

Prof. Dr. jur. Jan Kepert

www.fzkj.de



**Sachverständigenstellungnahme zur 4. Sitzung der Arbeitsgruppe
„Inklusives SGB VIII“ am 27. Juni 2023**

Prof. Dr. jur. Jan Kepert,

Juni 2023

Sehr geehrte Frau Staatssekretärin Deligöz,
sehr geehrte Damen und Herren,

ich bedanke mich für die Gelegenheit im Beteiligungsprozess „„Gemeinsam zum Ziel: Wir gestalten die inklusive Kinder- und Jugendhilfe“ und zu der Sitzungsunterlage „Hilfe-, Gesamtplan- und Teilhabeplanung (Teil 2), Finanzierung, Übergang in die Eingliederungshilfe, Gerichtsbarkeit und Umstellung und Übergangsphase“ Stellung nehmen zu dürfen. Ich möchte die Gelegenheit für nachstehende grundsätzliche Erwägungen nutzen:

A. Übergang in die Eingliederungshilfe

Mit der o.g. Sitzungsunterlage wird auf Seite 7 Folgendes festgestellt:

„Liegen also die Voraussetzungen nach § 41 Absatz 1 und 2 SGB VIII i.V.m. § 35a SGB VIII vor, erhalten die jungen Volljährigen in der Regel bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres die Leistungen der Eingliederungshilfe nach dem SGB VIII. In der Regel wechselt die Zuständigkeit dann mit Vollendung des 21. Lebensjahres.“

Dieser Feststellung kann hier nicht uneingeschränkt zugestimmt werden. Gem. § 41 Abs. 1 S. 2 HS 2 SGB VIII setzt die Leistungserbringung ab Vollendung des 21. Lebensjahres das Vorliegen eines begründeten Einzelfalls voraus. Wie dieser unbestimmte Rechtsbegriff auszulegen ist, wird aktuell in Rechtsprechung und Literatur strittig diskutiert. Starke Stimmen in Rechtsprechung und Literatur befürworten mit guten Argumenten einen weiten Anwendungsbereich für das Vorliegen eines begründeten Einzelfalls. **Nach hiesiger Auffassung würde eine zu restriktive Auslegung der Voraussetzung „begründeter Einzelfall“ Sinn und Zweck der Hilfe für junge Volljährige konterkarieren.** Die Vorschrift ist bewusst als Hilfe für junge Volljährige, also für Personen bis zur Vollendung des 27. Lebensjahres vom Gesetzgeber konzipiert worden. Mit der Vorschrift sollte der Praxis größere Flexibilität im Hinblick auf den jeweiligen Einzelfall auch nach Vollendung des 21. Lebensjahres eingeräumt werden. (s. hierzu Kunkel/Kepert/Dexheimer in LPK-SGB VIII § 41 Rn. 13). Ein schematisches Regelende nach Vollendung des 21. Lebensjahres besteht daher de lege lata nicht. Die mit der Sitzungsunterlage unter Punkt C benannten vier Optionen würden alle zu einer **Leistungsverkürzung im Vergleich zur geltenden Rechtslage** führen. Nach hiesiger Auffassung sprechen aber gute Gründe für die Beibehaltung der bisherigen

Rechtslage. Im Einzelfall ist zu prüfen, ob Eingliederungshilfe auch nach Vollendung des 21. Lebensjahres durch das Jugendamt zu erbringen ist.

Sofern eine der dargestellten Optionen 1 bis 3a Gesetzeskraft erlangen würde, wäre nach neuer Rechtslage auch ein differierender Leistungszugang ab Vollendung des 21. Lebensjahres für die Hilfe für junge Volljährige in Abhängigkeit davon, ob Hilfe zur Erziehung oder Eingliederungshilfe „im Gewand der Hilfe für junge Volljährige“ bewilligt wird die Folge: Hilfe zur Erziehung könnte auch nach Vollendung des 21. Lebensjahres erbracht werden. Eingliederungshilfe hingegen nicht. Dies würde der mehrheitlich intendierten inklusiven Betrachtung des Leistungsrechts zuwiderlaufen.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist Folgendes zu beachten: Ein Antrag auf Weiterbewilligung einer bereits vor Vollendung des 21. Lebensjahres geleisteten Hilfe für junge Volljährige gem. § 41 SGB VIII i.V.m. § 35a SGB VIII stellt einen „Fortsetzungsantrag“ dar, der nicht als Antrag i.S.v. § 14 Abs. 1 SGB IX gewertet werden kann. Für eine Entscheidung über die Verlängerung der Leistung ist noch nicht einmal eine Antragstellung erforderlich, weil hierüber von Amts wegen befunden werden muss, wenn das Teilhabeziel noch nicht erreicht ist. Es handelt sich um einen einheitlichen Leistungsfall, der unter Beachtung des Grundsatzes der Leistungserbringung „aus einer Hand“ vom ursprünglich leistenden Träger abzuschließen ist. Anders als bei dem Übergang zur Hilfe für junge Volljährige mit Vollendung des 18. Lebensjahres stellt sich die Vollendung des 21. Lebensjahres im Rahmen der Hilfestellung nicht als eine ein neues Leistungsverhältnis begründende Zäsur dar (s. hierzu VG München, Beschluss vom 06.07.2022, M 18 E 22.2359 mit Anmerkung Kepert, ZKJ 2022, 373 f.).

B. Finanzierung – Ausgestaltung des Leistungserbringerrechts

Das Leistungserbringerrecht nach § 77 SGB VIII und §§ 78a ff. SGB VIII ist „aus der Zeit gefallen“ und bedarf daher einer umfassenden Neuregelung. Es wird daher zu Option 3 der Sitzungsunterlage geraten.

I. Schiedsstellenfähigkeit der Verträge für eine ambulante Leistungserbringung und andere Aufgaben

Leistungs-, Qualitätsentwicklungs- und Entgeltvereinbarungen nach 77 Abs. 1 S. 1 SGB VIII sowie nach § 78b Abs. 1 Nr. 1 bis 3 SGB VIII sind koordinationsrechtliche öffentlich-rechtliche Verträge. Die Vertragspartner begegnen sich bei diesen Verträgen nach der rechtlichen Konstruktion auf gleicher Augenhöhe und stehen sich gleichberechtigt gegenüber.¹ In der Praxis begegnen sich der jeweilige Träger der freien Jugendhilfe und der örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe bei Verhandlung der Verträge nach § 77 SGB VIII allerdings regelmäßig nicht auf einer solchen gleichen Augenhöhe. Dem Träger der freien Jugendhilfe kommt zwar zunächst die Hoheit zu, mittels einer Leistungsbeschreibung die Inhalte der (ambulanten) Leistungserbringung zu skizzieren und ein Entgelt zu fordern. Es stehen ihm aber keine effektiven Möglichkeiten zur Durchsetzung dieser Vorstellungen zu, da eine Anrufung der Schiedsstelle nach den bundesgesetzlichen Regelungen in §§ 78a ff. SGB VIII nicht möglich ist. Sofern zwischen den Vertragspartnern eine zeitnahe Verständigung auf sachgerechte Vertragsinhalte scheitert, kommt nur die Erhebung einer Klage vor der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Betracht. Aufgrund der extrem langen Verfahrensdauern bei verwaltungsgerichtlichen Klageverfahren von aktuell vielen Jahren ist dies aber kein gangbarer Weg. Aufgrund der sehr hohen Hürden, welche mit der Darlegung eines Anordnungsgrundes und einer Ausnahme vom Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache für einen vorläufigen Rechtsschutzantrag nach § 123 VwGO verbunden sind², kommt auch die erfolgreiche Führung eines vorläufigen Rechtsschutzverfahrens regelmäßig nicht in Betracht. Der Leistungserbringer hat damit eine schwache Verhandlungsposition, welche ihm regelmäßig die Durchsetzung trägereigener Vorstellungen hinsichtlich der Leistungserbringung und der Leistungsgerechtigkeit der Fachleistungsstunde oder

¹ S. hierzu Wabnitz in GK-SGB VIII § 78b Rn. 19 sowie Schön in Wiesner SGB VII § 78b Rn. 7.

² S. hierzu BayVGh, B. v. 03.06.2022 12 CE 22.460.

des Entgelts unmöglich macht. Zudem kann ein einseitiges Aussitzen der Verhandlungen und eine Verhinderung eines zeitnahen Vertragsabschlusses ohne Schiedsstellenverfahren kaum verhindert werden.

Die gesetzlich geforderte Gleichordnung und gleiche Augenhöhe der Verhandlungspartner ist daher faktisch nicht gegeben. Eine solche gleiche Augenhöhe kann in der Praxis nur über die Möglichkeit der Anrufung der Schiedsstelle nach § 78g Abs. 2 S. 1 SGB VIII sichergestellt werden. Dies sehen auch die Vorsitzenden der Schiedsstellen SGB VIII der Bundesländer so. So hat die Ständige Konferenz der Schiedsstellen gem. § 78g SGB VIII mit Stellungnahme vom 02.11.2021 hinsichtlich des Finanzierungsrechts nach dem SGB VIII eine Schiedsstellenfähigkeit auch für das Vertragsrecht für ambulante Leistungen gefordert und sich mit nachstehender Formulierung an die Mitglieder der Fraktionen im Deutschen Bundestag und an das Bundesministerium für Familien, Senioren, Frauen und Jugend gewandt:

„Dennoch besteht mit den begonnen Koalitionsverhandlungen die Chance, weitere gewichtige Fragestellungen für die Zukunft der Kinder- und Jugendhilfe aufzugreifen. So halten wir es für dringend erforderlich, nunmehr dem Finanzierungsrecht die ihm gebührende Aufmerksamkeit zu schenken. Nicht nur die Angebotslandschaft der Kinder- und Jugendhilfe hat sich seit der letzten Reform vor über 20 Jahren stark verändert – auch wesentliche Pfeiler im Finanzierungsrecht sozialer Leistungen wurden teils aufgrund höchstrichterlicher Rechtsprechung, teils durch die Gesetzgebung, insbesondere mit dem Bundesteilhabegesetz, neu aufgestellt. Die Regelungen im SGB VIII bleiben hinter diesen Entwicklungen zurück und lassen die Praxis häufig mit nahezu unlösbaren Fragestellungen hinter sich.

So begrüßen wir einerseits die Konkretisierung in § 77 SGB VIII mit dem KJSG, haben aber zugleich die Sorge, dass die fehlende Schiedsfähigkeit der Regelung in der Praxis zu einer mangelhaften Umsetzung führen wird. Bei Streit müssten die Parteien vor Gericht gehen, anstatt auf die Schiedsstellen als kompetente Verhandlungsgehilfen

zugreifen zu können. Der so wichtige und wachsende Bereich der ambulanten Leistungen muss an dieser Stelle ‚ohne Not hinken‘.³

II. Gesetzliche Regelungen zur Verhandlung der Vertragsinhalte

Die Vertragsinhalte müssen den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Leistungsfähigkeit entsprechen. Basis der Vereinbarungsinhalte bildet die Leistungsvereinbarung, da das jeweilige Entgelt leistungsgerecht sein muss (§ 78c Abs. 2 S. 1 SGB VIII). Die Ermittlung der Vergütung des Leistungserbringers hat daher nicht über die Feststellung von „Marktpreisen“ zu erfolgen (so noch BSG, Urt. v. 14.12.2000, B 3 P 18/00 R, juris). Das Bundessozialgericht hat nach dem Jahr 2000 eine deutliche Korrektur seiner Marktpreisrechtsprechung vorgenommen. Ausdrücklich wird betont, dass die kalkulatorischen Gestehungskosten nicht außer Betracht bleiben können.⁴ Die leistungsgerechte Vergütung ist daher in drei Prüfungsschritten zu ermitteln: interner Vergleich, externer Vergleich und Angemessenheitsprüfung.⁵ Eine solche Prüfung ist auch für das Vertragsrecht nach §§ 78a ff. SGB VIII geschuldet. Diese Auffassung hat jüngst auch das Verwaltungsgericht München mit mündlichen Verhandlungen vom 29. März 2023 (M 18 K 22.3408) und 17. Mai 2023 (Az. M 18 K 18.914) vertreten. **In der Verwaltungspraxis kommt es aber eher selten vor, dass entsprechend dieser Vorgaben verhandelt wird. Klarstellend sollten daher – entsprechend §§ 124 ff. SGB IX – Regelungen zum internen Vergleich, externen Vergleich und einer Angemessenheitsprüfung normiert werden.** Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass mit den einzelnen Prüfschritten Darlegungsobliegenheiten der Verhandlungspartner einhergehen. Auch dies sollte klarstellend normiert werden.

Um eine Prüfung des internen Vergleichs vornehmen zu können, muss der Leistungserbringer Daten vorlegen, mit welchen die Zusammensetzung des Entgelts im Sinne einer Plausibilitätskontrolle auf eine wirtschaftliche und sparsame Mittelverwendung überprüfbar ist. Hierbei ist der Grundsatz der Prospektivität zu beachten. Daten aus

³ Forderungspapier der Ständigen Konferenz der Schiedsstellen gem. § 78g SGB VIII vom 02.11.2021 zur Umsetzung des Kinder- und Jugendstärkungsgesetzes.

⁴ BSG, Urt. v. 29.01.2009, B 3 P 7/08 R, juris Rn. 18; BSG, Urt. v. 17.12.2009, B 3 P 3/08 R, juris Rn 50; BSG, Urt. v. 16.05.2013, B 3 P 2/12 R, juris Rn 14.

⁵ S. hierzu BSG, Urt. v. 29.01.2009, B 3 P 7/08 R, juris Rn. 23 f.; BSG, Urt. v. 17.12.2009, B 3 P 3/08 R, juris Rn. 50 f.; BSG, Urt. v. 07.10.2015, B 8 SO 21/14 R, juris Rn. 16.

der Vergangenheit sind grundsätzlich nicht geschuldet.⁶ Die in § 126 Abs. 1 S. 4 SGB IX enthaltene Vorgabe zu „Nachweisen“ lädt daher zu Missverständnissen ein. Geschuldet sind Daten in Bezug auf das prospektive Entstehen der Kosten. Sofern der Kostenträger die geltend gemachten Kosten nicht vereinbaren möchte, obliegt es ihm die Schlüssigkeit einzelner Kostenpositionen konkret und durch substantiierten Vortrag zu widerlegen.⁷ Nur in Verbindung mit einer solchen substantiierten Rüge kann für den Leistungserbringer die Obliegenheit entstehen, weitere Daten vorzulegen. Aber auch dann ist eine Vorlage von detaillierten Daten zu betriebswirtschaftlichen Kennzahlen i.d.R. nicht geschuldet.⁸

Nach Durchführung einer solchen Plausibilitätskontrolle der geltend gemachten Kosten im Rahmen eines internen Vergleichs ist die vom Leistungserbringer geltend gemachte Vergütung in einem zweiten Schritt mit den Vergütungen anderer vergleichbarer Leistungserbringer ins Verhältnis zu setzen. Hierbei kommt der Vergleichbarkeit der Angebote anderer Leistungserbringer große Bedeutung zu (s. hierzu § 124 Abs. 1 S. 5 SGB IX). Im Rahmen des externen Vergleichs trifft den Kostenträger die Obliegenheit zur Vorlage von entsprechenden Daten.

Die Leistungsgerechtigkeit einer Vergütung kann schließlich nur im dritten Prüfungsschritt ermittelt werden (s. hierzu auch § 124 Abs. 1 S. 4 SGB IX). So kann auch ein Entgelt, welches sich im oberen Drittel oder an der Spitze vergleichbarer Einrichtungen bewegt leistungsgerecht sein, weil es auf einem besonderen Aufwand beruht.⁹

Es wird daher zu einer Normierung entsprechender klarstellender Regelungen geraten, um eine gleichförmige Verhandlungsführung im Bundesgebiet zu gewährleisten.

⁶ S. hierzu auch DIJuF Gutachten JAmt 2016, 25

⁷ BSG, Urt. v. 29.01.2009, B 3 P 7/08 R, juris Rn. 39; s. hierzu auch LSG Niedersachsen-Bremen, Urt. v. 16.08.2018, L 15 P 9/14 KL, juris Rn. 46 f.; BSG, Urt. v. 17.12.2009, B 3 P 3/08 R, juris Rn. 53.

⁸ S. hierzu Kepert/Stähr in Handbuch der Schiedsstellen in der Kinder- und Jugendhilfe – SGB VIII, 1. Auflage 2020, S. 161 ff.; LSG Sachsen, Urt. v. 01.05.2015, L 8 SO 87/12 KL, juris Rn. 39: „Die Beschränkung dieses Prüfungsschrittes auf eine Plausibilitätskontrolle rührt daher, dass detaillierte Angaben über Kostenstrukturen und betriebswirtschaftliche Kennzahlen im allgemeinen Geschäftsverkehr üblicherweise nicht zu offenbaren sind (vgl. BSG, Urteil vom 17.12.2009 - B 3 P 3/08 R - juris Rn. 55“).

⁹ BSG, Urt. v. 29.01.2009, B 3 P 7/08 R, juris Rn. 36.

Insbesondere im Leistungserbringerrecht darf es zu keinem Vollzug nach kommunaler Haushaltslage kommen.

Zudem könnten sich insbesondere Regelungen zu zwischenzeitlich höchstrichterlich geklärten – aber in der Verwaltungspraxis oftmals aufgrund fehlender gesetzlicher Regelungen nicht akzeptierten – nachstehenden Punkten anbieten:

- Personalkosten nach Tarifvertrag oder kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen entsprechen einer wirtschaftlichen Mittelverwendung (§ 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX)
- Entgelt-/Vergütungsbestandteil Risikoausgleich als Gegenstück der Verlustmöglichkeit, die mit dem Grundsatz der Prospektivität den Leistungserbringer trifft
- Nichtanwendbarkeit von Vergaberecht

Auf Ebene der Leistungsvereinbarung sollte die Wirksamkeit der Leistung – entsprechend der in § 125 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX enthaltenen Regelung – als wichtiges Element betont werden.

III. Zahlungsanspruch des Leistungserbringers

Im Gegensatz zur Rechtslage im SGB IX (§ 123 Abs. 6 SGB IX) hat der Leistungserbringer im SGB VIII keinen gesetzlichen Zahlungsanspruch gegenüber dem Kostenträger. Aus der Entgeltvereinbarung folgt kein Recht auf Belegung und insbesondere auch kein Recht oder Anspruch auf Bezahlung. Der Zahlungsanspruch des Leistungserbringers kann im Einzelfall nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts und des Bundesgerichtshofs lediglich aus dem Verwaltungsakt folgen, mit welchem der örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe die Leistung gegenüber dem anspruchsberechtigten jungen Menschen oder Personensorgeberechtigten bewilligt und hiermit gleichzeitig der Schuld des Anspruchsberechtigten gegenüber dem Leistungserbringer unter Bezugnahme auf die aktuell gültige Entgeltvereinbarung beitrifft.¹⁰

Der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts und des Bundesgerichtshofs liegt aber die Annahme zugrunde, dass der leistungsverpflichtete Sozialhilfeträger die Leistung gegenüber dem anspruchsberechtigten Bürger in der Weise bewilligt, dass stets der

¹⁰ Ausführlich hierzu Kepert, ZKJ 2019, 136.

Leistungserbringer und die exakte Kostenhöhe im Bescheid genannt werden. Dieser Bewilligungsbescheid entfalte Drittwirkung und führe zum Schuldbeitritt. Hierzu ist zunächst festzustellen, dass in der jugendhilferechtlichen Verwaltungspraxis die Bewilligungsbescheide der Jugendämter nicht immer den Leistungserbringer und die Entgelthöhe konkret benennen. Zudem wird der Verwaltungsakt gemäß §§ 37, 39 SGB X nicht dem Träger der freien Jugendhilfe, sondern dem anspruchsberechtigten Bürger gegenüber bekannt gegeben. Der Träger der freien Jugendhilfe ist nicht Beteiligter des Verwaltungsverfahrens. Er erhält den Bewilligungsbescheid daher bestenfalls nur zur Kenntnis. Wird in dem Bewilligungsbescheid der Leistungserbringer nicht konkret benannt oder wird die Entgelthöhe nicht korrekt beziffert, müsste der Träger der freien Jugendhilfe diese „Unvollständigkeit“ gegenüber dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe aber rügen. Weigert sich der Träger der öffentlichen Jugendhilfe den Bescheid neu zu fassen, hat der Träger der freien Jugendhilfe keine rechtliche Möglichkeit, einen Neuerlass des Verwaltungsaktes zu erzwingen. Adressat des Verwaltungsaktes ist nämlich nicht der Träger der freien Jugendhilfe, sondern der Bürger.

Aus diesen Gründen bedarf es eines gesetzlichen Zahlungsanspruchs am Vorbild des § 123 Abs. 6 SGB IX. Klarstellend sollte entsprechend der Möglichkeit der rückwirkenden Festsetzung der Vertragsinhalte durch eine Schiedsstellenentscheidung nach § 78g Abs. 3 S. 2 SGB VIII geregelt werden, dass in einem solchen Falle auch der Zahlungsanspruch des Leistungserbringers von dieser Rückwirkung erfasst wird.

C. Gerichtsbarkeit

Zahlreiche Kammern und Senate der Verwaltungsgerichtsbarkeit verfügen über hervorragende Expertise auf dem Gebiet des Kinder- und Jugendhilferechts. In den letzten Jahren konnte eine entsprechende Expertise innerhalb der (Verwaltungs-)Richterschaft etabliert werden. Mit Wirkung vom 1. Januar 2028 wird es aufgrund umfangreicher Rechtsänderungen im SGB VIII zu einem hohen Bedarf an Rechtsfortbildung durch Rechtsprechung und Literatur kommen. Hierbei sollte auf die bewährten Strukturen zurückgegriffen werden können.

Es ist auch zu berücksichtigen, dass das Kinder- und Jugendhilferecht mit den Regelungen zum strukturellen Kinderschutz nach §§ 43 ff. SGB VIII und individuellem Kinderschutz nach §§ 8a, 42 SGB VIII Elemente des Gefahrenabwehrrechts enthält. Dies sind klassische Themen der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Es wird daher zu Option 1 geraten.

Gez. Prof. Dr. Jan Kepert