

Prof. Peter-Christian Kunkel
Fachhochschule Kehl, Hochschule für öffentliche Verwaltung

Freie Träger – Partner oder Auftragnehmer des öffentlichen Trägers?

Gliederung

I. Von der Subsidiarität zur sog. Partnerschaft

1. Das Subsidiaritätsprinzip
2. Die Regelung in §§ 5, 7 JWG
3. Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts (1967)
4. „Partnerschaftliche Zusammenarbeit“ (§ 4 SGB VIII)

II. Grundsätzliche Regelungen im SGB

1. Leistungen und andere Aufgaben
 - a) Originäre Leistungserbringung („duales System“
 - aa) Leistungen
 - bb) Sozialleistungen
 - b) Derivative Aufgabenerfüllung
 - c) Derivative Leistungserbringung
2. Autonomie des freien Trägers
 - a) nach SGB I
 - b) nach SGB VIII
3. Verantwortlichkeit des öffentlichen Trägers
 - a) Strukturelle Verantwortlichkeit
 - aa) Gesamtverantwortung
 - bb) Gewährleistungspflicht
 - b) Verantwortlichkeit im Einzelfall
 - aa) für Leistungen
 - bb) für andere Aufgaben
 - cc) für Datenschutz
 - c) Verantwortlichkeit aus (strafrechtlicher) Garantenhaftung

III. Konsequenzen für einzelne Fragestellungen in der Praxis

1. Wie gestalten sich die Rechtsbeziehungen im Dreiecksverhältnis?
2. Besteht ein Anspruch des freien Trägers auf Abschluss von Leistungsvereinbarungen?
 - a) Pflicht des öffentlichen Trägers zum Abschluss?
 - b) Anspruch des freien Trägers auf Abschluss?
3. Inwieweit gibt es eine Aufsicht des öffentlichen über den freien Träger?
 - a) „Rechtsaufsicht“
 - b) „Fachaufsicht“?
 - c) Mitwirkung im Hilfeplanungsverfahren
 - d) Mitarbeiter des freien Trägers als Arbeitnehmer?
 - e) Weisungspflicht aus strafrechtlicher Garantenhaftung
4. Inwieweit ist Selbstbeschaffung möglich?
5. Freie Träger in der Neuen Steuerung
6. Gilt das Wunsch- und Wahlrecht auch bezüglich der Angebote privatgewerblicher Träger?

I. Von der Subsidiarität zur sog. Partnerschaft

1. Das Subsidiaritätsprinzip

Das Subsidiaritätsprinzip ist zunächst ein weltanschauliches Prinzip. Als Ordnungsprinzip der Gesellschaft wurde es grundgelegt von Papst Leo XIII. in der Enzyklika „Rerum novarum“ (1891) und von Papst Pius XI. in der Enzyklika „Quadragesimo anno“ (1931) fortentwickelt. Dort wird es folgendermaßen beschrieben: „... so muss doch allzeit unverrückbar jener oberste sozialphilosophische Grundsatz festgehalten werden, an dem nicht zu rütteln noch zu deuteln ist: wie dasjenige, was der Einzelmensch aus eigener Initiative und mit seinen eigenen Kräften leisten kann, ihm nicht entzogen und der Gesellschaftstätigkeit zugewiesen werden darf, so verstößt es gegen die Gerechtigkeit, das, was die kleineren und untergeordneten Gemeinwesen leisten und zum guten Ende führen können, für die weitere und übergeordnete Gemeinschaft in Anspruch zu nehmen.“

In Konsequenz des Solidaritätsprinzips regelt das Subsidiaritätsprinzip den Vorrang der kleineren Einheit vor der größeren. Als „negative Subsidiarität“ gebietet es den Vorrang der kleineren Einheit, als „positive Subsidiarität“ verlangt es „hilfreichen Beistand“¹ zu leisten, damit die kleinere Einheit von ihrem formalen Vorrang auch Gebrauch machen kann. Sinn dieses Prinzips ist es, personennahe Hilfe zu ermöglichen. Aus diesem Sinn ergeben sich die Zwecke des Prinzips: dem Einzelnen ein Wunsch- und Wahlrecht zwischen verschiedenen Trägern zu ermöglichen; Trägervielfalt und damit Wettbewerb anzuregen; das Hilfpotential des einzelnen Bürgers anzuregen (neuerdings: „Bürgergesellschaft“ oder „Zivilgesellschaft“ oder „Bürgerschaftliches Engagement“). Damit diese Zwecke erfüllt werden können, muss das Subsidiaritätsprinzip sowohl im Verhältnis zwischen öffentlichen und freien Trägern als auch im Binnenverhältnis zwischen den freien Trägern untereinander gelten. Auch im Binnenverhältnis besteht die Gefahr, dass die großen freien Träger ähnliche Strukturen annehmen wie der öffentliche Träger, also zu Bürokratie, Unbeweglichkeit und Zentralisierung neigen. Es entspricht daher dem Subsidiaritätsprinzip, kleinere Einheiten vorrangig vor den größeren zu fördern. Im Einklang damit beschreibt die Bundesregierung im Achten Jugendbericht² als Strukturmaximen einer modernen Jugendhilfe: Dezentralisierung und Regionalisierung. Im Elften Kinder- und Jugendbericht (2002) wird die Bedeutung der freien Träger, insbesondere hinsichtlich ihres Finanzvolumens und ihres Personals ausführlich beschrieben³.

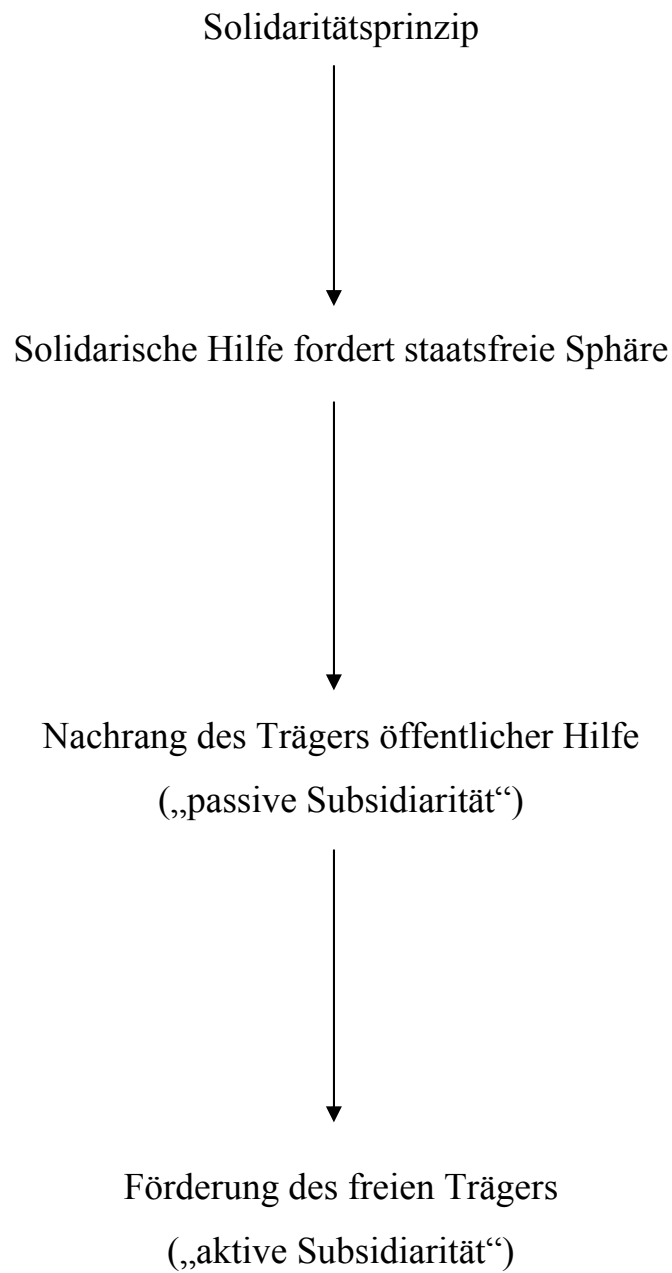
Im Grundgesetz regelt Art. 23 Abs. 1 ausdrücklich, dass für das Verhältnis zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten das Subsidiaritätsprinzip gilt.

¹ Nell-Breuning, Baugesetze der Gesellschaft: Solidarität und Subsidiarität. Freiburg 1990, S. 79.

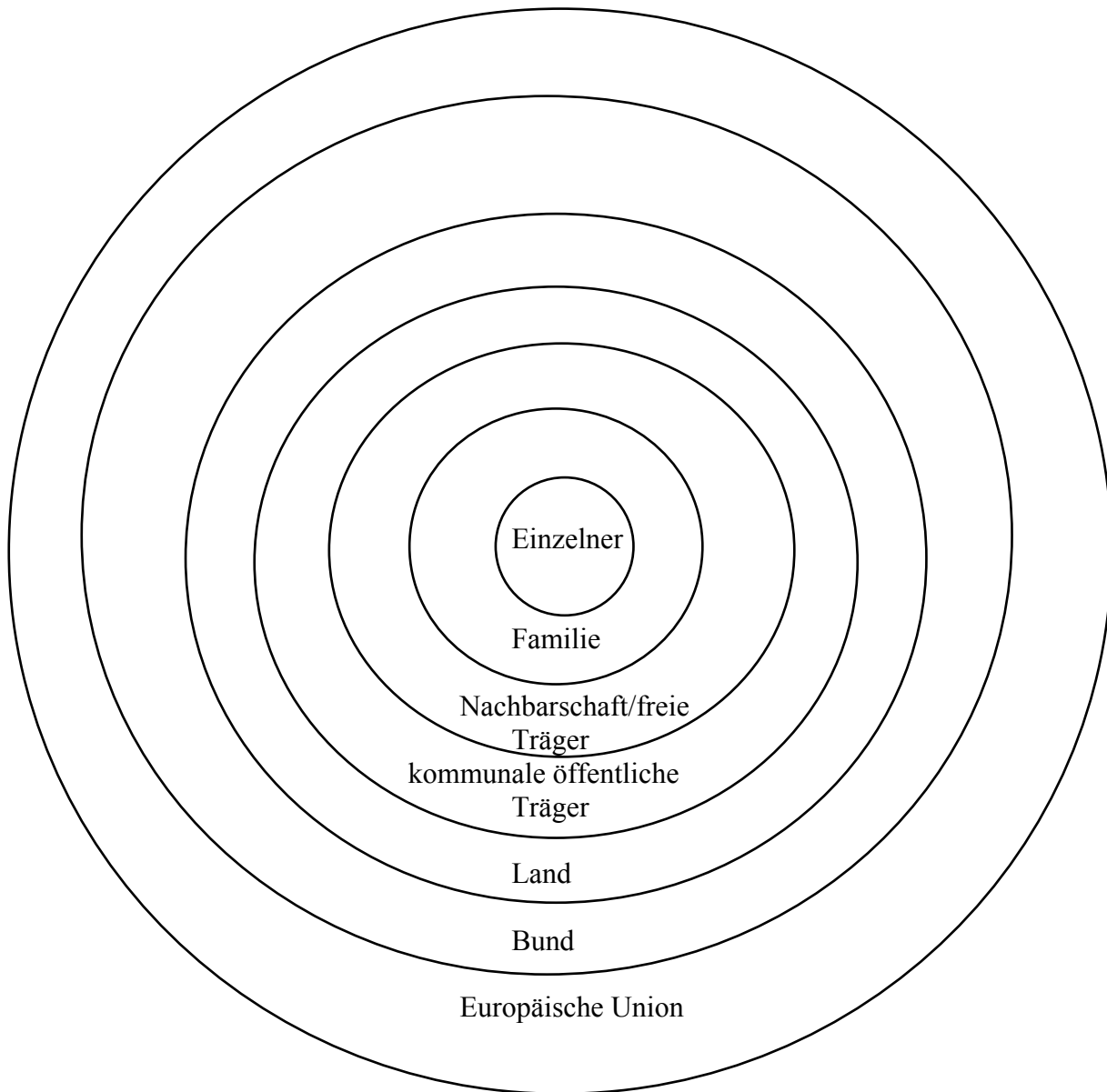
² Bundestagsdrucksache 11/6576, S. 85.

³ S. 68 bis 83.

Übersicht 1: Das Subsidiaritätsprinzip als Konsequenz des Solidaritätsprinzips



Übersicht 2: Das Subsidiaritätsprinzip als Nachrangprinzip



2. Die Regelung in §§ 5, 7 JWG

Während § 5 eine Regelung der „passiven Subsidiarität“ ist, enthält § 7 eine Regelung der „aktiven Subsidiarität“.

§ 5

(3) Das Jugendamt hat unter Berücksichtigung der verschiedenen Grundrichtungen der Erziehung darauf hinzuwirken, daß die für die Wohlfahrt der Jugend erforderlichen Einrichtungen und Veranstaltungen ausreichend zur Verfügung stehen. Soweit geeignete Einrichtungen und Veranstaltungen der Träger der freien Jugendhilfe vorhanden sind, erweitert oder geschaffen werden, ist von eigenen Einrichtungen und Veranstaltungen des Jugendamts abzusehen. Wenn Personensorgeberechtigte unter Berufung auf ihre Rechte nach § 3 die vorhandenen Träger der freien Jugendhilfe nicht in Anspruch nehmen wollen, hat das Jugendamt dafür zu sorgen, daß die insoweit erforderlichen Einrichtungen geschaffen werden.

§ 7

Das Jugendamt hat über die Verpflichtungen nach den §§ 5 und 6 hinaus die freiwillige Tätigkeit zur Förderung der Jugendwohlfahrt unter Wahrung ihrer Selbständigkeit und ihres satzungsgemäßen Charakters zu unterstützen, anzuregen und zur Mitarbeit heranzuziehen, um mit ihr zum Zwecke eines planvollen Ineinandergreifens aller Organe und Einrichtungen der öffentlichen und freien Jugendhilfe zusammenzuwirken.

3. Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts

In seinem Urteil vom 18.7.1967⁴ bestätigt das Gericht die Gültigkeit der gesetzlichen Regelung. Den Begriff des Subsidiaritätsprinzips verwendet es aber nicht; stattdessen spricht es vom „sog. Vorrang der Träger der freien Jugendhilfe“⁵ und von dem „Grundsatz des sinnvollen Einsatzes finanzieller Mittel und der Zusammenarbeit“⁶.

4. „Partnerschaftliche Zusammenarbeit“

§ 4 Abs. 1 S. 1 SGB VIII verwendet den Begriff der „partnerschaftlichen Zusammenarbeit“. Auch wenn dieser Begriff nunmehr in einem Gesetz auftaucht, handelt es sich nicht um einen Rechtsbegriff. Der Begriff der Partnerschaft ist zu diffus, um als Rechtsbegriff (nicht einmal als unbestimmter) gelten zu können. Erst recht gilt dies für den derzeit zur Erläuterung in Mode gekommenen Begriff der „gleichen Augenhöhe“. Zur Lösung der auftauchenden Rechtsfragen im Verhältnis freier zu öffentlichen Trägern können solche Begriffe nichts beitragen; sie haben lediglich eine sedierende Wirkung.

II. Grundsätzliche Regelungen im SGB

1. Leistungen und andere Aufgaben

a) Originäre Leistungserbringung („duales System“)

⁴ BVerfGE 22, 180.

⁵ S. 203.

⁶ S. 201.

aa) Leistungen

Die in § 2 Abs. 2 SGB VIII aufgeführten Leistungen der Jugendhilfe können freie Träger⁷ originär, d.h. nicht abgeleitet vom öffentlichen Träger erbringen (§ 3 Abs. 2 SGB VIII). Dies geschieht in weitem Umfang beispielsweise für die Tagesbetreuung im Kindergarten. Entscheiden sich freie Träger für die Erbringung solcher Leistungen, sind sie auch grundsätzlich für deren Kosten verantwortlich. Ein „Zahlvatermodell“ kennt das Gesetz nicht. Es besteht lediglich ein Anspruch auf Förderung nach § 74 SGB VIII (oder spezialgesetzlich für spezielle Aufgaben nach dem Landesrecht; z.B. für den Kindergartenbereich in den Kindergartengesetzen der Länder).

bb) Sozialleistungen

Im Unterschied zu dem Begriff der „Leistungen“ spricht das Gesetz (§ 27 SGB I) von „Sozialleistungen“, wenn es die Leistungen des öffentlichen Trägers meint.

b) Derivative Aufgabenerfüllung

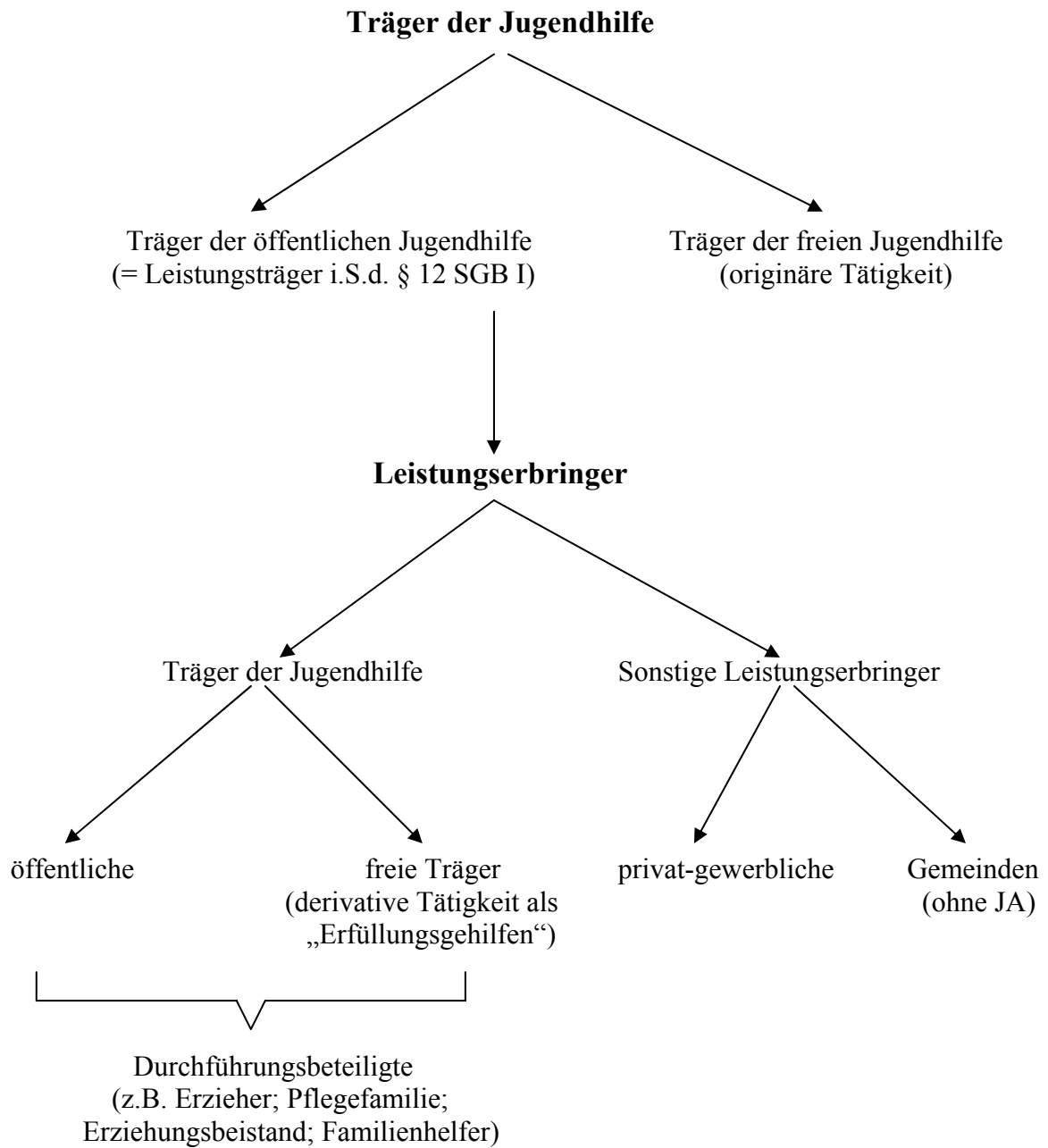
Die sog. anderen Aufgaben nach § 2 Abs. 3 SGB VIII kann der freie Träger nicht originär wahrnehmen, sondern nur abgeleitet vom öffentlichen Träger (§ 3 Abs. 3 SGB VIII). Die Ableitung wird in § 76 SGB VIII näher bestimmt. Danach kann lediglich die Ausführung der Aufgabe auf den freien Träger übertragen oder eine Beteiligung eingeräumt werden. Eine gesetzliche Bestimmung, dass der freie Träger eine sog. andere Aufgabe selbstständig wahrnehmen kann, gibt es nicht, obwohl der Wortlaut des § 3 Abs. 3 S. 2 SGB VIII dies nahe legen könnte. Hat der öffentliche Träger eine Aufgabe zur Ausführung auf den freien Träger übertragen, wird der freie Träger nicht beliebiger Unternehmer, handelt also nicht als Organ der öffentlichen Verwaltung, da § 76 Abs. 2 SGB VIII ausdrücklich bestimmt, dass der öffentliche Träger für die Erfüllung der Aufgabe verantwortlich bleibt.

c) Derivative Leistungserbringung

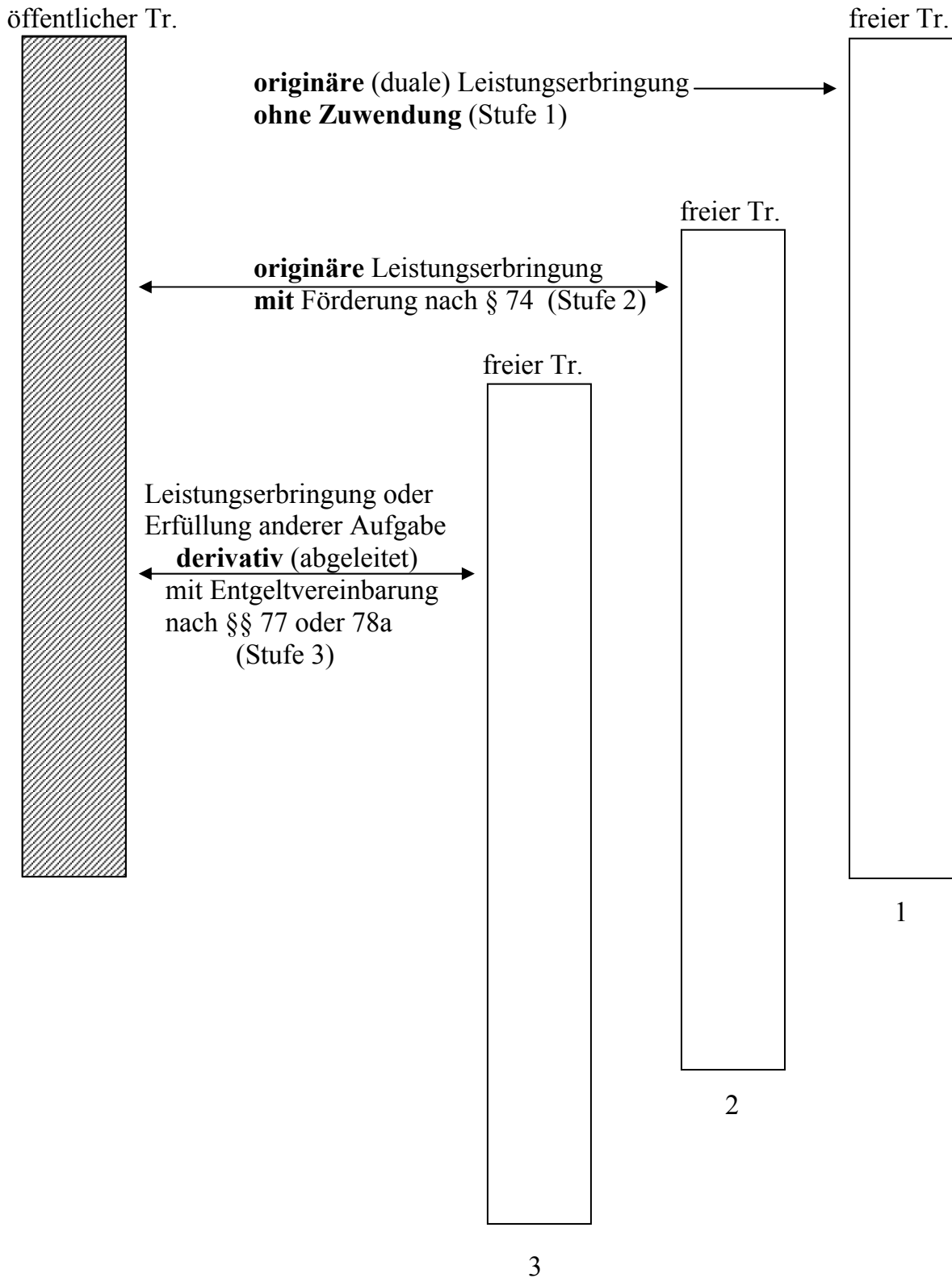
Die Leistungen i.S.d. § 2 Abs. 2 SGB VIII können vom freien Träger auch derivativ erbracht werden. Dies ist regelmäßig der Fall. Der öffentliche Träger gewährt beispielsweise die Hilfe zur Erziehung und bittet den freien Träger darum, Sozialpädagogische Familienhilfe oder Erziehungsberatung oder Heimerziehung zu leisten. Zu diesem Zweck schließen öffentlicher Träger und freie Träger einen öffentlich-rechtlichen Vertrag (§ 53 SGB X) ab, mit dem geregelt wird, welche Leistungen zu welchem Preis in welcher Qualität erbracht werden. Rechtsgrundlage eines solchen Vertrages ist entweder § 77 oder § 78b SGB VIII. § 97 Abs. 1 SGB X verlangt für diesen Fall, dass sichergestellt ist, dass der freie Träger Gewähr für eine sachgerechte Aufgabenerfüllung bietet.

⁷ Der Kürze wegen wird hier der Begriff „freie Träger“ und „öffentliche Träger“ verwendet, auch wenn das Gesetz diese Begrifflichkeit nicht kennt, sondern von „Trägern der freien Jugendhilfe“ und von „Trägern der öffentlichen Jugendhilfe“ spricht.

Übersicht 3: Leistungsträger und Leistungserbringer in der Jugendhilfe



Übersicht 4: „Gestufte Partnerschaft“ von öffentlichem und freiem Träger der Jugendhilfe nach SGB VIII



2. Autonomie des freien Trägers

a) nach SGB I

§ 17 Abs. 3 S. 2 SGB I garantiert die Autonomie des freien Trägers bei der Wahrnehmung von Aufgaben nach dem SGB. Die Garantie beschränkt sich auf die Erfüllung von Leistungen (wie sich aus der Überschrift zu § 17 ergibt) und gilt ferner nur für Zielsetzung und Durchführung der Aufgabe.

b) nach SGB VIII

Auch § 4 Abs. 1 S. 2 SGB VIII enthält eine Autonomiegarantie. Sie geht über die Garantieregelung des § 17 SGB I hinaus, da sie sich auch auf die Gestaltung der Organisationsstruktur erstreckt. Zudem gilt sie nicht nur für Leistungen, sondern auch für andere Aufgaben, allerdings nur im Rahmen des § 3 Abs. 3 SGB VIII, also nach Ableitung vom öffentlichen Träger.

Für das Verhältnis von § 4 Abs. 1 S. 2 SGB VIII einerseits und § 17 Abs. 3 S. 2 SGB I andererseits gilt: nach § 37 S. 2 SGB I hat die Regelung des § 17 SGB I Vorrang. § 17 Abs. 3 S. 4 SGB I enthält aber einen „Durchstich“ zum SGB VIII. Danach ist die weitergehende Autonomiegarantie des § 4 SGB VIII zulässig.

3. Verantwortlichkeit des öffentlichen Trägers

a) Strukturelle Verantwortlichkeit

aa) Gesamtverantwortung

§ 79 Abs. 1 SGB VIII regelt, dass der öffentliche Träger die Gesamtverantwortung dafür hat, dass in seinem Zuständigkeitsbereich alle Aufgaben nach § 2 SGB VIII erfüllt werden.

bb) Gewährleistungspflicht

§ 79 Abs. 2 SGB VIII regelt die Gewährleistungspflicht des öffentlichen Trägers. Sie ist eine Ausfüllung der Gesamtverantwortung, indem vorgeschrieben wird, wie die Gesamtverantwortung wahrzunehmen ist. Der öffentliche Träger muss garantieren, dass alle erforderlichen und geeigneten Einrichtungen, Dienste und Veranstaltungen zur Erfüllung der Aufgaben rechtzeitig, ausreichend und plural zur Verfügung stehen⁸.

⁸ Vgl. hierzu ausführlich Kunkel, LPK-SGB VIII, 2. Aufl. 2002, § 79 RN 7.

Übersicht 5: Gewährleistungspflicht des öffentlichen Trägers (§ 79 Abs. 2 SGB VIII)

Aufgabenerfüllung	Verpflichtungsgrad	Rechtsanspruch	Gesamtverantwortung	Gewährleistungspflicht
Leistungen nach §§ 11-41 SGB VIII andere Aufgaben nach §§ 42-60 SGB VIII	Muss Soll Kann	nur wenn subjektives öffentliches Recht in Verpflichtungsnorm (unabhängig vom Verpflichtungsgrad)	für Bestand an Einrichtungen, Diensten, Veranstaltungen zur Erfüllung aller Aufgaben (§ 79 Abs. 1 SGB VIII)	<ul style="list-style-type: none"> - für bestimmte Qualität der Einrichtungen, Dienste, Veranstaltungen <ul style="list-style-type: none"> • geeignet • erforderlich • rechtzeitig • ausreichend • plural - i. d. R. nach Maßgabe des Jugendhilfeplans - mit Bindung für den Haushaltsplan - für alle Aufgaben (unabhängig von einem Rechtsanspruch)

b) Verantwortlichkeit im Einzelfall

aa) für Leistungen

Die strukturelle Verantwortlichkeit des öffentlichen Trägers aus § 79 SGB VIII wird ergänzt durch die individuelle Verantwortung im Einzelfall, die sich für Leistungen aus § 3 Abs.2 S. 2 SGB VIII ergibt.

bb) für andere Aufgaben

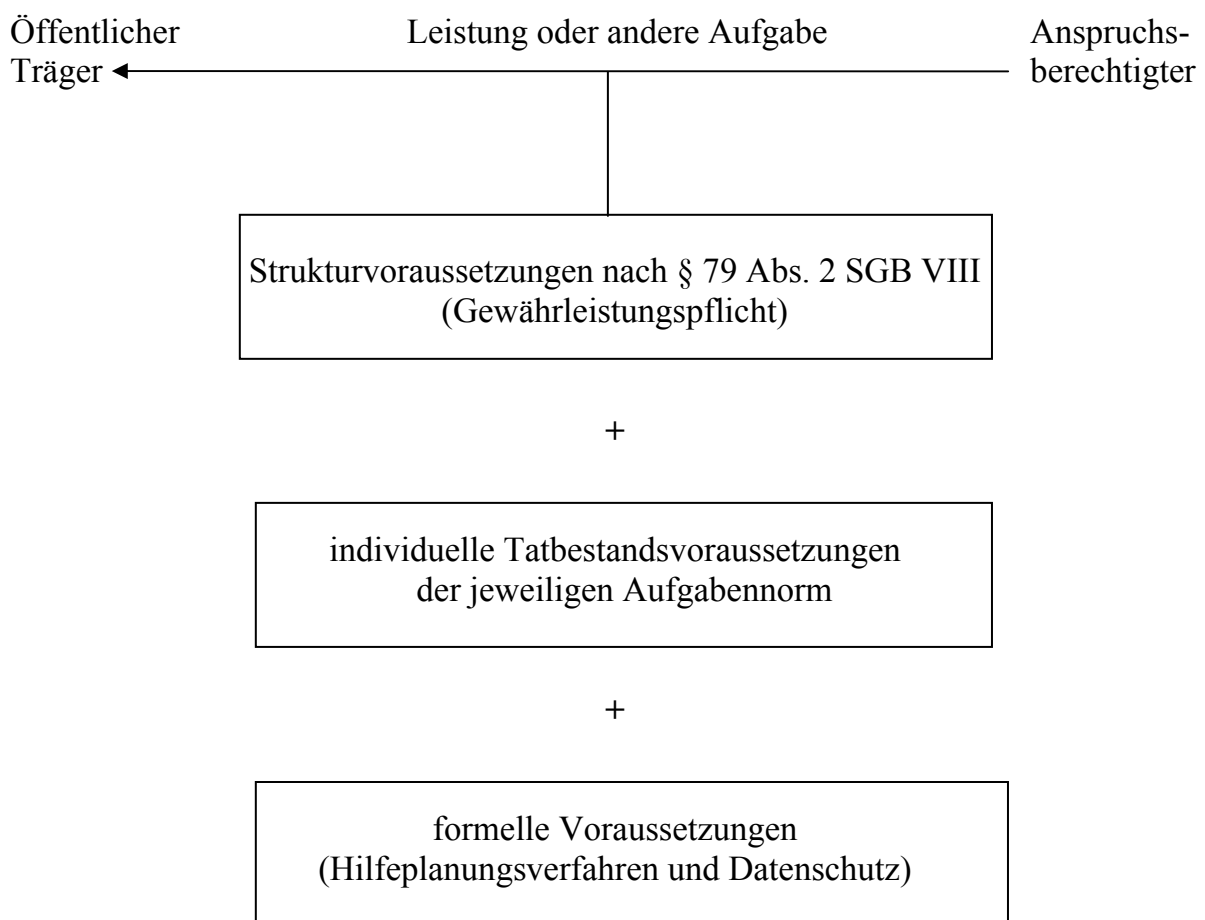
Die individuelle Verantwortlichkeit des öffentlichen Trägers für die Erfüllung einer sog. anderen Aufgabe im Einzelfall ergibt sich aus § 76 Abs. 2 SGB VIII.

cc) für Datenschutz

Eine spezielle Verantwortlichkeit für die Einhaltung des Datenschutzes regelt § 61 Abs. 4 SGB VIII. Danach hat der öffentliche Träger eine „datenschutzrechtliche Garantenstellung“ dafür, dass der freie Träger denselben Datenschutz gewährleistet wie der öffentliche Träger, wenn er für diesen eine Aufgabe wahrnimmt. Damit soll eine „Flucht in das Privatrecht“ verhindert werden.

Zusammengefasst: Erfüllt der freie Träger eine Aufgabe für den öffentlichen Träger, erleidet der Bürger keinen Rechtsverlust. Der öffentliche Träger muss nämlich garantieren, dass die Aufgabenerfüllung den materiell-rechtlichen Voraussetzungen, den formell-rechtlichen Anforderungen des Hilfeplanungsverfahrens und den datenschutzrechtlichen Bestimmungen des SGB VIII entspricht.

Übersicht 6: Verantwortlichkeit des öffentlichen Trägers für Aufgabenerfüllung im Einzelfall

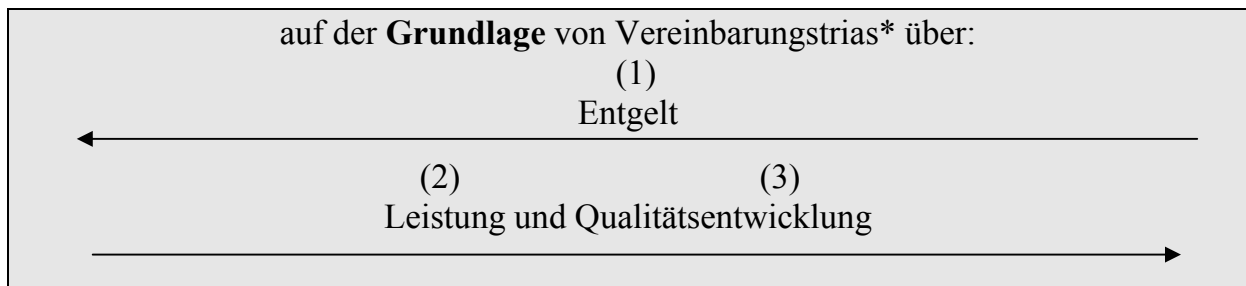
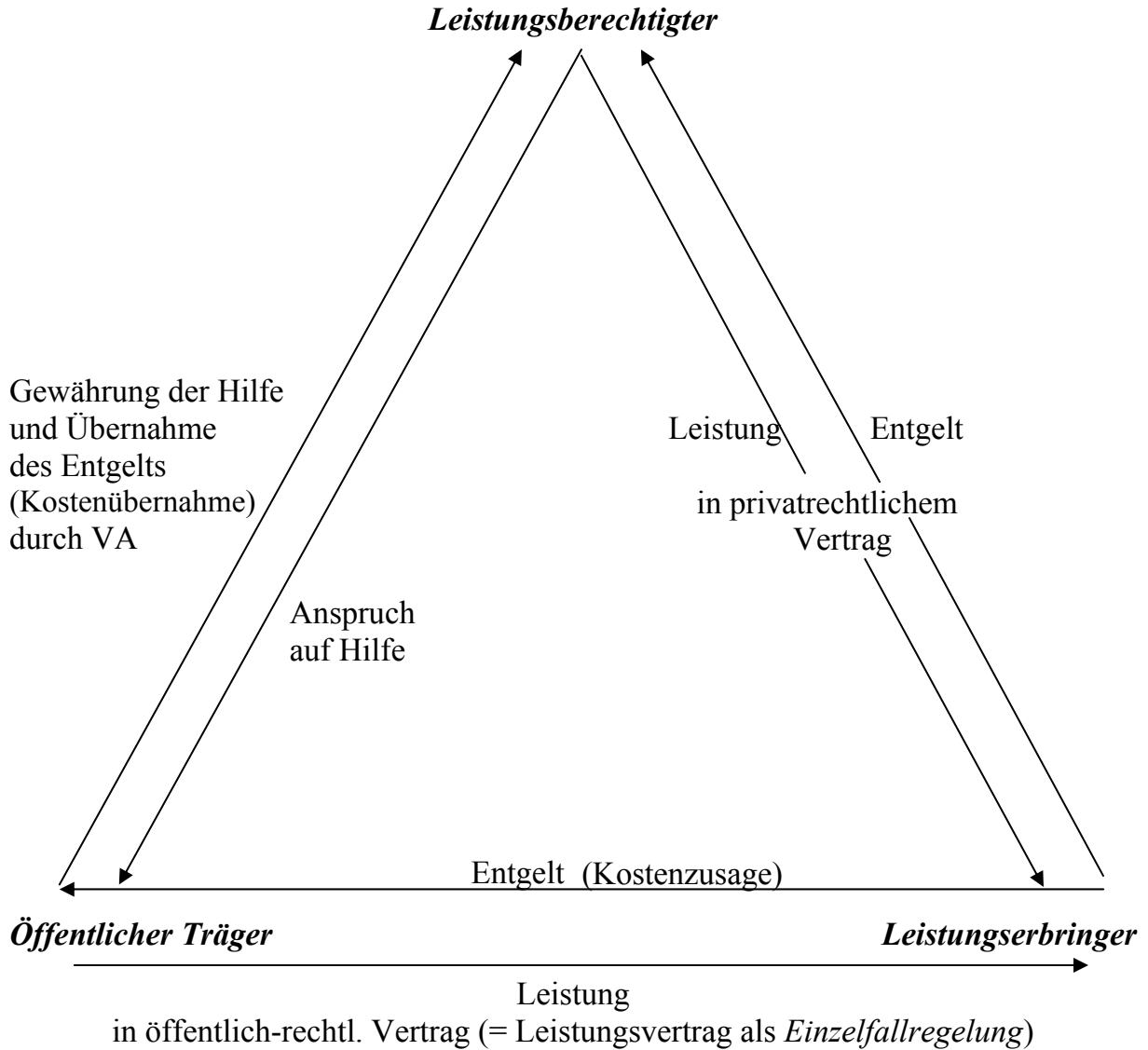


- c) Verantwortlichkeit aus (strafrechtlicher) Garantenhaftung
 Das staatliche Wächteramt aus Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG allgemein und aus § 1 Abs. 2 S. 2 SGB VIII speziell für die Jugendhilfe begründet für den einzelnen Mitarbeiter des öffentlichen Trägers eine strafrechtliche Garantenhaftung. Dies bedeutet, dass sein Unterlassen strafbar ist, wenn es dazu geführt hat, dass ein strafrechtlich pönalisierter Erfolg (z.B. Körperverletzung oder Tod eines Kindes) eingetreten ist und er dies auch hätte wissen können.

III. Konsequenzen für einzelne Fragestellungen in der Praxis

1. Wie gestalten sich die Rechtsbeziehungen im Dreiecksverhältnis?

Übersicht 7: Das Dreiecksverhältnis bei Hilfgewährung



in öffentlich-rechtl. Vertrag (= Vereinbarungen als *generelle* Regelung)

* im Anwendungsbereich des § 78a SGB VIII; ansonsten Kostenvereinbarung nach § 77 SGB VIII

Aus der Übersicht ergibt sich, dass der freie Träger dem öffentlichen Träger dabei hilft, seine rechtliche Verpflichtung gegenüber dem Berechtigten zu erfüllen. Insoweit ist der freie Träger „sozialrechtlicher Erfüllungsgehilfe“. Mit dem schuldrechtlichen Erfüllungsgehilfen nach § 278 BGB hat dies aber nichts zu tun.

2. Besteht ein Anspruch des freien Trägers auf Abschluss von Leistungsvereinbarungen?
 - a) Pflicht des öffentlichen Trägers zum Abschluss

§ 78b Abs. 2 SGB VIII regelt die Pflicht zum Abschluss von Leistungsvereinbarungen. Dies betrifft aber lediglich den Anwendungsbereich des § 78a SGB VIII, also im Wesentlichen stationäre und teilstationäre Leistungen. Außerdem besteht diese Pflicht nur zum Abschluss genereller Vereinbarungen, nicht dagegen darauf, dass der öffentliche Träger verpflichtet wäre, im Einzelfall einen freien Träger zu beauftragen, die Hilfe zu leisten. In Übersicht 7 bezieht sich die Pflicht zum Abschluss von Vereinbarungen nur auf das Fundament des Dreiecksverhältnisses. Eine Abschlusspflicht im einzelnen Hilfefall kann sich erst ergeben, wenn der öffentliche Träger den Bedarf, das Wunsch- und Wahlrecht und den Nachranggrundsatz geprüft hat. Der Abschluss der generellen Leistungsvereinbarung ist also lediglich eine „Lizenz zum Leisten“, aber keine Zusage eines Vertragsabschlusses im Einzelfall.
 - b) Anspruch des freien Trägers auf Abschluss?

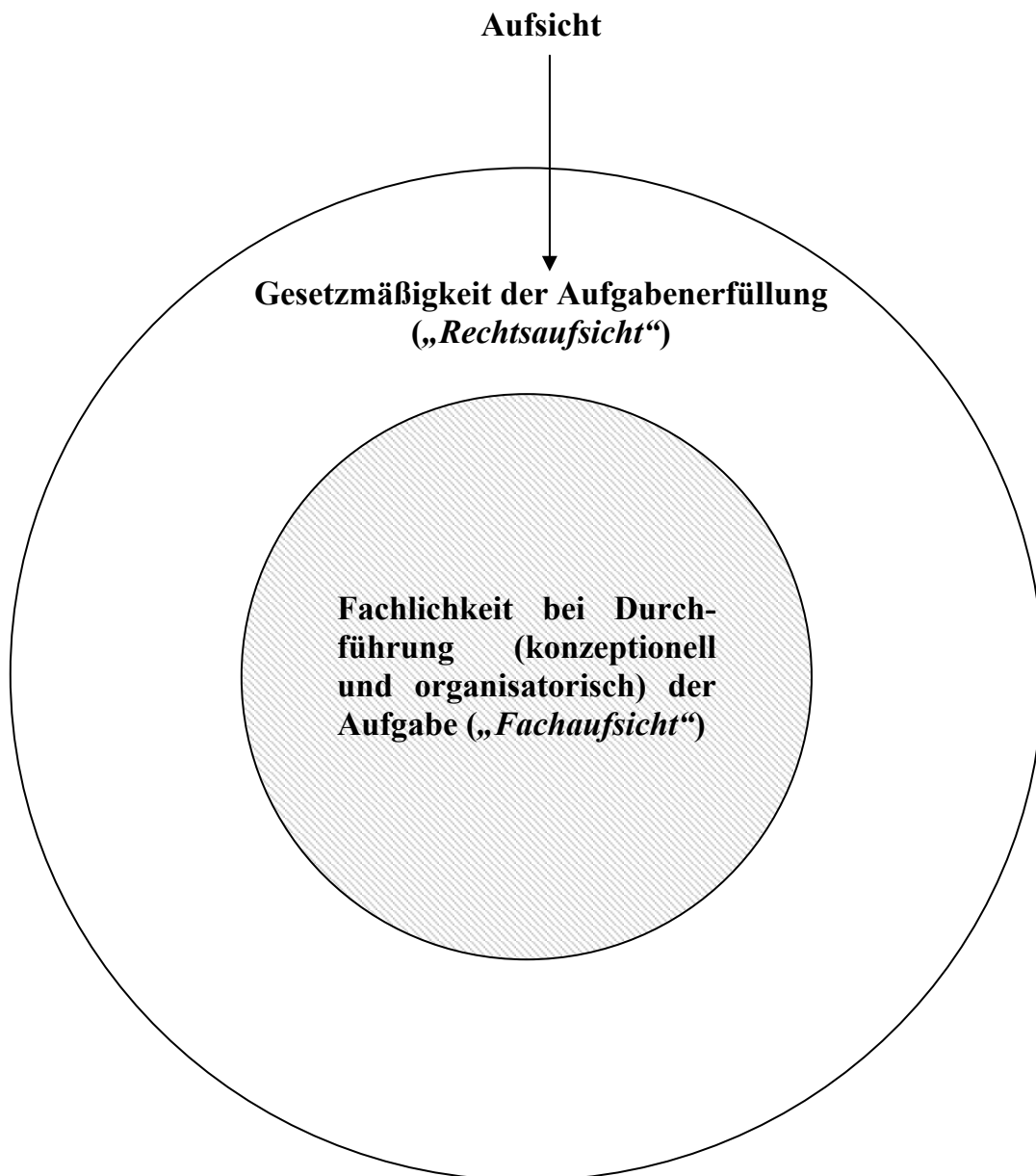
Einer Pflicht entspricht nicht notwendig auch ein Anspruch auf Erfüllung dieser Pflicht. Ein Rechtsanspruch besteht nur bei Vorliegen eines subjektiven öffentlichen Rechts. Ein solches ergibt sich hier für den privat-gewerblichen Träger aus der „Fernwirkung“ des Art. 12 GG, weil ohne Abschluss einer generellen Vereinbarung die Ausübung des Berufs ihn zumindest beeinträchtigt wäre. Für den freien Träger ergibt sich die Fernwirkung aus Art. 2 Abs. 1 GG, weil sonst seine Betätigungsfreiheit zumindest eingeschränkt wäre.
3. Inwieweit gibt es eine Aufsicht des öffentlichen über den freien Träger?
 - a) „Rechtsaufsicht“

Die Verantwortlichkeit des öffentlichen Trägers für den Einzelfall (vgl. oben II.3.) gebietet eine Aufsicht, die Autonomie des freien Trägers (vgl. oben II.2.) verbietet eine solche. Diese Antinomie muss aufgelöst werden. Aus der Verantwortlichkeit ergibt sich, dass der öffentliche Träger die Gesetzmäßigkeit der Aufgabenerfüllung gewährleisten muss, also eine Art Rechtsaufsicht – vergleichbar der kommunalen Rechtsaufsicht in Selbstverwaltungsangelegenheiten – ausüben muss. Der Umfang dieser Aufsicht ergibt sich aus Übersicht 6.
 - b) „Fachaufsicht“?

Der Autonomie des freien Trägers entspricht es, die Aufsicht auf eine „Rechtsaufsicht“ zu beschränken, eine „Fachaufsicht“ bei der Durchführung der Aufgabe in konzeptioneller und organisatorischer Hinsicht dagegen be-

steht nicht (anders aber wohl das Bundesarbeitsgericht; vgl. hierzu unter d.). Dies gilt sowohl für die Leistungen als auch für die anderen Aufgaben.

Übersicht 8: Beschränkte Aufsichtsrechte des öffentlichen gegenüber dem freien Träger bei (derivativer) Aufgabenerfüllung



Die allgemeinen Regelungen des SGB stützen die hier vertretene These einer „gespaltenen Aufsicht“. § 17 Abs. 3 S. 4 SGB I verweist für das Verhältnis zwischen öffentlichen und freien Trägern auf § 97 SGB X, nimmt aber ausdrücklich die Geltung des § 97 Abs. 2 SGB X und damit dessen (teilweisen) Verweis auf § 89 SGB X aus. Dies bedeutet für den freien Träger, dass er keine Mitteilungen machen muss, keine Auskunft zu erteilen hat und keine Rechenschaft nach Ausführung der Aufgabe ablegen muss. Für den öffentlichen Träger bedeutet es, dass er die Ausführung der Aufgabe nicht jederzeit überprüfen kann und nicht berechtigt ist, den freien Träger an seine Auffassung zu binden. Unberührt bleibt aber § 17 Abs. 3 S. 3 SGB I; danach kann der öffentliche Träger die zweckentsprechende Verwendung der öffentlichen Mittel nachprüfen. Zu diesem Zweck kann er auch Mitteilungen, Auskunft und Rechenschaft verlangen. Diese Mittel kann der öffentliche Träger auch zu dem Zweck der „Rechtsaufsicht“ einsetzen. Entwicklungs- oder Heimberichte kann er schon deshalb verlangen, weil diese Berichte darüber Aufschluss geben, ob die Tatbestandsvoraussetzungen der Hilfe (noch) vorliegen. Zur Angabe solcher Tatsachen ist der Hilfesuchende selbst nach § 60 Abs. 1 Nr. 1 SGB I verpflichtet; kann er diese Tatsachen selbst nicht benennen, ist er dazu verpflichtet, seine Einwilligung dafür zu geben, dass der freie Träger diese Tatsachen dem öffentlichen Träger mitteilt. Die Übermittlung solcher Tatsachen ist dann auch datenschutzrechtlich zulässig (§ 69 Abs. 1 Nr. 1 SGB X).

Ein Instrument weitergehender Bindung ist der Abschluss einer Leistungs- und Qualitätsentwicklungsvereinbarung nach § 78b SGB VIII. Mit diesem Instrument kann der öffentliche Träger auch auf fachliche Standards einwirken. Ein solcher öffentlich-rechtlicher Vertrag i.S.d. § 53 Abs. 1 SGB X kann als Austauschvertrag gem. § 55 SGB X geschlossen werden. Mit einem derartigen Vertrag verzichtet der freie Träger auf ein Stück seiner Autonomie. Dies ist eine Eigenheit des Leistungsvertrages im Anwendungsbereich des § 78a SGB VIII; der Zuwendungsvertrag nach § 74 SGB VIII lässt demgegenüber dem freien Träger mehr Spielraum. Eine Grenze der Vertragsfreiheit wäre erst erreicht, wenn von der Autonomie nichts mehr übrig bliebe, also eine Art „Knebelungsvertrag“ vorläge.

c) Mitwirkung im Hilfeplanungsverfahren

Aus der Verantwortlichkeit des öffentlichen Trägers für die Rechtmäßigkeit der Hilfe folgt, dass er im Hilfeplanungsverfahren vertreten sein muss, wenn dieses vom freien Träger durchgeführt wird. Ohne Durchführung des Hilfeplanungsverfahrens wäre die Gewährung der Hilfe formell rechtswidrig⁹. Durch diese Mitwirkung im Hilfeplanungsverfahren stellt der öffentliche Träger die „Kompassnadel auf den richtigen Kurs“. Eine weitergehende Mitwirkung bei der Durchführung der Hilfe erübrigt sich damit; sie wäre eine unzulässige „Fachaufsicht“.

⁹ A.A. aber wohl BVerwG, ZfJ 2001, 210.

d) Mitarbeiter des freien Trägers als Arbeitnehmer?

Das BAG hat in seinem Urteil vom 6.5.1998¹⁰ die Arbeitnehmereigenschaft des Mitarbeiters eines freien Trägers bejaht, weil eine Weisungsbefugnis des öffentlichen Trägers ihm gegenüber bestünde. Diese Weisungsbefugnis leitet das Gericht aus § 79 SGB VIII ab. Im Einzelfall mag eine derartige Weisungsbefugnis aufgrund der Vereinbarungen bestanden haben, aus § 79 SGB VIII lässt sich diese aber nicht ableiten (vgl. hierzu oben II.3.). Eine Weisungsbefugnis im „Alltagsgeschäft“ verbietet sich wegen der Autonomie des freien Trägers. Um seiner Verantwortlichkeit für die Rechtmäßigkeit der Hilfestellung zu genügen, reicht es aus, dass der öffentliche Träger im Hilfeplanungsverfahren die Weichen gestellt hat.

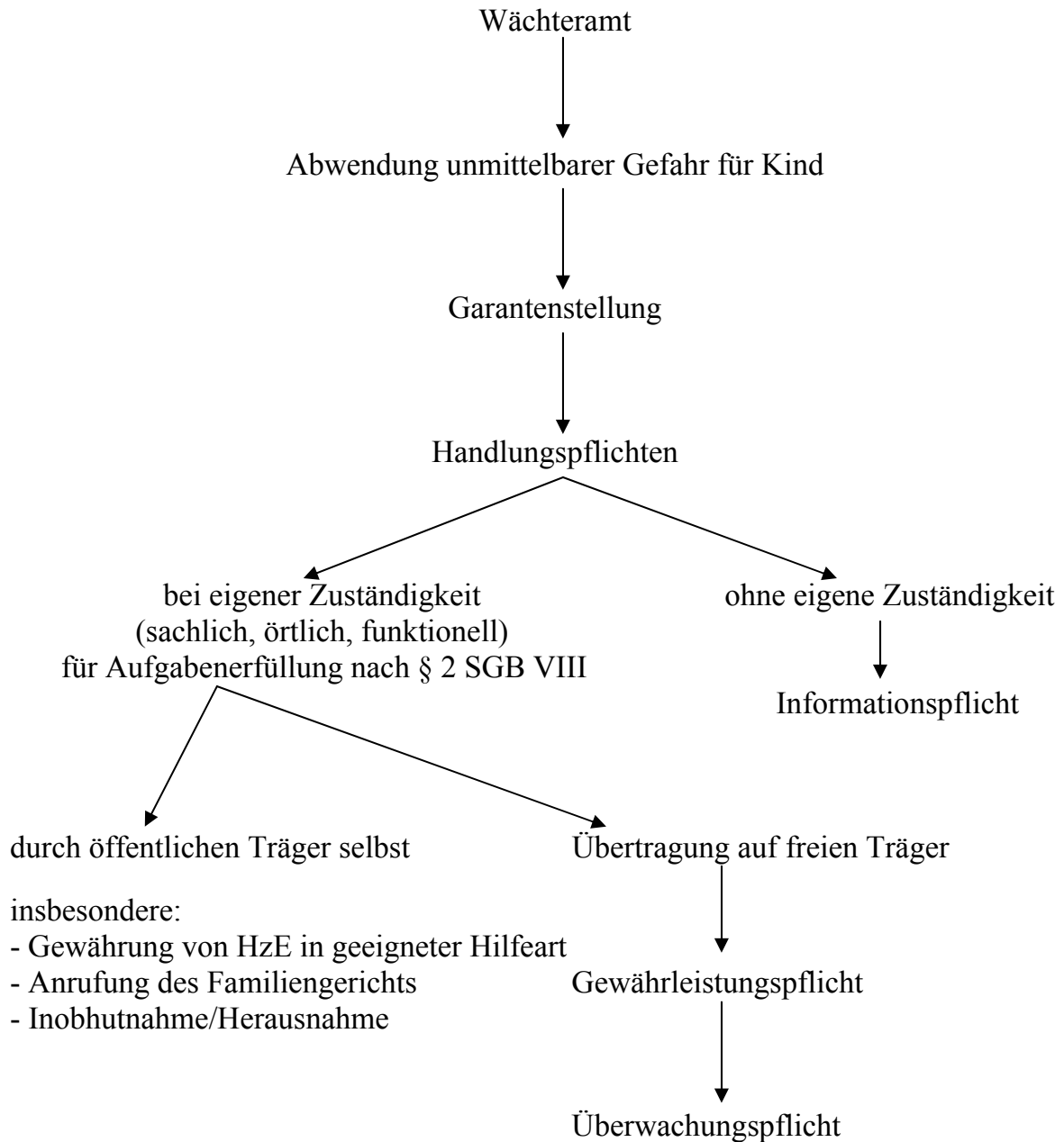
e) Weisungspflicht aus strafrechtlicher Garantenhaftung

Zur strafrechtlichen Garantenhaftung vgl. oben II.3.c). Aus der Haftung des einzelnen Mitarbeiters folgt, dass er das Recht und die Pflicht hat, darüber zu wachen, dass der strafrechtlich pönalisierte Erfolg nicht eintritt. Dies schließt eine Überwachungspflicht des freien Trägers (allerdings gegenständlich beschränkt auf die Abwendung dieses Erfolgs) mit ein. Wird die Hilfe zur Erziehung beispielsweise in der Hilfeform der Sozialpädagogischen Familienhilfe von einem freien Träger durchgeführt und ist das Kind besonders gefährdet, muss der Mitarbeiter des öffentlichen Trägers sich vergewissern, dass der Mitarbeiter des freien Trägers alles tut, um Leib oder Leben des Kindes zu schützen. Der Mitarbeiter des freien Trägers selbst hat ebenfalls eine strafrechtliche Garantenstellung (aus tatsächlicher Schutzübernahme), die davon unberührt bleibt. Grundsätzlich zur staatlichen Garantenhaftung vgl. das Urteil des OLG Oldenburg vom 2.9.1996¹¹.

¹⁰ NDV-RD 1999, 6 mit Anm. Baltz und ZfJ 2000, 72 mit Anm. Kunkel, ZfJ 2000, 60.

¹¹ ZfJ 1997, 433 mit Anm. Oehlmann-Austermann. Zu den unterschiedlichen Positionen vgl. ferner Bringewat in: LPK-SGB VIII, 2.Aufl. 2002, § 1 RN 13a und Papenheim in: LPK-SGBVIII, 2.Aufl. 2002, § 4 RN 34.

Übersicht 9: Zuständigkeit für Handlungspflicht bei Garantenstellung



4. Inwieweit ist Selbstbeschaffung möglich?

Aus der Verantwortlichkeit des öffentlichen Trägers (vgl. oben II.3.) folgt, dass er vor Gewährung einer Hilfe prüfen muss, ob die Tatbestandsvoraussetzungen der Hilfe vorliegen. Außerdem verlangt § 36 SGB VIII für die dort geregelten Hilfen die Einhaltung eines bestimmten Verfahrens. Daraus folgt, dass grundsätzlich eine Selbstbeschaffung rechtlich nicht möglich ist. Sie ist nur ausnahmsweise dann zulässig, wenn der öffentliche Träger bei Gewährung der Hilfe „versagt“ hat. Das ist der Fall, wenn er eine Hilfe zu Unrecht abgelehnt oder nicht rechtzeitig geleistet hat. Auch dann aber hat er die Kosten nur zu übernehmen, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen der Hilfe vorgelegen haben. Für die Eingliederungshilfe für seelisch behinderte Kinder und Jugendliche regelt § 15 SGB IX die Selbstbeschaffung und schränkt sie für die Jugendhilfe auf die Fälle ein, in denen eine unaufschiebbare Leistung nicht rechtzeitig erbracht wurde oder eine Leistung zu Unrecht abgelehnt worden ist. In demselben Sinne hat auch das Bundesverwaltungsgericht in zwei Urteilen entschieden¹².

5. Freie Träger in der Neuen Steuerung

Das Modell der Neuen Steuerung (NSM) ist kein Gesetz. Sie ist lediglich eine Form der Organisation der Verwaltung. Die Verwaltung bleibt dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit unterworfen (Art. 20 Abs. 3 GG). Dies bedeutet, dass auch die Neue Steuerung nur insoweit Gültigkeit beanspruchen kann, als sie mit den gesetzlichen Vorgaben im Einklang steht. Dies gilt insbesondere für die Rechte des Jugendhilfeausschusses (§ 71 SGB VIII) und die Errichtung eines Jugendamtes (§ 69 Abs. 3 SGB VIII), aber auch für die Gewährleistungspflicht nach § 79 Abs. 2 SGB VIII. Dies bedeutet im Einzelnen: Die Rechte des Jugendhilfeausschusses können nicht durch Zuständigkeit der Verwaltung beschnitten werden. Aber auch Zuständigkeiten der Vertretungskörperschaft können nur begründet werden, wenn dies unter Beachtung der Vorgaben des § 71 Abs. 3 SGB VIII geschieht (Regelung in Hauptsatzung oder in Rahmenbeschlüssen). Das Jugendamt kann nicht ersetzt werden durch Fachbereiche. Seine Zuständigkeit ist durch § 69 Abs. 3 SGB VIII garantiert. Die Budgetierung kann die Gewährleistungspflicht nicht aushebeln, d.h. unabhängig von den zur Verfügung stehenden Mitteln muss der öffentliche Träger alle Aufgaben in der von § 79 Abs. 2 SGB VIII gebotenen Qualität erfüllen. Vgl. im Einzelnen die nachstehende Übersicht:

¹² Urt. v. 24.6.1999, ZfJ 2000, 31 und vom 28.9.2000, Jugendhilfe 2001, 157.

Übersicht 10: NSM - kompatibel mit SGB VIII?

Kontraktmanagement	↔	Zielvorgabe (§ 71 Abs. 3 i.V.m. § 1)
Produktbeschreibung	↔	gesetzliche Aufgaben (§ 2)
Kundenorientierung	↔	Wunsch- und Wahlrecht (§ 5)
Controlling	↔	Hilfeplan (§ 36 Abs. 2) Jugendhilfeplanung (§ 80)
Fachbereiche	↔	JA (§ 69 Abs. 3) JHA (§ 70 Abs. 1)
Qualitätssicherung	↔	Gewährleistungspflicht (§ 79 Abs. 2)
Budgetierung	↔	Gewährleistungspflicht (§ 79 Abs. 2)
Outsourcing	↔	Übertragung auf freie und privat-gewerbliche Träger u. auf Gemeinden ohne JA (§§ 3, 76, 69)
Dezentralisierung	↔	JHA (§ 71)

6. Gilt das Wunsch- und Wahlrecht auch bezüglich der Angebote privatgewerblicher Träger?

Das in § 5 SGB VIII geregelte Wunsch- und Wahlrecht steht in einem systematischen Zusammenhang mit den Regelungen der §§ 3 und 4 SGB VIII. Dort aber ist nur von freien Trägern die Rede. Darunter sind nur solche zu verstehen, die unterschiedliche Wertorientierungen vermitteln (§ 3 Abs. 1 SGB VIII). Das Merkmal der unterschiedlichen Wertorientierung aber fehlt privatgewerblichen Trägern.

Auch § 78e Abs. 3 SGB VIII unterscheidet ausdrücklich zwischen Trägern der freien Jugendhilfe und sonstigen Leistungserbringern.

Übersicht 11: Privatgewerbliche Träger als freie Träger der Jugendhilfe?

Contra

1. § 78e Abs. 3 SGB VIII stellt die sonstigen Leistungserbringer den Trägern der freien Jugendhilfe gegenüber.
2. Die Regelungen zur Trägerschaft der Jugendhilfe (§§ 3, 4 SGB VIII) erwähnen privatgewerbliche Träger nicht.
3. Die Regelung über die Zusammenarbeit im Sozialleistungsbereich (§ 17 Abs. 3 SGB I) erwähnt ebenfalls privatgewerbliche Träger nicht.
4. Die Vorrangregelung des § 4 Abs. 2 SGB VIII („passive Subsidiarität“) besteht nur zugunsten anerkannter Träger der freien Jugendhilfe; eine Anerkennung privatgewerblicher Träger scheidet aber nach § 75 SGB VIII aus.
5. Die Förderungspflicht des § 74 SGB VIII („aktive Subsidiarität“) beschränkt sich auf gemeinnützig arbeitende freie Träger.
6. Die (gesellschaftspolitische) Begründung des Vorrangs freier Träger ergibt sich aus dem Subsidiaritätsprinzip.
7. Das Subsidiaritätsprinzip ist Konsequenz des Solidaritätsprinzips.
8. Zweck des Subsidiaritätsprinzips ist auch die Förderung ehrenamtlicher Tätigkeit („bürgerschaftliches Engagement“).

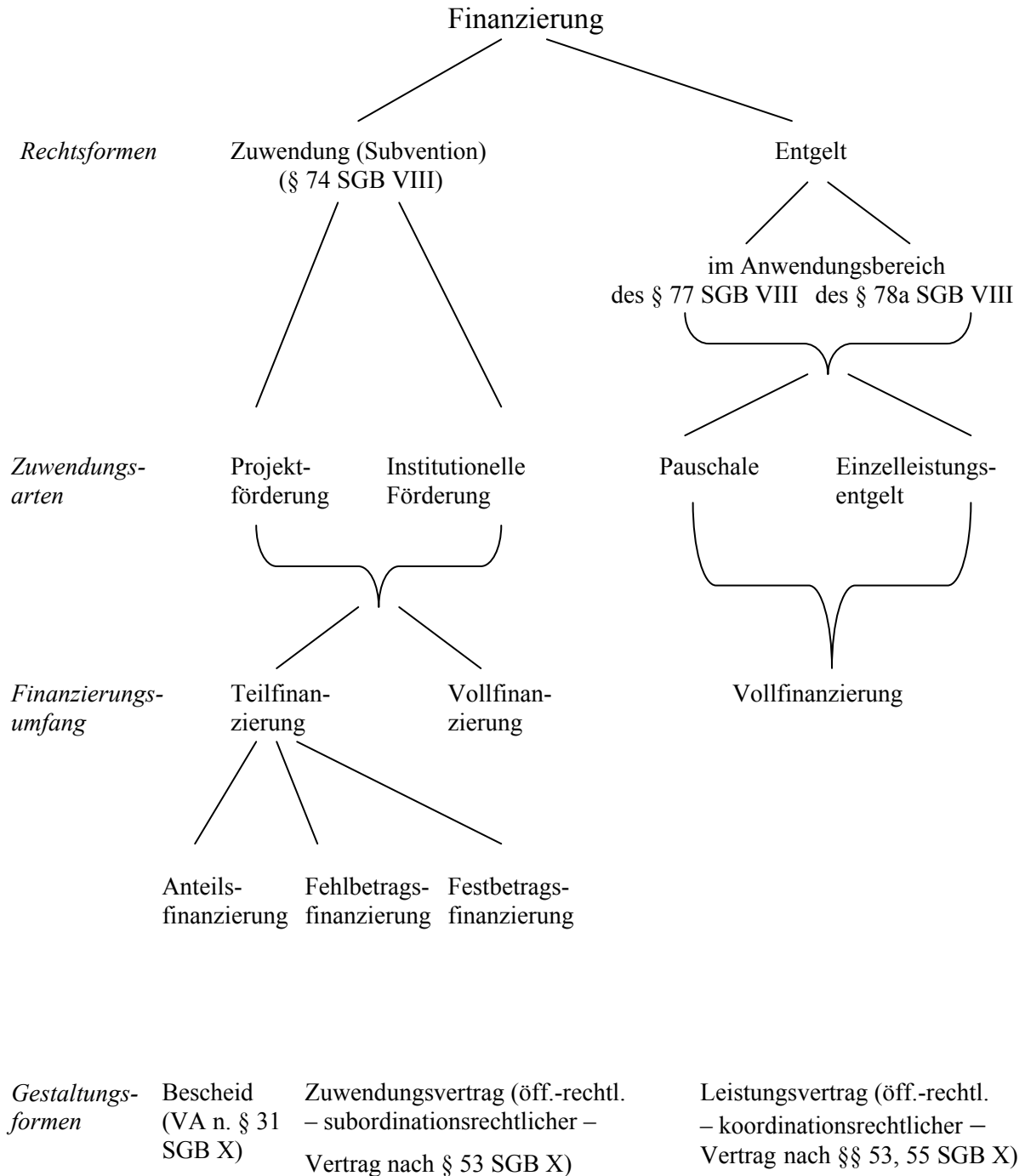
Pro

(Möglicherweise) Wandlung freier Träger zu gewinnorientierten Unternehmen in der gesellschaftlichen Realität.

-
9. Zweck des Subsidiaritätsprinzips ist ferner, weltanschauliche Pluralität in der Gesellschaft zu ermöglichen.
10. Kennzeichen der freien Jugendhilfe ist die jeweils unterschiedliche Wertorientierung (§ 3 Abs. 1 SGB VIII).

Ergebnis: Privatgewerbliche Träger sind keine Träger der freien Jugendhilfe und können auch nicht als solche behandelt werden. Das Wunsch- und Wahlrecht (§ 5 SGB VIII) bezieht sich nur auf freie Träger (ebenso VG Minden mit Urteil vom 25.2.1997; DAVorm 1997/812 mit Anm. Oehlmann-Austermann; Hauck/Mainberger, SGB VIII, § 5 Rz 5; Papenheim/Kunkel, LPK-SGB VIII, 2. Aufl. 2002, § 5 RN 10; a.A. Wiesner, SGB VIII, 2. Aufl. 2000, § 5 Rdnr. 10; Schellhorn, SGB VIII/KJHG, 2. Aufl. 2000, § 5 Rz. 16).

Finanzierung freier Jugendhilfe



Zuwendung durch Bescheid und Vertrag im Vergleich		
	Bescheid	Vertrag
Rechtsgrundlage:	§ 74 SGB VIII i.V.m. § 31 SGB X	§ 74 SGB VIII i.V.m. § 53 SGB X
Rechtsverhältnis:	öffentlich-rechtlich	öffentlich-rechtlich
Rangverhältnis:	Über-/Unterordnung	Gleichordnung
Rechtsschutz:	Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage (§ 42 VwGO)	Allgemeine Leistungsklage (§ 40 VwGO)
Aufhebung:	Rücknahme (§ 45 SGB X) oder Widerruf (§ 47 SGB X)	Anpassung oder Kündigung (§ 59 SGB X oder gem. Vereinbarung)

aus Kunkel, Grundlagen des Jugendhilferechts, 4. Aufl. 2001

Zuwendungsvertrag und Leistungsvertrag im Vergleich		
	Zuwendungsvertrag	Leistungsvertrag¹³
Rechtsgrundlage:	§ 74 SGB VIII	§ 77 oder ¹⁴ § 78b SGB VIII
Vertragstyp:	öff.-rechtl. (subordinationsrechtl.) Vertrag (§ 53 SGB X)	öff.-rechtl. (koordinationsrechtl.) Vertrag (§§ 53, 55 SGB X)
Vertragspartner des öffentlichen Trägers:	Freier Träger	Freier Träger oder ¹⁵ sonstige Leistungserbringer
Trägervoraussetzungen:	Anforderungen nach § 74 Abs. 1 S. 1 Nr. 1-5 SGB VIII	Geeignetheit des Trägers
Rechtsanspruch des Vertragspartners	Rechtsanspruch auf - Förderung dem Grunde nach und - auf Ausübung fehlerfreien Ermessens bezüglich Art und Höhe der Förderung	nur bei § 78b SGB VIII
Gegenstand:	Förderung (Subvention) von autonomen Zwecken des freien Trägers	Aufgabenwahrnehmung ¹⁶ für den öffentlichen Träger („Erfüllungsgehilfe“) gegen Zahlung eines Entgelts
Leistungsverhältnis:	Leistung ohne Gegenleistung	Synallagmatisches Austauschverh.
Art der Förderung:	Pauschale Zuwendung durch Projektförderung oder institutionelle Förderung (Anteils-, Fehlbedarfs-, Festbetragsfinanzierung)	Entgelt als Pauschale oder Einzelleistungsentgelt
Zahlungsweise:	Endabrechnung (Übertragbarkeit, Deckungsfähigkeit, Rücklagenbildung)	nach Vereinbarung (jährliche Pauschale)
Nachweise:	Verwendungsnachweis	Leistungsnachweis
Eigenleistung notw.:	ja (Teilfinanzierung)	nein (Vollfinanzierung)
Steuer:	ertrags- und umsatzsteuerfrei	ertragssteuerfrei; evtl. aber umsatzsteuerpflichtig (str.)
Ausschreibung:	keine Ausschreibungspflicht	(wohl) keine Ausschreibungspflicht
EU-Wettbewerbsrecht:	erlaubte Subventionierung (str.)	kein Wettbewerbsverstoß bei Einbeziehung privat-gewerblicher Unternehmer
Zuständigkeit:	für den Inhalt: JHA, für den formellen Abschluss: Verwaltung	für die Grundsätze der Vereinbarung: JHA; für Einzelheiten und formellen Abschluss: Verwaltung

aus Kunkel, Grundlagen des Jugendhilferechts, 4. Aufl. 2001

¹³ genauer: Leistungs-, Entgelts- u. Qualitätsentwicklungsvereinbarung über Leistungen (od. andere Aufgaben)

¹⁴ im Anwendungsbereich des § 78a SGB VIII aufgezählte Leistungen im stationären und teilstationären Bereich; erweiterungsfähig nach Landesrecht

¹⁵ im Anwendungsbereich des § 78a SGB VIII

¹⁶ im Anwendungsbereich des § 78a SGB VIII für erzieherische Hilfen, im Anwendungsbereich des § 77 SGB VIII auch für allgemeine Förderangebote und für sonstige Aufgaben nach § 2 Abs. 3 SGB VIII