

## **Das Fachkräftegebot im Kinder- und Jugendhilferecht**

### **A. Aufgabenstellung**

Träger im Bereich der Jugendhilfe unterliegen in der Regel dem so genannten „Fachkräftegebot“. Die zuständigen Behörden akzeptieren insoweit gegenwärtig nahezu ausschließlich den Nachweis eines einschlägigen staatlich anerkannten Berufsabschlusses (z. B. als Erzieher oder Diplom-Sozialpädagoge). In der Praxis hat dieser Umstand nach einschlägigen Beobachtungen und Wahrnehmungen zur Folge, dass die Träger häufig junge, unerfahrene Mitarbeiter einstellen müssen, da ältere und erfahrene Kräfte auf dem Arbeitsmarkt nur schwer zu finden sind. Die Mitglieder der Zielgruppe der Leistungen sind dann oft kaum jünger als der Berufsanfänger, der sie betreuen soll. Zudem erscheint die Ausbildung häufig praxisfern oder für einzelne Aufgaben sogar ungeeignet. Die Qualität der Arbeit in der Kinder- und Jugendhilfe droht dadurch zu sinken.

Im Rahmen dieser gutachtlichen Stellungnahme soll überprüft werden, welche juristische Rahmenbedingungen für die Beschäftigung von Personal für die Träger im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe bestehen und zu beachten sind. Es soll ferner geprüft werden, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen auch Personen, die sich außerhalb des staatlich geregelten Ausbildungssystems fachlich qualifiziert haben, zur Erfüllung des Fachkräftegebots eingesetzt werden können.

## **B. Zusammenfassung**

1. § 72 Abs. 1 SGB XIII legt allgemeine qualifikatorische Standards für die personelle Ausstattung mit hauptberuflich tätigen Personen in der Jugendhilfe fest und geht von zwei verschiedenen Typen hauptberuflich Tätiger aus.

2. Die „persönlichen Eignung“ ist eine so genannte extrafunktionale Qualifikation; ein verbindliches Verständnis des unbestimmten Rechtsbegriffs gibt es aber nicht.

3. Das Gesetz bezeichnet ausschließlich diejenige Person als Fachkraft, die eine der Aufgabe entsprechende Ausbildung formal abgeschlossen hat. Das Berufsfeld der „klassischen“ Fachkräfte in der Kinder- und Jugendhilfe wird durch formale Qualifikationen fachlich strukturiert und durch staatliche Prüfungen oder die Erteilung entsprechender staatlicher Anerkennungen für die Ausbildung in festgelegten und aneinander angenäherten Ausbildungsgängen formalisiert und dokumentiert.

4. Für Personen, die neben der persönlichen Eignung besondere Erfahrungen in der sozialen Arbeit, aber keine entsprechende Ausbildung nachweisen können, gilt diese Befähigung nach dem Wortlaut als gleichwertiges Äquivalent zu einer entsprechenden Ausbildung; die Fachausbildung kann also substituiert werden. Für erfahrende Berufspraktiker besteht im Rahmen dieser Variante grundsätzlich die Möglichkeit, sich mit dem notwendigen „theoretischen Rüstzeug“ auszustatten, damit sie als „alternative Fachkräfte“ betrachtet und eingesetzt werden können.

5. Die Relativierung des (allgemeinen) Fachkräftegebots durch das Äquivalent der besonderen Erfahrung wird in § 72 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII eingeschränkt durch ein „besonderes Fachkräftegebot“. Die Entscheidung über den erforderlichen Einsatz von „klassischen“ Fachkräften oder gar solchen mit Zusatzausbildung ist Aufgabe der öffentlichen Träger. Sie darf aber nicht willkürlich getroffen werden, sondern bedarf in jedem Einzelfall einer fundierten Begründung, die allein aus qualitativ gesteigerten Anforderungen der jeweiligen Aufgabe ab- und hergeleitet werden kann.

6. Das Fachkräftegebot muss durch einen Transformationsakt im Einzelfall gegenüber einem freien Träger zur Wirkung gebracht und auf ihn übertragen werden. Dies kann durch Nebenbestimmungen zu einem Förderungs- oder Anerkennungsbescheid erfolgen, durch eine Leistungsvereinbarung oder durch Nebenbestimmungen zu einer Betriebserlaubnis.

7. Der Träger der freien Jugendhilfe kann ggf. gerichtlich überprüfen lassen, ob die Auferlegung des Fachkräftegebots im Einzelfall zu Recht erfolgte. Damit überhaupt „alternative“ Fachkräfte im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe als Fachkraft eingesetzt werden können, darf dem freien Träger nicht die Einhaltung des besonderen Fachkräftegebots bestandskräftig aufgegeben worden sein.

8. Die Beschäftigung nicht geeigneter Kräfte kann grundsätzlich einen Widerruf des Anerkennungs- oder des Zuwendungsbescheides bzw. der Betriebserlaubnis oder eine Kündigung der Förder-, Leistungs- oder Kostenübernahmevereinbarung rechtfertigen. Im Rahmen einer gegen den Widerruf oder gegen die Kündigung gerichteten Klage kann überprüft werden, ob im Einzelfall durch den Einsatz „alternativer Fachkräfte“ gegen das Fachkräftegebot verstoßen wurde.

9. Im Vorfeld und als Alternative zu einer juristischen Auseinandersetzung bietet es sich an, dass fachlich von den angebotenen Leistungen her in Betracht kommende freie Träger geeignete, von einem Fort- und Weiterbildungsträger qualifizierte alternative Fachkräfte einsetzen, und zwar in Abstimmung mit dem zuständigen Träger der öffentlichen Jugendhilfe und mit entsprechender Anpassung ihrer Konzeption.

## C. gutachtliche Stellungnahme

### I. Darstellung der geltenden Rechtslage

#### 1. gesetzliche Grundlagen

§ 72 Abs. 1 Sozialgesetzbuch (SGB) Achtes Buch (VIII) Kinder- und Jugendhilfe regelt nach dem Muster von § 102 BSHG (jetzt § 6 SGB XII) Voraussetzungen für die fachgerechte Erfüllung von Aufgaben der Jugendhilfe. Die Norm legt allgemeine qualifikatorische Standards für die personelle Ausstattung fest und bestimmt, dass die Träger der öffentlichen Jugendhilfe bei den Jugendämtern und Landesjugendämtern hauptberuflich nur solche Personen beschäftigen sollen, die sich für die jeweilige Aufgabe nach ihrer Persönlichkeit eignen und eine dieser Aufgabe entsprechende Ausbildung erhalten haben (Fachkräfte) oder die aufgrund besonderer Erfahrungen in der sozialen Arbeit in der Lage sind, die Aufgabe zu erfüllen. Soweit die jeweilige Aufgabe dies erfordert, sind mit ihrer Wahrnehmung nur Fachkräfte oder Fachkräfte mit entsprechender Zusatzausbildung zu betrauen. Die Norm stellt damit zwei grundsätzliche Voraussetzungen für die hauptberufliche Tätigkeit in der Jugendhilfe auf, und zwar (1) die persönliche Eignung und (2) die fachliche Qualifikation, die beide der jeweiligen Aufgabe entsprechen müssen, und geht von zwei Typen hauptberuflich tätiger Personen aus.

§ 72 SGB VIII gilt abschließend und unmittelbar. Eine weitere Ausgestaltung durch Landesrecht ist nicht vorgesehen (und findet sich auch nur vereinzelt und partiell). Die Vorschrift ist als (programmatische) Soll-Vorschrift konzipiert. Verwendet eine Norm die Formulierung „Soll“, so wird für den Regelfall eine Bindung vorgesehen; aus wichtigem Grund oder in atypischen Fällen können die Normadressaten „nach pflichtgemäßem Ermessen“ von der für den Normalfall vorgesehenen Vorgabe abweichen. Gleichwohl wird in der Literatur zu § 72 SGB VIII überwiegend die Auffassung vertreten, dass atypische Konstellationen kaum denkbar seien, so dass die Norm gleichsam als „Muss“-Bestimmung zu lesen sei (vgl. **Nonninger** in: **Kunkel** (Hrsg.), Lern- und Praxiskommentar SGB VIII, 3. Auflage 2006, § 72 Rz 4 und 6).

Die Maßgabe der Fachlichkeit erstreckt sich ausschließlich auf hauptberufliche Kräfte, und zwar unabhängig von ihrem zeitlichen Beschäftigungsum

fang. Entscheidend ist dabei die geregelte, regelmäßige Tätigkeit gegen Entgelt (auch über Zeitverträge). Auf Honorarbasis tätige Kräfte gelten hingegen nicht als hauptberuflich beschäftigt, so dass auf sie das Fachkräftegebot ebensowenig Anwendung findet wie auf nebenamtlich tätige oder ehrenamtliche Kräfte (vgl. **Münder** u. a.; Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, 5. Auflage 2006, § 72 Rz 1).

## 2. persönliche Eignung

Die Grundbedingung der persönlichen Eignung ist eine so genannte extrafunktionale Qualifikation. Ein verbindliches Verständnis des unbestimmten Rechtsbegriffs „persönliche Eignung“ für die Erfüllung von Aufgaben in der Kinder- und Jugendhilfe gibt es aber nicht. Die Vorschrift eröffnet einen Beurteilungsspielraum, der der gerichtlichen Überprüfung nur in engen Grenzen zugänglich ist, der allerdings durch objektive Kriterien ausgefüllt werden muss und nicht durch subjektive Beurteilungen oder vorurteilsverhaftete Auffassungen. In § 72 a SGB VIII, der § 72 Abs. 1 SGB VIII ergänzt, ist ein Personenkreis (im Sinne einer negativen Konkretisierung) definiert worden, der wegen strafrechtlicher Verurteilung persönlich nicht geeignet ist zur Wahrnehmung von Aufgaben. In jedem Einzelfall muss die Einschätzung transparent, nachvollziehbar und nachprüfbar begründet sein. In der Regel darf für die Beurteilung der persönlichen Eignung nur auf offen liegende Erfahrungen über die Person zurückgegriffen werden (vgl. **Münder**, a. a. O., Rz 15).

## 3. fachliche Qualifikation, Variante 1 („klassische“ Fachkraft)

Das Gesetz definiert ausschließlich diejenige Person als *Fachkraft*, die eine der Aufgabe entsprechende *Ausbildung* erhalten und formal abgeschlossen hat. Die (Berufs-) Ausbildungen, die die Beschäftigten in der Jugendhilfe vorweisen müssen, um als Fachkraft zu gelten, sind im Gesetz aber nicht konkret vorgegeben; es lässt insofern einen Spielraum für Auslegungen (betrachtet werden sollen im vorliegenden Kontext nur die fachspezifischen Aufgaben der Jugendhilfeträger, nicht die sonstigen, wie z. B. reine Verwaltungs- oder hauswirtschaftliche Aufgaben). Die Begründung zum Regierungsentwurf (vgl. BT-Drs. 11/5948, Seite 97) enthält eine Aufzählung „sozialer“ Berufe, die aber nicht abschließend verstanden werden kann (Sozialarbeiter, Sozialpädagogen, Erzieher, Psychologen, Diplompädagogen, Heilpädagogen, Sonderschulpäda

gogen, Psychagogen, Jugendpsychiater, Psychotherapeuten, Pädiater). Relevanter Bezugspunkt für die Ausfüllung und den Regelungsgehalt der Ausbildungsforderung ist der Begriff der *Aufgabe*. Aus dem Gesamtzusammenhang wird der Schluss gezogen, dass es in § 72 SGB VIII um die Qualifikationen mit Bezug zu den jeweiligen, in § 2 SGB VIII konkret genannten Aufgaben der Kinder- und Jugendhilfe geht. Diese Aufgaben sind im Wesentlichen *personen- und beziehungsorientiert*. Fachorganisationen und Fachgremien (wie zum Beispiel die Bundesarbeitsgemeinschaft der Landesjugendämter [BAGLJÄ], die Jugendministerkonferenz [JMK] oder das Deutsches Jugendinstitut [DJI]) und juristische Kommentare gehen überwiegend von einem weiten Spektrum sozialer Berufe bzw. Berufen in der sozialen Arbeit aus, deren jeweilige *fachliche Eignungskriterien* sich aus dem jeweiligen Arbeitsfeld und Aufgabenzusammenhang ergeben müssen. Die Ausbildung muss dazu befähigen, die jeweils durch den beabsichtigten Einsatzbereich bestimmten Aufgaben zu bewältigen (vgl. **Nonninger**, a. a. O., Rz 8; **Wiesner** in: **Wiesner** (Hrsg.), Kommentar zum SGB VIII, 3. Auflage 2006, § 72 Rz 7). Nur so kann der Vielfältigkeit und Komplexität der Praxis in der Kinder- und Jugendhilfe, die sich aus den Besonderheiten der jeweiligen Aufgabenfelder, den konkreten Aufgaben und den institutionellen Rahmenbedingungen ergeben, und den ständigen Änderungen der fachlichen Anforderungen Rechnung getragen werden.

Die Aufgaben nach § 2 SGB VIII werden überwiegend als *sozialpädagogische* und *sozialarbeiterische* Aufgaben definiert. Diesen Aufgaben wird vor allem durch (Fach-) Ausbildungen entsprochen, die für eine sozialpädagogische bzw. sozialarbeiterische Tätigkeit qualifizieren. Insoweit kommen grundsätzlich alle entsprechenden Berufsabschlüsse auf den verschiedenen Ebenen der Ausbildungspyramide in Betracht, die auf Fachschul- (z. B. Erzieher), Fachhochschul- (z. B. Sozialarbeiter, Sozialpädagogen) oder Universitätsebene (z. B. Diplompädagogen, Sozialwissenschaftler) grundständig und breit angelegt für eine Tätigkeit im Bereich der Jugendhilfe qualifizieren. Im Kontext einer Reihe von Aufgaben der Jugendhilfe werden die Grenzen von sozialpädagogischen zu *psychologischen* Anforderungsprofilen zunehmend als fließend betrachtet. Für entsprechende Aufgaben gelten dann beispielsweise auch Psychagogen, Pädiater, Psychologen, Psychotherapeuten oder Jugendpsychiater als Fachkräfte. Darüber hinaus können im Einzelfall auch andere formelle Qualifikationen zur Erfüllung einer Jugendhilfesaufgabe „erforderlich“ sein (und der Inhaber damit Fachkraft sein), die auf vergleichbarem Niveau erworben wurden (z. B. Logo

päden, Musiktherapeuten, Soziologen, Politologen; vgl. **Nonninger**, a. a. O., Rz 11 und 12).

Unabhängig von tarif- oder dienstrechtlichen Regelungen werden heute a priori als hinreichend die Abschlüsse Erzieher(in), Diplom-Sozialarbeiter(in) bzw. Sozialpädagoge und Diplom-Pädagoge anerkannt. Bei allen anderen Berufsqualifikationen ist zu begründen, ob es sich um eine für die hauptberuflich auszuübende konkrete Aufgabe entsprechende Ausbildung handelt. Stammen die anderen Berufsqualifikationen aus dem erweiterten Spektrum der herkömmlichen sozialen Berufe, wird die Eignung zur Beschäftigung in der Regel ohne Weiteres akzeptiert, wenn und soweit die Aufgabe im Einzelfall im Rahmen der üblichen Angebote der Kinder- und Jugendhilfe liegt. Erst bei anderen Berufsbefähigungen wird der Kreis der Fachkräfte im Sinne der ersten Alternative als überschritten angesehen (vgl. **Münder**, a. a. O., Rz 10 bis 12).

Im Ergebnis wird das Berufsfeld der „klassischen“ Fachkräfte in der Kinder- und Jugendhilfe durch formale Qualifikationen fachlich strukturiert. Die Qualifikationsstruktur wird durch staatliche Prüfungen oder die Erteilung entsprechender staatlicher Anerkennungen für die Ausbildung in festgelegten und angenäherten Ausbildungsgängen formalisiert und dokumentiert (z. B. die Ausbildung in staatlich anerkannten Ausbildungsberufen). Die staatliche Anerkennung im Anschluss an eine erfolgreich absolvierte Ausbildung ist im Wesentlichen die Berechtigung, die entsprechende Berufsbezeichnung zu führen, bildet in der Regel die Voraussetzung für die Übertragung von Aufgaben bei den Trägern der öffentlichen Jugendhilfe (Berufszugangsregelung) und ist darüber hinaus in Tarifverträgen (z. B. Tätigkeitsmerkmale für Angestellte im Sozial- und im Erziehungsdienst) und im Dienstrecht (Laufbahnvoraussetzungen mittlerer oder gehobener Dienst in der Sozialarbeit oder sozialpädagogischer Dienst) verankert. Zu den Voraussetzungen für die Erteilung der staatlichen Anerkennung gehören in der Regel neben dem erfolgreichen Ausbildungsabschluss entweder ein Anerkennungsjahr oder in die Ausbildung integrierte Praxissemester.

Es mag wünschenswert sein, einer überwiegenden (stillschweigenden) Übereinkunft entsprechen oder den hergebrachten Stand der fachlichen Entwicklung repräsentieren, dass in sozialpädagogischen Arbeitsfeldern Fachkräfte beschäftigt werden sollen, die eine entsprechende staatliche Anerkennung be

sitzen; zwingend ist diese Berufszulassungs- bzw. Berufsausübungsregelung (sowohl aus Sicht der betroffenen Personen als auch aus Sicht der Träger) vor dem Hintergrund von § 72 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII aber nicht.

#### 4. fachliche Qualifikation, Variante 2 („alternative“ Fachkraft)

Personen, die neben der persönlichen Eignung besondere Erfahrungen in der sozialen Arbeit, nicht aber eine entsprechende Ausbildung nachweisen können, gelten zwar nicht als Fachkräfte im (engeren) Sinne des Gesetzes. Gleichwohl gilt diese *Befähigung* nach dem Wortlaut als gleichwertiges Äquivalent zu einer entsprechenden Ausbildung. Die Fachausbildung kann also substituiert werden. Das Fachkräftegebot wird insoweit relativiert. Die gesetzlich nicht näher bestimmten *besonderen Erfahrungen* werden als Entsprechung für eine fachliche Ausbildung eingeführt und stellen ein Kriterium für die Beurteilung der fachlichen Kompetenz einer Person dar. Dabei kann es sich sowohl um Personen handeln, die eine andere Ausbildung durchlaufen haben, als auch um Personen, die überhaupt keine Ausbildung aufweisen können. Die herausgehobene Qualität der Erfahrung kann zum Beispiel - über den zeitlichen Rahmen (die Dauer) hinaus - durch die besondere Intensität und Anforderungsqualität vorausgegangener Tätigkeiten in der sozialen Arbeit dokumentiert und nachgewiesen werden (vgl. **Nonninger**, a. a. O., Rz 16). In Bereich der *Sozialhilfe* werden von den „alternativen“ Fachkräften Kenntnisse (und Erfahrungen) gefordert, die solchen, die in einer entsprechenden fachlichen Ausbildung vermittelt werden, zumindest vergleichbar sind, § 6 SGB XII.

Gedacht wird im Kontext der zweiten Alternative von § 72 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII z. B. an Berufsbefähigungen aus dem Randspektrum sozialer Berufe, aber auch an handwerkliche Befähigungsnachweise für eine Tätigkeit als Handwerker in der Jugendsozialarbeit (vgl. **Münder**, a. a. O., Rz 13), oder an Personengruppen, die über wichtige alternative Kompetenzen verfügen, wie etwa Ex-User in der Drogenhilfe oder ehemalige „Straßenkinder“ in der Straßensozialarbeit (vgl. **Wiesner**, a. a. O., Rz 10), für ehemalige Prostituierte oder Sektenaussteiger, deren eigene Erfahrungen hilfreich sind, um überhaupt die Klienten zu erreichen (vgl. **Grube** in: **Hauck/Noftz**, Kommentar zum SGB VIII, Losbelatt, Stand 2009, § 72 Rz 8). In der Literatur wird zum Teil davon ausgegangen, dass dieser Personenkreis nicht als zweite Fachkräftegruppe verstanden werden könne und dass der Einsatz dieser Kräfte als ausdrücklich

begründungspflichtige Ausnahme vom Grundsatz der ausschließlichen Beschäftigung von ausgebildeten hauptamtlichen Fachkräften (Regelfall) verstanden werden müsse und immer eine Einzelfallprüfung voraussetze (vgl. **Münder**, a. a. O., Rz 5; **Wiesner**, a. a. O., Rz 10). Der Wortlaut der Vorschrift stellt allerdings der Fachlichkeit in Form der Ausbildung mit der Äquivalenzkomponente und dem Wort „oder“ die besonderen Erfahrungen in der Sozialarbeit gegenüber. Beide Komponenten müssen also als normativ gleichwertig angesehen werden.

Für erfahrene Berufspraktiker besteht im Rahmen der zweiten Variante von § 72 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII grundsätzlich die Möglichkeit, sich mit dem notwendigen „theoretischen Rüstzeug“ auszustatten, damit sie als „alternative“ Fachkräfte betrachtet und eingesetzt werden können. Die „besonderen Erfahrungen“, die für diese Fachkraftgruppe verlangt werden, dürften (und müssen) in der Regel und vor allem durch die praktische Arbeit in der Kinder- und Jugendhilfe erworben worden sein. Im Rahmen dieser praktischen Arbeit müsste dann auch ein pädagogisch-theoretisches Wissen erworben worden sein, das den betreffenden Personen Kenntnisse vermittelt, die denen in einer entsprechenden fachlichen Ausbildung erworbenen jedenfalls vergleichbar sind. Eventuell vorhandene theoretische Defizite könnten *durch spezielle jugendhilfebezogenen Fort- oder Weiterbildungsangebote kompensiert* werden. Wenn diese Fort- und Weiterbildungsangebote berufsbegleitend absolviert werden, könnten die Teilnehmer nach Abschluss der Maßnahme sowohl die praktischen Erfahrungen als auch die theoretischen Kenntnisse, die für eine „alternative“ Fachkraft gefordert werden, vorweisen.

Die dann von den Teilnehmer vorzuweisenden „Fachkraft-Zertifizierungen“ (im untechnischen Sinne) dürften regelmäßig – abhängig von der Vorbildung und Vorqualifikation – auf eine bestimmte Tätigkeit in der Kinder- und Jugendhilfe beschränkt sein und keine „allgemeine Anerkennungswirkung“ entfalten (vgl. in diesem Sinne auch **Münder**, a. a. O., Rz 12 und 13). Dies deckt sich mit dem Ausgangspunkt, dass die fachliche Qualifikation immer aufgabenbezogen sein muss und von der zu erfüllenden Aufgabe abhängt. Denkbar ist sogar, dass fehlende oder anderweitige Berufsbefähigungen (im Sinne einer fehlenden Ausbildung in einem „klassischen“ sozialpädagogischen oder sozialarbeiterischen Berufsbild) durch jugendhilfebezogene Fort- und Weiterbildungsangebote derart kompensiert werden, dass tatsächlich der Sta

tus einer „klassischen“ Fachkraft (im Sinne der Absolvierung einer abgeschlossenen Ausbildung) erreicht wird. Dies dürfte jedoch jenseits und neben dem staatlich geregelten Ausbildungssystem nur schwer zu erreichen sein.

Form und Inhalte derartiger Fort- und Weiterbildungsangeboten können aus juristischer Sicht zunächst weder beurteilt noch vorgegeben werden. Sie sollten sich hinsichtlich ihrer Dauer und Inhalte an den Aufgaben und den Angeboten der Kinder- und Jugendhilfe und an allgemein anerkannten Standards orientieren, die von Fachorganisationen und Fachgremien formuliert sind, und sich grob an sie anlehnen. Beispielhaft seien hier die Empfehlungen zum Fachkräftegebot des Kinder- und Jugendhilfegesetzes gemäß Beschluss der 79. Arbeitstagung der *Bundesarbeitsgemeinschaft der Landesjugendämter* (BAGLJÄ) im November 1995, aktualisiert durch die 97. Arbeitstagung im November 2004, erwähnt, die Anforderungen an eine verantwortliche Tätigkeit in der Jugendhilfe skizzieren. Neben einer Grundqualifikation werden elf allgemeine zusätzliche Kompetenzen aufgeführt. Für einzelne Aufgabenbereiche der Jugendhilfe werden darüber hinaus weitere fachliche Kriterien beschrieben. Für den Bereich der *Hilfen zur Erziehung* gemäß §§ 27 ff. SGB VIII werden für die *allgemeinen Aufgaben* unter Ziff. 3.4.1 folgende erforderliche Kompetenzen und Voraussetzungen angeführt:

„Die Fachkräfte in diesem Bereich müssen über umfassende Kenntnisse des Jugendhilferechts verfügen und diese im Kontext der aktuellen Problemlagen junger Menschen und deren Familien anwenden können. Sie benötigen ggf. sozialpädagogische und psychologische Kenntnisse, die es ihnen ermöglichen, Probleme zu analysieren und zu klassifizieren, Handlungsstrategien ab- und einzuleiten sowie das Zusammenwirken unterschiedlicher Fachkräfte zu organisieren und zu koordinieren. Um die Hilfeplankonferenz zu leiten, zu moderieren und den Kontakt mit allen Beteiligten vereinbaren zu können, bedarf es entsprechender kommunikativer Kompetenz. Kenntnisse über die Anwendung und Wirkungsweise verschiedener sozialpädagogischer Ansätze und Methoden sowie verschiedener therapeutischer Maßnahmen sind für die Begleitung des Hilfefprozesses ebenso wichtig. Neben den fachlich inhaltlichen Aspekten der Arbeit müssen betriebswirtschaftliche Aspekte und ein kostenbewusster Umgang mit den zur Verfügung stehenden Ressourcen beachtet werden.“

Für Einrichtungen der *Heimerziehung* und sonstige *betreute Wohnformen* junger Menschen gemäß § 34 SGB VIII muss die pädagogische Arbeit den Bedürfnissen und Entwicklungsproblematiken der Altersstufen angemessen sein. Besonders Jugendliche sollen in Fragen der Ausbildung und Beschäftigung so

wie der allgemeinen Lebensführung beraten und unterstützt werden. Folgende Kompetenzen und Voraussetzungen werden in Ziff. 3.4.8 als erforderlich bezeichnet:

„Entsprechend dem Aufgabengebiet benötigen die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter Kompetenzen

- in der Gestaltung von Beziehungen zu Kindern und Jugendlichen, in denen sie glaubwürdig und authentisch sein sollen,
- in der Toleranz gegenüber Verschiedenheit und Pluralität,
- in der Fähigkeit, ihre Erziehungs- und Beziehungsarbeit reflektieren zu können,
- in der Konfrontation mit eigenen Normen und Werten und deren Auswirkungen ihrer eigenen Lebensgeschichte auf ihre berufliche Identität.

Sie sollen

- einschlägige Kenntnisse und differenzierte methodische Fähigkeiten besitzen,
- komplexe organisatorische und soziale Vernetzungen erfassen können,
- betriebswirtschaftliche Zusammenhänge verstehen können,
- Kenntnisse im Verwaltungshandeln besitzen,
- aktuelle Handlungsbedarfe erkennen können,
- Kenntnisse über die Breite sozialarbeiterischer Arbeitsfelder besitzen.

In Einrichtungen, die schulische Förderung, Berufsfindung und Berufsausbildung anbieten, sind weitere Fachkräfte erforderlich. Die notwendige erzieherische Kompetenz ist ggf. durch Weiter- und Zusatzausbildung zu vermitteln.“

Sehr herkömmliche, an den hergebrachten Ansätzen orientierte „Aufgabenprofile und Qualifikationsanforderungen in den Arbeitsfeldern der Kinder- und Jugendhilfe“ hat die Jugendministerkonferenz im Mai 2005 beschlossen auf der Grundlage eines Berichts des Deutschen Jugendinstituts.

## **5. besonderes Fachkräftegebot**

Die Relativierung des (allgemeinen) Fachkräftegebots durch das Äquivalent der besonderen Erfahrung wird in § 72 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII aber wieder eingeschränkt durch ein „besonderes Fachkräftegebot“: Auf die fachliche Ausbildung kann nicht verzichtet werden, wenn die jeweilige Aufgabe nur von Fachkräften oder sogar nur von Fachkräften mit einer entsprechenden Zusatzausbildung wahrgenommen werden kann. § 72 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII ergänzt daher § 72 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII, indem bei den Aufgaben danach unterschieden wird, ob sie auch von Personen mit besonderer Erfahrung in der sozi

alen Arbeit wahrgenommen werden können oder nur „klassischen“ Fachkräften vorbehalten sind (vgl. **Grube**, a. a. O., Rz 9). Welche Aufgaben dies sind, legt das Gesetz aber nicht fest. Ebenso wenig wird der Begriff der *Zusatzausbildung* eindeutig definiert (dabei wird es sich wohl um bereichs- und problem-spezifische oder um methodische Vertiefungen und Ergänzungen zur Grundausbildung handeln). Das Spektrum der in der juristischen Literatur als Fachkraft-gebunden angesehenen Aufgaben ist breit gefächert; es reicht von der Beschränkung auf einen „Kernbereich“ der Aufgaben der Kinder- und Jugendhilfe (vgl. **Münder**, a. a. O., Rz 16) bzw. von Aufgaben, die so zentral seien, dass sie nur von Fachkräften wahrgenommen werden könnten (vgl. **Grube**, a. a. O., Rz 9), bis hin zu dem Grundsatz, dass mit der verantwortlichen Übernahme jedweder Aufgabe nach § 2 SGB VIII immer nur Fachkräfte zu betrauen wären (vgl. **Nonninger**, a. a. O., Rz 17).

Die Entscheidung über den erforderlichen Einsatz von „klassischen“ Fachkräften oder solchen mit Zusatzausbildung ist Aufgabe der öffentlichen Träger. Sie haben die grundsätzliche Befugnis zu bestimmen, für welche Aufgaben sie welche Zusatzqualifikationen verlangen. Diese Entscheidung darf aber nicht willkürlich getroffen werden, sondern bedarf im jeden Einzelfall einer fundierten Begründung, die allein aus qualitativ gesteigerten Anforderungen der jeweiligen Aufgabe ab- und hergeleitet werden kann. Die entsprechende Entscheidung des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe ist im Hinblick auf die behördliche Einschätzungsprärogative aber wiederum nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbar (etwa mit Blick auf tatsächliche Ermittlungsdefizite, Mängel im Abwägungsvorgang oder im Abwägungsergebnis sowie ganz allgemein, ob sich die der Entscheidung zugrunde liegenden Einschätzungen, die Gewichtung der zu berücksichtigenden Umstände und das Abwägungsergebnis in den Grenzen des Vertretbaren halten [Plausibilitätskontrolle]).

## 6. Geltung des Fachkräftegebots für freie Träger

Das (verkürzt) so genannte *Fachkräftegebot* bezieht sich nach dem Wortlaut der Vorschrift unmittelbar nur auf Träger der öffentlichen Jugendhilfe. Die Norm gilt jedoch mittelbar auch für die Aufgabenwahrnehmung durch freie Träger und bestimmt die Praxis der freien Jugendhilfe. Dazu bedarf es allerdings immer eines Transformationsaktes im Einzelfall, mit dem der Träger der

öffentlichen Jugendhilfe den Inhalt der Norm mit unmittelbarer Wirkung gegenüber einem freien Träger zur Wirkung bringt und auf ihn überträgt, den freien Träger also an das allgemeine oder das besondere Fachkräftegebot bindet. Dafür gibt es im Grundsatz drei verschiedene rechtliche Alternativen und Ansatzpunkte:

(1) Zum Einen setzen die Förderung der freien Jugendhilfe durch öffentliche Träger gemäß § 74 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VIII und die Anerkennung als Träger der freien Jugendhilfe gemäß § 75 Abs. 1 Nr. 2 SGB VIII voraus, dass die fachlichen und personellen Voraussetzungen für die geplante Maßnahme bzw. für die Durchführung der Aufgaben erfüllt sind. In diesem Zusammenhang könnte der öffentliche Träger durch Vereinbarung (öffentlich-rechtlicher Fördervertrag gemäß § 53 ff. SGB X) oder durch Nebenbestimmung in Form einer Auflage zum Förderungs- bzw. Anerkennungsbescheid (gemäß § 32 Abs. 2 Nr. 4 SGB X) dem freien Träger aufgeben, den Bestimmungen in § 72 SGB VIII zu entsprechen.

(2) Zum Anderen gehören zu den wesentlichen (Leistungs-) Merkmalen einer Leistungsvereinbarung und einer Qualitätsentwicklungsvereinbarung, deren Abschluss eine der Voraussetzungen für die Übernahme des Leistungsentgelts in den in § 78 a SGB VIII genannten Angeboten ist, nach § 78 c Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 und 4 SGB VIII die erforderliche personelle Ausstattung und die Qualifikation des Personals (Anzahl und Qualifikation der Fachkräfte sind Elemente der so genannten Strukturqualität). Auch in diesem Kontext könnte der öffentliche Träger den freien Träger zur Einhaltung der Vorgaben aus § 72 SGB VIII verpflichten. Bei den in § 78 a Abs. 1 SGB VIII nicht genannten Angeboten bestände diese Bindungs- und Verpflichtungsmöglichkeit über den Abschluss einer Kostenübernahmevereinbarung im Einzelfall nach § 77 SGB VIII.

(3) Ferner könnte im Rahmen der Erteilung einer Betriebserlaubnis nach § 45 SGB VIII dem Träger der Einsatz geeigneter Kräfte oder die Einhaltung der Vorgaben von § 72 SGB VIII (wiederum als Nebenbestimmung oder als erläuternder [Klammer-] Zusatz) aufgegeben werden; die Beschäftigung fachlich ungeeigneter Kräfte wäre dann ein Grund zum Widerruf der Betriebserlaubnis (vgl. zu dieser Thematik **Nonninger**, a.a.O., Rz 3; **Wiesner**, a. a. O., Rz 15; **Münder**, a. a. O., Rz 4).

Darüber hinaus wird ganz allgemein aus der (qualitativen und quantitativen) Gesamtverantwortung des öffentlichen Trägers für die Angebote und Leistungen der Jugendhilfe nach § 79 SGB VIII abgeleitet, dass die fachliche Gewährleistung für die Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben zugleich den Einsatz von Fachkräften vorgibt. An dieser Stelle braucht nicht näher untersucht zu werden, ob und unter welchen Voraussetzungen im Einzelfall ein derartiger Transformationsakt des öffentlichen Trägers der Kinder- und Jugendhilfe rechtmäßig ist.

## **II. Handlungsoptionen und ihre juristische Umsetzung**

Einen verfahrensunabhängigen, abstrakten und damit unmittelbar durchsetzbaren gesetzlichen Anspruch auf behördliche Anerkennung als („klassische“ oder „alternative“) Fachkraft haben weder eine interessierte Person noch ein freier Träger der Jugendhilfe. In gleicher Weise kann ein privater Bildungsträger keine behördliche Feststellung per Bescheid begehren, die von ihm angebotenen Fortbildungs- oder Qualifizierungsmaßnahmen führten dazu, dass der erfolgreiche Absolvent im Sinne des Fachkräftegebots als gleichwertig betrachtet werden müsse. Rechtsschutz kann grundsätzlich nur vom Jugendhilfeträger in Anspruch genommen werden. Innerhalb dieses Rechtsschutzes kann dann die Frage der fachlichen Eignung des Personals notfalls gerichtlich überprüft werden. Ansatzpunkt für den Rechtsschutz wird in aller Regel einer der oben unter Ziff. C. I. 6. beschriebenen Transformationsakte sein, mit dem der öffentliche Träger den privaten Träger an das Fachkräftegebot bindet. Ein privater Fortbildungsträger hat insoweit aber keine eigene Rechtsschutzmöglichkeit.

### **1. Rechtsschutz gegen die Auferlegung des Fachkräftegebots**

Damit überhaupt „alternative“ Fachkräfte im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe als Fachkraft eingesetzt werden können, ist es in einem ersten Schritt ganz wesentlich, dass die Träger der freien Jugendhilfe, die als potentieller Einsatzstellen dieser „alternativen“ Fachkräfte in Betracht kommen, überhaupt rechtlich über die grundsätzliche Möglichkeit verfügen, diese auch tatsächlich einzusetzen. Wie dargestellt, enthält § 72 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII ein besonderes, verschärftes Fachkräftegebot, nach dem auf eine fachliche Ausbildung im Sinne der herkömmlichen Ausbildungsgänge in den „klassi

schen" Berufsfeldern nicht verzichtet werden kann. In diesem Segment ist der Einsatz „alternativer“ Fachkräfte“ rechtlich nicht zulässig. Die Entscheidung über den erforderlichen Einsatz von „klassischen“ Fachkräften oder gar „klassischen“ Fachkräften mit Zusatzausbildung ist Aufgabe der öffentlichen Träger. Sie kann und muss ggf. zur gerichtlichen Überprüfung gestellt werden, um eine Einsatzmöglichkeit für „alternative“ Fachkräfte zu eröffnen.

Wie bereits mehrfach dargelegt, bedarf es zur Geltung des Fachkräftegebotes für die freien Träger eines Transformationsaktes im Einzelfall, mit dem der Träger der öffentlichen Jugendhilfe den freien Träger an das Fachkräftegebot bindet, entweder durch Nebenbestimmung im Anerkennungs- oder Zuwendungsbescheid bzw. in der Betriebserlaubnis oder durch einen Vertrag (Leistungsvereinbarung, Kostenübernahmevereinbarung, Fördervertrag). Wenn der öffentlichen Träger bei einem derartigen Transformationsakt nur auf das allgemeine Fachkräftegebot verweist oder den Einsatz „geeigneten Personals“ aufgibt, hat der Träger die Möglichkeit, auch „alternative“ Fachkräfte einzusetzen, sofern die von ihm wahrgenommene Aufgabe der Kinder- und Jugendhilfe einen Einsatz derartiger Fachkräfte generell zulässt und der oder die fragliche(n) Person(en) konkret fachlich geeignet sind. Wird dem freien Träger mit dem Transformationsakt (also durch Verwaltungsakt oder öffentlich-rechtlichen Vertrag oder auch nur, eher versteckt und unauffällig, durch einen Klammerzusatz) aufgegeben, das besondere Fachkräftegebot des § 72 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII einzuhalten, besteht, wie dargelegt, diese Möglichkeit nicht. Der freie Träger kann dann an und sollte diese Vorgabe angreifen, um eine gerichtliche Überprüfung zu initiieren, ob die Voraussetzungen für das besondere Fachkräftegebot auch vorliegen.

Belastende Nebenbestimmungen zu begünstigenden Verwaltungsakten wie Auflagen können grundsätzlich isoliert (also selbständig) angefochten werden (vgl. **Kopp/Ramsauer**, Kommentar zum VwVfG, 10. Auflage 2008, § 36 Rz 60 bis 63; **Rüfner** in: **Wannagat**, Kommentar zum Recht des Sozialgesetzbuchs, 101. Erg.-Lfg., § 32 SGB X Rz 35 bis 42), so dass der (Anerkennungs- oder Zuwendungs-) Bescheid oder die Betriebserlaubnis im Übrigen nicht in Frage gestellt werden. Soweit der Abschluss einer Leistungs- und Qualitätsentwicklungsvereinbarung oder einer Kostenübernahmevereinbarung nach § 77 SGB VIII im Raume steht, steht der Abschluss einer solchen Vereinbarung zwar im Ermessen des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe; der freie

Träger hat jedoch einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über sein Angebot auf Abschluss einer solchen Vereinbarung, der gerichtlich durchgesetzt werden kann. Bei Angeboten aus dem Katalog von § 78 a SGB VIII ist der Weg zu den Verwaltungsgerichten erst nach Durchführung eines Schiedsstellenverfahrens nach § 78 g SGB VIII eröffnet. Im Rahmen der Prüfung, ob der öffentliche Träger sein Ermessen entsprechend des Zwecks der Ermächtigung ausgeübt und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens eingehalten haben, kann dann untersucht werden, ob die Voraussetzungen für das besondere Fachkräftegebot vorliegen.

## **2. Rechtsschutz um die Einhaltung des Fachkräftegebots**

Neben dem zuvor dargestellten Rechtsschutz, der die Auferlegung des Fachkräftegebots durch den öffentlichen Träger betrifft, kommen rechtliche Auseinandersetzungen in Betracht, die die Einhaltung des Fachkräftegebots zum Gegenstand haben. Die Beschäftigung nicht geeigneter Kräfte stellt einen Verstoß gegen die Auflage oder gegen die vertragliche Verpflichtung dar und kann grundsätzlich einen Widerruf des Anerkennungs- oder des Zuwendungsbescheides bzw. der Betriebserlaubnis gemäß § 47 SGB X oder eine Kündigung der Förder-, Leistungs- oder Kostenübernahmevereinbarung nach § 61 SGB X rechtfertigen.

Im Rahmen einer gegen den Widerruf oder gegen die Kündigung gerichteten Klage kann dann überprüft werden, ob im Einzelfall durch den Einsatz „alternativer“ Fachkräfte gegen das Fachkräfteverbot verstoßen wurde.

## **3. einschlägige Rechtsprechung**

Veröffentlichte Gerichtsentscheidungen zur fraglichen Thematik gibt es nur wenige. Das Verwaltungsgericht Oldenburg und das OVG Lüneburg haben sich in den Jahren 2002 und 2003 mit der (fachlichen) Eignung eines Jugendhilfeträgers befasst. Der Träger der öffentlichen Kinder- und Jugendhilfe hatte den Abschluss einer Vereinbarung nach § 77 SGB VIII für das Angebot einer ambulanten Therapie für Kinder mit Aufmerksamkeitsdefizitsyndrom (§ 35 a SGB VIII) wegen des Fehlens eines berufsqualifizierenden Abschlusses der Antragstellerin verweigert (vgl. VG Oldenburg, Beschluss vom 4. Februar 2003 – 13 B 477/20 und vom 8. April 2003 – 13 B 4768/03; OVG Lüneburg, Beschluss

vom 17. März 2003 – 12 ME 75/03). Die Gerichte haben dabei folgendes ausgeführt:

Die Praxis der Antragsgegnerin (Träger der öffentlichen Jugendhilfe), die Kosten einer Therapie bei der Antragstellerin wegen des Fehlens einer Vereinbarung gemäß § 77 SGB VIII und des fehlenden berufsqualifizierenden Abschlusses der Antragstellerin nicht zu übernehmen, greife in das Grundrecht der Antragstellerin aus Artikel 12 Abs. 1 GG ein und sei wegen Fehlens einer gesetzlichen Grundlage rechtswidrig.

Die Praxis der Antragsgegnerin diene außer der Beratung der anfragenden Eltern auch weitergehend berufsregelnden Zwecken. Mit der Beschränkung der Kostenübernahme auf Therapeuten mit einem berufsqualifizierenden Abschluss und einer Vereinbarung nach § 77 SGB VIII wolle die Antragsgegnerin auch Therapeuten, die sie ganz allgemein für ungeeignet halte, von der Beauftragung durch Eltern fernhalten. Außerdem betreibe die Antragsgegnerin durch diese Verfahrensweise tendenziell eine Zuteilung von Therapeuten und schränke dadurch den freien Wettbewerb ein.

Es fehle eine gesetzliche Regelung, die die Antragsgegnerin ermächtige, in der erwähnten Weise Therapeuten weitgehend vom Wettbewerb um Patienten auszuschalten und die Marktchancen im Wesentlichen nur unter Therapeuten, mit denen die Antragsgegnerin eine Vereinbarung nach § 77 SGB VIII abgeschlossen habe, zu verteilen. Zwar sei der Regelung zur Eingliederungshilfe für Kinder, die die Voraussetzungen von § 35 a SGB VIII aufwiesen, selbstverständlich zu entnehmen, dass die Hilfen, deren Kosten der Träger der Jugendhilfe zu übernehmen habe, geeignet sein müssten. Daraus folge aber nicht, dass der Träger der freien Jugendhilfe, der diese Hilfe anbiete, über einen berufsqualifizierenden Abschluss verfügen müsse, um für eine Hilfe zur Erziehung gemäß § 35 a SGB VIII geeignet zu sein. Der Begriff des „Therapeuten für ADS-Therapien“ sei durch den Gesetz- oder Verordnungsgeber nicht definiert oder geschützt; ein festgelegtes Berufsbild bestehe nicht. Die von der Antragsgegnerin vorgelegte Stellungnahme der Bundesarbeitsgemeinschaft der Landesjugendämter über das Fachkräftegebot des Kinder- und Jugendhilfegesetzes mache bei der Eingliederungshilfe für seelisch be-

hinderte Kinder und Jugendliche deutlich, dass die dort aufgeführten Ausbildungsgänge nur als „insbesondere für geeignet“ erachtet würden; damit werde zugleich klar, dass Leistungsanbieter mit anderen Bildungsvoraussetzungen nicht ausgeschlossen werden sollten. Nach diesen Maßstäben könne eine Geeignetheit der Antragstellerin nicht von vorne herein ausgeschlossen werden. Die Antragsgegnerin habe nicht dezidiert dargelegt, warum sie Bedenken gegen eine - außerhalb der in den Empfehlungen der Bundesarbeitsgemeinschaft aufgenommenen Grundberufe erworbene - hinreichende Qualifikation im Hinblick auf die Erfahrungen der Antragstellerin und ihrer jahrelangen Zusammenarbeit mit der Antragsgegnerin habe. Die Antragstellerin könne zwar spezifische Fort- und Weiterbildungsmaßnahmen und eine Mitgliedschaft in Berufsverbänden nicht vorweisen; eine Überprüfung der Eignung der Antragstellerin müsse durch einen Gutachter im Hauptsacheverfahren erfolgen.

Etwas anderes ergebe sich auch nicht im Hinblick auf § 72 Abs. 1 SGB VIII. Danach sei zwar der Einsatz von Fachkräften der Regelfall, besondere Erfahrungen in der Sozialarbeit, aufgrund derer Kenntnisse erworben worden seien, die solchen aus einer entsprechenden fachlichen Ausbildung zumindest vergleichbar seien, erfüllten diese Ansprüche jedoch auch. Die therapeutischen Erfahrungen der Antragstellerin ließen sie auch nach diesem Maßstab nicht von vorne herein als ungeeignet für die Arbeit als Therapeutin erscheinen.

Die Gesamtverantwortung der Antragsgegnerin berechtige sie nicht dazu, die Grundrechte von Therapeuten, die die den tatsächlichen Bedarf von Kindern an Eingliederungshilfe decken könnten, einzuschränken. Die Antragsgegnerin mache nicht geltend, dass die Tätigkeit der Antragstellerin konkret zu beanstanden sei. Sie sei nicht berechtigt, das Wunsch- und Wahlrecht gemäß § 5 SGB VIII für die Eltern auf Therapeuten, mit denen die Antragsgegnerin eine Vereinbarung für die ambulante Behandlung von Kindern im Bereich von § 35 a SGB VIII abgeschlossen habe, zu beschränken. Die Antragsgegnerin habe trotz mehrfacher Nachfrage konkrete Mängel der therapeutischen Tätigkeit der Antragstellerin nicht dargetan oder gar belegt.

Wesentliche Elemente dieser Begründungen, namentlich der Hinweis auf das Grundrecht der freien Träger aus Art. 12 Abs. 1 GG und das Verlangen nach konkreten Bedenken gegen die Eignung einer Person im Einzelfall können

auch für gerichtliche Auseinandersetzungen im Zusammenhang mit dem Fachkräftegebot nach § 72 Abs. 1 SGB VIII herangezogen werden.

#### **4. Alternativen**

Im Vorfeld und als Alternative zu einer juristischen Auseinandersetzung bietet es sich an, dass fachlich von den angebotenen Leistungen her in Betracht kommende freien Träger geeignete, von einem Fort- und Weiterbildungsträger qualifizierte „alternativen“ Fachkräfte einsetzen, und zwar in Abstimmung mit dem zuständigen Träger der öffentlichen Jugendhilfe und mit entsprechender Anpassung ihrer Konzeption. Auf diesem Weg könnten Referenz- und Präzedenzfälle geschaffen werden, die dann auf weitere freie Träger, weitere Tätigkeitsfelder der Kinder- und Jugendhilfen und andere öffentliche Träger ausgedehnt werden könnten.

Bonn, den 18. Mai 2009

Rechtsanwalt Chr. M ä ß e n