrund der Regelung ist der Umstand, dass im Bereich der ausdrücklich genannten Erziehungsberatung viele Adressaten gerade keinen Kontakt zum Jugendamt wünschen, wenn sie diese Leistung in Anspruch nehmen möchten. Stattdessen wenden sie sich nicht selten direkt an eine von einem freien Träger unterhaltene Erziehungsberatungsstelle und möchten die dort mitgeteilten Angaben vertraulich behandelt wissen. Ein ausnahmslos geltender Bewilligungsvorbehalt des Jugendamtes würde solche Beratungssituationen daher unmöglich machen. Im Ergebnis würde so der Zweck solcher niedrigschwelligen ambulanten Leistungen konterkariert.

Die insoweit zulässigen Vereinbarungen machen nun die *Bewilligung* der Leistung im Rahmen ihres Geltungsbereichs zwar obsolet, halten aber an der

Steuerungsverantwortung des öffentlichen Trägers fest: dieser muss alle Anforderungen, die die einzelne Inanspruchnahme einer Leistung sicherstellen sollen, abstrakt für eine Vielzahl von Fällen sicherstellen. Dafür hat er in derartigen Vereinbarungen insbesondere die Partizipationsrechte der Berechtigten – Wunsch- und Wahlrecht (§ 5 SGB VIII), plurales Angebot (§ 3 SGB VIII), partnerschaftliche Zusammenarbeit mit und institutionelle Subsidiarität der freien Jugendhilfeträger (§ 4 SGB VIII) – abstrakt-generell⁸³ zu berücksichtigen.

Vereinbarungen nach § 36a Abs. 2 SGB VIII haben daher zum Inhalt die Voraussetzungen und die Ausgestaltung des Leistungserbringers sowie die konkreten Angebote des Leistungserbringers, deren Kosten übernommen werden sollen. Ferner muss sichergestellt sein, dass die Voraussetzungen des § 27 Abs. 1 bzw. 2 SGB VIII vorliegen. Weiter muss festgelegt werden, ab welchem Grad des Hilfebedarfs das Jugendamt einzuschalten ist. Auf der leistungserbringungsrechtlichen Seite sind sodann die genauen Modalitäten der Kostentragung festzulegen.⁸⁴ Bei der Vereinbarung handelt es sich um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag gem. §§ 53 ff. SGB X.

Ob § 36a SGB VIII auf andere als die ambulanten niedrigschwelligen Leistungen, insbesondere die Erziehungsberatung, Anwendung findet, vor allem auf die §§ 16, 17 und 18 SGB VIII, ist umstritten. Kunkel und Fieseler/Schleicher⁸⁵, sind für eine zumindest analoge Anwendung. Meysen und Wiesner sind dagegen, leiten aber eine Sicherstellung niedrigschwelliger Leistungen unmittelbar aus §§ 79, 80 SGB VIII ab⁸⁶. Hier soll im Folgenden der Auffassung gefolgt werden, die eine analoge Anwendung im Hinblick auf die §§ 17 und 18 SGB VIII befürwortet, weil die Beratungsstellen in aller Regel Leistungen nach §§ 17 und 18, als auch nach § 27, 28 SGB VIII anbieten und insoweit Rechtsansprüche über Entgelte zu finanzieren sind. Bei § 16 besteht hierfür allerdings kein Bedarf, denn die Normaussage ist als diejenige einer objektiven Rechtsverpflichtung ohnehin über die Zuwendungsfinanzierung sicherzustellen⁸⁷. Für eine analoge Anwendung besteht daher weder eine gleichartige Interessenlage, noch eine Regelungslücke.

Festzuhalten ist hier, dass es sich unabhängig von den vorstehenden Fragen bei der Norm nur um eine *Abkürzung des Beschaffungswegs* handelt; eine weitere Modifikation der konstruktiven Grundlagen

83 Hierzu griffig Kunkel, LPK-SGB VIII, § 36a, Rn. 9 a.E: Die Steuerung des Jugendamtes gleiche einer „Fernsteuerung“.

84 Wiesner, SGB VIII, § 36a Rn. 41.

85 Kunkel, LPK-SGB VIII, § 36a Rn. 8; GK-SGB VIII, § 36a, Rn. 20.

86 Meysen/Münder, FK-SGB VIII, § 36a Rn. 35; Wiesner, SGB VIII, § 36a Rn. 39.

87 Vgl. dazu sogleich weiter.

81 Vgl. hierzu zuletzt BSGE 102, 227-248 zur Pflegeversicherung.

82 So bereits BVerwGE 94, 202-211 (S. 206) zu § 93 BSHG.

des Dreiecksverhältnisses im Jugendhilferecht kann aus dieser Vorschrift kaum abgeleitet werden.

Insbesondere deckt die Norm auch nicht eine Auswahlentscheidung des öffentlichen Trägers ab. Der Grundsatz der §§ 77, 78a ff. SGB VIII, dass mit jedem Leistungserbringer, der eine geeignete und notwendige Hilfe des SGB VIII erbringen will, eine Entgeltvereinbarung abzuschließen ist, wenn sie den Voraussetzungen der Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Leistungsfähigkeit entspricht, wird durch § 36a SGB VIII überhaupt nicht angetastet. Gleichwohl wird dies vereinzelt, nämlich von Befürwortern von Sozialraumprojekten mit Budgetcharakter im Rahmen der Hilfen zur Erziehung, von Stähr⁸⁸ etwa, vertreten. Die Argumentation vermag indes nicht zu überzeugen. Stähr entnimmt aus dem Umstand, dass niedrigschwellige Hilfen durch eine vertragliche Regelung abgesichert werden müssen das Erfordernis eines „besonderen Vertrauensverhältnisses“. Was ein solches Vertrauensverhältnis jenseits der Geeignetheit und Notwendigkeit einer Hilfe, etwa nach den §§ 27 ff. SGB VIII sein soll, bleibt im Dunklen, ebenso die dogmatische Quelle dieses Postulats. Keinesfalls können daher aufgrund dieser Vorschrift Trägerbudgets gebildet werden; sie sind und bleiben systemfremd, eine Auslegung der Norm in diese Richtung ist weder vom Wortlaut noch vom Sinn und Zweck der Norm gedeckt.

24

2. Zuwendungsfinanzierung gem. § 74 SGB VIII

a) Anwendungsbereich

„Zur Anwendung kommt die Zuwendungsfinanzierung, wenn keine Rechtsansprüche Leistungsberechtigter existieren, denn bei individuellen Rechtsansprüchen ist eine Finanzierung nur auf der Grundlage des jugendhilferechtlichen Dreiecksverhältnisses möglich.“⁸⁹ Die Zuwendungsfinanzierung kann nach hM ebenfalls zur Anwendung kommen, falls es sich um sog. „harte Ansprüche auf weiche Leistungen“ handelt, insbesondere also bei den Leistungen der §§ 17 und 18 SGB VIII.⁹⁰

b) Konstruktive Grundlagen

aa) Objektive Rechtsverpflichtung des Leistungsträgers zu Gunsten des Leistungsempfängers

Die Zuwendungsfinanzierung kommt zur Anwendung für Leistungen und Angebote, für die objektive Rechtsverpflichtungen bestehen, denen jedoch keine subjektive Rechte der Betroffenen gegenüberstehen, also die sog. „freiwilligen Leistungen“, die der öffentliche Träger zwar sicherstellen muss, dazu aber von den Berechtigten nicht gezwungen werden kann.⁹¹

88 Vgl. Stähr, Rechtliche Grundlagen Sozialraumorientierung S. 55 f.

89 Mündler FK-SGB VIII, VorKap 5, Rn. 12.

90 Mündler FK-SGB VIII, VorKap 5, Rn. 12.

91 Vgl. oben S. 15.

bb) Tatsächliche Inanspruchnahme durch die Leistungsempfänger beim Leistungserbringer

Die Leistungsberechtigten müssen hier nicht wissen, dass es sich um gesetzliche Leistungen handelt, das sozialarbeiterische Angebot als solches und der Leistungserbringer stehen im Vordergrund, ein vertragliches Verhältnis zwischen Leistungsempfänger und Leistungserbringer wie bei Rechtsanspruchsleistungen im Rahmen des Dreiecksverhältnisses ist hier nicht erforderlich (kann jedoch je nach Organisation der Leistung gegeben sein). Umgekehrt muss auch der öffentliche Träger die konkreten Umstände und den genauen Inhalt der Leistung nicht kennen, die er mit seinen Zahlungen an den Leistungserbringer sicherstellt.

Dieser Umstand prädestiniert die Förderungsfinanzierung für zwei Gruppen von Leistungen: Zum einen solche Leistungen, bei denen eine förmliche Bewilligung durch das hinter der Leistung stehende Jugendamt nicht sachdienlich wäre, weil auf bestehende Schwellenängste der Betroffenen Rücksicht zu nehmen ist, also alle „niedrigschwelligen“ Angebote, sowie solche, die nicht eigens konkretisiert werden müssen.⁹² Beispiele sind offene Angebote der offenen Jugendarbeit, der Jugendsozialarbeit, der Schulsozialarbeit. Ferner sind es Elternbildungsangebote und Selbsthilfegruppen, die im Wege der Förderung finanziert werden, oder die niedrigschwelligen Anteile der „Frühen Hilfen“ (Eltern-Kind-Gruppen zur Förderung der emotionalen Bindung zwischen Mutter/Vater und Kind)⁹³. Dementsprechend sind die Rechtsgrundlagen §§ 11, 13 und 16 SGB VIII. Zum Teil werden in der Praxis auch die §§ 17 und 18 SGB VIII über Zuwendungen finanziert, was an sich systemwidrig ist, weil hierdurch die Geltung eines Rechtsanspruchs in die Hände von freien Trägern gelegt wird, ohne dass der öffentliche Träger die Erfüllung garantieren könnte⁹⁴.

cc) Zuwendungsverhältnis zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer

Bei der Zuwendungsfinanzierung gewährt der öffentliche Jugendhilfeträger eine pauschale Finanzierung (Nutzungsüberlassungen von Sachen haben eine untergeordnete Bedeutung) zu Gunsten der freien Träger, wobei dessen „angemessene Eigenleistung“ Voraussetzung ist. § 74 SGB VIII regelt die entsprechenden Voraussetzungen und Modalitäten der Finanzierung durch Förderung der freien Jugendhilfe. Es handelt sich um *Zuwendungen* im haushaltsrechtlichen Sinne (§ 23 BHO/LHO), mit denen

92 Wiesner, SGB VIII Wiesner vor § 11 Rdnr. 81.

93 Zu deren Finanzierung vgl. Gerlach/Hinrichs, Regelfinanzierung von Frühen Hilfen, S. 61. ff.

94 Vgl. Mündler FK-SGB VIII, VorKap 5, Rn. 15; Explizit gegen solche Vermischungen Neumann, RsDE 31 (1996), 42-60 (55).

die öffentlichen Jugendhilfeträger die *eigenständige* Tätigkeit der freien Träger sicherstellen. Insoweit steht der Zuwendung keine Gegenleistung durch den freien Träger an den öffentlichen Träger gegenüber.⁹⁵

Ob ein Auftragsverhältnis besteht, ist eine Frage der jeweiligen Vereinbarungen. Voraussetzung ist die Beauftragung jedenfalls nicht.⁹⁶ Man wird sogar sagen können, dass bei dieser Finanzierungsform die eigenständige soziale Verpflichtung der freien Träger noch deutlicher hervortritt, als bei der Finanzierung im Rahmen des Dreiecksverhältnisses.⁹⁷ Auch in diesem Bereich hat der öffentliche Jugendhilfeträger die Autonomie der freien Träger zu achten, was es ausschließt, ein Auftragsverhältnis zur Voraussetzung für die Förderung zu machen. Dies wird i.Ü auch durch § 74 Abs. 2 S. 2 SGB VIII bestätigt, der die Selbständigkeit der freien Träger gem. § 4 Abs. 1 SGB VIII betont.⁹⁸ Die Finanzierung nach § 74 SGB VIII wird heute in allen Bereichen, in denen es um individualisierte Leistungen geht, auf die die Leistungsberechtigten einen Rechtsanspruch besitzen, überwiegend als systemwidrig abgelehnt.⁹⁹ Das eher korporatistische Verfahren verunmöglicht nämlich eine transparente Leistungserbringung für die öffentlichen Träger. Für sie ist – abgesehen von der Überprüfung zweckentsprechender Verwendung der Mittel, § 17 Abs. 3 S. 3 SGB I – nicht mehr ersichtlich, welche Mittel für welche Leistungen aufgewandt wurde.

(1) Voraussetzungen der Zuwendungsfinanzierung gem. § 74 SGB VIII

- Tätigkeit eines freien Trägers auf dem Gebiet der Jugendhilfe
- Leistungen, die nicht im Rahmen des jugendhilferechtlichen Dreiecksverhältnisses abzuwickeln sind, also alle objektiven Rechtsverpflichtungen (§§ 11, 13, 16 SGB VIII).
- fachliche Eignung des freien Trägers für die jeweiligen Leistungen und Angebote (fachliche Standards, geeignetes Personal, vgl. § 72 SGB VIII, wobei Abstriche wegen der Tätigkeit von Ehrenamtlichen

- zulässig sind)¹⁰⁰
- Gewähr für eine zweckentsprechende und wirtschaftliche Verwendung der Mittel¹⁰¹
- Gemeinnützigkeit, i.d.R. also die steuerrechtliche Anerkennung nach § 52 AO.¹⁰²
- eine angemessene Eigenleistung, die allerdings ggf. gegen Null gehen kann¹⁰³.
- Gewähr für eine den Zielen des Grundgesetzes förderliche Arbeit („freiheitlich demokratische Grundordnung“)¹⁰⁴
- Bei dauerhafter Förderung in der Regel die Anerkennung als freier Träger gem. § 75 SGB VIII
- Nach §§ 23 BHO/ HmbgLHO muss ein erhebliches Interesse an der Erfüllung der Aufgabe bestehen, das anders nicht befriedigt werden kann.

(2) Rechtsfolge der Zuwendungsfinanzierung gem. § 74 SGB VIII

- Hingewiesen sie hier knapp auf Folgendes:¹⁰⁵
- Aus der Formulierung „sollen“ in § 74 Abs. 1 folgt, dass der öffentliche Träger im Regelfall die freiwillige Tätigkeit der freien Träger fördern muss, es besteht also dem Grunde nach ein Rechtsanspruch der freien Träger
 - Art und Umfang der Förderung liegt allerdings gem. § 74 Abs. 3 SGB VIII im pflichtgemäßen Ermessen des öffentlichen Trägers, wobei die „verfügbaren Haushaltsmittel“ ausdrücklich genannt werden.
 - Daher besteht im Ergebnis ein Anspruch auf *Gleichbehandlung* aller eine Förderung begehrenden Träger, wobei sachgerechte Kriterien¹⁰⁶ für eine Auswahlentscheidung heranzuziehen sind.
 - Im Rahmen seiner Ermessenausübung zu berücksichtigen hat der öffentliche Träger wegen § 79 Abs. 1, 2 SGB VIII:
 - Gewährleistung eines pluralen Angebot (§ 3 SGB VIII),
 - Gewährleistung des Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsempfänger (§ 5 SGB VIII),
 - Gewährleistung einer partnerschaftliche Zusammenarbeit mit und institutionelle Subsidiarität der freien Jugendhilfeträger (§ 4 SGB VIII) zu beachten sind¹⁰⁷
 - Gewährleistung der Selbständigkeit der freien Träger gem. § 4 SGB VIII
 - Dabei kann der öffentliche Träger eine Förderung

100 Vgl. Kunkel LPK-SGB VIII, § 74 Rn. 5.

101 Hierzu OVG Berlin, RsDE 7 (1989), 105.

102 Vgl. Kunkel LPK-SGB VIII, § 74 Rn. 9.

103 Hierzu OVG Münster, DVBl. 2004, 67.

104 Vgl. Kunkel LPK-SGB VIII, § 74 Rz. 11.

105 Ausführlich hierzu Geis, Soziale Selbsthilfe, S. 152 ff, wo Strukturprinzipien der Trägerförderung nach dem SGB im Wesentlichen anhand von Bestimmungen des alten BSHG und des SGB VIII entwickelt werden.

106 Wiesener, SGB VIII, § 74 Rn. 41a.

107 Wiesner, SGB VIII, § 74, Rn. 31.

95 Münder FK-SGB VIII, § 74, Rn. 1

96 Instruktiv hierzu Geis, Soziale Selbsthilfe (S. 162), der explizit Stellung gegen ein Auftragsmodell (bzw. Verwaltungshelfermodell) bezieht. Vgl. auch Wiesner u.a., SGB VIII (Wiesner), § 74 Rdnr. 32, der zwar die Möglichkeit sieht, weitere Vereinbarungen zu treffen, dies aber nicht zur Voraussetzung der Förderung macht. „Finanzielle Förderung darf nicht dazu missbraucht werden, die Autonomie der freien JHilfe im Kern anzutasten.“ (ebd. Rdnr. 36); i.d.S auch Mrozynski, SGB VIII, § 74 Rdnr. 11.

97 So auch Kunkel, Peter-Christian, Rechtsfragen der Finanzierung freier Träger, in: ZfJ 2000, 413-420 (S. 417).

98 Es sei hingewiesen auf Geis, Soziale Selbsthilfe (S. 160 ff.), der überzeugend darauf hinweist, dass das Gebot der Trägerpluralität geradezu dazu zwingt, den freien Trägern ihre autonome Freiheitsbetätigung zu ermöglichen, dann aber auch zu belassen.

99 Neumann, RsDE 31 (1996), 42-60 (S. 60); Neumann/Bieritz-Harder, RsDE 48 (2001), 1-28 (S. 12); Münder u.a., FLPK-SGB VIII, § 74 Rdnr. 4.

gem. § 74 Abs. 2 SGB VIII von der Beachtung der in der Jugendhilfeplanung getroffenen Zielsetzungen abhängig machen, sowie die Grundrichtung der Erziehung und die Gleichbehandlung von Mädchen und Jungen (§ 9 SGB VIII) berücksichtigen.

- Diese Einschränkungen können dann im Wege von Auflagen und Nebenbestimmungen zum eigentlichen Zuwendungsbescheid umgesetzt werden.

3. Gegenseitige Leistungsverträge

a) Anwendungsbereich

„Rechtlich möglich sind auch unmittelbare, gegenseitige (Austausch-)Leistungsverträge zwischen den öffentlichen Jugendhilfeträgern und den Leistungserbringern. Dort, wo ausdrücklich die Finanzierung auf der Rechtsgrundlage des jugendhilferechtlichen Dreiecksverhältnisses rechtlich vorgegeben ist, kommen solche Verträge nicht in Frage, ansonsten aber sind sie möglich. Faktisch haben derartige gegenseitige Austauschverträge ihre Bedeutung als Alternative zur Zuwendung.“¹⁰⁸

b) Konstruktive Grundlagen

Münder geht davon aus, dass für solche gegenseitigen Verträge § 77 SGB VIII als Rechtsgrundlage heranzuziehen sei¹⁰⁹. Dies überzeugt jedoch nicht, da es dort nur um „Vereinbarungen über die Höhe der Kosten“ geht, nicht aber um eine vertragliche Grundlage eines Austauschvertrages selbst. Zum Teil wird auch angenommen, die Vorschriften über die Zuwendungsfinanzierung des § 74 SGB VIII analog anzuwenden, was jedoch nur möglich erscheint, wenn man die gesamte Dogmatik des jugendhilferechtlichen Dreiecksverhältnisses über Bord wirft. Dazu besteht allerdings in rechtlicher Sicht kein Anlass (vgl. die Ausführungen unter C.II.1.a). Die Auffassung folgt ausschließlich fiskalischen Überlegungen der Leistungsträger, findet im Gesetz keine Stütze und ist daher abzulehnen.¹¹⁰

Stattdessen wird man als Rechtsgrundlage auf § 79 Abs. 2 SGB VIII i.V.m. Art. 28 Abs. 2 GG Bezug nehmen müssen, da hierin den öffentlichen Trägern die Selbstverwaltungsgarantie einschließlich der finanziellen Eigenverantwortung auf dem Gebiet der Kinder- und Jugendhilfe gewährt wird, wobei die spezifischen sozialrechtlichen Ermessensbindungen und Leitlinien des SGB VIII (insbesondere aus den §§ 74, 3, 4 und 5 SGB VIII) zu beachten bleiben.

aa) Objektive Rechtsverpflichtung des Leistungsträgers zu Gunsten des Leistungsempfängers

Wie bei der Zuwendungsfinanzierung darf es

sich nicht um Rechtsansprüche zu Gunsten von Leistungsberechtigten handeln, da diese durch Leistungsverträge nicht zu garantieren wären ohne zugleich Trägerautonomie, plurales Angebot, Wunsch- und Wahlrecht der Betroffenen, partnerschaftliche Zusammenarbeit und institutionelle Subsidiarität der freien Träger zu gefährden.

bb) Tatsächliche Inanspruchnahme durch die Leistungsempfänger beim Leistungserbringer

Wie bei der Zuwendungsfinanzierung ist beim Verhältnis eine faktische oder rechtlich gefasste Inanspruchnahme durch die Leistungsempfänger möglich. Auch hier geht es um niedrighschwellige Angebote, an deren Präsenz der öffentliche Träger ein Interesse hat. Es handelt sich insoweit nur um einen „unechten Vertrag zu Gunsten Dritter“, bei dem der Begünstigte keine eigenen Ansprüche gegen den Vertragspartner erwirbt.

cc) Vertragsverhältnis zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer

Beide Vertragsparteien schließen einen öffentlich-rechtlichen Vertrag, der Art und Umfang der Leistung regelt, sowie das hierfür zu zahlende Entgelt. Der Umstand, dass es sich hier nur um einen „unechten Vertrag zu Gunsten Dritter“ handelt, ändert nichts daran, dass im Verhältnis Leistungsträger – Leistungserbringer eine synallagmatische Verpflichtung vorliegt: Der Leistungsträger kauft sich eine Leistung ein, damit er durch sie seiner objektiven Rechtspflicht zur Vorhaltung solcher Leistungen nachkommen kann.

(1) Voraussetzung von gegenseitigen Leistungsverträgen

Da gegenseitige Verträge für Leistungen im Bereich der Rechtsanspruchssicherung nach herrschender Lehre und Rechtsprechung nicht in Frage kommen¹¹¹, umgekehrt aber ein Bedarf für sie im Bereich objektiver Rechtsverpflichtungen besteht und zugleich die Bindung des § 79 SGB VIII bestehen bleibt, stellt sich die Frage, welche Zulässigkeitsvoraussetzungen anzunehmen sind. Dabei ist sicherzustellen, dass die Wahl einer anderen Art der Finanzierung, als der ausdrücklich im Gesetz vorgesehenen Förderungsfinanzierung nicht zu einer Einschränkung der Rechte der Leistungsempfänger und auch der freien Träger und weiterer Strukturprinzipien des SGB VIII führt.¹¹² Es bietet sich an, die Bestimmungen des § 74 SGB VIII analog anzuwenden, soweit sie mit einer Finanzierung durch Leistungsverträge kompatibel sind. Es wird hier von folgenden Vo-

108 Münder FK-SGB VIII, VorKap 5, Rn. 14.

109 Münder FK-SGB VIII, VorKap 5, Rn. 14.

110 So etwa Kingreen, Kooperation und Konkurrenz; ders. in: VSSR 2006, 369-397. Nelissen, Sozialraumorientierung, S. 36

111 vgl. hierzu S. 22.

112 Vgl. hierzu Mrozynski, RsDE 47 (2001), 29 ff. (35): treffend: „...verfehlt ist jedenfalls die Vorstellung, durch Beschaffungsverträge rein bürgerlich-rechtlichen Charakters könne man die öffentlich-rechtlichen Bindungen, denen ein Leistungsträger unterliegt, relativieren.“

raussetzungen und Rechtsfolgen ausgegangen:

- Tätigkeit eines freien Trägers auf dem Gebiet der Jugendhilfe
- Leistungen, die nicht im Rahmen des jugendhilfe-rechtlichen Dreiecksverhältnisses abzuwickeln sind, also alle objektiven Rechtsverpflichtungen (§§ 11, 13, 16 SGB VIII).
- fachliche Eignung des freien Trägers für die jeweiligen Leistungen und Angebote (fachliche Standards, geeignetes Personal, vgl. § 72 SGB VIII, wobei Abstriche wegen der Tätigkeit von Ehrenamtlichen zulässig sind)¹¹³
- Gewähr für eine zweckentsprechende und wirtschaftliche Verwendung der Mittel¹¹⁴
- die Gewähr für eine den Zielen des Grundgesetzes förderliche Arbeit („freiheitlich demokratische Grundordnung“)¹¹⁵

Verzichtet werden kann demgegenüber auf die Voraussetzungen des § 74 Abs. 1 und 2 SGB VIII, die sich auf die Privilegierung gemeinnütziger freier Träger als Zuwendungsempfänger beziehen, da der öffentliche Träger bei der Vereinbarung von Leistungsverträgen eine Gegenleistung erwirbt, eine Gewinnerzielungsabsicht beim Leistungserbringer also nicht entgegensteht. Im Einzelnen kann also verzichtet werden auf:

- die Gemeinnützigkeit, i.d.R. also die steuerrechtliche Anerkennung nach § 52 AO
- die angemessene Eigenleistung,
- die Anerkennung als freier Träger gem. § 75 SGB VIII

(2) Rechtsfolgen von gegenseitigen Leistungsverträgen

- Abschluss und Vergütung gegenseitiger Leistungsverträge stehen gem. § 79 Abs. 2 SGB VIII i.V.m. Art. 28 Abs. 2 GG im weiten Ermessen der Kommune, die insoweit auch die verfügbaren Haushaltsmittel ermessensleitend und begrenzend berücksichtigen darf.
- Im Ergebnis muss auch ein Anspruch auf *Gleichbehandlung* aller den Vertragsschluss begehrenden Träger bestehen, wobei sachgerechte Kriterien¹¹⁶ für eine Auswahlentscheidung heranzuziehen sind. Weiter unten wird zu klären sein, ob nationales oder EU-Vergaberecht dazu geeignet sind, den Gleichbehandlungsgrundsatz sinnvoll auszugestalten.
- Im Rahmen seiner Ermessenausübung zu berücksichtigen hat der öffentliche Träger wegen § 79 Abs. 1, 2 SGB VIII:
 - Gewährleistung eines pluralen Angebot (§ 3 SGB VIII),
 - Gewährleistung des Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsempfänger (§ 5 SGB VIII),
 - Gewährleistung einer partnerschaftliche Zusam-

menarbeit mit und institutionelle Subsidiarität der freien Jugendhilfeträger (§ 4 SGB VIII) zu beachten sind¹¹⁷

- Gewährleistung der Selbständigkeit der freien Träger gem. § 4 SGB VIII
- Dabei kann der öffentliche Träger einen Vertragsschluss von der Beachtung der in der Jugendhilfeplanung getroffenen Zielsetzungen abhängig machen, sowie die Grundrichtung der Erziehung und die Gleichbehandlung von Mädchen und Jungen (§ 9 SGB VIII) berücksichtigen.
- Solche Vorgaben können dann im Wege der Vertragsgestaltung umgesetzt werden.

4. Zwischenüberlegung

Die Vorgaben des SGB VIII zum Leistungserbringungsrecht sind damit – für die Gutachtenfrage – vollständig entwickelt. In den letzten Jahren ist dieses in sich stimmige System insbesondere durch die Versuche, sozialräumliche Steuerungsmodelle zu etablieren, angegriffen worden. Die Stoßrichtung dieser Angriffe galt vor allem den nach der herrschenden Meinung zwingenden Vorgaben für die Finanzierung von Rechtsansprüchen¹¹⁸, die durch Vergabe von Budgets ersetzt werden sollte¹¹⁹. Durch diese Versuche sind allerdings weitere Fragen aufgetaucht, die über das Jugendhilferecht hinausweisen: Gilt nicht auch das nationale und EU-Vergaberecht, wenn die öffentlichen Träger sich Leistungen bei freien Trägern „einkaufen“? – Da von der Beantwortung dieser Fragen der weitere Inhalt und die Reichweite des Leistungserbringungsrechts des SGB VIII überlagert werden, sollen die aufgeworfenen Fragen zunächst normativ geklärt werden. Im Anschluss daran werden dann in einem zusammenfassenden Punkt die Argumente auch der Protagonisten der Sozialraumorientierung, bzw. jener Stimmen gewürdigt, die neue Finanzierungsformen für mit den Grundsätzen des SGB VIII vereinbar halten.

5. Geltung des Vergaberechts

gem. §§ 97 ff. GWB?

a) Rechtsanspruchsleistungen, Ermessensentscheidungen: Entgeltfinanzierung

aa) Normalfall

(1) „Öffentliche Auftraggeber“ gem. § 98 GWB

Diese Voraussetzung ist unproblematisch gegeben, da es sich bei den öffentlichen Trägern der Jugendhilfe um „Gebietskörperschaften“ i.S.d. § 98 Nr. 1 GWB handelt.

(2) „Öffentlicher Auftrag“ i.S.d. § 99 GWB

Eine Geltung des Vergaberechts würde weiter

113 Vgl. Kunkel LPK-SGB VIII, § 74 Rn. 5.

114 Hierzu OVG Berlin, RsDE 7 (1989), 105.

115 Vgl. Kunkel LPK-SGB VIII, § 74 Rz. 11.

116 Wiesener, SGB VIII, § 74 Rn. 41a

117 Wiesner, SGB VIII, § 74, Rn. 31.

118 Vgl. hierzu S. 22.

119 Vgl. etwa Rixen, SDSRV 60 (2010), 69 (79).

voraussetzen, dass es sich bei einer konkreten Kostenzusage oder einer Entgeltvereinbarung um „öffentliche Aufträge“ im Sinne des § 99 Abs.1 GWB in Form eines Dienstleistungsauftrags handelt.

Dies ist jedoch entgegen einer vertretenen Ansicht¹²⁰ nicht der Fall. Denn im jugendhilferechtlichen Dreiecksverhältnis wird *nicht die Beschaffung der Leistung vertraglich vermittelt* – weder generell noch im Einzelfall. Kostenzusage und Entgeltvereinbarung sind *keine entgeltlichen* Verträge im vergaberechtlichen Sinne, weil sie nicht Leistung und Gegenleistung synallagmatisch verknüpfen.¹²¹

(3) Dienstleistungskonzession

Auch das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession würde die Anwendung des Vergaberechts gem. Art. 17 der Richtlinie 2004/18/EG ausschließen.

Sie ist definiert in Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18/EG. Danach sind Dienstleistungskonzessionen „Verträge, die von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.“ Solche Dienstleistungskonzessionen schließen das Vorliegen eines öffentlichen Auftrags aus, das Vergaberecht findet dann keine Anwendung.

Entscheidendes Kriterium für unseren Zusammenhang ist insoweit, wer das wirtschaftliche Risiko trägt, weil dies dem Rechtsverhältnis das Gepräge¹²² verleiht:

- Verbleibt das wirtschaftliche Risiko beim öffentlichen Auftraggeber, ist der Auftragnehmer also von ihm freigestellt, liegt keine Dienstleistungskonzession vor, sondern ein Dienstleistungsauftrag; der Zuschlag wird in diesem Fall erteilt für die Leistung selbst und nicht für die Erlaubnis, die Leistung (gegenüber Dritten) anzubieten.
- Geht hingegen das wirtschaftliche Risiko auf den Auftragnehmer über, handelt es sich um eine Dienstleistungskonzession; der Zuschlag wird in diesem Fall erteilt für die Erlaubnis, die Leistung (gegenüber Dritten) anzubieten, nicht für die Leistung selbst. Es handelt sich dann um die Wahrnehmung einer Chance.

Danach handelt es sich bei den Entgeltvereinbarungen

120 Kingreen, Kooperation und Konkurrenz; ebenso Rixen, SDSRV 60 (2010), 69-83; Nelissen, Sozialraumorientierung S. 93 ff. Diese Meinung zeichnet sich durch eine starke teleologische Akzente aus: Um eine Auswahlentscheidung zu ermöglichen (die im Gesetz gerade nicht vorgesehen ist; dieses Faktum führte ja gerade zur Annahme der „Dreiecksverhältnisses“), soll das Vergaberecht Anwendung finden.

121 Neumann/Bieritz-Harder, RsDE 48 (2001), 1-28 (S. 14.); Neumann/Nieland/Philipp, Erbringung von Sozialleistungen nach Vergaberecht?, S. 58 f. Differenzierend Engler, Leistungserbringung, S. 132 ff., die das Vorliegen eines „öffentlichen Auftrags“ bejaht, aber in der Folge dann das Vorliegen eines Synallagmas verneint.

122 Noch, Vergaberecht kompakt, Rn. 34.

gem. §§ 77, 78a ff. nicht um einen „öffentlichen Auftrag“, sondern allenfalls um eine *Dienstleistungskonzession*. Dies ist oben bereits dargestellt worden: Sofern Rechtsansprüche zu finanzieren sind, geschieht dies zwingend im Rahmen des jugendhilferechtlichen Dreiecksverhältnisses, in dem der öffentliche Träger einen vertraglich entstandenen Zahlungsanspruch des Leistungsberechtigten befriedigt.¹²³ Durch die Gewissheit dieser Zahlung auf eine fremde Schuld wird der Berechtigte in Stand gesetzt, sein Wunsch- und Wahlrecht innerhalb einer pluralen Trägerlandschaft auszuüben und die soziale Dienstleistung von dem Träger entgegenzunehmen, den er präferiert.

Diese Auffassung ist in einem Verfahren durch das OVG Münster ausdrücklich bestätigt worden¹²⁴, in dem es um die Ausschreibung von sozialpädagogischer Familienhilfe durch den Kreis Steinfurt im Rahmen eines Sozialraumbudgets ging. Das OVG Münster bestätigte die Untersagung der Ausschreibung die das VG Münster¹²⁵ in einem Eilverfahren ausgesprochen hatte.

Die Entscheidungen der Vergabekammern des OLG Düsseldorf¹²⁶ zum identischen Fall der Ausschreibung der sozialpädagogischen Familienhilfe kam zu einem anderen Ergebnis. Wie das OLG Hamburg¹²⁷ bezüglich der Vergabe von Leistungen der Schuldnerberatung im Rahmen von Leistungen nach dem SGB XII, wurde mit Blick auf das beim öffentlichen Träger verbleibende wirtschaftliche Risiko ein Beschaffungsvertrag jeweils bejaht, wobei freilich den Besonderheiten des Leistungserbringungsrechts im Jugendhilfe- und Sozialhilferecht nicht nachgegangen wurde¹²⁸. Daher vermögen beide Entscheidungen dogmatisch nicht zu überzeugen¹²⁹, wenngleich zu konzedieren ist, dass in beiden Verfahren große Bedenken bezüglich einer willkürfreien Auswahlentscheidung bestanden und daher die Annahme eines vergaberechtlichen Rechtsschutzes gegenüber seiner Verneinung im Ergebnis durchaus vertretbar schien.

Festzuhalten ist jedoch, dass aus dogmatischer und systematischer Sicht eine Anwendung des Vergaberechts auf die Finanzierung von Rechtsanspruchsgesicherten Leistungen ausscheiden muss, zumal im Leistungserbringungsrecht des SGB VIII

123 Vgl. die Darstellung oben S. 21.

124 OVG Münster, Beschluss vom 18.03.2005, Az. 12 B 1913/04, in: ZfJ 2005, 284-285.

125 VG Münster, Beschluss vom 18.08.2004, Az: 9 L 970/04.

126 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.09.2004, Az. VII Verg 44/04.

127 OLG Hamburg, Beschluss vom 7.12.2007, Az. 1 Verg 4/07, in: RsDE Nr 68 (2009), 76; hierzu: Neumann, RsDE 68 (2009), 83-91.

128 So auch Neumann, RsDE 68 (2009), 83-91.

129 Dafür jedoch Luthé in seinen Urteilsanmerkungen zu OVG Münster, Beschluss vom 18.03.2005, Az. 12 B 1913/04, in: jurisPR-SozR 23/2005 Anm. 6.

ausreichender Rechtsschutz durch die Verwaltungsgerichte bezüglich der ungerechtfertigten Bevorzugung einzelner Leistungserbringer besteht.

bb) Sonderfall der Organisation unmittelbarer Inanspruchnahme gem. § 36a Abs. 2 SGB VIII

Ändert sich an diesem Ergebnis etwas durch die Sondervorschrift des § 36a Abs. 2 SGB VIII? Dann müsste in der Vereinbarung über die Organisation der unmittelbaren Inanspruchnahme ein „öffentlicher Auftrag“ zu sehen sein.

Schaut man sich eine solche Vereinbarung für Erziehungsberatungsstellen¹³⁰ an, wird dort weder ein *Leistungskontingent* vereinbart, noch die *exklusive Zuordnung eines Gebietes* mit Ratsuchenden zugewiesen und dafür ein konkretes Entgelt gezahlt. Dies wäre auch mit der Gewährleistungsverantwortung des § 79 SGB VIII, über den die Partizipationsrechte der Berechtigten Einzug halten – Wunsch- und Wahlrecht (§ 5 SGB VIII), plurales Angebot (§ 3 SGB VIII), partnerschaftliche Zusammenarbeit mit und institutionelle Subsidiarität der freien Jugendhilfeträger (§ 4 SGB VIII) – nicht zu vereinbaren.

Es kann also im Rahmen des § 36a SGB VIII niemals um eine exklusive Auswahlentscheidung gehen, sondern immer nur um eine „Abkürzung des Verfahrens“ inhaltlich-fachlich: des Hilfeplanverfahrens des § 36 SGB VIII; finanziell-organisatorisch: der Kostenzusage für die Abrechnung im Einzelfall. Vereinbarungen sind vielmehr mit allen interessierten Leistungserbringern abzuschließen, wobei das wirtschaftliche Risiko der Auslastung dann beim Leistungserbringer verbleibt. Die Einhaltung dieser Anforderungen unterliegt dann nicht dem vergaberechtlichen Rechtsschutz, sondern dem verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz des SGB.

**b) Objektive Rechtsverpflichtungen:
Zuwendungsfinanzierung**

aa) „Öffentliche Auftraggeber“ gem. § 98 GWB

Diese Voraussetzung liegt gem. § 98 Nr. 1 GWB unproblematisch vor.

bb) „Öffentlicher Auftrag“ i.S.d. § 99 GWB

Problematisch ist auch hier, ob es sich bei den Zuwendungen des § 74 SGB VIII um „öffentliche Aufträge“ im Sinne des § 99 GWB handelt. Dafür müsste durch die Zuwendungsfinanzierung ein synallagmatisches Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung begründet werden. Dies wird nicht allein dadurch ausgeschlossen, dass die Zuwendungsfinanzierung im Regelfall durch einen Zuwendungsbescheid, also einen Verwaltungsakt erfolgt; denn es ist anerkannt, dass die Zuwen-

dung auch durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag gem. §§ 53 ff. SGB X erfolgen kann¹³¹.

Aber selbst dann, wenn die Zuwendung auf diesem Wege erfolgt, fragt sich, was dann Inhalt der vertraglichen Vereinbarung ist: Die fließenden Fördermittel sollen ja gerade den Leistungserbringer in Stand setzen, selber auf dem Gebiet der Jugendhilfe tätig zu werden und nicht etwa eine Verpflichtung begründen, verbindliche Leistungsansprüche gegen den öffentlichen Träger als Auftragnehmer oder Erfüllungsgelhilfe für den öffentlichen Träger zu erledigen. Und wenn im Einzelfall mit einer im Wege des öffentlich-rechtlichen Vertrages vermittelten Zuwendung ein Auftragsverhältnis einhergehen sollte – was, wie oben gesagt wurde, nicht Voraussetzung einer Zuwendung nach § 74 SGB VIII ist – müsste dieses Auftragsverhältnis doch die Eigenständigkeit der freien Träger – Wunsch- und Wahlrecht (§ 5 SGB VIII), plurales Angebot (§ 3 SGB VIII), partnerschaftliche Zusammenarbeit mit und institutionelle Subsidiarität der freien Jugendhilfeträger (§ 4 SGB VIII) – berücksichtigen.

Dies schließt im Grundsatz die Annahme eines vertraglichen Synallagmas und damit die Annahme eines „öffentlichen Auftrags“ aus, sodass insgesamt das Vergaberecht bei der Zuwendungsfinanzierung nach § 74 SGB VIII keine Anwendung findet.

Allerdings könnte das Vergaberecht dann Anwendung finden, wenn der öffentliche Träger die Leistungserbringung so gestaltet, dass trotz der äußeren Form der Zuwendungsfinanzierung ein gegenseitiger Vertrag, also ein Beschaffungsvertrag vorläge. Dies bestimmt sich nämlich nicht nach der äußeren Form, sondern nach dem Willen der Parteien¹³². Es gilt der materielle Beschaffungsbegriff¹³³, wonach sich der öffentliche Auftraggeber

- entschlossen haben muss, Waren-, Bau- oder Dienstleistungen zu beschaffen,
- diesbezüglich planerische Schritte ergreift,
- um die Art und Weise der Beschaffung,
- deren gegenständliche Leistungsanforderungen und
- den Weg der Ermittlung und Auswahl des Erbringers der Leistung zu regeln.¹³⁴

Eine hoheitliche Heranziehung kann insoweit einen Beschaffungsvorgang darstellen, der dem Pflichtenregime des Vergaberechts unterfällt und dessen Geltung nicht durch die Form der Beschaffung umgangen werden darf¹³⁵. Man kann also an dieser Stelle zusammenfassen: es gilt der zivilrechtliche Grundsatz des „falsa demonstratio non nocet“;

131 Münder FK-SGB VIII, vorKap 5, Rn. 13.

132 Münder FK-SGB VIII, vorKap 5, Rn. 13.

133 Ziekow/Völlink, Vergaberecht, GWB § 99, Rn. 16.

134 Ziekow/Völlink, Vergaberecht, GWB § 99, Rn. 16 m.w.N.

135 Ziekow/Völlink, Vergaberecht, GWB § 99, Rn. 18.

130 Vgl. hierzu etwa BKE, ZfJ 2002, 97

auch wenn eine Beschaffung durch die Form des Zuwendungsbescheides erfolgt, wird dadurch die Geltung des Vergaberechts nicht ausgeschlossen.

Ob allerdings die jeweiligen Zuwendungsbescheide als Beschaffungsvorgänge zu werten sind, ist eine Frage der jeweiligen Gestaltung des Leistungserbringungs geschehens und müsste am konkreten Fall durch Auslegung entschieden werden. Falls man – z.B. durch eine extreme Output-Orientierung der Zuwendungsbescheide, die dem freien Träger nur noch wenig eigenen Spielraum der konkreten Leistungserfüllung lässt – zu diesem Ergebnis käme, gälten insoweit die weiteren Ausführungen zur Finanzierung objektiver Rechtsverpflichtungen durch gegenseitige Leistungsverträge.

c) Objektive Rechtsverpflichtungen: Gegenseitige Leistungsverträge

30

Anders sieht es möglicherweise bei gegenseitigen Leistungsverträgen aus.

aa) „Öffentliche Auftraggeber“ gem. § 98 GWB

Diese Voraussetzung liegt gem. § 98 Nr. 1 GWB unproblematisch vor.

bb) „Öffentlicher Auftrag“ i.S.d. § 99 GWB

Auch hier ist wieder der „öffentliche Auftrag“ im Sinne eines Beschaffungsvertrages zu prüfen. Denn hier kauft der öffentliche Träger tatsächlich eine Leistung ein, zu deren Erbringung sich der Leistungserbringer ihm gegenüber verpflichtet hat. Und diese Verpflichtung soll im Rahmen des vertraglichen Verhältnisses zwischen Leistungserbringer und Leistungsträger gelten, obwohl die Leistung gegenüber einem Leistungsempfänger in Natur erbracht werden soll. Dass es nicht einfach sein Bewenden damit haben soll, dass der Leistungserbringer nur die Zahlung erhält und den Leistungsträger dann den Inhalt der Leistung nicht mehr überprüfen würde – davon kann beim Abschluss von Leistungsverträgen nicht die Rede sein. Diese *Output-Steuerung* macht für den Leistungsträger ja gerade den Reiz der Steuerung über Leistungsverträge gegenüber der *Input-Steuerung* der Zuwendungsfinanzierung aus¹³⁶. Aus diesem Grunde ist bei Abschluss von Leistungsverträgen zur Finanzierung objektiver Rechtsverpflichtungen von einem öffentlichen Auftrag i.S.d. § 99 GWB auszugehen.

cc) Dienstleistungskonzession

Eine Dienstleistungskonzession würde gleichwohl die Anwendbarkeit des Vergaberechts ausschließen, vgl. insoweit die Legaldefinition oben S. 38.

Entscheidendes Kriterium für unseren Zusammen-

¹³⁶ Vgl. hierzu insbesondere KGSt-Bericht Nr. 12/1998, wobei dort kaum vertretbar nicht mehr zwischen Rechtsanspruchsleistungen und objektiven Rechtsverpflichtungen unterschieden wird.

hang ist, wer das wirtschaftliche Risiko trägt¹³⁷, weil dies dem Rechtsverhältnis das Gepräge¹³⁸ verleiht:

- Verbleibt das wirtschaftliche Risiko beim öffentlichen Auftraggeber, ist der Auftragnehmer also von ihm freigestellt, liegt keine Dienstleistungskonzession vor, sondern ein Dienstleistungsauftrag; der Zuschlag wird in diesem Fall erteilt für die *Leistung* selbst und nicht für die *Erlaubnis*, die Leistung (gegenüber Dritten) anzubieten.
- Geht hingegen das wirtschaftliche Risiko auf den Auftragnehmer über, handelt es sich um eine Dienstleistungskonzession; der Zuschlag wird in diesem Fall erteilt für die Erlaubnis, die Leistung (gegenüber Dritten) anzubieten, nicht für die Leistung selbst. Wahrnehmung einer Chance.

Bezieht man diese Frage auf Leistungsverträge zur Finanzierung von objektiven Rechtsverpflichtungen ist zu konstatieren: das *wirtschaftliche Risiko* wird den Leistungserbringern bei solchen Leistungsverträgen weitgehend abgenommen. Sie bekommen durch den Vertragsschluss Kontingente sozialer Leistungen zugewiesen, die sie vertragstreu zu bearbeiten haben. Eingeschränkt nur durch die Verpflichtung des öffentlichen Trägers, ein plurales Angebot bei Sicherstellung von Subsidiarität und partnerschaftlicher Zusammenarbeit zu gewährleisten, damit die Leistungsberechtigten ihr Wunsch- und Wahlrecht ausüben können, genießen sie die Träger, die den Zuschlag für eine Region bekommen, einen Gebietsschutz. Einen Gebietsschutz, den sie sich zwar mit anderen Leistungserbringern wegen der o.g. Anforderungen der Pluralität des Angebots teilen müssen, der aber doch gegenüber nicht in der Region ansässigen Trägern nach Abschluss solcher Verträge gilt¹³⁹.

Daher liegt in diesen Fällen keine Dienstleistungskonzession vor, sondern ein Dienstleistungsauftrag, der grundsätzlich dem Vergaberecht unterliegt.¹⁴⁰

dd) Erreichen der EU-Schwellwerte,

§ 127 Abs. 1 i.V.m. § 2 VgV

Für eine verpflichtende Durchführung von EU-weiten Vergabeverfahren bedarf es weiter einer Überschreitung der EU-Schwellwerte.

Diese betragen gem. § 2 Nr. 3 VgV (2011) für Liefer- und Dienstleistungsaufträge 193.000,- EUR. Für die Schätzung des Wertes und die Aufteilung der Lose ist § 3 VgV zu beachten.

¹³⁷ Vgl. oben S. 28.

¹³⁸ Noch, Vergaberecht kompakt, Rn. 34.

¹³⁹ Vgl. hierzu auch die insoweit überzeugende Argumentation des OLG Hamburg, RsDE Nr 68 (2009), 76, die allerdings zu pauschal auch die Erbringung von Leistungen im Rahmen des Sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses dem Vergaberecht unterwirft.

¹⁴⁰ Vgl. hierzu ferner Noch, Vergaberecht kompakt, Rn. 47 mit weiteren Beispielen.

Sodann verweist § 4 Abs. 1 und 2 VgV auf die Vorschriften des 2. Abschnittes der VOL/A. Es dürfte sich vorliegend um eine Dienstleistung auf dem Gebiet des „Gesundheits- Veterinär- und Sozialwesens“ gem. Kategorie 25 der Anlage 1 Teil B handeln. Allerdings gelten bei diesen sog. nicht-prioritären Dienstleistungen gem. § 1 Abs. 3 EG-VOL/A i.V.m. § 4 Abs. 4 VgV vereinfachte Regeln der Ausschreibung, insbesondere unterliegen sie nur eingeschränkt dem EU-Vergaberecht.¹⁴¹ Mit den insoweit geltenden formalen Ausschreibungsregeln ist dann auszuschreiben.

ee) Darunter bleibende Auftragswerte

Erreicht der Wert der Auftragsvergabe nicht den o.g. EU-Schwellwert, bleibt es bei den allgemeinen Vorgaben der VOL/A, soweit die Wertgrenze des § 3 Abs. 6 VOL/A (500,- EUR) überschritten wird, was vorliegend stets gegeben sein dürfte. Danach ist national auszuschreiben.

d) Ergebnis

Festzuhalten ist demnach, dass bei objektiven Rechtsverpflichtungen ein Wahlrecht des öffentlichen Trägers besteht, ob er den Weg über die Zuwendungsfinanzierung, oder den Weg über gegenseitige Leistungsverträge beschreiten möchte. Im ersteren Falle scheidet ein Vergabeverfahren mangels öffentlichen Auftrags grundsätzlich aus. Im Einzelfall kann sie jedoch zwingend werden, wenn die Auslegung ergibt, dass gleichwohl ein Beschaffungsvertrag vorliegt. Im zweiten Falle ist ein Vergabeverfahren bei Überschreitung der Schwellwerte verpflichtend durchzuführen.

III. Zusammenspiel des Leistungs- und Leistungserbringungsrecht der Jugendhilfe als Konkretion der Gesamt- und Gewährleistungsverantwortung des § 79 SGB VIII

1. Zwingende gesetzliche Vorgaben zur Finanzierung

Das jugendhilferechtliche Dreiecksverhältnis gilt nach weit überwiegender Auffassung im Bereich der *Rechtsanspruchsleistungen* und der echten *Ermessensleistungen*¹⁴² *zwingend*¹⁴³, sodass die *Finanzierung über Entgeltvereinbarungen* gem. §§ 77, 78a SGB VIII sicherzustellen ist. Demgegenüber hat der öffentliche Träger im Bereich *objektiver Rechtsverpflichtungen* ein Auswahlermessen, ob er gem. § 74 SGB VIII den Weg der Zuwendungsfinanzierung geht, oder ob er den Weg über – im Gesetz nicht ausdrücklich geregelte, aber gem. § 79 SGB VIII zulässige – gegenseitige Lei-

stungsverträge beschreitet. Es ergibt sich die folgende Systematik (s. die Übersicht auf der nächsten Seite).

Es existieren mehrere Gründe für diese *zwingend alternative Zuweisung* von Entgeltfinanzierung bei Rechtsansprüchen einerseits und der Zuwendungsfinanzierung bzw. der Finanzierung über Leistungsverträge bei objektiven Rechtsverpflichtungen andererseits.

a) Leistungserbringungsrechtliche Konsequenzen der Gewährung eines Rechtsanspruchs

Wenn es *leistungserbringungsrechtlich* die Normaussage eines Rechtsanspruches ist, dass die Verwaltung an die Rechtsfolge gebunden ist, die Leistung also zu bewilligen ist, wenn die Voraussetzungen der Norm vorliegen, dann muss der Leistungsberechtigte die Möglichkeit der Klage haben, weil er damit die Normgeltung im Zweifel zwangsweise durchsetzen kann. Bei dem prominenten Beispiel des Rechtsanspruchs auf Hilfe zur Erziehung gem. § 27 SGB VIII ist die Verwaltung nun daran gebunden, eine fachlich-sozialpädagogische *Einzelfallentscheidung* zu treffen und die für diesen Einzelfall *geeignete und notwendige Hilfe* zu bewilligen.

Dies setzt *leistungserbringungsrechtlich* begriffsnötig entweder die Leistung durch den öffentlichen Träger in Natur voraus, oder die Deckung des konkreten Bedarfs durch Übernahme der dafür bei einem Leistungserbringer entstehenden Kosten. Folglich tenorieren die Verwaltungsgerichte dann im Erfolgsfall gem. § 113 Abs. 4 VwGO so¹⁴⁴, dass der öffentliche Träger verurteilt wird, „die Leistung zu gewähren und die dadurch entstehenden Kosten zu übernehmen“ – Die Kostenübernahme und damit das Leistungserbringungsrecht mit entsprechenden Entgeltvereinbarungen folgt also aus Notwendigkeiten des Leistungsrechts.

Diesen Notwendigkeiten des Leistungsrechts könnte weder die Zuwendungsfinanzierung noch die Finanzierung über gegenseitige Leistungsverträge gerecht werden: Die Zuwendungsfinanzierung kann nämlich nicht sicherstellen, dass der Leistungserbringer die Leistung so erbringt, wie sie der öffentliche Träger im Wege der Einzelfallentscheidung zu gewähren hat: Bei der Zuwendung verliert er – und soll dies – die Kontrolle über die Leistungserbringung im Einzelfall; dies soll ja gerade

144 Bei Ermessensentscheidungen kann durchaus auch etwas zwangsweise durchgesetzt werden, denn hier hat der Bürger einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung. Der Bürger kann also die Entscheidung als solche erzwingen, nicht aber ihren Inhalt, denn dieser Inhalt macht gerade den behördlichen Ermessensspielraum (§ 40 VwVfG bzw. § 39 SGB I) aus, den die Gerichte respektieren müssen (§ 114 VwGO bzw. § 54 Abs. 2 SGG). Insoweit muss jedoch bei einer Ermessensentscheidung leistungserbringungsrechtlich das ganze Repertoire im Rahmen des Ermessens möglicher Leistungsinhalte präsent, tatsächlich bewilligte Leistungsinhalte garantiert sein; die setzt leistungserbringungsrechtlich voraus, dass der öffentliche Jugendhilfeträger sich durch gegenüber den Leistungserbringern dazu verpflichtet, die Kosten der Leistung zu übernehmen.

141 Vgl. Greb/Ziekow/Völlink, Vergaberecht, VgV § 4, Rn. 15 ff.

142 Der Verf. spricht im Folgenden aus Vereinfachungsgründen nur noch von Rechtsansprüchen, da, wie oben festgestellt S. 16, Ermessensleistungen im SGB VIII nur eine untergeordnete Bedeutung haben.

143 Vgl. noch einmal die Fn. Nr. 80 mit umfangreichen Quellenangaben aus Literatur und Rechtsprechung.

Übersicht: Zusammenspiel von Leistungs- und Leistungserbringungsrecht in der Jugendhilfe

Anwendungsbereich	Rechtsansprüche, die konkretisiert und bewilligt werden müssen	Niedrigschwellige Rechtsansprüche, die konkretisiert werden müssen	Obj. Rechtsverpfl. Ausnahme „harte Ansprüche auf weiche Leistungen“	Obj. Rechtsverpfl. Ausnahme „harte Ansprüche auf weiche Leistungen“
Rechtsgrundlagen der Leistung	§§ 27 ff, 35a, 41, 19 SGB VIII	§§ 27, 28 und 27 Abs. 2 SGB VIII	§§ 11, 13, 16 SGB VIII §§ 17, 18 SGB VIII	§§ 11, 13, 16 SGB VIII §§ 17, 18 SGB VIII
Konkretisierung	ja	ja	nein	nein
Bewilligungsvorbehalt	ja	nein	nein	nein
Finanzierungstyp	Entgeltfinanzierung	Entgeltfinanzierung bei unmittelbarer Inanspruchnahme	Zuwendungsfinanzierung	Gegenseitige Leistungsverträge
Rechtsgrundlagen der Finanzierung	§§ 77, 78a ff. SGB VIII	§ 77, 36a Abs. 2 SGB VIII	§ 74 SGB VIII	nicht ausdrücklich; (79 SGB VIII, Art. 28 Abs. 2 GG)
Abstrakte Angebotssteuerung	nein	nein	ja	ja
Gegenseitiger Vertrag zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer	nein	nein	nein	ja
Pauschalierte Abrechnung möglich	nein	ja	ja	ja
Dienstleistungskonzession	ja	ja	nein	nein
Anwendbarkeit der BHO/LHO	nein	nein	ja	nein
Wirtschaftliches Risiko beim Leistungsträger	ja	ja	nein	nein
Wirtschaftliches Risiko beim Leistungsträger	nein	nein	ja	ja
Anwendbarkeit des Vergaberechts	nein	nein	fraglich	ja

32

eine eigene Aufgabe des Leistungserbringers werden.

Gegenseitige Leistungsverträge verpflichten nun zwar den Leistungsträger nach der Seite der Leistung, aber nur in abstrakter Gestalt zuvor typisierter Hilfearten, eben von *Leistungskontingenten*¹⁴⁵. Auch hier würde also dem Erfordernis

145 Ebenso Münder, FK-SGB VIII, Vor §§ 69-71, Rn. 28.

einer Einzelfallentscheidung nicht genüge getan.

Diesen Widerspruch – nun nach der anderen Seite – aufzuheben, wäre nur möglich durch die Inkorporation der leistungserbringenden freien Trägers in den Behördenaufbau des öffentlichen Trägers: Dann müsste der freie Träger per Zuwendungsverwaltungsakt oder Leistungsvertrag dazu

verpflichtet werden, bzw. sich dazu verpflichten, Erfüllungsgehilfe des öffentlichen Trägers zu sein, im Ergebnis also rechtlich als bloße Verwaltungseinheit des öffentlichen Trägers behandelt zu werden.

Abgesehen davon, dass der öffentliche Träger die Rechtsmacht zu solcher Unterordnung mangels Ermächtigungsgrundlage nicht hat und sich die freien Träger kaum vertraglich zu Verwaltungseinheiten der öffentlichen Träger machen werden, ist festzuhalten: Eine Abkehr vom Dreiecksverhältnis durch dessen Ersatz durch Zuwendungsfinanzierung oder Gegenseitige Leistungsverträge führt zu absurden Ergebnissen.

b) Leistungserbringungsrechtliche Konsequenzen des sozialpädagogischen Inhalts des Rechtsanspruchs

Wenn der öffentliche Träger *leistungsrechtlich* dazu verpflichtet ist, eine sozialpädagogisch geleitete Rechtsentscheidung zu treffen, dann kommt gerade darin ein Bezug auf den Leistungsberechtigten zum Ausdruck, der ihn als Subjekt, als Herr seiner Lebensverhältnisse ernst nimmt und seine Lebenswelt wie seinen freien Willen respektiert, indem die Hilfeleistung von eben diesem freien Willen abhängig gemacht wird. Dies kommt im Verbot aufgedrängter Hilfe zum Ausdruck¹⁴⁶, welches erst durch das Vorliegen einer Kindeswohlgefährdung gem. § 1666 BGB überwunden wird. Berücksichtigt man nun, in welcher schwierigen Lebensverhältnissen die Betroffenen leben, die Ansprüche auf Hilfe zur Erziehung haben, dann wird klar, dass eine solche Subjektorientierung nur funktionieren kann, wenn die Hilfe für die Betroffenen wirklich *Angebotscharakter* hat. Dann bedarf es eines Wunsch- und Wahlrechtes der Betroffenen, das es ihnen erlaubt, die Hilfe ihrem Inhalt nach mitzugestalten und insbesondere auch den leistungserbringenden freien Träger auszuwählen. Damit es überhaupt etwas auszuwählen und mitzugestalten gibt, müssen also mehrere Träger mit unterschiedlichen Wertorientierungen und vielfältige Inhalte, Methoden und Arbeitsformen (§ 3 Abs. 1 SGB VIII) existieren und zwar getrennt von den öffentlichen Trägern und unter Achtung der Selbständigkeit der freien Träger (§ 4 SGB VIII).

Der öffentliche Träger soll das Leistungsgeschehen zwar verantworten und finanzieren, aber er soll – auch wegen der Effektivität der Hilfe – von eigenen Maßnahmen absehen, wenn die freie Jugendhilfe ein ausreichendes Angebot bereitstellen kann.

Wenn dies alles die *leistungsrechtlichen Erfordernisse* einer sozialpädagogisch geleiteten Rechtsentscheidung sind, dann muss das *Leistungserbringungsrecht* zu diesen Erfordernissen passen, es muss ihnen dienen, also ihnen *angemessen* sein. Und diese Angemessenheit kann weder durch eine Zuwendungsfinanzierung

noch durch gegenseitige Leitungsverträge hergestellt werden. Diese Angemessenheit verlangt nämlich nichts geringeres, als eine unabhängige Landschaft freier Träger, deren jugendhilfepolitisches und wirtschaftliches Interesse darauf gerichtet sein muss, Hilfe zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit (§ 1 Abs. 1 SGB VIII) und einer diese Zwecke verfolgenden Erziehung anzubieten. Diese *Betroffenenorientierung* muss *ihr Mittel* sein. Und das Mittel des öffentlichen Trägers, ein solches Angebot in Ausführung seiner Gesamtverantwortung bereitzustellen, ist ein jugendhilferechtlich kontrollierter Markt von Leistungserbringern, wobei die Kontrolle zum einen über die Einrichtungsüberwachung der §§ 43 ff. SGB VIII und zum anderen – einzelfallorientiert – über das Hilfeplanverfahren ausgeübt wird.

c) Leistungserbringungsrechtliche Konsequenzen objektiver Rechtsverpflichtungen

Die objektiven Rechtsverpflichtungen der §§ 11, 13, 16 SGB VIII weisen leistungrechtlich keine prozessuale Garantie ihrer Geltung auf: hier kann der Bürger *leistungsrechtlich* mangels subjektiven Rechts – sieht man von der Abwehr grober Verletzungen des Willkürverbotes und des Gleichbehandlungsgrundsatzes ab – nichts verlangen; folglich darf sich der öffentliche Jugendhilfeträger *leistungserbringungsrechtlich* darauf beschränken, die freien Träger zu fördern, die seine Vorstellungen von offenen Angeboten erfüllen. Er darf mit ihnen auch, wie oben gezeigt wurde, gegenseitige Leistungsverträge schließen.

Auch hier muss er freilich die Partizipationsrechte der Adressaten der Hilfe – Wunsch- und Wahlrecht, Plurales Angebot, Institutionelle Subsidiarität – achten, die hier durchaus auch fachliches Gebot der Hilfe sind. Niedrigschwelligkeit, Selbsthilfe, teilweise Anonymität, Unverbindlichkeit, Alltagsorientierung, und dies alles ohne weitere formale Voraussetzungen – dies sind die Anforderungen offener Angebote an das Leistungserbringungsrecht. Sie werden von ihm durch die Ermöglichung der tatsächlichen Inanspruchnahme im Wege der Zuwendungsfinanzierung und der gegenseitigen Leistungsverträge umgesetzt.¹⁴⁷

Klar ist dann allerdings auch, dass die interessierten Träger sachgerecht und gleich zu behandeln sind, wofür im Bereich der Zuwendungsfinanzierung die Ermessensleitlinien und -grenzen des § 74 Abs. 1, 2 SGB VIII sorgen und im Bereich gegenseitiger Verträge die oben analog entwickelten Grundsätze sowie – bei Überschreitung der Schwellwerte – das Vergaberecht.

2. Das Primat des Rechts im Leistungs- und Leistungserbringungsrecht der Jugendhilfe als Gehalt des § 79 SGB VIII

Oben wurde unter: C.I.5 nachgewiesen, dass die Ge-

146 BVerfGE 22, 180-220 (S. 219).

147 Vgl. oben S. 24 und S. 26.

währung von Rechtsansprüchen dem Steuerungsprimat des Rechts im Jugendhilferecht entspricht. Dieses folgte aus der Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes (Art. 1 Abs. 1 GG), dem aus Art. 2 Abs. 1, 6 Abs. 2 und 20 Abs. 3 GG folgenden Bedarfsdeckungsgrundsatz und aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz des Art. 20 Abs. 3 GG in Bezug auf die Vermeidung von Eingriffen bei Kindeswohlgefährdungen. Es zeigte sich nun, dass dieses Steuerungsprimat des Rechts auch für das Leistungserbringungsrecht gilt. Es ist akzessorisch im Verhältnis zum Leistungsrecht; es folgt den Notwendigkeiten des Leistungsrechts als sein Diener.

Jedenfalls ist dies das gesetzliche Programm des SGB VIII. Es sind seine Strukturprinzipien, an denen sich ein Reformprogramm messen lassen muss. Verstößt es gegen eines dieser Strukturprinzipien, so ist damit zugleich die Gesamt- und Gewährleistungsverantwortung des § 79 SGB VIII verletzt.

34

IV. Der Grundrechtsschutz der freien Träger und das Scheitern bisheriger sozialräumlicher Steuerungsmodelle in der Jugendhilfe

Bislang haben wir Leistung und Leistungserbringungsrecht betrachtet unter der Fragestellung, inwiefern zwingende gesetzliche Anforderungen bestehen, um letztlich den Bedarf der Leistungsberechtigten zu sichern. Nun ist eine weitere Fragestellung zu ergänzen, die allerdings den bisherigen Versuchen, sozialräumliche Steuerungen in der Jugendhilfe zu etablieren, zum Verhängnis geworden ist: können die leistungserbringenden freien Träger selbst gegen sozialraumorientierte Steuerungsmodelle vorgehen, oder ist nur der Weg über die Leistungsansprüche der Berechtigten gangbar?

Voraussetzung hierfür wäre, dass die freien (und privatgewerblichen) Träger ein subjektiv-öffentliches Recht vorweisen können; denn das benötigen sie, um beim Verwaltungsgericht klagebefugt zu sein.

Ein solches subjektiv-öffentliches Recht folgt in Fällen, in denen es dem Kläger um die Abwehr einer (auch mittelbaren) Belastung geht, aus den Grundrechten. Ins Auge springt Art. 12 GG, die Berufsfreiheit.

1. Grundrechtsschutz der freien Träger: Die Berufsausübungsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG

a) Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts umfasst der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG jede auf Dauer angelegte und auf Erwerb gerichtete Tätigkeit. Dieser Schutzbereich umfasst auch die Tätigkeit frei-gemeinnütziger Träger, die keine Gewinnerzielungsabsicht aufweisen¹⁴⁸ Dies gilt gem. § 19 Abs. 3 GG auch für Ver-

148 BVerfG, Beschluss vom 07.11.2001 Az. 1 BvR 325/94 u.a = NJW 2002, 2091; Beschluss vom 04.03.2004, Az. 1 BvR 88/00 = NJW 2004, 1648-1650;

eine, sofern die Führung eines Geschäftsbereichs zu seinen satzungsmäßigen Zwecken gehört.¹⁴⁹

Auch das Bundesverwaltungsgericht ist von der Anwendbarkeit des Art. 12 Abs. 1 GG auf einen als gemeinnützig anerkannten Verein mit der Begründung ausgegangen, dass ein solcher Verein zwar nicht mit Gewinnerzielungsabsicht betrieben werden dürfe, dieses jedoch nichts daran ändere, dass dieser geschäftsmäßig betrieben werde und kostendeckend arbeiten solle, so dass bei ihm der für Art. 12 Abs. 1 GG erforderliche ökonomische Grundbezug nicht fehle.¹⁵⁰

Zu der sich ankündigenden Rechtsprechung des BVerfG meinte Neumann im Jahre 1991:

„Das BVerfG hat auf die Verfassungsbeschwerde freier Krankenhausträger hin die Krankenhaus-Buchführungsverordnung als zulässige Berufsausübungsregelung eingeordnet und damit zu erkennen gegeben, daß es ebenfalls von der Anwendbarkeit des Art. 12 GG auf gemeinnützige Unternehmen ausgeht. Auch eine Tätigkeit, die nur auf die Erwirtschaftung der Selbstkosten angelegt ist, muß vorgegebene Aufgaben mit dem geringstmöglichen Einsatz an Mitteln erreichen und ist ‚wirtschaftlich sinnvoll‘. Der Betrieb sozialer Einrichtungen dient neben der Erfüllung des sozialen Zwecks auch der Schaffung und Erhaltung ihrer Lebensgrundlagen. Die Absicht der Gewinnerzielung kann schon deshalb kein Merkmal des Berufsbegriffs sein, weil jeder Gewinnverzicht eine vorweggenommene Gewinnverwendung ist und das Kriterium keinen Maßstab anzugeben vermag, bei welchem Grad des Gewinnverzichts das Grundrecht anzuwenden ist oder nicht.“¹⁵¹

Damit dürfte der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG zumindest die professionelle Tätigkeit freien Träger und privat-gewerblichen Träger vollständig erfassen.

b) Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 GG

Nach der Rechtsprechung des BVerfG und des BVerwG setzt ein Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit nicht notwendig voraus, dass eine Beeinträchtigung der Berufsausübung *bezweckt* ist. Ein Eingriff liegt vielmehr schon dann vor, wenn das betreffende hoheitliche Handeln aufgrund seiner tatsächlichen Auswirkungen die Berufsfreiheit lediglich mittelbar beeinträchtigt und *eine deutlich erkennbare berufsregelnde Tendenz oder eine voraussehbare und in Kauf genommene schwerwiegende Beeinträchtigung der beruflichen Betätigungsfreiheit zur Folge hat*.¹⁵²

offen gelassen im Beschluss vom 17.10.2007, Az. 2 BvR 1095/05=DVB1. 2007, 1555 (1559), da es hierauf nicht ankam.

149 BVerfG, NJW 2002, 2091.

150 BVerwGE 95, 15, 20.

151 Neumann, Freiheitsgefährdung S. 12.

152 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 17.08.2004, Az. 1 BvR 378/00 = NJW 2005, 273, 274; Beschluss vom 12.10.1977, Az. 1 BvR 217 u. 216/75 = BVerfGE 46, 120, 137; Beschluss vom 12.06.1990, Az. 1 BvR 355/86 = BVerfGE 82, 209,

Vor Konkurrenz schützt Art. 12 GG damit nicht und vermittelt auch keinen Anspruch auf Sicherung einer wirtschaftlich ungefährdeten Tätigkeit, da die Wettbewerbsposition und die Erträge grundsätzlich dem Risiko laufender Veränderung je nach den Marktverhältnissen unterliegen. Eine Wettbewerbsveränderung durch eine einzelne staatliche Maßnahme, die erhebliche Konkurrenz Nachteile zur Folge hat, kann aber das Grundrecht der Berufsfreiheit dann beeinträchtigen, wenn sie im Zusammenhang mit staatlicher Planung, der Verteilung staatlicher Mittel oder einer bestimmten Wahrnehmung von Aufgaben der staatlichen Leistungsverwaltung steht. Davon muss insbesondere dann ausgegangen werden, wenn durch staatliches Handeln der Wettbewerb beeinflusst wird und die Konkurrenten erheblich benachteiligt werden.¹⁵³

Damit dürften alle planenden und insoweit den Wettbewerb verändernden Tätigkeiten, die die öffentlichen Träger gegenüber den freien und privatgewerblichen Trägern auf dem Gebiet des Leistungserbringungsrechts entfalten, einen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG darstellen; dies jedenfalls dann, wenn sie eine gewisse Schwere der Beeinträchtigung überschreiten. Hervorzuheben ist, dass für den Grundrechtseingriff nach der Rechtsprechung von BVerfG und BVerwG kein förmliches und zielgerichtetes Verwaltungshandeln verlangt wird, sondern ein schlicht-hoheitliches Handeln ausreicht. Die faktische Beeinträchtigung im genannten Schweregrad reicht demnach aus.

c) Schrankensystematik des Art. 12 GG

Nach Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG gilt ein förmlicher Gesetzesvorbehalt; danach bedarf es eines Gesetzes, das Umfang und Grenzen des Grundrechtseingriffs deutlich erkennen lässt, um ihn legitimieren können¹⁵⁴.

Solche einschränkenden Gesetze liegen für den Bereich der Jugendhilfe vor für die Förderungsfinanzierung in § 74 SGB VIII, für die Entgeltfinanzierung in den §§ 77, 78a ff. SGB VIII und für die gegenseitige Leistungsverträge in § 79 SGB VIII i.V.m. Art. 28 Abs. 2 GG.

Darüber hinaus müssten etwaige Eingriffe durch „vorrangige Gemeinwohlbelange“¹⁵⁵ gerechtfertigt und der

(223f); BVerwG, Urteil vom 13.05.2004, Az. 3 C 45.03; BVerwGE 121, 23, 27; Urteil vom 17.01.1991, Az. 1 C 5.88 = BVerwGE 89, 281, 283. Diese Rechtsprechung hat sich zur sog. „Krankenhausbedarfsplanung“ entwickelt und dürfte – sozusagen „erst recht“ – auf den Bereich der Planungs- und Gesamtverantwortung im Bereich der Jugendhilfe zu übertragen sein, der erheblich weniger durchnormiert ist. In diesem Sinne haben jedenfalls die Verwaltungsgerichte für die sozialraumorientierten Steuerungsmodelle geurteilt.

153 Vgl. die vorige FN

154 BVerfGE 82, 209, (224); BVerwGE 89, 281, (285).

155 BVerfGE 93, 362 (369) und BVerfG, NJW 2004, 273; vgl. hierzu auch BVerwG, Urteil vom 21.01.2010, Az. 5 CN 1/09, Buchholz 436.511 § 74a KJHG/SGB VIII Nr 1: „Bei der Ausfüllung und Anwendung des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) sind die Strukturentscheidung des Jugendhilferechts

Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet werden.¹⁵⁶

Diese Anforderungen und der Grundsatz, dass rechtswidriges Verwaltungshandeln nicht Ausdruck der Grundrechtsschranken sein kann, führen im Ergebnis zu einer objektivrechtlichen Prüfung der Rechtmäßigkeit eines etwaigen Eingriffs in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG und nicht nur zu einer Überprüfung der möglichen Verletzung der subjektiven Rechte freier Träger. Art. 12 GG ist also nur die „Eintrittskarte“ in die Überprüfung der jeweiligen hoheitlichen Maßnahmen; im „Theater“ einer gerichtlichen Auseinandersetzung ist dann die gesamte hoheitliche Maßnahme am Maßstab des objektiven Rechts vorzunehmen.

Für sozialräumliche Steuerungsmodelle im Bereich der Rechtsanspruchsleistungen liegen solche Gesetze nicht vor.

2. Sozialräumliche Steuerungsmodelle seit dem Jahr 2000

Dies ist der konstruktive Grund, weshalb keines der bislang eingeführten sozialräumlichen Steuerungsmodelle Bestand vor einem Verwaltungsgericht hatte¹⁵⁷. Es ist allerdings zu bemerken, dass gleichwohl eine ganze Reihe von Kommunen sozialräumlichen Steuerungen praktizieren; es ist zu konstatieren, dass in den Kommunen, die solche Reformmodelle eingeführt haben, die Neigung der Freien Träger, sich gerichtlich dagegen zur Wehr zu setzen eher gering war.

Die freien Träger erhoffen sich nämlich durch den Abschluss von Leistungsverträgen auch im Bereich der Rechtsanspruchsleistungen Planungssicherheit, auch dann, wenn sie diese nur bei gedeckelten Gesamtkosten erlangen können und auch nur auf die Gefahr hin, bei konstruktiver Teilnahme selbst aus dem Markt geworfen zu werden.

Allen diesen Modellen ist gemein, dass das fachliche Konzept der Sozialraumorientierung mit einem Budgetierungsmodell sowie einer Privilegierung ausgewählter freier Träger („Sozialraumträger“) bei der Mittelvergabe verbunden ist. Dieses vor allem von *Hinte* geprägte Steuerungsmodell¹⁵⁸ hält die gegenwärtige Steuerungspraxis (Steuerung über Hilfeplan-

für ein plurales, bedarfsgerechtes Leistungsangebot und das Wunsch- und Wahlrecht der Eltern zu beachten.“ Das ist überzeugend: das einfache Recht wird zur Ausgestaltung einer grundgesetzlichen Wertung herangezogen.

156 BVerfGE 93, 362 (369) und BVerfG, NJW 2004, 273.

157 Literatur hierzu: Münder, FK-SGB VIII, Vor § 69-71, Rn. 24 ff., ders. ZfJ 2005, S. 89 ff.; ders.: JAmt 2005, S. 161 ff.; Wiesner, SGB VIII, vor § 78 a, Rn. 15 ff. Stähr, Juristische Grundlagen der Sozialraumorientierung, Banafsche, ZKJ 2010, 227; Gerlach/Hinrichs, 2010, ZKJ 344-351. Zur Vorform der sog. Kontingentvereinbarung in Hamburg: Krölls, NDV 2000, 56-59; ders. NDV 2000, 209-217, Apitzsch, NDV 2000, 206-209.

158 Hinte (et al), Soziale Dienste: Vom Fall zum Feld, 1999. Das von Hinte propagierte Modell ist inzwischen nach dessen eigenen Angaben in über 50 Städten und Kreisen in unterschiedlichen Varianten und Ausprägungen eingeführt worden und damit zu einem faktisch relevanten Steuerungsmodell in der Kinder- und Jugendhilfe geworden.

verfahren, Wunsch- und Wahlrecht sowie rechtliches Dreiecksverhältnis) im Bereich der Hilfe zur Erziehung für ineffektiv und ineffizient. Freie Träger würden dafür „belohnt“, Fälle zu kreieren. Nicht Fallvermeidung, sondern die Schaffung möglichst vieler, kostenintensiver und lange wärender Hilfebedarfe sei die notwendige Folge dieses auf Einzelfallhilfen zentrierten Steuerungssystems. Zur Lösung wird ein Steuerungsmodell angeboten, welches – losgelöst vom Einzelfall – den Ausbau präventiver Hilfen (niedrigschwellige Beratungsangebote, Hausaufgabenhilfe, Ausbau nachbarschaftlicher Hilfe, Vereinnahmung kirchlicher Angebote, Vernetzung entsprechender Hilfsangebote, etc.) fördern soll. Zu diesem Zweck müsse es gelingen, ausgewählte, im Sozialraum aktive Träger zu gewinnen, die neben der bisherigen Aufgabe, Einzelfallhilfen zu leisten, die entsprechenden fallunabhängigen Angebote schaffen und erhalten.

Mit ausgewählten Sozialraumträgern wurden Vereinbarungen über die Aufgabenwahrnehmung getroffen, die den Sozialraumträgern die Aufgabe zuweisen, einerseits präventive, fallunabhängige Arbeit zu leisten und andererseits den Sozialraum mit (ambulanten und teilstationären) Einzelfallhilfen zu „versorgen“. Die ausgewählten Sozialraumträger erhalten also konkrete Geldsummen (Budgets) um daraus die vorgenannten Aufgaben zu erfüllen.

3. Sozialraumorientierte Steuerungsmodelle in der Rechtsprechung zwischen 2004 und 2011

In einem Teil der betroffenen Kommunen und Landkreise haben konkurrierende freie Träger, welche nicht zu den ausgewählten Sozialraumträgern gehörten, gegen dieses Steuerungsmodell geklagt. Im Folgenden sollen kurz die Verfahren benannt und die wesentlichen Eckpunkte bezeichnet werden.

a) Hamburg

aa) Konzeptionelle Eckpunkte

- Budgetierung von 80% der ambulanten Hilfe zur Erziehung
- „Interessenbekundungsverfahren“ wurden durchgeführt
- Abschluss „regionaler Versorgungsverträge“ auf Basis einer „vorweggenommenen Entgeltfinanzierung nach § 77 SGB VIII“

bb) Rechtsprechung

- VG Hamburg, Az. 13 E 2873/04 vom 05.08.2004¹⁵⁹
- OVG Hamburg, Az. 4 Bs 388/04 vom 10.11.2004¹⁶⁰

159 ZFSH/SGB 2004, 618 ff. = ZfJ 2005, 111-113; hierzu: Hinrichs/Meier, ZFSH/SGB 2004, 595-597, Hinweise, ZFSH/SGB 2005, 77-78; Hinrichs, Meier, ZFSH/SGB 2005, 336-338.

160 ZfJ 2005, 118-121.

cc) Juristische Eckpunkte der Entscheidungen

- Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG bezieht sich auch auf freie Träger
- Konzept der Sozialraumorientierung ist nach den bestehenden Vorschriften im Rahmen der offenen Angebote zu verfolgen und fachlich wünschenswert
- Weder § 74, § 77 noch § 79 SGB VIII reichen als Rechtsgrundlage für die Vereinbarung von Budgets im Rechtsanspruchsbereich aus.
- Unterlassung des Vollzugs der „Regionalen Versorgungsverträge“

b) Kreis Steinfurt

aa) Konzeptionelle Eckpunkte

- Ausschreibung aller Leistungen der SPFH gem. §§ 27, 31 SGB VIII

bb) Rechtsprechung

Verwaltungsgerichte:

- VG Münster, Beschluss vom 18.08.2004, Az. 9 L 970/04¹⁶¹
 - OVG Münster, Beschluss vom 18.05.2005, Az. 12 B 1931/04¹⁶²
- Vergabekammern:
- VK Düsseldorf, Beschluss vom 02.07.2004, Az. VK 13/04¹⁶³
 - OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.09.2004, Az. VII Verg 44/04¹⁶⁴

cc) Juristische Eckpunkte der Entscheidungen

- Abwehrenspruch – und damit subjektiv-öffentliches Recht – ist § 77 SGB VIII, der einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung gewährt
- Pluralitätsgebot des § 3 Abs. 1 SGB VIII führt zu der grundsätzlichen Verpflichtung des öffentlichen Trägers, Jugendhilfeaufgaben mit möglichst vielen freien Trägern der Jugendhilfe zu gewährleisten, die unterschiedliche Wertorientierungen repräsentieren.
- § 77 SGB VIII bietet für die Vergabe zukünftiger Leistungen keine gesetzliche Grundlage.
- Andere Auffassung: die Vergabekammern, die keinen Eingriff in ein subjektiv-öffentliches Recht gesehen und einen Beschaffungsvertrag angenommen haben.
- Maßgebend hierfür: Beschaffung liege vor, wenn das wirtschaftliche Risiko nach der Vergabe nicht mehr beim Leistungserbringer liege; wenn doch, dann liege Dienstleistungskonzession vor.
- Verbot der Durchführung von Vergabeverfahren bei Jugendhilfeleistungen im Rechtsanspruchsbereich

161 JAmt 2005, 44-47 = RsDE 58 (2005), 100.

162 ZfJ 2005, 484-485.

163 Unveröffentlicht.

164 RsDE Nr 59 (2005), 81-86.

reich (hier: SPFH nach §§ 27, 31 SGB VIII)

c) Berlin

aa) Konzeptionelle Eckpunkte

- Durchführung eines „Interessenbekundungsverfahrens“
- Zuweisung von 80% der ambulanten und teilstationären Hilfen gem. §§ 27, 29-31, 32 S. 1, 35, 35a, 41 SGB VIII bzw. Fälle an freie Träger, die zuvor als Sozialraumträger ausgewählt wurden.
- Budgets sollen angeblich bloß „virtuell“ wirken

bb) Rechtsprechung

- VG Berlin, Az. 18 A 404/04 vom 19.10.2004¹⁶⁵
- OVG Berlin, Az.6 S 415/04 vom 04.04.2005¹⁶⁶

cc) Juristische Eckpunkte der Entscheidungen

- Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG bezieht sich auch auf freie Träger
- Weder § 17 SGB I, noch die §§ 36, 74, 77, 79 oder 80 SGB VIII reichen als Rechtsgrundlage für die Vereinbarung von Budgets im Rechtsanspruchsbereich aus.
- Einzelfallentscheidung steht einer Kontingentierung entgegen.
- „Interessenbekundungsverfahren“ schließt die Verletzung der Grundrechte der übergangenen Träger nicht aus.
- Art. 12 Abs. 1 GG ist im Bereich der Rechtsanspruchsleistungen kaum einzuschränken.
- Öffentlicher Träger darf Ansprüche nach §§ 27, 35a, 41 SGB VIII nicht wegen Erschöpfung der hierfür zur Verfügung stehender Mittel ablehnen.
- „Virtuelle Budgets“ wirken faktisch auf Verfügungspraxis

d) Landkreis Lüneburg

aa) Konzeptionelle Eckpunkte

- Keine Durchführung eines „Interessenbekundungsverfahrens“
- Budgetierung von 62-67% der ambulanten Hilfe zur Erziehung gem. §§ 29-31, 35 und 35a SGB VIII
- Gründung eines Projektteams bei ausschließlicher Verantwortlichkeit eines Trägers pro Region
- Verweis auf bestehendes Wunsch- und Wahlrecht, falls Berechtigte nicht bereit wären, die Angebote aus dem Sozialraum anzunehmen.

bb) Rechtsprechung

- VG Lüneburg, Beschluss vom 20.12.2005, Az. 4 B 50/05¹⁶⁷
- OVG Lüneburg, Beschluss vom 13.03.2006, Az. 4 ME

165 ZfJ 2005, 114-117.

166 RsDE 63 (2006), 67-74.

167 Unveröffentlicht.

1/06¹⁶⁸

cc) Juristische Eckpunkte der Entscheidungen

- Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG bezieht sich auch auf freie Träger
- Weder § 79 noch § 80 SGB VIII reichen als Rechtsgrundlage für die Vereinbarung von Budgets im Rechtsanspruchsbereich aus.
- Vorzeichnung der konkreten Entscheidung der Projektraumträger
- Wunsch- und Wahlrecht auch dann verletzt, wenn nur die sozialräumliche Praxis besteht.
- Verbot, entsprechende Verträge abzuschließen

e) Landkreis Osnabrück

aa) Konzeptionelle Eckpunkte

- Durchführung eines Interessenbekundungsverfahrens
- Aufteilung in Sozialräume, Bildung eines Gesamtbudgets, das in seiner Höhe den bisherigen Ausgaben der ambulanten Hilfen mit mehreren Unterbudgets
- Budgets sollen angeblich bloß „virtuell“ wirken

bb) Rechtsprechung

- VG Osnabrück, Az. 4 B 13/09 u.a. vom 13.11.2009¹⁶⁹
- OVG Lüneburg, Az. 4 ME 306/09 vom 24.08.2010¹⁷⁰
- VG Osnabrück, Urteil vom 20.01.2011, Az. 4 A 102/09¹⁷¹

cc) Juristische Eckpunkte der Entscheidungen

- Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG bezieht sich auch auf freie Träger
- Wunsch- und Wahlrecht auch dann verletzt, wenn nur die sozialräumliche Praxis besteht.
- „Virtuelle Budgets“ wirken faktisch auf Verfügungspraxis

4. Ertrag bisheriger Versuche, sozialräumliche Angebote als Ersatz für rechtsanspruchsgesicherte Leistungen einzuführen

a) Inhalt und Logik der Entscheidungen

In sämtlichen Verfahren, die eine sozialräumliche Steuerung durch die Gewährung pauschaler Budgets vorsahen, ist den Gerichten die Nutzung der Geldflüsse im Sozialraum zur Gewährung von Rechtsansprüchen, die einer einzelfallbezogenen

168 NVwZ-RR 2006, 618.

169 Sozialrecht aktuell 2010, 26-31 mit Anm. von Gerlach/Hinrichs.

170 JAmt 2011, 102-106 = NVwZ-RR 2010, 850-853; hierzu: Gerlach/Hinrichs, 2010, ZKJ 344-351, sowie Münder, JAmt 2011, 69-71.

171 Hauptsacheverfahren, unveröffentlicht; der stattgegebenen Klage ist der Landkreis Osnabrück mit dem Antrag auf Zulassung der Berufung entgegengetreten. Beide Seiten sind entschlossen, eine Grundsatzentscheidung beim BVerwG herbeizuführen.

Konkretisierung und einer Berücksichtigung des Wunsch- und Wahlrechts der Berechtigten bedürfen, als eine unzulässige fiskalische Steuerung, mithin als ein Widerspruch zur Gewährung eines Rechtsanspruchs erschienen. Von daher ist es folgerichtig, dass bisher kein einziges Sozialraum-Finanzierungsmodell vor der Rechtsprechung Bestand hatte.

Die Verwaltungsgerichte begründen ihre Entscheidungen zwar jeweils unterschiedlich. Zusammenfassend lässt sich jedoch hinsichtlich der Logik und des Inhalts der Entscheidungen das Folgende festhalten:

- Freie Träger können sich auf das Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 berufen.
- Durch sozialraumorientierte Steuerungsmodelle wird faktisch in den Schutzbereich dieses Grundrechts erheblich und damit grundrechtlich relevant eingegriffen.
- Eingriffe dieser Art bedürfen eines Gesetzes.
 - Ein solches Gesetz liegt nicht vor.
 - Ein solches Gesetz müsste die Strukturprinzipien des SGB VIII als „vorrangige Gemeinwohlbelange“¹⁷² berücksichtigen.
 - Solche Überlegungen sind nicht ersichtlich. Die Strukturentscheidungen des SGB VIII sind:
 - Wunsch- und Wahlrecht
 - Trägerpluralität,
 - Institutionelle Subsidiarität,
 - Partizipation
 - bei „erzieherischem Bedarf“:
 - . Rechtsanspruch auf Hilfe
 - . lebensweltorientierten Einzelfallentscheidung
 - . Absicherung durch Hilfeplanverfahren
 - . Dreiecksverhältnis zur Finanzierung
 - . von Rechtsansprüchen
 - Die Befürworter einer Sozialraumorientierung, die im Rechtsanspruchsbereich andere Finanzierungsformen fordern, als das die Strukturprinzipien absichernde Dreiecksverhältnis, greifen diese Strukturprinzipien des SGB VIII an, vertreten also keine „vorrangigen Gemeinwohlbelange“, sondern argumentieren fiskalisch.
 - Damit fehlt eine Rechtfertigung für den Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG, sodass eine Verletzung des Grundrechts vorliegt. (Rechtfertigung auch in Zukunft nicht ersichtlich, da der Kern der Argumentation nicht eine verbesserte Leistung und Leistungserbringung, sondern die fiskalischen Nöte der Kommunen sind.)
 - Liegt eine Grundrechtsverletzung vor, besteht ein Anspruch auf Unterlassen gegenüber einem öffentlichen Träger, der das sozialräumliche Steuerungsmodell gleichwohl praktizieren will.

Der Verfasser hat den Inhalt und Logik der Entschei-

172 hierzu insbesondere BVerwG, Urteil vom 21.01.2010, Az. 5 CN 1/09, Buchholz 436.511 § 74a KJHG/SGB VIII Nr. 1. (Vgl. auch 154).

dungen ausdrücklich in der Fassung der Grundrechtsprüfung wiedergegeben, die ihren Ausgangspunkt in Art. 12 Abs. 1 GG nimmt, da jeweils die freien Träger die Initiatoren der verwaltungsgerichtlichen Überprüfungen waren. So wird deutlich, wie ihr Grundrechtsschutz als Hebel zur Verteidigung des Rechtsanspruchs bei den Hilfen zur Erziehung in der Jugendhilfe wirkt.

b) Finanzierungsvorbehalt wegen Sparzwangs und „Schuldenbremse“ gem. § 109 Abs. 3 GG?

Ausgangspunkt aller sozialraumorientierten Steuerungsmodelle war stets ein Konsolidierungsdruck bei öffentlichen Jugendhilfeträgern. Gespart wird, nach dem Protagonisten der Sozialraumorientierung *Wolfgang Hinte* „brutal“¹⁷³ und zwar bei allen Ausgaben, weil für sie das „finanziell Ende der Fahnenstange“¹⁷⁴ erreicht sei. Vor diesem Hintergrund entsteht das Bedürfnis, einen Finanzierungsvorbehalt oder eine Rechtsgrundlage für eine Budgetierung in die Entscheidungslogik des SGB VIII hineinzulesen. Mit einem solchen Instrument erscheint dann der als unausweichlich gesetzte Sparkurs als bessere, konstruktivere und effektivere Variante Sozialer Arbeit, als die gesetzlich geforderte fachlich begründete Einzelfallentscheidung, die schon bei der gegenwärtigen Jugendhilfepraxis *faktisch* einem Finanzierungsvorbehalt unterliegt.

Dieser Umstand vermag gleichwohl die *rechtliche* Bewertung der Normaussagen der einschlägigen Normen des SGB VIII nicht zu beeinflussen. Denn es ist daran zu erinnern, dass – rechtlich – fiskalische Überlegungen bei einer Entscheidung über den Hilfebedarf nach § 27 SGB VIII nach gefestigter sozialrechtlicher Auffassung keinen Raum haben¹⁷⁵, also auch keine Ausfüllung des Begriffs der „vorrangigen Gemeinwohlbelangen“¹⁷⁶ sein können.

Wer nun – wie die BASFI¹⁷⁷ – mit Hinweis auf die in das Grundgesetz aufgenommene Schuldenbremse (Art. 109 Abs. 3 GG) einen Finanzierungsvorbehalt im Sozialgesetzbuch finden will, wo er weder nach dem Gesetzeswortlaut, der Intention des Gesetzgebers, der Systematik, noch nach teleologischer Reduktion im Gesetz auffindbar ist, der muss sich die Frage gefallen lassen, wie er sie in das Gesetz hinein bekommen möchte.

Aus Sicht des Verfassers würden hier die Grenzen juristischer Auslegung eindeutig überschritten, wäre

173 Hinte, FoE, 2010, 185 (186).

174 Hinte, ebd.

175 BVerwG, Urteil vom 26.10.1989, Az. 5 C 34.86, in: FEVS 39, 1 = ZfSH/SGB 1990, 148-153: Der Erziehungsanspruch als solcher ist „nicht an finanzielle Mittel gebunden“.

176 BVerwG, Urteil vom 21.01.2010, Az. 5 CN 1/09, Buchholz 436.511 § 74a KJHG/SGB VIII Nr. 1. (Vgl. auch 154).

177 So etwa Jan Pörksen, Staatsrat in der BASFI, 24.11.2011, Was wir wirklich wollen.

eine insoweit verfassungskonforme Auslegung nicht mehr denkbar¹⁷⁸. Und im Übrigen ist der Hinweis auf den Verfassungsrang der Schuldenbremse nicht dazu geeignet, einen Fiskalvorbehalt in die Sozialgesetzgebung hineinzulesen; denn die Sozialgesetze schützen ja selber Rechtsgüter mit Verfassungsrang, im Bereich des Kinder- und Jugendhilferechts sind dies über § 1 SGB VIII die *Rechtsbegriffe* des *Kindeswohls*, der *Förderung einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit der jungen Menschen* sowie der *Schutz von Ehe und Familie*, verfassungsrechtlich einschlägig sind insoweit die Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1, Art. 6 sowie die UN-Kinderrechtskonvention.

Auch die vom Verfassungsgeber bewusst errichtete Trennung von allgemeiner Gesetzgebung (Art. 66 ff. GG) und der Haushaltsgesetzgebung (Art. 110 GG)¹⁷⁹ steht einer unmittelbaren Wirkung der Schuldenbremse auf die einfachen Gesetze entgegen.

Versteht man die Schuldenbremse also in der angesprochenen Engführung, käme man aus Sicht des Verfassers wohl nicht umhin, eine sehr grundsätzliche Verfassungsänderung und weitere umfangreiche gesetzliche Änderungen auf den Weg zu bringen. An der gegenwärtigen Unzulässigkeit des sozialräumlichen Steuerungsmodells in der Jugendhilfe vermag jedenfalls der Hinweis auf Sparzwänge der Kommunen und die Schuldenbremse nichts zu ändern.

c) Ergebnis

Aus den vorliegenden verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen lassen sich folgende Konsequenzen ziehen:

- *Erstens*: De lege lata ist das sozialräumliche Steuerungsmodell, jedenfalls soweit es mit einer Finanzierung von Leistungskontingenten im Rechtsanspruchsbereich einhergeht, mangels einer gesetzlichen Regelung rechtswidrig.
- *Zweitens*: De lege ferenda müsste ein Gesetz, das das sozialräumliche Steuerungsmodell mit einer Finanzierung von Leistungskontingenten erlauben soll, die Hürde eines vorrangigen Gemeinwohlbelangs gegenüber den existierenden Strukturprinzipien der Kinder und Jugendhilfe als Voraussetzung für eine zulässige Einschränkung der Berufsfreiheit der freien Träger nach Art. 12 Abs. 1 GG überwinden.
- *Drittens*: Ein solches Gesetz müsste also zweierlei leisten: zum einen müsste es den Rechtsanspruch auf Hilfe zur Erziehung als Grundlage für die Strukturprinzipien der Kinder- und Jugendhilfe beseitigen; zum anderen müsste es die Berufsfreiheit der freien Träger so einschränken, dass diesen ihr Status als eigenständiger Akteur innerhalb eines Systems

der dualen Jugendhilfe genommen würde¹⁸⁰.

- *Viertens*: Rechtmäßig wäre dies alles also nur mit einem grundsätzlich anderen Verfassungsverständnis von öffentlicher und freier Jugendhilfe und der Subjektstellung der Adressaten¹⁸¹.
- *Fünftens*: Dies setzt möglicherweise eine Verfassungsänderung voraus¹⁸².

Der Verfasser bezweifelt, dass den Verfechtern sozialräumlicher Steuerung die Konsequenzen ihres Programms wirklich bewusst sind.

D. Rechtliche Analyse der „Neuen Hilfen/SHA“

I. Ausgangspunkt: „Neuen Hilfen/SHA“ als „Leistungsrechtsfinanzierungskomplex“

1. Die Perspektive der BASFI: ein berechnender Umgang mit dem Rechtsanspruch auf Hilfe zur Erziehung zur Einsparung von Kosten

In mehreren Konzeptpapieren der Behörde¹⁸³ und in der maßgeblichen Globalrichtlinie ist das Konzept der „Neuen Hilfen/SHA“ bisher vorgestellt und vorangetrieben worden. An prominenter Stelle, nämlich einer Präambel zur neuen Globalrichtlinie findet sich der Satz: *„Rechtsansprüche aus dem SGB VIII bleiben unberührt.“*¹⁸⁴

Ein weiterer expliziter Bezug zu den zu Grunde liegenden rechtlichen Rahmenbedingungen wird nur beiläufig vorgenommen. So heißt es etwa in derselben Globalrichtlinie zu den „Programmleitlinien“ zur Seite des Leistungsrechts eine Seite weiter:

*„Ergänzend zum Programm Sozialräumliche Hilfen und Angebote schaffen die nach dieser Globalrichtlinie geförderten Angebote eine verlässliche Infrastruktur flexibler Unterstützungsmaßnahmen, die in geeigneten Fällen neben oder anstelle von Hilfen zur Erziehung (HzE) zur Verfügung stehen bzw. diese verkürzen.“*¹⁸⁵

Dies verwundert dann durchaus. Denn offenbar sollen die SHA neben oder anstelle von HzE eingesetzt werden, was zumindest eine Überschneidung, wenn nicht gar eine Teilidentität zu diesen Leistungen unterstellt. Und insofern hier eine Modifi-

180 Dies ist von Bernzen, np 2011, 480-484 (482) klar erkannt worden. Er meint, freie Träger in ihrer bisherigen Rolle seien schlicht überflüssig für die neuen Sozialraumkonzepte à la „Neue Hilfen/SHA“.

181 Vgl. die Fürsorgeentscheidung des BVerwGE 1, 159-163. Wiesner hat in np, 2011, 461 bereits die provokante Frage formuliert: „Zurück in den Fürsorgestaat?“.

182 Münder geht in FK-SGB VIII, vor §§ 69-71, Rn. 26 davon aus, dass Art. 12. GG in diesem Sinne nicht weiter einschränkbar ist. Der Verfasser will sich im Rahmen dieses Gutachtens nicht festlegen, teilt aber die Einschätzung, dass Verfassungsfragen dieser Größenordnung berührt werden. Zum Grundrechts- und Statusschutz der freien Träger steht im Übrigen alles Notwendige bereits bei Neumann, Freiheitsgefährdung S. 9 ff. und bei Geis, Soziale Selbsthilfe S. 169 ff.

183 BSG, Neue Hilfen – Inhalt und Gestaltung, sowie BSG, Eckpunkte Neue Hilfen.

184 BASFI, Globalrichtlinie GR J 1/12, S. 1

185 BASFI, Globalrichtlinie GR J 1/12, S. 2

178 Andere Auffassung: Nelissen, Sozialraumorientierung, S. 36 ff.

179 Stern, Staatsrecht Bd. II, S. 1196 ff.

kation von Inhalt und Dauer von HzE angestrebt wird („...anstelle...“, „...verkürzen“), wird hier trotz der anderslautenden Aussage in der Präambel, eine Modifikation von HzE angestrebt. Der Anspruch bleibt also gerade nicht unberührt. In solche Widersprüche gerät, wer etwas anderes tut als er sagt.

Nicht nur an dieser Stelle drängt sich der Eindruck auf, dass die BASFI taktisch argumentiert. Nachdem im Mai 2011 der Rechtsanspruch explizit angetastet, nämlich laut einem Papier der „A-Staatssekretäre“¹⁸⁶ durch einen „Gewährleistungsanspruch“ ersetzt werden sollte¹⁸⁷, folgte ein Papier der BASFI¹⁸⁸, in dem genau diese Absicht bestritten wurde. Es folgte dann ein weiteres Dementi: „Niemand hat oder hatte vor, den individuellen Rechtsanspruch auf Hilfen zur Erziehung abzuschaffen oder auszuhöhlen.“¹⁸⁹

40 Dieses schillernde Verhältnis zum Rechtsanspruch auf Hilfe zur Erziehung findet sich freilich nicht erst in der maßgeblichen Globalrichtlinie. So heißt es Papier „*Neue Hilfe als Alternative zur SPFH*“ zur Seite des Leistungsrechts:

„Der allgemeine Soziale Dienst wird bei der Umsteuerung in die Neuen Hilfen eine zentrale Rolle spielen. **Da es sich bei diesen Hilfen nicht um Hilfen zur Erziehung nach § 27 ff SGB VIII handelt, die Hilfen als Alternative zur SPFH aber sehr wohl über ein hohes Maß an Verbindlichkeit verfügen müssen, wird der ASD bei einer erfolgreichen Umsetzung der Angebote im Rahmen der Neuen Hilfen eine wichtige Rolle spielen.**“¹⁹⁰

Die Behörde geht offenbar davon aus, in den §§ 11, 13 und 16 SGB VIII eine ausreichende Rechtsgrundlage für ein Hilfeangebot zur Verfügung zu haben, welches Hilfen zur Erziehung auch *ersetzen* soll.

Möglicherweise hat man in der Behörde jedoch auch Zweifel daran, ob das Programm vollständig unter die §§ 11, 13 und 16 SGB VIII zu subsumieren ist. So meint beispielsweise Hammer¹⁹¹, es gehe bei dem Projekt um einen Paradigmenwechsel, den er unter anderem mit einer zu geringen Orientierung der §§ 27 ff. SGB VIII am sozialen Umfeld und einer zu starken Fokussierung auf den jeweiligen Einzelfall begründet. Er schlägt insoweit eine Gesetzesänderung vor. Dies unterstellt allerdings, dass die §§ 27 ff. SGB VIII auf das in Angriff genommene Projekt einer Neuausrichtung in der Kinder- und Jugendhilfe auf der Tatbestandsseite anwendbar sind, dass also

eine Regelungsmaterie in Frage steht, die, zumindest in Teilen von den §§ 27 SGB VIII bereits geregelt sind. Hierfür spricht auch, dass er im Folgenden eine Finanzierung über § 36a Abs. 2 SGB VIII vorschlägt, eine Regelung aus deren systematischer Stellung im dritten Unterabschnitt des zweiten Kapitels des SGB VIII folgt, dass sie nur für die Hilfen zur Erziehung nach § 27 SGB VIII sowie die Eingliederungshilfe nach § 35a SGB VIII anwendbar ist.

Zur Seite des Leistungserbringungsrechts heißt es:

„Die Umsetzung der Angebote von Neuen Hilfen durch Träger erfolgt durch eine **Zuwendungsfinanzierung, die Flexibilität für unterschiedliche Modelle der Bezirksämter ermöglicht.**“¹⁹²

„Die Neuen Hilfen werden aus Umschichtungen im Budget der HzE finanziert.“¹⁹³

Hier scheint sich bereits der Kern des angestrebten Zwecks der Reform anzukündigen: nämlich von der Entgeltfinanzierung, wie sie oben unter C. als zwingend für die Organisation von Rechtsansprüchen im Jugendhilferecht entwickelt wurde, wegzukommen hin zur Zuwendungsfinanzierung. Die BASFI will offenbar auf diesem Wege dem Regime des jugendhilferechtlichen Dreiecksverhältnisses des § 77 SGB VIII entkommen. Dieses Dreiecksverhältnis ist nämlich mit seiner Entgeltfinanzierung von Rechtsansprüchen, die sich allein am festgestellten Bedarf des jeweiligen Einzelfalls orientieren¹⁹⁴, eine für die Stadt kostspielige Angelegenheit: sie verschließt sich jeglicher fiskalischen Steuerung. Die Zuwendungsfinanzierung hat demgegenüber für die Stadt den Charme, die „verfügbaren Haushaltsmittel“ ausdrücklich als Ermessensgrenze für eine Zuwendungsentscheidung zu normieren¹⁹⁵.

Der erklärte Zweck des Vorhabens,

„Die sozialräumlichen Angebote sollen die **Fallzahlen der Hilfen zur Erziehung und die Ausgaben für Hilfen zur Erziehung begrenzen**“¹⁹⁶,

um dadurch im Bereich der Sozial- und Familienpolitik zu sparen (eine Begrenzung der Ausgaben bei steigenden Bedarfen läuft auf das gleiche hinaus), soll also erreicht werden durch einen *Umsteuerung in den Bereich der Zuwendungsfinanzierung*.

Vermeintliche oder tatsächliche Sparzwänge stehen damit am Anfang des Reformwerks. Sie bringen einen berechnenden Umgang mit rechtsanspruchsgestützten Leistungen hervor. Der gegenwärtige Senat setzt damit politisch den Kurs des früheren Senats

186 Dies sind die Staatssekretäre der SPD-regierten Bundesländer.

187 A-Staatssekretäre vom 13.05.2011, S. 1, 3. Der Vorschlag stammt aus Hamburg.

188 BASFI, HzE - Konzeptionelle Vorschläge vom 24.08.2011, S. 5

189 Pörksen, 24.11.2012, Was wir wirklich wollen, S. 1

190 BSG, Neue Hilfen – Inhalt und Gestaltung, S. 9 (Hervorhebungen durch den Verf.).

191 Hammer, np 2011, 467-475 (468 f.). Er ist Leiter der Abteilung Kinder- und Jugendhilfe in der BASFI.

192 BSG, Eckpunkte Neue Hilfen, S. 8 (Hervorhebungen durch den Verf.).

193 BSG, Eckpunkte Neue Hilfen, S. 1 (Hervorhebungen durch den Verf.).

194 Vgl. zum Steuerungsprimat des Recht oben S. 20 und S. 33.

195 Vgl. § 74 Abs. 3 SGB VIII sowie die Darstellung oben S. 20 und S. 33.

196 BASFI, Globalrichtlinie GR J 1/12, S. 3 oben.

fort, in der Sozial- und Familienpolitik zu sparen¹⁹⁷. Die Instrumente, die diesen Spareffekt hervorbringen sollen, wurden im Übrigen bereits vom früheren Senat entwickelt: die SHA sind in diesem Sinne nur die umbenannten und konsequent weitergedachten¹⁹⁸ „Neuen Hilfen“ des vormaligen Sozialsenators.

2. Mangel dieser Perspektive im Verhältnis zu den rechtlichen Vorgaben

Die unklare rechtliche Positionierung von Politik und BASFI erklärt sich aus der politisch begründeten Zwecksetzung eines Sparprogramms im Bereich der Sozial- und Familienpolitik. Politische Überlegungen machen sich erst einmal nicht an den rechtlichen Gegebenheiten fest, sondern postulieren Zwecke, die es durchzusetzen gilt. Die Frage der rechtlichen Realisierbarkeit steht nicht am Anfang eines solchen Vorhabens; vielmehr stellt sie sich, sobald das Vorhaben in Angriff genommen wird.

Von daher verwundert es nicht, dass das Reformvorhaben keinen schlüssigen und klaren Bezug zu den rechtlichen Rahmenbedingungen aufweist, geschweige denn von einer rechtlichen Herleitung der Zielsetzungen begleitet wird. In der eher beiläufigen Bezugnahme auf rechtliche Rahmenbedingungen wird aus diesem Grunde auch nicht klar zwischen Rechtsverpflichtungen und Rechtsansprüchen und zwischen Leistungs- und Leistungserbringungsrecht unterschieden; werden sozial- und familienpolitische Inhalte mit haushaltspolitischen Erwägungen verwoben. So entsteht ein Gesamtbild, das oben bereits als „Leistungsrechtsfinanzierungskomplex“ gekennzeichnet wurde, in dem zwar alle rechtlich relevanten Kategorien vorkommen, aber nicht sortiert nach ihrer inneren Ordnung, sondern sortiert nach der politischen Zwecksetzung, eine Verwaltungsreform möglichst ohne größere Widerstände durchzusetzen.

197 Vgl. hierzu die „10 Goldenen Regeln“ zur Priorisierung (Bürgerschafts-Drucks. 19/4548 vom 17.11.2009) von Hamburgs früherem Sozialsenator Dietrich Wersich mit bemerkenswerten Vorschlägen. Stichpunktartig seien herausgegriffen: „4. Umsteuerung in günstigere Hilfen bzw. Leistungsarten, z.B. Ambulantisierung, niedrigschwelligere, weniger kostenintensive Hilfe- und Leistungsformen, die ähnlich wirksam oder im Idealfall sogar wirksamer sind, Einbeziehung von Netzwerken und Nachbarschaften (Integration) statt (Über-)Professionalisierung. (...) 10. Standardabsenkungen, z.B. Verringerung von Personalschlüsseln, Leistungsinhalten und -ansprüchen, Leistungsentgelten, Aufbau von Hürden für die Inanspruchnahme von Leistungen, Steuerungswirkungen über Informationen, Entgelte, Reduktion von Rechtsansprüchen (ggf. Fachministerkonferenzen, Bundsratsinitiativen).“ – Vieles davon findet sich im aktuellen Reformvorhaben wieder.

198 Vgl. hierzu das Böwer-Papier vom 08.03.2011, das zeigt, wie weit man innerhalb der SPD bereits denkt. In diesem Papier wird sehr forsch eine komplette Umstellung der Hamburger Kinder- und Jugendhilfe verlangt, die vollständig ohne Bezug auf geltendes Recht auskommt. Es wird dort beispielweise auch der Vorschlag gemacht, solche Umstellungen ggf. durch landesrechtliche Gesetzesänderungen vorzunehmen, ohne zu reflektieren, dass dies angesichts des Rangverhältnisses zwischen Bundes- und Landesrecht kaum möglich sein dürfte. Unabhängig davon sind in dem Papier viele Punkte enthalten, die die Vorschläge von Wersich (vgl. vorige Fn.) aufgreifen und andererseits Bestandteil des aktuellen Reformvorhabens sind.

Es liegt auf der Hand, dass sich eine rechtliche Beurteilung von diesen im Wesentlichen politisch und administrativ geprägten Zuordnungen und Einschätzungen nicht abhängig machen darf, sondern die Frage nach der Zulässigkeit des Vorhabens im Hinblick auf seine einzelnen Bestandteile zu beantworten hat.

3. Sozialrechtlicher Gesetzesvorbehalt des § 31 SGB I

Eins jedenfalls ist klar: Ein Handeln der Behörde *ohne gesetzliche Grundlage im SGB VIII* auf der Seite des Leistungsrechts dürfte mit Blick auf den sozialrechtlichen Gesetzesvorbehalt des § 31 SGB I nicht vertretbar sein. Denn selbstverständlich unterliegt die FHH als Sozialleistungsträger (§ 27 SGB I) dieser Vorschrift. Auch eine Berufung auf § 79 SGB VIII könnte diese Anforderung, eine gesetzliche Grundlage für die Hilfen und Angebot der „Neuen Hilfen/SHA“ im Leistungsrecht des SGB VIII zu finden, nicht beseitigen. Es gehört eben gerade zum Wesensgehalt des sozialrechtlichen Gesetzesvorbehaltes, ein Verwaltungshandeln, wie es nun von der BASFI vorgenommen wird, an eine gesetzliche Grundlage zu binden: Er greift ein, sobald durch ein Verwaltungshandeln der Rechtskreis des Adressaten dieses Handelns berührt ist.¹⁹⁹ Der sozialrechtliche Gesetzesvorbehalt des § 31 SGB I ist also weiter als der grundgesetzliche Gesetzesvorbehalt des Art. 20 Abs. 3 GG²⁰⁰.

41

II. Analytische Entwicklung einzelner Leistungsbestandteile nach Leistungs- und Leistungserbringungsrecht

Die folgende Prüfung einzelner Leistungsbestandteile der „Neuen Hilfen/SHA“ folgt der Auflistung unterschiedlicher „Handlungsschwerpunkte“ unter Punkt 3 der Globalrichtlinie GR J 1/12²⁰¹. Allerdings ist für die Darstellung der einzelnen Leistungsbestandteile eine andere Reihenfolge gewählt, da sich in rechtlicher Sicht z.T. Gemeinsamkeiten zwischen Bestandteilen ergeben, die in der Globalrichtlinie unter verschiedenen Punkten gefasst sind und umgekehrt auch Unterscheidungen nötig werden innerhalb von Bestandteilen, die in der Globalrichtlinie in einem Punkt zusammengefasst sind.

Jeweils im Anschluss an den Leistungsrechtlichen Teil erfolgen Angaben zu den insoweit zwingenden leistungserbringungsrechtlichen Vorgaben zur Finanzierung der jeweiligen Dienstleistungen.

199 Mrozynski, SGB I, § 31, Rn. 10, 11.

200 Mrozynski, SGB I, § 31, Rn. 11. Zur Reichweite und Bedeutung von § 31 SGB speziell im Bereich der Sozialen Arbeit vgl. auch Maas, Soziale Arbeit als Verwaltungshandeln, S. 21, 22 und Freitag, Vorbehalt des Gesetzes und Soziale Arbeit, ArchSozArb 32 (2001), 99-120.

201 Vgl. BASFI, Globalrichtlinie GR J 1/12 S. 4 ff.

1. Unverbindliche Angebote im Sozialraum und an „Regeleinrichtungen“ (BASFI, Globalrichtlinie GR J 1/12 3.1, 3.2, 3.3, 3.4)
a) Methodische und konzeptionelle Ausrichtung

„Sozialräumliche Angebote nutzen, ergänzen oder erweitern die vorhandene Infrastruktur eines Sozialraums.... Um niedrigschwellige Zugänge zu ermöglichen, nutzen alle sozialräumlichen Angebote bereits bestehende institutionelle Kontakte – etwa der Regeleinrichtungen zu den jeweiligen Adressaten. Sie beziehen von den Adressaten frequentierte Treffpunkte ein oder schaffen neue Orte und Gelegenheiten, um die Adressaten zu erreichen.“²⁰²

„Sozialräumliche Angebote sollen die Erziehungskompetenz der Eltern sowie deren aktive Mitwirkung an Problemlösungen fördern. Dies kann sowohl durch praktische, alltagsunterstützende Hilfen als auch durch gezielten Kompetenzaufbau in Einzel- und Gruppenangeboten passieren.“²⁰³

Ein Schwerpunkt eines Teils der Angebote soll also niedrigschwellig und unverbindlich sein und sich außerhalb des häuslichen Bereichs an den sog. Regeleinrichtungen abspielen. Ungeachtet der Tatsache, dass die Angebote immer auch intensivere Hilfeformen (etwa die verbindlichen Einzelhilfen unter 3.2 oder den Krisenfall unter 3.3 der GR SAJF) mit einschließen, bzw. mit ihnen kombiniert werden sollen, sind die Teile gleichwohl jeweils für sich an den einschlägigen Normen zu messen.

b) Unverbindliche Teile der „Frühen Hilfen“ (BASFI, Globalrichtlinie GR J 1/12 3.1)

Welche Norm innerhalb des SGB VIII die Frühen Hilfen am besten erfasst, ist bislang noch nicht eindeutig geklärt.²⁰⁴

aa) §§ 16 SGB VIII als Leistungsnorm

(1) Tatbestand

In Betracht kommt zunächst § 16 SGB VIII. Die Adressaten der Frühen Hilfen – „Familien und Alleinerziehende mit Kleinkindern und junge Menschen in Übergang zur Elternschaft“²⁰⁵ – werden von der Norm erfasst, da der weite Begriff des „Erziehungsberechtigten (§ 7 Abs. 1 Nr. 6 SGB VIII) gilt. Auch werdende Eltern werden nach dem durch das BKiSchG²⁰⁶ neu geltenden § 16 Abs. 3 SGB VIII ausdrücklich erfasst.

Der Bedarf besteht in einer nicht optimalen Wahrnehmung der Erziehungsverantwortung, wie

sich aus einem Umkehrschluss aus § 16 Abs. 1 S. 2 SGB VIII ergibt. Diese Bedarfslage dürfte bei den Adressaten der Hilfe regelmäßig und rechtlich unproblematisch gegeben sein, wie ein Blick auf die Bedarfsdefinition in der Globalrichtlinie zeigt:

„...Familien in besonderen Belastungssituationen und mit geringen Bewältigungsressourcen, insbesondere Familien mit mehreren Risikomeerkmalen (z.B. psychisch kranker Elternteil, suchtbelasteter Elternteil, alleinerziehender Elternteil ohne eigenes oder mit geringem Einkommen, Elternteil unter 20 Jahren, Familie ohne ausreichendes privates Unterstützungsnetzwerk, ein Kind der Familie ist fremduntergebracht, Familie mit Migrationshintergrund und mindestens ein Elternteil ohne ausreichende Deutschkenntnisse)...“²⁰⁷

Allerdings ist an dieser Stelle schon darauf hinzuweisen, dass hier Bedarfe angesprochen sind, die in den Bereich der §§ 27 SGB VIII „hineinragen“; insbesondere die Kumulation „mehrerer Risikomeerkmalen“ kann nämlich auch den Tatbestand eines erzieherischen Bedarfs nach § 27 Abs. 1 SGB VIII erfüllen. Es wird sodann weiter auf die Globalrichtlinie GR J 1/10 verwiesen, die nähere Einzelheiten zu den entsprechenden Angeboten regelt, aus denen Rückschlüsse auf die Bedarfslage möglich sind. Hier heißt es: „Chronischer Vernachlässigung soll vorgebeugt werden.“²⁰⁸

Auch hier sind Zweifel angebracht, ob bei einer solchen Sachlage in § 16 SGB VIII die richtige und letztlich treffende Rechtsgrundlage gesehen werden kann. Denn welche Lage bestand vor einer „chronischen Vernachlässigung“? Die „einfache“ Vernachlässigung? Ist bei ihr nicht auch schon der Tatbestand des erzieherischen Bedarfs des § 27 SGB VIII erfüllt?

Gleiches gilt für Teile der „Frühen Hilfen“, die eine eher therapeutische Ausrichtung aufweisen und insofern auf einen intensiveren Hilfebedarf hinweisen. Sie sind im Reformprogramm eigens erwähnt²⁰⁹ und erscheinen bei § 27 SGB VIII besser aufgehoben.

Es handelt sich insgesamt um ein Abgrenzungsproblem zwischen § 16 und § 27 SGB VIII, das im Wege einer Anwendung des Nachranggrundsatz zu lösen ist.²¹⁰

(2) Rechtsfolge

Die Rechtsfolge der als objektiver Rechtsverpflichtung ausgestalteten Norm ist die Verpflichtung an den öffentlichen Träger, Leistungen zur allgemeinen

202 BASFI, Globalrichtlinie GR J 1/12 S. 3 f.

203 BASFI, Globalrichtlinie GR J 1/12 S. 4.

204 Vgl. Gerlach/Hinrichs/Seligmann/Goll/Nitschke, Rechtsgutachten Frühe Hilfen.

205 BASFI, Globalrichtlinie GR J 1/12, S. 3.

206 Bundeskinderschutzgesetz vom 22.12.2011, BGBl I 2011, 2975.

207 BASFI, Globalrichtlinie GR J 1/12, S. 4.

208 BSG, Globalrichtlinie GR J 1/10, S. 8 unter 4.2.5.

209 BSG, Neue Hilfen – Inhalt und Gestaltung, S. 10.

210 Hierzu bereits oben S. 17; vgl. ferner Münder/Tammen, FK-SGB VIII, § 27 Rn. 10, wo davon ausgegangen wird, dass eine Hilfe nach § 27 dann nicht notwendig ist, wenn der bestehende erzieherische Bedarf auch mit einer weniger intensiven Hilfe gedeckt werden kann.

Förderung der Erziehung in der Familie anzubieten, § 16 Abs. 1 S. 1 SGB VIII. Es besteht weites Gestaltungsermessen des öffentlichen Trägers, denkbar sind etwa Offene Beratungsangebote an öffentlichen Einrichtungen, Beratungsstellen, Familienbildungsangebote²¹¹. Bestätigend ist ferner auf die *sozialräumliche Ausrichtung* des § 16 Abs. 2 Nr. 1 SGB VIII hinzuweisen, der die „Nachbarschaftshilfe“ ausdrücklich erwähnt.

Gerade weil der öffentliche Träger hier ein weites Gestaltungsermessen hat, bestehen in rechtlicher Hinsicht keine Bedenken. Auch die planerischen Vorgaben zur Bereitstellung von Ressourcen und die Sicherstellung einer bestimmten Angebotsdichte, gewichtet nach der Problemhäufigkeit in den Quartieren²¹², darf und muss der öffentliche Träger im Rahmen des § 80 SGB VIII planerisch berücksichtigen.

bb) §§ 17, 18 SGB VIII als Leistungsnorm

Zwar legen einzelne Tatbestandsmerkmal nahe, dass hier eine umfassende, das Gesamtsystem Familie umfassende Beratungsleistung normiert wird, sodass auch die Frühen Hilfen auf diese Normen gestützt werden könnten: So spricht etwa § 17 Abs. 1 Nr. 1 davon, dass „ein partnerschaftliches Verhältnis in der Familie aufzubauen“ sei, § 17 Abs. 1 Nr. 2 davon, „Konflikte und Krisen in der Familie zu bewältigen“; § 18 Abs. 1 Nr. 1 SGB VIII verspricht für alleinerziehende Eltern Beratung und Unterstützung „bei der Ausübung der Personensorge einschließlich der Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen“. Insoweit könnte man durchaus einzelne Teilbereiche Früher Hilfen nach dem Wortlaut der Vorschrift darunter fassen.

Indes ist nicht zu verkennen, dass beide Vorschriften um eine *andere typisierte Problemlage* kreisen, als diejenige der Frühen Hilfen: Es geht hier immer um die Trennungs- und Scheidungssituation mit den spezifischen, damit verbundenen Problemlagen, wie sich aus den weiteren Tatbestandsmerkmalen der §§ 17 und 18 SGB VIII ergibt.

Insgesamt ist daher festzuhalten, dass sich beide Vorschriften nur am Rande mit den spezifischen Problemlagen Früher Hilfen (Schwangerschaft, Geburt, Bindung zum Kind, Gesundheitsfürsorge für das Neugeborene) befassen; es mag sein, dass diese Konfliktslagen im Kontext einer Beratung wegen Trennung und Scheidung offenbar werden. Aber eine Ausrichtung auf diese Problemlage ist nach der systematischen Stellung der Vorschrift²¹³ nicht zu erkennen. Daher scheidet die Norm zur Stützung Früher Hilfen aus.

211 Wiesner, SGB VIII, § 16, Rn. 13 ff.

212 Vgl. hierzu die Vorgaben in der Globalrichtlinie GR J 1/10 unter 2 ff.

213 Die Gesetzesbegründung in BT-Drs. 11/6748, S. 81 enthält hierzu keine Angaben; die Kommentarliteratur geht mehr oder weniger selbstverständlich von den hier getroffenen Angaben aus, vgl. insoweit Wiesner/Struck, § 17 Rn. 2 ff und Hauck/Noftz/Grube, § 17 Rn. 16 ff.

cc) §§ 27 ff. SGB VIII als Leistungsnorm

Fraglich ist, ob bei den Bedarfslagen, bei denen unverbindliche und niedrigschwellige Frühe Hilfen gewährt werden sollen, bereits die Schwelle eines erzieherischen Bedarfs überwunden ist.

Dies ist zu verneinen: Zwar liegt der erzieherische Bedarf des § 27 SGB VIII graduell deutlich vor einer Kindeswohlgefährdung nach § 1666 BGB, er erfasst aber sicherlich auch nicht jede erzieherisch nachteilige Situation.²¹⁴

Insbesondere ein Blick auf die Rechtsfolge des § 27 SGB VIII zeigt, dass die Frühen Hilfen, die vor allem auch Menschen erreichen wollen, die weder von ihrem Hilfebedarf wissen, noch sich positiv zu demselben stellen, die Verbindlichkeit und Kontinuität eines Hilfeplanverfahrens gerade nicht zu ihrem methodischen Konzept zählen. Beim Gynäkologen oder in der Geburtsklinik, um ein Beispiel aus den Frühen Hilfen zu wählen, soll kein verbindlicher Hilfeprozess begonnen, sondern initiiert werden; die Betroffenen sollen von der Notwendigkeit weiterer Hilfemaßnahmen überzeugt werden, die dort jedoch weder konkretisiert werden, noch zu konkretisieren sind.

Daher scheiden die §§ 27 ff. SGB VIII für die Gewährung der unverbindlichen Teile der Frühen Hilfen aus. Dies heißt freilich nicht, dass die verbindlicheren Hilfebestandteile ebenfalls nur auf § 16 SGB VIII zu stützen wären. Vielmehr wird sich zeigen, dass § 16 SGB VIII eben diese Bedarfslage nicht mehr erfasst.²¹⁵

c) Unverbindliche Teile des Erziehungsgeschehens in den Familien (BASFI, Globalrichtlinie GR J 1/12 3.2)

In der Globalrichtlinie heißt es: auf S. 4 unter 3.2:

„Sozialräumliche Angebote sollen die Erziehungskompetenz der Eltern, deren aktive Mitwirkung an Problemlösungen und die Fähigkeit der Hilfe zur Selbsthilfe fördern. Dies kann sowohl durch Sozialberatung und praktische, alltagsunterstützende Hilfen als auch durch gezielten Kompetenzaufbau in Einzel- und Gruppenangeboten passieren.“

aa) §§ 16 SGB VIII als Leistungsnorm

(1) Tatbestand

Die Bedarfslage des § 16 SGB VIII wird durch die konzeptionellen Überlegungen zu den „Neuen Hilfen/SHA“ genau getroffen, denn die dort angesprochene Verbesserung der „Erziehungsverantwortung“ dürfte nahezu von identischen Überlegungen geleitet sein. Selbst- und Nachbarschaftshilfe werden in § 16 Abs. 2 Nr. SGB VIII ausdrücklich angesprochen, die alltagsunterstützenden Hilfen folgen aus dem – wegen des präventiven Zwecks der Norm weit

214 Vgl. oben S. 17.

215 Vgl. hierzu unter 73 ff.

auszulegenden – Begriff der „allgemeinen Förderung der Erziehung“ in § 16 Abs. 1 SGB VIII.²¹⁶

Insoweit scheinen also die unverbindlichen Teile nach 3.2 der Globalrichtlinie auf § 16 SGB VIII zu stützen zu sein. Allerdings stellt sich ein ähnliches Problem, wie es oben bereits zu den frühen Hilfen ausgeführt wurde, wenn man sich vergegenwärtigt, was eine Seite vorher zu finden ist:

„Die sozialräumlichen Angebote sollen insbesondere Familien in Krisensituationen erreichen, deren Ressourcen nicht ausreichen, diese allein zu bewältigen.“²¹⁷

Weiter liest man: „Die Angebote gewährleisten aufsuchende und nachgehende Arbeit“²¹⁸

Hier wird eine Bedarfslage vorausgesetzt, in der bereits eine krisenhafte Zuspitzung der erzieherischen Situation in der Familie vorliegt, bzw. eine Situation, bei der es notwendig ist, sozialarbeiterischen Druck aufzubauen, damit Hilfen in Anspruch genommen werden. Es handelt sich rechtstechnisch um eine Bedarfssituation, die individualisierte und auf den Einzelfall zu konkretisierende Leistungen erforderlich macht. Dies ist aber gerade nicht mehr die typische Situation des § 16 SGB VIII, wie sich aus der Verwendung des Begriffes der „allgemeinen Förderung“ in § 16 Abs. 1 SGB VIII entnehmen lässt.²¹⁹

Wie weit reicht nun der Bereich der „allgemeinen Förderung“, ab welchem Grad von Verbindlichkeit und vorausgesetzter Kontinuität des Hilfeprozesses wird der Anwendungsbereich des § 16 SGB VIII überschritten?

Um diese Frage zu beantworten, erscheint es sachgerecht, an die Definitionen der BASFI zu den einzelnen Adressatengruppen im Bereich der „Neuen Hilfen/SHA“ anzuknüpfen.

Die Behörde geht von

- *Stammnutzer/innen* aus bei mindestens einem Kontakt pro Woche und Informationen über die Identität des Klientels,
- von der Teilnahme an *Gruppenangeboten* wenn es sich um mindestens sechs Kontakte im Quartal handelt;
- von *Kurzberatungen* geht sie aus bei bis zu drei Beratungskontakten im Quartal.²²⁰

Insoweit dürfte bei Kurzberatungen in jedem Fall von unverbindlicher Inanspruchnahme auszugehen sein, bei Vorliegen eines erzieherischen Bedarfs und Stammnutzung und bei Vorliegen eines erzieherischen Bedarfs und der Teilnahme an einem Gruppenangebot soweit sie nicht

mehr anonym erfolgt von einer Verbindlichkeit und Kontinuität voraussetzenden Bedarfslage.

Mit anderen Worten: Nur die Kurzberatungen sind von § 16 SGB VIII gedeckt; die anderen Teile unterstellen – jedenfalls bei nicht mehr gewahrter Anonymität der Leistung – bereits ein Zuviel an Verbindlichkeit für den offenen Tatbestand des § 16 SGB VIII und können daher nicht ausschließlich auf diese Vorschrift gestützt werden. Die Globalrichtlinie geht von Bedarfslagen aus, die erst im Rahmen des § 27 SGB VIII erfassbar sind. Auch hier besteht also ein Abgrenzungsproblem, das erst nach Prüfung der §§ 27 ff. SGB VIII und einer Anwendung des Nachranggrundsatzes lösbar erscheint.

Die offenen und unverbindlichen Teile erfüllen aber die Bedarfslage des § 16 SGB VIII.

(2) Rechtsfolge

Als objektive Rechtsverpflichtung hat der öffentliche Träger weites Gestaltungsermessen, welche Hilfe und Unterstützungsleistungen in welcher Intensität und welcher Form er wo anbieten will. Wichtig ist jedoch, dass er nur offene und unverbindliche Leistungen nach § 16 SGB VIII zur Verfügung stellen kann, nicht jedoch eigens zu individualisierende und konkretisierende Leistungen.²²¹

Insoweit die Globalrichtlinie also Leistungen in dieser offenen, niedrighwelligen und unverbindlichen Form vorsieht, ist sie von § 16 SGB VIII gedeckt, weitergehende, verbindlichere Hilfeformen können hingegen nicht mehr Rechtsfolge von § 16 SGB VIII sein, sie fallen vielmehr – wie schon bei den Frühen Hilfen – in den Anwendungs- und Leistungsbereich des § 27 SGB VIII.

bb) §§ 17, 18 SGB VIII als Leistungsnorm

Die „Neuen Hilfen/SHA“ richten sich ausdrücklich auch an „Familien in Trennungs- und Scheidungssituationen“²²² Insofern soll offensichtlich auch der Personenkreis, der im Gesetz von den §§ 17 und 18 SGB VIII erfasst wird, eine veränderte Hilfeform erfahren.

Die Globalrichtlinie GR J 1/10 enthält nähere Angaben zur Trennungs- und Scheidungsberatung²²³ und zur Beratung und Unterstützung bei der Ausübung der Personensorge, des Umgangsrechts sowie von Unterhaltsangelegenheiten.²²⁴

Allerdings bestehen gegenüber dem gesetzlichen in den §§ 17 und 18 SGB VIII normierten Konzept keine Neuerungen. Lediglich der Umstand, dass

216 Wiesner/Struck, SGB VIII, § 16 Rn. 6c.

217 BASFI, Globalrichtlinie GR J 1/12 auf S. 3 unter 2.1.

218 BASFI, Globalrichtlinie GR J 1/12, auf S. 4 unter 3.2.

219 Wiesner/Struck, SGB VIII, § 16 Rn. 7.

220 BASFI, Globalrichtlinie GR J 1/12, auf S. 8 unter 5.2 i.V.m. BSG, Globalrichtlinie GR J 2.10, S. 2 unter 2.

221 Wiesner/Struck, SGB VIII, § 16 Rn. 7.

222 BASFI, Globalrichtlinie GR J 1/12, S. 3.

223 BSG, Globalrichtlinie GR J 1/10, S. 6, unter 4.2.3.

224 BSG, Globalrichtlinie GR J 1/10, S. 7, unter 4.2.4.

die genannten Bereiche in die Gewährung sozial-räumlicher Angebote integriert, mit ihnen vernetzt werden sollen, stellt sich als Neuerung dar, die allerdings die Leistung als solche nicht wirklich tangiert und ihren Charakter nicht verändert.

Insoweit sind die im Rahmen der „Neuen Hilfen/SHA“ angebotenen und vermittelten Leistungen von den §§ 17 und 18 SGB VIII gedeckt.

cc) §§ 27 ff. SGB VIII als Leistungsnorm

Unverbindliche und niedrigschwellige Angebote der Jugendhilfe zur „Unterstützung des Erziehungsgeschehens in der Familie“, wie sie als Teil der „Neuen Hilfen/SHA“ vorgesehen sind, adressieren Bedarfslagen, die zu einem Teil unterhalb der Schwelle des erzieherischen Bedarfs des § 27 SGB VIII liegen. Solche Hilfebestandteile sind daher nicht auf § 27 SGB VIII zu stützen, sondern auf die §§ 16, 17 und 18 SGB VIII (s.o.).

Allerdings ist auch denkbar, dass es Bedarfslagen gibt, in denen bereits die Schwelle eines erzieherischen Bedarfs überschritten ist, gleichwohl aber niedrigschwellige, aber verbindlichere Hilfen Bedarfsgerecht sind.

d) Schulbezogene Angebote und Berufliche Integration (BASFI, Globalrichtlinie

GR J 1/12 3.3 und 3.4)

In der Globalrichtlinie heißt es zu den Zielgruppen weiter:

- „Kinder und Jugendliche, deren schulische Probleme mit besonderen individuellen, familiären oder sozialen Problemen einhergehen;
- Jugendliche und Heranwachsende in der Phase der Verselbständigung (Übergang Schule - Arbeit/Beruf, Übergang in eine selbstständige Lebensführung außerhalb der Herkunftsfamilie oder aus Einrichtungen der Hilfen zur Erziehung)“²²⁵

Und weiter zu den Handlungsschwerpunkten:

„Das Ziel aller sozialräumlichen Angebote in Kooperation mit Schulen ist die Unterstützung des Bildungs- und Erziehungsauftrags und die (Re-) Integration in die Schulen. Die Angebote tragen dazu bei, Brüche in den Bildungsverläufen von Kindern und Jugendlichen zu vermeiden und gelingende bildungsbiografische Übergänge (Kita-Schule, Grund-/weiterführende Schule, Schule-Beruf) zu ermöglichen.

Sie werden für Kinder und Jugendliche vorgehalten, deren schulische Probleme mit besonderen individuellen, familiären oder sozialen Problemen einhergehen. Damit wird vorrangig das Integrationspotential der Grund- und Stadtteilschulen mit Kess-Faktor 1 und 2 gestärkt.“²²⁶

„Die Zielgruppen sozialräumlicher Angebote zur

Unterstützung der beruflichen Integration sind Jugendliche und junge Erwachsene, die mit den bisherigen Regelangeboten nicht oder nur schwer erreicht werden konnten und deren Start in eine eigenverantwortliche Lebensführung mangels sozialer und beruflicher Integrationsperspektiven gefährdet ist. Sie sollen beruflich aktiviert, integriert oder an das Erwerbsleben herangeführt werden.

Die Angebote richten sich insbesondere an junge Menschen im Anschluss an HzE bzw. Volljährigenhilfe und an nicht mehr schulpflichtige junge Menschen mit unklaren oder fehlenden beruflichen Perspektiven, die von den Angeboten des Übergangssystems nicht erreicht werden.“²²⁷

aa) § 13 SGB VIII als Leistungsnormen

Mit diesem Konzept adressieren die „Neuen Hilfen/SHA“ den Personenkreis mit „besonderem Unterstützungsbedarf“ und das Handlungsfeld der Schulsozialarbeit und der berufs begleitenden Sozialen Arbeit, wie sie in § 13 Abs. 1 SGB VIII umschrieben werden, soweit sich es sich um die „schulische und berufliche Ausbildung, Eingliederung in die Arbeitswelt“ handelt, da diese Bereiche in der Vorschrift ausdrücklich genannt werden. Allerdings heißt es in der Globalrichtlinie auch:

„Ein Teil dieser jungen Menschen lebt bereits in einer eigenen Familie und hat Kinder zu versorgen. Die sozialräumlichen Angebote kooperieren mit Einrichtungen im Sozialraum, die von jungen Eltern aufgesucht werden, um Unterstützung bei der Versorgung und Erziehung von Kleinstkindern zu erhalten. Die Kontakte zu jungen Eltern sollen darüber hinaus genutzt werden, um mit ihnen bei Bedarf eine berufliche Perspektive zu entwickeln.

Zentrale Kooperationspartner der Jugend- und Familienhilfe sind Berufs- wie Stadtteilschulen, Träger ausbildungsvorbereitender Maßnahmen sowie die U 25-Teams von jobcenter.team.arbeit.hamburg.“²²⁸

Hier wird also ein Bereich angesprochen, der sich nicht ohne weiteres unter § 13 Abs. 1 SGB VIII subsumieren lässt. Der offene Begriff der „sozialen Integration“ in § 13 Abs. 1 SGB VIII hilft hier weiter, da mit ihr sämtliche Personen mit „besonderem Unterstützungsbedarf“ angesprochen werden, die nicht unter die ausdrücklich genannten anderen Personengruppen fallen.“²²⁹

bb) § 11 SGB VIII als Leistungsnorm

Angebote der offenen Kinder- und Jugendarbeit (OKJA) werden zwar in den Programmleitlinien

227 BASFI, Globalrichtlinie GR J 1/12, S. 5 unter 3.4.

228 BASFI, Globalrichtlinie GR J 1/12, S. 5 unter 3.4.

229 Vgl. hierzu etwa Wiesner/Struck, SGB VIII, § 13 Rn. 4 mit einer nicht abschließenden Aufzählung.

225 BASFI, Globalrichtlinie GR J 1/12, S. 3 unter 2.1.

226 BASFI, Globalrichtlinie GR J 1/12, S. 5 unter 3.3.

erwähnt,²³⁰ tauchen dann aber als eigener Leistungsbestandteil nicht weiter auf. Lediglich als Anknüpfungspunkt für „Hilfen zur Unterstützung des Erziehungsgeschehens in der Familie“²³¹ wird die OKJA genannt.

Dagegen ist aus rechtlicher Sicht nichts einzuwenden, das der öffentliche Träger eben ein weites Gestaltungsmessen hat und dies auch so einsetzen kann, einzelne Bereiche weniger zu fördern, als dies bislang der Fall war, bzw. die Schwerpunkte der Förderung im Bereich der sog. Regeleinrichtungen KiTa, Schule, Berufsbildung zu setzen. Aus rechts- und jugendhilfepolitischer Sicht ist es jedoch bedauerlich, dass die Bereiche der offenen Angebote, die seit Jahren vor allem kurz gehalten werden, nämlich die freizeitorientierten Projekte und Häuser der Jugend, auch von diesem Programm nicht nennenswert profitieren.²³²

46

cc) §§ 27 ff. SGB VIII als Leistungsnorm

Soweit es um unverbindliche und niedrighschwellige Angebote geht, dürften sie in diesem Bereich die Schwelle eines erzieherischen Bedarfs nicht überschreiten. Ist dies gleichwohl der Fall, ist die Verknüpfungsnorm des § 27 Abs. 3 S. 2 SGB VIII zu beachten, die bereits positiv-rechtlich regelt, wie zu verfahren ist, wenn sowohl die Bedarfslage des § 13 als auch die des § 27 SGB VIII gegeben ist: Dann ist insgesamt die Hilfe als HzE zu gewähren; § 27 SGB VIII schließt dann die Leistungen nach § 13 SGB VIII ein, sodass insoweit auch das Hilfeplanverfahren nach § 36 SGB VIII zu beachten ist.

e) Leistungserbringungsrechtliche Vorgaben zur Finanzierung

Die BASFI bewegt sich bei den hier überprüften Bestandteilen im Grundsatz im Bereich objektiver Rechtsverpflichtungen nach §§ 11, 13 und 16 SGB VIII. Hinzu treten ggf. die Leistungen der §§ 17 und 18 SGB VIII, den sog. „harten Ansprüchen auf weiche Leistungen“.

aa) Zu den konzeptionellen Vorgaben der Finanzierung der „Neuen Hilfen/SHA“

Man liest dazu:

„Finanzierung: Die Mittel für alle Angebote im Rahmen von SAE und Neuen Hilfen werden in einer Zweckzuweisung zusammengeführt.“

Die Umsetzung der Angebote von Neuen Hilfen durch Träger erfolgt durch eine Zuwendungsfinanzierung, die Flexibilität für unterschiedliche Modelle der Bezirksämter ermöglicht.

Zur Berechnung dieser Finanzierung soll ein

230 BASFI, Globalrichtlinie GR J 1/12, S. 2 unter 2.

231 Vgl. oben S. 43.

232 In dieser Schwerpunktsetzung zeigt sich übrigens einmal mehr der eisige Wind der Reform.

neues Finanzierungskonzept entwickelt werden, das bestehende Disparitäten zwischen den in einem Projekt kooperierenden Trägern aus unterschiedlich finanzierten Leistungsbereichen ausgleicht.“²³³ (Hervorhebungen durch den Verfasser)

Weiter heißt es in der Globalrichtlinie:

„4.2. Anforderungen an die Träger der sozialräumlichen Angebote

Für die Förderung der sozialräumlichen Angebote gelten folgende Anforderungen:

- Die sozialräumlichen Angebote sind **Verbundprojekte** von Trägern aus mindestens zwei Leistungsbereichen der Jugendhilfe oder angrenzenden Leistungsbereichen.
- Die Angebotsträger haben **fundierte Kenntnisse zu den jeweiligen Sozialräumen** bzw. sind im Sozialraum verankert.
- Die Angebote kooperieren mit den für den jeweiligen Handlungsschwerpunkt relevanten Regeleinrichtungen der Jugendhilfe und angrenzender Leistungsbereiche wie Gesundheitsdiensten, Schulen oder Einrichtungen zur beruflichen Integration (s. 3.1- 3.4).
- Die Angebote ermöglichen die **niedrighschwellige Erreichbarkeit über offene Zugänge und die Durchführung verbindlicher Einzelhilfen**. Sie schaffen damit Orte im Sozialraum, die der Zielgruppe verlässliche Unterstützung anbieten.
- Die Träger schließen eine **verbindliche Kooperationsvereinbarung mit dem für sie zuständigen Bezirksamt** ab. Die Behörde für Arbeit, Soziales, Familie und Integration (BASFI) wird für diese Kooperationsvereinbarungen Mindestanforderungen entwickeln und diese in Abstimmung mit den Bezirksämtern ggf. auch anlassbezogen fortschreiben.
- Für jedes Angebot werden **Zielzahlen zu verbindlichen Hilfen vereinbart**, die auf Vermittlung des ASD geleistet werden und für Nutzer/innen, die sich ohne Einschaltung des ASD direkt an das Angebot wenden.
- Die Träger sind verpflichtet, am Berichtswesen zu dieser Globalrichtlinie sowie an den im Verfahren JUS-IT hinterlegten **Dokumentationspflichten zu verbindlichen Einzelhilfen** mit zu wirken.
- Die Träger wirken in den ASD-bezogenen Netzwerken vor Ort mit. Der Vertrauensschutz für anvertraute Informationen ist entsprechend der gesetzlichen Vorgaben sichergestellt.
- Die Träger stellen sicher, dass die Verfahren nach §§ 8a und 72 SGB VIII in den von ihnen durchgeführten Angeboten eingehalten werden.“²³⁴ (Hervorhebungen durch den Verfasser)

233 BSG, Eckpunkte Neue Hilfen S. 8.

234 BASFI, Globalrichtlinie GR J 1/12, auf S. 7 unter 4.2.

bb) Rechtsgrundlage für die Finanzierung: § 74 SGB VIII

Wendet man hier die oben erarbeiteten Vorgaben²³⁵ zur Finanzierung auf diese Konzept an, können die folgenden Überlegungen festgehalten werden.

Für die hier vorliegenden objektiven Rechtsverpflichtungen und die Sonderfälle der §§ 17, 18 SGB VIII ist die *Zuwendungsfinanzierung*²³⁶ und ggf. die Finanzierung über gegenseitige Leistungsverträge²³⁷ statthaft.

Im Grundsatz ist damit die gewählte Finanzierungsform für die an dieser Stelle überprüften offenen und niedrigschwelligen Leistungsangebote auch die nach § 74 SGB VIII rechtlich gebotene Finanzierungsform. Die wiedergegebenen Abschnitte gehen allerdings von einer Verbundfinanzierung für alle „Neuen Hilfen/SHA“ aus, weil in der BASFI nicht zwischen Objektiven Rechtsverpflichtungen und Rechtsansprüchen differenziert wird. Dass dies aus rechtlicher Sicht nicht haltbar ist, wurde bereits dargelegt.²³⁸ Um gleichwohl eine Einschätzung zur Rechtslage vorzunehmen, werden im Folgenden nur die Teile des Finanzierungskonzeptes betrachtet, die objektive Rechtsverpflichtungen betreffen. Alle Punkte insbesondere der „verbindlichen Einzelhilfen“ und zur „Vereinbarung von Zielzahlen“ folgen weiter unten bei der Erörterung der rechtlich gebotenen Finanzierungsformen dieser Hilfen.

(1) Voraussetzungen

Die Voraussetzungen des § 74 SGB VIII sind oben ausführlich erläutert worden.²³⁹ Ob die Voraussetzungen für eine Förderung jeweils gegeben sind, ist eine Frage der einzelnen Zuwendungsentscheidung, die nicht in einem Rechtsgutachten zu klären ist, das sich mit der sozialrechtlichen Rechtmäßigkeit eines Leistungs- und Leistungserbringungsrechtlichen Konzept beschäftigt.

(2) Rechtsfolge

Auch hinsichtlich der Rechtsfolge kann hier keine abschließende Aussage getroffen werden, weil die einzelnen Zuwendungsbescheide nicht Gegenstand dieser Untersuchung sind. Weiter zu beachten ist jedoch Folgendes:

(a) Gewährleistungs- und Gesamtverantwortung gem. § 79 SGB VIII

Die konzeptionellen Vorgaben sehen eine sehr starke Einbindung der Freien Träger in den Verantwortungsbereich des öffentlichen Trägers vor. Dies zeigt sich etwa daran, dass die Leistungen sehr genau definiert und darüber hinaus Dokumentations- und Kooperationspflichten zu erfüllen sind. Solange die

Grundstrukturen einer pluralen Trägerlandschaft – Voraussetzung des Wunsch- und Wahlrechts der Berechtigten – dadurch nicht beeinträchtigt, die freien Träger in ihrer Selbständigkeit geachtet werden und partnerschaftlich mit ihnen zusammengearbeitet wird, ist dagegen aus rechtlicher Sicht wenig einzuwenden. Schließlich hat der öffentliche Träger die Planungsverantwortung gem. § 80 SGB VIII und darf insoweit die Förderung einzelner Träger von der in der Jugendhilfeplanung zu Ausdruck gekommenen Zielsetzung abhängig machen. Er muss aber bei der Verfolgung dieser Ziele den Anspruch der freien Träger auf Gleichbehandlung bei der Förderung aus Art. 3 GG beachten und ist auch in einem gewissen Umfang an seine bisherige Verwaltungspraxis gebunden.

Angesichts des Umstandes, dass durch die „Neuen Hilfen/SHA“ auch eine gewisse Marktberichtigung in der Trägerlandschaft eintreten kann, ist davon auszugehen, dass sich Träger durchaus dazu entschließen werden, einzelne Förderungsentscheidungen verwaltungsgerichtlich überprüfen zu lassen.

(b) Anwendbarkeit des Vergaberechts bei gegenseitigen Verträgen

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die starke Einbindung der freien Träger in den Verantwortungsbereich der öffentlichen Träger, also die angestrebte Output-Steuerung bei den neuen Hilfen dazu führen kann, dass Zuwendungsentscheidungen, die eigentlich von der Verwaltung im Wege eines VA ergehen sollen, vergaberechtlich als gegenseitige Beschaffungsverträge einzustufen sein können, wenn also das Zuwendungsverhältnis sich wie ein vertragliches Verhältnis darstellt²⁴⁰. Es wird auf die obigen Darlegungen zur Anwendbarkeit des Vergaberechts verwiesen und noch einmal betont, dass die Vergabekammer²⁴¹ Hamburg und mit ihr das OLG Hamburg²⁴² sogar im Fall von Rechtsanspruchsleistungen, die nach der Lehre vom sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis gerade nicht im Wege eines gegenseitigen Austauschvertrages finanziert werden, von der Anwendbarkeit des Vergaberechts ausgegangen sind. Entscheidend war insoweit, bei wem das wirtschaftliche Risiko liegt: verbleibt es beim öffentlichen Träger, wird ein Beschaffungsvertrag eher zu bejahen sein; geht es auf den freien Träger über, wird eher von einer Dienstleistungskonzession auszugehen sein mit der Folge, dass dann das Vergaberecht keine Anwendung findet. Sofern dann noch die Schwellwerte überschritten sind, wären die Leistungen öffentlich auszuschreiben.

235 Oben S. 24. Vgl. auch die tabellarische Übersicht auf S. 32.

236 Siehe oben S. 24.

237 Siehe oben S. 26.

238 Vgl. oben S. 41 ff.

239 Oben S. 24.

240 Vgl. oben S. 28 ff.

241 Vergabekammer Hamburg Az. VgK FB 4.07 vom 24.07.2007.

242 OLG Hamburg, Beschluss vom 7.12.2007, Az. 1 Verg 4/07, in: RsDE Nr 68 (2009), 76.

cc) Ergebnis

Die „Neuen Hilfen/SHA“ sind insoweit rechtmäßig, als es sich um unverbindliche Angebote im Sozialraum und an den „Regeleinrichtungen“ handelt. Rechtsgrundlagen sind die §§ 11, 13, 16, 17 und 18 SGB VIII. Leistungserbringungsrechtlich sind sie im Wege der Zuwendungsfinanzierung nach § 74 SGB VIII zu finanzieren; eine Auslegung einzelner Zuwendungsbescheide kann ergeben, dass es sich vergaberechtlich um Beschaffungsverträge handelt mit der Folge, dass die Leistungen dann öffentlich auszuschreiben sind.

2. Verbindlichere Leistungen im Sozialraum, insbesondere: Verbindliche Gruppenangebote (BASFI, Globalrichtlinie GR J 1/12 3.2)

a) Methodische und konzeptionelle Ausrichtung

48

„Sozialräumliche Angebote sollen die Erziehungskompetenz der Eltern, deren aktive Mitwirkung an Problemlösungen und die Fähigkeit der Hilfe zur Selbsthilfe fördern. Dies kann sowohl durch Sozialberatung und **praktische, alltagsunterstützende Hilfen** als auch durch gezielten Kompetenzaufbau in Einzel- und Gruppenangeboten passieren. Die Angebote **gewährleisten aufsuchende und nachgehende Arbeit**.“²⁴³

„Die sozialräumlichen Angebote sollen insbesondere Familien in Krisensituationen erreichen, deren Ressourcen nicht ausreichen, diese allein zu bewältigen.“²⁴⁴

„Die Angebote müssen **im hohen Maße strukturiert und zielgerichtet** sein.“²⁴⁵

„Ein entscheidender Aspekt wird dabei sein, Anreize für Familien zu schaffen, damit sie überhaupt für die Teilnahme an Gruppenangeboten gewonnen werden, über einen vorab definierten Zeitraum **kontinuierlich teilnehmen** und ein stärkeres Maß an **Eigenständigkeit, Verantwortlichkeit und Selbstwirksamkeit** erlangen.“²⁴⁶ (Alle Hervorhebungen durch den Verfasser)

Diese Passage wurde oben bereits untersucht und es wurde gezeigt, dass ein solches Angebot sich nur insoweit auf die §§ 16, 17 und 18 SGB VIII stützen kann, als es sich um unverbindliche, nur wenig Durchhaltewillen voraussetzende und insoweit niedrigschwellige Angebote handelt.²⁴⁷

Allerdings sollen mit diesem Angebot auch aufsuchende und nachgehende Arbeit erfolgen und Familien in Krisensituationen erreicht werden, also ein individualisierender und einzelfallbezogener Ansatz verfolgt werden. Es stellt sich die Frage,

ob solche Angebote nach anderen Vorschriften gewährt werden könnten. Ungeachtet des Umstandes, dass die „Neuen Hilfen/SHA“ auch noch weitergehende Hilfen vorsehen, insbesondere die verbindlichen Einzelhilfen, stellt sich hier die Frage, wie die vorgesehenen verbindlicheren Gruppenangebote im Sozialraum rechtlich zu beurteilen sind.

Im Konzeptpapier „Eckpunkte des Programms Neue Hilfen“ liest man dazu ferner:

„9. *Inhaltliche und methodische Gestaltung der Angebote*

So weit wie fachlich möglich und sinnvoll sollen Neue Hilfen als Gruppenangebote gestaltet werden. Auch im Hinblick auf laufende HzE oder auf punktuelle Handlungsbedarfe z. B. Probleme mit Jugendgruppen im Stadtteil) soll geprüft werden, ob eine Zusammenführung der Hilfen in Gruppen sinnvoll ist.“²⁴⁸

Die BASFI geht also im Verhältnis zu den bereits bestehenden HzE-Maßnahmen sogar von einem Vorrang von Gruppenangeboten aus, wenn sie schreibt, „so weit wie möglich und fachlich sinnvoll sollen die Neuen Hilfen als Gruppenangebote gestaltet werden“. Dies unterstreicht den Stellenwert, den die verbindlichen Gruppenangebote im Gesamtkonzept haben.

Wie oben bereits angesprochen, erscheint es sachgerecht, für die Frage, ab welchem Grad der Verbindlichkeit von einem „verbindlichen Gruppenangebot“ ausgegangen werden kann, an die Definitionen der BASFI zu den einzelnen Adressatengruppen im Bereich der „Neuen Hilfen/SHA“ anzuknüpfen.

Die Behörde geht von

- *Stammnutzer/innen* aus bei mindestens einem Kontakt pro Woche und Informationen über die Identität des Klientels,
- von der Teilnahme an *Gruppenangeboten* wenn es sich um mindestens sechs Kontakte im Quartal handelt;
- von *Kurzberatungen* geht sie aus bei bis zu drei Beratungskontakten im Quartal.²⁴⁹

Aus dieser Perspektive stellt sich das Hilfesgeschehen umgekehrt dar: Bei Kurzberatungen dürfte in jedem Fall von unverbindlicher Inanspruchnahme auszugehen sein, bei Vorliegen eines erzieherischen Bedarfs und Stammnutzung und bei Vorliegen eines erzieherischen Bedarfs und der Teilnahme an einem Gruppenangebot, soweit sie nicht mehr anonym erfolgt, von einer Verbindlichkeit und Kontinuität voraussetzenden Bedarfslage. Die BASFI selbst geht bei den Gruppenberatungen von regelmäßig 15 Sitzungen aus.²⁵⁰

b) §§ 27 SGB VIII als Leistungsnorm

Nun ist zu prüfen, ob solche verbindlichen Gruppen-

248 BSG, Eckpunkte Neue Hilfen, S. 6.

249 BASFI, Globalrichtlinie GR J 1/12, auf S. 8 unter 5.2 i.V.m. BSG, Globalrichtlinie GR J 2.10, S. 2 unter 2.

250 BSG, Neue Hilfen – Inhalt und Gestaltung, S. 11.

243 BASFI, Globalrichtlinie GR J 1/12, auf S. 4 unter 3.2.

244 BASFI, Globalrichtlinie GR J 1/12 auf S. 3 unter 2.1.

245 BSG, Neue Hilfen – Inhalt und Gestaltung, S. 14.

246 BSG, Neue Hilfen – Inhalt und Gestaltung, S. 14.

247 Vgl. oben. S. 42. Die verbindlichen Teile der Frühen Hilfen werden weiter unten (S. 56) im Zusammenhang mit den verbindlichen Einzelhilfen behandelt.

angebote nach den §§ 27 ff. SGB VIII gewährt werden können. Diese Frage ist erst einmal unabhängig davon zu beantworten, ob die BASFI selbst eine solche Lösung für möglich hält. Dies ist offenbar nicht der Fall; ansonsten dürfte sie nicht den Weg einer Zuwendungsfinanzierung wählen, wie sie nach der Globalrichtlinie vorgesehen ist. Sicher ist man sich allerdings dort nicht, wie der bereits erwähnte Beitrag von Hammer²⁵¹ zeigt, der von § 27 SGB VIII als Rechtsgrundlage für die sozialräumlichen Hilfen und Angebote ausgeht.

aa) Tatbestand

(1) Personensorgeberechtigte als Anspruchsinhaber

HZE richtet sich de jure an die Personensorgeberechtigten. Dies schließt jedoch keineswegs aus, dass Kinder und Jugendliche – mit Zustimmung der Personensorgeberechtigten - unmittelbare Leistungsempfänger sein können, dies ergibt sich unmittelbar aus der beispielhaften Beschreibung einzelner Hilfeformen in den §§ 28-35 SGB VIII, die sich nach dem Bedarf im Einzelfall de facto stets auch an die Kinder- und Jugendlichen richten.

(2) Erzieherischer Bedarf

Nach einer Definition liegt ein erzieherischer Bedarf²⁵² vor im Falle einer Defizitsituation, bei der infolge erzieherischen Handelns bzw. Nichthandelns der Eltern eine Fehlentwicklung bzw. ein Rückstand oder Stillstand der Persönlichkeitsentwicklung des Kindes oder des Jugendlichen eingetreten ist oder droht.²⁵³ Ähnlich ist die Definition einer Mangelsituation, bei der sich die Sozialisationslage des Minderjährigen im Vergleich als benachteiligt erweist.²⁵⁴

Ist an solche Situationen gedacht, wenn nach dem Konzept der „Neuen Hilfen/SHA“ Gruppenangebote zur Anwendung kommen sollen? Dies dürfte klar zu bejahen sein. Auch der teleologische Blick, wonach ein erzieherischer Bedarf dann gegeben ist, wenn die Entwicklung von Kindern und Jugendlichen zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit nach § 1 SGB VIII in Gefahr ist²⁵⁵, ist hier klar zu bejahen.

Zunächst einmal geht die BASFI selbst davon aus, dass hier eine Identität der Bedarfslagen vorliegt, denn sie spricht von „Neuen Hilfen als Alternative zur Sozialpädagogischer Familienhilfe“.²⁵⁶ Ohne diese

Identität könnte man HZE nicht durch sozialräumliche Hilfen ersetzen. Eine *Handlungsalternative* bzw. der *Ersatz* der einen durch die andere Hilfemaßnahme setzt logisch zwingend zumindest eine Teilidentität voraus. Sie nimmt damit Maß an einer Bedarfslage, die bislang zum einen den Tatbestand des § 27 SGB VIII, insbesondere also den erzieherischen Bedarf, ausgefüllt hat, als auch als Rechtsfolge zur Sozialpädagogischen Familienhilfe gem. § 31 SGB VIII geführt hat.

Schließt man nun vom *Wortlaut des § 31 S. 1 SGB VIII* einmal zurück auf den dort vorausgesetzten spezifischen Bedarf²⁵⁷, dann zeigt sich folgendes:

- In diesen Familien liegen Alltagsprobleme vor, die zu bewältigen sind.
- Sie sind gekennzeichnet von Konflikten und Krisen, die gelöst werden müssen.
- Es bestehen Defizite beim Kontakt mit Ämtern und Institutionen, bei denen die Familienmitglieder der Unterstützung bedürfen.
- Es bestehen aber noch Selbsthilfepotenziale, die aktiviert werden können.

Nimmt man die Konzeptpapiere zur Hand (vgl. die Zitate auf S. 73!), zeigt sich, dass der Bedarf der sich aus § 27 i.V.m. § 31 SGB VIII ergibt, die Blaupause für die Definition des Bedarfs eines sozialräumlichen Angebots der verbindlichen Gruppenberatung abgegeben hat. Es ist bis in die Wortwahl der gleiche Bedarf, von Punkt 1 bis Punkt 4, der in den Konzeptpapieren bearbeitet wird.

Es ist danach festzuhalten: Bei den verbindlichen Gruppenangeboten handelt es sich um Hilfen, die den erzieherischen Bedarf des § 27 Abs. 1 SGB VIII i.V.m. § 31 SGB VIII voraussetzen.

(3) Freiwilligkeit der Inanspruchnahme, Antragstellung

Gleichwohl will die die BASFI nicht zu einer Anwendbarkeit des § 27 SGB VIII gelangen. Hauptargument ist, dass sie die HZE, insbesondere die SPFH, als einen Hilfetypus einstuft, mit dem man die Betroffenen nicht erreicht, weil er hochschwellig sei, insbesondere einen Antrag voraussetze. Man liest:

„Zugangswege:

Die Neuen Hilfen können sowohl niedrigschwellig (ohne ASD Vermittlung) als auch über die Vermittlung durch den ASD zugänglich sein.

Der ASD soll das gesamte Angebotsspektrum nutzen können, um Familien gezielt

- *in Angebote der bestandsfinanzierten Infrastruktur*
- *in ASD-gesteuerte flexible Angebote (SAE Angebote, Neue Hilfen) oder*
- *in HZE*

vermitteln zu können.

Dabei wird zwischen antragsgebundenen Hilfen (HZE) und nicht-antragsgebundenen Hilfen (Infra-

257 Vgl. hierzu Kunkel, SGB VIII, § 27, Rn. 7.

251 Hammer, np 2011, 467-475.

252 Vgl. hierzu oben S. 18.

253 Wiesner SGB VIII, § 27 Rn. 23.

254 Münder/Tammen/Trenczek, FK-SGB VIII, § 27, Rn. 7.

255 Münder/Tammen/Trenczek, FK-SGB VIII, § 27, Rn. 7.

256 Der Titel des Konzeptpapiers der BSG spricht diesen Gedanken klar aus: „Neuen Hilfen als Alternative zur Sozialpädagogischen Familienhilfe (SPFH) – Inhalt und Gestaltung.“

struktur, SAE und Neue Hilfen) unterschieden. Die flexiblen Angebote sind nicht antragsgebunden. Dazu zählen

- niedrighschwellige Angebote ohne und
- verbindliche Angebote mit ASD-Vermittlung.²⁵⁸

Dabei geht sie in rechtlicher Hinsicht aber von einer falschen Annahme aus, nämlich dass HzE von einem Antrag abhinge. Zwar ist es allgemein bekannt, dass die Jugendhilfepraxis Anträge verlangt. Rechtlich geboten, oder gar zwingend ist dies jedoch nicht.

Richtig ist, dass Hilfemaßnahmen den betroffenen Menschen nicht aufgezwungen²⁵⁹ werden dürfen, weil dies der durch Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Menschenwürde widerspricht.²⁶⁰ Zwangsmaßnahmen sind erst ab Erreichen einer Kindeswohlgefährdung gem. § 1666 BGB zulässig.

50 Insoweit ist also die Akzeptanz der Hilfe, eine irgendwie geartete positive Einstellung des oder der Berechtigten zu dieser Hilfe eine Leistungsvoraussetzung für HzE. Nicht zu verwechseln ist diese innere, aber nach außen irgendwie sich äußernde Einstellung jedoch mit der Stellung eines Antrags. Diese Leistungsvoraussetzung eines Antrags – einer einseitigen, empfangsbedürftigen Willenserklärung auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts²⁶¹ – ist nach wie vor – und entgegen der insoweit verfehlten Rechtsprechung des BVerwG²⁶² – im Gesetz nicht zu finden und daher im Jugendhilferecht nicht erforderlich.²⁶³

Selbst wenn man aber einen Antrag für erforderlich halten sollte, wäre daraus nicht abzuleiten, dass der HzE immense verwaltungsrechtliche Hürden vorausgehen müssten, denn auch nach der Gegenauffassung, die einen Antrag für erforderlich hält, wäre nur eine eindeutige Willensbekundung der Personensorgeberechtigung erforderlich²⁶⁴, die etwa auch mündlich oder konkludent²⁶⁵ erfolgen kann; ein nicht gestellter Antrag kann sogar noch nachgeholt werden²⁶⁶. Entscheidend ist nämlich wirklich nur der Gedanke,

258 BSG, Eckpunkte Neue Hilfen, S. 6. Dass dieses Missverständnis in der BASFI offenbar verbreitet ist, zeigt sich auch bei Petersen, standpunkt : sozial 2+3/2011, 153-159 (S. 156), die HzE wegen des angeblich erforderlichen Antrags für hochschwierig hält. Dagegen ist festzuhalten: hochschwierig wird HzE durch die Jugendämter, die Antrag und Hilfeplanverfahren wie einen Hürdenlauf gestalten, statt unkompliziert und unbürokratisch Hilfe zu leisten.

259 Wiesner SGB VIII, § 27 Rn. 26.

260 BVerwGE 1, 159-163; BVerfGE 22, 180-220 (219).

261 Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, § 36, Rn. 12.

262 BVerwGE 110, 320-326.

263 So die hM, vgl. Wiesner SGB VIII, § 27 Rn. 26; Fieseler/Schleicher, GK-SGB VIII (Häbel), § 27 Rdnr. 71; Kunkel LPK-SGB VIII, § 27 Rn. 1; Münder/Tammer/Tranczek, FK-SGB VIII, § 27, Rn. 4; ausführlich Hinrichs, Selbstbeschaffung, S. 165 ff.; aA: Stähr/Hauk/Noftz SGB VIII, § 27 Rn. 66 f.

264 Hierzu Stähr/Hauk/Noftz SGB VIII, § 27 Rn. 66 f.

265 Fieseler/Schleicher, GK-SGB VIII (Häbel), § 27 Rdnr. 71.

266 VGH Mannheim vom 06.03.2007, Az. 12 S 2473/06 = JAmt 2007, 370-371 = EJ 2007, 261-264 mit Anm. Hinrichs.

dass die Hilfe nicht aufgezwungen werden darf.²⁶⁷

Die Anträge freilich, die von der Hamburger Jugendhilfeverwaltung verwendet werden, in denen auch eine Schweigepflichtsentbindungserklärung enthalten ist und in denen Angaben zu den Vermögensverhältnissen verlangt werden – obwohl ambulante Leistungen nicht der Heranziehung zu den Kosten unterliegen – sind durchaus dazu geeignet, Schwellenängsten bei den Betroffenen nicht entgegenzutreten, sondern sie erst hervorzurufen.

Insofern wäre an dieser Stelle eine Reform zur Sicherstellung von Fachlichkeit und Rechtmäßigkeit der Jugendhilfeleistung im Sinne einer zeitnahen und unkomplizierten Leistungsgewährung (vgl. § 79 Abs. 2 SGB VIII, § 17 Abs. 1 SGB I) angebracht, nicht aber eine Grundsatzkritik an den §§ 27 ff. SGB VIII und der Einzelfallorientierung der HzE, wie sie sich durch Konzeptpapiere und Globalrichtlinien der BASFI sowie durch Fachaufsätze zu der beabsichtigten Umsteuerung in Hamburg zieht²⁶⁸. Jedenfalls gibt das Argument, Jugendhilfe sei von einem Antrag abhängig, nichts dafür her, einen neuen Hilfetypus zu entwickeln.

Insoweit bleibt festzuhalten: Hilfe zur Erziehung ist wie die Sozialhilfe nicht von einer Antragstellung abhängig; falls man Anträge dennoch verlangt, sind sie auch mündlich und formlos zu stellen. Einer unkomplizierten und raschen Hilfestellung steht dies nicht entgegen.

bb) Rechtsfolge

(1) Geeignete und notwendige Hilfe nach § 27 Abs. 2 S. 1 SGB VIII – Kataloghilfen

Fraglich ist, ob eine Gruppenberatung und -unterstützung Rechtsfolge des § 27 SGB VIII im Rahmen der Kataloghilfen nach § 27 Abs. 2 SGB VIII S. 1 sein können. Falls dies nicht zu bejahen sein sollte, käme noch eine Zuordnung zu den sog. „insbesondere“-Hilfen in Betracht.

Gruppenberatung ist ausdrücklich in den §§ 28-35 SGB VIII nicht geregelt. Die verbindliche Gruppenberatung, wie sie von der BASFI konzipiert ist, hat jedoch eine große Nähe zur Sozialpädagogischen Familienhilfe gem. § 31 SGB VIII. Gruppenangebote können anerkanntermaßen auch eine SPFH gem. § 31 SGB VIII ergänzen.²⁶⁹ Oben wurde auch gezeigt, dass § 31 SGB VIII gewissermaßen „Blaupause“ des Hilfekonzeptes ist, da die Bedarfslage dieser Gruppenberatung weitestgehend identisch mit der ausdrücklich normierten sozialpädagogischen Familienhilfe ist.

267 So dann auch klarstellend BVerwG, Urteil vom 21.06.2001, Az. 5 C 6.00, NDV-RD 2002, 7-9.

268 Etwa Petersen, standpunkt : sozial 2+3/2011, 153-159; Hammer, np 2011, 467-475.

269 Wiesner/Schmid-Oberkirchner, SGB VIII, § 31 Rn. 12.

In seinem Gutachten vom 27.09.2002 hat das DIJuF²⁷⁰ eine Hilfeform, in der Sozialpädagogische Familienhilfe mit zeitweiser stationärer Unterbringung kombiniert wird, als SPFH nach § 31 SGB VIII in einer besonderen Form klassifiziert und auf die genannten Norm gestützt. Argumentiert wurde insoweit damit, dass der Hilfezweck identisch sei, also auch die informell-emotionale alltagspraktische Hilfe und Unterstützung umfasse.

Es heißt dort:

*„Die stationäre Familienarbeit hat genau diesen Inhalt. Sie dient genauso der informell-emotionalen wie der praktischen Unterstützung. In besonders intensiver Form soll die konstruktive Auseinandersetzung mit dem eigenen Leben angeregt werden und die Problemlösungs- sowie Selbsthilfekompetenz der Familien aktiviert und dauerhaft stabilisiert werden.“*²⁷¹

Überträgt man diese Überlegung auf die von der BASFI konzipierte Hilfeform, spricht dies für eine Zuordnung zu § 31 SGB VIII.

Dagegen spricht jedoch, dass die Hilfe den Adressaten „ferner“ bleibt, als eine SPFH, insbesondere nicht in den Privatbereich der Familie hineinreicht, oder, wie die vom DIJuF überprüfte Hilfeform, den Privatbereich der Unterbringung über Nacht nicht umfasst. Die Hilfe ist insoweit also weniger intensiv konzipiert. Es handelt sich, jedenfalls wenn man die Hilfe deutlich von den „verbindlichen Einzelhilfen“ der „Neuen Hilfen/SHA“ abgrenzt, um eine sog. Komm-Struktur, bei der die Betroffenen zu einer Beratungsstelle gehen, statt von Sozialarbeitern in Geh-Strukturen in ihrem familialen Privatbereich aufgesucht zu werden. Geht man ferner von einer Hilfeintensität bei Gruppenangeboten von mindestens sechs Kontakten im Quartal bis zu einem Kontakt pro Woche bei Stammnutzer/innen und einer mittleren Bezugszeit von 15 Sitzungen aus²⁷², dann fehlt es wohl an der Voraussetzung des § 31 S. 2 SGB VIII, wonach die Hilfe „in der Regel auf längere Dauer ausgelegt“ ist. Die durchschnittliche Dauer von SPFH pendelt nämlich um 17 Monaten,²⁷³ also deutlich länger als die verbindliche Gruppenberatung nach Konzeption der BASFI.

Insoweit besteht nach der Seite der Hilfeintensität und der äußeren Organisation der Hilfe eine deutliche Nähe zu § 28 SGB VIII, der Erziehungsberatung. Die Hilfe als besondere Form der Erziehungsberatung unter § 28 SGB VIII zu subsumieren, erscheint aber angesichts der oben beschriebenen anderen Zweckrichtung – informell-emotionale Unterstützung und alltagspraktische Hilfe – auch nicht sachgerecht. Weitere in

270 DIJuF, Rechtsgutachten vom 27.09.2002, Az. J 3.314 My, JAmt 2002, 451-454.

271 DIJuF, ebd. S. 451.

272 BSG, Neue Hilfen – Inhalt und Gestaltung, S. 11.

273 Wiesner/Schmid-Oberkirchner, § 31 Rn. 18, Helming, Blüml, Schattner, SPFH-Handbuch S. 7 und 15.

Betracht kommende Hilfearten sind nicht ersichtlich.

Der Verfasser sieht daher keine Möglichkeit, die verbindliche Gruppenhilfe im Rahmen des Konzeptes der „Neuen Hilfen/SHA“ einer bestehenden Hilfeart nach den §§ 28-35 SGB VIII der HzE als deren besondere Form zuzuordnen.

(2) Geeignete und notwendige Hilfe nach § 27 Abs. 2 S. 2 SGB VIII – „insbesondere“-Hilfen

In Betracht kommt jedoch eine Zuordnung zu den „insbesondere“-Hilfen. Diese ergeben sich, weil der Gesetzgeber durch die Verwendung des Wortes „insbesondere“ in § 27 Abs. 2 S. 1 SGB VIII deutlich macht, dass durchaus weitere Hilfearten denkbar sind²⁷⁴, als die als Regelbeispiele aufgeführten Kataloghilfen.

Es ist ohnehin darauf hinzuweisen, dass juristisch letztlich immer der Einzelfall und sein Bezug zum engeren sozialen Umfeld das Maß der Dinge ist, wie sich aus § 27 Abs. 2 S. 2 SGB VIII ergibt.

Wenn nun eine solche Einzelfallbetrachtung ergibt, dass sich ein – vielleicht auch begleitendes – Gruppenberatungsangebot aus pädagogischer Sicht als die geeignete und notwendige Hilfe darstellt, dann spricht im Grundsatz nichts dagegen, eine solche Hilfe zu gewähren.

Erinnern wir uns, an welche Adressat/innen sich die „Neuen Hilfen/SHA“ richten sollen:

*„Die Neuen Hilfen als Alternative zur SPFH müssen eine große Bandbreite von Altersgruppen und spezifischen Zielgruppen abdecken. So sind Problembereiche von Familien, die den ASD bisher zur Bewilligung einer Hilfe zur Erziehung nach § 31 SGB VIII bewegen, vielfältig und kumulierend. **Überschuldung, relative Einkommens- und Bildungsarmut, soziale Isolation, familiäre Gewalt, unzureichende und eine potentiell gefährdende Versorgung und Erziehung der Kinder** sowie **nicht mehr erkennbare Ressourcen** zählen neben weiteren Aspekten zu solchen Ausgangslagen. Häufig haben diese Familien die Erfahrung gemacht, dass sie nur einen geringen Einfluss darauf haben, was mit ihrem Leben geschieht.*

*Gefühle der Hilflosigkeit und mangelnder Kontrolle führen zu einem Verlust von **motivationaler Kraft und Veränderungsoptimismus, der häufig in Passivität und Rückzug mündet** (vgl. Herriger 2006). (...) Häufig sind **...Ressourcen für sie selbst und für Professionelle nicht mehr sichtbar.**“*²⁷⁵ (Hervorhebungen durch den Verfasser)

Dies ist die Beschreibung der Adressatenkreises für alle Typen der Neuen Hilfen, also den unverbindlichen Gruppenangeboten im Sozialraum, den verbindlichen Gruppenangeboten und den verbindlichen Einzelhilfen. Hier wird noch einmal explizit, dass die

274 Allgemeine Meinung, vgl. nur Wiesner/Schmid-Oberkirchner SGB VIII, § 27 Rn. 29 f.

275 BSG, Neue Hilfen – Inhalt und Gestaltung, S. 2.

BASFI an der SPFH auch bezogen auf den Adressatenkreis Maß nimmt. Für zumindest eine Teilmenge von ihnen sollen die verbindlichen Gruppenangebote die geeignete und notwendige Hilfe darstellen.

Zur weiteren Konzeption der Gruppenangebote liest man:

„3. Ressourcen- und netzwerkorientierte Gruppenangebote:

Die neuen Hilfen müssen sich aus fachlicher Perspektive in ihrer Grundstruktur und Ausrichtung im starken Maße an den Ressourcen der Familien, also jene positiven Potentiale eines Menschen, die eine psychische Integrität, die Kontrolle von Selbst und Umwelt sowie ein umfassendes biopsychosoziales Wohlbefinden sichern, orientieren (vgl. Herriger 2006). (...)

52

*...stehen die Entdeckung **noch ungenutzter Stärken** der Klientinnen und Klienten sowie die Förderung ihrer **Potenziale der Selbstgestaltung im Mittelpunkt**. So ist es das Ziel, Familien mit **Unterstützungsbedarf zu befähigen, ihre Lebenswelt aktiv zu gestalten**. Damit Familien ihr Leben möglichst selbständig regulieren können, müssen bestimmte Lebensbereiche thematisiert und bearbeitet werden* (vgl. Blüml, Helming, Schattner 1994): *So muss sich die Hilfe auf die **Förderung der Elternpersonen, der Eltern-Paar-Beziehung und des Zusammenlebens der Familie** richten. Ebenso zählen eine Verbesserung der Außenkontakte und der außerfamiliären Ressourcen dazu sowie die **Unterstützung im Kontakt mit Behörden und anderen Institutionen**.*“²⁷⁶

„...**Vier Kompetenzfelder:**

1. **Das Feld der Intrapersonalen Kompetenzen**
u.a. Identität, Emotionen, Beruf, Reflexion, Selbstregulation, Selbstverantwortung Gesundheit, Vertrauen

2. **Das Feld der Kompetenzen im familiären Zusammenleben**

- u.a. **Partnerschaft, Bindungsfragen, Verantwortung als Mutter/Vater für das Kind, Alltagsgestaltung und -organisation, familiäre Kommunikation, Gesundheit/Ernährung in Bezug auf das Kind**

3. **Das Feld der Kompetenzen im Sozialraum**
(Freundes- und Bekanntenkreis, Nachbarschaft)

- u.a. **Vertrauen in das Netzwerk (Hilfe annehmen), Netzwerkaktivierung und -aufbau, Verantwortung für das Netzwerk (Aufgaben/Aktivitäten übernehmen)**

4. **Das Feld der Kompetenzen in Bezug auf Institutionen und Einrichtungen** (Kita, Schule, Ämter, Behörden, Beratungsdienste) u.a. **Beziehung/Kommunikation mit den Institutionen Schule, Kindergarten und anderen Einrichtungen sowie Wissensvermittlung beim Umgang mit diesen.**²⁷⁷ (Hervorhebungen durch den Verfasser)

Ad 1: Es erscheint nicht von vornherein ausgeschlossen, dass solche Gruppenangebote aktivieren

und dazu beitragen können, familialer Isolation entgegenzuwirken und „intrapersonale Kompetenzen“ zu fördern. Allerdings muss man sich auch bewusst machen, dass derartige Gruppenangebote auch stigmatisierend wirken können, weil sich das Klientel schon bei Beginn einer Hilfemaßnahme gegenüber anderen Gruppenmitgliedern öffnen und seine Identität – auch in der Nachbarschaft – preisgeben muss. Gerade dieser Punkt hatte ja seinerzeit zur Konzeption der SPFH geführt: Der Aufbau einer Vertrauensbeziehung²⁷⁸ gehört zu den elementaren konzeptionellen Voraussetzungen einer gelingenden SPFH. Eine solche Vertrauensbeziehung wird durch eine Hilfeform, die sich bei identischer Bedarfslage gerade wegen ihres Charakters als Gruppenangebot dieser Thematik gar nicht individuell widmen kann, nur aufs Spiel gesetzt, statt dass sie befördert würde.

Ad 2: Fernerhin soll auch nicht ausgeschlossen werden, dass das „familiäre Zusammenleben“ durch begleitende Gruppenangebote gefördert werden kann. Dass aber „Partnerschafts- und Bindungsfragen“ so ungefähr den intimsten und privatesten Bereich des menschlichen Zusammenlebens betreffen der vorstellbar ist, liegt auch auf der Hand. Damit ist freilich auch klar, dass dies – jedenfalls im Ausgangspunkt – keine Themen für Gruppenangebote sind und schon gar nicht in der Nachbarschaft. Wer von den ins Auge gefassten Adressat/innen würde im Sozialraum preisgeben wollen, dass er oder sie das gemeinsame Kind nicht mag, mit ihm nicht zurechtkommt, von seinen Bedürfnissen überfordert ist? Wer würde gegenüber einem nachbarschaftlichen Umfeld zugeben wollen, dass die Beziehung zum Partner / zur Partnerin zerrüttet ist? Welche von den Frauen gibt zu und steht dazu, dass sie regelmäßig Opfer familiärer Gewalt wird? – Führt man sich die praktischen Lebens- und Problemlagen vor Augen, die in den Familien herrschen, die bislang SPFH erhalten, dann zeigt sich die Absurdität dessen, was sich die „Neuen Hilfen/SHA“ hier mit Gruppenangeboten vornehmen.

Ad 3: Der Bereich der „Kompetenzen im Sozialraum“ erscheint demgegenüber noch am ehesten dazu geeignet, durch die verbindlichen Gruppenangebote bearbeitet zu werden. Allerdings wird auch hier nicht klar, womit die Betroffenen hier befasst werden sollen. Es handelt sich ja gerade nicht um eine unverbindliche Hilfe, bei der die Betroffenen aus ihren eigenen Erwägungen an einer Gruppenberatung teilnehmen, sondern um solche, wo durch verbindliche Strukturen auch unattraktive Inhalte vermittelt werden sollen, also eine Arbeit, die die Betroffenen auch mit Umständen konfrontiert, die sich zwingend ändern müssen.

276 BSG, Neue Hilfen – Inhalt und Gestaltung, S. 3.

277 BSG, Neue Hilfen – Inhalt und Gestaltung, S. 3

278 Zum Vertrauensverhältnis aus Betroffenenperspektive im Bereich der SPFH aktuell und sehr lehrreich: Hofer/Lienhart, Forum Erziehungshilfen 2009, 88-92; Im Übrigen: Helming, Blüml, Schattner, SPFH-Handbuch S. 38 ff.

Wie dies ohne eine individuelle Vertrauensbildung, aber auch ohne den sonst für die Gruppenarbeit werdenden praktischen Nutzeffekt gelingen soll, erschließt sich dem Verfasser nicht. Vielmehr muss befürchtet werden, dass die Betroffenen nicht wissen, warum sie solche Beratungsdienste in Anspruch nehmen sollen, und die Teilnahme nach kurzer Zeit beenden.

Um Missverständnisse zu vermeiden: als begleitendes Angebot zu einer SPFH mag dies ein durchaus sinnvoller Ansatz sein; er würde Alltagskompetenz und sozialen Umgang befördern, vielleicht auch für eine Stärkung des Selbstbewusstseins sorgen können; aber eine tragfähige Folie für die in solchen Lebenslagen und bei diesen Adressaten/innen notwendigen auch unbequemen Wahrheiten stellt dieser Ansatz nicht dar. Insofern stellt ein solches verbindliches Gruppenangebot für sich genommen insgesamt keine geeignete und notwendige Hilfe dar.

An diesem Punkt macht sich im Übrigen ein Gutteil der Kritik der BASFI an der SPFH fest: Man müsse mehr tun, als die Eltern in Erziehungsfragen zu unterstützen heißt es, und damit ist insinuiert, SPFH sei nur für *diese erzieherische* Unterstützung da²⁷⁹, und nicht für die Unterstützung in der Alltagsorganisation, weshalb man eine neue Hilfeform etablieren müsse, mit der man viel mehr den Betroffenen entgegenkomme. Nur: schon das Gesetz sieht die „Bewältigung von Alltagsproblemen“ (§ 31 S. 1 SGB VIII) ausdrücklich vor, wenn es sinnvoll ist, auch in Form von Gruppenarbeit²⁸⁰ – Warum soll also die Hilfe nicht nach § 31 SGB VIII gewährt werden?

Ad 4: Auch der Umgang mit „Institutionen und Behörden“ soll durch Gruppenangebote abgedeckt werden. Diesen Bereich, der in vielen belasteten Familien sicherlich einen großen Problembereich darstellt, allerdings durch Gruppenangebote zu bearbeiten, erscheint ebenfalls fragwürdig. Denn wenn es etwa den Betroffenen schwer fällt, einen SGB II-Antrag auszufüllen, hat dies seine Ursache nicht einfach in mangelndem Durchhaltevermögen oder in Antriebslosigkeit, sondern darin, dass dies in der Tat für einen juristischen Laien nicht einfach ist und voraussetzt, sich die eigene Einkommens- und Vermögenssituation vollständig und zutreffend zu vergegenwärtigen – einer von den Arbeitsagenturen verlangten Leistung, die auch viele Menschen in besseren Lebensverhältnissen nicht ohne weiteres bewältigen. Zusätzlich unterstellt dies eine erneute Befassung mit dem eigenen Scheitern in der Konkurrenz und kommt damit der Forderung gleich, sich dieses Scheitern selber einzugestehen. Hinzu kommt eine Rechtspraxis der Arbeitsagenturen, die

offenbar in weiten Teilen rechtswidrig ist, was zum einen zu der anhaltend hohen Zahl von Klage- und Eilverfahren gegen SGB II-Bescheide führt, zum anderen aber auch zu einer im Bereich des öffentlichen Rechts exorbitant hohen Erfolgsquote dieser Rechtsmittel von einem guten Drittel bis zu mehr als der Hälfte der Verfahren²⁸¹. Insofern führen die mangelhaften Zustände in einem Sozialleistungsbereich dann zu einer Erhöhung des Bedarfs an psychosozialer und auch rechtlicher Beratung in einem anderen Sozialleistungsbereich²⁸². Dies führt dann tatsächlich zu den einschlägigen Defiziten in den betroffenen Familien.

Diese Defizite jedoch in Form von verbindlicher Gruppenarbeit zu bearbeiten, erscheint wenig erfolgversprechend. Was hätte man sich darunter vorzustellen? Einen Kursus im Umgang mit Ämtern oder mit der Schule? Soll geübt werden, wie man einen SGB-II-Antrag ausfüllt? Und: was ist mit den dabei unweigerlich anfallenden personenbezogenen Daten und dem Datenschutz? Sollen die Anträge mit Leer-Daten gefüllt und dann die wirklichen Anträge zuhause alleine mit den echten Daten nachgeholt werden? Oder sollen die personenbezogenen Daten sogleich gemeinsam mit den Nachbarn ausgefüllt und damit im Viertel allgemein bekanntgemacht werden? Es kann sich immer nur entweder um ein gruppenorientiertes, dann aber nur oberflächliches methodisches Vorgehen handeln, das nicht zum eigentlichen Problem vordringt, oder um ein in die Tiefe gehendes Handeln, für das dann die gruppenorientierte Arbeitsweise nicht angemessen ist.

All diese Gegenstände, mit denen die Klientel zu tun hat, an denen sie scheitert, erfordern ein einzelfallbezogenes Vorgehen, das das Vertrauen in die Arbeit der Fachkräfte voraussetzt. Hinzutreten kann dann sicherlich *auch* Gruppenarbeit. Sobald man sich jedoch konkrete Formen der Gruppenarbeit *unabhängig von einer einzelfallorientierten* Hilfe vorstellt, erscheinen sie wenig zielführend.

Auch hier noch einmal zur Vermeidung von Missverständnissen: Dass solche Angebote einzelfallorientiertes Arbeiten *ergänzen* können, soll nicht bestritten werden. Bestritten werden soll, dass bei den zu adressierenden Problemlagen solche Angebote einzelfallorientiertes Arbeiten *ersetzen* können.

(3) Zwischenergebnis

Damit steht fest, dass verbindliche Gruppenange-

281 Vgl. Hamburger Abendblatt vom 11.01.2011 und Kieler Nachrichten vom 21.02.2012.

282 Ein Bereich, den die SPFH nach § 31 SGB VIII übrigens explizit adressieren will, wie ein Blick ins Gesetz zeigt: Unterstützung „im Umgang mit Ämtern und Institutionen...“ heißt es dort. Kein Grund also, diese im Rahmen von SPFH stattfindende Unterstützung ASDs, Fachkräften und freien Trägern als Skandal vorzurechnen, wie geschehen durch Sozialsenator Detlef Scheele auf dem „ZE-PRA-Jahresauftakt Soziale Arbeit“ am Department Soziale Arbeit der HAW am 11.01.2012.

279 Vgl. hierzu Spieker in: BASFI, Infobrief 3, S. 7: rechte Spalte „...nicht nur Unterstützung in Erziehungsfragen.“

280 Wiesner/Schmid-Oberkirchner, SGB VIII, § 31 Rn. 12; dies sieht z.B. nicht: Petersen, standpunkt : sozial 2+3/2011, 153-159 (S. 157).

bote so, wie sie konzipiert sind, nicht Rechtsfolge von § 27 SGB VIII sein können. Sie stellen *nicht die geeignete und notwendige* Hilfe für eine bestehende Bedarfslage nach § 27 SGB VIII dar. Dass sie auch keine Rechtsfolge der §§ 11, 13, 16, 17 und 18 SGB VIII darstellen, wurde oben²⁸³ bereits festgestellt.

Sie sind rechtswidrig, ohne dass es hierfür auf die weiteren Voraussetzungen – die korrekte Sicherstellung des Nachrangs, das Hilfeplanverfahren und das Wunsch- und Wahlrecht und die korrekte Finanzierungsform – noch ankäme. Hierauf soll gleichwohl im Folgenden knapp eingegangen werden.

An dieser Stelle ist festzuhalten: die verbindlichen Gruppenangebote sind durch eine gesetzliche Grundlage nicht gedeckt und sie sind auch nicht als „insbesondere“-Hilfe nach § 27 Abs. 2 S. 1 SGB VIII zulässig. 54 Dadurch, dass sie die an sich vorgesehene Hilfeform für diese Bedarfslage, die SPFH nach § 31 SGB VIII ersetzen, greifen sie in die Rechte und Pflichten der Berechtigten ein, ohne dass hierzu eine gesetzliche Grundlage ersichtlich ist. Damit verstoßen sie gegen den sozialrechtlichen Gesetzesvorbehalt des § 31 SGB I und der Gesamtverantwortung nach § 79 SGB VIII.

(4) Nachrang

In fachlicher Hinsicht führt die BASFI aus:

„Die Neuen Hilfen sind so zu konzipieren, dass im Sinne eines Empowerments eine ‚Fürsorge-Falle‘ verhindert wird, die im schlimmsten Fall die Hilflosigkeit einer Familie oder einzelner Familienmitglieder verstärkt, Passivität hervor ruft und kein Handlungsrepertoire für weitere Krisensituationen mit aufbauen hilft. Dies kann zu einer chronischen Abhängigkeit vom Helfersystem führen und eine wichtige Elternverantwortung verhindern.“²⁸⁴

Dies sind, mit Verlaub, Behauptungen ins Blaue hinein, die eher geeignet sind, die Volksseele gegen „Sozial-Schmarotzer“ aufzubringen und einer großen deutschen Boulevard-Zeitung entnommen sein könnten, als sozialpädagogisch/sozialarbeiterisch haltbare Diagnosen. Dementsprechend können auch keine Studien genannt werden, die dies belegen. Es ist eine Binsenweisheit in der Sozialen Arbeit, dass es höchst problematisch ist, ob die Berechtigten Hilfe auch annehmen wollen. SPFH ist eine unattraktive Hilfe. Soziale Arbeit ist in ihrer Wirksamkeit auf Wille und Bewusstsein ihrer Klienten angewiesen und muss daher für sie Angebotscharakter haben. Die BASFI dreht diesen Zusammenhang um und behauptet, die Klienten würden die Leistungen des Jugendamtes dazu nutzen, sich darauf auszuruhen, weil sie mit diesen Leistungen – speziell der SPFH – keine Gründe mehr

hätten, aus ihrer Notlage herauszukommen, schlimmer noch, sie drohten „chronisch abhängig“ von Helfern zu werden; gerade so, als ob es sich bei einer SPFH um einen Glückszustand handeln würde, der sich infolge Drogengenusses einstellte! – Dieses Verständnis des im Rahmen des erzieherischen Bedarfs zu beachtenden Nachrangs (Eignung und Notwendigkeit) ist abwegig und desavouiert damit durchaus das gesamte Konzept.

Weiter sollen die „Neuen Hilfen/SHA“ auch in einem technischen Sinn *Vorrang vor der Gewährung von HzE* haben; dies geht schon daraus hervor, dass sie HzE vermeiden wollen, um Kosten zu sparen:

„Die neuen Gruppenangebote haben zum Ziel, möglichst vielen Familien in ihrem Sozialraum in Gruppen Unterstützung und Hilfe zur Selbsthilfe zu bieten und **Hilfen im Rahmen von HzE zu vermeiden**.“²⁸⁵

„Die Rahmenbedingungen und Konzepte zur Umsetzung der Neuen Hilfen sowie die mit ihrer Einrichtung verbundenen Steuerungsziele zur **Verringerung der Fallzahlen und Kosten der HzE** werden zwischen der BSG und jedem Bezirksamt in einem Kontrakt vereinbart.“²⁸⁶

„Die BASFI und die Bezirksamter **überprüfen** regelmäßig den **Grad der Zielerreichung der sozialräumlichen Angebote und der Steuerung der Hilfen zur Erziehung**. Sofern festgestellt wird, dass einzelne Angebote die festgelegten Ziele nicht erreichen oder wesentliche Vorgaben nicht beachtet werden, wird zwischen dem Bezirksamt und dem Träger die Umsteuerung des Angebotes verhandelt bzw. die Einhaltung der Vorgaben angemahnt. Wenn nach einem Anpassungszeitraum von sechs Monaten keine Änderung eingetreten ist, hat das **Bezirksamt die Förderung zum Ende des Zuwendungszeitraums einzustellen. Geschieht das nicht, behält die BASFI die auf das Angebot entfallenden Mittel ein**.“²⁸⁷ (Hervorhebungen durch den Verfasser)

Globalrichtlinie und Kontrakte schränken damit die Rechtsanwendung der ASDs in den Bezirksamtern ein, um die günstigeren „Neuen Hilfen/SHA“ anstatt der teureren HzE zu verfügen, bzw. werden Angebotsstrukturen geschaffen, die eine unmittelbare Inanspruchnahme der günstigeren „Neuen Hilfen/SHA“ bei geförderten freien Trägern möglich machen sollen.

Dies ist im Bereich der Einzelfallentscheidung des § 27 SGB VIII eine unzulässige Fiskalsteuerung, da die Gewährung von HzE gerade nicht von den verfügbaren Haushaltsmitteln abhängt, sondern ausschließlich fachlichen Gesichtspunkten gehorchen soll. Gerade dies folgt aus dem Umstand, dass HzE *als Rechtsanspruch* gewährt wird. Es gilt das Primat des Rechts.²⁸⁸

285 BSG, Neue Hilfen – Inhalt und Gestaltung, S. 14.

286 BSG, Eckpunkte Neue Hilfen S. 1.

287 BASFI, Globalrichtlinie J 1.12, S. 10.

288 Vgl. hierzu oben S. 28 u. S. 33.

283 S. 43.

284 BSG, Neue Hilfen – Inhalt und Gestaltung, S. 3.

Dies gilt auch für die korrekte Bestimmung des Nachrangs: Weder gilt im Bereich der *Leistungsverwaltung* des § 27 SGB VIII der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz des Art. 20 Abs. 3 GG²⁸⁹, noch gilt das Gebot, stets die billigste, oder die doch die billigere Hilfe auszuwählen²⁹⁰. Beide Überlegungen finden erst Anwendung, wenn die Hilfe inhaltlich bestimmt und die Frage zu beantworten ist, ob und inwieweit das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten zu beachten ist, vgl. § 5 Abs. 2 S. 1 SGB VIII. Auch gibt es keinen Rechtsgrundsatz der geböte, ambulanten Leistungen stets den Vorrang vor stationären Leistungen einzuräumen²⁹¹.

In all diesen Fällen, in denen es darum geht, eine Entscheidung über Art und Umfang einer Hilfemaßnahme herbeizuführen, will das Gesetz allein das Kriterium der pädagogischen Eignung und Notwendigkeit gelten lassen, nicht jedoch Kostengesichtspunkte. Und es folgt aus dem Begriff der „Notwendigkeit“ auch nicht, zunächst eine weniger einwirkende, oder eine niedrigschwelligere Hilfe „ausprobieren“ zu müssen.²⁹²

Genau dies aber ist die Steuerungslogik der Globalrichtlinie: wenn systematisch umgesteuert werden soll zu günstigeren und niedrigschwelligeren Hilfen, dann gerät die Suche nach der geeigneten und notwendigen Hilfe zu einem „Hürdenlauf“ für die Betroffenen. Dann ist es nämlich für den einzelnen Sozialarbeiter/der Sozialarbeiterin beim ASD nicht mehr möglich, die jeweilige Lage bei den Betroffenen ohne Blick auf etwaige Kosten zu beurteilen, sondern er oder sie wird seine Lagebeurteilung nur nach Maßgabe der Fiskalsteuerung der Globalrichtlinie abgeben können. Jede Hilfe, die sich allein an fachlichen Kriterien orientiert und insoweit rechtlich geboten ist, muss in Kollision zu den Vorgaben geraten, die in den „Kontrakten“ mit den Bezirksämtern und den Zuwendungsbescheiden an die leistungserbringenden freien Trägern enthalten sind.

Es handelt sich damit um eine systematische Verankerung rechtswidriger Verwaltungspraxis bei der Bestimmung des Nachrangs der Hilfe.

(5) *Hilfeplanverfahren*

Die Reform sieht keine Beachtung des Hilfeplan-

289 Kunkel, LPK-SGB VIII, § 27 Rn. 12. Und erst recht nicht gilt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz so, wie ihn die Jugendhilfepraxis bisweilen missversteht: intensivere Hilfen werden hier – wegen der Kosten – gerne mit unverhältnismäßigen Hilfe gleichgesetzt und für rechtswidrig befunden.

290 Dies gilt noch nicht einmal für Ermessensleistungen, ist allerdings umstritten. Vgl. hierzu einerseits Wolf/Bachhoff/Stober/VenwR Bd. 1, § 31, Rn. 52 und Maunz/Dürig GG, Kommentar, Art. 3 Abs. 1, Rn. 456 jeweils unter Berufung auf den haushaltsrechtlichen Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit; andererseits Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehrrecht, 9. Aufl. 1986, S. 381 die jedenfalls einen finalen Sparwillen unter den Ermessensfehler der „sachfremden Erwägung“ subsumieren.

291 Wiesner/Schmid-Oberkirchner, SGB VIII, § 27 Rn. 27; Hauck/Noftz/Stähr, SGB VIII, § 27 Rn. 42; Tammen/Trenczek/Münder FK-SGB VIII, § 27, Rn. 19.

292 Kunkel, LPK-SGB VIII, § 27 Rn. 12.

verfahrens vor, weil sie sich mit der Frage, welche Rechtsgrundlage für verbindliche Sozialleistungen im Sozialraum heranzuziehen ist, nicht ernsthaft auseinandersetzt. Es wird im Unklaren gelassen, ob die §§ 11, 13, 16, 17, 18 SGB VIII als richtige Rechtsgrundlage angesehen werden, oder ob die Leistungen nach den §§ 27 ff. SGB VIII zu gewähren sind. Nach hier vertretener Meinung ist klar, dass vom Tatbestand her die §§ 27 ff. SGB VIII zur Anwendung kommen müssten. Dann aber müsste auch das Hilfeplanverfahren gem. § 36 SGB VIII zur Anwendung kommen. Dies ist in der Reform – soweit ersichtlich – nicht vorgesehen.

Dies macht eine gleichwohl erfolgende Leistungsgewährung auch aus diesem Grunde rechtswidrig, denn das Hilfeplanverfahren ist regelhaft vorgesehen, nur im Ausnahmefall darf es entfallen (vgl. den Wortlaut des § 36 Abs. 2 S. 1 SGB VIII: „sollen“)²⁹³.

(6) *Wunsch- und Wahlrecht*

Gleiches gilt für das Wunsch- und Wahlrecht gem. § 5 SGB VIII. Es ist in der Reform nicht vorgesehen, die Berechtigten in die Wahl des Leistungserbringers und die Ausgestaltung des Leistungsinhalts irgendwie einzubeziehen. Ob dies freilich in der Verwaltungspraxis so durchgehalten würde, wäre eine Frage des Einzelfalls und nicht Gegenstand dieses Rechtsgutachtens. Im Übrigen soll durch Auswahlentscheidung und Zuwendungsfinanzierung ein Trägerangebot zur Verfügung stehen, das mehr oder weniger stark an die sog. „Regeleinrichtungen“ angebunden ist. Insoweit wird den Trägern, die an einer Leistungserbringung interessiert sind, eine Reihe von Vorgaben gemacht, die möglicherweise das Wunsch- und Wahlrecht tangieren.

cc) *Ergebnis*

Damit kann festgehalten werden, dass die verbindlichen Gruppenangebote der „Neuen Hilfen/SHA“ auf der Ebene des Leistungsrechts vollen Umfangs rechtswidrig sind. Sie wären auf die §§ 27 ff. SGB VIII zu stützen, können aber nicht eine geeignete und notwendige Hilfe darstellen. Überdies leiden sie an einer fehlerhaften Bestimmung des Nachrangs und der Nichtbeachtung des Hilfeplanverfahrens.

c) *Leistungserbringungsrechtliche Vorgaben zur Finanzierung verbindlicherer Hilfen im Sozialraum, insbesondere verbindliche Gruppenangebote*

Für die unverbindlichen Bestandteile der „Neuen Hilfen/SHA“ wurde bereits ermittelt, dass insoweit die Zuwendungsfinanzierung gem. § 74 SGB VIII die rechtlich gebotene Finanzierungsform ist. Die „verbindlicheren Leistungen im Sozialraum“, insbesondere: die „verbindliche Gruppenangebote“

293 Hinrichs, EJ 2004, . 191-197.

sind jedoch nicht den objektiven Rechtsverpflichtungen zuzuordnen – wie es das Konzept der „Neuen Hilfen/SHA“ vorsieht –, sondern den Rechtsanspruchsleistungen – wie es hier gezeigt wurde.

Da die Reform daher von unzutreffenden rechtlichen Vorgaben ausgeht, wählt sie auch eine falsche Finanzierungsform. Geboten wäre es demgegenüber, die Leistungen auf der leistungsrechtlichen Ebene nach Maßgabe der §§ 27 ff. SGB VIII auszugestalten und eine Finanzierung über Entgeltvereinbarungen gem. § 77 SGB VIII vorzunehmen.

Es wurde oben ausführlich dargelegt, dass diese Vorgaben zwingend sind²⁹⁴. Diese Vorgaben wurden auch durch die Versuche, Sozialräumliche Steuerungsmodell zu etablieren, nicht erschüttert, sondern vielmehr bestätigt.²⁹⁵ Wollte man daran rütteln, würde dies die bislang geltende Verwaltungsrechtliche Dogmatik zum Rechtsanspruch auf den Kopf zu stellen. Die einzig gangbare Alternative wäre es, den Rechtsanspruch auf Hilfe zur Erziehung mit einem Vorbehalt zur Verfügung stehender Haushaltsmittel zu versehen. Dies wiederum würde zu kaum lösbaren Verfassungskonflikten führen.²⁹⁶ Der Verfasser kommt am Ende des folgenden Punktes noch einmal auf diese Überlegungen zurück.²⁹⁷

Um nun die Leistungsgewährung für *ergänzende* verbindliche Gruppenangebote auf Basis der §§ 27 ff. SGB VIII unkompliziert zu gestalten, könnten die Gestaltungsspielräume, die § 36 SGB VIII beim Hilfeplan und die SGB I und SGB X beim Verwaltungsverfahren bieten, sinnvoll genutzt werden. Über § 36a Abs. 2 SGB VIII könnte zumindest für einen Teil der Leistungen (i.e. solche Leistungen, die wie die ausdrücklich genannte Erziehungsberatung ausgestaltet sind) eine unmittelbare Inanspruchnahme mit einer pauschalierten Form der Fallfinanzierung konstruiert werden. Es bleibt allerdings festzuhalten, dass die von der BASFI präferierte Form der Zuwendungsfinanzierung in diesem, durch Rechtsansprüche gesicherten Bereich nicht statthaft ist und auch nicht durch § 36a Abs. 2 SGB VIII statthaft wird.

3. Verbindliche Hilfen in der familialen Privatsphäre (BASFI, Globalrichtlinie

GR J 1/12 3.1, 3.2, 5.1)

a) Verbindliche Teile der „Frühen Hilfen“ (BASFI, Globalrichtlinie GR J 1/12 3.1)

aa) Methodische und konzeptionelle Ausrichtung

Oben war dargelegt worden²⁹⁸, dass Frühe Hil-

fen konzeptionell aus einer Kombination niedrigschwelliger Hilfen und weiterer verbindlicher Hilfe bestehen, die über den Anwendungsbereich des § 16 SGB VIII hinausgehen. Es geht um

„...Familien in **besonderen Belastungssituationen** und mit **geringen Bewältigungsressourcen**, insbesondere Familien mit **mehreren Risikmerkmalen** (z.B. psychisch kranker Elternteil, suchtblasteter Elternteil, alleinerziehender Elternteil ohne eigenes oder mit geringem Einkommen, Elternteil unter 20 Jahren, Familie ohne ausreichendes privates Unterstützungsnetzwerk, ein Kind der Familie ist fremduntergebracht, Familie mit Migrationshintergrund und mindestens ein Elternteil ohne ausreichende Deutschkenntnisse)...“²⁹⁹ (Hervorhebungen durch den Verfasser)

Weiter geht es um Bedarfslagen, die „Chronischer Vernachlässigung“ vorausgehen.

In solchen Situationen versprechen Programme Früher Hilfen durch sozialarbeiterisch/sozialpädagogische Beratung und verhaltenstherapeutische Unterstützung, aber auch mit Alltagsunterstützung dazu beizutragen, die Bindung von Mutter (und Vater) zum Kind als einem der wesentlichen Resilienzfaktoren zu befördern.

Die Frühe Hilfen sind – einschließlich ihrer intensiveren, verbindlichen Hilfen, in die „Neuen Hilfen/SHA“ integriert worden³⁰⁰. In der Globalrichtlinie GR J 1.10 heißt es:

„Frühe Hilfen sind Bestandteil eines Kinderschutzkonzeptes. Sie bestehen vorrangig aus präventiven Angeboten und **schließen Interventionen zum Schutz des Kindes nicht aus.** (...)“

Aufsuchende und nachgehende Arbeit sind fester Bestandteil des Angebots.

Ziele des präventiven Kinderschutzes

- **Alltagspraktische, sozialpädagogische und beraterisch-therapeutische Hilfen** sollen entsprechend dem Bedarf einer Familie miteinander verknüpft und ggf. mit **kontrollierenden Anteilen** verbunden sein.
- Die **Bindungs- und Beziehungsfähigkeit der Eltern** soll gestärkt und die Qualität der Eltern-Kind-Beziehung verbessert werden.
- Der Zugang zum regionalen Hilfesystem soll erleichtert werden.
- **Chronischer Vernachlässigung soll vorgebeugt werden.**³⁰¹ (Hervorhebungen durch den Verfasser)

Weiter liest man, welche Programme den Leistungsinhalt bestimmen sollen:

- „Starke Eltern – Starke Kinder“ (Elternkurs an 12 Kursabenden zur Vermittlung eines Konzeptes anleitender Erziehung).

294 Vgl. oben S. 31.

295 Vgl. oben S. 34 f.

296 Vgl. oben S. 37.

297 Vgl. unten S. 63.

298 Vgl. oben S. 42.

299 BASFI, Globalrichtlinie GR J 1/12, S. 4.

300 BASFI, Globalrichtlinie GR J 1/12, S. 4 und BSG, Globalrichtlinie GR J 1/10,

301 BSG, Globalrichtlinie GR J 1/10, S. 8 unter 4.2.5.

- „HIPPY“ („Home Instruction for Parents of Preschool Youngsters“, Hausbesuchsprogramm über 18 Monate für die Förderung von Kindern im Alter von 4-5 Jahren aus sozial belasteten Familien mit Migrationshintergrund).
- „Opstapje“ („Schritt für Schritt“, Hausbesuchsprogramm für 18 Monate in Kombination mit einem regelmäßigen Gruppenangebot für Familien mit kleinen Kindern im Alter zwischen eineinhalb und drei Jahren).
- „STEEP“ („Steps Toward Effective Enjoyable Parenting“, Frühinterventionsprogramm für 2 Jahre für erstgebärende Mütter, die unter Hoch-Risikobedingungen leben).

Angebote aus dem Bereich der „Frühen Hilfen“ können unter bestimmten Voraussetzungen ebenfalls im Rahmen der Neuen Hilfen angeboten werden. So müssen auch hier die jeweiligen Kompetenzfelder berücksichtigt werden, sodass eine hilfe- und unterstützungsbedürftige Familie eine Ressource und Netzwerk orientierte Hilfe erhalten kann.³⁰²

Die Angebote zeichnen sich also – mit graduellen Unterschieden – inhaltlich dadurch aus, dass sie sehr weit in die familiäre Sphäre, in den Intimbereich der Adressat/innen vordringen, um schwerpunktmäßig die Eltern-Kind-Bindung zu verbessern und zugleich die Voraussetzungen für einen sozialarbeiterisch-kontrollierenden Blick zu schaffen.

bb) §§ 27 ff. als Leistungsnorm

(1) Tatbestand

(a) Allgemeine Tatbestandsvoraussetzungen

Vom Vorliegen der Personensorgeberechtigung und der Freiwilligkeit der Inanspruchnahme wird hier ausgegangen.³⁰³

(b) Erzieherischer Bedarf

Fraglich ist hier allein, inwieweit bei „Frühen Hilfen“ von einem erzieherischen Bedarf³⁰⁴ ausgegangen werden kann. Die genannten Voraussetzungen werden sicher nicht selten anzutreffen sein. Allerdings darf für die erforderliche Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs des *erzieherischen Bedarfs* nicht einfach auf möglicherweise vorliegende Risiko- oder Belastungsfaktoren abgestellt werden. Dies mag für den Bedarf des § 16 SGB VIII reichen, für § 27 SGB VIII reicht es nicht, weil dann die erforderliche Einzelfallentscheidung nicht getroffen werden kann, bzw. nicht getroffen wird.

Hierzu ein Beispiel. Liegt etwa eine Alkoholabhängigkeit einer alleinerziehenden Mutter bei unsi-

chereren Einkünften, also bei materieller Armut vor, so vermögen diese Umstände für sich allein keinen erzieherischen Bedarf zu begründen; denn eine Einzelfallentscheidung muss den jeweiligen drohenden oder manifesten Mangel in der Persönlichkeitsentwicklung (§ 1 SGB VIII) des Kindes konkret benennen und festhalten. Es fragt sich bezogen auf das Beispiel: wo ist das das *persönlichkeitsbezogene* Defizit? Welches Moment der *kindlichen Entwicklung* ist gefährdet? Worin besteht der *materielle Mangel* für das Kind?

Risikobeschreibungen, die auf statistischen Erhebungen und Rechnungen beruhen, reichen nicht aus, weil sie die Gefährdungslage nur *abstrakt* beschreiben. Von der Erforderlichkeit einer qualitativen Beurteilung der familiären Lage gehen im Übrigen die Fachvertreter von Frühen Hilfen selber aus, wenn sie die Möglichkeit von Resilienzfaktoren beschreiben, die bewirken können, dass trotz einer abstrakten Gefährdungslage für die Kinder keine Mangelsituation vorliegt, weil – etwa durch eine starke Eltern-Kind-Bindung – diese Belastungsfaktoren ausgeglichen werden können. Diese Belastungssituation muss dann im Rahmen des § 27 SGB VIII festgestellt werden.³⁰⁵

Festzuhalten ist damit, dass eine genaue Ermittlung der psychosozialen Situation von Familien mit besonderen Belastungsfaktoren durchaus zu einer Bejahung des Tatbestandsmerkmals „erzieherischer Bedarf“ führen kann, insbesondere dann, wenn man sich vor Augen führt, dass der Leistungstatbestand des § 27 SGB VIII von sich aus bereits präventiv ausgestaltet ist, also nicht erst auf den Eintritt einer Kindeswohlgefährdung gewartet werden darf und muss. Auf der anderen Seite ist zu beachten, dass allgemein schlechte Bedingungen des Aufwachsens eher unter den offen gehaltenen § 16 SGB VIII fallen dürften.³⁰⁶

Insoweit kann also davon ausgegangen werden, dass auch bei den „Frühen Hilfen“ Bedarfssituationen vorliegen, die den Tatbestand des § 27 Abs. 1 SGB VIII erfüllen.

(2) Rechtsfolge

(a) Analoge Anwendung von § 28 oder § 31 SGB VIII oder „insbesondere“-Hilfe gem. § 27 Abs. 2 S. 1 SGB VIII?

Wenn eine Situation gegeben ist, bei der aus fachlichen Gesichtspunkten heraus eine psychosoziale Beratung erforderlich scheint, die im Rahmen Früher Hilfen entwickelt wurde und die den besonderen Problemlagen dieser Klientel Rechnung trägt, dann spricht nichts dagegen diese Hilfe unmittelbar auf § 27 SGB Abs. 2 VIII zu stützen. Es ist aus Sicht des Verfassers rechtsdogmatisch auch nicht statthaft, solche Maßnahmen auf die analoge Anwendung etwa des § 28 SGB VIII (Erziehungs-

302 BSG, Neue Hilfen – Inhalt und Gestaltung, S. 8.

303 Vgl. zur Problematik oben S. 17 u. S. 49.

304 Vgl. zum Begriff S. 18 u. S. 49.

305 Hierzu etwa Suess, STEEP-Programm, S. 194 ff.

306 Vgl. zu den Einzelheiten: Gerlach/Hinrichs/Seligmann/Goll/Nitschke, Rechtsgutachten Frühe Hilfen.

beratung) oder des § 31 SGB VIII (Sozialpädagogische Familienhilfe) zu stützen, da es an der für eine Analogie erforderlichen Gesetzeslücke fehlt: § 27 Abs. 2 ist vom Gesetzgeber wohlweislich so offen formuliert worden, dass das Leistungsangebot der Jugendhilfe stetig den Umständen angepasst und erweitert werden kann.³⁰⁷ Weil es hier überdies um einen Hilfetypus geht, den der Gesetzgeber in der Tat so nicht im Auge hatte und der durchaus eine andere Ausrichtung hat als § 28 oder § 31 SGB VIII, der im Übrigen aber dem Gesetzeszweck, die erzieherischen Voraussetzungen für die Bildung einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit zu erhalten und zu fördern, sollte die Hilfe auf § 27 Abs. 2 S. 1 SGB VIII gestützt werden.

(b) Leistungsinhalt

58 Diese Hilfe kann sodann den Inhalt haben, der in den Programmen zu Frühen Hilfen beschrieben ist, also etwa Beratung und Unterstützung zu Schwangerschaft und Geburt, zu Gesundheit von Mutter und Kind, Alltagsbewältigung, Zusammenleben mit Kindern, und Erziehungsverantwortung. Auch (verhaltens-)therapeutische Leistungen sind denkbar, vgl. insoweit § 27 Abs. 3 SGB VIII, wobei zu betonen ist, dass diese Leistungen eine pädagogische Ausrichtung aufweisen müssen.

Solche therapeutischen Leistungen sind nicht mehr Leistungsinhalt von § 16 SGB VIII, sondern müssen aus Sicht des Verfassers zwingend über § 27 SGB VIII gewährt werden, weil nur § 27 SGB VIII die verwaltungsrechtlichen Instrumente für ein verbindliches und Kontinuität forderndes Hilfesetting bereitstellt. Zu nennen sind hier zum einen die Feststellung des individuellen Bedarfs im Wege einer Einzelfallentscheidung, das Hilfeplanverfahren nach § 36 SGB VIII, und das Wunsch- und Wahlrecht nach § 5 SGB VIII.

(c) Das Beispiel STEEP

Ein Blick auf das Programm STEEP³⁰⁸ mag dies beispielhaft verdeutlichen:

Methodisch-konzeptionell werden durch das Programm STEEP verschiedene Beratungstechniken und therapeutische Veränderungsstrategien eingesetzt, die jeweils auf den Einzelfall zugeschnitten werden. Es seien genannt:

- Der Zugang zur *Verhaltensebene* erfolgt vor allem durch Videoaufnahmen des Umgangs zwischen Eltern und Kind („Seeing Is Believing“). Die Videoaufnahmen illustrieren etwa feinfühlig und nicht-feinfühlig Eltern-Kind-Interaktionen und ermöglichen es beim gemeinsamen Ansehen und

Analysieren, die in der Gedächtnisforschung als prozedurales Gedächtnis beschriebene Gedächtnisform anzusprechen. Darüber hinaus ist die Aussicht, die Aufnahmen später behalten zu können, sehr motivierend für junge Mütter.

- Die *Repräsentationsebene* beinhaltet innere Bilder früherer Bindungserfahrungen. Auf der Repräsentationsebene werden die Identifikationsmodelle und (internen) Arbeitsmodelle der Eltern, welche die Beziehung zu ihren Kindern beeinflussen aufgespielt, analysiert und thematisiert („looking back, moving forward“).
- *Soziale Unterstützungsnetzwerke* sind relevante entlastende Faktoren in der Beziehung zwischen Eltern und Kind, sowie für die langfristig positive Entwicklung des Kindes. Ein weiterer Interventionspunkt ist daher die soziale Unterstützung und der Aufbau entsprechender Netzwerke.
- Der *helfenden Beziehung* wird eine zentrale Bedeutung beigemessen. So wird die Möglichkeit geschaffen, eine verlässliche Beziehung zur STEEP-Beraterin als sichere Basis zu nutzen, eigene Bindungsmodelle zu erkunden und neue Bindungserfahrungen zu sammeln.
- Das gesamte Angebot beruht auf den Grundsätzen der *Freiwilligkeit* und *Vertraulichkeit*.

Der STEEP-Kontakt beginnt mit dem letzten Drittel der Schwangerschaft und endet nicht vor Vollendung des zweiten Lebensjahres des Kindes. Der Kontakt zur STEEP-Beraterin wird dabei in einer zeitlichen Frequenz von einmal pro Woche bei größtmöglicher personeller Kontinuität aufrechterhalten.

- Zunächst wird durch Informationsmaterial und Öffentlichkeitsarbeit einer STEEP-Beratungsstelle für die Inanspruchnahme der Leistungen geworben.
- Darüber hinaus wird versucht, andere Personen, zu denen Mütter aus Hoch-Risik-Verhältnissen Kontakt haben, von der Sinnhaftigkeit eines solchen Angebots zu überzeugen. So werben dann *Ärzte, Hebammen und sonstige Beratungsstellen* für die Inanspruchnahme des Angebots.
- Der *Erstkontakt* mit einer STEEP-Beraterin erfolgt normalerweise durch einen *Hausbesuch* auf freiwilliger Basis; diese Hausbesuche werden in regelmäßigen Abständen wiederholt. In diesem Zusammenhang erfolgen auch die Video-Aufzeichnungen, die im Anschluss gemeinsam angeschaut und ausgewertet werden.
- Parallel dazu beginnen die *Gruppensitzungen*. Ab der Geburt des Kindes werden auch die Väter in diese Sitzungen mit einbezogen.
- Die STEEP-Beraterin führt dabei in etwa vierzehntäglichen Abständen Supervisions-Termine durch.

Es finden sich in der Tätigkeit des STEEP-Beraters/der STEEP-Beraterin damit beratende als auch the-

307 Wiesner/Schmid-Oberkirchner SGB VIII, § 27 Rn. 29 f.; Kunkel, SGB VIII, Rn. 26; dagegen wenig überzeugend: Freitag, ArchSozArb 32 (2001), 99-120.

308 Vgl. im Folgenden zu Methode, Zielsetzung und zeitlichem Rahmen: Erickson, Egeland, Klostermann, Suess, Eltern-Kind-Bindung, (S. 25-118).

therapeutische Elemente, die mit einer alltagsnahen, praktischen Unterstützung und einem Empowerment einhergehen. Die therapeutischen Elemente der Beziehung zwischen STEEP-Beraterin und Mutter sind insbesondere in der Auseinandersetzung mit den internalen Arbeitsmodellen, deren Veränderung ein Ziel von STEEP ist – etwa durch die Integration negativer frühkindlicher Bindungserfahrungen –, gegeben.

Dies ist eine therapeutische Begleitung, die mehr als zwei Jahre dauert, also durchaus über der durchschnittlichen Dauer etwa einer sozialpädagogischen Familienhilfe z.B. nach § 31 SGB VIII liegt³⁰⁹. Dabei zeichnet sich das Programm dadurch aus, dass niedrigschwellige Angebote mit therapeutischen, verbindlichen Angeboten verknüpft werden.

Rechtlich kommt man nun nicht umhin, diese Hilfelemente auf unterschiedliche Anspruchsgrundlagen zu stützen: den ersten Teil, also Netzwerkarbeit bis etwa zum Erstkontakt mit einer STEEP-Beraterin als offenes Angebot der allgemeinen Förderung der Erziehung in der Familie auf § 16 SGB VIII und den zweiten Teil, die individuelle therapeutische Begleitung unter angestrebter Einbeziehung des Kindesvaters auf § 27 SGB VIII. Auf der Ebene des Leistungserbringungsrechts sind solche Angebote dann durch Verträge zwischen dem öffentlichen und dem freien Träger zu verknüpfen.³¹⁰ Dieses Erfordernis stellt sich bei STEEP insofern besonders entschieden, weil das Programm langfristig und sehr stark einzelfallorientiert angelegt ist; der Sache nach ähnlich und nur graduell unterschieden verhält es sich mit den anderen Programmen „Starke Eltern – starke Kinder“, „HIPPI“ und „Opstapje“³¹¹.

Dieser – nicht zuletzt wegen der Rechtsanspruchsgarantie des § 27 SGB VIII – rechtlich gebotenen Ausgestaltung eines Leistungsangebots³¹² der frühen Hilfen genügt die Konzeption der BASFI nicht im Ansatz: Sie will keine Unterscheidung zwischen Rechtsanspruchleistungen und objektiven Rechtsverpflichtungen gelten lassen. Dies ergibt sich daraus, dass die Globalrichtlinie umstandslos von einer Zuwendungsfinanzierung ausgeht, die jedoch nur bei objektiven Rechtsverpflichtungen statthaft ist³¹³.

(d) *Hilfeplanverfahren, § 36 SGB VIII, Wunsch- und Wahlrecht, § 5 SGB VIII*

Hält man am rechtlich gebotenen Maßstab des § 27 SGB VIII fest, wäre weiter das Hilfeplanverfahren und das

Wunsch- und Wahlrecht der Betroffenen zu berücksichtigen.

cc) *Zwischenergebnis*

Damit ergibt sich das paradoxe Ergebnis, dass hier zwar eine fachlich geeignete und wünschenswerte Leistung angeboten und finanziert wird, die auch, einen entsprechenden Fall vorausgesetzt, die rechtlich gebotene Hilfe sein kann. Die Hilfe, die Betroffenen nach der Globalrichtlinie erhalten, ist aber nicht die „geeignete und notwendige Hilfe nach dem Bedarf im Einzelfall“ des § 27 SGB VIII, samt des Hilfeplanverfahrens, auf die sie einen Rechtsanspruch haben, sondern es ist die „allgemeine Förderung der Erziehung in der Familie“ des § 16 SGB VIII. Die BASFI geht von der falschen Rechtsgrundlage aus, wenn sie die Leistungen per Zuwendung finanzieren will und missachtet damit die Gesamtverantwortung des § 79 SGB VIII und den Gesetzesvorbehalt des § 31 SGB I.

Wie sich zeigen wird, handelt es sich hier nicht um einen rein akademischen Streit, sondern affiziert über das Leistungserbringungsrecht auch das Leistungsrecht.

b) **„Verbindliche Einzelhilfen“ (BASFI, Globalrichtlinie GR J 1/12 3.2, 5.1)**

aa) *Methodische und konzeptionelle Ausrichtung*

Die verbindlicheren Leistungen im Sozialraum, insbesondere die Gruppenangebote, waren oben als rechtswidrig bezeichnet worden. Der Grund für diese Rechtswidrigkeit lag darin, dass die Hilfen für einen Bedarf konzipiert sind, der jenem des § 27 Abs. 1 SGB VIII entspricht, jedoch nur Gruppenangebote vorhält, die zwar eine größere Verbindlichkeit herstellen sollen als Hilfen der §§ 11, 13 und 16 SGB VIII, aber ohne Einzelfallentscheidung auskommen sollen.

Kommen wir nun zu den Hilfebestandteilen, an die die Gruppenangebote „andocken“ sollen. Sie sollen ein höheres Maß an Verbindlichkeit aufweisen und durchaus in die familiäre Sphäre hineinwirken sollen: den sog. „verbindlichen Einzelhilfen“. Man liest zu ihnen:

„Eine verbindliche Hilfe ist eine zielgerichtete, zeitlich befristete, strukturierte, intensive Begleitung einer Familie, eines Kindes/Jugendlichen/jungen Volljährigen. Die Fachkräfte ASD oder die Fachkräfte des Trägers treffen eine schriftlich fixierte Vereinbarung mit Hilfesuchenden über Anlass, Ziele, Handlungsschritte zur Zielerreichung, Erfolgskriterien Dauer der Unterstützungsleistung sowie eine gemeinsame Schlusseinschätzung.“³¹⁴

„Verbindlichkeit im Rahmen der Neuen Hilfen

Damit ein bestmöglicher Kinderschutz geboten und eine Umsteuerung von Einzelfallhilfen hinzu Gruppenangeboten erreicht wird, ist für die Neuen Hilfen ein hohes Maß an Verbindlichkeit notwendig. Hierfür ist

314 Globalrichtlinie Sozialräumliche Angebote S. 8 unter 5.1

309 Helming, Blüml, Schattner, SPFH-Handbuch S. 7 und 15.

310 Vgl. zu den Einzelheiten: Gerlach/Hinrichs/Seligmann/Goll/Nitschke, Rechtsgutachten Frühe Hilfen.

311 BSG, Neue Hilfen – Inhalt und Gestaltung, S. 8.

312 Vgl. oben S. 21.

313 Vgl. oben S. 31.

eine klare, **schriftlich fixierte Vereinbarung** zwischen:

- Jugendhilfeträger und der Familie,
- ASD und Familie und
- zwischen ASD und Jugendhilfeträger

eine wichtige Voraussetzung. Damit soll erreicht werden, dass die Hilfen von Beginn an mit ihren einzelnen Schritten und den anvisierten Zielen für alle Beteiligten im hohen Maße transparent sind.

Hierfür werden mit jeder Familien überprüfbare Ziele formuliert. Wichtig ist ebenso die Entwicklung von **individuellen Erfolgskriterien** an denen sowohl die einzelnen Familienmitglieder als auch die Fachkräfte erkennen können, ob mit dem Angebot die intendierten Entlastungen und Problemlösungen erreicht werden können.

Der Träger **kommuniziert in engen Abständen den Hilfeverlauf mit dem ASD**. Es wird immer wieder bilanziert, ob die Hilfe auch das erzielt, was vorab gemeinsam mit der Familie vereinbart wurde. **Bei Bedarf muss die Hilfe modifiziert** werden.

Neben dem Umsetzungsverfahren und der damit verbundenen Basisdiagnostik hat der ASD bei der Umsteuerung in die Neuen Hilfen die zentrale Aufgabe, eine kontinuierliche Bedarfsanalyse im Ortsteil oder im Sozialraum durchzuführen. Nur so kann eine zielgruppenorientierte Zusammenführung in Gruppen von Familien mit Unterstützungsbedarf gelingen.³¹⁵

Es werden also in hohem Maße verbindliche Ziele und Erfolgskriterien zwischen den Beteiligten schriftlich vereinbart. Dies erfolgt individualisiert, also bezogen auf den jeweiligen Einzelfall.

„[Die sozialräumliche Angebotsstruktur] ...ermöglicht dem ASD und anderen Institutionen, Familien in Angebote zu vermitteln, die sowohl **niedrigschwellig zugänglich sind als auch verbindliche Einzelhilfen vorhalten**, um auf vielfältige Problemlagen von Familien mit einem breiten methodischen Instrumentarium reagieren und sie bedarfsgerecht unterstützen zu können.“³¹⁶

Daraus ist im Umkehrschluss zu entnehmen, dass die verbindlichen Hilfen, nach dem Verständnis der BASFI, nicht mehr zu den niedrigschwelligen Hilfe gehören, also bereits intervenierenden Charakter aufweisen.

„(...) sollen in der aktuellen Ausbauphase stärker als bisher **verbindliche Einzelhilfen durchgeführt werden**. Dieser Akzent wird betont mit der Bezeichnung Sozialräumliche Hilfen und Angebote...“³¹⁷

Man nimmt damit zur Kenntnis, dass die verbindlichen Einzelhilfen einen Schwerpunkt des ganzen Umsteuerungsprogramms darstellen sollen.

„Sozialräumliche Angebote nutzen, ergänzen oder erweitern die vorhandene Infrastruktur

des Sozialraums. Sie verbinden sie mit Angeboten, die auf **individuelle erzieherische Bedarfe ausgerichtet sind und kombinieren damit offene Angebote mit aufsuchender Arbeit**.“³¹⁸

Hier wird noch einmal ausdrücklich bestätigt, dass es um den „erzieherischen Bedarf“ geht.

Zum Inhalt der Hilfe wird zunächst nach oben verwiesen, die „Vier Kompetenzfelder“ wurden bereits ausführlich dargestellt³¹⁹.

Zu ergänzen sind hier jedoch die intensive Gruppenangebote, die im Zusammenhang mit verbindlichen Einzelhilfen angeboten werden sollen:

„Für den Bereich der **Gewaltprävention** sind dies mehrere schon erprobte und teilweise bestehende Hilfeangebote, die ausgebaut und ggf. konzeptionell weiter entwickelt bzw. regional angepasst werden sollen‘. Hierzu zählen die verbindlich sozialräumlich vernetzten Jugendhilfeangebote:

- **PEP (Eltern- und Erzieherkurse kombinierbar für Kinder von ca. 3 bis 10 Jahren mit ausgeprägt expansivem Verhalten)**
- **Triple P (Einzeltraining für Eltern von Kindern bis 12 Jahren) kombinierbar mit anderen Angeboten, vor allem der Gewaltprävention**

In Kooperation zwischen ASD, Jugendhilfeträgern, REBUS und Schulen sollen außerdem Gruppen für Kinder mit **intensiver begleitender Elternarbeit** und enger Zusammenarbeit mit den verantwortlichen Lehrkräften auf der Basis folgender Programme als Bausteine eingesetzt werden, sofern mit ergänzenden Maßnahmen die anderen Kompetenzfelder einbezogen werden:

- **EFFEKT (Kinder- und Elternkurse kombiniert für Kinder von ca. 5-8 Jahren),**
- **Sozialtraining (nach Petermann) für Kinder von 8-12 Jahren und**
- **Cool in School® für Kinder und Jugendliche von 12-15 Jahren.**³²⁰

bb) §§ 27 ff. als Leistungsnorm

(1) Tatbestand

(a) Allgemeine Tatbestandsvoraussetzungen

Vom Vorliegen der Personensorgeberechtigung und der Freiwilligkeit der Inanspruchnahme wird auch hier ausgegangen.³²¹

b) Erzieherischer Bedarf

Es unterliegt nach den Zitaten aus den Konzeptpapieren und der Globalrichtlinie keinerlei Zweifel, dass die „verbindlichen Einzelhilfen“ auf den erzieherischen Bedarf des § 27 Abs. 1 SGB VIII gemünzt sind.

318 Globalrichtlinie Sozialräumliche Angebote S. 3.

319 Vgl. oben S. 51.

320 BSG, Neue Hilfen, Inhalt und Gestaltung S. 10.

321 Vgl. zur Problematik oben S. 17 u. S. 48

315 BSG, Neue Hilfen – Inhalt und Gestaltung, S. 9.

316 BSG, Eckpunkte Neue Hilfen, S. 1.

317 Spieker in Infobrief 3, S. 6 linke Spalte.

Sie sollen genau diesen Bedarf befriedigen. Sie sollen aber, genau wie oben bei den verbindlichen Teilen der frühen Hilfen, nicht erkennen lassen, dass sie diesen Bedarf befriedigen sollen. Es wird sich sogleich zeigen, was der Grund für diese seltsame Zurückhaltung ist.

(2) Rechtsfolge

Es ist die geeignete und notwendige Hilfe nach § 27 Abs. 2 S. 1 zu bestimmen.

(a) SPFH nach § 31 SGB VIII

Als geeignete und notwendige Hilfe kommt hier wieder die SPFH nach § 31 SGB VIII in Betracht. Genau wie beim soeben geprüften erzieherischen Bedarf handelt es sich bei den verbindlichen Einzelhilfen um eine bereits im Gesetz genannte Sache, nämlich der SPFH. Dies ist nach Konzept und methodischem Vorgehen mit Händen zu greifen. Alle vier Kompetenzfelder, die genannt werden, entsprechen der Ausrichtung der SPFH. Dies wurde oben bereits zu den verbindlichen Gruppenangeboten nachgewiesen.³²²

(b) Soziale Gruppenarbeit nach § 29 SGB VIII

Die intensiven Gruppenangebote, die an die verbindlichen Einzelhilfen „andocken“ sollen, dürften, gerade weil sie sich unmittelbar auf die Kinder und Jugendlichen beziehen, ohne weiteres auf § 29 SGB VIII zu stützen sein. Derartige Gewaltprävention durch die Jugendhilfe wird stets auf diese Norm gestützt, für solche verhaltenstherapeutischen Unterstützungsleistungen wurde die Norm geschaffen. Es besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass sich Leistungen nach § 29 SGB VIII auch an jüngere Kinder richten können, wenn dies fachlich begründet ist.³²³

(c) Nachrang

Dass der Nachrang rechtsfehlerhaft bestimmt ist, weil sich die angebotene Hilfe nicht am fürsorglichen Bedarf orientiert, ist oben bereits festgestellt worden.³²⁴

(d) Hilfeplanverfahren, § 36 SGB VIII, Wunsch- und Wahlrecht, § 5 SGB VIII

Das Wunsch- und Wahlrecht findet in den Konzeptpapieren keine Erwähnung hinsichtlich der verbindlichen Einzelhilfen. Insofern bleibt hier wiederum nur der Hinweis, dass hier erst die leistungserbringungsrechtlichen Vorgaben zur Finanzierung in den Blick zu nehmen sind, weitere Einzelheiten jedoch der Überprüfung des jeweiligen Einzelfalls vorbehalten bleiben.

Bemerkenswert ist jedoch das Verfahren, das die

„Neuen Hilfen/SHA“ für die verbindlichen Einzelhilfen vorgesehen haben. Es ist nämlich offenbar auch hier so, dass die Architekten des Umsteuerungsprogramms – wie bei Bedarf und Leistungsinhalt – das Gesetz als Blaupause genommen und das Hilfeplanverfahren des § 36 SGB VIII schlicht kopiert haben, ohne es dann auch Hilfeplanverfahren zu nennen. Sie setzen offenbar auf die Leistungen des Hilfeplanverfahrens, nämlich die Stiftung von Verbindlichkeit und Akzeptanz, ohne sich an seine Notwendigkeiten – Partizipation, kooperativer pädagogischer Prozess, Aushandlung – halten zu wollen. An deren Stelle tritt dann ein deutlich stärker betonter Kontrollgesichtspunkt. Resultat ist am Ende dann nur noch eine Art verballhornte Hilfeplanung, die den Betroffenen etwas abverlangt, ohne bei der Hilfe auf ihre Freiwilligkeit zu setzen.

cc) Ergebnis

Damit ist klar, was die verbindlichen Einzelhilfen und die intensiven Gruppenangebote der Sache nach sind: sie sind verkappte Formen von Sozialpädagogischer Familienhilfe und Sozialer Gruppenarbeit nach §§ 31 und 29 SGB VIII. Die BASFI schlägt allen Ernstes vor, Leistungen ihrem Inhalt nach abzuschmelzen, indem die Einzelfallorientierung des § 27 SGB VIII durch eine Art Um-Etikettierung aufgegeben und durch eine vereinfachte Hilfe mit größeren Gruppenanteilen ersetzt werden soll. Hier ist auch nicht mehr von einer rechtsfehlerhaften Anwendung des Nachranggrundsatzes auszugehen, sondern von dem schlichten Ersatz geltenden Gesetzesrechts durch Verwaltungsvorschriften. So gesehen lesen sich die einschlägigen Globalrichtlinien und Konzeptpapiere wie die Anweisung, das SGB VIII und seine Vorgaben *praktisch auszuhebeln*.

In der Tat scheint hier so deutlich wie nirgends sonst der Ausgangspunkt und Zweck des ganzen Reformprogramms konzeptionell durch: der Ersetzung des für zu teuer befundenen ambulanten Hilfetyps SPFH, wie ja bereits der Name des entsprechenden Konzeptpapiers anzeigt³²⁵. Aber dabei bleibt es nicht. Nicht nur die Einzelfallorientierung der gesetzlich verankerten Erziehungshilfen stört das Reformprogramm, sondern auch der Umstand, dass Hilfe zur Erziehung als Rechtsanspruch zu gewähren ist. Daher das Bestreben der BASFI, keine Rechtsgrundlagen zu nennen und zugleich für die Finanzierung ausschließlich Zuwendungen vorzusehen. Fielen nämlich die verbindlichen Einzelhilfen und die intensiven Gruppenangebote nicht unter den Tatbestand der Hilfen zur Erziehung, könnte man sie als objektiver Rechtsverpflichtung den §§ 11, 13 und 16 SGB VIII zuord-

322 Vgl. oben S. 51.

323 Hauck/Noftz/Stähr, SGB VIII, § 29 Rn. 5 ff.; Kunkel, LPK-SGB VIII, § 29, Rn. 11 ff.; Münder/Struck Trenczek, FK-SGB VIII, § 29, Rn. 1; aA wohl Wiesner/Schmid-Oberkirchner SGB VIII, § 29, Rn. 5.

324 Vgl. oben S. 61.

325 Ausgeschrieben: „Neuen Hilfen als Alternative zur Sozialpädagogischen Familienhilfe (SPFH) – Inhalt und Gestaltung“, Konzeptpapier der BSG vom 09.07.2010

nen und würde auf diesem Wege der kostspieligen Entgeltfinanzierung des § 77 SGB VIII entkommen.

Auch dies ist mit geltendem Recht nicht in Einklang zu bringen. Die sozusagen „unter der Hand“ betriebene Umsteuerung missachtet die Vorgaben des § 27 SGB VIII zur Einzelfallorientierung und seinen Rechtsanspruchcharakter sowie die inhaltlichen Vorgaben der §§ 29 und 31 SGB VIII. Die verbindlichen Einzelhilfen und die intensiven Gruppenangebote der „Neuen Hilfen/SHA“ verstoßen damit gegen die Gesamtverantwortung des § 79 SGB VIII und gegen den Gesetzesvorbehalt des § 31 SGB I. Sie sind rechtswidrig.

Den Sozialarbeiterinnen und Sozialarbeitern in der Hamburger Jugendhilfe – übrigens bei freien und öffentlichen Trägern – ist dazu sehr schnell ein passendes Schlagwort eingefallen: Die „Neuen Hilfen/SHA“ werden dort als „SPFH light“ bezeichnet.

62

c) Leistungserbringungsrechtliche Vorgaben zur Finanzierung von verbindlichen Hilfen und sozialräumlichen Angeboten

Nach dem obigen Ergebnis ist klar, dass sich Überlegungen zur Finanzierung der „verbindlichen Einzelhilfe“ und der verbindlichen frühen Hilfen eigentlich erledigt haben: Es wäre absurd zu überlegen, wie leistungserbringungsrechtlich rechtswidrige Leistungen leistungserbringungsrechtlich rechtmäßig finanziert werden können.

Andererseits stellt sich natürlich die Frage, wie Leistungen nach den §§ 27, 29 und 31 SGB VIII und auch Leistungen im Vorfeld solcher Hilfen so zur Verfügung gestellt werden können, dass die Berechtigten sie auch in Anspruch nehmen, was in der Jugendhilfe bekanntermaßen ein Problem darstellt. Dafür müssen natürlich die Hilfen auch besser verzahnt werden.

aa) Im Bereich der Hilfen zur Erziehung

Denkt man darüber nach, wie verbindliche Leistungen in der familialen Privatsphäre im Bereich der Hilfen zur Erziehung zu finanzieren sind, ist die Antwort eigentlich einfach und klar: es regiert der Rechtsanspruch und damit das jugendhilferechtliche Dreiecksverhältnis.

Um die Leistungsgewährung unkompliziert zu gestalten, könnten die Gestaltungsspielräume, die § 36 SGB VIII beim Hilfeplan³²⁶ und die SGB I und SGB X beim Verwaltungsverfahren bieten, sinnvoll genutzt werden. Über § 36a Abs. 2 SGB VIII könnte zumindest für einen Teil der Leistungen (i.e. solche Leistungen, die wie die ausdrücklich genannte Erziehungsberatung ausgestaltet sind) eine unmittelbare Inanspruchnahme mit einer pauschalierten Form der Fallfinanzierung konstruiert werden. Es bleibt allerdings festzuhalten, dass die von der BASFI präferierte Form der Zuwen-

³²⁶ Vgl. etwa Hinrichs, EJ 2004., 191-197.

dungsfinanzierung in diesem – durch Rechtsansprüche gesicherten Bereich – nicht statthaft ist und auch nicht durch § 36a Abs. 2 SGB VIII statthaft wird. Auch eine Trägerauswahl zur Angebotssteuerung wird hierdurch nicht ermöglicht. Es wird insoweit auf die ausführlichen Ausführungen zur Entgeltfinanzierung verwiesen.³²⁷

Voraussetzung hierfür wäre freilich eine angemessene Stärkung des ASD durch Aufstockung des Personals und sinnvolle Begrenzung der Fallzahlen. Eine Stärkung, die nicht aus Mitteln der Hilfe zur Erziehung zu nehmen wäre, sondern als allgemeine Stärkung der Leistungsverantwortung des öffentlichen Trägers, der eben nicht nur Kostenträger ist, sondern Leistungsträger sein muss.³²⁸

bb) Im Bereich objektiver Rechtsverpflichtungen

Parallel zu diesen Leistungen können – dies wurde gezeigt – Leistungen im Sozialraum als unverbindliche Leistungen gewährt werden. Diese sind dann über Zuwendungen – oder, wenn man das Vergaberecht nicht scheut – über gegenseitige Leistungsverträge zu finanzieren.³²⁹

cc) Verzahnung beider Bereiche

Hier nur als Andeutung: Nichts spricht dagegen, solche Leistungen dann so zu organisieren, dass sie gegenüber den Berechtigten als *einheitliche Verbundleistungen* erscheinen. Entsprechende Kombinationen durch vertragliche Vereinbarungen zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern werden durchaus praktiziert, etwa im Bereich der Frühen Hilfen, oder auch im Bereich der Frühförderung.³³⁰

Ein solcher gesetzesausfüllender Umgang mit den Hilfen zur Erziehung und möglichen Hilfen im Vor- und Umfeld von Hilfen zur Erziehung – der als Lebensweltorientierung in mehreren Bestimmungen der §§ 27 ff SGB VIII zum Ausdruck kommt und eine Verknüpfung nahe legt³³¹ – scheint nicht bezweckt zu sein. Dies wäre doch relativ einfach zu bewerkstelligen; dafür bräuchte man keine „Umsteuerung“ und keine „Kontrakte“ mit den Bezirken, die faktisch wie eine Deckelung der Mittel wirken.

Bezweckt ist eben eine – zumindest relative – Reduzierung der Mittel, die in die Betreuung von Familien, in denen das Kindeswohl gefährdet ist, fließen – dies war ja der Ausgangspunkt der Reform.

³²⁷ Vgl. oben S. 21.

³²⁸ BVerwGE 112, 98-106 (102).

³²⁹ Siehe oben S. 24.

³³⁰ Vgl. hierzu Gerlach/Hinrichs/Seligmann/Goll/Nitschke, Rechtsgutachten Frühe Hilfen im Auftrag des Nationalen Zentrums Frühe Hilfen.

³³¹ Vgl. oben S. 15 u. 20

III. Statt eines Fazits: Wie der haushaltspolitische Ausgangspunkt mit der Rechtsbindung in Konflikt gerät

1. Der Zusammenhang der „Neuen Hilfen“ mit dem sozialräumlichen Steuerungsmodell

Die BASFI missachtet zwingende rechtliche Vorgaben³³² bei der Organisation der „Neuen Hilfen/SHA“ im Leistungs- und Leistungserbringungsrecht, nur die Stärkung der unverbindlichen Teile der Reform ist mit geltendem Recht in Einklang zu bringen. Diese Vorgaben sind durch die Versuche, sozialräumliche Steuerungsmodelle zu etablieren, nicht erschüttert, sondern bestätigt wurden.³³³ Wollte man an ihnen rütteln, würde dies die bislang geltende verwaltungsrechtliche Dogmatik zum Rechtsanspruch, wie ausgeführt, auf den Kopf zu stellen. Die einzig rechtstechnisch gangbare Alternative wäre es, den Rechtsanspruch auf Hilfe zur Erziehung irgendwie mit dem Vorbehalt zur Verfügung stehender Haushaltsmittel zu versehen oder ihn gänzlich abzuschaffen. Dies wiederum würde zu kaum lösbaren Verfassungskonflikten führen.³³⁴

Woran bislang alle sozialraumorientierten Steuerungsmodelle in der Jugendhilfe bei den Verwaltungsgerichten gescheitert sind³³⁵, nämlich der Budgetierung und/oder Deckelung des Bedarfs, soll also nun in zwei Schritten überwunden werden: der erste Schritt besteht in einer Umsteuerung weg vom Rechtsanspruch auf Hilfe zur Erziehung hin zu Leistungen, die entweder im Gesetz nicht genannt werden, oder lediglich als objektive Rechtsverpflichtung normiert sind; der zweite Schritt besteht in der Zuwendungsfinanzierung, die nach weit überwiegender Meinung innerhalb von Literatur und Rechtsprechung³³⁶ eben erst dann zulässig wird, wenn mit ihr keine Rechtsansprüche finanziert werden sollen.

Während man jedoch bei den Gruppenangeboten in der familialen Privatsphäre zumindest allen guten Willen zusammen nehmen und annehmen kann, hier sei einfach eine rechtlich falsche Zuordnung von Hilfetypen zu einem Finanzierungssystem vorgenommen worden, erscheint dies bei den verbindlichen Einzelhilfen ausgeschlossen. Sie sind, wie soeben dargelegt wurde, konzeptionell darauf angelegt, im Kernbereich der Hilfe zur Erziehung einen anderen Hilfetypus zu schaffen, um die Hilfen zur Erziehung als rechtsanspruchsgesicherte Leistung zu ersetzen und faktisch auszuhebeln. So gesehen passt dann der Satz in der Globalrichtlinie: *„Rechtsansprüche aus dem*

*SGB VIII bleiben unberührt“*³³⁷ als *Dementi* durchaus zum dahinter stehenden politischen Programm, „... durch eine Änderung der Rechtsgrundlagen im SGB VIII“... „kommunalpolitische *Handlungsfähigkeit für die Ausgestaltung von Jugendhilfeleistungen zurück zu gewinnen*“ und „den Rechtsanspruch vorrangig durch eine Gewährleistungsverpflichtung des öffentlichen Jugendhilfeträgers zu erbringen (...) *Der Rechtsanspruch würde* damit durch ein verpflichtendes infrastrukturelles Angebot erfüllt werden.“³³⁸ Dies ist der jugendhilfepolitische Kern der „Neuen Hilfen/SHA“: Die in den Hamburger Familien entstehenden Bedarfe steigen und führen zu einem erheblichen Kostendruck. In der Entgeltfinanzierung laufen diese Kosten unmittelbar bei der Stadt auf, weil sie – dem Bedarfsdeckungsgrundsatz des Fürsorgerechts folgend – in tatsächlicher Höhe zu tragen sind. Anders dagegen bei der Zuwendungsfinanzierung: hier sind die verfügbaren Haushaltsmittel explizit als Ermessensgrenze im Gesetz genannt. Gäbe es einen Weg in die Zuwendungsfinanzierung, dann gäbe es hier erhebliches Einsparpotenzial.

Die BASFI versucht daher mit allen Mitteln aus der Entgeltfinanzierung zu entkommen. Sie nimmt es dabei sogar in Kauf, durch Erfindungen wie den „verbindlichen Einzelhilfen“ den Boden eines halbwegs gesicherten juristischen Terrains zu verlassen. Dies zeigt, wie radikal der Bruch ist, der hier angestrebt wird.

Allerdings: der jugendhilfepolitische Reformeifer war bereits vor knapp 10 Jahren hoch, als in Hamburg versucht wurde, ein sozialraumorientiertes Steuerungsmodell in der Jugendhilfe einzuführen³³⁹. Dieses Modell scheiterte in Hamburg am Ende beim Obergericht – es war das erste Verfahren in einer langen Kette von ähnlich gelagerten Versuchen der Kommunen, durch sozialraumorientierte Steuerung Leistungen nicht mehr rechtsanspruchsgeschieden und einzelfallorientiert, sondern infrastrukturell zu organisieren. Aus dem damaligen Verfahren hat die Stadt offenbar die Lehre gezogen, es diesmal besser zu machen und nicht mehr Rechtsansprüche zu budgetieren, sondern Leistungen zu definieren die keine Rechtsansprüche mehr sind, aber das gleiche leisten sollen. Man wird sehen, ob dieser Versuch letztlich erfolgreich ist.

2. Die „Fehlsteuerung“ der Hilfen zur Erziehung als Grund für die „Umsteuerung“ zu den „Neuen Hilfen/SHA“

Zu Anfang der rechtlichen Analyse der „Neuen Hilfen/SHA“³⁴⁰ war ausgeführt worden, wie berech-

332 Vgl. oben S. 31.

333 Vgl. oben S. 37.

334 Vgl. oben S. 38.

335 Vgl. die Darstellung oben S. 50 ff. m.w.N.

336 Münder FK-SGB VIII, VorKap 5, Rn. 6., Wiesner, SGB VIII, § 11, Rn. 66.

337 BASFI, Globalrichtlinie GR J 1/12, S. 1

338 A-Staatssekretäre vom 13.05.2011, S. 1, 3.

339 Vgl. die Darstellung m.w.N. S. 34 ff.

340 Vgl. oben S. 39.

nend diese Reform vorangetrieben wird. Entsprechend wird für die Reform geworben. Dabei lässt man am bisherigen System einzelfallorientierter Hilfen und ihrer Finanzierung nur wenig Gutes.

Nimmt man die entsprechenden Ausführungen gleichwohl ernst und überprüft sie auf ihren Gehalt, zeigt sich ein seltsames Verständnis der Hilfen zur Erziehung bei der BASFI – das sie im Übrigen mit den Meinungsführern der Sozialraumorientierung teilt³⁴¹.

Dies soll an ein paar Zitaten gezeigt werden. Wie sehr bei der BASFI und den Vertretern der Sozialraumorientierung Rechtsbindung und Einzelfallorientierung für den schlechten Standard in den Jugendämtern nicht nur Hamburgs verantwortlich gemacht werden, lässt sich z.B. an folgendem Zitat ablesen:

64

*„Der Hamburger ASD soll kein Dienst sein, der erst ab einem fortgeschrittenen Stadium der Problemeskalation und dann nur mit dem **hochschwelligen Instrument einer HzE** reagieren kann. Wir wollen keine **Beschränkung auf Einzelhilfen**. So **vielfältig wie die Problemlagen** von Familien sind, muss auch die Angebotslandschaft sein. Familien in schwierigen Lebenslagen brauchen **auch alltagspraktische Unterstützung, Sozialberatung, offene Angebote, schulbezogene Unterstützung, Gesundheitsförderung, materielle Absicherung und Förderung der beruflichen Integration – nicht nur Unterstützung in Erziehungsfragen.**“*

Es fragt sich: *Stimmen* die in diesem Zitat liegenden Annahmen? Kommt die Misere denn wirklich aus dem *Gesetz* und seiner *Einzelfallorientierung*? Ist dort die *Hochschwelligkeit der HzE* verankert? Steht im Gesetz geschrieben, dass *keine Gruppenangebote* geleistet werden dürfen? Müssen denn Hilfen zur Erziehung wegen des Gesetzes „einfältig“ statt vielfältig sein? Gibt es nicht schon im Gesetz die Möglichkeit von *alltagspraktischer Unterstützung und Sozialberatung und nicht nur Unterstützung in Erziehungsfragen*?

Es drängt sich der Verdacht auf, dass das Gesetz für eine Fehlentwicklung verantwortlich gemacht wird, für die es ganz andere Gründe gibt. In diesem Zusammenhang sollen die oben wiedergegebenen Argumente und ein paar weitere kritisch beleuchtet werden:

- Die normative Forderung nach Einzelfallorientierung unter Einbezug der Lebenswelt der Berechtigten kann doch nicht verantwortlich sein für eine Verschreibungsmentalität“ und „Versäulung“ der Hilfen in den Jugendämtern. Die Gründe sind vielmehr in einer notorischen Überlastung der Fachkräfte und der damit verbundenen Not, die zu vielen Fälle per Verfügung zu bewältigen.
- *Hochschwellig* wird Hilfe zur Erziehung durch eine Verwaltungspraxis, die Hürden vor den Betroffenen aufbaut durch ein Antrags- und Hilfeplan-Verfah-

ren, das den Betroffenen Angst macht, statt ihre Akzeptanz sicherzustellen; durch ein Zurückdrängen sozialarbeiterisch-sozialpädagogischer Beziehungsarbeit der ASD-Fachkräfte zugunsten eines durch Verwaltungsrationalisierung diktierten Abarbeitens von Fällen.

- Hierher gehört auch der Grund für die sog. „Klärungshilfen“³⁴², die in Hamburg bislang verfügt wurden: Weil zu wenig Zeit für die eigene Beurteilung der Problemlage der Betroffenen bleibt, wird diese Aufgabe durch freie Träger erledigt, die dies im Rahmen von SPFH abrechnen. Wäre es nicht besser, dem ASD diese Zeit zu lassen und Fallzahlen pro Fachkraft sinnvoll zu begrenzen, statt den Fachkräften eine Fehlsteuerung vorzurechnen, die sie gar nicht zu vertreten haben?
- Die den Jugendämtern durch das Gesetz bewusst eingeräumten Spielräume rund um das Erziehungsgeschehen und die Lebenswelt der Betroffenen werden nicht ausgenutzt, weil Sparvorgaben dies verhindern. Die Mittel sind verwaltungsintern abgezirkelt, eine pädagogisch orientierte Hausaufgabenhilfe, die rechtlich ohne weiteres auf § 16 SGB VIII oder auf §§ 27, 31 SGB VIII zu stützen wäre, wird dann eben nicht verfügt. Ebenso werden keine Gruppenangebote auf Basis der §§ 27, 31 SGB VIII entwickelt, obwohl dies rechtlich unproblematisch, im Zweifel über § 27 Abs. 2 S. 1 SGB VIII möglich ist.
- Und „versäult“ sind die Hilfen zur Erziehung deshalb, weil Buchhaltungsregeln innerhalb der Verwaltung die Sozialarbeiter/innen vor Ort dazu zwingen, Hilfen eindeutig zu klassifizieren, statt sie wirklich einzelfallbezogen maßzuschneidern, wie es das Gesetz vorsieht.

Vollends auf den Kopf gestellt werden dann Ursache und Wirkung in folgendem Zitat:

„Die örtlich vorhandenen Kenntnisse über sozialräumliche Alternativen, die wirksamer und kostengünstiger sind, können in vielen Kommunen nicht bedarfsgerecht ausgebaut werden oder unterliegen sogar Konsolidierungszwängen, weil sie als freiwillige Leistungen finanzpolitisch nachrangig gegenüber den gesetzlichen Leistungen der Hilfen zur Erziehung rangieren.“³⁴³

Nun soll es tatsächlich am zwingenden Charakter von Rechtsansprüchen liegen, dass in anderen Bereichen gespart wird. Eine absurde Logik: danach sind immer die noch stattfindenden Sozialleistungen daran schuld, dass andere gekürzt werden, nie die politischen Beschlüsse, mit denen die Einsparung von Mitteln im Sozial- und Familienbereich angestrebt wird. Den Anschein von Logik gewinnt dieser Satz wirklich nur dadurch, dass das Sparbe-

341 Vgl. vor allem Hinte u.a., Fälle, Felder und Budgets in: Sozialraumorientierung, Hrsg. Von Merten, S. 191-126, passim.

342 Vgl. BSG, Neu Hilfen – Inhalt und Gestaltung, S. 3.

343 A-Staatssekretäre vom 13.05.2011, S. 1.

dürfnis der Kommunen als Sachzwang unterstellt wird, an dem man ohnehin nichts machen könne.

Diese Logik des Sachzwangs³⁴⁴ eint tatsächlich alle Sozialreformen nach der Seite ihrer Vermittlung bei den Bürgern. Von Hartz I bis Hartz IV, von der Neuen Steuerung bis zur Sozialraumorientierung, von den Neuen Hilfen bis zur Schuldenbremse: Soziales und Familie ist immer zu teuer und alle Dysfunktionalitäten der bestehenden Strukturen belegen nur, dass sie niedergezerrt werden müssen. Beim Niederreißen schreiten die Reformer eifrig voran und zwar im Gestus der Kritik an überkommenen Verwaltungsstrukturen, juristischer Borniertheit und konservative Ausrichtung u.a. des SGB VIII. De facto werden dann die sozialen Probleme mit sozialarbeiterischer Begleitung dorthin zurückverwiesen, wo sie sichtbar werden: in den jeweiligen Sozialraum³⁴⁵.

Die Rechtsbindung erscheint vor diesem Hintergrund tatsächlich wie eine letzte Garantie des Kindeswohls und der sozialen Sicherung.

3. Rechtliche Ansatzpunkte zur Sicherung der Rechtsbindung in der Hamburger Jugendhilfe

Es fragt sich am Ende, welche Möglichkeiten bestehen, die Rechtsbindung der Jugendhilfe in Hamburg zu verteidigen und das Reformvorhaben zu bremsen. Jenseits des Versuchs politischer Einflussnahme stellen sich aus rechtlicher Sicht die folgenden Handlungsoptionen dar:

a) Leistungsberechtigte

Leistungsberechtigte können dann verwaltungsgerichtliche Hilfe in Anspruch nehmen, wenn sie geltend machen können, dass sie in einem subjektiv-öffentlichen Recht verletzt sind. Vorliegend wäre etwa daran zu denken, dass ein Leistungsberechtigter/eine Leistungsberechtigte im Rahmen seines/ihrer Wunsch- und Wahlrechtes nach § 5 SGB VIII bei einem bestimmten Träger erzieherische Hilfe in Form von sozialpädagogischer Familienhilfe nach §§ 27, 31 SGB VIII in Anspruch nehmen möchte, der nicht Teilnehmer am Programm „Neue Hilfen/SHA“ ist. Voraussetzung hierfür ist selbstverständlich, dass ihm/ihr diese Hilfe verweigert wird, weil er/sie auf ein Angebot der „Neuen Hilfen/SHA“ verwiesen wird.

Dann wären Widerspruch und Verpflichtungsklage, ggf. begleitet durch ein verwaltungsgerichtliches Eilverfahren zu betreiben. Letztlich müsste sich das Verwaltungsgericht dann inzident mit dem zu Grunde liegenden Steuerungsprogramm auseinandersetzen und käme bei Feststellung der Rechtswidrigkeit des Programms dazu, die Freie und Hansestadt Hamburg zur Gewährung der geeigneten und notwendigen Hilfe zu

verurteilen. Parallel könnte im Wege der Selbstbeschaffung nach § 36a Abs. 3 SGB VIII vorgegangen werden.

Problematisch an diesem Weg ist zum einen, dass es im Bereich der Jugendhilfe nur wenig Bereitschaft der Betroffenen gibt, aufwendige und mit einem Prozesskostenrisiko behaftete gerichtliche Verfahren zu führen. Zum anderen wird die Strategie der ASDs bei Durchführung des Programms „Neue Hilfen/SHA“ sein, Klienten die sich sträuben, ihnen angebotene „Neue Hilfen/SHA“ in Anspruch zu nehmen im Einzelfall die begehrte SPFH zu gewähren, um auf diese Weise einer gerichtlichen Auseinandersetzung aus dem Weg zu gehen. Die Verwaltung dürfte also versuchen, sich durch die Vermeidung streitiger Auseinandersetzungen die insgesamt rechtswidrige Reform in der Praxis zu etablieren und so Fakten zu schaffen.

Jedenfalls ist davon auszugehen, dass die Betroffenen ohne sozialanwaltschaftliche Unterstützung durch freie Träger solche Verfahren nur mit geringen Erfolgsaussichten werden führen können. *Mit* einer solchen *Unterstützung* ist dies freilich ein Weg, der erfolgversprechend beschritten werden kann.

b) Freie Träger

Wesentlich direkter zum rechtswidrigen Kern der Reform dränge man vor, wenn man als leistungserbringender freier Träger geltend macht, durch Nichtberücksichtigung bei der Reform in seinem subjektiv-öffentlichen Recht auf freie Berufsausübung aus Art. 12 GG verletzt zu sein. Es wäre insoweit zu verweisen auf die Rechtsprechung zur Untersagung sozialraumorientierter Steuerungsmodelle, wie sie oben auf den S. 34 ff. dargestellt wurde. Ein entsprechender Unterlassungsanspruch wäre im Wege der allgemeinen Leistungsklage, ggf. begleitet durch ein Eilverfahren, beim Verwaltungsgericht, geltend zu machen.

Ergänzt werden könnte ein solches Vorgehen ferner dadurch, dass das fehlende förmliche Vergabeverfahren bei der Vergabekammer geltend gemacht wird.

Für dieses Vorgehen spricht zum einen, dass alle sozialräumlichen Steuerungsmodelle auf diese Weise zu Fall gebracht wurden, die Gerichte sich insoweit also auf gesichertem Terrain bewegen und zum anderen, dass die für Streitigkeiten um solche Grundsatzfragen erforderlichen Ressourcen und das ebenso erforderliche Durchhaltevermögen bei professionellen Antragstellern eher gegeben ist, als beim leistungsberechtigten Bürger.

Denkbar ist freilich auch eine Kombination beider Wege.

IV. Gesamtergebnis

Nach allem ist klar, dass die „Neuen Hilfen/SHA“ in wesentlichen Teilen nicht mit den Leitideen des SGB VIII vereinbar sind. Sie verstoßen gegen zwin-

344 Hierzu: Hinrichs, standpunkt : sozial 2010, 15-27.

345 Vgl hierzu überzeugend: Dahme/Wohlfahrt, Zur Lage der Kommunal Finanzen und ihre Auswirkungen auf die Sozial-, Kinder- und Jugendhilfe, S: 31.

gende Vorgaben zur Ausfüllung des Rechtsanspruchs auf Hilfe zur Erziehung gem. § 27 SGB VIII und der Partizipationsrechte der Betroffenen (§§ 5, 36 SGB VIII), indem sie sich von einer fachlich geleiteten Rechtsentscheidung entfernen und in wesentlichen Teilen eine fiskalische Steuerung einführen. Sie verstoßen ferner gegen das Recht der freien Träger auf ihre Berufsausübungsfreiheit aus Art. 12 GG, weil ein insoweit erforderliches Gesetz nicht vorliegt. Wegen dieses Verstoßes gegen die Strukturprinzipien des SGB VIII und den sozialrechtlichen Gesetzesvorbehalt des § 31 SGB I ist auch die Gesamt- und Gewährleistungsverantwortung des öffentlichen Trägers der Jugendhilfe aus § 79 SGB VIII verletzt.

66 E. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse des Rechtsgutachtens

1. Zentraler Prüfungsmaßstab der Reform ist § 79 SGB VIII (Gesamtverantwortung und Gewährleistungsverantwortung). Danach müssen Leistungen durch die öffentlichen Träger in der erforderlichen Anzahl, mit ausreichender Personalausstattung, mit ausreichender Finanzausstattung, in pluraler Breite und rechtzeitig zur Verfügung gestellt werden. Dieser Maßstab löst sich auf in eine Überprüfung anhand einzelner Normen zum Leistungs- und Leistungserbringungsrecht.

• Leistungsrecht

2. Was das Leistungsrecht angeht, bieten vor allem die offenen Tatbestände der §§ 11, 13, 16, 17 und 18 SGB VIII Möglichkeiten, sozialräumliche Leistungen zu gewähren. Ihr Verpflichtungsgrad ist jedoch sehr gering.

3. Ermessensentscheidungen sind im SGB VIII die Ausnahme.

4. Den Kernbereich des SGB VIII sind die einzelfallorientierten Rechtsansprüche, insbesondere §§ 27 ff. SGB VIII. Sie folgen dem Konzept der Lebensweltorientierung und Partizipation und weisen deutliche sozialräumliche Bezüge auf.

5. Die Gewährung von HzE als Rechtsanspruch gehört zu den verfassungsrechtlich gesicherten Strukturprinzipien der Jugendhilfe. Menschenwürdegarantie, Bedarfsdeckungsgrundsatz bezogen auf den Erziehungsprimat der Eltern sowie das Verhältnismäßigkeitsprinzip verbürgen dies. Damit ist verfassungsrechtlich eine Steuerung durch Recht vorgezeichnet.

• Leistungserbringungsrecht

6. Rechtsansprüche sind über Entgeltvereinbarungen zu finanzieren; eine Zuwendungsfinanzierung ist ausgeschlossen. Das Vergaberecht findet keine Anwendung.

7. Objektive Rechtsverpflichtungen können über Zuwendungen oder über gegenseitige Leistungsverträge finanziert werden. Im Falle der Finanzierung über Lei-

stungsverträge gilt bei Überschreitung der Schwellwerte das Vergaberecht; fraglich ist dessen Geltung bei Zuwendungen, die wie Beschaffungsverträge zu werten sind.

8. Diese Zuordnung ist zwingend und folgt aus der Gewährleistungsfunktion von Rechtsansprüchen.

9. Freie Träger genießen Grundrechtsschutz aus Art. 12 GG.

10. Freie Träger können damit gegen sozialräumliche Steuerungsmodelle angehen, soweit sie dadurch in ihrer Berufsausübungsfreiheit verletzt werden. Dies ist regelmäßig der Fall, wenn die Strukturprinzipien des Jugendhilferechts von diesen Modellen missachtet wurden.

11. Dies war bei allen bislang entschiedenen sozialräumlichen Steuerungsmodellen der Fall.

• Rechtliche Analyse der „Neuen Hilfen/SHA“

12. Die BASFI unterscheidet die einzelnen Momente von Leistungs- und Leistungserbringungsrecht innerhalb ihres Reformvorhabens nicht, was jedoch für die Frage der Rechtmäßigkeit erforderlich ist.

• Einzelne Leistungsbestandteile der „Neuen Hilfen/SHA“

13. Die unverbindlichen Angebote im Sozialraum und an den „Regeleinrichtungen“ sind rechtmäßig. Sie können rechtmäßig durch Zuwendungen finanziert werden.

14. Die verbindlicheren Leistungen im Sozialraum, insbesondere verbindliche Gruppenangebote sind rechtswidrig, weil sie sich nicht als Rechtsfolge von § 27 SGB VIII konzipiert sind. Sie wären auf die §§ 27 ff. SGB VIII zu stützen, können aber nicht eine geeignete und notwendige Hilfe darstellen. Überdies leiden sie an einer fehlerhaften Bestimmung des Nachrangs und der Nichtbeachtung des Hilfeplanverfahrens. Ihre Finanzierung über Zuwendungen ist daher ebenfalls rechtswidrig. Geboten wäre stattdessen eine Finanzierung über Leistungsentgelte.

15. Die verbindlichen Hilfen in der familialen Privatsphäre sind rechtswidrig, weil sie Sozialpädagogische Familienhilfe und Soziale Gruppenarbeit ersetzen wollen, ohne sich auf die entsprechenden Rechtsgrundlagen zu stützen. Es gilt für sie das bereits zu Nr. 14 Gesagte. Ihre Finanzierung über Zuwendungen ist ebenfalls rechtswidrig. Wären sie rechtmäßig, wäre auch hier eine Finanzierung über Leistungsentgelte geboten.

16. Die Reform verfolgt den gleichen Zweck, wie der letztlich erfolglose erste Versuch, die sozialräumliche Steuerung in Hamburg zu etablieren; sie setzt dabei aber nicht mehr auf eine explizite Budgetierung von Rechtsansprüchen, sondern auf die Neudefinition von Leistungen statt Rechtsansprüchen, um so aus der Entgeltfinanzierung in die Zuwendungsfinanzierung zu flüchten.

17. Leistungsberechtigte und freie Träger können beim Verwaltungsgericht die Verletzung subjektiver Rechte geltend machen. Insoweit stellt sich die

Rechtslage in gleicher Weise dar, wie in den bislang durch die Verwaltungsgerichte entschiedenen Verfahren zur sozialräumlichen Steuerung: Verletzung des Art. 12 Abs. 1 GG mangels Gesetz, das den Eingriff rechtfertigt. Ergänzend besteht die Möglichkeit, Vergaberechtsschutz in Anspruch zu nehmen.

18. Die „Neuen Hilfen/SHA“ sind in wesentlichen Teilen nicht mit den Leitideen des SGB VIII vereinbar und verstoßen gegen den sozialrechtlichen Gesetzesvorbehalt sowie die Gesamt- und Gewährleistungsverantwortung des öffentlichen Trägers der Jugendhilfe.

Literatur

Hinweis: die Konzept- und Arbeitspapiere der BSG und der BASFI und ihre Quellen werden oben S. 11/12 genannt.

Apitzsch, Martin, Kooperation oder Kartell?, in: NDV 2000, 206-209.

Banafsche, Minou, Leistungsvergabe im Recht der Kinder- und Jugendhilfe in: ZKJ 2010, 227.

Bernzen, Christian, Die trügerische Hoffnung auf den guten Staat, np 2011, 480-484 (482).

Bundeskonferenz der Erziehungsberatungsstellen (BKE), Direkte Inanspruchnahme, Gebührenfreiheit und Eingliederungshilfe, ZKJ 2006, 252

Bundeskonferenz der Erziehungsberatungsstellen (BKE), Gestaltung von Verträgen über die Leistung Erziehungs- und Familienberatung, ZfJ 2002, 97.

Dahme, Heinz-Jürgen, Wohlfahrt, Norbert, Zur Lage der Kommunal Finanzen und ihre Auswirkungen auf die Sozial, Kinder- und Jugendhilfe, Hrsg. von ver.di, Berlin 2011.

Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehrrecht, 9. Aufl. 1986, S. 381.

Engler, Ulla, Die Leistungserbringung in den Sozialgesetzbüchern II, III, VIII und XII im Spannungsverhältnis zum europäischen und nationalen Vergaberecht, Baden-Baden 2010.

Erchsen, Hans-Uwe, Martens, Wolfgang, Allgemeines Verwaltungsrecht, Berlin 1988.

Erickson, Martha Farrell/Egeland, Byron/Klostermann, Maren/Suess, Gerhard J., Die Stärkung der Eltern-Kind-Bindung, 1. Aufl., Stuttgart 2006 (zitiert: Erickson, Egeland, Klostermann, Suess, Eltern-Kind-Bindung).

Fieseler, Gerhard/Schleicher, Hans (Hrsg.), Kinder- und Jugendhilferecht, Gemeinschaftskommentar zum SGB VIII (zitiert: Bearbeiter GK-SGB VIII), Loseblattsammlung, 31. Lfrg., Neuwied 2009.

Freitag, Hans-Otto, Vorbehalt des Gesetzes und Soziale Arbeit - Zur Gesetzesbindung der Jugend- und Sozialhilfeträger, ArchSozArb 32 (2001), 99-121.

Geis, Max-Emanuel, Die öffentliche Förderung sozialer Selbsthilfe – Verfassungsrechtliche Grundlage und verwaltungsrechtliche Ausgestaltung (zitiert: Soziale Selbsthilfe), Baden-Baden 1997.

Gerlach, Florian / Hinrichs, Knut, Regelfinanzierung von Frühen Hilfen in der Kommune, in: Freese/Göppert/Paul (Hrsg.) Frühe Hilfen und Kinderschutz in den Kommunen, Wiesbaden 2011 (zitiert: Gerlach/Hinrichs, Regelfinanzierung von Frühen Hilfen).

Gerlach, Florian / Hinrichs, Knut, Sozialraumorientierung und Sozialraumbudgetierung – Das Osnabrücker Modell, ZKJ 2010, 344-351.

Gerlach, Florian, Hinrichs, Knut, Seligmann, Michael, Goll, Sigrun, Nitschke, Michèl, Rechtsansprüche auf Frühe Hilfen - Grundlagen einer Finanzierung im geltenden Sozialrecht, Hrsg.: Nationales Zentrum Frühe Hilfen, Köln, im Druck (zitiert: Gerlach/Hinrichs/Seligmann/Goll/Nitschke, Rechtsgutachten Frühe Hilfen).

Hammer, Wolfgang, Neue Praxis oder Paradigmenwechsel? – Zur Notwendigkeit einer Weiterentwicklung der Hilfen zur Erziehung und des Kinderschutzes, np 2011, 467-475.

Helming, Elisabeth, Blüml, Herbert, Schattner, Heinz, Handbuch Sozialpädagogische Familienhilfe, Hrsg. von BMFSFJ, DJI, 4. Aufl. Baden-Baden 2005 (zitiert Helming, Blüml, Schattner, SPFH-Handbuch).

Hinrichs, Knut, Der „Sachzwang“ im Sozialbereich zu sparen und die Rechtsbindung der Jugendhilfe, standpunkt : sozial 2/2010, 15-27.

Hinrichs, Knut, Selbstbeschaffung im Jugendhilferecht - Zur Aktualität fürsorgerechtlicher Grundsätze in der Jugendhilfe, in: Frankfurter Abhandlungen zum Sozialrecht, Bd. 8, hrsg. v. Ingwer Ebsen/Franz Ruhland/Michael Stolleis, Frankfurt a. M. Frankfurt a. M. u.a. 2003.

Hinrichs, Knut, Meier, Rüdiger, Die Sozialraumbudgetierung und die Spielverderber, ZFSHSGB 2005, 336-338.

Hinrichs, Knut: Rechtliche Anforderungen an den Hilfeplan nach § 36 SGB VIII, in: EJ 2004, 191-197.

Hinrichs, Knut, Jugendhilfe und die Vereinbarungen nach §§ 78a ff. SGB VIII: Keine Beauftragung, keine Belegung und keine Bevormundung der freien durch die öffentlichen Träger, in: Sozialrecht aktuell 2003, 29-35.

Hinrichs, Knut, Rüdiger Meier, Sozialraumbudget in Hamburg gestoppt, ZFSH/SGB 2004, 595-597.

Hinrichs, Knut, Sozialraumbudgets in Hamburg gestoppt, Kommentar zu Hinrichs, Meier, ZFSHSGB 2005, 77-78.

Hinrichs, Knut, Fälle, Felder und Budgets in: Sozialraumorientierung, Hrsg. von Roland Merten, S. 191-126, Weinheim 2002.

Hinrichs, Knut, Sozialraumorientierung auf hoher See, FoE, 2010, 185 ff.

Hofer, Bettina, Lienhart, Christina, „Da nützt der beste Professor und Doktor nichts, wenn man kein Vertrauen hat“ – Unterstützendes und Belastendes in der ambulanten Familienarbeit aus Klientenperspektive, Forum Erziehungshilfen 2009, 88-92.

Kingreen, Thorsten, Rechtsgutachten „Zwischen Kooperation und Konkurrenz – Die Leistungserbringung durch die öffentliche und die freie Jugendhilfe unter veränderten rechtlichen Rahmenbedingungen“, unveröffentlichtes Rechtsgutachten 2005 (zitiert: Kooperation und Konkurrenz).

- Kingreen, Thorsten, Vergaberecht und Verfahrensge-
rechtigkeit in der jugend- und sozialhilferechtlichen
Leistungserbringung, in: VSSR 2006, 369-397.
- Krölls, Albert, Budgetierung per Kartellabsprache?,
in: NDV 2000, 56-59.
- Krölls, Albert, Kooperation als Legalitätssatz,
in: NDV 2000, 209-217.
- Kunkel, Lehr- und Praxiskommentar zum SGB VIII, 4. Aufl. 2011.
- Maas, Udo, Soziale Arbeit als Verwaltungshandeln,
2. Aufl., Weinheim und München 1996.
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter/Herzog, Roman/
Scholz, Rupert, Grundgesetz – Kommentar,
Loseblattsammlung, 48. Lfrg., München 2010.
- Mrozynski, Peter, Leistungsverträge zwischen hoheitlicher
Steuerung und privatrechtlichem Wettbewerb,
in: RsDE 47 (2001), 29-56.
- Mrozynski, Peter, SGB I, Kommentar, 4. Aufl., München 2010.
- Münder u.a., Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, 6. Aufl. 2009.
- Münder, Johannes, Das Verhältnis
Minderjähriger – Eltern – Jugendhilfe, in: ZfJ 1990, 488-493.
- Münder, Johannes, Finanzierung der Leistungserbringung
durch Dritte: zwischen jugendhilferechtlichen
Dreiecksverhältnis, Vergabeverfahren und
Sozialraumorientierung, in: Jugendamt 2005, S. 161 ff.
- Münder, Johannes, Hilfe zur Erziehung nach dem JWG:
Rechtsfragen aus den Rechtsbeziehungen zwischen
den Beteiligten, in: RsDE 5 (1989), 1-20.
- Münder, Johannes, Wieder einmal: Sozialraumorientierung
auf dem rechtlichen Prüfstand, JAmt 2011, 69-71.
- Nelissen, Gabriele, Sozialraumorientierung im aktivierenden
Sozialstaat, Baden-Baden 2006.
- Neumann, Volker, Das Wunsch- und Wahlrecht des
Sozialhilfeberechtigten auf Hilfe in einer Anstalt, einem Heim
oder einer gleichartigen Einrichtung, in: RsDE 1 (1988), 1-31.
- Neumann, Volker, Freiheitsgefährdung im kooperativen Sozialstaat
(zitiert: Freiheitsgefährdung), Köln; Berlin; Bonn; München 1992
- Neumann, Volker, Subventionen oder Leistungsentgelte?
– Drei Anmerkungen zum Leistungserbringungsrecht
des SGB VIII, in: RsDE 31 (1996), 42-60.
- Neumann, Volker, Zum Dreiecksverhältnis im
Jugendwohlfahrtsrecht; Anmerkung zu BVerwG, Beschluß
vom 25. August 1987 - 5 B 50.87; in: RsDE 2 (1988), 45-61.
- Neumann, Volker, Zur Einordnung eines sozialhilferechtlichen
Leistungserbringungsvertrags als öffentlicher Auftrag oder
Dienstleistungskonzession, in: RsDE 68 (2009), 83-91.
- Neumann, Volker, Bieritz-Harder, Renate, Vergabe öffentlicher
Aufträge in der Sozial- und Jugendhilfe? in: RsDE 48 (2001), 1-28.
- Neumann, Volker, Nielandt, Dörte, Philipp, Albrecht, Erbringung
von Sozialleistungen nach Vergaberecht?, Baden-Baden 2004.
- Noch, Rüdiger, Vergaberecht kompakt, 5. Aufl., Köln 2011.
- Petersen, Kerstin, Entwicklung von Gruppenangeboten für
Familien und Eltern in Problemlagen, standpunkt : sozial
2+3/2011, 153-159 (S. 157).
- Rixen, Vergaberecht in der Kinder- und Jugendhilfe (SGB VIII),
in: SDSRV 60 (2010), 69-83.
- Roider, Gisela, Die rechtlichen Beziehungen zwischen freier
und öffentlicher Wohlfahrtspflege (zitiert: Freie u. öffentliche
Wohlfahrtspflege), Augsburg 1989.
- Stähr, Juristische Grundlagen für die sozialpädagogische Diskus-
sion um Sozialraumorientierung, in: Budde/Fruchtel/Hinte (Hrsg.)
Sozialraumorientierung – Wege zu einer veränderten Praxis (zitiert:
Juristische Grundlagen der Sozialraumorientierung), S. 51-69.
- Stähr, Axel (Hrsg.), Großmann, Michael, Grube, Christian, Rombach,
Wolfgang, SGB VIII - Kommentar (zitiert: Bearbeiter/Hauck/
Noftz, SGB VIII), in: Sozialgesetzbuch, hrsg. v. Hauck, Karl/Noftz,
Wolfgang, Loseblattsammlung, 35. Lfrg., Berlin u.a. Juli 2010.
- Stern, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik
Deutschland, Bd. II, München 1980.
- Suess, Gerhard, Schritte zu einer effektiven, Freude bereitenden
Elternschaft – das STEEPTM-Programm, in: Kißgen/Heinen,
Frühe Risiken und Hilfen: Grundlagen, Diagnostik, Prävention,
(zitiert: Suess, STEEP-Programm) Stuttgart 2010.
- Thiersch, Hans, Lebensweltorientierte Soziale Arbeit, 7. Aufl. 2009.
- Wabnitz, Reinhard Joachim, Rechtsansprüche gegenüber
Trägern der öffentlichen Jugendhilfe nach dem SGB VIII, hrsg.
v. d. Arbeitsgemeinschaft für Jugendhilfe (AGJ), (zitiert:
Wabnitz, Rechtsansprüche), Berlin 2005.
- Wiesner, Reinhard, SGB VIII, Kommentar, 4. Aufl. 2011.
- Wiesner, Reinhard, Zurück in den Fürsorgestaat? np 2011, 61.
- Wolff, Hans J./Bachof, Otto/Stober, Rolf, Verwaltungsrecht
(zitiert: Verwaltungsrecht I), Bd. 1, 11. Aufl., München 1999
- Ziekow, Jan, Völlink, Uwe-Carsten, Vergaberecht,
Kommentar, München 2011.



Knut Hinrichs, Jg. 1965, Prof. Dr. iur.; Jurist, rechtsanwaltschaftliche
Tätigkeit im Bereich Jugendhilfe, Familienrecht, Einrichtungssozi-
alrecht, 2001-2007 Prof. für Kinder- und Jugendhilfe- sowie Fami-
lienrecht am Fachbereich Soziale Arbeit an der Evangelischen FH
Bochum, seit 2007 Prof. für Jugendhilfe- und Familienrecht an der
Fakultät Wirtschaft und Soziales, Department Soziale Arbeit, HAW
Hamburg. knut.hinrichs@haw-hamburg.de