



Dezernentinnen und Dezernenten für Jugend der Landkreise und kreisfreien Städte Land Brandenburg

- gemäß Email-Verteiler

nachrichtlich:

StGB, KSV

LKJA, LIGA, VPK, LKEB

MIK (Abt. 2 und 3), MSGIV (Abt. 2), Stk

JFMK-Geschäftsstelle, BAGLJÄ-Geschäftsstelle

Heinrich-Mann-Allee 107
14473 Potsdam

Bearb.: Abteilung 2

Gesch-Z.: 24.3

Internet: mbjs.brandenburg.de

Bus / Tram / Zug / S-Bahn

(Haltestelle Hauptbahnhof

Eingang Friedrich-Engels-Straße)

Potsdam, 22. Juli 2024

3. Erläuterungsschreiben BbgKJG:

§ 144 BbgKJG – Ausschreibungen nach dem GWB

Sehr geehrte Damen und Herren,
liebe Kolleginnen und Kollegen,

in der Besprechung der Sozial- und Bildungsdezernentinnen und -dezernenten am 29. Mai 2024 wurden auch Fragen im Zusammenhang mit der Ausschreibung von Leistungen nach dem GWB erörtert. Gerne möchte ich die Gelegenheit ergreifen, Ihnen nachfolgend zu erläutern, wie hier der **Regelungsgehalt von § 144 Abs. 2 BbgKJG** verstanden wird:

„§ 144

Erbringung von Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe

(1) [...].

(2) *Die Träger der freien Jugendhilfe erbringen Leistungen gemäß § 2 Absatz 2 in Verbindung mit § 3 Absatz 2 des Achten Buches Sozialgesetzbuch entsprechend ihrer karitativen Ausrichtung eigenständig und unabhängig. Die örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe sollen sie gemäß § 4 Absatz 3 in Verbindung mit § 74 des Achten Buches Sozialgesetzbuch fördern, wofür auch Vereinbarungen nach*



§§ 77 und 78a bis 78g des Achten Buches Sozialgesetzbuch abgeschlossen werden können. Die Sätze 1 und 2 gelten auch für Leistungen, die mittels gesetzlicher Zuschüsse zu unterstützen sind.“

Zur Frage, ob bzw. wann Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe ausgeschrieben werden dürfen, gibt es keine abschließenden Regelungen im Jugendhilferecht. Die Obergerichte vertreten hierzu unterschiedliche Auffassungen. Auf die in der Anlage enthaltene Darstellung zu drei aktuellen Gerichtsentscheidungen weise ich hin.

Im Ergebnis wird hier die Auffassung vertreten:

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) ist grundsätzlich anzuwenden.

Grundsätzlich ist auch bei der Suche nach Trägern, die Aufgaben nach dem Sozialgesetzbuch erfüllen wollen und können, das GWB anzuwenden, es sei denn, das Sozialgesetzbuch und die besonderen dort geregelten Vorgaben führen dazu, dass die Voraussetzung zur Anwendung des Wettbewerbsrechts nach dem GWB nicht erfüllt sind. Es liegt also ein **Regel-Ausnahme-Verhältnis** vor.

Für eine **praktische Vorgehensweise** in Gemeinden, in den Jugendämtern bedeutet dies, dass bei der Erfüllung von Aufgaben durch Dritte, insbesondere Träger der freien Jugendhilfe, **immer zu prüfen und positiv festzustellen ist**, dass die besonderen Regelungen nach dem SGB VIII dazu führen, dass das GWB ausnahmsweise nicht zur Anwendung kommen darf.

Eine **Ausschreibung nach dem GWB ist nicht vorzunehmen**, wenn mit allen in Betracht kommenden Trägern der Jugendhilfe eine Vereinbarung zur Erbringung der benötigten Leistungen abgeschlossen werden müsste. Das **Wunsch- und Wahlrecht** der Leistungsberechtigten, das **Subsidiaritätsprinzip** und die weiteren gesetzlich vorgegebenen Grundstrukturen des Jugendhilferechts bedingen dies. Das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis führt nicht zu einem Leistungsaustausch zwischen den öffentlichen und freien Trägern der Jugendhilfe. Träger der freien Jugendhilfe werden daher **nicht im Auftrag der öffentlichen Träger tätig**, sondern – wie es nunmehr auch in § 144 Abs. 2 Satz 1 BbgKJG gesetzlich verankert ist – nehmen sie ihre Aufgaben eigenständig und unabhängig wahr. Es ist vom Bundesrecht ein **partnerschaftliches Zusammenwirken** gefordert, vgl. § 4 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII. Sie werden **neben den öffentlichen Trägern** der Jugendhilfe tätig.

Die praktische Prüfung kann daher schnell abgeschlossen werden, wenn es sich um **Leistungen gemäß § 2 Abs. 2 SGB VIII** handelt:

1. Angebote der Jugendarbeit, der Jugendsozialarbeit, der Schulsozialarbeit und des erzieherischen Kinder- und Jugendschutzes (§§ 11 bis 14 SGB VIII),
2. Angebote zur Förderung der Erziehung in der Familie (§§ 16 bis 21 SGB VIII),
3. Angebote zur Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und in Kindertagespflege (§§ 22 bis 25 SGB VIII),
4. Hilfe zur Erziehung und ergänzende Leistungen (§§ 27 bis 35, 36, 37, 39, 40 SGB VIII),
5. Hilfe für seelisch behinderte Kinder und Jugendliche und ergänzende Leistungen (§§ 35a bis 37, 39, 40 SGB VIII),
6. Hilfe für junge Volljährige und Nachbetreuung (§§ 41 und 41a SGB VIII).

Unter Berücksichtigung des Europarechts handelt es sich um eine „**open-house**“ – **Situation**“, d.h. mit jedem Leistungsanbieter bzw. Träger der freien Jugendhilfe sind Vereinbarungen zur Förderung oder Finanzierung der Leistungserbringung abzuschließen, es sei denn, dies verstößt gegen die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit und die öffentlichen Mittel reichen nicht aus. Dann ist eine ermessensfehlerfreie Entscheidung gemäß § 74 Abs. 2 bis 6 SGB VIII zu treffen. Es kommt auch nicht darauf an, ob ein subjektiver öffentlich-rechtlicher Leistungsanspruch der begünstigten Dritten besteht. Das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis setzt weder voraus, dass der öffentliche Aufgabenträger an der konkreten Leistungserbringung beteiligt ist, noch, dass vorher konkret festgestellt wird, dass tatsächlich ein subjektiver Anspruch auf die Leistung besteht.

Zu den Leistungen gemäß § 2 Abs. 2 SGB VIII sind auch die damit verbundenen **Beratungsleistungen** zu rechnen, die teilweise im Rahmen der Leistungstatbestände des Sozialgesetzbuches mit geregelt oder seit der Änderung des SGB VIII durch das KJSG in § 10a SGB VIII (vgl. §§ 8, 9 BbgKJG) zu finden sind, sich aber auch generell aus § 14 SGB I ergeben. Nach § 14 SGB I, der auch für die Jugendhilfe gilt, hat jeder Anspruch auf Beratung.

Schließlich gilt dies auch für die „**anderen Aufgaben der Jugendhilfe**“ gemäß § 2 Abs. 2 SGB VIII, soweit diese Aufgaben unter Beachtung von § 76 Abs. 1 SGB VIII unter Beteiligung anerkannter Träger der freien Jugendhilfe erfüllt oder ihnen die Ausführung übertragen werden können:

1. Inobhutnahme von Kindern und Jugendlichen (§ 42 SGB VIII),

2. Vorläufige Inobhutnahme von ausländischen Kindern und Jugendlichen nach unbegleiteter Einreise (§ 42a SGB VIII),
3. Erlaubnis zur Kindertagespflege (§ 43 SGB VIII),
4. Mitwirkung in gerichtlichen Verfahren und Beratung und Unterstützung bei Vaterschaftsfeststellung und Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen (§§ 50 bis 52a SGB VIII),
5. Beratung und Unterstützung von Vormündern und Pflegern (§ 53a SGB VIII).

Auch für die Erfüllung dieser Aufgaben gilt das Gebot der Sicherung der Trägervielfalt. Die Leistungsberechtigten müssen zumindest theoretisch wählen können, wem sie – z.B. im Rahmen einer Inobhutnahme - ihr Kind oder ihren Jugendlichen anvertrauen. Ausdrücklich schreibt § 42 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII vor, dass das Jugendamt während der Inobhutnahme unverzüglich das Kind oder den Jugendlichen umfassend und in einer verständlichen, nachvollziehbaren und wahrnehmbaren Form über die Inobhutnahme aufzuklären hat. Es soll die Situation, die zur Inobhutnahme geführt hat, zusammen mit dem Kind oder dem Jugendlichen klären und Möglichkeiten der Hilfe und Unterstützung aufzeigen. Auch dies setzt voraus, dass es Wahlmöglichkeiten gibt. Auch hier muss als von eine „open-house“-Situation ausgegangen werden, selbst wenn es praktisch schnell zu Ermessensentscheidungen kommen wird, die auf einen oder wenige Partner – sprich Träger der freien Jugendhilfe – hinauslaufen wird.

Handelt es sich weder um eine Leistung im Sinne des § 2 Abs. 2 SGB VIII, noch um eine damit verbundene Beratungsleistung oder eine Beratungsleistung im Sinne des § 14 SGB I und geht es nicht um sonstige Leistungen nach § 2 Abs. 3 SGB VIII in Verbindung mit § 76 Abs. 1 SGB VIII, dann ist das Vergaberecht nach dem GWB anzuwenden. **Ausschreibungen** sind dann unter den Voraussetzungen der **§§ 97 ff GWB** erforderlich.

Wenn keine Anwendung der §§ 97 ff GWB zulässig ist, dann stellt sich natürlich die Frage, was insbesondere dann gilt, wenn es mehrere Träger der Jugendhilfe gibt, die die Leistung eigenständig und eigenverantwortlich erbringen können. Es wäre sicher ermessensfehlerhaft, wenn die Träger der Jugendhilfe, die für die Leistungserfüllung in Betracht kommen, keine Informationen vom öffentlichen Aufgabenträger darüber erhalten, was genau gebraucht wird.

In diesem Zusammenhang wird von einem **Bewerbungsverfahren** gesprochen. Zumindest wird zu fordern sein, dass Träger der freien Jugendhilfe sich melden können. Eine Entscheidung in Anlehnung an § 74 Abs. 2 bis 6 SGB VIII wird nur möglich sein, wenn diese Entscheidung alle relevanten Aspekte ausreichend berücksichtigt. Zu empfehlen ist daher, dass in geeigneten Amtsblättern oder auch in anderer Form öffentlich bekannt gemacht wird, dass Träger der freien Jugendhilfe gesucht werden, um partnerschaftlich mit dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe dazu beizutragen, dass die erforderlichen Leistungen bedarfsgerecht erbracht werden. Für die Suche nach neuen Trägern der Jugendhilfe, die eine „neue“ Leistung erbringen sollen, dürfte dies verbindlich zu fordern sein.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass vorgenannte Aussagen auch für den Fall gelten müssen, dass unter unmittelbarem **Einsatz öffentlicher Ressourcen** die Träger der freien Jugendhilfe ihre Leistungen erbringen sollen, z.B. eine **Kita in einem gemeindeeigenen Gebäude** betrieben werden soll. Hier ist zunächst zu entscheiden, ob es der Gemeinde vorrangig um eine Nachnutzung des Gebäudes geht, d.h. es ihr letztlich egal ist, was in den Räumen stattfindet, oder ob sie möchte, dass Jugendhilfeleistungen in dem Gebäude angeboten werden. Wenn letzteres der Fall ist, dann sucht sie z.B. nach einem Kita-Träger, der selbstverständlich auch in seinem eigenen Gebäude eine Kita betreiben könnte.

Sie darf allerdings nicht zur Voraussetzung der Förderung des Trägers der freien Jugendhilfe machen, dass das gemeindliche Gebäude zu nutzen ist bzw. anderweitig die Leistungserbringung des freien Trägers beschränken, da dies über die Erbringung von Kinder- und Jugendhilfeleistungen hinausgehen und deshalb als Auftragsverhältnis im Sinne des GWB gewertet werden könnte. Einvernehmlich mit dem Einrichtungsträger getroffene Vereinbarungen für eine möglichst sparsame Betriebsführung im Sinne der Restbedarfsfinanzierung nach § 16 Abs. 3 KitaG dürften andererseits nicht zu beanstanden sein und nicht automatisch zur Anwendung der §§ 97 ff. GWB führen. Eine Ausschreibung nach den §§ 97 ff. GWB bliebe bei Beachtung der genannten Grundsätze unzulässig.

Mit freundlichen Grüßen
Im Auftrag



Volker-Gerd Westphal
- Abteilungsleiter 2 -