

Ministerialdirigent Volker-Gerd Westphal, Ministerium für Bildung, Jugend und Sport des Landes Brandenburg¹

Die öffentliche Jugendhilfe und die Unzulässigkeit von Ausschreibungen nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Jüngst, d.h. im Mai 2023 hat das Bundessozialgericht² entschieden, dass Träger der freien Wohlfahrtspflege³ fordern können, die Schulbegleitung für Kinder und Jugendliche mit Behinderung nicht nach den §§ 97 ff des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)⁴ auszuschreiben. Demgegenüber hatte das Oberlandesgericht Jena in einem Beschluss vom April 2021⁵ festgestellt, dass die Suche nach einem Kita-Betreiber einer Ausschreibung nach den §§ 97 ff GWB bedarf. Wiederum anders hat der Verwaltungsgerichtshof München anschließend im Dezember 2021⁶ für die Schulsozialarbeit entschieden. Er kam zum Ergebnis, dass eine Anwendung des Vergaberechts nach den §§ 97 ff GWB ausgeschlossen sei. Da fragt sich doch der geneigte Leser, was nun wirklich gilt, wenn Sozialleistungen – z.B. der Kinder- und Jugendhilfe – nicht durch die öffentlichen Aufgabenträger selbst erfüllt werden sollen, sondern freie Träger der Wohlfahrtspflege gesucht werden, die die Jugendhilfeleistung erbringen können und wollen. Die Kommentar-Literatur⁷ weist denn auch in diesem Zusammenhang darauf hin, dass es zur Frage der Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts unterschiedliche Auffassungen gibt, gerade in Bezug auf eine direkte oder analoge Anwendung von § 77 SGB VIII, in dem die öffentlich-rechtlichen Vereinbarungen⁸ über die Kostenübernahme und Qualitätsentwicklung bei ambulanten

¹ Der Verfasser ist Leiter der Abteilung für Kinder und Jugend im Ministerium für Bildung, Jugend und Sport des Landes Brandenburg. Der Aufsatz gibt ausschließlich seine persönliche Meinung wieder.

² Bundessozialgericht, Urteil vom 17.05.2023, B 8 SO 12/22 R, NZBau 2024, S. 117.

³ Der Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege gehören an: Arbeiterwohlfahrt (AWO), Deuter Caritasverband (DCV), Der Paritätische, das Deute Rote Kreuz, die Diakonie Deutschland, die Zentralwohlfahrtsstelle der Jugend in Deutschland (ZWST).

⁴ Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 22. Dezember 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 405) geändert, regelt in den §§ 97ff Teil 4 die Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen.

⁵ OLG Jena, Beschluss vom 09.04.2021, Verg 2/20, veröffentlicht im Internet: <https://www.ibr-online.de/IBRUrteile/index.php?zg=0> ; abgerufen am 28.6.2024

⁶ VGH München, Beschluss v. 06.12.2021 – 12 CE 21.2846, NVwZ-RR 2022, S. 221.

⁷ Wiesner/Schön, SGB VIII, 6. A. München 2022, § 77, Rn. 5c, 13; FK-SGB VIII/Schindler, 9. A., Baden-Baden 2022, § 77 Rn. 12ff; LPK-SGV III/ Schindler/Elmayer, 8. A., Baden-Baden 2022, § 77 Rn. 25ff.

⁸ BVerwG, NJW 1994, S. 3027, vgl. auch Wiesner/Schön, a. a. O., § 77, Rn. 10.

Leistungen geregelt sind. Dies kann auch die Vereinbarungen nach §§ 78a SGB VIII gelten⁹.

Das GWB regelt im Teil 4 in den §§ 97ff die Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen. Ergänzt wird das GWB durch die Vergabeverordnung vom 12. April 2016 (VgV)¹⁰. Diese Verordnung trifft gemäß § 1 nähere Bestimmungen über das einzuhaltende Verfahren bei der dem Teil 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen unterliegenden Vergabe von öffentlichen Aufträgen und bei der Ausrichtung von Wettbewerben durch den öffentlichen Auftraggeber. In Abschnitt 3 enthält die VgV besondere Vorschriften für die Vergabe von sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen.

Es geht um viel Geld. Nimmt man nur die Kinder- und Jugendhilfe in den Blick, die von der Jugendarbeit und Jugendsozialarbeit über die Kindertagesbetreuung und Hilfen zur Erziehung bis zur Hilfe für seelisch behinderte Kinder und Jugendliche reicht, dann geht es um ein sehr großes „Geschäftsfeld“ mit einem Umsatz von mindestens 66 Milliarden Euro jährlich in Deutschland¹¹. Nach den Daten des Bundesamtes für Statistik wurden dabei Jugendhilfeleistungen von rund 23.400 Trägern der freien Jugendhilfe deutschlandweit erbracht bzw. angeboten¹². Nicht nur die Kindertagesbetreuung wächst, man denke nur an die aktuellen Diskussionen auf Bundes- und Landesebene zur Weiterentwicklung der Kita-Qualität¹³. Auch die Umsetzung des Anspruchs auf ganztägige Betreuung gemäß § 24 Abs. 4 SGB VIII¹⁴ ab dem 1. August

⁹ Seit dem 1.1.1999 ist für die in § 78a Abs. 1 SGB VIII genannten Leistungen der in § 78b SGB VIII genannten Leistungs-, Entgelt- und Qualitätsentwicklungen zwingend vorgeschrieben; vgl. FK-SGB VIII/Schindler, a. a. O., § 77 Rn. 1.

¹⁰ Vergabeverordnung vom 12. April 2016 (BGBl. I S. 624), die zuletzt durch Artikel 1 der Verordnung vom 7. Februar 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 39) geändert wurde.

¹¹ Statistisches Bundesamt (Destatis), 2023 | Stand: 02.06.2024; Wert für das Jahr 2022: 65.825.327.000 Euro.

¹² Pressemitteilungen des Statistischen Bundesamtes vom 28. März 2024, abgerufen am 2. Juni 2024.

¹³ Das Zweites Gesetz zur Weiterentwicklung der Qualität und zur Teilhabe in der Kindertagesbetreuung (KiTa-Qualitätsgesetz) vom 20. Dezember 2022, BGBl. Teil I, Nr. 56, läuft am 31. Dezember 2025 aus. Die Länder sind sehr daran interessiert, dass die Bundesfinanzierung fortgeführt wird; vgl. Beschluss der Jugend- und Familienministerkonferenz (JFMK) vom 25./26. Mai 2023 in Potsdam: Frühe Bildung weiterentwickeln und finanziell sichern – Umsetzung des Zweiten Gesetzes zur Weiterentwicklung der Qualität und zur Teilhabe in der Kindertagesbetreuung (KiTa-Qualitätsgesetz) – auf dem Weg zu einem Qualitätsentwicklungsgesetz; <https://jfmk.de/wp-content/uploads/2023/07/TOP-7.1-Fruhe-Bildung-weiterentwickeln.pdf>, abgerufen am 2. Juni 2024.

¹⁴ Die Änderung des § 24 Abs. 4 SGB VIII aufgrund von Artikel 1 des Gesetzes zur ganztägigen Förderung von Kindern im Grundschulalter (Ganztagsförderungsgesetz – GaFöG) vom 2. Oktober 2021 (BGBl. I S. 4602) tritt erst am 1. August 2026 in Kraft; die Vorschrift hat dann folgenden Wortlaut: „Ein Kind, das im Schuljahr 2026/2027 oder in den folgenden Schuljahren die erste Klassenstufe besucht,

2026 wird mit Ausgabensteigerungen von Bund, Ländern und Kommunen verbunden sein. Darüber hinaus führen die Aufnahme, Versorgung und Begleitung von unbegleiteten minderjährigen Ausländerinnen und Ausländern – sog. UmA – stetig zu höheren finanziellen Aufwänden der öffentlichen Aufgabenträger. Und am Horizont zeichnet sich ab, dass die Jugendhilfe für alle Kinder und Jugendlichen mit Behinderung zuständig wird¹⁵, was zwar nach den Bekundungen politischer Verantwortungsträger auf der Bundesebene zu keinen laufenden Mehrkosten führen soll, aber die Länder rechnen damit. Und dann ist noch nicht einmal klar, ob für all die damit verbundenen Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe Ausschreibungen nach den §§ 97 ff GWB durchzuführen sind, wenn freie Träger tätig werden sollen?

Zumindest im Land Brandenburg ist die Diskussion über die Ausschreibungspflicht oder ein Ausschreibungsverbot von Jugendhilfeleistungen voll angekommen. Das Kinder- und Jugendstärkungsgesetz (KJSG)¹⁶ des Bundes, mit dem zahlreiche neue Aufgaben für die öffentlichen Träger der Jugendhilfe eingeführt wurden, aber auch Aufgaben ausgeweitet oder im Standard gehoben wurden, war im Landesrecht umzusetzen. Der brandenburgische Landtag hat am 19. Juni 2024 hierzu ein neues Brandenburgisches Kinder- und Jugendgesetz (BbgKJG)¹⁷ verabschiedet, das auch Antworten auf die Frage nach der Anwendbarkeit der §§ 97 ff GWB geben sollte. Die intensiven Diskussionen im regierungsinternen Verfahren zwischen den Kritikern einer Anwendbarkeit der §§ 97 ff GWB und denjenigen, die auf die europarechtlichen Vorgaben verwiesen, setzte sich im parlamentarischen Verfahren fort. Hierbei spielten auch die drei bereits zitierten Gerichtsentscheidungen eine zentrale Rolle, so dass es sich vielleicht lohnt, einmal genauer hinzuschauen, mit welchen Argumenten die Gerichte jeweils ihre Entscheidungen begründet haben und was wirklich überzeugend wirkt.

hat ab dem Schuleintritt bis zum Beginn der fünften Klassenstufe einen Anspruch auf Förderung in einer Tageseinrichtung. Der Anspruch besteht an Werktagen im Umfang von acht Stunden täglich. Der Anspruch des Kindes auf Förderung in Tageseinrichtungen gilt im zeitlichen Umfang des Unterrichts sowie der Angebote der Ganztagsgrundschulen, einschließlich der offenen Ganztagsgrundschulen, als erfüllt. Landesrecht kann eine Schließzeit der Einrichtung im Umfang von bis zu vier Wochen im Jahr während der Schulferien regeln. Über den vom Anspruch umfassten zeitlichen Umfang nach Satz 2 hinaus ist ein bedarfsgerechtes Angebot in Tageseinrichtungen vorzuhalten; dieser Umfang der Förderung richtet sich nach dem individuellen Bedarf. Absatz 3 Satz 3 gilt entsprechend.“

¹⁵ Vgl. § 108 Abs. 1 SGB VIII.

¹⁶ Gesetz zur Stärkung von Kindern und Jugendlichen (Kinder- und Jugendstärkungsgesetz - KJSG), BGBl, Nr. 29 vom 9. Juni 2021.

¹⁷ Artikel 1 des Gesetzes zur Förderung und zum Schutz junger Menschen vom 25. Juni 2024 (Bbg GVBl. I 2024, Nr. 34).

I. Leistungserbringung durch Träger der freien Jugendhilfe

Bevor die drei vorliegenden Entscheidungen der Obergerichte zur Anwendbarkeit der §§ 97 ff. SGB VIII vertieft betrachtet werden, liegt es nahe, einen Blick auf die grundlegenden Strukturen der Kinder- und Jugendhilfe, die im SGB VIII angelegt sind, zu werfen. Hierbei sind auch das SGB I und das SGB X mitzubetrachten, da diese beiden Bücher des Sozialgesetzbuches auch auf die Kinder- und Jugendhilfe anzuwenden sind, soweit sich aus dem SGB VIII nichts anderes ergibt¹⁸. Dass diese Grundsätze und Strukturen auch für die Eingliederungshilfe nach dem SGB IX gelten, kann später im Rahmen der Erörterung der Entscheidung des Bundessozialgerichts dargestellt werden.

Das „Ur“-Bild der Kinder- und Jugendhilfe ist: öffentliche und freie Träger der Jugendhilfe stehen bei der Erbringung von Sozialleistungen der Kinder- und Jugendhilfe nebeneinander¹⁹, nicht in einem Subordinationsverhältnis zueinander. Freie Träger sind nicht Erfüllungsgehilfen der öffentlichen Jugendhilfe²⁰. Zwar richten sich die Leistungsverpflichtungen gemäß § 3 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII und dem hierauf beruhenden Landesrecht ausschließlich an die öffentlichen Träger der Jugendhilfe²¹. Aber hieraus lässt sich kein Über- und Unterordnungsverhältnis ablesen, wenn freie Träger tätig werden, denn in § 3 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII ist ausdrücklich das Nebeneinander beider Trägergruppen geregelt. Die Träger der freien Jugendhilfe leisten Jugendhilfe – anders als die öffentlichen Träger – nicht aufgrund gesetzlicher Verpflichtungen. Sie erbringen Leistungen nach eigenem Willen und autonom²². Dieses Nebeneinander kann auch als Ausdruck von § 3 Abs. 1 SGB VIII verstanden werden, wonach die Jugendhilfe durch die Vielfalt von Trägern unterschiedlicher Wertorientierungen und die Vielfalt von Inhalten, Methoden und Arbeitsformen gekennzeichnet sein soll.

¹⁸ Von Koppenfels-Sies/Wenner/Dankelmann, SGB I, 3. A., Hürth, 2023, § 2 Rn. 21ff, weist darauf hin, dass – wie es in § 2 Abs. 1 S. 2 SGB I verankert ist, Ansprüche nur insoweit geltend gemacht oder hergeleitet werden können, als deren Voraussetzungen und Inhalte durch die Vorschriften der besonderen Teile des Sozialgesetzbuches im Einzelnen bestimmt sind, wobei er aber ausdrücklich darlegt, dass das SGB VIII eigene Ansprüche auf Beratung (§ 14 SGB I) und Auskunft (§ 15 Abs. 1 SGB I) enthält.

¹⁹ FK-SGB VIII/Münder, 9. A., Baden-Baden 2022, § 3 Rn. 2.

²⁰ Wiesner/Wapler, a. a. O., § 3, Rn. 13.

²¹ Wiesner/Wapler a. a. O., § 3, Rn. 14, zitiert in diesem Zusammenhang auch §§ 12, 27 Abs. 2 SGB I. Dort werden als verpflichtete Träger von Sozialleistungen nur die Träger der öffentlichen Verwaltung genannt.

²² LPK-SGV III/ Schindler/Elmayer, 8. A., Baden-Baden 2022, § 3 Rn. 16.

Dies gilt auch für privat-gewerbliche Träger²³, auch wenn das Bundesrecht hierzu schweigt²⁴ und diese Zuordnung nicht unkritisch gesehen werden muss²⁵. Das Gemeinnützigkeitsrecht, das ansonsten freie Träger kennzeichnet und in § 75 Abs. 1 Nr. 2 SGB VIII für eine Anerkennung als Träger der freien Jugendhilfe als Voraussetzung genannt ist, sollte Garant dafür sein, dass sich freie Träger nicht an einer Überschusserzielung bei der Leistungserbringung orientieren, sondern gerade aufgrund ihres sozialen Engagements tätig werden. Sie sollen ohne Gewinnstreben ihrem Wesen entsprechend autonom eigene soziale Aufgaben – z.B. in der Jugendhilfe - erbringen. Aber auch die Kritiker der Zuordnung der privat-gewerblichen Träger zu den freien Trägern der Jugendhilfe stellen fest, dass auch im SGB VIII zunehmend marktähnliche Strukturen Einzug gehalten haben²⁶. Hinzu kommt, dass eine Gemeinnützigkeit des Trägers es nicht vollständig ausschließt, dass dieser zumindest teilweise privat-gewerblich tätig wird; §§ 51 ff Abgabenordnung. Eine trennscharfe Unterscheidung stößt daher an Grenzen, so dass der Rechtsprechung und der ganz herrschenden Lehre zu folgen ist, wonach die privat-gewerblichen Träger wie freie Träger zu behandeln sind, es sei denn, die gesetzlichen Vorschriften – z.B. § 75 Abs. 1 SGB VIII – fordern ausdrücklich eine Gemeinnützigkeit des Trägers. Für das Land Brandenburg hat der Gesetzgeber jetzt aktuell die planwidrige Regelungslücke im SGB VIII mit dem § 3 Abs. 3 BbgKJG geschlossen²⁷.

Konkretisiert wird das Nebeneinander von öffentlichen und freien Trägern der Jugendhilfe auch durch § 4 Abs. 1 SGB VIII, wonach die öffentliche Jugendhilfe mit der freien Jugendhilfe zum Wohl junger Menschen und ihrer Familien partnerschaftlich zusammenarbeiten soll. Sie hat dabei die Selbständigkeit der freien Jugendhilfe in Zielsetzung und Durchführung ihrer Aufgaben sowie in der Gestaltung ihrer Organisationsstrukturen zu achten. Ergänzend kommt hinzu, dass gemäß § 4 Abs. 2 SGB

²³ Wiesner/Wapler, a.a.O., § 3, Rn. 10a mit weiteren Hinweisen; FK-SGB VIII/Münder, a. a. O, § 3 Rn. 7.

²⁴ FK-SGB VIII/Münder, a. a. O, § 3 Rn. 7.

²⁵ LPK-SGV III/ Schindler/Elmayer a. a O, § 3 Rn. 16.

²⁶ LPK-SGV III/ Schindler/Elmayer a. a. O, § 3 Rn. 16.

²⁷ § 3 Abs. 3 BbgKJG: „(3) Dieses Gesetz gilt auch für gewerbliche Träger, die Leistungen im Sinne von § 2 Absatz 2 des Achten Buches Sozialgesetzbuch erbringen. Sie sind wie Träger der Jugendhilfe zu behandeln, wenn sie die Voraussetzungen gemäß § 75 Absatz 1 Nummer 1, 3 und 4 des Achten Buches Sozialgesetzbuch erfüllen.“

VIII die öffentliche Jugendhilfe von eigenen Maßnahmen absehen soll, soweit geeignete Einrichtungen, Dienste und Veranstaltungen von anerkannten Trägern der freien Jugendhilfe²⁸ betrieben werden oder rechtzeitig geschaffen werden können. Mag dies auch nur ein relatives Subsidiaritätsprinzip sein²⁹, weil es einerseits eine „Soll“-Regelung ist und andererseits nur gerichtlich überprüft werden kann, ob die Entscheidung über die gleiche Eignung des Angebots des freien Trägers rechtsfehlerfrei erfolgt ist³⁰, kommt doch durch dieses objektive Rechtsgebot zum Ausdruck, dass die freien Träger der Jugendhilfe nicht „für“ die öffentlichen Träger der Jugendhilfe tätig werden, sondern sie genießen sogar – auch wenn es nur bedingt ist - einen Vorrang vor einer eigenen Leistungserbringung durch die öffentlichen Träger der Jugendhilfe.

Ein wesentlicher weiterer Grundsatz des Jugendhilferechts ist zudem, dass es ein gesetzlich abgesichertes Wunsch- und Wahlrecht gibt³¹. Gemäß § 5 Abs. 1 SGB VIII haben die Leistungsberechtigten das Recht, zwischen Einrichtungen und Diensten verschiedener Träger zu wählen und Wünsche hinsichtlich der Gestaltung der Hilfe zu äußern³². Das Wunsch- und Wahlrecht erstreckt sich auf das gesamte Spektrum freier Angebote³³, es gilt also auch für Angebote privat-gewerblicher Träger³⁴. Die Leistungsberechtigten sind auf das Wunsch- und Wahlrecht hinzuweisen. Der Wahl und den Wünschen soll gemäß § 5 Abs. 2 SGB entsprochen werden, sofern dies nicht mit unverhältnismäßigen Mehrkosten verbunden ist³⁵.

²⁸ Wiesner/Wapler, a. a. O., § 3, Rn. 10a mit Bezug auf BVerfG NJW 1967, S. 1795: keine Funktionssperre für die öffentliche Jugendhilfe; dem gegenüber spricht LPK-SGV III/ Schindler/Elmayer a. a. O., § 4 Rn. 33, von einer bedingten Funktionssperre; FK-SGB VIII/Münder, a. a. O., § 4 Rn. 15 verweist darauf, dass das sog. Subsidiaritätsprinzip entgegen dem Wortlaut des § 4 Abs. 2 SGB VIII nicht nur für „anerkannte“ freie Träger gelten muss, sondern für alle Träger. Dies ergebe sich aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu § 4 Abs. 2 SGB VIII, aA Wiesner/Wapler, a. a. O., § 4, Rn. 24.

²⁹ FK-SGB VIII/Münder, a. a. O., § 4 Rn. 15, führt hierzu aus, dass von einem grundsätzlichen Vorrang freier/privater Träger vor den öffentlichen Trägern nicht gesprochen werden könne. Wenn kein bedingungsloser, „grundsätzlicher“ Vorrang der freien Träger besteht, so verbiete § 4 Abs. 2 SGB VIII doch, dass geeignete und rechtzeitige, beanstandungsfrei erbrachte Leistungen freier Träger zugunsten einer Leistungserbringung durch öffentliche Träger eingestellt werden müssen.

³⁰ Wiesner/Wapler, a. a. O., § 4, Rn. 23; FK-SGB VIII/Münder, a. a. O., § 4 Rn. 15.

³¹ FK-SGB VIII/Beckmann/Münder, a. a. O., § 5 Rn. 2: „Die besondere (gesetzliche) Betonung des Wunsch- und Wahlrechts macht sowohl einen sozialrechtlichen als auch sozialpädagogischen Grundsatz der Jugendhilfe deutlich“.

³² Wiesner/Wapler, a. a. O., § 5, Rn. 8 betont, dass es um die Wahl zwischen Einrichtungen und Diensten verschiedener Träger geht; es geht um die Wahl im Einzelfall.

³³ OVG Lüneburg, NJW 2015, S. 970; OVG Berlin-Brandenburg, NJW 2017, S. 422;

³⁴ VG Karlsruhe, NVeZ-RR 2006, S. 621; Wiesner/Wapler, a. a. O., § 5, Rn. 9; FK-SGB VIII/Münder, a. a. O., § 5 Rn. 7.

³⁵ Das Wunsch- und Wahlrecht wird durch § 5 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII eingeschränkt: „Wünscht der Leistungsberechtigte die Erbringung einer in § 78a genannten Leistung in einer Einrichtung, mit deren Träger keine Vereinbarungen nach § 78b bestehen, so soll der Wahl nur entsprochen werden, wenn

Wird eine Jugendhilfeleistung auf Wunsch des Leistungsberechtigten durch einen Träger der freien Jugendhilfe erbracht, entsteht hierdurch das sogenannte sozialrechtliche Dreiecksverhältnis³⁶. Die erste Seite des Dreiecks bildet der öffentlichrechtliche Anspruch des Leistungsberechtigten gegen den Träger der öffentlichen Jugendhilfe. Die zweite Seite wird durch die Rechtsbeziehung zwischen dem Leistungsberechtigten und dem Träger der freien Jugendhilfe gebildet. Dem Leistungsberechtigten stehen Ansprüche gegen den Träger der freien Jugendhilfe zu. Und die dritte Seite bildet das Verhältnis zwischen dem öffentlichen und dem freien Träger. Um diese dritte Seite geht es letztlich, wenn die Anwendbarkeit der §§ 97 ff. SGB bei der Suche nach freien Trägern zur Diskussion steht.

Zum „Ur“-Bild der Kinder- und Jugendhilfe gehört also im Kern, dass es Leistungsangebote und Einrichtungen von öffentlichen und freien Trägern der Jugendhilfe gibt, die nebeneinander bestehen. Hierzu gehören auch Angebote privat-gewerblicher Träger. Der Bereitstellung von Angeboten der freien Träger kommt sogar ein bedingter Vorrang zu, zumindest von Angeboten anerkannter Träger der freien Jugendhilfe. Und die Leistungsberechtigten, sprich die Kinder, Jugendlichen und jungen Volljährigen sowie ihre Erziehungsberechtigten und Familien sollen auswählen können, welches der Angebote und welche Einrichtung sie tatsächlich nutzen wollen. Unerheblich ist, ob es sich um subjektive Leistungsansprüche nach dem SGB VIII handelt, die zuvor von den öffentlichen Trägern der Jugendhilfe festgestellt wurden und durch Nutzung des Angebots oder der Einrichtung erfüllt werden.

Wenn also öffentliche Träger der Jugendhilfe freie Träger suchen, suchen sie nicht Auftragnehmer, die für sie tätig werden, sondern Partner (§ 4 Abs. 1 SGB VIII), die die benötigten Leistungen „auch“ und mit „Vorrang“ erbringen können, die dann „zufällig“ auch Rechtsansprüche, deren Erfüllung die öffentlichen Träger der Jugendhilfe zu gewährleisten haben, gleich mit erfüllen. Die öffentlichen Träger der Jugendhilfe dürfen bei der Suche nach diesen Partnern nicht das Wunsch- und Wahlrecht der

die Erbringung der Leistung in dieser Einrichtung im Einzelfall oder nach Maßgabe des Hilfeplanes (§ 36) geboten ist.“ Diese Einschränkung ist aber keine grundsätzliche Aufhebung des Wunsch- und Wahlrechts, sondern schränkt es ein, wenn nicht mit allen potentiellen Trägern eine Vereinbarung nach § 78a SGB VIII abgeschlossen wurde. Ob Vereinbarungen abzuschließen sind, setzt § 5 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII als vorgeschaltete Prüfungsaufgabe voraus.

³⁶ LPK-SGB III/ Schindler/Elmayer, a. a. O., § 5 Rn. 18.

Leistungsberechtigten ersetzen, d.h. sie dürfen bei der Suche nach Partnern nicht ihre eigenen Präferenzen an die Stelle der Leistungsberechtigten setzen. Es wäre unzweifelhaft verfehlt, wenn ein öffentlicher Träger, der den Anspruch auf Kindertagesbetreuung erfüllen muss, nur nach solchen freien Kita-Trägern sucht, die seinen konfessionellen oder wirtschaftlichen Vorstellungen entsprechen³⁷.

Schließlich ist auch das Verhältnis der freien Träger untereinander zu betrachten. Zum „Ur“-Bild des Jugendhilferechts gehört, dass diese nicht in einem „wirtschaftlichen“ Wettbewerb zueinanderstehen. Es würde dem in § 3 Abs. 1 SGB VIII verankerten Grundsatz der Vielfalt und dem Wunsch- und Wahlrecht widersprechen, wenn die öffentlichen Träger einen Wettbewerb der Träger der freien Jugendhilfe um Wertorientierungen, Inhalte, Methoden und Arbeitsformen starten. Die Betätigung aller freien Träger der Jugendhilfe – einschließlich der privat-gewerblichen Träger – wird verfassungsrechtlich durch die Handlungs- und Vereinigungsfreiheit (Art. 2, 4, 5 und 9 GG) und die Berufsfreiheit (Art. 12 GG) geschützt³⁸. Die Vielfalt soll gefördert werden, solange die Träger der freien Jugendhilfe die Gewährleistung für eine den Zielen des Grundgesetzes förderliche Arbeit bieten, § 74 SGB VIII. Deshalb ist jeder wirtschaftliche Wettbewerbsgedanke im Sinne des GWB dem SGB VIII, aber auch dem gesamten Sozialrecht fremd.

Über die Art und Höhe – zumindest einer Förderung - muss der Träger der öffentlichen Jugendhilfe im Rahmen der verfügbaren Haushaltsmittel nach pflichtgemäßem Ermessen entscheiden³⁹. Wenn mehrere freie Träger die Förderungsvoraussetzungen erfüllen und die von ihnen vorgesehenen Maßnahmen gleich geeignet sind, zur Befriedigung des Bedarfs jedoch nur eine Maßnahme notwendig ist, § 74 SGB VIII, muss der öffentliche Träger eine Ermessensentscheidung treffen. Vor diesem Hintergrund wird zurecht die Auffassung vertreten, dass zumindest dann, wenn ein sozialrechtliches Dreiecksverhältnis entsteht, (öffentlicher Träger – freier Träger – Leistungsberechtigte) mit jedem freien Träger eine Vereinbarung abgeschlossen werden

³⁷ FK-SGB VIII/Beckmann/Münder, a. a. O, § 5 Rn. 13: „So können Haushaltsaspekte ebenso wenig das Wunsch- und Wahlrecht einengen wie Planungs- und Steuerungsentscheidungen des öffentlichen Trägers. Es darf nicht zu unverhältnismäßigen Mehrkosten gemäß § 5 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII kommen“.

³⁸ FK-SGB VIII/ Münder, a. a. O, § 3 Rn. 14.

³⁹ Ausführlich FK-SGB VIII/ Schindler/von Boetticher, a. a. O, § 74 Rn. 16 ff.

muss, solange „das Geld reicht“ und keine unverhältnismäßige Überdeckung des Bedarfs eintritt⁴⁰. Eine leichte Überdeckung muss es sogar geben, da andernfalls die Verwirklichung des Wunsch- und Wahlrechts gefährdet werden würde.

Um dieses „Ur“-Bild der Kinder- und Jugendhilfe administrativ umzusetzen, hat der Gesetzgeber § 77 SGB VIII geschaffen und seit dem 1.1.1999 um die §§ 78a ff SGB VIII ergänzt. Mit den Trägern der freien Jugendhilfe sind öffentlich-rechtliche Kostenübernahmevereinbarungen für das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis zu schließen. Für die in § 78a Abs. 1 SGB VIII genannten Leistungen so verpflichtend. In der Literatur wird ganz überwiegend vertreten, dass diese Regelungen direkt oder analog auch anzuwenden, wenn auf die Leistungen kein Rechtsanspruch gegenüber den öffentlichen Träger besteht⁴¹. Die Vereinbarungen nach § 77 SGB VIII und den §§ 78a ff SGB VIII können als Austauschvereinbarungen *sui generis* bezeichnet werden, die durch Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) ergänzt werden können, z.B. Schlecht- oder Nichtleistung, wenn passende Regelung des öffentlichen Rechts fehlen.

2. Beschluss des OLG Jena vom 9. April 2024

Das OLG Jena hatte zu entscheiden, ob der Betrieb einer Kita in einem gemeindlichen Gebäude der Ausschreibungspflicht nach dem GWB unterliegt. Die betroffene Gemeinde hatte ein Gebäude zur Verfügung und benötigte Kita-Plätze, wollte aber die Kita nicht selbst betreiben. Die Gemeinde schrieb nach den §§ 97ff GWB den Betrieb der Kita aus. Hiergegen wandte sich ein Träger der freien Jugendhilfe. Er sah eine solche Ausschreibung als nicht zulässig an.

Das OLG Jena stellte in seinem Beschluss vom 9. April 2021 fest, die Ausnahmen vom Vergaberecht seien in § 107 ff GWB anknüpfend an die europarechtlichen Vorgaben abschließend normiert. Einer Ausdehnung der Ausnahmen in weitere Bereiche - auch durch gesetzliche Bestimmungen - außerhalb des Vergaberechts durch Bundes- oder Landesgesetzgeber stehe der Vorrang des Europarechts entgegen. Für die Vergabe von Verträgen über den Betrieb eines Kindergartens sehe das Vergaberecht

⁴⁰ So ausdrücklich zu § 77 SGB VIII: FK-SGB VIII/Schindler, a. a. O., § 77 Rn. 18.

⁴¹ Vgl. Wiesner/Schön, a.a.O., § 77, Rn 5b ff.

- anders als für Rettungsdienstleistungen nach § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB – keine Einschränkung seines Anwendungsbereichs vor. Vielmehr gebe § 130 GWB in Verbindung mit dem Anhang XIV der Richtlinie 2014/24/EU⁴² zu erkennen, dass öffentliche Aufträge über soziale und andere besondere Dienstleistungen grundsätzlich vom Anwendungsbereich des GWB erfasst werden müssen. Der Betrieb eines Kindergartens gehöre dabei zur Kategorie "Dienstleistungen des Gesundheits- und Sozialwesens und zugehörige Dienstleistungen" (CPV-Codes 85312100-0 [Betreuung in Tagesstätten] und 85312110-3 [Betreuungsleistungen in Kinderkrippen]⁴³).

„Unabhängig von der Praxis der Vergabe von Betreiberverträgen für Kindergärten in Deutschland und der (empfundene(n) Un-)Geeignetheit der zur Verfügung stehenden Verfahren“, so das OLG Jena, „hat die Vergabe unter Beachtung des Vergaberechts zu erfolgen, sofern dessen Anwendungsbereich im Übrigen eröffnet ist“. Soweit die Auffassung vertreten werde, dass die Anwendung des Vergaberechts in den Bereichen der Daseinsvorsorge in das Belieben der EU-Mitgliedstaaten gestellt sei, gehe dies fehl und übersehe zudem die gesetzliche Bestimmung des Anwendungsbereichs des Vergaberechts nach dem GWB. Das OLG Jena verweist hierbei auf § 115 GWB in Verbindung mit § 103 GWB. Die Erwägungsgründe der Vergaberichtlinien – so dass OLG Jena – stellen dies nicht in Frage, sondern erläutern gerade die Ausgestaltung und Hintergründe der verbindlichen Vorgaben des EU-Vergaberechts, denen jedoch allein rechtliche Maßstabswirkung zukomme.

Bei dem in Frage stehenden Betreibervertrag für eine Kindertagesstätte handele es sich auch nicht um eine Dienstleistungskonzession im Sinne von § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB, was nicht zur Anwendung des Vergaberechts führen würde. Ein relevantes Betriebsrisiko im Sinne von § 105 Abs. 2 GWB sei aufgrund der Vertragsstruktur nicht

⁴² Richtlinie 2014/24/EU DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 26. Februar 2014

über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (ABl. L 94 vom 28.3.2014, S. 65).

⁴³ Verordnung (EG) Nr. 213/2008 der Kommission vom 28. November 2007 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2195/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates über das Gemeinsame Vokabular für öffentliche Aufträge (CPV) und der Vergaberichtlinien des Europäischen Parlaments und des Rates 2004/17/EG und 2004/18/EG im Hinblick auf die Überarbeitung des Vokabulars, ABl. EU L 74/1 v. 15.8.2008; die CPV-Codes schaffen eine einheitliche Klassifikation für öffentliche Aufträge in der EU. Somit wird der Auftragsgegenstand in einer gemeinsamen Nomenklatur beschrieben und gilt für alle Länder der Europäischen Union. Bestehend aus einem Hauptteil und einem Zusatzteil, bildet folgende Codestruktur die CPV-Klassifikationen:

ersichtlich. Ein rein abstraktes wirtschaftliches Risiko genüge insoweit nicht, wenn gleich eine Beschränkung des Risikos durch den maßgeblichen Rechtsrahmen erfolgen kann. Das erforderliche Betriebsrisiko fehle, wenn nach menschlichem Ermessen rote Zahlen während der Vertragslaufzeit ausgeschlossen werden können. Dies sah das Gericht hinsichtlich des Betriebs einer Kindertagesstätte unter Berücksichtigung der Finanzierungsregeln der Kindertagesbetreuung in Thüringen als gegeben an.

Schließlich kam das OLG Jena zum Ergebnis, dass die begrifflichen Anforderungen an das Vorliegen eines Dienstleistungsauftrags im Sinne von § 103 Abs. 4 GWB auch gegeben seien. Es liege zunächst ein Vertrag mit Beschaffungscharakter und keine "open house" - Situation⁴⁴ vor, in der jeder Interessierte seine Leistungen anbieten könne. Nach dem Thüringer Kindergartengesetz (ThürKigaG)⁴⁵ seien die Wohnsitzgemeinden verpflichtet, die erforderlichen Plätze in Kindertageseinrichtungen bereitzustellen. Die Gemeinden nehmen diese Aufgabe als Pflichtaufgabe im eigenen Wirkungsbereich wahr. Die Übertragung dieser Verpflichtung auf einen Betreiber und deren Durchsetzbarkeit sei unabdingbare Voraussetzung für ein "Freiwerden" der Gemeinde von der Notwendigkeit des eigenen Betriebs dem Bedarf entsprechender, Kindertageseinrichtungen, so dass zugleich eine einklagbare Erfüllungsverpflichtung des Auftragnehmers als notwendiges Erfordernis für das Vorliegen eines öffentlichen Auftrags begründet wird.

Der Feststellung, dass Verträge über den Betrieb von Kindertagesstätten stark öffentlich-rechtlich geprägt seien, stimmt das OLG Jena durchaus zu. Dies sei aber unerheblich, da es mit der gebotenen europarechtskonformen Auslegung des § 103 Abs. 4 GWB unvereinbar sei, weil das EU-Recht eine derartige Unterscheidung nicht kenne. Damit scheide ein Verständnis des Betriebskostenausgleichs für den Betrieb

⁴⁴ Im Wettbewerbsrecht gilt als „open house“- Situation oder „open house“ – Modell ein Vorgehen, bei dem öffentliche Auftraggeber kein einzelnes Unternehmen auswählt, sondern mit allen Bietern einen Vertrag abschließt. Beim Open-House-Modell handelt es sich um ein Zulassungssystem, welches dem Vergaberecht nach dem GWB nicht unterstellt ist. Es wird hierbei auf ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs Bezug genommen; Urteil des EuGH vom 2. Jun. 2016, C-410/14, VergabeR 2016, S. 597.

⁴⁵ Thüringer Gesetz über die Bildung, Erziehung und Betreuung von Kindern in Kindergärten, anderen Kindertageseinrichtungen und in Kindertagespflege als Ausführungsgesetz zum Achten Buch Sozialgesetzbuch (Thüringer Kindergartengesetz - ThürKigaG -) vom 18. Dezember 2017, Thür GVBl. 2017, 276.

der Kindertagesstätte nach dem ThürKigaG als bloßer Zuschuss aus. Ein Dienstleistungsauftrag im Sinne des § 103 Abs. 4 GWB stehe nicht in Frage, so die Schlussfolgerung des OLG Jena.

Das OLG Jena begründet seine Entscheidung vor allem mit formalen Argumenten, wenn man genau hinschaut. Es verweist auf das Europarecht, geht nicht auf die Grundprinzipien der Erbringung von Leistungen nach dem SGB VIII ein. Zwar wird davon ausgegangen, dass es sich bei der Kindertagesbetreuung um eine Sozialleistung handelt, aber das OLG Jena nimmt nicht vertieft zum partnerschaftlichen Verhältnis zwischen öffentlichen und freien Trägern der Jugendhilfe Stellung. Vielmehr schließt es aus der Tatsache, dass eine Kindertagesbetreuung durch freie Träger der Jugendhilfe zugleich Rechtsansprüche gegenüber den Trägern der öffentlichen Jugendhilfe erfüllt, dass ein Dienstleistungsverhältnis besteht.

Das allgemein anerkannte sozialrechtliche Dreiecksverhältnis erwähnt das OLG Jena nicht. Es geht von einem zweiseitigen Vertrag zwischen der Gemeinde und dem Kita-Träger aus. Dem Betrieb der Kindertagesstätte (Leistung des Trägers der freien Jugendhilfe) steht die Gewährung des Betriebskostenausgleichs gegenüber, den das OLG nicht als Zuschuss ansieht. Das OLG geht also im Ergebnis davon aus, dass die Gemeinde als Auftraggeber der Dienstleistung diese abschließend beschreiben und festlegen darf. Ob und in welchem Umfang dies mit § 4 Abs. 1 SGB VIII, d.h. der Selbstständigkeit der Träger der freien Jugendhilfe, und § 5 Abs. 1 SGB VIII, dem Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten vereinbar ist, wird nicht betrachtet.

Mit Verlaub: man könnte den Eindruck gewinnen, als handele es sich bei der Kindertagesbetreuung tatsächlich nur um eine marktgängige „Betreuung“ von Kindern, die eine austauschbare Ware ist, was weder mit dem SGB VIII vereinbar ist noch zum Thüringer Kindergartengesetz passt. Aber – wie dargelegt – argumentiert das OLG Jena eher formal, d.h. es verweist auf das anzuwendende Europarecht, dass mit dem GWB in Deutschland umgesetzt wurde. Das OLG merkt ja selbst an, dass dieses Recht mit einer „empfundene(n) (Un-)Geeignetheit“ verbunden sein kann.

Darüber hinaus klingt beim OLG Jena an, dass es zu einem anderen Ergebnis kommen könnte, wenn es sich – wie es das Gericht formulierte – um eine „*open house*“ – Situation handeln würde. Das OLG Jena hat dies nicht vertieft geprüft. Aber zeichnet sich das partnerschaftliche Nebeneinander von öffentlichen und freien Trägern der Jugendhilfe und die Umsetzung des Wunsch- und Wahlrechts nach § 5 SGB VIII nicht gerade dadurch aus, dass eine „*open house*“ – Situation entsteht? Jeder freie Träger kann im Bereich der Jugendhilfe tätig werden und ist grundsätzlich zu fördern und zu bezuschussen, wenn seine Leistungen geeignet sind. Die öffentlichen Träger sollen sogar die Vielfalt fördern und sind nicht berechtigt, den Markt zu kontingentieren oder einzugrenzen, weil dies dem Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten widersprechen würde⁴⁶.

Es erscheint nicht als ausgeschlossen, dass das OLG Jena vor allem vor Augen hatte, dass es nur um „ein“ gemeindliches Grundstück bzw. „ein“ gemeindliches Gebäude ging, in dem nur „eine“ Kita betrieben werden sollte, also das Wunsch- und Wahlrecht der Eltern sowieso eingeschränkt werden würde. Aber rechtfertigt dies ein Abweichen von den fundamentalen Grundprinzipien des Sozialrechts? Darf die Bereitstellung von öffentlichen Sachmitteln zu einer Einschränkung der Trägerautonomie und des Wunsch- und Wahlrechts führen? Diese Frage beantwortet das OLG Jena nicht.

3. Beschluss des Verwaltungsgerichtshofs München vom 6. Dezember 2021

In seinem Beschluss vom 6. Dezember 2021 hatte der Verwaltungsgerichtshof München sich mit einer Vergabe von Schulsozialarbeit zu befassen⁴⁷. Es war ein Vergabeverfahren nach dem GWB durchgeführt worden und nun war zu entscheiden, ob dies zulässig war oder die Rechte der Träger der freien Jugendhilfe durch die erfolgte Ausschreibung beeinträchtigt wurden.

Zunächst stellte der Verwaltungsgerichtshof fest, dass, wenn sich mehrere freie Träger um die Durchführung von Jugendhilfemaßnahmen bemühen, ihnen auf der

⁴⁶ FK-SGB VIII/ Schindler/von Boetticher, a. a. O., § 74 Rn. 16 ff zur Förderung der Trägervielfalt.

⁴⁷ VGH München, Beschluss v. 06.12.2021 – 12 CE 21.2846, NVwZ-RR 2022, S. 221.

Grundlage des Art. 12 Abs. 1 GG ein Anspruch auf eine fehlerfreie Ermessensausübung und eine chancengleiche Teilnahme an der Suche nach einem Träger zu stehe, gleichviel ob eine Ausschreibung zu Recht oder zu Unrecht durchgeführt worden ist. Dieser Aussage hätte sicher auch das OLG Jena zugestimmt, zumal der Verwaltungsgerichtshof München auch durchaus von einer Wettbewerbssituation spricht.

In materiell-rechtlicher Hinsicht verpflichtet § 79 Abs. 2 SGB VIII den Träger der öffentlichen Jugendhilfe aber darüber hinaus, so der Verwaltungsgerichtshof München, eine plurale Angebotsstruktur (vgl. § 3 SGB VIII) zu schaffen und dafür zu sorgen, dass Einrichtungen, Dienste und Veranstaltungen zur Verfügung stehen, die den unterschiedlichen Wertorientierungen in der Gesellschaft entsprechen. Zur Wahrung seiner Gesamtverantwortung seien die Träger der öffentlichen Jugendhilfe deshalb nicht berechtigt, einen wettbewerbsbeeinflussenden Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der verschiedenen Träger der freien Jugendhilfe auszuüben. Der öffentliche Aufgabenträger dürfe Jugendhilfeleistungen nicht in einer solchen Art und Weise bewirtschaften, dass bestimmte Anbieter begünstigt und andere benachteiligt werden, um letztlich eigene Interessen - meist solche der Kostendämpfung - zu verfolgen. Hier klingt bereits an, dass der Wettbewerb kein „normaler“ ist, sondern nur in Grenzen stattfinden darf.

Darüber hinaus sei das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten zu beachten (§ 5 SGB VIII), so der Verwaltungsgerichtshof München. Auch die Achtung der Selbstständigkeit der freien Jugendhilfe (§ 4 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII) schütze die Träger der freien Jugendhilfe im Rahmen der Zusammenarbeit in ihrer Autonomie als Träger eigener sozialer Aufgaben und bei der eigenen Aufgabenwahrnehmung. Vereinbarungen nach § 77 SGB VIII für rechtsanspruchsgesicherte Leistungen - wie hier nach §§ 13, 13a SGB VIII (Schulsozialarbeit)⁴⁸ - können deshalb nicht exklusiv nur mit einem oder einer begrenzten Anzahl von Leistungserbringern abgeschlossen werden; sie sind vielmehr mit jedem Leistungserbringer einzugehen, der geeignet und zur Durchführung willens ist⁴⁹.

⁴⁸ Der VGH München, a. a. O., geht hier von einer Rechtsanspruchsqualität der §§ 13, 13a SGB VIII, die in der Literatur nicht allgemein anerkannt ist; vgl. FK-SGB VIII/ Weitzmann, a. a. O., § 13 Rn. 18.

⁴⁹ S.o., so auch FK-SGB VIII/ Schindler, a. a. O., § 77 Rn. 18.

Die Träger der öffentlichen Jugendhilfe haben – so der Verwaltungsgerichtshof München - insoweit keine rechtliche Handhabe, um mit Blick auf den vorhandenen sowie den prognostizierten Bedarf der Leistungsberechtigten die Anzahl der Leistungsanbieter mithilfe von exklusiven Vereinbarungen zu steuern. Bereits dies schließe die Anwendung von Vergaberecht nach dem GWB von vornherein aus; für eine selektive Auswahlentscheidung nach wettbewerbs- bzw. vergaberechtlichen Grundsätzen sei aufgrund der Verpflichtung des öffentlichen Jugendhilfeträgers zur Wahrung eines pluralen Angebots (§ 79 Abs. 2 SGB VIII) kein Raum. Auch den Subsidiaritätsgrundsatz gemäß § 4 Abs. 2 SGB VIII erwähnt in diesem Zusammenhang der Verwaltungsgerichtshof München. Er verlange, dass Träger der öffentlichen Jugendhilfe von eigenen Maßnahmen absehen sollen, wenn Träger der freien Jugendhilfe Einrichtungen, Dienste und Veranstaltungen betreiben wollen.

Ungeachtet dessen liege auch kein „öffentlicher Auftrag“ im Sinne der § 103 Abs. 1 GWB vor, der die Anwendbarkeit des Vergaberechts (§§ 97 ff. GWB) erst eröffne. Die Träger der öffentlichen Jugendhilfe kaufen nicht gezielt Leistungen ein, um sie den Leistungsberechtigten zur Verfügung zu stellen, wie dies für die Anwendung des Vergaberechts erforderlich wäre, so der Verwaltungsgerichtshof. Sie beschaffen nicht Leistungen gegen Entgelt auf einem „Markt für Jugendhilfeeinrichtungen“, beschreibt der Verwaltungsgerichtshof München die Rechtslage zugespitzt. Die Träger der öffentlichen Jugendhilfe erteilen deshalb keine „öffentlichen Aufträge“ im Sinne des Wettbewerbsrechts, sondern befördern und ermöglichen „lediglich“ die vorrangigen Tätigkeiten der freien Jugendhilfe; die öffentlichen Aufgabenträger sorgen mit der Förderung und Finanzierung der freien Jugendhilfe nicht für die Erfüllung eigener Aufgaben der freien Jugendhilfe, sondern unterstützen „lediglich“ die freie Jugendhilfe bei der Erfüllung von Aufgaben, die diese sich selbst gestellt haben.

Träger der freien Jugendhilfe, die gegenüber Hilfeempfängern eine Leistung erbringen, erfüllen damit letztlich ihre eigene Verpflichtung aus einem privatvertraglichen Schuldverhältnis mit diesen, handeln insoweit aber nicht im Auftrag und gemäß den Weisungen des öffentlichen Trägers (§ 4 Abs. 1 SGB VIII). Bei der Leistungserbringung nach dem SGB VIII handele es sich deshalb weder unmittelbar noch mittelbar um eine Erbringung der Leistung gegenüber dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe, sondern um eine unmittelbare Inanspruchnahme der Leistung durch die jeweiligen

Bürger beim Träger der freien Jugendhilfe selbst. Lediglich die Finanzierung der Leistungen erfolge aufgrund der dem öffentlichen Träger der Jugendhilfe durch § 79 SGB VIII zugewiesenen Gesamtverantwortung im Sinne einer Letztverantwortung gegenüber den Leistungsberechtigten für die Erfüllung der gesetzlich geregelten Aufgaben der Jugendhilfe.

Da es infolgedessen an einem „öffentlichen Auftrag“ fehle, bestehe weder eine Verpflichtung noch eine aufgrund von Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG erforderliche gesetzliche Ermächtigung für die Durchführung eines Vergabeverfahrens nach dem GWB; eine gleichwohl vorgenommene vergaberechtliche Ausschreibung ist wegen Unvereinbarkeit mit den Grundsätzen des Jugendhilferechts unzulässig, so der Verwaltungsgerichtshof München.

Schließlich sah sich der Verwaltungsgerichtshof München auch nicht zu einer Vorlage nach § 267 Abs. 3 AEUV⁵⁰ veranlasst. Ein „öffentlicher Auftrag“ im Sinne von § 103 GWB liege - wie von ihm festgestellt wurde - nicht vor, so dass eine entscheidungserhebliche Verknüpfung mit dem Wettbewerbs- und damit dem Europarecht von vornherein nicht bestehe. Erwägungsgrund 4 der inzwischen in nationales Recht umgesetzten RL 2014/24/EU⁵¹ sehe ausdrücklich vor, dass Fälle, in denen - wie hier - alle Wirtschaftsteilnehmer (Träger der freien Jugendhilfe), die bestimmte Voraussetzungen (vgl. §§ 3, 4, 5 u. 79 Abs. 2 SGB VIII) erfüllen, zur Wahrnehmung einer bestimmten Aufgabe (hier der Schulsozialarbeit nach §§ 13, 13a SGB VIII) - ohne irgendeine Selektivität – berechtigt sind, nicht als Auftragsvergabe verstanden werden sollen. Das Kinder- und Jugendhilferecht unterliege nicht selbst dem Anwendungsvorrang des Europarechts. Für eine Vorlage nach § 267 Abs. 3 AEUV - zumal im Eilverfahren – sei daher mangels vernünftiger Auslegungszweifel kein Raum.

⁵⁰ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), Art. 267: „Der Gerichtshof der Europäischen Union entscheidet im Wege der Vorabentscheidung a) über die Auslegung der Verträge, b) über die Gültigkeit und die Auslegung der Handlungen der Organe, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union,

Wird eine derartige Frage einem Gericht eines Mitgliedstaats gestellt und hält dieses Gericht eine Entscheidung darüber zum Erlass seines Urteils für erforderlich, so kann es diese Frage dem Gerichtshof zur Entscheidung vorlegen.“

⁵¹ Richtlinie 2014/24/EU DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, siehe a.a.O..

In gewisser Weise vertieft der Verwaltungsgerichtshof München die Betrachtungen des OLG Jena. Dem einfachen Rückschluss, dass ein Auftraggeber – Auftragnehmer – Verhältnis zwischen den öffentlichen und freien Trägern der Jugendhilfe besteht, weil die Leistungen der freien Träger öffentliche Rechtsansprüche der Leistungsberechtigten erfüllen, vermag der Verwaltungsgerichtshof München nicht zu folgen. Für ihn fehlt gerade dieses Auftraggeber–Auftragnehmer–Verhältnis. Wie oben beschrieben, kann man hier das „Ur“-Bild der partnerschaftlich nebeneinander wirkenden öffentlichen und freien Träger der Jugendhilfe unterstellen.

Das OLG Jena erwähnte – wie dargestellt - in einem Nebensatz selbst "*open house*" - Situationen, in denen jeder Interessierte seine Leistungen anbieten und einen Vertrag erhalten könne. Der Verwaltungsgerichtshof München geht letztlich von einer solchen „*open house*“ – Situation aus, wenn es ausdrücklich darauf hinweist, dass die Träger der öffentlichen Jugendhilfe „nicht gezielt Leistungen einkaufen“, um sie den Leistungsberechtigten zur Verfügung zu stellen, wie dies für die Anwendung des Vergaberechts erforderlich wäre. Sie beschaffen nicht Leistungen gegen Entgelt auf einem „Markt für Jugendhilfeeinrichtungen“. Die Träger der öffentlichen Jugendhilfe erteilen deshalb keine „öffentlichen Aufträge“ im Sinne des Wettbewerbsrechts, sondern befördern und ermöglichen „lediglich“ die vorrangigen Tätigkeiten der freien Jugendhilfe; sie sorgen mit der Förderung und Finanzierung der freien Jugendhilfe nicht für die Erfüllung eigener Aufgaben, sondern unterstützen „lediglich“ die freie Jugendhilfe bei der Erfüllung von Aufgaben, die diese sich selbst gestellt haben. Dies gelte auch für Leistungen, die Rechtsansprüche erfüllen. Der Verwaltungsgerichtshof München sieht also ausdrücklich eine „*open house*“ – Situation, die das OLG Jena so bezeichnet, aber nicht weiter geprüft hat.

Kurz gefasst verneint der Verwaltungsgerichtshof nicht die generelle Anwendbarkeit des GWB in der Jugendhilfe, kommt aber auf der Tatbestandsebene dann nicht zur Anwendung der § 97 ff GWB, wenn freie Träger gesucht werden, die eine Verpflichtung der öffentlichen Träger der Jugendhilfe „freiwillig“ und „im Rahmen ihrer Autonomie“ erfüllen sollen. Wer sich meldet, muss gefördert bzw. finanziert werden, um das Wunsch- und Wahlrecht für die Leistungsberechtigten zu verwirklichen. Wenn nicht alle gefördert oder finanziert werden können, ist eine ermessensfehlerfreie Entscheidung nach dem SGB VIII zu treffen. Das GWB findet jedenfalls keine Anwendung.

Für die Ermessensausübungen, die wegen der nicht unbegrenzt zur Verfügung stehenden Haushaltsmittel erforderlich sein werden, kann auf die Regelungen in § 74 Abs. 2 bis 6 SGB VIII zurückgegriffen werden, was der Verwaltungsgerichtshof München mit seiner Bezugnahme auf das Förderrecht ermöglicht.

Allerdings hatte es der Verwaltungsgerichtshof München anders als das OLG Jena nicht mit einem singulären gemeindeeigenen Gebäude zu tun, in dem Jugendhilfeleistungen („Betrieb einer Kita“) erbracht werden sollen. Der Verwaltungsgerichtshof München hatte deshalb überhaupt keine Veranlassung, dies als zugrundliegendes Motiv mit zu berücksichtigen. Da Schulsozialarbeit regelmäßig in Schulen stattfindet, könnte zwar argumentiert werden, dass die Situation gar nicht so unterschiedlich ist. Schulsozialarbeit kann auch nur unter Nutzung von öffentlichen Sachmitteln (Nutzung von Räumen in den jeweiligen öffentlichen Schulgebäuden) effektiv erbracht werden. Dies gilt auch für die meisten Formen von Jugendarbeit, die in öffentlichen, z.B. gemeindlichen Räumen von freien Trägern organisiert werden, also ebenfalls den Aspekt der Nutzung öffentlicher Ressourcen aufweisen. Ob diese Argumentation aber zu einer anderen rechtlichen Einschätzung des Verwaltungsgerichtshofs München geführt hätte, darf aber bezweifelt werden, da der Verwaltungsgerichtshof allein auf das Sozialrecht und die „*open house*“ – Situation abstellt und nicht näher auf die Ressourcenbereitstellung eingeht.

4. Beschluss des Bundessozialgerichts vom 17. Mai 2023

Eine dritte Entscheidung ist der Beschluss des Bundessozialgerichtes vom 17. Mai 2023⁵², der die grundsätzliche Frage der Anwendbarkeit der §§ 97 ff GWB auf Sozialleistungen betrifft.

Im Jahr 2016 wurde der "Einsatz von Integrationshelfern an Düsseldorfer Schulen für Kinder mit Behinderung im Rahmen der Eingliederungshilfe" erneut öffentlich ausgeschrieben. Als Menge, Umfang und Einsatzort war angegeben: ca. 380 Integrationshelfer an ca. 85 Schulen, Verteilung der Dienststellen über das gesamte Stadtgebiet. Der Vertrag sollte für das Schuljahr 2016/2017 gelten. Der in dem Verfahren klagende freie Träger hatte auf die Ausschreibung kein Gebot abgegeben. Er wandte

⁵² Bundessozialgericht, Urteil vom 17.05.2023, B 8 SO 12/22 R, NZBau 2024, S. 117.

sich vielmehr mit dem Antrag auf einstweilige Untersagung der Durchführung des Vergabeverfahrens und der Zuschlagserteilung ans Sozialgericht. Dieses Verfahren gelangte bis zum Bundessozialgericht.

Auch wenn es hier um Eingliederungshilfe - nunmehr im SGB IX geregelt - ging, sind die grundsätzlichen Prinzipien zum Verhältnis von öffentlichen und freien Trägern der Jugendhilfe mit denen der Jugendhilfe im SGB VIII vergleichbar. Auch für die Eingliederungshilfe gilt, dass die Träger ihre Aufgaben selbständig und eigenverantwortlich wahrnehmen und neben die öffentlichen Träger treten, § 6 SGB IX. Es gibt ein Wunsch- und Wahlrecht, dass in § 8 SGB IX verankert ist. Es werden Vereinbarungen gemäß § 123 SGB IX abgeschlossen.

Nach Ansicht des Bundessozialgerichts waren die Leistungen - unabhängig davon, ob es sich um einen öffentlichen Auftrag (§ 103 GWB) oder eine Konzession (§ 105 GWB) handelte - nicht nach vergaberechtlichen Grundsätzen zu vergeben. Eine solche Vorgabe sei nicht aus dem aus der RL 2014/23/EU und der RL 2014/24/EU abzuleitenden und in den §§ 97 ff GWB umgesetzten Grundsatz, dass öffentliche Aufträge und Konzessionen im Wettbewerb und im Wege transparenter Verfahren zu vergeben sind, abzuleiten, so das Bundessozialgericht. Diesen zum europäischen Sekundärrecht gehörenden Richtlinien komme gegenüber nationalem Recht zwar Anwendungsvorrang mit der Folge zu, dass dagegen verstoßendes nationales Recht nicht anzuwenden sei. Ein solcher Verstoß liege jedoch nicht vor. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs setzen vergabepflichtige öffentliche Aufträge und Konzessionen, ohne dass dies im Wortlaut der §§ 103 und 105 GWB einen ausdrücklichen Niederschlag gefunden hätte, so das Bundessozialgericht, als zentrales Kriterium eine Auswahlentscheidung des öffentlichen Auftraggebers voraus. Eine Auswahlentscheidung in diesem Sinn liege nicht vor, wenn "eine öffentliche Einrichtung Waren auf dem Markt erwerben will, wobei sie während der gesamten Laufzeit dieses Systems mit jedem Wirtschaftsteilnehmer, der sich verpflichtet, die betreffenden Waren zu im Vorhinein festgelegten Bedingungen zu liefern, einen Vertrag abzuschließen, ohne eine Auswahl unter den interessierten Wirtschaftsteilnehmern vorzunehmen". Der Europäische Gerichtshof habe dies in einer Entscheidung vom 2. Juni 2016⁵³ entschieden. Das entscheidende Element bestehe darin, "dass der öffentliche

⁵³ Urteil des Europäischen Gerichtshof vom 2. Jun. 2016, C-410/14, VergabeR 2016, S. 597.

Auftraggeber kein Kriterium für die Vergabe des Auftrags" nenne, "das dazu dient, die zulässigen Angebote vergleichen und ordnen zu können", so zitiert das Bundessozialgericht den EuGH.

Bei dem Vertragsrecht nach dem Zehnten Kapitel des SGB XII bzw. nach Kapitel 8 des Teils 2 des SGB IX in der neuen Fassung handele es sich unter Anlegen dieser Maßstäbe nicht um ein System, das der Vergabepflicht unterliege. Grundlage der Vereinbarungen der Träger der Eingliederungshilfe mit den geeigneten Leistungserbringern nach den §§ 75 ff SGB XII (ab dem 1.1.2018 §§ 123 ff SGB IX neue Fassung) sind die Kriterien der Leistungsfähigkeit, Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit. Andere Kriterien dürfen bei der Entscheidung über den Abschluss der in den §§ 75 ff SGB XII (§§ 123 ff SGB IX neue Fassung) vorgesehenen Vereinbarungen keine Rolle spielen, so das Bundessozialgericht. Hier ist die Vergleichbarkeit mit der Rechtslage nach § 77 und den §§ 78a ff SGB VIII für die Jugendhilfe sehr offensichtlich, wie oben beschrieben.

Dies gelte insbesondere für Bedarfsgesichtspunkte, so das Bundessozialgericht. Der Leistungsträger darf das Angebot eines Leistungserbringers nicht unter Hinweis auf fehlenden Bedarf oder unter Verweis auf seiner Auffassung nach bessere oder geeignetere Formen der Leistungserbringung ablehnen, wenn die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit nicht entgegenstehen. Der Vertragsschluss darf insbesondere nicht mit der Begründung abgelehnt werden, dass ein anderer Bewerber die Leistung günstiger erbringen könne, sofern die geforderte Vergütung einem externen Vergleich (§ 75 Abs. 2 Satz 10 bis 13 SGB XII, § 124 Abs. 1 Satz 3 bis 6 SGB IX neue Fassung) standhalte. Es handele sich damit um einen Fall, in dem alle Wirtschaftsteilnehmer, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen, zur Wahrnehmung einer bestimmten Aufgabe - ohne Selektivität - berechtigt sind und damit um ein einfaches Zulassungssystem. Eine Auswahlentscheidung finde nach diesen Vorschriften nicht statt, kommt das Bundessozialgericht zum Ergebnis.

Genau dies hatte auch der Verwaltungsgerichtshof München für die Schulsozialarbeit der Kinder- und Jugendhilfe festgestellt. Für die Eingliederungshilfe führte das Bundessozialgericht insofern aus, dass das Vertragsrecht nach dem Zehnten Kapitel des SGB XII bzw. nach Kapitel 8 des Teils 2 des SGB IX neue Fassung allen Anbietern

vielmehr einen transparenten und gleichberechtigten Zugang zur Leistungserbringung gewährleiste.

Die Zulassung von Dienstleistungserbringern im eingliederungshilferechtlichen Dreiecksverhältnis - sei es unter Geltung des SGB XII, sei es unter Geltung des SGB IX neue Fassung – unterfalle damit nicht den RL 2014/23/EU und RL 2014/24/EU, so das Bundessozialgericht. Wie der Verwaltunggerichtshof München stellte das Bundessozialgericht fest, dass einer Vorlage an den EuGH zur Vorabentscheidung nicht bedürfe, denn die entscheidungserheblichen europarechtlichen Maßstäbe seien durch den EuGH bereits geklärt⁵⁴.

Weiter führt das Bundessozialgericht aus: Bestand nach Europarecht und dem GWB danach kein vergaberechtlicher Zwang, die Leistungen auszuschreiben, war der öffentliche Aufgabenträger darüber hinaus nach sozialrechtlichen Maßstäben zur Vergabe von Leistungen auch nicht berechtigt. Die Vergabe mit dem Ziel, die Leistungen der Schulbegleitung auf die über den Zuschlag bestimmten Vertragspartner zu übertragen, enthalte eine Kontingentierung, die dem freien Zugang der freien Träger zum Markt über einen Vertrag nach § 75 SGB XII entgegensteht, weil die im Wege der Vergabe ausgeschriebenen Leistungen von vornherein von den Leistungen im sozialhilferechtlichen Dreiecksverhältnis ausgenommen sind. Wesentlicher Bestandteil des durch den Zuschlag in einem Vergabeverfahren geschaffenen Vertragskonstrukts sei es, eine (vorrangige) Leistungserbringung und -vergütung außerhalb des sozialhilferechtlichen Dreiecksverhältnisses nach den §§ 75 ff SGB XII (bzw. §§ 123 ff SGB IX neue Fassung) zu ermöglichen.

Eine solche Vorgehensweise widerspräche dem im SGB XII und dem SGB IX für ambulante Dienste vorgesehenen Versorgungssystem. Den Leistungsträgern sei nach § 75 Abs. 2 Satz 1 SGB XII untersagt, eigene Angebote zu schaffen, wenn geeignete Leistungserbringer vorhanden sind (hier liegt der Vergleich zu § 4 Abs. 2 SGB VIII nahe). § 75 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 75 Abs. 1 Satz 2 SGB XII sehe vor, dass Träger der Sozialhilfe zur Erfüllung der Aufgaben der Sozialhilfe eigene Dienste nicht neu

⁵⁴ Siehe oben: Urteil des Europäischen Gerichtshof vom 2. Jun. 2016, C-410/14, VergabeR 2016, S. 597.

schaffen sollen, soweit geeignete Einrichtungen anderer Träger vorhanden sind, ausgebaut oder geschaffen werden können. Es handele sich um ein Gewährleistungsverantwortungsmodell, in dem die Sozialhilfeträger die Verantwortung für die Versorgungsinfrastruktur tragen, die sie vor allem durch den Abschluss von Verträgen nach §§ 75 ff SGB XII im Bereich der Eingliederungshilfe wahrnehmen. Das Erbringen eigener Leistungen sehe dieses Regelungskonzept nur ausnahmsweise vor. Lediglich dann, wenn der Sozialhilfeträger selbst nicht über geeignete Angebote verfüge, könne er in Anbetracht seiner Strukturverantwortung und des Wirtschaftlichkeitsprinzips eigene geeignete Angebote schaffen, wenn die Förderung des Ausbaus oder die Schaffung von Angeboten geeigneter Leistungserbringer mit höherem finanziellem Aufwand verbunden ist. Vorliegend seien die Leistungen in der Vergangenheit aber über entsprechende Verträge nach §§ 75 ff SGB XII erbracht worden, so das Bundessozialgericht, ohne dass Versorgungsdefizite dargelegt wurden. Allein der Wunsch, zur Qualitätssicherung eigene Leistungen einzuführen, berechtigt nicht zur Vergabe. Die Qualitätssicherung könne durch Vereinbarungen nach §§ 75 ff SGB XII bzw. §§ 123 ff SGB IX n.F. erreicht, so das Bundessozialgericht.

Der Leistungserbringung außerhalb des sozialhilferechtlichen Dreiecksverhältnisses stehe zudem das Wunsch- und Wahlrecht der leistungsberechtigten Personen (vgl. § 9 Abs. 2 SGB XII bzw. § 8 Abs. 1 SGB IX) entgegen, das diesen als subjektiv-öffentliches Recht zustehe und für dessen Verwirklichung der Eingliederungsträger verantwortlich sei, so das Bundessozialgericht. Ihn trifft die Pflicht, den Leistungsanspruch der Berechtigten insbesondere auch durch Abschluss vertraglicher Vereinbarungen nach §§ 75 ff SGB XII sicherzustellen und zwar im Sinne einer dem Wunsch- und Wahlrecht und der hierin zum Ausdruck kommenden grundrechtlichen Positionen der Leistungsberechtigten berücksichtigenden Pluralität der Leistungserbringer.

Auch die Erfüllung des Sicherstellungsauftrags kann deshalb nicht als rechtfertigender Grund für eine Ausschreibung im Wege der Vergabe angesehen werden. Der Gesetzgeber verstehe den Sicherstellungsauftrag im SGB XII bzw. SGB IX ausdrücklich als Pflicht der Leistungsträger, dazu Vereinbarungen mit den Leistungsanbietern nach den Vorschriften des Zehnten Kapitels des SGB XII bzw. des Kapitels 8 des Teils 2 des SGB IX abzuschließen. Damit stehe die Vergabe an einzelne wenige An-

bieter der Grundsatz der Angebots- und Trägervielfalt entgegen, das dem Regelungskonzept der §§ 75 ff SGB XII (§§ 123 ff SGB IX neue Fassung) immanent sei. Das Konzept der Leistungserbringung durch Abschluss von Verträgen nach §§ 75 ff SGB XII schütze auch die daran teilnehmenden Dienste. Nur so könne die Pluralität der Leistungserbringung gewährleistet werden. Ohne einen gleichberechtigten und umfassenden Zugang der Dienste zum Markt liefen das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten und der diesem Prinzip immanente Grundsatz der Angebots- und Trägervielfalt weitgehend leer. Mit der Herausnahme nahezu aller Leistungsberechtigten durch eine Vergabe aus dem nach §§ 75 SGB XII bzw. §§ 123 ff SGB IX vorgegebenen System erhöhe sich das Unternehmerrisiko des einzelnen Dienstes, das im Rahmen der Gestehungskosten zur Geschäftsgrundlage der Vergütungsvereinbarungen gehöre.

Dieser Auslegung stehe, so das Bundessozialgericht, auch das Recht auf kommunale Selbstverwaltung aus Art 28 Abs. 2 GG nicht entgegen. Danach muss den Gemeinden das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Dazu gehören unter anderem die Gewährleistung eines eigenen Aufgabenbereichs der Gemeinden sowie die Eigenverantwortlichkeit der Aufgabenerfüllung. Das Selbstverwaltungsrecht stehe den Gemeinden indes nur im Rahmen der Gesetze zu. Gesetzliche Beschränkungen müssen von sachlichen Gründen getragen sein und finden ihre Grenze in einem unantastbaren Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung. Dieser Kernbereich sei erst verletzt, wenn eine eigenständige organisatorische Gestaltungsfähigkeit erstickt werde.

Ein Ausschreibungsverbot für Sozialleistungen sei von sachlichen Gründen getragen und verletze nicht den Kernbereich kommunaler Gestaltungsmöglichkeiten, so das Bundessozialgericht. Das Vertragsrecht der §§ 75 ff SGB XII (bzw. §§ 123 ff SGB IX neue Fassung) biete den Gemeinden ausreichende Möglichkeiten, die Leistungserbringung flexibel zu gestalten. Die Ausgestaltung diene insbesondere der Sicherstellung des Wunsch- und Wahlrechts der Leistungsberechtigten, sowie der diesem immanenten Angebots- und Trägervielfalt und damit wichtigen sozialen Belangen. Der Gesetzgeber habe die berechtigten Belange der Leistungsträger insbesondere hinsichtlich der Sicherung von Qualität und Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung

gerade in der Ausgestaltung der Vorgaben für die Leistungs- und Vergütungsvereinbarung berücksichtigt. Er hat mit der Ausgestaltung des Vertragsrechts die Steuerungsfunktion der Leistungsträger inzwischen weiter gestärkt und gegenüber den Vorschriften des SGB XII eine effektivere Wirtschaftlichkeits- und Qualitätsprüfung ermöglicht.

Auch wenn das Bundessozialgericht hier über Eingliederungsmaßnahmen – die Schulbegleitung - entschieden hat und hierfür zu einem Ausschreibungsverbot gekommen ist, so passen die vorgetragenen Argumente und Überlegungen auch für die Erbringung von Jugendhilfeleistungen durch Träger der freien Jugendhilfe nach dem SGB VIII. Eine Schulbegleitung kommt zudem auch nach § 35a SGB VIII in Betracht, wenn Kinder und Jugendliche mit einer seelischen Behinderung oder drohenden seelischen Behinderung diese benötigen. Wenn das Bundessozialgericht auf Vereinbarungen nach den §§ 123 ff SGB IX abstellt, liegt der Vergleich zu den §§ 77 ff SGB VIII sehr nahe.

Wie der Verwaltungsgerichtshof München kommt auch das Bundessozialgericht zum Ergebnis, dass es an einem Auftragsverhältnis fehlt. Noch genauer als der Verwaltungsgerichtshof München begründet es das Bundessozialgericht mit dem Hinweis, dass der Leistungsträger das Angebot eines Leistungserbringers nicht unter Hinweis auf fehlenden Bedarf oder unter Verweis auf seiner Auffassung nach bessere oder geeignetere Formen der Leistungserbringung ablehnen kann, wenn die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit nicht entgegenstehen. Der Vertragsabschluss darf insbesondere nicht mit der Begründung abgelehnt werden, dass ein anderer Bewerber die Leistung günstiger erbringen kann.

Daneben argumentiert auch das Bundessozialgericht mit dem Wunsch- und Wahlrecht, dass in der Eingliederungshilfe wie in der Kinder- und Jugendhilfe gilt. Das Konzept der Erbringung von Sozialleistungen nach den §§ 123ff SGB IX schütze dabei auch die daran teilnehmenden Träger. Nur so könne die Pluralität der Leistungserbringung gewährleistet werden. Ohne einen gleichberechtigten und umfassenden Zugang zum Markt liefern das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten und

der diesem Prinzip immanente Grundsatz der Angebots- und Trägervielfalt weitgehend leer. All dies kann ein zu eins auf die Kinder- und Jugendhilfe, wie sie im SGB VIII geregelt ist, übertragen werden.

Letztlich passt auch hier die vom OLG Jena genannte „*open house*“ – Situation, die das OLG aber ablehnte und vom Verwaltungsgerichtshof München hingegen im Kern angenommen wurde.

Interessant sind die Ausführungen des Bundessozialgerichts zum Recht auf kommunale Selbstverwaltung. Soll ein Gemeindegebäude zur Erbringung von Jugendhilfeleistungen („Betrieb einer Kita“) eingesetzt werden, könnte man mit dem Bundessozialgericht argumentieren, dass wegen des sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses und des Wunsch- und Wahlrechts der Eltern gleichwohl kein Ausschreibungsrecht nach kommunalrechtlichen Vorgaben und Regelungen zulässig ist, weil das Recht auf kommunale Selbstverwaltung unbestritten nur im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften besteht und der Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung noch nicht überschritten wird.

IV. Konsequenzen

Drei Obergerichte, drei Rechtswege und eine komplexe Materie, die auch noch europarechtlich mitgeprägt ist. Es bietet sich an, zu schauen, ob es Gemeinsamkeiten gibt, die es der Praxis erlauben, als Richtschnur dienen zu können, wenn es darum geht, gesetzliche Aufgaben der Kinder- und Jugendhilfe nicht selbst zu erfüllen, von der Kindertagesbetreuung über Hilfen zur Erziehung bis zur Jugendarbeit, Jugendsozialarbeit und Schulsozialarbeit. Mag auch auffallen, dass Entscheidungen, die aus dem Bereich der Vergabekammern kommen, die Anwendbarkeit des gewerblichen Wettbewerbsrecht bejahen, während Entscheidungen der Verwaltungs- und Sozialgerichtsbarkeit und vielfach die Kommentarliteratur zum SGB VIII eher zu anderen Ergebnissen führt⁵⁵, so kann man doch versuchen, die Sichtweisen anzugleichen.

Zunächst ist festzustellen, dass weder das Bundessozialgericht noch der Verwaltungsgerichtshof München eine Anwendung des GWB im Bereich der Aufgaben nach

⁵⁵ LPK-SGV III/ Schindler/Elmayer, a.a.O., § 77 Rn. 25.

dem Sozialgesetzbuch vollständig ausschließen. Insoweit stimmen sie mit dem OLG Jena überein, dass das Vergaberecht nach dem GWB anzuwenden ist, wenn bestimmte Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Es liegt also ein Regel-Ausnahme-Verhältnis vor. Grundsätzlich ist auch bei der Suche nach Trägern, die Aufgaben nach dem Sozialgesetzbuch 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.

Für eine praktische Vorgehensweise in Gemeinden, in Jugendämtern und Landesjugendämtern 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. Mögen diese Ausnahmen auch die „große Masse“ der Suchvorgänge darstellen, bleibt es gleichwohl rechtssystematisch bei der grundsätzlichen Anwendung des GWB, weil weder dieses Gesetz noch das GWB eine generelle Nichtanwendung vorsehen. Insoweit ist dem OLG Jena zu folgen.

Die praktische Prüfung kann aber 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).

Bezüglich dieser Leistungen, die Träger der freien Jugendhilfe erbringen, darf kein Auftragnehmer-Auftraggeber-Verhältnis begründet werden, weil es schlicht gegen das SGB VIII verstoßen würde. In die Trägerautonomie darf nicht eingegriffen werden, es geht um ein partnerschaftliches Nebeneinander von öffentlichen und freien Trägern der Jugendhilfe, wobei den Trägern der freien Jugendhilfe sogar gemäß § 4 Abs. 2 SGB ein Vorrang zukommt. Das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten gemäß § 5 SGB VIII würde unterlaufen werden, wenn die öffentlichen Träger der Jugendhilfe das Leistungsangebot mittels Ausschreibungen kontingentieren, beeinflussen oder durch ihre „Finanzierungsmacht“ von vornherein einschränken.

Unter Berücksichtigung des Europarechts haben wir es mit einer „*open house*“ – Situation“ zu tun, 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 nicht darauf an, ob ein subjektiver öffentlich-rechtlicher Leistungsanspruch der begünstigten Dritten besteht, der sich – wie gezeigt – immer gegen die Träger der öffentlichen Jugendhilfe gemäß § 3 Abs. 2 Satz SGB VIII richtet. Es ist auch nicht erforderlich, dass im Einzelfall vorher geprüft wurde, ob ein Anspruch besteht, denn auch dies würde die freie Leistungsbereitstellung durch Träger der freien Jugendhilfe einschränken. Fehlt es an einer solchen vorherigen Prüfung und Feststellung bedeutet dies nur, dass der Träger der freien Jugendhilfe möglicherweise keine öffentliche Finanzierung für seine Leistungen bekommt. Das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis setzt einerseits nicht voraus, dass der öffentliche Aufgabenträger an der konkreten Leistungserbringung beteiligt wird noch 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 geregelt⁵⁶ oder seit der Änderung des SGB VIII durch das KJSG in § 10a SGB VIII⁵⁷ 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. Dies gilt auch für Arbeitgeber und muss natürlich erst recht für Einrichtungsträger gemäß § 45 SGB VIII und andere Träger der freien Jugendhilfe gelten, damit sie ihren Rechten und Pflichten nach dem Sozialgesetzbuch nachkommen können⁵⁸.

Auch für Beratungsleistungen – wenn nicht sogar besonders – muss die „*open house* – Situation“ gelten, damit sich die Ratsuchenden an den Träger wenden können, dem sie vertrauen und der ihre besondere Situation am besten einschätzen kann. Eine Erziehungsberatung oder eine Trägerberatung zum Kinderschutz darf der Träger der öffentlichen Jugendhilfe daher zum Beispiel nicht so organisieren, dass diese Beratungsleistungen nur durch Träger der freien Jugendhilfe angeboten werden können, die ihm „genehm“ sind. Auch für Beratungsleistungen als Annex zu Leistungen muss selbstverständlich auch das Subsidiaritätsprinzip nach § 4 Abs. 2 SGB VIII gelten, selbst wenn dies nicht ausdrücklich im SGB VIII erwähnt ist. Aber das Subsidiaritätsprinzip ist eben nur ein relatives; regelmäßig wird der öffentliche Träger sich gar nicht einer gesonderten Prüfung der Einschaltung freier Träger stellen müssen, da einerseits die Beratung nicht von der Entscheidung über die Leistungsgewährung getrennt werden kann und andererseits die Beratung durch ihn schneller sein wird. Allerdings kann zum neuen Beratungstatbestand nach § 10a SGB VIII etwas anderes vertreten werden, da der Gesetzgeber insoweit von einer Beratung ausgeht, die vor und unabhängig von einer eigentlichen Leistungsgewährung erfolgt⁵⁹.

⁵⁶ Beratungsaufgaben der Jugendämter mit unterschiedlichem Umfang, gibt es beispielsweise in § 8 Abs. 3, § 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und Abs. 3, § 17, § 18, § 36 Abs. 1, § 37 Abs. 1, § 37a, § 37b Abs. 1, § 41a, § 43 Abs. 4, § 51, § 52a, § 53 SGB VIII.

⁵⁷ § 10a Abs. 1 SGB VIII: „Zur Wahrnehmung ihrer Rechte nach diesem Buch werden junge Menschen, Mütter, Väter, Personensorge- und Erziehungsberechtigte, die leistungsberechtigt sind oder Leistungen nach § 2 Absatz 2 erhalten sollen, in einer für sie verständlichen, nachvollziehbaren und wahrnehmbaren Form, auf ihren Wunsch auch im Beisein einer Person ihres Vertrauens, beraten FK-FK-SGBVIII/Eschelbach/ Schönecker, a.a.O., § 10a Rn. 1: „§ 10a mit der Überschrift „Beratung“ wurde mit dem KJSG neu in das SGB VIII aufgenommen. Abs. 1 und 2 regeln eine Beratungspflicht der JÄ gegenüber allen (potenziellen) Empfängerinnen von Jugendhilfeleistungen. Abs. 1 und 2 normieren dabei nicht nur einen (eigenständigen) Anspruch auf eine Eingangsberatung, sondern setzen darüber hinaus fachliche Mindeststandards jeglicher Beratung nach dem SGB VIII.“

⁵⁸ Zunächst ist der Träger der Einrichtung gemäß § 45 Abs. 6 Satz 1 SGB VIII über die Möglichkeiten zur Beseitigung der Mängel zu beraten (Beratungspflicht), bevor andere Instrumente zum Einsatz kommen (z.B. Auflagen).

⁵⁹ BT-Drs. 19/26107, 77; aus der Begründung zum Gesetzentwurf KJSG, §10a SGB VIII: „Primärer Zweck der Beratung nach dieser Vorschrift ist es, die Adressatinnen und Adressaten der Kinder- und

Vergleichbares muss auch für § 9a SGB VIII gelten. Gerade für die Ombudsstellen, deren Existenz die Länder nach dieser neuen Vorschrift im SGB VIII für die Kinder- und Jugendhilfe zu gewährleisten haben, ist von entscheidender Bedeutung, dass der „Markt“ nicht durch Ausschreibungen im Sinne des GWB durch die Träger der öffentlichen Jugendhilfe gesteuert und kontingentiert wird. Jeder freie Träger, der geeignet ist, muss eine Ombudsstelle betreiben können, selbst wenn der Träger der öffentlichen Jugendhilfe etwas Anderes präferiert. Er kann nur mittels Ermessensentscheidungen nach § 74 Abs. 2 bis 6 SGB VIII auf die Struktur einwirken. Allerdings gibt das Gesetz hier schon Mindestanforderungen vor, die die freien Träger erfüllen müssen: sie müssen unabhängig und weisungsungebunden handeln. Interessenkonflikte können schnell die Unabhängigkeit – und damit Geeignetheit des Angebots - infrage stellen.

Schließlich stellt sich auch die Frage, ob eine Anwendung des GWB auch für die „anderen Aufgaben der Jugendhilfe“ gemäß § 2 Abs. 2 SGB VIII auszuschließen ist, 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

Jugendhilfe in die Lage zu versetzen, ihre Rechte nachdem SGB VIII wahrnehmen zu können. Sie erfolgt daher im Vorfeld von spezifischen Beratungs-, Unterstützungs- und Hilfeprozessen, um Zugänge zu diesen aufzuzeigen, Orientierung über Zuständigkeiten zu geben und auch über Ausgestaltung, Wirkungen und Abläufe zu informieren.“

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 einer „*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. Die Träger der öffentlichen Jugendhilfe bleiben bezüglich der Erfüllung dieser Aufgaben gemäß § 76 Abs. 2 SGB VIII allein verantwortlich. Aber auch dies bedeutet nicht, dass sie mittels Wettbewerben nach dem GWB freie Träger von vornherein von der Leistungserbringung ausschließen dürfen. Ein sozialrechtliches Dreiecksverhältnis entsteht nur eingeschränkt, d.h. nicht für die eigentliche Erfüllung der Aufgaben, sondern nur für alle „Nebenleistungen“, die zwingend vom Träger der freien Jugendhilfe aufgrund von Absprachen mit den Leistungsberechtigten selbst vereinbart oder abgestimmt werden müssen.

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 nach den §§ 97 ff GWB sind erforderlich. Dies gilt zum Beispiel für Förderungen im Sinne von § 74 Abs. 1 SGB VIII, die über Träger als Erstempfänger abgewickelt werden sollen, oder für andere Unterstützungsleistungen, die im Zusammenhang mit der eigenen Leistungserbringung 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. Der Verwaltungsgerichtshof München spricht in

diesem Zusammenhang von einem Bewerberverfahren. Zumindest wird zu fordern sein, dass Träger der freien Jugendhilfe sich melden können. Eine Entscheidung nach den § 74 Abs. 2 bis 6 SGB VIII wird nur möglich sein, wenn diese Entscheidung alle relevanten Aspekte ausreichend berücksichtigt. Zu empfehlen wäre 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. Bei der Umstellung von einfachen Förderungen hin zu öffentlich-rechtlichen Vereinbarungen nach § 77 SGB VIII muss nur die Möglichkeit bestehen, dass weitere Träger der freien Jugendhilfe hinzukommen können.

Kurzgefasst: Immer wenn es um Leistungen und drittbegünstigende Angebote der Kinder- und Jugendhilfe geht, die Träger der freien Jugendhilfe erbringen können und sollen, dürfen keine Dienstleistungs- oder Auftragsverhältnisse nach dem BGB begründet werden. Es sind öffentlich-rechtliche Vereinbarungen direkt oder entsprechend § 77 SGB oder den §§ 78a ff SGB VIII abzuschließen, die man zur Vermeidung von Missverständnissen als „Kostenübernahmevereinbarungen“ bezeichnen sollte. Ausschreibungen nach den §§ 87 GWB sind nicht gestattet. Eine schlichte Förderung bleibt auch möglich, es sei denn, die §§ 78a ff SGB VIII oder das Landesrecht regelt etwas Anderes⁶⁰.

Schließlich bleibt zu betrachten, wie zu verfahren ist, wenn die Jugendhilfeleistungen unter unmittelbarem Einsatz öffentlicher Ressourcen erbracht werden sollen, z.B. eine Kita in einem gemeindeeigenen Gebäude betrieben werden soll. Hier wäre 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

⁶⁰ Z.B. der neue § 135 Abs. 6 BbgKJG: „Die Finanzierung der Fachstellen erfolgt aufgrund von Vereinbarungen gemäß § 77 des Achten Buches Sozialgesetzbuch im Rahmen der zur Verfügung stehenden Haushaltsmittel. Eine Eigenleistung der Träger der Fachstellen ist nicht zu erbringen. Sie soll über einen längeren Zeitraum erfolgen. § 78g des Achten Buches Sozialgesetzbuch findet Anwendung“; Fachstellen sollen unabhängige Beratungs- und Unterstützungsangebote für andere Träger der Jugendhilfe bieten.

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 strebt die Schaffung von Kita-Plätzen im Rahmen mit einer Kostenübernahmezusage oder -vereinbarung an.

Sie darf den Träger der freien Jugendhilfe nicht unmittelbar zwingen, dass gemeindliche Gebäude zu nutzen, weil dies auf ein Auftragsverhältnis hinauslaufen würde. Allerdings könnte sie natürlich versuchen, im Rahmen der Kostenübernahme für die neuen Kita-Plätze auf die Entscheidung des Einrichtungsträgers Einfluss nehmen, wobei sie hierbei die landesrechtlichen Möglichkeiten zu beachten hätte⁶¹. Dazu müsste die Standortgemeinde dem Träger im Rahmen der jeweiligen gesetzlichen Finanzierung entgegenhalten können, dass der Betrieb in einem bestimmten Gebäude günstiger ist und deswegen der Finanzierungsanspruch gekürzt werden kann.

Jede andere Sichtweise würde dazu führen, dass doch in die Trägerautonomie eingegriffen werden würde, über den Umweg der Bereitstellung von Sachmitteln (z.B. einem Gebäude). Es verbleibt natürlich der Gemeinde auch die Möglichkeit, die Kita selbst als gemeindlicher Träger zu betreiben, denn – wenn das Gebäude schon da ist und es schneller gehen kann – greift - wie beschrieben – das Subsidiaritätsprinzip des § 4 Abs. 2 SGB VIII nicht unbedingt.

Im Land Brandenburg hat man jedenfalls mit dem neuen § 144 Abs. 2 BbgKJG nun eine gesetzliche Festlegung getroffen, die künftig zu beachten sein wird:

„§ 144

Erbringung von Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe

(1)

(2) Die Träger der freien Jugendhilfe erbringen Leistungen gemäß § 2 Absatz 2 des Achten Buches Sozialgesetzbuch in Verbindung mit § 3 Absatz 2 des Achten Buches Sozialgesetzbuch entsprechend ihrer karitativen

⁶¹ Nach § 74a SGB VIII ist die Finanzierung von Tageseinrichtungen durch Landesrecht zu regeln.

Ausrichtung eigenständig und unabhängig. Die örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe sollen sie gemäß § 4 Absatz 3 des Achten Buches Sozialgesetzbuch in Verbindung mit § 74 des Achten Buches Sozialgesetzbuch fördern, wofür auch Vereinbarungen nach § 77 und den § 78a bis § 78 g des Achten Buches Sozialgesetzbuch abgeschlossen werden können. Die Sätze 1 und 2 gelten auch für Leistungen, die mittels gesetzlicher Zuschüsse zu unterstützen sind.“

Mangels Gesetzgebungskompetenz konnte „natürlich“ der Landesgesetzgeber weder das Europarecht und das GWB noch das SGB VIII abändern noch einschränken. Mit Satz 1 in § 144 Absatz 2 BbgKJG, der insoweit auch für die Suche von freien Trägern für Kindertagesstätten gilt, wird nur klargestellt, dass die Träger der freien Jugendhilfe nicht als Auftragnehmer der öffentlichen Träger der Jugendhilfe tätig werden.