

Prof. Dr. jur. Jan Kepert  
E-Mail: [kepert@hs-kehl.de](mailto:kepert@hs-kehl.de)  
[www.fzkj.de](http://www.fzkj.de)



## **Die Leistungserbringung nach § 13 Abs. 1 SGB VIII i.Vm. § 13a SGB VIII und der Subsidiaritätsgrundsatz**

Gutachterliche Stellungnahme für den Landkreis Lörrach  
Prof. Dr. Jan Kepert  
Freiburger Zentrum für Kinder- und Jugendhilfe  
Mai 2022

## **A. Vorbemerkung**

Im Landkreis Lörrach wird die Leistung der Schulsozialarbeit nach § 13 Abs. 1 SGB VIII i.V.m. § 13a SGB VIII bisher von Trägern der freien Jugendhilfe erbracht. Künftig möchte eine große Kreisstadt diese Leistung in kommunaler Trägerschaft mittels der Anstellung von Fachkräften erbringen. Der Landkreis Lörrach bittet in diesem Zusammenhang um Begutachtung der Rechtsfrage, welche Voraussetzungen gegeben sein müssen, um die Leistung der Schulsozialarbeit in kommunaler Verantwortung erbringen zu können.

Zu der aufgeworfenen Rechtsfrage erfolgen nachstehend rechtsgutachterliche Ausführungen unter Berücksichtigung der bundesgesetzlichen Regelungen des SGB VIII und der landesrechtlichen Vorgaben des LKJHG BW.

## **B. Der Grundsatz der Subsidiarität und eine kommunale Leistungserbringung**

### **I. Die Leistungsverpflichtung des örtlichen Trägers der öffentlichen Jugendhilfe**

Gem. § 3 Abs. 2 S. 2 SGB VIII richten sich Leistungsverpflichtungen, die durch das SGB VIII begründet werden an die Träger der öffentlichen Jugendhilfe. Die Träger der öffentlichen Jugendhilfe tragen nach § 79 SGB VIII die Gesamtverantwortung für den Vollzug des SGB VIII. Der Träger der öffentlichen Jugendhilfe wird daher auch als Leistungsverpflichteter bezeichnet, der eine bedarfsdeckende Leistungserbringung nach §§ 11 bis 41a SGB VIII garantieren muss.<sup>1</sup> Verantwortlich für die Umsetzung dieser bundesgesetzlichen Vorgaben sind in Baden-Württemberg nach § 85 Abs. 1 SGB VIII i.V.m. § 69 Abs. 1 und 3 SGB VIII i.V.m. § 1 Abs. 1 und § 5 Abs. 1 LKJHG BW die 35 Landkreise, neun Stadtkreise und die beiden großen Kreisstädte Konstanz und Villingen-Schwenningen, welche ein Jugendamt errichtet haben.

---

<sup>1</sup> Keperit in Keperit/Kunkel, Handbuch Kinder- und Jugendhilferecht, 1. Auflage 2017, S. 46 f.

Diese zwingende Leistungsverpflichtung der Stadtkreise, Landkreise und großen Kreisstädte Konstanz und Villingen-Schwenningen wird auch mit dem LKJHG BW betont. So wird mit § 9 Abs. S. 1 S. 1 und 2 LKJHG BW Folgendes vorgegeben:

*„Die Träger der öffentlichen Jugendhilfe haben als Teil ihrer Gesamtverantwortung und des Gewährleistungsauftrags die Planungsverantwortung für alle Aufgaben der Jugendhilfe. Sie sorgen dafür, dass die erforderlichen und geeigneten Einrichtungen, Dienst und Veranstaltungen zur Erfüllung der Aufgaben nach dem SGB VIII eingerichtet werden, und legen die Förderung der freien Jugendhilfe nach § 74 SGB VIII fest.“*

Der Landkreis Lörrach – und nicht die jeweilige Kommune im Landkreis – ist daher hinsichtlich der Erbringung der Schulsozialarbeit nach § 13 Abs. 1 SGB VIII i.V.m. § 13a SGB VIII Leistungsverpflichteter auf dem Gebiet des Landkreises.

Es besteht mit § 6 LKJHG BW für einen Landkreis lediglich die Möglichkeit durch öffentlich-rechtlichen Vertrag mit kreisangehörigen Gemeinden, die nicht örtlicher Träger der Jugendhilfe sind, gemäß § 69 Abs. 5 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII zu vereinbaren, dass diese einzelne Aufgaben der Jugendhilfe eigenständig durchführen. Diesbezüglich ist allerdings anzumerken, dass die mit § 6 LKJHG BW in Bezug genommene Vorschrift des § 69 Abs. 5 S. 1 SGB VIII seit Jahren außer Kraft getreten ist. Die auch aktuell noch mit § 6 LKJHG BW in Bezug genommene Vorschrift des § 69 Abs. 5 SGB VIII sah nur in der Fassung bis 31.12.2006 eine Möglichkeit zur Vereinbarung einer Aufgabenübernahme vor. Seit 01.01.2007 war die Möglichkeit der Aufgabenwahrnehmung von kreisangehörigen Gemeinden, die nicht örtlicher Träger der öffentlichen Jugendhilfe sind, in § 69 Abs. 6 S. 1 SGB VIII geregelt. Seit 16.12.2008 ist auch diese Regelung außer Kraft getreten. Der in § 6 LKJHG BW enthaltene Verweis geht daher seit gut 13 Jahren ins Leere. Unabhängig hiervon bleibt aber auch bei einer Inanspruchnahme von großen Kreisstädten nach § 6 LKJHG BW der Landkreis leistungs verpflichtet. Der Landkreis muss stets sicherstellen, dass ein bedarfsdeckendes inklusives Leistungsangebot nach §§ 11 bis 41a SGB VIII im gesamten Landkreis zur Verfügung steht. Nur die Landkreise – und gerade nicht die kreisangehörigen Kommunen – haben die Gesamtverantwortung und Finanzierungspflicht nach §§ 74, 77 SGB VIII sowie §§ 78a ff SGB VIII i.V.m. § 79 SGB VIII.

Den Landkreis Lörrach trifft somit die Gesamt- und Planungsverantwortung nach §§ 79, 80 SGB VIII für die Leistungserbringung nach § 13 Abs. 1 SGB VIII i.V.m. § 13a SGB VIII.<sup>2</sup> Gem. § 79 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 SGB VIII muss der Landkreis gewährleisten, dass für die Erbringung der Schulsozialarbeit die erforderlichen und geeigneten Dienste den verschiedenen Grundrichtungen der Erziehung entsprechend rechtzeitig und ausreichend zur Verfügung stehen. Der Staat, hier vertreten durch den Landkreis, muss somit dafür Sorge tragen, dass „das Erforderliche“ auf dem Gebiet der Jugendhilfe geschieht.<sup>3</sup> Die **Gesamtverantwortung** einschließlich der **Planungsverantwortung** (§ 79 Abs. 1 SGB VIII) und die **Gewährleistungspflicht** (§ 79 Abs. 2 SGB VIII) für die Schulsozialarbeit liegen damit bei dem Landkreis Lörrach als örtlichem Träger der öffentlichen Jugendhilfe.

## II. Der Subsidiaritätsgrundsatz, die Pluralität der Jugendhilfe und das Wunsch- und Wahlrecht

Auf der **Ebene der Leistungserbringung** ist der bedingte Vorrang der Träger der freien Jugendhilfe zu beachten. Nach § 3 Abs. 2 S. 1 SGB VIII werden Leistungen der Jugendhilfe von Trägern der freien Jugendhilfe und von Trägern der öffentlichen Jugendhilfe erbracht. Allerdings ist bei dieser Leistungserbringung der Grundsatz der Subsidiarität der öffentlichen Jugendhilfe zu beachten. Gem. § 4 Abs. 2 SGB VIII soll die öffentliche Jugendhilfe von eigenen Maßnahmen absehen, soweit geeignete Einrichtungen, Dienste und Veranstaltungen von anerkannten Trägern der freien Jugendhilfe betrieben werden oder rechtzeitig geschaffen werden können.

Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts kommt den hoheitlichen Trägern aber trotz dieses Subsidiaritätsgrundsatzes gem. § 4 Abs. 2 SGB VIII eine Letztzuständigkeit zu. Der Staat muss dafür Sorge tragen, dass „das Erforderliche“ auf dem Gebiet der Jugendhilfe geschieht.<sup>4</sup> Wörtlich beschreibt das Bundesverfassungsgericht das Verhältnis zwischen öffentlicher und freier Jugendhilfe wie folgt:

---

<sup>2</sup> S. hierzu Münder in Münder/Meysen/Trenczek FK-SGB VIII, 8. Auflage 2019, § 4 Rn. 6.

<sup>3</sup> BVerfG, Urt. v. 18.07.1967, 2 BvF 3 u.a., juris Rn. 81.

<sup>4</sup> BVerfG, Urt. v. 18.07.1967, 2 BvF 3 u.a., juris Rn. 81.

*„Die Gemeinden sollen sich bei allen Planungen vorher vergewissern, ob und inwieweit die freien Verbände die Aufgaben erfüllen können. Die freien Verbände andererseits könnten nicht mit einer Förderung eines Vorhabens durch die Gemeinde rechnen, wenn sie, etwa aus reinem Prestigebedürfnis, eigene Einrichtungen schaffen würden, die ihrer Art nach den örtlichen Bedürfnissen nicht genügen können oder die nicht erforderlich sind, weil geeignete Einrichtungen der Gemeinde in ausreichendem Maße zur Verfügung stehen.“<sup>5</sup>*

Bei der **Leistungserbringung im Einzelfall** gegenüber dem jungen Menschen sind ferner die in § 3 SGB VIII und § 5 SGB VIII normierten Grundsätze zu beachten. Gem. § 5 Abs. 1 S.1 HS 1 SGB VIII haben die Leistungsberechtigten das Recht, zwischen Einrichtungen und Diensten verschiedener Träger zu wählen. Diese Auswahlmöglichkeit muss sich auf ein plurales Angebot verschiedenster Leistungserbringer beziehen. Gem. § 3 Abs. 1 SGB VIII ist die Jugendhilfe durch die Vielfalt von Trägern unterschiedlicher Wertorientierungen und die Vielfalt von Inhalten, Methoden und Arbeitsformen gekennzeichnet.

Diese Gewährleistungsverantwortung des örtlichen Trägers der öffentlichen Jugendhilfe und die Rechte des jungen Menschen hat der Bayerische Verwaltungsgerichtshof jüngst für die Leistung der Schulsozialarbeit nach § 13 Abs. 1 SGB VIII i.V.m. § 13a SGB VIII wie folgt betont:

*„In materiell-rechtlicher Hinsicht verpflichtet § 79 Abs. 2 SGB VIII den Träger der öffentlichen Jugendhilfe, eine plurale Angebotsstruktur (vgl. § 3 SGB VIII) zu schaffen und dafür zu sorgen, dass Einrichtungen, Dienste und Veranstaltungen zur Verfügung stehen, die den unterschiedlichen Wertorientierungen in der Gesellschaft entsprechen (vgl. Kunkel/Kepert, in: Kunkel/Kepert/Pattar, LPK-SGB VIII, 7. Aufl. 2018, § 79 Rn. 17; v. Boetticher/Münder, in: Münder/Meysen/Trenczek, SGB VIII, 8. Aufl. 2019, § 3 Rn. 3). Zur Wahrung seiner Gesamtverantwortung ist der Träger der öffentlichen Jugendhilfe hingegen nicht berechtigt, einen wettbewerbsbeeinflussenden Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der verschiedenen freien Träger der Jugendhilfe auszuüben, Jugendhilfeleistungen zu bewirtschaften, dabei bestimmte Anbieter zu begünstigen*

---

<sup>5</sup> BVerfG, Urt. v. 18.07.1967, 2 BvF 3 u.a., juris Rn. 81.

*und andere zu benachteiligen, um letztlich eigene Interessen – meist solche der Kostendämpfung – zu verfolgen (vgl. VG Darmstadt, B.v. 28.02.2016 – 5 L 652/15. DA –, NJW 2016, 2677 – juris, Rn. 51; Kunkel/Kepert, in: Kunkel/Kepert/Pattar, LPK-SGB VIII, 7. Aufl. 2018, § 79 Rn. 8; Schindler/Elmayer, in: Kunkel/Kepert/Pattar, a.a.O., § 77 Rn. 7).*

*Darüber hinaus ist das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten zu beachten (§ 5 SGB VIII). Auch die Achtung der Selbstständigkeit der freien Jugendhilfe (§ 4 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII) schützt die Träger der freien Jugendhilfe im Rahmen der Zusammenarbeit in ihrer Autonomie als Träger eigener sozialer Aufgaben und bei der eigenen Aufgabenwahrnehmung (vgl. Meysen/Beckmann/Reiß/Schindler, Recht der Finanzierung von Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe, 2014, Rn. 157 u. 159). Vereinbarungen nach § 77 SGB VIII für rechtsanspruchsgesicherte Leistungen – wie hier nach §§ 13, 13a SGB VIII (vgl. Schäfer/Weitzmann, in: Münder/Meysen/Trenczek, SGB VIII, 8. Aufl. 2019, § 13 Rn. 7; Wiesner, in: Wiesner, SGB VIII, 5. Aufl. 2015, § 13 Rn. 7; Fischer, in: Schellhorn/Fischer/Mann/Kern, SGB VIII, 5. Aufl. 2017, § 13 Rn. 19) – können deshalb entgegen der Auffassung des Antragsgegners nicht exklusiv nur mit einem oder einer begrenzten Anzahl von Leistungserbringern abgeschlossen werden; sie sind vielmehr mit jedem Leistungserbringer einzugehen, der geeignet und zur Durchführung willens ist (vgl. VG Darmstadt, B.v. 28.02.2016 – 5 L 652/15. DA –, NJW 2016, 2677 – juris, Rn. 62; v. Boetticher/Münder, in: Münder/Meysen/Trenczek, SGB VIII, 8. Aufl. 2019, § 77 Rn. 11; DIJuF-Rechtsgutachten, JAmt 2018, 502 f.). Die Träger der öffentlichen Jugendhilfe haben insoweit keine rechtliche Handhabe, um mit Blick auf den vorhandenen sowie den prognostizierten Bedarf der Leistungsberechtigten die Anzahl der Leistungsanbieter mithilfe von exklusiven Vereinbarungen zu steuern (vgl. v. Boetticher/Münder, in: Münder/Meysen/Trenczek, SGB VIII, 8. Aufl. 2019, § 77 Rn. 11). Bereits dies schließt die Anwendung von Vergaberecht von vornherein aus (vgl. DIJuF-Rechtsgutachten, JAmt 2018, 502 f.; Schweigler, JAmt 2019, 290 [292] m.w.N.); für eine selektive Auswahlentscheidung nach wettbewerbs- bzw. vergaberechtlichen Grundsätzen (vgl. hierzu Gummert, in: Bernzen/Grube/Sitzler, Leistungs- und Entgeltvereinbarung in der Sozialwirtschaft, 2018, § 11 Rn. 28) ist aufgrund der Verpflichtung des öffentlichen Jugendhilfeträgers zur Wahrung eines pluralen Angebots (§ 79 Abs. 2 SGB VIII) entgegen der Auffassung des Antragsgegners auch im Rahmen der*

*Schulsozialarbeit kein Raum. Der Subsidiaritätsgrundsatz (§ 4 Abs. 2 SGB VIII) verlangt, dass Träger der öffentlichen Jugendhilfe von eigenen Maßnahmen absehen, wenn Träger der freien Jugendhilfe Einrichtungen, Dienste und Veranstaltungen betreiben (wollen).<sup>6</sup>*

## **C. Fazit**

Schulsozialarbeit nach § 13 Abs. 1 SGB VIII i.V.m. 13a SGB VIII ist danach primär von Trägern der freien Jugendhilfe zu erbringen. Rechtlich unproblematisch könnte die große Kreisstadt daher im Rahmen der Leistungserbringung nur dann tätig werden, wenn keine Träger der freien Jugendhilfe vorhanden wären, welche an den betroffenen Schulen ein geeignetes und bedarfsdeckendes Leistungsangebot mittels einer wirtschaftlichen Mittelverwendung unterbreiten könnten. Rechtlich kaum zu begründen wäre hingegen eine Leistungserbringung durch die große Kreisstadt, wenn geeignete und beanstandungsfrei geführte Dienste freier Träger zugunsten einer Tätigkeit durch die öffentliche Hand eingestellt werden sollen.<sup>7</sup>

Gez. Prof. Dr. Jan Kepert

---

<sup>6</sup> BayVGh, B. v. 06.12.2021, 12 CE 21.2846, juris Rn. 4 und 5.

<sup>7</sup> S. hierzu Münder in Münder/Meysen/Trenczek FK-SGB VIII, 8. Auflage 2019, § 4 Rn. 7 und 15. Etwas anderes kann auch nicht aus den Grundsätzen des Ministeriums für Soziales und Integration Baden-Württemberg zur Förderung der Jugendsozialarbeit an öffentlichen Schulen vom 25.05.2020, Az. 23.6972.1/7, folgen. Mangels entsprechender Rechtsqualität kann mit dieser Verwaltungsvorschrift kein Eingriff in Art. 12 GG eines Trägers der freien Jugendhilfe legitimiert werden, s. hierzu VG München, Urt. 22.09.2021, M 18 K 20.737, juris.