

3.3.4 Freie Träger und europäisches Gemeinschaftsrecht

Auswirkungen auf das Verhältnis zwischen öffentlichen und freien Trägern, auf die Diskussion um die Rechtstellung der privat-gemeinnützigen Träger haben auch die gemeinschaftsrechtlichen Entwicklungen des Europarechts. Von Bedeutung sind sie dort, wo es um die Leistungserbringung gegen Entgelt geht (Kapitel 13). Für die Trägerlandschaft in der Kinder- und Jugendhilfe sind die Entwicklungen des europäischen Gemeinschaftsrechts von Bedeutung. Kernelement der europäischen Gemeinschaft sind die Wirtschaftsfreiheiten im einheitlichen Binnenmarkt, deren Verwirklichung durch das europäische Wettbewerbsrecht sichergestellt werden soll. Während Sozialpolitik und Wettbewerbsrecht bis noch vor wenigen Jahren als strikt getrennte Bereiche wahrgenommen wurden, haben sich deren Grenzen inzwischen durch die verstärkte Einführung wettbewerblicher Strukturen im Sozialrecht (§§ 78a ff. SGB VIII – vgl. Kapitel 13.3.3) zum einen und zum anderen durch die Vertiefung des Binnenmarktes verwischt. Sofern Träger der Jugendhilfe gegen Entgelt tätig werden, sind sie – unabhängig vom Gegenstand ihrer Tätigkeit und der Absicht, daraus Gewinne zu erzielen – als Unternehmen im Sinne des Wettbewerbsrechts anzusehen und müssen sich an dessen Vorgaben messen lassen. Von besonderer Relevanz ist dabei das Verbot staatlicher Beihilfen zugunsten bestimmter Unternehmen (Art. 87 EG-Vertrag), weil jede einseitige wirtschaftliche Begünstigung mittels Zuwendungen, Steuererleichterungen oder ähnlichem einen Eingriff in die Chancengleichheit der Wettbewerber bedeutet. Im Rahmen der entgeltfinanzierten Tätigkeiten (Kapitel 13.3.3) agieren die Träger der Kinder- und Jugendhilfe jedenfalls als Unternehmen im obigen Sinne. Die §§ 78a ff. SGB VIII behandeln dabei für sich genommen alle Träger gleich. Gleichwohl haben die privat-gemeinnützigen Träger gegenüber den privat-gewerblichen Trägern dadurch einen Wettbewerbsvorteil, dass sie aufgrund ihrer Gemeinnützigkeit von diversen Steuern, wie z.B. der Körperschafts- bzw. der Gewerbesteuer und der Mehrwertsteuer befreit sind, was wiederum Auswirkungen auf ihre Preisgestaltung haben kann. Deutlich ist die Bevorzugung frei-gemeinnütziger Träger im Rahmen der Zuwendungsfinanzierung (Kapitel 13.3.1), denn gemäß § 74 Abs. 1 Nr. 3 SGB VIII können nur frei-gemeinnützige Träger der Kinder- und Jugendhilfe Fördermittel erhalten. Ob allerdings die zuwendungsfinanzierten Tätigkeiten auch unternehmerisches Handeln darstellen, ist eine noch sehr umstrittene Frage des Einzelfalls (vgl. zum Ganzen: Münder/von Boetticher (2003), S. 10ff. und 62ff.). Die Brisanz der dargestellten Problematik rückt erst langsam in den Blickpunkt. Dies liegt an der erst langsam zunehmenden zahlenmäßigen Bedeutung gewerblicher Träger einerseits und dem Umstand andererseits, dass europäisches Gemeinschaftsrecht nur auf grenzüberschreitende Sachverhalte abzielt und sich im sozialen Dienstleistungsbereich grenzüberschreitende Angebote nur zögerlich und vor allem in den Grenzregionen entwickeln. Insoweit wird jedoch die EU-Osterweiterung im Mai 2004 eine zusätzliche Dynamik entwickeln.

4.3.1 Antrag, Selbstbeschaffung?

Nach § 40 Abs. 1 SGB III entstehen die Ansprüche – bei zwingenden Rechtsansprüchen und bei Regelrechtsansprüchen (vgl. 4.1.3) – auf Sozialleistungen, sobald die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen. In vielen Sozialleistungsgesetzen wird außerdem für die Leistungserbringung ein Antrag gefordert. Das Sozialhilferecht verlangt, dass dem Sozialhilfeträger bekannt wurde, dass die Leistungsvoraussetzungen vorliegen – § 18 SGB XII (bis 31.12.2004: § 5 BSHG).

Insbesondere bei den Hilfen zur Erziehung, der Eingliederungshilfe und der Volljährigenhilfe ist die Frage umstritten, ob zur Leistung der Hilfe ein **Antrag** der Leistungsberechtigten vorliegen muss. Das SGB VIII enthält keine Regelung zur Frage des Antragserfordernisses. Es finden daher die allgemeinen Regelungen des SGB I und des SGB X Anwendung. Es besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass jedenfalls **kein förmlicher Antrag** der Leistungsberechtigten erforderlich ist (vgl. Münder u.a., FK-SGB VIII, Vor Kap 2 Rz 11; Anhang Verfahren Rz. 20ff.; Schellhorn, § 27 Rz 16; Wiesner, § 27 Rz 26). Es reicht aus, wenn die Leistungsberechtigten zu erkennen geben, dass sie mit der Inanspruchnahme der Hilfe **einverstanden** sind. Eng mit der Frage der Antragserfordernis verbunden ist die Frage der Zulässigkeit der **Selbstbeschaffung** durch die Leistungsberechtigten (ausführlich Hinrichs 2003). Selbstbeschaffung liegt vor, wenn (mögliche) Leistungsberechtigte ohne vorherige Information des öffentlichen Jugendhilfeträgers selbst bei Dritten Leistungen in Anspruch nehmen – und dann die Übernahme der Kosten für diese Leistung beim Träger der öffentlichen Jugendhilfe beantragen. Es ist also zu unterscheiden zwischen dem **Anspruch auf die Leistung selbst** (so genannter Primäranspruch) und dem **Anspruch auf Kostenübernahme** einer solchen selbstbeschafften Leistung (so genannter Sekundäranspruch) – praktisch relevant wird bei der Selbstbeschaffung nur letzterer. Nachdem es lange Auseinandersetzungen um die Frage der Selbstbeschaffung und des anschließenden Anspruchs auf Kostenübernahme gab (ausführlich Hinrichs 2003, 27ff.; Nachweise auch bei Münder u.a., FK-SGB VIII, Vor Kap 2 Rz 11), hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass die Eigenart des Jugendhilferechts ausschließt, dass Jugendhilfe antragsunabhängig einsetzen kann. Vielmehr muss der Jugendhilfeträger für die Kosten einer selbstbeschafften Jugendhilfeleistung nur dann aufkommen, wenn der **Hilfebedarf rechtzeitig beantragt bzw. an den Jugendhilfeträger herangetragen** wurde (BverwG U. 28.9.2000 5 C 29.99 – BverwGE 112, 98ff. = ZfJ2001, 310ff.).

In dieser Pauschalität ist die Entscheidung zu undifferenziert (ausführlich Hinrichs 2003, 182ff.; auch OVG NW U. 14.3.2003 – 12 A 122/02 – ZfJ2003, 487ff.; OVG NI U. 19.3.2003 – 4 LB 111/02). Bei individuellen Leistungen, die von der Klärung personenbezogener Voraussetzungen abhängen, ist es für eine personenbezogene Dienstleistung notwendig, dass ein kooperativer Kommunikationsprozess zwischen Betroffenen und dem Träger der Jugendhilfe stattfindet (vgl. dazu gleich unter 4.3.2). In diesen Fällen ist die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts richtig, erforderlich ist allerdings auch hier nicht, dass ein formeller Antrag gestellt wird, ausreichend ist, dass der Träger der Jugendhilfe von dem Sachverhalt Kenntnis erlangt hat, er an ihn »herangetragen« wurde. Bei standardisierten Leistungen allerdings (z.B. § 24 SGB VIII Kindergarten) oder in Fällen, in denen der Jugendhilfeträger bereits durch eine Grundentscheidung den Zugang zu den Leistungen niederschwellig ausgestaltet hat (z.B. Beratung), bedarf es jedoch keiner solchen Kenntniserlangung. Hier können die Bürger die Leistungen unmittelbar selbst in Anspruch nehmen, sie sich also selbst beschaffen. Die Frage der Kostenerstattung stellt sich hier allerdings auch nur sehr eingeschränkt (z.B. bei Beratungsstellen regelmäßig überhaupt nicht – vgl. 7.2). Voraussetzung ist allerdings auch hier, dass die Voraussetzungen für eine Leistungsberechtigung überhaupt gegeben sind. Relevant wird die Frage der Kostenerstattung somit bei den individuellen Hilfen, die grundsätzlich eine vorherige Kenntniserlangung durch den Jugendhilfeträger voraussetzen (speziell zu §§ 27ff., § 35a SGB VIII vgl. Kapitel 9.6.2). Ein **Anspruch auf Kostenerstattung** für eine selbstbeschaffte Leistung besteht in diesen Fällen dann, wenn der (**primäre**) **Anspruch** vom Jugendhilfeträger **nicht ordnungsgemäß bearbeitet** wurde (ausführlich Grube, ZfJ 2001, 288ff.; Stähr, ZfJ 2002, 449ff.; Ständige Fachkonferenz, JAmt 2002, 498ff.). Das ist der Fall, wenn ein **Systemversagen des Jugendhilfeträgers** vorliegt, so wenn er die Leistungserbringung zu Unrecht abgelehnt hat oder eine unaufschiebbare (dazu OVG NW U. 14.3.2003 – 12 A 1193/01 – ZfJ 2003, 490ff.) Leistung (was im SGB VIII nicht selten der Fall sein wird) nicht rechtzeitig erbracht hat. Außerdem besteht ein solcher Anspruch, wenn der Jugendhilfeträger es dem Leistungsberechtigten überlassen hat, sich die Hilfe selbst zu beschaffen (OVG NW U. 14.3.2003 – 12 H 122/02–ZfJ 2003, 487ff.).

8.1.3 Standort der Tageseinrichtung zwischen Bildung und Erziehung

Mit den Stichworten der Bildung und Erziehung sind auch unterschiedliche Systeme und damit potenzielle Standorte der Kindertageseinrichtungen angesprochen. Ob die Förderung in Tageseinrichtungen zur **Kinder- und Jugendhilfe** oder zum **schulischen Bildungsbereich** zugeordnet werden sollte, war in der 80er Jahren umstritten. Nach einem bundesweit durchgeführten Modellprojekt entschied man sich für die **Zuordnung zur Jugendhilfe** vornehmlich wegen der bedarfsorientierten Flexibilität, dem kindgerechten Situationsansatz, der Lebensweltorientierung und der umfassenden Beteiligungsmöglichkeit für Eltern. Mit dieser prinzipiellen Zuordnung zur Kinder- und Jugendhilfe hat der Gesetzgeber einer Zuordnung zum schulischen Bildungsbereich eine Absage erteilt. Dies war und ist nicht unumstritten (vgl. Wiesner, ZfJ 2003, 293ff.).

Schon bei der Verabschiedung des SGBVIII kam es bei der Frage der Zuordnung der Tageseinrichtung zum schulischen Bildungsbereich hinsichtlich der Situation im Freistaat Bayern zu einem in § 26 SGBVIII gefundenen Kompromiss (vgl. 8.3.; imDetail Wiesner, ZfJ2003, 295f.). Spätestens seit der PISA-Studie ist die Auseinandersetzung um den Standort der Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen wieder aufgeflammt. So gibt es inzwischen eine breite Diskussion – vornehmlich rechtspolitischer und verfassungsrechtlicher Art –, ob bei einem sich wandelnden Verständnis über die Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und einer Betonung des Bildungsaspekts die Zuordnung zur Kinder- und Jugendhilfe haltbar ist (ausführlich Schoch, ZfJ2003, 301ff.). Diese Erörterung bezieht sich vornehmlich auf den Kindergarten, bzw. das letzte Kindergartenjahr vor Schulbeginn – und hier wird zunehmend für eine eigenständige Regelung für den Kindergarten plädiert (vgl. Hebenstreit-Müller / Müller, np 2001, 533ff.; Textor, ZfJ2003, 310ff.).

9.2.3 Verhältnis zu § 1666 BGB

Indem sich § 27 SGB VIII ebenso wie § 1666 BGB auf das Wohl des Minderjährigen bezieht, gibt es **Überschneidungsbereiche** zwischen beiden Normen: Während nicht in jedem Fall, der unter § 27 SGB VIII fällt, auch eine Kindeswohlgefährdung nach § 1666 BGB vorliegt, sind doch in jedem Fall der Kindeswohlgefährdung nach § 1666 BGB auch die Voraussetzungen der Hilfe zur Erziehung nach § 27 SGB VIII gegeben. Sind die Eltern in dieser Situation bereit, Hilfen zur Erziehung anzunehmen, so sind sie damit auch bereit, die bestehende Kindeswohlgefährdung im Sinne des § 1666 BGB abzuwenden. Es kommt daher nicht zu Maßnahmen des Familiengerichts zum Schutz des Kindeswohls und damit nicht zu Eingriffen in die Elternrechte.

Vor diesem Hintergrund erweist sich der rechtliche Anspruch auf Hilfen zur Erziehung in der Praxis oft nicht als ein klassischer Sozialleistungsanspruch, der von den Betroffenen freiwillig in Anspruch genommen wird, gewünscht wird oder gar eingefordert wird. Als Sozialleistungsanspruch der Personensorgeberechtigten können Hilfen zur Erziehung von diesen rechtlich nur freiwillig in Anspruch genommen werden. Die **Freiwilligkeit** ist aber vielfach nur eine **rechtlich-formale**, hinter der der **soziale Druck** des Jugendamts steht, andernfalls wegen der Gefährdung des Kindeswohls das Familiengericht einzuschalten. Denn lehnen die Eltern trotz bestehender Kindeswohlgefährdung Hilfe zur Erziehung ab, so ist das Jugendamt verpflichtet (§ 50 Abs. 3 SGB VIII – vgl. Kapitel 11.3), das Familiengericht zu informieren. Dieses hat dann die geeigneten Maßnahmen zur Abwehr der Gefährdung zu treffen (ausführlich hierzu Münder, Familienrecht 1999, Kapitel 12.3).

Trifft das Familiengericht entsprechende Maßnahmen, so handelt es sich dabei regelmäßig um den vollständigen oder teilweisen Entzug des Personensorgerechts. Unter dem Aspekt, dass bei Kindeswohlgefährdungen oft die Fremdunterbringung des Minderjährigen vorgenommen wird, neigte die Rechtsprechung der Familiengerichte lange Zeit dazu, als »mildere Maßnahme« das Aufenthaltsbestimmungsrecht (also nur einen Teil des Personensorgerechts) zu entziehen und auf einen Pfleger – zumeist auf das Jugendamt – zu übertragen (mit allen damit verbundenen Problemen – vgl. dazu Kapitel 10.3). Da in § 27 SGB VIII jedoch der Begriff »Personensorgeberechtigter« verwendet wird und das Aufenthaltsbestimmungsrecht nur einen von vielen Teilaspekten der Personensorge ausmacht, ist (inzwischen) klar, dass der »Aufenthaltsbestimmungspfleger« mit dem Begriff des Personensorgeberechtigten im Sinne des § 27 Abs. 1 SGB VIII nicht identisch ist. Deswegen ist es erforderlich, das **gesamte Personensorgerecht** zu entziehen oder zumindest ausdrücklich die **Berechtigung**, über die **Inanspruchnahme von Hilfe zur Erziehung** zu entscheiden und am Hilfeplanungsprozess mitzuwirken, auf einen Pfleger zu übertragen (VG Arnsberg, FamRZ 1997, 1373ff.; BVerwG, ZfJ 2002, 30ff.; DVNDV 1995, 168f.; Kunkel, ZfJ 1995, 7f.; Röchling, JH 1999, 335ff.; a.A.: OLG Düsseldorf, FamRZ 1997, 105).