

Frontalangriff auf das rechtliche Dreiecksverhältnis, die Trägerpluralität und die Trägerautonomie

Nachtrag zur Veröffentlichung Gerlach/Hinrichs, Erste Analyse des Entwurfs eines Reformgesetzes zum SGB VIII, erscheint in ZKJ 8/2016

Im Verlaufe der Abfassung dieses Beitrages ist erstmalig eine komplette Entwurfsfassung zur Änderung des Achten Buches Sozialgesetzbuch¹ in Umlauf gekommen. Darin sind auch die weiteren vom zuständigen Ministerium zur Bearbeitung angekündigten Bereiche, weiter ausformuliert worden.

Die nun geplanten Änderungen im Bereich des Einrichtungsfinanzierungsrechts stellen die bisherigen Prinzipien des Einrichtungsfinanzierungsrechts grundlegend in Frage. Namentlich geht es um die Aufweichung des rechtlichen Dreiecksverhältnisses, die Beschränkung der Trägerpluralität und die Einschränkung des Subsidiaritätsprinzips.

Alternativen zum rechtlichen Dreiecksverhältnis

Bestand bislang im wesentlichen Einigkeit, dass Jugendhilfeleistungen auf die ein Rechtsanspruch besteht, im Rahmen des sog. rechtlichen Dreiecksverhältnisses durch Leistungsentgelte zu finanzieren sind, öffnet der Gesetzgeber dieses Finanzierungssystem nun vollständig und stellt die Wahl der Finanzierungsart ins Ermessen des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe.²

Damit kann der Träger der öffentlichen Jugendhilfe neben der klassischen Entgeltfinanzierung wahlweise das Modell der Zuwendungsfinanzierung oder auch das Modell der Ausschreibung und Vergabe wählen.³ Die beiden letztgenannten Finanzierungsarten eröffnen den Trägern der öffentlichen Jugendhilfe erhebliche Steuerungspotentiale, weil sie ihnen eine *einseitige* Steuerung der Leistungs*inhalte* ermöglichen. Andererseits dürften die dem Verfassungsrecht entstammenden Anforderungen an ein transparentes und faires Auswahlverfahren, die Träger der öffentlichen Jugendhilfe vor erhebliche Herausforderungen stellen. Die in der Entwurfsbegründung gelobten „kreativen Modelle“, die von den Gerichten durch die Bank wegen Verstoßes gg. Art. 12 GG für rechtswidrig erklärt wurden, dürften in kaum einem Einzelfall den Anforderungen an ein transparentes und faires Auswahlverfahren entsprochen haben. Regelmäßig waren die Vergabekriterien und Auswahlentscheidungen nicht transparent. Viele Vergabeentscheidungen wurden dem Transparenzgebot in keiner Weise gerecht.⁴ Auch wurden elementare Regeln des Verfahrensrechts missachtet.⁵

Vor diesem Hintergrund darf bezweifelt werden, dass die Träger der öffentlichen Jugendhilfe ohne weiteres in der Lage sein werden, rechtmäßige Vergabe- und Zuwendungsverfahren

¹ Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung von Kindern und Jugendlichen, 1. Entwurfsfassung vom 7.6.2016.

² § 76c der Entwurfsfassung lautet: Wahl der Finanzierungsart. Im Rahmen seiner Gesamt- und Planungsverantwortung (§ 79) entscheidet der Träger der öffentlichen Kinder- und Jugendhilfe nach pflichtgemäßem Ermessen über die Wahl der Finanzierungsart.

³ So ausdrücklich die Begründung zur Entwurfsfassung S. 70.

⁴ Vgl. zu den Anforderungen an die „Vergabeentscheidungen“ und zum sog. Bewerbungsverfahrenanspruch: *Gerlach/Hinrichs*, ZKJ 2015, S.134, 136 ff.

⁵ So wurde z.T. auf die Befassung des Jugendhilfeausschusses bei der Entscheidung über die Trägerauswahl verzichtet; dies ist rechtswidrig; vgl. hierzu: *VG Hannover*, Beschluss vom 13. März 2014, Aktenzeichen 3 B 7890/13, bestätigt durch den Beschluss des *Niedersächsischen Oberverwaltungsgerichts* vom 24. April 2014, Aktenzeichen 4 ME 86/14 (unveröffentlicht).

durchzuführen. In diesen Verfahren unterlegene Bewerber könnten aufgrund des ihnen zustehenden Bewerbungsverfahrensanspruches Konkurrentenklagen und Anträge auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes stellen. Dieses führte in der Praxis dazu, dass geplante Maßnahmen nicht umgesetzt werden könnten, weil die Verwaltungsgerichte bei Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruches die „Vergabe“ der Projekte bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache – und das heißt unter Umständen über Jahre hin – verbieten. Dieses Problem ist aus anderen Sphären der Vergabe von „Infrastrukturprojekten“, etwa dem Straßenbau, hinlänglich bekannt.

Reduktion der Trägerpluralität durch „Anbieterkreisverkleinerung“

Von der Schaffung und Aufrechterhaltung einer Trägerpluralität, einem *der* tragenden Gründe für die Etablierung des Entgeltfinanzierungssystems⁶, will der Gesetzgeber nichts mehr wissen. Trägerpluralität wirkt störend auf die fiskalischen und Steuerungsinteressen der Kommunen und Landkreise. „Anbieterkreisverkleinerung“⁷ (sic !) tut Not. So das neue Dogma der Entwurfsverfasser.

Und *warum* wird der „Anbieterkreis“ verkleinert? Hier werden die Entwurfsverfasser deutlich: eben weil die Interessen der Träger der öffentlichen Jugendhilfe es gebieten und weil sie ihre rechtswidrigen Steuerungsmodelle in Ermangelung entsprechender Kläger ohnehin schon „rechtstatsächlich erfolgreich und dauerhaft“ praktizieren.⁸ Fast mitleidig legen die Entwurfsverfasser dar, dass die von Gerichten geschundenen Kommunen und Landkreise ihre für rechtswidrig befundenen „kreativen Steuerungsmodelle“ nun endlich rechtmäßig sollen durchführen können.⁹

Das Wunsch- und Wahlrecht werde dadurch nicht berührt. Diese auch in allen gerichtlichen Verfahren von den beklagten Behörden gebetsmühlenartig wiederholte Behauptung wird auch durch nochmalige Wiederholung nicht richtiger. Nicht nur das Wunsch- und Wahlrecht wird berührt, der Rechtsanspruch insgesamt wird durch die Umstellung auf die alternativen Finanzierungsmodelle in Frage gestellt. Das Verwaltungsgericht Hamburg hat dies in dem auch von den Entwurfsverfassern zitierten Urteil mit aller Akribie nachgewiesen.¹⁰

Beschränkung der Trägerautonomie

Und damit nicht genug: Die Leistungserbringer sind nicht einfach nur zu viele („Anbieterkreisverkleinerung“). Sie sind mit ihren inhaltlichen Gestaltungsrechten auch zu stark. Nach geltendem Recht – das ganz dem verfassungsrechtlich legitimierten Subsidiaritätsprinzip folgt – liegt das Recht zur Ausgestaltung der Leistung im Rahmen des Leistungserbringungsrechtes grundsätzlich auf Seiten der Träger der freien Jugendhilfe. Sie haben deshalb einen *Anspruch* auf Abschluss einer Leistungs-, Entgelt- und Qualitätsentwicklungsvereinbarung, sofern sie ein für einen abstrakten Kreis von Hilfesuchenden bedarfsgerechtes Leistungsangebot machen. Bedarfssteuernde Aspekte dürfen keinen Einfluss auf den Abschluss der Vereinbarungen haben.

⁶ Vgl. hierzu *Gerlach/Hinrichs*, Neue Praxis 2016, S. 193.

⁷ Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung von Kindern und Jugendlichen, 1. Entwurfsfassung vom 7.6.2016.

⁸ Ebd.

⁹ Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung von Kindern und Jugendlichen, 1. Entwurfsfassung vom 7.6.2016, S. 70

¹⁰ *VG Hamburg*, Urteil vom 10.12.2015, S. 28; vgl. hierzu *Gerlach/Hinrichs*, a.a.O., S. 193, 195.

Damit soll nun Schluss gemacht werden. Der jetzige Rechtsanspruch auf Abschluss der entsprechenden Vereinbarungen soll abgeschafft und die Entscheidung über den Vertragsabschluss in das Ermessen des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe gestellt werden (vgl. § 78 b Abs.2 der Entwurfssfassung). Zudem werden die bisherigen Kriterien der „Leistungsfähigkeit, Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit“ um weitere Kriterien erweitert. Diese lauten: Qualität, Kontinuität, Orientierung an sozialräumlichen Gestaltungsvorgaben, Zugänglichkeit, Zusammenarbeit. Damit steht dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe ein weites Spektrum von Ermessensleitsätzen zur Verfügung. Die Freiheit bei der Entscheidung über den Vertragsschluss ist erheblich.

Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit einer solchen Regelung im Hinblick auf das Subsidiaritätsprinzip können hier nur angedeutet werden. Völlig offen ist auch das Verhältnis zwischen der in § 4 Abs.1 SGB VIII eingeräumten Trägerautonomie einerseits und der Neuregelung andererseits. Ungeklärt ist auch, warum und wie weitreichend das Jugendamt am Einrichtungssitz (§ 78e SGB VIII) das Recht haben soll, Trägern den Abschluss von Leistungsangeboten zu verweigern, die für *andere* Jugendämtern gemacht, von diesen u.U. sogar gewünscht werden. Schließlich wirft auch der Rechtsschutz Fragen auf: Nach ständiger Rechtsprechung werden Ermessenentscheidungen von den Gerichten nur auf sog. Ermessensfehler kontrolliert. Völlig unklar ist in diesem Zusammenhang die Rolle der Schiedsstelle. Soll diese die Möglichkeit haben, die Ermessensentscheidung des nach § 78e SGB VIII zuständigen Jugendamtes an sich zu ziehen oder soll sie ebenfalls nur auf die Kontrolle von Ermessensfehlern beschränkt sein?

Eines ist sicher: Der Stoff für gerichtliche Auseinandersetzungen ist ubiquitär.