



Eignung, Vielfalt und Vorrang der freien Träger in der Jugendhilfe

Untersucht am Beispiel der
Jugendsozialarbeit an Schulen
in Bayern

**Ein Rechtsgutachten
von Prof. Dr. Peter Mrozynski, Gauting**

im Auftrag der
Katholischen Jugendsozialarbeit Bayern

Herausgeberin:
KJS Bayern
c/o Deutscher Caritasverband
Landesverband Bayern e. V.
Lessingstraße 1
80336 München
www.kjs-bayern.de

Sehr geehrte Leserin,
sehr geehrter Leser,

wir freuen uns, Ihnen hiermit das Rechtsgutachten „Eignung, Vielfalt und Vorrang der freien Träger in der Jugendhilfe – untersucht am Beispiel der Jugendsozialarbeit an Schulen in Bayern“ zur Lektüre und zur Verwendung überlassen zu können.

Anlass dieses Gutachtens sind problematische Erfahrungen in der Zusammenarbeit mit den öffentlichen Jugendhilfeträgern, von denen nicht nur die katholischen Träger der Jugendsozialarbeit im Zusammenhang mit der Förderung der Jugendsozialarbeit an Schulen (JaS) berichten. Selbstverständlich: Viele, wahrscheinlich sogar die meisten freien Jugendhilfeträger arbeiten bei Antragstellung, Durchführung und Abrechnung der JaS konstruktiv und reibungslos mit ihrem zuständigen Jugendamt, mit der Bezirksregierung und dem Bayerischen Staatsministerium für Arbeit und Soziales, Familie und Integration zusammen. Und doch scheint die Anzahl derjenigen Vorgänge, die zu schwierigen, für die freien Träger unverständlichen oder nicht haltbaren Situationen führen, stetig und flächendeckend in Bayern zuzunehmen.

Die meisten der negativen Rückmeldungen, die bei uns in der Katholischen Jugendsozialarbeit Bayern ankommen, lassen sich der Grundsatzfrage nach dem Umgang der Behörden mit dem Prinzip der Subsidiarität und der Auslegung der in Gesetzen geregelten Vorrangstellung der freien Träger der Jugendhilfe zuordnen. Auf diese zentralen Fragen bezieht sich daher dieses Rechtsgutachten – indem es die rechtlichen Vorgaben grundsätzlich darstellt und einordnet, indem es Richtlinien, Vorgaben und Weisungen daran misst und bewertet und indem es Vorgänge unterschiedlicher, auch detaillierter Art aus der Praxis vor Ort kommentiert.

Unser Anliegen ist, allen Beteiligten auf allen Ebenen, vor allem aber den engagierten freien und öffentlichen Trägern in den Regionen Bayerns mit diesem Rechtsgutachten Handlungssicherheit und Hilfestellung zu geben, damit sie in guter Partnerschaft die bewährte, erfolgreiche und zielgruppenorientierte JaS-Förderung auch in Zukunft als vorbildliche Kooperationsform von Jugendhilfe und Schule umsetzen können. Bitte nutzen Sie dieses Gutachten als Fundgrube zur Beantwortung der Fragen, die Ihnen in Ihrer Praxis vor Ort unter den Nägeln brennen. Wenn das Rechtsgutachten darüber hinaus auch Anregungen zur grundlegenden Weiterentwicklung der Jugendsozialarbeit an Schulen auf ihrem bewährten Fundament geben kann, so ist auch dies intendiert.

Und nicht zuletzt meinen wir, dass die Aussagen aus dem vorliegenden Rechtsgutachten weit über die JaS-Förderung und die Jugendsozialarbeit hinausweisen: Eine schleichende Aushöhlung des Subsidiaritätsprinzips lässt sich auch in den anderen Feldern der Kinder- und Jugendhilfe sowie insgesamt in der sozialen Arbeit beobachten. Das in diesem Gutachten Formulierte soll daher für die freien Träger der sozialen Arbeit insgesamt wie auch für Verantwortliche in Politik und Verwaltung Anregung und Handreichung sein.

Die Katholische Jugendsozialarbeit Bayern möchte mit diesem Rechtsgutachten eine breit angelegte Diskussion zu zentralen sozialstaatlichen Fragen in Bayern aufgreifen, anregen und befördern. Wir danken Herrn Professor Doktor Peter Mrozynski dafür, dass er hierfür eine fundierte, ebenso breit wie speziell angelegte Grundlage zur Verfügung stellt. Und wir hoffen, mit dieser Veröffentlichung tatsächlich Praxis prägen, Argumente liefern und Dialog anregen zu können.

München, 14. Oktober 2013



Michael Eibl
Vorsitzender KJS Bayern



Michael Kröll
Geschäftsführer KJS Bayern

Inhalt

Vorbemerkung	3
I. Rechtsgrundlagen für die Jugendsozialarbeit an Schulen	3
II. Das Verhältnis zwischen öffentlicher und freier Jugendhilfe	4
III. Schaffung von Einrichtungen	6
IV. Förderung der freien Träger	9
V. Umfang der Einflussnahme auf die Tätigkeit der freien Träger durch die öffentlichen Träger	13
VI. Zusammenfassung	17

Vorbemerkung

Die Auseinandersetzung mit den Begriffen Eignung, Vielfalt und Vorrang darf nicht mit Blick auf das Interesse einzelner Akteure im Sozialleistungssystem erfolgen. Bei der Frage der Eignung geht es letzten Endes um die Qualität des ganzen Leistungssystems. Die Vielfalt der Angebote ist Voraussetzung für die praktische Wirksamkeit des Wunsch- und Wahlrechts, mit dem auch die Subjektstellung des Leistungsberechtigten gewährleistet wird. Der Vorrang der freien Träger ist ein Merkmal des Fürsorgesystems, das innerhalb der Europäischen Union wohl nur in Deutschland so stark ausgeprägt ist, und mit dem man zumindest in der Vergangenheit eine große Innovationskraft und die Mobilisierung von ehrenamtlichem Engagement verbinden muss.

1. Die Jugendsozialarbeit an Schulen ist zwar eine Leistung der Jugendhilfe im weitesten Sinne und hat insoweit ihre Rechtsgrundlage im Kinder- und Jugendhilferecht. Sie berührt aber auch das Schulrecht und, wie praktisch jede Leistung der Jugendhilfe, auch das Familienrecht. Insbesondere wenn diese Jugendhilfe durch Mittelzuweisungen aus den öffentlichen Haushalten unterstützt wird, hat auch das Haushaltsrecht einen unmittelbaren Einfluss. Das gilt insbesondere für die Richtlinien zu Art. 44 BayHO.
2. Angesichts eines derart komplexen Gefüges von Normen und angesichts der Einbeziehung unterschiedlicher Behörden kann es zu Unstimmigkeiten oder gar zu widersprüchlichen Einschätzungen der Beteiligten über deren Aufgaben kommen. Das gilt für die Jugendsozialarbeit an Schulen insbesondere auch deswegen, weil die freien Träger der Jugendhilfe in die Aufgabenerfüllung einbezogen sind. Deren Rechtsstellung im Verhältnis zu den öffentlichen Trägern der Jugendhilfe ist eine völlig andere als ihr Verhältnis zur Schule, dies vor allem deshalb, weil das Schulrecht keinerlei Berührung mit dem Sozialrecht hat.

I. Rechtsgrundlage für die Jugendsozialarbeit an Schulen

3. Die Jugendsozialarbeit an Schulen erfolgt in Bayern auf der Grundlage des § 13 SGB VIII. Anwendbar ist nicht § 13 Abs. 3 SGB VIII, der die Unterkunft in einer betreuten Wohnform regelt. Vielmehr ist § 13 Abs. 1 SGB VIII die richtige Rechtsgrundlage für die Jugendsozialarbeit an Schulen. Dies hat u. a. zur Folge, dass explizit ein Ausgleich sozialer Benachteiligung oder die Überwindung individueller Beeinträchtigung Leistungsvoraussetzung ist. Die alternative Nennung der beiden Voraussetzungen hat zur Folge, dass nicht gesondert geprüft werden muss, worauf eine Lernbeeinträchtigung oder eine Verhaltensstörung beruht. Allerdings muss deren Vorliegen festgestellt werden.
4. Der Freistaat Bayern unterstützt auf der Grundlage seiner Richtlinien vom 20.11.2012 mit seinem „Förderprogramm die Landkreise und kreisfreien Städte bei der Jugendsozialarbeit

nach § 13 SGB VIII“ an bestimmten Schulen. Zu diesem Zweck werden Kooperationsvereinbarungen geschlossen, in die auch die Schulen einbezogen sind. Deren Verpflichtung „zur Zusammenarbeit mit der Jugendsozialarbeit an Schulen“ ergibt sich aus Art. 31 BayEUG. Die Jugendsozialarbeit wird in den Richtlinien als „die intensivste Form der Zusammenarbeit von Jugendhilfe und Schule unter Federführung des Jugendamtes“ bezeichnet.

5. Der Freistaat Bayern wird mit seinem Förderprogramm auf der Grundlage des § 82 Abs. 1 SGB VIII tätig. Er regt in seinen Richtlinien die Jugendsozialarbeit an Schulen an und fördert die Träger der öffentlichen Jugendhilfe. Gemäß § 82 Abs. 1 SGB VIII könnte er auch die freien Träger der Jugendhilfe fördern. Dies geschieht jedoch nicht unmittelbar durch die Richtlinien. Vielmehr werden insoweit die Jugendämter als selbständiger Teil der Kommunalverwaltung tätig (§§ 69 ff. SGB VIII).
6. Unter Verwendung der vom Freistaat Bayern zur Verfügung gestellten Mittel fördern die Jugendämter die freie Jugendhilfe (§ 74 Abs. 1 SGB VIII). Soweit auf den genannten Rechtsgrundlagen eine Jugendsozialarbeit an Schulen durchgeführt wird, werden keine Verträge nach den §§ 78 a ff. SGB VIII geschlossen. Allein nach Bundesrecht beurteilt, wäre dies auch nicht möglich, da § 78 a Abs. 1 Nr. 1 SGB VIII nur auf § 13 Abs. 3 SGB VIII verweist. Rechtsgrundlagen für die nachfolgenden Erwägung sind also allein die §§ 3, 4 und 74 SGB VIII. Ergänzend gilt Art. 13 Bay AGSG, der die Regelung des § 4 SGB VIII präzisiert.

II. Das Verhältnis zwischen öffentlicher und freier Jugendhilfe

7. Das Verhältnis der öffentlichen zur freien Jugendhilfe ist an sich seit Jahren geklärt und bedürfte eigentlich keiner weiteren Erörterung. Allerdings sind die Begriffe, mit denen dieses Verhältnis beschrieben wird, doch so vage und einer unterschiedlichen Bewertung nach der jeweiligen Interessenlage ausgesetzt, dass oft unmerklich ihre Grundlage, die sie im Gesetzestext haben, verlassen wird. So hat sich der Begriff der partnerschaftlichen Zusammenarbeit zu einer formelhaften Wendung entwickelt, die nicht verhindern konnte, dass sich eindeutig rechtswidrige Gestaltungsformen, wie gewisse Extremformen der Sozialraumorientierung¹ entwickelt haben. Auch die häufig gebrauchte Formulierung, die freie Jugendhilfe wäre nicht Erfüllungsgehilfe der öffentlichen Jugendhilfe², konnte insbesondere wegen ihres sachlichen Bezugs zum Zivilrecht nicht über die Bedeutung einer formelhaften Wendung hinausgelangen. Man kann insgesamt feststellen, dass die seit langem im Umlauf befindlichen Begriffe des Kinder- und Jugendhilferechts im alltäglichen Gebrauch an Kontur noch verloren haben. Deswegen ist die Rückbesinnung auf den klaren Gesetzestext unerlässlich.
8. Vor dem Hintergrund der Richtlinien des Freistaates Bayern darf man den Begriff der „Federführung des Jugendamtes“ nicht missverstehen. Dieser Begriff hat keine selbständige rechtliche Bedeutung. Er kann nur im Gesamtzusammenhang der §§ 3 und 4 SGB VIII verstanden werden. Man darf den Richtlinien nicht unterstellen, sie hätten daran etwas ändern oder etwas hinzufügen wollen. Es bedarf eigentlich keines Hinweises mehr, dass Richtlinien das Gesetz nur konkretisieren aber nicht modifizieren können³. Diesen Rahmen haben die Richtlinien ersichtlich eingehalten.
9. Hilfreich bei der Auslegung des Gesetzestextes ist eine Formulierung des BVerfG zum ehemaligen § 5 JWG, die sich der Gesetzgeber des SGB VIII zu eigen gemacht und in die Gesetzesbegründung zu § 4 SGB VIII aufgenommen hat:

„Es kann aber nicht angenommen werden, dass ein Gesetz, das öffentliche und private Jugendhilfe zu sinnvoller Zusammenarbeit zusammenführen will, die Gemeinden und Ge-

¹ OVG Hamburg ZfJ 2005 S. 118; OVG Münster JAmt 2006 S. 250

² Wiesner, SGB VIII § 3 Rz. 13

³ BVerfG 80 S. 257; BVerwG 77 S. 285

meindeverbände als Träger der Jugendämter durch die Vorschrift des § 5 Abs. 3 Satz 2 JWG zwingen will, bereits vorhandene öffentliche Einrichtungen zu schließen. Wo geeignete Einrichtungen der Jugendämter ausreichend zur Verfügung stehen, kann von ihnen weder eine Förderung neuer Einrichtungen der Träger der freien Jugendhilfe verlangt werden, noch eine Schließung bereits vorhandener öffentlicher Einrichtungen zugunsten freier Einrichtungen, die erst noch geschaffen werden müssten. Derselbe Grundsatz des sinnvollen Einsatzes finanzieller Mittel und der Zusammenarbeit verbietet es aber auch, von den Gemeinden zu verlangen, dass sie von einem mit bescheidenen Mitteln möglichen Ausbau vorhandener eigener Einrichtungen absehen und statt dessen mit erheblich höherem Aufwand die Schaffung einer neuen Einrichtung eines Trägers der freien Jugendhilfe fördern. Umgekehrt soll das Jugendamt dort, wo geeignete Einrichtungen der Träger der freien Jugendhilfe bereits vorhanden sind, die schon allein gewährleisten, dass die für die Wohlfahrt der Jugend erforderlichen Einrichtungen ausreichend zur Verfügung stehen, keine Mittel für die Schaffung eigener Einrichtungen einsetzen, sondern vielmehr seine Mittel für die Förderung der freien Einrichtungen verwenden (§ 5 Abs. 1, § 7, § 8 JWG)." (BVerfGE 22, 180, 200f)⁴.

10. Diese, heute in § 4 Abs. 2 SGB VIII geregelte „institutionelle Subsidiarität“, die also einen relativen Vorrang der freien vor der öffentlichen Jugendhilfe begründet, hat also einen historischen und verfassungsrechtlichen Hintergrund. Wenn darüber hinaus § 3 Abs. 1 SGB VIII regelt, dass die Jugendhilfe durch eine Vielfalt von Trägern unterschiedlicher Wertorientierungen und die Vielfalt von Inhalten, Methoden und Arbeitsformen gekennzeichnet ist, dann bedeutet das vor allem Folgendes: Nicht im Fokus des Gesetzes steht das Interesse des einzelnen Trägers mit seiner Wertorientierung. Im Vordergrund steht vielmehr die Vielfalt von Trägern unterschiedlicher Wertorientierungen. Kurz: Die Vielfalt ist im Gesetzestext garantiert, nicht dagegen das Interesse des einzelnen Trägers, sich gegenüber seinen Konkurrenten durchzusetzen. Letzteres ist gewissermaßen nur ein Reflex der Vielfalt.
11. Wenn aber einerseits die Vielfalt gewährleistet ist, dann kann man andererseits von den freien Trägern der Jugendhilfe nicht erwarten, dass sie selbst für diese Vielfalt sorgen. Vielmehr konkurrieren sie miteinander. Eine Rechtsgrundlage für gegenseitige Rücksichtnahme gäbe es ohnehin nicht. Damit ist es Teil der Gesamtverantwortung des Jugendamtes für die Vielfalt zu sorgen, weil es im gesamten Anwendungsbereich des SGB VIII sonst niemanden gibt, der für den Fortbestand dieser Vielfalt sorgen könnte.
12. Die Vielfalt fordert das Gesetz nun auch für „Inhalte, Methoden und Arbeitsformen“. Konkret ausgedrückt: Diese Vielfalt wäre nicht gewährleistet, wenn freie Träger unterschiedlicher Wertorientierung, wie wir sie in Deutschland haben, auf ein bestimmtes methodisches Konzept festgelegt würden. Vielfältige Träger, die eine Einheitsmethode anwenden, wären ein Verstoß gegen § 3 Abs. 1 SGB VIII. Das Jugendamt darf also eigene Arbeitsformen entwickeln und auch vorschlagen. Es darf aber keine Grundsätze festlegen, die bei der Zusammenarbeit mit den freien Trägern, diese auf bestimmte Inhalte, Methoden usw. verpflichten würden. Mehr noch: würden sich alle freien Träger einverständlich auf eine bestimmte Arbeitsform festlegen, müsste das Jugendamt intervenieren, um für die von § 3 Abs. 1 SGB VIII geforderte Vielfalt zu sorgen.
13. Im praktischen Ergebnis bedeutet das, dass ein Vorhalten von Richtlinien, die alle Träger auf eine bestimmte Arbeitsform festlegen, per se rechtswidrig ist. Daraus folgt auch, dass Richtlinien, Vereinbarungen, Auflagen, Weisungen oder ganz allgemein untergesetzliche Handlungsanleitungen im Lichte des § 3 Abs. 1 SGB VIII auszulegen sind. Je weniger dabei eine Auslegung für eine Offenheit für verschiedene Arbeitsformen spricht, umso eher ist ihr Gegenstand als rechtswidrig zu erachten. Man kann also durchaus sagen, dass die in § 3 Abs. 1 SGB VIII geregelte Vielfalt eine – einfachgesetzliche – institutionelle Garantie ist. Das Gesetz will diese Vielfalt und keiner der Akteure darf – freiwillig oder unter Druck – ge-

⁴ BT-Drs. 11/5948 S. 49

gen die Verwirklichung dieser Vielfalt handeln. Doch allein das Jugendamt kann Garant dieser Vielfalt sein.

14. Die partnerschaftliche Zusammenarbeit ist vor diesem Hintergrund in § 4 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII geregelt. Dieser Hintergrund – die Vielfalt – bedeutet etwa, dass sich kein freier Träger innerhalb einer Monostruktur auf die partnerschaftliche Zusammenarbeit berufen und die Wahrung seiner Interessen verlangen kann. Erforderlichenfalls muss das Jugendamt gegen das Entstehen oder den Erhalt einer Monostruktur intervenieren und insoweit gegenüber den dort vorhandenen Trägern gerade nicht partnerschaftlich handeln. Auch in diesem Falle kennt das Gesetz jedoch kein Selbsteintrittsrecht des öffentlichen Trägers (vgl. unten Rz. 46). Das Jugendamt darf erst dann eine eigene Einrichtung schaffen, wenn zuvor festgestellt worden ist, dass es im Bereich der freien Trägerschaft keine Leistungsangebote gibt bzw. dass diese auch nicht durch Einsatz von Fördermitteln nach § 74 SGB VIII rechtzeitig geschaffen werden können⁵. Darüber hinaus ist zu betonen, dass für das Jugendamt, nicht aber für die freien Träger, eine Rechtspflicht zur Zusammenarbeit besteht⁶.
15. Nach dem klaren Wortlaut des § 4 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII ist eine der Pflicht des Jugendamtes vergleichbare Rechtspflicht für die freien Träger nicht begründet worden. Das ist durchaus nachteilig, wenn die öffentliche Jugendhilfe auf ein Angebot der freien Träger angewiesen ist, wie das gegenwärtig in der Kindertagesbetreuung durchaus einmal der Fall sein kann. Bei den Leistungsvereinbarungen haben die §§ 78 c Abs. 1 Satz 2 SGB VIII, 76 Abs. 1 Satz 2 SGB XII deswegen die Möglichkeit einer Verpflichtung des freien Trägers begründet. Vor dem Hintergrund dieser Regelungen ist zu erwägen, inwieweit entsprechende Verpflichtungen bei der Förderung freier Träger begründet werden können.
16. Präzisiert wird die partnerschaftliche Zusammenarbeit auch in § 4 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII. Hierin ist nicht die Vielfalt der freien Träger angesprochen, sondern der einzelne freie Träger als solcher. Seine Zielsetzungen, seine Organisationsstruktur ist zu achten. Dazu gehört natürlich die weltanschauliche Ausrichtung, seine Verfassung etwa als Verein oder auch GmbH aber auch die Art und Weise seiner Personalgestaltung oder der Mobilisierung des ehrenamtlichen Engagements, seine Zusammenarbeit mit Kirchen, Gewerkschaften oder politischen Parteien. Auch die Beschränkung auf einzelne Aufgaben, die der freie Träger selbst wählt, ist zu respektieren. Das könnte etwa die Beschränkung oder auf Jugendliche mit Migrationshintergrund oder auf Mädchenarbeit sein.

III. Schaffung von Einrichtungen

17. Grundlage für die Schaffung von Einrichtungen, Diensten und Veranstaltungen ist § 4 Abs. 2 SGB VIII. Auch aus ihr allein folgt noch keine Verpflichtung zur Förderung der freien Jugendhilfe. Geregelt ist nur Folgendes: Soweit geeignete Leistungsangebote der freien Jugendhilfe vorhanden sind oder rechtzeitig geschaffen werden können, sollen die öffentlichen Träger von eigenen Maßnahmen absehen. Näher zu erwägen ist, welche Bedeutung die Begriffe „Eignung“ und „sollen“ in diesem Zusammenhang haben. Ernsthafte Rechtsprobleme sind damit nicht verbunden, weil diese Fragen in vieler Hinsicht als geklärt angesehen werden können, zumal beide Rechtsbegriffe in allen Rechtsgebieten vorkommen. Es wird deswegen auch davon abgesehen, diese Rechtsprechung in ihrer ganzen Breite darzulegen.
18. Die Eignung ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, der in vollem Umfang von den Gerichten überprüft werden kann und im konkreten Rechtsstreit auch überprüft werden muss. Dem Jugendamt ist in diesem Zusammenhang auch kein Beurteilungsspielraum einzuräumen, der

⁵ Vgl. OVG Weimar, ZfSH/SGB 2006 S. 665 – dort wird sogar die Schaffung eines „freien“ Trägers in Abhängigkeit vom Jugendamt als unzulässig angesehen (Kommune als alleiniger Gesellschafter eine gemeinnützigen GmbH)

⁶ OVG Münster FEVS 53 S. 512

bis zu einem gewissen Grade die Justiziabilität des Begriffs der Eignung begrenzen würde. Auch die Gesamtverantwortung des Jugendamtes ist kein Anknüpfungspunkt für seine eigene, ausschließliche Entscheidungskompetenz. Denn auch die Gesamtverantwortung wird im Rahmen des Gesetzes ausgeübt.

19. Maßstab für die Eignung eines jugendhilferechtlichen Leistungsangebots ist das Gesetz selbst. Je deutlicher die Kriterien für ein geeignetes Leistungsangebot im Gesetzestext ausformuliert sind, umso mehr tritt die Notwendigkeit einer zunächst eigenen Entscheidung eines Verwaltungsträgers in den Hintergrund. Insbesondere seit sich in größerem Umfange Qualitätssicherungskonzepte in der sozialen Praxis durchgesetzt haben, ist die Frage der Eignung damit häufig schon entschieden.
20. Diese Eignung erstreckt sich auf die Durchführung von Einzelmaßnahmen. Sie folgt nicht schon unmittelbar aus der Anerkennung nach § 75 SGB VIII. Allerdings wird eine Anerkennung nur ausgesprochen, wenn die fachlichen und personellen Voraussetzungen erwarten lassen, dass ein freier Träger imstande ist, einen nicht unwesentlichen Beitrag in der Jugendhilfe zu leisten (§ 75 Abs. 1 Nr. 3 SGB VIII). Hieraus kann man bis zu einem gewissen Grade auch auf die Eignung der von diesem freien Träger angebotenen Leistungen schließen. Für die kirchlich gebundenen freien Träger gilt § 75 Abs. 3 SGB VIII. Sie „sind anerkannte Träger der freien Jugendhilfe“. Dasselbe gilt für die auf Bundesebene zusammengeschlossenen Verbände der freien Wohlfahrtspflege.
21. Vor diesem Hintergrund kann man zwar nicht sagen, Leistungen eines anerkannten Trägers wären zwangsläufig geeignet. Da der Gesetzgeber jedoch insoweit mit § 75 Abs. 1 Nr. 3 SGB VIII eine gewisse Erwartung verbindet, wird ein Jugendamt, das die Eignung einer Einzelmaßnahme eines anerkannten Trägers bezweifelt, schon beachtliche Gründe für seine Auffassung nennen müssen. Das Jugendamt muss also nicht die Eignung einer Einzelmaßnahme prüfen. Vielmehr kann es erwarten, dass eine Maßnahme geeignet ist. Das ist wohl auch eine realitätsgerechte Annahme.
22. Im Zusammenhang mit der Eignung bleiben eigentlich nur noch die Fragen zu erörtern, auf die sich die Qualitätssicherung nicht erstreckt. Das wäre vor allem das Finanzgebaren des freien Trägers. Bei stationären Einrichtungen kann einmal das stationäre Angebot, etwa auch die Verwendung von Baumaterialien, auf dem Prüfstand stehen. Bei den Diensten sind Fragen der Personalausstattung ohnehin durch die Anforderungen an die Professionalisierung und durch § 72 a SGB VIII zu klären und zumeist bereits geklärt, bevor die Tätigkeit aufgenommen wird. Es bleibt also zumeist kein großer Spielraum für die zusätzliche Klärung von Eignungsfragen.
23. Bei Meinungsverschiedenheiten über die Eignung ist im stationären Bereich der Weg über die §§ 45 ff. SGB VIII zu beschreiten. Bei den Diensten besteht diese Möglichkeit nicht. Hier wird man unmittelbar an der Qualitätssicherung ansetzen müssen. Es ist aber zu beachten, dass es auch über die Qualitätssicherung unterschiedliche Auffassung geben kann. Der öffentliche Träger der Jugendhilfe verstößt gegen § 3 Abs. 1 SGB VIII, wenn er vom freien Träger verlangt, ein bestimmtes Qualitätssicherungskonzept zu verwenden. Obwohl der Wortlaut des § 3 Abs. 1 SGB VIII zu einer Zeit entstanden ist, zu der noch wenig Erfahrungen mit der Qualitätssicherung bestanden haben, tragen seine Merkmale, insbesondere der Begriff der Arbeitsformen, auch die Qualitätssicherungskonzepte.
24. Letzten Endes fragt man sich, warum das Thema der Eignung so häufig aufgegriffen wird. Ein Überblick über die Literatur zur Erlaubnis zum Betrieb einer Einrichtung (§ 45 SGB VIII), bzw. zur Rücknahme der Anerkennung nach § 75 SGB VIII) lässt nicht auf eine nennenswerte Zahl von ungeeigneten Einzelmaßnahmen bei den freien Trägern schließen. Auch die spätere Einfügung des § 72 a SGB VIII, die öffentliche und freie Träger betrifft, lässt nur auf fehlerhafte Personalentscheidungen schließen, die die Träger mangels Kenntnis nicht verhindern konnten⁷. Kommen fehlerhafte Entscheidungen vor, ist zu intervenieren. Die ge-

⁷ OVG Berlin FEVS 31 S. 331; OVG Bremen, ZfSH/SGB 1984 S. 232; VG Berlin ZfJ 2004 S. 464

setzlichen Regelungen sprechen gleichfalls eine deutliche Sprache. Man wird deswegen vermuten können, dass sich die Diskussion um die Eignung und ihre Verknüpfung mit dem Begriff der Gesamtverantwortung zu einem Instrument der Hierarchisierung innerhalb der Jugendhilfe entwickelt hat. Damit wird die Grundlage des Gesetzes aber verlassen. Die hier interessierenden Fragen, insbesondere auch die der Hierarchie, sind in § 4 Abs. 2 SGB VIII geregelt. Einmal mehr ist zu betonen, dass Meinungsverschiedenheiten über die Eignung eines Dienstes vor Gericht ausgetragen werden müssen.

25. Fragen der Eignung sind heute eher seltener unter dem Blickwinkel der Qualität des Leistungsangebots – die sich ohnehin von selbst versteht – zu erörtern. Auch Zweifelsfragen der weltanschaulichen Neutralität bzw. Vielfalt haben kaum noch eine Relevanz. Es können sich aber Eignungsfragen ergeben, von denen eine, die sich auch in der Jugendsozialarbeit an Schulen ergeben könnte, beispielhaft zu erörtern ist. Ein freier Träger könnte das Konzept verfolgen, Jugendliche nur unter Ausschluss der Eltern zu beraten. Demgegenüber könnte der öffentliche Träger der Jugendhilfe wegen der Bedeutung des Elternrechts des Art. 6 GG gerade gegenteiliger Auffassung sein. Beide Positionen haben einiges für sich, sind aber auch nicht in vollem Umfang überzeugend. In einer solchen Situation dürfte der öffentliche Träger der Jugendhilfe nicht schlichtweg die Eignung des freien Trägers verneinen. Auch insoweit ist die Vielfalt des Angebots zu beachten (§ 3 Abs. 1 SGB VIII). Die Antwort auf die Zweifelsfrage ist vielmehr aus § 8 Abs. 3 SGB VIII abzuleiten. Diese Regelung ist vor dem Hintergrund einer Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entstanden. Das Gericht ist der Auffassung, dass das Elternrecht zurückzutreten hat, wenn eine besondere Not- oder Konfliktlage gegeben ist und Reaktionen der Eltern noch zu deren Verschärfung beitragen könnten⁸. Nach diesen Grundsätzen könnten weder der freie noch der öffentliche Träger ihre Auffassung in vollem Umfang durchsetzen. Damit zeigt sich auch, dass der Hinweis auf § 8 Abs. 3 SGB VIII eine allgemeine Bedeutung hat: Meinungsverschiedenheiten auch über die Eignung sind anhand des Gesetzestextes, dessen Auslegung oft schwierig genug ist, und unter keinen Umständen nach individuellen Bewertungen oder im Rahmen einer hierarchischen Ordnung zu beheben.
26. Besteht ein geeignetes Angebot, so soll die öffentliche Jugendhilfe von eigenen Maßnahmen absehen. In der Praxis wird der Begriff des Sollens häufig im Sinne eines abgeschwächten Ermessens missverstanden. Mit der Soll-Vorschrift wird vielmehr nach gesicherter Auffassung folgender Umstand geregelt: Liegt der Regelfall vor, von dem der Gesetzgeber bei seiner Regelung ausgegangen ist, so muss bzw. darf nicht gehandelt werden. Allgemein ausgedrückt: Die Rechtsfolge tritt in gleicher Weise zwingend ein, wie bei einer Muss-Vorschrift. Liegt der Regelfall nicht vor, sondern ist ein atypischer Fall gegeben, also insbesondere ein Fall, der nicht von der Leitvorstellung des Gesetzgebers geprägt war, sondern ein Fall, der nur formal vom Wortlaut der Norm erfasst ist⁹, so tritt das „muss/bzw. darf nicht“ nicht ein. In diesem Falle wird aus dem „soll“ ein „kann“. Es ist also ein Ermessen auszuüben, was in der Praxis häufig übersehen wird.
27. Die Soll-Vorschrift integriert also ein Müssen und ein Können. Sie ist aber immer nur das eine oder das andere, was vom Vorliegen eines typischen bzw. atypischen Falles abhängt. Die Frage, ob ein atypischer Fall gegeben ist, ist wiederum eine reine Auslegungsfrage, über die die Gerichte zu entscheiden haben. Wer das Vorliegen eines atypischen Falles behauptet, trägt die Darlegungslast (also quasi die Beweislast) dafür, dass die Tatsachen so zu bewerten sind¹⁰. Wenn das nicht geschieht, dann darf das Jugendamt keine eigenen Maßnahmen schaffen – wohl aber bereits vorhandene fortsetzen.
28. Für die praktische Arbeit in der Jugendhilfe bedeutet das: Ist die Vorfrage der Eignung der vorhandenen freien Träger geklärt, so muss im typischen Fall der öffentliche Träger von eigenen Maßnahmen absehen. Das ist auch dann der Fall, wenn der öffentliche Träger

⁸ BVerfG 59 S. 384, schulische Drogenberatung; BVerfG 88 S. 203, Schwangerschaft einer Minderjährigen

⁹ BSG SGB 2002 S. 168 Anm. Hess; BVerwG 91 S. 92

¹⁰ BSG SGB 1988 S. 509 Anm. Maurer

meint, er könne die Aufgabe besser erfüllen als die freien Träger. Deren relativer Vorrang greift bereits ein, wenn sie „geeignete“, und nicht etwa erst, wenn sie „besser geeignete“ Angebote vorhalten.

29. Ein atypischer Fall darf andererseits nicht erst angenommen werden, wenn ein Träger nicht geeignet ist. Ist das der Fall, so ist ohnehin der Weg für Maßnahmen des öffentlichen Trägers eröffnet. Von einem atypischen Fall wird man vielmehr vor allem ausgehen können, wenn sich eine gewisse Tendenz zu einer Monostruktur in der Versorgung herauszubilden droht. In diesem Fall kann der öffentliche Träger im Interesse der Vielfalt des Angebots intervenieren. Im Rahmen seiner jetzt aber gebotenen Ermessensausübung muss er jedoch prüfen, ob ein ergänzendes Angebot eines freien Trägers geschaffen werden kann. Denn auch das gehört noch zu Anwendung der Sollvorschrift und wird durch Art. 13 Bay AGSG unterstrichen.

IV. Förderung der freien Träger

30. Nicht in einem zwingenden Zusammenhang mit den vorgenannten Grundsätzen steht § 4 Abs. 3 SGB VIII. Diese Vorschrift regelt die Förderung der freien durch die öffentliche Jugendhilfe „nach Maßgabe dieses Buches“. Eine Vielfalt der freien Träger wäre auch ohne Förderung denkbar, wenn sie auch für viele kleine freie Träger schwer zu realisieren wäre. Allerdings kennt das Gesetz die Förderung. Dabei ist es von erheblicher Bedeutung, dass § 4 Abs. 3 SGB VIII im Gesamtzusammenhang der §§ 3 und 4 SGB VIII steht. D. h. die Förderung muss alle Grundsätze, die in § 3 Abs. 1 und § 4 Abs. 1 und 2 SGB VIII normiert sind, beachten.
31. Konkret geregelt sind die Grundsätze der Förderung erst in § 74 SGB VIII. Vor diesem Hintergrund ist die Förderung der freien Jugendhilfe zu beurteilen. Die allgemeinen Grundsätze der Regelung des § 74 Abs. 1 SGB VIII sind in diesem Zusammenhang als selbstverständlich nicht weiter zu erörtern. Hinzuweisen ist aber auf die Regelung des § 74 Abs. 2 SGB VIII. Regelungsgegenstand ist u. a. die Förderung zur Schaffung von Diensten, um die Gewährung von Leistungen nach dem SGB VIII zu ermöglichen. Gemäß § 74 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII kann die Förderung davon abhängig gemacht werden, dass die Leistungen unter Beachtung der in § 9 Nr. 1 – 3 SGB VIII genannten Grundsätze angeboten werden. Das betrifft also einige elementare Grundsätze der Erziehung. Verwiesen wird auch auf § 4 Abs. 1 SGB VIII. Dadurch wird – zulässigerweise – die Eigenständigkeit des freien Trägers eingeschränkt.
32. Art. 13 BayAGSG verknüpft mehrere der genannten Grundsätze und verbindet sie mit einer Hinwirkungspflicht des öffentlichen Trägers der Jugendhilfe. Zudem wird präzisiert, dass sich das autonome Betätigungsrecht der freien Träger nur auf die Leistungen nach § 2 Abs. 2 SGB VIII erstreckt. Die öffentlichen Träger müssen darauf hinwirken, dass die freien Träger die erforderlichen Dienste bereitstellen. Die Verpflichtung der öffentlichen Träger, selbst Angebote zu schaffen, setzt also erst ein, wenn die freien Träger, auch nach dem Angebot einer öffentlichen Förderung, nicht bereit oder in der Lage sind, tätig zu werden. Das entspricht im Wesentlichen den §§ 4 und 74 SGB VIII. Mit der ausdrücklichen Hinwirkungspflicht der öffentlichen Träger geht das Bayerische Recht noch über das Bundesrecht hinaus.
33. Von Interesse ist § 74 Abs. 2 SGB VIII eigentlich weniger hinsichtlich der Frage, welche Grundsätze der Erziehung zu beachten sind, sondern wie sich der Gesetzgeber die Klärung von Meinungsverschiedenheiten vorstellt. Zunächst ist festzuhalten, dass die Verweisung auf § 4 Abs. 1 SGB VIII klarstellt, dass der Grundsatz der Eigenständigkeit der freien Träger auch zu beachten ist, wenn eine Förderung im Sinne des § 74 SGB VIII geleistet wird. Insbesondere wird auch auf § 4 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII verwiesen. D. h. also auch der aus öffentlichen Mitteln geförderte freie Träger kann sich auf die Selbständigkeit in Zielsetzung und Durchführung seiner Aufgabe berufen. Dass in diesem Zusammenhang nicht auf § 3 SGB VIII verwiesen wird, bedeutet nicht, dass der Grundsatz der Vielfalt der freien Träger

bei deren Förderung aufgegeben ist. Vielmehr dient der Hinweis auf § 4 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII der Klarstellung, weil der Gedanke nahe liegen könnte, der fördernde öffentliche Träger hätte ein weitergehendes Bestimmungsrecht, was jedoch vom Gesetzgeber verworfen wird¹¹.

34. Allerdings hat der Gesetzgeber dann doch die in § 9 SGB VIII genannten Grundsätze als so wichtig angesehen, dass er insoweit eine Einschränkung der Autonomie des freien Trägers als zulässig erachtet. Das musste einmal im Hinblick auf Art. 6 GG erfolgen, aber sollte auch darüber hinaus geschehen. Vor dem Hintergrund des § 9 SGB VIII kann man sich auch in der Jugendsozialarbeit an Schulen eine Situation vorstellen, dass bei der Arbeit mit Jugendlichen mit Migrationshintergrund ein Konflikt zwischen dem Erziehungsziel der Gleichberechtigung von Mädchen und Jungen (§ 9 Nr. 3 SGB VIII) und der Berücksichtigung kultureller Bedürfnisse und Eigenarten (§ 9 Nr. 2 SGB VIII) entsteht. Hierzu könnten unterschiedliche freie Träger zu unterschiedlichen Lösungsansätzen gelangen. Dem Gesetzgeber schien diese Frage jedoch so wichtig zu sein, dass er dem fördernden öffentlichen Träger die Befugnis zugewiesen hat, die Förderung davon abhängig zu machen, welche Auffassung dazu er selbst vertritt. Insoweit wird die Autonomie der freien Träger eingeschränkt.
35. Eine derartige Verfahrensweise wäre in vielen anderen Konfliktfeldern zumindest im Rahmen der Förderung nach § 74 SGB VIII auch möglich gewesen. Von dieser Möglichkeit hat der Gesetzgeber aber keinen Gebrauch gemacht. So unterstreicht gerade die Existenz des § 74 Abs. 2 Satz 1 und 2 SGB VIII, dass in anderen Bereichen der Leistungserbringung durch die Gewährung von Fördermitteln keine Abhängigkeiten geschaffen werden dürfen. Damit bestimmen § 74 Abs. 2, § 9 und § 4 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII den Rahmen, innerhalb dessen Weisungen des öffentlichen Trägers an den freien Träger ergehen dürfen. Damit wird auch die Gesamtverantwortung des Jugendamtes in einen konkreten gesetzlichen Rahmen eingebunden. Sie begründet nicht die Kompetenz von den §§ 3, 4 und 74 SGB VIII abzuweichen. Dass im Übrigen von allen Beteiligten das Gesetz strikt zu beachten ist, versteht sich von selbst.
36. Die weiteren, in § 74 SGB VIII geregelten, Förderungsgrundsätze verlangen natürlich auch Beachtung. So wird gemäß § 74 Abs. 3 SGB VIII über Art und Höhe der Förderung im Rahmen der verfügbaren Haushaltsmittel nach Ermessensgrundsätzen entschieden (Satz 1). Entsprechendes gilt, wenn mehrere Antragsteller die Förderungsvoraussetzungen erfüllen (Satz 2). Eine solche Ermessensentscheidung ist auf der Grundlage des § 39 SGB I zu treffen und nach § 39 Abs. 1 Satz 3 SGB X zu begründen. Ermessenswidrig wäre es, die freien Träger gewissermaßen „reihum“ zu fördern. Es wäre darüber hinaus nicht zulässig, nur diejenigen freien Träger zu fördern, die bereit sind, bestimmte Wünsche des öffentlichen Trägers der Jugendhilfe zu befolgen, wenn es dafür keine gesetzliche Grundlage gibt (vgl. unten Rz. 60). Denn auch darin läge eine Einschränkung der Autonomie der freien Träger, zumindest eine Benachteiligung derjenigen Träger, die sich auf § 4 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII berufen. Eine solche Entscheidung wäre ermessenswidrig, da dieser Ermessensgesichtspunkt ersichtlich in § 74 Abs. 3 SGB VIII nicht genannt ist.
37. Demgegenüber können aber Eigenleistungen der freien Träger berücksichtigt werden. Die Eigenleistungen sind anhand der Gesamtkosten einer Maßnahme zu ermitteln. Diese Gesamtkosten beschränken sich nicht auf die Personalkosten, weil ohne eine gewisse Grundausstattung eine Maßnahme nicht durchgeführt werden kann. „Die für die Durchführung der Maßnahme tatsächlich angefallenen oder künftig noch anfallenden Kosten bilden auch bei Förderung im Rahmen einer Festbetragsfinanzierung die Höchstgrenze der rechtmäßig möglichen Förderung“¹². Allerdings kennt das Gesetz keine Untergrenze. Es geht letzten Endes um die betriebswirtschaftlich möglichst exakte Ermittlung der Kosten. Da die freien Träger über eine Grundausstattung verfügen, können die Kosten dafür nur dann einer ge-

¹¹ Wiesner, SGB VIII § 74 Rz. 36

¹² BVerwG FEVS 61 S. 200

förderten Maßnahme zugeordnet werden, wenn objektiv festgestellt werden kann, dass die Grundkosten durch die Maßnahme erhöht werden. Nicht zutreffend ist es aber, die Auffassung zu vertreten, Sachkosten könnten nicht berücksichtigt werden¹³. Dabei ist allerdings zu betonen, dass die Richtlinien in Nr. 4.1 nur eine Pauschale von 16.360 Euro nennen. Damit sind Sachkosten nicht von der Förderung ausgeschlossen.

38. Was die Eigenleistungen angeht, so sind bei deren Bemessung „die unterschiedliche Finanzkraft und die sonstigen Verhältnisse zu berücksichtigen“ (§ 74 Abs. 3 Satz 3 SGB VIII). Eine pauschale Maßgabe, die da lauten könnte, es wären mindestens 10 Prozent Eigenleistung zu verlangen, widerspricht damit schon dem Gesetzestext, der nicht nur auf einen festen Betrag verzichtet, sondern darüber hinaus eine differenzierende Einzelfallentscheidung verlangt. Ein nominal festgelegter Betrag ist damit nicht zulässig¹⁴. Insbesondere kann eine gleich hohe Eigenleistung nicht von finanzschwachen Trägern verlangt werden. Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass das BVerwG, wenn auch nur im Ausnahmefall, sogar einen Verzicht auf eine Eigenleistung für denkbar hält¹⁵. Damit dürfte eine Umsetzung von Nr. 3.7 der JaS-Richtlinie 2012 durch ein förderndes Jugendamt nicht dem Gesetz entsprechen. Sie ist wohl zu sehr von haushaltsrechtlichen Erwägungen bestimmt. Zu berücksichtigen wären auch die sog. Overheadkosten, soweit sie sich auf die geförderte Jugendsozialarbeit an Schulen konkret der Höhe nach beziehen lassen. Der Ausschluss einer Berücksichtigung des ehrenamtlichen Engagements dürfte ebenfalls mit § 74 Abs. 3 Satz 3 SGB VIII („sonstige Verhältnisse“) nicht zu vereinbaren sein. Man darf auf der anderen Seite aber nicht übersehen, dass auch die Höhe der Förderung nach Ermessensgesichtspunkten und im Rahmen der verfügbaren Haushaltsmittel erfolgt.
39. Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist folgende systematische Erwägung angebracht: Die objektiv erforderlichen und „richtigen“ Kosten einer Maßnahme werden sich immer nur annäherungsweise ermitteln lassen. Doch schon aus haushaltsrechtlichen Gründen sind die Leistungsträger zu einer sparsamen Mittelverwendung verpflichtet. Eine „Überfinanzierung“ von Maßnahmen dürfte damit nur selten vorkommen. Von dieser eher wirtschaftlichen Frage abgesehen ist jedoch davon auszugehen, dass § 40 SGB I dem Bürger einen Rechtsanspruch auf Leistungen einräumt. Dieser Anspruch ist vom Leistungsträger, hier also dem Jugendamt, vollständig zu erfüllen. Es gibt also, von konkreten Ausnahmeregelungen abgesehen, keine Deckelung von Leistungen oder Zuschüsse zu Leistungen. Die Vorschrift des § 13 Abs. 1 SGB VIII vermittelt dem jungen Menschen einen Anspruch. Die Tatsache, dass in der Vorschrift die Begriffe „sollen ... angeboten werden“ Verwendung finden, ändert daran nichts. Das Angebot ist so konkret auszugestalten, dass es nur noch angenommen werden muss¹⁶. Doch selbst wenn man hierzu eine engere Auffassung vertreten sollte gilt, dass es das Jugendamt ist, das das Angebot nicht nur zu machen, sondern auch selbst zu finanzieren hat. Die Leistung des § 13 Abs. 1 SGB VIII ist in jeder Auslegung keine „freiwillige“ Leistung. Zulässig und zumeist geboten ist die Hinzuziehung eines Leistungserbringers. Wenn dieser eine Eigenleistung erbringt, dann bedeutet das zugleich, dass der Anspruchsgegner, das Jugendamt, den Anspruch nicht voll erfüllt. Das widerspricht eigentlich der Regelung des § 40 SGB I, findet aber in der Regelung des § 74 Abs. 1 Nr. 4 SGB VIII eine Rechtfertigung. Der haushaltsrechtliche Begriff der Zuwendung verschleiert dabei den sozialrechtlichen Zusammenhang. Lassen sich die Kosten einer Maßnahme auf einen bestimmten Betrag fixieren und weigern sich die freien Träger, sie zu erbringen, dann müsste das Jugendamt diese Maßnahme, erhöht um die rechnerische Eigenleistung selbst erbringen. Dieses Verhältnis von Berechtigten und Verpflichteten unter Einschaltung eines Dritten sollte bei der Auslegung des § 74 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SGB VIII nicht übersehen werden.

¹³ In der Entscheidung BVerwG FEVS 61 S. 200 bestand die Förderung aus ca. 300.000 DM Personalkosten und 90.000 DM Sachkosten.

¹⁴ Hauck-Grube, § 74 SGB VIII Rz. 26

¹⁵ BVerwG FEVS 61 S. 200 (206) – in der Entscheidung offen gelassen

¹⁶ OVG Lüneburg ZfJ 2001 S. 228 zu § 2 Abs. 2 Nr. 3 SGB VIII

40. Hinsichtlich der allgemeinen und möglichst objektiv zu bestimmenden Höhe der Förderung wird man insbesondere nicht unmittelbar auf Grundsätze zurückgreifen können, die für die Entgeltvereinbarungen entwickelt worden sind. Diese Grundsätze sind ohnehin im Detail noch immer umstritten.¹⁷ Es gilt nur allgemein der Grundsatz, dass ein Entgelt dann leistungsgerecht ist, wenn es intern nach den vorgelegten Unterlagen plausibel begründet ist und wenn es einem Marktvergleich standhält. Dabei sind grundsätzlich alle betriebswirtschaftlich relevanten Kosten zu berücksichtigen – auch eine Eigenkapitalverzinsung, was in der Vergangenheit umstritten war. Für die Förderung nach § 74 SGB VIII gelten aber nicht die Maßstäbe des „leistungsgerechten Entgelts“. Eine Untergrenze ergäbe sich allenfalls aus § 17 Abs. 1 Nr. 2 SGB I („die ... erforderlichen Dienste ... ausreichend zur Verfügung stehen“). Von dieser Untergrenze ist man aber weit entfernt.
41. Gewisse Schwierigkeiten, die insbesondere auch für die Jugendsozialarbeit an Schulen von Bedeutung sind, bereitet § 74 Abs. 5 SGB VIII. Danach gilt: Werden gleichartige Maßnahmen von der freien und öffentlichen Jugendhilfe durchgeführt, so sind bei der Förderung die Grundsätze und Maßstäbe anzuwenden, die für die Finanzierung der Maßnahmen der öffentlichen Jugendhilfe gelten. Das bedeutet nun aber nicht, dass damit eine der Grundlagenregelungen der §§ 3 und 4 SGB VIII aufgegeben wäre. Insbesondere wird also § 74 Abs. 2 SGB VIII mit seinen Verweisungen nicht eingeschränkt. Schon gar nicht ergibt sich aus § 74 Abs. 5 SGB VIII ein Weisungsrecht des öffentlichen Trägers gegenüber dem freien Träger, weil ja schon nach dem Wortlaut des § 74 Abs. 5 SGB VIII gleiche Grundsätze gelten sollen. Es gibt hier also keinen Vorrang des öffentlichen Trägers. Der hauptsächliche Anwendungsbereich des § 74 Abs. 5 SGB VIII liegt im Bereich einer Finanzierung der Maßnahmen nach gleichen Maßstäben. Zumeist betrifft das die Bezahlung der Fachkräfte¹⁸.
42. Eine nicht zu unterschätzende Schwierigkeit ergibt sich noch aus dem Haushaltsrecht. Soweit es mit den Bestimmungen des SGB VIII nicht übereinstimmt, wäre es dennoch anzuwenden, bzw. es wäre eine Auslegung zu suchen, die unter Auflösung von Widersprüchen beiden Rechtsgebieten Rechnung trägt. Widersprüche könnten sich aber in der Praxis allenfalls dann ergeben, wenn Ausführungsvorschriften unter Vernachlässigung von Grundsätzen des SGB VIII ergangen wären. Das könnte bei den Richtlinien nach § 44 BayHO denkbar sein. Solche Fragen sind aber im Sinne der vorrangigen Geltung des Gesetzes zu beantworten, weil die Richtlinien als untergesetzliche Regelungen das Gesetz nicht modifizieren können. Konkret bedeutet das: Art. 44 Abs. 1 BayHO regelt, dass Zuwendungen nur unter den Voraussetzungen des Art. 23 BayHO gewährt werden dürfen. Letztere Vorschrift regelt nicht die Voraussetzungen einer Eigenbeteiligung von 10 Prozent. Das schließt nicht aus, dass in den Richtlinien solche weitergehenden Voraussetzungen geschaffen werden. Allerdings dürfen sie nicht gegen ein Gesetz verstoßen. Dieses Gesetz ist § 74 Abs. 3 Satz 3 SGB VIII, der pauschale Eigenleistungen gerade ausschließt. Selbst durch ein bayerisches Gesetz könnte das Bundesrecht nicht abgeändert werden (Art. 31 GG).
43. Es verbleibt noch ein allgemeineres Problem bei der Frage einer Auswahl der zu fördernden Träger nach § 74 Abs. 3 – 5 SGB VIII. Generell im Sozialrecht ist es noch sehr umstritten, wann bzw. ob ein Vergabeverfahren durchzuführen ist und ob in jedem Falle die §§ 97 ff. GWB anzuwenden sind. Bei einer Projektförderung wird man sich grundsätzlich an den Altmark-Trans-Kriterien des EuGH orientieren müssen¹⁹.

¹⁷ Vgl. jüngst nur Weber, NZS 2013 S. 406

¹⁸ OVG Hamburg ZfJ 1987 S. 34; OVG Lüneburg NVwZ-RR 1999 S. 127; VGH München RsDE 2000/44 S. 87

¹⁹ EuGH EuZW 2003 S. 496:

1. Das durch die Förderung begünstigte Unternehmen muss tatsächlich mit der Erfüllung einer gemeinwirtschaftlichen Aufgabe betraut sein und seine Verpflichtungen müssen klar definiert sein.
2. Die Kriterien, nach denen der Ausgleich berechnet wird, müssen objektiv und transparent aufgestellt sein.

44. Ergänzend dazu ist auf die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Leistungserbringungsrecht hinzuweisen. Deren Grundsätze beanspruchen insoweit allgemeine Gültigkeit, als sie aus den Art. 3 Abs. 1 und 12 Abs. 1 GG abgeleitet sind²⁰. Deswegen ist es auch nicht entscheidend, ob öffentliche Aufträge im Sinne des Vergaberechts erteilt oder Leistungsvereinbarungen geschlossen werden. Je nach Lage des Falles sieht die Rechtsprechung in dem Ausschluss eines geeigneten Bewerbers von der Versorgung einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG bzw. 12 Abs. 1 GG oder gegen beide Grundrechte. Im Ergebnis bedeutet das aber auch nur, dass eine etwa erforderliche Auswahlentscheidung mit größter Sorgfalt getroffen werden muss, da sich Bewerber, die nicht zum Zuge gekommen sind, unter Berufung auf die Art. 3 und 12 GG Rechtsschutz verschaffen können.
45. Wenn nach Auffassung eines Bewerbers die Rechtsgrundsätze bei der Förderung nicht eingehalten wurden, ist auf jeden Fall Rechtsschutz gewährleistet. Das ergibt sich bereits aus Art. 19 Abs. 4 GG. Allerdings muss zuvor festgestellt werden, auf welchem Wege der „Zuschlag“ erteilt wurde. War ein ordentliches Vergabeverfahren durchzuführen, so ist nach den §§ 102 ff. GWB ein Nachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern durchzuführen. Diese Situation wird sich bei der Förderung der freien Träger schon aus Rechtsgründen nicht ergeben, da die Förderung – nach noch nicht eindeutig geklärt Auffassung²¹ – nicht als die „Vergabe eines öffentlichen Auftrags“ anzusehen ist. Richtig ist die im Verwaltungsrecht seit längerer Zeit gebräuchliche „Konkurrentenklage“, also die Klage eines Bewerbers, die sich dagegen richtet, dass ein Dritter zum Zuge gekommen ist. Beklagter wäre der öffentliche Träger, dessen Entscheidung als rechtswidrig angegriffen wird.
46. Falls das Jugendamt selbst eintreten sollte, wäre die Unterlassungsklage die richtige Klageart. Diese wäre bereits dann begründet, wenn das Jugendamt die Leistung selbst erbringen würde, ohne dass zuvor definitiv festgestellt worden ist, dass kein freier Träger – auch nicht unter Einsatz von Fördermitteln (§ 74 SGB VIII) – bereit oder in der Lage ist die Leistung zu erbringen. Für die Anwendung der Sollvorschrift des § 4 Abs. 2 SGB VIII ist hier aus praktischen Gründen kein Raum, denn es müsste nachgewiesen werden, dass kein freier Träger vorhanden ist, der die Leistung in geeigneter Weise erbringen kann, und dass nur das Jugendamt für die Vielfalt des Leistungsangebot sorgen könnte. Die Unterlassungsklage kann sich allerdings nicht darauf richten, dass der öffentliche Träger der Jugendhilfe bereits vorhandene Einrichtungen schließt²², wenn diese rechtmäßigerweise geschaffen worden waren.

V. Umfang der Einflussnahme auf die Tätigkeit der freien Träger durch den öffentlichen Träger

47. Die Auslegung des Gesetzestextes lässt sich in folgenden Grundsätzen zusammenfassen:
- Wenn die §§ 3 und 4 SGB VIII die Vielfalt und Eigenständigkeit der freien Träger garantieren,
 - wenn dies auch für ihre Förderung (§ 74 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII) gilt,
 - und wenn der öffentliche Träger sogar von der Schaffung eigener Angebote absehen soll, soweit geeignete Angebote der freien Träger betrieben werden oder rechtzeitig geschaffen werden können (§ 4 Abs. 2 SGB VIII),

3. Der Ausgleich darf nicht über den Betrag hinausgehen, der dem Unternehmen für die Erfüllung der Aufgabe einschließlich eines angemessenen Gewinns entsteht.

4. Die Höhe des Ausgleichs muss auf der Grundlage einer Analyse der Kosten ermittelt werden, die einem durchschnittlichen Unternehmen entstehen würden.

²⁰ BVerfG NZS 2004 S 420; BVerfG NJW 2006 S. 3701; BSG SozR 3-2500 § 111 Nr. 1 und 2; § 124 Nr. 5, 9

²¹ Vgl. Hauck-Grube, § 74 SGB VIII Rz. 64

²² Hauck-Neumann, § 3 SGB VIII Rz. 8

- dann ist es auch nicht zulässig, den freien Trägern Weisungen zu erteilen,
- weil Letztere gegenüber der unzulässigen Schaffung von eigenen Einrichtungen der öffentlichen Träger einer eigenen Rechtfertigung bedürften,
- was nur beschränkt auf die ausdrückliche gesetzliche Regelung des § 74 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII geschehen ist.
- Weisungen, die sich auf die Einhaltung des Gesetzes erstrecken, haben nur eine klarstellende Bedeutung.

48. Vor diesem Hintergrund gilt für Jugendsozialarbeit an Schulen Folgendes:

Insgesamt entsteht der Eindruck, dass die Richtlinien zur Förderung der Jugendsozialarbeit an Schulen vom 20.11.2012 kaum Anknüpfungspunkte für kritische Erwägungen aus sozialrechtlicher Sicht bieten. Im Hinblick auf § 74 Abs. 3 Satz 3 SGB VIII ist die starre Untergrenze von 10 Prozent Eigenleistung bedenklich. Die Unangreifbarkeit der Richtlinien hängt wohl auch damit zusammen, dass sie sich nicht mit dem Grundverhältnis öffentlicher und freier Jugendhilfe befassen. Anlass zur Kritik bieten eher die vor diesem Hintergrund verfassten behördlichen Schreiben. Das gilt für folgende Einzelpunkte:

Etwas umständlich ist in den Richtlinien das Zuwendungsverfahren geregelt. Rechtlich bedeutsam ist dabei nur, dass mit dem freien Träger eine Zuwendungsvereinbarung, ergänzt durch eine Kooperationsvereinbarung mit der Schule, geschlossen wird. Vereinbarungspartner ist der öffentliche Träger. Alle rechtlichen Zweifelsfragen sind also auf der Grundlage der Zuwendungsvereinbarung zu beantworten. Gegen die Einbeziehung der Regierungen, die offensichtlich einer Überprüfung der zweckentsprechenden Verwendung der Mittel dient, sprechen keine rechtlichen Regelungen. Die Aufgabenverteilung zwischen Jugendamt und Jugendhilfeausschuss erfolgt zwar in der Weise, dass Ersteres die laufenden Aufgaben der Verwaltung ausführt und Letzterer sich mit Grundsatzfragen befasst. Zu seinen Aufgaben gehört aber auch die „Förderung der freien Jugendhilfe“ (§ 71 Abs. 2 Nr. 3 SGB VIII).

Die Abgrenzung zwischen den Begriffen „laufende Verwaltung“ (§ 70 Abs. 2 SGB VIII) und „Grundsatzfragen“, mit denen sich eher der Jugendhilfeausschuss befasst, ist im Detail schwierig. Aus mehreren Gründen kann hier aber auf eine genauere Abgrenzung verzichtet werden. Die Zuständigkeit des Jugendhilfeausschusses ist in § 71 Abs. 2 SGB VIII nicht abschließend geregelt („insbesondere“). Der Jugendhilfeausschuss kann also auch Aufgaben an sich ziehen. Schwerer wiegt aber folgender Gesichtspunkt: Der Jugendhilfeausschuss ist wie alle anderen Organe an das Gesetz gebunden. D. h. unter anderem, dass er keinen Beschluss fassen kann, der im Widerspruch zu den §§ 3 und 4 SGB VIII steht. Anders ausgedrückt, die Grundsätze der Eignung, der Vielfalt und des Vorranges der freien Träger stehen natürlich nicht zur Disposition des Jugendhilfeausschusses. Selbst wenn man also der Auffassung ist, der Jugendhilfeausschuss könnte sich mit der Frage befassen, ob ein bestimmter freier Träger eine Leistung erbringen kann, könnte dies nie unter Missachtung der §§ 3 und 4 SGB VIII geschehen.

Ungewöhnlich, aber nicht rechtswidrig ist es, wenn gemäß Nr. 7 der Richtlinie der Antrag auch des freien Trägers u. a. aus dem „Beschluss des Jugendhilfeausschusses“ besteht. Sollten im Ablauf des Verfahrens seitens der Verwaltung Fehler gemacht werden, so ist dies dann nicht relevant, wenn nur der Antrag selbst rechtzeitig gestellt wurde. Ein Antrag im sozialrechtlichen Sinne wird vom BSG unter Anwendung des § 133 BGB ausgelegt: „Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften“ D. h. also, es kommt nur darauf an, ob ermittelt werden kann, was der Antragsteller wollte. Ist danach der Antrag klar, wenn auch unvollständig, so ist er rechtzeitig gestellt. Man wird diese Grundsätze auch anwenden müssen, wenn nicht an einen Antrag im Sinne des § 40 SGB I gedacht ist.

Die Frage der Eignung eines freien Trägers kann nicht allein vom öffentlichen Träger der Jugendhilfe beurteilt werden. Seine Auffassung ist vielmehr lediglich ein Argument in der

gerichtlichen Auseinandersetzung um die Frage der Eignung. Die Frage der Eignung hängt im Gesetz nicht einmal zwingend mit der Anerkennung zusammen (§ 74 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII). Insoweit ist es etwas ungenau bzw. unvollständig, wenn in verschiedenen Schreiben, so auch im Schreiben des Staatsministeriums für Arbeit und Sozialordnung, Familie und Frauen vom 13.7.2012 die Auffassung vertreten wird, die Beurteilung der Eignung eines freien Trägers folge aus der Gesamtverantwortung und obliegt dem öffentlichen Träger der Jugendhilfe. Vielmehr ist die Eignung eine Rechtsfrage, über die verschiedene Meinungen bestehen können. Nur den Gerichten obliegt es, über die Eignung zu befinden. Dabei ist auch § 75 Abs. 3 SGB VIII zu beachten: Die Kirchen und Religionsgesellschaften des öffentlichen Rechts ... sind anerkannte Träger der freien Jugendhilfe. Das Konstrukt eines „ungeeigneten anerkannten“ Trägers dürfte sich aus dem Gesetz nicht ableiten lassen. Es kann in diesem Zusammenhang also nur sehr viel konkreter um die Frage gehen, ob eine bestimmte Einzelmaßnahme sachgerecht durchgeführt wird (§ 74 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VIII).

Ein etwas problematisches Verhältnis zum Gesetz ergibt sich aus verschiedenen Schreiben kommunaler Träger. So wird es unter Hinweis auf die §§ 3 und 4 SGB VIII für durchaus möglich gehalten, einen freien Träger mit der Aufgabe der Jugendsozialarbeit an Schulen zu beauftragen. Doch soll sich bei „intensiver Betrachtung der Förderrichtlinien und dem dazu gehörigen Leitfaden“ ... „durchgängig eine andere Betrachtungsweise“ herausstellen. Aus ihnen kann sich nichts anderes ergeben, denn es gilt natürlich das Gesetz.

Darüber hinaus ist der Begriff „beauftragen“ missverständlich. In gemeindlichen Verlautbarungen heißt es zuweilen ebenso missverständlich „übertragen“. Beide Begriffe erwecken den Eindruck, das Jugendamt wäre Auftraggeber. Richtig ist aber, dass das Jugendamt unter dem Angebot einer Förderung darauf hinwirken muss, dass ein freier Träger die Aufgabe nach den Grundsätzen der §§ 3 und 4 SGB VIII übernimmt. Ist dies der Fall, so darf das Jugendamt nicht tätig werden.

Insbesondere ist auch die von der Regierung von Niederbayern in ihrem Schreiben vom 22.4.2013 vertretene Auffassung nicht zutreffend, der „Übertragung“ ... an den freien Träger „wird jedoch nicht grundsätzlich erste Priorität eingeräumt“ (§ 4 Abs. 2 SGB VIII). Noch deutlicher wird der Gesetzestext verfehlt, wenn die Auffassung vertreten wird „Wenn der öffentliche Jugendhilfeträger bei seiner Prüfung zum dem Ergebnis gelangt, dass die Aufgabenerfüllung bei ihm selbst am besten angesiedelt ist, so liegt dies in seiner Entscheidungsbefugnis.“

Es können lediglich ungeeignete freie Träger ausgeschlossen werden – und darüber entscheidet erforderlichenfalls das Gericht. Sind geeignete freie Träger vorhanden, so greift deren relativer Vorrang nach § 4 Abs. 2 SGB VIII ein. Insoweit ist die im Schreiben der Regierung von Niederbayern vom 22.4.2013 vertretene Auffassung „Alleinige Gründe des Funktionsschutzes der freien Jugendhilfe sind für die Übertragung der Trägerschaft nicht ausreichen“ um folgende Zusätze zu ergänzen: Dies ist nur zutreffend, wenn eine Eignung des freien Trägers nicht gegeben ist, oder wenn Gründe für ein Abweichen von der Sollvorschrift des § 4 Abs. 2 SGB VIII festgestellt worden sind.

Ebenfalls unzulässig wäre „eine eindeutige fachliche Anbindung an das Jugendamt, auch wenn die JaS von den Trägern der freien Jugendhilfe umgesetzt wird“ Insoweit würde gegen § 4 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII verstoßen. Wenn die JaS als „Filiale“ des Jugendamtes an der Schule bezeichnet wird, dann kann das – ungeachtet der Unklarheit des Begriffs²³ – nur für die öffentliche Jugendhilfe gelten.

„Beste Öffentlichkeitsarbeit“ und „positive Imagepflege“ sind, anders als die Regierung von Niederbayern meint, keine Kriterien, für ein Abweichen von der Sollvorschrift des § 4 Abs. 2 SGB VIII. In § 4 Abs. 2 SGB VIII geht es ersichtlich um die Eignung des Leistungserbringers und damit um die Qualität der Leistungen, jedoch nicht um die Imagepflege des Jugendamtes. Im Übrigen ist es zutreffend, dass § 4 Abs. 2 SGB VIII keinen starren Vor- und

²³ Staat und Kommunen verfügen nicht über Filialen.

Nachrang der Träger vorsieht. Er regelt aber sehr klar, dass bei Eignung freier Träger der öffentliche Träger von eigenen Maßnahmen absehen soll. Es ist der öffentliche Träger, der die Darlegungslast für das Abweichen von der Sollvorschrift trägt. Mit dem Hinweis auf die Imagepflege hat sich die Regierung von Niederbayern selbst den Weg für eine plausible Begründung verbaut.

Die ausgewogene Verteilung zwischen öffentlichen und freien Trägern ist überhaupt kein Argument, das in § 4 SGB VIII eine Bedeutung erlangen könnte. Das ist ebenso irrelevant wie die Frage, wer etwas besser kann. In § 4 Abs. 2 SGB VIII werden die Rechtsfolgen ausschließlich an die „Eignung“ geknüpft. Ein geeigneter freier Träger muss also nicht nachweisen, dass er etwas besser kann als der öffentliche Träger.

Die Dienst- und Fachaufsicht über das Personal liegt je nach Lage der Dinge entweder beim öffentlichen oder beim freien Träger der Jugendhilfe. Zu ergänzen bleibt noch, dass das Arbeitsrecht, das von den freien Trägern anzuwenden ist, durch die Unterscheidung in Dienst- und Fachaufsicht nicht geprägt ist. Das ist letzten Endes aber eher eine terminologische Frage.

Ein vom öffentlichen Träger der Jugendhilfe entworfenes Konzept darf dem freien Träger nicht vorgegeben werden. Dieser muss vielmehr selbst ein Konzept erarbeiten, das allgemein anerkannten Qualitätskriterien entspricht. Entsprechendes gilt für die Stellenbeschreibung, das Anforderungsprofil und die Festlegung der Arbeitszeiten.

Die Beteiligung an Dienstbesprechungen und fachlichem Austausch ist eine zulässige und auch notwendige Form der partnerschaftlichen Zusammenarbeit. Die bloße Empfehlung gemeinsamer Bewerbungsgespräche, wie sie im Leitfaden zur Erstellung einer Kooperationsvereinbarung erfolgt, ist als solche zulässig. Entsprechendes gilt für die Vorstellung der Fachkraft. Relativ häufig beziehen sich die Gemeinden auf Kooperationsvereinbarungen, wonach am Bewerbungsgespräch sowohl die Schulleitung als auch ein Vertreter der Jugendämter zu beteiligen ist. Man beruft sich hier auf die Gesamtverantwortung, die offensichtlich, ähnlich wie der Begriff der Eignung, zur Grundlage für jegliche Einflussnahme erhoben wird. Demgegenüber ist zu betonen, dass auch die Gesamtverantwortung im Rahmen der Gesetze, also auch der §§ 3 und 4 SGB VIII wahrgenommen wird. Insoweit könnte die Beteiligung an Bewerbungsgesprächen doch zu weit gehen und gegen § 4 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII verstoßen. Danach ist auch die Gestaltung der Organisationsstruktur des freien Trägers geschützt. Allerdings resultiert aus der Beteiligung allein noch keine Einflussnahme. Dann bleibt aber die Frage unbeantwortet, zu welchem Zweck die Beteiligung erfolgt.

Für eine verpflichtende Hospitation einzelner Mitarbeiter im Jugendamt fehlt eine Rechtsgrundlage. Sie wäre nur zulässig, wenn davon die Eignung des freien Trägers selbst abhinge. Es ist der freie Träger, der über die Eignung des Personals entscheidet. Das erfolgt zumeist anhand formaler Ausbildungsabschlüsse sowie beruflicher Erfahrungen und Leistungen. Handelt er hierbei fehlerhaft, so kann dies auf die Beurteilung seiner Eignung durchschlagen. Soweit die beteiligten Träger, wie in den Richtlinien vorgesehen, Hospitationen im Rahmen ihrer partnerschaftlichen Zusammenarbeit vereinbaren, ist aus rechtlicher Sicht nichts dagegen einzuwenden, da jede Kooperation zwischen Jugendamt, freiem Träger und Schule nur zur Verbesserung der Qualität der Leistungen beitragen kann.

Absprachen über Dienstzeiten, personelle Änderungen, Umgang mit Konflikten, Fortbildungen usw. sind Kriterien der Eignung des freien Trägers selbst. D. h. er muss auf diese Kooperationsformen hinwirken. Dasselbe gilt für Besprechungen mit dem Schulpersonal.

Erfahrungsgemäß wird die Kooperation erschwert, wenn in größerem Ausmaß Teilzeitkräfte beschäftigt werden. Es besteht aber, anders als bei Vollzeitkräften, keine Möglichkeit, Teilzeitkräfte an einer weiteren Tätigkeit zu hindern. Das gilt auch für den Fall, in dem eine Sozialpädagogin, in welchem Arbeitsfeld auch immer, gleichzeitig in Teilzeit bei demselben oder einem anderen Arbeitgeber beschäftigt ist. Die Grenze ist dann überschritten, wenn eine Teilzeitkraft durch eine Tätigkeit bei einem zweiten Arbeitgeber konkrete Pflichten aus ihrem Arbeitsvertrag mit dem ersten Arbeitgeber verletzen würde. Eine solche Verletzung

von Pflichten, die ohnehin nur bei verschiedenen Arbeitgebern vorkommen kann, muss sich aber aus der Tätigkeit selbst ergeben. Insbesondere muss ein Arbeitgeber, der Teilzeitarbeit anbietet, im Rahmen seiner Fürsorgepflicht akzeptieren, dass es auf zwei Teilzeitarbeitsplätzen gewisse Reibungen bei der Koordination gibt, die bei einer Vollzeittätigkeit nicht entstehen könnten. Käme es zu einer Verletzung konkreter arbeitsvertraglicher Verpflichtungen, so wäre der anderen Vertragspartei die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar. Damit wäre ein Grund für eine außerordentliche Kündigung gegeben. Es besteht aber keine Möglichkeit schon präventiv, wegen der nicht einmal nahe liegenden Möglichkeit von Pflichtverletzungen, solche Vertragsschlüsse zu unterbinden.

Die in „2. Kooperation innerhalb der Jugendhilfe“ angesprochenen Fragen der Zusammenarbeit, einschließlich der Einbeziehung in § 8 a SGB VIII, die in § 8 a Abs. 4 SGB VIII ihre gesetzliche Grundlage hat, sind insgesamt als Eignungskriterien anzusehen und damit zulässig. Entsprechendes gilt für die Kooperation mit weiteren Einrichtungen.

Der Begriff der Steuerung findet im Gesetzestext keine Verwendung. Er ist heute als ein Instrument der Wahrnehmung der Gesamtverantwortung durch den öffentlichen Träger der Jugendhilfe anzusehen. Diese Gesamtverantwortung ist in § 79 SGB VIII geregelt. Aus dieser Vorschrift lassen sich aber keine Befugnisse ableiten, die zu einer Relativierung der in den §§ 3, 4, 74 SGB VIII geregelten Grundsätze führen würden. Es bedarf jeweils einer ausdrücklich geregelten Befugnisnorm, wie etwa in den §§ 43 ff. 74 Abs. 2 SGB VIII. Noch weniger kann der Begriff der Steuerung eine Grundlage für Einzelbefugnisse sein.

VI. Zusammenfassung

49. Gesamtverantwortung darf nicht zu einer allgemeinen Kontrollnorm denaturiert werden. Ganz allgemein sind die Jugendämter nicht zur Aufsicht über die freien Träger berufen. Kontrollbefugnisse sind vielmehr je nach Leistungsart differenziert geregelt (§§ 43 ff. SGB VIII).
50. Welcher Behörde innerhalb des SGB VIII bei einer konkreten Aufgabe die Kontrollbefugnis zukommt, ergibt sich aus dem Landesrecht (§ 49 SGB VIII). Es kommt hinzu, dass es eine allgemeine Aufsicht über freie Träger nicht gibt. Sie können anerkannt werden²⁴ oder sie sind von Gesetzes wegen anerkannt (§ 75 Abs. 3 SGB VIII). Die Anerkennung kann zurückgenommen werden. Die sachliche Zuständigkeit für Entscheidungen dieser Art ist im Landesrecht geregelt.
51. Soweit es um den praktisch wichtigen Fall der Mittelverwendung geht, gilt ohnehin das Haushaltsrecht. Darüber hinaus trifft § 74 Abs. 1 Nr. 2 SGB VIII eine ergänzende Regelung, die die Kontrollbefugnisse auf die zweckentsprechende und wirtschaftliche Verwendung erstreckt.
52. Es besteht angesichts der ausdrücklich geregelten Kontrollbefugnisse in konkreten Fällen also auch keine Notwendigkeit den Begriff der Gesamtverantwortung des Jugendamtes derart weit auszulegen, dass es sich gewissermaßen für alles, was in seinem Zuständigkeitsbereich geschieht, verantwortlich fühlt. Eine andere Vorstellung von der Kommunalverwaltung mag durchaus vertreten werden oder sogar zutreffend sein. Sie stößt aber an die Grenzen der §§ 3 und 4 SGB VIII.
53. Darüber hinaus würden damit auch die klaren Zuständigkeitsregelungen unterlaufen. Insbesondere ist in das vorhandene Kontrollsystem nicht die abstrakte Frage der Eignung eines freien Trägers einbezogen. Diese Frage ist wie jede Auseinandersetzung um einen unbestimmten Rechtsbegriff zu beantworten, nämlich von den Gerichten.
54. Gesamtverantwortung ist im Rahmen der Gesetze wahrzunehmen. Dazu gehören auch die §§ 3 und 4 SGB VIII.

²⁴ Vgl. die bundeseinheitlichen Grundsätze für die Anerkennung von Trägern der freien Jugendhilfe

55. Nach der Gesetzeslage hat sich an dem Vorrang der freien Jugendhilfe nichts geändert. Gegenüber dem früheren § 5 JWG ist § 4 SGB VIII lediglich als Soll-Vorschrift gefasst worden. Deswegen spricht man seither von einem „relativen“ Vorrang der freien Träger, der ein charakteristisches Merkmal des Subsidiaritätsprinzips ist. Dieses Merkmal entbindet nicht davon, die Voraussetzungen für ein Abweichen von der Sollvorschrift zu klären. Nur wenn diese Voraussetzungen feststehen, besteht überhaupt ein Betätigungsrecht des öffentlichen Trägers.
56. Davon unabhängig ist Art. 13 Bay AGSG zu beachten. Die öffentlichen Träger müssen ggf. unter dem Angebot einer Förderung darauf hinwirken, dass die freien Träger ein Angebot im Sinne des § 2 Abs. 2 SGB VIII machen. Nur wenn sie dies nicht können oder wollen, darf bzw. muss der öffentliche Träger dieses Angebot machen.
57. Diese Erwägungen zu den §§ 3, 4, 74 SGB VIII und Art. 13 Bay AGSG gelten selbst dann, wenn man einen sehr weit gefassten Begriff von der Gesamtverantwortung hat, weil diese ja nicht gegen das Gesetz ausgeübt werden kann. Auch eine restriktive Auslegung der §§ 3 und 4 SGB VIII ändert nichts an dem Grundsachverhalt, weil dieser in den genannten Vorschriften klar geregelt ist.
58. An diesen Grundsätzen ändert sich schließlich auch nichts angesichts der in § 4 Abs. 1 SGB VIII geregelten partnerschaftlichen Zusammenarbeit zwischen freier und öffentlicher Jugendhilfe. Das ist schon deswegen nicht der Fall, weil § 4 Abs. 1 SGB VIII nur eine Verpflichtung des öffentlichen Trägers regelt und nur regeln durfte (Art. 12 Abs. 2 GG).
59. Man wird letzten Endes auch nicht sagen können, dass etwa im Rahmen einer Förderung nach § 74 SGB VIII eine weitergehende rechtliche Verpflichtung des freien Trägers begründet werden kann. Der Gesetzgeber hat in den §§ 4 Abs. 1, 74 Abs. 2, 78c Abs. 1 Satz 2 SGB VIII und auch in § 76 Abs. 1 Satz 2 SGB XII verpflichtende Regelungen getroffen, die durch vertragliche Vereinbarungen nicht erweitert werden dürfen (§ 31 SGB I). Das mag nicht immer sinnvoll sein. Eine gewisse Erweiterung der Zusammenarbeitspflicht der freien Träger durch Gesetz dürfte erforderlich sein. Diese wäre aber eine Berufsausübungsregelung und an Art. 12 Abs. 2 GG zu messen.
60. Dennoch ist es sicher sinnvoll, wenn die freien Träger zu einer engen Zusammenarbeit mit dem öffentlichen Träger bereit sind, wozu sie ja auch durch § 4 Abs. 2 SGB VIII veranlasst werden. Aus juristischer Sicht würde es sich aber sehr empfehlen, diese Zusammenarbeit auf die Durchführung von Maßnahmen auszurichten. Würde man etwa bereits bei der Frage einer Anerkennung, oder gar einer Förderung eine Zusammenarbeit praktizieren, könnte sich die Situation einstellen, dass ein freier Träger allzu bereit sein könnte, auf Wünsche oder auch auf noch nicht geäußerte Erwartungen eines öffentlichen Trägers einzugehen. Dies könnte dann doch wieder die Realisierung der Ziele der §§ 3 und 4 SGB VIII gefährden. Auf eine solche Bereitschaft eines freien Trägers dürfte der öffentliche Träger ohnehin nicht eingehen, denn seine Gesamtverantwortung erstreckt sich auch auf die Gewährleistung der §§ 3 und 4 SGB VIII.
61. Auch im politischen Raum ist nicht daran gedacht, an den überkommenen Grundsätzen etwas zu ändern. So hebt der 14. Kinder- und Jugendbericht die Bedeutung der freien Träger hervor, deren Stellung auch in der Rechtsprechung unangefochten ist. An dieser Ausprägung des Leistungssystems soll sich, so der 14. Kinder- und Jugendhilfebericht, auch in den nächsten Jahren nichts ändern²⁵.

²⁵ BT- Drs. 17/12200 S. 392