

Wettbewerb, Vergabe und Rechtsanspruch im „Sozialraum“ der Jugendhilfe
(NDV 2001, 247)

von

Prof. Dr. jur. Ernst-Wilhelm Luthe,
Direktor des Instituts
für angewandte Rechts- und Sozialforschung*

1. Einleitung

Wie in vielen anderen Bereichen des sozialen Sektors¹ stehen Dezentralisierungs- und Flexibilisierungsstrategien auch in der jugendhilferechtlichen Praxis derzeit hoch im Kurs. In dieser Hinsicht hat sich der Begriff der „Sozialraumorientierung“ eingebürgert.² Die Motive für dieses Konzept sind vielschichtig. Im wesentlichen geht es um gedeckelte Budgets für bestimmte Jugendhilfeleistungen sowie um den Aufbau von sog. Trägerverbänden, bestehend aus staatlichen und privaten Trägern der Jugendhilfe. Der kommunalpolitische Anreiz besteht im Falle fester Budgets vor allem in der Kalkulierbarkeit der anfallenden Ausgaben. Privatanbieter werden in den Status von „Hoflieferanten“ gehoben: In dieser Hinsicht ist die sozialräumliche Orientierung nur eine andere Umschreibung für die ausschließliche Berücksichtigung ortsansässiger und durchsetzungsstarker Dienstleistungsanbieter bei der Auftragsvergabe. Dies ist heute unser Thema. Insbesondere die zukunftsweisende Problematik einer stärkeren Verzahnung von Jugendhilfe, Sozialhilfe und aktiver Arbeitsförderung im Rahmen sozialräumlicher Gestaltung bleibt einer gesonderten Würdigung vorbehalten.

2. Rechtsanspruch und Wahlrecht

* Institut für angewandte Rechts- und Sozialforschung, Ludwig-Winter-Str. 2, 38120 Braunschweig, Tel.: 0531/28520

¹ Zum Bereich der Arbeitsverwaltung: Luthe, Rechtsanwendung in den Kernzonen aktiver Arbeitsmarktpolitik des SGB III, Die Sozialgerichtsbarkeit 2001, Heft 6 oder 7; zu Dezentralisierungstendenzen beim medizinischen Behandlungsanspruch (Stichwort: Konkretisierungsbedürftiger Rahmenanspruch des Versicherten): BSGE 73, 272, 279, BSG SGB 1999, 30, 34, BSG, SozR 3-2500, § 92, Nr. 6; weitere Beispiele finden sich im Bereich der Budgetierung von Schulen und der kommunalen Fürsorgeverwaltung.

² Kongreß Sozialraumorientierung und neue Finanzierungsformen vom 11. - 12. Oktober 1999 in Frankfurt/M., Dokumentation, eine Kooperationsveranstaltung des Bundesministeriums für Familie etc. und der Dr.-Jan-Schröder-Beratungsgesellschaft; zu ähnlichen Aktivitäten auch Krölls, NDV 2000, 56 sowie NDV 2000, 209.

Flexibilitätsgewinne lassen sich in Anbetracht begrenzter Ressourcen nur bei ausreichender Verschiebbarkeit von Haushaltsmitteln erreichen. Dies führt auf die Frage, ob und inwieweit etwa der Rechtsanspruch auf Hilfe zur Erziehung und Eingliederungshilfe unter Haushaltsvorbehalt gestellt werden kann, insbesondere dann, wenn Haushaltsmittel verstärkt für die Präventions- und Infrastrukturleistungen (§§ 11 - 23 SGB VIII) gebraucht werden. Die Auftragsvergabe an einen beschränkten, zumeist nur sehr kleinen Anbieterkreis reibt sich im übrigen mit dem Wunsch- und Wahlrecht des Leistungsempfänges. Dazu sogleich. Die Frage der Vereinbarkeit eines exklusiven Anbieterkreises mit den gesetzlichen Vorgaben zur Einrichtungsfinanzierung wird im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Analyse behandelt.

Im Rahmen steuerungstheoretischer Ansätze zeigt sich das Sozialraumkonzept als eine Art „geldbasierter Kontextsteuerung“.³ Definitionsgemäß beschränkt sich der staatliche Steuerungsanteil hierbei auf das Bereitstellen von Ressourcen und das Entwickeln von Kontextvorgaben für Kosten und Nutzen bestimmter Strategien. Ansonsten kommen die Inhalte - fachlich, konsensual, iterativ - „von unten“. Insbesondere das Budget ist nicht nur, wie sonst, eine interne Kontrollgröße, sondern eine Steuerungsgröße. Deshalb muß ein Ausgleich geschaffen werden zwischen der Regelungseigenständigkeit des Sachgesetzgebers und der hiermit kollidierenden Finanzierungsprerogative des Haushaltsgesetzgebers: Flexible Mittelverschiebungen zwischen den jugendhilferechtlichen Infrastruktur- und Anspruchsleistungen für ein problemnahes Vorgehen sind in dieser Hinsicht das eine, Möglichkeiten der Gesamtbudgetdeckung als kommunalpolitischer Anreiz und rechtsstaatlicher Grenzfall das andere, was in Betracht zu ziehen wäre. Und je unnachgiebiger die Deckelung, desto größer die Notwendigkeit flexibler Mittelverschiebungen!

Rechtliche Limitierungen sind Freiheitsgewinn und Hemmschuh zugleich. Sie machen das Kindeswohlinteresse kalkulierbar unter Rechtsschutzaspekten und hinsichtlich der Mittelausstattung. Gleichzeitig blockieren sie notwendige Anpassungsleistungen an die örtlichen Verhältnisse, damit letztlich auch den „aktiven Sozialstaat“ und mit ihm das Kindeswohl von anderer Seite. Der notwendige Ausgleich im obigen Sinn könnte also lauten: „Rechtsanspruch bei den infrage kommenden Leistungen ja, aber in der näheren Ausgestaltung

³ Teubner/Willke, Dezentrale Kontextsteuerung im Recht intermediärer Verbände. In: Voigt (Hg.), Verrechtlichung, 1980; dies. Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht, Zeitschrift für Soziologie 5, 4 - 35; Willke, Kontextsteuerung durch Recht? Zur Steuerungsfunktion des Rechts in polyzentrischer Gesellschaft, in: Glagow/Willke (Hg.), Dezentrale Gesellschaftssteuerung; Luthe, Das besondere Gewaltverhältnis - Selbstregulationsmodell des „öffentlichen Rechts, 1989, 1 - 10, 153 - 179, 341 - 363, 437 - 452.

durchaus offen für Haushaltserwägungen und Koordinierungserfordernisse“. Das setzt hinreichend elastische, also interpretations- und gestaltungsbedürftige, mithin abwägungsoffene Gesetze voraus. Bei der Hilfe zur Erziehung ist dies der Fall, bei den Infrastrukturleistungen, Präventionsleistungen und Subventionen ohnehin.⁴

Die höchstrichterliche Entscheidungspraxis ist nun bei weitem nicht so festgelegt, wie dies für viele den Anschein haben mag. Das Bundesverwaltungsgericht hat sich bei der Hilfe zur Erziehung bislang nur zu dem Ausspruch durchringen können, der Erziehungsanspruch sei „als solcher“ nicht an finanzielle Maßstäbe gebunden.⁵ - Was aber ist gemeint? Gibt es einen Anspruch dem Grunde nach, der in der weiteren Ausgestaltung (also nach § 27 Abs. 2 SGB VIII) unter Finanzvorbehalt steht? Oder soll das bedeuten: Das Kindeswohl genießt in der Abwägung mit den Haushaltsansätzen (bzw. ihrem Erschöpfungszustand) ein abstraktes, aber relativierbares Übergewicht (etwa nach § 2 Abs. 2 SGB I)? Kann die Relativierung soweit getrieben werden, daß sogar der Anspruch „dem Grunde nach“ zugunsten übergeordneter Gemeinwohlinteressen entfällt?

Im artverwandten Sozialhilferecht sind Wirtschaftlichkeitsargumente, wenngleich nur wenig auf die haushaltswirtschaftliche Lage zugespißt, durchaus im Rechtsprechungsgebrauch.⁶ Im Sozialversicherungsrecht ist wirtschaftliches Denken quasi schon gesetzlich verordnet. Im Kontext aktiver Arbeitsmarktförderung etwa hat das Bundessozialgericht die haushaltsrechtliche Einbindung des Leistungsanspruchs im Falle hinreichend offener Gesetzesvorgaben gebilligt. Allerdings darf sich die Ablehnung der Leistung nicht „allein“ auf haushaltswirtschaftliche Daten stützen. Man hat stets den Einzelfall zu beachten. Zudem wird das Haushaltsargument nur unter der Prämisse eines insgesamt planvollen Ausgabenverhaltens der Behörde akzeptiert.⁷ Beim medizinischen Behandlungsanspruch geht die Rechtsprechung mittlerweile sogar so weit, dem Betroffenen nur noch einen ausgestaltungsbedürftigen „Rahmenanspruch“ zuzugestehen. Ausgestaltende Instanzen sind der Arzt vor Ort und der Bundesausschuß für Ärzte und Krankenkassen, dessen Richtlinien für die Gerichte bindend sind.⁸ Gerade hier zeigt sich mit besonderer Deutlichkeit, wie ein gesetzgeberi-

⁴ a. A. Wiesner, SGB VIII, 2. Aufl. 2000, § 69 Rn. 43: „Nicht vereinbar mit dem auf subjektiven Rechten des Bürgers gründenden Verwaltungshandeln ist hingegen die dezentrale Ressourcenverantwortung nach Maßgabe fester Budgets ... Zumindest die Gewährung gesetzlicher Muß- oder Soll-Leistungen kann nicht unter den Vorbehalt ausgehandelter Budgets gestellt werden. Dies ist für die Gewährung gesetzlich bestimmter Geldleistungen offenkundig: Budgetierung darf aber auch nicht als Mittel zu dem Zweck eingesetzt werden, Ansprüche auf persönliche Hilfen dem Umfang und Inhalt nach zu deckeln.“

⁵ NJW 1990, 1309.

⁶ BVerwG, info also 1985, 24, 26; BVerwG, NDV 1985, 204, 206; OVG Lüneburg, info also 1987, 203, 205; BVerwG, Urteil vom 05.05.8, 5 C 112.81.

⁷ BSG, SGB 1991, 487.

⁸ BSGE 73, 272, 279; BSG, SozR 3-2500, § 92, Nr. 6, 24; BSG, SGB 1999, 30, 34.

ches Gesamtkonzept und die Sachstrukturen der Gesetzesmaterie sich in prägender Weise auswirken können auf das rechtsdogmatische Verständnis von Anspruchsleistungen und Rechtsanwendungsformen. Und es zeigt, wie ein Kompromiß gefunden werden kann zwischen den rechtlichen und fachlichen Eigengesetzlichkeiten der Verwaltungsaufgabe.

Der Anspruch auf Hilfe zur Erziehung ist in ähnlicher Weise gestaltungsbedürftig.⁹ Der eigentliche Anspruchsinhalt erschließt sich dem Rechtsanwender im Rahmen offener Gesetzbefehle des Bedarfsrechts nicht durch Subsumtion, sondern durch Abwägung. Damit ist der Weg frei für den Einfluß haushaltswirtschaftlicher Erwägungen. Zwar gibt es im Recht sozialer Fürsorge und Chancenangleichung kein gesetzliches Wirtschaftlichkeitsgebot. Als Brücke zwischen dem prinzipiell innengerichteten Haushaltsrecht und dem außenwirksamen Sachgesetz wirkt indes der haushaltsgesetzliche Sparsamkeitsgrundsatz, der die Haushaltssituation als Konkretisierungsdirektive des Leistungsgesetzes ins Spiel bringt.¹⁰ Das Kindeswohl als objektives Verfassungsprinzip¹¹ statuiert jedoch einen prinzipiellen Vorrang gegenüber Ressourcenargumenten, statuiert mithin besondere Begründungspflichten auf Behördenseite, wenn von den Individualschutzziele des Gesetzes zugunsten haushaltswirtschaftlicher oder planerischer Belange abgewichen werden soll. Das wird rechtsstaatliche Geister schnell auf die Palme bringen („Das Recht und nicht das Geld bestimmt das Handeln der Verwaltung“). Gleichwohl wird man einsehen müssen: Starres Anspruchsdenken und Sozialraumorientierung gedacht als ganzheitliche Jugendamtsaufgabe sind nicht in jeder Beziehung kompatibel. Gewisse Praxisinformationen sprechen in puncto Anspruchsleistung ohnehin eine völlig andere Sprache. Aus Angst, man könne vor Gericht oder in der Öffentlichkeit scheitern, wenn man haushaltswirtschaftlich argumentiert, werden die Fälle doch oft so lange verbogen, bis es ins Budget paßt. Insofern erscheint ein abwägungsbedürftiger Rechtsanspruch, bei dem in justitierbarer Weise auch die finanziellen Hintergrunderwägungen gegenüber dem Betroffenen offenzulegen sind, in rechtsstaatlicher Hinsicht tragbarer als die übliche juristische Fiktion, man könne rechtlich definitiv und fachlich objektiv ohne jeden Blick auf die Finanzen entscheiden.

Bei den Präventions- und Infrastrukturleistungen sind der Gestaltungsbedarf und die Gestaltungskompetenz des kommunalen Trägers und damit der zulässige Haushaltseinfluß ungleich größer.¹² Für den Regelfall haben wir es bei diesem Normtyp der sog. offenen Kom-

⁹ Luthe, Optimierende Sozialgestaltung. Bedarf - Wirtschaftlichkeit - Abwägung, 2001, Teil 1, B. II. 1.

¹⁰ ebenda, Teil 2, A.

¹¹ ebenda, Teil 1, VI. 3.

¹² ebenda, Teil 1, B, II. 1. c).

petenznormen nur mit objektiven Rechtspflichten zu tun, die jedoch durch die Soll-Forderung des Gesetzes unter ein Optimierungsgebot gestellt sind, das bei staatlicher Inaktivität wiederum Begründungslasten freisetzt.

Das Wunsch- und Wahlrecht würde ad absurdum geführt, wenn sich der Leistungsanspruch auf einige wenige Anbieter beschränkte. Gleichwohl ist es nicht sacrosankt. Als Bindeglied zwischen Leistungsanspruch und Leistungserbringung gerät das Wunsch- und Wahlrecht gleichsam in den Sog übergeordneter Gestaltungserfordernisse. Eben deshalb muß sich der Betroffene nach wohl herrschender Meinung mit vorhandenen Kapazitäten grundsätzlich zufriedengeben. Der subjektive Wunsch ist zwar zu berücksichtigen, aber in den Grenzen des Vorhandenen. So kennt das Sozialrecht auch keinen subjektiven Bedürfnisbegriff, sondern nur einen normativen Bedarfsbegriff. Und das Normative ist nichts anderes als eine Gesamtabwägung des artikulierten Bedürfnisses, der individuellen und konzeptionellen Gesetzesziele, der fachlichen Überlegungen, der Ressourcenlage usw. Selbst wenn sich der Wunsch rein rechnerisch im zulässigen Mehrkostenbereich bewegt, fordert das Bundesverwaltungsgericht noch eine Abwägung der vom Hilfebedürftigen vorgetragenen Gründe mit der hieraus folgenden Mehrbelastung für die Staatskasse. Es fordert also den „scho-nenden Ausgleich“ zwischen individuellem Wunsch und übergeordneten Interessen. Im Ergebnis bedeutet dies, daß das Wunsch- und Wahlrecht zwar nicht ad absurdum geführt werden darf, es aber im Zuge sozialräumlicher Gestaltung durchaus gewissen Relativierungen zugänglich ist.¹³

Bei der Frage, wieviel an sozialräumlicher, insbesondere budget- und planungsbedingter Relativierung dem Leistungsanspruch, dem Wunsch- und Wahlrecht oder auch der Infrastrukturaufgabe nun zugemutet werden kann, dürfte es - wie bereits häufiger angedeutet - entscheidend auf das gesetzgeberische Gesamtkonzept ankommen. Insofern genießen die Dezentralisierungs- und Flexibilisierungsregelungen aktiver Arbeitsmarktförderung im SGB III und SGB IV hier heutzutage Leitbildfunktion. Im Rahmen eines sog. Eingliederungstitels wird gezielt über gedeckelte Budgets gesteuert, die von den lokalen Arbeitsämtern mit eigener regionaler Schwerpunktplanung ausgefüllt werden. Die Eingliederungserfolge sind in einer sog. Eingliederungsbilanz nachzuweisen. Das gesetzgeberische Konzept bedient also gezielt das Wirken und die Probleme vor Ort. Nimmt man dieses Konzept wirklich ernst, so müßte hier auch der äußerste Grenzfall möglich sein, nämlich der Leerlauf einzelner Leis-

¹³ ebenda, Teil 1, B. II. 2. b).

tungsangebote zugunsten anderer Leistungen.¹⁴ Hiergegen wurde bislang stets die staatliche Vollzugspflichtigkeit gesetzlicher Aufgaben (Art. 20 GG) und der Individualisierungsgrundsatz angeführt. Die staatliche Vollzugspflicht ist nunmehr jedoch eingebunden durch das gesetzliche Dezentralisierungskonzept. Und der Individualisierungsgrundsatz ist nicht von absoluter Rechtsbedeutung: Das zulässige Nichtbedienen an sich vorgegebener Gesetzaufgaben mit Mitteln wäre zumindest abstrakt möglich - jenseits existentieller Mindestbedarfe - auf der Basis eines Abwägungsergebnisses, bei dem das Gewicht dezentraler Schwerpunktsetzungen in Ansehung des vorfindlichen Aufgabendrucks von vornherein so groß ist, daß es alle Bedenken in Richtung einzelner Bedürfnisse gleichsam hinwegzufegen vermag. Die gesetzliche Fixierung eines sozialräumlichen Ansatzes also, verbunden mit der Einführung von Regionalprogrammen, diese erstellt in geordneten Planungsverfahren (unter Berücksichtigung der üblichen Planungsgrundsätze)¹⁵ dürfte nicht unerheblich dazu beitragen, Mittelverschiebungen zwischen Anspruchsleistungen und Infrastrukturleistungen auf der Basis gedeckelter Budgets auch justizfest zu machen. In Erinnerung an den medizinischen Behandlungsanspruch: Das budgetierte Regionalprogramm und das Regionalgremium konkretisieren Leistungsanspruch und Infrastrukturaufgabe, - maßgeblich legitimiert durch das gesetzgeberische Gesamtkonzept.

Im Ergebnis läßt sich somit festhalten, daß die gesetzlichen Leistungsansprüche und auch das Wunsch- und Wahlrecht derzeit keine unüberwindbaren Hürden für sozialräumliche Konzepte darstellen, wenn gesetzgeberisch entsprechend nachgebessert wird. Eine andere Frage ist jedoch die des Hoflieferantentums.

3. Wettbewerbsrecht

a) Einführung

Man ist leicht geneigt, bei vordergründig nationalstaatlicher Bedeutung von Wettbewerbssituationen den europäischen Regelungen mit größerer Gelassenheit entgegenzutreten. Hierfür besteht jedoch kein Grund. Der Europäische Gerichtshof hat klargestellt, daß europäisches Wettbewerbsrecht mitgliedstaatlich auch dann anzuwenden ist, wenn europäische

¹⁴ Luthe, Rechtsanwendung in den Kernzonen aktiver Arbeitsmarktpolitik des SGB III, a. a. O.

¹⁵ Hierzu Luthe, Sozialplanungsrecht, Zeitschrift für Sozialreform 1994, Heft 11 und 12, 662, 838.

Wirtschaftsteilnehmer zwar nicht beteiligt sind, von den beanstandeten nationalen Regelungen aber jederzeit betroffen werden können.¹⁶

Zum Verständnis der folgenden Ausführungen ist überdies von Bedeutung, daß das Gemeinschaftsrecht einen weitaus größeren Anwendungsbereich aufweist als das nationale Recht. Es kennt nicht nur, wie das nationale Recht, Vorschriften, die den Wettbewerb in seiner funktionalen Bedeutung betreffen, sondern auch individuelle Marktfreiheitsrechte von Anbietern und Verbrauchern, wie die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit. Schließlich richtet sich das europäische Wettbewerbsrecht (im engeren Sinn) im Unterschied zum nationalen Recht auch gegen staatliches Handeln und nicht nur gegen Wettbewerbsbeschränkungen, die von Marktteilnehmern ausgehen.¹⁷

Schließlich erscheinen noch einige kurze Anmerkungen zum Sodemare-Urteil des Europäischen Gerichtshofs angebracht¹⁸: Diesbezüglich hält sich in der sozialen Praxis nun relativ hartnäckig das Vorurteil, man könne sich seit Sodemare so ziemlich alles erlauben. Im Ergebnis hat das Gericht jedoch nur zum Verhältnis kommerzieller und nicht-kommerzieller Privatanbieter Stellung bezogen, insbesondere eine Besserstellung nicht-kommerzieller Anbieter unter bestimmten Bedingungen als gemeinschaftskonform erachtet.¹⁹ Es hat weder die Unternehmenseigenschaft sozialer Einrichtungen bestritten noch Dienstleistungen mit sozialer Ausrichtung vom Gemeinschaftsrecht schlechthin ausgenommen. Die nationale Bedeutung des Urteils beschränkt sich also auf gemeinnützige Sozialunternehmen, enthält jedoch keine Aussage zur hier relevanten Sozialraumproblematik, wo sich die Auftragsvergabe des Jugendamts auf einen geschlossenen Bewerberkreis bezieht, und zwar ganz unabhängig von einem Gemeinnützigkeitsstatus.

b) Die Unternehmenseigenschaft

Anwendungsvoraussetzung des nationalen und europäischen Wettbewerbsrechts ist die Unternehmenseigenschaft der Privatanbieter. Dabei kommt es weder auf die Form der Finanzierung (also über Entgelte und Subventionen) noch auf die soziale Zweckbestimmung und Rechtsform der Einrichtung an. Indiz für die Unternehmensstellung ist vielmehr die Teilnahme an einem potentiellen oder vorhandenen Marktwettbewerb im Inland und euro-

¹⁶ EuGH, NJW 1991, 289; ebenso BSG, NZS 1995, 507.

¹⁷ EuGH, C - 117/97, Ziff. 67; C - 219/87 (Internet).

¹⁸ C - 70/95 (Internet).

¹⁹ Luthe, SGB 2001 (Teil 1), 505, 507; ders., NDV 2001, 361.

päischen Ausland sowie die Nutzung einer Erwerbschance durch Subventions- und Entgeltfinanzierung, jedenfalls nicht das Vorhandensein einer Gewinnerzielungsabsicht.²⁰ Diese Voraussetzungen liegen bei den in Frage kommenden Privatanbietern im Bereich der Jugendhilfe unstreitig vor.²¹ Auch die letzten Zweifler werden seit der Reform des bundesdeutschen Entgeltfinanzierungsrechts aber zugeben müssen, daß durch die Gleichbehandlung gewerblicher und gemeinnütziger Anbieter, die prospektive Kostenkalkulation und die Anrechnung von Subventionen auf die Vergütungssätze in Deutschland mittlerweile ein offener Qualitätswettbewerb installiert wurde, wie er für die Tätigkeit von Unternehmen gerade kennzeichnend ist.²²

Dabei ist völlig unbedeutend, ob die Leistung im Verhältnis zwischen Staat und Einrichtung öffentlich-rechtlich definiert wird²³, solange ein Austausch von Leistungen gegen Entgelt stattfindet, selbst dann, wenn, wie in der jugendhilferechtlichen Dreiecksbeziehung, die Produktdefinition, die Produkterstellung, die Entgeltzahlung und der Verbrauch sich auf mehrere Beteiligte verteilt.²⁴ Damit wird grundsätzlich jedwede von privaten Sozialunternehmen betriebene Koordinierung ihres Marktverhaltens sowie jedweder Mißbrauch von Marktmacht von den nationalen und europäischen Wettbewerbsregeln erfaßt.

Größere Schwierigkeiten bereitet dagegen die rechtliche Einordnung der staatlichen Aktivitäten im Sozialraum. Daß der Staat als Unternehmer im Sinne des Wettbewerbsrechts eine marktbeherrschende Stellung einnehmen kann, gilt zumindest für öffentliche Krankenkassen oder auch die Bundesanstalt für Arbeit mittlerweile als unstreitig.²⁵ Im Konzept des Sozialraums sind diesbezüglich zwei Konstellationen denkbar: Entweder das Jugendamt ist wie bisher Vertragspartner des Privatanbieters auf der Basis einer öffentlich-rechtlichen Beziehung oder es ist in einen Trägerverbund mit bestimmten Privatanbietern eingebunden, der - mangels hoheitlicher Kompetenzen - entsprechende Vertragsbeziehungen dann auf privatrechtlicher Basis zu knüpfen hätte. Das privatrechtliche Handeln im Trägerverbund ist nun eindeutig als unternehmerische Nachfrage zu qualifizieren.²⁶ Auch die Nachfrage

²⁰ m. w. N. Luthé, ebenda.

²¹ ebenda.

²² Behrens, Rechtliche Grundlagen der europäischen und deutschen Wettbewerbsordnung, in: Igl (Hg.), Das Gesundheitswesen in der Wettbewerbsordnung, 2000, 16.

²³ ebenda, 18.

²⁴ ebenda, 12.

²⁵ etwa BGH, WuW 1991, 2707, 2713; EuGH, RsC - 41/90, Slg 1991, I - 1979, Rn. 21.

²⁶ Dabei spielt es keine Rolle, ob § 130 GWB anwendbar ist, da dieses Ergebnis auch durch den funktionalen Unternehmensbegriff herbeigeführt werden kann; hierzu Rittner, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 6. Aufl. 1999, 156; Immenga, NJW 1995, 1922, 1925; BGHZ 69, 334 (Beteiligung von Gemeinden an Handelsgesellschaften).

nach sozialen Dienstleistungen auf öffentlich-rechtlicher Grundlage wird heute wohl überwiegend als unternehmerisches Handeln qualifiziert.²⁷

Die bislang entschiedenen Fälle sind jedoch fast ausschließlich im Bereich der Krankenkassen ergangen und nicht in jeder Beziehung mit dem jugendhilferechtlichen Dreiecksverhältnis, insofern man diese Konstruktion hier überhaupt akzeptieren will²⁸, vergleichbar. Jedenfalls spielt es nach der im Kartellrecht maßgeblichen „wirtschaftlichen Betrachtungsweise“²⁹ keine Rolle, daß die Leistungen von den Leistungsbeziehern nachgefragt werden, solange daneben auch der Staat in entgeltliche Geschäftsbeziehungen eingebunden ist. Legt man im Verhältnis Jugendhilfeträger/Privatanbieter ein Auftragsverhältnis zugrunde, was unter den Voraussetzungen des § 77 SGB VIII sicher eher möglich ist als bei den §§ 78 a ff. SGB VIII, so tritt der Staat an sich relativ klar als unternehmerisch tätiger Nachfrager im Rahmen einer wirtschaftlichen Geschäftsbeziehung in Erscheinung. Begreift man die Entgeltvereinbarung dagegen nur als den Leistungsberechtigten befreiende, bedingte Schuldübernahme³⁰, so könnte man diesbezüglich geteilter Meinung sein. Man darf jedoch nicht verkennen, daß der Jugendhilfeträger auch in dieser Konstellation rein faktisch als Auftraggeber wirkt, insbesondere durch die Entgeltvereinbarung die Leistungsbeziehung zwischen Einrichtung und Leistungsempfänger determiniert, das Nachfrageverhalten des Bürgers weiterhin häufig genug durch eigene Vorschläge beeinflusst und nicht zuletzt ergänzend zur Wahlentscheidung des Leistungsempfängers noch eine Kostenzusage zu erteilen hat.³¹ Bei wirtschaftlicher Betrachtung dürfte all dies Beleg genug sein für die Annahme einer Unternehmenseigenschaft des Jugendhilfeträgers selbst unter dem Blickwinkel des Dreiecksverhältnisses.

Wir haben es insofern also mit drei Gruppen von Unternehmen zu tun: dem Jugendamt, dem sog. gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen³² des Trägerverbundes sowie dem privaten Leistungserbringer. Damit können wir in die Überprüfung der Wettbewerbsbeschränkungen eintreten.

²⁷ BGH, NJW 1980, 1046; BGHZ 101, 72; BGH, WuW 1991, 2707, 2713; Zweifelnd: Rittner, a. a. O., 157 f.

²⁸ Kritisch Busch, ZfJ 1998, 201; Luthe, Optimierende Sozialgestaltung. Bedarf - Wirtschaftlichkeit - Abwägung, 2001, Teil 1, B. II. 2. d) und 3. a) dd).

²⁹ BGH, WuW 1991, 2714.

³⁰ Stähr/Hilke, ZfJ 1999, 155, 159.

³¹ Ähnlich Krölls, NDV 2000, 209, 210.

³² Hierzu Faber, DVBl. 2001, 248, 255.

c) Wettbewerbsbeschränkung

Grundsätzlich ist das europäische Wettbewerbsrecht neben dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen anzuwenden, insbesondere dann, wenn eine dem GWB unterfallende Wettbewerbsbeschränkung zugleich „den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt“ (Art. 81, 82 EGV).

aa) Kartelle

Ich beginne mit den Kartellen, also den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen von Unternehmen mit wettbewerbsverzerrender Wirkung. Hier hat das GWB neben der Generalklausel des § 1 bestimmte Kartelltypen bereits näher umschrieben (§§ 2 - 7 GWB). Es handelt sich hierbei sämtlich um horizontale Wettbewerbsbeschränkungen³³ und betrifft ausschließlich das Zusammenwirken von miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen; die Beteiligung des Staates wird hiervon also nicht erfaßt. Werden etwa Mengen- oder Quotenvereinbarungen zwischen den Einrichtungen getroffen, etwa um bei begrenztem Mittelvolumen eine gleichmäßige Kapazitätsauslastung zu erreichen³⁴, so kann ein sog. Kooperationskartell (oder auch Mittelstandskartell) nach § 4 GWB vorliegen. Gleiches gilt für Gebietsabsprachen. Werden gemeinsam betriebene Klientenberatungsstellen eingerichtet, so ist das sog. Rationalisierungskartell nach § 5 GWB prüfungsrelevant.

Derartige Kartelltypen sind letztlich Konkretisierungen der allgemeinen Generalklausel des § 1 GWB, wonach ein Zusammenwirken von Unternehmen, das eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt, verboten ist. Im Sozialraum ist ein solches Zusammenwirken geradezu Wesensmerkmal des verfolgten Gesamtkonzepts und Konsequenz gedeckelter Finanzvolumina. Wenn ein entsprechendes Zusammenwirken der beteiligten Sozialunternehmen im „Sozialraum“ also darauf zurückzuführen ist, daß ein begrenztes Gesamtbudget vom Jugendhilfeträger zur Verfügung gestellt wird, wodurch sich die betreffenden Einrichtungsträger dazu veranlaßt sehen, die verfügbaren Mittel im Rahmen vertraglicher Bindungen oder abgestimmter Verhaltensweisen unter sich aufzuteilen, so erfolgt dies zwangsläufig in der Absicht („bezwecken“ in § 1 GWB), die Marktverhältnisse zu regeln. Einerseits schalten die beteiligten Unternehmen den Wettbewerb untereinander aus, indem beispielsweise die von ihrem Wahlrecht Gebrauch machenden Leistungsbezieher von den

³³ Zu den Vertikalkartellen vgl. §§ 14 ff. GWB; das europäische Wettbewerbsrecht kennt diese Unterscheidung nicht.

beteiligten Privatanbietern absprachegemäß zurückzuweisen sind, wenn die vereinbarten Aufnahmekontingente erschöpft sind oder die Leistung im Falle von Gebietsschutzabreden von gebietsfremden Personen nachgefragt wird. Andererseits haben unbeteiligte Anbieter von vornherein keine Chance, vom Jugendhilfeträger als Vertragspartner akzeptiert zu werden. Insofern allerdings könnte fraglich sein, ob durch den hoheitlichen Markteinfluß nicht jeder nennenswerte Wettbewerb von vornherein ausgeschlossen wird und deshalb private Absprachen an sich keine spürbaren Auswirkungen mehr auf das Wettbewerbsgeschehen haben können. Letztlich kommt es hierbei auf die verbliebenen Handlungsspielräume der kartellmäßig Beteiligten bei der Auswahl des einzubeziehenden Bewerberkreises an. Wird dieser vollständig durch den Jugendhilfeträger bestimmt, kommt tatbestandlich nicht das Kartellverbot, sondern der Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung in Betracht. Ansonsten aber sind die vorbeschriebenen Formen der Unternehmenszusammenarbeit objektiv geeignet³⁵, den Wettbewerbsprozeß im regionalen Rahmen zu beeinträchtigen und damit verboten.³⁶

Das gleiche Ergebnis läßt sich zudem über das europäische Wettbewerbsrecht, namentlich über Art. 81 Abs. 1 EGV herbeiführen. Die Anwendungsvoraussetzungen sind im wesentlichen identisch. Das zusätzliche Erfordernis der Handelsbeeinträchtigung zwischen den Mitgliedstaaten verdeutlicht das transnationale Element der europäischen Wettbewerbsregeln und schließt wettbewerbsverzerrende Verhaltensweisen im innerstaatlichen Bereich aus. Einige Urteile des Europäischen Gerichtshofs heben jedoch darauf ab, daß die Wettbewerbs- und Handelsbeeinträchtigung in „spürbarer“ Weise geeignet sein muß, Wettbewerb und Handel zu beeinträchtigen.³⁷ Nicht erforderlich ist, daß sich ein entsprechender grenzüberschreitender Dienstleistungsverkehr bereits etabliert hat; allein die Wahrscheinlichkeit, daß durch die Unternehmenszusammenarbeit der Dienstleistungsverkehr beeinflußt werden kann³⁸ und die objektive Eignung der Wettbewerbsbeschränkung als Handelshemmnis³⁹ sind ausreichend. Das Merkmal der Spürbarkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung ist stark einzelfallabhängig und zwingt zu komplexen mikroökonomischen Analysen. Hierbei ist zu berücksichtigen, daß es aufgrund der Besonderheiten nationaler Dienstleistungsmärkte im sozialen Sektor nicht darauf ankommen kann, daß für den ausländischen Konkurrenten möglicherweise Ausweichmöglichkeiten auf nicht verstellten Märkten

³⁴ Hierzu Krölls, a. a. O.

³⁵ Huber/Baums, Frankfurter Kommentar zum GWB, § 1 Rn. 374 ff.

³⁶ Zur Freistellung vgl. §§ 8 - 10 GWB.

³⁷ EuGH, Rs. 56/65, Slg. 1966, 281.

³⁸ EuGH, WuW 1966, 823.

³⁹ EuGH, Rs. 56/65, Slg. 1966, 281 ff.; EuGH, Slg. 1978, 131.

ten existieren, weil sich die Wettbewerbsbehinderung zumeist nur auf räumlich abgegrenzte Bereiche beschränkt. Denn Spezifikum sozialer Dienstleistungen, insbesondere wenn sie ambulant erbracht werden, ist die wohnortnahe Inanspruchnahme der Leistung durch den Konsumenten. Hierdurch wird die Wettbewerbs- und Marktsituation ihrem Wesen nach geprägt. Dienstleistungsmärkte der Jugendhilfe sind also per se Regionalmärkte. Der Begriff „Aufteilung der Märkte“ in Art. 81 Abs. 1 c) EGV muß daher in diesem eingeschränkten Sinn verstanden werden, wenn das Kartellverbot des Gemeinschaftsrechts im Bereich sozialer Dienstleistungen nicht zum Leerlauf verurteilt werden soll. Gleichwohl hat die Kommission sog. Bagatellkartelle mit einem EG-weiten Marktanteil von 5 % von der Anwendung des Wettbewerbsrechts ausgenommen. Gleiches gilt für kleinere und mittlere Unternehmen (mit weniger als 250 Beschäftigten) mit einem Jahresumsatz von höchstens 40 Mio. Ecu oder einer Bilanzsumme von höchstens 27 Mio. Ecu. Diese Schwellenwerte gelten jedoch nur für die Kommission, nicht aber für die Gerichte und nationalen Kartellbehörden. Solange diese Regelung allgemein Akzeptanz findet, sind inländische Kartelle mithin nur nach nationalem Recht verboten, es sei denn, man begreift speziell die an Kartellen beteiligten Organisationen der freien Wohlfahrtspflege in ihrer Gesamtheit wegen ihrer Einbindung in einen Spitzenverband als Unternehmenseinheit.⁴⁰ Von europarechtlicher, nicht allerdings nationaler Bedeutung ist beim Kartellverbot schließlich noch das an den Staat gerichtete Verbot, Kartellabsprachen zu fördern.⁴¹ Dem jeweiligen Jugendhilfeträger ist es also untersagt, Sozialunternehmen zu einer Zusammenarbeit aufzufordern, die den Wettbewerb beeinträchtigt.

bb) Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung und Marktfreiheiten

Im zweiten großen Komplex des Wettbewerbsrechts geht es um den Mißbrauch von Marktmacht. Das GWB kennt hier die Mißbrauchskontrolle des § 19 Abs. 1 und 4, das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 1 - 3 sowie die Mittelstandsbehinderung des § 20 Abs. 4 und 5, das Gemeinschaftsrecht dagegen nur das allgemeine Mißbrauchsverbot des Art. 82 EGV.

Es muß eine marktbeherrschende Stellung des jeweiligen Unternehmens vorliegen (§§ 19 Abs. 2, 3; 20 Abs. 2 GWB). Der Jugendhilfeträger oder - je nach sozialräumlicher Ausgestaltung - der aus öffentlichem und privatem Träger bestehende Trägerverbund in ihrer jeweiligen Position als Nachfrager nach privat erbrachten Jugendhilfeleistungen könnten in-

⁴⁰ Hierzu Luthe, SGb 2001, 505, 511.

⁴¹ EuGH, C - 117/97, Ziff. 67; C - 219/97 (Internet).

sofern marktbeherrschend sein. Wie beim Unternehmensbegriff dürfte es auch für die Stellung als Nachfrager allein auf die wirtschaftliche Betrachtungsweise ankommen (s. o.). Nahezu alle wesentlichen Wettbewerbsparameter wie Preis, Qualität, Vertragslaufzeit usw. werden im Verhältnis von Jugendhilfeträger bzw. Trägerverbund und Privatanbieter ausgehandelt. Die Nachfrage des Leistungsempfängers (Wunsch- und Wahlrecht) tritt demgegenüber in ihrer wettbewerblichen Bedeutung zurück. Das Einrichtungswahlrecht ist im wesentlichen auf einen bloßen Abruf anderweitig verhandelter Leistungen zusammengeschrumpft, erst recht in Anbetracht der neben der Wahlentscheidung zumeist für nötig erachteten Kostenzusage des Jugendamtes. Die Möglichkeiten der Privatanbieter, im jeweiligen Marktsegment auf andere Nachfrager auszuweichen, sind aufgrund der Tatsache wohnortnaher Inanspruchnahme der Leistung beschränkt. Die räumliche Seite des hier relevanten Marktes, auf dem Marktmacht existiert, ist gerade für die ambulanten Angebote lokal begrenzt. Das bedeutet freilich nicht, daß damit nur lokal ansässigen Anbietern eine Betätigungschance eingeräumt werden müßte. Auch regionalisierte Märkte müssen für alle offen stehen, schon unter gebotener Berücksichtigung auch der Verbraucherperspektive.⁴² Der regionale Bezug schließt mithin eine marktbeherrschende Stellung des Jugendhilfeträgers keineswegs aus. Für Heimunterbringungen außerhalb der Region kommt es auf den Einzelfall an, insbesondere darauf, ob der Privatanbieter im Rahmen seiner Angebotspalette (sachliche Marktabgrenzung)⁴³ noch in ausreichender und zumutbarer Weise auf andere Jugendhilfeträger ausweichen kann (vgl. § 19 Abs. 2 und 3 GWB, § 20 Abs. 2 GWB).⁴⁴

Behinderungen und Diskriminierungen von Unternehmen⁴⁵, die nicht dem Kreis der Unternehmen zugehören, mit denen regionale Versorgungsverträge abgeschlossen wurden, sind jedoch einer Rechtfertigung zugänglich, weil nur unbillige Behinderungen und sachlich unbegründete Diskriminierungen von der gesetzlichen Sanktion betroffen sind. Grundsätzlich bewegen sich die zumeist im Krankenkassenbereich angesiedelten Meinungen soz. zwischen Gießkannenprinzip und kaufmännischem Verhalten.⁴⁶ Einerseits wird den Krankenkassen nur das Recht zugebilligt, über Art und Umfang der Leistungspflicht zu entscheiden,

⁴² Zur Möglichkeit lokaler Eingrenzung relevanter Märkte: Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, GWB-Kommentar, 2. Aufl. 1992, § 22 Rn. 35; Kersten, in: Frankfurter Kommentar, 3. Aufl. 1993, § 22 Rn. 75.

⁴³ BGHZ 67, 104, 113 f.; BGH, NJW - RR 1986, 525 ff.

⁴⁴ Ein mittleres und kleines Unternehmen kann von einem anderen Unternehmen abhängig sein, als es seinen „Geschäftsbetrieb“ so stark auf die Produkte (des anderen Unternehmens) ausgerichtet hat, daß (es) nur unter Inkaufnahme erheblicher Wettbewerbsnachteile (auf ein drittes Unternehmen) überwechseln kann“: BGH, WuW 1988, 793, 795.

⁴⁵ Hinsichtlich des Gesetzesmerkmals der „gleichartigen Unternehmen“ (§ 20 Abs. 1 GWB) besteht zwischen gemeinnützigen und gewerblichen Sozialunternehmen indes kein wettbewerbsrechtlich relevanter Unterschied: Etwa LG Potsdam, vom 18.02.98, Az. 11 O 2/97.

⁴⁶ Hierzu Mühlhausen, SGB 2000, 528, 529 (m. w. N.).

nicht jedoch darüber, wer die Leistung im Rahmen der Zulassung erbringt.⁴⁷ Andererseits hat die Rechtsprechung die Vorteile einer gebündelten Auftragsvergabe an wenige Anbieter und die Berücksichtigungsfähigkeit einer bewährten Zusammenarbeit im Rahmen der notwendigen Interessenabwägung vereinzelt durchaus gebilligt⁴⁸. Allerdings wird der Rechtfertigungsgrund der Wettbewerbshandlung im Kontext der allgemeinen Rechtsordnung beurteilt und insbesondere auf allgemeine wirtschaftslenkende Aspekte oder Aspekte der Kostendämpfung zugunsten der wettbewerbsrechtlich allein maßgeblichen Individualinteressen der Wirtschaftsteilnehmer keinerlei Rücksicht genommen.⁴⁹ Auch sozialpolitische Gründe, wie sie entsprechenden Sozialraumkonzepten zugrunde liegen, sind ohne nachweisbares kaufmännisches Verhalten für sich genommen unbeachtlich, wenn insbesondere der örtliche Bezug wichtiger ist als die Leistungsfähigkeit und Kostengünstigkeit des jeweiligen Anbieters. Bei Übertragung dieser Grundsätze auf sozialräumliche Wettbewerbsbeschränkungen wird folgendes zu beachten sein:

Zunächst sind die rechtfertigenden Gründe im Licht der allgemeinen Rechtsordnung und insbesondere des KJHG zu bewerten.⁵⁰ § 5 SGB VIII statuiert ein Wunsch- und Wahlrecht; diesem korrespondiert das Gebot, die Träger in ihrer Vielfalt zu berücksichtigen (§ 3 Abs. 1 SGB VIII). § 78 b SGB VIII verpflichtet deshalb die Jugendhilfeträger, Vergütungsverträge mit einer ausreichenden Anzahl von Privatanbietern abzuschließen. Für eine Bedarfsprüfung, die mit dem Ausschluß von Anbietern zwangsläufig verbunden ist, gibt das Gesetz nichts her. Hierfür bedürfte es wegen des Eingriffscharakters (Art. 12 GG) von Bedarfsprüfungen im übrigen wohl auch einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage. Insofern gleicht die Rechtslage derjenigen im Bundessozialhilfegesetz.⁵¹ Keineswegs darf eine „doppelte“ Eignungs- und Wirtschaftlichkeitsprüfung vorgenommen werden⁵²: Die Kriterien, nach denen der Privatanbieter von Gesetzes wegen zur Versorgung zugelassen wurde, können für sozialräumliche Auswahlentscheidungen kein zweites Mal zugrunde gelegt werden.

⁴⁷ Beuthien, MedR 1994, 253, 263.

⁴⁸ BGH, GRUR 1987, 829.

⁴⁹ BGH, WuW 1991, 2707, 2715; BGH, NJW 1991, 2963; LG München, WuW 1987, 994, 997; BSG, Urteil vom 29.11.95, Az. 3 RK 32/94.

⁵⁰ So BSG, Urteil vom 29.11.95, Az. 3 RK 32/94.

⁵¹ Neumann, Freiheitsgefährdung im kooperativen Sozialstaat, 1991, 189 ff., 395 ff.; OVG Lüneburg, FEVS 38, 26 ff.; BVerwGE 94, 202 ff.; auch BGH, NJW 1990, 1531, 1532.

⁵² BSG, vom 29.11.95, Az. 3 RK 32/94; Mühlhausen (SGb 2000, 528, 529) hält es jedoch für statthaft, wenn der öffentliche Träger die gesetzlichen Zulassungskriterien nach eigenen Kriterien weiter verdichtet.

Schließlich rechtfertigen auch das Wirtschaftlichkeitsgebot in § 78 b Abs. 2 SGB VIII und die in § 79 SGB VIII aufgeführte Gesamtverantwortung des Jugendhilfeträgers einen Eingriff in „grundrechtlich geschützte Positionen, wie hier die Berufsausübungsfreiheit und den Gleichbehandlungsanspruch“ privater Leistungsanbieter nicht.⁵³ Im Gegenteil: Das Zusammenspiel von Einrichtungswahlrecht, Gleichstellung sämtlicher Anbieter und prospektiver Kostenkalkulation verdeutlicht vielmehr die gesetzliche Zielrichtung, daß der Gesetzgeber eine wirtschaftliche Angebotsstruktur durch Wettbewerb und nicht durch Marktbereinigungsstrategien angestrebt hat. Deshalb fallen besagte regionale Versorgungsverträge mit einem geschlossenen Anbieterkreis aus der allgemeinen Rechtsordnung heraus und sind von daher auch keiner Rechtfertigung zugänglich. Zulässig ist allein die individuelle Wirtschaftlichkeitsbetrachtung und in dieser Hinsicht etwa die Auswahl des günstigsten und zuverlässigsten Anbieters, nicht jedoch die Steuerung über selektive Leistungsverträge zugunsten eines sozial- oder kommunalpolitisch besonders erwünschten Anbieterkreises. Ist die Auswahl des kostengünstigsten Anbieters unter den zugelassenen Einrichtungen wettbewerbsrechtlich mithin grundsätzlich zulässig, so ist für das Jugendamt jedoch eine wichtige Einschränkung gegeben: Als marktbeherrschendes Unternehmen darf es weder Vorzugsbedingungen noch Leistungen unter Einstandspreis entgegennehmen, es sei denn, hierfür gibt es einen sachlichen Grund (§ 20 Abs. 3 und 4 GWB). Der sachliche Grund wird, wie vorstehend dargelegt, jedoch im Kontext der Gesamtrechtsordnung beurteilt. Danach aber hat die Wettbewerbsvielfalt der Anbieter im Vordergrund zu stehen.⁵⁴

Gemeinschaftsrechtlich folgt die Mißbrauchsproblematik (Art. 82 EGV) einer ähnlichen Bewertung.⁵⁵ Vieles hierzu wurde im übrigen bereits beim gemeinschaftsrechtlichen Kartellverbot behandelt, so daß auf weitere Ausführungen an dieser Stelle verzichtet wird. Das Gemeinschaftsrecht kennt im Unterschied zum nationalen Wettbewerbsrecht hingegen noch die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 43 EGV).⁵⁶ In beiderlei Hinsicht ist Anwendungsvoraussetzung, daß Unternehmen einen Erwerbszweck verfolgen und Leistungen gegen Entgelt erbringen. Hiervon kann spätestens seit der Reform des bundesdeutschen Entgeltfinanzierungsrechts im Pflegeversicherungsgesetz, BSHG und SGB VIII

⁵³ BSG, vom 29.11.95, Az. 3 RK 32/94.

⁵⁴ Deshalb stellt sich das Problem eines sachgerechten Auswahlverfahrens (durch Repartierung, Verlosung, Qualitätsauswahl, Rotation) - unabhängig von der vergaberechtlichen Frage notwendiger Ausschreibung - hier nicht; hierzu etwa OLG Frankfurt/M., WuW/E OLG 4455. Um Mißverständnissen vorzubeugen: Allein der Abschluß von Versorgungsverträgen nach SGB VIII garantiert dem zugelassenen Anbieter nach der Gesetzeslage noch keine Auslastung seiner Kapazitäten. Er erwirbt hiermit vielmehr nur das Recht, Sozialleistungsempfänger aufnehmen zu dürfen, die über die Wahl der Einrichtung jedoch selbst entscheiden sollen.

⁵⁵ Hierzu Luthe, SGB 2000, 587 ff.

⁵⁶ ebenda.

ohne weiteres ausgegangen werden.⁵⁷ Auf eine Gewinnerzielungsabsicht kommt es nicht an. Deshalb sind auch gemeinnützige Sozialunternehmen nicht von den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts freigestellt. Jegliche Behinderungen der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit - auch von staatlicher Seite - sind verboten. Es liegt auf der Hand, daß ein Dienstleistungsanbieter aus einem anderen europäischen Mitgliedstaat, der sich in der Bundesrepublik niederlassen oder eine grenzüberschreitende Dienstleistung erbringen will, behindert wird, wenn ihm der Marktzutritt durch regionale Versorgungsverträge, in die im wesentlichen nur ortsansässige Anbieter einbezogen werden, versperrt wird. Der regionale Bezug der Marktbeziehung ist prinzipiell kein Argument gegen die Anwendung des Gemeinschaftsrechts. Das wird besonders deutlich in Anbetracht der sog. passiven Dienstleistungsfreiheit des Dienstleistungsempfängers. Insbesondere ambulante Dienstleistungen werden zumeist nur in Wohnortnähe des Dienstleistungsempfängers in Anspruch genommen (s. o.). Da die passive Dienstleistungsfreiheit auch solche Dienstleistungen erfaßt, die im Heimatstaat des Empfängers durch einen in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Anbieter erbracht werden, wäre somit auch die passive Dienstleistungsfreiheit tangiert, wenn der Empfänger auf regionale Märkte angewiesen ist, die entsprechenden Beschränkungen unterliegen.⁵⁸

Wie im nationalen Wettbewerbsrecht sind Marktbeschränkungen auch im Gemeinschaftsrecht rechtfertigungsfähig. Insbesondere in der wohlfahrtsverbandlichen Praxis ist die Auffassung verbreitet, man könne sich auf den besonderen Rechtfertigungsgrund des Art. 86 Abs. 2 EGV berufen, wonach Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, vom Gemeinschaftsrecht befreit werden können, wenn dies zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist. Mindestvoraussetzung hierfür aber ist, daß sich die jeweiligen Unternehmen, die in den Kreis der sozialräumlich privilegierten Anbieter aufgenommen werden, dadurch von den übrigen Anbietern unterscheiden, daß sie durch ihren Dienst am Gemeinwohl besonderen Belastungen ausgesetzt sind. Bei sozialen Zwangsversicherungssystemen mit beitragsunabhängiger Risikoabdeckung etwa kann dies darin gesehen werden, daß sie auch sog. schlechte Risiken zu versichern haben und von daher gegenüber freiwilligen Privatversicherern von vornherein in ihrer Wettbewerbsstellung benachteiligt sind. All dies liegt jedenfalls bei den Privatanbietern der Jugendhilfe nicht vor, im übrigen auch dann nicht, wenn sie gemeinnützig agieren.⁵⁹ Selbst bei anerken-

⁵⁷ Ohnehin folgt das Gemeinschaftsrecht einer von nationalen Praktiken unabhängigen Bewertung. Diese wird durch die bundesdeutsche Entwicklung auf dem Gebiet des Finanzierungsrechts indes zusätzlich abgestützt.

⁵⁸ Calliess/Ruffert, Kommentar zum VEU und EGV, 1999, Art. 50, Rn. 13, 27; EuGH, DVBl. 2000, 115.

⁵⁹ Luthé, SGB 2000, 505, 585; NDV 2000, 361.

nungswürdigen Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse wäre zusätzlich noch eine allerdings besonders restriktiv gehandhabte Geeignetheits- und Erforderlichkeitsprüfung durchzuführen. Nur am Rande sei hierzu noch angemerkt, daß den einzelnen Mitgliedstaaten bei der Formulierung ihrer Ziele, die sie mit der Verleihung von Privilegien an bestimmte Unternehmen verfolgen, vom Europäischen Gerichtshof zwar gewisse Entscheidungsspielräume zugebilligt werden. Aber was unter dem Dach der Sozialraumorientierung auf deutscher kommunaler Seite vereinzelt geschieht, dürfte sich vor dem Hintergrund des anderslautenden Kinder- und Jugendhilfegesetzes nach außen kaum als offizielle Politikgestaltung der Bundesrepublik Deutschland darstellen lassen.

Neben dieser besonderen Rechtfertigungsmöglichkeit des Art. 86 EGV sind Eingriffe in die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit ebenfalls rechtfertigungsfähig, insbesondere aus Gründen der Solidarität, des Gesundheitsschutzes und bei erheblicher Gefährdung der Finanzkraft sozialer Sicherungssysteme.⁶⁰ Vor allem seit den beiden Urteilen zum Sozialleistungsexport⁶¹ weiß man, daß die Mitgliedstaaten trotz verbliebener Zuständigkeiten auf dem Gebiet der Sozialpolitik gleichwohl im vollen Umfang den Bindungen des Gemeinschaftsvertrages unterliegen, wenn sie Sozialpolitik durch die Einschaltung von Privatanbietern mit wirtschaftlichen Mitteln realisieren. Auch in diesem Feld sind Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs nur als ultima ratio denkbar. Die wirtschaftlichen Freiheitsrechte beanspruchen grundsätzlich eine Vorrangstellung gegenüber den nationalen Politikzielen. Selbst bei wohlwollender Betrachtung aber sind Gründe, die diesen strengen Anforderungen genügen, nicht in Sicht - schon gar nicht, wenn die sozialräumliche Aktivität bei verständiger Betrachtung als kompetentiell nicht gedeckte Verselbständigung von der offiziellen Gesetzeslinie aufgefaßt werden muß. Eine Gesetzesänderung, die den kommunalen Trägern solches erlaubte, wäre gemeinschaftswidrig.

d) Vergaberecht

Die Beschränkung des Anbieterkreises auf einige wenige, zumeist ortsansässige Einrichtungen könnte zudem gegen vergaberechtliche Ausschreibungspflichten verstoßen. In dieser Hinsicht unterfallen Dienstleistungsaufträge mit einem Auftragswert über 200.000,- € in

⁶⁰ EuGH, Rs. C - 70/95; EuGH, EuZW 1993, 356; EuGH, Rs. C - 219/97 (Internet); EuGH, Rs. C - 120/95 sowie Rs. C - 158/96 (Internet).

⁶¹ EuGH, Rs. C - 120/95, Rs. C - 158/96 (Internet).

Umsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Dienstleistungsrichtlinie⁶² dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (§§ 97 ff. GWB); für Aufträge unterhalb dieses Schwellenwertes gilt weiterhin das nationale Haushaltsrecht (§§ 30 HGrG, 55 ff. BHO sowie die entsprechenden Landeshaushaltsordnungen sowie Gemeindehaushaltsverordnungen).

Relevant ist Vergabe von Entgeltverträgen in sog. Dreiecksverhältnissen, die Vergabe von Subventionen und die Vergabe von Aufträgen seitens privater Zuwendungsempfänger, namentlich solchen der Freien Wohlfahrtspflege. Letzteres klammere ich aus. Hinsichtlich der Entgeltverträge, mit denen die Zulassung privater Einrichtungsträger gesteuert wird (§ 93 ff. BSHG; § 78 a ff. SGB VIII; § 72, 82 SGB XI⁶³) vertritt der Deutsche Städtetag⁶⁴ die Auffassung, Kennzeichen öffentlicher Bedarfsdeckung im Vergaberecht sei der Abschluß privatrechtlicher Verträge. Hingegen seien die Leistungsvereinbarungen der Jugendhilfe dem öffentlichen Recht zuzuordnen. Zudem werde speziell für Jugendhilfeeinrichtungen in den einschlägigen Verdingungsordnungen für Leistungen eine Ausnahme von der öffentlichen Ausschreibungspflicht statuiert und die sog. freihändige Vergabe, d. h. die Vergabe ohne förmliches Verfahren, zugelassen (§ 3 Abs. 3 VOL/A, Abschnitt 1 sowie Abschnitt 2; § 3 Abs. 4 Ziff. 3 o) VoL/A, Abschnitt 1 und 2). Schließlich sei der besondere Charakter der Dreiecksbeziehung zu berücksichtigen. Insbesondere das Wunsch- und Wahlrecht lasse erhebliche Zweifel aufkommen hinsichtlich des Bestehens der vergabetypischen Austauschbeziehung zwischen Staat und Dienstleister.

Dieses Ergebnis wird gestützt durch eine weitere Expertise des Gesamtverbandes des Paritätischen Wohlfahrtsverbandes⁶⁵: Insoweit wird ergänzend darauf verwiesen, bei den Leistungsvereinbarungen handele es sich um sog. Konzessionsvereinbarungen. Diese würden von den Vergabebestimmungen nicht erfaßt. Außerdem seien die einschlägigen Vorschriften des KJHG und BSHG als speziellere Regelungen gegenüber dem Vergaberecht vorrangig anzuwenden. So habe die Zuschlagserteilung auf das wirtschaftlichste Angebot in § 97 Abs. 5 GWB ersichtlich einen anderen Hintergrund als die Verpflichtung zur Zulassung sämtlicher geeigneter Anbieter bei den Leistungsvereinbarungen. Weiterhin belege auch das Verfahren der Einrichtungsfinanzierung im Blick auf die Schiedsstelle und die Möglich-

⁶² Dienstleistungsrichtlinie 92/50/EWG vom 18.06.92, geändert durch die Anpassungsrichtlinie 97/52 EG vom 13.10. 97.

⁶³ Bei den Verträgen nach SGB XI liegt indes kein klassisches Dreiecksverhältnis vor. Insofern stehen die Ausführungen unter dem Vorbehalt weiterer, hier nicht anzustellender Überlegungen.

⁶⁴ Deutscher Städtetag, Ausschreibungspflicht für Jugendhilfeleistungen, Expertise vom 18.09.00, Az. 51.82.06., bearbeitet von B. Hintzsche.

⁶⁵ Blätter der Wohlfahrtspflege, 2001, 30 ff.

keit von Neuverhandlungen (§ 93 b Abs. 1 BSHG; § 78 g Abs. 2 SGB VIII) die grundsätzlich eigenständige Bedeutung des Sozialrechts gegenüber dem Vergaberecht. Dies gelte im übrigen auch für die Vergabe von Zuwendungen, die sich von den vergabetypischen privatrechtlichen Austauschverträgen durch die Bindung an gegenleistungsunabhängige Auftragszwecke unterscheiden.⁶⁶

Hierzu sind eine Reihe kritischer Anmerkungen anzubringen, denen an dieser Stelle im einzelnen zwar nicht weiter nachgegangen werden kann, die aber verdeutlichen, daß weiterer Untersuchungsbedarf bestehen dürfte:

- Das Erfordernis einer rein privatrechtlichen Geschäftsbeziehung zwischen Staat und Privatanbieter als Anwendungsvoraussetzung des Vergaberechts ist keineswegs zwingend. Der staatliche Auftraggeber könnte sich ansonsten nur allzu leicht in die öffentlich-rechtliche Gestaltung „flüchten“, um dem Vergaberecht, insbesondere in seinen gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen, zu entgehen. Deshalb kommt es auf den Gesamtcharakter des Vertrages⁶⁷ in seiner wettbewerbsrechtlichen Bedeutung an.⁶⁸ Durch die jüngst ergangene Alcatel-Entscheidung⁶⁹ des Europäischen Gerichtshofs ist überdies ein weiteres Mal die öffentlich-rechtliche Einbindung privater Beschaffungsverträge deutlich geworden (insbesondere hinsichtlich der Zuschlagsentscheidung), so daß die äußere Rechtsnatur der Vertragsbeziehung nur ein schwaches Indiz für die Anwendbarkeit der Vergabebestimmungen sein kann.
- Wie im Kartellrecht (s. o.), so dürfte es auch hier im Rahmen einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise darauf ankommen, ob die Beziehung zwischen Staat und Privatanbieter wesentliche Züge einer entgeltlichen Geschäftsbeziehung aufweist. Diesbezüglich wird, wir wiederholen uns, die Geschäftsbeziehung maßgeblich durch die Öffentliche Hand bestimmt. Ohne die staatliche Verpflichtung zur Übernahme der Leistungsentgelte würden von vornherein keinerlei Geschäfte zustande kommen. Im wesentlichen „beschafft“ sich der Staat und nicht der Leistungsempfänger die Dienstleistung, um dadurch seinen Leistungsverpflichtungen gegenüber dem Bürger nachkommen zu können. Da hierfür Entgelte gezahlt werden, handelt es sich im Rahmen des Vergaberechts um einen öffentlichen Auftrag, der die Bestimmungen des GWB über die europaweite Vergabe (§ 99 Abs. 1 GWB) und möglicherweise auch nationales Haushaltsrecht aktiviert.

⁶⁶ Zum Entgeltcharakter von Subventionen vgl. dagegen Luthé, SGB 2000, 505, 511, 513, 214 f.

⁶⁷ Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, Kommentar, 2000, Vorb. §§ 97 - 101, Rn. 7.

⁶⁸ Zur wettbewerbsrechtlichen Bedeutung etwa des Wirtschaftlichkeitskriteriums des GWB: Puhl, DVBl. 2000, 1757, 1758.

- In der Tat sind Dienstleistungskonzessionen vom Vergaberecht ausgenommen.⁷⁰ Konzessionen haben es an sich, daß der Konzessionär nur das Recht zur Ziehung von Nutzungen erlangt, sich das Entgelt hingegen im eigenen Betriebsrisiko quasi selbst verdienen muß, dieses im wesentlichen jedenfalls nicht von einem öffentlichen Auftraggeber erlangt. Da Betriebsrisiko ist jedoch minimal: In unserem Bereich ist die vollständige Auslastung der verfügbaren Einrichtungskapazitäten angesichts des Wahlrechts der Leistungsempfänger im Regelfall zwar ebenfalls nicht garantiert; Vergütungsvereinbarungen aber sichern zumindest eine bestimmte Entgelthöhe. Schwindet das Betriebsrisiko zusätzlich noch dadurch, daß sich der Anbieterkreis auf einige wenige Anbieter beschränkt, so kann von einem Konzessionssystem kaum noch gesprochen werden. Außerdem ist in Rechnung zu stellen, daß eine Leistungsvereinbarung auch nicht das konzessionstypische Recht verleiht, eine gewerbliche Tätigkeit ausüben zu können, sondern das Recht, für die angebotene Leistung in jedem Fall eine staatliche Finanzierung zu erlangen, vorausgesetzt, sie wird vom Leistungsempfänger abgerufen. An sich typische Konzessionsabgaben fallen in unserem Feld ohnehin nicht an. Das Risiko der Kapazitätsauslastung wird insbesondere dadurch gemindert, daß bei der Kalkulation der Vergütungssätze von vornherein keine Totalauslastung in Rechnung gestellt wird. Die Einrichtungen fahren Überschüsse nicht zuletzt durch eine höhere als kalkulierte Auslastung ein.⁷¹ Das Geschäftsrisiko des Privatanbieters wird also erheblich intensiver im Rahmen seiner Kontakte zur staatlichen Instanz gesteuert als durch sonstige Markteinflüsse. Das alles spricht gegen die Annahme eines Konzessionssystems. Selbst unter der Annahme eines Konzessionssystems aber gelten die Vorschriften des EGV, insbesondere die Marktfreiheitsrechte sowie der Gleichbehandlungsgrundsatz, - Grundsätze, die insgesamt auch die Vergabe von Konzessionen bestimmten Verfahrensanforderungen unterziehen.⁷²

- Zweifelsohne ist das Vergaberecht auf die Besonderheiten staatlicher Entgeltfinanzierung nicht in jeder Beziehung zugeschnitten. Insbesondere das Instrument des Zuschlages an den wirtschaftlichsten Anbieter (§ 97 Abs. 5 GWB) läuft an der Tatsache vorbei, daß grundsätzlich jeder Anbieter bei Erfüllung der gesetzlichen Kriterien mit einer Leistungsvereinbarung auszustatten ist. Hier klafft eine Gesetzeslücke, die durch Analogiebildung zu schließen ist. Die Leistungsvereinbarung und die Kostenzusage im

⁶⁹ DVBl. 2000, 118; Malmendier, DVBl. 2000, 963 sowie Pietzcker, ZHR 162 (1998), 428, 457 (m. w. N.).

⁷⁰ Reidt/Stickler/Glahs, a. a. O., § 99, Rn. 33.

⁷¹ Ristok, Leistungsgerechte Entgelte, 1995, 19 f.

⁷² vgl. Mitteilung der Kommission vom 29.04.00, 2000 / C 121 / 02, S. 5 - 9.

Einzelfall müßten im Sinne einer Zuschlagsentscheidung gedeutet werden. Der entgeltliche Vertrag zwischen Staat und Privatanbieter erfüllt die Anwendungsvoraussetzung des öffentlichen Auftrages (§ 97 GWB) zwar nicht umstandslos, indes immer noch in einer dem Vergabezweck gleichmäßiger Auftragsvergabe entsprechenden Weise. Wird erkannt, daß die Entgeltfinanzierung in ihren wesentlichen wirtschaftlichen Zügen einer öffentlichen Auftragsvergabe gleichkommt, so ist das Argument spezieller Vorrangigkeit des Entgeltfinanzierungsrechts gegenüber dem Vergaberecht hinfällig. Entscheidend ist der Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor nationalem Recht. Als Ausprägung des Gemeinschaftsrechts ist dem europaweiten Vergabeverfahren der §§ 97 ff. GWB auch dann der Vorrang einzuräumen, wenn nationales Leistungserbringungsrecht Besonderheiten aufweist, die sich nicht in jeder Beziehung mit den vergaberechtlichen Anforderungen decken. In diesem Zusammenhang wäre dann der Frage nachzugehen, ob die vorrangige Anwendbarkeit des Vergaberechts nicht ermöglicht, was nationales Finanzierungsrecht derzeit ausschließen dürfte: Die Vergabe an einen exklusiven Bewerberkreis, - allerdings unter zeitlicher Befristung der Vertragslaufzeiten.⁷³ Die Vergabe an sog. Hoflieferanten zum Nachteil überregional tätiger Unternehmen wird dadurch zweifelsohne jedoch nicht ermöglicht.⁷⁴ Diskriminierungen bleiben nach wie vor verboten. Gegen eine zusätzliche sozialpolitische Instrumentalisierung des Vergabeverfahrens (sog. vergabefremde Zwecke) ist hingegen nichts einzuwenden, wenn sie ihrerseits diskriminierungsfrei vorgenommen wird.⁷⁵

- Bei der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen mit sozialem Bezug sieht die VOL/A (Abschnitt 2) die freihändige Vergabe (§ 3 Nr. 3 o)) sowie die Anwendung der Basisparagrafen (Abschnitt 2), einschließlich der §§ 8 a und 28 a vor (§ 1 a VoL / A Ziff. 2). Ob der Bewerberkreis zu erkunden ist (§ 4 VOL/A Abschnitt 2), bleibt offen. Die Auftragsvergabe ist nachträglich bekanntzugeben (§ 28 a VOL/A Abschnitt 2). Dies entspricht § 9 i. V. m. § 16 der Dienstleistungsrichtlinie 92/50/EWG. Nach den Basisparagrafen sind insbesondere Einrichtungen der Jugendhilfe zum Wettbewerb mit gewerblichen Unternehmen nicht zuzulassen (§ 7 Ziff. 6 VOL/A Abschnitt 1). Es ist offensichtlich, daß diese Vorschrift der neuen Rechtslage im KJHG noch nicht angepaßt wurde und insbesondere den nunmehr vorherrschenden Wettbewerb zwischen gewerblichen und nicht-gewerblichen Anbietern nicht zur Kenntnis nimmt. Auch bei den haushaltsrechtlich rele-

⁷³ EuGH, DVBl. 2001, 279 f.

⁷⁴ Reidt/Stickler/Glahs, a. a. O., § 97, Rn. 21; Pietzcker, ZHR 162 (1998), 452, 459, 465, 467; EuGH, NVwZ 1991, 1071; EuGH, EuZW 1993, 607; gleiches gilt für „Trägerverbände“, insbesondere hinsichtlich der Kopplung von Geschäftsgründung auf Auftragsvergabe: Faber, DVBl. 2001, 258, 256.

vanten Dienstleistungsaufträgen unterhalb des Schwellenwertes von 200.000,-- € gelten jedoch nationales und europarechtliches Verfassungs- bzw. Primärrecht.⁷⁶ Hier aber ist die VOL nur eine verwaltungsinterne Richtlinie.⁷⁷ Sie bedürfte hinsichtlich der Freistellung insbesondere von Jugendhilfeeinrichtungen deshalb näherer Überprüfung vor dem Hintergrund der prinzipiellen Ausschreibungspflicht der Haushaltsgesetze sowie der wettbewerblichen Bedeutung der verfassungsrechtlichen Berufsfreiheitsgarantie. Denn grundsätzlich stellt jede staatliche Vergabe einen Grundrechtseingriff gegenüber den nicht berücksichtigten Konkurrenten dar.⁷⁸ Da es zudem für Sozialunternehmen auch aus dem Blickwinkel des europäischen Primärrechts keine Sonderrechte geben kann⁷⁹, steht die Ausklammerung sozialer Dienstleister von den Anforderungen öffentlicher Ausschreibungen innerhalb der VOL und Dienstleistungsrichtlinie insgesamt unter dem Vorbehalt der Vereinbarkeit dieser Vorschriften mit höherrangigem Recht. Zumindest nach hiesigem Standpunkt scheint das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen hinsichtlich der Notwendigkeit europaweiter Ausschreibungen für sich genommen derzeit eine strengere Handhabung vorzugeben als europäisches Richtlinienrecht.

4. Konsequenzen

Verstöße gegen das Kartellverbot und das Verbot des Mißbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung haben folgende Konsequenzen: Kartellvereinbarungen zwischen den Sozialunternehmen sind gem. § 1 GWB verboten und gem. § 134 BGB nichtig.⁸⁰ Geschädigten Konkurrenten steht bei Verstößen gegen das Kartellverbot und den Mißbrauchstatbestand gem. § 33 GWB ein Schadensersatz- und Unterlassungsanspruch gegen Staat und Konkurrenten zu.⁸¹ Die Kartellbehörde kann ein nach § 1 sowie § 20 GWB verbotenes Verhalten untersagen (§ 32 GWB).⁸² Im übrigen kommt die Verhängung einer Geldbuße in Betracht (§ 81 Abs. 1 Nr. 1 GWB, § 10 OWiG).

⁷⁵ Pietzcker, ebenda, 467; EuGH, BauR, 2/93, 253.

⁷⁶ Puhl, DVBl. 2001, 1757, 1758 f.

⁷⁷ Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 2000, Rn. 11.

⁷⁸ Puhl, a. a. O., 1758.

⁷⁹ Luthe, SGB 2000, 505, 585.

⁸⁰ Freistellungsfähige Kartellvereinbarungen gem. §§ 2 - 8 GWB sind dagegen zunächst schwebend unwirksam.

⁸¹ Den Unterlassungsanspruch können auch Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen erheben, vgl. § 33 GWB.

⁸² Kartellbehörden sind das Bundeskartellamt, der Bundesminister für Wirtschaft, die Landeskartellbehörden (§ 48 Abs. 1 GWB); vgl. im übrigen die Verfahrensvorschriften der §§ 54 ff. GWB.

Gegen das gemeinschaftsrechtliche Kartellverbot verstoßende Rechtsgeschäfte sind nichtig (Art. 81 Abs. 2 EGV). Der hierüber entscheidende nationale Richter darf entsprechende Rechtsgeschäfte entweder für nichtig erklären oder hat im Zweifelsfall die Stellungnahme der Kommission über eine mögliche Freistellung einzuholen.⁸³ Gegen die beteiligten Unternehmen kann die Kommission von Amts wegen eine Abmahnung aussprechen oder die Zuwiderhandlung untersagen (Art. 85 EGV). Beeinträchtigte Konkurrenten sind berechtigt, ein entsprechendes Einschreiten bei der Kommission zu beantragen und bei Untätigkeit eine Untätigkeitsklage einzureichen (Art. 232 EGV).⁸⁴ Zudem können Geldbußen verhängt werden (Art. 83 Abs. 2 EGV, VO Nr. 17 des Rates). Angesichts der bestehenden Unsicherheiten bei der Anwendung des europäischen Rechts gibt es die Möglichkeit der Einholung eines sog. Negativtests, der die Unbedenklichkeit des Vorgehens bescheinigt (Art. 2 VO Nr. 17). Solange die Kommission noch kein Verfahren eingeleitet hat, liegt die Durchsetzung der europarechtlichen Vorschriften bei den nationalen Kartellbehörden (Art. 9 Abs. 3 VO Nr. 17, § 50 GWB). Auch hier besteht die Möglichkeit der Beschwerde (§ 54 Abs. 1 GWB). Zu Gunsten behinderter Unternehmen oder geschädigter Verbraucher sind Art. 81, 82 EGV Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB.

Im Vergaberecht ist die Situation zweigeteilt. Unterhalb des Schwellenwertes bleibt es bei der alten Regelung.⁸⁵ Prinzipiell kommen hier Schadensersatzansprüche nach c. i. c., aus Deliktsrecht (§ 823 Abs. 1 BGB) sowie nach der speziellen Norm des § 33 GWB (insbesondere i. V. m. § 20 Abs. 1 GWB) in Betracht. - Oberhalb der Schwellenwerte, also bei europaweiter Vergabe, ist ein zweistufiges Rechtsschutzverfahren vorgesehen. Eingangsstanz sind die Vergabekammern, Beschwerdeinstanz die Oberlandesgerichte (§§ 102 ff., 116 ff. GWB). Schadensersatzansprüche folgen aus Deliktsrecht, aus c. i. c. (vgl. hierzu § 124 GWB) sowie aus § 126 GWB. Hierauf kann im einzelnen an dieser Stelle nicht eingegangen werden.⁸⁶

Wettbewerbsrechtlich sowie vergaberechtlich aufgehobene Verstöße sind zudem unter dem Gesichtspunkt der Amtshaftung relevant (Art. 34 GG, § 839 BGB), da die Leistungsvereinbarung zwischen Jugendhilfeträger und Anbieter sowie die Vergabe von Subventionen öf-

⁸³ EuGH, Slg. 1973, 87; Slg. 1974, 63; vgl. im übrigen VO Nr. 17 des Rates vom 06.02.62 hinsichtlich der Durchführung der Art. 81, 82 EGV.

⁸⁴ Hierzu näher König/Sander, Einführung in das EG-Prozeßrecht, 1997, Rn. 25 ff., 40, 149, 330 ff.; gegen die Untersagung durch die Kommission besteht die Möglichkeit der Anfechtungsklage gem. Art. 230 EGV.

⁸⁵ Näher hierzu Hertwig, a. a. O., Nr. 148 ff., 81 ff.

⁸⁶ Zum Ganzen: Hertwig, a. a. O., Rn. 191 ff.; insbesondere § 97 Abs. 7 GWB dürfte Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB sein und erweitert hiedurch bisherige Rechtsschutzmöglichkeiten: ebenda, Rn. 253 f.

fentlich-rechtlich fundiert sind.⁸⁷ Die Amtspflicht folgt aus der jugendhilferechtlichen Verpflichtung zur Zulassung sämtlicher geeigneter Anbieter sowie aus der Verpflichtung zur willkürfreien Vergabe von Subventionen und Aufträgen. Voraussetzung ist Verschulden. Jede klar erkennbare unrichtige Gesetzesauslegung und Rechtsanwendung ist vorwerfbar.⁸⁸ In dieser Hinsicht herrscht Eindeutigkeit: Das Kinder- und Jugendhilfegesetz sieht eine Beschränkung des Bewerberkreises aus Gründen sozialräumlicher Gestaltung nicht vor und bietet deshalb auch keinen Rechtfertigungsgrund für Ungleichbehandlungen. Bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit des Amtsinhabers kann die grundsätzlich im Außenverhältnis gegen den Bürger haftende Körperschaft den Schädiger im Innenverhältnis in Regreß nehmen (Art. 34 GG). - Zweifelsohne ist die derzeit noch vorherrschende Ruhe an der Front ein soziologisches Phänomen, das in der Rechtsordnung seinesgleichen sucht.

⁸⁷ Hierzu auch Beuthin, MedR 1994, 266 f.

⁸⁸ Palandt, BGB-Kommentar, 54. Aufl., § 839, Rn. 53.