

Prof. Dr. jur. Dr. phil. Reinhard Joachim Wabnitz, Ministerialdirektor a. D.

Oberursel, den 20.09.2016

Erste Anmerkungen zur „Arbeitsfassung/Diskussionsgrundlage“ des BMFSFJ vom 23.08.2016 zur Vorbereitung eines Gesetzes zur Stärkung von Kindern und Jugendlichen

Zusammenfassung

1. Es handelt sich um ein sehr ambitioniertes, breit angelegtes Reformvorhaben. Ob es zur „bedeutendsten Reform des SGB VIII seit Inkrafttreten des KJHG“ kommen wird, bleibt abzuwarten.
2. Im Bereich der materiell-rechtlichen Vorschriften zur Hilfe zur Erziehung wird der Rechtsanspruch nach § 27 Abs. 1 beibehalten und überwiegend den Kindern und Jugendlichen selbst zugeordnet. Die ist grundsätzlich zu begrüßen; die Differenzierung zwischen Ansprüchen von Kindern und solchen von Erziehungsberechtigten ist jedoch teilweise zu hinterfragen. Der Entwurf versucht des Weiteren, Leistungen nach den §§ 27 ff mit „sozialräumlichen Angeboten“ zu verknüpfen bzw. Letztere sogar vorrangig zur Geltung zu bringen. Dies ist sehr kritisch zu hinterfragen, weil die Befürchtung auf der Hand liegt, dass dadurch im Ergebnis die Ansprüche nach den §§ 27 ff unterlaufen werden.
3. Die Verfahrensvorschriften sollen ganz erheblich ausgeweitet werden; es erscheint zweifelhaft, ob dies in diesem Umfang wirklich geboten ist oder ob dies nicht vielmehr zu einer unnötigen Überbürokratisierung führen würde. Besonders kritikwürdig ist, dass die Leistungen künftig nach „Ermessen“ der Träger der öffentlichen Jugendhilfe gewährt werden sollen.
4. Auch über die Art der Finanzierung soll künftig nach dem Ermessen der Träger der öffentlichen Jugendhilfe entschieden werden. Dies ist strikt abzulehnen; vielmehr sollte es bei der bewährten klaren Zuordnung der Vertrags- und der Zuwendungsfinanzierung zu den unterschiedlichen, genau definierten Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe bleiben. Auch gingen solche Ermessensentscheidungen eindeutig zu Lasten der Träger der freien Jugendhilfe.
5. Der Entwurf sieht weitere Verbesserungen im Kinderschutz und im Bereich der Tageseinrichtungen für Kinder vor, die überwiegend akzeptabel erscheinen.

6. Das größte Reformvorhaben besteht in der geplanten Einführung eines Systems inklusiver Leistungen. Dies ist grundsätzlich zu begrüßen, entspricht dies doch jahrzehntelangen und auch aktuellen Forderungen sowohl aus dem Bereich der Kinder- und Jugendhilfe als auch zunehmend aus dem Bereich der Behindertenhilfe. Einzelheiten bedürfen jedoch einer kritischen Hinterfragung. Darüber hinaus bedarf es auch gesetzlicher Änderungen in den Bereichen SGB IX und XII, die in dem Entwurf noch nicht enthalten sind.
7. Aussagen zum Inkrafttreten sind in dem Gesetzentwurf noch nicht enthalten. Offenbar (siehe Begründung) sollen die meisten Änderungen 2017/2018 in Kraft treten; die Vorschriften über das inklusive Leistungssystem erst nach weiteren 5 Jahren.

Im Folgenden werden nur besonders gravierende Punkte angesprochen und nicht alle Details; außerdem werden einzelne weitere Reformvorschläge unterbreitet. Auch wird bewusst auf einen „Anmerkungsapparat“ verzichtet.

I. Geplante Änderungen mit Wirkung ab 2017/2018

§ 9a Ombudsstellen

Deren gesetzliche Absicherung ist zu **begrüßen** und entspricht auch einem Vorschlag des 14. KJB.

§ 13 Jugendsozialarbeit

In einem neuen § 13a sollte bei dieser Gelegenheit die **Schulsozialarbeit/Sozialarbeit an Schulen separat geregelt werden.**

Möglichst keine Änderungen der Reihenfolge und der Inhalte der bisherigen §§ 27 ff!

Davon sollte aus Gründen der „Rechtsanwenderfreundlichkeit“ und mit Blick auf die Praxis der Kinder- und Jugendhilfe soweit wie möglich abgesehen werden! Ggf. sollte, wie teilweise bereits geschehen, mit Buchstaben-Paragrafen gearbeitet werden (a, b, c usw.). Auch ist sehr

kritisch zu hinterfragen und vielfach zweifelhaft, ob es bei bewährten und in der Praxis fest etablierten Hilfearten wie etwa der Sozialpädagogischen Familienhilfe neuer gesetzestextlicher Formulierungen bedarf.

§§ 36 ff Hilfeplan/Hilfeplanung

Es erscheint generell **zweifelhaft**, ob es einer solchen **Vielzahl** von neuen Bestimmungen - mit der Tendenz zur Überbürokratisierung - bedarf.

§ 36b Hilfeauswahl

„(1) Der Träger der öffentlichen Jugendhilfe entscheidet über die Auswahl der im Einzelfall geeigneten und notwendigen Hilfe nach pflichtgemäßem **Ermessen** ...

Die hier vorgesehene Regelung **begegnet größten Bedenken**, weil ein solches Ermessen verwaltungsgerichtlich kaum überprüfbar wäre. Es sollte unbedingt bei der geltenden Rechtslage verbleiben, wonach der Träger der öffentlichen Jugendhilfe zwar gemäß § 27 Abs. 1 über die geeignete und notwendige Hilfeart entscheidet, dies aber eine rechtlich wesentlich enger gebundene Entscheidung darstellt, die im Kern auch verwaltungsgerichtlich überprüfbar ist, selbst wenn hier (auch m. E. zutreffend) bereits nach geltendem Recht Trägern der öffentlichen Jugendhilfe ein sog. „Beurteilungsspielraum“ eingeräumt wird. Bei einer reinen Ermessensentscheidung wäre eine verwaltungsgerichtliche Überprüfung jedoch voraussichtlich nur noch äußerst selten möglich, nämlich bei Überschreitung von (weit gefassten) Ermessensgrenzen, bei sachfremden Erwägungen oder bei „Behördenwillkür“. Auch könnten die Träger der öffentlichen Jugendhilfe nicht mehr zur Leistung verpflichtet werden, sondern nur noch zur Neubescheidung hinsichtlich einer Leistung.

Insgesamt käme es gegenüber dem geltenden Recht und dem KJHG/SGB VIII 1990/1991 zu einem deutlichen Rückschritt.

Des Hinweises auf „infrastrukturelle Angebote oder Regelangebote insbesondere nach §§ 16 bis 18, §§ 22 bis 25 oder § 13“ in Abs. 2 bedarf es nicht, da schon nach geltendem Recht - sofern solche Angebote geeignet und ausreichend sind - Hilfe zur Erziehung nicht in Betracht kommt, weil sie nicht notwendig wäre. Der genannte Hinweis würde jedoch dazu führen, dass

vielfach Hilfe zur Erziehung nicht mehr in ausreichendem Umfang angeboten würde!
Dadurch würde der Anspruch auf Hilfe zur Erziehung nach den §§ 27 ff faktisch unterlaufen!

§ 37 Beratung und Unterstützung der Pflegeperson, örtliche Prüfung

Dass nach dem hier vorgesehenen neuen Absatz 2 im Falle der Einschränkung der Vertretungsmacht der Pflegeperson gemäß § 1688 Abs. 3 durch den Inhaber der Personensorge die Beteiligten das Jugendamt einschalten sollen, erscheint vertretbar.

§ 37a Beratung und Unterstützung der Eltern, Zusammenarbeit bei stationären Leistungen (ab 2022/2023: § 39)

Entspricht weitgehend dem geltenden Recht (§ 37 Abs. 1).

§ 41 Leistungen zur Verselbständigung für junge Volljährige

Dass nunmehr ein expliziter **Anspruch** eingeräumt wird, der bisher („soll“) auch schon von der Rechtsprechung anerkannt war, ist zu begrüßen. **Kritisch** zu sehen ist, dass die Gewährung von Leistungen an junge Volljährige, die bisher nicht im Leistungsbezug waren, explizit nur noch als Ausnahmefall vorgesehen ist, sodass sie in der Praxis so gut wie nicht mehr stattfinden würde. Auch dies bedeutete einen **deutlichen Rückschritt gegenüber dem Reformgesetz KJHG/SGB VIII von 1990/1991**.

§ 45a Einrichtung

Es erscheint als **sachgerecht** zu versuchen, erstmals im SGB VIII den Begriff der „Einrichtung“ zu definieren, wobei man sich hier an die höchstrichterliche Rechtsprechung anlehnt. Zu prüfen ist, ob – wenn dies gewollt ist – klargestellt werden sollte, ob in den Einrichtungsbegriff auch **dezentrale Organisationseinheiten** von Einrichtungen einbezogen sein sollen, wie diese in der Praxis vermehrt anzutreffen sind.

Möglichst keine Änderungen der Reihenfolge der bisherigen §§ 74 ff!

Davon sollte aus Gründen der „Rechtsanwenderfreundlichkeit“ und mit Blick auf die Praxis der Kinder- und Jugendhilfe soweit wie möglich abgesehen werden! Ggf. sollte, wie teilweise bereits geschehen, mit Buchstaben-Paragrafen gearbeitet werden (a, b, c usw.).

§ 76a Voraussetzungen für die Übernahme von Kosten; § 76b Erstattung selbstbeschaffter Leistungen

Es erscheint akzeptabel, diese Regelungen nunmehr auf alle Leistungsbereiche - und nicht mehr nur auf Hilfe zur Erziehung und verwandte Leistungen - zu erstrecken. Dies entspricht auch der bislang vorliegenden Rechtsprechung etwa zum Bereich der Tageseinrichtungen für Kinder.

§ 76c Wahl der Finanzierungsart

Dieser Regelungsvorschlag („Im Rahmen seiner Gesamt- und Planungsverantwortung (§ 79) entscheidet der Träger der öffentlichen Kinder- und Jugendhilfe nach pflichtgemäßem Ermessen über die Wahl der Finanzierungsart...“) **begegnet allergrößten Bedenken** und stellt gleichsam eine „**Kampfansage**“ **gegenüber dem Bereich der Träger der freien Jugendhilfe** dar, deren Rechte dadurch weitgehend ausgehebelt würden. Abgesehen vom Bereich der Tageseinrichtungen für Kinder, der aufgrund von § 74a dem Landesrecht überantwortet worden ist, **sollte es bei der bewährten geltenden Rechtslage bleiben:**

- Rechtsanspruchsgesicherte Leistungen und Entgelte im kinder- und jugendhilferechtlichen Dreiecksverhältnis sind ausnahmslos auf der Grundlage von Vereinbarungen nach den bisherigen §§ 77, 78a ff zu gewähren und mit den Trägern der freien Jugendhilfe auszuhandeln. Im letztgenannten Bereich entscheidet gegebenenfalls die Schiedsstelle nach § 78g bzw. die Verwaltungsgerichtsbarkeit.
- Lediglich zuwendungsfinanzierte Leistungen insbesondere nach den §§ 11 ff werden von Seiten des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe nach pflichtgemäßem Ermessen auf der Grundlage von § 74 Abs. 3 gewährt.

Würde der Regelungsvorschlag des BMFSFJ Gesetzeskraft erlangen, könnte der Träger der öffentlichen Jugendhilfe frei entscheiden, ob er einseitig Leistungsbeschreibungen „diktiert“ und über Bescheid Leistungen gleichsam „verordnet“ oder ob er darüber mit den Trägern der

freien Jugendhilfe Einvernehmen erzielen muss. Das moderne, auf Augenhöhe zwischen den Trägern der freien und der öffentlichen Jugendhilfe konzipierte **Aushandlungsverfahren würde durch ein einseitig-hoheitliches Bescheidungsverfahren ersetzt**. An die Stelle von mit den Trägern der freien Jugendhilfe ausgehandelten Entgelten, die darauf einen Rechtsanspruch haben, träte gegebenenfalls durchgängig die ausgesprochen „schwache“ Regelung des § 74 Abs. 3, wonach der Träger der öffentlichen Jugendhilfe über die Art und Höhe der Zuwendung nach pflichtgemäßem Ermessen im Rahmen der zur Verfügung stehenden Haushaltsmittel entscheidet - also nach „Kassenlage“. Dies bedeutete im Bereich der bisherigen Entgeltfinanzierung, dass es zu einem **nicht hinnehmbaren Rückschritt in die Zeit vor 1999 käme** - als die entsprechenden Neuregelungen nach den §§ 78a ff in Kraft getreten waren.

Werden bei Hilfe zur Erziehung und verwandten Leistungen in den einzelnen Ländern oder sogar Jugendamtsbezirken unterschiedliche Finanzierungsarten gewählt - mit unterschiedlichen finanziellen Auswirkungen, dürfte es auch zu kaum überwindbaren Problemen mit Blick auf die **Kostenerstattung** zwischen verschiedenen Trägern der öffentlichen Jugendhilfe mit Blick auf ein und dieselbe Leistung kommen!

§ 74 Abs. 1 alt (Förderung der freien Jugendhilfe)

Hier sollte entsprechend der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und weiterer Verwaltungsgerichte ein expliziter **Anspruch** von Trägern der freien Jugendhilfe (zumindest dem Grunde nach) verankert werden (anstelle des bisherigen „sollen“), da dies immer noch strittig ist.

§ 78b Voraussetzungen für die Übernahme des Leistungsentgelts

Die Regelung des Abs. 2 begegnet ebenfalls **allergrößten Bedenken** („Der Träger der öffentlichen Jugendhilfe **kann** mit denjenigen Trägern Vereinbarungen abschließen, die unter Berücksichtigung der Grundsätze der Qualität, Kontinuität, Orientierung an sozialräumlichen Gestaltungsvorgaben, Zugänglichkeit, Zusammenarbeit, Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zur Erbringung der Leistung geeignet sind.“ ...). Aufgrund einer solchen kann-Regelung können Träger der öffentlichen Jugendhilfe nach Belieben aus dem sozialleistungsrechtlichen

Dreiecksverhältnis „aussteigen“ und die Finanzierung „quasi in das kommunale Beschaffungswesen verlagern“.

Dies alles bedeutet nichts anderes als die Übernahme von Überlegungen aus dem Kreise der damaligen A-Länder-Staatssekretäre und die Aushebelung einer gefestigten verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, nachdem alle bisherigen Versuche der Beschränkung der Leistungsanbieter (nicht nur in Hamburg) auf einen exklusiven Kreis vor den Verwaltungsgerichten wegen Verstoßes u. a. gegen Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsausübungsfreiheit) – betreffend alle nicht berücksichtigten Träger der freien Jugendhilfe - gescheitert sind. Auch dies ist eine „Kampfansage“ gegen die Träger der freien Jugendhilfe insgesamt, gegen die Gebote von Pluralität und ggf. Subsidiarität gemäß §§ 3 und 4 und gegen das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten nach § 5 SGB VIII.

Entsprechendes gilt für den Regelungsvorschlag in Abs. 4.

§ 78c Inhalt der Leistungs- und Entgeltvereinbarungen

Hier sollte entsprechend einem Vorschlag der Vorsitzenden der Schiedsstellen auch eine nähere **Regelung für die Qualitätsentwicklungsvereinbarung** getroffen werden, da diese in der Praxis bislang nicht die Bedeutung erlangt haben, die der Gesetzgeber sich erhofft hatte.

§ 79 Gesamtverantwortung, Grundausrüstung

Die hier vorgeschlagenen Ergänzungen in Abs. 1 (... Gesamtverantwortung einschließlich der Planungsverantwortung, „welches die Finanzierungsverantwortung umfasst. Im Rahmen seiner Gesamtverantwortung entwickelt der öffentliche Träger der Jugendhilfe insbesondere neue Erbringungsformen sowie Gestaltungsvorgaben hinsichtlich einer sozialräumlichen Orientierung von Leistungsangeboten und -arten.“) erscheinen als vertretbar, um das Thema „Sozialraumorientierung“ gesetzlich stärker zum Ausdruck zu bringen, wie dies vielfach gefordert wird.

II. Geplante Änderungen ab ca. 2022/23

Entsprechend dem weitgehend einhelligen Votum aus dem Bereich der Kinder- und Jugendhilfe und zunehmend aus dem Bereich der Behindertenhilfe ist es grundsätzlich nachhaltig zu **begrüßen**, dass nunmehr ein ernsthafter Anlauf zur Umgestaltung der Kinder- und Jugendhilfe in inklusiver Zielrichtung genommen wird. Auf die dabei zu beachtenden Voraussetzungen ist ebenfalls vielfach hingewiesen worden (vgl. nur 14. KJB). Auch dass ein Übergangszeitraum von (mindestens) fünf Jahren vorgesehen wird, ist mit Blick auf die Vielzahl der hier zu bedenkenden Fragen und zu treffenden Regelungen erforderlich, aber auch akzeptabel.

Darüber hinaus bedarf es bislang noch nicht ausgebrachter, zusätzlicher Regelungen im SGB IX, SGB XII (und eventuell auch SGB II).

§ 21a Ergänzende Betreuung schulpflichtiger Jugendlicher mit Behinderungen

Die hier vorgesehene neue Vorschrift ist zu begrüßen.

§ 27 Leistungen zur Entwicklung und Teilhabe für Kinder und Jugendliche (Neufassung insgesamt)

Es ist grundsätzlich konsequent, in inklusiver Zielrichtung die Leistungen nach den bisherigen §§ 27 und 35a in einer neuen, einheitlichen Vorschrift zusammenzuführen. Allerdings sollte der - grundsätzlich in überzeugender Weise - (auch) den Kindern und Jugendlichen selbst zugeordnete **Rechtsanspruch** zumindest teilweise weiterhin auch den Personensorgeberechtigten zugeordnet werden, soweit es um Leistungen zur Unterstützung der Erziehung von Kindern und Jugendlichen geht.

Auch sollte bereits in der Paragrafen-Überschrift deutlich zum Ausdruck gebracht werden, dass sich der Anspruch nicht nur auf Leistungen zur Entwicklung und Teilhabe für Kinder und Jugendliche erstreckt (Abs. 1 und 3), sondern auch um Leistungen zur Unterstützung der Erziehung (vgl. Abs. 2).

§§ 28 ff Leistungsarten

Die **Paragraphenfolge** sollte so weit wie möglich den bisherigen §§ 28 ff entsprechen - aus Gründen der „Anwenderfreundlichkeit“ und mit Blick darauf, dass man sich in der Praxis an die bisherige Paragraphenfolge und insbesondere die gesetzestextlichen Formulierungen gewöhnt hat. Gegebenenfalls sollte, wie teilweise auch vorgesehen, mit „Buchstaben-Paragrafen“ (a, b, c usw.) gearbeitet werden.

Gravierender erscheint der folgende Aspekt. Bisher gilt mit Blick auf die **verschiedenen Arten der Hilfe zur Erziehung (§§ 28 ff)** unstrittig, dass mit Blick auf alle Arten der Hilfe zur Erziehung zunächst die Voraussetzungen der Grundnorm des § 27 Abs. 1 erfüllt sein müssen, bevor dann die jeweils notwendige und geeignete Hilfeart nach den §§ 28 ff auszuwählen ist. Auch wenn es in den bislang geltenden §§ 28 ff bislang „soll(en)“ heißt, ist unstrittig, dass über den Weg des § 27 Abs. 1 bei Vorliegen aller Voraussetzungen auch ein entsprechender **Rechtsanspruch** gegeben ist (z. B. § 27 Abs. 1 i. V. m. § 31).

Aus den gesetzestextlichen Formulierungen des Arbeitsentwurfs folgt dies jedoch nicht mehr - absichtlich oder unabsichtlich? Sollte dies absichtlich geschehen sein, wird nicht verständlich, warum bei einzelnen Vorschriften der §§ 28 ff explizite Rechtsansprüche eingeräumt werden und bei anderen nicht; mit Blick auf Letztere wäre dies ein erheblicher Rückschritt! Wie auch immer: es ist **sicherzustellen, dass auch künftig alle Leistungsarten rechtsanspruchsgesichert sind**, auch die Leistungen nach den im Entwurf vorgesehenen neuen §§ 30, 30a, 30b, 30c, 31, 32, 32a, 33, 34, 35!

§§ 36 ff Leistungsplanung

Es ist nicht überzeugend, von den bisherigen Begriffen Hilfeplan/Hilfeplanung auf Leistungsplan/Leistungsplanung etc. überzugehen.