



Rechtliche Rahmenbedingungen für sektorübergreifende Kooperationen

Eine Expertise für die offene Kinder- und Jugendarbeit
sowie offene Altenhilfe

Disclaimer

Diese Publikation entstand im Rahmen des Projekts „Synergien vor Ort“ der Bertelsmann Stiftung. Sie diente als Information und Expertise für die Projektarbeit und stellt keine Position der Bertelsmann Stiftung dar. Sie wird veröffentlicht, um ihre Inhalte interessierten Lesern zugänglich zu machen und Debatten zu bereichern.

Rechtliche Rahmenbedingungen für sektorübergreifende Kooperationen

Eine Expertise für die offene Kinder- und Jugendarbeit
sowie offene Altenhilfe

Prof. Dr. Gerhard Igl, Universitätsprofessor a. D.
Hamburg, Juli 2016

Kontakt

Alexander Koop
Senior Project Manager
Synergien vor Ort
Bertelsmann Stiftung
Telefon 05241 81-81377
Mobil 0173 7451117
Fax 05241 81-681377
alexander.koop@bertelsmann-stiftung.de
www.bertelsmann-stiftung.de
www.synergien-vor-ort.de

Prof. Dr. iur. Gerhard Igl
Universitätsprofessor a. D.
gerhard.igl@t-online.de
www.g-igl.de

Titelbild: Arne Weychardt

Inhalt

1	Zusammenfassung	2
2	Recht und Bürgerengagement	3
2.1	Bürgerengagement im Rechtsstaat	3
2.2	Funktionen des Rechts im Bürgerengagement	4
2.3	Rechtliche Strukturen des Bürgerengagements in der Kommune	4
2.4	Zum Stand der rechtswissenschaftlichen Forschung	5
3	Allgemeine rechtliche Rahmenbedingungen	6
3.1	Rechtlicher Status der freien Träger	6
3.2	Begriff des Ehrenamtes – Begriffsverwendungen in Rechtsvorschriften ...	8
3.3	Unterscheidung von ehrenamtlicher und hauptamtlicher Tätigkeit	12
4	Rechtliche Situation der kommunalen offenen Kinder- und Jugendarbeit	12
4.1	Leistungsrecht	12
4.2	Leistungserbringung allgemein	13
4.3	Leistungserbringung in Kooperation zwischen Akteuren der Zivilgesellschaft und Verwaltung	14
5	Reformbedarf in der kommunalen offenen Kinder- und Jugendarbeit	16
6	Rechtliche Situation der kommunalen offenen Altenhilfe	16
6.1	Leistungsrecht	16
6.2	Leistungserbringung allgemein	18
6.3	Leistungserbringung in Kooperation zwischen Akteuren der Zivilgesellschaft und Verwaltung	19
7	Reformbedarf bei der kommunalen offenen Altenhilfe	20
8	Schlussfolgerungen	21
	Literaturverzeichnis	22
	Impressum	23

1 Zusammenfassung

Die vorliegende Arbeit wurde im Rahmen des Projekts „Synergien vor Ort“ der Bertelsmann Stiftung erstellt. Sie analysiert und vergleicht die derzeitigen rechtlichen Rahmenbedingungen in der kommunalen offenen Kinder- und Jugendarbeit sowie der offenen Altenhilfe. Im Fokus stehen hierbei folgende Fragestellungen:

- In welchen Bereichen ermöglichen oder erfordern die rechtlichen Rahmenbedingungen eine Kooperation der Akteure aus Zivilgesellschaft und Verwaltung? Wo benötigen wir Reformen, um Kooperationen stärker zu unterstützen?
- Zu welchen Leistungen ist die Kommune in der offenen Kinder- und Jugendarbeit sowie in der offenen Altenhilfe verpflichtet? Welche Leistungen darf und kann sie bereitstellen, welche sind rechtlich ausgeschlossen?
- Was sind die rechtlichen Rahmenbedingungen der freien Träger bzw. Gemeinnützigen und Engagierten? Wie wird das freiwillige Engagement bzw. die ehrenamtliche von hauptamtlicher Arbeit unterschieden?

Allgemein ist festzustellen, dass erhebliche Unterschiede zwischen der rechtlichen Regulierung in der offenen Kinder- und Jugendarbeit und der offenen Altenhilfe bestehen. So ist die offene Kinder- und Jugendarbeit (OKJA) im SGB VIII geregelt. Gleiches gilt für die Träger der Leistungen und die Kooperation der Leistungserbringer, auch in Richtung auf ehrenamtlich Tätige:

- Es besteht eine rechtliche Verpflichtung zur Bereitstellung bzw. zur Förderung der Bereitstellung von Angeboten, aber keinen individuellen Rechtsanspruch auf Angebote der OKJA.
- Ehrenamtliche in der OKJA sollen bei ihrer Tätigkeit „angeleitet, beraten und unterstützt“ werden, wobei letzteres auch Maßnahmen zur Förderung ehrenamtlichen Handelns umfasst (z. B. Qualifikation, Supervision).

§ 78 SGB VIII enthält eine Koordinationsvorschrift, wonach Ehrenamtliche indirekt mit den Trägern geförderter Maßnahmen einbezogen sind. Die Koordinationsvorschrift ist begrenzt auf die Träger der öffentlichen Jugendhilfe, die anerkannten Träger der freien Jugendhilfe und die Träger geförderter Maßnahmen. Andere Initiativen der freien Jugendhilfe werden nicht in die Koordination einbezogen. Hier stellen sich folgende Fragen:

- Ist es sinnvoll bzw. notwendig, den Kreis der in die Koordination nach § 78 SGB VIII einbezogenen Träger auf freie Initiativen der Jugendhilfe sowie privatwirtschaftliche Akteure zu erweitern, um einem unkoordiniertem Nebeneinander der Aktivitäten von nicht geförderten und geförderten Akteuren auf dem Gebiet der Jugendhilfe entgegenzuwirken?
- Inwiefern ermöglichen Arbeitsgemeinschaften nach § 78 SGB VIII mit den vorhandenen personellen und sachlichen Ressourcen eine sinnvolle Zusammenarbeit?

Anders gestalten sich die rechtlichen Rahmenbedingungen in der offenen Altenhilfe gemäß § 71 SGB XII. Zwar ist auch hier eine Regelung vorhanden – allerdings ohne den Begriff „offene Altenhilfe“ zu verwenden. Die in der Vorschrift benannten Bereiche werden normalerweise jedoch der offenen Altenhilfe zugerechnet. So umfasst der Begriff „offene Altenhilfe“ die Einrichtungen, Maßnahmen, Angebote und Veranstaltungen, die sich nicht vorrangig auf die Erbringung professioneller Pflegehilfen beziehen, sondern den Bereichen der allgemeinen Beratung, der Freizeitgestaltung und Beschäftigung und der damit verbundenen Probleme sowie der Hilfebedarfe älterer Menschen angehören. Leistungen der Altenhilfe sind hierbei nicht als Pflichtleistung, sondern als Sollleistung ausgestaltet. Es besteht also kein Leistungsanspruch auf sie.

Das Sozialhilferecht ist insgesamt „ehrenamtsblind“: Darin fehlt es allgemein, nicht nur in der Altenhilfe, an einer Rezeption des Phänomens der Ehrenamtlichkeit. Dies erstaunt umso mehr, als in der Sozialhilfe und früher in der Fürsorge der Einsatz ehrenamtlich Tätiger selbstverständlich und regelmäßig stattfindet bzw. stattfand.

- Die Leistungserbringung durch Ehrenamtliche wird im SGB XII in keiner Weise erwähnt.
- Es besteht keine rechtliche Verpflichtung des Sozialhilfeträgers zur Qualifikation der ehrenamtlich Tätigen.
- Die Ehrenamtlichkeit wird in der Sozialhilfe in den Verbänden der freien Wohlfahrtspflege praktiziert. Für deren Tätigkeit existieren Grundsätze (Vorrang der freien Wohlfahrtspflege) und Kooperationsvorschriften. In diesem Zusammenhang können auch Arbeitsgemeinschaften gebildet werden.

Der Blick auf die unterschiedliche rechtliche Ausgestaltung der offenen Kinder- und Jugendarbeit im Rahmen des SGB VIII und der offenen Altenarbeit im Rahmen des SGB XII ergibt folgende mögliche Reformbedarfe:

- Formulierung von § 71 SGB XII als Pflichtleistung des Sozialhilfeträgers, evtl. Formulierung als individuelle Anspruchsleistung.
- Ausweitung der Kooperationsvorschrift (§ 4 SGB XII) auf ehrenamtlich Tätige; dazu gehört auch die Verpflichtung, für diese Koordination entsprechende Regelungen zu schaffen und für die spezifischen Einsätze ehren- und hauptamtlich Tätiger jeweils konkrete Koordinationsstellen bereitzuhalten.
- Schaffung von Qualifikationsmöglichkeiten für ehrenamtlich Tätige.

Grundsätzlich ist die Frage zu stellen, ob die rechtlich beschriebenen Kooperationsstrukturen der OKJA auf die offene Altenhilfe übertragen werden können, um Kooperationen in der offenen Altenhilfe zu ermöglichen bzw. zu unterstützen.

2 Recht und Bürgerengagement

2.1 Bürgerengagement im Rechtsstaat

Die Umwelt, in der Bürgerengagement stattfindet, ist nicht rechtsfrei.¹ Zahlreiche Rechtsvorschriften bestimmen *direkt* und indirekt das bürgerschaftliche Engagement und beeinflussen damit dessen Gestaltung und Ausübung. Die wichtigsten Rechtsgebiete, die hier zu nennen sind, sind das Steuerrecht, das Vereins- und Stiftungsrecht, das Kommunalrecht, das Haushaltsrecht in Form des Zuwendungsrechts, das Wettbewerbsrecht, das zivilrechtliche Haftungsrecht und das Sozialrecht. Die Vorschriften auf diesen Rechtsgebieten prägen die Handlungsräume für Bürgerengagement.

Auch die Akteure des Bürgerengagements werden in ihrem individuellen Status von Rechtsvorschriften wesentlich bestimmt und geprägt. Ein Teil dieser Vorschriften wirkt dabei direkt, so die Vorschriften, die sich explizit mit Bürgerengagement, meist in Form des Ehrenamtes, befassen. Ein anderer Teil der Vorschriften hat nur indirekt mit dem Bürgerengagement zu tun. Dies gilt vor allem für das Privat- und das Wirtschaftsrecht. Während bei den Rechtsnormen, die die einzelnen Akteure des Bürgerengagements in ihrem Handeln betreffen, zumindest die Wahrnehmung einer bestimmten Erscheinungsform des bürgerschaftlichen Engagements, nämlich des Ehrenamtes, gegeben ist,

¹ Vgl. Igl et al. 2002: 43 ff. und Igl 2010.

ist dies anders bei den Rechtsnormen, die das bürgerschaftliche Engagement beeinflussen. Teilweise wird das Bürgerengagement von diesen Rechtsnormen überhaupt nicht wahrgenommen. Jedoch sind zum Teil Ansätze zu verzeichnen, die zwar nicht explizit, aber doch in der Sache mit Bürgerengagement zu tun haben.

2.2 Funktionen des Rechts im Bürgerengagement

Das existierende direkt und indirekt wirkende Recht erfüllt für das Bürgerengagement vor allem folgende Funktionen:

- *Schutz der bürgerschaftlich Engagierten* angesichts der Risiken, die Tätigkeiten im Zusammenhang des Bürgerengagements in sich bergen. Hier steht der Schutz der Engagierten im Vordergrund, z. B. bei einem Unfall im Zusammenhang mit einer bürgerschaftlich engagierten Tätigkeit. Zudem geht es um haftungsrechtliche Risiken.
- *Nachteilsausgleich* in den Fällen, in denen Bürgerengagement besondere Aufwendungen verursacht. Hierzu zählt der gesamte Bereich des Aufwendungsersatzes.
- *Inhaltliche Förderung des Bürgerengagements*, z. B. durch entsprechende Qualifikationsmöglichkeiten oder durch begleitende Bereitstellung von Fachlichkeit und Beratung.
- *Setzung individueller Anreize* für bürgerschaftlich engagierte Personen. Solche Anreize sind insbesondere in einer rentenversicherungsrechtlichen Anerkennung von Zeiten bürgerschaftlichen Engagements zu sehen, ebenso in steuerlichen Vergünstigungen. Freistellungen können ebenfalls individuelle Anreize bieten.
- *Ermöglichung des Bürgerengagements* als zentrale Voraussetzung dafür, dass dieses Engagement überhaupt zustande kommt. In dieser Funktion können Rechtsvorschriften auf ganz unterschiedlichen Ebenen und in sehr verschiedenen Bereichen wirken. Die Palette reicht vom Kommunalrecht (von Befassungs- und Beteiligungsrechten bis zur Mit- und Eigenverwaltung) über das Zuwendungsrecht bis hin zur Einrichtung von Auskunfts- und Beratungsinstanzen sowie Lotsen- und Steuerungsfunktionen. Häufig wird auch die Entbürokratisierung als wichtiger Bestandteil der Ermöglichung thematisiert.

Die Zuordnung bestimmter Rechtsvorschriften zu bestimmten Funktionen erleichtert nicht nur das Verständnis dieser Vorschriften in ihren Wirkungen auf das Bürgerengagement. Sie erleichtert auch die Entwicklung und Weiterentwicklung von Rechtsvorschriften, indem sie hilft, politische Prioritäten zu bilden. So wird die Schaffung von Vorschriften mit Schutz- und Ausgleichsfunktion vorrangig vor solchen mit Anreizfunktion stehen müssen. Vorschriften zur Ermöglichung des Bürgerengagements wird man dort einrichten müssen, wo das Bürgerengagement Räume der Betätigung und eine entsprechend förderliche Umwelt benötigt.

2.3 Rechtliche Strukturen des Bürgerengagements in der Kommune

Das Grobraster des rechtlichen Beziehungsgeflechts im jeweiligen Handlungsfeld der Jugend- und Seniorenarbeit lässt sich als Dreiecksverhältnis zwischen den Adressaten des Bürgerengagements, den bürgerlich engagierten Personen und Vereinigungen sowie den Kommunen und den kommunalen Akteuren skizzieren.

Gesetzlich oder rechtlich konstituierte Rechtsbeziehungen zwischen den in diesem Dreiecksverhältnis Beteiligten können etwa gegeben sein, wenn Rechtsansprüche der Adressaten oder bestimmte Förder- oder Beteiligungsverpflichtungen der Kommune in dem jeweiligen Handlungsfeld bestehen.

Da ein allgemeines (Rahmen-)Gesetz zum Statut bürgerschaftlichen Engagements oder bürgerschaftlich Engagierter nicht existiert, sind hierzu die spezifischen rechtlichen Vorschriften einschlägig, die das jeweilige Handlungsfeld kennzeichnen.

Es kommt jedoch nicht nur auf die spezifischen rechtlichen Vorschriften an, die das jeweilige Handlungsfeld bestimmen, sondern ebenso auf die allgemeinen Rechtsnormen, die die Umwelt des bürgerschaftlichen Engagements betreffen. Solche allgemeinen Rechtsnormen können insbesondere kommunalrechtlicher, sozialrechtlicher und steuerrechtlicher Art sein.

Nur eine Zusammenschau der – falls vorhanden – spezifischen, das jeweilige Handlungsfeld bestimmenden rechtlichen Vorschriften und der allgemeinen, die Umwelt des bürgerschaftlichen Engagements betreffenden Rechtsnormen ergibt ein aus rechtlicher Sicht vollständiges Bild der rechtlichen Strukturen des Bürgerengagements in der Kommune.

2.4 Zum Stand der rechtswissenschaftlichen Forschung

Bei der Analyse des Standes der rechtswissenschaftlichen Forschung sind drei Dimensionen in den Blick zu nehmen:

- die Dimension des jeweiligen Handlungsfeldes (Jugend- und Seniorenarbeit),
- die Dimension der allgemeinen rechtlichen (Umwelt-)Rahmenbedingungen für das bürgerschaftliche Engagement, und
- die Dimension der allgemeinen rechtswissenschaftlichen Befassung mit dem bürgerschaftlichen Engagement.

Soweit für die Handlungsfelder der Jugend- und Seniorenarbeit spezifische rechtliche Vorschriften existieren, kann eine rechtswissenschaftliche Befassung mit ihnen vor allem im Kontext der rechtlichen Vorschriften, also bei der Jugendarbeit im Kontext des Sozialgesetzbuches SGB VIII (Kinder- und Jugendhilfe) und bei der Seniorenarbeit im Kontext des SGB XII (Sozialhilfe) stattfinden. Gleiches gilt für die allgemeinen rechtlichen (Umwelt-)Rahmenbedingungen des bürgerschaftlichen Engagements.

Die rechtswissenschaftliche Befassung mit dem bürgerschaftlichen Engagement an sich findet sich jedoch nur vereinzelt. Ein Strang dieser rechtswissenschaftlichen Befassung beruht vor allem auf den diesbezüglichen Arbeiten der Enquete-Kommission „Zukunft des bürgerschaftlichen Engagements“ und den Arbeiten, die in der Folge dazu entstanden sind.²

Mit dem besonderen Aspekt des Stiftungsrechts und des Rechts der Non-Profit-Organisationen befasst sich das Institut für Stiftungsrecht und das Recht der Non-Profit-Organisationen der Bucerius Law School Hamburg (Leitung: Prof. Dr. Birgit Weitemeyer). Schwerpunkte der Institutsarbeit sind Forschungsaufgaben im Bereich des Rechts der gemeinnützigen Organisationen. Neben den gesellschaftsrechtlichen Fragestellungen zum Stiftungs- und Vereinsrechts sowie dem Recht der gemeinnützigen Kapitalgesellschaften bildet das steuerrechtliche Gemeinnützigkeitsrecht einen wesentlichen Themenschwerpunkt. Darüber hinaus leistet das Institut interdisziplinäre Forschungsarbeit, indem besonders Erkenntnisse der Ökonomie und der Sozialwissenschaften zum philanthropischen Handeln einbezogen werden.³

² Siehe hierzu etwa Reuter 2005 oder Igl 2011.

³ www.law-school.de/deutsch/lehre-forschung/institute-zentren/institut-fuer-stiftungsrecht.

Zusammenfassend ist festzustellen: Es fehlt an einer die Handlungsfelder Jugend- und Seniorenarbeit im Kontext des bürgerschaftlichen Engagements betreffenden und auf die kommunale Ebene bezogenen rechtswissenschaftlichen Befassung.

3 Allgemeine rechtliche Rahmenbedingungen

3.1 Rechtlicher Status der freien Träger

3.1.1 Begriff der „freien Träger“

Der Begriff der „freien Träger“ wird in der Gesetzessprache nicht verwendet. Am ehesten nähert sich dieser Begriff dem im SGB VIII verwendeten Begriff der Träger der freien Jugendhilfe (§ 3 Abs. 2 und 3, § 4 SGB VIII) an. Im Sozialhilferecht ist die Rede von Verbänden der freien Wohlfahrtspflege (§ 5 Abs. 1 SGB XII). In der Sozialen Pflegeversicherung heißt es Träger der freien Wohlfahrtspflege (§ 11 Abs. 2 S. 2 SGB XI). Im Krankenhausfinanzierungsrecht wird von der Freigemeinnützigkeit (bei Krankenhäusern, § 1 Abs. 2 S. 2 KHG – Krankenhausfinanzierungsgesetz) gesprochen.

Der Begriff der Wohlfahrtspflege ist in den genannten Gesetzen nicht definiert. Eine gesetzliche Definition findet sich jedoch im Steuerrecht (§ 66 Abs. 2 AO – Abgabenordnung):

„Wohlfahrtspflege ist die planmäßige, zum Wohle der Allgemeinheit und nicht des Erwerbs wegen ausgeübte Sorge für notleidende oder gefährdete Mitmenschen. Die Sorge kann sich auf das gesundheitliche, sittliche, erzieherische oder wirtschaftliche Wohl erstrecken und Vorbeugung oder Abhilfe bezwecken.“

Zur Klärung des rechtlichen Status der „freien Träger“ ist zwischen dem Kinder- und Jugendhilferecht und dem Sozialhilferecht zu unterscheiden, da sich dort die Statusregelungen für die Träger der offenen Kinder- und Jugendarbeit bzw. der offenen Seniorenarbeit finden.

3.1.2 Begriff der Träger der freien Jugendhilfe

Der Begriff der Träger der freien Jugendhilfe wird in einem der führenden Kommentare zum SGB VIII wie folgt beschrieben⁴:

„Der Sammelbegriff ‚Träger der freien Jugendhilfe‘ wird anders als in § 5 Abs. 4 JWG nicht mehr in bestimmte Trägergruppen unterteilt. Er hat vor allem in der Vergangenheit der falschen Auffassung Vorschub geleistet, es handele sich bei Trägern der freien JHilfe um einen *abgeschlossenen Kreis von Verbänden und Organisationen*, die den Markt der Angebote unter sich aufteilen. Wenngleich viele (bundesweit tätige) Träger der freien JHilfe über eine dauerhafte Organisationsform verfügen, so ist ihre Existenz doch ausschließlich von der Willensbildung ihrer Organe abhängig. Auch § 17 SGB I spricht nur abstrakt von ‚gemeinnützigen und freien Einrichtungen und Organisationen‘. Um als Träger der freien JHilfe tätig zu werden, bedarf es keiner Anerkennung nach § 75. Diese ist (grundsätzliche) Voraussetzung für eine Förderung aus öff. Mitteln, nicht jedoch für die Wahrnehmung des autonomen Betätigungsrechts oder den Abschluss von Verträgen nach §§ 78a ff. Die Verfolgung gemeinnütziger Ziele ist deshalb für die Trägereigenschaft nicht konstituierend. Träger der freien JHilfe i. S. des § 3 können daher auch privat-gewerbliche Träger sein (...). Diese Auslegung erscheint auch deshalb geboten, weil anderenfalls das Betätigungsfeld privat-gewerblicher Träger erheblich verringert und damit ein Eingriff in die Berufsfreiheit verbunden wäre (...).“

⁴ Wiesner in Wiesner (Hrsg.), 2015, § 3 Rn. 10, 10a – unter Weglassung der Zitierungen.

Damit ist ein sehr weiter Begriff des Trägers der freien Jugendhilfe gegeben, der sich letztlich nur aus der Abgrenzung gegenüber den öffentlichen Trägern versteht. Die zwei wichtigsten Aussagen sind jedoch, dass ein Träger der freien Jugendhilfe nicht der Anerkennung nach § 75 SGB VIII bedarf, und weiter, dass er nicht gemeinnützige Zwecke verfolgen muss.

3.1.3 Begriff des Verbandes der freien Wohlfahrtspflege

Der Begriff der Verbände der freien Wohlfahrtspflege wird in einem der führenden Kommentare zum SGB XII wie folgt beschrieben⁵:

„Als *nichtstaatliche Träger der freien Wohlfahrtspflege* werden die Kirchen und Religionsgemeinschaften des öffentlichen Rechts und die Verbände der freien Wohlfahrtspflege genannt. Zu diesen Verbänden gehören beispielhaft aufgezählt: die Arbeiterwohlfahrt, der Deutsche Caritas Verband, der Deutsche Paritätische Wohlfahrtsverband, das Deutsche Rote Kreuz, das Diakonische Werk, Verband Deutscher Wohltätigkeitsstiftungen e. V., der Sozialverband VdK und die Zentralwohlfahrtsstelle der Juden (...). Als Organisationsform ist vorwiegend der eingetragene Verein gewählt worden. Die kirchlichen Wohlfahrtsverbände können sich als Untergliederung der verfassten Kirchen auf die Korporative Religionsfreiheit berufen (...). Im SGB XII wird der verwendete Begriff der *Wohlfahrtspflege* nicht definiert, sondern vorausgesetzt. Eine Definition kann sich an § 66 AO anlehnen, wonach Wohlfahrtspflege als planmäßige, zum Wohl der Allgemeinheit und nicht zum Erwerb ausgeübte Sorge für notleidende und gefährdete Mitmenschen charakterisiert werden kann (...). *Frei* ist eine Wohlfahrtspflege, weil sie keinem Träger einer staatlichen Gebietskörperschaft zugeordnet wird.

Dem Begriff *Verbände* liegt im Kern eine korporative Vorstellung zugrunde (...). Ein derartig enges Verständnis wird der sozialen Wirklichkeit nicht gerecht. Aus der Differenzierung des § 75 SGB XII zwischen Träger der Einrichtung und Verband lässt sich ableiten, dass Verband keineswegs in einem engen Sinn zu verstehen ist (...). Insofern hat der Gesetzgeber versäumt, mit der Reform des Sozialhilferechts Anpassungen vorzunehmen. Es ist eine am Sinn und Zweck orientierte weite Auslegung erforderlich. Der Sozialbereich hat durch die Selbsthilfebewegung und durch die privat-gewerblichen Träger (...) tatsächliche Veränderungen erfahren, denen ein korporatives Verständnis der Vorschrift nicht mehr Rechnung tragen kann. Um die innovativen und experimentellen Formen nichtstaatlicher Träger in die sozialhilferechtliche Systematik einzubinden, muss der Begriff des Verbandes in einem weiten Sinn verstanden werden. Er bezieht sich deshalb nicht nur auf Organisationsformen, die in einem engen Sinn als korporativ zu bezeichnen sind (...). In diese Richtung deutet schon die Vorschrift des § 17 Abs. 3 S. 1 SGB I, die den Begriff des Verbandes vermeidet. Nach dieser Regelung wirken die staatlichen Leistungsträger in der Zusammenarbeit mit *gemeinnützigen und freien Einrichtungen* und Organisationen darauf hin, dass sich deren Tätigkeiten zum Wohl des Leistungsempfängers wirksam ergänzen.

Durch die Vorschrift sind die Kirchen, die Religionsgesellschaften des öffentlichen Rechts und die Verbände der freien Wohlfahrtspflege gegenüber *privat-gewerblichen Trägern* privilegiert. Dies stößt vor dem Hintergrund des europäischen Wettbewerbsrechts zunehmend auf Bedenken (...). Unbestritten ist, dass die Wohlfahrtsverbände unternehmerisch wie Private handeln müssen (...).“

⁵ Wahrendorf in Grube und Wahrendorf (Hrsg.), 2014, § 5 Rn. 68 – unter Weglassung der Zitierungen.

Ähnlich wie beim Begriff der Träger der freien Jugendhilfe wird auch in der Kommentarliteratur zum Sozialhilferecht ein weiterer Begriff der freien Wohlfahrtspflege verwendet, der letztlich die Funktion der Abgrenzung gegenüber den öffentlichen Trägern hat. Strittig ist hier jedoch nach wie vor die Abgrenzung gegenüber den privatgewerblichen Trägern. Das zeigt auch der gesetzliche Hinweis in § 11 Abs. 2 S. 3 SGB XI, wo noch zwischen freigemeinnützigen und privaten Trägern unterschieden wird:

„§ 11 Abs. 2 SGB XI: Bei der Durchführung dieses Buches sind die Vielfalt der Träger von Pflegeeinrichtungen zu wahren sowie deren Selbständigkeit, Selbstverständnis und Unabhängigkeit zu achten. Dem Auftrag kirchlicher und sonstiger Träger der freien Wohlfahrtspflege, kranke, gebrechliche und pflegebedürftige Menschen zu pflegen, zu betreuen, zu trösten und sie im Sterben zu begleiten, ist Rechnung zu tragen. Freigemeinnützige und private Träger haben Vorrang gegenüber öffentlichen Trägern.“

3.1.4 Zusammenfassung zum rechtlichen Status der freien Träger

Während im Kinder- und Jugendhilferecht (SGB VIII) der Begriff der Träger der freien Jugendhilfe schon vom Wortlaut her weit gefasst ist, ist der Begriff der Verbände der freien Wohlfahrtspflege im Sozialhilferecht (SGB XII) ursprünglich sehr eng begrenzt auf die traditionellen Verbände der freien Wohlfahrtspflege. Diese enge Begrenzung wird jedoch in der Kommentarliteratur als überholt angesehen, weshalb dort ein weites Begriffsverständnis angeregt wird, das auch andere als verbandstragene soziale Hilfen erfasst.

3.2 Begriff des Ehrenamtes – Begriffsverwendungen in Rechtsvorschriften

In den Gesetzen wird traditionell überwiegend der Begriff des Ehrenamtes verwendet. Erst spät wird mit dem Pflege-Weiterentwicklungsgesetz (2008) auch der Begriff der zum bürgerschaftlichen Engagement bereiten Personen eingeführt.

Eine für alle Rechtsbereiche gültige (bundes-)gesetzliche Definition des Begriffs des Ehrenamtes bzw. der ehrenamtlichen Tätigkeit existiert nicht. Der (Bundes-)Gesetzgeber verwendet diesen Begriff jedoch in verschiedenen (Bundes-)Gesetzen, so etwa im Umsatzsteuergesetz (UStG), im Einkommensteuergesetz (EStG), im Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG), in der Gesetzlichen Unfallversicherung (SGB VII), in der Kinder- und Jugendhilfe (SGB VIII) und in der Sozialhilfe (SGB XI). Den Inhalt des Begriffs setzt der Gesetzgeber dabei als bekannt voraus. Jedoch lassen sich für das Verständnis Hinweise aus den Vorschriften entnehmen, die auf das Ehrenamt Bezug nehmen:

- Die §§ 81–87 VwVfG enthalten Regelungen über Rechte und Pflichten bei ehrenamtlicher Tätigkeit im Rahmen des Verwaltungsverfahrensgesetzes des Bundes. Vergleichbare Regelungen finden sich in den Landesverwaltungsverfahrensgesetzen. Eine gesetzliche Definition der ehrenamtlichen Tätigkeit wird nicht geliefert. Die Verwaltungsverfahrensgesetze des Bundes und der Länder gelten für die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit dieser Körperschaften sowie der Gemeinden und der Gemeindeverbände.
- § 4 UStG betrifft die Steuerbefreiungen bei Lieferungen und sonstigen Leistungen. In § 4 Nr. 26 UStG wird die Steuerbefreiung bei ehrenamtlicher Tätigkeit geregelt: „die ehrenamtliche Tätigkeit,
 - a) wenn sie für juristische Personen des öffentlichen Rechts ausgeübt wird oder
 - b) wenn das Entgelt für diese Tätigkeit nur in Auslagenersatz und einer angemessenen Entschädigung für Zeitversäumnis besteht“.

Aus dieser Vorschrift ist als Definitionselement der ehrenamtlichen Tätigkeit zu entnehmen, dass für diese Tätigkeit kein Leistungsentgelt, sondern nur Auslagenersatz oder angemessene Entschädigung für Zeitversäumnis entrichtet werden darf. Damit wird das Element der Unentgeltlichkeit einer ehrenamtlichen Tätigkeit angesprochen. Ein Schreiben des Bundesfinanzministeriums zu dieser Vorschrift geht auf den Begriff der ehrenamtlichen Tätigkeit ein: Darin wird die Ehrenamtlichkeit auch vom Einsatz für eine fremdnützig bestimmte Einrichtung abhängig gemacht.⁶

Ob eine Entschädigung der Zeitversäumnis entspricht, ist nach den Umständen des Einzelfalls, wie berufliche Stellung, zeitliche Dauer der Inanspruchnahme sowie Verdienstaussfall durch die ehrenamtliche Tätigkeit zu beurteilen.⁷

⁶ „Zu den ehrenamtlichen Tätigkeiten gehören nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH) alle Tätigkeiten, die in einem anderen Gesetz als dem UStG ausdrücklich als solche genannt werden, die man im allgemeinen Sprachgebrauch herkömmlicher Weise als ehrenamtlich bezeichnet oder die vom materiellen Begriff der Ehrenamtlichkeit umfasst werden; dieser setzt das Fehlen eines eigennützigen Erwerbsstrebens, die fehlende Hauptberuflichkeit und den Einsatz für eine fremdnützig bestimmte Einrichtung voraus (BFH-Urteil vom 14. Mai 2008, XI R 70/07, BStBl II S. 912, zuletzt BFH-Urteil vom 20. August 2009, V R 32/08, BStBl 2010 II S. 88)“; Schreiben des Bundesfinanzministeriums vom 27.03.2013 (Bundessteuerblatt I 2013, Nr. 6 S. 452-453).

⁷ Igl, et al. 2002a: 128. Siehe auch Umsatzsteuer-Richtlinien zu § 4 Nr. 26 UStG, 120. Ehrenamtliche Tätigkeit, Abs. 4 Satz 2: „Was als angemessene Entschädigung für Zeitversäumnis anzusehen ist, muß nach den Verhältnissen des Einzelfalles beurteilt werden. Dabei sind insbesondere die berufliche Stellung des ehrenamtlich Tätigen und sein Verdienstaussfall zu berücksichtigen.“ Die Einzelheiten sind in einem Schreiben des Bundesfinanzministeriums vom 27.03.2013 erläutert (Bundessteuerblatt I 2013, Nr. 6 S. 452-453):

„²Was als angemessene Entschädigung für Zeitversäumnis anzusehen ist, muss nach den Verhältnissen des Einzelfalles beurteilt werden; dabei ist eine Entschädigung in Höhe bis zu 50 € je Tätigkeitsstunde regelmäßig als angemessen anzusehen, sofern die Vergütung für die gesamten ehrenamtlichen Tätigkeiten im Sinne des § 4 Nummer 26 Buchstabe b UStG den Betrag von 17 500 € im Jahr nicht übersteigt. ³Zur Ermittlung der Grenze von 17 500 € ist auf die tatsächliche Höhe der Aufwandsentschädigung im Vorjahr sowie die voraussichtliche Höhe der Aufwandsentschädigung im laufenden Jahr abzustellen. ⁴Ein (echter) Auslagenersatz, der für die tatsächlich entstandenen und nachgewiesenen Aufwendungen der ehrenamtlichen Tätigkeit vergütet wird, bleibt bei der Berechnung der Betragsgrenzen unberücksichtigt. ⁵Als Auslagenersatz im Sinne des Satzes 4 werden beispielsweise auch ein Fahrtkostenersatz nach den pauschalen Kilometersätzen oder auch Verpflegungsmehraufwendungen anerkannt, sofern sie lohnsteuerlich ihrer Höhe nach als Reisekosten angesetzt werden könnten (vgl. R 9.4 Absatz 1 LStR 2011).“

In dem Schreiben wird auch erläutert, was nicht als Aufwandsersatz anerkannt wird:

„¹Eine vom tatsächlichen Zeitaufwand unabhängige z. B. laufend gezahlte pauschale bzw. monatliche oder jährlich laufend gezahlte pauschale Vergütung sowie ein gesondert gezahltes Urlaubs-, Weihnachts- bzw. Krankheitsgeld stehen dem Charakter einer Entschädigung für Zeitversäumnis entgegen und führen zur Nichtanwendbarkeit der Befreiungsvorschrift mit der Folge, dass sämtliche für diese Tätigkeit gezahlten Vergütungen – auch soweit sie daneben in Auslagenersatz oder einer Entschädigung für Zeitaufwand bestehen – der Umsatzsteuer unterliegen. ²Dies gilt für eine pauschal gezahlte Aufwandsentschädigung nicht, wenn der Vertrag, die Satzung oder der Beschluss eines laut Satzung hierzu befugten Gremiums zwar eine Pauschale vorsieht, aber zugleich festgehalten ist, dass der ehrenamtlich Tätige durchschnittlich eine bestimmte Anzahl an Stunden pro Woche/Monat/Jahr für die fremdnützig bestimmte Einrichtung tätig ist und die in Absatz 4 genannten Betragsgrenzen nicht überschritten werden. ³Der tatsächliche Zeitaufwand ist glaubhaft zu machen. ⁴Aus Vereinfachungsgründen kann die Steuerbefreiung auch ohne weitere Prüfung gewährt werden, wenn der Jahresgesamtbetrag der Entschädigungen den Freibetrag nach § 3 Nummer 26 EStG nicht übersteigt. ⁵In diesen Fällen bedarf es lediglich der Angabe der Tätigkeiten und zur Höhe der dabei enthaltenen Entschädigungen.“

Beispiel 1:

¹Ein ehrenamtlich Tätiger, der für seine Ehrenamtstätigkeit (1 Stunde/Woche) eine pauschale Entschädigung für Zeitversäumnis in Höhe von 120 € monatlich und zusätzlich für eine weitere ehrenamtliche Tätigkeit (ca. 20 Stunden/Jahr) eine jährliche Entschädigung für Zeitversäumnis in Höhe von 500 € erhält, kann die Steuerbefreiung gemäß § 4 Nummer 26 Buchstabe b UStG – auch ohne zusätzliche Nachweise – in Anspruch

„§ 3 Nr. 26 und Nr. 26a EStG: Im Einkommensteuergesetz wird nicht von ehrenamtlicher Tätigkeit, sondern von Einnahmen aus nebenberuflicher Tätigkeit gesprochen. Diese Einnahmen können stammen aus Tätigkeiten als Übungsleiter, Ausbilder, Erzieher, Betreuer oder vergleichbaren nebenberuflichen Tätigkeiten, aus nebenberuflichen künstlerischen Tätigkeiten oder der nebenberuflichen Pflege alter, kranker oder behinderter Menschen im Dienst oder im Auftrag einer juristischen Person des öffentlichen Rechts (§ 3 Nr. 16 Satz 1 EStG).“

Das Recht der Gesetzlichen Unfallversicherung (SGB VII) nimmt in zahlreichen Vorschriften auf das Ehrenamt bzw. die ehrenamtliche Tätigkeit Bezug. Auch eine besondere Ausprägung des Ehrenamtes wird erwähnt, so das bürgerschaftliche Engagement (§ 3 Abs. 1 Nr. 4 SGB VII). Die Vorschriften zur ehrenamtlichen Tätigkeit finden sich vor allem im Zusammenhang mit der Versicherteneigenschaft in der Gesetzlichen Unfallversicherung. Dabei wird an zwei Stellen auf das unentgeltliche Tätigwerden hingewiesen („unentgeltlich, insbesondere ehrenamtlich“, § 2 Abs. 2 Nr. 9 und Nr. 12 SGB VII). Hier wird also der Begriff der unentgeltlichen Tätigkeit als Oberbegriff für die ehrenamtliche Tätigkeit verwendet. An zahlreichen anderen Stellen wird ohne den Bezug auf die Unentgeltlichkeit nur auf das Ehrenamt Bezug genommen.⁸

Das Recht der Sozialen Pflegeversicherung (SGB XI) nimmt auf die ehrenamtliche Tätigkeit und auf das bürgerschaftliche Engagement Bezug.

- § 4 Abs. 2 S. 1 SGB XI bezeichnet die ehrenamtliche Tätigkeit wie folgt: „...die familiäre, nachbarschaftliche oder sonstige ehrenamtliche Pflege und Betreuung.“ Hier wird also die familiäre und nachbarschaftliche Pflege auch als ehrenamtliche Pflege verstanden, was sich aus der Benennung dieser Tätigkeit als „sonstige ehrenamtliche Pflege“ ergibt.
- In § 7a Abs. 6 Nr. 4 SGB XI wird von ehrenamtlichen und sonstigen zum bürgerschaftlichen Engagement bereiten Personen gesprochen. Dieser Formulierung könnte entnommen werden, dass das bürgerschaftliche Engagement als Oberbegriff steht und die ehrenamtliche Tätigkeit eine Form des bürgerschaftlichen Engagements darstellt.
- § 8 Abs. 2 S. 3 SGB XI erwähnt „hauptberufliche und ehrenamtliche Pflegekräfte“ neben Angehörigen, Nachbarn und Selbsthilfegruppen. In dieser Vorschrift sind also – anders als in § 4 Abs. 2 S. 1 SGB XI – die Angehörigen, Nachbarn und Selbsthilfegruppen nicht als ehrenamtlich Tätige zu verstehen. Gleiches gilt für die Nebeneinanderstellung von Angehörigen und ehrenamtlichen Pflegepersonen in § 28 Abs. 1 Nr. 12 und § 45 SGB XI, wobei in letzterer Vorschrift wieder von Angehörigen und sonstigen an einer ehrenamtlichen Pflege-tätigkeit interessierten Personen gesprochen wird (§ 45 Abs. 1 S. 1 SGB XI).

nehmen, da der Jahresgesamtbetrag seiner Entschädigungen (1 940 €) den Freibetrag nach § 3 Nummer 26 EStG nicht übersteigt. ²Ein daneben gezahlter Auslagenersatz für tatsächlich entstandene Aufwendungen bleibt bei der Berechnung der Betragsgrenzen unberücksichtigt.

Beispiel 2:

¹Ein ehrenamtlich Tätiger, der für seine ehrenamtliche Tätigkeit (7 Stunden / Woche) eine pauschale monatliche Entschädigung für Zeitversäumnis in Höhe von 1.200 € erhält und in acht Wochen im Jahr seine Tätigkeit auf Grund Urlaub / Krankheit nicht ausübt, hat einen durchschnittlichen Stundensatz in Höhe von rund 46 € (44 Wochen je 7 Stunden, Gesamtvergütung 14.400 €). ²Eine weitere ehrenamtliche Tätigkeit wird durch ihn nicht ausgeübt. ³Die Steuerbefreiung kann gewährt werden, da die Vergütung nicht mehr als 50 € je Tätigkeitsstunde beträgt und die Grenze von 17.500 € nicht übersteigt.“

⁸ Siehe hierzu etwa Nothacker 2013 und Niemann 2014.

- In § 45c Abs. 3 S. 2, § 82b Abs. 2 SGB XI wird von Aufwandsentschädigungen für die ehrenamtlichen Betreuungspersonen gesprochen, also ein Bezug zur grundsätzlich Unentgeltlichkeit der ehrenamtlichen Tätigkeit hergestellt.
- In § 45d Abs. 1, Abs. 2 S. 2, § 75 Abs. 2 Nr. 9, § 82b Abs. 1 S. 1, § 92c Abs. 2 S. 3 Nr. 2, Abs. 5 S. 2, Abs. 7 S. 1 Nr. 4 SGB XI wird wieder von ehrenamtlich tätigen und sonstigen zum bürgerschaftlichen Engagement bereiten Personen gesprochen.
- Interessant ist die Vorschrift zur Pflegestatistik, in der nur von ehrenamtlichen Helfern und von Angehörigen, nicht aber von Nachbarn und auch nicht von bürgerschaftlich Engagierten gesprochen wird (§ 109 Abs. 2 S. 2 Nr. 3, Abs. 4 SGB XI).
- Das traditionelle Ehrenamt findet sich bei den Mitgliedern der Schiedsstelle (§ 76 Abs. 3 SGB XI).

In der Kinder- und Jugendhilfe (SGB VIII) wird die ehrenamtliche Tätigkeit erwähnt, aber nicht definiert (§ 73 SGB VIII). Ein Zusammenhang mit Angehörigen oder bürgerschaftlich Engagierten wird nicht hergestellt. Es ist deshalb anzunehmen, dass das traditionelle Ehrenamt gemeint ist.

In der Sozialhilfe (SGB XII – Sozialgesetzbuch 12. Buch) wird nur bei der Schiedsstelle auf das Ehrenamt Bezug genommen (§ 80 Abs. 3 S. 1 SGB XII). Es handelt sich um das traditionelle Ehrenamt.

Wenn vorstehend der Begriff des traditionellen Ehrenamtes verwendet wird, so ist damit die Tätigkeit gemeint, für die gesetzlich oder auch sonstig, etwa durch Vereinssatzung konstituiert, ein Amt vorgesehen ist. Dies gilt etwa für die Mitglieder der Schiedsstellen in der Sozialversicherung. Dieses Amt wird aber von der in diesem Amt tätigen Person nicht entgeltlich ausgeführt, d. h. dass für die Arbeitsleistung in diesem Amt kein entsprechendes Arbeitsentgelt gezahlt wird. Gezahlt werden in der Regel nur Aufwandsentschädigungen (= angemessene Entschädigung für Zeitversäumnis) und Auslagenersatz.

Die *Unentgeltlichkeit* der ehrenamtlichen Tätigkeit ist konstituierendes Merkmal des traditionellen Ehrenamtes. Hinzu kommt die grundsätzliche *Freiwilligkeit* der Übernahme einer ehrenamtlichen Tätigkeit. Diese Freiwilligkeit besteht nicht bei den Pflicht-Ehrenämtern, so bei der Tätigkeit als Schöffe. Bei allen Ehrenämtern kommt als gemeinsames Element hinzu, dass sie einen *Gemeinwohlaspekt* haben. Ob dieses Merkmal konstituierend ist oder nicht, ist für die Definition des traditionellen Ehrenamtes irrelevant. Man wird den Gemeinwohlaspekt eher der Intention der Einrichtung traditioneller Ehrenämter, nicht aber der Definition des Ehrenamtes zuordnen können.⁹

Wenn das SGB VIII von ehrenamtlicher Tätigkeit spricht, ist zunächst nicht ersichtlich, ob hier das traditionelle Ehrenamt mit der Akzentuierung auf den Wortteil „Amt“ gemeint ist.

Im SGB XI ist schon von vorneherein durch die Einbettung der ehrenamtlichen Tätigkeit auch in die freiwillige Tätigkeit von Nachbarn, Angehörigen und bürgerschaftlich Engagierten ein sehr viel breiteres Begriffsverständnis von Ehrenamtlichkeit gegeben. Hier kommt es nicht mehr auf ein gesetzlich oder satzungsmäßig konfiguriertes Ehrenamt an. Es geht vielmehr um die freiwillige Übernahme von Pflege und Betreuung durch Laien, die nicht erwerbsmäßig ist und von einer gewissen

⁹ Siehe zu den Definitionsmöglichkeiten auch Igl 2010: 175 f.

Regelmäßigkeit und Dauer gekennzeichnet ist. Die Tätigkeit ist unentgeltlich, wobei Aufwandsentschädigung und Auslagenersatz gezahlt werden können.¹⁰

Auch im SGB VII gilt ein solcher weiter Begriff der Ehrenamtlichkeit.

3.3 Unterscheidung von ehrenamtlicher und hauptamtlicher Tätigkeit

Mit der Unterscheidung von ehrenamtlicher und hauptamtlicher Arbeit ist die zivilrechtliche Unterscheidung einer Tätigkeit im Rahmen eines Dienstvertrages (Arbeitsvertrages) (§§ 611 ff. BGB) von einer Tätigkeit im Rahmen eines Auftrages (§§ 662 ff. BGB) gemeint.¹¹

Ein Arbeitsvertrag kommt zwischen einem Arbeitgeber und einem Arbeitnehmer zustande. Er ist auf den Austausch von Leistungen, Arbeitsleistung und Geldleistung gerichtet. Arbeitnehmer sind zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet. Ob eine solche Situation im Rahmen einer ehrenamtlichen Tätigkeit vorliegt, ist nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen. In der Regel spricht das fehlende Versprechen, ein Arbeitsentgelt für die (ehrenamtliche) Tätigkeit zu entrichten, auch für das Fehlen eines Arbeitsvertrages. Dagegen spricht auch nicht die Regelung des § 612 Abs. 1 BGB, wonach eine Vergütung als stillschweigend vereinbart gilt, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Wenn eine Person für eine ehrenamtliche Tätigkeit gewonnen wird, wird in der Regel davon ausgegangen, dass sie hierfür keine Vergütung erhält.¹²

Ehrenamtliche Tätigkeit entspricht regelmäßig der gesetzlichen Umschreibung des Auftrages (§ 662 BGB): „Durch die Annahme eines Auftrages verpflichtet sich der Beauftragte, ein ihm von dem Auftraggeber übertragenes Geschäft für diesen unentgeltlich zu besorgen.“¹³ Daraus folgt auch die Pflicht des Auftraggebers zum Ersatz von Aufwendungen (§ 670 BGB).¹⁴

4 Rechtliche Situation der kommunalen offenen Kinder- und Jugendarbeit

4.1 Leistungsrecht

Der Begriff der offenen Jugendarbeit findet im SGB VIII Verwendung (§ 11 Abs. 2 SGB VIII): „Jugendarbeit wird angeboten von Verbänden, Gruppen und Initiativen der Jugend, von anderen Trägern der Jugendarbeit und den Trägern der öffentlichen Jugendhilfe. Sie umfasst für Mitglieder bestimmte Angebote, die offene Jugendarbeit und gemeinwesenorientierte Angebote.“

Die offene Jugendarbeit bildet damit eine von drei Formen der Jugendarbeit, neben den Angeboten, die für Mitglieder bestimmt sind und den gemeinwesenorientierten Angeboten.

In der Kommentarliteratur¹⁵ wird der Begriff der offenen Jugendarbeit wie folgt definiert:

¹⁰ So Hoffmeister et al. 2015: 6.

¹¹ Die folgenden Ausführungen sind nur cursorisch. Einzelheiten bei Eichenhofer in Igl et al. 2002: 411 ff., Igl et al. 2002a: 225 ff. Siehe auch Deutscher Paritätischer Wohlfahrtsverband – Gesamtverband e. V. (Hrsg.) 2012: 6 ff.

¹² Siehe die Beispiele bei Deutscher Paritätischer Wohlfahrtsverband – Gesamtverband e. V. (Hrsg.) 2012: 11.

¹³ Siehe hierzu Igl et al. 2002a: 238 ff.; Deutscher Paritätischer Wohlfahrtsverband – Gesamtverband e. V. (Hrsg.) 2012: 10.

¹⁴ Hierzu im Einzelnen Eichenhofer in Igl et al. 2002: 435 f.

¹⁵ Struck in Wiesner (Hrsg.), 2015, § 11 Rn. 15 – unter Weglassung der Zitierungen.

„Mit offener JAarbeit bezeichnet man jene Angebote, die von vornherein allen jungen Menschen zur Verfügung stehen, unabhängig davon, ob sie einer Organisation angehören oder nicht. Durch offene JAarbeit kann unterstütztes selbst organisiertes Lernen und die selbständige Bewältigung des Alltags befördert werden. Kindern stehen aktivierende, gestalterische Angebote in ihrer Lebenswelt, Information, Beratung sowie Gelegenheiten zur Beschaffung bzw. Organisation von Kontakten zu Gleichaltrigen zur Verfügung (...). Das Angebotsspektrum reicht von Betreuung und Freizeitpädagogik auf der einen bis zu emanzipatorischen Zielsetzungen zur Stärkung der Mitwirkungsmöglichkeiten und Beteiligungsrechte von Kindern und Jugendlichen auf der anderen Seite (...). Angesichts der zunehmend ‚mediatisierten‘ Lebenswelten der Kinder und Jugendlichen und der Veränderungen des Settings Schule und ihres Bedeutungszuwachses als Lebensort für den ganzen Tag müssen die Angebote flexibler ausgestaltet und mit den Angeboten der Schule besser verknüpft werden (...).“

Die Jugendarbeit als Leistung der Jugendhilfe steht als erste Vorschrift im zweiten Kapitel des SGB VIII, das die Leistungen der Jugendhilfe beschreibt. Jugendarbeit ist jedoch keine Leistung im Sinne eines individuellen Rechtsanspruchs auf eine bestimmte Sozialleistung. Vielmehr wird die Leistung durch die Bereitstellung eines Angebots („Jugendarbeit wird angeboten...“, § 11 Abs. 2 S. 1 SGB VIII) bewirkt. Das Fehlen eines individuellen Rechtsanspruchs auf die Leistung heißt aber nicht, dass keine staatliche Verpflichtung zur Bereitstellung bzw. Förderung der Bereitstellung von Angeboten (objektiv-rechtliche Verpflichtung) besteht.¹⁶ Da jedoch das Leistungsrecht im Sinne der Angebotsbereitstellung bis auf die Schwerpunktnennung im § 11 Abs. 3 SGB VIII nicht im Einzelnen ausgebracht ist, besteht ein gewisser Gestaltungsspielraum der öffentlichen Träger.

Die gesetzlich aufgeführten Schwerpunkte für die Bereitstellung dieser Angebote sind (§ 11 Abs. 3 SGB VIII):

„Zu den Schwerpunkten der Jugendarbeit gehören:

1. Außerschulische Jugendbildung mit allgemeiner, politischer, sozialer, gesundheitlicher, kultureller, naturkundlicher und technischer Bildung,
2. Jugendarbeit in Sport, Spiel und Geselligkeit,
3. arbeitswelt-, schul- und familienbezogene Jugendarbeit,
4. internationale Jugendarbeit,
5. Kinder- und Jugenderholung,
6. Jugendberatung.“

Dieser Angebotskatalog ist nicht exklusiv.¹⁷

4.2 Leistungserbringung allgemein

Die Zusammenarbeit der öffentlichen Jugendhilfe mit der freien Jugendhilfe soll partnerschaftlich sein (§ 4 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII). Soweit geeignete Einrichtungen und Dienste und Veranstaltungen von anerkannten Trägern der freien Jugendhilfe betrieben werden oder rechtzeitig geschaffen werden können, soll die öffentliche Jugendhilfe von eigenen Maßnahmen absehen (§ 4 Abs. 2 SGB VIII).

Die Leistungen der offenen Jugendhilfe werden als Angebote bereitgestellt. Damit ergibt sich, soweit nicht Träger der öffentlichen Jugendhilfe diese Leistungen anbieten, ein Rechtsverhältnis zwischen dem Träger, der das Angebot bereitstellt, und dem öffentlichen Träger, der für die Gewährung von

¹⁶ Wiesner in Wiesner (Hrsg.), 2015, § 11 Rn. 4.

¹⁷ Struck in Wiesner (Hrsg.), 2015, § 11 Rn. 17.

Leistungen und die Erfüllung anderer Aufgaben zuständig ist. Dies ist bis auf die in § 85 Abs. 2 SGB VIII genannten sachlichen Zuständigkeiten des überörtlichen Trägers der örtliche Träger der Jugendhilfe (§ 85 Abs. 1 SGB VIII).

Der örtliche Träger der Jugendhilfe fördert die Angebotsbereitstellung durch Jugendgruppen und Jugendverbände (§ 12 iVm § 74 SGB VIII).

Die Art und Weise der Leistungserbringung ist nur im Sinne von Grundsätzen geregelt, die sich aus den Allgemeinen Vorschriften des Ersten Kapitels des SGB VIII ergeben, nicht jedoch in Einzelheiten. Dies entspricht dem Grundsatz der Selbstständigkeit der freien Jugendhilfe in Zielsetzung und Durchführung ihrer Aufgaben sowie in der Gestaltung ihrer Organisationsstruktur (vgl. § 4 Abs. 1 S. 2 SGB VIII).

4.3 Leistungserbringung in Kooperation zwischen Akteuren der Zivilgesellschaft und Verwaltung

In der Jugendhilfe wird dem Einsatz von Ehrenamtlichen und der Koordination zwischen Haupt- und Ehrenamtlichen in mehreren Dimensionen Rechnung getragen:

- Wahrnehmung der Ehrenamtlichkeit (§ 11 Abs. 2 und § 73 SGB VIII);
- Förderung der Ehrenamtlichkeit (§ 12 SGB VIII), und
- Kooperation mit Ehrenamtlichen (§§ 73 ff. SGB VIII).

Neben der bereits erwähnten Vorschrift des § 11 Abs. 2 SGB VIII¹⁸ wird die Ehrenamtlichkeit explizit in § 73 SGB VIII erwähnt:

„§ 73 SGB VIII: In der Jugendhilfe ehrenamtlich tätige Personen sollen bei ihrer Tätigkeit angeleitet, beraten und unterstützt werden.“

Diese Vorschrift geht vom Einsatz ehrenamtlich tätiger Personen aus und enthält gleichzeitig verschiedene Hilfen für diese Personen.

Der Begriff des Ehrenamtes wird im Zusammenhang mit dieser Vorschrift in der Kommentarliteratur wie folgt definiert:¹⁹

„Während mit dem Begriff Ehrenamt ursprünglich eine privilegierte Stellung wohlhabender Bürger verbunden war, hat er heute einen neutralen Inhalt. Es geht um eine unentgeltliche oder gering vergütete außerberufliche Tätigkeit, die an der Allgemeinheit orientiert ist, auch wenn sie für einen einzelnen oder eine Gruppe von Personen erbracht wird. Ehrenamtliche Tätigkeit setzt ein Minimum an Organisation und damit an Verbindlichkeit und Regelmäßigkeit voraus. Dazu zählen deshalb nicht die zahlreichen Hilfebeziehungen innerhalb des familialen Netzes sowie die spontane Nachbarschaftshilfe (...).“

Unter Anleitung sind vor allem einführende Informationen zu verstehen. Beratung bezieht sich auf die fachliche Begleitung bei der Aufgabenwahrnehmung. Unterstützung umfasst alle Formen der Förderung ehrenamtlichen Handelns,²⁰ wobei hierunter auch die Supervision gefasst werden kann.

Die Förderung der Ehrenamtlichkeit ist in der Vorschrift über die Förderung der Jugendhilfe enthalten (§ 12 SGB VIII):

¹⁸ Siehe Abschnitt 4.1.

¹⁹ Wiesner in Wiesner (Hrsg.), 2015, § 73 Rn. 1a – unter Weglassung der Zitierungen.

²⁰ Wiesner in Wiesner (Hrsg.), 2015, § 73 Rn. 8.

„§ 12 Förderung der Jugendverbände: (1) Die eigenverantwortliche Tätigkeit der Jugendverbände und Jugendgruppen ist unter Wahrung ihres satzungsgemäßen Eigenlebens nach Maßgabe des § 74 zu fördern. (2) In Jugendverbänden und Jugendgruppen wird Jugendarbeit von jungen Menschen selbst organisiert, gemeinschaftlich gestaltet und mitverantwortet. Ihre Arbeit ist auf Dauer angelegt und in der Regel auf die eigenen Mitglieder ausgerichtet, sie kann sich aber auch an junge Menschen wenden, die nicht Mitglieder sind. Durch Jugendverbände und ihre Zusammenschlüsse werden Anliegen und Interessen junger Menschen zum Ausdruck gebracht und vertreten.“

Diese Vorschrift benennt zwar nicht explizit die Ehrenamtlichen. Die Ehrenamtlichkeit kommt jedoch in der Nennung der Jugendverbände und Jugendgruppen zum Ausdruck.

Die Einzelheiten der Förderung der freien Jugendhilfe sind in § 74 SGB VIII enthalten. Hier wird explizit auf die „freiwillige Tätigkeit auf dem Gebiet der Jugendhilfe“ (§ 74 Abs. 1 S. 1 SGB VIII) verwiesen. Besonders ist auf folgende Vorschrift zur Qualifikation auch der ehrenamtlich Tätigen hinzuweisen (§ 74 Abs. 6 SGB VIII):

„§ 74 Abs. 6 SGB VIII: Die Förderung von anerkannten Trägern der Jugendhilfe soll auch Mittel für die Fortbildung der haupt-, neben- und ehrenamtlichen Mitarbeiter sowie im Bereich der Jugendarbeit Mittel für die Errichtung und Unterhaltung von Jugendfreizeit- und Jugendbildungsstätten einschließen.“

Zur Koordination der Maßnahmen dient folgende Vorschrift (§ 78 SGB VIII):

„§ 78 Arbeitsgemeinschaften: Die Träger der öffentlichen Jugendhilfe sollen die Bildung von Arbeitsgemeinschaften anstreben, in denen neben ihnen die anerkannten Träger der freien Jugendhilfe sowie die Träger geförderter Maßnahmen vertreten sind. In den Arbeitsgemeinschaften soll darauf hingewirkt werden, dass die geplanten Maßnahmen aufeinander abgestimmt werden und sich gegenseitig ergänzen.“

In dieser Koordinationsvorschrift werden die ehrenamtlich Tätigen nicht explizit erwähnt. Sie können unter den Begriff der Träger geförderter Maßnahmen fallen.

Die Koordinationsvorschrift ist begrenzt auf die Träger der öffentlichen Jugendhilfe, die anerkannten Träger der freien Jugendhilfe und die Träger geförderter Maßnahmen. Andere Initiativen der freien Jugendhilfe werden nicht in die Koordination einbezogen.

In der rechtswissenschaftlichen Kommentarliteratur wird diskutiert, ob und welche anderen Träger an den Arbeitsgemeinschaften beteiligt werden können. Obwohl privat-gewerbliche Träger von der Vorschrift *expressis verbis* nicht erfasst sind, wird doch darauf hingewiesen, dass diese Trägergruppe in den §§ 78a ff. SGB VIII einbezogen sei und dass sich deshalb auch eine Beteiligung in den Arbeitsgemeinschaften anbiete. Der Jugendhilfeausschuss solle hierzu einen entsprechenden Beschluss fassen.²¹ Da die Arbeitsgemeinschaften auch themenspezifisch gebildet werden können,²² erscheint es deshalb als sinnvoll, auch ehrenamtlich tätige Träger mit einzubeziehen.

Die Arbeitsgemeinschaften verstehen sich auch nicht als Beschlussgremium. Deshalb können Rechte anderer Beteiligter in den Arbeitsgemeinschaften durch Einbeziehung von nicht in § 78 SGB VIII aufgeführten Trägern der Jugendhilfe nicht verletzt werden. Vielmehr sollen die Arbeitsgemeinschaften eine sinnvolle Zusammenarbeit mit den vorhandenen personellen und sächlichen Ressourcen ermöglichen.

²¹ Wiesner in Wiesner (Hrsg.), 2015, § 78 Rn. 3.

²² Vgl. Wiesner in Wiesner (Hrsg.), 2015, § 78 Rn. 4.

Die weitere Koordinationsvorschrift in § 85 Abs. 2 Nr. 2 SGB VIII²³ betrifft die ehrenamtlich Tätigen nicht.

5 Reformbedarf in der kommunalen offenen Kinder- und Jugendarbeit

Im Kinder- und Jugendhilferecht hat die ehrenamtliche Tätigkeit eine lange Tradition. Kinder- und Jugendhilfe wurde ursprünglich weitgehend ehrenamtlich geleistet. Das Ehrenamt war die Basis der freiwilligen Tätigkeit zur Förderung der Kinder- und Jugendhilfe. Demgegenüber war die entlohnte Tätigkeit weitgehend auf die öffentliche Sozialverwaltung beschränkt. Mit der zunehmenden Professionalisierung und der schwindenden Bereitschaft, Ehrenämter zu übernehmen, ist der Anteil ehrenamtlicher Tätigkeit deutlich zurückgegangen. Noch heute bildet das ehrenamtliche Engagement jedoch die Basis der Jugendarbeit in den Verbänden und Gruppen der Jugend.²⁴

Zur zentralen Bedeutung des Ehrenamtes in der Kinder- und Jugendhilfe wird ausgeführt:²⁵

„In der JAArbeit hat das ehrenamtliche Element insofern eine zusätzliche Bedeutung, als die Aufgabe selbst auch inhaltlich geprägt wird durch das Prinzip der Ehrenamtlichkeit. Es gehört zum Wesen der JAArbeit, dass sie von den Beteiligten weitgehend mitbestimmt und mitgestaltet wird (§ 11 Abs. 1 Satz 2) und dass junge Menschen dadurch angeregt und befähigt werden sollen, Verantwortung für sich und die Gemeinschaft zu übernehmen. Ehrenamtliche Mitarbeit ist somit gleichermaßen Voraussetzung und Ziel der JAArbeit. Vor allem die verbandliche JAArbeit ist in hohem Maße darauf angewiesen, kontinuierlich aus dem Kreis ihrer jüngeren Mitglieder den Nachwuchs für ehrenamtliche Leitungsfunktionen zu gewinnen. Die Aus- und Fortbildung ehrenamtlicher Jugendleiter ist deshalb eine permanente Aufgabe der JAArbeit und besonders für die Jugendverbände von existenzieller Bedeutung.“

Diese Situation erklärt die vielfältigen Ausprägungen des Ehrenamtes und der ehrenamtlichen Tätigkeit in den Vorschriften des Kinder- und Jugendhilferechts.

Ein Reformbedarf mit Blick auf die Kooperation von haupt- und ehrenamtlich Tätigen wird, soweit ersichtlich, in der rechtswissenschaftlichen Literatur nicht formuliert. In anderen Zusammenhängen wird jedoch die Frage aufgeworfen, ob es als sinnvoll, wenn nicht sogar als notwendig erscheint, den Kreis der in die Koordination nach § 78 SGB VIII einbezogenen Träger zu erweitern auf freie Initiativen der Jugendhilfe. Damit könnte auch Situationen eines unkoordinierten Nebeneinanders der Aktivitäten nicht geförderter Initiativen auf dem Gebiet der Jugendhilfe entgegengewirkt werden.

6 Rechtliche Situation der kommunalen offenen Altenhilfe

6.1 Leistungsrecht

Der Begriff der offenen Altenhilfe wird im Sozialgesetzbuch nicht verwendet. In der Gerontologie und in der praktischen Altenhilfe sind unter dem Begriff offene Altenhilfe die Einrichtungen, Maßnahmen, Angebote und Veranstaltungen zusammengefasst, die sich nicht ausschließlich oder vorrangig auf

²³ „2. die Förderung der Zusammenarbeit zwischen den örtlichen Trägern und den anerkannten Trägern der freien Jugendhilfe, insbesondere bei der Planung und Sicherstellung eines bedarfsgerechten Angebots an Hilfen zur Erziehung, Eingliederungshilfen für seelisch behinderte Kinder und Jugendliche und Hilfen für junge Volljährige“.

²⁴ Wiesner in Wiesner (Hrsg.), 2015, § 73 Rn. 2.

²⁵ Wiesner in Wiesner (Hrsg.), 2015, § 73 Rn. 9.

die Erbringung professioneller Pflegehilfen beziehen, sondern den Bereichen der allgemeinen Beratung sowie der Freizeitgestaltung und Beschäftigung und der damit verbundenen Probleme und Hilfebedarfe der älteren Menschen zuzurechnen sind.²⁶

Der Bereich der Leistungen bei Pflegebedürftigkeit nach dem SGB XI wird nicht der offenen Altenhilfe zugerechnet. Allerdings ist nicht zu verkennen, dass über diesen Leistungsbereich hinaus Verbindungen zur Altenhilfe, vor allem auf dem Gebiet der Beratung, aber auch der Leistungskoordination, bestehen können.²⁷ Im Folgenden ist dieser Bereich jedoch nicht Gegenstand der Erörterung.

Ob sich der Begriff der offenen Altenhilfe mit dem Begriff der Altenhilfe, wie er in § 71 SGB XII verwendet wird, deckt, kann dahingestellt bleiben.²⁸ Es spricht aber viel für eine Deckungsgleichheit, denn in dieser Vorschrift sind auch die außerinstitutionellen Hilfen angesprochen.

Die Vorschrift lautet:

„Sozialgesetzbuch (SGB) Zwölftes Buch (XII) – Sozialhilfe – § 71 Altenhilfe: (1) Alten Menschen soll außer den Leistungen nach den übrigen Bestimmungen dieses Buches Altenhilfe gewährt werden. Die Altenhilfe soll dazu beitragen, Schwierigkeiten, die durch das Alter entstehen, zu verhüten, zu überwinden oder zu mildern und alten Menschen die Möglichkeit zu erhalten, am Leben in der Gemeinschaft teilzunehmen. (2) Als Leistungen der Altenhilfe kommen insbesondere in Betracht:

1. Leistungen zu einer Betätigung und zum gesellschaftlichen Engagement, wenn sie vom alten Menschen gewünscht wird,
2. Leistungen bei der Beschaffung und zur Erhaltung einer Wohnung, die den Bedürfnissen des alten Menschen entspricht,
3. Beratung und Unterstützung in allen Fragen der Aufnahme in eine Einrichtung, die der Betreuung alter Menschen dient, insbesondere bei der Beschaffung eines geeigneten Heimplatzes,
4. Beratung und Unterstützung in allen Fragen der Inanspruchnahme altersgerechter Dienste,
5. Leistungen zum Besuch von Veranstaltungen oder Einrichtungen, die der Geselligkeit, der Unterhaltung, der Bildung oder den kulturellen Bedürfnissen alter Menschen dienen,
6. Leistungen, die alten Menschen die Verbindung mit nahe stehenden Personen ermöglichen.

(3) Leistungen nach Absatz 1 sollen auch erbracht werden, wenn sie der Vorbereitung auf das Alter dienen. (4) Altenhilfe soll ohne Rücksicht auf vorhandenes Einkommen oder Vermögen geleistet werden, soweit im Einzelfall Beratung und Unterstützung erforderlich sind.“

Der Katalog der Leistungen ist nicht exklusiv. Es handelt sich nicht um Pflichtleistungen. Zuständig für diese Leistungen ist der örtliche Träger der Sozialhilfe (§ 97 SGB XII).

Die Leistungen der Altenhilfe berühren sich mit der Hilfe zum Lebensunterhalt und der Eingliederungshilfe nach SGB XII und den Leistungen der Sozialen Pflegeversicherung (SGB XI). Sie setzen jedoch nicht voraus, dass solche Leistungen bezogen werden.

Leistungen der Altenhilfe unterliegen dem Grundsatz des Nachrangs nach § 19 Abs. 3 SGB XII:

²⁶ www.pflegewiki.de/wiki/Offene_Altenhilfe. Zugriff: 9.2.2016

²⁷ Siehe hierzu etwa Bertelsmann Stiftung (Hrsg.) 2016: 34 ff., 62 ff.

²⁸ Schmidt in Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge (Hrsg.) 2007: 17 ff., Stichwort Altenhilfe, spricht nicht von offener Altenhilfe, nimmt aber Bezug auf die Altenhilfe, wie sie im Sozialhilferecht definiert ist.

„§ 19 Abs. 3 SGB XII: Hilfen zur Gesundheit, Eingliederungshilfe für behinderte Menschen, Hilfe zur Pflege, Hilfe zur Überwindung besonderer sozialer Schwierigkeiten und Hilfen in anderen Lebenslagen werden nach dem Fünften bis Neunten Kapitel dieses Buches geleistet, soweit den Leistungsberechtigten, ihren nicht getrennt lebenden Ehegatten oder Lebenspartnern und, wenn sie minderjährig und unverheiratet sind, auch ihren Eltern oder einem Elternteil die Aufbringung der Mittel aus dem Einkommen und Vermögen nach den Vorschriften des Elften Kapitels dieses Buches nicht zuzumuten ist.“

Damit gelten auch die in § 85 SGB XII aufgeführten Einkommensgrenzen.

Eine Lockerung des Nachrangprinzips ist für persönliche Hilfen (Beratung und Unterstützung) gegeben (§ 71 Abs. 4 SGB XII). Es handelt sich um eine Soll-Bestimmung. Das bedeutet, dass im Regelfall der Nachrang aufgehoben ist.²⁹ Das Absehen von einer finanziellen Beteiligung der alten Menschen bei persönlichen Hilfen ermöglicht es, die einzelnen Maßnahmenträger institutionell zu fördern.³⁰

6.2 Leistungserbringung allgemein

Ähnlich wie im SGB VIII (§ 4) ist auch in SGB XII eine Vorschrift zur Zusammenarbeit zwischen den öffentlichen Trägern der Sozialhilfe und den Trägern der freien Wohlfahrtspflege enthalten. Die Tätigkeit der Träger soll sich „wirksam ergänzen“ (§ 5 Abs. 3 Satz 1 SGB XII). Wird die Leistung (außer Geldleistung) im Einzelfall durch die freie Wohlfahrtspflege erbracht, sollen die Träger der Sozialhilfe von der Durchführung eigener Maßnahmen absehen (§ 5 Abs. 4 SGB XII).

Die Erbringung von Leistungen der Sozialhilfe ist nur zum Teil rechtlich vorgeprägt. Ein eigentliches Leistungserbringungsrecht, wie es z. B. im Recht der Gesetzlichen Krankenversicherung (SGB V – Sozialgesetzbuch 5. Buch) formuliert ist, existiert im Recht der Sozialhilfe nicht. Nur das Zehnte Kapitel über die Einrichtungen enthält Vorschriften, die nach herkömmlichem sozialrechtlichem Verständnis leistungserbringungsrechtliche Funktionen haben. In diesem Kapitel sind die Leistungs- und Vergütungsvorschriften für stationäre und teilstationäre Einrichtungen und für ambulante Dienste geregelt (vgl. § 75 Abs. 1 SGB XII). Die vertraglichen Regelungen betreffen (§ 75 Abs. 3 S. 1 SGB XII):

„1. Inhalt, Umfang und Qualität der Leistungen (Leistungsvereinbarung), 2. die Vergütung, die sich aus Pauschalen und Beträgen für einzelne Leistungsbereiche zusammensetzt (Vergütungsvereinbarung) und 3. die Prüfung der Wirtschaftlichkeit und Qualität der Leistungen (Prüfungsvereinbarung).“

Die Leistungserbringung in der Sozialhilfe wird allgemein durch Bestimmungen geprägt, die nicht dem Leistungserbringungsrecht zuzurechnen sind. Es sind dies die Allgemeinen Vorschriften des Ersten Kapitels des SGB XII. In diesen Allgemeinen Vorschriften werden die Träger der Sozialhilfe (örtliche und überörtliche Träger) festgelegt (§ 3 SGB XII).

Von zentraler Bedeutung sind die Vorschriften über die Zusammenarbeit mit anderen Stellen von Sozialleistungsträgern mit gesetzlich definierten Aufgaben (§ 4 SGB XII) und über das Verhältnis zur freien Wohlfahrtspflege (§ 5 SGB XII). Letztere Vorschrift enthält ein Gebot der Respektierung der Autonomie von Kirchen, Religionsgesellschaften und Trägern der freien Wohlfahrtspflege (§ 4 Abs. 1 SGB XII), ein Zusammenarbeitsgebot (§ 4 Abs. 2 SGB XII), ein Unterstützungsgebot (§ 4

²⁹ Grube in Grube und Wahrendorf (Hrsg.), 2014, § 71 Rn. 18.

³⁰ Ebd.

Abs. 3 S. 2 SGB XII), eine Vorrangklausel (§ 4 Abs. 4 SGB XII) sowie eine Vorschrift zur Aufgabenteilung und -übertragung (§ 4 Abs. 5 SGB XII). Alle diese Vorschriften regeln das Verhältnis zur freien Wohlfahrtspflege und deren Trägern.³¹

Eine Fachkräfteklausel besagt, dass bei der Durchführung der Aufgaben des SGB XII Personen beschäftigt werden, die sich hierfür nach ihrer Persönlichkeit eignen und in der Regel entweder eine ihren Aufgaben entsprechende Ausbildung erhalten haben oder über vergleichbare Erfahrungen verfügen (§ 6 SGB XII). Die Vorschrift wendet sich an die Träger der Sozialhilfe. Bei der Beteiligung von Verbänden der Freien Wohlfahrtspflege an der Durchführung von Aufgaben nach dem SGB XII sind auch diese angesprochen. Die Vorschrift ist als Programmsatz zu verstehen. Individuelle Rechte können daraus nicht abgeleitet werden.³²

Fraglich ist, ob diese Vorschrift auch für den Einsatz ehrenamtlich Tätiger gilt. Will man dem Anliegen der fachlichen Kompetenz entsprechen, das in § 6 SGB XII für die professionell Tätigen zum Ausdruck kommt, sollte der Sozialhilfeträger beim Einsatz ehrenamtlich Tätiger in Ansehung des jeweiligen Tätigkeitsfeldes auf eine entsprechende Qualifikation achten und ggf. Qualifikationsmöglichkeiten anbieten.³³ Eine rechtliche Verpflichtung des Sozialhilfeträgers hierzu besteht nicht. Allerdings muss der Sozialhilfeträger intervenieren, wenn ihm möglicherweise schädigende Aktivitäten Ehrenamtlicher bekannt werden. Eine solche Pflicht resultiert aus der allgemeinen Verpflichtung, im sozialhilferechtlichen Leistungsgeschehen die Leistungsberechtigten vor Schädigungen zu bewahren.

6.3 Leistungserbringung in Kooperation zwischen Akteuren der Zivilgesellschaft und Verwaltung

Die Leistungserbringung durch Ehrenamtliche wird im SGB XII in keiner Weise erwähnt. Setzt man diese Nichterwähnung in Kontrast zu den vielfältigen Rollen der Ehrenamtlichen etwa auf dem Gebiet der Sozialen Pflegeversicherung (SGB XI) oder der Kinder- und Jugendhilfe (SGB VIII), kann man zu der Feststellung gelangen, dass das Sozialhilferecht insofern nicht auf der gesellschafts- und engagementpolitischen Höhe der Zeit ist. Im Sozialhilferecht finden sich trotz der Fachkräfteklausel anders als in der Sozialen Pflegeversicherung keine rechtlichen Vorkehrungen für die Qualifikation von Ehrenamtlichen.³⁴ Die Kooperationsvorschriften betreffen nur die Verbände der freien Wohlfahrtspflege. Selbst wenn man den Begriff der Verbände der freien Wohlfahrtspflege auch auf Initiativen etc. erstrecken will, wie es in der Kommentarliteratur zum Teil gefordert wird,³⁵ ist doch zur Kenntnis zu nehmen, dass das Sozialhilferecht ehrenamtsblind ist.

Die Kooperation bei der Leistungserbringung wird in der Zusammenarbeitsvorschrift des § 4 SGB XII angesprochen:

„§ 4 Zusammenarbeit: (1) Die Träger der Sozialhilfe arbeiten mit anderen Stellen, deren gesetzliche Aufgaben dem gleichen Ziel dienen oder die an Leistungen beteiligt sind oder beteiligt werden sollen, zusammen, insbesondere mit den Trägern von Leistungen nach dem Zweiten, dem Achten, dem

³¹ Siehe Abschnitt 3.1.

³² Bieback in Grube und Wahrendorf (Hrsg.), 2014, § 6 Rn. 2–3.

³³ Hier könnten die Qualifikationsmöglichkeiten, wie sie in § 45 SGB XI für Angehörige und ehrenamtliche Pflegepersonen angeboten werden, als rechtliches Vorbild dienen.

³⁴ Siehe Fußnote 33.

³⁵ Siehe Abschnitt 3.1.3 und Fußnote 5.

Neunten und dem Elften Buch, sowie mit anderen Trägern von Sozialleistungen, mit den gemeinsamen Servicestellen der Rehabilitationsträger und mit Verbänden. Darüber hinaus sollen die Träger der Sozialhilfe gemeinsam mit den Beteiligten der Pflegestützpunkte nach § 92c des Elften Buches alle für die wohnortnahe Versorgung und Betreuung in Betracht kommenden Hilfe- und Unterstützungsangebote koordinieren. (2) Ist die Beratung und Sicherung der gleichmäßigen, gemeinsamen oder ergänzenden Erbringung von Leistungen geboten, sollen zu diesem Zweck Arbeitsgemeinschaften gebildet werden. (3) Soweit eine Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten erfolgt, ist das Nähere in einer Vereinbarung zu regeln.“

Die Vorschrift betrifft zunächst die Zusammenarbeit der Träger der Sozialhilfe mit anderen Stellen bei gesetzlichen Aufgaben mit gleichem Ziel, die beispielhaft in der Vorschrift genannt werden. Nicht explizit angesprochen ist hier die Zusammenarbeit mit ehrenamtlich Tätigen. Damit wird aber eine Zusammenarbeit, die in der Beteiligung an Leistungen besteht (also bei der Leistungserbringung) nicht ausgeschlossen (§ 4 Abs. 1 S. 1 SGB XII). In diesem Zusammenhang können auch Arbeitsgemeinschaften gebildet werden (§ 4 Abs. 2 SGB XII).

Es ist nicht zu verkennen, dass diese Vorschrift nicht speziell auf die Zusammenarbeit mit ehrenamtlich Tätigen ausgerichtet ist. In dieser Vorschrift werden „Stellen“, nicht Personen, angesprochen. Unter Stelle versteht man eine Einheit, die bestimmte Aufgaben wahrnimmt.³⁶ Das könnte auch eine einzelne Person sein. Trotzdem ist die Gesamtausrichtung der Vorschrift nicht auf die Aufgabenwahrnehmung durch einzelne Ehrenamtliche ausgelegt.

Es fehlt auch an einer Vorschrift, die die Koordination der Leistungserbringung im Einzelfall regelt. Eine solche Koordination ist erforderlich, z. B. um Einsatzpläne aufzustellen und einzelne Tätigkeiten zuzuweisen.

7 Reformbedarf bei der kommunalen offenen Altenhilfe

Reformbedarf bei der kommunalen offenen Altenhilfe besteht in folgenden Richtungen:

- Die Fassung der Leistungsvorschrift in § 71 SGB XII als Sollvorschrift verhindert eine regelhafte Implementierung der Vorschrift. Die Vorschrift sollte zumindest als Pflichtleistung im Sinne einer objektiv-rechtlichen Verpflichtung des Sozialhilfeträgers gefasst werden. Darüber hinaus ist an eine Fassung als individuelle Anspruchsleistung zu denken.
- Die Kooperationsvorschrift in § 4 SGB XII ist explizit auf ehrenamtlich Tätige zu erweitern. Darüber hinaus sollten Anforderungen an die Koordination der Leistungserbringung zwischen haupt- und ehrenamtlich Tätigen formuliert werden.
- Für ehrenamtlich Tätige sind gemäß dem in § 6 SGB XII zum Ausdruck kommenden Anliegen Qualifikationsmöglichkeiten zu schaffen.

Insgesamt wäre zu überprüfen, ob die im Rahmen der Kinder- und Jugendhilfe traditionell gegebenen Kooperationsmöglichkeiten bei der offenen Arbeit auch auf die offene Altenhilfe übertragbar sind.

³⁶ Vgl. etwa § 1 Abs. 2 SGB X: „Behörde im Sinne dieses Gesetzbuches ist jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt.“

8 Schlussfolgerungen

Im Vergleich zwischen der offenen Kinder- und Jugendarbeit im Rahmen des SGB VIII und der offenen Altenarbeit im Rahmen des SGB XII ergeben sich erhebliche rechtliche Unterschiede. Die offene Kinder- und Jugendarbeit ist im SGB VIII explizit gegenständlich erfasst. Gleiches gilt für die Träger der Leistungen und die Kooperation der Leistungserbringer, auch in Richtung auf ehrenamtlich Tätige.

Anders ist dies bei der offenen Altenhilfe gemäß § 71 SGB XII. Zwar ist auch hier eine gegenständliche Beschreibung – allerdings ohne den Begriff „offene“ Altenhilfe zu verwenden – gegeben. Gemeinhin werden die in der Vorschrift benannten Bereiche jedoch der offenen Altenhilfe zugerechnet. Die Vorschrift ist jedoch nicht als Pflichtleistung, sondern als Soll-Vorschrift ausgestaltet. Im Sozialhilferecht fehlt es allgemein, nicht nur in der Altenhilfe, an einer Rezeption des Phänomens der Ehrenamtlichkeit. Das Sozialhilferecht ist ehrenamtsblind. Dies erstaunt umso mehr, als in der Sozialhilfe bzw. früher in der Fürsorge der Einsatz ehrenamtlich Tätiger selbstverständlich und regelhaft stattgefunden hat und stattfindet.

Die Ehrenamtlichkeit wird in der Sozialhilfe kanalisiert und institutionalisiert in den Verbänden der freien Wohlfahrtspflege. Für diese existieren Grundsätze des Tätigwerdens (Vorrang der freien Wohlfahrtspflege) und Kooperationsvorschriften. Die Verpflichtung zum Einsatz von Fachkräften zeugt vom Qualitätsanspruch der Leistungserbringung in der Sozialhilfe. Die Anliegen, die diesen Vorschriften zugrunde liegen, könnten auch für die Formulierung spezieller Vorschriften für den Einsatz ehrenamtlich Tätiger in Kooperation mit hauptamtlich Tätigen dienen. Dazu gehört auch die Verpflichtung, für diese Koordination entsprechende Regelungen zu institutionalisieren und für die spezifischen Einsätze ehren- und hauptamtlich Tätiger jeweils konkrete Koordinationsstellen bereitzuhalten.

Literaturverzeichnis

Bertelsmann Stiftung (Hrsg.). *Demographie konkret – Pflege kommunal gestalten*. Bertelsmann Stiftung. Gütersloh 2016.

Deutscher Paritätischer Wohlfahrtsverband – Gesamtverband e. V. (Hrsg.). *Der Einsatz von Ehrenamtlichen aus arbeits-, sozialversicherungs- und steuerrechtlicher Sicht*. Der Paritätische Gesamtverband 2012. 1. Auflage. Berlin 2012.

Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge (Hrsg.). *Fachlexikon der sozialen Arbeit*. 6. Auflage. Baden-Baden 2007.

Grube, Christian, und Volker Warendorf (Hrsg.). SStGB XII. *Sozialhilfe mit Asylbewerberleistungsgesetz*. 5. Auflage. München 2014.

Hoffmeister, Friederike, und Cornelius Hille. „Bedeutung, Wesen und Merkmale des Ehrenamtes im Pflegebereich“. *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW). 2015. 3753–3757.

Igl, Gerhard. „Bürgerengagement und Recht“. *Engagementpolitik*. Hrsg. Thomas Olk, Ansgar Klein und Birger Hartnuß. Wiesbaden 2010. 175–209.

Igl, Gerhard. Entwicklung von Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und Finanzierungszuständigkeiten des Bundes auf dem Gebiet des bürgerschaftlichen Engagements. *Die Freiheit des Menschen in Kommune, Staat und Europa. Festschrift für Edzard Schmidt-Jortzig*. Hrsg. Utz Schliesky, Christian Ernst und Söhnke E. Schulz. Heidelberg 2011. 559–579.

Igl, Gerhard, Monika Jachmann und Eberhard Eichenhofer. *Ehrenamt und bürgerschaftliches Engagement im Recht – ein Ratgeber*. Opladen 2002a.

Igl, Gerhard, Monika Jachmann und Eberhard Eichenhofer. *Rechtliche Rahmenbedingungen bürgerschaftlichen Engagements. Zustand und Entwicklungsmöglichkeiten*. Hrsg. Deutscher Bundestag. Enquete-Kommission „Zukunft des bürgerschaftlichen Engagements“. Opladen 2002.

Niemann, Marc. „Unentgeltlicher Versicherungsschutz für ehrenamtlich Tätige“. *DGUV-Forum*. 5 2014. 22–25.

Nothacker, Gerhard. *Unfallversicherung und Haftung im Ehrenamt und im bürgerschaftlichen sozialen Engagement*. Baden-Baden 2013.

Reuter, Judith. *Verfassungsrechtliche Grundlagen des bürgerschaftlichen Engagements*. Frankfurt am Main 2005 (zugleich Dissertation Universität Kiel 2005).

Wiesner, Reinhard (Hrsg.). *SGB VIII (Kinder- und Jugendhilfe) Kommentar*. 5. Auflage. München 2015.

Impressum

1. Auflage 2016

Herausgeber

Bertelsmann Stiftung

Verantwortlich

Elisabeth Pfaff

Angaben zum Autor

Gerhard Igl

Professor Dr. iur.; zuletzt Professor für Öffentliches Recht und Sozialrecht und geschäftsführender Direktor des Instituts für Sozialrecht und Gesundheitsrecht (Universität Kiel); Arbeitsschwerpunkte: deutsches, französisches und europäisches Sozialrecht; Recht der älteren und pflegebedürftigen Menschen; Gesundheitsrecht, insbesondere Gesundheitsberuferecht; Recht des bürgerlichen Engagements; externer juristischer Gutachter der Enquete-Kommission „Zukunft des bürgerschaftlichen Engagements“ des Deutschen Bundestages.

Kontaktadresse:

Prof. Dr. iur. Gerhard Igl
Universitätsprofessor a. D.

gerhard.igl@t-online.de

www.g-igl.de

Lektorat

Sibylle Reiter

Juli 2016

Adresse | Kontakt

Bertelsmann Stiftung
Carl-Bertelsmann-Straße 256
33311 Gütersloh
Telefon +49 5241 81-0

Alexander Koop
Senior Project Manager
Telefon +49 5241 81-81377
Fax +49 5241 81-681377
alexander.koop@bertelsmann-stiftung.de
www.synergien-vor-ort.de

www.bertelsmann-stiftung.de