

## **SGB-VIII-Reform**

### **– einige Anmerkungen zum Arbeitsentwurf (AE) –**

Der folgende Beitrag beruht auf einem Vortrag auf einer Veranstaltung des Instituts für soziale Arbeit (ISA) e.V. am 21.11.2016 in Münster. Er wurde für die Veröffentlichung gekürzt, die Vortragsform wurde weitgehend beibehalten. Der Beitrag konzentriert sich auf Aspekte des AE, die gegenwärtig besonders kritisch erscheinen.

#### **1 Individualleistungen, Hilfe-/Leistungsplanung**

Den Begriff „Individualleistungen“ gibt es im Gesetz nicht. Ich verstehe darunter diejenigen Leistungen, die eine individuelle Prüfung, ob ein Bedarf besteht, voraussetzen, z.B. Hilfen zur Erziehung, Eingliederungshilfen, Hilfen für junge Volljährige. Und damit ist auch dann schon der Bogen zu der Hilfe-/Leistungsplanung geschlagen, dies alles sind Hilfen, für die eben die Hilfe-/Leistungsplanung zur Anwendung kommt.

##### **1.1 Individualleistungen - Veränderungen**

Bei den Verselbständigungsleistungen für **junge Volljährige (§ 41 AE)** gibt es Änderungen: zum einen wird anstelle der Formulierung „*soll*“ Hilfe gewährt werden, formuliert „*haben*“ einen Anspruch auf Fortsetzungsleistungen, also von einem „Regelrechtsanspruch“<sup>1</sup> zu einem „uneingeschränkten subjektiven Rechtsanspruch“. Klargestellt wird, dass eine Beendigung der Leistung die „Fortsetzung“ nicht ausschließt – eine insofern gesetzgeberische erfreuliche Entwicklung. Abschwächungen aber gibt es bei den sog. Ersthilfen nach Vollendung des 18. Lebensjahres: hier wurde (bei Beibehaltung als Regelrechtsanspruch) eingefügt „*in begründeten Einzelfällen*“ sollen Leistungen erstmalig gewährt werden. Also zwar ein Regelrechtsanspruch, aber eingeschränkt durch „*in begründeten Einzelfällen*“ – ein Widerspruch, denn begründete Einzelfälle wären als Ausnahmen zu verstehen,

---

<sup>1</sup> In der Kinder- und Jugendhilfe sprechen die meisten Juristen bei der Formulierung „*soll*“ von einem „Regelrechtsanspruch“ – vgl. Münder in Münder u.a. Frankfurter Kommentar – SGB VIII (FK-SGB VIII), VorKap 2 Rn 7 ff.; in den meisten anderen juristischen Bereichen wird die „verwaltungsfreundlichere“ Formulierung des „*gebundenen Ermessens*“ verwendet.

während die Regel eben nicht die Ausnahme wäre. Mir fehlen Kenntnisse darüber, inwiefern es unter gegenwärtiger Rechtslage in welchem Umfang zu Ersthilfen bei Volljährigen gekommen ist. Aus meinen Erfahrungen bleibt festzuhalten, dass dies – leider – verschwindende Einzelfälle sind.

Neu ist **§ 34a AE – Betreute Wohngruppe, Jugendwohnen**, die bisher unter § 34 SGB VIII gefasst wurden (Heimerziehung, sonstige betreute Wohnform). Nach wie vor wird durch diese Bestimmung ein weites, zum Teil sehr unterschiedliches Spektrum in quantitativer und qualitativer Hinsicht angesprochen. In der Begründung (S. 26) wird ausgeführt, dass die pädagogische Begleitung (je nach Bedarf) auch von ausgesprochen niedriger Intensität sein kann und als Beispiel auf unbegleitete Minderjährige hingewiesen, die etwa nur einer Unterstützung im Hinblick auf Ausbildungs- und Beschäftigungsmaßnahmen bedürfen. Hierin haben Kritiker die Gefahr gesehen, dass es zu einer Absenkung von fachlichen Standards kommen würde. Ich teile diese Kritik in ihrer Grundsätzlichkeit nicht: schon bisher war die betreute Wohnform, das Jugendwohnen in ganz unterschiedlicher Intensität erbracht worden. Und – ich werde gleich darauf zu sprechen kommen – es hing von der fachlichen Arbeit der sozialpädagogischen Fachkräfte ab, inwiefern im breiten Spektrum des betreuten Wohnens die *„im Einzelfall geeigneten und notwendigen Hilfe“* so genau beschrieben werden konnte, dass der Leistungsanspruch sich in qualitativer und quantitativer Hinsicht genau bestimmen ließ.

## 1.2 Hilfe-/Leistungsauswahl

Eine heftige Diskussion hat sich zu **§ 36b Abs. 1 AE** ergeben. Hier wird nämlich ausdrücklich formuliert, dass der Träger der öffentlichen Jugendhilfe *„über die Auswahl der im Einzelfall geeigneten und notwendigen Hilfen nach pflichtgemäßem Ermessen“* entscheidet. Es wird darin eine Reduzierung gesehen, ausgehend von der Annahme, dass nach gegenwärtiger Rechtslage nicht nur ein Rechtsanspruch auf Hilfe zur Erziehung besteht, sondern auch auf die einzelne, konkrete Hilfe.

Diese Auffassung über die gegenwärtige Rechtslage ist jedoch so nicht richtig.

Nun will ich hier nicht in alle komplizierten Einzelheiten der Rechtsinterpretation des § 27 SGB VIII einsteigen<sup>2</sup>. Aber ein Blick in entsprechende Lehrbücher und Kommentare zeigt, dass diese Frage (hoch) umstritten ist. So wird von einigen vertreten, dass es hinsichtlich der Bestimmung der konkreten Hilfe einen Entscheidungsspielraum der Behörde gebe, und deswegen eben (nur) ein Anspruch

---

<sup>2</sup> So z.B. schon in die komplexe Frage, die auch hier von Bedeutung ist, ob die Begriffe *„geeignet und notwendig“* in § 27 Abs. 1 SGB VIII zu den Tatbestandsvoraussetzungen oder zu den Rechtsfolgen oder sowohl zu den Tatbestandsvoraussetzungen und den Rechtsfolgen gehören – vgl. dazu z.B. Tammen/Trenczek in Mündler u.a. § 27 Rn 10 ff.

auf eine fehlerfreie Ermessenausübung hinsichtlich der Bestimmung der konkreten Hilfe besteht<sup>3</sup>. Und es wird (wenn man die Begriffe der geeigneten und notwendigen Hilfen als Tatbestandsvoraussetzungen begreift) von einem Beurteilungsspielraum und damit einem Bewertungsvorrecht der Träger der öffentlichen Jugendhilfe ausgegangen<sup>4</sup>, was dann dazu führt, dass die Gerichte nur ein sehr eingeschränktes Überprüfungsrecht haben, nämlich dahingehend, ob allgemeingültige fachliche Maßstäbe beachtet, sachfremde Erwägungen eingeflossen sind und ob die Leistungsadressaten in umfassender Weise beteiligt wurden<sup>5</sup>.

Hinsichtlich der Gegenposition wird u.a. auf Mündler verwiesen<sup>6</sup>. Aber, auch hier gilt, es ist genau zu lesen. Denn dort wird ausgeführt, dass nur dann, wenn die Kriterien der Eignung und Notwendigkeit in Verbindung mit dem erzieherischen Bedarf sorgfältig inhaltlich ausgefüllt werden, dadurch die in Frage kommende Hilfe in hohem Maße konkretisiert wird. Entscheidend ist die präzise, genaue, sozialpädagogische Arbeit. Sie schafft die Grundlage dafür, dass dann die konkrete Hilfe so klar herausgearbeitet wird, dass eben nur diese in Frage kommt. Ich habe dies vor Jahren – und so ist es dann auch in die fachliche Diskussion eingegangen – als „*anspruchskonkretisierenden Bericht*“ bezeichnet<sup>7</sup>. Das führt zum Kern der Sache:

- Unstrittig besteht ein subjektiver, in keiner Weise eingeschränkter, Anspruch auf Hilfe zur Erziehung, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen, diese müssen genau ermittelt werden und sind von den Gerichten voll überprüfbar<sup>8</sup>
- Hinsichtlich der konkreten Hilfe zur Erziehung liegt der Kern der Lösung darin, dass von den sozialpädagogischen Fachkräften im Rahmen ihrer

---

<sup>3</sup> So ausdrücklich Schmid-Obkirchner in Wiesner § 27 Rn 54f., die diese Auffassung als „*herrschende juristische Dogmatik*“ bezeichnet; auch Happe/Saubier in Jans/Happe/Saubier/Maas § 27 Rn 46, 53. Dass Frau Schmid-Obkirchner, die a.a.O. Rn 55 ausführt, dass der Gesetzgeber „*delege ferenda... die Befugnis des Jugendamts zum Ermessensgebrauch im Wortlaut von Abs. 1 klarstellen*“ sollte, dies nunmehr in der Vorlage des AE tut, ist nicht verwunderlich.

<sup>4</sup> Z.B. Stähr in Hauck/Nofts § 27 Rn 29, 33.

<sup>5</sup> OVG NW 22.1.2015 – 12 B 1483/14 Rn 2; und jüngst OVG BE-BB 21.6.2016 – 6 S 12.16 Rn 5.

<sup>6</sup> Tammen/Trenczek in Mündler u.a. § 27 Rn 16 ff.; aber z.B. auch Kunkel/Kiepert in Kunkel u.a. SGB VIII § 27 Rn 15.; Häbel in GK-SGB VIII § 27 Rn 101 ff..

<sup>7</sup> Tammen/Trenczek in Mündler u.a. a.a.O. Rn 50 ff.; Mündler/Trenczek: Kinder- und Jugendhilferecht, 8. Aufl., 2015, Kap 5 Rn 219; Kap 9 Rn 478.

<sup>8</sup> Tammen/Trenczek in Mündler u.a. § 27 Rn 55 ff.

Verpflichtung zur Ermittlung der Bedarfslage die Aufgabe zukommt, diese so genau und detailliert zu machen, dass sich daraus eben nicht das allgemeine breite Spektrum aller möglichen Hilfen oder Leistungen ergibt, sondern es sich relativ genau bestimmen lässt, welche Hilfe die „geeignete und notwendige“ ist. Diese komplexe und schwierige Aufgabe ist eine ausschließlich sozialpädagogische, methodische Aufgabe<sup>9</sup>.

### 1.3 Infrastrukturelle Angebote und Regelangebote

§ 36b AE formuliert in **Absatz 2**, dass dann, wenn „infrastrukturelle Angebote oder Regelangebote im Einzelfall geeigneter oder gleichermaßen geeignet sind, diese von den öffentlichen Trägern der Jugendhilfe als geeignet und notwendige Hilfe gewährt werden. Gegen diese Bestimmung hat es heftige Kritik gegeben: dadurch würde der „Vorrang“ infrastruktureller und Regelangebote gegenüber den Rechtsanspruchsleistungen verankert.

In der Tat ist die Formulierung ungeschickt, missverständlich. Aber zunächst: mit dieser Formulierung würde eine bisher umstrittene Frage geklärt. Umstritten ist nämlich, ob bei der Benennung der Hilfen zur Erziehung (§ 27 Abs. 2 SGB VIII) unter dem Begriff „insbesondere“ als Hilfen zur Erziehung auch Angebote von Beratungsstellen, Förderung Minderjähriger in Tageseinrichtungen, Jugendsozialarbeit zu verstehen sind<sup>10</sup> (Bgr S. 30). Diese Frage wird von einigen, auch von uns, bejaht<sup>11</sup>, mit der Begründung, dass dann, wenn diese Hilfe im Einzelfall geeignet und notwendig ist, es eine ungerechtfertigte Schlechterstellung der Anspruchsberechtigten bedeuten würde, ihnen diese Hilfe als Hilfe zur Erziehung zu versagen. Von anderen wird die Frage ausdrücklich verneint<sup>12</sup>, meist mit Hinweis auf die Systematik des Gesetzes. Die Klarstellung in § 36b AE hätte zur Folge, dass dann, wenn derartige Leistungen als Rechtsanspruch zu erbringen sind, diejenigen Kinder/Jugendlichen, die diese Leistungen als Rechtsanspruch erhalten, den Personen, die nach §§ 16 bis 18 und §§ 22 bis 25 oder § 13 SGB VIII keine Rechtsansprüche haben, vorgehen, also die „Warteschlange der Nichtrechtsanspruchsberechtigten“ überholen würden und nunmehr vorrangig als

---

<sup>9</sup> Wie unzulänglich dies oft geschieht, ist anschaulich nachzulesen in der eben erwähnten Entscheidung des OVG BE-BB in der vom zuständigen Sachbearbeiter dargelegt wurde, dass die angestrebte Maßnahme „denkbar“ sei und „vermutlich für geeignet“ gehalten wird – dort Rn 8.

<sup>10</sup> Vgl. schon die Kontroverse zwischen Kunkel ZfJ 1991, 145 ff. und Münder ZfJ 1991, 290 f.

<sup>11</sup> Tammen/Trenczek in Münder u.a. § 27 Rn 19.

<sup>12</sup> U.a. auch von Schmid-Obkirchner in Wiesner § 27 Rn 29.

Rechtsanspruchsberechtigte Leistungen erhalten<sup>13</sup>. Außerdem würde sich die Kostenbeteiligung dann nicht mehr nach § 90 SGB VIII, sondern nach § 91 SGB VIII regeln – was regelmäßig vorteilhafter für die Leistungsberechtigten ist.

Aber es bleiben Unklarheiten. Der Begriff der infrastrukturellen Angebote spielt hier eine besondere Rolle, aber hier stellt sich zunächst ganz einfach die Frage: was sind infrastrukturelle Angebote? Mir ist das unklar, aber ich will einen freundlichen Lösungsversuch wagen: Vielleicht soll mit dieser Formulierung auf allgemeine, kostenfreie Leistungen der Infrastruktur (juristischer formuliert: auf kostenfreie Daseinsvorsorgeleistungen) verwiesen werden. Das ist allerdings kein Fall des § 36b AE, sondern des § 10 SGB VIII, also des Verhältnisses zu anderen Leistungen und Verpflichtungen. Denn Kinder- und Jugendhilfe ist „Fürsorge“-Leistung, ist also vom Bedarf und der Bedürftigkeit abhängig, so dass andere Leistungen, die den Bedarf/die Bedürftigkeit abdecken, vorrangig sind. Aber klar ist auch: ob Infrastruktur oder Regelangebote, sie müssen den (genau festgestellten und mit fachlich anerkannten Methoden ermittelten sozialpädagogischen) Bedarf bedarfsdeckend befriedigen können. Wenn der Begriff *Vorrang* in diesem Zusammenhang verwendet wird, dann nur dahingehend, dass vorrangig immer nur die Leistungen sein können, die im *„Hinblick auf den konkreten Bedarf geeignet sind, das konkrete Ziel einer Unterstützungsleistung zu erreichen“* (Bgr S. 30). Was auf keinen Fall aus dieser ggf. neuen Norm heraus interpretiert werden kann, dass ein allgemeines Infrastrukturangebot gegenüber einem rechtlich gesicherten Leistungsanspruch Vorrang hätte.

#### **1.4 Hilfe-/Leistungsplanung**

Neu ist in **§ 36f AE** das **Übergangsmanagement**. Mit ihm soll erreicht werden, dass spätestens ab Vollendung des 17. Lebensjahres die Hilfe-/Leistungsplanung sich damit befasst, ob Verselbständigungsleistungen (§ 41 SGB VIII) im Anschluss an die bisherigen Leistungen für Minderjährige geeignet, notwendig, erforderlich sind. In diesem Zusammenhang ist dann auch rechtzeitig zu klären, ob Leistungen anderer Sozialleistungsträger notwendig und erforderlich sind. Damit wird eine fachlich sinnvolle Leistung, das Übergangsmanagement, im Gesetz etabliert.

Das **Hilfe-/Leistungsplanverfahren** hat zum Teil deutliche Kritik erfahren wegen des Umfangs und der Dichte der Regelung. Aber der Begründung des AE zur Neufassung dieser Bestimmungen kann man eigentlich nur zustimmen (S. 28 f.). Auch gegen die vorgeschlagenen Gesetzesregelungen lassen sich im Einzelnen

---

<sup>13</sup> Z.B. Kinder unter 1 Jahr hinsichtlich der Förderung in Tageseinrichtungen oder in den Fällen, in denen es nach §§ 16 bis 18, 13 SGB VIII keine Rechtsansprüche gibt.

inhaltlich keine Einwände erheben: so gegen die in **§ 36a AE** angesprochene Beratung vor der Entscheidungsfindung, die Beteiligung an sämtlichen Gegenständen der Hilfeplanung, das Zusammenwirken mehrerer Fachkräfte bei der Beratung, die Einbeziehung anderer Dienste, Personen usw. bei der Feststellung des Hilfebedarfs. Oder die Ausführungen in **§ 36c AE** zur Ermittlung des individuellen Bedarfes des Kindes mit umfassender Klärung der Lebens-, Entwicklungs- und Erziehungssituation, die Einbeziehung des sozialen Umfeldes. Auch die in **§ 36b AE** genannte Aufstellung des Hilfeplans als Abschluss der Hilfeplankonferenz mit einer entsprechenden Dokumentation usw. ist in der Sache richtig, ebenso die in **§ 36e AE** genannten ergänzenden Bestimmungen zur Hilfeplanung bei stationären Leistungen, nämlich die Klärung, ob die Leistung zeitlich befristet sein soll oder eine auf Dauer angelegte Lebensform.

Ausgangspunkt mancher Kritiken ist die Aussage, dass sich das Konzept eines im Einzelfall bedarfsgerecht ausgestalteten Verhandlungsverfahrens bewährt hat<sup>14</sup>. Ich bin hier etwas skeptischer, nicht zuletzt aufgrund der Erfahrungen in dem gegenwärtig laufenden, demnächst zum Abschluss gelangenden Forschungsprojekts „*Kindeswohl zwischen Jugendhilfe und Justiz*“: hier ergab sich bei der Aktenauswertung und in den Interviews mit den Fachkräften der Jugendämter, dass das, was in der Sache von dem Hilfeplanverfahren erwartet wird, nämlich die einzelfall-bedarfsgerechte Ausgestaltung individueller Rechtsansprüche auf personenbezogene Leistungen, eben oft nicht erfüllt wird.

Dennoch lässt sich zu Recht fragen, ist es sinnvoll, in einem Gesetz eine derart detaillierte Vorschrift aufzunehmen? Darüber lässt sich trefflich streiten. Ich meine, es ist nicht Aufgabe gesetzlicher Bestimmungen, über die grundsätzliche Regelung hinaus Bestimmungen zu beinhalten, die so etwas wie Ausführungsbestimmungen, Dienstanweisungen o.Ä. sind. Auf der anderen Seite muss man sagen, dass der Bund hinsichtlich der Sicherstellung fachlicher Standards keine andere Möglichkeit hat, als derartige Regelungen in einem Bundesgesetz vorzunehmen. Eigentlich müsste das, was nunmehr in den Bestimmungen der §§ 36 ff. AE steht, fachlicher Standard der Kinder- und Jugendhilfe sein und es müsste klar sein, dass sich jedes Jugendamt, jede Fachkraft inhaltlich an die dort beschriebenen Vorgaben hält. Nur ist die Realität der Kinder- und Jugendhilfe im Jahre 2016 nicht so.

---

<sup>14</sup> Schrappner: Reform des SGB VIII – Stand: Arbeitsentwurf vom 23.8.2016 – Grundsätzliche Anmerkungen zu veränderten Begriffen und zur Neuregelung der Hilfeplanung, S. 4.

## 2 Schutz von Minderjährigen in Einrichtungen

Hierauf will ich nur kurz eingehen. Schon der erstmaligen Schaffung einschlägiger Bestimmungen „*Heimaufsicht und Schutz von Minderjährigen unter 16 Jahren*“ in der Novelle von 1961 (wodurch das RJWG zum JWG wurde) gingen spektakuläre Fälle von Kindesmisshandlung voraus<sup>15</sup>. Auch diesmal sind die nicht zuletzt die am Runden Tisch Heimerziehung behandelten Fälle Anlass für eine Erweiterung der Vorschriften in den §§ 45 ff. AE. Von besonderer Bedeutung ist **§ 46 AE** mit der dort in Abs. 2 enthaltenen Formulierung, dass eine örtliche Prüfung jederzeit unangemeldet erfolgen kann und den Ausführungen in Abs. 3, dass unmittelbar Gespräche mit den Beschäftigten und den Kindern und Jugendlichen geführt werden können, mit letzteren auch ohne Kenntnis der Personensorgeberechtigten, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass das Wohl der Minderjährigen in der Einrichtung nicht gewährleistet ist.

So wie sich bei der Novelle 1961 heftiger Widerstand der privaten Träger, insbesondere der konfessionellen Träger, regte und die Bestimmungen nur mit Mühe durchgesetzt werden konnten, wird auch hier (allerdings wesentlich zurückhaltender) die Gefahr für eine Beschädigung der partnerschaftlichen Zusammenarbeit zwischen Trägern der freien Jugendhilfe und Trägern der öffentlichen Jugendhilfe gesehen. Hier denke ich, muss man abwarten, wie sich dies in der Praxis realisiert: dass gegenwärtig kaum Prüfungen in Einrichtungen stattfinden, hat in erster Linie mit der geringen Personalausstattung zu tun, dies wird sich durch den AE voraussichtlich nicht ändern. So wird man sehen müssen, inwiefern eine mögliche (aber eher unwahrscheinliche) neue Anwendungspraxis durch die entsprechenden Neuregelungen gedeckt sein wird.

## 3 Finanzierung

Der AE fasst die bisher gestreuten Vorschriften zur Finanzierung im 3. Kapitel des 5. Abschnitts zusammen.

### 3.1 Wahl der Finanzierungsform - § 76c AE

**§ 76c AE** enthält plakativ die Überschrift „*Wahl der Finanzierungsart*“. Er hat Kritik auf sich gezogen, insbesondere deswegen, weil in der Begründung des AE (S. 64, 68, 69) von der Flexibilisierung der Finanzierungsformen die Rede ist<sup>16</sup>. Aber: eine

---

<sup>15</sup> Münder u.a.: Frankfurter Kommentar zum JWG, 1. Aufl. 1978, Vorabschnitt VII Anm. 1; Rebscher: die Heimaufsicht des Landesjugendamtes nach § 78 JWG Diss.jur. Marburg 1968.

<sup>16</sup> Zu einem umfassenden Überblick über die Finanzierungsformen siehe Münder in Münder u.a. VorKap 5 Rn 6 ff.; dort wird im Einzelnen eingegangen auf die finanzierungsformen des

Wahl der Finanzierungsart ist nur dann möglich, wenn durch gesetzliche Sonderregelungen im SGB VIII/AE nicht anderweitige Bestimmungen getroffen werden. Und die Wahl der Finanzierungsart, die Flexibilisierung der Finanzierungsformen hat sich innerhalb anderweitiger gesetzlicher Vorgaben (z.B. Subventionsrecht, Wettbewerbsrecht s.u.) zu bewegen.

Sonderregelungen für bestimmte Leistungsarten enthalten die §§ 78, 78a AE.

- **§ 78 AE** schreibt in **Abs. 2** verbindlich („ist“), für die in § 36d Abs. 2 AE genannten infrastrukturellen und Regelangebotsleistungen und für Leistung nach § 37 AE (Beratung und Unterstützung der Pflegepersonen) den verbindlichen Abschluss von „*Vereinbarungen*“ vor. Damit sind aus dem Spektrum der möglichen Finanzierungsarten auf jeden Fall die Zuwendungen ausgeschlossen.
- **§ 78 Abs. 1 AE** bezieht sich allgemein auf die Inanspruchnahme von Einrichtungen und Diensten der Träger der freien Jugendhilfe, hier sind ebenfalls Vereinbarungen über die Höhe der Kosten - allerdings nur – anzustreben. Das bedeutet wiederum, dass bei der Inanspruchnahme von Einrichtungen und Diensten der Träger der freien Jugendhilfe die Finanzierungsform „*Zuwendung*“ ausgeschlossen ist.
- Für die in **§ 78a AE** behandelten teilstationären und stationären Formen der Leistungen ist das jugendhilferechtliche Dreiecksverhältnis – unverändert – vorgeschrieben, denn nach § 78b SGB VIII/AE erfolgt die Übernahme der Entgelte gegenüber dem Leistungsberechtigten auf der Basis der dort genannten Vereinbarungen.

Und hinsichtlich der zu berücksichtigenden außerjugendhilferechtlichen Regelungen sollten sich die Flexibilisierungsprotagonisten keinen Illusionen hingeben: falls die Finanzierungsform der Zuwendung/Sozialsubvention gewählt wird, so sind hierbei die rechtlichen Vorgaben des Zuwendungs-/Subventionsrechts zu beachten<sup>17</sup>, ggf. gar die EU-rechtlichen Beihilfenvorschriften<sup>18</sup>. Und bei den zweiseitigen Verträgen, die – wie sich aus dem Gesamtzusammenhang der Änderungsvorschriften ergibt – nur mit bestimmten Anbietern abgeschlossen werden (vgl. 3.2 Anbieterkreisverkleinerung), so ist allgemeines Wirtschafts-, Wettbewerbsrecht, insbesondere das Vergaberecht zu beachten – was erfahrungsgemäß inzwischen in

---

jugendhilferechtlichen Dreiecksverhältnisses, der Zuwendung/Sozialsubvention, der zweiseitigen Leistungs-/Beschaffungsverträge und die Mischfinanzierung und – an dieser Stelle überblickartig – auf die zu beachtenden weiteren rechtlichen Regelungen hingewiesen.

<sup>17</sup> Münder in Münder u.a. § 74 Rn 34.

<sup>18</sup> Münder in Münder u.a. a.a.O. Rn 35 ff.



der Mehrheit der Fälle zur Anrufung von Vergabekammern und entsprechenden langwierigen Gerichtsverfahren führt.

Sinnvoll wäre in dem Zusammenhang, dass in dieser prominenten Norm des § 76c AE klarstellend ausgeführt wird, dass diese Aussage nur vorbehaltlich der genannten Sonderregelungen, also vorbehaltlich der §§ 78, 78a ff. AE gilt und dass die allgemeinen wirtschafts- und subventionsrechtlichen Regelungen zu beachten sind. Darüber hinaus ist es empfehlenswert, sich Gedanken zu machen, was denn passiert, wenn Vereinbarungen etwa nach § 78 Abs. 2 SGB VIII, die verpflichtend vorgeschrieben sind, aber auch nach § 78 Abs. 1 SGB VIII („anzustreben“), nicht zustande kommen: nach gegenwärtiger Rechtslage müssen – in einem entsprechend zeitlich und inhaltlich aufwändigen Verfahren – die Verwaltungsgerichte angerufen werden. Könnte es da vielleicht nicht sinnvoller sein, auch hierfür Schiedsverfahren, Schiedsstellen vorzusehen?

### **3.2 Anbieterkreisverkleinerung - § 78b Abs. 2 AE**

Mit der Formulierung des **§ 78b Abs. 2 AE** in der Gesamtschau der §§ 76a und 79 AE soll „eine rechtssichere Möglichkeit der Anbieterkreisverkleinerung“ geschaffen werden (Bgr S. 64) und dem „Ruf der Praxis nach einer rechtlichen Absicherung zeitgemäßer - aber häufig rechtswidriger – Wege“ (Bgr S. 69) gefolgt werden. Während nach dem geltenden SGB VIII die Träger der öffentlichen Jugendhilfe mit allen Anbietern, die die Voraussetzungen erfüllten, Vereinbarungen abschließen müssen, wird in § 78b Abs. 2 AE dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe Ermessen eingeräumt, mit welchen Trägern er Vereinbarungen über teilstationäre und stationäre Leistungen abschließen will. Damit soll erreicht werden, dass nicht nur mit allen, sondern nur noch mit ausgewählten Trägern Vereinbarungen abgeschlossen werden.

Zunächst eine Klarstellung: ohne ein Vergabeverfahren wird das nicht gehen – das sollte man sich gut überlegen, ob man diesen Weg einschlägt. Die Ermessensentscheidung hat der Träger der öffentlichen Jugendhilfe auf der Basis „gleichheitsrechtlich belastbarer Kriterien“ (Bgr S. 70) zu treffen. Eines der Kriterien sind sozialräumliche Gestaltungsvorgaben. Hier fragt sich in der Tat, ob es sinnvoll ist, vor Landeslobbyisten in die Knie zu gehen und Methoden, die gegenwärtig en vogue sind, in Gesetze zu fassen. Gesetze können immer geändert werden, aber ob Gesetze die Funktion haben, sozialpädagogisch nicht unumstrittene Methoden in ein Gesetz aufzunehmen, ist durchaus fraglich und diskussionswürdig.

„Die Änderungen flexibilisieren das Verfahren und sichern die Sozialraumorientierung“ (Bgr S. 70) – ob dies tatsächlich erreicht wird, ist rechtlich

durchaus fraglich. Die Finanzierungsmodelle der Sozialraumorientierung – die exklusiv nur mit einigen Trägern unter Ausschluss anderer Träger abgeschlossen wurden - sind ja nicht (nur) an dem (einfachen) Gesetz des SGB VIII gescheitert, weil sich darin keine Rechtsgrundlage fand, sie sind wesentlich daran gescheitert, dass sie verfassungsrechtlich nicht haltbar waren, vornehmlich wegen Verstößen gegen Art. 12 GG (Berufsfreiheit). Und bei allem Respekt vor der Reichweite des SGB VIII: mit einfachgesetzlichen Regelungen, so den Änderungen des § 78b Abs. 2 AE, lassen sich verfassungsrechtliche Vorgaben nicht aushebeln – glücklicherweise.

### **3.3 Sicherstellungsvereinbarungen - § 78b Abs. 4 AE**

Eine rätselhafte Bestimmung über die Sicherstellung der stationären Versorgung. Auch die sehr übersichtliche Begründung (S. 51) hilft hier wenig weiter. Auf den ersten Blick stellen sich hinsichtlich der Formulierung Fragen: Was ist ein erforderliches stationäres Versorgungsangebot – wer entscheidet hierüber? Was ist Sinn des Satz 5 in Abs. 4 mit der rätselhaften Formulierung, dass *„überörtlich tätige Leistungserbringer einzubeziehen sind, deren besondere Bedürfnisse auch Rechnung“* zu tragen ist. Was sind die Voraussetzungen für die Einbeziehung, wie ist das Verfahren der Einbeziehung und Entscheidung, welche Wirkung hat der Vertragsabschluss mit Leistungserbringern, gilt er nur für das Jugendamt, das es abschließt, gilt es für alle Jugendämter, verpflichtet es die Leistungserbringer zur Leistungserbringung, sind in den Vereinbarungen Entgelte vorzusehen? Wie werden derartige Vereinbarungen beendet? Wie steht es mit dem Rechtsschutz bei derartigen Vereinbarungen bis hin zu möglichen Konkurrentenklagen?

Also schon auf der einfachen Ebene Fragen über Fragen, aber vielleicht ist etwas viel Grundsätzlicheres gemeint. Die Formulierung ruft Assoziationen an die Zulassung in der Krankenhausversorgung (auch ein stationäres Angebot) der §§ 108 SGB V hervor. Das allerdings wäre ein grundlegend anderes System der Sicherstellung der stationären Versorgung in der Kinder- und Jugendhilfe. Vielleicht ist es hilfreich, dass hier die Begründung des AE mehr Substanz liefert und dass die Akteure in diesem Bereich vielleicht doch einmal grundsätzlich darüber nachdenken, welche Folgen eine solche Formulierung haben, wobei ein Blick auf die Folgen der Krankenhausfinanzierung vielleicht nützlich sein könnte.

## **4 Soziale Inklusion; Teilhabe**

Die soziale Inklusion, die *„Große Lösung“*, ist eine alte Forderung der Kinder- und Jugendhilfe. Damit ist im SGB VIII das Problem zu lösen, wie man Leistungen für

Menschen mit allgemeinem Förderungs- und Entwicklungsbedarf und für junge Menschen mit Bedarfen, die sich aus ihrer Behinderung ergeben, vernünftig verknüpft. Der gegenwärtig vorliegende AE hat sich für eine „enge Verknüpfung“ entschieden. Dies zeigt sich an einheitlichen Leistungstatbeständen (§ 27 AE) ebenso wie an einheitlichen Leistungen (§ 27 Abs. 2, 3 AE). Wobei man natürlich nicht umhinkommt, die Leistungen für Menschen mit Beeinträchtigungen/Behinderungen dann entsprechend diesen Bedarfen aufzuschlüsseln in vornehmlich medizinisch, therapeutische Leistungen, Teilhabeleistungen an Bildung und sozialer Teilhabe.

Ich will hierzu nicht viel ausführen, weil diese Regelungen ja auch erst später in Kraft treten sollen. Nur einige Stichworte:

- Ist es vielleicht besser, in den Eingangsbestimmungen des SGB VIII, den Leistungen, die Inklusion aller junger Menschen mit und ohne Behinderung deutlich als Leitziel herauszustellen, aber bei den einzelnen Leistungsvoraussetzungen und Leistungsfolgen dies nicht so eng zu verknüpfen, wie es gegenwärtig geschieht, sondern ausdifferenzierter darzustellen?
- Wenn man schon die Teilhabe im Bildungsbereich und im sozialen Bereich betont, warum beschränkt man diesen Teilhabebegriff auf Menschen mit Behinderungen? Gerade hinsichtlich der Bedarfe für Bildung und Teilhabe hat sich die Jugendhilfe stark engagiert, dass dies nicht in § 28 SGB II untergebracht wird, sondern Gegenstand der Kinder- und Jugendhilfe ist. Insofern wäre es wohl sinnvoll, diese Debatte noch einmal aufzunehmen.
- Wie will man bei einem eng verkoppelten Leistungsbegriff der Teilhabe die Verknüpfung mit dem zukünftigen Bundesteilhabegesetz (SGB IX) hinbekommen? Wäre eine Verweisregelung auf die entsprechenden Bestimmungen (jetzt §§ 53 bis 61 SGB VIII, dann SGB IX) nicht die pragmatischere Lösung?

## **5 Kinder und Jugendliche als Leistungsberechtigte, Leistungen statt Hilfen**

### **5.1 Kinder und Jugendliche als Leistungsberechtigte**

Eine deutliche Änderung gibt es bei der Rechtsinhaberschaft in **§ 27 SGB VIII/AE** (wenn auch erst bei der zweiten Welle). Schon in der Überschrift des 4. Kapitels heißt es nicht mehr „*Hilfen zur Erziehung*“ ..., sondern „*Leistungen zur Entwicklung und Teilhabe für Kinder und Jugendliche ...*“ Und in **§ 27 Abs. 2 AE** heißt es dann: „*Kinder und Jugendliche haben einen Anspruch auf ...*“. Dies ist ein zentrales

Anliegen des Gesetzesvorhabens, in der Begründung (S. 42 ff.) wird darauf hingewiesen, dass es sich dabei um die konsequente Umsetzung der UN-Kinderrechtskonvention handelt. Möglichen Einwänden aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG (Elternrecht) wird damit begegnet, dass die Trennung von Rechtsinhaberschaft (das sind die Kinder und Jugendlichen) und der Rechtsausübung (das sind bei Minderjährigen die Inhaber der elterlichen Sorge) erhalten bleibt.

In § 29 AE wird den Eltern/Erziehungsberechtigten von nach § 27 AE leistungsberechtigten Kindern oder Jugendlichen ein eigener Anspruch auf Leistungen zur Stärkung ihrer Erziehungskompetenz, insbesondere Erziehungsberatung, eingeräumt.

Dass ich, der ich die Zuordnung des Rechtsanspruchs an die Personensorgeberechtigten im jetzigen § 27 SGB VIII stets als einen „*genetischen Geburtsfehler des SGB VIII*“ bezeichnet habe, die nunmehrige Zuordnung eines Rechtsanspruches auf Entwicklung und Teilhabe an die Kinder und Jugendlichen begrüße, ist nicht verwunderlich.

Die gegenwärtige Meinungslage in der Diskussion ist unterschiedlich, manchmal vielleicht sogar etwas irritierend. So spricht sich der Deutsche Caritas-Verband nicht gegen den eigenständigen Rechtsanspruch für Kinder und Jugendliche aus (was man so vielleicht nicht unbedingt erwartet hätte), verlangt (nur), dass die Eltern einen originären Rechtsanspruch in § 29 AE erhalten, der nicht davon abhängig ist, dass die Kinder/Jugendlichen nach § 27 AE leistungsberechtigt sind<sup>19</sup>. Andererseits gibt es vehemente Ablehnungen von Personen und Organisationen, wo man es nicht unbedingt erwartet hätte, so z.B. von Wiesner, der auf seiner Wikipedia-Seite – schon seit langem – ausgeführt hat: „*im politisch streitigen Gesetzgebungsverfahren konnte der ‚Gesetzgebungsreferent‘ aber nicht alle Entwurfs-Vorgaben verwirklicht sehen; der Rechtsanspruch auf Hilfen wurde (mit der Ausnahme des § 35a) den Eltern ggf. den Heranwachsenden, nicht aber den betroffenen Kindern und Jugendlichen zugesprochen*“ – also die klare Aussage, dass es besser gewesen wäre, den Anspruch den Kindern und Jugendlichen zuzusprechen. Heute dagegen moniert er, dass „*die tragenden Grundsätze der Hilfe zur Erziehung, der systemische Blick auf das Eltern-Kind-Verhältnis keine Beachtung mehr*“ findet. Er sieht darin insgesamt einen Angriff auf das Elternrecht des Grundgesetzes, er hat den Eindruck, dass die Eingriffsschwelle gesenkt werden soll und zukünftig der Staat das Kindeswohl definiert<sup>20</sup>. Überhaupt wird der Begriff der „*systemischen Sichtweise auf das System Familie*“ heftig strapaziert, wenn es darum geht, die gegenwärtige Formulierung zu verteidigen und die Subjektstellung von Kindern und Jugendlichen durch Einräumung eigenständiger Rechte im zentralen Bereich der Entwicklung und Förderung zu verhindern. So z.B. das (meiner Erkenntnis nach relativ neue) *Bundesnetzwerk Fachpolitik für Eltern und Familien in der Kinder- und Jugendhilfe e.V. (BFKJ)*, das ja bereits im Namen die Orientierung auf Eltern und Familien, nicht jedoch auf Kinder und Jugendliche trägt und darauf besteht, dass „*die staatliche Mitverantwortung für die Erziehung des Kinds primär auf einer*

---

<sup>19</sup> Deutscher Caritas-Verband 8.8.2016 – Erste Eckpunkte zur SGB VIII-Reform.

<sup>20</sup> So Frankfurt/Main 14.6.2016 – Reform oder Rolle rückwärts? S. 3 f.

*Unterstützung der Eltern-Kind-Beziehung... ausgelegt* ist<sup>21</sup>. Diesem Bundesnetzwerk gehören durchaus ehrenwerte Personen wie Faltermeier, Schrappner, Wabnitz, Wiesner an: bei einigen dieser Personen überrascht es dann doch, dass sie sich so vehement gegen die Verstärkung der Subjektstellung von Kindern und Jugendlichen aussprechen.

Aber wie könnte eine sinnvolle Regelung sein? Für mich sind folgende Eckpunkte maßgebend:

- Wie im AE vorgesehen werden in § 27 die Ansprüche auf geeignete und notwendige Leistungen zur Förderung ihrer Entwicklung und Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft den Kindern und Jugendlichen zugeordnet.
- Daneben gibt es (als von Leistungen an die Minderjährigen unabhängige) Ansprüche der Eltern/Erziehungsberechtigten/Personensorgeberechtigten auf entsprechende Beratungs-, Unterstützungs- und Förderungsleistungen – immer im Hinblick auf eine Besserung der Situation der Minderjährigen.
- Daneben sind m.E. auch so etwas wie „*familienbezogene Leistungen*“ denkbar. Ein Beispiel dafür könnte der § 30c AE sein, wo es um die Begleitung und Beratung von Familien in ihren Erziehungsaufgaben geht, um die Bewältigung von Alltagsproblemen; hier müsste darauf geachtet werden, dass es sich um eine „*geeignete*“ Leistung handelt, die also nur dann in Frage kommt, wenn alle Beteiligten, sowohl die Eltern/Erziehungsberechtigten/Personensorgeberechtigten als auch die Kinder und Jugendlichen damit einverstanden sind, bzw. zu erkennen geben, dass sie diese Leistung auch selbst für sinnvoll halten.

## **5.2 Ombudsstellen - § 9a AE**

Dass die Ombudsstellen im Gesetz Erwähnung finden, ist erfreulich. Das Ministerium selbst hält die jetzige Formulierung des § 9a AE nur für einen „*ersten Schritt zur Umsetzung der in § 1 Abs. 3 Nr. 5 AE verankerten Zielsetzung einer unabhängigen und fachlich nicht weisungsgebundenen ombudsschaftlichen Beratung*“. Gerade in dem Zusammenhang der eigenständigen Rechtsstellung von Kindern und Jugendlichen könnten die Ombudsstellen eine wesentliche Aufgabe erlangen. Denn es ist nicht damit getan, dass den Kindern und Jugendlichen der subjektive Rechtsanspruch durch Gesetz eingeräumt wird. Um nicht nur „Recht zu haben“, sondern auch „Recht zu bekommen“, bedürfen sie als junge Menschen in besonderer Weise der Unterstützung und Begleitung bei der Realisierung ihrer Rechte. Hier haben die Erfahrungen und Erkenntnisse aus dem Berliner

---

<sup>21</sup> Stellungnahme des BFKJ zum SGB VIII-Arbeitsentwurf des BMFSFJ vom 23. August 2016, 4.

Rechtshilfefonds Jugendhilfe (BRJ) gezeigt, dass darin eine wesentliche Aufgabe von Ombudsstellen liegt. Insofern beschreibt der vorliegende Text des § 9a AE noch etwas zurückhaltend das Profil von Ombudsstellen, deren Errichtung als objektivrechtliche Aufgabe den Trägern der öffentlichen Jugendhilfe obliegt. Andererseits ist die Formulierung so allgemein gehalten, dass sich hier durchaus auch ein die Rechte von jungen Menschen betonende und vertretende Arbeit entwickeln kann.

### **5.3 Leistungen statt Hilfen**

Dass ich dieses Stichwort „*Leistung statt Hilfe*“ aufgenommen habe, hat damit zu tun, dass der AE in seiner zweiten Welle konsequent die Begriffe Hilfe durch Leistung ersetzt, Hilfeberechtigte durch Leistungsberechtigte usw. – was ich im Duktus des Anliegens des AE, die Rechte von Kindern und Jugendlichen zu stärken, für folgerichtig hielt. Nun hat Christian Schrapper sich in einem Beitrag für mich als Nicht-Sozialpädagogen, als Jurist, sehr klug mit den Begriffen *Hilfe* und *Leistung* befasst<sup>22</sup>. Er versteht *Hilfe* als eine Unterstützung, die nicht von einer erbrachten oder zu erbringenden Gegenleistung abhängig ist, sondern in der Asymmetrie von Hilfeempfängern und Helfern wurzelt. Also: ich werde mich als Jurist in diese pädagogische Diskussion nicht einmischen, aber ich weise darauf hin: Mit dem AE geht es nicht um eine sozialpädagogische Monographie oder Streitschrift: es ist ein Gesetzesentwurf. Und unter rechtlichen Gesichtspunkten werden die Begriffe „*Hilfe*“ und „*Leistung*“ eben anders konnotiert. Der Begriff *Hilfe* wird im rechtlichen Bereich damit in Zusammenhang gebracht, dass Personen, denen *Hilfe* erbracht wird, eine Art „*Almosen*“ erhalten, also keine „*Leistung*“, auf die sie einen Rechtsanspruch haben. Genau das bringt aber der Begriff „*Leistung*“ zum Ausdruck: dass auf entsprechend gesetzlich formulierte „*Leistungen*“ die Menschen einen Rechtsanspruch haben, der gegen die zuständige Verwaltung auch vor Gerichten durchgesetzt werden kann. Deswegen ist der Begriff *Leistung* der der konkreten Sache angemessenere Begriff: es geht um die Subjektstellung von Kindern und Jugendlichen und damit um gesicherte Rechtsansprüche und damit um Leistungen.

---

<sup>22</sup> Schrapper: Reform des SGB VIII – Stand: Arbeitsentwurf vom 23.8.2016 – Grundsätzliche Anmerkungen zu veränderten Begriffen und zur Neuregelung der Hilfeplanung, S. 2 f.