

Auszug aus Hauptgutachten XX (2012/2013)

Kapitel I

Aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik

**Wettbewerb in der deutschen
Kinder- und Jugendhilfe**

Inhaltsverzeichnis

Wettbewerb in der deutschen Kinder- und Jugendhilfe.....	129
1 Einführung in die Thematik und Problemaufriss	129
2 Organisation und Entwicklung öffentlicher Ausgaben in der Kinder- und Jugendhilfe.....	131
2.1 Organisation.....	131
2.2 Entwicklung öffentlicher Ausgaben.....	133
3 Grundlagen des Wettbewerbs in der Kinder- und Jugendhilfe.....	134
3.1 Besonderheiten sozialer Dienstleistungen in der Kinder- und Jugendhilfe.....	134
3.2 Effizienzbegriff, Wettbewerb und Freiheit	136
3.2.1 Weiter Effizienzbegriff umfasst auch sozialen Mehrwert	136
3.2.2 Freiheit als Ergebnis von Wettbewerb.....	137
3.3 Grundfreiheiten, Kartell-, Beihilfe- und Vergaberecht.....	138
3.3.1 Grundfreiheiten	138
3.3.2 Kartellrecht	138
3.3.3 Beihilferecht.....	139
3.3.4 Vergaberecht	141
3.4 Beispiele der Einführung von Wettbewerb in die Kinder- und Jugendhilfe.....	144
3.4.1 Wettbewerbliche Neuordnung der Kinder- und Jugendhilfe.....	144
3.4.2 Einführung betriebswirtschaftlicher Elemente: Einzelfallbezogene Leistungs-, Entgelt- und Qualitätsentwicklungsvereinbarungen	144
3.4.3 Das Gutscheinsystem in der Kinderbetreuung.....	147
4 Wettbewerbsdefizite und Gemeinnützigkeit.....	149
4.1 Steuerliche Privilegien gemeinnütziger Träger.....	150
4.2 Ungleiche Förderpraxis bei Kindertageseinrichtungen in unterschiedlicher Trägerschaft....	151
4.3 Institutionelles Wettbewerbshemmnis: Der Jugendhilfeausschuss	154
5 Zusammenfassung der Handlungsempfehlungen.....	156
5.1 Grundfreiheiten und Kartellrecht.....	156
5.2 Beihilferecht.....	156
5.3 Vergaberecht.....	157
5.4 Entgeltreform	157
5.5 Steuerliche Privilegien gemeinnütziger Träger.....	158
5.6 Ungleiche Förderpraxis von Kindertageseinrichtungen in unterschiedlicher Trägerschaft...	158
5.7 Institutionelles Wettbewerbshindernis: Der Jugendhilfeausschuss.....	158

Wettbewerb in der deutschen Kinder- und Jugendhilfe

1 Einführung in die Thematik und Problemaufriss

266. Unter dem Begriff der Wohlfahrtspflege werden vor allem die Krankenhilfe, die Kinder-, Jugend- und Sozialhilfe, die Familienhilfe, die Alten- und Behindertenhilfe, die Katastrophenhilfe sowie Aufgabenfelder in der Aus-, Fort- und Weiterbildung zusammengefasst. Die Wohlfahrtspflege hat erhebliche volkswirtschaftliche Bedeutung. So wurden etwa allein in dem Bereich der Kinder- und Jugendhilfe 2012 EUR 32,2 Mrd. seitens der öffentlichen Hand aufgewendet.²⁸³ Der Markt für soziale Dienste ist ein Wachstumsmarkt.²⁸⁴ Waren 1960 noch etwa 96.000 Menschen hauptberuflich in der Freien Wohlfahrtspflege beschäftigt, sind es 2008 etwa 1,5 Mio. Menschen.²⁸⁵

267. Die Wohlfahrtspflege ist in Deutschland in einer Vielzahl von Bundes- und Landesgesetzen, insbesondere dem Sozialgesetzbuch und den entsprechenden Ausführungsgesetzen geregelt. Die institutionelle Struktur der Wohlfahrtspflege ist mehrfach unterteilt. So wird auf einer ersten Ebene zwischen öffentlicher und freier Wohlfahrtspflege unterschieden, vgl. § 3 Abs. 2 Achten Buch Sozialgesetzbuch (SGB VIII).²⁸⁶ Die öffentliche Wohlfahrtspflege umfasst sämtliche Träger der öffentlichen Hand einschließlich abhängiger Organisationen.

Während der Begriff „freier Träger“ in der Diskussion mitunter lediglich für die anerkannten Träger gebraucht wird,²⁸⁷ stellt SGB VIII unmissverständlich klar, dass als „freie“ Träger alle nicht-öffentlichen Träger gelten. Die freien Träger werden gemäß SGB VIII unterteilt in anerkannte und nicht anerkannte Träger der freien Jugendhilfe. Die Anerkennung als freier Träger der freien Jugendhilfe nach § 75 SGB VIII setzt in der Praxis - neben den Voraussetzungen der Tätigkeit auf dem Gebiet der Jugendhilfe, fachlicher und personeller Voraussetzungen sowie der Gewähr für eine den Zielen des Grundgesetzes förderliche Arbeit – i. d. R. das Kriterium der Gemeinnützigkeit voraus, § 75 Abs. 1 SGB VIII. Ist ein freier Träger auf dem Gebiet der Jugendhilfe mindestens drei Jahre tätig gewesen, so hat er bei Erfüllung der Voraussetzungen einen Anspruch auf Anerkennung als Träger der freien Jugendhilfe, § 75 Abs. 2 SGB VIII. Die Kirchen und Religionsgemeinschaften des öffentlichen Rechts sowie die auf Bundesebene zusammengeschlossenen Verbände der freien Wohlfahrtspflege sind bereits gesetzlich anerkannte Träger der freien Jugendhilfe, § 75 Abs. 3 SGB VIII.

Die sechs Spitzenverbände werden als Freie Träger der Wohlfahrtspflege bezeichnet und nehmen auf Grundlage ihrer historisch gewachsenen Bedeutung eine herausgehobene Stellung ein. Mit der Begrifflichkeit „Freie Träger“ werden typischerweise die sechs Spitzenverbände der Freien Wohlfahrtspflege bezeichnet (die Arbeiterwohlfahrt, der Paritätische Gesamtverband, das Deutsche Rote Kreuz, die Diakonie Deutschland, der Deutsche Caritasverband sowie die Zentralwohlfahrtsstelle der Juden in Deutschland), alle ihre Einrichtungen und Dienste, ihre verbandlichen Gliederungen sowie die ihnen angeschlossenen Mitgliedsorganisationen. Die Spitzenverbände entstanden im 19. und 20. Jahrhundert in einer Zeit, die ins-

²⁸³ Vgl. Deutsches Statistisches Bundesamt, Statistiken der Kinder- und Jugendhilfe, Ausgaben und Einnahmen 2012, Wiesbaden 2014, S. 7. Darin enthalten sind bereits Einnahmen in Höhe von etwa EUR 2,4 Mrd., unter anderem aus Gebühren und Teilnahmebeiträgen.

²⁸⁴ Gründe hierfür sind der Anstieg der Lebenserwartung und einem daraus resultierenden Pflegebedarf bei älteren Menschen sowie der Anstieg der Zahl der Kinder und Jugendlichen, deren Eltern die Unterstützung bei der Erziehung und Betreuung in Anspruch nehmen. Darüber haben neue gesetzliche Anspruchsgrundlagen im Bereich der Pflege und der Kinderbetreuung einen Anstieg der Nachfrage bewirkt.

²⁸⁵ Vgl. Boeßenecker, K.-H., An Morgen denken - Zukunft sichern! Die Wohlfahrtspflege im Transformationsprozess zur Sozialwirtschaft. Empirie, Trends, Herausforderungen, in: Brinkmann, V. (Hrsg.), Sozialwirtschaft und Soziale Arbeit im Wohlfahrtsverband, Tradition, Professionalisierung und Ökonomisierung, Münster 2014, S. 32 ff. Dabei beziehen sich die Zahlen aus dem Jahr 1960 nur auf das Gebiet der Bundesrepublik.

²⁸⁶ Achten Buch Sozialgesetzbuch, - Kinder- und Jugendhilfegesetz - in der Fassung der Bekanntmachung vom 14. Dezember 2006, BGBl. I S. 3134, zuletzt geändert durch Gesetz vom 29. August 2013, BGBl. I S. 3464.

²⁸⁷ Vgl. hierzu bspw. Cremer, G./Goldschmidt, N./Höfer, S., Soziale Dienstleistungen, Tübingen 2013, S. 88 f.

besondere durch die negativen sozialen Folgen der Industrialisierung geprägt war.²⁸⁸ Neben diesen bereits seit Langem etablierten Akteuren der sogenannten Freien Wohlfahrtspflege nimmt die Bedeutung der übrigen freien Träger insbesondere seit den letzten beiden Jahrzehnten kontinuierlich zu.²⁸⁹

268. Die Monopolkommission hat sich zuletzt in ihrem 12. Hauptgutachten 1996/1997 („Marktöffnung umfassend verwirklichen“) mit der Stellung der Freien Wohlfahrtspflege im sozialen Versicherungssystem beschäftigt und im Zuge dessen neokorporatistische Strukturen kritisiert, die sich als „bilaterales Kartell“ darstellten.²⁹⁰ Für eine Öffnung dieser damals vielfach weitgehend geschlossenen Strukturen der Wohlfahrtspflege forderte die Monopolkommission im Wesentlichen die konsequente Anwendung des GWB als Reformhebel, des Weiteren eine Nichtdiskriminierung anderer Leistungserbringer und einen ungehinderten Marktzugang, eine Reform des Gemeinnützigkeitsprivilegs auf der Grundlage der Nichtdiskriminierung bei einer reinen Orientierung am Förderungszweck sowie eine Subjektförderung anstelle der bislang überwiegend praktizierten Objektförderung.²⁹¹

269. Thema dieses Einleitungskapitels ist der Bereich der Kinder- und Jugendhilfe, in dem die Monopolkommission – trotz erheblicher wettbewerblicher Fortschritte seit dem Erscheinen des 12. Hauptgutachtens 1998 wie dem inzwischen aufgehobenen Vorrang der Aufgabenerfüllung durch Freie Wohlfahrtsverbände – ungerechtfertigte Wettbewerbshindernisse identifiziert hat. Privilegien weniger großer etablierter Anbieter wie der Liga der Spitzenverbände zulasten Dritter be- oder gar verhindern den Wettbewerb. Daraus können negative Folgen wie Überbürokratisierung, geringe Innovationen oder mangelndes Kostenbewusstsein in der Kinder- und Jugendhilfe entstehen.

270. Wettbewerb ist bei der Kinder- und Jugendhilfe mit dem Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten nach § 5 SGB VIII bereits angelegt und findet seine Fortführung in § 3 Abs. 1 SGB VIII, wonach die Jugendhilfe durch die Vielfalt von Trägern unterschiedlicher Wertorientierungen und die Vielfalt von Inhalten, Methoden und Arbeitsformen gekennzeichnet sind. Das Leistungssystem der Kinder- und Jugendhilfe ist zu einem Großteil steuerfinanziert und dennoch von Intransparenz geprägt. Indes lässt es die große Relevanz der Kinder- und Jugendhilfe in finanzieller und gesellschaftlicher Hinsicht, neben anderen wichtigen Gründen wie gestiegener Ausgaben²⁹² bei gleichzeitig angespannter Haushaltssituation der öffentlichen Hand, umso wichtiger erscheinen, dass in diesem Bereich ein Mehr an wettbewerblichen Strukturen hergestellt und so für eine effiziente und transparente Leistungserbringung gesorgt wird. So ist auch mit Blick auf das aktuelle politische Ziel eines Ausbaus der Kinderbetreuungsangebote - bei einem gleichzeitigen Wunsch- und Wahlrecht für Leistungsberechtigte (§ 5 SGB VIII) - ein transparenter, wettbewerblicher Markt mit geringen Markteintrittshürden unabdingbar.

Im Ergebnis sollte die öffentliche Hand die vorrangig privat zu erbringenden Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe vor allem kosteneffizient und qualitativ hochwertig gewährleisten. Es sollten transparente, an den Präferenzen der Leistungsberechtigten orientierte Strukturen geschaffen werden. Anbieter im Arbeitsbereich der Kinder- und Jugendhilfe dürfen nicht diskriminiert werden (Freiheit auf Anbieterseite), und den Leistungsberechtigten als primären Nachfragern muss ein möglichst vielfältiges, bedarfsgerechtes Angebot zur Verfügung stehen (Freiheit auf Nachfragerseite).

²⁸⁸ Vgl. für einen historischen Abriss Cremer, G./Goldschmidt, N./Höfer, S., Soziale Dienstleistungen, a. a. O., S. 21 ff.

²⁸⁹ So liegt etwa der Anteil der nicht unter dem Dach der sechs Spitzenverbände organisierten gemeinnützigen Trägern bei Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe bei 16,9 bzw. 22,8 Prozent (West- bzw. Ostdeutschland), vgl. BReg, 14. Kinder- und Jugendbericht, Bericht über die Lebenssituation junger Menschen und die Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe, Stellungnahme der Bundesregierung zum Bericht der Sachverständigenkommission und Bericht der Sachverständigenkommission, BT-Drs. 17/12200, 2013, S. 289, Tabelle 9-9.

²⁹⁰ Vgl. Monopolkommission, XII. Hauptgutachten, Marktöffnung umfassend verwirklichen, Baden-Baden 1998, Tz. 641 ff.

²⁹¹ Vgl. Monopolkommission, XII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 691 ff.

²⁹² Vgl. zu den Ausgaben und deren Entwicklung Abschnitt 2.2 in diesem Kapitel.

2 Organisation und Entwicklung öffentlicher Ausgaben in der Kinder- und Jugendhilfe

2.1 Organisation

271. Die Kinder- und Jugendhilfe²⁹³ umfasst neben umfangreichen Beratungsleistungen unter anderem die Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und in der Kindertagespflege, Aufgaben des Kinder- und Jugendschutzes (z. B. durch die Inobhutnahme von Kindern in Jugendlichen im Falle gewalttätiger Eltern), Leistungen der Jugendhilfe (z. B. durch Förderung von Jugendzentren) sowie die Erziehungs- und Familienhilfe, z. B. in Form betreuter Wohngruppen. „Generelle Aufgabe der Kinder- und Jugendhilfe ist die Übernahme der kinder- und jugendbezogenen Obliegenheiten, die die Systeme der Familie und des Bildungssystems nicht zu leisten vermögen.“²⁹⁴ Die Kinder- und Jugendhilfe ist zu einem zentralen gesellschaftlichen Faktor zur Förderung des Aufwachsens geworden, und ihre Angebote und Leistungen erreichen nahezu alle Kinder und Jugendlichen.²⁹⁵

272. Bundesgesetzliche Grundlage der Ausgestaltung der Kinder- und Jugendhilfe ist das SGB VIII,²⁹⁶ das in landesrechtlichen Ausführungsgesetzen konkretisiert wird.²⁹⁷ Daneben bestehen weitere Vorschriften; von besonderer Bedeutung sind insoweit etwa die Kindertagesstätten-Gesetze bzw. Kinderförderungs-Gesetze auf Landesebene. Die öffentlichen Träger der Kinder- und Jugendhilfe haben nach §§ 3 Abs. 2 Satz 2, 79 Abs. 1, 2 SGB VIII die Gewährleistungsverantwortung für die gesetzlich vorgesehenen Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe. Dabei wird zwischen örtlichen und überörtlichen öffentlichen Trägern der Kinder- und Jugendhilfe unterschieden. Die Zuweisung dieser Funktionen erfolgt durch Landesrecht; typischerweise sind die Kommunen i. w. S., also Landkreise, kreisfreie sowie teilweise kreisangehörige Städte und Gemeinden²⁹⁸ als örtliche sowie das Land als überörtlicher öffentlicher Träger zuständig.²⁹⁹ § 4 Abs. 2 SGB VIII sieht ein spezielles Subsidiaritätsprinzip vor, wonach die Träger der öffentlichen Jugendhilfe von eigenen Maßnahmen absehen sollen, soweit geeignete Einrichtungen, Dienste und Veranstaltungen von anerkannten Trägern der freien Kinder- und Jugendhilfe betrieben werden oder rechtzeitig geschaffen werden können. Hierdurch kann die Trägerpluralität gewährleistet werden, die notwendige Voraussetzung für eine effektive Ausübung des Wunsch- und Wahlrechtes der Leistungsberechtigten ist, § 5 SGB VIII.

273. Entgegen der öffentlichen Wahrnehmung hat sich inzwischen der Anteil an Einrichtungen, Plätzen und Personen im Bereich der privat-wirtschaftlichen³⁰⁰ Träger wenig verändert. Deutschlandweit bewegen sich

293 Kind ist, wer noch nicht 14 Jahre alt ist; Jugendlicher, wer 14, aber noch nicht 18 Jahre ist; junger Volljähriger, wer 18, aber noch nicht 27 Jahre alt ist; junger Mensch, wer noch nicht 27 Jahre alt ist, vgl. § 7 Abs. 1 Nr. 1-4.

294 Vgl. Grohs, S., Modernisierung kommunaler Sozialpolitik, Anpassungsstrategien im Wohlfahrtskorporatismus, Wiesbaden 2010, S. 42.

295 Vgl. BReg, 14. Kinder- und Jugendbericht, a. a. O., S. 5.

296 Das Gesetz zur Neuordnung des Kinder- und Jugendhilferechts (Kinder- und Jugendhilfegesetz – KJHG) von 1990 reformierte den Bereich der Kinder- und Jugendhilfe erheblich und enthielt als ersten Artikel das SGB VIII, vgl. Gesetz vom 26. Juni 1990, BGBl. I S. 1163.

297 Vgl. etwa für NRW das Erste Gesetz zur Ausführung des Kinder- und Jugendhilfegesetzes – AG - KJHG NRW, vom 12. Dezember 1990, GV. NW. 1990 S. 664, zuletzt geändert durch Gesetz vom 14. Februar 2012, GV. NRW, S. 97.

298 Der hier verwendete Begriff der Kommune weist auf die nach Landesrecht jeweils als örtliche Träger der Kinder- und Jugendhilfe zuständige lokale Gebietskörperschaft. Er umfasst damit je nach landesrechtlicher Ausgestaltung Landkreise, kreisfreie und kreisangehörige Städte sowie Gemeinden. Insbesondere in Stadtstaaten können Funktionen auch zusammenfallen bzw. abweichend geregelt sein.

299 Vgl. etwa §§ 1, 8 Abs. 1 des ersten Gesetz zur Ausführung des Achten Buches Sozialgesetzbuch – AG KJHG BB, in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 1997, GVBl. I/97, S.87, zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 5. Dezember 2013, GVBl. I/13. In NRW jedoch sind etwa die Landschaftsverbände überörtliche öffentliche Träger, vgl. § 8 AG – KJHG.

300 In der Gruppe der privat-wirtschaftlichen Träger werden in dem Kinder- und Jugendbericht die Einrichtungen, Plätze und tätigen Personen subsumiert, die in der Kategorie „Wirtschaftsunternehmen“ erfasst werden. Vgl. BReg, 14. Kinder- und Jugendbericht, a. a. O., Tabelle 9-5, S. 285, Fn. 283.

die Marktanteile dieser Trägergruppe, bezogen auf Einrichtungen/Plätze und Personal, zwischen etwa einem und zwei Prozent und haben sich seit Beginn der 1990er Jahre nicht wesentlich verändert (vgl. Tabelle I.1).³⁰¹ Während die Marktanteile der öffentlichen Träger der Kinder- und Jugendhilfe immer weiter abnehmen, nehmen die der freien Träger deutlich zu. Deutschlandweit bewegten sich die Anteile der öffentlichen Trägergruppe jeweils bezogen auf Einrichtungen/Plätze/Personal 1990/91 bei einem Anteil von rund 48/55/57 Prozent; 2010/11 waren es noch rund 30/34/31 Prozent. Bei den freien Trägern bewegten sich die prozentualen Anteile an Einrichtungen/Plätzen/Personal 1990/91 bei 51/44/42 Prozent; 2010/11 waren es bereits 68/65/68 Prozent. Freie Träger dominieren heute mit Abstand den Markt der Kinder- und Jugendhilfe und haben die öffentlichen Träger in ihrer einst dominanten Stellung weit überholt. Insoweit wird heute in der Kinder- und Jugendhilfe ein Großteil der von den Kommunen verantworteten sozialen Dienste von Dritten erbracht.

Tabelle I.1: Einrichtungen, Plätze und Personal in der Kinder- und Jugendhilfe nach Trägerart³⁰² in Deutschland; 1990 bis 2010/2011; Angaben absolut, Verteilung in Prozent

	Insgesamt				Prozentanteile je Kategorie			
	1990/1	2002	2006/7	2010/11	1990/1	2002	2006/7	2010/11
Einrichtungen								
Insgesamt	74.963	79.313	79.837	84160	100,0	100,0	100,0	100,0
Öffentl. Träger	35.748	27.616	25.263	24.874	47,7	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
Plätze								
Insgesamt	3.297.446	3.461.265	3.509.677	3.716.579	100,0	100,0	100,0	100,0
Öffentl. Träger	1.824.608	1.383.831	1.266.492	1.274.140	55,3	40,0	36,1	34,3
Freie Träger	1.450.922	2.053.830	2.213.869	2.395.704	44,0	59,3	63,1	64,5
Privatgew. Träger	21.916	23.604	29.316	46.735	0,7	0,7	0,8	1,3
Tätige Personen								
Insgesamt	536.969	573.628	618.647	732.916	100,0	100,0	100,0	100,0
Öffentl. Träger	306.499	218.416	205.847	224.848	57,1	38,1	33,3	30,7
Freie Träger	224.986	347.605	404.443	494.448	41,9	60,6	65,4	67,5
Privatgew. Träger	5.484	7.607	8.357	13.620	1,0	1,3	1,4	1,9

Quelle: 14. Kinder- und Jugendhilfebericht, Bericht über die Lebenssituation junger Menschen und die Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe, 2013, S. 284 f., Tabelle 9-5

274. Private Akteure sind typischerweise als eingetragene Vereine und zunehmend in Form einer GmbH oder einer Stiftung bürgerlichen Rechts organisiert. Eine förmliche Anerkennung als „freier Träger“ der Kinder- und Jugendhilfe i. S. d. Sozialgesetzbuches ist nach § 75 Abs. 1 Nr. 2 SGB VIII nur für gemein-

³⁰¹ Bezogen auf die Einrichtungen, Plätze und das Personal lagen die privat-wirtschaftlichen Träger 1990/91 bei einem Anteil von etwa 1, 0,5 und 1 Prozent; 2010/11 waren es 2, 1 und 2 Prozent. Vgl. 14. Kinder- und Jugendbericht, a. a. O., S. 284 f., Tabelle 9-5.

³⁰² Unter die freien Träger fallen gemäß des 14. Kinder- und Jugendhilfeberichts alle frei-gemeinnützigen Träger; vgl. BReg, 14. Kinder- und Jugendhilfebericht, a. a. O., S. 284 f. Die Nomenklatur in der Tabelle unterscheidet sich damit von der in SGB VIII und dieses Einleitungskapitels, wonach zwischen freier und öffentlicher Jugendhilfe unterschieden wird, vgl. § 3 Abs. 2 SGB VIII. „Freie“ Träger sind hiernach alle nicht-öffentlichen Träger. Vgl. zu der Begriffsproblematik des (autonomen) Gemeinnützigkeitsbegriffs Fn. 304 und Tz. 267.

nützige³⁰³ Träger möglich;³⁰⁴ Kirchen und Religionsgemeinschaften des öffentlichen Rechts sowie die sechs auf Bundesebene zusammengeschlossenen Wohlfahrtsverbände sind qua Gesetz anerkannte Träger, § 75 Abs. 3 SGB VIII. Bestimmte Aufgabenbereiche können ausschließlich auf anerkannte Träger der freien Kinder- und Jugendhilfe übertragen werden (§ 76 Abs. 1 SGB VIII). Hierzu zählt z. B. die Mitwirkung in Verfahren vor den Familiengerichten (§ 50 SGB VIII).

275. Die Aufgaben der öffentlichen Träger werden durch die Jugendämter wahrgenommen. Gemäß § 69 Abs. 3 SGB VIII sind die öffentlichen Träger verpflichtet, ein Jugendamt einzurichten; in Deutschland gibt es rund 600 Jugendämter. Das Jugendamt ist als „organisatorisches Herzstück“ der Kinder- und Jugendhilfe eine sozialpädagogische Fachbehörde und für alle Leistungen und Aufgaben der Kinder- und Jugendhilfe gemäß SGB VIII zuständig. So hat das Jugendamt die Aufgabe, Familien mit Kindern zu unterstützen und zu beraten; es vermittelt Plätze in Krippen, Kitas und bei Tagesmüttern; unterstützt Jugendliche und fördert sie mit Angeboten und ist für den Kinderschutz sowie die Unterbringung in Pflegefamilien und Kinderheimen zuständig. Das Jugendamt besteht aus der Verwaltung, durch die konkret die Aufgaben der öffentlichen Jugendhilfe wahrgenommen werden sowie dem Jugendhilfeausschuss (§ 70 Abs. 1 SGB VIII). Der Jugendhilfeausschuss befasst sich mit allen Angelegenheiten der Jugendhilfe; er erörtert insbesondere aktuelle Problemlagen junger Menschen und ihrer Familien, macht Vorschläge für die Weiterentwicklung der Jugendhilfe, ihm obliegt die Jugendhilfeplanung sowie die Förderung der freien Jugendhilfe (§ 71 Abs. 2 SGB VIII).³⁰⁵

276. Die Leistungsabwicklung im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe erfolgt weitgehend im Rahmen des „jugendhilferechtlichen Dreiecksverhältnisses“ zwischen Leistungsberechtigtem, Leistungsverpflichtetem und Leistungserbringer. Dieses Verhältnis zwischen den verschiedenen Ebenen der öffentlichen Hand, den übrigen Sachleistungsträgern (Sozialversicherungen) und der Freien Wohlfahrtspflege zeichnet sich nach wie vor durch ein enges Kooperations- und Austauschgeflecht aus, das im Einzelnen wettbewerblichen Bedenken begegnen kann.³⁰⁶ Die auf Dauer angelegte Kooperation der Akteure beinhaltet eine Gewährleistungsverantwortung durch die Kommune oder den Kreis, die Bedarfsplanung im Rahmen des Jugendhilfeausschusses, eine staatliche Subventionierung freigemeinnütziger Träger im Rahmen der Objektförderung, teilweise die Bereitstellung der Dienste durch eigene Einrichtungen der öffentlichen Hand sowie eine Sach- und Finanzkontrolle unter anderem durch das Jugendamt.³⁰⁷

2.2 Entwicklung öffentlicher Ausgaben

277. Die Kinder- und Jugendhilfe ist, wie der gesamte Markt sozialer Dienstleistungen, eine Wachstumsbranche.³⁰⁸ Die Gesamtausgaben der öffentlichen Kinder- und Jugendhilfe sind zwischen 2001 und 2012 –

303 Der Gemeinnützigkeitsbegriff des SGB VIII ist zwar gegenüber der steuerrechtlichen Anerkennung der Gemeinnützigkeit nach §§ 51 ff. AO autonom; vgl. etwa Hamburgisches Obergericht, 4 Bf 104/06, Urteil vom 22. April 2008. In der Praxis wird einem Träger, der von der zuständigen Steuerbehörde als gemeinnützig anerkannt wurde, die Anerkennung nach § 75 SGB VIII i. d. R. zugestanden.

304 Nach § 75 Abs. 1 SGB VIII können als Träger der freien Jugendhilfe juristische Personen und Personenvereinigungen anerkannt werden, wenn sie auf dem Gebiet der Jugendhilfe im Sinne des § 1 tätig sind, gemeinnützige Ziele verfolgen, aufgrund der fachlichen und personellen Voraussetzungen erwarten lassen, dass sie einen nicht unwesentlichen Beitrag zur Erfüllung der Aufgaben der Jugendhilfe zu leisten imstande sind, und die Gewähr für eine den Zielen des Grundgesetzes förderliche Arbeit bieten. Einen Anspruch auf Anerkennung als Träger der freien Jugendhilfe hat unter den Voraussetzungen von § 75 Abs. 1 SGB VIII, wer auf dem Gebiet der Jugendhilfe mindestens drei Jahre tätig gewesen ist (§ 75 Abs. 2 SGB VIII).

305 Vgl. zu der Besetzung des Jugendhilfeausschusses und den daraus folgenden Wettbewerbsmängeln die Kapitel 4.3 und 5.7.

306 vgl. bereits Monopolkommission, XII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 704.

307 Vgl. Meyer, D., Das personengebundene Budget in der Kinder- und Jugendhilfe - Ein Hebel zum Systemwechsel, Diskurs Kindheits- und Jugendforschung, Heft 2-2008, S. 197-207, S. 204.

308 Vgl. zu den Zahlen: Statistisches Bundesamt (Destatis), Kinder- und Jugendhilfe, 2014, <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Soziales/Sozialleistungen/KinderJugendhilfe/Tabellen/AusgabenEinnahmenEntwicklung.html>, Abruf am 7. April 2014.

bei einer rückläufigen Anzahl der unter 27-Jährigen – von über EUR 19 Mrd. auf über EUR 32 Mrd. angestiegen. Wesentliche Ursache hierfür ist der politische Wille einer umfangreichen Kinderbetreuung; so stiegen die Ausgaben für Kindertageseinrichtungen von 2001 (rund EUR 10,5 Mrd.) bis 2012 (rund EUR 19,7 Mrd.) fast auf das Doppelte.³⁰⁹ Doch auch im Bereich der Erziehungshilfen und verwandter Leistungen ist zwischen 2001 und 2012 ein Anstieg von etwa EUR 5 Mrd. auf EUR 8 Mrd. zu verzeichnen. Die Kinder- und Jugendhilfe ist zu einem Bestandteil einer sozialen Infrastruktur geworden, die ihren Auftrag nicht mehr vorrangig in individuellen Notlagen hat, sondern Ausdruck einer sozialpolitischen Grundversorgung ist, deren Leistungen prinzipiell allen zur Verfügung stehen.³¹⁰

278. Die Verteilung der Gesamtausgaben für die Kinder- und Jugendhilfe auf Bund, Länder und Kommunen ist in den letzten Jahren im Wesentlichen unverändert geblieben.³¹¹ Die Hauptlast tragen mit rund 70 Prozent der Kosten die Kommunen; etwas weniger als 30 Prozent werden von den Ländern getragen. Der Bund hat lediglich einen Finanzierungsanteil von zuletzt etwas mehr als einem Prozent, worin allerdings die Anteile des Bundes am Ausbau der Kinderbetreuung für unter Dreijährige nicht enthalten sind.³¹² Inzwischen entfallen auf die Kinder- und Jugendhilfe etwa 14 Prozent der Gesamtausgaben der kommunalen Gebietskörperschaften; vor zwanzig Jahren lag diese Quote noch bei etwa neun Prozent.³¹³

279. Aufgrund steigender Ausgaben und einer steigenden Verantwortung der öffentlichen Hand in diesem Bereich bei gleichzeitig angespannter Lage insbesondere der Haushalte der Kommunen stellt sich auch nach nicht unerheblichen Weiterentwicklungen seit 1990 die Frage, inwieweit die aktuelle Marktordnung den Anforderungen an eine effiziente, bedarfsgerechte und qualitativ hochwertige Dienstleistungserstellung genügt.

3 Grundlagen des Wettbewerbs in der Kinder- und Jugendhilfe

3.1 Besonderheiten sozialer Dienstleistungen in der Kinder- und Jugendhilfe

280. Dienstleistungen der Kinder- und Jugendhilfe sind typischerweise personen- und standortgebunden; Leistungserstellung und Konsum fallen dabei zusammen (uno-actu-Prinzip). Diese Dienstleistungen zeichnen sich i. d. R. durch deutliche Informationsasymmetrien zulasten der Dienstleistungsnachfrager aus, wodurch diese die Qualität einer sozialen Leistung entweder erst im Nachhinein (Erfahrungsgüter) oder selbst im Nachhinein nur unvollständig erfassen können (Vertrauensgüter).³¹⁴ Vertrauensgüter sind dadurch gekennzeichnet, dass der Nachfrager kaum einschätzen kann, welche Wirkung einer konkreten Dienstleistung und welche Wirkung möglicherweise anderen Faktoren zugeschrieben werden kann. So ist bei

309 In den 1990er-Jahren wurde zunächst ein Rechtsanspruch auf einen Kindergartenplatz ab dem vollendeten dritten Lebensjahr – ab 1. Januar 1996 bzw. vollständig dann zum 1. Januar 1999 – eingeführt; seit 2005 besteht auf der Basis des Tagesbetreuungsbaugesetzes eine objektiv-rechtliche Verpflichtung der örtlichen Träger der Jugendhilfe auf Förderung von Kindern unter drei Jahren für konkret benannte Bedarfsgruppen; ab dem 1. August 2013 haben Kinder ab dem vollendeten ersten Lebensjahr auf der Basis des 2008 beschlossenen Kinderförderungsgesetzes einen Rechtsanspruch auf ein Bildungs-, Betreuungs- und Erziehungsangebot in einer Kindertageseinrichtung oder in Kindertagespflege. Vgl. BReg, 14. Kinder- und Jugendbericht, a. a. O., S. 306.

310 Vgl. Böllert, K., Kinder- und Jugendhilfe am Scheideweg?, in: Ein Tagungsbericht, vpk - Blickpunkt Jugendhilfe, 19. Jg., Heft 1/2014, S. 36.

311 Es wurden die Jahre 2002 bis 2009 betrachtet. Vgl. BReg, 14. Kinder- und Jugendbericht, a. a. O., Abbildung 9-2, S. 267.

312 Etwas präziser wird das Bild, wenn man die Stadtstaaten – die Aufgaben einer Kommune und eines Bundeslandes wahrnehmen – außer Acht lässt. Dann zeigt sich, dass die Kommunen in den Flächenländern sogar etwa 80 Prozent der Leistungen finanzieren. Vgl. BReg, 14. Kinder- und Jugendbericht, a. a. O., S. 48, 268.

313 Vgl. BReg, 14. Kinder- und Jugendbericht, a. a. O., S. 48.

314 Die Theorie der Erfahrungs- und Vertrauensgüter geht zurück auf Nelson (Erfahrungsgüter) und Darby/Karni (Vertrauensgüter); vgl. Nelson, P., Information and Consumer Behaviour, *Journal of Political Economy* 78, 1970, S. 311-329; Darby, M.R./Karni, E., Free Competition and the Optimal Amount of Fraud, *Journal of Law and Economics* 16, 1973, S. 67-88.

Dienstleistungen der Kinder- und Jugendhilfe typisch, dass Familien, Kinder und Jugendliche mit in die Leistungserbringung eingebunden sind und diese demgemäß (positiv oder negativ) beeinflussen können.

281. Bei Vertrauensgütern treten Probleme der Mess- und Vergleichbarkeit auf.³¹⁵ So mag die Bewertung der Betreuungsqualität in einer Kindertagesstätte noch grundsätzlich möglich sein, denn hier zählen nachvollziehbare Kriterien wie der Kind-Betreuer-Schlüssel, das pädagogische Bildungskonzept, Sprachangebote, Öffnungszeiten oder die Lage der Kindertagesstätte zu den offensichtlichen Qualitätskriterien. Bei einer heilpädagogischen Betreuung oder bei einer Zuweisung in eine stationäre erzieherische Einrichtung der Jugendhilfe erscheint die Einschätzung der Qualität indes problematischer. So wäre im Fall eines hilfebedürftigen Jugendlichen zu gewährleisten, dass die Eltern die Bewertung der Einrichtung im Sinne ihres Kindes erfüllen, was jedoch in problematischen Familienkonstellationen nicht unbedingt gegeben ist.³¹⁶ In solchen Fällen schränken Notlagen der Betroffenen deren Konsumentensouveränität ein.

282. Informationsvorsprünge zugunsten der Anbieter von Erfahrungs- und Vertrauensgütern können (sofern Marktmechanismen wie bspw. Reputation außer Acht gelassen werden) zu einer Negativauslese auf dem Markt führen, d. h. zu einer adversen Selektion im Sinne von Akerlof.³¹⁷ So sind Nachfrager zwar an einer guten Qualität interessiert, antizipieren aber ihre Informationsdefizite und verringern daher ihre Zahlungsbereitschaft. Es kommt zu einem Rückgang guter Qualitäten bei rückläufiger Zahlungsbereitschaft und effizienzorientierte Selektionsprozesse unterbleiben.

283. Diese Besonderheiten machen marktliche und/oder regulatorische Lösungen erforderlich, wodurch Nachfragern die Überwindung von Informationsnachteilen möglichst umfassend gelingen kann. Neben regulatorischen Voraussetzungen wie bspw. fachlichen und räumlichen Voraussetzungen für den Betrieb einer Einrichtung (§ 45 SGB VIII) gehören hierzu Marktlösungen wie (freiwillige) Qualifikationsnachweise der Leistungserbringer, Reputation und Transparenz.³¹⁸

284. Bei der Bereitstellung vieler Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe spielt eine Rolle, dass sie z. B. in einer bestimmten Menge, Ausgestaltung, Qualität oder zu einem bestimmten Preis bzw. unentgeltlich für die Nachfrager politisch gewollt sind, da man mit ihnen positive Externalitäten für die Gesellschaft verbindet oder sie als „meritorische Güter“ ansieht.³¹⁹ Bei ihrer Bereitstellung kommt es nicht zu einem klassischen Marktversagen im Sinne der volkswirtschaftlichen Theorie; vielmehr sind die Ergebnisse des Marktes gesellschaftlich so nicht gewünscht. Eine Leistungserstellung der öffentlichen Hand, z. B. ein kommunaler

315 Vgl. hierzu im Kontext der Heimerziehung: Finkel, M., Zur Messbarkeit der Leistungen von Heimerziehung, S. 26-49, in Möller, M., Effektivität und Qualität sozialer Dienstleistungen, Ein Diskussionsbeitrag, Kassel 2003, <http://www.uni-kassel.de/upress/online/frei/978-3-89958-022-8.volltext.frei.pdf>, Abruf am 11. Juni 2014.

316 Vgl. Meyer, D., Das personengebundene Budget in der Kinder- und Jugendhilfe - Ein Hebel zum Systemwechsel, a. a. O., S. 199.

317 Vgl. hierzu im Ursprung Akerlof, G.A., The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism, The Quarterly Journal of Economics 84, S. 488-500. Akerlofs Artikel beschreibt einen Gebrauchtwagenmarkt. Die Gefahr, einen schlechten Gebrauchtwagen auszuwählen (engl. „lemon“ = „Zitrone“), führt bei den Käufern dazu, dass sie im Durchschnitt weniger zahlen, als sie zahlen würden, wenn es ausschließlich Gebrauchtwagen von guter Qualität gäbe. Käufer antizipieren auf diesem Markt das Risiko, einen qualitativ schlechten Wagen zu kaufen. Infolgedessen werden Anbieter mit hoher Qualität und hohem Preis verdrängt, weil niemand bei ihnen kauft, bzw. diese ihre guten Wagen nicht zu niedrigen Preisen anbieten wollen. Damit werden systematisch die Anbieter guter Gebrauchtwagen aus dem Markt gedrängt, sodass am Ende nur noch schlechte Gebrauchtwagen angeboten übrig bleiben.

318 So gibt es von Transparency International Deutschland e.V. die „Initiative Transparente Zivilgesellschaft“. Hier verpflichten sich freiwillig gemeinnützige Organisationen dazu, die Satzung, die Namen der wesentlichen Entscheidungsträger sowie Angaben über Mittelherkunft, Mittelverwendung und Personalstruktur transparent zu machen; vgl. Transparency International Deutschland, <http://www.transparency.de/Initiative-Transparente-Zivilg.1612.0.html>, Abruf am 11. Juni 2014.

319 Die Theorie der Meritorik wird mit dem Ökonomen Musgrave verbunden, wenngleich die Befassung mit der Problematik (insbesondere im Zusammenhang mit der freien (Grund)Schulbildung) mindestens bis in die Klassik reicht; vgl. Musgrave, R.A., Merit Goods, in: A. Bagchi (Hrsg.): Readings in Public Finance, Oxford 2005, S. 126-131.

Kindergarten, ist im Kontext der Kinder- und Jugendhilfe zu bejahen, sofern die öffentliche Hand den Wettbewerb nicht behindert.³²⁰

3.2 Effizienzbegriff, Wettbewerb und Freiheit

3.2.1 Weiter Effizienzbegriff umfasst auch sozialen Mehrwert

285. Das zentrale Ziel der Wirtschaftspolitik sollte die Erhöhung der gesellschaftlichen Wohlfahrt sein. Diese kann durch einen effizienten Einsatz der vorhandenen Ressourcen bei gegebenen Produkten und Technologien (statische Effizienz) oder durch technischen Fortschritt (dynamische Effizienz) erhöht werden. In der neoklassischen Wohlfahrtsökonomie beschreibt die alloкатive Effizienz den Faktoreinsatz, der bei begrenzten Ressourcen zu einem optimalen Bündel an Gütern und Dienstleistungen bei bestmöglicher Abstimmung auf die Präferenzen der Menschen führt. Daneben gibt es die Produktionseffizienz. Nach diesem Kriterium ist eine Leistungserstellung dann effizient, wenn bei gegebener Technologie jeder Output mit dem geringstmöglichen Ressourceneinsatz erzeugt wird, oder umgekehrt, wenn bei gegebenen Ressourcen der bestmögliche Output erzeugt wird. Das Beurteilungskriterium der dynamischen Effizienz erfasst im Gegensatz zu der Allokations- und der Produktionseffizienz auch Produkt- und Verfahrensinnovationen.³²¹

286. Eine individuelle effiziente Leistungserstellung zweier Marktakteure heißt nicht unbedingt, dass auch die gesellschaftliche Wohlfahrt erhöht wird. Was als effiziente Leistungserbringung angesehen wird, ist stets abhängig von dem verwendeten Effizienzbegriff und den darin enthaltenen Effizienzkriterien. So fasst der Begriff der „Effizienz im Bereich sozialer Dienstleistungen“ oder „sozialen Effizienz“ die ursprünglichen ökonomischen Effizienzkonzepte weiter und bindet neben privaten Kosten- und Nutzenüberlegungen auch zusätzlich Überlegungen hinsichtlich positiver und negativer Externalitäten für die Gesellschaft mit ein, welche sich mitunter erst in der langen Frist zeigen.³²² Leistungserstellung und Konsum werden insoweit auch im Hinblick auf die für die Gesellschaft anfallenden Gesamtkosten und den für die Gesellschaft anfallenden Gesamtnutzen betrachtet. Durch die unmittelbare Beteiligung der öffentlichen Hand im sozialpolitischen Dreieck in der Kinder- und Jugendhilfe durch die Leistungsgewährleistung und/oder -erbringung kann der Staat Auswirkungen von Kinder- und Jugendhilfeleistungen auf die Gesellschaft direkt mitberücksichtigen. Durch die Stellung der öffentlichen Hand im sozialpolitischen Dreieck werden die Externalitäten der Leistungserstellung und -nutzung internalisiert.

287. Konkret spielt bei der Bewertung von Kinder- und Jugendhilfemaßnahmen also zusätzlich eine Rolle, ob über die Zielgruppe hinaus ebenfalls die Gesellschaft als Ganzes von einer bestimmten Maßnahme profitiert.

So belegen Studien die positiven Effekte öffentlicher Ausgaben insbesondere für benachteiligte Kinder. Frühkindliche Betreuungsangebote bewirken langfristig positive Bildungseffekte;³²³ insbesondere bei benachteiligten Kindern bewirken Vorschulprogramme z. B. eine geringere Kriminalitätsrate und eine

320 Siehe Kapitel V „Kommunale Wirtschaftstätigkeit und der Trend zur Rekommunalisierung“.

321 Die paretianische Wohlfahrtsökonomie verwendet das Pareto-Optimum als Wohlfahrtskriterium, welches besagt, dass in diesem Zustand kein Wirtschaftssubjekt besser gestellt werden kann, ohne dabei die eines anderen zu verschlechtern. Vgl. zu dem Pareto-Kriterium Fritsch, M., Marktversagen und Wirtschaftspolitik, München 2011, S. 23 ff. Vgl. zu den Konzepten der Allokationseffizienz, Produktionseffizienz und dynamischen Effizienz z. B. Kerber, W./Schwalbe, U. in Hirsch, G./Montag, F./Säcker, F.J. (Hrsg.), Europäisches- und Deutsches Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Bd. 1, München 2007, Rn. 1052 ff.

322 So belegen die empirischen Untersuchungen des Nobelpreisträgers Heckman, der anhand des Scope Perry Preschool Project nachgewiesen hat, dass sich der Besuch vorschulischer Bildungseinrichtungen für Kinder aus schwierigen Verhältnissen positiv auf deren weiteren Lebensweg auswirkt (z. B. geringere Kriminalität als die Vergleichsgruppe, höhere Einkommen, geringere Abhängigkeit von Fürsorgeleistungen). Vgl. zu dem Marktversagen infolge von Externalitäten etwa Fritsch, M., Marktversagen und Wirtschaftspolitik, München 2011, S. 80 ff.

323 Vgl. Fritsch, T./Oesch, T., Volkswirtschaftlicher Nutzen von frühkindlicher Bildung in Deutschland, Eine ökonomische Bewertung langfristiger Bildungseffekte bei Krippenkindern, Bertelsmann Stiftung, 2008.

geringere Abhängigkeit von Fürsorgeleistungen.³²⁴ Gleichzeitig führt eine rasche Rückkehr der Eltern in den Beruf zu niedrigeren Ausgaben für das Elterngeld sowie zusätzlichen Steuern und Sozialabgaben für die öffentlichen Haushalte.³²⁵

Auch für den Ausbau der Tagesbetreuungsmöglichkeiten für Kinder in Deutschland waren nicht zuletzt derartige Gründe ausschlaggebend. So hat sich inzwischen die Einschätzung etabliert, dass die institutionalisierte Kinderbetreuung eine wichtige Rolle für die Integration, Sozialisation und Bildungsgrundlage von Kindern spielt. Zudem können Eltern am Erwerbsleben teilnehmen oder vermeiden, aus der Erwerbstätigkeit auszusteigen; dies kommt auch den Unternehmen zugute, welche mitunter zusätzlich mit (defizitären) Betriebskindergärten ihr Personal an das Unternehmen zu binden versuchen.³²⁶ Langfristig können Einsparungen bei der Migrantenintegration, im Sonderschulbereich oder auch bei der Bekämpfung der Jugendkriminalität erzielt werden. Auch ist zu berücksichtigen, dass Kindertagesstätten Beschäftigungs- und Einkommensmöglichkeiten schaffen.³²⁷

Bei diesen Beispielen zeigt sich, dass das Bemühen der Politik um eine Chancengleichheit aller Kinder mit der gesamtwirtschaftlichen Effizienz Hand in Hand geht.

3.2.2 *Freiheit als Ergebnis von Wettbewerb*

288. Wettbewerb ist durch eine Reihe von Funktionen charakterisiert.³²⁸ Zu den ökonomischen Funktionen zählen die Verteilung der Markteinkommen entsprechend der Marktleistung, die Erstellung und Verteilung des Angebots entsprechend den Konsumentenpräferenzen, die Lenkung knapper Ressourcen in die jeweils produktivste Verwendungsform sowie die Förderung des technischen Fortschritts. Überdies soll der Wettbewerb individuelle Freiheitsspielräume schaffen bzw. offen halten. Wettbewerb ist untrennbar mit individueller Freiheit verbunden. Insbesondere dieser wichtigen Freiheitsfunktion des Wettbewerbs wird dabei nach Ansicht der Monopolkommission in der Diskussion oftmals zu wenig Aufmerksamkeit geschenkt.

289. Wettbewerb sichert die Handlungs- und Wahlfreiheit, die auch im Wunsch- und Wahlrecht des § 5 SGB VIII ihren Niederschlag findet. Ein Markt, der viele Anbieter im Wettbewerb zulässt, ermöglicht es Dienstleistungsanbietern, sich auf diesem Markt frei unternehmerisch zu betätigen. Ein Leistungsnachfrager ist auf einem wettbewerblichen Markt grundsätzlich frei in seiner Entscheidung, welche Dienstleistungen er bei welchem Dienstleistungsanbieter kauft. Diese Freiheit unternehmerischer Tätigkeit und die Wahlfreiheit durch den Konsumenten lassen den Charakter des Wettbewerbs als Entmachtungsinstrument deutlich werden. Ein breites und vielfältiges Angebot an Kinder- und Jugendwohngruppen, Familienerholungs- und -beratungsangeboten und Kindertageseinrichtungen wirkt disziplinierend auf die Anbieter, da diese immer mit einer Abwanderung der Kunden zu einem anderen Anbieter rechnen müssen. Ebenso eröffnet Wettbewerb den Arbeitnehmern im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe die Möglichkeit des Wechsels zu einem attraktiveren Arbeitgeber. Wettbewerb zwingt den Arbeitgeber, für jetzige und künftige Mitarbeiter attraktiv zu sein bzw. zu werden. Die Lohnhöhe ist dabei nur eines von vielen Kriterien.³²⁹

324 Vgl. Heckman, J.J., *Giving Kids a Fair Chance*. Cambridge 2013; Heckman, J.J., *Investing in disadvantaged young children is an economically efficient policy*, 2006, http://www.iowabusinesscouncil.org/documents/filelibrary/ibc_resources_and_pubs/Investing_in_dis_994E73D5F8847.pdf, Abruf am 7. Juni 2014.

325 Vgl. iwd, *Betriebliche Kinderbetreuung, Rentable Bettchen*, Ausgabe 10, 6. März 2014, 40. Jg., S. 4-5.

326 Vgl. ebenda, S. 4-5.

327 Vgl. hierzu Vesper, D., *Finanzierung der Kinder- und Jugendhilfe unter besonderer Berücksichtigung der Kinderbetreuung, Entwicklungstendenzen und Perspektiven*, DJI, *Kinder- und Jugendhilfe in neuer Verantwortung* Materialien zum 14. Kinder- und Jugendbericht Sachverständigenkommission, 14. Kinder- und Jugendbericht, 2013, S. 9.

328 Vgl. eingehender etwa Fritsch, M., *Marktversagen und Wirtschaftspolitik*, München 2011, S. 15 f.

329 Vgl. hierzu auch Monopolkommission, *Sondergutachten 67, Post 2013: Wettbewerbsschutz effektivieren!*, Baden-Baden 2014, Tz. 231.

3.3 Grundfreiheiten, Kartell-, Beihilfe- und Vergaberecht

3.3.1 Grundfreiheiten

290. Nach Art. 119 Abs. 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) ist die europäische Wirtschaftspolitik dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb verpflichtet. Vor dem Hintergrund der Sicherung offener und wettbewerblicher Märkte gewährleistet das europäische Recht die vier Grundfreiheiten. Diese kommen allen am Wirtschaftsleben Beteiligten zugute und bestehen namentlich aus dem freien Warenverkehr (Artt. 28 ff. AEUV), der Personenfreizügigkeit (Artt. 21 ff., 45 ff., 49 ff. AEUV), der Dienstleistungsfreiheit (Artt. 56 ff. AEUV) und dem freien Kapital- und Zahlungsverkehr (Artt. 63 AEUV). Für die Märkte für soziale Dienstleistungen spielt besonders die Dienstleistungsfreiheit eine wichtige Rolle. Dabei kann es bspw. um die Frage gehen, ob Leistungsträger Sozialleistungsansprüche in anderen europäischen Mitgliedstaaten erfüllen müssen oder darum, dass ausländischen Anbietern von Sozialdienstleistungen ein diskriminierungsfreier Zugang zum heimischen Markt gewährt werden muss.³³⁰

3.3.2 Kartellrecht

291. Daneben ist das deutsche und das europäische Kartellrecht je nach Konstellation, Sachbereich und genauer Ausgestaltung der einzelnen Beziehungen durchaus auch im Bereich des SGB VIII anwendbar.³³¹ Dabei kommt in vollständig hoheitlich determinierten Bereichen zwar ebenso wenig eine Kartellrechtsanwendung in Betracht wie in nichtwirtschaftlichen Bereichen. Auch könnte in einzelnen Bereichen die unionsrechtliche Ausnahme zum Schutz der Funktionsfähigkeit von Dienstleistungen in allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI) nach Art. 106 Abs. 2 AEUV eine gewisse Rolle spielen. Allerdings ist im Bereich des SGB VIII insoweit von erheblicher Bedeutung, dass insbesondere auf Grundlage des Wunsch- und Wahlrechts sowohl auf Ebene der 'Beschaffung' als auch auf Ebene der unmittelbaren Leistungserbringung der Leistungsempfänger im Mittelpunkt steht und insoweit zentral substantielle und weitreichende marktliche Elemente vorgesehen sind. Die Durchsetzung des Kartellrechts seitens der Wettbewerbsbehörden ist im sozialen Bereich zwar bislang nur wenig ausgeprägt, was vor allem auf Opportunitätserwägungen zurückzuführen sein dürfte. Die Monopolkommission weist die betroffenen Marktteilnehmer jedoch ausdrücklich auf die weitreichenden Möglichkeiten einer privatinitiativen Durchsetzung des Kartellrechts hin.³³²

292. Für Märkte sozialer Dienstleistungen sind neben den Grundfreiheiten und dem Kartellrecht besonders das Beihilfe- und das Vergaberecht von Bedeutung. Während Ersteres sicherstellen soll, dass es durch staatliche Subventionen nicht zu Wettbewerbsverzerrungen kommt, soll das Vergaberecht einen diskriminierungsfreien Zugang zu staatlichen Aufträgen sicherstellen.

³³⁰ Vgl. Cremer, G./Goldschmidt, N./Höfer, S., Soziale Dienstleistungen, a. a. O., S. 107 f.

³³¹ Vgl. für den Bereich der stärker mit hoheitlichen Komponenten versehenen und insoweit tendenziell kartellrechtsferneren Sozialversicherung aus Sicht des deutschen Rechts etwa zuletzt BGH, Urteile vom 6. November 2013, KZR 58/11 und KZR 61/11, VBL; aus Sicht des europäischen Rechts etwa EuGH, Urteil vom 16. März 2004, Verb. Rs. C-264/01 u.a. AOK Bundesverband, Rn. 58. Vgl. insoweit auch EuGH Urteil vom 3. Oktober 2013, C-59/12, BKK Mobil Oil, Slg. 2013, Rn. 37. Aus dem bisweilen im Zusammenhang mit der Kinder- und Jugendhilfe angeführten Urteil des EFTA-Gerichtshofs vom 21. Februar 2008, E-5/07, Private Barnehagers Landsforbund/EFTA Surveillance Authority (zu Artt. 59 Abs. 2 und 61 Abs. 1 EWR-Abkommen, die inhaltlich eng mit Artt. 106 Abs. 2, 107 Abs. 1 AEUV verwandt sind) lassen sich insoweit keine Rückschlüsse ziehen. Insbesondere ist die dort zugrunde liegende institutionelle Struktur der Kinderbetreuung in Norwegen der deutschen nur sehr eingeschränkt vergleichbar.

³³² Vgl. etwa anschaulich Monopolkommission, Sondergutachten 67, a. a. O., Tz. 320 ff. Klagen dürften allerdings vor allem vor den ordentlichen und den Verwaltungsgerichten aussichtsreich sein, während die Sozialgerichte hier mitunter entweder schon die Anwendbarkeit oder jedenfalls die Erfüllung der kartellrechtlichen Tatbestände abzulehnen tendieren könnten.

3.3.3 Beihilferecht

293. In Anbetracht der umfangreichen staatlichen Förderung gemeinnütziger Einrichtungen in Form von direkten Zuwendungen³³³ und steuerlichen Privilegierungen³³⁴ stellt sich die Frage, ob es sich hierbei um Beihilfen im Sinne des EU-Beihilferechts handelt. Die grundlegenden beihilferechtlichen Vorschriften sind in den Artikeln 107 bis 109 AEUV geregelt. Danach sind staatliche Beihilfen, soweit sie den Wettbewerb verfälschen und dadurch den Handel zwischen Mitgliedsstaaten beeinträchtigen, grundsätzlich unzulässig und müssen vor ihrer Gewährung bei der Europäischen Kommission notifiziert und gegebenenfalls von ihr genehmigt werden.

294. Eine wichtige Ausnahme ergibt sich aus Art. 106 Abs. 2 AEUV, wonach für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (DAWI) betraut sind, die Wettbewerbsregeln nur soweit Anwendung finden, wie dadurch die Erfüllung der ihnen übertragenen Aufgaben nicht verhindert wird. Im Jahr 2003 hat der EuGH mit dem *Altmark Trans*-Urteil vier Voraussetzungen festgelegt, die erfüllt sein müssen, damit staatliche Leistungen an Unternehmen, die mit der Erbringung von DAWI beauftragt werden, keine staatlichen Beihilfen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellen: (i) Das durch den Zuschuss begünstigte Unternehmen muss tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut worden sein, (ii) die Parameter zur Ermittlung des Ausgleichs müssen zuvor objektiv und transparent aufgestellt worden sein, (iii) der Ausgleich darf nicht die tatsächlich angefallenen Kosten unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns übersteigen und (iv) die Höhe des Ausgleichs ist auf Grundlage der Kosten eines durchschnittlich gut geführten Unternehmens zu ermitteln, wenn keine Ausschreibung stattgefunden hat.³³⁵

295. Im Dezember 2011 hat die Europäische Kommission im Anschluss an eine öffentliche Konsultation ein Paket zur Weiterentwicklung der EU-Beihilfavorschriften im Bereich der DAWI verabschiedet. Es tritt an die Stelle des sogenannten Monti-Kroes-Paketes von 2005³³⁶ und umfasst vier Instrumente: (i) eine Mitteilung, die grundlegende Begriffe definiert,³³⁷ (ii) einen Beschluss, mit dem die Mitgliedstaaten von der Anmeldung bestimmter Ausgleichszahlungen freigestellt werden,³³⁸ (iii) einen EU-Rahmen, der die Fälle von Ausgleichszahlungen regelt, die der Europäischen Kommission gemeldet werden müssen³³⁹ und (iv) eine neue *De-minimis*-Verordnung, derzufolge Ausgleichszahlungen unterhalb eines Schwellenwertes nicht der beihilferechtlichen Kontrolle unterliegen.³⁴⁰

333 Vgl. hierzu Abschnitt 4.2.

334 Vgl. hierzu Abschnitt 4.1.

335 Vgl. EuGH, C-280/00 *Altmark Trans GmbH*, Urteil vom 24. Juli 2003.

336 Entscheidung der Kommission vom 28. November 2005 über die Anwendung von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten, mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden, ABl. EU L 312 vom 29. November 2005, S. 67; Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden, ABl. EU C 297 vom 29. November 2011, S. 4; Änderung der Transparenzrichtlinie 80/723/EWG durch die Richtlinie 2006/111/EG der Kommission vom 16. November 2006 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen, ABl. EU L 318 vom 17. November 2006, S. 17.

337 Vgl. Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfavorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, ABl. EU C 8 vom 11. Januar 2012, S. 4 ff.

338 Beschluss der Kommission über die Anwendung von Artikel 106 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, ABl. EU L 7 vom 11. Januar 2012, S. 3 ff.

339 Rahmen der Europäischen Union für staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen (2011), ABl. EU C 8 vom 11. Januar 2012, S. 15 ff.

340 Verordnung (EU) Nr. 360/2012 der Kommission vom 25. April 2012 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf *De-minimis*-Beihilfen an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, ABl. EU L 114 vom 26. April 2012, S. 8 ff.

296. In dem Paket werden wichtige Grundsätze für staatliche Beihilfen im Bereich von DAWI erläutert. So geht aus den Erwägungsgründen des genannten Beschlusses hervor, dass es im Wesentlichen im Ermessen der Mitgliedstaaten liegt, welche Dienstleistungen im Detail als DAWI einzustufen sind und es Aufgabe der Europäischen Kommission ist zu prüfen, ob es bei der Festlegung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zu Fehlern seitens des Mitgliedstaates gekommen ist.³⁴¹

297. Die Beihilfavorschriften erfassen gemäß Art. 107 Abs. 1 AEUV Leistungen an „Unternehmen“. Nach der Rechtsprechung des EuGH umfasst der Begriff Unternehmen jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und Art ihrer Finanzierung.³⁴² Eine wirtschaftliche Tätigkeit ist nach dieser Rechtsprechung jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten.³⁴³ Damit fallen auch öffentlich-rechtliche und gemeinnützige Einrichtungen unter diesen funktionalen Unternehmensbegriff, wenn sie eine entsprechende wirtschaftliche Tätigkeit ausüben. Dies gilt selbst dann, wenn die Einheit keine Gewinnabsicht verfolgt. Vielmehr entscheidend ist die Frage, ob es sich um eine wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Tätigkeit handelt. Eine Antwort hierauf bedarf also einer Einzelfallprüfung.

298. Nicht wirtschaftlich sind nach der europäischen Rechtsprechung hingegen Beschaffungen der öffentlichen Hand mit der Zielsetzung, die nachgefragten Güter oder Dienstleistungen zu sozialen Zwecken zu verwenden. Danach ist die Tätigkeit des Kaufs des Erzeugnisses nicht von dessen späterer Verwendung zu trennen und der wirtschaftliche oder nicht wirtschaftliche Charakter der späteren Verwendung des erworbenen Erzeugnisses bestimmt den Charakter der Einkaufstätigkeit.³⁴⁴

299. Nichtwirtschaftliche Tätigkeiten können, in Abhängigkeit von der konkreten Ausgestaltung, z. B. Systeme der sozialen Sicherheit oder Gesundheitssysteme sein.³⁴⁵ Gleiches kann für Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe gelten, sofern diese als Teil des nationalen Bildungssystems staatlich in der Erbringung ihrer Leistungen determiniert sind. Soweit sie jedoch frei sind, ihr Angebot nach Umfang und Qualität im Wettbewerb auszugestalten, liegt i. d. R. eine unternehmerische Tätigkeit vor. Dabei kann, abhängig von der Art der Einbindung der Leistung in das öffentliche Bildungssystem, auch die Kostentragung mitentscheidend sein. Wenn die Leistungsempfänger die Leistung (im Wesentlichen) selbst finanzieren, liegt eine wirtschaftliche Tätigkeit vor. Bei einer vollständigen staatlichen Finanzierung kann dennoch eine wirtschaftliche Tätigkeit nicht prinzipiell ausgeschlossen werden.³⁴⁶ Entscheidend kommt es also für die – auch privatinitiativ vor den deutschen Gerichten durchsetzbare – Anwendbarkeit des Beihilferechts immer auf die genaue Ausgestaltung im Einzelfall an.

341 Vgl. Beschluss der Kommission über die Anwendung von Artikel 106 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, ABl. EU L 7 vom 11. Januar 2012, Erwägungsgrund 8.

342 EuGH, Urteil vom 23. April 1991, C-41/90, Höfner und Elser, Rn. 21; ders., Urteil vom 12. Dezember 2000, Verb. Rs. C-180/98 u.a., Pavlov u.a., Rn. 74; ders., Urteil vom 16. März 2004, Verb. Rs. C-264/01 u.a., AOK Bundesverband u.a., Rn. 46; ders., Urteil vom 10. Januar 2006, C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze u.a., Rn. 107.

343 Vgl. etwa EuGH, Urteil vom 18. Juni 1998, C-35/96, Kommission/Italien, Rn. 36; ders., Urteil vom 12. Dezember 2000, C-180/98 bis C-184/98, Pavlov u. a., Rn. 75; ders., Urteil vom 10. Januar 2006, C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze u.a., Rdnr. 108.

344 Vgl. EuG, Urteil vom EuG, 4. März 2003, T-319/99, FENIN, Rn. 36 ff., bestätigt durch EuGH, Urteil vom 11. Juli 2006, C-205/03 P, FENIN, Rn. 26.

345 Vgl. Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfavorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI-Leitlinien), ABl. der EU C 8 vom 11. Januar 2012, S. 6 f.

346 Vgl. Europäische Kommission, DAWI-Leitlinien, Rn. 28. Vgl. demgegenüber allerdings (zu Artt. 59 Abs. 2 und 61 Abs. 1 EWR-Abkommen, die inhaltlich eng mit Artt. 106 Abs. 2, 107 Abs. 1 AEUV verwandt sind) EFTA-Gerichtshof, Urteil vom 21. Februar 2008, E-5/07, Slg. 2008, S. 62, Private Barnehagers Landsforbund/EFTA Surveillance Authority, Rn. 83.

3.3.4 Vergaberecht

300. Die Grundlagen des nationalen Vergaberechts sind in den §§ 97 ff. GWB geregelt; die Vergabe- und Vertragsordnungen enthalten die Detailvorschriften für die Auftragsvergabe. Ziel des Vergaberechts ist es, die Vergabe öffentlicher Aufträge diskriminierungsfrei, transparent und wettbewerblich zu gestalten. Ziel der Vergabeverfahren ist es, einen fairen Zugang zu Aufträgen der öffentlichen Hand zu ermöglichen. Steuergelder sollen bei einer öffentlichen Auftragsvergabe sparsam und sachgerecht verwendet werden und die Vergabe des Auftrags soll an fachkundige, leistungsfähige, zuverlässige und gesetzestreue Unternehmen erfolgen. Mittelständische Interessen sind bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen. Zudem dient das Vergaberecht der Einhegung der Nachfragemacht der öffentlichen Hand, vgl. etwa § 97 Abs. 3 GWB.

301. Die öffentliche Hand ist frei in ihrer Entscheidung, ob sie eine Dienstleistung selbst erbringt (Eigenherstellung bzw. In-house-Vergabe) oder einen Dritten damit betraut (Fremdvergabe). Erfolgt keine In-house-Vergabe, d. h. öffentliche Träger erbringen Leistungen nicht selbst oder intern über eigene Dienstleister, dann gelten grundsätzlich die Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, da bspw. die Kommune Leistungen einkauft, um sie den Leistungsberechtigten zur Verfügung zu stellen.

302. Bei den zwei Vergabekammern des Bundes hat es keinen, bei den Vergabekammern der Länder hat es bislang, soweit ersichtlich, nur vereinzelt Nachprüfungsverfahren im Bereich des SGB VIII gegeben.³⁴⁷ Ob das Vergaberecht Anwendung auf die Kinder- und Jugendhilfe findet, ist umstritten, eine höchstgerichtliche Rechtsprechung gibt nicht. Als Argument gegen eine Anwendung des Vergaberechts wird das Fehlen eines öffentlichen Auftrags aufgrund des Wahlrechts des Leistungsberechtigten vorgebracht.³⁴⁸ Das Wunsch- und Wahlrecht im Sinne des § 5 Abs. 1 SGB VIII und auch das Prinzip der Vielfalt der sozialen Einrichtungen gemäß § 3 Abs. 1 SGB VIII gerieten in Konflikt mit dem Vergaberecht, bei dem nur ein Bieter den Zuschlag erhalte.³⁴⁹ Auch fehle es am Vorliegen einer Marktleistung, da das Rechtsverhältnis zwischen öffentlichen und freien Trägern der Jugendhilfe nicht auf einen gegeneinander gerichteten Wettbewerb, sondern auf Zusammenarbeit bei der Bewältigung der gemeinsamen Aufgabe angelegt sei.³⁵⁰ Für die Befürworter der Anwendbarkeit des Vergaberechts ist eine Vereinbarung, die den freien Leistungserbringern eine Erstattung der Kosten unter bestimmten Voraussetzungen zusagt, durchaus ein vergabepflichtiger Dienstleistungsvertrag.³⁵¹ Es liege im Risikobereich des jeweiligen freien Trägers der Jugendhilfe, ob überhaupt Leistungsberechtigte Leistungen von diesem Träger in Anspruch nähmen. Daher sei im Regelfall von einer, bislang allerdings nur eingeschränkt vergabepflichtigen, Dienstleistungskonzession auszugehen und das auch, wenn die Kostenersatzung durch den öffentlichen Träger der Jugendhilfe erfolge.³⁵² Die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen erfolgt, zumindest wenn an dem betreffenden Vertrag ein grenzüberschreitendes Interesse besteht, nicht losgelöst von europa- und vergaberechtlichen Bindungen. Die Grundregeln des AEUV im Allgemeinen, die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (Art. 94 AEUV und Art. 56 AEUV) und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Besonderen sind zu beachten. Dies bedeutet, auch wenn eine förmliche Ausschreibung nicht notwendig ist, soll die Vergabe von Leistungser-

347 Vgl. letztlich OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. September 2004, Verg 35/04 und Beschluss vom 22. September 2004, Verg 44/04.

348 Vgl. OVG Münster, Beschluss vom 18. März 2005, 12 B 1931/04; OVG Berlin, Beschluss vom 4. April 2005, OVG 6 S 415.04. Ebenso die Auffassung der Bundesregierung, Antwort auf eine kleine Anfrage der FDP-Fraktion vom 14. Mai 2007, BT-Drs. 16/5 347.

349 Vgl. Frenz, W., Handbuch Europarecht, Beihilfe- und Vergaberecht Bd. 3, Berlin, Heidelberg 2007, Rn. 2089.

350 Vgl. VK Hamburg, Beschluss vom 3. August 2004, VgK FB 4/04.

351 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. September 2004, VII Vergabe 35/04.

352 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. September 2004, VII Vergabe 44/04. Vgl. auch Ott, M., Fachblog des Deutschen Vergabernetzwerks (DVNW), Vergaberecht und Sozialrecht: Das Beispiel der Vergabe von Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe gemäß SGB VIII - Teil 1, <http://www.vergabeblog.de/2012-08-23/vergaberecht-und-sozialrecht-das-beispiel-der-vergabe-von-leistungen-der-kinder-und-jugendhilfe-gemas-sgb-viii-teil-1/>, Abruf am 1. Juni 2014.

bringungsvereinbarungen auf dem Gebiet des Kinder- und Jugendhilferechts i. d. R. im Wege eines wettbewerblichen und diskriminierungsfreien Verfahrens erfolgen.³⁵³

303. Die eine Anwendbarkeit des Vergaberechts ablehnenden Stimmen stellen regelmäßig entscheidend auf das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsempfänger ab, dieses steht jedoch einer vom Vergaberecht vorgesehenen, auf Lose aufgeteilten Vergabe, vgl. § 97 Abs. 3 GWB, nicht entgegen. Entscheidend kommt es für die Anwendbarkeit des Vergaberechts aus Sicht der Monopolkommission auf die genaue Ausgestaltung des Leistungsverhältnisses an. Wenn, wie typischerweise, die öffentliche Hand durch Vorgaben einen Rahmen für die Leistung setzt und diese bezahlt, insbesondere wenn der Leistungserbringer kein oder nur ein geringes Risiko trägt, seine Leistungen tatsächlich in vollem Umfang zu erbringen, muss Vergaberecht grundsätzlich Anwendung finden. Dabei kann den Besonderheiten der Kinder- und Jugendhilfe, insbesondere dem Wunsch- und Wahlrecht, etwa durch Teillosvergabe oder entsprechende Rahmenverträge, durchaus Rechnung getragen werden.

Die Monopolkommission verkennt nicht die Schwierigkeiten bei der Anwendung des Vergaberechts durch die Kommunen.³⁵⁴ Der Aufbau auf Verfahrens- und Dokumentmustern, Best-Practices etc. sowie auf institutionenübergreifenden Erfahrungen und Lerneffekten kann jedoch diese Transaktionskosten erheblich minimieren.³⁵⁵ Vielversprechend erscheint in diesem Kontext die Umstellung auf die e-Vergabe nach dem neuen Richtlinienpaket,³⁵⁶ da elektronische Informations- und Kommunikationsmittel die Bekanntmachung von Aufträgen vereinfachen und Effizienz und Transparenz der Vergabeverfahren steigern können.

304. Aktuell unterliegt das europäische Vergaberecht einer Reformierung. Das im Frühjahr 2014 endgültig verabschiedete Richtlinienpaket zum Vergaberecht ist im Wesentlichen bis spätestens 18. April 2016 umzusetzen. Das Richtlinienpaket besteht aus a) der Richtlinie über die Vergabe öffentlicher Aufträge (RL 2014/24/EU)³⁵⁷, welche die bisherige Vergabekoordinierungsrichtlinie (2004/18/EG)³⁵⁸ ersetzt, b) die Richtlinie über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (Sektoren-Richtlinie, RL 2014/25/EU)³⁵⁹, welche die Richtlinie 2004/17/EG³⁶⁰ ersetzt sowie c) der neuen Konzessions-Richtlinie (RL 2014/23/EU)³⁶¹.

353 Vgl. EuGH, Urteil vom 10. März 2011 – C-274/09. Vgl. hierzu auch Ott, M., Fachblog des Deutschen Vergabernetzwerks (DVNW), EuGH: Vergabe von Rettungsdienstleistungen im Konzessionsmodell ist als Dienstleistungskonzession zu qualifizieren, <http://www.vergabeblog.de/2011-03-20/eugh-vergabe-von-rettungsdienstleistungen-im-konzessionsmodell-ist-als-dienstleistungskonzession-zu-qualifizieren-urteil-v-10-marz-2011-rs-c-27409/>, Abruf am 1. Juni 2014.

354 So ergeben sich Schwierigkeiten in der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe nach SGB VIII daraus, dass Leistungsträger vielfach kleine Gebietskörperschaften mit kleinem Aufgabenbereich sind und anders als Krankenkassen nicht bundesweit handeln. Um das Verfahren rechtmäßig betreiben zu können, entstehen hohe Rechtsberatungskosten, die zu einem Missverhältnis zwischen kommunalem und finanzwirtschaftlichem Nutzen führten. Das Vergaberecht ist daher für die Kommunen häufig keine attraktive Beschaffungsmöglichkeit; vgl. Fahlbusch, J., Vergabe in der Kinder- und Jugendhilfe, Kommentar aus der Praxis, S. 85-92., in: Beschaffung von Sozialleistungen durch Vergabe, Bundestagung des Deutschen Sozialrechtsverbandes e.V., 3./4. November 2010 in Nürnberg, 2010.

355 Vgl. hierzu bereits Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 60, Bahn 2011: Wettbewerbspolitik unter Zugzwang, Baden-Baden 2013, Tz. 279 f. sowie Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 64, Bahn 2013: Reform zügig umsetzen!, Baden-Baden 2013, Tz. 188 ff.

356 Vgl. hierzu die folgenden Textziffern.

357 Vgl. Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. EU Nr. L 94 vom 26. Februar 2014.

358 Vgl. Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge ABl. EU L 134 vom 31. März 2004.

359 Vgl. Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG, ABl. EU Nr. L 94 vom 26. Februar 2014.

360 Vgl. Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl. EU Nr. L 134 vom 31. März 2004.

361 Vgl. Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über die Konzessionsvergabe, ABl. EU

305. Die Vorschriften wurden unter anderem mit dem Ziel überarbeitet, öffentliche Gelder effizienter einzusetzen, die Teilnahme kleiner und mittlerer Unternehmen (KMU) an öffentlichen Vergabeverfahren (durch losweise Auftragsvergaben und geringeren Anforderungen an den Jahresumsatz) zu erleichtern und es den Vergabestellen zu ermöglichen, die öffentliche Auftragsvergabe in stärkerem Maße zur Unterstützung gemeinsamer gesellschaftlicher qualitäts-, umwelt-, sozial- und industriepolitischer Ziele zu nutzen. So wird das Zuschlagskriterium des „wirtschaftlich günstigsten Angebots“ um Qualitäts-, Umwelt- und Sozialaspekte erweitert. Außerdem soll die Innovation eines Angebots stärker berücksichtigt werden können, ohne den Preis außer Acht zu lassen.³⁶²

Wichtiger Aspekt der Novellierung ist zudem die verpflichtende Einführung eines elektronischen Beschaffungswesens („e-Vergabe“) zur Vereinfachung der Vergabeverfahren. Auf diese Weise können Auftragsbekanntmachungen und Ausschreibungsunterlagen im Internet veröffentlicht und Angebote elektronisch übermittelt werden. Die öffentlichen Auftraggeber sollten, von spezifischen Sonderfällen abgesehen, elektronische Kommunikationsmittel nutzen, die nicht diskriminierend, allgemein verfügbar sowie mit den allgemein verbreiteten Erzeugnissen der IKT kompatibel sind und den Zugang der Wirtschaftsteilnehmer zum Vergabeverfahren nicht einschränken.³⁶³

Durch die Neuschaffung einer Konzessionsrichtlinie soll auch im Bereich der Dienstleistungskonzessionen mehr Wettbewerb durch Rechtssicherheit und effektiven Rechtsschutz gewährleistet werden.

306. Für soziale und andere besondere Dienstleistungen sind in den neuen Richtlinien spezifische Beschaffungsregeln vorgesehen.³⁶⁴ Für die Mitgliedstaaten ist ein Gestaltungsauftrag vorgesehen, einzelstaatliche Regeln für die Beauftragung von sozialen Dienstleistungen zu schaffen. Mitgliedstaaten gewährleisten, dass die öffentlichen Auftraggeber Aspekten wie Qualität, Zugänglichkeit, Bezahlbarkeit, Verfügbarkeit und Innovation Rechnung tragen können. Die Mitgliedstaaten können auch vorsehen, dass die Auswahl der Dienstleister auf der Grundlage des Angebots mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis unter Berücksichtigung von Qualitäts- und Nachhaltigkeitskriterien für soziale Dienstleistungen getroffen wird.

307. Die Monopolkommission begrüßt das neue europäische Vergaberichtlinienpaket, auch da es bisherigen Bedenken gegen die Anwendung des Vergaberechts auf die Kinder- und Jugendhilfe in Form eines neuen „Sozialvergaberechts“ Rechnung trägt. Die Monopolkommission fordert die Politik auf, bei der unionsrechtlich zwingenden Reform des Vergaberechts den Potenzialen des Wettbewerbs insbesondere im sozialen Bereich voll Rechnung zu tragen. Über die in den neuen Vergaberichtlinien vorgesehene und dringend erforderliche Vereinfachung von Vergaben hinaus müssen die Möglichkeiten zum zentralen Aufbau von Verfahrenswissen und zur Erleichterung institutionenübergreifenden Erfahrungsaustauschs ausgeschöpft werden. Zentral erscheint der Monopolkommission auch, die kaum zu überschätzenden Potenziale einer Steigerung der Transparenz auch im sozialen Bereich zu nutzen. Nicht zuletzt die durch die neuen Vergaberichtlinien vorgeschriebene e-Vergabe und darauf aufbauende öffentliche und verwaltungsinterne Plattformen bieten hier vielfältige Anknüpfungspunkte. Insgesamt ist zu erwarten, dass Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe in Zukunft und insbesondere unter Geltung des zu schaffenden Sozialvergaberechts verstärkt ausgeschrieben werden. So werden etwa ab 2016 auch Dienstleistungskonzessionen als vergaberechtlich relevant eingestuft. Die Anwendung des Vergaberechts in der Kinder- und Jugendhilfe kann es

Nr. L 94 vom 26. Februar 2014.

362 Vgl. in RL 2014/24/EU die Erwägungsgründe Nr. 2, 92 und Art. 67 Abs. 2 sowie in RL 2014/25/EU die Erwägungsgründe Nr. 4, 57, 98 und Art. 82 Abs. 2.

363 Vgl. in RL 2014/24/EU die Erwägungsgründe Nr. 52 ff. und Art. 33 ff. (Titel II Kapitel II) der Richtlinie. Vgl. in RL 2014/25/EU die Erwägungsgründe Nr. 63 ff. und Art. 51 ff. (Titel II Kapitel II).

364 Vgl. Art. 74 ff. RL 2014/24/EU sowie Art. 91 ff. 2014/25/EU. Die Anhänge XIV der Richtlinie 2014/24/EU und XVII der Richtlinie 2014/25/EU fassen unter die Dienstleistungen nach Art. 74 (RL 2014/24/EU) bzw. Art. 91 (RL 2014/25/EU) z. B. Dienstleistungen des Gesundheits- und Sozialwesens und zugehörige Dienstleistungen sowie sonstige gemeinschaftliche, soziale und persönliche Dienstleistungen und Dienstleistungen von Jugendverbänden und von sonstigen Organisationen und Vereinen.

Newcomern erleichtern, in den Markt einzutreten und durch angemessene Ausgestaltung der Ausschreibungen dem Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsempfänger zusätzliche Realität verleihen. Eine Ausschreibung erhöht die Transparenz und führt dazu, dass die öffentlichen Träger stärker zu Erklärung und Nachvollziehbarkeit ihrer Vergabeentscheidung in die Pflicht genommen werden. Insoweit kann die Vergabe einen wichtigen Beitrag zur Erhöhung der Effizienz in diesem Bereich leisten. In diesem Zusammenhang dürfte der bereits 2009 erweiterten Pflicht öffentlicher Auftraggeber nach § 97 Abs. 3 S. 2 GWB zur Aufteilung von Aufträgen in Teil- und Fachlose erhebliche Bedeutung zukommen.³⁶⁵

3.4 Beispiele der Einführung von Wettbewerb in die Kinder- und Jugendhilfe

3.4.1 Wettbewerbliche Neuordnung der Kinder- und Jugendhilfe

308. Die beginnende Implementierung von Wettbewerb in den 1990er Jahren war in erster Linie eine Antwort auf die Expansionsphase sozialer Dienste in den 1970er- und 1980er-Jahren, die zu einer zunehmenden Krise der öffentlichen Haushalte geführt hatte.³⁶⁶ Zunehmend rückten die Verschwendung knapper Ressourcen durch eine teure, kosteneffiziente, nicht bedarfsgerechte Leistungserbringung in den Fokus. Mit dem Ziel des effizienteren Mitteleinsatzes wurde eine Reformdiskussion mit Blick auf die vornehmlich planwirtschaftlich-korporatistische Steuerung angestrengt.³⁶⁷ Die im Hinblick auf eine geringe Flexibilität, Ineffizienz, Überbürokratisierung und Intransparenz geäußerte Kritik betraf die kommunalen Verwaltungsstrukturen ebenso wie die Strukturen der Freien Wohlfahrtspflege.³⁶⁸ Auch sollte die Kinder- und Jugendhilfe aufgrund ihrer wachsenden Bedeutung mehr als bisher Transparenz über ihre Leistungen und deren Wirkung herstellen und den Anforderungen einer effizienten Erbringung der größtenteils öffentlich finanzierten Leistungen entsprechen.

309. Wesentliche Wettbewerbsimpulse entfalten in der Kinder- und Jugendhilfe das Wunsch- und Wahlrecht und die Öffnung der Märkte für privat-wirtschaftliche Leistungsanbieter sowie nicht in den traditionellen Verbandsstrukturen organisierte Nonprofit-Organisationen. Nachfolgend sollen zwei konkrete Reformschritte beleuchtet werden: Die Einführung betriebswirtschaftlicher Elemente in das Entgeltsystem Ende der 1990er-Jahre sowie das Gutscheinsystem in der Kinderbetreuung als eine Ausprägung des gesetzlich implementierten Wunsch- und Wahlrechts der Leistungsempfänger nach § 5 Abs. 1 SGB VIII.

3.4.2 Einführung betriebswirtschaftlicher Elemente: Einzelfallbezogene Leistungs-, Entgelt- und Qualitätsentwicklungsvereinbarungen

310. Bis zur Einführung betriebswirtschaftlicher Elemente in Form einzelfallbezogener Leistungs-, Entgelt- und Qualitätsentwicklungsvereinbarungen erfolgte die Finanzierung freier Träger weitgehend über die Zuwendungsfinanzierung. Die Zuwendungsfinanzierung umfasst, flankiert von einer staatlichen Bedarfsplanung, typischerweise eine institutionelle Förderung inklusive einer objektbezogenen Investitionskostenförderung. Wettbewerb ist im Rahmen einer solchen pauschalen Objektförderung weitgehend ausgeschlossen. Neben der mitunter ineffizienten Mittelverwendung ist hier insbesondere die zentralistische

³⁶⁵ Vgl. Art. 1 Nr. 2 des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts vom 20. April 2009, BGBl. I S. 790.

³⁶⁶ Vgl. Grohs, S./Bogumil, J., Management sozialer Dienste, in: Adalbert Evers u.a. (Hrsg.), Handbuch Soziale Dienste, Wiesbaden 2011, S. 299-314, S. 299 f. S. zu den Finanzierungsdefiziten der Gemeinden nach Bundesländern. Vgl. auch Vesper, D., Finanzierung der Kinder- und Jugendhilfe unter besonderer Berücksichtigung der Kinderbetreuung, Entwicklungstendenzen und Perspektiven, in: Sachverständigenkommission 14. Kinder- und Jugendbericht (Hrsg.), Kinder- und Jugendhilfe in neuer Verantwortung, Materialien zum 14. Kinder- und Jugendbericht, München 2013, S. 21.

³⁶⁷ Vgl. u. a. Meyer, D., Das sozialhilferechtliche Verhältnis im Wandel – Von einer korporatistischen hin zu einer wettbewerblichen Prägung, RsDE Nr 68, 17-35, 2009, S. 18.

³⁶⁸ Vgl. z. B. Pfadenhauer, B., Das Wunsch- und Wahlrecht der Kinder- und Jugendhilfe, Wiesbaden 2011. Pfadenhauer (2011, S. 132) konstatiert: „Die Wachstumsgrenzen öffentlicher Haushalt schienen vorerst erreicht.“

Angebotslenkung kritikwürdig, wodurch Abhängigkeiten erzeugt und bedarfsgerechte Leistungsangebote durch den Ausschluss von Wettbewerb verhindert werden.³⁶⁹

311. Mitte der 1990er Jahre begannen, in erster Linie mit dem Ziel der Kostendämpfung, die Überlegungen, die Entgeltfinanzierung der Jugendhilfe neu zu gestalten.³⁷⁰ Es sollten mehr Transparenz in den Leistungsangeboten und ein besserer Vergleich der verschiedenen Leistungsangebote untereinander ermöglicht werden. 1998/99 wurden für bestimmte Leistungen Leistungs-, Entgelt- und Qualitätsvereinbarungen zwischen öffentlichen Trägern und Leistungserbringern in das Finanzierungssystem der Kinder- und Jugendhilfe eingeführt, §§ 78a-78g SGB VIII. Dabei sind Leistungsvereinbarungen Kostensatzrahmenvereinbarungen, bei denen sich die Kommune lediglich die Leistungsbereitstellung, wie etwa Beratungsstellen für Familien, zu bestimmten Kostensätzen, Qualitätsstandards und Mengen sichert. Ein konkretes Leistungsverhältnis tritt erst fallbezogen in Kraft.³⁷¹

312. Hatten bis dahin die (pauschalen) Zuwendungsfinanzierungen nach dem Selbstkostendeckungsprinzip dominiert, sollten nun mit den Instrumenten der Leistungs-, Entgelt- und Qualitätsentwicklungsvereinbarungen „leistungsgerechte“, prospektive Entgelte mit einer an der tatsächlichen Leistungserbringung orientierten Vertragsgestaltung eingeführt werden. Die Möglichkeit eines nachträglichen Verlustausgleichs ist hier ausgeschlossen.³⁷² Zur Implementierung qualitativer Leistungsaspekte werden Vereinbarungen zu Qualitätsentwicklung, -messung und -kontrolle getroffen.

313. Die Leistungsfinanzierung wird gemäß § 78a vor allem für stationäre und teilstationäre Leistungen dort angewendet, wo es um die Erfüllung individueller Rechtsansprüche geht. Dagegen kommt die Zuwendungsfinanzierung bei der Schaffung von Strukturen oder der Bereitstellung niederschwelliger Zugänge ohne vorheriges Verwaltungsverfahren zur Anwendung; in diesen Bereichen findet die Leistungsfinanzierung ihre Grenzen. In der Praxis ist auch eine Vermischung der beiden Finanzierungsformen anzutreffen. So wird im nordrhein-westfälischen Kinder-Bildungsgesetz (KiBiz³⁷³) der individuelle Rechtsanspruch auf den Platz einer Kindertagesstätte über eine Zuwendung an den Träger der Tagesstätte erfüllt, die wiederum nach der Anzahl der betreuten Kinder (Leistungsfinanzierung) berechnet wird.

314. Aus der Praxis berichten Marktteilnehmer gegenüber der Monopolkommission, dass die Umsetzung der Entgeltreform auf halbem Weg stecken geblieben sei. Kosten- und Qualitätsaspekte seien eher nachrangig, vielmehr würden Akteure kommunaler Körperschaften auf „pauschalisiertes Vertrauen und den Gerüchtemarkt vor Ort“ als auf objektiv nachvollziehbare Inhalte aus Leistungsvereinbarungen setzen.³⁷⁴ Das liege, einer empirischen Untersuchung von Grohs (2010) zufolge, vor allem an der Zusammensetzung des Jugendhilfeausschusses aus überwiegend kommunalen Trägern und Trägern Freier Spitzenverbände und den dort seit Langem „eingespielten Handlungsweisen“, welche sich unbeirrt fortsetzten.³⁷⁵

315. Die Monopolkommission ermutigt die Kommunen, die Umsetzung der Entgeltreform weiter voranzutreiben. Dabei verkennt die Monopolkommission nicht die besonderen Schwierigkeiten bei der Beurteilung

369 Vgl. hierzu Grohs, S., Modernisierung kommunaler Sozialpolitik, Anpassungsstrategien im Wohlfahrtskorporatismus, a. a. O., S. 75 ff.

370 Vgl. hierzu Grohs, S., Modernisierung kommunaler Sozialpolitik, Anpassungsstrategien im Wohlfahrtskorporatismus, a. a. O., S. 75 ff. und Pfadenhauer, B., Das Wunsch- und Wahlrecht der Kinder- und Jugendhilfe, a. a. O., S. 134 ff.

371 Vgl. Grohs, S., Modernisierung kommunaler Sozialpolitik, Anpassungsstrategien im Wohlfahrtskorporatismus, a. a. O., S. 75.

372 § 78d Abs. 1 Satz 2 SGB VIII. Dazu auch Hammerschmidt, P./Rock, J., Internationale Perspektiven der deutschen Wohlfahrtsverbände, Internationale Perspektiven Sozialer Arbeit, 2009, S. 211-226, S. 215.

373 § 18 ff. SGB VIII des Gesetzes zur frühen Bildung und Förderung von Kindern (Kinderbildungsgesetz - KiBiz), Viertes Gesetz zur Ausführung des Kinder- und Jugendhilfegesetzes - SGB VIII, vom 30. Oktober 2007, Gesetz- und Verordnungsblatt (GV. NRW.), Ausgabe 2007 Nr. 25 vom 16. November 2007, Seite 461 bis 480.

374 So auch das Ergebnis von Grohs, S., Modernisierung kommunaler Sozialpolitik, Anpassungsstrategien im Wohlfahrtskorporatismus, a. a. O., S. 239.

375 Vgl. hierzu Abschnitt 5.7 „Institutionelles Wettbewerbshemmnis: Der Jugendhilfeausschuss“ in diesem Kapitel.

der Qualität von Leistungen. So kann eine Beurteilung aufgrund ihrer Eigenschaft als Erfahrungs- und Vertrauensgut, aber auch aufgrund des Auseinanderfallens der Leistungs- bzw. Kostenträger und der Leistungsnutzer schwierig erscheinen.³⁷⁶ Dies drückt sich auch in dem Begriff „Qualitätsentwicklung“³⁷⁷ im Kontext von Vereinbarungen über Leistungsangebote und Entgelte aus, wodurch Qualität nicht statisch, sondern vielmehr dynamisch als Entwicklungsprozess zu fassen ist. Qualitätskriterien und Verfahren sind bspw. bereits von der sogenannten Nationalen Qualitätsinitiative im System der Tageseinrichtungen für Kinder entwickelt worden. Hierbei handelt es sich um einen 1999 vom Bundesfamilienministerium veranlassten länder- und trägerübergreifenden Forschungsverbund mit dem Ziel, Instrumente zur Feststellung der Qualität der Arbeit in Tageseinrichtungen - Krippen, Kindergärten und Horten - zu entwickeln. In fünf Teilprojekten der besagten Nationalen Qualitätsinitiative wurden Qualitätskriterien für Kindertageseinrichtungen erstellt, geeignete Evaluationsverfahren entwickelt und praktisch erprobt.³⁷⁸

316. Die Kommunen sind als Kostenträger für das Leistungsangebot verantwortlich; folglich hängen die bereitgestellten Leistungen und auch die Auswahl der Anbieter stark von deren Präferenzen ab. Wenn ein Jugendamt bspw. bei der Unterbringung eines Jugendlichen das kostengünstigste Angebot im Blick hat, kommt es zu Wettbewerbsverzerrungen auf diesem Markt, denn ein Anbieter mit einem teureren, aber qualitativ höherwertigen Angebot würde keine Berücksichtigung finden. Bspw. gibt es in der Kindertagespflege kein einheitliches System der Vergütung, vielmehr handelt es sich um ein sehr heterogenes Feld ohne festen Orientierungsrahmen für die Kommunen.³⁷⁹ Dabei sind die effektive Beurteilung von Qualität und deren Kontrolle entscheidende Kriterien und Voraussetzung zur Sicherung und Weiterentwicklung von Qualitätsstandards.

317. Nach Auffassung der Monopolkommission scheint insoweit für Kommunen ein Überblick über Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe in Form landes-³⁸⁰ sowie möglicherweise bundesweiter Datenbanken hilfreich, um hieraus für die Zukunft Bewertungsregeln und -kriterien ableiten zu können, die Kostentransparenz zu verbessern und Anbieter so besser vergleichen zu können. In diesem Kontext erachtet die Monopolkommission auch die Möglichkeit einer Leistungsbewertung hinsichtlich bestimmter Kriterien in allen Bereichen der Kinder- und Jugendhilfe durch betroffene Familien, Eltern und Kinder als hilfreich für eine Leistungs- und Qualitätsmessung.

Bezogen auf die frühkindliche Bildung in Kindertageseinrichtungen gibt es, im Unterschied zur Schule, keine standardisierten Leistungsüberprüfungen und keine Zertifikate. Allerdings gewinnen beim Übergang in die Schule Fragen nach der Wirkung der Bildung und Förderung in Kindertageseinrichtungen an Bedeutung, hier stehen vor allem sprachliche Kompetenzen der Kinder im Vordergrund. Daher wird seit Jahren in 14 Ländern durch landesweite Sprachstandserhebungen die sprachliche Entwicklung der Kinder 6 bis 24 Monate vor der Einschulung untersucht. Dies ist ein Anknüpfungspunkt, die Qualität von Kindertageseinrichtungen besser einschätzen zu können.³⁸¹

376 Vgl. zu Fragen der Messung der Qualität Möller, M., Effektivität und Qualität sozialer Dienstleistungen, a. a. O.

377 Vgl. hierzu bspw. den Dritten amtlichen Titel des Abschnitts im SGB VIII: Vereinbarungen über Leistungsangebote, Entgelte und Qualitätsentwicklung, §§ 78 a ff. SGB VIII.

378 Vgl. Freudenberg, U., SGB VIII, Kinder- und Jugendhilfe, Kommentar 2. Aufl., Freiburg, Berlin 2008, S. 215 ff. (§ 22 a SGB VIII). Siehe zur „Nationalen Qualitätsinitiative im System der Tageseinrichtungen für Kinder“ die Informationen auf der Seite des Bildungsservers, <http://www.bildungsserver.de/Nationale-Qualitaetsinitiative-im-System-der-Tageseinrichtungen-fuer-Kinder-3768.html>, Abruf am 7. April 2014.

379 Vgl. Sell, S./Kukula, N., DJI Online März 2013, Kindertagespflege auf dem Prüfstand, Leistungsorientierte Vergütung in der Kindertagespflege – Systementwicklung zwingend notwendig, <http://www.dji.de/index.php?id=42965&L=0>, Abruf am 2. April 2014.

380 So auch ein Landesrechnungshof in seiner Stellungnahme gegenüber der Monopolkommission.

381 Vgl. Autorengruppe Bildungsberichterstattung, Der 4. Bildungsbericht, Bildung in Deutschland 2012, Kapitel C: Frühkindliche Bildung, Betreuung und Erziehung, W. Bertelsmann Verlag, Bielefeld 2012, S. 62.

3.4.3 Das Gutscheinsystem in der Kinderbetreuung

318. Die Organisation der Kinderbetreuung nimmt eine wichtige Rolle in der aktuellen politischen Diskussion in Deutschland ein. Die Regierungsparteien CDU, CSU und SPD haben sich im Rahmen ihres Koalitionsvertrages darauf verständigt, durch einen Ausbau der Kindertagesbetreuung die Vereinbarkeit von Familie und Beruf zu verbessern. Im Hinblick auf begrenzte finanzielle Ressourcen der öffentlichen Haushalte ergibt sich daraus die Frage nach einer bedarfsgerechten und effizienten Bereitstellung von Betreuungsangeboten für die Eltern.

319. In Deutschland werden Kinderbetreuungsplätze i. d. R. auf dezentraler, d. h. kommunaler Ebene, mithilfe einer Objektförderung bereitgestellt. Hierbei finanziert die öffentliche Hand ganz oder teilweise die anfallenden Kosten einer Einrichtung. Empfänger der Zahlung ist als Leistungsanbieter der jeweilige Träger der Einrichtung. Von diesem System profitieren besonders bereits etablierte Anbieter. Gleichzeitig können Markteintritte erschwert werden, wenn seitens der Kommune keine Notwendigkeit gesehen wird, neue Anbieter zu fördern.³⁸²

320. Eine Alternative zur Objektförderung stellen Gutscheine als Instrument zur subjektbezogenen Förderung dar. In der wissenschaftlichen Literatur lassen sich zahlreiche Hinweise darauf finden, dass Gutscheine ein effizientes Instrument einer zielgenauen Bildungs- und Sozialpolitik sein können.³⁸³ Obwohl Gutscheine viele Vorteile gegenüber einer herkömmlichen Objektfinanzierung aufweisen, wurde das Konzept in der Kinderbetreuung von der Politik bisher nur in begrenztem Umfang aufgenommen.³⁸⁴ Einzig in Hamburg (seit 2003) und Berlin (seit 2006) sowie vereinzelt auf kommunaler Ebene in Städten wie Heidelberg oder Erfurt werden Gutscheine zur Vergabe von Betreuungsplätzen eingesetzt.

321. Während im herkömmlichen objektbezogenen System Kinderbetreuungsstätten häufig unabhängig von der Zahl betreuter Kinder institutionell gefördert werden, sieht das Gutscheinsystem eine subjektbezogene Unterstützung der Eltern bzw. deren Kinder vor. Eltern mit Anspruch auf Kinderbetreuung erhalten einen an ein Kind gebundenen Gutschein. In Hamburg erfolgt die Ausgabe der Gutscheine bspw. durch das Bezirksamt. Eltern können die Gutscheine gegen eine entsprechende Betreuungsleistung in einer akkreditierten Kindertagesstätte ihrer Wahl einlösen, die ihrerseits die Gutscheine bei der zuständigen Fachbehörde zur Kostenabrechnung einreicht. Der öffentlichen Hand obliegt in diesem System die Festlegung der Rahmenbedingungen. Dazu zählen neben der Akkreditierung der Einrichtungen die Festlegung der Anzahl und der Höhe der auszugebenden Gutscheine.

322. Der entscheidende Unterschied zur objektbezogenen Förderung liegt in der Stärkung der elterlichen Nachfragemacht und des damit verbundenen Wunsch- und Wahlrechts, wie es § 5 SGB VIII vorsieht. In einem System mit Objektförderung werden Angebote zwar aus Elternsicht kostengünstig angeboten, da sie nur einen Teil der Gesamtkosten der Kinderbetreuung zu tragen haben, gleichzeitig haben Eltern jedoch kaum Einfluss auf die quantitative und qualitative Ausgestaltung des Betreuungsangebots.

323. In einem System mit Subjektförderung können Eltern den Anbieter wählen, der ihren Präferenzen etwa in Bezug auf Öffnungszeiten und Bildungsangebote am besten entspricht. Damit wird der Wettbewerb

382 Vgl. Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ), Familien brauchen Rahmenbedingungen, Monitor Familienforschung, Ausgabe 9-12, Berlin 2007, S. 32.

383 Vgl. Friedman, M., The Role of Government in Education, in: Robert A. Solo (Hrsg.), Economics and the Public Interest, New Brunswick 1955; Bradford, David F./Shaviro, D.N., The Economics of Vouchers. NBER Working Paper No. 7092, 1999; Enste, D./Stettes, O., Bildungs- und Sozialpolitik mit Gutscheinen. Zur Ökonomik von Vouchers, IW-Analysen 14, Forschungsberichte aus dem Institut der deutschen Wirtschaft Köln, 2005; Enste, D. u.a., Gutscheine als Instrument einer effizienten und effektiven Sozialpolitik sowie betrieblicher Personalpolitik, Bestandsaufnahme und Analyse von betrieblichem Nutzen und volkswirtschaftlichen Effekten verschiedener Gutscheinsysteme. Abschlussbericht. Köln, 2008.

384 Zu den Vorteilen der Subjektförderung gegenüber der Objektförderung vgl. auch Monopolkommission, XII. Hauptgutachten, Marktöffnung umfassend verwirklichen, Baden Baden 1998, Tz. 698 ff.

zwischen den Leistungsanbietern um die Gunst der Eltern intensiviert, wodurch Verbesserungen in der Angebotsvielfalt erzielt und Innovationspotenziale gefördert werden. In Hamburg führte die Einführung des Gutscheinsystems zu einer Steigerung der Trägerpluralität. Die Gesamtzahl der Träger von Kindertagesstätten konnte besonders durch einen Zuwachs an kleinen Trägern mit nur einer Einrichtung von 2002 bis 2009 von 314 auf 425 gesteigert werden. Im Gegensatz dazu ist die Anzahl großer Träger mit bis zu 50 Einrichtungen relativ konstant geblieben. Da das Gutscheinsystem eine Gewinnerzielung ermöglicht, nahm auch die Anzahl privat-wirtschaftlicher Träger in Hamburg zu. Bei den größeren Trägern kam es zudem zu Dezentralisierungstendenzen, da die Bedeutung der einzelnen Tagesstättenleitungen im Zuge einer notwendig gewordenen Flexibilisierung etwa im Hinblick auf die Personalplanung gestiegen ist.³⁸⁵

324. Zudem erlaubt ein Gutscheinsystem einen zielgerichteten und effizienten Einsatz knapper öffentlicher Ressourcen. Statt Kinderbetreuungsstätten unabhängig von ihrer tatsächlichen Auslastung und Angebotsgestaltung zu subventionieren, können in einem Gutscheinsystem finanzielle Mittel eher bedarfsgerecht gesteuert werden, da Träger gegen Vorlage der Gutscheine nur tatsächlich angefallene Kosten bei den öffentlichen Stellen abrechnen können.

325. Auf der anderen Seite sind Gutscheine zweckgebunden, sodass im Gegensatz zu einer reinen finanziellen Subjektförderung sichergestellt ist, dass die bereitgestellten Mittel nicht anderweitig verwendet werden können. Zudem können Gutscheine an den Bedarf der Eltern und Kinder angepasst werden. So erhalten etwa Eltern, die halbtags arbeiten, Gutscheine über eine entsprechende halbtägige Betreuung, statt wie in der Objektförderung pauschal Ganztagsplätze zu fördern.³⁸⁶ Die so eingesparten Mittel lassen sich anderweitig verwenden. Ebenso können Eltern, deren Kinder einen höheren Betreuungsaufwand benötigen, mit entsprechend höherwertigen Gutscheinen auszustatten werden.³⁸⁷

326. Im objektbezogenen System entscheiden Jugendhilfeausschüsse über den Ausbau der städtischen oder kommunalen Kinderbetreuung. Die Schwierigkeit einer solchen zentralen Planung besteht in der ortsgenauen Bestimmung zukünftiger Bedarfe der Eltern nach Betreuungsangeboten sowie in der Berücksichtigung der lokalen demografischen Entwicklung. Bis zur baulichen Fertigstellung können sich Bedarfe soweit geändert haben, dass sich Neubauten als Fehlplanungen erweisen. Ein effektiver Ausgleich von Angebot und Nachfrage scheint so nur bedingt möglich.³⁸⁸

327. Ein weiterer Vorteil von Gutscheinen liegt in der Möglichkeit zur variablen Ausgestaltung des Gutscheinsystems. Hierdurch können zuvor definierte politische Ziele differenziert und effektiv verfolgt werden. So ließe sich etwa mithilfe von Gutscheinen die Frauenerwerbstätigkeit fördern oder die Integration von Kindern mit Migrationshintergrund verbessern.³⁸⁹

³⁸⁵ Vgl. Bange, D., Das Hamburger „Kita-Gutschein-System“, Vortrag im Rahmen des Fachforums „Kita-Gutschein-System“ der Arbeitsgemeinschaft der Familienverbände in Niedersachsen (AGF) am 25. Januar 2010, S. 12, http://agf-nds.de/02-aktuell/material/Dr-Bange_Kita-Gutschein-System-2009.pdf, Abruf am 5. Mai 2014.

³⁸⁶ In Hamburg hatte eine Stichprobenuntersuchung Ende der 1990er Jahre ergeben, dass nur 13,7 Prozent der befragten Eltern das städtische Angebot zur Ganztagsbetreuung ihrer unter drei-jährigen Kinder in vollem Umfang nutzen. Es herrschte also ein Mangel an Teiltagesplätzen. Im Rahmen der Einführung des Gutscheinsystems sank gemäß der politischen Zielsetzung der Anteil der ganztägigen Betreuung unter drei-jähriger Kinder von 79 Prozent im Jahr 2002 auf 60 Prozent in 2008; vgl. Bange, D., Das Hamburger „Kita-Gutschein-System“, a. a. O., S. 7.

³⁸⁷ Vgl. ebenda, S. 3.

³⁸⁸ Vgl. Enste, D. u.a., Gutscheine als Instrument einer effizienten und effektiven Sozialpolitik sowie betrieblicher Personalpolitik, Bestandsaufnahme und Analyse von betrieblichem Nutzen und volkswirtschaftlichen Effekten verschiedener Gutscheinsysteme, a. a. O., S. 18. Die von den Trägern bemängelte Schwerfälligkeit und Ineffektivität der zentralen Planung war ein Grund für die Einführung des Gutscheinsystems in Hamburg; vgl. Bange, D., Das Hamburger „Kita-Gutschein-System“, a. a. O., S. 1.

³⁸⁹ Vgl. Diekmann, L.-C. u.a., Kita-Gutscheine für eine verbesserte Betreuung und Bildung, *Wirtschaftsdienst* 88(10), 2008, S. 670. Für eine Übersicht zu verschiedenen Aspekten der Ausgestaltung des Gutscheinsystems siehe auch BMFSFJ (2007), Familien brauchen Rahmenbedingungen, a. a. O., S. 32 f.

328. Nach Auffassung der Monopolkommission stellt das Gutscheinsystem eine sinnvolle Alternative zur in Deutschland verbreiteten objektbezogenen Bereitstellung von Kinderbetreuungsplätzen dar, die eine bedarfsgerechtere und damit effizientere Steuerung des Ausbaus der Kinderbetreuung ermöglicht. Durch die Stärkung der Konsumentensouveränität kommt es zu einer Intensivierung des Wettbewerbs zwischen Anbietern, ohne dass es dabei zu einer Beeinträchtigung der Angebotsvielfalt kommen muss, wie das Beispiel Hamburg gezeigt hat. Gleichzeitig profitieren Eltern und Kinder von einer Verbesserung der Angebotsvielfalt und einer Angebotsgestaltung, die mehr den Präferenzen entspricht, als dies typischerweise bei einer Objektförderung zu erwarten ist. Die positiven Effekte eines Gutscheinsystems dürften umso größer ausfallen, je höher das bestehende Angebot an Betreuungsplätzen ist. Bislang ist allerdings unklar, ob ähnliche Erfolge wie in Hamburg auch in eher unterversorgten ländlichen Gebieten möglich sind. Aufgrund der geringen Anzahl von Anbietern und der damit verbundenen Einschränkung der elterlichen Wahlmöglichkeiten dürfte hier der durch das Gutscheinsystem induzierte Wettbewerbsdruck eher gering ausfallen.

4 Wettbewerbsdefizite und Gemeinnützigkeit

329. Das Gesamtsystem der deutschen Kinder- und Jugendhilfe ist historisch bedingt gekennzeichnet durch ein partnerschaftliches, enges Zusammenwirken öffentlicher Stellen und Trägern der Freien Wohlfahrtspflege (Korporatismus).³⁹⁰ Dieses Konstrukt eines jahrzehntelangen Closed Shop machte und macht es auch heute noch Dritten häufig schwer, Dienstleistungen auf dem Markt der Kinder- und Jugendhilfe anzubieten. Das SGB VIII von 1990 hat zu einer zumindest partiellen Aufwertung privater Träger, die nicht in den sechs Spitzenverbänden organisiert sind, in der Kinder- und Jugendhilfe geführt;³⁹¹ dennoch existieren noch immer zahlreiche Privilegien, die i. d. R. eng mit dem Status der Gemeinnützigkeit der Leistungserbringer verbunden sind.

330. Während umgangssprachlich unter „Gemeinnützigkeit“ ein gemeinwohlorientiertes und nicht auf Gewinnerzielung ausgelegtes Engagement verstanden wird, ist in dem hier betrachteten Zusammenhang die steuerrechtliche Definition der Gemeinnützigkeit, wie sie sich aus § 52 Abs. 1 der Abgabenordnung (AO) ergibt, relevant; der Gemeinnützigkeitsbegriff des SGB VIII ist zwar autonom, lehnt sich jedoch an den der AO an. Danach verfolgt eine Körperschaft „gemeinnützige Zwecke, wenn ihre Tätigkeit darauf ausgerichtet ist, die Allgemeinheit auf materiellem, geistigem oder sittlichem Gebiet selbstlos zu fördern. Eine Förderung der Allgemeinheit ist nicht gegeben, wenn der Kreis der Personen, dem die Förderung zugutekommt, fest abgeschlossen ist, z. B. Zugehörigkeit zu einer Familie oder zur Belegschaft eines Unternehmens, oder infolge seiner Abgrenzung, insbesondere nach räumlichen oder beruflichen Merkmalen, dauernd nur klein sein kann.“ § 52 Abs. 2 AO ergänzt die Definition der Gemeinnützigkeit um eine Auflistung gemeinnütziger Tätigkeiten, zu denen neben der Förderung der Jugend- und Altenhilfe (Nr. 4) bspw. auch die Förderung des Sports oder der Tierzucht zählt.

331. Der Status der Gemeinnützigkeit ist an eine Reihe von Voraussetzungen gebunden. So ergibt sich etwa aus dem Kriterium der Selbstlosigkeit nach § 55 Abs. 1 AO, dass Mittel zeitnah, d. h. innerhalb von zwei Jahren nach Zufluss, verwendet werden müssen und dass an Mitglieder sowie Gesellschafter keine Gewinne ausgeschüttet werden dürfen.³⁹² Dem gegenüber folgt aus dem Status der Gemeinnützigkeit eine Vielzahl von Privilegien, auf die im Weiteren näher eingegangen werden soll. Neben steuerrechtlichen Privilegien (nachfolgend 4.1) erhalten gemeinnützige Körperschaften bevorzugt Fördermittel für Kindertageseinrichtungen im Vergleich zu privaten Anbietern (nachfolgend 4.2). Zudem verfügen sie über ein Mitspracherecht in der Jugendhilfeplanung (nachfolgend 4.3).

³⁹⁰ Gemäß § 4 Abs. 1 SGB VIII soll die öffentliche Jugendhilfe mit der freien Jugendhilfe zum Wohl junger Menschen und ihrer Familien partnerschaftlich zusammenarbeiten. Sie hat dabei, die Selbstständigkeit der freien Jugendhilfe in Zielsetzung und Durchführung ihrer Aufgaben sowie in der Gestaltung ihrer Organisationsstruktur zu achten.

³⁹¹ Vgl. BReg, 14. Kinder- und Jugendbericht, a. a. O., S. 70.

³⁹² Vgl. § 55 Abs. 1 AO

4.1 Steuerliche Privilegien gemeinnütziger Träger

332. Die Steuerprivilegien, von denen als gemeinnützig anerkannte Organisationen profitieren, lassen sich grob in unmittelbare und mittelbare Privilegien unterscheiden. Während unmittelbare Steuervergünstigungen, wie etwa die Befreiung von der Körperschaftsteuer, die Steuerlast der Unternehmen direkt senken, führen mittelbare Steuerprivilegien, wie z. B. das Spendenprivileg, zu einer Senkung der Steuerlast Dritter.

333. Zu den unmittelbaren Steuervergünstigungen für gemeinnützige Einrichtungen zählt unter anderem die Befreiung von der Körperschaftsteuer. Nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG sind Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen, die ausschließlich und unmittelbar gemeinnützigen, mildtätigen oder kirchlichen Zwecken dienen, von der Körperschaftsteuer befreit. Vergleichbares gilt im Hinblick auf die Gewerbe- und Grundsteuer. Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen, die einem gemeinnützigen, mildtätigen oder kirchlichen Zweck dienen, sind nach § 3 Nr. 6 GewStG bzw. § 3 Abs. 1 Nr. 3 b GrStG grundsätzlich von der Gewerbe- und Grundsteuer befreit. Auch wenn rein gewerbliche Tätigkeiten gemeinnütziger Einrichtungen i. d. R. nicht steuerlich begünstigt werden, können Kindergärten und andere Betreuungseinrichtungen im Kinder- und Jugendbereich als sogenannte Zweckbetriebe nach § 68 AO von Körperschaft- und Gewerbesteuer befreit werden.³⁹³ Speziell Kindertageseinrichtungen in gemeinnütziger Trägerschaft sind zudem von der Umsatzsteuer befreit (§ 4 Nr. 25 UStG).

334. Hinzu kommen mittelbare Steuerprivilegien, wie bspw. das Spendenprivileg oder das sogenannte Übungsleiterprivileg, welche die Steuerlast Dritter senken und damit mittelbar den gemeinnützigen Organisationen zugutekommen. § 10 lit. b Abs. 1 EStG sieht vor, dass Zuwendungen (Spenden und Mitgliedsbeiträge) zur Förderung steuerbegünstigter Zwecke im Sinne der §§ 52 bis 54 AO in begrenztem Umfang als Sonderausgaben abgezogen werden können. Dabei ist eine der genannten Voraussetzungen für den Abzug, dass die Zuwendung an eine nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG steuerbefreite Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse getätigt wird. Zuwendungen an privat-wirtschaftliche Einrichtungen sind demnach nicht steuerlich absetzbar. Vergleichbares gilt in Bezug auf einkommensteuerrechtliche Vergünstigungen im Rahmen von Nebentätigkeiten für von der Körperschaftsteuer befreite gemeinnützige Einrichtungen. Gemäß § 3 Nr. 26 EStG werden Einnahmen aus diversen nebenberuflichen Tätigkeiten in einer Höhe von bis zu EUR 2.400 im Jahr von der Einkommenssteuer befreit (sogenanntes Übungsleiterprivileg).

335. Die Monopolkommission steht der steuerlichen Privilegierung einzelner, als gemeinnützig anerkannter Einrichtungen grundsätzlich kritisch gegenüber. Ökonomisch betrachtet kann eine steuerliche Subventionierung gerechtfertigt sein, wenn eine Leistung von privaten Anbietern nicht oder in geringerem Maße bereitgestellt würde, als dies gesamtwirtschaftlich wünschenswert wäre. Zu einer solchen Unterversorgung kann es kommen, wenn der Nutzen, den bestimmte Güter oder Leistungen für Dritte haben, bei der Bereitstellung nicht ausreichend berücksichtigt (internalisiert) wird. Leistungen aus dem Bereich der Mildtätigkeit i. S. d. § 53 AO können typischerweise hierzu gezählt werden. Bei vielen entgeltlichen Angeboten in der Kinder- und Jugendhilfe, für deren Inanspruchnahme regelmäßig ein Rechtsanspruch besteht, ist jedoch davon auszugehen, dass eine steuerliche Förderung im Sinne der Gemeinnützigkeit nicht nur nicht notwendig, sondern in vielfacher Hinsicht problematisch zu bewerten ist.

336. Eine Subventionierung gemeinnütziger Einrichtungen führt nicht nur zu einer Belastung öffentlicher Haushalte, da durch die Steuerbefreiungen Einnahmen wegfallen, sondern auch zu einer unzulässigen Verzerrung des Wettbewerbs zwischen Betreuungseinrichtungen in unterschiedlicher Trägerschaft. Es ist davon auszugehen, dass es sich dort, wo gemeinnützige Träger mit einem entgeltlichen Angebot in direkte

³⁹³ Eine Privilegierung von Trägern der öffentlichen und freien Jugendhilfe bei der Umsatzsteuer wurde durch eine Anpassung des § 4 Nr. 25 UStG mit Wirkung zum 1. Januar 2008 insoweit aufgehoben, als dass auch „andere Einrichtungen mit sozialem Charakter“ berücksichtigt wurden.

Konkurrenz zu den Leistungen anderer Trägern treten, um einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb handelt, der entsprechend als steuerpflichtig einzustufen ist, bzw. sein sollte.

337. So hat der Bundesfinanzhof 2012 in Bezug auf Kindergärten in kommunaler Trägerschaft entschieden, dass es sich um gewerbliche Betriebe handelt, die entsprechend Körperschaftsteuerpflichtig sind.³⁹⁴ In einem ähnlich gelagerten Fall hat 2013 das Finanzgericht Hamburg argumentiert, dass auch Kindergärten in kirchlicher Trägerschaft steuerpflichtig sind, wenn sie mit ihrem Angebot in Konkurrenz zu privaten Anbietern stehen und der kirchliche Verkündigungsauftrag in den Hintergrund tritt.³⁹⁵ Nach Ansicht der Monopolkommission erscheint es daher nur konsequent, auch Kindergärten in gemeinnütziger Trägerschaft der Steuerpflicht zu unterlegen, da auch hier von einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb in Konkurrenz zu privatwirtschaftlichen Anbietern auszugehen ist.

338. Eine steuerliche Privilegierung gemeinnütziger Anbieter kann auch nicht damit begründet werden, dass diese auf eine eigennützige Gewinnverwendung, wie sie privatwirtschaftlichen Anbietern grundsätzlich möglich ist, verzichten. Unabhängig davon, dass in der Praxis auch privatwirtschaftliche Einrichtungen ihre Überschüsse oft reinvestieren, ist die Erzielung von Überschüssen per se nicht gemeinwohlschädigend. Vielmehr ist sie Antrieb für effizientes Wirtschaften und die Belohnung für innovatives Handeln.

339. In Anbetracht der genannten Steuerprivilegien und der daraus resultierenden Wettbewerbsverzerrungen stellt sich die Frage nach einer besseren Möglichkeit zur Förderung und Schaffung von Betreuungsangeboten im Kinder- und Jugendbereich. Vorzugswürdig erscheint es, Förderungen generell stärker am Förderungszweck und weniger an der steuerrechtlichen Gemeinnützigkeit bestimmter Träger zu orientieren. Nur durch eine Förderung, die unabhängig von der Trägerschaft erfolgt, kann sichergestellt werden, dass es nicht zu Benachteiligungen einzelner Anbieter kommt. Ziel sollte es vielmehr sein, den Wettbewerb zu fördern, um Leistungen effizient bereitstellen zu können und innovative Lösungen zu fördern. Auch kann durch eine trägerunabhängige Förderung besser als bei einer trägerspezifischen Subventionierung sichergestellt werden, dass vergleichsweise teure oder qualitativ schlechte Anbieter nicht künstlich am Markt gehalten werden. Hiervon würden besonders die Leistungsberechtigten, also die Eltern und Kinder, profitieren.

4.2 Ungleiche Förderpraxis bei Kindertageseinrichtungen in unterschiedlicher Trägerschaft

340. Die Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen ist das mit Abstand größte Leistungsfeld der Kinder- und Jugendhilfe.³⁹⁶ Während in Deutschland nahezu jedes Kind im Alter zwischen drei und sechs Jahren eine Kindertageseinrichtung besucht (93,4 Prozent),³⁹⁷ ist die Betreuungsquote bei den unter Dreijährigen deutlich geringer. Zum 1. August 2013 hat das 2008 in Kraft getretene Kinderförderungsgesetz (KiföG) einen Rechtsanspruch auf einen Betreuungsplatz für Kinder im Alter von einem und zwei Jahren zur Förderung in einer Tageseinrichtung oder in der Kindertagespflege geschaffen (§ 24 SGB VIII).³⁹⁸ Der Ausbau der Kinderbetreuungsangebote für unter Dreijährige wurde in den letzten Jahren deutlich vorangetrieben. Im März 2012³⁹⁹ besuchten bundesweit über 558.000 Kinder im Alter von unter drei Jahren eine Kindertageseinrichtung oder wurden von einer Tagespflegeperson betreut. Das entsprach einer bundesweit durchschnittlichen Betreuungsquote von 27,6 Prozent (in Tageseinrichtungen 23,4 Prozent, in der Kindertagespflege 4,3

394 Bundesfinanzhof (BHF), Urteil vom 12. Juli 2012, I R 106/10.

395 In dem konkreten Fall ging es darum, ob ein kirchlicher Träger nach dem Erwerb eines Kindergartens Grunderwerbsteuer zahlen musste. Nach Ansicht des Finanzgerichtes stand einer Steuerbefreiung entgegen, dass das Grundstück überwiegend zum Betrieb gewerblicher Art im Sinne des § 4 Abs.1 KStG genutzt wird, vgl. Finanzgericht Hamburg, Urteil vom 5. Februar 2013, 3 K 74/12. Gegen die Entscheidung ist eine Revision zum BFH (II R 11/13) anhängig.

396 Vgl. hierzu BReg, 14. Kinder- und Jugendbericht, a. a. O., S. 24, Tab. 3.

397 Vgl. Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch Deutschland, Kinder- und Jugendhilfestatistik, Kinder unter 6 Jahren in Tageseinrichtungen und öffentlich geförderter Kindertagespflege am 1. März 2012, Abb. 2.6.16, S. 59.

398 Vgl. Art. 1 Nr. 6 des Gesetzes zur Förderung von Kindern unter drei Jahren in Tageseinrichtungen und in Kindertagespflege v. 10. Dezember 2008, BGBl. 2008 I, S. 2403.

399 Neuere bundesweite Zahlen liegen dem Statistischen Bundesamt nicht vor.

Prozent), im Jahr 2006 waren es noch 13,6 Prozent. Bund, Länder und Kommunen waren im Jahre 2007 im Zuge des „Krippengipfels“ übereingekommen, bundesweit bis 2013 rund 750.000 Betreuungsplätze für Kinder unter drei Jahren zu schaffen (das entspricht heute einer Quote von etwa 38 Prozent).⁴⁰⁰ Der Betreuungsbedarf der Eltern liegt nach einer aktuellen Erhebung des Deutschen Jugendinstituts (DJI) aus dem Jahr 2012 bundesweit bei durchschnittlich 39,4 Prozent, dabei variieren Betreuungsbedarf und Ausbauzustand in Abhängigkeit des Kindesalters und des Bundeslandes.⁴⁰¹ Die regionale Bedarfsermittlung übernehmen in den meisten Fällen die Jugendämter; in etwa einem Viertel der Fälle wird diese Aufgabe direkt durch die einzelnen kreisangehörigen Gemeinden übernommen.⁴⁰² 2013 hat der Bund zusätzliche Mittel zur Errichtung weiterer 30.000 Betreuungsplätze zur Verfügung gestellt.⁴⁰³

341. Anders als bei der schulgeldfreien Schule können Eltern nach § 90 Abs. 1 S. SGB VIII grundsätzlich an den Kosten der Tageseinrichtungen (bei Staffelung der Elternbeiträge) beteiligt werden. Auch die Tagespflege ist für Eltern zumeist nicht kostenfrei, die Gebühren variieren hier sehr stark. Insgesamt beteiligen sich Eltern mit geschätzt jährlich EUR 2,7 Mrd. an der Finanzierung von Kindertageseinrichtungen. Bei den Tageseinrichtungen in öffentlicher Trägerschaft übernehmen die Eltern somit im Jahr 2010 je nach Bundesland zwischen 8 und 29 Prozent der anfallenden Kosten.⁴⁰⁴

342. Die Vereinbarung des Krippengipfels sieht vor, dass Bund, Länder und Kommunen die Kosten für den Ausbau eines bedarfsgerechten Angebots von EUR 12 Mrd. gemeinsam tragen und der Bund davon ein Drittel.⁴⁰⁵ Obwohl die Kinderbetreuung und ihre Finanzierung eine verfassungsrechtliche Aufgabe von Ländern und Kommunen ist, unterstützt sie der Bund bis 2014 mit fast EUR 5,4 Mrd. bei dem ambitionierten Ziel des Baus und Betriebs neuer Betreuungsplätze. Ab 2015 trägt der Bund für den dauerhaften Betrieb der neu geschaffenen Plätze in Tageseinrichtungen und in der Kindertagespflege jährlich EUR 845 Mio. bei.⁴⁰⁶

343. Gemäß § 74a SGB VIII regelt das Landesrecht die Finanzierung von Tageseinrichtungen. Hiernach können grundsätzlich alle Träger von Einrichtungen, die die rechtlichen und fachlichen Voraussetzungen für den Betrieb der Einrichtung erfüllen, gefördert werden. Damit wird sichergestellt, dass der Betrieb einer Kindertagesstätte für alle Betreiber an die gleichen Anforderungen geknüpft ist. Der Bundesgesetzgeber hat dabei die Finanzierungsform der Entgeltübernahme⁴⁰⁷ für Kindertagesstätten in § 78a SGB VIII nicht fest-

400 Vgl. BMFSFJ, Dritter Zwischenbericht zur Evaluation des Kinderförderungsgesetzes, Berichtsjahr 2011, Berlin, Mai 2012, S. 1.

401 So ist der Betreuungsbedarf bei jüngeren Kindern geringer als bei älteren. Vgl. BMFSFJ, Vierter Zwischenbericht zur Evaluation des Kinderförderungsgesetzes, Berichtsjahr 2012, Berlin, Februar 2014, S. 2, 7, 14.

402 Die meisten Jugendämter planen den Bedarf ein bis zwei Jahre im Voraus und nutzen zur Ermittlung des Bedarfs verschiedene Methoden. Dabei reichen die Strategien der Jugendämter von der Auswertung der Einwohnermeldestatistiken über die Auswertung von Wartelisten von Kindertageseinrichtungen und Elternbefragungen. Eine besonders verlässliche Möglichkeit sind dabei die methodisch gesicherten und erprobten ortsspezifische Befragungen von Eltern mit Kindern unter drei Jahren. Demgegenüber sind landes- oder bundesweite repräsentative Bevölkerungsumfragen weniger geeignet, da der Betreuungsbedarf für unter dreijährige Kinder für die jeweilige Region stark von den Durchschnittswerten pro Bundesland abweichen kann. Vgl. BMFSFJ, Vierter Zwischenbericht zur Evaluation des Kinderförderungsgesetzes, a. a. O., S. 16, 37.

403 Vgl. Gesetz zur zusätzlichen Förderung von Kindern unter drei Jahren in Tageseinrichtungen und in Kindertagespflege vom 15. Februar, BGBl. I S. 250 (Nr. 8), 20. Februar 2013.

404 Gemeint sind Personal- und sonstige Kosten, ohne Investitionsausgaben. Vgl. Autorengruppe Bildungsberichterstattung, Der 4. Bildungsbericht, Bildung in Deutschland 2012, a. a. O., S. 54 und Abb. C2-9web. In der Kinder- und Jugendhilfestatistik zu den Ausgaben und Einnahmen werden i. d. R. nur die Einnahmen von Einrichtungen der öffentlichen Träger betrachtet. Gebühren für den Besuch einer Einrichtung in nicht-öffentlicher Trägerschaft werden i. d. R. direkt an die Einrichtung bzw. den Träger gezahlt und erscheinen somit nicht im öffentlichen Haushalt. Um sich mit einer Schätzung der Höhe der Gesamteinnahmen zu nähern, werden die durchschnittlichen Gebühren für eine täglich achtstündige Betreuung bei öffentlichen Trägern berechnet und mit der Anzahl der achtstündigen Betreuungen bei freien Trägern multipliziert.

405 Vgl. BMFSFJ, Dritter Zwischenbericht zur Evaluation des Kinderförderungsgesetzes, Berichtsjahr 2011, a. a. O., S. 1.

406 Vgl. BMFSFJ, Vierter Zwischenbericht zur Evaluation des Kinderförderungsgesetzes, a. a. O., S. 21.

407 Bei dem Finanzierungsweg der Entgeltübernahme übernimmt der Träger der öffentlichen Jugendhilfe die für den Besuch der Tageseinrichtungen entstehenden Kosten, wobei vorher zwischen den öffentlichen Trägern und den

geschrieben, sodass die Bundesländer Kindertageseinrichtungen z. T. mit – nach Trägerschaft differenzierenden – Zuwendungen fördern.

344. Die Art der Finanzierungshilfen ist heterogen. Zudem differenzieren einige Ausführungsgesetze der Länder zu Tageseinrichtungen für Kinder (sogenannte Kita-Gesetze) hinsichtlich ihrer Fördermaßnahmen nach der Trägerschaft einer Kindertageseinrichtung und stellen damit privat-wirtschaftliche Einrichtungen wettbewerblich schlechter.

So werden in Bremen keine privatwirtschaftlichen Träger gefördert. § 18 i. V. m. § 8 Abs. 1 des Gesetzes zur Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und in Tagespflege (BremKTG)⁴⁰⁸ verweist nur auf freie Träger nach § 8 Abs. 1 BremKTG, worunter lediglich anerkannten Träger der freien Jugendhilfe, gemeinnützige Elternvereine und andere, in der Gruppenarbeit mit Kindern erfahrene gemeinnützige Vereinigungen sowie die Stadtgemeinden gefasst werden, sodass eine privatwirtschaftliche oder betriebliche Trägerschaft entsprechender Kindertageseinrichtungen und deren Förderung in Bremen nicht möglich ist.⁴⁰⁹ In Nordrhein-Westfalen erhalten privatwirtschaftliche Träger keinen Landeszuschuss für Kindertageseinrichtungen und keinen Zuschuss des Jugendamts (§§ 20, 21 Kinderbildungsgesetz, KiBiz), in Schleswig-Holstein werden privatwirtschaftliche Träger bei der Finanzierung von Baumaßnahmen und Betriebskosten ausgeklammert (§§ 23 Abs. 1, 25 Abs. 1 Gesetz zur Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und Tagespflegestellen, Kindertagesstättengesetz, KiTaG Schleswig-Holstein⁴¹⁰).

345. In Niedersachsen, Berlin, Rheinland-Pfalz und Sachsen-Anhalt ist eine gleichberechtigte Förderung privater Tageseinrichtungen ebenfalls nicht vorgesehen, Ausnahmen bilden hier jedoch Betriebskindergärten. So ist in Niedersachsen die Gewährung von Landesleistungen von Tageseinrichtungen für privatwirtschaftliche Einrichtungen nicht vorgesehen, eine Ausnahme bilden Betriebskindergärten (§ 15 des Gesetzes über Tageseinrichtungen für Kinder, KiTaG).⁴¹¹ Auch in Berlin, Rheinland-Pfalz und Sachsen-Anhalt erfüllen privatwirtschaftliche Einrichtungen nicht die Voraussetzung zur Gewährung von Landesleistungen, Betriebskindergärten bilden indes eine Ausnahme (§ 23 Abs. 3 Nr. 1 und § 24 Kindertagesförderungsgesetz, KitaFöG Berlin⁴¹²; § 10 Kindertagesstättengesetz Rheinland-Pfalz⁴¹³ und § 9 des Gesetzes zur Förderung und Betreuung von Kindern in Tageseinrichtungen und in Tagespflege des Landes Sachsen-Anhalt, Kinderförderungsgesetz, KiFöG)⁴¹⁴.

346. Soll die Kinder- und Jugendhilfe „durch die Vielfalt von Trägern unterschiedlicher Wertorientierungen und die Vielfalt von Inhalten, Methoden und Arbeitsformen“ (§ 3 Abs. 1 SGB VIII) gekennzeichnet sein und sollen Leistungsberechtigte das Recht haben, „zwischen Einrichtungen und Diensten verschiedener Träger zu wählen und Wünsche hinsichtlich der Gestaltung der Hilfe zu äußern“ (§ 5 Abs. 1 SGB VIII), dann sollten

Trägern der Einrichtungen Vereinbarungen unter anderem über die Kosten abgeschlossen werden, die dann übernommen werden, wenn die Kinder die jeweiligen Einrichtungen besuchen; vgl. Münder, J., Die Finanzierung der Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen durch den Staat, in: Münder, J./Wehrmann, I., Förderung in Kindertageseinrichtungen, Rechtsanspruch, Finanzierung, Bedarfsplanung, Chancengerechtigkeit, Schriftenreihe Band 2, Ibbenbüren 2013, S. 12.

408 Vgl. Bremisches Gesetz zur Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und in Tagespflege (Bremisches Tageseinrichtungs- und Kindertagespflegegesetz, BremKTG) vom 19. Dezember 2000 (Brem.GBl. S. 491).

409 Gemäß § 18 BremKTG sollen freie Träger im Rahmen der jeweiligen Angebots- und Finanzplanungen Zuwendungen von den Stadtgemeinden für die notwendigen Neu-, Um- oder Erweiterungsbauten von Tageseinrichtungen und zu den angemessenen Personal- und Sachausgaben für den laufenden Betrieb von Tageseinrichtungen erhalten.

410 Vgl. Gesetz zur Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und Tagespflegestellen (Kindertagesstättengesetz, KiTaG) vom 12. Dezember 1991 (GVOBl. 1991 S. 651).

411 Vgl. Gesetz über Tageseinrichtungen für Kinder in der Fassung vom 7. Februar 2002 (Nds. GVBl. 2002 S. 57).

412 Vgl. Gesetz zur Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und Kindertagespflege (Kindertagesförderungsgesetz, KitaFöG) in der Fassung vom 23. Juni 2005 (GVBl. S. 322).

413 Vgl. Kindertagesstättengesetz Rheinland-Pfalz vom 15. März 1991 (GVBl. S. 79).

414 Vgl. Gesetz zur Förderung und Betreuung von Kindern in Tageseinrichtungen und in Tagespflege des Landes Sachsen-Anhalt (Kinderförderungsgesetz, KiFöG) vom 5. März 2003 (GVBl. LSA 2003 S. 48).

die Länder auch für alle Träger dieselben Voraussetzungen („Level-Playing-Field“) schaffen und private Anbieter nicht bei der Gewährung von Finanzierungshilfen schlechterstellen. Das gewährleistete Wunsch- und Wahlrecht für Leistungsberechtigte gemäß § 5 Abs. 1 SGB VIII ist dabei nicht so zu interpretieren, dass sich die Leistungsberechtigten lediglich zwischen kommunalen und bereits etablierten großen freien Trägern entscheiden können.⁴¹⁵ Vielmehr ist es auch mit Blick auf das Leistungsangebot neuer und/oder kleiner Wettbewerber zu sehen, die in Zeiten flexibler Arbeitsmarktverhältnisse adäquate Kinderbetreuungsangebote liefern können. Möglicherweise ist die bisherige Dominanz konfessioneller Träger von 46 Prozent (2011)⁴¹⁶ bei den Plätzen in Kindertageseinrichtungen für Drei- bis Sechsjährige - mit Blick auf das Zurücktreten des Einflusses der Kirchen in der Gesellschaft - nicht ausschließlich Ausdruck eines Nachfragewunsches, sondern vielleicht mangelnder Alternativen für die Eltern. 2011 waren bezogen auf die Plätze in Kindertageseinrichtungen für Drei- bis Sechsjährige in Westdeutschland lediglich ein Prozent der Träger Wirtschaftsunternehmen. 33 Prozent waren öffentliche Träger, jeweils sieben Prozent sonstige Wohlfahrtsverbände und sonstige juristische Personen, andere Vereinigungen (wie z. B. Elternvereine); der Paritätische Wohlfahrtsverband stellte sechs Prozent der Plätze.

347. Aus Sicht der Monopolkommission sind notwendige Fördermaßnahmen unabhängig von der Trägerschaft zu gewähren. Eine vielfältige Trägerlandschaft ist nach § 3 Abs. 1 SGB VIII gewollt und hat den Vorteil, dass der Heterogenität von Bedürfnissen schneller und differenzierter begegnet werden könnte und dass die gestiegene Konkurrenz zwischen den Anbietern die Chancen dafür erhöht, dass sich innovative Ideen und neue fachliche Arbeitskonzepte und Organisationsformen entwickeln.⁴¹⁷ Auch das Recht von Leistungsberechtigten zur Äußerung von Wünschen hinsichtlich der Leistungsgestaltung aus § 5 Abs. 1 SGB VIII dürfte dann am wirksamsten sein, wenn die Option eines Wechsels in eine alternative Kinderbetreuungseinrichtung tatsächlich vorhanden ist. Dasselbe Argument gilt im Übrigen auch für die Beschäftigten etablierter Wohlfahrtsinstitutionen, deren Verhandlungsposition dadurch gestärkt würde, dass ihnen mehr Wechselmöglichkeiten in Form alternativer Arbeitgeber zur Verfügung stünden.

4.3 Institutionelles Wettbewerbshemmnis: Der Jugendhilfeausschuss

348. Das Jugendamt ist eine Agentur des Helfens, institutionalisierter Ausdruck des staatlichen Wächteramtes, Akteur im Sozialraum, aber insbesondere Dienstleister für junge Menschen und Familien.⁴¹⁸ Der Jugendhilfeausschuss hat Beschlussrecht in Angelegenheiten der Jugendhilfe im Rahmen der von der Vertretungskörperschaft bereitgestellten Mittel, der von ihr erlassenen Satzung und der von ihr gefassten Beschlüsse (§ 71 Abs. 3 Satz 1 SGB VIII). Dies zeigt seinen hohen Stellenwert.

349. Die Aufgaben des Jugendamts werden durch den Jugendhilfeausschuss und durch die Verwaltung des Jugendamts wahrgenommen, § 70 Abs. 1 SGB VIII. Der Jugendhilfeausschuss ist das zentrale Steuerungsgremium des Jugendamtes, § 71 Abs. 2, 3 SGB VIII. Seine Zusammensetzung ergibt sich aus § 71 Abs. 1 SGB VIII. Hiernach gehören dem Jugendhilfeausschuss als stimmberechtigte Mitglieder mit drei Fünfteln des Anteils der Stimmen Mitglieder der Vertretungskörperschaft des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe oder von ihr gewählte Vertreter, die in der Jugendhilfe erfahren sind, an. Zwei Fünftel des Anteils der

415 So aber z. B. in der Rahmenvereinbarung über Erziehungs- und Familienberatung im Land Berlin: „Die Vereinbarung dient weiterhin dem Zweck, das Wunsch- und Wahlrecht der Bürgerinnen und Bürger gemäß § 5 SGB VIII sicherzustellen. Dazu gehört insbesondere auch die Möglichkeit, zwischen den Beratungsstellen verschiedener freier Träger und denen der Bezirke wählen zu können sowie eine Erziehungs- und Familienberatungsstelle außerhalb des eigenen Bezirks aufzusuchen.“ Zu den freien Trägern zählten bei diesen Vereinbarungen alle Spitzenverbände der Freien Wohlfahrtspflege, mit Ausnahme der Zentralwohlfahrtsstelle der Juden in Deutschland (ZWST); vgl. Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Sport und die Bezirksämtern von Berlin Berlin, http://sfbb.berlin-brandenburg.de/sixcms/media.php/5488/rahmenvereinbarung_familienberatung_15374754.pdf, Abruf am 3. April 2014.

416 Vgl. BReg, 14. Kinder- und Jugendbericht, a. a. O., S. 481, Abb. A10-2.

417 So haben die Leistungsberechtigten qua Gesetz das Recht, zwischen Einrichtungen und Diensten verschiedener Träger zu wählen und Wünsche hinsichtlich der Gestaltung der Hilfe zu äußern, § 5 SGB VIII.

418 Vgl. BReg, 14. Kinder- und Jugendbericht, a. a. O., S. 50.

Stimmen entfallen auf Mitglieder, die auf Vorschlag der im Bereich des öffentlichen Trägers wirkenden und anerkannten Träger der freien Jugendhilfe von der Vertretungskörperschaft gewählt werden; Vorschläge der Jugendverbände und der Wohlfahrtsverbände sind dabei angemessen zu berücksichtigen. Gemäß Landes- und Satzungsrecht können dem Jugendhilfeausschuss weitere Personen als beratende Mitglieder angehören, § 71 Abs. 5 SGB VIII. Dabei ist die Anerkennung als Träger der freien Jugendhilfe nach § 75 SGB VIII Voraussetzung für die stimmberechtigte Mitgliedschaft als Träger (§ 71 Abs. 1 Nr. 2 SGB VIII) im Jugendhilfeausschuss sowie der Beteiligung an der Jugendhilfeplanung (§ 80 SGB VIII). Über die Anerkennung entscheidet der Jugendhilfeausschuss.

350. Anerkannte Träger der freien Jugendhilfe verfügen im Wohlfahrtsausschuss also über ein wesentliches Mitspracherecht hinsichtlich der Jugendhilfeplanung, der finanziellen Ausstattung und der Auswahl der zu fördernden Maßnahmen. Im Rahmen der Jugendhilfeplanung⁴¹⁹ werden der Bedarf zentral ermittelt bzw. festgelegt, erforderliche Kapazitäten beschlossen und die Maßnahmen konkret umgesetzt.⁴²⁰ Anerkannte Träger entscheiden mit einem Anteil von zwei Fünftel der Stimmen über durchzuführende Maßnahmen und anzubietende Leistungen und damit gegebenenfalls ihre eigene Förderung.

351. Dass neben den Kommunal- und Bürger- einseitig die Interessen anerkannter Träger der freien Jugendhilfe in die Arbeit des Jugendhilfeausschusses einfließen, scheint insoweit nicht unproblematisch. Privatwirtschaftliche Träger haben keinen Anspruch auf Sitz und Stimme in den Jugendhilfeausschüssen, da sie oft Einzelunternehmer sind bzw. ihnen die steuerrechtliche Anerkennung der Gemeinnützigkeit fehlt. Dabei ist umstritten, ob die in § 75 Abs. 1 Nr. 2 SGB VIII genannte Verfolgung gemeinnütziger Ziele mit der steuerrechtlichen Befreiung von der Körperschaftsteuer gleichzusetzen ist.⁴²¹ Anerkannte Träger der freien Jugendhilfe nehmen Einfluss auf die Planung und Verteilung der Mittel, sodass sich stimmberechtigte, als frei anerkannte, Träger im Jugendhilfeausschuss unter Umständen ihre eigene Nachfrage schaffen können. Dies kommt als eine mögliche Erklärung für das deutliche Ausgabenwachstum im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe in Betracht.

352. Jugendämter haben als „organisatorisches Herzstück“ der Kinder- und Jugendhilfe eine starke Verhandlungsposition inne. Sie nehmen nicht nur die Leistungsverpflichtung der öffentlichen Träger wahr, sondern sind oftmals auch Leistungserbringer und faktisch Zulassungsbehörde für neue Angebote, indem sie Leistungs-, Qualitäts- und Entgeltvereinbarungen mit Trägern abschließen. Eine Erweiterung des Akteurspektrums bedingt allerdings aus Sicht etablierter Akteure eine Reihe von Nachteilen: So nehmen mit dem Kreis der Teilnehmer die Transaktionskosten zu; die Verhandlungsergebnisse werden unberechenbarer.⁴²² Mitunter ignorieren Jugendämter Angebote von Newcomern und bevorzugen als Vertragspartner weiterhin etablierte Anbieter, was auch durch personelle Verflechtungen der Verbände mit der Sozialadministration und den örtlichen Parteien begünstigt werden dürfte.⁴²³ Die starke Marktposition des Jugendamtes bewirkt, dass andere private Träger den Rechtsweg auch mit Blick auf den künftigen Nachfrager scheuen. All dies

419 Die Träger der öffentlichen Jugendhilfe haben im Rahmen ihrer Planungsverantwortung den Bestand an Einrichtungen und Diensten festzustellen, den Bedarf unter Berücksichtigung der Wünsche, Bedürfnisse und Interessen der jungen Menschen und der Personensorgeberechtigten für einen mittelfristigen Zeitraum zu ermitteln und die zur Befriedigung des Bedarfs notwendigen Vorhaben rechtzeitig und ausreichend zu planen; dabei ist Vorsorge zu treffen, dass auch ein unvorhergesehener Bedarf befriedigt werden kann (§ 80 Abs. 1 SGB VIII). Die Träger der öffentlichen Jugendhilfe haben die anerkannten Träger der freien Jugendhilfe in allen Phasen ihrer Planung frühzeitig zu beteiligen. Zu diesem Zwecke sind sie vom Jugendhilfeausschuss, soweit sie überörtlich tätig sind, im Rahmen der Jugendhilfeplanung des überörtlichen Trägers vom Landesjugendhilfeausschuss zu hören. Das Nähere regelt das Landesrecht (§ 80 Abs. 3 SGB VIII).

420 Vgl. bereits Monopolkommission, XII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 629.

421 Vgl. Fn 304.

422 Vgl. Grohs, S., Modernisierung kommunaler Sozialpolitik, Anpassungsstrategien im Wohlfahrtskorporatismus, a. a. O., S. 244.

423 Vgl. zu dem Aspekt der personellen Verflechtung Grohs, S., Modernisierung kommunaler Sozialpolitik, Anpassungsstrategien im Wohlfahrtskorporatismus, a. a. O., S. 239.

erschwert Newcomern vielfach den Marktzugang und behindert die nachfragegerechte Veränderung der Träger- und Angebotspluralität.

353. Positiv ist, dass die Öffentlichkeit der Sitzungen in § 71 Abs. 3 Satz 4 SGB VIII für den Jugendhilfeausschuss festgeschrieben ist; Ähnliches gilt typischerweise nach Landesrecht für den Landesjugendhilfeausschuss.⁴²⁴ Dass in den Jugendhilfeausschüssen neben Vertretern der Gebietskörperschaft auch Vertreter der anerkannten freien Jugendhilfe stimmberechtigt sind, ist indes aus Sicht der Monopolkommission problematisch, da sich in den Jugendhilfeausschüssen insoweit nur zu einem Teil die politischen Mehrheitsverhältnisse der Vertretungskörperschaft widerspiegeln. Die Monopolkommission sieht einen Interessenkonflikt und eine Minderung der Entscheidungsqualität, wenn anerkannte Träger der freien Jugendhilfe an Entscheidungen beteiligt sind, von denen sie mitunter in erheblichem Maße selbst tangiert werden.

Die Monopolkommission fordert daher, ein Stimmrecht ausschließlich dem öffentlichen Wohl verpflichteten politisch legitimierten Mitgliedern der Vertretungskörperschaft des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe bzw. von der Vertretungskörperschaft gewählten Personen einzuräumen, die in der Jugendhilfe erfahren sind. Andere Akteure sollten eine Beratungsfunktion innehaben und auf diese Weise ihre Erfahrungen und Vorschläge einbringen. Die Jugendhilfeausschüsse sind als breite Kommunikationsplattform konzipiert und sollten mit Blick darauf insbesondere Newcomern Beteiligungsmöglichkeiten einräumen. Nur durch echte Chancengleichheit vor den Jugendhilfeausschüssen kann die dynamische Angebotspluralität sichergestellt werden, die eine Verwirklichung des Wunsch- und Wahlrechts nach § 5 Abs. 1 SGB VIII erlaubt.

5 Zusammenfassung der Handlungsempfehlungen

354. In der Kinder- und Jugendhilfe hat es seit Erscheinen des XII. Hauptgutachtens der Monopolkommission in 1998 zu der Wettbewerbssituation auf den Wohlfahrtsmärkten eine Reihe von wettbewerblichen Fortschritten gegeben, allerdings identifiziert die Monopolkommission noch immer Wettbewerbshindernisse. Grundsätzlich erscheint dringend wünschenswert, in der Kinder- und Jugendhilfe die Transparenz und die institutionenübergreifende Erhebung und Nutzung (volks-)wirtschaftlich relevanter, disaggregierter Daten (z. B. konkrete Fördersummen der öffentlichen Hand) zu verbessern.

5.1 Grundfreiheiten und Kartellrecht

355. Die vier Grundfreiheiten der europäischen Verträge gelten grundsätzlich auch im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe. Daraus ergeben sich insbesondere Ansprüche privater Anbieter auf Transparenz und Diskriminierungsfreiheit. Parallel ist das deutsche und das europäische Kartellrecht je nach Konstellation, Sachbereich und genauer Ausgestaltung der einzelnen Beziehungen durchaus auch im Bereich des SGB VIII anwendbar. Hier ist insoweit von erheblicher Bedeutung, dass der Leistungsempfänger insbesondere auf Grundlage des Wunsch- und Wahlrechts im Mittelpunkt steht und insoweit zentral substantielle und weitreichende marktliche Elemente vorgesehen sind.

5.2 Beihilferecht

356. Die Anwendbarkeit des europäischen Beihilferechts im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe hängt maßgeblich von der jeweiligen Ausgestaltung ab. Grundsätzlich haben die Mitgliedstaaten die Möglichkeit, die Leistungserbringung wettbewerbsfern auszugestalten. Vielfach dürften insoweit in Deutschland jedoch eine wirtschaftliche Tätigkeit vorliegen und entsprechende Zahlungsflüsse grundsätzlich dem Beihilferecht unterliegen. Auch soweit die Leistungserbringer mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI) gemäß Art. 106 Abs. 2 AEUV betraut sind, wird die Geltung des Unionsrechts nur inso-

⁴²⁴ Vgl. z. B. für Nordrhein-Westfalen § 10 Abs. 2 des Ersten Gesetzes zur Ausführung des Kinder- und Jugendhilfegesetzes (AG - KJHG) vom 17. März 2014.

weit eingeschränkt, als die Anwendung dieser Vorschriften die Erfüllung der diesen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindern würde.

5.3 Vergaberecht

357. Ob das Vergaberecht auf die Kinder- und Jugendhilfe Anwendung findet, ist nicht vollständig geklärt. In jedem Fall kommt es entscheidend auf die genaue Ausgestaltung des Leistungsverhältnisses an. Hohe Transaktionskosten, die bislang Vergabeverfahren unattraktiv erscheinen lassen, sollten durch das Anknüpfen an Verfahrens- und Dokumentmuster, Best-Practices etc. sowie institutionenübergreifende Erfahrungen und Lerneffekte erheblich reduziert werden können.

Aktuell unterliegt das europäische Vergaberecht einer Reformierung. Die Monopolkommission begrüßt das neue europäische Vergaberichtlinienpaket, da es bisherigen Bedenken gegen die Anwendung des Vergaberechts auf die Kinder- und Jugendhilfe in Form eines neuen „Sozialvergaberechts“ Rechnung trägt. Über die in den neuen Vergaberichtlinien vorgesehene Vereinfachung von Vergaben hinaus müssen die Möglichkeiten zum zentralen Aufbau von Verfahrenswissen und zur Erleichterung institutionenübergreifenden Erfahrungsaustauschs ausgeschöpft werden. Zentral erscheint der Monopolkommission ferner, die Potenziale einer Steigerung der Transparenz auch im sozialen Bereich zu nutzen. Nicht zuletzt die durch die neuen Vergaberichtlinien vorgeschriebene e-Vergabe und darauf aufbauende öffentliche und verwaltungsinterne Plattformen bieten hier vielfältige Anknüpfungspunkte. Zukünftig ist zu erwarten, dass Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe insbesondere unter Geltung des zu schaffenden Sozialvergaberechts verstärkt ausgeschrieben werden. So werden etwa ab 2016 auch Dienstleistungskonzessionen als vergaberechtlich relevant eingestuft.

5.4 Entgeltreform

358. Bei der Entgeltreform ermutigt die Monopolkommission die Kommunen, die Fortführung durch eine konsequente Anwendung von Leistungs-, Entgelt- und Qualitätsentwicklungsvereinbarungen weiter voranzutreiben. Dabei verkennt die Monopolkommission nicht die besonderen Schwierigkeiten bei der Beurteilung der Qualität von Leistungen. Hier scheint insoweit für Kommunen ein Überblick über Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe in Form landes- sowie möglicherweise bundesweiter Datenbanken hilfreich, um daraus für die Zukunft Bewertungsregeln und -kriterien ableiten zu können, die Kostentransparenz zu verbessern und Anbieter so besser vergleichen zu können. In diesem Kontext erachtet die Monopolkommission auch die Möglichkeit einer Leistungsbewertung hinsichtlich bestimmter Kriterien in allen Bereichen der Kinder- und Jugendhilfe durch betroffene Familien als hilfreich für eine Leistungs- und Qualitätsmessung. Bezogen auf die frühkindliche Bildung in Kindertageseinrichtungen könnten die landesweiten Sprachstandserhebungen, welche die sprachliche Entwicklung der Kinder 6 bis 24 Monate vor der Einschulung untersuchen, ein Anknüpfungspunkt zur Einschätzung der Qualität von Kindertageseinrichtungen sein.

359. In Anbetracht steigender Ausgaben für den Ausbau von Kindertageseinrichtungen und begrenzter finanzieller Ressourcen der öffentlichen Haushalte spricht sich die Monopolkommission dafür aus, bei der Vergabe von Kinderbetreuungsplätzen stärker als bisher auf Gutscheinsysteme nach dem Vorbild Hamburgs und Berlins zu setzen. Als Alternative zur herkömmlichen Objektförderung stärken Gutscheine das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsempfänger und erlauben diesen, mehr Einfluss auf die quantitative und qualitative Ausgestaltung des Betreuungsangebotes zu nehmen. Gleichzeitig wird dadurch der Wettbewerb zwischen verschiedenen Anbietern gestärkt. Dabei dürften die positiven Effekte eines Gutscheinsystems umso größer ausfallen, je höher das bestehende Angebot an Betreuungsplätzen ist. Bislang ist allerdings unklar, ob ähnliche Erfolge wie in Hamburg auch in eher unterversorgten ländlichen Gebieten möglich sind.

5.5 Steuerliche Privilegien gemeinnütziger Träger

360. Das jahrzehntelange partnerschaftliche Zusammenwirken von öffentlichen Stellen und Trägern der Freien Wohlfahrtspflege machte und macht es auch heute noch Dritten häufig schwer, Dienstleistungen auf dem Markt der Kinder- und Jugendhilfe anzubieten. Das SGB VIII von 1990 hatte eine zumindest partielle Aufwertung privater Träger, die nicht in den sechs Spitzenverbänden organisiert sind, zur Folge. Dennoch existieren nach Auffassung der Monopolkommission noch immer zahlreiche Privilegien, die i. d. R. eng mit dem Status der Gemeinnützigkeit der Leistungserbringer verbunden sind.

361. Im Gegensatz zu privat-wirtschaftlichen Anbietern profitieren gemeinnützige Organisationen von einer Vielzahl von Steuerprivilegien, wie etwa der Befreiung von der Körperschaftsteuer, dem Spendenprivileg und dem Übungsleiterprivileg. Die Monopolkommission steht einer solchen Privilegierung einzelner, als gemeinnützig anerkannter Einrichtungen grundsätzlich kritisch gegenüber. Ökonomisch betrachtet kann eine steuerliche Subventionierung etwa im Bereich der Mildtätigkeit gerechtfertigt sein, wenn eine Leistung von privaten Anbietern nicht oder in geringerem Maße bereitgestellt würde, als dies gesamtwirtschaftlich wünschenswert wäre. Zu einer solchen Unterversorgung kann es kommen, wenn der Nutzen, den bestimmte Güter oder Leistungen für Dritte haben, bei der Bereitstellung nicht ausreichend berücksichtigt (internalisiert) wird. Bei vielen entgeltlichen Angeboten in der Kinder- und Jugendhilfe, für deren Inanspruchnahme regelmäßig ein Rechtsanspruch besteht, ist jedoch davon auszugehen, dass eine steuerliche Förderung im Sinne der Gemeinnützigkeit nicht nur nicht notwendig, sondern in vielfacher Hinsicht problematisch zu bewerten ist. Dies gilt um so mehr, wenn es dadurch zu Wettbewerbsverzerrungen kommt.

5.6 Ungleiche Förderpraxis von Kindertageseinrichtungen in unterschiedlicher Trägerschaft

362. Die Monopolkommission kritisiert die ungleiche Förderpraxis von Kindertageseinrichtungen auf Länderebene zulasten privat-wirtschaftlicher Anbieter. Aus Sicht der Monopolkommission sind notwendige Fördermaßnahmen, besonders mit Blick auf den massiven erforderlichen Ausbaubedarf an Kindertageseinrichtungen, unabhängig von der Trägerschaft zu gewähren. Eine vielfältige Trägerlandschaft ist nach § 3 Abs. 1, 4 Abs. 2 SGB VIII gesetzlich vorgesehen und hat den Vorteil, dass der Heterogenität von Bedürfnissen schneller und differenzierter begegnet werden kann und dass die gestiegene Konkurrenz zwischen den Anbietern die Chancen dafür erhöht, dass sich innovative Ideen und neue fachliche Arbeitskonzepte und Organisationsformen entwickeln.

5.7 Institutionelles Wettbewerbshindernis: Der Jugendhilfeausschuss

363. Im Jugendhilfeausschuss, dem zentralen Steuergremium des Jugendamtes, verfügen neben den öffentlichen die anerkannten Träger der freien Jugendhilfe über ein wesentliches Mitspracherecht hinsichtlich der Jugendhilfeplanung, der finanziellen Ausstattung und der Auswahl der zu fördernden Maßnahmen. Die Monopolkommission sieht einen Interessenkonflikt und eine Minderung der Entscheidungsqualität, wenn Vertreter anerkannte Träger der freien Jugendhilfe an Entscheidungen beteiligt sind, von denen sie mitunter in erheblichem Maße selbst tangiert werden. Die Monopolkommission fordert daher, ein Stimmrecht ausschließlich dem öffentlichen Wohl verpflichteten politisch legitimierten Mitgliedern der Vertretungskörperschaft des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe bzw. von der Vertretungskörperschaft gewählten Personen einzuräumen, die in der Jugendhilfe erfahren sind. Andere Akteure sollten eine Beratungsfunktion innehaben und auf diese Weise ihre Erfahrungen und Vorschläge einbringen.

Bisherige Gutachten der Monopolkommission

Alle Veröffentlichungen erscheinen im Nomos-Verlag, Baden-Baden.

Hauptgutachten

Hauptgutachten I:	(1973/1975):	Mehr Wettbewerb ist möglich. 1976, 2. Aufl. 1977.
Hauptgutachten II:	(1976/1977):	Fortschreitende Konzentration bei Großunternehmen. 1978.
Hauptgutachten III:	(1978/1979):	Fusionskontrolle bleibt vorrangig. 1980.
Hauptgutachten IV:	(1980/1981):	Fortschritte bei der Konzentrationserfassung. 1982.
Hauptgutachten V:	(1982/1983):	Ökonomische Kriterien für die Rechtsanwendung. 1984.
Hauptgutachten VI:	(1984/1985):	Gesamtwirtschaftliche Chancen und Risiken wachsender Unternehmensgrößen. 1986.
Hauptgutachten VII:	(1986/1987):	Die Wettbewerbsordnung erweitern. 1988.
Hauptgutachten VIII:	(1988/1989):	Wettbewerbspolitik vor neuen Herausforderungen. 1990.
Hauptgutachten IX:	(1990/1991):	Wettbewerbspolitik oder Industriepolitik. 1992.
Hauptgutachten X:	(1992/1993):	Mehr Wettbewerb auf allen Märkten. 1994.
Hauptgutachten XI:	(1994/1995):	Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs. 1996.
Hauptgutachten XII:	(1996/1997):	Marktöffnung umfassend verwirklichen. 1998.
Hauptgutachten XIII:	(1998/1999):	Wettbewerbspolitik in Netzstrukturen. 2000.
Hauptgutachten XIV:	(2000/2001):	Netzwettbewerb durch Regulierung. 2003.
Hauptgutachten XV:	(2002/2003):	Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“. 2005.
Hauptgutachten XVI:	(2004/2005):	Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor! 2006.
Hauptgutachten XVII:	(2006/2007):	Weniger Staat, mehr Wettbewerb. 2008.
Hauptgutachten XVIII:	(2008/2009):	Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen. 2010.
Hauptgutachten XIX:	(2010/2011):	Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen. 2012.
Hauptgutachten XX:	(2012/2013):	Eine Wettbewerbsordnung für die Finanzmärkte. 2014.

Sondergutachten

- Sondergutachten 1: Anwendung und Möglichkeiten der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen seit Inkrafttreten der Kartellgesetznovelle. 1975, 2. Aufl. 1977.
- Sondergutachten 2: Wettbewerbliche und strukturelle Aspekte einer Zusammenfassung von Unternehmen im Energiebereich (VEBA/Gelsenberg). 1975.
- Sondergutachten 3: Zusammenschlußvorhaben der Kaiser Aluminium & Chemical Corporation, der Preussag AG und der Vereinigte Industrie-Unternehmungen AG. 1975.
- Sondergutachten 4: Zusammenschluß der Deutsche Babcock AG mit der Artos-Gruppe. 1977.
- Sondergutachten 5: Zur Entwicklung der Fusionskontrolle. 1977.
- Sondergutachten 6: Zusammenschluß der Thyssen Industrie AG mit der Hüller Hille GmbH. 1977.
- Sondergutachten 7: Mißbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. 1977.
- Sondergutachten 8: Zusammenschlußvorhaben der Deutschen BP AG und der VEBA AG. 1979.
- Sondergutachten 9: Die Rolle der Deutschen Bundespost im Fernmeldewesen. 1981.
- Sondergutachten 10: Zusammenschluß der IBH Holding AG mit der WIBAU AG. 1982.
- Sondergutachten 11: Wettbewerbsprobleme bei der Einführung von privatem Hörfunk und Fernsehen. 1981.
- Sondergutachten 12: Zusammenschluß der Burda Verwaltungen KG mit der Axel Springer GmbH/Axel Springer Gesellschaft für Publizistik GmbH & Co. 1982.
- Sondergutachten 13: Zur Neuordnung der Stahlindustrie. 1983.
- Sondergutachten 14: Die Konzentration im Lebensmittelhandel. 1985.
- Sondergutachten 15: Zusammenschluß der Klöckner-Werke AG mit der Seitz Enzinger Noll Maschinenbau AG. 1986.
- Sondergutachten 16: Zusammenschlußvorhaben der Vereinigte Elektrizitätswerke Westfalen AG mit der Société Sidéchar S.A. (Ruhrkohle AG). 1986.
- Sondergutachten 17: Konzeption einer europäischen Fusionskontrolle. 1989.
- Sondergutachten 18: Zusammenschlußvorhaben der Daimler-Benz AG mit der Messerschmitt-Bölkow-Blohm GmbH. 1989.
- Sondergutachten 19: Zusammenschlußvorhaben der MAN Aktiengesellschaft und der Gebrüder Sulzer Aktiengesellschaft. 1990.
- Sondergutachten 20: Zur Neuordnung der Telekommunikation. 1991.
- Sondergutachten 21: Die Mißbrauchsaufsicht über Gas- und Fernwärmeunternehmen. 1991.
- Sondergutachten 22: Zusammenschlußvorhaben der BayWa Aktiengesellschaft und der WLZ Raiffeisen Aktiengesellschaft. 1992.
- Sondergutachten 23: Marktstruktur und Wettbewerb im Handel. 1994.
- Sondergutachten 24: Die Telekommunikation im Wettbewerb. 1996.

- Sondergutachten 25: Zusammenschlußvorhaben der Potash Corporation of Saskatchewan Inc. und der Kali und Salz Beteiligungs Aktiengesellschaft. 1997.
- Sondergutachten 26: Ordnungspolitische Leitlinien für ein funktionsfähiges Finanzsystem. 1998.
- Sondergutachten 27: Systemwettbewerb. 1998.
- Sondergutachten 28: Kartellpolitische Wende in der Europäischen Union? 1999.
- Sondergutachten 29: Wettbewerb auf Telekommunikations- und Postmärkten? 2000.
- Sondergutachten 30: Wettbewerb als Leitbild für die Hochschulpolitik. 2000.
- Sondergutachten 31: Reform der Handwerksordnung. 2002.
- Sondergutachten 32: Folgeprobleme der europäischen Kartellverfahrensreform. 2002.
- Sondergutachten 33: Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand. 2002.
- Sondergutachten 34: Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH. 2002.
- Sondergutachten 35: Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH. Ergänzendes Sondergutachten. 2002.
- Sondergutachten 36: Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG. 2003.
- Sondergutachten 37: Wettbewerbsfragen der Kreislauf- und Abfallwirtschaft. 2003.
- Sondergutachten 38: Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG. Ergänzendes Sondergutachten. 2003.
- Sondergutachten 39: Telekommunikation und Post 2003: Wettbewerbsintensivierung in der Telekommunikation – Zementierung des Postmonopols. 2004.
- Sondergutachten 40: Zur Reform des Telekommunikationsgesetzes. 2004.
- Sondergutachten 41: Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle. 2004.
- Sondergutachten 42: Die Pressefusionskontrolle in der Siebten GWB-Novelle. 2004.
- Sondergutachten 43: Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2005: Dynamik unter neuen Rahmenbedingungen. 2006.
- Sondergutachten 44: Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2005: Beharren auf alten Privilegien. 2006.
- Sondergutachten 45: Zusammenschlussvorhaben der Rhön-Klinikum AG mit den Kreiskrankenhäusern des Landkreises Rhön-Grabfeld (Kreiskrankenhaus Bad Neustadt/Saale sowie Kreiskrankenhaus Mellrichstadt). 2006.
- Sondergutachten 46: Die Privatisierung der Deutschen Bahn AG. 2007.
- Sondergutachten 47: Preiskontrollen in Energiewirtschaft und Handel? Zur Novellierung des GWB. 2007.
- Sondergutachten 48: Wettbewerbs- und Regulierungsversuche im Eisenbahnverkehr. 2007.
- Sondergutachten 49: Strom und Gas 2007: Wettbewerbsdefizite und zögerliche Regulierung. 2008.

- Sondergutachten 50: Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2007: Wendepunkt der Regulierung. 2008.
- Sondergutachten 51: Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2007: Monopolkampf mit allen Mitteln. 2008.
- Sondergutachten 52: Zusammenschlussvorhaben der Asklepios Kliniken Hamburg GmbH mit der Krankenhaus Mariahilf gGmbH. 2008.
- Sondergutachten 53: Zusammenschlussvorhaben des Universitätsklinikums Greifswald mit der Kreiskrankenhaus Wolgast gGmbH. 2008.
- Sondergutachten 54: Strom und Gas 2009: Energiemärkte im Spannungsfeld von Politik und Wettbewerb. 2009.
- Sondergutachten 55: Bahn 2009: Wettbewerb erfordert Weichenstellung. 2010.
- Sondergutachten 56: Telekommunikation 2009: Klaren Wettbewerbskurs halten. 2010.
- Sondergutachten 57: Post 2009: Auf Wettbewerbskurs gehen. 2010.
- Sondergutachten 58: Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung. 2010.
- Sondergutachten 59: Energie 2011: Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten. 2012.
- Sondergutachten 60: Bahn 2011: Wettbewerbspolitik unter Zugzwang. 2011.
- Sondergutachten 61: Telekommunikation 2011: Investitionsanreize stärken, Wettbewerb sichern. 2012.
- Sondergutachten 62: Post 2011: Dem Wettbewerb Chancen eröffnen. 2012.
- Sondergutachten 63: Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht. 2012.
- Sondergutachten 64: Bahn 2013: Reform zügig umsetzen. 2013.
- Sondergutachten 65: Energie 2013: Wettbewerb in Zeiten der Energiewende. 2014.
- Sondergutachten 66: Telekommunikation 2013: Vielfalt auf den Märkten erhalten. 2014.
- Sondergutachten 67: Post 2013: Wettbewerbsschutz effektivieren! 2014.