

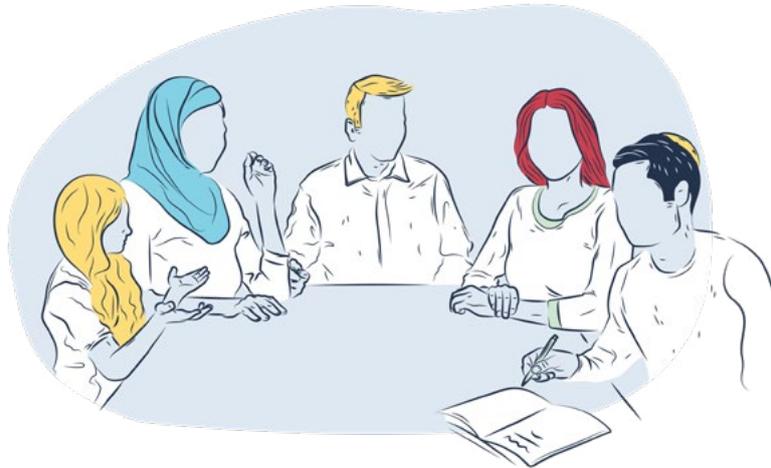
Die Professionalisierung der Ombudschaft in der Kinder- und Jugendhilfe mit § 9a SGB VIII

**Rechtliche Begutachtung und Empfehlungen
zu den Umsetzungsmöglichkeiten auf Landesebene**

von Rechtsanwältin Gila Schindler
vom 31. März 2023

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	4
A. Sachverhalt und Gutachtenauftrag.....	5
B. Begutachtung.....	7
I. Ombudsstellen i.S.v. § 9a SGB VIII in der Sicherstellungspflicht der Länder	7
1. Gewährleistungsverantwortung nach § 17 SGB I	8
2. Anwendbarkeit der Strukturprinzipien der Kinder- und Jugendhilfe	9
3. Beachtung des Subsidiaritätsprinzips	10
II. Die rechtsverbindlichen Inhalte des § 9a SGB VIII	12
1. Persönlicher Anwendungsbereich	12
a. Junge Menschen und ihre Familien.....	12
b. Erweiterung des persönlichen Anwendungsbereichs	13
2. Sachlicher Anwendungsbereich	13
a. Aufgaben nach § 2 SGB VIII	13
b. Basis: Konflikt.....	14
c. Beratung, Vermittlung, Klärung	15
d. Exkurs: Verfahrensrechtliche Befugnisse der Mitarbeiter*innen.....	16
e. Aufklärung, Lobbyarbeit, Öffentlichkeits- und Netzwerkarbeit.....	17
3. Unabhängigkeit und fachliche Weisungsungebundenheit	19
4. Bedarfsgerechtes Angebot und Gewährleistungsverantwortung.....	22
a. Umfassend und bedarfsgerecht mit Blick auf Zugang und Anzahl	23
b. Zeitgemäß und bedarfsgerecht mit Blick auf Inhalt und Qualität	24
c. Barrierefreiheit und Bedarfsgerechtigkeit mit Blick auf Niedrigschwelligkeit.....	25
aa. Niedrigschwelligkeit.....	25
bb. Barrierefreiheit	26
d. Verknüpfung mit der örtlichen Jugendhilfeplanung.....	27
5. Abgrenzung zu anderen Angeboten	28
a. Abgrenzung zu anderen Formen der Streitbeilegung	28
b. Abgrenzung zu Beschwerdestellen	29
c. Abgrenzung zu anderen Beratungsleistungen	30
aa. Keine allgemeine Aufklärung und Beratung	30
bb. Keine Beratung nach § § 8 Abs. 3 und 10a SGB VIII	30
cc. Abgrenzung zur Aufgabe der Verfahrenslotsen.....	30



III. Ausführungsgesetze und/oder Konzeptionen der Länder	31
1. Inhalte von Ausführungsgesetzen	32
a. Zuständigkeit	33
b. Vorgaben zur bedarfsgerechten Sicherstellung.....	33
c. Anwendbarkeit von Strukturregeln des SGB VIII	33
d. Verfahrensrechte für Ombudsstellen.....	33
e. Organisatorische Vorgaben	33
f. Konkretisierung von Vorgaben des § 9a SGB VIII.....	34
g. Befugnis zum Erlass von Rechtsverordnungen oder anderen untergesetzlichen Ausführungsbestimmungen.....	34
h. Finanzierungsvorgaben	34
2. Konzeptionelle Vorgaben	34
IV. Finanzierung.....	35
1. Anwendbarkeit der Finanzierungsgrundlagen des SGB VIII	35
2. Finanzierungsformen in der Kinder- und Jugendhilfe	36
3. Anwendbarkeit des GWB-Vergaberechts und „Vergabe light“	37
4. Ausschluss öffentlicher Ausschreibungen wegen Unvereinbarkeit mit sozialrechtlichen Strukturprinzipen	38
a. Kein Vergaberecht im sozialrechtlichen Leistungsdreieck.....	39
b. Förderung nach § 74 SGB VIII	41
c. Ermessen bzgl. ein- oder zweiseitiger Finanzierung	44
d. Zweiseitige Leistungsverträge nach § 77 SGB VIII	45
5. Verfahren bei Annahme der Anwendbarkeit von Vergaberecht.....	47
a. Auftragswert oberhalb der Schwelle.....	48
b. Auftragswert unterhalb der Schwelle	49
6. Verfahren außerhalb des Vergaberechts.....	50
7. Finanzierungsumfang	50
C. Fazit	51
Literaturverzeichnis.....	53
Impressum:	55

Vorwort

Innerhalb von nur zwei Jahrzehnten hat sich die Ombudschaft in der Kinder- und Jugendhilfe rasant entwickelt: Entstanden als von engagierten Fachkräften gegründete ehrenamtliche Initiativen, die sich zunehmend professionalisierten, vernetzten und vergrößerten, sollen unabhängige Ombudsstellen laut § 9a SGB VIII nun flächendeckend allen jungen Menschen und ihren Familien zugänglich sein.

Nachdem sich die bestehenden Ombudsstellen 2008 zum Bundesnetzwerk Ombudschaft in der Kinder- und Jugendhilfe (BNO) zusammenschlossen und 2016 gemeinsam entwickelte Qualitätskriterien veröffentlichten, fand das Thema Ombudschaft zunehmend Eingang in den bundesweiten Fachdiskurs – so auch in die Diskussionen um eine Novellierung des SGB VIII und den vom BMFSFJ moderierten Dialogprozess „Mitreden Mitgestalten: Die Zukunft der Kinder- und Jugendhilfe“, welcher in das 2021 in Kraft getretene Kinder- und Jugendstärkungsgesetz (KJSG) mündete. Seitdem ist Ombudschaft mit dem § 9a SGB VIII im Kinder- und Jugendhilferecht verankert:

§ 9a Ombudsstellen

In den Ländern wird sichergestellt, dass sich junge Menschen und ihre Familien zur Beratung in sowie Vermittlung und Klärung von Konflikten im Zusammenhang mit Aufgaben der Kinder- und Jugendhilfe nach § 2 und deren Wahrnehmung durch die öffentliche und freie Jugendhilfe an eine Ombudsstelle wenden können. Die hierzu dem Bedarf von jungen Menschen und ihren Familien entsprechend errichteten Ombudsstellen arbeiten unabhängig und sind fachlich nicht weisungsgebunden. § 17 Absatz 1 bis 2a des Ersten Buches gilt für die Beratung sowie die Vermittlung und Klärung von Konflikten durch die Ombudsstellen entsprechend. Das Nähere regelt das Landesrecht.

Das Bundesnetzwerk Ombudschaft in der Jugendhilfe und die im Netzwerk organisierten Ombudsstellen begrüßen die gesetzliche Verankerung und den Rahmen, den § 9a SGB VIII schafft, ausdrücklich!

Mit der gesetzlichen Verankerung hat für die Ombudschaft in der Jugendhilfe eine neue Phase begonnen: Es sind nicht mehr nur die ombudschaftlichen Initiativen, welche die Ombudschaft gestalten, sondern mittlerweile stehen auch die Länder in der Verantwortung, ombudschaftliche Strukturen entsprechend § 9a SGB VIII zu schaffen. Im Zuge dessen stellen sich insbesondere den Umsetzungsverantwortlichen in den Ländern, aber auch in Fachorganisationen der Kinder- und Jugendhilfe und in den bereits bestehenden Ombudsstellen Fragen zur Verwirklichung einer bedarfsgerechten Ombudschaft in der Kinder- und Jugendhilfe.

Mit dem vorliegenden Gutachten geht Gila Schindler zentralen Aspekten der konkreten Ausgestaltung von Ombudsstellen entsprechend § 9a SGB VIII auf den Grund und bringt sie mit der bestehenden ombudschaftlichen Fachpraxis in Verbindung: Insbesondere die Zielgruppe von Ombudschaft, der Aufgabenbereich der Ombudsstellen, die Wahrung der Unabhängigkeit, eine bedarfsgerechte und niedrighschwellige Ausgestaltung, mögliche Inhalte von Landesausführungsgesetzen und die Finanzierung der Ombudsstellen werden ausführlich betrachtet.

Wir danken Gila Schindler für die Übernahme des Auftrags und für ihr großes Engagement in dieser Sache. Die Erstellung des Gutachtens wurde vom Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend gefördert.

Wir wünschen eine anregende Lektüre!

Bundesnetzwerk Ombudschaft in der Jugendhilfe e.V.
- Bundeskoordinierungsstelle -
Berlin, im April 2023

A. Sachverhalt und Gutachtauftrag

Die etwa zwanzigjährige Geschichte der Ombudschaft in der Kinder- und Jugendhilfe in Deutschland hat vergleichsweise schnell zu einem bedeutenden formalen Erfolg geführt: mit dem Kinder- und Jugendstärkungsgesetz ist zum 10. Juni 2021 eine ausdrückliche Rechtsgrundlage zur verbindlichen Einrichtung von Ombudsstellen in der Kinder- und Jugendhilfe in Kraft getreten. Auf bundesrechtlicher Ebene wird mit der Norm die Einrichtung von Ombudsstellen zur Pflichtleistung, werden die Aufgaben von Ombudsstellen konkretisiert und die Länder zur Umsetzung verpflichtet.

Als Ausgangspunkt dieser Entwicklung kann die Gründung der bundesweit ersten Ombudsstelle in der Kinder- und Jugendhilfe im Jahr 2002 in Berlin als Berliner Rechtshilfefonds Jugendhilfe e.V. (BRJ) markiert werden.¹ In der Folge haben sich bundesweit weitere ombudschaftliche Initiativen gegründet, die sich 2008 in einem Bundesnetzwerk Ombudschaft in der Jugendhilfe zusammengeschlossen haben.² Dieses Netzwerk wurde im Jahre 2019 mit einer Koordinierungsstelle ausgestattet (vorangegangen war ein eineinhalbjähriges Pilotprojekt, im Rahmen dessen die Koordinierungsstelle aufgebaut wurde), sodass die Entwicklungen in den Ländern gebündelt, die ombudschaftliche Praxis weiter qualifiziert und Erkenntnisse aus den jeweiligen regionalen Ombudsstellen in den bundesweiten Fachdiskurs eingespeist werden konnten. Auf diese Weise hat sich in kürzester Zeit ein fachlicher Standard ombudschaftlicher Tätigkeit in der Kinder- und Jugendhilfe etabliert.

Die Notwendigkeit für entsprechende Initiativen, om-

budschaftlich tätig zu sein, ergibt sich aus der Erfahrung der strukturellen Machtasymmetrie, die für das Verhältnis der Leistungsberechtigten in der Kinder- und Jugendhilfe sowohl zum Träger der öffentlichen Jugendhilfe als auch zum ausführenden Leistungserbringer prägend ist.³ In dieser Erfahrung und Erkenntnis konzentriert sich, was für die ombudschaftliche Tätigkeit als spezifisch gilt.⁴

Schon zuvor beschäftigte sich die Kinder- und Jugendhilfe mit Fragen der Beteiligung von Leistungsberechtigten, mit dem Rechtsanspruch von Minderjährigen auf Beratung ohne Kenntnis der Sorgeberechtigten,⁵ mit Wegen zur Inanspruchnahme pädagogischer Beratung und Unterstützung, mit Möglichkeiten der Äußerung von Kritik und dem Umgang mit Konflikten. Dabei wurden und werden diese Fragen vornehmlich bilateral, als zwischen den Adressat*innen auf der einen Seite und den Vertreter*innen öffentlicher oder auch freier Träger auf der anderen Seite zu klärende Fragen, gedacht und behandelt. Mit der ombudschaftlichen Tätigkeit tritt ein*e unabhängige*r dritte*r Akteur*in auf den Plan, der*die um Ausgleich der im bilateralen Verhältnis strukturell verankerten Machtasymmetrie bemüht ist.⁶ In diesem Sinne ist ombudschaftliche Tätigkeit nicht neutral oder überparteilich, sondern steht der strukturell unterlegenen Partei zur Seite, um Ausgleich zu schaffen.

Die Erfolgsgeschichte entsprechender Initiativen verdeutlicht, dass es für den eingeschlagenen Weg einen großen Bedarf gibt. Dies lässt sich nicht nur mit den Erfahrungswerten begründen, sondern wur-

¹ Raabe, 2022, S. 418.

² Urban-Stahl, 2011, S. 7.

³ Ebd., S. 7 ff.

⁴ Arnegger, 2016, S. 146.

⁵ BT-Drs. 17/6256, 20; BT-Drs. 19/26107, S. 73.

⁶ Schruth, 2015, S. 271.

de zusätzlich mit einer Fallzahlerhebung festgestellt.⁷ Auch andere Instrumente belegen die Sinnhaftigkeit die spezifisch ombudtschaftliche Tätigkeit deutlich zu stärken und bekannter zu machen. So wurde bspw. in Brandenburg im Rahmen jährlich stattfindender landesweiter Dialogforen für junge Menschen aus den erzieherischen Hilfen von den jungen Menschen immer wieder kritisiert, dass die von stationären Jugendhilfeeinrichtungen vorgehaltenen internen und externen Beschwerdemöglichkeiten für sie in Konfliktsituationen nicht hilfreich seien. Sie seien entweder nicht bekannt oder gar nicht vorhanden, schwer erreichbar, und die Struktur der Bearbeitung der Beschwerde sei für sie nicht nachvollziehbar. Somit fehle Vertrauen in das Instrument.⁸

Für eine zusätzliche Sensibilisierung sorgten die Aufarbeitungen der sog. Runden Tische Heimerziehung, Skandale wie die „Haasenburg“ oder zum „Friesenhof“ und auch die Evaluation des BKiSchG.⁹ Insbesondere vor diesem Hintergrund¹⁰ und im Rahmen der Aufarbeitung verschiedenster Missstände in der Kinder- und Jugendhilfe hat auch die Fachpolitik den Wert einer unabhängigen Unterstützung und Vertretung der Leistungsberechtigten erkannt. Denn hier zeigt sich ein Weg, mit dem Missstände im Einzelfall schneller erkannt und öffentlich werden und zu strukturellen Änderungen führen können.¹¹

Dass der Bundesgesetzgeber mit dem Kinder- und Jugendstärkungsgesetz Ombudsstellen verbindlich und bundesweit eingeführt hat, lässt sich insofern als ein vorläufiger Höhepunkt einer Entwicklung zu mehr Beteiligung verstehen.

Dennoch stellt sich die Frage, ob mit der Gesetzesgrundlage die bislang kontinuierliche zivilgesellschaftliche Entwicklung zur Professionalisierung und Standardisierung ombudtschaftlicher Tätigkeit einen Einschnitt erfährt bzw. vielversprechende Ansätze zugunsten von formalen Anforderungen beschnitten werden könnten.

Dass die Schaffung einer Rechtsgrundlage für Ombudsstellen die zivilgesellschaftliche Entwicklung in diesem Bereich, wenn nicht beendet, so doch stark konditioniert, kann als Tatsache angenommen werden.

Mit dem folgenden Gutachten sollen daher Inhalt und Reichweite der gesetzlichen Grundlage vertieft untersucht und mit dem status quo der zivilgesellschaftlich entwickelten Tätigkeit der Ombudschaft in der Kinder- und Jugendhilfe abgeglichen werden. Auf diesem Weg soll festgestellt werden, welche Grundlagen der Fachpraxis Eingang in das Gesetz gefunden haben, an welcher Stelle ggf. Erweiterungen zu beachten sind und ob und inwiefern Einschränkungen einer gelebten Fachpraxis festzustellen und ggf. umzusetzen sind.

Wie der § 9a SGB VIII konkret umgesetzt wird, werden die Entwicklungen der nächsten Jahre zeigen und wird vermutlich in den verschiedenen Bundesländern variieren. Dieses Gutachten soll der Orientierung dienen und den Rahmen aufzeigen, innerhalb dessen Ombudschaft in der Kinder- und Jugendhilfe unter Beachtung der bundesgesetzlichen Bestimmung umgesetzt werden kann.

⁷ Smessaert, in: FK-SGB VIII, § 9a Rn. 3 unter Verweis auf: exemplarisch BRJ/BBO 2019; BNO/Straus, 2022.

⁸ Landtag Brandenburg Drucksache 7/472-B.

⁹ Smessaert, in: FK-SGB VIII, § 9a Rn. 1 und JAmt 2019, 2, S. 3.

¹⁰ Schröder/Thomas, 2022, S. 345.

¹¹ BT-Drs. 19/26107, S. 48.

B. Begutachtung

I. Ombudsstellen i.S.v. § 9a SGB VIII in der Sicherstellungspflicht der Länder

Mit der Einführung der Rechtsgrundlage des § 9a SGB VIII ist Ombudschaft nunmehr rechtlich determiniert und damit sowohl Regeln als auch auch Grenzen unterworfen. Das Bundesrecht verpflichtet mit § 9a SGB VIII unmittelbar die Bundesländer zur Sicherstellung der Inanspruchnahme von Ombudsstellen und befugt sie zur rechtlichen Konkretisierung durch Landesrecht.

Damit hat der Bundesgesetzgeber von einer Aufgabenzuweisung an die Träger der öffentlichen Jugendhilfe abgesehen. Es sind vielmehr die Bundesländer, die im Rahmen der landesrechtlichen Konkretisierung die Erfüllung der Aufgabe sicherstellen müssen. Sofern mit § 9a SGB VIII vorgesehen ist, dass das Nähere das Landesrecht regelt, ist damit das von den Gesetzgebungsorganen der (Bundes-)Länder geschaffene Recht gemeint. D.h. wenn die Länder von der Befugnis Gebrauch machen wollen, bedarf es eines förmlichen Gesetzes. Sofern ein Land durch Rechtsverordnung handeln will, bedarf es auch hierfür zunächst einer gesetzlichen Grundlage.

Im Rahmen ihrer Gesetzgebungskompetenz nach Art. 84 Abs. 1 S. 2 GG können die Länder unter Beachtung der materiellen Vorgaben des § 9a SGB VIII insbesondere auch eine abweichende Zuständigkeit für die Sicherstellung von Ombudsstellen regeln.¹² Sie können auf Grundlage des Ausführungsgesetzes eine rechtsverbindliche organisationsrechtliche Zuweisung der Aufgaben z.B. an den überörtlichen

Träger der öffentlichen Jugendhilfe erfolgen. Hiervon haben bislang Niedersachsen (§ 16e AG SGB VIII), die Hansestadt Bremen (§ 8a BremAGKJHG) und das Saarland (§ 39 Abs. 2 AG KJHG) Gebrauch gemacht. Berlin hat ebenfalls eine rechtliche Regelung mit § 5a AG KJHG erlassen, mit der aber keine Verlagerung der Zuständigkeit erfolgt.

Ohne Ausführungsbestimmungen bleiben die Länder in der unmittelbaren Sicherstellungsverantwortung. Organisatorisch bedeutet dies, dass die Exekutive – also die Landesregierung – die gesetzliche Verpflichtung erfüllen muss. Diese ist geprägt vom Ressortprinzip, der Aufteilung in Geschäfts-, Amts- bzw. Aufgabenbereiche. Die Verantwortung zur Sicherstellung von Ombudsstellen wird dabei regelmäßig den Jugendministerien zugewiesen, welche dann wiederum unmittelbar zur Sicherstellung der Inanspruchnahme von Ombudsstellen nach § 9a SGB VIII auf Grundlage der Haushaltsplanung verpflichtet sind (vgl. B.IV.1.).

Die Inanspruchnahme der landesgesetzlichen Konkretisierungsbefugnis ist für die Umsetzung nicht zwingend erforderlich.¹³ Insofern muss es nicht verwundern, dass die Bundesländer von ihrer Gesetzgebungsbefugnis bislang kaum Gebrauch gemacht haben. Insbesondere ist auch die Rechtspflicht zur Sicherstellung nicht abhängig von einer Konkretisierung. Ohne ein landesrechtliches Ausführungsgesetz bleibt es bei den inhaltlichen Vorgaben des § 9a SGB VIII.

¹² DIJuF, 2023, S. 23.

¹³ Ggf. missverständlich Bohnert, in: Noftz/ Hauck, SGB VIII § 9a Rn. 8 und DIJuF, 2023, S. 10.

Vor einer Befassung mit den konkreten Inhalten des § 9a SGB VIII soll an dieser Stelle zunächst eine abstrakte Befassung mit der Sicherstellungspflicht der Länder erfolgen. Dies ist geboten, weil die rechtliche Konstruktion des § 9a SGB VIII eine wesentliche Besonderheit aufweist: Die Norm ist im Recht der Kinder- und Jugendhilfe geregelt, weist aber eben nicht den Trägern der öffentlichen Jugendhilfe eine Pflicht zu, sondern den Ländern. Gleichzeitig ist die Ombudschaft nicht explizit als Aufgabe der Kinder- und Jugendhilfe unter § 2 SGB VIII aufgenommen worden.

Während sich bei einer Zuständigkeit der Träger der öffentlichen Jugendhilfe insbesondere aus § 79 SGB VIII die Sicherstellungsverantwortung ergibt, die unter Beachtung weiterer gesetzlicher Regelungen der Kinder- und Jugendhilfe umzusetzen ist, ist dies nicht der Fall, wenn das Land in der Umsetzungsverantwortung steht. Hier stellt sich die Frage, welche gesetzlichen Pflichten und Strukturprinzipien bei der Umsetzung Anwendung finden müssen. Die Beantwortung dieser Frage wird Auswirkungen auf die Auslegung der Inhalte des § 9a SGB VIII haben, sodass hier vorab eine Einordnung erfolgt.

1. Gewährleistungsverantwortung nach § 17 SGB I

Den Ländern wird im Rahmen ihrer Sicherstellungspflicht nach § 9a SGB VIII die Anwendbarkeit der in § 17 Abs. 1 bis 2a SGB I geregelten Gewährleistungsverantwortung verbindlich vorgeschrieben. Diese besagt, dass dann, wenn ein*e Bürger*in einen Rechtsanspruch auf eine Sozialleistung hat, die für seine Einlösung zuständige staatliche Ebene eine entsprechende Gewährleistungspflicht trifft.

Da § 9a S. 3 SGB VIII die unmittelbare Anwendbarkeit dieser Gewährleistungspflichten nach § 17 Abs. 1, 2 und 2a SGB I regelt, bedarf es an dieser Stelle keiner Erörterung zur Qualität der Ombudsstellen als Anbieterinnen einer „Sozialleistung“. Diese Frage ist schon mit der Normierung der Inhalte des § 9a SGB VIII im Recht der Kinder- und Jugendhilfe verbindlich beantwortet.

Über die Gewährleistungsverantwortung werden die Leistungsträger zur Vorsorge bei der Ausführung von Sozialleistungen verpflichtet. Damit ist die sozialpolitisch außerordentlich wichtige institutionelle Seite des Leistungssystems betroffen. Nach Auffassung des Bundessozialgerichts entspricht dies einer Obhutspflicht, die dahin geht, dass der Leistungsträger die Verantwortung dafür trägt, dass dem*der Berechtigten die Leistung in der rechtlich vorgesehenen Weise zugeht.¹⁴ Die Leistungsträger müssen in einer Weise initiativ werden, die dazu führt, dass im Bedarfsfall der Anspruch des*der Einzelnen nicht daran scheitert, dass ein Dienst oder eine Einrichtung nicht zur Verfügung steht. Insoweit begründet § 17 SGB I eine umfassende sozialrechtliche Gewährleistungspflicht.¹⁵

Teilweise wird die nachvollziehbare Auffassung vertreten, die Vorschrift des § 17 SGB I hätte in der Praxis eine größere Bedeutung als das subjektive Recht auf Sozialleistungen. Ein solcher Anspruch würde nämlich leerlaufen, wenn der erforderliche Dienst bzw. die Einrichtung, die die Leistung erbringen könnten, nicht zur Verfügung stünde und der Sozialleistungsträger auch nicht verpflichtet wäre, für deren Schaffung zu sorgen.¹⁶ Diese Auffassung gewinnt zusätzlich an Bedeutung, wenn die Gesetzgebungsorgane keinen subjektiv durchsetzbaren Rechtsan-

¹⁴ BSG, Urteil vom 25.1.2001 – B 4 RA 48/99 R –, BSGE 87, 239-250, juris Rn. 30; BSG, Urteil vom 3.4.2003 – B 13 RJ 39/02 R –, BSGE 91, juris Rn. 35.

¹⁵ Mrozynski, in: ders. SGB I, § 17 Rn. 1.

¹⁶ Mrozynski, in: ders. SGB I, § 17 Rn. 7.

spruch normiert haben (also bspw. den subjektiven Anspruch auf ombudschafftliche Unterstützung), sondern eine objektiv rechtliche Verpflichtung (zur Sicherstellung ombudschafftlicher Beratung).

Die an die Länder gerichtete Pflicht zur Bereitstellung einer bedarfsgerechten Infrastruktur an Ombudsstellen vermittelt den Adressat*innen damit keinen subjektiv einklagbaren Rechtsanspruch auf ombudschafftliche Unterstützung.¹⁷ Auch mit der allgemeinen Gewährleistungspflicht korrespondiert kein subjektives Recht des*der Einzelnen. D.h. auf der Rechtsgrundlage von § 17 SGB I kann der*die einzelne Bürger*in keine ombudschafftliche Unterstützung im Einzelfall einfordern und durchsetzen. Dabei handelt es sich nicht um ein Versäumnis der Gesetzgebungsorgane, das auf landesrechtlicher Ausführungsebene nachzuholen wäre,¹⁸ sondern um eine strukturelle Grundsatzentscheidung.

Die Gewährleistungspflicht ist in der Folge vor allem auf fachpolitischer Ebene anzumahnen und durchzusetzen. Schließlich liegt die wesentliche Bedeutung der Gewährleistungspflicht gerade darin, dass sie zu erfüllen ist, noch bevor überhaupt ein Leistungsanspruch besteht. Insofern kommt dem zuständigen Leistungsträger die Aufgabe zu, im Rahmen des § 17 SGB I die Sicherstellung der Leistungserbringung zu organisieren.

2. Anwendbarkeit der Strukturprinzipien der Kinder- und Jugendhilfe

Da die Gewährleistungsverantwortung nicht ausschließlich das Ob der Einrichtung von Ombudsstellen, sondern auch das Wie ihrer Organisation betrifft, stellt sich an dieser Stelle schon die Frage, ob

nicht auch die weiteren gesetzlichen Vorgaben oder zumindest die Strukturprinzipien der Kinder- und Jugendhilfe Geltung beanspruchen müssen. D.h. es wäre zu fragen, ob es sich bei der ombudschafftlichen Tätigkeit um eine Leistung der öffentlichen Jugendhilfe i.S.v. § 8 SGB I handelt.

Aus formalrechtlicher Sicht ist daran zu zweifeln, da in der Aufzählung der Leistungen und anderen Aufgaben der Kinder- und Jugendhilfe in § 2 SGB VIII die Ombudsstellen nicht aufgenommen wurden und von Gesetzes wegen die Sicherstellungsverantwortung den Ländern ausdrücklich über die Anwendbarkeit von § 17 SGB I und nicht den (überörtlichen) Trägern der öffentlichen Jugendhilfe über die jugendhilfespezifische Regelung des § 79 SGB VIII zukommt.

Andererseits ist aber zu prüfen, welche Konsequenzen sich daraus ergeben, dass das Recht des Sozialgesetzbuchs Sozialleistungen zur Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit und sozialer Sicherheit gestalten soll (§ 1 SGB I). Für die Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit und sozialer Sicherheit durch Ombudsstellen nach § 9a SGB VIII ist auf die Zielsetzungen für den spezifischen Bereich der Kinder- und Jugendhilfe abzustellen. Es ist also einerseits richtig, dass es sich bei der ombudschafftlichen Tätigkeit nicht ihrerseits um eine Leistung (oder andere Aufgabe) der Kinder- und Jugendhilfe handelt, da schließlich gerade die Durchführung von Aufgaben nach § 2 SGB VIII Gegenstand einer ggf. kritischen Betrachtung und Begleitung durch die Ombudsstelle sein sollen.¹⁹ Ebenso ist es richtig, dass die Sicherstellungsverantwortung mit gesetzgeberischem Bedacht nicht den Trägern der öffentlichen Jugendhilfe zugewiesen wurde. Hier war der Gedanke leitend, dass die ausdrücklich geforderte Unabhängigkeit und Weisungs-

¹⁷ Rosenow, 2022, S. 304.

¹⁸ Dies vertritt wohl Bohnert, in: Hauck/Noftz, SGB VIII, § 9a Rn. 7 f..

¹⁹ Wiesner, 2008.

freiheit bestmöglich umsetzbar ist, wenn schon die Sicherstellungsverantwortung außerhalb liegt.²⁰

Beides sollte indes nicht zu dem Umkehrschluss führen, dass es sich bei den Ombudsstellen und ihrer Tätigkeit um eine Sozialleistung sui generis – außerhalb der Kinder- und Jugendhilfe – handelt. Beachtlich ist vielmehr das gemeinsame Ziel der Leistungen und anderen Aufgaben der Kinder- und Jugendhilfe i.S.v. § 2 SGB VIII: die Verwirklichung der Rechte junger Menschen aus § 1 SGB VIII auf Förderung ihrer Entwicklung und auf Erziehung zu einer selbstbestimmten und eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit.

Dementsprechend ist auch in § 75 SGB VIII für die Anerkennung als Träger der freien Jugendhilfe der Tätigkeitsbereich festgelegt: Maßgeblich ist, dass die Ombudsstellen auf dem Gebiet der Kinder- und Jugendhilfe im Sinne von § 1 SGB VIII tätig sind.²¹ Bei Ombudsstellen nach § 9a SGB VIII ist das der Fall, da diese ausschließlich auf dem Gebiet der Kinder- und Jugendhilfe tätig sind.²² Spezifischer richtet sich die Tätigkeit von Ombudsstellen auf die Verwirklichung des Rechts junger Menschen aus § 1 Abs. 3 Nr. 2 SGB VIII aus und dementsprechend auf das Ziel, mit ihrer Tätigkeit jungen Menschen zu ermöglichen oder zu erleichtern, entsprechend ihrem Alter und ihrer individuellen Fähigkeiten in allen sie betreffenden Lebensbereichen selbstbestimmt zu interagieren und damit gleichberechtigt am Leben in der Gesellschaft teilhaben zu können. Insoweit stehen Ombudsstellen nicht außerhalb der Kinder- und Jugendhilfe, sondern ihre Tätigkeit ist spezifische Leistung der Kinder- und Jugendhilfe.²³

3. Beachtung des Subsidiaritätsprinzips

Diese Auffassung führt dazu, dass die freien Träger von Ombudsstellen als Träger der freien Jugendhilfe gelten – und zwar auch dann, wenn sie keine anderen Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe erbringen. Damit kann auch die Forderung konsistent sein, dass die Aufgabe der Ombudschaft von Trägern der freien Jugendhilfe wahrgenommen werden soll, die keine anderen Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe erbringen.²⁴

Der Begriff des Trägers der freien Jugendhilfe ist so weit gefasst, dass sowohl Einzelpersonen wie auch wie Unternehmen jedweder Organisationsform Träger einer Leistung sein können, sodass sich hierüber keine Einschränkung herstellen lässt.²⁵ In der Konsequenz sind Ombudsstellen nach § 9a SGB VIII immer Träger der freien Jugendhilfe. Sofern die Ombudsstelle unmittelbar an einem Träger der öffentlichen Jugendhilfe angebunden ist, gehört sie als Teil des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe zu diesem und ist damit auch fraglos auf dem Gebiet der Kinder- und Jugendhilfe nach § 1 SGB VIII tätig.

Wenn also aufgrund der gesetzlichen Konstruktion des § 9a SGB VIII für die Sicherstellung der Ombudsstellen nicht unmittelbar umfassend auf die Anwendbarkeit der gesetzlichen Organisations- und Strukturregelungen der Kinder- und Jugendhilfe zu verweisen ist, so dürfte in aller Regel bei den Strukturprinzipien eine analoge Anwendung anzunehmen sein, um zu passenden Ergebnissen zu kommen.²⁶

Im Rahmen der Gewährleistungsverantwortung erhebt die Anwendbarkeit des Subsidiaritätsprinzips besonderen Anspruch auf Beachtung. Aufgrund des

²⁰ DIJuF, 2023, S. 23 ff.

²¹ Wiesner, 2008.

²² Ebd.

²³ Meysen/Urban-Stahl, 2022, S. 276.

²⁴ Kepert, in: LPK-SGB VIII, § 9a Rn. 11.

²⁵ Münder, in: FK-SGB VIII, § 3 Rn. 6.

²⁶ DIJuF, 2023, S. 29 f..

Subsidiaritätsprinzips als Besonderheit des deutschen Sozialleistungsrechts, werden die Leistungen üblicherweise durch Träger der freien Jugendhilfe erbracht, während der Träger der öffentlichen Jugendhilfe in der Gewährleistungs- und Leistungsverantwortung steht.²⁷

Wenn Träger der Ombudsstellen im Ergebnis als Träger der Jugendhilfe einzuordnen sind, ist nahelegend, dass der Subsidiaritätsgrundsatz aus § 4 Abs. 2 SGB VIII unmittelbare Beachtung finden muss. Demnach sollen die öffentlichen Träger von eigenen Maßnahmen absehen, solange freie Träger geeignete Dienste vorhalten.

Gegen eine solche Einordnung könnte sprechen, dass die Gesetzgebungsorgane die Anwendbarkeit lediglich von § 17 Abs. 1 bis Abs. 2a SGB I vorgegeben haben und damit erkennbar nicht auf Absatz 3 der Norm verweisen, in dem die Zusammenarbeit mit Trägern der freien Wohlfahrtspflege entsprechend geregelt ist. Da sich der konkrete Beweggrund aus der Gesetzesbegründung nicht entnehmen lässt, liegen auch keine Annahmen darüber nahe, ob dies vorzuzüglich erfolgte oder versäumt wurde.²⁸

Geht man aber davon aus, dass Ombudsstellen in freier Trägerschaft auch Träger der freien Jugendhilfe sind, lässt sich schwerlich annehmen, dass hier von einer Einordnung der Ombudsstellen bewusst abgesehen werden sollte, bspw. um der Forderung nach Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit der Ombudsstellen zusätzliches Gewicht zu verleihen. Das würde wiederum die Überlegung voraussetzen, dass nur eine Stelle außerhalb der Kinder- und Jugendhilfe entsprechend unabhängig sein könnte. Gleichzeitig würde man dann aber begründen, dass sich

diese Stelle nicht mit den Zielen des § 1 SGB VIII identifiziert.

Letztlich lässt sich die Unabhängigkeit in der Aufgabenwahrnehmung bei Trägern der freien Jugendhilfe über organisatorische Vorgaben vergleichsweise einfach herstellen (vgl. B.II.3.). Bei Ombudsstellen in öffentlicher Trägerschaft dürfte das zu größeren Herausforderungen führen, da Träger der öffentlichen Jugendhilfe immer die Organisationsform einer Behörde umfassen, was wiederum eine klassische hierarchische Führungsstruktur beinhaltet. In dieser Konstellation mag es zwar durchaus möglich sein, insbesondere eine fachliche Weisungsungebundenheit zu implementieren. Die Konstruktion dürfte jedoch immer auch prekär sein.

Diese Überlegungen zeigen, dass der Gewährleistungsgrundsatz nicht nur eine quantitative (dazu unter B.II.4.), sondern auch eine qualitative Komponente in Hinblick auf das Zusammenspiel öffentlicher und freier Akteure im Bereich der Sozialleistungen hat. Diese qualitative Komponente setzt den Rahmen. Dementsprechend werden die sich aus § 9a SGB VIII unmittelbar ergebenden Rechtspflichten im Folgenden immer auch im Licht dieser qualitativen Komponente der Gewährleistungsverantwortung begutachtet.

Bei der folgenden Begutachtung der einzelnen Tatbestandsinhalte des § 9a SGB VIII wird immer auch der Blick auf die Umsetzungspflicht der Länder eingenommen, um zu beurteilen, welche Regelungen abweichungsfest sind, welche Konkretisierungsmöglichkeiten es für die Länder gibt und welche Freiheiten bestehen.

²⁷ Wapler, in: Wiesner, § 4 Rn. 15.

²⁸ Für ein Redaktionsversehen Schruth, in: juris-PK, SGB VIII, § 9a Rn. 32.

II. Die rechtsverbindlichen Inhalte des § 9a SGB VIII

1. Persönlicher Anwendungsbereich

a. Junge Menschen und ihre Familien

Der Gesetzestext eröffnet einen ausdrücklichen persönlichen Anwendungsbereich der Ombudsstellen: junge Menschen und ihre Familien. Der Begriff der jungen Menschen ergibt sich unmittelbar aus § 7 Abs. 1 Nr. 4 SGB VIII und ist dort mit abschließender Eindeutigkeit geregelt: Junger Mensch ist, wer noch nicht 27 Jahre alt ist. An dieser Stelle ist jedoch schon beachtlich, dass die Erweiterung auf „und ihre Familien“ nicht zwingend die Personen umfasst, die die gesetzliche Vertretung minderjähriger junger Menschen oder nicht (voll) geschäftsfähiger volljähriger junger Menschen innehaben. Gleichzeitig dürfte nicht fraglich sein, dass sich Vormund*innen, Pfleger*innen und rechtliche Betreuer*innen zugunsten der von ihnen rechtlich vertretenen Personen an eine Ombudsstelle wenden können. D.h. der Begriff der „jungen Menschen“ umfasst ihre gesetzlichen Vertreter*innen.

Die Auslegung der Formulierung „und ihren Familien“ wirft weitere Fragen auf. Eine allgemeingültige rechtliche Definition zum Begriff „Familie“ findet sich in keinem Gesetzbuch. Gleichzeitig wird der Begriff „Familie“ regelmäßig in rechtlichen Kontexten verwendet und besonders häufig im Recht der Kinder- und Jugendhilfe. Hier erfährt er jedoch recht unterschiedliche Auslegungen – je nach Blickwinkel steht die rechtliche, biologische oder soziale Perspektive im Vordergrund.²⁹ Für den Zweck des Zugangs zu Ombudsstellen dürfte die rechtliche Auslegung von

besonderer Bedeutung sein, mit der Familie unter den besonderen Schutz der staatlichen Ordnung gestellt wird (Art. 6 Abs. 1 GG). Denn hier ist anerkannt, dass mit diesem Schutz nicht nur ein Abwehrrecht gegenüber dem Staat einhergeht, sondern der Schutz auch eine Förderungsverpflichtung des Staates umfasst.³⁰ Wer von diesem Schutz umfasst ist, fällt damit in den Anwendungsbereich des § 9a SGB VIII.

Das Bundesverfassungsgericht geht in seiner Rechtsprechung bei dem Schutzgedanken des Art. 6 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 GG davon aus, dass die Familie in erster Linie als Lebens- und Erziehungsgemeinschaft geschützt werde.³¹ Es geht um das Schutz- und Förderbedürfnis minderjähriger Kinder.³² Schutzobjekt ist damit zunächst nicht eine Generationsgroßfamilie, sondern die in der westlichen Kultur geprägte Kleinfamilie.³³ Dazu gehören neben der ehelichen oder nichtehelichen Familie mit Vater, Mutter oder gleichgeschlechtlichen Eltern mit Kind auch die Kleinstfamilie bestehend aus Kind und einem sorgeberechtigten Elternteil.³⁴ D.h. geschützt ist auch das Verhältnis des (nichtehelichen) Kindes zu seinen getrennt lebenden Eltern,³⁵ wobei auch das Verhältnis zum nichtrechtlichen Vater geschützt wird.³⁶ Unter den Schutz der Familie fallen auch Stief-, Adoptiv- und Pflegekinder³⁷ und andere auf Dauer angelegte sozial-familiäre Gemeinschaften, in denen Kinder aufwachsen.³⁸ In diesem Sinne fallen diejenigen Angehörigen, die mit dem betroffenen jungen Menschen in sozial-familiärer Gemeinschaft leben in den Anwendungsbereich des § 9a SGB VIII und haben Anspruch auf Beratung.

Diese Auffassung ist auch damit begründet, dass sich in der Kinder- und Jugendhilfe zur Erreichung des Ziels in § 1 SGB VIII die Anwendung eines weiten Familienbegriffs gebietet, was auch bei den Ombuds-

²⁹ Meysen, in: FK-SGB VIII, Einl. Rn. 7.

³⁰ BVerfG 29.7.1968 – 1 BvL20/63 ua, E 24, 145; Meysen, in: FK-SGB VIII, § 10 Rn. 31.

³¹ vgl. BVerfGE 48, 339; 133, 82; 136, 388.

³² Britz, 2018, 289 f..

³³ Antoni, in: Hömig/Wolff, GG, Art. 6 Rn. 6.

³⁴ BayObLG, NJW 1969, 1767.

³⁵ BVerfG i. st. Rspr seit BVerfGE 8, 215.

³⁶ BVerfGE 45, 123; 79, 267; 133, 82 f..

³⁷ s. BVerfGE 18, 106; 68, 187; 79, 267; 108, 117 ff.; 151, 101 Rn 56.

³⁸ BVerfGE 133, 82 f..

tellen i.S.v. § 9a SGB VIII Beachtung finden muss. Diese weite Auslegung ergibt sich schon aus der Wahl der Begrifflichkeit, denn die Gesetzgebungsorgane hätten bspw. den Zugang zu Ombudsstellen nur für diejenigen Personen eröffnen können, die einen Leistungsanspruch der Kinder- und Jugendhilfe durchsetzen können – also auf die jungen Menschen und ihre Sorgeberechtigten. Dies ist nach dem Wortlaut der Norm eindeutig nicht der Fall, sodass es auf die sorgerechtlichen Befugnisse gerade nicht ankommt.

Ein landesrechtliches Ausführungsgesetz, das den persönlichen Zugang zur Ombudsstelle des vorgenannten Personenkreises einschränkt, muss sich den Vorwurf der Rechtswidrigkeit gefallen lassen, denn aus hiesiger Sicht wäre eine Einschränkung mit dem Bundesrecht nicht vereinbar.

b. Erweiterung des persönlichen Anwendungsbereichs

Mit der vorgenannten Intention eines weiten Anwendungsbereichs stellt sich vor allem die Frage, ob nicht auch weitere Vertrauenspersonen, wie z. B. Freund*innen, Lehrer*innen, Praktikant*innen und Nachbar*innen sich an die Ombudsstelle wenden können müssen, um auf Missstände aufmerksam zu machen und Beratung zu deren Abwendung zu erhalten.

Auf diese Weise könnte sichergestellt werden, dass Beschwerden über Einrichtungen, Dienste oder Pflegepersonen Informationen über die Verletzung der Rechte von jungen Menschen und etwaige Missstände in Einrichtungen auch dann aufgenommen werden können, wenn junge Menschen sich nicht selbst

an die Stelle wenden können (z. B. aufgrund ihres Alters oder Entwicklungsstandes, im Fall von mangelndem Internet- und Telefonzugang) oder wollen (z. B., wenn sie sich nur in der Lage sehen, mit einer Person über ihr Anliegen zu sprechen, die sie gut kennen).

Der Wortlaut setzt hier nur insoweit Grenzen, als die Pflicht zur Sicherstellung von Ombudsstellen sich auf den Zugang von jungen Menschen und ihren Familien bezieht. Wird der Zugang für diesen Personenkreis eröffnet und zugleich auf ihn eingegrenzt, so erfüllt die Ombudsstelle jedenfalls formal die sich aus § 9a SGB VIII ergebende Rechtspflicht.

Umgekehrt ist es keinem Land verwehrt einen darüberhinausgehenden Zugang nicht nur zu ermöglichen, sondern ggf. auch dazu zu ermutigen.

2. Sachlicher Anwendungsbereich

Aufgabe der Ombudsstelle i.S.v. § 9a SGB VIII ist nach dem Wortlaut der Norm „die Beratung in sowie Vermittlung und Klärung von Konflikten in Zusammenhang mit Aufgaben der Kinder- und Jugendhilfe nach § 2 SGB VIII“.

a. Aufgaben nach § 2 SGB VIII

Die Erweiterung der ombudsfähigen Konfliktsituationen mit dem in § 9a SGB VIII eingeführten Bezug auf alle Aufgaben nach § 2 SGB VIII dürfte die deutlichste Abweichung des Gesetzes von der Entwicklung in der Fachpraxis sein.³⁹ Bisher beschränkte sich die Ombudschaft in der Kinder- und Jugendhilfe in erster Linie auf Konflikte rund um hilfeplan(analog)gesteuerte Individualansprüche.⁴⁰

³⁹ Raabe, 2022, S. 419; DIJuF 2023, S. 23 ff.; BNO, 2021, S. 6.

⁴⁰ Urban-Stahl, 2014, S. 12; Smessaert/Frischle, 2015, S. 359; Arnegger, 2018, S. 12.

Es handelt sich damit nicht nur um eine quantitative, sondern auch um eine qualitative Aufgabenerweiterung, denn die Hilfeplanung kommt als spezifisches Vorgehen in der Kinder- und Jugendhilfe verpflichtend nur bei der Hilfe zur Erziehung, Hilfe für junge Volljährige und der Eingliederungshilfe für junge Menschen in Betracht, die von seelischer Behinderung betroffen oder bedroht sind.

Leistungen der Kindertagesförderung, Familienförderung nach § § 16 ff. SGB VIII, Leistungen der Jugendarbeit, Jugendsozialarbeit oder der Schulsozialarbeit finden nicht nur auf einer von der Hilfeplanung deutlich zu unterscheidenden Verfahrensebene statt, sondern haben eine viel weitere Klientel. Schließlich handelt es sich um eher infrastrukturell ausgerichtete Angebote, die einen weiten Adressat*innenkreis erreichen sollen. Insbesondere der Pflicht zum barrierefreien Zugang kommt hierüber eine ganz andere Bedeutung zu als das bei einer Beschränkung auf Konflikte im Kontext von Leistungen der § § 27 ff. SGB VIII der Fall wäre (vgl. B.II.4.c.bb.).

Wenngleich mit der erheblichen Erweiterung des Aufgabenspektrums große Sorgen bzgl. der Leistungsfähigkeit der bestehenden Ombudsstellen einhergehen,⁴¹ so mag diese klare Zuweisung im Ergebnis auch als Chance verstanden werden.⁴² Die ombudschaftliche Tätigkeit kann auf dieser Grundlage aus einem Nischendasein herausrücken und die Chance erhalten, die Aufgaben der Kinder- und Jugendhilfe insgesamt stärker als gesellschaftliches Allgemeingut wahrnehmbar zu machen.

b. Basis: Konflikt

Ein erstes Abgrenzungsmerkmal zu allen anderen Inhalten von Beratungen über Aufgaben der Kinder- und Jugendhilfe ist für den Zugang zu Ombudsstellen i.S.v. § 9a SGB VIII das Vorhandensein eines Konflikts. Dieses Kriterium wurde im Gesetzgebungsverfahren geschärft, denn der Wortlaut in der Fassung des Regierungsentwurfs hätte zunächst darauf schließen lassen können, dass auch allgemeine Beratung zu den Aufgaben gehöre.⁴³ Dieses mögliche Missverständnis wurde im Rahmen einer entsprechenden Wortlautänderung im Gesetzgebungsverfahren ausgeschlossen.⁴⁴

Unter einem Konflikt im Sinne des § 9a SGB VIII sind Interaktionen zwischen Individuen bzw. Gruppen zu verstehen, bei denen eine „Unvereinbarkeit im Wollen“ erkennbar wird, die aber auf der Handlungsebene darüber hinausgeht bzw. hinausgehen kann. Dies kann insbesondere für Behörden gelten, die im Wege eines Verwaltungsakts (Bescheids) verbindlich über einen Einzelfall entscheiden können. Für die strukturell unterlegene Seite wird schon diese Unvereinbarkeit im Wollen als ein (drohendes) gegenseitiges Zerwürfnis erlebt und ausgedrückt.⁴⁵ Geht der Konflikt auf der Handlungsebene darüber hinaus und werden begehrte Leistungen nicht oder inhaltlich anders bewilligt, so kann sich der Konflikt in einem klassischen Rechtsstreit manifestieren.

Eine qualitative Bewertung des Konflikts durch die Ombudsstelle ist nicht erforderlich. Er muss weder bereits eskaliert oder auch nur offen zu Tage getreten sein.⁴⁶ Ausreichend ist, dass die Adressat*innen z.B. über das Verfahren (wie etwa Inhalte und Ablauf des Hilfeplanverfahrens) unsicher sind und eine

⁴¹ Len/Manzel/Tomaschowski, 2022, S. 215.

⁴² Schröder/Thomas, 2022, S. 344 ff..

⁴³ BR-Drs. 19/27481, 5, 48; BNO,2020b.

⁴⁴ BT-Drs. 19/28870, 90.

⁴⁵ Schrueth in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB VIII, § 9a Rn. 19 unter Bezug auf Arnegger 2016.

⁴⁶ Smessaert, in: FK-SGB VIII, § 9a Rn. 7.

Zweitmeinung wünschen, um die Aussage oder das Verhalten einer zuständigen Fachkraft in der Kinder- und Jugendhilfe zu überprüfen.⁴⁷ Maßgeblich ist die subjektive Wahrnehmung der Ratsuchenden, bei der die strukturelle Machtasymmetrie eine entscheidende Rolle spielt. Schon ein spezifisches Ohnmachtsgefühl im Gegenüber einer machtvollen Institution lässt sich als potenzieller Konflikt wahrnehmen. Denn die Adressat*innen befinden sich oft in einer von Krise(n) geprägten Lebenssituation, die ihren Hilfebedarf ausmacht, über den wiederum die Fachkräfte der Kinder- und Jugendhilfe als Professionelle entscheiden.⁴⁸ Dieses spezifische Ausgeliefertsein begünstigt eine konfliktorientierte Kommunikation, sodass Ziel der Beratung auch die frühzeitige Verhinderung von Konflikten sein kann.

„Ombudtschaftliches Handeln muss sowohl die Interaktionsbeziehungen in konflikthaften Auseinandersetzungen als auch die Machtstruktur, innerhalb derer sich diese Interaktionen vollziehen, in den Blick nehmen und zum Gegenstand machen.“⁴⁹

Konfliktparteien sind dementsprechend nicht Adressat*innen der Kinder- und Jugendhilfe untereinander, vielmehr geht es ausschließlich um vertikal verlaufende Konflikte zwischen den ratsuchenden Adressat*innen und ihrem Gegenüber auf Seiten der öffentlichen oder freien Kinder- und Jugendhilfe (i.d.R. professionelle Helfer*innen des jeweils tätigen Trägers der öffentlichen oder der freien Jugendhilfe).⁵⁰

c. Beratung, Vermittlung, Klärung

Beratung als Tätigkeit der Ombudsstelle, die insoweit auch Aufklärung über Rechte, Ansprüche und

die korrekten Verfahren beinhaltet, gehört explizit zu den Pflichten des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe bzw. jedes Trägers von Sozialleistungen und ist insbesondere in § § 13, 14 SGB I verankert.⁵¹

In Abgrenzung zu diesen allgemeinen Aufklärungs- und Beratungstätigkeiten handelt sich bei den ombudtschaftlichen Aktivitäten nach § 9a SGB VIII gerade nicht um allgemeine Beratung rund um die Aufgaben und Angebote der Kinder- und Jugendhilfe. Vielmehr bezieht sich die ombudtschaftliche Beratung auf Konflikte im Kontext der Wahrnehmung der Aufgaben der Kinder- und Jugendhilfe sowohl durch die öffentliche als auch freie Jugendhilfe.⁵²

Wenn zunächst die Beratung in Beziehung zu einem Konflikt gesetzt wurde, so bestimmt dies auch den Inhalt der Beratung. Eine Ombudsstelle bietet jungen Menschen und ihren Familien keine Beratung, die sich auf die Bearbeitung psychosozialer, erziehungsbezogener und anderer Probleme bezieht, sondern auf Konflikte der Ratsuchenden mit den Fachkräften der Kinder- und Jugendhilfe im Vorfeld und bei der konkreten Umsetzung von Leistungen bzw. Wahrnehmung anderer Aufgaben.⁵³

Zur Beratung gehört auch die Ergründung des Sachverhalts durch die Ombudsstelle. Auf Grundlage der Schilderung der Ratsuchenden soll die Beratung ihnen Orientierung bieten, ob die Beteiligten vorgeschriebene Verfahren beachtet haben und entsprechend den Regeln der fachlichen Kunst handeln. Da es im Kontext der Aufgaben der Kinder- und Jugendhilfe auch immer um erzieherische und pädagogische Haltungen und Maßstäbe geht, setzt an dieser Stelle bereits die Möglichkeit zur Vermittlung an. Eine Entschärfung des Konflikts mag auch darin gefunden

⁴⁹ Arnegger, 2022, S. 149 ff..

⁵⁰ Smessaert, in: FK-SGB VIII, § 9a Rn. 5.

⁵¹ Umfassend DJuF, 2023, S. 8 ff..

⁵² Ebd.

⁵³ Urban-Stahl, 2020, S. 4 f.; Wiesner, in: ders. SGB VIII, § 9a Rn. 9.

werden, dass Haltungen und Bewertungen des Gegenübers für die Betroffenen übersetzt und erläutert werden und ihnen so die Gelegenheit geboten wird, abweichende Sichtweisen zu verstehen und damit ihre Perspektive besser in die Kommunikation einzubringen bzw. in ein Verhältnis zu stellen. Wenngleich also gilt, dass die Ombudsstelle keine pädagogische Beratung leistet, so sind für die kompetente Beratung in diesem Feld dennoch entsprechende Kenntnisse erforderlich.⁵⁴

Zu eruieren, ob sich auf Grundlage des so verstandenen Sachverhalts eine Vermittlung im Konflikt bzw. Klärung des Konflikts im Austausch mit dem Gegenüber anschließt, ist ebenfalls Teil der ombudschaftlichen Beratung. Ein weiterer Schritt zur Vermittlung im Konflikt und Klärung des Konflikts mag dann ein gemeinsames Gespräch mit dem Gegenüber sein. In diesem Rahmen finden die Ratsuchenden in der Ombudsstelle eine Akteurin, die ihnen zur Seite steht und die strukturelle Machtasymmetrie mit ihrem Wissen und ihrer Unterstützung, welche die Position der Ratsuchenden gegenüber den Fachkräften stärken, ausgleichen kann.

Tätigkeiten im Rahmen der Vermittlung und Klärung können in der Entwicklung einer Konfliktstrategie, Hilfestellungen bei schriftlichen Darstellungen, der Formulierung eines Antrags oder Widerspruchs, ein telefonisches Gespräch mit der anderen Konfliktpartei, eine Begleitung zum Hilfeplangespräch etc. sein.⁵⁵

Bei der ombudschaftlichen Begleitung geht es nicht um einen stellvertretenden „Kampf“ für die Belange der Ratsuchenden, sondern um einen dialogischen Prozess unter besonderer Beachtung der Selbstbestimmung der Adressat*innen.⁵⁶ Die fachlich fun-

dierte Parteilichkeit der Ombudsstelle für die Inanspruchnahme bestehender Rechte bedeutet somit nicht, den Ratsuchenden unbedingt zu ihrem Willen zu verhelfen. Im Einzelfall müssen Ratsuchende in ihren Anliegen „enttäuscht“ werden, beispielsweise dann, wenn konkrete Vorstellungen und Wünsche nicht mit den individuellen Rechtsansprüchen der Ratsuchenden vereinbar sind oder dem Kindeswohl widersprechen würden.

Gleichzeitig ist aber im Einzelfall auch zu sehen, dass selbst dann, wenn sich der Konflikt im Einzelfall nicht auflösen lässt, es doch sein kann, dass die ombudschaftliche Vertretung das Gefühl der Hilflosigkeit und des Ausgeliefertseins der Betroffenen auffangen und im besten Fall ausgleichen kann. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Deeskalation zwischen den „Erwachsenen“ für das „Kind“ in aller Regel Entlastung bedeutet, da erst dann wieder seine Situation und seine Bedürfnisse im Mittelpunkt stehen können.

In Hinblick auf die Tätigkeit der Ombudsstelle ist festzuhalten, dass es sich auf bundesrechtlicher Grundlage um eine Tätigkeit handelt, die sich immer im Kontext eines Konflikts, mindestens eines potenziellen Konflikts entfaltet.⁵⁷ Dieser Kern kann im Rahmen eines Ausführungsgesetzes oder anderer landesrechtlicher Vorgaben Konkretisierung erfahren, aber nicht eingeschränkt werden.

d. Exkurs: Verfahrensrechtliche Befugnisse der Mitarbeiter*innen

Im Rahmen der vorgenannten Tätigkeit der Ombudsstellen, bei denen das Auftreten auch gegenüber Dritten in den Vordergrund rückt, sind die Verfahrensrechte der Ombudsstelle zu beachten. Diese leiten

⁵⁴ Arnegger, 2018, S. 12.

⁵⁵ Smessaert, in: FK-SGB VIII, § 9a Rn. 7.

⁵⁶ Smessaert, 2022, S. 63.

⁵⁷ Schruth, in juris-PK SGB VIII, § 9a Rn. 22.

sich zunächst ausschließlich von den Rechten der Ratsuchenden ab, denn die Ombudsstellen sind – zumindest auf Bundesebene – mit keinen eigenen hoheitlichen Rechten zur Ermittlung und Aufklärung ausgestattet.⁵⁸ Ohne spezifische Regelungen haben die Mitarbeiter*innen einer Ombudsstelle folglich keinerlei eigene unabhängige Befugnisse.⁵⁹ Der für sie relevante Sachverhalt ergibt sich dementsprechend aus der Erzählung des*der Ratsuchenden und nur dann, wenn er*sie die Ombudsstelle dazu ermächtigt, darf die Sichtweise der Gegenseite eingeholt werden. Im Verhältnis zu den Ratsuchenden können die Mitarbeiter*innen der Ombudsstellen zu diesem Zweck als Beistände oder Bevollmächtigte auftreten.⁶⁰

Dementsprechend stellt sich die Frage, ob es im Rahmen von Ausführungsgesetzen nicht zielführend sein dürfte, solche eigenen Befugnisse der Ombudsstelle aufzunehmen. So sieht bspw. das Ausführungsgesetz des Saarlands eigene Einsichtsrechte der in der Ombudschaft tätigen Personen vor (§ 41 AG KJHG).⁶¹ Dass sich daraus aber ein Anspruch auf Einsicht ohne Beauftragung derjenigen Person ergibt, in deren Akte Einsicht genommen werden soll, dürfte rechtsstaatlich nicht zu begründen sein. Sinnvoller erscheint daher die Formulierung im Ausführungsgesetz des Landes Niedersachsen, die in § 16f bestimmt, dass die Träger der öffentlichen und freien Jugendhilfe verpflichtet sind, den geförderten Ombudsstellen unter Beachtung der für sie geltenden datenschutzrechtlichen Bestimmungen Auskunft zu erteilen und zu einer Klärung bestehender Fragestellungen und Konflikte beizutragen. Mit der Verknüpfung zum Datenschutz ist sichergestellt, dass die Befugnis im Einzelfall durch Beauftragung und Bevollmächtigung auch vorliegt.

Gerade wenn es in der Zielsetzung der ombudschaftlichen Tätigkeit im Kern darum geht, jungen Menschen und ihren Familien zu ermöglichen oder zu erleichtern selbstbestimmt zu interagieren, muss die Selbstbestimmung im Einzelfall wesentliche Beachtung finden. In der verfahrensrechtlichen Übertragung heißt dies, dass die Befugnisse der Ombudspersonen immer nur so weit reichen können, wie dies über die Selbstbestimmung der Betroffenen auch gedeckt ist.

Liegt die Beauftragung vor, so lassen sich Verfahrensrechte zwar über die Rolle als Bevollmächtigte oder Beistand ableiten.⁶² Dennoch dürften Regelungen für die Praxis der Ombudsstellen zielführend sein, die die Träger der öffentlichen und freien Jugendhilfe zur Kooperation verpflichten, um die Position der in der Ombudschaft tätigen Personen zu stärken und Augenhöhe herzustellen.⁶³

e. Aufklärung, Lobbyarbeit, Öffentlichkeits- und Netzwerkarbeit

Aus der rechtlichen Grundlage des § 9a SGB VIII lässt sich an keiner Stelle eine übergeordnete Tätigkeit von Ombudsstellen entnehmen. Die Rechtspflicht zur Einrichtung von Ombudsstellen scheint allein auf die Möglichkeit ihrer Inanspruchnahme im Rahmen einer individuellen Konfliktlage hinzuweisen.

Hierin läge ein Widerspruch zum Selbstverständnis insbesondere der im Bundesnetzwerk Ombudschaft in der Jugendhilfe organisierten Ombudsstellen, die es als festen Bestandteil der Tätigkeiten aller Ombudsstellen ansehen, über die Einzelfallberatung hinaus jugendhilfepolitische Aktivitäten z.B. in Form von Öffentlichkeitsarbeit, Fortbildungen und/oder Fachta-

⁵⁸ Kepert, in: LPK-SGB VIII, § 9a Rn. 12.

⁵⁹ DIJuF, 2023, S. 16 f..

⁶⁰ Umfassend Schindler, 2019.

⁶¹ Amtsblatt des Saarlandes (Amtsbl. I S. 236).

<https://www.amtsblatt.saarland.de/jportal/portal/t/5qv/page/>

fpverksl.psm!jsessionid=D528148908C1CDBAFDF0A6806D63735A.jp26?nid=VB-SL-ABII2023235-G&cmsuri=%2Fverkuendung%2Fde%2Fsaarland%2Fnachrichten%2Fzeigenachricht.jsp.

⁶² Schindler 2019.

⁶³ Kepert, in: LPK-SGB VIII, § 9a Rn. 12 f..

gungen zu entfalten und die Fachöffentlichkeit über die Ergebnisse und Entwicklungen der ombuderschaftlichen Beratungstätigkeit regelmäßig zu informieren, um so die strukturelle Weiterentwicklung in der Jugendhilfe auf der Grundlage von Erfahrungen aus der ombuderschaftlichen Arbeit zu forcieren.⁶⁴ Dieses Selbstverständnis der ombuderschaftlichen Tätigkeit werden jedoch auch die nicht im o.g. Netzwerk organisierten Ombudsstellen häufig teilen.

Des Weiteren bedarf es der Netzwerkarbeit, um Ratsuchende auf (geeigneter) Beratungs- und/oder Hilfeangebote möglichst passgenau verweisen zu können. Denn hier liegt eine aktuelle Besonderheit mit der gesetzlichen Grundlage: Es wird einerseits zu einer „bedarfsgerechten“ Versorgung verpflichtet, bei der andererseits Bedarfe durch das Angebot letztlich erst geweckt werden müssen. Die erste Statistik der ombuderschaftlichen Beratung in Deutschland hat als Grundlage für das Jahr 2021 bundesweit 2.082 erhobene Fällen in der Verantwortung von 14 Ombudsstellen in 12 Bundesländern erfasst.⁶⁵ Die Erhebung zeichnet damit ein Bild der Leistungsfähigkeit der bisher entstandenen Struktur, mit dem auch deutlich wird, dass es für Betroffene bislang keinen verlässlichen und niedrigschwelligen Zugang gibt. In der Folge werden viele von der Möglichkeit ombuderschaftlicher Unterstützung gar nicht wissen.

In der Umsetzungspraxis erscheint eine Klärung der Begrifflichkeiten Aufklärung, Lobbyarbeit, Öffentlichkeits- und Netzwerkarbeit noch dringend erforderlich. So möchte bspw. Bremen mit einer Ausschreibung für die Einrichtung von Ombudsstellen ausdrücklich ein konzeptionelles Verbot der Lobbyarbeit verankern.⁶⁶ Dies wird damit begründet, dass nur der Auftrag einer fachpolitischen Öffentlichkeits-

arbeit aus dem SGB VIII abgeleitet werden und somit als Aufgabe der Ombudsstelle verstanden werden könne. Fachpolitische Lobbyarbeit zeichne sich dagegen durch eine (öffentliche) Vertretung der Interessen der Betroffenen in politischen Entscheidungsprozessen aus. Diese finde zumeist im Kontext eines organisierten Zusammenschlusses bzw. Verbands statt, der Methoden anwendet, um eine Vielzahl unterschiedlicher Forderungen zu vereinheitlichen, zu selektieren und zu artikulieren, um die Interessen der Mitglieder bzw. Betroffenen im politischen Entscheidungssystem durchzusetzen. Die Struktur der Ombudsstelle würde diesem Ziel des Zusammenschlusses entgegenstehen. Außerdem sei der Auftrag der Ombudsstelle nicht gleichzusetzen mit einer Interessenvertretung im politischen Feld, auch da kaum objektivierbare Mittel zur Erhebung, Bündelung und Auswahl der Interessen der Betroffenen im Sinne ihres selbstformulierten Willens in der einzurichtenden Struktur verfügbar seien. Dass die so verstandene Lobbyarbeiten ins Aufgabenspektrum der Ombudsstellen falle, lasse sich weder aus der bundesgesetzlichen Regelung selbst noch der Gesetzesbegründung ableiten, so dass der regelhafte Ausschluss dieser Tätigkeit aus dem Aufgabenspektrum der Ombudsstelle nicht als Eingriff in das Prinzip der nicht-weisungsgebundenen Unabhängigkeit zu werten sei.

Interessant bei dieser Begründung ist die dezidierte Abgrenzung einer vermeintlich objektiv angenommenen fachpolitischen Öffentlichkeitsarbeit zu einer Interessenvertretung der jungen Menschen. Der definitorische Kunstgriff zur Auslegung des Begriffs der Lobbyarbeit soll diese nicht nur außerhalb der kinder- und jugendhilferechtlichen Aufgaben stellen, sondern impliziert, dass eine objektive Interessenvertretung methodisch gar nicht möglich sei. Dem

⁶⁴ Len/Manzel/Tomaschowski, 2022, S. 212; BNO, 2021, S. 11.

⁶⁵ BNO/Straus, 2022.

⁶⁶ Senatorin für Soziales, Jugend, Integration und Sport Bremen, 2022, S. 5 f..

ist die Erkenntnis gegenüberzustellen, dass massive Verletzungen der persönlichen, sozialen und kulturellen Rechte von jungen Menschen⁶⁷ nicht nur deutlich machen, wie schwer es für Kinder und Jugendliche sein kann, in solchen Fällen die Verletzung ihrer Rechte gegenüber Institutionen und organisationalen Verfahren auch und gerade innerhalb der Kinder- und Jugendhilfe zunächst überhaupt deutlich zu machen und für Abhilfe einzutreten. Dies liegt nicht zuletzt an der Struktur des korporatistischen Wohlfahrtsstaats, der den Pfad für eine protektionistische Kindheits- und Jugendpolitik gelegt hat.⁶⁸ Diese Erkenntnisse sind letztlich Grund für die Entwicklung ombudschaftlicher Tätigkeit in Deutschland.

Wenn sich – wie dargelegt – die Aufgabe der Ombudschaft in besonderem Maße der Stärkung der Selbstbestimmung der jungen Menschen in einem immer noch korporatistisch geprägten Wohlfahrtsstaat annimmt, kann dies nicht allein im Einzelfall erreicht werden. Es bedarf der „Lobbyarbeit“ um sich für die Rechte der Betroffenen auf einer fachpolitischen, übergeordneten Ebene einzusetzen. Daher gehört es zum Selbstverständnis von Ombudschaft in der Jugendhilfe, sich in fachöffentliche Debatten parteilich für junge Menschen einzumischen.⁶⁹ Dabei ist es selbstverständliches Ziel, Räume für die Betroffenen zu schaffen, um ihnen solidarische Zusammenschlüsse im Sinne einer Empowerment-Bewegung zu ermöglichen.⁷⁰ In diesem Kontext kommt auch dem neuen § 4a SGB VIII besondere Bedeutung zu, der sich zum Ziel setzt, die Selbstvertretungen und Selbsthilfe von Adressat*innen anzuregen, zu fördern und diese in die Kinder- und Jugendhilfe strukturell einzubeziehen.⁷¹ Versteht man dies richtigerweise so, dass in der Kinder- und Jugendhilfe neben allen individuellen Hilfeentscheidungen zu-

künftig auch Organisations- und Strukturplanungen gemeinsam mit jungen Menschen und Eltern ausgestaltet werden müssen, kann daraus nur eine enge Zusammenarbeit zwischen den selbstorganisierten Zusammenschlüssen und den Ombudsstellen folgen.

Selbst wenn es angesichts der Rechtsgrundlage nicht verbindlich vorzugeben ist, so erscheint es angesichts der Wirksamkeit der Aufgaben der Ombudschaft wichtig, dass die Ausführungsgesetze der Länder für die Lobby-, Öffentlichkeits- und Netzwerkarbeit von Ombudsstellen Grundlagen schaffen bzw. diese in ihren konzeptionellen Vorgaben einbinden.⁷² Im Ergebnis soll dies dazu führen, dass das entsprechende Engagement auch in der Finanzierungsverantwortung berücksichtigt wird.

Geschieht dies nicht, so kann die Arbeit nur in Eigenverantwortung ausgeführt werden. Anders als die Schlussfolgerung der Bremer Konzeption ist jedoch ein Eingriff in die Unabhängigkeit der ombudschaftlichen Tätigkeit anzunehmen, wenn ihnen Lobbyarbeit explizit verboten wird – also die Finanzierung quasi unter den Vorbehalt gestellt wird, sich einer wichtigen Aufgabe nicht anzunehmen.

3. Unabhängigkeit und fachliche Weisungsungebundenheit

Mit § 9a S. 2 SGB VIII hat der Bundesgesetzgeber die unabhängige Arbeit und fachliche Weisungsungebundenheit von Ombudsstellen verbindlich geregelt.

Wurde als Wesensmerkmal ombudschaftlicher Tätigkeit die Bestrebung erkannt, strukturelle Machtasymmetrien auszugleichen, versteht sich von selbst, dass die Ombudsstellen von den entsprechenden Macht-

⁶⁷ Schröder/Thomas, 2022, S. 345 unter Verweis auf Forum Erziehungshilfen 2/2021, Berichte der Unabhängigen Kommission zur Aufarbeitung sexuellen Kindesmissbrauchs 2021.

⁶⁸ Schröder/Thomas, 2022, S. 346.

⁶⁹ Len/Manzel/Tomaschowski, 2022, S. 212.

⁷⁰ Ebd. S. 1213.

⁷¹ Dionisius/Hopmann/Koch/Möller/Wedermann/Schröder, 2023.

⁷² BNO, Selbstverständnis, 2021, S. 4.

strukturen unabhängig tätig sein müssen, sodass die fachliche Weisungsungebundenheit als konstituierend anzusehen ist. D.h. ganz grundsätzlich dürfen keine Interessen von freien oder öffentlichen Trägern der Jugendhilfe die ombudschaftliche Beratung im Einzelfall, die weitere ombudschaftliche Arbeit (z.B. Fortbildungen und Öffentlichkeitsarbeit) oder andere Entscheidungen einer Ombudsstelle, wie etwa die Personalauswahl, beeinflussen.⁷³

Was mit der gesetzlichen Regelung als fachpolitische Notwendigkeit diskutiert und anerkannt wurde,⁷⁴ dürfte in der Praxis unter Berücksichtigung der angestrebten Leistungsfähigkeit und ausreichenden Infrastruktur von Ombudsstellen durchaus auch Herausforderungen bereithalten. Denn die Nutzung von Synergieeffekten mag eine berechtigte Überlegung bei der Errichtung von Ombudsstellen sein. D.h. Angebote freier oder öffentlicher Träger, die sich mit Beratung und Unterstützung als Hilfeleistung beschäftigen und im Feld der Kinder- und Jugendhilfe fest verankert sind, bringen viele Qualifikationen mit, die für eine hohe Qualität in der ombudschaftlichen Tätigkeit genutzt werden könnten. Eine (vollständige) Trennung kann in diesem Fall – trotz der berechtigten Forderung⁷⁵ – organisatorisch kaum durchgesetzt werden. So stellt sich die Frage, wie unabhängiges Arbeiten und fachliche Weisungsungebundenheit gleichzeitig mit möglichst hoher Qualität herzustellen sind.

Die Unabhängigkeit von Ombudsstellen wird in Literatur und Fachöffentlichkeit auf zwei – miteinander verschränkten – Ebenen beurteilt: der organisatorischen und der funktional-zweckgebundenen Unabhängigkeit.⁷⁶

Zur Sicherstellung der organisatorischen Unabhängigkeit von Ombudsstellen sollen ihre strukturelle Anbindung und Finanzierung möglichst weit entfernt von den Organisationen sein, mit denen Konflikte bestehen können bzw. die direkt in Fragen der Leistungsgewährung oder Leistungserbringung involviert sind.⁷⁷

Wie diese möglichst weite Entfernung in der Praxis umzusetzen ist, lässt das Bundesrecht indes offen. An dieser Stelle gewinnt die Befugnis der Länder insbesondere zur organisatorischen Ausgestaltung der Ombudsstellen erhebliche Bedeutung. Gleichzeitig besteht eine recht weite Freiheit, denn insbesondere der Begriff der Unabhängigkeit unterliegt einer weiten Auslegung. Hier wird man vergeblich eine rechtsverbindliche, trennscharfe Definition suchen.

So fordert etwa das Bundesnetzwerk Ombudschaft zur Herstellung der organisatorischen Unabhängigkeit, dass Ombudsstellen behörden- bzw. einrichtungsexterne Stellen sein müssen, also nicht in Trägerstrukturen leistungsgewährender oder leistungserbringender Träger der Jugendhilfe eingebunden sein dürfen und eine Organisationsform wählen, die ein unabhängiges Agieren gewährleisten kann (z.B. in Form eines eigenständigen Vereins).⁷⁸

Die Frage, ob eine solche organisatorisch-strukturelle Trennung Mindestvoraussetzung für die gesetzlich geforderte Unabhängigkeit ist, dürfte bei der Umsetzung kontrovers diskutiert werden, was schon jetzt die Umsetzung auf Landesebene deutlich macht.

So hatte der Landtag Brandenburg bspw. beschlossen, dass eine neu einzurichtende Ombudsstelle für Kinder und Jugendliche in den Einrichtungen erzie-

⁷³ BNO, 2020a.

⁷⁴ Vgl. insbs. BT-Drs. 19/26107, 75 f.; BR-Drs. 314/17, 4.

⁷⁵ Kepert, in: LPK-SGB VIII, § 9a Rn. 11.

⁷⁶ Rosenbauer/Schruth, 2019; Wiesner, in: ders. SGB VIII, § 9a Rn. 19; Bundesnetzwerk Ombudschaft, 2020a.

⁷⁷ Schruth, in: juris-PK SGB VIII, § 9a Rn. 31.

⁷⁸ Bundesnetzwerk Ombudschaft, 2020a; so auch Schruth, in: juris-PK SGB VIII, § 9a Rn. 31.

herischer Hilfen organisatorisch getrennt von der Verantwortung der Jugendämter sowie der Einrichtungsaufsicht tätig sein muss.⁷⁹ Baden-Württemberg hält dagegen ein Landesombudssystem vor, das als von den Trägern der Jugendhilfe unabhängig bezeichnet wird und dessen Berater*innen weisungsfrei arbeiten. Zugleich ist es aber organisatorisch beim Kommunalverband für Jugend und Soziales (KVJS), dem überörtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe, angegliedert.⁸⁰

Würde die organisatorische Trennung vom Träger der öffentlichen Jugendhilfe als Mindeststandard der Unabhängigkeit angesehen werden, ließe sich die Lösung in Baden-Württemberg mit dem Gesetz nicht vereinbaren. Eine entsprechende Eindeutigkeit fehlt auf gesetzlicher Grundlage. Im Gegenteil fordert der Wortlaut, dass die Ombudsstellen „unabhängig arbeiten“. Bei der Finanzierung der Ombudsstellen ist allerdings hervorzuheben, dass der Gesetzgeber mit der Zuweisung der Aufgabe an die Länder – und nicht an den überörtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe – strukturelle Voraussetzungen geschaffen hat, um eine von den Trägern der öffentlichen Jugendhilfe strukturell unabhängige Einrichtung und Finanzierung zu ermöglichen. Aber auch in diesem Bereich geht mit der Befugnis keine Verpflichtung der Länder einher, die Ombudsstellen organisatorisch von den Trägern der öffentlichen Jugendhilfe getrennt zu halten.

Im Ergebnis dürfte es in der Umsetzung vor allem auf die funktional-zweckgebundene Unabhängigkeit ankommen, die in Ergänzung zur organisatorischen Unabhängigkeit vor allem als konzeptionelle Herstellungsleistung zu verstehen ist.⁸¹ D.h. sie ist nicht (allein) durch strukturelle Vorgaben zu erreichen,

sondern durch die tatsächliche Umsetzung konzeptioneller Standards zur Sicherstellung von Unabhängigkeit.⁸²

Dies ist der Fall, wenn die Ombudsstelle selbstbestimmt entsprechend dem Zweck, den Zielen und der Qualitätskriterien ombudschaftlicher Arbeit eigenständig agieren kann. Bedenken hinsichtlich einer organisatorischen Einbindung können auf diese Weise konzeptionell ausgeglichen und vertraglich oder durch Verwaltungsvorgaben umgesetzt werden. Wird die Unabhängigkeit nicht bereits durch eine organisatorische Trennung weitestgehend hergestellt, kommt der Anforderung an die fachliche Weisungsfreiheit zusätzliche Bedeutung zu. Bei einer organisatorischen (vollständigen) Trennung von Trägern der öffentlichen oder freien Jugendhilfe hätte die fachliche Weisungsfreiheit keine eigene Bedeutung. Denn die Norm verlangt, dass die Ombudsstelle und nicht der*die einzelne Mitarbeiter*in fachlich nicht weisungsgebunden ist. Hieraus lässt sich ableiten, dass eine organisatorische Anbindung grundsätzlich rechtlich möglich sein dürfte, wenn die fachliche Weisungsungebundenheit ausdrücklich sichergestellt wird.

Es bedarf dann eines entsprechenden Begründungsaufwands, um für die Adressat*innen überzeugend die unabhängige Arbeit der Ombudsstelle darzustellen.⁸³ Eine lapidare Feststellung, dass ein Ombudssystem trotz organisatorischer An- bzw. Einbindung am überörtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe unabhängig sei, tut dem jedenfalls nicht Genüge.

Gleichzeitig muss gewährleistet sein, dass die organisatorisch-konzeptionell erfolgreich hergestellte unabhängige Arbeit der Ombudsstelle nicht durch

⁷⁹ Landtag Brandenburg Drucksache 7/472-B.

⁸⁰ Ministerium für Soziales, Gesundheit und Integration Baden Württemberg, o.J..

⁸¹ Schruth, in: juris-PK SGB VIII, § 9a Rn. 31.

⁸² Schruth, juris-PK SGB VIII, § 9a Rn. 31.

⁸³ Manzel, 2022, S. 261 ff..

den Einsatz von Personen unterlaufen werden kann, die ihrerseits in öffentliche oder freie Träger eingebunden sind. Für fest angestellte Mitarbeiter*innen dürfte das kein Problem darstellen. Beim Einsatz und der Anbindung von ehrenamtlich tätigen Personen dürfte das allerdings anders aussehen. Hier bedürfte es spezifischer konzeptioneller Überlegungen. So sollte nicht pauschal ausgeschlossen werden, dass Menschen, die bei einem Träger der freien oder öffentlichen Jugendhilfe angestellt sind, sich als Ehrenamtliche in Ombudsstellen engagieren können. Im Gegenteil kann deren berufliche Expertise einen wertvollen Beitrag leisten. Andererseits müssen spezifische Vorkehrungen getroffen werden, dass keine Überschneidungen von Beruf und Ehrenamt entstehen und nach außen darüber eine ausreichende Transparenz hergestellt wird.

Im Übrigen bedarf es für die funktional-zweckgebundene Unabhängigkeit insbesondere die fachlichen Kompetenzen, Autonomie und finanziellen Ressourcen, um die ombudschaftliche Tätigkeit in angemessener Qualität umzusetzen.⁸⁴

Schließlich ist daran zu denken, dass Unabhängigkeit kein statischer Zustand ist, sondern eine prozesshafte Entwicklung, bei der ein vermeintlicher status quo immer wieder zu hinterfragen und mit der aktuellen Realität abzugleichen ist.

4. Bedarfsgerechtes Angebot und Gewährleistungsverantwortung

Das Gesetz verwendet im Kontext der Sicherstellungspflicht der Länder den unbestimmten Rechtsbegriff „die dem Bedarf entsprechend errichteten Ombudsstellen“. Gleichzeitig wird die Anwendbarkeit

der in § 17 Abs. 1 bis 2a SGB I geregelten Gewährleistungsverantwortung verbindlich vorgeschrieben. Zum allgemeinen Inhalt und der Bedeutung wurde unter B.I.1. schon umfänglich ausgeführt. Nachfolgend geht es um die konkreteren Vorgaben, die mit der Gewährleistungsverantwortung nach § 17 SGB I einhergehen.

Zur Gewährleistungsverantwortung gehört, dass die Berechtigten die ihnen zustehenden Sozialleistungen in zeitgemäßer Weise, umfassend und zügig erhalten (§ 17 Abs. 1 Nr. 1 SGB I), dass die zur Ausführung von Sozialleistungen erforderlichen Dienste und Einrichtungen rechtzeitig und ausreichend zur Verfügung stehen (§ 17 Abs. 1 Nr. 2 SGB I), dass der Zugang zu Sozialleistungen möglichst einfach gestaltet wird (§ 17 Abs. 1 Nr. 3 SGB I) und dass Verwaltungs- und Dienstgebäude der Leistungsträger frei von Zugangs- und Kommunikationsbarrieren sind und Sozialleistungen in barrierefreien Räumen und Anlagen ausgeführt werden.

Mit § 17 Abs. 2 und Abs. 2a SGB VIII wird auf die besonderen Bedarfe von Menschen mit Behinderungen abgestellt und somit die Anforderung der Barrierefreiheit spezialisiert (vgl. B.II.4.c.bb.).

In der Folge werden die Anforderungen aus der Bedarfsgerechtigkeit nach § 9a SGB VIII und der Gewährleistungsverantwortung aus § 17 Abs. 1 bis 2a SGB I gemeinsam behandelt, da in der Sicherstellung eines bedarfsgerechten Angebots von Ombudsstellen nach § 9a SGB VIII auch eine Konkretisierung der in § 17 Abs. 1 SGB I aufgeführten Kriterien der Gewährleistungspflicht zu erkennen ist.

⁸⁴ BNO, 2020a.

a. Umfassend und bedarfsgerecht mit Blick auf Zugang und Anzahl

Mit § 17 Abs. 1 Nr. 2 SGB I wird die rechtzeitige und ausreichende Sicherstellung von Diensten vorgegeben und in § 9a SGB VIII ausdrücklich festgelegt, dass die Errichtung von Ombudsstellen „dem Bedarf entsprechend“ erfolgen muss. In diesem Sinne ist der Begriff „ausreichend“ aus § 17 Abs. 1 Nr. 2 SGB I so zu verstehen, dass dies erfüllt ist, wenn der Bedarf mit der vorgehaltenen Anzahl von Ombudsstellen gedeckt werden kann. Auch der Begriff „umfassend“ in § 17 Abs. 1 Nr. 1 SGB I hat eine quantitative Komponente, da demnach alle in einer bestimmten Bedarfssituation zustehenden Leistungen erbracht werden müssen.

Eine Bedarfsdeckung setzt die Kenntnis vom Bedarf voraus. Die im Bundesnetzwerk Ombudschaft in der Jugendhilfe e. V. (BNO) zusammengeschlossenen Ombudsstellen haben zu Beginn des Jahres 2021 erstmals eine bundesweit einheitliche Statistik zu ombudschaftlicher Beratung in der Kinder- und Jugendhilfe erfasst.⁸⁵ Die Grundlage für diese erste bundesweite Statistik bilden 2.082 Fälle, die von 14 Ombudsstellen aus zwölf Bundesländern beigetragen wurden. Damit sind zwar ein Großteil der aktuell existierenden Ombudsstellen der Kinder- und Jugendhilfe repräsentiert und sagt die Statistik etwas zum tatsächlichen Fallaufkommen in 2021 aus, aber daraus lassen sich gerade keine Rückschlüsse auf den Bedarf an ombudschaftlicher Beratung nach § 9a SGB VIII in der Jugendhilfe ziehen. Denn das Beratungsangebot der meisten Ombudsstellen bezog sich zum Erhebungszeitpunkt nur auf Hilfen zur Erziehung und angrenzende Bereiche. Zudem waren viele Ombudsstellen zum Erhebungszeitpunkt

überlastet und hatten bspw. Schließzeiten oder den Stopp weiterer Fallaufnahmen veranlasst. Des Weiteren ist die Möglichkeit, bei Konflikten mit der Jugendhilfe eine Ombudsstelle aufzusuchen, bislang oft wenig bekannt. Eine qualitative Bedarfsermittlung ist auch nicht explizit als Aufgabe nach § 9a SGB VIII normiert. Dieser setzt die Kenntnis vielmehr voraus.

Annahmen zur Bedarfsgerechtigkeit finden sich in der Gesetzesbegründung ansatzweise bzgl. der Finanzierungspflichten, die sich aus der Umsetzung des Kinder- und Jugendstärkungsgesetzes ergeben.⁸⁶ Bedarfsgerecht ist nach der Stellungnahme des Nationalen Normenkontrollrates gem. § 6 Absatz 1 NKRG zum Gesetzentwurf eine Infrastruktur von Ombudsstellen dann, wenn es angesichts der vorhandenen Problemlagen ausreichend viele Anlaufstellen für junge Menschen und ihre Familien gibt, die fachlich unabhängig und nicht weisungsgebunden arbeiten können, sodass sie die Rechte von jungen Menschen und ihren Familien wirksam stützen und auch niedrigschwellig zur Vermittlung und Klärung von Konflikten beitragen können.⁸⁷

Eine konkretisierte Berechnung des Erfüllungsaufwands findet sich mit der Tabelle auf S. 61 der Gesetzesbegründung.⁸⁸ Hier wird in den Zeilen 4 und 5 der Erfüllungsaufwand mit der Vorschrift des § 9a SGB VIII dargelegt. Während Zeile 4 sich mit einmaligen Kosten beschäftigt, wird in Zeile 5 der laufende „Unterhalt von Ombudsstellen auf regionaler Ebene“ beschrieben. Die Schätzung zum Erfüllungsaufwand geht offenbar von insgesamt 60 regionalen Ombudsstellen (Fallzahl = 60) aus, ohne diese Annahme weiter zu erläutern. Sie ließe sich bspw. damit erklären, dass man bei großen Bundesländern von sechs regionalen Ombudsstellen ausgeht, bei Stadt-

⁸⁵ BNO/Straus, 2022.

⁸⁶ BT-Drs. 19/26107, S. 59 ff.

⁸⁷ BT-Drs. 19/26107, Anlage 2, Stellungnahme des Nationalen Normenkontrollrates gem. § 6 Absatz 1 NKRG, S. 139.

⁸⁸ BT-Drs. 19/26107, S. 61.

staaten von einer regionalen Ombudsstelle und bei „mittelgroßen“ Bundesländern von drei bis fünf regionalen Ombudsstellen. Ganz offensichtlich wird keine regionale Versorgung nach Jugendamtsbezirken angenommen, sondern in größeren regionalen Einheiten gedacht.

Die weitere Berechnung zum Erfüllungsaufwand nimmt bei den 60 regionalen Ombudsstellen jeweils Personal für 720.000 Minuten (=12.000 Stunden) Arbeitszeit pro Jahr an, die mit 36,10 Euro Stundenlohn angesetzt wird. Dies führt zum kalkulierten Erfüllungsaufwand von bundesweit 25.992.000 Euro.⁸⁹ Beachtlich ist, dass dieser Schätzung zwar ca. sieben Vollzeitstellen pro regionaler Ombudsstelle zugrunde liegen, Sachkosten aber nicht eingerechnet werden. Wenn allerdings 433.200 EUR jährlich pro regionaler Ombudsstelle angesetzt werden, dürfte dies – zumal im Verhältnis zur aktuellen Situation – alle weiteren Kosten für die funktionsgerechte Ausstattung der Ombudsstelle umfassen.

Bei den Berechnungen ist natürlich zu bedenken, dass die Bundesgesetzgebungsorgane formalrechtlich hierzu verpflichtet sind und sie nicht den Anspruch erheben, auf Grundlage einer fundierten Bedarfsermittlung vorgenommen worden zu sein. Soweit die Berechnungen der Kosten des Gesetzesvollzugs also eher theoretischer Natur sind, bleibt doch festzuhalten, dass die Ausführungen zur Bedarfsgerechtigkeit in der Gesetzesbegründung als praxisleitend angesehen werden müssen. Kommt es bspw. bei der Finanzierung von Ombudsstellen zum Streit, könnte die Frage der Bedarfsgerechtigkeit eine wesentliche Rolle spielen.

Der Bedarf soll sich nach den „vorhandenen Prob-

lemlagen“ richten, für die es ausreichend viele Anlaufstellen für junge Menschen und ihre Familien geben muss.

In einem ersten Schritt geht es damit um die Sicherstellung eines quantitativ ermittelten Bedarfs. Daraus sollte sich die nahezu zwingende Verknüpfung mit den Aufgaben der örtlichen Jugendhilfeplanung ergeben (§ 80 SGB VIII; vgl. B.II.4.d.). Denn offenkundig dürfte bislang eine verlässliche Kenntnis über „vorhandene Problemlagen“ nicht vorhanden sein, denen mit der Vorhaltung von Ombudsstellen begegnet werden kann. Hierfür sind die regionalen Erkenntnisse von Bedeutung.

b. Zeitgemäß und bedarfsgerecht mit Blick auf Inhalt und Qualität

§ 17 Abs. 1 SGB I schreibt vor, dass Leistungsträger verpflichtet sind, darauf hinzuwirken, dass jede*r Berechtigte die ihm*ihm zustehenden Sozialleistungen in zeitgemäßer Weise, umfassend und zügig erhält, dass der Zugang zu den Sozialleistungen möglichst einfach gestaltet wird, insbesondere durch Verwendung allgemein verständlicher Antragsvordrucke und ihre Verwaltungs- und Dienstgebäude frei von Zugangs- und Kommunikationsbarrieren sind und Sozialleistungen in barrierefreien Räumen und Anlagen ausgeführt werden.

Zeitgemäß bedeutet nicht nur, dass Sozialleistungen unter Verwendung moderner Verwaltungs- und Informationstechnologien erbracht werden, sondern sie müssen auch den aktuellen Regeln der fachlichen Kunst sowie den neuesten wissenschaftlichen Erkenntnissen entsprechen.⁹⁰ An dieser Stelle erfolgt eine Verknüpfung der bundesgesetzlichen Grundlage

⁸⁹ BT-Drs. 19/26107, S. 139.

⁹⁰ Angermaier, in: Wagner u.a., SGB I, § 17 Rn. 6.

zur Sicherstellung von Ombudsstellen mit dem aktuellen Standard der Fachöffentlichkeit.⁹¹ Die Bundesgesetzgebungsorgane haben die Norm nicht in einen „luftleeren Raum“ hinein kreierte, sondern erkennbar Bezug auf die Praxisentwicklung der Ombudsstellen genommen.⁹² Diese wiederum ist vom Bundesnetzwerk Ombudschaft geprägt, dessen Mitglieder auf der Grundlage teils langjähriger ombudschaftlicher Beratungserfahrungen im Bereich der erzieherischen Hilfen sich auf die nachfolgenden zentralen inhaltlichen Positionen und Qualitätskriterien ombudschaftlicher Beratung verständigt haben:⁹³

- unabhängige und transparente Beratung,
- Freiwilligkeit der Inanspruchnahme des Beratungsangebots,
- Beratung und Begleitung nur durch Beauftragung der Anfragenden,
- Beratung und Begleitung nach dem Vier-Augen-Prinzip,
- Ergebnissicherung durch Dokumentation und Reflexion,
- handlungsleitend ist das Kindeswohl,
- Fachlichkeit durch Beratung von sozialpädagogisch oder juristisch erfahrenen Mitarbeitenden,
- Qualitätssicherung durch Kooperation im Bundesnetzwerk.

Von dieser fachlichen Prägung werden die Länder bei der Wahrnehmung der Sicherstellungsverantwortung nicht bzw. nicht ohne Begründungsaufwand abweichen können, denn aktuell dürften diese Qualitätskriterien den Standard für die Regeln der fachlichen Kunst in der Ombudschaft setzen.

c. Barrierefreiheit und Bedarfsgerechtigkeit mit Blick auf Niedrigschwelligkeit

Eine Erweiterung der zu erfüllenden Kriterien einer bedarfsgerechten Ombudsstelle dürfte im Vergleich zur aktuellen Fachpraxis in der niedrigschwelligen Zugänglichkeit und in der Barrierefreiheit liegen.

aa. Niedrigschwelligkeit

Der in der Gesetzesbegründung an zentraler Stelle eingeführte Begriff der Niedrigschwelligkeit der Ombudsstellen führt in zweierlei Hinsicht zu Herausforderungen:

Zum einen muss er im Rahmen des persönlichen Anwendungsbereichs Beachtung finden. Sofern die Begriffe „junge Menschen und ihre Familien“ als Parameter für eine Einschränkung des Zugangs verstanden werden (vgl. B.II.1), mag dies mit dem Begriff der Niedrigschwelligkeit im Widerspruch stehen.

Denn hierbei ist zu berücksichtigen, dass ein möglichst niedrigschwelliger Zugang für die Betroffenen bedeuten kann, dass sich zunächst Freund*innen, Fachkräfte oder weitere Bezugspersonen in ihrem Interesse an die Ombudsstelle wenden. Würde diesen eine Beratung unter Hinweis auf den persönlichen Anwendungsbereich verwehrt werden, wäre ein wichtiger Zugang unterbunden und Niedrigschwelligkeit gerade nicht hergestellt.

Eine weitere Verknüpfung mit der Anforderung von Niedrigschwelligkeit dürfte in der inhaltlichen Arbeit zu finden sein. Im „Selbstverständnis“ des BNO wird als Inhalt ombudschaftlicher Tätigkeit neben der individuellen Beratung auch die (fach-)politische Lobbyarbeit für eine bedarfsgerechte und adres-

⁹¹ Vgl. LT-Drs. 18/10078, S. 5.

⁹² Smessaert, in: FK-SGB VIII, § 9a Rn. 4.

⁹³ BNO, o .J.

sat*innenorientierte Jugendhilfe und eine Sozialpolitik verstanden, die „positive Lebensbedingungen für junge Menschen und ihre Familien“ (§ 1, Abs. 3, Satz 4 SGB VIII) schafft. Wenngleich (fach-)politische Lobbyarbeit in der Regelung des § 9a SGB VIII keine Verankerung findet, so dürfte die entsprechende Tätigkeit zur Herstellung von Niedrigschwelligkeit nicht nur notwendig sein, sondern auch spezifischer Ausformung bedürfen (vgl. B.II.2.e.).

Niedrigschwellige Erreichbarkeit von Ombudsstellen für junge Menschen lässt sich nicht durch eine einmalige Information über deren Existenz erreichen. Will man Kindern und Jugendlichen eine unabhängige Beschwerdemöglichkeit nicht nur einräumen, sondern die Inanspruchnahme sicherstellen, so muss Niedrigschwelligkeit aktiv und prozesshaft hergestellt werden. Es bedarf der engen Verknüpfung nicht nur (wie bisher) mit stationären Angeboten der Kinder- und Jugendhilfe, sondern auch und gerade mit den infrastrukturellen Angeboten.⁹⁴ Das bedeutet bspw. Kooperationen mit der Selbstvertretung der untergebrachten jungen Menschen und in diesem Kontext auch ein fallunabhängiges aktives Aufsuchen von Angeboten. Gleichzeitig ist mit der Erweiterung des Aufgabenfelds das Netzwerk vor allem mit den infrastrukturellen Angeboten⁹⁵ aufzubauen bzw. zu stärken.

Weitere Schwellen, die es abzubauen gilt, können räumlich (z.B. Entfernung) oder zeitlich (z.B. Öffnungszeiten) determiniert sein, aber auch lebenslagenorientierte (z.B. psychische Erkrankung) oder psychologische (z.B. Scham) Aspekte betreffen, und subjektiv variieren.⁹⁶ Zur Überwindung solcher Schwellen dürfte insbesondere die Nutzung aller denkbaren Zugangswege gefördert werden. Dazu ge-

hören neben den klassischen Zugängen durch Telefon, Mail und Postbrief insbesondere (daten-)sichere Onlinezugänge in Verknüpfung mit sozialen Medien.

Um die Gewährleistungsverantwortung unter Beachtung der Niedrigschwelligkeit sicherzustellen, eröffnen sich für die Länder einerseits zahlreiche Möglichkeiten. Andererseits dürften hier Vorgaben schnell zu kleinteilig sein – dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Frage des niedrigschwelligen Zugangs kontinuierlich reflektiert werden sollte.⁹⁷ Insofern erscheint es zielführend, die Niedrigschwelligkeit einerseits durch Absicherung der Erreichbarkeit sicherzustellen und darüber hinaus die Ombudsstellen eher abstrakt zum niedrigschwelligen Zugang zu verpflichten, um ihnen den Gestaltungsspielraum dafür weitgehend zu überlassen.

bb. Barrierefreiheit

Mit dem Verweis auf § 17 Abs. 1 bis 2a SGB I geht die Forderung eines barrierefreien Zugangs zu den Ombudsstellen einher und verpflichtet die Länder damit auch unmittelbar. Barrierefreiheit ist in § 4 BGG definiert. Unter Barrieren sind nicht etwa nur gegenständliche Hindernisse, wie Treppen, Stolperstufen, schmale Türen oder enge Gänge zu verstehen. Gemeint sind Barrieren in einem umfassenden Sinne, also etwa auch Schranken für die Kommunikation seh- und hörbehinderter Menschen.⁹⁸ Ebenso wenig ist der Begriff beschränkt auf Barrieren – beispielsweise – an Gebäuden, Wegen, Automaten, Geräten oder Internetseiten, er erfasst alle „gestalteten“ Lebensbereiche.

Dem Anliegen der Barrierefreiheit tragen ferner § 17 Abs. 2 und Abs. 2a SGB I Rechnung, demnach zur Barrierefreiheit auch die barrierefreie Kommu-

⁹⁴ BNO, 2022.

⁹⁵ Van Santen, 2006.

⁹⁶ Len, 2022, S. 249.

⁹⁷ Len, 2022, S. 257.

⁹⁸ Dau, in: LPK-SGB IX, BGG § 4 Rn. 3.

nikation für Menschen mit Erblindung oder Sehbehinderung in den elektronischen Medien sowie für Menschen mit Hör- oder Sprachbehinderung die Kommunikation mittels Gebärdensprachdolmetschen oder mit anderen Kommunikationshilfen und die Leichte Sprache gehören.⁹⁹ Barrierefreiheit ist gegeben, wenn behinderte Menschen umfassenden Zugang zu den gestalteten Lebensbereichen haben, diese auffinden und uneingeschränkt nutzen können. „Umfassend“ ist eine nur mit fremder Hilfe mögliche Nutzung erst, wenn sich die fremde Hilfe auch bei optimaler Gestaltung nicht vermeiden lässt. Das Konzept der Barrierefreiheit will danach behinderten Menschen ihre Umwelt nicht durch „behindertengerechte“ oder „behindertenfreundliche“ Sonderlösungen erschließen, sondern von vornherein die Kontextfaktoren im Lebensumfeld so gestalten, dass sie „behinderte Menschen“ nicht behindern.

Insofern ist der Begriff der Barrierefreiheit für die Einrichtung von Ombudsstellen weit zu verstehen und muss sich nicht nur auf die Zugänglichkeit, sondern auch auf die tatsächliche Nutzbarkeit der Ombudsstellen für Adressat*innen mit körperlichen, geistigen und seelischen Einschränkungen sowie Sinnesbeeinträchtigungen beziehen.

Diese Anforderung erhält unter Beachtung der Aufgabenerweiterung aus § 9a SGB VIII auf alle Aufgaben nach § 2 SGB VIII besondere Bedeutung. Denn schon jetzt richten sich Angebote der Familienförderung, der Schulsozialarbeit und der Kindertagesförderung auch an junge Menschen mit körperlichen, geistigen oder Sinnesbeeinträchtigungen. Während die bisherige Kerntätigkeit der Ombudsstellen im Bereich der erzieherischen Hilfen oder der Eingliederungshilfe für junge von seelischer Behinderung

betroffene oder bedrohte Menschen lag, bei der die Vorrangregelung des § 10 Abs. 4 S. 2 SGB VIII umfänglich greift, müssen andere Leistungen und Aufgaben der Kinder- und Jugendhilfe schon jetzt auch für Menschen mit körperlichen, geistigen und Sinnesbeeinträchtigung verfügbar sein.¹⁰⁰

Dementsprechend sind Konflikte nicht nur auch sondern gerade für Menschen mit solchen Beeinträchtigungen nicht nur denkbar, sondern gehören Eltern mit Behinderungen und/oder chronischen Erkrankungen, die Konflikte mit der Kinder- und Jugendhilfe haben, seit jeher zur Zielgruppe von Ombudsstellen. Dennoch zeigt die Erfahrung, dass die Kinder- und Jugendhilfe von einem inklusiven Selbstverständnis noch weit entfernt ist. Dementsprechend sollten Ombudsstellen gerade an der Anforderung der Barrierefreiheit Maßstäbe setzen und sich aktiv um die Zugänglichkeit für Menschen mit körperlichen, geistigen, seelischen und Sinnesbeeinträchtigungen bemühen.

d. Verknüpfung mit der örtlichen Jugendhilfeplanung

Wurde unter B.I.2. festgestellt, dass die rechtlichen Regelungen der Kinder- und Jugendhilfe keine umfassende unmittelbare Anwendung finden, ist dies bei der Pflicht zur Jugendhilfeplanung nach § 80 SGB VIII relevant: diese adressiert nur die Träger der öffentlichen Jugendhilfe. Sofern ihnen für die Sicherstellung von Ombudsstellen keine Zuständigkeit zugewiesen wurde, stehen sie auch für die Planung bei der Einrichtung von Ombudsstellen nicht in der Verantwortung.

Gleichzeitig muss im Rahmen der Jugendhilfepla-

⁹⁹ Winkler, in: Neuman u. a., BGG § 4 Rn. 4.

¹⁰⁰ Wiesner, in: ders., SGB VIII, § 10 Rn. 50.

¹⁰¹ Raabe, 2022, S. 421.

nung eine sachgerechte Verbindung erfolgen.¹⁰¹ Die Träger der öffentlichen Jugendhilfe sind hierzu auch über § 80 Abs. 5 SGB VIII verpflichtet, denn sie sollen darauf hinwirken, dass die Jugendhilfeplanung und andere örtliche und überörtliche Planungen aufeinander abgestimmt werden und die Planungen insgesamt den Bedürfnissen und Interessen der jungen Menschen und ihrer Familien Rechnung tragen. Dazu würde also gehören, dass die örtliche Planung die Möglichkeiten der Inanspruchnahme von Ombudsstellen der im eigenen Zuständigkeitsbereich lebenden Bürger*innen abstimmt. Da die Regelung des § 80 Abs. 5 SGB VIII denkbar allgemein gehalten ist, würde die Norm erheblich an Verbindlichkeit gewinnen, wenn landesrechtliche Ausführungsgesetze eine ausdrückliche Verknüpfung mit der Jugendhilfeplanung aufnehmen – und zwar auch dann, wenn die Zuständigkeit für die Sicherstellung nicht an den Träger der öffentlichen Jugendhilfe übertragen wird.

Während also die Länder in der Sicherstellungsverantwortung stehen und aus dieser Perspektive Erkenntnisse darüber gewinnen müssen, um ihre Pflicht zu einer bedarfsgerechten Versorgung zu erfüllen, sollte es umgekehrt aus Perspektive der Adressat*innen Aufgabe der Träger der öffentlichen Jugendhilfe sein, im Rahmen ihrer Planungsverantwortung die Zugänge ihrer Klientel zur ombudschafftlichen Beratung mitzudenken und zu planen.

In der Folge ergibt sich ein Zusammenspiel örtlicher und überörtlicher (Planungs-)verantwortung,¹⁰² das sich insgesamt als strukturelles Merkmal der Kinder- und Jugendhilfe benennen lässt, die einerseits von der kommunalen Selbstverantwortung geprägt ist und andererseits durch überörtliche Verantwortlichkeiten strukturelle Qualität erlangt.

5. Abgrenzung zu anderen Angeboten

Eine Konkretisierung der Aufgaben der Ombudsstellen lässt sich nicht zuletzt auch über die Abgrenzung dessen finden, was Ombudsstellen nicht leisten (sollen).

Das Land bzw. die Landesgesetzgebungsorgane sollten daher auch im Blick haben, welche Aufgaben eine Ombudsstelle nicht wahrnehmen sollte, um seine Ausführungsbestimmungen oder -gesetze zu qualifizieren.

a. Abgrenzung zu anderen Formen der Streitbeilegung

Die Ombudschaft ist zu anderen Verfahren der Konfliktbeilegung abzugrenzen. Insbesondere Verfahren im Sinne einer Mediation oder einer anwaltlichen Vertretung werden im allgemeinen Sprachgebrauch nicht immer trennscharf zur ombudschafftlichen Tätigkeit verwendet, sodass eine klare inhaltliche Abgrenzung vorzunehmen ist.

In der Mediation werden konflikthafte Prozesse begleitet, indem die Konfliktparteien dabei unterstützt werden, eigenverantwortlich Lösungsvorschläge zu entwickeln und der*die Mediator*in dabei eine allparteiliche Haltung einnimmt.¹⁰³ Im Gegensatz zu Ombudspersonen, die den Ratsuchenden Handlungsoptionen aufzeigen und diese nach Bedarf bei der Umsetzung begleiten, besteht bei Mediator*innen Zurückhaltung hinsichtlich des Vorbringens inhaltlicher Lösungsvorschläge. Der Hauptunterschied der beiden Konzepte besteht aber in dem Verhältnis der beiden Konfliktparteien zueinander: „Mediation geht vom Idealfall aus, zwischen zwei Partner*innen auf

¹⁰² Tammen, in: FK-SGB VIII, § 80 Rn. 25.

¹⁰³ Len/Manzel/Tomaschowski, 2022, S. 209 unter Verweis auf Bundesverband Mediation e.V., 2022.

gleicher Augenhöhe zu vermitteln. Ombudschaft hat die Aufgabe, diese gemeinsame „Augenhöhe“ durch Unterstützung der unterlegenen Seite herzustellen“. ¹⁰⁴ Ombudschaft agiert aus diesem Grund im Sinne einer fachlich fundierten Parteilichkeit für die Inanspruchnahme individueller Rechte und Rechtsansprüche junger Menschen und ihrer Familien. ¹⁰⁵ Da eine Ombudsperson in diesem Sinne weder neutral ist noch sein soll, ist im Ergebnis die Anwendung des Mediationsgesetzes auf die Tätigkeit der Ombudschaft strikt abzulehnen.

Die ombudschaftliche Vertretung stellt aber auch keine klassische anwaltliche Vertretung dar. Selbst wenn die ombudschaftliche Tätigkeit im Zweifelsfall die Begleitung von Klagen und somit die Ausschöpfung aller in Frage stehender Rechtsmittel beinhalten kann, liegt der Schwerpunkt nicht auf der rechtlichen, sondern der allgemeinen Konfliktlösung, die immer auch außerhalb des Rechts gefunden werden kann. ¹⁰⁶

b. Abgrenzung zu Beschwerdestellen

Eine weitere Abgrenzung ist hinsichtlich gesetzlich normierter Beschwerdemöglichkeiten in der Kinder- und Jugendhilfe vorzunehmen.

Eine Beschwerde kann gefasst werden als eine Rückmeldung über eine Dienstleistung, ein Verhalten oder Ähnliches, die eine negative Bewertung des Geschehenen beinhaltet und in der Regel auf Bestätigung, Abhilfe oder Entschuldigung ausgerichtet ist. ¹⁰⁷ Beschwerdestellen bearbeiten und nehmen Beschwerden entgegennehmen, wobei der Begriff offenlässt, auf welche Weise die Beschwerden bearbeitet werden und ob oder in welcher Form (direkte) Abhilfe geschaffen wird. ¹⁰⁸

Ebenfalls mit Inkrafttreten zum 10. Juni 2021 haben die Gesetzgebungsorgane mit § 45 Abs. 2 Nr. 4 SGB VIII, also im Kontext der Erteilung einer Betriebs-erlaubnis, die Verpflichtung von Einrichtungsträgern normiert, den untergebrachten jungen Menschen den Zugang auch zu externen Beschwerdemöglichkeiten zu gewährleisten. Mit dem Bericht der Bundesregierung zur Evaluation des Bundeskinderschutzgesetzes (BKisSchG) wurde zu der mit ihm erstmals eingeführten Pflicht der Ermöglichung von Beschwerden in Einrichtungen festgestellt, dass Beschwerde- und Beteiligungsverfahren in Einrichtungen zwar formal weitgehend implementiert sind, sich aber weitestgehend innerhalb der Einrichtungen abspielen, dass also die jeweiligen Ansprechpersonen innerhalb der Einrichtung oder der Trägerverantwortung verortet sind. ¹⁰⁹ Dies lässt besorgen, dass die Beschwerden nicht die notwendige Wirkung entfalten, sodass mit dem Bericht der verbindliche Zugang zu externen Beschwerdemöglichkeiten als notwendig angesehen wurde. ¹¹⁰

Hier besteht Interesse der betriebserlaubnispflichtigen Träger der freien Jugendhilfe, Ombudsstellen auch als externe Beschwerdestellen zu nutzen. Ombudsstellen sind aufgrund ihrer Unabhängigkeit, ihrer spezifischen Fachlichkeit und der vorhandenen Expertise hinsichtlich der rechtlichen Regelungen, Strukturen und Praxis der Kinder- und Jugendhilfe grundsätzlich auch als eine geeignete Möglichkeit zur Umsetzung externer Beschwerdestellen im Sinne von § 45 Abs. 2 Nr. 4 SGB VIII anzusehen.

Ombudsstellen können zwar, müssen aber nicht als externe Beschwerdestellen tätig sein. ¹¹¹ Wenn sie im Einzelfall die Aufgabe übernehmen, so sollten bestimmte Standards auch gewährleistet sein. Insbe-

¹⁰⁴ Urban-Stahl, 2018, S. 84.

¹⁰⁵ BNO, 2021, S. 4.

¹⁰⁶ Len/Manzel/Tomaschowski, 2022, S. 209.

¹⁰⁷ Sandermann/Urban-Stahl, 2017, S. 390.

¹⁰⁸ Sandermann/Urban-Stahl, 2017, S. 390.

¹⁰⁹ BT-Drs. 18/7100, S. 123.

¹¹⁰ BNO, 2022.

¹¹¹ Ebd.

sondere bedarf es einer sinnvollen Verknüpfung der externen Beschwerdemöglichkeit mit der Qualitätsentwicklung des Anbieters. So soll vermieden werden, dass ein betriebserlaubnispflichtiges Angebot die Pflicht einfach fachlich „auslagert“ und der Form damit genüge tut.

Die Länder können und sollten ggf. klären, ob die von ihnen geförderten Ombudsstellen zugleich auch als externe Beschwerdestellen nach § 45 Abs. 2 Nr. 4 SGB VIII tätig sein können und welche Rahmenbedingungen in diesem Fall sichergestellt werden sollten.

c. Abgrenzung zu anderen Beratungsleistungen

aa. Keine allgemeine Aufklärung und Beratung

Mit der Rechtsgrundlage zur Sicherstellung von Ombudsstellen i.S.v. § 9a SGB VIII haben sich die Gesetzgebungsorgane einerseits eng an der Entwicklung der Fachpraxis orientiert und andererseits deutlich gemacht, was von Ombudsstellen i.S.v. § 9a SGB VIII nicht umfasst ist.

So wurde mit der geschilderten Konkretisierung des Beratungsbegriffs im Zusammenhang mit Konflikten deutlich gemacht, dass Ombudsstellen keine „allgemeine“ Beratung zu Angeboten und Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe erbringen.¹¹²

Auch wenn aufgrund des weiten und subjektiv determinierten Verständnisses von „Konflikt“ auch die Beratung eine umfassende sein muss, so orientiert sie sich doch immer an der Aufgabe, Konflikte mit den Trägern der öffentlichen oder freien Jugendhilfe zu klären, in Konflikten zu vermitteln und möglichst präventiv Konflikte zu vermeiden (vgl. B.II.2.b.). Insofern

wird im Rahmen der Beratung immer ein Gegenüber mitgedacht, das andere Auffassungen oder Haltungen vertreten könnte.

bb. Keine Beratung nach § 8 Abs. 3 und 10a SGB VIII

Bei Beratungsleistungen insb. nach § 8 Abs. 3 und 10a SGB VIII spielt dagegen die Lebenssituation der Ratsuchenden die maßgebliche Rolle. Hier ist die Beratung darauf gerichtet, Hinweise und Lösungsangebote zu erzieherischen und pädagogischen Problemlagen zu erhalten. Wenngleich darauf hingewiesen wurde, dass schon für die Vermittlung in Konflikten eine fundierte Kenntnis des Leistungsspektrums der Kinder- und Jugendhilfe erforderlich ist, so ist in der konkreten Beratung doch auch immer ein wachsender Blick auf die Grenze dessen zu richten, was noch zur ombudschaftlichen Beratung gehört und wo die spezifische Beratung bspw. nach § 8 Abs. 3 SGB VIII oder § 10a SGB VIII beginnt. Um die Ratsuchenden in diesen Situationen nicht unnötig zu frustrieren, bedarf es daher der guten Vernetzung mit entsprechenden Angeboten, um eine verlässliche Verweisung vornehmen zu können.¹¹³

In Konzepten sollte daher differenziert werden, welche Konstellationen unmittelbar durch die Ombudsstelle begleitet werden und wann es sinnvoll ist, zusammen mit dem*der Ratsuchenden zu besprechen, welche die passende Stelle ist und welcher Unterstützung es bedarf, um diese Stelle in Anspruch zu nehmen.¹¹⁴

cc. Abgrenzung zur Aufgabe der Verfahrenslotsen

Der für den Zeitraum vom 1.1.2024 bis zum 31.12.2027 neu geschaffene Anspruch auf Unterstützung und Begleitung durch eine*n Verfahrenslots*in hält Schnittstellen zur ombudschaftlichen Beratung und

¹¹² BT-Drs. 19/27481, 5, 46

¹¹³ Smessaert, in: FK-SGB VIII, § 9a Rn. 17.

¹¹⁴ Urban-Stahl, 2020, 6 f..

Unterstützung vor. Der*die Verfahrenslots*in soll die Leistungsberechtigten bei der Verwirklichung von Ansprüchen auf Leistungen der Eingliederungshilfe unabhängig unterstützen sowie auf die Inanspruchnahme von Rechten hinwirken. Trotz bestehender Schnittmengen unterscheiden sich die Aufgaben von Verfahrenslots*innen zur Tätigkeit der Ombudsstellen auch deutlich. Ombudsstellen beraten ausschließlich im Kontext eines Konflikts mit Fachkräften der öffentlichen und freien Jugendhilfe im Zusammenhang mit Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe von Aufgaben nach § 2 SGB VIII.¹¹⁵ Die Aufgabe der Verfahrenslots*innen besteht dagegen darin, Kinder und Jugendliche mit Behinderung sowie deren Familien bei der Antragstellung, Verfolgung und Wahrnehmung von Leistungen der Eingliederungshilfe (sowohl nach dem SGB VIII als auch dem SGB IX) zu unterstützen und zu begleiten.

Kommt es in diesem Zusammenhang zu einem Konflikt der öffentlichen oder freien Jugendhilfe, stehen Personen, die sowohl Adressat*innen von § 9a SGB VIII als auch von § 10b Abs. 1 SGB VIII sind, beide Angebote offen.

Soweit vertreten wird, dass die Ombudsstelle für Konflikte mit dem*der Verfahrenslots*in grundsätzlich nicht zur Verfügung stünde,¹¹⁶ da der*die Verfahrenslots*in nicht in § 2 SGB VIII aufgeführt ist, ist das mit dem Ziel der weiten Auslegung der Inanspruchnahme der Ombudsstelle nicht vereinbar. Hier gilt ähnlich wie bei den Ombudsstellen selber, dass die Aufgabe zwar nicht in § 2 SGB VIII aufgenommen wurde, die Normierung im Recht der Kinder- und Jugendhilfe aber genau deshalb erfolgte, weil mit dem Angebot die Ziele aus § 1 SGB VIII verfolgt werden. Daher sollte die Kinder- und Jugendhilfe selber ein

Interesse daran haben, dass es für die Betroffenen bei Problemen, die sich bei der Umsetzung der Aufgabe ergeben, eine kompetente Anlaufstelle gibt.

III. Ausführungsgesetze und/oder Konzeptionen der Länder

Wurde unter II. dargestellt, was die Rechtspflicht des § 9a SGB VIII umfasst (und was nicht), so sollte deutlich geworden sein, dass die Regelung den Ländern einen weiten Raum für die Ausgestaltung von Ombudsstellen belässt.

Diese Freiheit können die Länder entweder mit rechtlichen Regelungen in einem Ausführungsgesetz ausgestalten (die mit zusätzlichen untergesetzlichen Ausführungsbestimmungen verbunden werden können) oder sie können auf die Art und Weise der Tätigkeit der Ombudsstellen, ihre Organisation und Formen der Ausführung Einfluss nehmen, indem sie konzeptionelle Vorgaben machen, die zur Grundlage einer finanziellen Förderung genommen werden (dazu unter B.IV.). Letztes gilt auch, wenn bisher im Rahmen von Modellprojekten finanzierte Ombudsstellen in eine Regelfinanzierung übergeleitet werden sollen bzw. auf Grundlage von § 9a SGB VIII in eine Regelfinanzierung übergeleitet werden müssen und die dort angewandten Konzeptionen verstetigt werden sollen.

Während Ausführungsgesetze meist nur wenige prägnante Regelungen enthalten, können darauf beruhende Ausführungsbestimmungen oder unabhängig davon erstellte Konzeptionen für die Auswahl und Finanzierung von Ombudsstellen sehr ausführlich werden.

¹¹⁵ DIJuF, 2023, S. 32 unter Verweis auf Wiesner/Wapler/Wiesner SGB VIII § 9a Rn. 9.

¹¹⁶ BAGLJÄ, 2022, S. 18.

In beiden Fällen sollte ein Bewusstsein dafür vorhanden sein, dass die ombuderschaftliche Beratung in Deutschland eine feste Verankerung hat. Der Tätigkeit der Ombudsstellen ist nicht nur die Entwicklung vielfältiger und bedarfsgerechter Strukturen wie auch die Entwicklung verbindlicher Standards zur Qualität der Aufgabenwahrnehmung zu verdanken, sondern haben sie überhaupt erst zur Normierung der Rechtsgrundlage geführt. Nun bringt es die gesetzliche Regelung mit sich, dass diese Entwicklung, die bislang fast ausschließlich auf Seiten der freien Ombudsstellen, oft über Modellprojekte und häufig im Ehrenamt, stattgefunden hat, als Aufgabe in die Verantwortung der Länder gelegt wird. Darin liegen Gefahr und Chance zugleich.

Zum einen kann auf der Grundlage der Sicherstellungspflicht die Professionalisierung der Ombudschaft mit viel größeren Ressourcen vorangebracht werden. Es können bzw. müssen bedarfsgerechte Strukturen vorgehalten werden, die es nicht mehr vom Zufall abhängig machen, ob Betroffene die Unterstützung einer Ombudsstelle erhalten können. Auf der anderen Seite liegt ein besonderer Wert der ombuderschaftlichen Beratung bislang gerade auch in dem oft hohen persönlichen Engagement der tätigen Personen. Auf Grundlage dieses Engagements wurden vielerorts Strukturen geschaffen, auf die auch jetzt zurückgegriffen werden kann.

So stehen sich erstmals möglicherweise freie und öffentliche Träger mit (teils) unterschiedlichen konzeptionellen Vorstellungen zur Umsetzung der ombuderschaftlichen Beratung auf Grundlage von § 9a SGB VIII gegenüber. Soll dies zu einer sich gegenseitig befruchtenden Weiterentwicklung führen, bedarf es des Austauschs.¹¹⁷ Diesen sollten die Länder im Rahmen

ihrer Gewährleistungsverantwortung qualifizierend, klug und vor allem auf Augenhöhe voranbringen.

1. Inhalte von Ausführungsgesetzen

Wie schon einleitend dargestellt, bedarf es nicht zwingend eines Ausführungsgesetzes, um die Rechtspflichten aus § 9a SGB VIII abzusichern. Die Norm wirkt unmittelbar und bindet die Länder in der Umsetzung.

Wird ein landesrechtliches Ausführungsgesetz erlassen, so wurde unter B.II. dargestellt, welche abweichungsfesten Vorgaben der § 9a SGB VIII enthält und damit die Länder auch inhaltlich bindet. Dabei ist es rechtssystematische Selbstverständlichkeit, dass es schlicht nicht möglich ist aufzuzählen, welche landesrechtlichen Regelungen mit dem übergeordneten Bundesgesetz nicht vereinbar sind. Hier bedarf es eines Abgleichs im Einzelfall, wenn entsprechende Vorschriften vorgelegt werden. Es gelten die üblichen Grundsätze der Normenhierarchie, dass Bundesrecht Landesrecht bricht und Ausführungsgesetze daher nur konkretisieren und ergänzen, aber das Bundesrecht nicht einschränken dürfen. Eine Erweiterung ist hingegen unter Beachtung der Gesetzgebungskompetenz möglich. Regelt ein Konzept auf Landesebene bspw., dass schon jetzt die Ombudsstellen auch für Konflikte mit den Trägern der Eingliederungshilfe zur Verfügung stehen sollen, entsteht damit kein Bruch mit dem Bundesrecht. Es handelt sich um eine Aufgabenerweiterung, die innerhalb der Zuständigkeit der Bundesländer liegt und von diesen daher zulässigerweise umgesetzt werden darf.

Die bisherige (übersichtliche) Erfahrung mit Ausführungsgesetzen zum § 9a SGB VIII weist darauf hin,

¹¹⁷ Raabe, 2022, S. 423.

dass die Länder bislang selber kein großes Interesse an detailreichen Ausführungsbestimmungen haben. Tatsächlich dürfte eine zu umfängliche Konkretisierung nicht zielführend sein. Im Blick sollte bleiben, dass sich in der Ombudschaft in der Kinder- und Jugendhilfe über Jahre einerseits eine große Bandbreite entwickelt hat und es gleichzeitig gelungen ist, sich auf Standards zu verständigen. Die auf diese Weise prozesshafte Entwicklung von Qualität sollte nicht durch zu intensive Konkretisierung unterbunden werden.

Dessen ungeachtet, können insbesondere folgende Punkte sollten bei der Planung eines Ausführungsgesetzes Beachtung finden:

a. Zuständigkeit

Die Länder können die Zuständigkeit für die Sicherstellungsverantwortung übertragen. Sofern dies erfolgen soll, bietet sich eine Übertragung an die überörtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe an. Damit wird einerseits Befangenheit vermieden und andererseits eine Verortung vorgenommen, die eine umfassende Fachlichkeit sicherstellen dürfte.

b. Vorgaben zur bedarfsgerechten Sicherstellung

Sofern die Zuständigkeit übertragen wird, bietet sich an, Vorgaben zur Bedarfsdeckung zu machen. In Niedersachsen wurde dies bspw. ganz konkret über die Vorgabe zur Anzahl regionaler und zentraler Ombudsstellen umgesetzt. Ob eine solch intensive Konkretisierung passend ist, sei dahingestellt. Es wäre auch denkbar, eine Vorgabe zur Bedarfsermittlung zu regeln. Sinnvoll wäre in diesem Zusammenhang

die ausdrückliche Verknüpfung mit der Jugendhilfeplanung.

c. Anwendbarkeit von Strukturregeln des SGB VIII

Wie unter B.1.2. erörtert, finden die gesetzlichen Vorgaben des SGB VIII keine unmittelbare Anwendung. Hier können die Landesgesetzgebungsorgane für Klarstellung sorgen. Wird die Aufgabe dem überörtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe übertragen, ließe sich daraus zwar ableiten, dass er dann auch an die Bestimmungen des SGB VIII gebunden sein soll, dies ist aber keineswegs zwingend. Damit dürfte jede Klarstellung hilfreich sein. Die Landesgesetzgebungsorgane können die Grundlagen des SGB VIII umfänglich oder konkretisierend für bestimmte Normen für anwendbar erklären.

d. Verfahrensrechte für Ombudsstellen

Sinnvoll dürfte die ausdrückliche Normierung von Verfahrensrechten für die in der Ombudschaft tätigen Personen sein. Wenngleich die Ableitung der Rechte der Betroffenen insbesondere durch Bevollmächtigung nach § 13 SGB X möglich und mindestens eine Beauftragung zum Tätigwerden im Einzelfall erforderlich ist, so kann über Verfahrensregelungen die Herstellung von Augenhöhe mit der Normierung von Rechten der Ombudspersonen und Kooperationspflichten der Träger der freien und öffentlichen Jugendhilfe unterstützt werden.

e. Organisatorische Vorgaben

Organisatorische Vorgaben können grundsätzlich in einem Ausführungsgesetz aufgenommen werden. Dazu würde die Vorgabe spezialisierter Ombudsstellen zu jeweiligen Themenbereichen der Kinder- und Jugendhilfe gehören, das Verhältnis zwischen regionalen und zentralen Ombudsstellen, aber auch Vorgaben zur Qualifikation der Mitarbeitenden, zum Einsatz von Ehrenamtlichen und vieles mehr.

f. Konkretisierung von Vorgaben des § 9a SGB VIII

Grundsätzlich können in einem Ausführungsgesetz immer das Bundesrecht konkretisierende Vorgaben enthalten sein. Dazu würden im Bereich des § 9a SGB VIII insbesondere Bestimmungen zum (erweiterten) persönlichen Anwendungsbereich, zur Umsetzung von Unabhängigkeit, zur Bedarfsgerechtigkeit, Niedrigschwelligkeit und Barrierefreiheit gehören.

g. Befugnis zum Erlass von Rechtsverordnungen oder anderen untergesetzlichen Ausführungsbestimmungen

Gerade dann, wenn die Landesgesetzgebungsorgane im Ausführungsgesetz keine zu detailreichen Bestimmungen aufnehmen wollen, mag es stattdessen sinnvoll sein, im Ausführungsgesetz eine Befugnis zum Erlass von Rechtsverordnungen oder anderen Ausführungsbestimmungen aufzunehmen (vgl. B.I.).

h. Finanzierungsvorgaben

Last but not least kann ein Ausführungsgesetz rechtliche Vorgaben zur Finanzierung umfassen (vgl. B.IV.).

2. Konzeptionelle Vorgaben

Kommt das Land seiner Rechtspflicht aus § 9a SGB VIII unmittelbar – also ohne Erlass eines Ausführungsgesetzes – nach, so ist es inhaltlich unmittelbar an die Grundlagen des § 9a SGB VIII gebunden. Dabei kann es diese – ebenso wie über ein Ausführungsgesetz – auch über konzeptionelle Vorgaben konkretisieren, auslegen und erweitern. Wie beim Ausführungsgesetz auch ist eine Begrenzung der gesetzlichen Grundlagen hingegen ausgeschlossen.

Während also rechtssystematisch kein Unterschied mit Blick auf die Gesetzesbindung besteht, so können im Rahmen einer Konzeption (egal ob mit oder ohne landesrechtliche Grundlage) viel mehr Sachverhalte geregelt, vorgegeben und ausgeführt werden. Allein aus diesem Grund wird sich in jedem Einzelfall die Frage stellen und beantwortet werden müssen, ob entsprechend detaillierte Vorgaben insbesondere noch die Unabhängigkeit der Ombudsstelle wahren.

Wie unter B.II.2.e. dargelegt, wäre bspw. eine Konzeption nicht mehr mit höherrangigem Recht vereinbar, die einer Ombudsstelle die Lobbyarbeit für ihre Klientel ausdrücklich untersagt.

Es stellt sich dann die Frage, wie diese Rechtsauffassung umgesetzt werden kann. Während die Vereinbarkeit von gesetzlichen Bestimmungen mit höherrangigem Recht unter bestimmten Voraussetzungen zu prüfen ist, bedarf es eines Rechtsschutzbedürfnisses, um untergesetzliche Vorgaben des Landes justiziabel machen zu können. Dabei ist der Kontext entsprechender Vorgaben beachtlich: Sie ergeben sich aus der Zielsetzung des Landes. Geht es um die Sicherstellungsverantwortung aus § 9a SGB VIII,

werden sich die entsprechenden Vorgaben immer in unmittelbarem Zusammenhang mit Finanzierungsregelungen finden. Eine Ombudsstelle, die keine öffentliche Finanzierung in Anspruch nimmt, ist in ihrer Tätigkeit so lange frei von öffentlichen Vorgaben, wie sie sich an allgemeine Gesetze hält und anderen keinen rechtswidrigen Schaden zufügt.

Begrenzungen spielen erst dann eine Rolle, wenn es sich um öffentlich finanzierte Tätigkeiten handelt. Dementsprechend kommt dem Finanzierungsrecht bei der Sicherstellung von Ombudsstellen nach § 9a SGB VIII hohe Bedeutung zu. Konzeptionelle oder auch andere Vorgaben des Landes werden erarbeitet, um auf dieser Grundlage eine Auswahl geeigneter Anbieter*innen treffen zu können, um mit diesen dann Fördervereinbarungen zu treffen oder eine Auswahl von Trägern durch Zuwendungsbescheide zu begünstigen.

Eine rechtmäßige Förderung setzt eine rechtmäßige Grundlage voraus. Werden Ombudsstellen nach § 9a SGB VIII ausgewählt und anschließend finanziert, ist bei der Auswahl sicherzustellen, dass das Land sich bei verbindlichen Vorgaben vollumfänglich an die bundesrechtlichen Vorgaben hält.

Im Folgenden wird daher die Finanzierung von Ombudsstellen nach § 9a SGB VIII einer vertieften Begutachtung unterzogen.

IV. Finanzierung

1. Anwendbarkeit der Finanzierungsgrundlagen des SGB VIII

Nach der Finanzverfassung des Grundgesetzes folgt die Finanzierungslast der Ausführungsverantwortung (Art. 104 a GG). Gem. § 9a SGB VIII ist den Ländern die Pflicht zur Sicherstellung einer bedarfsgerechten Infrastruktur von Ombudsstellen auferlegt, sodass sie auch in der Finanzierungspflicht stehen (vgl. B.I.).

Die Finanzierung der Ombudsstellen muss auf Grundlage von und unter Beachtung des Haushaltsrechts des Landes erfolgen. Da eine gesetzliche Rechtspflicht zur Sicherstellung von bedarfsgerechten Ombudsstellen besteht, sind die entsprechenden Mittel in der Haushaltsplanung zu berücksichtigen.

Gleichzeitig ist es den Ländern möglich, in den Ausführungsgesetzen zum § 9a SGB VIII eine ausdrückliche Finanzierungsregelung aufzunehmen und damit eine abschließende Vorgabe auch zur Anwendbarkeit des beachtlichen Finanzierungsrechts zu machen. Bislang liegt eine solche Regelung in keinem Ausführungsrecht vor. Diese begnügen sich vielmehr damit, die Pflicht entweder zu wiederholen (vgl. § 5a AG KJHG Berlin) oder nur geringfügig zu konkretisieren (§ 16e Abs. 4 Nds. AG SGB VIII). Niedersachsen bestimmt bspw., dass die Förderung diejenigen Personal- und Sachkosten umfasst, die für die Erfüllung der Aufgabe erforderlich sind und dass diese auf Antrag längstens für vier Jahre erfolgt. Des Weiteren wird die Befugnis für das für die Kinder- und Jugendhilfe zuständige Ministerium geregelt, Näheres per Rechtsverordnung zu bestimmen. Dies ist mit

Veröffentlichung am 31.1.2023 erfolgt.¹¹⁸

Da also kaum landesrechtliche Konkretisierungen vorliegen, stellt sich die Frage, welche (sozialrechtlichen) Rechtsgrundlagen für die Finanzierung der Ombudsstellen beachtlich sind oder sein könnten.

Das Recht der Kinder- und Jugendhilfe sieht mit den §§ 74, (74a), 77 und 78a ff. SGB VIII einen Katalog an Finanzierungsformen vor. Solange der Träger der öffentlichen Jugendhilfe in der Leistungs- oder Vorhalteverpflichtung steht, erfolgt die Finanzierung unter Beachtung der vorgenannten gesetzlichen Regelungen.

Vorliegend steht jedoch einerseits das Land in der Finanzierungspflicht und handelt es sich andererseits bei der ombudschaftlichen Beratung nicht um eine ausdrückliche Leistung oder andere Aufgabe der Kinder- und Jugendhilfe i.S.v. § 2 SGB VIII, sodass zweifelhaft sein könnte, ob die gesetzlichen Rechtsgrundlagen der Finanzierung nach dem SGB VIII unmittelbar oder zumindest Anwendung finden müssen oder finden können.

Zur Beantwortung dieser Frage spielt zunächst die Einordnung des Angebots der Ombudsstelle als Leistung der Kinder- und Jugendhilfe im Sinne von § 8 SGB I eine Rolle, die umfassend unter B.I.2. vorgenommen wurde.

Nach hier vertretener Auffassung ist die Ombudschaft nach § 9a SGB VIII als Leistung der Kinder- und Jugendhilfe anzusehen, die bei den gesetzlichen Regelungen und den Strukturprinzipien die Anwendung des Rechts der Kinder- und Jugendhilfe nach SGB VIII soweit einfordert, soweit dies für die Ziel-

setzung der Ombudschaft nach § 9a SGB VIII passend ist. Es ist also mit Blick auf die Aufgabe der Ombudsstellen nach § 9a SGB VIII zu prüfen, ob die Finanzierungsfragen unmittelbar am Maßstab der §§ 74, 77 und 78a ff. SGB VIII ausgerichtet werden müssen oder sollten.

2. Finanzierungsformen in der Kinder- und Jugendhilfe

Geht es um die Finanzierung von Angeboten der Kinder- und Jugendhilfe, so kommen im Wesentlichen zwei Finanzierungsformen in Betracht: die Objekt- und die Subjektfinanzierung. Letztere ist in der Regel anzuwenden, wenn es um die Finanzierung von Leistungen geht, auf die ein Rechtsanspruch besteht.¹¹⁹

Da die ombudschaftliche Beratung in § 9a SGB VIII nicht als individueller Rechtsanspruch ausgestaltet wurde, wird die Finanzierungsart der Wahl in aller Regel die sog. Objektfinanzierung sein: Es handelt sich damit um eine institutionelle Förderung, bei der die Gesamtkosten der Ombudsstellen für die Höhe der Finanzierung maßgeblich sind. Rechtlich ist es zwar nicht ausgeschlossen, dass eine Subjektfinanzierung erfolgt, aber diese würde nicht auf Grundlage des jugendhilferechtlichen Leistungsdreiecks ausgestaltet werden. Bei einer Subjektfinanzierung außerhalb des jugendhilferechtlichen Leistungsdreiecks könnte der Maßstab entweder über die Kosten einer ombudschaftlichen Beratung/Begleitung (bspw. über sog. Fallpauschalen) oder nach den aufgewandten Stundenumfängen (verschiedene Varianten der sog. Fachleistungsstunde¹²⁰) festgelegt werden.

Da die Subjektfinanzierung bei einer Pflicht zur Sicherstellung eines infrastrukturellen Angebots die

¹¹⁸ Niedersächsisches Landesamt für Soziales, Jugend und Familie (o.J.).

¹¹⁹ Schindler, in: FK-SGB VIII, Vorbemerkung zu den §§ 74, 77, 78a–78g, Rn. 5 ff..

¹²⁰ AFET, 2016.

eher unwahrscheinliche Ausnahme darstellen dürfte, erfolgt hier nur die nähere Befassung mit der institutionellen Förderung, also der Gesamtfinanzierung einer Ombudsstelle.

Bei der Finanzierung infrastruktureller Angebote durch staatliche Stellen unter Verwendung von Steuermitteln ist grundsätzlich Haushaltsrecht zu beachten und muss gewährleistet sein, dass keine Wettbewerbsverzerrungen entstehen und ein faires Verfahren die Förderentscheidung vorbereitet. Maßgeblich wird dies mit dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) gesteuert. Ergibt sich aus diesem Gesetz die Anwendbarkeit seines Teils 4, in dem die Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen geregelt ist, ist auch die Vergabeverordnung (VgV) beachtlich. Bei einseitiger Finanzierung durch die öffentliche Hand kann deren Zulässigkeit nach europäischem Beihilferecht (geregelt im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union – AEUV) zu prüfen sein.

Welche konkreten rechtlichen Grundlagen und Vorgaben bei der Auswahl von Leistungserbringenden Beachtung bzw. Anwendung finden, ist im Einzelfall allerdings insbesondere dann schwierig zu entscheiden bzw. auch rechtlich umstritten, wenn der Staat eine Infrastruktur für die Erbringung sozialer Dienstleistungen sicherzustellen hat.

In diesen Fällen ist es keine Selbstverständlichkeit, dass das Vergaberecht in Teil 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gilt, sodass diese Frage bei der Finanzierung der Ombudsstellen nach § 9a SGB VIII besonderer Behandlung bedarf.

3. Anwendbarkeit des GWB-Vergaberechts und „Vergabe light“

Eine Anwendbarkeit des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Teil 4, kommt dann in Betracht, wenn die gesetzliche Pflicht zur Sicherstellung von Ombudsstellen in Form eines öffentlichen Auftrags gem. 103 Abs. 1 GWB erfolgt und auch die anderen Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des GWB-Vergaberechts vorliegen. Dazu gehören die Eigenschaft der auftraggebenden Einheit als öffentlicher Auftraggeberin gem. § 99 GWB – bei einem Bundesland unproblematisch – und die Überschreitung der EU-Schwellenwerte gem. § 106 GWB.

Vor der Prüfung, ob diese Tatbestandsvoraussetzungen bei der Finanzierung von Ombudsstellen vorliegen, ist allgemein festzustellen, dass die hier zu betrachtende Aufgabe der ombudschaftlichen Tätigkeit in der Kinder- und Jugendhilfe den sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen gem. Anhang XIV der Vergaberichtlinie 2014/24/EU unterfallen, und zwar den administrativen Dienstleistungen im Sozial-, Bildungs-, Gesundheits- und kulturellen Bereich. Für die Vergabe solcher Dienstleistungen gelten gem. § § 130 GWB, 64 ff. VgV besondere Vergaberegeln, die im Vergleich zu den strengen Vorschriften des „klassischen“ Vergaberechts eine Reihe von teils erheblichen materiellen und formellen Verfahrenserleichterungen vorsehen, wie etwa die freie Wahl unter allen Verfahrensarten (§ 65 Abs. 1 VgV), die Flexibilisierung von Angebots- und Teilnahmefristen (§ 65 Abs. 2 VgV) oder einen größeren Freiraum bei der Bewertung des Erfolgs und der Qualität bereits erbrachter Leistungen eines Bieters (§ 65 Abs. 5 VgV). Zu den Lockerungen dieses speziellen Vergaberegimes von den strengen materiellen

und formellen Standards des GWB-Vergaberechts, die in der Praxis zu der zusammenfassenden Etikettierung als „Vergaberecht light“ geführt haben, gehört auch die Festsetzung eines wesentlich höheren Schwellenwerts, oberhalb dessen für den öffentlichen Auftraggeber eine EU-weite Vergabe verpflichtend ist. Dieser Schwellenwert beträgt 750.000 Euro und ist damit um mehr als ein Dreifaches höher als der Schwellenwert für „normale“ Dienstleistungen, der derzeit gem. EU-Verordnung Nr. 2017/2365 bei 221.000 Euro liegt.

Dieser starken Einschränkung des Anwendungsbereichs des EU-Vergaberechts für soziale Dienstleistungen liegt die Überlegung des EU-Gesetzgebers zugrunde, dass nur solche Dienstleistungsbereiche vollständig dem strengen europäischen Vergaberechtsreglement unterliegen sollen, bei denen sich im Binnenmarkt bereits grenzüberschreitende Anbieter*innenstrukturen entwickelt haben, die im Rahmen europaweiter Vergaben effizienzsteigernd genutzt werden können.¹²¹ Soziale Dienstleistungen gehören nicht hierzu, weil diese „in einem besonderen Kontext erbracht (werden), der sich aufgrund unterschiedlicher kultureller Traditionen in den einzelnen Mitgliedstaaten stark unterschiedlich darstellt“¹²² und bei denen es aus diesem Grund an einem gesteigerten Interesse bei Leistungserbringenden in anderen Mitgliedstaaten mangelt.

Als Zwischenergebnis kann daher vorab festgehalten werden, dass für den Fall, dass die Sicherstellung von Ombudsstellen Gegenstand eines öffentlichen Auftrags gem. § 103 Abs. 1 GWB ist und daher das EU-Vergaberecht angewendet werden müsste, eine EU-weite Ausschreibung dieser Leistungen nur nach den erleichterten Verfahrensvorgaben des „Vergabe-

recht light“ zu erfolgen hätte und dies auch nur bei einer Überschreitung des speziellen Schwellenwerts für soziale und andere besondere Dienstleistungen (vgl. B.IV.5.).

4. Ausschluss öffentlicher Ausschreibungen wegen Unvereinbarkeit mit sozialrechtlichen Strukturprinzipen

Die Anwendbarkeit des Vergaberechts auf die Auswahl von Ombudsstellen und die damit verbundene privilegierende Auswahl von Leistungserbringern nach verbindlichen materiellen und formellen Regeln einer wettbewerblichen Selektion hätte von den deutschen Gesetzgebungsorganen ausdrücklich geregelt werden können. Aufgrund der Befugnis zum Erlass von Ausführungsgesetzen sind auch die Länder nach wie vor in der Lage, konkrete Finanzierungsvorgaben zu regeln. Wie bereits einleitend dargelegt, ist dies bislang nicht bzw. kaum geschehen.

Hier ist eine allgemeine Zurückhaltung im deutschen Sozialleistungsrecht zu verzeichnen. Wenngleich einerseits eine rege geführte Diskussion zur Anwendbarkeit der jeweiligen Finanzierungsgrundlagen schon seit Jahren im Gange ist, hält sich der Gesetzgeber mit der Begleitung durch verbindliche Regelungen zurück. So wurden auch wiederholt die Bundesgesetzgebungsorgane der Kinder- und Jugendhilfe aufgefordert, die mittlerweile aus der Zeit gefallenen Finanzierungsgrundlagen für die Angebote der Kinder- und Jugendhilfe zu überarbeiten.

Rechtliche Änderungsbedarfe für eine praxisgerechte Weiterentwicklung der Rechtsgrundlagen sollten bspw. in das Projekt „Weiterentwicklung der Hilfe zur Erziehung“ eingebettet werden.¹²³ Mit einem

¹²¹ Eschenbruch, in: Kulartz u.a., GWB-Vergaberecht, § 130 Rn. 2.

¹²² Richtlinie 2014/24/EU (Vergaberichtlinie) v. 26.02.2014, Erwägungsgrund 114, 1.

¹²³ CDU/ CSU/ SPD, 2013, S. 99; JFMK, 2015.

Referent*innenentwurf aus dem Jahr 2016 wurde gewissermaßen der Versuch unternommen, den gordischen Knoten des Finanzierungsrechts der Kinder- und Jugendhilfe zu durchschlagen. Die Grundnorm sollte lauten: „Im Rahmen seiner Gesamt- und Planungsverantwortung (§ 79 [SGB VIII]) entscheidet der Träger der öffentlichen Kinder- und Jugendhilfe nach pflichtgemäßem Ermessen über die Wahl der Finanzierungsart“. Die nachfolgende Diskussion¹²⁴ führte einerseits zunächst dazu, dass bis auf Weiteres keinerlei grundlegende Änderungen im Finanzierungsrecht erfolgten, andererseits aber auch zu einer rechtlichen Qualifizierung der Auseinandersetzung über die Rechtsgrundlagen der Finanzierung.

Die Entwicklung zeigt, dass die Gesetzgebung mit dem Thema der Finanzierung von Sozialleistungen fremdelt. Das dürfte nicht zuletzt an den schwierigen Erfahrungen im sozialrechtlichen Bereich mit den europarechtlich determinierten Wettbewerbsregelungen liegen, die zudem eine hohe Komplexität aufweisen. Dennoch oder gerade deshalb wäre wünschenswert, wenn die Gesetzgebungsorgane ihre Spielräume verbindlich ausloten und dann zielgerichtet nutzen würden. Denn solange das nicht umgesetzt wird, bedarf es einer schwierigen und im Ergebnis selten eindeutigen Prüfung, welche Finanzierungsgrundlagen wie anzuwenden sind.

Bislang ist es so, dass im Recht der Kinder- und Jugendhilfe keine ausdrückliche gesetzliche Regelung die Anwendung von Vergaberecht vorschreibt oder dies ausschließt. Gleichzeitig fehlt es an modernen spezifischen sozialrechtlichen Regelungen, mit denen die Organisation der Auswahl freier Sozialleistungserbringer durch staatliche Stellen im Bereich der sozialen Dienstleistungen der Kinder- und Jugendhilfe

bestimmt wird. In der Folge ist die Frage, ob und inwieweit die für öffentliche Beschaffungen im Markt geltenden Vergaberegeln auf die sozialrechtlichen Leistungsbeziehungen zwischen Leistungsträgern, Leistungsberechtigten (Nutzern) und Leistungserbringenden angewendet werden können oder sogar müssen, bereits seit längerem und nach wie vor Gegenstand einer lebhaften und zum Teil kontroversen Befassung in Literatur und Rechtsprechung.

a. Kein Vergaberecht im sozialrechtlichen Leistungs-dreieck

Die wohl herrschende Meinung in Literatur und Rechtsprechung vertritt die Auffassung, dass die innerhalb eines sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses (Beispiele: § § 75 ff. SGB XII, § § 77,78a ff. SGB VIII, § § 80 ff. SGB XI) zwischen öffentlichen Leistungsträgern, Leistungsberechtigten und Leistungserbringenden bestehenden rechtlichen und wirtschaftlichen Leistungsbeziehungen die Tatbestandsmerkmale der öffentlichen Beschaffung einer Dienstleistung nicht erfüllen, und zwar weder bei separater Betrachtung noch in einer wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung.¹²⁵ Es mangle insbesondere an einem „öffentlichen Auftrag“ i.S.d. § 103 Abs. 1 GWB im Verhältnis zwischen dem öffentlichen Leistungsträger und dem Dritten, der die Leistung für die Leistungsberechtigten bzw. Nutzer*innen erbringt.

Auftraggeber*innen sind im jugendhilferechtlichen Dreiecksverhältnis nämlich nicht die öffentlichen Jugendhilfeträger, sondern die (privaten) Leistungsberechtigten, die auf Basis eines sozialrechtlichen Leistungsanspruchs einen privatrechtlichen Vertrag mit den Leistungserbringenden schließen. Die anderen Rechtsbeziehungen im Dreieck, also der sozialrecht-

¹²⁴ Vgl. etwa Luthé, 2016.

¹²⁵ Meysen u.a., 2015, S. 57 f., m. zahlr. Nachw.

liche Leistungsanspruch der Berechtigten gegenüber dem öffentlichen Träger der Jugendhilfe und der sog. Zulassungsvertrag zwischen dem öffentlichen und dem freien Träger der Jugendhilfe stehen ersichtlich nicht in einem rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang mit einer öffentlichen Beschaffung und liegen daher unstreitig außerhalb des Anwendungsbereichs des Vergaberechts.

Ein Teil der Literatur tritt dieser Auffassung mit dem Verweis auf den weiten Entgeltbegriff entgegen, der der EuGH-Rechtsprechung zum öffentlichen Vertrag zugrunde liegt und auch von den deutschen Nachprüfungsinstanzen inzwischen durchgängig angewendet wird.¹²⁶ Danach kommt es für das Bestehen eines öffentlichen Auftrags nicht darauf an, wer die Leistungen aufgrund eines abgeschlossenen Vertrags vergütet, sei es der öffentliche Auftraggebende direkt oder seien es Dritte als Nutzer*innen von Dienstleistungen, die aufgrund von Konzessionen oder anderen von dem*der Auftraggebenden eingegangenen Rechtsbeziehungen erbracht werden.¹²⁷ Zahlungen von Dritten können daher bei wirtschaftlicher Gesamtbetrachtung, die im Vergaberecht als materieller Auslegungsgrundsatz verpflichtend vorzunehmen ist, die Entgeltlichkeit des Vertrages begründen.¹²⁸ Auch bzw. gerade die kostenfreie Inanspruchnahme von Ombudsstellen steht dem nicht entgegen. Denn im Gegenteil würde hier gelten, dass die Freistellung der Adressat*innen von einer Zahlungspflicht den*die öffentlichen Auftraggebenden wirtschaftlich betrachtet zum*zur Schuldner*in des*der Leistungserbringenden macht.

Im Ergebnis sprechen jedoch die besseren Gründe für die oben dargestellte Position der herrschenden Meinung, solange es um die Finanzierung von Leis-

tungsbeziehungen geht, die auf Basis des sozialhilfrechtlichen Leistungsdreiecks entstehen. Denn auch die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „entgeltlich“ führt nicht eo ipso zum Entstehen einer Beschaffungsbeziehung zwischen dem öffentlichen Jugendhilfeträger und dem Leistungserbringenden mit der Folge einer Pflicht zur Anwendung der Regeln für den Staat, wenn er*sie im Markt als Einkäufer*in auftritt. Auch soweit der Träger der öffentlichen Jugendhilfe den Träger der freien Jugendhilfe für die Erbringung von (rechtsanspruchsgestützten) Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe aus wirtschaftlicher Sicht zu Gunsten der Nutzer*innen bezahlt, vergütet er damit keine Leistung seines*seiner Auftragnehmer*in, den er*sie zuvor im Wege eines Vergabewettbewerbs als wirtschaftlichste bietende Partei ermittelt und beauftragt hat. Die Beauftragung erfolgt vielmehr ausschließlich durch die Leistungsberechtigten, die kraft ihres ihnen gesetzlich zustehenden Wunsch- und Wahlrechts gem. § 5 Abs. 2 SGB VIII allein die Entscheidung darüber treffen, welchen der zugelassenen privaten Jugendhilfeträger sie in Anspruch nehmen wollen. Dieses Wahlrecht darf der Staat nicht dadurch aushöhlen, dass er selbst zuvor durch eine Ausschreibung eine privilegierende Vorauswahl von Leistungserbringenden vornimmt und damit den Leistungsberechtigten verpflichtend vorgibt.

D.h. Leistungen, die im sozialrechtlichen Leistungsdreieck erbracht werden, basieren bereits auf einem in sich stimmigen, für die Konstellation sozialrechtlicher Leistungsansprüche aus dem Sozialrecht entwickelten Organisationsmodell, das die Belange der einzelnen Beteiligten angemessen zum Ausgleich bringt und so insbesondere auch das Erfordernis einer wirtschaftlichen und nachhaltigen Leistungserbringung durch die Leistungsträger verwirklicht.¹²⁹

¹²⁶ Eschenbruch, in: Kulartz u.a., *GWB-Vergaberecht*, § 103 Rn. 254.

¹²⁷ Eschenbruch, in: Kulartz u.a., *GWB-Vergaberecht*, § 130 Rn. 252.

¹²⁸ Eschenbruch, in: Kulartz u.a., *GWB-Vergaberecht*, § 130 Rn. 253.

¹²⁹ Bundesarbeitsgemeinschaft der freien Wohlfahrtspflege, 2017.

Die dargestellte Kontroverse bedarf für die Beurteilung der hier zu untersuchenden Fallkonstellationen keiner weiteren vertiefenden Betrachtung, weil bei der Schaffung einer bedarfsgerechten Infrastruktur von Ombudsstellen keine Rechtsbeziehungen in Gestalt eines jugendhilferechtlichen Leistungsdreiecks zur Entstehung gelangen. Es fehlt vor allem an einem gesetzlich begründeten subjektiven Leistungsanspruch der Adressat*innen der Ombudsstellen auf die ombudshaftliche Tätigkeit.

b. Förderung nach § 74 SGB VIII

Scheiden also die Prinzipien der Finanzierung im sozialrechtlichen Leistungsdreieck als Begründung dafür aus, dass das Vergaberecht keine Anwendung findet, gilt dies zwar nicht für die einseitige Finanzierung auf Grundlage von § 74 SGB VIII. Allerdings kommt bei der einseitigen Förderung durch Zuwendungsbescheid zwischen den beiden Beteiligten kein entgeltlicher Vertrag zustande und mithin auch kein ausschreibungsbedürftiger Auftrag.

Kommt folglich bei einseitiger Finanzierung durch die öffentliche Hand zwar nicht das Vergaberecht als Regulativ in Betracht, so ist deren Zulässigkeit dennoch unter Wettbewerbsgesichtspunkten nach europäischem Beihilferecht (geregelt im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union – AEUV) zu prüfen. Nach langjähriger Diskussion um die sog. Leistungen der Daseinsvorsorge, ist nunmehr Konsens, dass soziale Dienste trotz ihrer gemeinwohlorientierten Zielsetzung zu einem nicht geringen Teil auch wirtschaftlicher Natur¹³⁰ sind und europaweit in marktähnlichen Strukturen erbracht werden können, sodass insoweit grundsätzlich auch das EU-Wettbewerbs- und speziell dessen Beihilfenrecht Anwen-

dung finden kann.¹³¹

Dies gilt, weil es sich auch bei den sozialen Dienstleistern um Unternehmen handeln, denen Beihilfen aus staatlichen Mitteln von einem gewissen Gewicht gewährt werden können¹³² und es durch diese Begünstigung zu Wettbewerbsverzerrungen kommt. Allerdings dürfte bei sozialen Dienstleistungen doch regelmäßig keine Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels entstehen. Zwar wird dies für soziale Dienstleistungen in Grenzregionen zum Teil bejaht,¹³³ aber realistischerweise muss man wohl sehen, dass gerade die Angebote frei-gemeinnütziger Träger, die einer Förderung nach § 74 SGB VIII überhaupt unterfallen können, sehr bedarfsspezifisch und damit in aller Regel lokal orientiert sind.¹³⁴ Das gilt allein schon deswegen, weil die Träger der öffentlichen Jugendhilfe Kreise und kreisfreie Städte sind, die ihren Sozialraum mit der Förderung von Angeboten nach § 74 SGB VIII gestalten wollen und die ortsansässigen Bürger*innen im Blick haben.

Zwar kann eine staatliche Unterstützung auch dann Auswirkungen auf den Handel innerhalb der Union haben, wenn das begünstigte Unternehmen nicht unmittelbar am grenzüberschreitenden Handel teilnimmt. Der örtliche oder regionale Charakter der durch das begünstigte Unternehmen erbrachten Dienstleistung oder die geringe Größe seines Tätigkeitsgebiets schließt nicht von vornherein die Möglichkeit aus, dass es in anderen Mitgliedsstaaten niedergelassenen Unternehmen durch die Maßnahme erschwert wird, ihre Dienste auf dem Markt dieses Staats zu erbringen. Die Möglichkeit, dass der Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt wird, darf allerdings nicht nur hypothetischer Natur sein und nicht außerhalb aller Wahrscheinlichkeit liegen.

¹³⁰ Anders noch in Meysen u.a., 2014, Rn. 191.

¹³¹ Schindler, in: FK-SGB VIII, § 74 Rn. 36.

¹³² Vom Beihilfenverbot ausgenommen sind daher durch eine europäische Verordnung geringfügige Beihilfen – sogenannte de Minimis-Beihilfen – solange sie ein Volumen von 200.000 EUR in einem Dreijahreszeitraum

nicht überschreiten (Art. 3 Abs. 2 VO (EU) Nr. 1407/2013 der Kommission vom 18.12.2013, ABl. L 352).

¹³³ Schindler, in: FK-SGB VIII, § 74 Rn. 41.

¹³⁴ DStG, 2019, S. 9.

In Anwendung dieser Grundsätze hat die Kommission angenommen, dass die Tätigkeit eines Beihilfempfangenden, der Güter oder Dienstleistungen nur in einem geographisch begrenzten Gebiet eines einzigen Mitgliedstaats anbietet und wahrscheinlich keine Kund*innen aus anderen Mitgliedstaaten anzieht und dessen Begünstigung allenfalls marginale Auswirkungen auf die Bedingungen für grenzüberschreitende Investitionen oder die grenzübergreifende Niederlassung haben wird, wegen ihrer rein lokalen Auswirkung nicht den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt.¹³⁵

Nach Ansicht der Kommission fehlt es bspw. an einer Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels bei Zuwendungen an örtliche Krankenhäuser, die ausschließlich für die örtliche Bevölkerung bestimmt sind.¹³⁶ Im Fall einer Reha-Fachklinik für Orthopädie und Unfallchirurgie in Niedersachsen, deren Patient*innen ausschließlich aus dem Inland und zu über 90% aus Niedersachsen selber stammen und die Standardleistungen der Gesundheitsfürsorge anbietet, bei deren Auswahl sich der*die Patient*in stark durch die verwendete Sprache des Leistungsanbietenden und die Merkmale des nationalen Gesundheits- und Erstattungssystems beeinflussen lässt, hat die Kommission einen grenzüberschreitenden Wettbewerb um Patient*innen verneint.¹³⁷ Nimmt man das Angebot einer Ombudsstelle nach § 9a SGB VIII zum Vergleich, so dürfte unstreitig sein, dass mit ihrer Förderung keine Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels erfolgt. Vielmehr handelt es sich um rein lokale Fördermaßnahmen ohne Auswirkungen auf den Handel innerhalb der Union.¹³⁸

Kommt man mithin zum Schluss, dass die Förderung nach § 74 SGB VIII aus wettbewerbsrechtlicher Sicht

keiner Einschränkung unterworfen ist, stellt sich die Frage, ob die Norm als Rechtsgrundlage der Finanzierung von Ombudsstellen überhaupt in Betracht kommt. Zunächst mag das deshalb fraglich sein, weil sich die Förderverpflichtung des § 74 SGB VIII an die Träger der öffentlichen Jugendhilfe richtet. Da vorliegend die Anwendbarkeit des SGB VIII für die Tätigkeit des Landes nach § 9a SGB VIII bejaht wird, ist hier die Anwendbarkeit mit der Maßgabe vorzunehmen, dass die Verpflichtung das jeweilige Bundesland adressiert und nicht die Träger der öffentlichen Jugendhilfe.

Ein Widerspruch der Anwendbarkeit könnte in der Pflicht zur Erbringung von Eigenleistungen (§ 74 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SGB VIII) liegen. Diese Art der (teilweisen) Förderung könnte der Sicherstellungsverpflichtung der Länder widersprechen.

Am Beispiel des § 16e Abs. 4 Nds. AG SGB VIII ließe sich vertreten, dass diese Bedingung über ein landesrechtliches Ausführungsgesetz ausgeschlossen werden kann. Dort sind Maßstab der Förderung diejenigen Personal- und Sachkosten, die für die Erfüllung der Aufgabe erforderlich sind. Allerdings wird mit der Begrenzung der Förderdauer auch eine begrenzende Regelung vorgenommen. Dementsprechend stellt sich gerade mit einem solchen Ausführungsgesetz auch die Frage, ob es die Fördergrundlage des § 74 SGB VIII konkretisieren oder eine eigene abschließende Finanzierungsregelung treffen will.

Dies ist vor allem insofern beachtlich als aus Sicht von bereits tätigen Ombudsstellen die Rechtsgrundlage des § 74 SGB VIII auch als Chance betrachtet werden darf. Schließlich begründet sie einen Anspruch auf Förderung dem Grunde und auf ermes-

¹³⁵ vgl. Kommission, Beschlüsse vom 29.4.2015 - SA.33149 Rn. 19, SA.37904 Rn. 15 und SA.38035 Rn. 12, jeweils m.w.N.

¹³⁶ OLG Nürnberg, Urteil vom 21.11.2017 - 3 U 134/17 unter Verweis auf DAWI-Mitteilung Rn. 40.

¹³⁷ vgl. Kommission, Beschluss vom 29.4.2015 - SA.38035 Rn. 13 ff.; für ein Ärztehaus in Durmersheim vgl. Kommission, Beschluss vom 29.4.2015 - SA.37904 Rn. 16 ff.

¹³⁸ OLG Nürnberg, Urteil vom 21.11.2017 - 3 U 134/17.

sensfehlerfreie Entscheidung der Höhe nach.¹³⁹ Im Vergleich zur bisherigen finanziellen Situation der Ombudschaft dürfte damit regelmäßig auch dann eine Verbesserung einhergehen, wenn sie zum Einsatz von Eigenleistungen verpflichtet wird bzw. verpflichtet bleibt. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass das Verständnis für „angemessene Eigenleistung“ ein außerordentlich weites ist und den Möglichkeiten des jeweiligen Trägers entsprechen muss. Während also große Träger mit vielen Leistungsreichen regelmäßig zu finanziellen Eigenleistungen verpflichtet werden, können gerade kleine Träger und insbesondere diejenigen, die aus der Selbsthilfe und dem zivilgesellschaftlichen Engagement entstammen, Eigenleistungen durch den Einsatz von Ehrenamt, kostenfreie Veranstaltungen, selbst durchgeführte Renovierungsarbeiten der genutzten Räume und anderes mehr erbringen.

An dieser Stelle darf nicht die Gefahr für die Ombudschaft negiert werden, die sich mit der neuen Rechtsgrundlage ergeben könnte. Denn werden in den Ländern spezifische Konzepte erarbeitet, die wiederum Grundlage für die Finanzierung sind, mag dies dazu führen, dass alteingesessene Ombudsstellen im Ergebnis schon von einem Bewerbungsverfahren ausgeschlossen werden. Bei der Förderung nach § 74 SGB VIII geht es jedoch gerade auch um die Förderung dessen, was bereits ist und besteht dem Grunde nach mithin für jedes Angebot eines Trägers der freien Jugendhilfe bei Vorliegen der spezifischen Voraussetzungen des § 74 Abs. 1 S. 1 SGB VIII ein Anspruch auf Förderung. Aus der hier vertretenen Auffassung, dass Ombudsstellen Träger der freien Jugendhilfe sind, folgt die Konsequenz, dass Landesrecht zwar eine eigene Finanzierungsregelung erlassen, aber die Anwendbarkeit von § 74

SGB VIII nicht ausgeschlossen werden kann. Jede Ombudsstelle hat daher das Recht, einen Antrag auf Förderung nach § 74 SGB VIII zu stellen, über den das Land unter Beachtung von § 74 SGB VIII nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden hat.

Zu den Voraussetzungen der Förderung gehören, dass der Träger die fachlichen Voraussetzungen für die geplante Maßnahme erfüllt und die Beachtung der Grundsätze und Maßstäbe der Qualitätsentwicklung und Qualitätssicherung nach § 79a SGB VIII gewährleistet, die Gewähr für eine zweckentsprechende und wirtschaftliche Verwendung der Mittel bietet, gemeinnützige Ziele verfolgt, eine angemessene Eigenleistung erbringt und die Gewähr für eine den Zielen des Grundgesetzes förderliche Arbeit bietet.

Mit den Voraussetzungen wird vor allem die Qualität des geförderten Angebots sichergestellt, die Zuverlässigkeit des Trägers sowie seine Gemeinnützigkeit geregelt und vor allem auch der Einsatz von Eigenleistungen verlangt. Das Bundesverwaltungsgericht hat insoweit festgestellt, dass die Tatbestandsvoraussetzung der Erbringung einer angemessenen Eigenleistung nicht zur Disposition steht und von Amts wegen zu prüfen ist.¹⁴⁰

Kann die Pflicht zur Eigenleistung einerseits als Hindernis für eine angemessene Sicherstellung der Ombudsstellen verstanden werden, so ist andererseits auch zu bedenken, dass es bislang mangels verbindlicher Finanzierung für Ombudsstellen Realität war, ihre Existenz umfänglich mit Eigenleistungen insbesondere durch Spendenmittel und die Tätigkeit im Ehrenamt abzusichern. Insofern mag eine Förderung nach § 74 SGB VIII zu einer verbesserten finanziellen Grundlage führen. Aus Sicht der Ombudsstellen

¹³⁹ Schindler, in: FK-SGB VIII, § 74 Rn. 17.

¹⁴⁰ BVerwG, 17.7.2009 – 5 C 25/08 –, BVerwGE 134, 206-227, Rn. 22.

wäre es insoweit nicht von Vorteil, eine Förderfinanzierung pauschal als unzureichend abzulehnen. Sie werden im Einzelfall für sich prüfen müssen, ob die Förderbedingungen mit einer qualitätsorientierten Tätigkeit vereinbar sind.

c. Ermessen bzgl. ein- oder zweiseitiger Finanzierung

Für die verantwortlichen Länder wird sich die Frage stellen, mit welcher Finanzierungsart – der einseitigen Förderung oder der zweiseitigen Finanzierungsvereinbarung – sie ihre Sicherstellungsverantwortung am besten erfüllen können. Grundsätzlich stehen § 74 und § 77 SGB VIII alternativ zueinander.¹⁴¹ Denn die Rechtsgrundlage des § 77 SGB VIII für die „Vereinbarungen über die Höhe der Kosten“¹⁴² steht nicht nur im sozialrechtlichen Leistungsdreieck für ambulante Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe zur Verfügung, sondern nach der herrschenden Meinung in der Literatur grundsätzlich auch (ggf. in analoger Anwendung) für den Bereich der zweiseitigen Finanzierungsformen.¹⁴³ Welche Finanzierungsform – einseitige Förderung oder zweiseitiger Vertrag – gewählt wird, steht im Ermessen des Leistungsträgers.¹⁴⁴

Dieses Ermessen wird er in Übereinstimmung mit seiner konzeptionellen Vorstellung von der Sicherstellung der Ombudschaft nach § 9a SGB VIII ausüben. Je konkreter ein Land in seiner konzeptionellen Vorstellung ist, desto größer ist sein Interesse an einer vertraglichen Vereinbarung. Denn der maßgebliche Unterschied zwischen der einseitigen und der zweiseitigen Förderung ist die Möglichkeit der vertraglichen Verabredungen. Mit diesen bindet sich ein Vertragspartner verbindlich in Bezug auf die verein-

barten Ausführungsbedingungen.

Zwar können einseitige Zuwendungsbescheide mit Auflagen ausgestattet werden und wird die Förderung auf Grundlage bestimmter Voraussetzungen erteilt, sodass auch hier ein öffentlicher Träger bestimmte Vorgaben setzen kann, aber umfassende verbindliche Regelungen zur Ausführung des Angebots lassen sich im Wege der zweiseitigen Verträge umsetzen. Auf diesem Weg können geförderte Ombudsstellen zur Einhaltung sehr konkreter konzeptioneller Vorgaben verpflichtet werden. Darüber hinaus ist bei zweiseitigen Verträgen die Verpflichtung zur Erbringung von Eigenleistungen ausgeschlossen.

Diese Überlegung führt zu der Frage, ob es nicht sogar geboten sein könnte, die Finanzierung von Ombudsstellen im Wege zweiseitiger Verträge auf Grundlage von § 77 SGB VIII auszugestalten. Um zu dieser Schlussfolgerung zu gelangen, müsste man die Auffassung vertreten, dass das Auswahlermessen im konkreten Fall auf Null reduziert wäre, weil nur die Finanzierung durch zweiseitige Leistungsverträge dem Recht Genüge tun würde.

Als Argument käme die Rechtspflicht der Länder zur Sicherstellung einer bedarfsgerechten Infrastruktur von Ombudsstellen zum Tragen. Die Länder dürfen nicht abwarten, ob sich Organisationen finden, die eine Ombudsstelle unter Einsatz von Eigenleistungen betreiben möchten. Sie müssen vielmehr aktiv eine Auswahl herstellen.

Insoweit weist die rechtliche Situation eine Abweichung zum Tatbestand der Förderfinanzierung nach § 74 SGB VIII auf. Bei der Finanzierung nach § 74 SGB VIII mag es zwar auch um die Sicherstellung

¹⁴¹ VG München Beschl. v. 28.10.2021 – 18 E 21.2712, BeckRS 2021, 40090 Rn. 57.

¹⁴² Mit der Gesetzesänderung durch das KJSG zum 10.6.2022 als Vereinbarungen über Kostenübernahme und Qualitätsentwicklung bei ambulanten Leistungen umbenannt.

¹⁴³ Trésoret in: jurisPK-SGB VIII, § 77 Rn. 19 f.; Grube in: Hauck/Noftz,

§ 77 Rn. 26; Schindler, in: FK-SGB VIII, Vorbemerkung zu den §§ 74, 77, 78a–78g Rn. 7; DJJuF-Rechtsgutachten v. 13.2.2018, JAmt 2018, 502; Schweigler, JAmt 2019, 290; Meysen u.a., 2014, Rn. 13 ff.; ablehnend Wiesner in: ders, SGB VIII, § 77 Rn. 5a.

¹⁴⁴ Meysen u.a., 2014, Rn. 18.

von öffentlich-rechtlichen Pflichten gehen, aber nicht um einen ausdrücklich gesetzlich formulierten Sicherstellungsauftrag, wie er in § 9a SGB VIII verankert wurde. Die Formulierung macht deutlich, dass vom verpflichteten Land einerseits erhöhter Einsatz verlangt wird und vom Anbieter der Ombudsstelle andererseits eine höhere Verbindlichkeit. Diese Ausgangslage dürfte dafür sprechen, dass die Finanzierung durch zweiseitige Verträge vorteilhaft ist, die die gegenseitigen Pflichten ausdrücklich festhält und auf dieser Grundlage die Finanzierung regelt.

Eine Ermessensreduzierung auf Null dürfte diese Zielorientierung jedoch kaum begründen. Letztlich dürfte insoweit die Macht des Faktischen gelten: Finden sich Leistungserbringer, die eine Ombudsstelle unter Einsatz von Eigenleistungen betreiben und mit einer Förderfinanzierung nach § 74 SGB VIII einverstanden sind, wird man nicht vortragen können, dass die Finanzierung im Wege von zweiseitigen Verträgen erfolgen muss.

Somit bleibt es im Ergebnis bei der Ermessensentscheidung des Landes zur Finanzierungsart der einseitigen Förderung oder zweiseitigen vertraglichen Vereinbarung.

d. Zweiseitige Leistungsverträge nach § 77 SGB VIII

Wählt der Leistungsträger einen zweiseitigen Leistungsvertrag als Finanzierungsgrundlage, so stellt sich die Frage der Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts respektive des Vergaberechts neu, denn hier spielt einerseits die Finanzierung im jugendhilferechtlichen Leistungsdreieck keine Rolle und ist andererseits doch Vertragsrecht anwendbar und nicht

lediglich Beihilferecht.

Der Unterschied der zweiseitigen Leistungsvereinbarung zu den Vereinbarungen im jugendhilferechtlichen Leistungsdreieck besteht darin, dass im jugendhilferechtlichen Leistungsdreieck jede*r geeignete Anbieter*in eine Leistungs- und Entgeltvereinbarung abschließen kann, sich die konkrete Finanzierung der Leistung aber erst mit ihrer Inanspruchnahme realisiert. Eine zweiseitige Leistungsvereinbarung ist jedoch ein Austauschvertrag und wird abgeschlossen, um eine bedarfsgerechte Infrastruktur verbindlich sicherzustellen. Der Leistungserbringende erhält eine feste Finanzierung, mit der vertraglichen Pflichten umgesetzt werden. Dafür kommen nicht eine beliebige Anzahl von Leistungserbringenden in Betracht, sodass es der Auswahl eines oder mehrerer geeigneter Leistungserbringenden bedarf.

Hält Landesrecht keine ausdrücklichen Regelungen für die Finanzierung der Ombudsstellen bereit, so ist bei zweiseitigen Verträgen zu prüfen, ob ein Auswahlverfahren lediglich unter Beachtung des Haushaltsrechts durchzuführen ist, ein Auswahlverfahren in analoger Anwendung des § 74 Abs. 3 bis 5 SGB VIII in Betracht kommt oder die Ausschreibung nach Vergaberecht anwendbar ist.

Wie bereits unter B.IV.3. festgestellt, kommt eine Anwendbarkeit des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Teil 4, dann zum Zug, wenn die gesetzliche Pflicht zur Sicherstellung von Ombudsstelle in Form eines öffentlichen Auftrags gem. § 103 Abs. 1 GWB erfolgt, die Eigenschaft der auftraggebenden Einheit als öffentlicher Auftraggeber gem. § 99 GWB gegeben ist und die Überschreitung der EU-Schwellenwerte gem. § 106 GWB vorliegt.

Insoweit ist die Finanzierung von Ombudsstellen mit Blick auf die Frage zu prüfen, ob der Staat im Verhältnis zu der von ihm sicherzustellenden Ombudsstelle als „Auftraggeber“ auftritt. Die Begrifflichkeit der „Beauftragung“ muss die rechtliche Ausgestaltung aller Tatbestandsmerkmale eines öffentlichen Auftrags i.S.d. § 103 Abs. 1 GWB erfüllen, um die Anwendbarkeit des Vergaberechts zu begründen.¹⁴⁵ Das setzt voraus, dass das Land mit einem (oder mehreren) ausgewählten Unternehmen¹⁴⁶ einen Vertrag über die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe zum Zweck der Erfüllung einer ihm obliegenden, bundesgesetzlich normierten Pflicht schließen würde. Dementsprechend würde das Land der finanzierten Ombudsstelle sehr konkrete Vorgaben machen.

Der Anwendung des Begriffs „Beauftragung“ im Sinne des Vergaberechts lässt sich der gesetzlich bestimmte Stellenwert von Unabhängigkeit und fachlicher Weisungsungebundenheit der Ombudsstelle entgegenhalten. Weder der Staat noch die Adressat*innen der ombudschaftlichen Tätigkeit sollten in Bezug auf die Tätigkeit der Ombudsstelle als Auftraggebende verstanden werden. Denn zentral für diese Tätigkeit ist ihre unabhängige Arbeit und fachliche Weisungsungebundenheit. Diese Prinzipien sind dem klassischen Vergaberecht fremd. Es hält keine spezifischen gesetzlichen Vorkehrungen bereit, um solche Strukturprinzipien sicherzustellen, im Gegenteil würde die umfängliche Anwendung von Vergaberecht in diese Strukturprinzipien empfindlich eingreifen. Da mit dem Vergaberecht von der Gestaltung eines Auftrags im Sinne einer grundsätzlichen Weisung zwingend ausgegangen wird, berechtigt das Vergaberecht insbesondere zur detaillierten Vorgabe der inhaltlichen Arbeitsweise. Würde diese Berechtigung ge-

nutzt, würde sie sich flugs in Widerspruch zur fachlichen Weisungsungebundenheit der Ombudsstellen setzen.

Ein solch kritischer Ansatz würde die Erkenntnis beinhalten, dass das Land zwar in der Verpflichtung steht, eine bedarfsgerechte Struktur ombudschaftlicher Vertretung zu finanzieren, in diesem Rahmen jedoch keinen Auftrag im vergaberechtlichen Sinn erteilt.

Unabhängigkeit und Weisungsungebundenheit sind für die Tätigkeit der Träger der freien Jugendhilfe Regel und nicht Ausnahme. So richtet sich schon die einseitige Förderfinanzierung freier Träger nach § 74 SGB VIII insgesamt an der Pflicht des Leistungsträgers aus, die Selbstständigkeit der freien Jugendhilfe in Zielsetzung und Durchführung ihrer Aufgaben sowie in der Gestaltung ihrer Organisationsstruktur zu achten (§ 4 Abs. 1 S. 2 SGB VIII). Der öffentliche Träger ist also (im Rahmen seines Ermessens) zur Finanzierung verpflichtet, ohne auf die Art und Weise der Tätigkeit (zwingenden) Einfluss nehmen zu können. Wie unter B.IV.4.b. erörtert, prüft der Leistungsträger vor einer Förderfinanzierung zwar die Voraussetzungen Qualität, Zuverlässigkeit und Verfassungstreue und kann auch Auflagen zur Sicherstellung dieser Voraussetzungen erteilen, aber er soll mit der Förderung nicht in die Unabhängigkeit des Trägers der freien Jugendhilfe eingreifen.

Gleichzeitig hält die Regelung des § 74 Abs. 3 SGB VIII auch die Möglichkeit bereit, eine Auswahl zwischen gleich geeigneten Trägern zu treffen und nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden. Dabei kommt über § 74 Abs. 4 SGB VIII den Interessen der Betroffenen besondere Bedeutung zu, denn im Zwei-

¹⁴⁵ Meysen u.a., 2014.

¹⁴⁶ Auch der vergaberechtliche Unternehmensbegriff ist weit auszulegen und umfasst jeden Rechtsträger, der sich wirtschaftlich betätigt, darunter auch gemeinnützige Einrichtungen, vgl. EuGH, „Stadt Roanne“, NZBau 2007, 188.

fel erhält der Anbieter den Zuschlag, der gewährleistet, dass diese eine Einflussnahme auf die Ausgestaltung der Maßnahme erhalten. Die Herstellung einer solchen Auswahl erfolgt bspw. über die sog. Interessensbekundungsverfahren, auf deren Grundlage im besten Fall eine Auswahl erfolgen kann (vgl. unter B.IV.6.)

Es ließe sich daher argumentieren, dass die Regelungen der Absätze 3 bis 5 des § 74 SGB VIII auch auf die Auswahl der Vertragspartner für eine zweiseitige Finanzierung nach § 77 SGB VIII anzuwenden sind und als jugendhilferechtliche *leges speciales* dem Vergaberecht vorgehen.¹⁴⁷

Gleichzeitig ist aber daran zu denken, dass mit dem „Vergaberecht light“ die spezifischen Bedürfnisse des Sozialrechts Berücksichtigung finden sollten und dem öffentlichen Träger mehr Freiheiten bei der Auswahl eröffnen. Insofern erscheint die Anwendung des „Vergaberechts light“ mindestens vertretbar. Aber selbst dann, wenn das Vergaberecht nicht anzuwenden ist oder nicht angewendet wird, liefert es doch wertvolle Hinweise und Verfahrensregelungen für die Auswahl von geeigneten Anbietenden.

Welches Verfahren im Ergebnis gewählt wird, haben die Länder im Rahmen ihrer Sicherstellungsverantwortung zu entscheiden. Dabei handelt es sich jedenfalls dann nicht um eine Ermessensentscheidung, wenn man bspw. die Auffassung vertritt, dass auch die Anwendung des „Vergaberechts light“ mangels Auftrags ausgeschlossen ist. Die Entscheidung ist rechtlich determiniert, was nicht bedeutet, dass eine Entscheidung so gut wie die andere ist. Da angesichts der Schwierigkeiten bei der Auslegung der jeweiligen Bestimmungen schwerlich behauptet werden kann,

dass nur ein Ergebnis mit Sicherheit richtig ist, sollte das Land zumindest eine bewusste Entscheidung unter Abwägung der verschiedenen Möglichkeiten treffen, die gewährleistet, dass die vorangehend dargestellten Qualitätskriterien eingehalten werden und sich dem zugrunde gelegten Konzept für die Finanzierung der Ombudsstelle nicht nur insbesondere ihre funktional-zweckgebundenen Unabhängigkeit entnehmen lässt, sondern auch das Selbstverständnis der Ombudsstellen beachtet.

Sofern die Anwendbarkeit von Vergaberecht für geboten bzw. für opportun gehalten wird, gilt Folgendes:

5. Verfahren bei Annahme der Anwendbarkeit von Vergaberecht

Die Beauftragung eines Trägers der freien Wohlfahrtspflege mit der Erbringung sozialer Dienstleistungen hat oberhalb eines Schwellenwerts von 750.000 Euro unter Beachtung des GWB-Vergaberechts nach dem speziellen Regime des „Vergaberechts light“ zu erfolgen, unter diesem Schwellenwert nach dem Unterschwellenvergaberecht (Haushaltsvergaberecht) des Landes.

Die Vorschriften für unterschwellige Vergaben sind im Vergleich zum überschwelligen „Vergaberecht light“ noch weniger streng und erlauben den öffentlichen Auftraggebenden noch größere Verfahrensvereinfachungen und Gestaltungsspielräume.

¹⁴⁷ Meysen u.a., 2014.

a. Auftragswert oberhalb der Schwelle

Bei der Vergabe von sozialen Dienstleistungen sind bei Überschreitung des einschlägigen Schwellenwerts von 750.000 Euro die formalen vergaberechtlichen Verfahrensvorschriften des „Vergaberechts light“, also die Bestimmungen des 4. Teils des GWB unter besonderer Berücksichtigung des § 130 GWB sowie der VgV unter besonderer Berücksichtigung der §§ 64 ff. VgV zu beachten. Die größte Erleichterung für öffentliche Auftraggebende im Vergleich zum strengen GWB-Vergaberecht besteht darin, dass sie gem. § 65 Abs. 1 VgV die freie Wahl unter allen Vergabearten der §§ 15 – 19 VgV haben (offenes Verfahren, nicht-offenes Verfahren, Verhandlungsverfahren, wettbewerblicher Dialog, Innovationspartnerschaft), während in den klassischen Verfahren nur zwischen offenem und nicht-offenem Verfahren gewählt werden darf.

Aus materieller Sicht ergeben sich die Anforderungen an ein rechtssicheres und rechtskonformes Verfahren zur Auswahl und Beauftragung einer Ombudsstelle in freier Trägerschaft vor allem aus den Vergabegrundsätzen des § 97 GWB, die das gesamte Vergabeverfahren überlagern und denen jede Einzelentscheidung der Vergabestelle entsprechen muss. Hierbei stehen die Grundsätze des Wettbewerbs, der Transparenz (§ 97 Abs. 1 GWB) sowie der Gleichbehandlung aller Bieter (§ 97 Abs. 2 GWB) im Vordergrund. Die Rechtsprechung hat aus diesen drei klassischen Vergabegrundsätzen, die inhaltlich eng miteinander verflochten sind, zahlreiche konkrete Pflichten für die Beteiligten eines Vergabeverfahrens abgeleitet.¹⁴⁸ Aus ihnen folgt darüber hinaus für die Auslegung von Vergaberegeln mit unbestimmten Rechtsbegriffen (auf der Tatbestandsseite) sowie für

die Betätigung von Ermessen (auf der Rechtsfolgen-seite) eine Zielorientierung in Richtung Wettbewerb, Transparenz und Gleichbehandlung, sodass sie die wesentlichen vergaberechtlichen Auslegungs- und Ermessensdirektiven inkorporieren.¹⁴⁹

Gemäß des Wettbewerbsgrundsatzes sind Vergabeverfahren so zu gestalten, dass eine möglichst große Anzahl von geeigneten Bietenden angesprochen wird und der*die öffentliche Auftraggebende eine Mehrzahl von Angeboten erhält, die er*sie anhand objektiver Zuschlagskriterien vergleichen und auf diesem Wege das attraktivste auswählen kann.¹⁵⁰

Der Transparenzgrundsatz fordert, dass jede öffentliche Auftragsvergabe für die Beteiligten nachvollziehbar und durchschaubar ist. Der potentielle Kreis von Interessent*innen oder Bietenden muss erfahren, was der*die Auftraggebende wie, wann und wo beschaffen will. Hierzu dienen zunächst umfassende Veröffentlichungs- und Bekanntmachungspflichten. Verfahrenstransparenz erfordert zudem, dass der*die Auftraggebende die Entscheidungen im Verfahren begründen und dokumentieren muss, insbesondere solche Entscheidungen, bei denen ein Wertungs- oder Auswahlermessen betätigt wird. Hierbei ist von herausragender Bedeutung die Verpflichtung aus § 134 GWB, diejenigen Bietenden vor der Zuschlagserteilung zu informieren, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen und hierbei die Gründe zu nennen, die zur Ablehnung des Angebots geführt haben.

Von elementarer Bedeutung für einen offenen und fairen Wettbewerb ist schließlich der Gleichbehandlungsgrundsatz, der ebenfalls in allen Phasen des Vergabeverfahrens zu beachten ist. Hiernach kann

¹⁴⁸ Burgi, in: Vergaberecht, § 6 Rn. 14.

¹⁴⁹ Burgi, in: Vergaberecht, § 6 Rn. 15.

¹⁵⁰ Müller, in: Kulartz u.a., GWB-Vergaberecht, § 97 Rn. 23.

jede*r Bietende z.B. verlangen, dass er*sie im Vergleich zu Mitbewerbenden dieselben Anforderungen erfüllen muss und seine*ihre Eignung und sein*ihr Angebot nach den gleichen Kriterien bewertet wird. Jede Diskriminierung von Bietenden in Bezug auf den Zugang zu Informationen oder auf die Gewährung von Verfahrensrechten hat zu unterbleiben.

b. Auftragswert unterhalb der Schwelle

Bleibt der Auftragswert bei der Vergabe von sozialen Dienstleistungen unterhalb des Schwellenwerts von 750.000 Euro, gelten die entsprechenden landesrechtlichen Bestimmungen. Dazu gehören i.d.R. Bestimmungen über die Zulässigkeit der einzelnen Vergabearten (öffentliche Ausschreibung, beschränkte Ausschreibung, freihändige Vergabe mit oder ohne Interessenbekundungsverfahren), abhängig von der Höhe des Auftragswerts, zu Bekanntmachungen sowie zu Eignungsnachweisen.

Grundsätzlich zulässig sind für die Vergabe von sozialen Dienstleistungen die beschränkte Ausschreibung und die freihändige Vergabe. Bei beschränkter Ausschreibung werden zuvor ausgewählte geeignete Unternehmen zur Abgabe von bindenden Angeboten aufgefordert, bei freihändiger Vergabe wird mit mehreren geeigneten Unternehmen über den Gegenstand und die Bedingungen des Auftrags verhandelt. Ab einem Auftragswert von 50.000 Euro ist i.d.R. vor einer beschränkten Ausschreibung bzw. einer freihändigen Vergabe ein Interessensbekundungsverfahren durchzuführen. Dieses wird als „vereinfachter Teilnahmewettbewerb zur Auswahl von Bewerber*innen bei beschränkter Ausschreibung und freihändiger Vergabe“ definiert. Hierzu sind i.d.R. Unternehmen aufzufordern, sich nach Maßgabe der

in der Veröffentlichung genannten Bedingungen um die Berücksichtigung bei der Auswahl der aufzufordernden Unternehmen im Vergabeverfahren formlos zu bewerben.

Von hoher praktischer Bedeutung ist, dass die materiellen Vergabegrundsätze des Wettbewerbs, der Transparenz und der Gleichbehandlung aller Bewerber*innen und Bietenden auch im Unterschwellenvergaberecht Anwendung finden, weshalb insoweit auf die darauf bezogenen Ausführungen u.a. Bezug genommen werden kann. Das jeweilige Landesrecht regelt, dass öffentliche Aufträge in transparenten und wettbewerblich fairen Verfahren durchzuführen und nur an geeignete Unternehmen zu angemessenen Preisen in nichtdiskriminierenden, gleichbehandelnden Verfahren zu vergeben sind. Eine Lockerung in Bezug auf die hieraus folgenden vergaberechtlichen Anforderungen ergibt sich im Vergleich zu den überschwelligen Vergaben aber daraus, dass sich im Bereich des Haushaltsvergaberechts aus den Vergabegrundsätzen weniger und auch weniger strenge Verfahrenspflichten für den*die Auftraggebende*n ableiten. So besteht beispielsweise keine dem § 134 GWB entsprechende Pflicht, die nicht erfolgreichen Bietenden bereits vor der Zuschlagserteilung über die Ablehnung des Angebots zu informieren. Ungeachtet dessen muss der*die Auftraggebende allerdings auch bei unterschwelligen Vergaben seine*ihre materiellen Verfahrensentscheidungen an den Vergabegrundsätzen ausrichten; die Funktion dieser Grundsätze als Auslegungs- und Ermessensdirektive besteht uneingeschränkt auch hier.

6. Verfahren außerhalb des Vergaberechts

Wird Vergaberecht bei der Auswahl von Ombudsstellen nicht für anwendbar gehalten, bedarf es dennoch der Initiative des Landes, um die bedarfsgerechte Infrastruktur an Ombudsstellen zu gewährleisten.

Diese könnte bspw. über ein Interessenbekundungsverfahren eingeleitet werden. In § 7 Abs. 2 Bundeshaushaltsordnung (BHO) ist dies wie folgt definiert:

„Für alle finanzwirksamen Maßnahmen sind angemessene Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen durchzuführen. Dabei ist auch die mit den Maßnahmen verbundene Risikoverteilung zu berücksichtigen. In geeigneten Fällen ist privaten Anbietern die Möglichkeit zu geben darzulegen, ob und inwieweit sie staatliche Aufgaben oder öffentlichen Zwecken dienende wirtschaftliche Tätigkeiten nicht ebenso gut oder besser erbringen können (Interessenbekundungsverfahren).“

In fünf Bundesländern existieren in den Landeshaushaltsordnungen Parallelvorschriften zu Interessenbekundungsverfahren,¹⁵¹ die jeweils Grundlagentexte bieten können.

Generell wird ein Interessenbekundungsverfahren einem Vergabeverfahren vorgeschaltet. Wird dieses jedoch nicht für anwendbar gehalten, kann eine Interessenbekundung auch für die Vorbereitung eines Auswahlverfahrens zur Förderfinanzierung nach § 74 SGB VIII als auch zum Abschluss zweiseitiger Verträge nach § 77 SGB VIII erfolgen.

7. Finanzierungsumfang

Soweit die Gesetzgebungsorgane Angaben zum Erfüllungsaufwand gemacht haben (vgl. B.II.4.a.), ist nicht nur festzustellen, dass die aktuelle Praxis dem nicht ansatzweise nahekommt, sondern auch, dass im Rahmen erster normativer Grundlagen mit erheblich niedrigeren Kosten gerechnet wird. So hat bspw. der Entwurf einer Verordnung über die Förderung von Ombudsstellen nach § 9a SGB VIII in Niedersachsen noch eine Förderhöhe für Personal- und Sachkosten bis zu 200.000 EUR jährlich für regionale Ombudsstellen und bis zu 300.000 EUR für die vorgesehene überregionale Ombudsstelle vorgesehen. In der beschlossenen Fassung wurde allerdings von der Nennung solcher konkreten Zahlen wieder abgesehen. In Brandenburg stehen im Haushaltsjahr 2022 maximal 120.000 EUR für die Einrichtung einer zentralen Ombudsstelle zur Verfügung.

Für die Umsetzung der Rechtspflicht aus § 9a SGB VIII stellt sich daher die Frage, ob mit diesen Beträgen eine bedarfsgerechte Versorgung sichergestellt werden kann. Diese Frage wird in den nächsten Jahren der kritischen Evaluation bedürfen.

Gleichzeitig lässt sich schon jetzt auf Grundlage des jeweils angewandten Finanzierungsrechts für eine bedarfsgerechte Sicherstellung auch streiten.

Wird bspw. die Förderfinanzierung nach § 74 SGB VIII gewählt, so erfolgt dies im Wege einer einseitigen Zuwendung in Form eines Bescheids. Ein Bescheid eröffnet immer den Rechtsweg. Es ist also möglich, die Höhe der Zuwendung mit dem Argument anzugreifen, dass die Fördersumme nicht ausreichend ist, um die Rechtspflicht aus § 9a SGB VIII angemessen zu erfüllen.

¹⁵¹ in Berlin § 7 Abs. 2 LHO Bln., in Brandenburg § 7 Abs. 2 LHO Bbg., in Hamburg § 7 Abs. 3 LHO HH, in Thüringen § 7 Abs. 3 Thür. LHO und seit 2007 in Schleswig-Holstein § 7 Abs. 2 LHO SH.

Schwieriger ist tatsächlich der Rechtsschutz in den Fällen, in denen die Förderung – egal ob auf Grundlage eines vergaberechtlichen Verfahrens oder ohne – zweiseitig durch Abschluss eines Vertrags erfolgt. Ein Vertrag setzt Einvernehmen voraus. Fehlt dieses in Bezug auf den Umfang der Förderung wäre bspw. die allgemeine Leistungsklage mit dem Ziel, das Land auf Abschluss eines Vertrages mit höherer Förderung zu verpflichten, Mittel der Wahl. Dieser Weg enthält etliche Barrieren, sodass in diesem Zusammenhang gerichtlicher Rechtsschutz schwer herzustellen sein wird.

Andererseits ist eben bei der Finanzierung von ausgewählten Trägern immer die wettbewerbsrechtlich bedingte Klagemöglichkeit im Blick zu behalten. Denn

bemühen sich mehrere freie Träger um die Durchführung von Jugendhilfemaßnahmen – hier also um die Vorhaltung einer Ombudsstelle –, so steht ihnen auf der Grundlage der aus Art. 12 Abs. 1 GG abzuleitenden Wettbewerbsfreiheit ein Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung und chancengleiche Teilnahme am Bewerbungsverfahren zu.¹⁵² In diesem Rahmen kann ein Auswahlverfahren des Landes vollumfänglich der gerichtlichen Überprüfung zugeführt werden. Das bedeutet wiederum, dass in diesem Rahmen über die Frage der rechtmäßigen Finanzierung all das einer Beurteilung durch das Gericht unterworfen werden kann, was unter B.II. als maßgebliche Inhalte der Ombudsstellen nach § 9a SGB VIII erörtert wurde.

C. Fazit

Mit dem Bundesrecht in § 9a SGB VIII gehen Festlegungen einher, die zum Teil unmittelbar aus der intensiven Fachdiskussion und Praxisentwicklung der letzten 20 Jahre gespeist werden. So steht im Mittelpunkt das (Selbst-)Verständnis einer Ombudsstelle als unabhängige und externe Beratungs- und Beschwerdestelle, an die sich junge Menschen und ihre Familien bei Konflikten mit den Trägern der öffentlichen und der freien Jugendhilfe wenden können, um mit ihrer Hilfe bestehende strukturelle Machtasymmetrien zwischen Adressat*innen und Fachkräften auszugleichen.

Mit Normierung einer gesetzlichen Grundlage, die eine Sicherstellungsverantwortung der Bundesländer umfasst, wird die bisherige Entwicklung der ombud-

schaftlichen Tätigkeit in der Kinder- und Jugendhilfe in Deutschland eine gravierende Änderung erfahren. Lag bislang die Verantwortung für die fachliche und strukturelle Entwicklung allein auf Seiten freier Träger und engagierter Fachkräfte und Privatpersonen, so wird nunmehr die öffentliche Seite eine gewichtige Rolle einnehmen. Gleichzeitig reagieren auch die Ombudsstellen aktiv auf die neue gesetzliche Lage und hat das Bundesnetzwerk seinerseits Eckpunkte zu ihrer Umsetzung erarbeitet.¹⁵³

Auch wenn nun die Weiterentwicklung der Ombudschaft sowohl auf Seiten der freien als auch der öffentlichen Kinder- und Jugendhilfe vorangetrieben wird, so sind es doch die Länder, die in der unmittelbaren Sicherstellungsverantwortung zur Einrichtung

¹⁵² VGH München, Beschluss vom 6.12.2021, 12 CE 21.2846.

¹⁵³ BNO, 2023.

von bedarfsgerechten und unabhängigen Ombudsstellen stehen. Wie erfolgreich sich dieser spezifische Aspekt der Weiterentwicklung der ombudschaftlichen Tätigkeit gestaltet, wird maßgeblich davon abhängen, ob es gelingt, die vorhandenen ombudschaftlichen Strukturen sinnvoll zu beteiligen und transparent zu agieren.

Allein die mit der Sicherstellungsverantwortung einhergehende Finanzierungspflicht wird Begehrlichkeiten mit Blick auf die Deutungshoheit zu Inhalt und konzeptioneller Weiterentwicklung der Ombudsstellen wecken. Daher dürfte es immer wieder hilfreich sein, einen möglichst objektiven Blick auf die gesetzlichen Grundlagen zu werfen. Mit der vorliegenden Begutachtung zeigt sich allerdings auch, dass Vieles bei der Umsetzung des § 9a SGB VIII der Auslegung und/oder Konkretisierung unterliegt. In diesem Sinne darf die Ausarbeitung auch als Entscheidungshilfe und Empfehlung verstanden werden.

Zusammenfassend lassen sich die Ergebnisse der Begutachtung wie folgt festhalten:

Ombudsstellen sind Träger der freien Jugendhilfe und die Länder sind bei ihrer Umsetzung der Sicherstellungspflicht nach § 9a SGB VIII über die unmittelbare oder analoge Anwendung entsprechender Vorgaben der Kinder- und Jugendhilfe an deren Strukturprinzipien gebunden. Ombudsstellen sind keine Sozialleistung sui generis, für die andere Grundsätze gelten als für die übrige Kinder- und Jugendhilfe.

Besondere Bedeutung erlangt diese Feststellung bei der Anwendbarkeit des Subsidiaritätsgrundsatzes und der Achtung der Selbstständigkeit der freien Jugendhilfe bei der Wahrnehmung ihrer selbst gewählten Aufgaben. Dies wird zusätzlich über die auch gesetzlich ausdrücklich geforderte Unabhängigkeit und fachliche Weisungsungebundenheit der Tätigkeit der Ombudsstellen verstärkt.

So können eine Vielzahl der unter B.II. der Begutachtung ausführlich erläuterten Rahmenbedingungen der ombudschaftlichen Tätigkeit eine regelnde Beachtung durch die Länder erfahren. Gleichzeitig muss oberstes Kriterium immer die Unabhängigkeit der Tätigkeit sein. Das unterliegt nicht allein einer organisatorischen Beurteilung, sondern ist auch oder gerade bei jeder verbindlichen inhaltlichen Vorgabe der Tätigkeit zu berücksichtigen. Den Ländern sind hier Grenzen gesetzt.

Besondere Beachtung hat in der vorliegenden Begutachtung die Frage der Finanzierung der Ombudsstellen erfahren. Zum einen ist die Finanzierung das Instrument der Sicherstellung durch die Länder und damit Dreh- und Angelpunkt einer erfolgreichen Umsetzung der Pflichten aus § 9a SGB VIII. Andererseits werden Finanzierungsfragen in der Kinder- und Jugendhilfe trotz der hohen Praxisrelevanz immer wieder stiefmütterlich behandelt. Das gilt ganz besonders für die Bereiche, in denen bis heute nicht abschließend geklärt ist, ob oder inwieweit europarechtlich geprägtes Wettbewerbs- und Beihilferecht Anwendung findet. Oft führt das im Ergebnis dazu, dass Fragen der Trägerauswahl und das dafür angewandte Verfahren nicht mit der notwendigen Tiefe vorbereitet und umgesetzt werden.

Das ist besonders verwunderlich, wenn man bedenkt, dass in Bereichen der Kinder- und Jugendhilfe, die nicht mit Rechtsansprüchen hinterlegt sind, Finanzierungsfragen meist die einzigen Ansatzpunkte sind, um über Streitpunkte eine gerichtliche Entscheidung zu erhalten.

KASU Kanzlei für soziale Unternehmen
HKS Heyder, Klie, Schindler Rechtsanwaltspartnerschaft mbB
durch

Gila Schindler
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Sozialrecht

Literaturverzeichnis

Kommentare

- Dau, Dirk H./ Düwell, Franz Josef/ Joussem, Jacob/ Luik, Steffen* (Hg.) (2022). Sozialgesetzbuch IX, Rehabilitation und Teilhabe von Menschen mit Behinderungen. BGG: Lehr- und Praxiskommentar. 6. Aufl. Baden-Baden, Nomos.
- Jarass, Hans D./ Kment, Martin* (Hg.) (2020). Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar. 16. Aufl. München, Beck.
- Körner, Anne/ Krasney, Martin/ Rolf, Christian/ Mutschler, Bernd* (Hg.) (2021). Kasseler Kommentar. SGB I. 114. Aufl. München, Beck.
- Kulartz, Hans-Peter/ Kus, Alexander/ Portz, Norbert/ Prieß, Hans-Joachim* (Hg.) (2016). Kommentar zum GWB-Vergaberecht. 4. Aufl. Köln, Werner Verlag.
- Kunkel, Peter-Christian/ Kepert, Jan/ Pattar, Andreas Kurt* (Hg.) (2018). Sozialgesetzbuch VIII, Kinder- und Jugendhilfe. Lehr- und Praxiskommentar. 7. Aufl. Baden-Baden, Nomos.
- Mrozynski, Peter* (2014). Sozialgesetzbuch, Allgemeiner Teil. (SGB I); Kommentar. 5. Aufl. München, Beck.
- Münder, Johannes/ Meysen, Thomas/ Trenczek, Thomas/ Beckmann, Janna* (Hg.) (2022). Frankfurter Kommentar zum SGB VIII. Kinder- und Jugendhilfe. 9. Aufl. Baden-Baden, Nomos.
- Neumann, Dirk/ Pahlen, Ronald/ Winkler, Jürgen/ Jabben, Jürgen/ Greiner, Stefan/ Wilrodt, Hermann/ Gotzen, Otfried* (2020). Sozialgesetzbuch IX: Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen. 14. Aufl. München, C. H. Beck.
- Noftz, Wolfgang/ Hauck, Karl* (Hg.) (2020). Sozialgesetzbuch (SGB) VIII. Kinder- und Jugendhilfe. Kommentar. ESV.
- Voelzke, Thomas/ Schlegel, Rainer* (Hg.) (2022). Juris Praxiskommentar SGB. Sozialgerichtsgesetz. 3. Aufl. Saarbrücken, Juris.
- Wagner, Regine/ Knittel, Stefan/ Krauskopf, Dieter/ Schroeder-Printzen, Günther* (Hg.) (1989-). Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung. München, C. H. Beck.
- Wiesner, Reinhard/ Wapler, Friederike* (Hg.) (2022). SGB VIII. Kinder- und Jugendhilfe; Kommentar. 6. Aufl. München, Beck.
- Wolff, Heinrich Amadeus/ Hömig, Dieter* (Hg.) (2022). Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Handkommentar. 13. Aufl. Baden-Baden, Nomos.

Monografien und Handbücher

- AFET – Bundesverband für Erziehungshilfe* (2016). Orientierungshilfe Vereinbarungen für ambulante Erziehungshilfen verhandeln - Qualität entsteht im Dialog!. Eigenverlag.
- Burgi, Martin* (2021). Vergaberecht. Systematische Erläuterung für Praxis und Ausbildung. 3. Aufl. München, Beck.
- Leideritz, Manuela/ Vlecken, Silke* (Hg.) (2016). Professionelles Handeln in der Sozialen Arbeit – Schwerpunkt Menschenrechte. Ein Lese- und Lehrbuch. Leverkusen-Opladen, Verlag Barbara Budrich.
- Len, Andrea/ Manzel, Melissa/ Tomaschowski, Lydia/ Redmann, Björn/ Schrueth, Peter* (Hg.) (2022). Ombudschaft in der Kinder- und Jugendhilfe. Grundlagen – Praxis – Recht. Weinheim, Beltz Juventa.
- Meysen, Thomas/ Beckmann, Janna/ Reiß, Daniela/ Schindler, Gila* (Hg.) (2014). Recht der Finanzierung von Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe. Rechtlicher Rahmen und Perspektiven im SGB VIII. Baden-Baden, Nomos.
- Meysen, Thomas/ Lohse, Katharina/ Schönecker, Lydia/ Smessaert, Angela/ Achterfeld, Susanne/ Beckmann, Janna/ Gallep, Sabine/ Rixen, Stephan* (Hg.) (2022). Das neue Kinder- und Jugendstärkungsgesetz - KJSG. Baden-Baden, Nomos.

Gutachten

- Achterfeld, Susanne/ Beckmann, Janna/ Ehlers, Sarah/ Lohse, Katharina* (2023). Rechtsexpertise des Deutschen Instituts für Jugendhilfe und Familienrecht e.V. (DIJuF). Ombudschaft nach § 9a SGB VIII. Heidelberg 2023. Online verfügbar unter https://dijuf.de/fileadmin/Redaktion/Hinweise/DIJuF-Rechtsexpertise_Ombudschaft_nach_9a_SGB_VIII_19.1.2023.pdf.
- Schindler, Gila* (2019). Rechtsgrundlagen der ombudtschaftlichen Tätigkeit. Handlungs- bzw. Vetretungsbefugnisse und ihre Grenzen. Berlin.
- Wiesner, Reinhard* (2008). Anerkennung des Berliner Rechtshilfefonds gemäß § 75 SGB VIII. Berlin. (unveröffentlicht).

Beiträge und Aufsätze

- Arnegger, Manuel* (2016). Ombuds- und Beschwerdestellen in der Kinder- und Jugendhilfe im Lichte des systemtheoretischen Paradigmas der Sozialen Arbeit: Ein Lese- und Lehrbuch. In: Manuela Leideritz/ Silke Vlecken (Hg.). Professionelles Handeln in der Sozialen Arbeit – Schwerpunkt Menschenrechte. Ein Lese- und Lehrbuch. Leverkusen-Opladen, Verlag Barbara Budrich, 146–197.
- Arnegger, Manuel* (2018). Wozu braucht es Ombudschaft in der Kinder- und Jugendhilfe? Chancen professionalisierter ombudtschaftlicher Interventionen. Das Jugendamt, 12–15.
- Arnegger, Manuel* (2022). Die ombudtschaftliche Methodik: Zur Rationalität ombudtschaftlichen Handelns. In: Andrea Len/ Melissa Manzel/ Lydia Tomaschowski et al. (Hg.). Ombudschaft in der Kinder- und Jugendhilfe. Grundlagen – Praxis – Recht. Weinheim, Beltz Juventa, 149–163.
- Britz, Gabriele*. Der Familienbegriff im Verfassungsrecht. Neue Zeitschrift für Familienrecht (NZFam) 2018, 289.
- Len, Andrea* (2022). „Mind the gap“ – die Bedeutung von Niedrigschwelligkeit für eine gelingende Ombudschaft in der Jugendhilfe. In: Andrea Len/ Melissa Manzel/ Lydia Tomaschowski et al. (Hg.). Ombudschaft in der Kinder- und Jugendhilfe. Grundlagen – Praxis – Recht. Weinheim, Beltz Juventa, 249–259.
- Len, Andrea/ Manzel, Melissa/ Tomaschowski, Lydia* (2022). Die ombudtschaftliche Tätigkeit in der Jugendhilfe: Aufgaben und Profil. In: Andrea Len/ Melissa Manzel/ Lydia Tomaschowski et al. (Hg.). Ombudschaft in der Kinder- und Jugendhilfe. Grundlagen – Praxis – Recht. Weinheim, Beltz Juventa, 206–217.
- Manzel, Melissa* (2022). Notwendigkeit und Sicherung der Unabhängigkeit von Ombudstellen. In: Andrea Len/ Melissa Manzel/ Lydia Tomaschowski et al. (Hg.). Ombudschaft in der Kinder- und Jugendhilfe. Grundlagen – Praxis – Recht. Weinheim, Beltz Juventa, 260–272.
- Meysen, Thomas/ Reiß, Daniela/ Beckmann, Janna/ Schindler, Gila* (2015). Vergabe von Leistungen nach SGB VIII – oder: wie frei sind die freien Träger? SoZR aktuell, 75-77.
- Raabe, Benjamin* (2022). Ombudschaft in der Jugendhilfe. JAmt (Heft 9), 418–421.
- Rosenbauer, Nicole/ Schrueth, Peter* (2019). Ombudschaft als Mittel der Durchsetzung von Rechten junger Menschen und Familien in der Kinder- und Jugendhilfe. Auf den Spuren notwendiger Unabhängigkeit einer Praxis des Widerspruchs. In: Marion von zur Gathen/ Thomas Meysen/ Josef Koch (Hg.). Vorwärts, aber nicht vergessen! Entwicklungslinien und Perspektiven in der Kinder- und Jugendhilfe. Weinheim/ Basel, Beltz Juventa, 146–156.
- Rosenow, Roland* (2022). Recht auf Ombudschaft im Sozialrecht. In: Andrea Len/ Melissa Manzel/ Lydia Tomaschowski et al. (Hg.). Ombudschaft in der Kinder- und Jugendhilfe. Grundlagen – Praxis – Recht. Weinheim, Beltz Juventa, 294–310.

- Sandermann, Philipp/ Urban-Stahl, Ulrike (2017). Beschwerde, Ombudschaft und die Kinder- und Jugendhilfe. Begriffliche, konzeptuelle, organisationale und diskursive Differenzierungen. In: Claudia Equit/ Gabriele Flößer/ Marc Witzel (Hg.). Beteiligung und Beschwerde in der Heimerziehung. Grundlagen, Anforderungen und Perspektiven. Regensburg, Walhalla Fachverlag, 27–55.
- Schröer, Wolfgang/ Thomas, Severine (2022). Die Stärkung der Rechtssubjektivität junger Menschen in der Kinder- und Jugendhilfe - historischer Grundkonflikt und sozialpolitische Notwendigkeit. In: Andrea Len/ Melissa Manzel/ Lydia Tomaschowski et al. (Hg.). Ombudschaft in der Kinder- und Jugendhilfe. Grundlagen – Praxis – Recht. Weinheim, Beltz Juventa, 344–354.
- Schruth, Peter (2015). Sich bewegen im Machtkorsett: Unabhängige ombudsschaftliche Beratung in der Jugendhilfe. Forum Erziehungshilfen 21 (05), 265–271.
- Snessaert, Angela/ Fritschle, Ursula (2015). Ombudsschaftliche Beratung hilft! Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe (Heft 4/ 2015), 359–363.
- Snessaert, Angela (2022). Ombudsstellen (§ 9a SGB VIII). In: Meysen, Thomas/ Lohse, Katharina/ Schönecker, Lydia/ Snessaert, Angela/ Achterfeld, Susanne/ Beckmann, Janna/ Gallep, Sabine/ Rixen, Stephan (Hg.) (2022). Das neue Kinder- und Jugendstärkungsgesetz – KJSG. Baden-Baden, Nomos, 58–64.
- Urban-Stahl, Ulrike (2011). Ombuds- und Beschwerdestellen in der Kinder- und Jugendhilfe in Deutschland. Eine Bestandsaufnahme unter besonderer Berücksichtigung des möglichen Beitrags zum „Lernen aus Fehlern im Kinderschutz“. Köln, Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung Nationales Zentrum Frühe Hilfen (NZFH).
- Urban-Stahl, Ulrike (2014). Unabhängige Ombudsstellen - Neuland in der Kinder und Jugendhilfe. Zeitschrift für Sozialpädagogik (ZfSp) 12 (1), 11–31.
- Urban-Stahl, Ulrike (2018). Recht und Sozialpädagogik im Dialog. In: Henriette Katzenstein/ Katharina Lohse/ Gila Schindler et al. (Hg.). Das Recht als Partner der Fachlichkeit in der Kinder- und Jugendhilfe. Baden-Baden, Nomos, 19–30.
- van Santen, Eric (2006). Beschwerdemanagement und AdressatInnenräte als institutionelle Formen der Partizipation in den erzieherischen Hilfen - das Beispiel Niederlande. In: Mike Seckinger (Hg.). Partizipation - ein zentrales Paradigma. Analysen und Berichte aus psychosozialen und medizinischen Handlungsfeldern. Tübingen, Deutsche Gesellschaft für Verhaltenstherapie (DGVT), 173.
- Internetquellen (zuletzt abgerufen am 12.04.23)**
- BAGLJÄ (2022). Empfehlung zur Umsetzung des Verfahrenslotens nach § 10b SGB VIII. Online verfügbar unter: https://www.kvjs.de/fileadmin/dateien/jugend/Arbeitshilfen_Formulare_Rundschreiben_Newsletter_Tagungsunterlagen/Rundschreiben/Rundschreiben_2022/RS_123_2022_Anlage_157_Empfehlung_Verfahrenslotse.pdf
- Bundesarbeitsgemeinschaft der freien Wohlfahrtspflege (2017). Die Organisation von sozialen Dienstleistungen – Vorgaben und Ermessensspielräume im Leistungserbringungsrecht. Online verfügbar unter: https://www.bagfw.de/fileadmin/user_upload/Veroeffentlichungen/Stellungnahmen/2017/2017-12-20_Argumentationshilfe_Vergaberecht_final.pdf.
- Bundesnetzwerk Ombudschaft (o.J.). Bundesnetzwerk Ombudschaft in der Jugendhilfe e.V. Online verfügbar unter <https://ombudschaft-jugendhilfe.de/verein-bundesnetzwerk/>.
- Bundesnetzwerk Ombudschaft (2020a). Fact Sheet: Unabhängigkeit als zentrales Qualitätsmerkmal für die Ombudschaft in der Kinder- und Jugendhilfe. Online verfügbar unter https://ombudschaft-jugendhilfe.de/wp-content/uploads/FactSheet-Unabhaengigkeit_2020_11_18_.pdf.
- Bundesnetzwerk Ombudschaft (2020b). Stellungnahme zum Referententwurf eines Gesetzes zur Stärkung von Kindern und Jugendlichen (Kinder- und Jugendstärkungsgesetz – KJSG). Online verfügbar unter https://ombudschaft-jugendhilfe.de/wp-content/uploads/Stellungnahme_KJSG_2020_10_22.pdf.
- Bundesnetzwerk Ombudschaft (2021). Selbstverständnis. Online verfügbar unter https://ombudschaft-jugendhilfe.de/wp-content/uploads/BNO_Selbstverstaendnis_2021_09_23.pdf.
- Bundesnetzwerk Ombudschaft (2022). Positionspapier Einrichtungsexterne Beschwerdestellen im Sinne des § 45 Abs. 2 Nr. 4 SGB VIII: Voraussetzungen, Bedingungen, Chancen. Online verfügbar unter https://ombudschaft-jugendhilfe.de/wp-content/uploads/BNO_Positionspapier_Externe_Beschwerdestellen_2022.pdf.
- Bundesnetzwerk Ombudschaft (2023). Fachliche Hinweise zur Ausgestaltung von Ombudsstellen nach § 9a SGB VIII. Online verfügbar unter: https://ombudschaft-jugendhilfe.de/wp-content/uploads/BNO_2023_03_15_Praxisempfehlungen_Ausgestaltung_9a.pdf.
- Bundesnetzwerk Ombudschaft/ Straus, Florian (2022). Bundesweite Statistik 2021 zu ombudsschaftlicher Beratung in der Kinder- und Jugendhilfe. Online verfügbar unter https://ombudschaft-jugendhilfe.de/wp-content/uploads/IPP_Bericht_Jahresstatistik_BNO_2021.pdf (abgerufen am 05.03.2023).
- CDU/ CSU/ SPD (2013). Deutschlands Zukunft gestalten. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD. 18. Legislaturperiode. Online verfügbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/194886/696f36f795961df200fb27fb6803d83e/koalitionsvertrag-data.pdf>
- Deutscher Städte- und Gemeindebund (2019), DStGB Dokumentation N° 151. EU-Beihilferecht in der kommunalen Praxis. Online verfügbar unter <https://www.dstgb.de/publikationen/dokumentationen/nr-151-eu-beihilferecht-in-der-kommunalen-praxis/doku-151.pdf?cid=6ek>.
- Deutsches Institut für Jugendhilfe und Familienrecht e. V. (DIJuF) im Auftrag des ZBFS – Bayerisches Landesjugendamt (2023). Ombudschaft nach § 9a SGB VIII. Inhalt und Grenzen des Aufgabenbereichs, rechtliche Verantwortung und Organisation sowie Abgrenzung vom Verfahrenslotens. Online verfügbar unter: https://dijuf.de/fileadmin/Redaktion/Hinweise/DIJuF-Rechtsexpertise_Ombudschaft_nach_9a_SGB_VIII_19.1.2023.pdf.
- Dionisius, S./ Hopmann, B./ Koch, J./ Möller, T./ Wedermann, S./ Schröer, W. (2023). Selbstvertretung in der inklusiven Kinder- und Jugendhilfe absichern und weiterentwickeln! Online verfügbar unter: https://igfh.de/sites/default/files/2023-03/Positionspapier_Selbstvertretung%20in%20der%20inkluisiven%20Kinder-%20und%20Jugendhilfe%20absichern%20und%20weiterentwickeln.pdf.
- Jugend- und Familienministerkonferenz (JFMK) (2015). TOP 5.1: Weiterentwicklung und Steuerung der Hilfen zur Erziehung. Online verfügbar unter: https://jfmk.de/wp-content/uploads/2018/12/TOP_5.1.pdf
- Luthe, Ernst-Wilhelm (2016) Reform des SGB VIII. Online verfügbar unter: <https://www.info-sozial.de/infocenter/nachricht.php?id=661>.
- Ministerium für Soziales, Gesundheit und Integration Baden Württemberg (o.J.). Landesweites unabhängiges Ombudssystem in der Kinder- und Jugendhilfe für Baden-Württemberg. Online verfügbar unter: <https://sozialministerium.baden-wuerttemberg.de/de/soziales/kinder-und-jugendliche/ombudssystem-in-der-kinder-und-jugendhilfe/>.
- Niedersächsisches Landesamt für Soziales, Jugend und Familie (o.J.). Ombudschaft und Beteiligung. Online verfügbar unter https://soziales.niedersachsen.de/startseite/kinder_jugend_familie/landesjugendamt/umsetzung_des_kjsg/ombudschaft_und_beteiligung/ombudschaft-und-beteiligung-210625.html.
- Senatorin für Soziales, Jugend, Integration und Sport Bremen (2022). Rahmenkonzept und Interessensbekundungsverfahren zur Einrichtung einer Ombudsstelle nach § 9a SGB VIII. Online verfügbar unter: <https://www.amtfuersoziale Dienste.bremen.de/sixcms/media.php/13/TOP%206%20Rahmenkonzept%20und%20Interessensbekundungsverfahren%20zur%20Einrichtung%20einer%20Ombudsstelle%20nach%20%C2%A7%209a%20SGB%20VIII.pdf>

Impressum:

Herausgeber:
Bundesnetzwerk Ombudschaft in der Jugendhilfe e.V.
Emser Str. 126
12051 Berlin
info@ombudschaft-jugendhilfe.de

Autorin: Gila Schindler
KASU Kanzlei für soziale Unternehmen
Poststraße 44
69115 Heidelberg
schindler@kasu-jur.de

Lektorat: Ralf Sonnenberg – Lektorat Berlin

Satz, Layout und Umschlaggestaltung: Swantje Roersch

Stand:
April 2023, 1. Auflage

ISBN:
978-3-949589-03-4

© Bundesnetzwerk Ombudschaft in der Jugendhilfe e.V.

Alle Rechte vorbehalten

Dieses Rechtsgutachten ist im Rahmen der vom Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend geförderten „Bundeskoordinierungsstelle Ombudschaft in der Kinder und Jugendhilfe“ entstanden. Infos zum Projekt: www.ombudschaft-jugendhilfe.de/bundeskoordinierungsstelle

Gefördert vom



Bundesministerium
für Familie, Senioren, Frauen
und Jugend

ISBN: 978-3-949589-03-4

Ein Gutachten von:

Gila Schindler

im Auftrag von:

Bundesnetzwerk Ombudschaft in der Jugendhilfe e.V.

Emser Str. 126 | 12051 Berlin

Fon: 030 – 21 30 08-73 | info@ombudschaft-jugendhilfe.de

www.ombudschaft-jugendhilfe.de