

STELLUNGNAHME ZU § 36B ABS. 1, 2, 3 SGB VIII-E:

EINFÜHRUNG EINES AUSWAHLERMESSENS

Arbeitsfassung/Diskussionsgrundlage zur Vorbereitung eines Gesetzes zur Stärkung von Kindern und Jugendlichen, 23.8.2016

Janna Beckmann, DIJuF, Heidelberg

1. Inhalt, Bedeutung und systematische Einordnung

Der Entwurf sieht in Absatz 1 des neuen § 36b SGB VIII-E vor, dass der Träger der öffentlichen Jugendhilfe über die Auswahl der im Einzelfall geeigneten und notwendigen Hilfe nach pflichtgemäßem Ermessen auf der Grundlage des Hilfeplans nach § 36d einschließlich Art, Dauer, Umfang, Beginn und Durchführung entscheidet. Dabei sollen sich Eignung und Notwendigkeit der Hilfe nach dem Bedarf des Kindes, des Jugendlichen oder jungen Volljährigen im Einzelfall unter Berücksichtigung seines engeren sozialen Umfelds bestimmen. Nach Absatz 2 sind sodann infrastrukturelle Angebote oder Regelangebote als geeignete und erforderliche Hilfe zu gewähren, sofern sie im Hinblick auf den Bedarf des Kindes oder Jugendlichen im Einzelfall geeigneter oder gleichermaßen geeignet sind. Nach Absatz 3 sind insbesondere ambulante Leistungen der sozialpädagogischen Familienhilfe/sozialpädagogischen Begleitung oder der Schulbegleitung als Gruppenangebote mehreren Leistungsberechtigten gemeinsam zu gewähren, sofern diese gleichermaßen geeignet sind. Absatz 5 deklariert, das Wunsch- und Wahlrecht nach § 5 SGB VIII bleibe unberührt.

Nach der Entwurfsfassung soll der Träger der öffentlichen Jugendhilfe also ein gesetzlich verankertes **Ermessen bei der Auswahl der Hilfeart** haben, die im konkreten Einzelfall gewährt wird. Mit dem Begriff des Ermessens wird ein bestimmtes Maß an **Entscheidungsfreiheit** des jeweiligen Entscheidungsträgers beschrieben. Ermessen besteht auf der Rechtsfolgenseite, kommt also zur Anwendung, wenn der Tatbestand einer Verwaltungsrechtsnorm erfüllt ist und es darum geht, welche Rechtsfolge sich daraus ergibt. Dabei liegt ein Auswahlermessen vor, wenn eine Entscheidungsfreiheit im Hinblick auf mehrere mögliche Rechtsfolgen vorliegt, von denen eine auszuwählen ist.¹ Überprüft werden kann die Entscheidung dann nur auf **Ermessensfehler**. Ein solches Auswahlermessen würde somit dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe die Rechtsmacht einräumen, unter mehreren als geeignet und notwendig eingestuften Leistungen zu bestimmen, welche gewährt wird, ohne dass die Entscheidung gerichtlich (voll) überprüfbar wäre. Dabei soll sich das Ermessen nach dem neu eingeführten § 36b Abs. 1 SGB VIII-E neben der Hilfeart auch auf Art, Dauer, Umfang, Beginn und Durchführung beziehen, also auf Fragen, die die Gestaltung der Hilfe betreffen.

Bei der Einführung des Auswahlermessens stützt sich der Entwurf darauf, dass bereits nach der bisherigen gesetzlichen Regelung ein Ermessen bei der Auswahl der dem Bedarf im individuellen Einzelfall entsprechenden Hilfe vertreten werde. Diesbezüglich sei angemerkt, dass es zwar vereinzelt Stimmen gibt, die das Bestehen eines Auswahlermessens vertreten.² Der derzeitige Meinungsstand geht allerdings in der Rechtsprechung einheitlich und in der Literatur ganz überwiegend davon aus, dass der Träger der öffentlichen Jugendhilfe kein Ermessen bei der Auswahl zwischen mehreren geeigneten Leistungen hat, sondern **allenfalls einen Beurteilungsspielraum** hinsichtlich der aufgrund des erzieherischen Bedarfs im Einzelfall gegebenen Geeignetheit der Leistung.³ Im Unterschied zum Ermessen hat der

1 Kopp/Ramsauer VwVfG, 16. Aufl. 2015, § 40 Rn. 18 f.

2 Wiesner/Schmid-Obkirchner, 5. Aufl. 2015, SGB VIII § 27 Rn. 52 ff, 55, 63 f; Jans ua/Happe/Saurbier Kinder- und Jugendhilferecht, Stand: 12/2006, SGB VIII § 27 Rn. 46a; Mrozynsky SGB VIII, 5. Aufl. 2009, SGB VIII § 27 Rn. 9; Maas NDV 1993, 465, 469.

3 BVerwG 24.6.1999, BVerwGE 109, 155; BVerwG ZfJ 2001, 23; OVG Koblenz JAmt 2007, 365; OVG Schleswig JAmt 2007, 100; OVG Münster JAmt 2014, 90; BayVGH 28.6.2005 – 12 CE 05.1287; LPK-

Entscheidungsträger im Fall eines Beurteilungsspielraums einen gerichtlich eingeschränkt überprüfbaren Entscheidungsfreiraum, was das Vorliegen der Voraussetzungen auf der Tatbestandsseite anbelangt, also das Vorliegen der Voraussetzungen für den Anspruch auf die Leistung und damit dessen, was erforderlich ist, damit überhaupt die Rechtsfolge eintreten kann. Auch das Bestehen eines solchen Beurteilungsspielraums wird von etlichen Stimmen in der Literatur und auch von zwei Obergerichtsurteilen verneint.⁴ Letztlich entscheidet natürlich das Jugendamt über die Hilfestellung im Einzelfall im Rahmen seiner Steuerungsverantwortung und im Wege der Durchführung des Hilfeplanverfahrens. Von Ermessen im Sinne einer gerichtlich eingeschränkten Überprüfbarkeit ist dabei derzeit aber gerade nicht auszugehen.

Unklar ist, was bedeuten soll, dass das pflichtgemäße Ermessen nach dem Wortlaut der geplanten Regelung „**auf der Grundlage des Hilfeplans**“ ausgeübt werden soll. Der Hilfeplan beinhaltet gem. § 36d Abs. 2 SGB VIII-E bereits die Auswahl der geeigneten und notwendigen Hilfearten hinsichtlich Ziel, Art und Umfang (Nr. 3), einschließlich sogar des Beginns und der voraussichtlichen Dauer (Nr. 5) und der Berücksichtigung des Wunsch- und Wahlrechts (Nr. 9). Daher käme schon vom Wortlaut her auf Grundlage dieses Hilfeplans eigentlich gar kein Auswahlermessen mehr in Betracht. Gemeint ist hier daher wahrscheinlich eher, dass der Träger der öffentlichen Jugendhilfe über die Auswahl der im Einzelfall geeigneten und notwendigen Hilfe nach pflichtgemäßem Ermessen nicht „auf der Grundlage des Hilfeplans“, sondern „im Rahmen der Hilfeplanung“ Vorgaben machen kann.

Der Entwurf verkauft die Einführung eines Auswahlermessens auch als ein Mehr an Achtung der Subjektstellung (S. 27 f der Begründung). Diese Aussage entbehrt der Grundlage. Einer Behörde Ermessen einzuräumen, beschneidet die Rechte der Bürger/innen, gegen Verwaltungsentscheidungen Rechtsschutz zu suchen, Eine Stärkung der Rechte der Bürger/innen und damit ihrer Subjektstellung ist gerade nicht bewirkt.

2. Konsequenzen für die Praxis

Für die Praxis ergeben sich aus der Neuregelung je nach Umgang mit Ermessensspielräumen weitreichende Konsequenzen:

a) Weitreichende Deutungshoheit

Folge des Auswahlermessens ist, wie bereits beschrieben, eine eingeschränkte Überprüfbarkeit der Entscheidung durch das Verwaltungsgericht, das nur prüfen kann, ob es bei der Entscheidung zu Ermessensfehlern gekommen ist. Es wird daher eine **weitreichende Deutungshoheit** des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe ermöglicht. Wären im Einzelfall zB nach der Einschätzung des Jugendamts sowohl eine Heimerziehung als auch eine Vollzeitpflege geeignete und notwendige Hilfeformen, so würde die Entscheidung darüber, welche dieser beiden Hilfeformen letztlich gewährt und erbracht wird, im Ermessen des Jugendamts liegen.

SGB VIII/*Kunkel/Kepert*, 5. Aufl. 2014, SGB VIII § 27 Rn. 13, 24; Hauck ua/*Stähr*, SGB VIII, Stand: 10/06, SGB VIII § 27 Rn. 29; Schellhorn ua/*Fischer*, SGB VIII, 4. Aufl. 2012, SGB VIII § 27 Rn. 52; wohl auch Jung/*Siefert* SGB VIII, 2. Aufl. 2008, SGB VIII § 27 Rn. 14; juris Praxiskommentar SGB VIII/*Nellissen*, 2014, SGB VIII § 27 Rn. 61.

4 VGH Mannheim 8.11.2001 – 2 S 1198/99; OVG Lüneburg JAmt 2002, 195; FK-SGB VIII/*Tammen/Trenczek*, 7. Aufl. 2013, SGB VIII § 27 Rn. 17, 56 ff ; Wabnitz ua/*Häbel* GK-SGB VIII, Stand: 05/2006, SGB VIII § 27 Rn. 102, 103; *Ollmann* ZfJ 1995, 45 [49 f]; *Hinrichs* JAmt 2006, 377 [381]; *Kunkel* FamRZ 1997, 198.

b) Ermessenslenkung

Zusätzlich ergeben sich Einschränkungen des Entscheidungsspielraums der einzelnen Fachkraft im Jugendamt durch die ermessenslenkenden Regelungen in den Absätzen 2 und 3. Nach der Begründung der Entwurfsfassung soll mit Absatz 2 der Vorrang von infrastrukturellen Angeboten oder Regelangeboten im Falle mindestens gleicher Eignung eingeführt werden. Die gesetzliche Verankerung eines Vorranges von Infrastruktur- und Regelangeboten nach §§ 16 bis 18, §§ 22 bis 25 oder § 13 soll eine Flexibilisierung der Leistungsgestaltung schaffen und die **Berücksichtigung niedrigschwelliger Angebote sichern**. Das Ermessen soll dergestalt gelenkt werden, dass bestimmte Leistungen in bestimmten Formen auch erbracht und finanziert werden (S. 30 der Begründung). Absatz 3 soll der Begründung zufolge klarstellen, dass der Anspruch auf Individualleistung – wie z. B. die Schulbegleitung – im Fall der Eignung auch abschließend durch Gruppenangebote erfüllbar ist (S. 31 der Begründung). Bei der Einführung eines Auswahlermessens des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe geht es daher offensichtlich vor allem um den Vorrang (kostengünstiger, erwünschter) infrastruktureller und Regelangebote vor einzelfallorientierten Hilfen. Ermessen bezüglich dieses Vorrangs ist den Trägern der öffentlichen Jugendhilfe nicht eingeräumt („werden“).

c) Auswirkungen auf das Wunsch- und Wahlrecht

Die Einführung eines Auswahlermessens wirft insbesondere Fragen im Hinblick auf die Konsequenzen für das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten auf.

Als **Grundprinzip der Kinder- und Jugendhilfe**, das sowohl für die Rechtsstellung des Leistungsberechtigten als auch in sozialpädagogischer Hinsicht von zentraler Bedeutung ist, gewährt das in § 5 SGB VIII allgemein festgeschriebene Wunsch- und Wahlrecht den Leistungsberechtigten das Recht, zwischen Einrichtungen und Diensten verschiedener Träger zu wählen und Wünsche hinsichtlich der Gestaltung der Hilfe zu äußern.⁵ Die Gestaltung der Hilfe kann sich dabei insbesondere auf Umfang und Ort oder die Unterbringung in einer bestimmten Gruppe beziehen.⁶ Für die Hilfen zur Erziehung und die Eingliederungshilfe konkretisiert sich das Wunsch- und Wahlrecht in § 36 Abs. 1 S. 4 SGB VIII, wonach die Personensorgeberechtigten und das Kind oder der Jugendliche im Fall der Hilfe außerhalb der Familie bei der Auswahl der Einrichtung oder Pflegestelle zu beteiligen sind. Als „Soll“-Vorschrift, dh mit einer Regel-Verpflichtung in § 5 Abs. 1 S. 2 SGB VIII bzw sogar als „Muss“-Vorschrift in § 36 Abs. 1 S. 4 SGB VIII formuliert, ist den Wünschen des Leistungsberechtigten zu entsprechen, wenn die/der gewählte Einrichtung bzw Dienst die für notwendig und geeignete Hilfe erbringen kann und die Inanspruchnahme nicht mit unverhältnismäßigen Mehrkosten verbunden ist.⁷ Weitere Voraussetzung ist, dass entsprechende Plätze auch tatsächlich vorhanden und verfügbar sind. Was den Mehrkostenvorbehalt angeht, ergibt sich dabei im Zusammenhang mit der vorgesehenen Anspruchserfüllung durch Infrastrukturleistungen das Problem, dass die Einzelfallkosten in der Infrastruktur nur begrenzt trennscharf kalkuliert werden können, um sie den Kosten für Einzelfalleistungen gegenüberstellen zu können.

Dabei gilt es zunächst zu beachten, dass sich das Wunsch- und Wahlrecht entgegen der Auffassung in der Entwurfsbegründung (S. 31 der Begründung) neben der Wahl einer bestimmten Einrichtung bzw eines bestimmten Dienstes und der Gestaltung der Hilfe auch auf die Hilfeart beziehen kann. Begründung für die Auffassung, dass die **Hilfeart nicht Gegenstand des Wunsch- und Wahlrechts** ist,⁸ ist immer, dass die Wahl der Hilfeart Teil der (vorangehenden) Entscheidung des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe über die im Einzel-

5 Schellhorn ua/Schellhorn SGB VIII, 4. Aufl. 2012, SGB VIII § 5 Rn. 1; FK-SGB VIII/Münder, 7. Aufl. 2013, SGB VIII § 5 Rn. 2.

6 LPK-SGB VIII/Schindler, 5. Aufl. 2014, SGB VIII § 5 Rn. 6.

7 FK-SGB VIII/Münder SGB VIII § 5 Rn. 8; Schellhorn ua/Schellhorn SGB VIII § 5 Rn. 19.

8 Wiesner/Wiesner SGB VIII § 5 Rn. 1; LPK-SGB VIII/Kunkel/Kepert SGB VIII § 27 Rn. 15; Schellhorn/Fischer SGB VIII § 36 Rn. 14.

fall geeignete und notwendige Hilfe ist.⁹ Hat die fachliche Prüfung des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe dagegen bereits ergeben, dass der erzieherische Bedarf im konkreten Einzelfall durch mehrere Hilfearten gedeckt werden kann, so steht diese – der Fachlichkeit des Jugendamts obliegende – Entscheidung über die Eignung und Notwendigkeit der Ausübung des Wunsch- und Wahlrechts nicht mehr entgegen.¹⁰ Zwischen den mehreren geeigneten Hilfen kann das Wunsch- und Wahlrecht dann (mit unverhältnismäßigen Mehrkosten als Grenze) ausgeübt werden. Das Wunsch- und Wahlrecht kann daher auch im Zusammenhang mit der Hilfeart zur Anwendung kommen, allerdings jeweils nur dann, wenn nach der fachlichen Einschätzung mehrere mögliche geeignete und notwendige Hilfearten zur Deckung des erzieherischen Bedarfs im Einzelfall bestehen.¹¹

Würde ein Auswahlermessen eingeführt, so käme zwar ein gerichtlich überprüfbarer Ermessensfehlergebrauch als Ermessensfehler in Betracht. Ein solcher läge bspw vor, wenn der Träger der öffentlichen Jugendhilfe nach ausgeübtem Ermessen nur eine bestimmte (geeignete und erforderliche) Hilfeart gewähren will, obwohl die Leistungsberechtigten eine andere Hilfeart wünschen (zB Wunsch nach Heimerziehung anstelle einer Unterbringung in einer Vollzeitpflegefamilie oder Wunsch nach einer Erziehungsbeistandschaft anstelle eines hinsichtlich der Eignung vergleichbaren Gruppenangebotes) oder Wünsche hinsichtlich der Hilfestaltung unberücksichtigt lässt (zB Gruppenangebot anstelle von individuellem Schulbegleiter bei der Schulbegleitung nach § 30e SGB VIII-E). Denn wenn ein Wunsch im Rahmen des **Wunsch- und Wahlrechts** beachtlich ist, so wird von den Literaturstimmen, die bereits jetzt einen Ermessensspielraum annehmen, davon ausgegangen, dass es dadurch zu einer **Ermessensreduzierung auf Null** käme.¹² Wie allerdings die Rechtsprechung das Auswahlermessen auslegen wird, ob sie im Fall einer Nichtbeachtung des Wunsch- und Wahlrechts einen Ermessensfehler annehmen wird und ob das Wunsch- und Wahlrecht die Ermessenslenkung in § 36b Abs. 2 und 3 SGB VIII-E überspielt, ist zumindest ungewiss. Das geplante Nebeneinander von Auswahlermessen, ermessenslenkend-verbindlichem Vorrang von infrastrukturellen und Gruppenangeboten einerseits und dem als unberührt angegebenen Wunsch- und Wahlrecht andererseits dürfte jedenfalls zu einer großen **Unsicherheit in der Rechtsanwendung** führen. Die Rechtspositionen stehen im Widerspruch. Deren Auflösung in der Rechtsprechung lässt sich nur schwer antizipieren. Eine Stärkung der Rechtsposition der Leistungsberechtigten geht damit allerdings in keinem Fall einher.

Insgesamt lässt die geplante Neuregelung eher befürchten, dass die Einführung des Auswahlermessens gerade bewirken soll, dass **Wünsche der Leistungsberechtigten hinsichtlich der Hilfeart künftig nicht mehr oder nur noch sehr eingeschränkt berücksichtigt** werden. Das in Absatz 5 der geplanten Neuregelung als unberührt bezeichnete Wunsch- und Wahlrecht liefe Gefahr, nur noch eine leere Hülle ohne wirklichen Gehalt darzustellen. Jedenfalls wenn kostengünstigere Hilfen als ebenfalls geeignet angesehen werden, ergibt sich diese Befürchtung auch insbesondere aus den zusätzlich eingeführten Regelungen zur **Ermessenslenkung** in den Absätzen 2 und 3. Damit dürfte die Entscheidung trotz Hilfeplanverfahrens immer mehr zu einer **reinen Verwaltungsbehördenentscheidung** werden und von einem **Verständigungs- bzw Aushandlungsprozess** immer weniger die Rede sein. Damit dürfte auch die bisherige Grundhaltung der Kinder- und Jugendhilfe, mit Offenheit auf die Familien und auf die Hilfeprozesse zuzugehen, infrage stehen.

9 Wiesner/Wiesner SGB VIII § 5 Rn. 1.

10 BayVGH 17.11.2015 – 12 ZB 15.1191; FK-SGB VIII/Tammen/Trenczek SGB VIII § 27 Rn. 31; ebenso: Wiesner/Wiesner SGB VIII § 5 Rn. 11.

11 Ablehnung der Eignung und Notwendigkeit der Hilfeart siehe etwa BayVGH 20.3.2014 – 12 ZB 12.1351; VG Minden 15.11.2013 – 6 K 2198/13.

12 vgl. Wiesner/Wiesner SGB VIII § 5 Rn. 11.