

**Gutachten zur Finanzierung der Jugendarbeit
nach § 74 SGB VIII**

- Rechtsfehler und Rechtsbehelfe -

Inhaltsverzeichnis

	Seite
A. Rechtsfehler	1
I. Förderungsverpflichtung	1
II. Rechtsanspruch auf Förderung dem Grund nach	1
III. Ermessensentscheidung über Art und Höhe der Förderung	2
1. Ermessensfehler	2
2. § 79 SGB VIII als Ermessensgrenze	2
3. Bedeutung des § 45 Abs. 2 Satz 4 AG KJAG Berlin	4
4. Verfügbare Haushaltsmittel	4
B. Rechtsbehelfe	5
I. Formloser Rechtsbehelf	5
II. Förmliche Rechtsbehelfe	6
1. Verpflichtungswiderspruch	6
2. Verpflichtungsklage	6
C. Zusammenfassung	7

A. Rechtsfehler

I. Förderungsverpflichtung

§ 4 Abs. 3 SGB VIII verpflichtet den Träger der öffentlichen Jugendhilfe, freie Träger zu fördern. Dies entspricht dem Grundsatz der (aktiven) Subsidiarität. Die Förderung soll „nach Maßgabe dieses Buches“ erfolgen, also insbesondere nach § 74 i.V.m. § 79 SGB VIII. § 12 SGB VIII privilegiert die Jugendverbände und Jugendgruppen gegenüber den üblichen freien Trägern der Jugendhilfe, indem mit der Formulierung „ist zu fördern“ eine unbedingte Förderungsverpflichtung ausgesprochen wird, während nach dem Wortlaut der §§ 4 Abs. 3 und 74 Abs. 1 SGB VIII die freien Träger lediglich gefördert werden „sollen“. Die näheren Voraussetzungen der Förderung sind § 74 SGB VIII zu entnehmen. § 12 SGB VIII regelt die Trägerförderung, § 74 SGB VIII die Maßnahmenförderung (ebenso OVG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 23.01.2001, Az. 2 L 51/01; Bernzen in Jans/Happe/Saubier/Maas, KJHG, 3. Aufl. 46. Lieferung, Stand Juli 2010, § 12 Rn 9 u. 13; Kunkel in LPK – SGB VIII, 4. Aufl. 2011, § 12 Rn 1). Demgegenüber enthält § 11 SGB VIII keine Förderungsverpflichtung des öffentlichen Trägers gegenüber dem freien Träger, sondern eine Leistungsverpflichtung des öffentlichen Trägers gegenüber den jungen Menschen.

§ 74 SGB VIII betrifft die Subventionsfinanzierung („Zuwendung“, „Förderung“), während – für die Jugendarbeit – § 77 SGB VIII die Entgeltfinanzierung regelt. Die Zuwendung kann verwaltungsrechtlich in der Form des Bescheids (Verwaltungsakt nach § 31 SGB X) oder in der Form des Zuwendungsvertrages (öffentlich-rechtlicher Vertrag nach § 53 SGB X) erfolgen (vgl. näher Kunkel, ZfJ 2000, 413; Wabnitz in GK – SGB VIII, 43. AL Juni 2011, § 74 Rn 99 – 122).

II. Rechtsanspruch auf Förderung dem Grunde nach

Während es unstrittig ist, dass § 74 SGB VIII eine objektiv-rechtliche Pflicht zur Förderung im Regelfall (Ermessen nur im -atypischen - Ausnahmefall) enthält, ist es (immer noch) strittig, ob § 74 SGB VIII auch ein subjektiv öffentliches Recht (Rechtsanspruch) auf Förderung enthält. Den Materialien zur Entstehungsgeschichte ist dazu nichts zu entnehmen.

Abgelehnt wird ein Rechtsanspruch, weil der Wortlaut des § 74 Abs. 1 SGB VIII das Wort „Rechtsanspruch“ nicht enthält und weil in § 74 Abs. 3 SGB VIII von „Ermessen“ die Rede ist (so in der Rechtsprechung OVG Niedersachsen, Beschl. v. 17.05.2005, Az. 12 ME 93/05, NDV – RD 2005, 97; OVG Niedersachsen, NVwZ – RR 1999, 127; OVG Berlin, Beschl. 14.10.1998, Az. 6 S 94.98, FEVS 49 (1999), 368; OVG NW, NVwZ – RR 2004, 501; OVG NW, NDV – RD 1996, 100; VG Köln, RsDE 29 (1995), 108; VG Frankfurt aM, ZfJ 1995, 335; in der Literatur Wiesner, SGB VIII, 3. Aufl. 2006, § 74 Rn 41; Schellhorn in Schellhorn/Fischer/Mann, SGB VIII/KJHG, 3. Aufl. 2007, § 74 Rn 12; Münder in Münder/Meysen/Trenczek, FK – SGB VIII, 6. Aufl. 2009, § 74 Rn 27).

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Ob eine Norm ein subjektives öffentliches Recht enthält, ist nach der Schutzzwecktheorie zu beurteilen. Danach kommt es darauf an, ob die Norm den Schutz des Einzelnen (hier des einzelnen freien Trägers) bezweckt. Dies kann sich schon aus dem Wortlaut ergeben („Rechtsanspruch“) oder aber aus der Struktur der Norm. § 74 SGB VIII nennt den Normadressaten individualisiert („jeweiliger Träger“) und zählt enumerativ detaillierte Voraussetzungen für die Förderung auf. Liegen diese Voraussetzungen vor, besteht objektiv-rechtlich eine Verpflichtung zur Förderung und gleichzeitig besteht ein subjektives öffentliches Recht auf Förderung dem Grunde nach (ebenso in der Rechtsprechung BVerwG, Urteile v. 17.07.2009, Az. 5 C 25 – 28/08, NVwZ-RR 2010, 19; VGH BW, Urteil v. 18.12.2006, Az. 12 S 2474/06, ZKJ 2007, 203; OVG NW, Urteil v. 10.07.2003, Az. 16 A 2822/01, DVBl 2004, 67; VG Sigmaringen, Urteil v. 26.06.2001, Az. 7 K 1710/99; VG Freiburg, Urteil v. 23.05.2001, Az. 5 K 1896/98; in der Literatur Wabnitz in GK – SGB VIII, § 74 Rn 43 u. ZKJ 2010, 99; Mrozynski, SGB VIII, 5. Aufl. 2009, § 74 Rn 10; Kunkel LPK – SGB VIII, § 74 Rn 26 u. ZfJ 2000, 413).

Der Grundentscheidung über die Förderung folgt die Entscheidung über Art und Höhe der Förderung. Diese steht im Ermessen (§ 74 Abs. 3 SGB VIII). Auf die Ausübung fehlerfreien Ermessens besteht ebenfalls ein subjektives öffentliches Recht (BVerwG v. 17.07.09, a.a.O).

III. Ermessensentscheidung über Art und Höhe der Förderung

1. Ermessensfehler

Die Entscheidung über Art und Höhe der Förderung ist nach „pflichtgemäßem Ermessen“ zu treffen (§ 74 Abs. 3 Satz 1 SGB VIII). Pflichtgemäß wird das Ermessen dann ausgeübt, wenn es keinen Ermessensfehler i.S.d. § 39 SGB I enthält. Die dort genannten Ermessensfehler sind erstens der Ermessensnichtgebrauch („Ermessensunterschreitung“), zweitens Ermessensfehlgebrauch, drittens Ermessensüberschreitung. Ein formeller Fehler der Ermessensentscheidung ist das Fehlen einer Begründung nach § 35 Abs. 1 Satz 3 SGB X. Danach muss der Träger die Gesichtspunkte erkennen lassen, von denen er bei der Ausübung seiner Ermessensentscheidung ausgegangen ist.

Im Rahmen dieses Gutachtens ist vor allem der Ermessensfehler durch Ermessensüberschreitung von Bedeutung. Er liegt vor, wenn gesetzliche Grenzen des Ermessens nicht eingehalten werden. Die wichtigste gesetzliche Grenze in diesem Zusammenhang ist § 79 SGB VIII.

2. § 79 SGB VIII als Ermessensgrenze

§ 79 Abs. 1 SGB VIII erlegt dem öffentlichen Träger für die Erfüllung aller Aufgaben der Jugendhilfe, die in § 2 SGB VIII aufgeführt sind, die Gesamtverantwortung auf. § 79 Abs. 2 SGB VIII begründet die Gewährleistungspflicht des öffentlichen Trägers dafür, dass diese Aufgaben in einer bestimmten Qualität erfüllt werden. Damit ist § 79 SGB VIII die

entscheidende Norm („Leitnorm“) des Jugendhilferechts (siehe näher hierzu Kunkel, NDV 2001, 412). Im Unterschied zu § 74 SGB VIII enthält er kein subjektives öffentliches Recht (so aber Fieseler in GK-SGB VIII, § 79 Rn 9a), ist aber mehr als bloß Programmsatz (so aber VG Berlin, Urteil v. 14.06.1999, Az. VG 20 A 2399, ZfJ 2000, 194). § 79 SGB VIII ist eine objektiv-rechtliche Verpflichtungsnorm, die den öffentlichen Träger bei der Erfüllung aller Aufgaben bindet (ebenso VGH BW, Urteil vom 4.6.2008, Az. 12 S 2559/06, VBl BW 2009, 95). § 79 SGB VIII legt gleichsam das Fundament für die Erfüllung aller Aufgaben des SGB VIII („Fundamentalnorm“).

Die Bedeutung des § 79 SGB VIII wird auch dadurch unterstrichen, dass der Regierungsentwurf eines Bundeskinderschutzgesetzes vom 15.04.2011 (Bundsratsdrucksache 202/11) mit Einfügung eines § 79a SGB VIII die öffentlichen Träger dazu verpflichtet, Grundsätze und Maßstäbe zur Gewährleistung der Qualität bei der Aufgabenerfüllung zu entwickeln.

In dieser Funktion muss § 79 SGB VIII bei der Ausübung des Ermessens beachtet werden (unverständlich daher BVerwG v. 17.07.2009 a.a.O.: Objektive Gewährleistungsverantwortung, die die Position des freien Trägers im Rahmen des § 74 Abs. 3 SGB VIII aber nicht verstärkte).

Die Gewährleistungspflicht wird nur erfüllt, wenn die im Gesetz ausdrücklich benannten sechs Qualitätsmerkmale beachtet werden. Einrichtungen, Dienste und Veranstaltungen müssen erstens geeignet sein, zweitens in erforderlicher Zahl vorliegen, drittens ausreichende Personalausstattung aufweisen, viertens über eine ausreichende Finanzausstattung verfügen, fünftens in pluraler Breite zur Verfügung stehen und sechstens rechtzeitig in Anspruch genommen werden können. Diese Begriffe sind unbestimmte Rechtsbegriffe, d.h. der Inhalt ist erst durch Auslegung zu ermitteln, wobei es nur 1 richtiges Ergebnis geben kann. Ermessen besteht nicht, ebenso wenig Beurteilungsspielraum bei der Auslegung. Das BVerfG (Entscheidung v. 17.04.1991, Az. 1 BvR 213/83, E 84,34) hat die Fallgruppen des Beurteilungsspielraums auf einen nicht erweiterungsfähigen Kreis beschränkt (ausführlich hierzu Ollmann, ZfJ 1995, 45). Die vom zuständigen Träger der Jugendhilfe vorgenommene Auslegung und Subsumtion ist daher der vollen verwaltungsgerichtlichen Kontrolle unterworfen (ebenso OVG Saarland, Entscheidung v. 16.12.1997, Az. 8 W 6/97, FEVS 48,399; VG Freiburg, Entscheidung v. 02.09.2002, Az. 8 K 1512/02; Krug/Riehle, SGB VIII, § 79 Erl. III. 1; Tammen in FK – SGB VIII, § 79 Rn 16; unklar ist das BVerwG in seiner Entscheidung vom 17.07.2009 a.a.O., das eine Einschätzungsprärogative hinsichtlich der Notwendigkeit einzelner Maßnahmen und der Förderungswürdigkeit einzelner Elemente der Ausgestaltung annimmt).

Geeignet ist eine Maßnahme dann, wenn sie tauglich ist, ihren Zweck zu erfüllen. Erforderlich ist sie, wenn sie unter mehreren geeigneten Maßnahmen am besten geeignet ist, den Zweck zu verwirklichen. Ausreichend sind Maßnahmen dann, wenn sie in genügender Zahl angeboten werden, um die

Zwecke der Jugendarbeit aus § 11 SGB VIII erfüllen zu können. Rechtzeitig erfolgt eine Maßnahme, wenn sie einen Bedarf zu dem Zeitpunkt deckt, in dem er auftritt. Plural sind Maßnahmen, wenn mit ihnen den jeweils verschiedenen Wertvorstellungen der freien Träger entsprochen werden kann.

Eine Ermessensentscheidung, die eines oder mehrere der sechs genannten Qualitätskriterien nicht berücksichtigt, ist rechtsfehlerhaft. Erst nach Überwindung der „Qualitäts-Hürde“ beginnt das „freie Feld“ des Ermessens. Der Träger kann dann bei gleich geeigneten Maßnahmen nach Ermessen entscheiden, welche er fördern will. Erfüllt nur eine Maßnahme alle Qualitätskriterien, ist dagegen das Ermessen auf Null reduziert, d.h., dass nur die Förderentscheidung rechtmäßig, die Nichtförderung aber rechtswidrig ist.

3. Bedeutung des § 45 Abs. 2 Satz 4 AG KJHG Berlin

§ 79 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII verpflichtet den öffentlichen Träger von den für die Jugendhilfe insgesamt bereitgestellten Mitteln einen „angemessenen Anteil“ für die Jugendarbeit zu verwenden. Diesen angemessenen Anteil beziffert § 45 Abs. 2 Satz 4 AG KJHG Berlin mit 10%. Beide Bestimmungen sind nur scheinbar eine Privilegierung der Jugendarbeit; ihre Wirkung beschränkt sich auf die eines Placebos. Ein lediglich im Verhältnis zum gesamten Jugendhilfeetat angemessener – also relativer – Anteil kann – absolut betrachtet – „relativ“ wenig sein. Daher ist nur § 79 Abs. 2 Satz 1 „bittere Medizin“ für den Kämmerer. Denn danach müssen Mittel bereitgestellt werden, die ausreichen, um die Aufgabe nach § 11 SGB VIII in der geforderten Qualität des § 79 Abs. 2 SGB VIII zu ermöglichen. Der öffentliche Träger muss garantieren, dass auch die im § 11 Abs. 3 Nr. 1 – 6 SGB VIII genannten Angebotsschwerpunkte in seinem Zuständigkeitsbereich in Normqualität zur Verfügung stehen. Von „freiwilligen Leistungen“ (eine immer noch beliebte Floskel) kann deshalb beileibe nicht die Rede sein. Dasselbe gilt für die 10 % Quote. Sie gibt Steine statt Brot, wenn sie nicht ausreicht, Jugendarbeit nach den Qualitätskriterien des § 79 Abs. 2 SGB VIII zu leisten. Die Quote könnte allenfalls dann Wirkung entfalten, wenn die 10 % mehr sind als die Mittel, die für die Jugendarbeit notwendig sind.

4. Verfügbare Haushaltsmittel

Die Ermessensentscheidung ist „im Rahmen der verfügbaren Haushaltsmittel“ zu treffen (§ 74 Abs. 3 Satz 1 SGB VIII). Bei wörtlicher Auslegung würde dies bedeuten, dass eine Maßnahme nicht oder nur unzureichend gefördert werden kann, wenn Haushaltsmittel nicht oder nur unzureichend zur Verfügung stehen. Diese Auslegung widerspricht der Fundamentalnorm des § 79 SGB VIII, wonach alle Aufgaben – also auch die Jugendarbeit – bedarfsgerecht zu erfüllen sind. Eine systematische Auslegung des § 74 Abs. 3 Satz 1 SGB VIII ergibt daher, dass Haushaltsmittel in der Höhe zur Verfügung zu stellen sind, dass alle Aufgaben erfüllt werden können. I.V.m. § 79 SGB VIII ist daher § 74 Abs. 3 Satz 1 SGB VIII als „normatives Gerundiv“ zu verstehen. Richtig müsste er lauten: „im Rahmen der zur Verfügung zu stellenden Haushaltsmittel“ (a.A. VG Berlin, Urteil v. 14.06.1999, Az. VG 20

A 2399, ZfJ 2000, 194); ihm folgend Krug/Riehle, SGB VIII, 124. Lieferung Stand: 01.07.2010, Erl. VI. 2. und wohl auch OVG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 23.01.2001 Az. 2 L 51/01, RsDE 52 (2002), 106, wonach bei Erschöpfung der Haushaltsmittel kein Anspruch auf Förderung bestehe, auch wenn objektiv-rechtliche Förderungsgebote nicht erfüllt werden; ähnlich OVG Berlin, Beschl. 14.10.1998 Az. 6 S 94.98, FEVS 49 (1999), 368 und v. 13.10.1998, Az. 6 80.98; dagegen folgt das BVerwG in seinem Urteil v. 17.07.2009, a.a.O. wohl der hier vertretenen Auffassung, wenn es formuliert, das Haushaltsrecht habe keine anspruchsvernichtende Wirkung, der Förderanspruch werde durch fehlende Haushaltsmittel nicht berührt).

Welche Haushaltsmittel für die Jugendhilfe insgesamt zur Verfügung stehen, bestimmt die jeweilige Vertretungskörperschaft. Bei dieser Entscheidung ist sie aber nicht frei, sondern hat die Vorgaben des SGB VIII zu beachten. Für die Jugendhilfe müssen daher Haushaltsmittel in einer Höhe bereit gestellt werden, die den öffentlichen Träger in die Lage versetzen, seiner Gesamtverantwortung nach § 79 Abs. 1 und seiner Gewährleistungspflicht nach § 79 Abs. 2 SGB VIII gerecht zu werden. Ist dies nicht der Fall, verstößt die Haushaltssatzung gegen das höherrangige Recht des § 79 SGB VIII und ist somit rechtswidrig (ebenso Bernzen in Jans/Happe/Saubier/Maas a.a.O., § 74 Rn 26). Ein rechtswidriger Eingriff in die kommunale Selbstverwaltung (Art. 28 GG) ist damit nicht verbunden (so BVerfG, Urteil v. 18.07.1967, E22, 180; seine weiteren Ausführungen zu § 8 Abs.3 JWG, wonach es in der freien Entscheidung der Vertretungskörperschaft liege, welche Haushaltsmittel insgesamt für die Jugendhilfe bereitgestellt werden, können auf die Rechtslage nach §§ 74, 79 SGB VIII nicht übertragen werden).

Dass die Haushaltsmittel bedarfsdeckend sein müssen, ergibt sich auch aus § 45 Abs. 2 Satz 1 AG KJHG Berlin, wonach die zuständige Senatsverwaltung daraufhin zu wirken hat, dass die der Jugendhilfe zur Verfügung gestellten Haushaltsmittel ein Höchstmaß an Wirksamkeit für die Erfüllung aller Jugendhilfeaufgaben erzielen können.

B. Rechtsbehelfe

I. Formloser Rechtsbehelf

Gegen ein rechtswidriges Handeln des Jugendamtes (sei es durch einen fehlerhaften Bescheid der Verwaltung oder sei es durch einen rechtswidrigen Beschluss des Jugendhilfeausschusses) kann die Rechtsaufsicht (Bezirksaufsicht bei der Senatsverwaltung für Inneres und Sport) angerufen werden.

Die Rechtsaufsichtbeschwerde verlangt nicht, dass der Beschwerdeführer in eigenen Rechten verletzt sein muss; vielmehr genügt ein rechtliches Interesse an der Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns. Beschwerdeführer kann daher der freie Träger sein, ein Mitglied des Jugendhilfeausschusses oder ein Stadtrat.

II. Förmliche Rechtsbehelfe

1. Verpflichtungswiderspruch

Gegen einen ablehnenden Bescheid des Jugendamtes kann der Adressat Widerspruch einlegen, wenn er widerspruchsbefugt ist (§ 42 Abs. 2 VwGO analog). Dazu muss er geltend machen, in eigenen Rechten betroffen zu sein. Bei fehlender oder unzureichender Förderung eines freien Trägers kann dieser geltend machen, in seinem Recht aus § 74 Abs. 1 SGB VIII auf Förderung dem Grunde nach oder aus § 74 Abs. 3 SGB VIII auf Ausübung fehlerfreien Ermessens betroffen zu sein. Eine Verletzung des § 79 SGB VIII kann dagegen nicht geltend gemacht werden, muss aber im Zusammenhang (inzidenter) mit der Rechtsverletzung nach § 74 SGB VIII geprüft werden.

Der Verpflichtungswiderspruch ist innerhalb eines Monats nach Zugang des Bescheids beim Jugendamt einzulegen. Das Jugendamt entscheidet über den Widerspruch durch Abhilfe- oder Widerspruchsbescheid (§ 72 bzw. § 73 VwGO).

2. Verpflichtungsklage

Vor Erhebung der Verpflichtungsklage ist das Widerspruchsverfahren durchzuführen, danach entscheidet das Verwaltungsgericht, wenn eine Klagebefugnis (entsprechend der Widerspruchsbefugnis) gegeben ist.

Ein Mitglied des Jugendhilfeausschusses kann nicht gegen die Rechtswidrigkeit eines Förderbescheides Klage erheben, weil es durch diesen Bescheid nicht in eigenen Rechten verletzt sein kann. Nur wenn es in seinen Rechten als Mitglied des Jugendhilfeausschusses verletzt zu sein behauptet, kann es mit der Feststellungsklage nach § 43 VwGO einen Kommunalverfassungsverstreit führen. Dies gilt auch, wenn der Jugendhilfeausschuss insgesamt durch die Vertretungskörperschaft in seinen Rechten (Anhörungs- oder Beschlussrecht) beschnitten wird.

Mit der Feststellungsklage kann dagegen nicht eine bloße Rechtsfrage geklärt werden, z.B. ob der Träger der öffentlichen Jugendhilfe seine Gewährleistungspflicht nach § 79 Abs. 2 SGB VIII erfüllt hat. Ein Rechtsverhältnis i.S.d. § 43 VwGO liegt nur bei einer konkreten rechtlichen Beziehung zwischen einer Person und dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe vor, die sich aus einer Norm aufgrund eines Sachverhalts ergibt.

Auch die Rechtswidrigkeit einer Haushaltssatzung kann nicht mit der Feststellungsklage festgestellt werden, sondern lediglich inzidenter im Zusammenhang mit einer Verpflichtungsklage überprüft werden. Eine abstrakte Normenkontrolle der Satzung nach § 47 VwGO ist in Berlin nicht möglich.

C. Zusammenfassung

Im Regelfall besteht eine objektiv-rechtliche Pflicht zur Förderung der Jugendarbeit dem Grunde nach, wenn die Voraussetzungen des § 74 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 – 5 SGB VIII vorliegen. Dann besteht zugleich ein subjektiv-öffentliches Recht auf Förderung dem Grunde nach. Ferner besteht ein Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung über Art und Höhe der Förderung. Diese Ermessensentscheidung ist nur dann fehlerfrei, wenn sie unter Beachtung des § 79 SGB VIII erfolgt. § 79 SGB VIII ist verletzt, wenn Haushaltsmittel nicht bedarfsgerecht zur Verfügung gestellt werden. Die Haushaltssatzung ist dann rechtswidrig.