

Anlage 2

Stellungnahme des LVR vom 27. März 2014 als Reaktion auf eine Aufforderung der Monopolkommission an Herrn Professor Rolle

Wettbewerbssituation der Wohlfahrtspflege in Deutschland allgemein

- **Wie haben sich die gesetzlichen und institutionellen Rahmenbedingungen in der Wohlfahrtspflege seit den 1990er Jahren entwickelt und gegebenenfalls verändert?**

Antwort:

Das im Rahmen der deutschen Wiedervereinigung eingeführte neue SGB VIII, Kinder- und Jugendhilfe, ist bis heute mehrfach verändert und damit den alltäglichen Bedingungen und Voraussetzungen der Praxis der Kinder- und Jugendhilfe angepasst worden. Beispiele für diese Veränderungen sind u. a. das Tagesbetreuungs- ausbaugesetz (TAG von 2005), die Änderung durch das Gesetz zur Weiterentwicklung der Kinder- und Jugendhilfe (KICK, 2005) und das neue Bundeskinderschutzgesetz von 2012.

Bezüglich der Finanzierungsarten der Kinder- und Jugendhilfe besteht die herausragende Neuerung darin, dass neben einer klassischen Subventionsfinanzierung nach § 74 SGB VIII bzw. § 77 SGB VIII seit dem 1. Januar 1999 die Entgeltfinanzierung nach §§ 78a ff. SGB VIII für den Bereich der voll- und teilstationären Kinder- und Jugendhilfe gilt.

Seit dem 1. Januar 2005 regelt gemäß § 74a SGB VIII das jeweilige Landesrecht die Finanzierung von Kindertagesbetreuungseinrichtungen. Insoweit sind in den Ländern durchaus unterschiedliche Finanzierungssysteme entstanden.

Auf der Grundlage der §§ 78a ff. SGB VIII ist es in Deutschland zu einer kaum zu überschauenden Vielzahl von Leistungs-, Entgelt- und Qualitätsentwicklungsvereinbarungen gekommen. Das neue Vereinbarungsrecht ist in der Praxis der Kinder- und Jugendhilfe weitgehend akzeptiert. Nach den Ergebnissen der Jugendamtsbefragung des Deutschen Jugendinstituts 2004 sahen 88 % der Jugendämter darin ein Instrument, die Fachlichkeit der Kinder- und Jugendhilfe zu sichern.

- **Wie beurteilen Sie die Wettbewerbssituation einzelner Bereiche der Wohlfahrtspflege? Wo sehen Sie konkrete Wettbewerbsbeschränkungen?**

Antwort:

Als überörtlicher Träger der Kinder- und Jugendhilfe im Rheinland ist mir eine Beurteilung der Wettbewerbssituation der einzelnen Tätigkeitsbereiche der Wohlfahrtspflege nicht möglich. Auf eventuelle Wettbewerbsbeschränkungen

innerhalb des Systems der Kinder- und Jugendhilfe gehe ich mit der Beantwortung der nachfolgenden Fragen ein.

- **Ist eine im Grundsatz unterschiedliche Behandlung von Wohlfahrtsverbänden in freigemeinnütziger, öffentlicher und privater Trägerschaft erkennbar? Und wenn ja: Wie sieht diese konkret aus?**

Antwort:

Das SGB VIII hat darauf verzichtet, zu definieren, wer Träger der freien Jugendhilfe ist. Neben den Kirchen und Religionsgemeinschaften des öffentlichen Rechts sind Träger der freien Jugendhilfe private Organisationen (in der Regel ein e. V., zunehmend auch eine GmbH oder eine Stiftung bürgerlichen Rechts). Das können privat-gemeinnützige oder privatgewerbliche auf Gewinnerzielung ausgerichtete Träger und Einzelpersonen sein. Privat-gemeinnützige sind aber bereits ohne Anerkennung nach § 75 insoweit privilegiert, als nur sie überhaupt eine Förderung nach § 74 Abs. 1 Nr. 3 SGB VIII erhalten können.

Dies bedeutet eine deutliche Privilegierung der anerkannten Träger der freien Jugendhilfe gegenüber den Trägern der freien Jugendhilfe, die nicht anerkannt sind, weil sie nicht anerkannt werden wollen oder – wohl regelmäßig – nicht anerkannt werden können. Eine Anerkennung ist aufgrund der in Abs. 1 genannten Voraussetzungen insbesondere dann nicht möglich, wenn keine gemeinnützigen Ziele verfolgt werden.

Da im Verantwortungsbereich der rund 600 Jugendämter in der Bundesrepublik Deutschland unterschiedliche Fördersystematiken bestehen, kann der zweite Teil der Frage nach den konkreten Ausformungen nicht beantwortet werden. Nimmt man allerdings die strukturellen Bedingungen der Förderung in den Blick, so sind hier durchaus Unterschiede erkennbar.

Das Trägerspektrum der Jugendhilfe unterteilt sich in frei-gemeinnützige, öffentliche, staatliche und privatgewerbliche Träger. Entgegen der öffentlichen Wahrnehmung ist der Anteil an Einrichtungen, Plätzen und Personen im Bereich der privatgewerblichen Träger seit Jahren konstant. Zieht man hierfür einmal die Zahl der Einrichtungen heran, so sind 2010/2011 im Durchschnitt 2,2 % aller 84.160 Einrichtungen in privatgewerblicher Trägerschaft. Dieser Anteil variiert kaum zwischen Ost- und Westdeutschland, jedoch in einem deutlich stärkeren Maße zwischen den Bundesländern. So beträgt der Anteil privatgewerblicher Träger im Saarland weniger als 1 %, in Thüringen oder auch in Berlin bis hin zu mehr als 5 %, in Schleswig-Holstein oder Mecklenburg-Vorpommern mehr als 7 %.

	2006/2007	2010/2011	Veränderung in Prozentpunkten
Schleswig-Holstein	6,5	5,5	-1,0
Hamburg	4,5	7,4	2,9
Niedersachsen	2,5	2,7	0,2
Bremen	1,2	1,8	0,5

Nordrhein-Westfalen	0,9	1,8	0,9
Hessen	1,0	1,4	0,4
Rheinland-Pfalz	0,8	0,3	1,5
Baden-Württemberg	1,2	1,7	0,5
Bayern	1,2	2,2	1,0
Saarland	0,5	0,3	-0,2
Berlin	0,8	0,7	0,0
Brandenburg	2,4	3,5	1,1
Mecklenburg-Vorpommern	4,1	5,2	1,1

Die auffälligen Unterschiede bei den privatgewerblichen Trägern zwischen den Bundesländern sind auf die unterschiedlichen Förderpraxen der Länder zurückzuführen. So lässt sich etwa für den Bereich der Kindertageseinrichtungen festhalten, dass nach einer langen Zeit grundsätzlich ausgeschlossener öffentlicher Förderung von privatgewerblichen Trägern mit dem Tagesbetreuungsausbaugesetz (TAG) es den Ländern freigestellt wurde, welche Regelungen sie diesbezüglich der Förderung privatgewerblicher Träger treffen wollen. Bis heute ist in sechs Bundesländern die Förderung von sogenannten „Wirtschaftsunternehmen“ bereits zulässig und in drei Ländern ist dies in Ausnahmefällen möglich. Einige Bundesländer, wie z. B. Berlin, lehnen dies grundsätzlich ab. Auch Nordrhein-Westfalen hat eine Förderung durch das Land ausgeschlossen, es jedoch seinen Kommunen freigestellt, zu fördern.

- **Welche Leistungen werden ausgeschrieben und wie wird über die Auftragsvergabe entschieden?**

Antwort:

Wie ich weiter unten ausführen werde, scheidet aufgrund des jugendhilferechtlichen Dreiecksverhältnisses ein an Marktkriterien orientiertes Ausschreibungsverfahren für die Vergabe von Leistungserbringungen innerhalb der Jugendhilfe aus. Dies gilt zumindest unbestritten für die rechtsanspruchsgesicherten Leistungen des SGB VIII. Darüber hinaus hat sich u. a. auch der Deutsche Städtetag gegen eine allgemeine Ausschreibungspflicht gewandt (Rundschreiben v. 27.11.2001).

Bei der Vergabe für all jene Leistungen, die keinem individuellen Rechtsanspruch unterliegen, z. B. der Jugendförderung §§ 11 – 14 SGB VIII, existieren für die Vergabe keine allgemein gültigen Vorgaben. Vielmehr variiert die Praxis der fast 600 Jugendämter stark.

In der Regel steht zu Beginn der „Vergabe“ der Prozess des Jugendhilfeplanverfahrens, § 80 SGB VIII. Durch die Verpflichtung des öffentlichen Trägers zur Jugendhilfeplanung kommt die öffentliche Jugendhilfe ihren Gewährleistungsverpflichtungen gemäß § 79 Abs. 2 SGB VIII nach. Einem an Marktkriterien ausgerichteten Vergabeverfahren steht § 80 Abs. 2 SGB VIII entgegen. Dort wird das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten (§ 5 SGB VIII) als Leitnorm der Planung anerkannt. Sobald die inhaltlichen Anforderungen an die Maßnahme im Jugendhilfeausschuss bestimmt wurden, informiert in der Regel der öffentliche Träger die in seinem Wirkungskreis ansässigen freien Träger über die anstehende Vergabe

einer Leistung. Den Trägern steht es nun frei, sich mit ihren konzeptionellen und finanziellen Vorgaben zu bewerben. Unter notwendiger Berücksichtigung des Wunsch- und Wahlrechts, der Würdigung der konzeptionellen Einlassungen und der finanziellen Erfordernisse wird schlussendlich die Maßnahme vergeben. In das Vergabeverfahren ist auch der Jugendhilfeausschuss mit einzubeziehen, da ihm mit § 71 Abs. 2 Nr. 3 SGB VIII auch die konkrete Vergabe der Trägerschaft von geförderten Einrichtungen obliegt.

Organisation der Kinder- und Jugendhilfe in Deutschland

- **Welche Marktanteile haben die öffentlichen, freigemeinnützigen und privaten Träger der Kinder- und Jugendhilfe und wie haben sich diese Marktanteile in den letzten Jahren verändert?**

Antwort:

Die Kinder- und Jugendhilfe in Deutschland ist gekennzeichnet durch ein breites Spektrum freier Träger, privatgewerblicher Träger und des öffentlichen Trägers (Jugendamt).

Die nachfolgende Tabelle, bezogen auf die Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe, weist die absoluten und prozentualen Anteile aus:

	Insgesamt				Prozentanteile je Kategorie			
	1990/91	2002	2006/07	2010/11	1990/91	2002	2006/07	2010/11
Einrichtungen								
Insgesamt	74.963	79.313	79.837	84.160	100,0	100,0	100,0	100,0
Öffentliche Träger	35.748	27.616	25.263	24.874	41,7	34,8	31,6	29,6
Freie Träger	38.359	50.628	53.358	57.442	51,2	63,8	66,8	68,2
Privatgew. Träger	856	1.069	1.216	1.844	1,1	1,3	1,5	2,2

Die Tabelle weist auch einige bemerkenswerte Verschiebungen aus. So ist für die öffentlichen Träger bis Mitte der 2000er Jahre absolut, aber bis zuletzt vor allem auch anteilig, ein Rückgang zu konstatieren, während die quantitative Bedeutung der freien Träger einschließlich der privatgewerblichen gestiegen ist.

- **Welche Wettbewerbshemmnisse sehen Sie im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe?**

Antwort:

Während die Verwaltungsorganisation der Träger der öffentlichen Jugendhilfe in den §§ 79 – 81 geregelt ist, verzichtet das SGB VIII auf eine Definition der Träger der freien Jugendhilfe. So erlaubt SGB VIII auf Einzelpersonen und privatgewerblich Handelnden jedweder Rechtsform die Leistungserbringung. Wollen diese als Träger

der freien Jugendhilfe gefördert und/oder anerkannt werden, müssen sie allerdings die Voraussetzungen der §§ 74, 75 erfüllen. Somit ergeben sich für die Träger, die das Kriterium der Gemeinnützigkeit nicht erfüllen, weitere Fragen der rechtlichen Zulässigkeit, da durch die Gemeinnützigkeit bestimmte Trägergruppen privilegiert werden. Von daher wird das Konzept der Gemeinnützigkeit auch immer wieder in Frage gestellt.

Auch wird in verschiedenen Bundesländern die Finanzierung nach der Wirtschaftskraft einzelner Träger differenziert. So bekommen in NRW im Rahmen der Förderung der Kindertagesstätten finanzschwache Träger einen höheren Landeszuschuss.

Generell stellt sich für den Bereich der Kinder- und Jugendhilfe allerdings die Frage, inwieweit der Wettbewerb zwischen verschiedenen Marktteilnehmern das geeignete Strukturprinzip zur Erbringung sozialer Dienstleistungen ist, da dem Prinzip der Konkurrenz mehrere Strukturmerkmale der Jugendhilfe entgegenstehen. So ist die Tätigkeit der freien Träger eine wesentlich andere als die eines „Unternehmens“. Die Tätigkeit des freien Trägers wurzelt im Solidaritätsprinzip und – als dessen Ergänzung – im Subsidiaritätsprinzip. Diese Prinzipien bezwecken, die Hilfeleistung den gesellschaftlichen Kräften zu überlassen und nur nachrangig vom Staat zu erbringen.

Außerdem bezweckt eine plurale Trägerstruktur dem Leistungsberechtigten ein Wunsch- und Wahlrecht (§ 5 SGB VIII). Das Wunsch- und Wahlrecht kann die Konkurrenz der verschiedenen Träger begrenzen und erweitern, die in § 3 Abs. 1 SGB VIII als solche mit unterschiedlicher Wertorientierung gekennzeichnet werden.

Auch der EuGH hat im Sodemare-Urteil vom 17.06.1997 zum Ausdruck gebracht, dass das System der Sozialhilfe im Grundsatz auf der Solidarität beruht und seine Ziele nur erreichen könne, wenn zu diesem System als Erbringer von Dienstleistungen nur solche privaten Wirtschaftsteilnehmer zugelassen werden, die keinen Erwerbszweck verfolgen.

Ein weiteres Strukturprinzip wird durch den § 4 SGB VIII konstituiert. Hier wird das Prinzip der partnerschaftlichen Zusammenarbeit zwischen öffentlicher und freier Jugendhilfe festgelegt. Das Gebot einer partnerschaftlichen Zusammenarbeit steht einer nur an Marktinteressen orientierten Wettbewerbssituation konträr gegenüber. Zwar spielen wirtschaftliche Belange hiermit hinein, strukturbildend ist aber die Gemeinsamkeit der freien und öffentlichen Träger, die sich z. B. auch in der Zusammensetzung des Jugendhilfeausschusses widerspiegelt.

- **Gibt es Unterschiede bei der finanziellen und/oder nicht finanziellen Förderung von Einrichtungen in unterschiedlicher Trägerschaft?**

Antwort:

Die Beantwortung der Frage einer unterschiedlichen finanziellen Förderung von Einrichtungen in unterschiedlicher Trägerschaft bedarf einer genaueren Betrachtung, da sie sich nicht allgemein beantworten lässt. Sie kann verneint werden für die Maßnahmen und Projekte der Hilfen zur Erziehung, §§ 27 SGB VIII ff. Hier regelt der § 77 SGB VIII die Vereinbarungen über die Höhe der Kosten.

Klassische Vereinbarungen im Sinne des § 77 SGB VIII sind die Entgelte (meist Tagessätze) von nicht unter § 78a Abs. 1 fallende Einrichtungen. Bei den sogenannten ambulanten Diensten sind dies die Fachleistungsstunden.

Diese Vereinbarung bezieht sich sowohl auf die anerkannten Träger der freien Jugendhilfe als auch auf die privatgewerblichen Träger.

Der Hintergrund der Fragestellung, ob es bei der **nicht** finanziellen Förderung von Einrichtungen in unterschiedlicher Trägerschaft Differenzen gibt, erschließt sich für das Landesjugendamt Rheinland nicht. Der Begriff der Förderung ist in der Jugendhilfe i.d.R. mit der Zuweisung von Mitteln zur Durchführung von Einrichtungen und/oder Maßnahmen verbunden. Im weiteren Sinne verbindet man damit auch die Unterstützung eines Trägers durch (Fach)Beratung und Fortbildung. Aufgrund dieser fachspezifisch eng umrissenen Bedeutung des Begriffs Förderung ist eine Beantwortung dieser Frage nicht möglich.

- **Wie sind die Jugendhilfeausschüsse organisiert und wie setzen sie sich zusammen?**

Antwort: Die bundesrechtlichen Vorgaben zum Jugendhilfeausschuss bzw. Landesjugendhilfeausschuss werden durch den § 71 SGB VIII verantwortet.

Dem Jugendhilfeausschuss gehören als stimmberechtigte Mitglieder mit 3/5 des Anteils der stimmberechtigten Mitglieder der Vertretungskörperschaft des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe oder von ihr gewählte Frauen und Männer, die in der Jugendhilfe erfahren sind und mit 2/5 des Anteils der Stimmen Frauen und Männer, die auf Vorschlag der im Bereich des öffentlichen Trägers wirkenden und anerkannten Träger der Jugendhilfe von der Vertretungskörperschaft gewählt werden, an.

Das Vorschlagsrecht setzt die förmliche Anerkennung gemäß § 75 SGB VIII voraus.

Grundsätzlich kann und hat sich der Jugendhilfeausschuss mit allen Angelegenheiten der Jugendhilfe zu befassen. Dies erklärt sich aus § 71 Abs. 2 SGB VIII.

In § 70 SGB VIII (strukturierte Organisation des Jugendamtes und des Landesjugendamtes) weist das Jugendamt als zweitgliedrige Behörde aus. Somit werden die Aufgaben des Jugendamtes durch den Jugendhilfeausschuss und durch die Verwaltung des Jugendamtes wahrgenommen.

Im Verhältnis zwischen Jugendhilfeausschuss und Jugendamt bleibt der Jugendhilfeausschuss das übergeordnete Gremium, denn die Geschäfte der laufenden Verwaltung werden u. a. im Rahmen der Beschlüsse des Jugendhilfeausschusses geführt. Dementsprechend obliegen der Verwaltung des Jugendamtes die Geschäfte der laufenden Verwaltung.

Deswegen ist auch für die Verwaltung des Jugendamtes die Abgrenzung zwischen grundsätzlichen Angelegenheiten (bei den der Jugendhilfeausschuss immer rechtzeitig einzuschalten ist) und Geschäften der laufenden Verwaltung (bei denen die Verwaltung des Jugendamtes durch den Jugendhilfeausschuss nur gebunden ist, wenn er entsprechende Beschlüsse gefasst hat) wichtig. Diese rechtliche Abgrenzungsproblematik ist allerdings für das tatsächliche bürgerbezogene Handeln des Jugendamtes nur von geringer Bedeutung.

Transparenz

- **Welche Finanzierungsquellen gibt es in der Wohlfahrtspflege und wie ist das Verhältnis der Finanzierungsquellen zueinander?**

Antwort:

Als Landesjugendamt Rheinland kann ich keine Aussagen zu dem Verhältnis der Finanzierungsquellen in der Wohlfahrtspflege treffen. Dementsprechende betriebsinterne Informationen liegen mir nicht vor. Grundsätzlich gilt, dass die Wohlfahrtspflege für die Aufgabenerledigung von Maßnahmen, Projekten und Einrichtungen in der Jugendhilfe Mittel vom Bund, dem Land und den Kommunen erhält. Für das Jahr 2009 ergibt sich folgende Verteilung der reinen Ausgaben für die Kinder- und Jugendhilfe nach öffentlichen Gebietskörperschaften:

Bundesausgaben	2,7 %
Länderausgaben (einschl. Stadtstaaten)	26,9 %
Gemeindeausgaben	70,4 %

Weitere Finanzierungsquellen dürften Stiftungs- und Eigenmittel sowie Spenden sein.

- **Welche Vorgaben gibt es zur Sicherstellung der Transparenz im Bereich der Wohlfahrtspflege?**

Antwort:

Bei der Wohlfahrtspflege handelt es sich um anerkannte Träger der Jugendhilfe. Dies setzt nach § 75 Nr. 2 SGB VIII die Verfolgung gemeinnütziger Ziele voraus. In der Regel wird einem freien Träger, der von der zuständigen Steuerbehörde als gemeinnützig anerkannt wird, die Anerkennung nach Nr. 2 zugestanden.

Kirchen und Religionsgemeinschaften des öffentlichen Rechts sowie die sechs auf Bundesebene zusammengeschlossenen Wohlfahrtsverbände sind per se anerkannte Träger. Somit ist ihre Gemeinnützigkeit gegeben.

Darüber hinaus liegen dem LVR-Landesjugendamt keine Erkenntnisse über die verfügbaren Mittel der Wohlfahrtspflege vor.

- **Wie wird die Mittelverwendung kontrolliert? Welche Aufsichtsgremien/Kontrollen gibt es im Bereich der Wohlfahrtspflege?**

Antwort:

Die Mittel, die der öffentliche Träger der freien Wohlfahrtspflege für die Erledigung bestimmter Leistungen zugunsten junger Menschen und Familien gewährt, werden durch Verwendungsnachweise belegt. Mittels des eingereichten Verwendungsnachweises überprüft der öffentliche Träger die sach- und fachgerechte Verwendung der Mittel.

Als überörtlicher Träger der Jugendhilfe stehen mir Informationen, welche internen Aufsichtsgremien/Kontrollen im Bereich der Wohlfahrtspflege gibt, nicht zur Verfügung.

Europäisches Wettbewerbsrecht

- **In welchen Bereichen der Wohlfahrtspflege bzw. sozialen Dienstleistungen findet bislang das Europäische Wettbewerbsrecht Anwendung? Sind hier zukünftig Änderungen angedacht?**

Antwort:

Für das Landesjugendamt Rheinland als überörtlicher Träger der Jugendhilfe sehe ich mich nicht in der Lage, Aussagen über die verschiedenen Bereiche der Wohlfahrtspflege bzw. sozialen Dienstleistungen zu treffen, in denen das Europäische Wettbewerbsrecht Anwendung findet. Auch ist es mir nicht möglich, die Vergabep Praxis der rund 600 Jugendämter in Deutschland zu bewerten.

Rein rechtlich scheiden aber bestimmte rechtsanspruchgesicherte Leistungen der Jugendhilfe für eine Ausschreibungspraxis aus.

Vor der Frage, ob die Leistungserbringung ausschreibungspflichtig ist und das allgemeine Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht ggf. als Vergaberecht Anwendung findet, ist zu prüfen, ob die Form der in dem Vertrag vorgesehenen Finanzierung zulässig ist.

So ist die Besonderheit bei rechtsanspruchgesicherten Leistungen, wie z. B. den Leistungen nach §§ 27 ff. SGB VIII, dass sie grundsätzlich im jugendhilferechtlichen Dreiecksverhältnis abzuwickeln sind. In diesen Fällen kommt im Grundsatz als Finanzierungsart nur die Entgeltfinanzierung (nach § 77 bzw. §§ 78a ff. SGB VIII) in Betracht.

Der Auftraggeber rechtsanspruchgesicherter Jugendhilfeleistungen sind die Leistungsberechtigten selbst und nicht der Träger der öffentlichen Jugendhilfe. Folglich findet das allgemeine Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht und damit auch das Vergaberecht keine Anwendung. Denn Voraussetzung für die Anwendbarkeit für das allgemeine Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht und damit auch für das Vergaberecht ist, dass ein

öffentlicher Auftraggeber einen öffentlichen Auftrag vergibt. Hier fehlt es bereits am öffentlichen Auftraggeber.

Für nicht rechtsanspruchsgesicherte Leistungserbringungen ist eine (Ausschreibung) durchaus möglich. Diese könnte z. B. durch ein Interessensbekundungsverfahren erfolgen.

Es gilt allerdings hier: Die Frage der Anwendbarkeit des Vergaberechts im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe sowie auch die Ausgestaltung von damit verbundenen Ausschreibungen sind in Literatur und Rechtsprechung umstritten und nicht geklärt. Unabhängig davon sind die formellen Anforderungen an eine Ausschreibung hoch. Die Anwendbarkeit des Vergaberechts auf Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe wird z. B. unter dem Gesichtspunkt abgelehnt, dass Dienstleistungen im Rahmen des Vergaberechts die Erfüllung von staatlichen Aufgaben mittelbar dienen sollen. Insofern sei der haushaltsrechtliche Leistungsbegriff (§ 55 BHO bzw. § 55 LHO) von den jugendhilferechtlichen Leistungsbegriff zu unterscheiden.¹

Im Jahr 2007 hat sich auch die Bundesregierung im Hinblick auf das Wunsch- und Wahlrecht (§ 5 SGB VIII) der leistungsberechtigten Kinder und Jugendlichen ausdrücklich gegen die Anwendbarkeit des Vergaberechts im Kinder- und Jugendhilferecht ausgesprochen.²

Da also insgesamt eine Rechtsunsicherheit hinsichtlich durchzuführender Vergaben besteht, ist zu empfehlen, die Finanzierung und damit auch die Auswahl der Leistungserbringer über den Weg einer Sozialsubvention zu gestalten.

§ 74 Abs. 3 SGB VIII macht die Art und Höhe der Förderung eines Trägers der freien Jugendhilfe von einer Ermessensentscheidung des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe abhängig. Aus der Feststellung, dass die Fördervoraussetzungen des § 74 Abs. 1 SGB VIII erfüllt sind, kann zwar ein Rechtsanspruch auf Förderung dem Grunde nach, nicht aber ein Rechtsanspruch für den einzelnen freien Träger auf Förderung einer bestimmten Höhe abgeleitet werden.

Die Annahme des Rechtsanspruchs im Grunde nach hat also keine materiellrechtliche, sondern eine verfahrensrechtliche Wirkung. Das heißt, der Rechtsanspruch im Grunde nach hat zur Folge, dass der Träger der freien Jugendhilfe einen Anspruch darauf hat, dass sich der Träger der öffentlichen Jugendhilfe mit den Förderungsanträgen der Sache zu befassen und diese sachgerecht zu bescheiden hat.

Die Träger der freien Jugendhilfe haben von daher lediglich einen Anspruch auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung. Die Ermessensentscheidung des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe muss anhand sachgerechter Kriterien erfolgen und einen sinnvollen Einsatz der verfügbaren Haushaltsmittel erkennen lassen. Dies ergibt sich schon aus § 74 Abs. 3 SGB VIII. Dementsprechend trägt der Träger der öffentlichen Jugendhilfe die Entscheidungsverantwortung.

¹ Kunkel in: Kunkel, LPK-SGB VIII, Rn. 57 zu § 74

² BT-Drucksache 16/5347, Seite 2

