

Der Grundsatz der Trägervielfalt: Ein Hebel für mehr Diversität und gegen Diskriminierung in der Kinder- und Jugendhilfe?

Daniela Schweigler

1. Einleitung

1.1 Je nach Blickwinkel: Trägerlandschaft als „Irrgarten“ oder bemerkenswerte Kontinuität

In § 3 Abs. 1 SGB VIII heißt es unter der Überschrift „Freie und öffentliche Jugendhilfe“:

„Die Jugendhilfe ist gekennzeichnet durch die Vielfalt von Trägern unterschiedlicher Wertorientierungen und die Vielfalt von Inhalten, Methoden und Arbeitsformen.“

Von den Trägern der Jugendhilfe in Deutschland sind knapp vier Fünftel freie und gut ein Fünftel öffentliche Träger. Unter den erlaubnispflichtigen Einrichtungen der Jugendhilfe jenseits der Kindertageseinrichtungen befinden sich etwa 96 % in freier und 4 % in öffentlicher Trägerschaft.¹ Die Träger der freien Jugendhilfe fächern sich wiederum – je nach Tätigkeitsfeld mit unterschiedlicher Akzentuierung – weiter auf, insbesondere in die Jugendverbände, -ringe, -gruppen und Initiativen, Angebote der Arbeiterwohlfahrt, der vielfältigen Mitgliedsorganisationen des Paritätischen Wohlfahrtsverbandes, des Roten Kreuzes, der Diakonie oder Caritas sowie anderer kirchlicher Träger, der Zentralwohlfahrtsstelle der Juden in Deutschland sowie anderer Religionsgemeinschaften.² Im Bereich der Kindertagesbetreuung liegt der Anteil der öffentlichen Träger mit einem Drittel deutlich höher als in der übrigen Kinder- und Jugendhilfe; dabei zeigen sich sehr große regionale Unterschiede. Bei den zwei Dritteln in freier

1 Vgl. *Statistisches Bundesamt*, Träger der Jugendhilfe, betriebserlaubnispflichtige Einrichtungen und Pädagogisches, Leitungs- und Verwaltungspersonal am 15.12.2022 nach Art des Trägers (Stand: 28.3.2024).

2 Vgl. bspw. für die Angebote der Jugendarbeit in NRW: *Landesbetrieb IT.NRW Statistik und IT-Dienstleistungen*, Kinder- und Jugendhilfe – Angebote der Jugendarbeit 2021 nach Art des Trägers, Angebotsart und Anzahl der Teilnehmerinnen und Teilnehmer.

Trägerschaft dominieren die gemeinnützigen Träger; lediglich 3 % der Kindertageseinrichtungen befinden sich in privat-gewerblicher Trägerschaft.³ Auch bei den ambulanten Hilfen und der Heimerziehung dominieren die in den großen Wohlfahrtsverbänden organisierten frei-gemeinnützigen Anbieter.⁴

Dieses Bild erklärt sich zum einen historisch aufgrund der über Jahrhunderte gefestigten Rolle der Kirchen in der Wohlfahrt in Deutschland, zu denen Anfang des letzten Jahrhunderts die Jugend- und Wohlfahrtsverbände hinzukamen.⁵ Gemessen an der historischen Übersichtlichkeit des Feldes ist die zwischenzeitlich erfolgte Ausdifferenzierung durchaus erheblich – wenn auch das Bild des „Irrgartens“⁶ hier etwas überzeichnet sein mag. Verglichen etwa mit der Pflege, wo private Träger für über 40 % der Pflegeheime und für zwei Drittel der ambulanten Pflege- und Betreuungsdienste stehen⁷, kann man zum anderen aber auch von bemerkenswerten Kontinuitäten sprechen, die ihre Ursache auch im jugendhilfespezifischen Korporatismus haben, der die kommunale Planung und Finanzierung der Angebote bis heute prägt (dazu unten, 4.1 und 4.4) und es neuen Akteuren bisweilen schwer macht, in diesem Feld Fuß zu fassen.⁸

Was kann vor diesem Hintergrund der in § 3 Abs. 1 SGB VIII verankerte sogenannte Grundsatz der Trägervielfalt zu einer diverseren Angebotsland-

-
- 3 Vgl. *Bertelsmann Stiftung*, Ländermonitor frühkindliche Bildungssysteme, Kitas mit Horten nach Träger am 1.3.2022.
 - 4 Vgl. *Pothmann*, Wie hat sich die Trägerlandschaft in den Hilfen zur Erziehung entwickelt? Vortrag auf dem 16. Kinder- und Jugendhilfetag in Düsseldorf, 2017, S. 6 ff.; zur Statistik s. auch *Wapler*, in: *Wiesner/Wapler* (Hrsg.), *Kommentar SGB VIII*, 6. Aufl. 2022, § 3 Rn. 10a ff. sowie *Münder*, in: *Münder/Meysen/Trenczek* (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar SGB VIII*, 9. Aufl. 2022, § 3 Rn. 3, jeweils m.w.N.
 - 5 Vgl. *Münder*, in: *Frankfurter Kommentar SGB VIII*, § 3 Rn. 2 m.w.N.; *Düx*, *Zivilgesellschaftliches Engagement*, in: *Böllert* (Hrsg.), *Kompodium Kinder- und Jugendhilfe*, 2018, S. 179, 187.
 - 6 Vgl. *Merchel*, *Trägerstrukturen und Organisationsformen in der Kinder- und Jugendhilfe*, in: *Böllert* (Hrsg.), *Kompodium Kinder- und Jugendhilfe*, 2018, S. 93, 100, unter Verweis auf *Lüers*, *Im Irrgarten der Sozial- und Jugendhilfeträger. Bericht und Bilder zur verbandlichen und öffentlichen Macht in der Sozial- und Jugendhilfe*, in: *Barabas/Blanke/Sachße/Stachscheit* (Hrsg.), *Jahrbuch der Sozialarbeit* 1978, 1977, S. 248.
 - 7 Vgl. *Gesundheitsberichterstattung des Bundes*: 16.115 Pflegeheime 2021 in Deutschland, davon 6.876 in privater, 8.512 in freigemeinnütziger und 727 in öffentlicher Trägerschaft; 15.376 ambulante Pflege- und Betreuungsdienste 2021 in Deutschland, davon 10.430 in privater, 4.742 in freigemeinnütziger und 204 in öffentlicher Trägerschaft; Daten abrufbar unter <https://www.gbe-bund.de>.
 - 8 In diese Richtung auch: *Pothmann*, *Wie hat sich die Trägerlandschaft in den Hilfen zur Erziehung entwickelt?* 2017, S. 14.

schaft beitragen, die wiederum kein Selbstzweck ist, sondern der Vielfalt der Lebenslagen von Kindern, Jugendlichen und Familien Rechnung tragen soll?

1.2 Normative Bezugspunkte: Wunsch- und Wahlrecht und Beachtung spezifischer Bedürfnisse

Bevor näher auf die Entstehungsgeschichte (2.), die verfassungsrechtliche Fundierung (3.) und die Wirkungsdimensionen (4.) des Grundsatzes der Trägervielfalt eingegangen wird, soll dieser kurz in seinen normativen Zusammenhang mit weiteren Vorschriften des SGB VIII eingeordnet werden. § 3 Abs. 1 SGB VIII gewinnt Gehalt erst als Teil einer umfassenderen Regelungskonzeption, die den Leistungsberechtigten Wahlmöglichkeiten gewährleisten und so unterschiedlichen Wünschen und Bedürfnissen gerecht werden soll.

Das Wunsch- und Wahlrecht ist für die Kinder- und Jugendhilfe⁹ normiert in § 5 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII. Danach haben die Leistungsberechtigten das Recht, zwischen Einrichtungen und Diensten verschiedener Träger zu wählen und Wünsche hinsichtlich der Gestaltung der Hilfe zu äußern. Junge Menschen und Familien sollen nicht passive Hilfeempfänger:innen, sondern aktiv mitwirkende Koproduzent:innen sein, „deren Mitwirkung am Hilfeprozess eine fundamentale Voraussetzung für eine wirkungsvolle Kinder- und Jugendhilfe ist“.¹⁰

Bei der Ausgestaltung der Leistungen und der Erfüllung der Aufgaben sind gemäß § 9 Nr. 1 SGB VIII die von den Personensorgeberechtigten bestimmte Grundrichtung der Erziehung und die Rechte der Personensorgeberechtigten sowie der Kinder und Jugendlichen bei der Bestimmung der religiösen Erziehung zu beachten. Das gilt schon von Verfassungs wegen (Art. 6 Abs. 2 Satz 1, Art. 4 Abs. 1 und 2 GG), hat aber seinerseits auch erhebliche Bedeutung für das Gelingen des Hilfeprozesses, ebenso wie die in § 9 Nr. 2 bis 4 SGB VIII normierte Berücksichtigung kultur-,

9 Das Wunsch- und Wahlrecht ist keine jugendhilferechtliche Besonderheit, sondern findet sich bereits im Allgemeinen Teil (§ 33 Satz 2 SGB I) sowie in weiteren besonderen Teilen des Sozialgesetzbuchs, vgl. insb. § 76 Abs. 1 Satz 1 SGB V, § 8 Abs. 1 Satz 1 SGB IX, § 9 Abs. 2 und 3 SGB XII.

10 Böllert, Einleitung: Kinder- und Jugendhilfe – Entwicklungen und Herausforderungen einer unübersichtlichen sozialen Infrastruktur, in: Dies. (Hrsg.), Kompendium Kinder- und Jugendhilfe, S. 3 f.

geschlechts- oder behinderungsspezifisch besonderer Bedürfnisse, Lebenslagen und Teilhabebarrieren.

Um jungen Menschen und Familien eine Auswahl zwischen verschiedenen Angeboten zu ermöglichen und ihre jeweiligen Lebenslagen, Wünsche und Bedürfnisse adressieren zu können, ist eine plurale Angebotslandschaft eine notwendige Voraussetzung.¹¹

2. Gesetzgebungshistorie und jüngere Nuancierungen

Im Regierungsentwurf zum Kinder- und Jugendhilfegesetz (KJHG)¹² vom 1.12.1989 war der spätere § 3 Abs. 1 SGB VIII noch nicht enthalten. Allerdings fand sich die entsprechende Formulierung in der Begründung zu § 10 Abs. 1 SGB VIII-E (Jugendarbeit), wo es hieß: „Jugendarbeit soll – stärker als andere Bereiche der Jugendhilfe – durch die *Vielfalt von Trägern unterschiedlicher Wertorientierungen und die Vielfalt von Inhalten, Methoden und Arbeitsformen* wirken.“¹³ Diese Wortwahl wurde im zuständigen Bundestagsausschuss in § 3 Abs. 1 übernommen; damit sollte „die Pluralität der Jugendhilfe als deren Wesensmerkmal im Gesetz [verankert]“ werden.¹⁴

Ebenfalls erst im Ausschuss eingefügt wurde das im Regierungsentwurf noch nicht enthaltene Wunsch- und Wahlrecht in § 4a, heute § 5 SGB VIII. Dazu heißt es in der Ausschussbegründung:

„Das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten ist die Voraussetzung dafür, daß das Angebot unterschiedlicher Träger auch genutzt werden kann und ein plurales Angebot gewährleistet ist. Eine entsprechende Vorschrift findet sich im Bundessozialhilfegesetz.“¹⁵

Hier wird die bereits angesprochene Wechselbeziehung von Trägervielfalt und Wunsch- und Wahlrecht deutlich. Der Verweis auf das Sozialhilferecht bezieht sich auf den damaligen § 3 BSHG, heute § 9 SGB XII. Bei der Schaffung des § 3 BSHG¹⁶ wiederum wurde im Regierungsentwurf ausgeführt, dass es eine

11 Vgl. BVerwG, Urt. v. 26.10.2023 – 5 C 6/22, juris Rn. 23 und 30.

12 BT-Drs. 11/5948.

13 BT-Drs. 11/5948, S. 54, Kursivsetzung durch Autorin.

14 Beschlussempfehlung und Bericht *Ausschuss für Jugend, Familie, Frauen und Gesundheit*, BT-Drs. 11/6748, S. 80.

15 BT-Drs. 11/6748, S. 80.

16 BGBl. I 1961, S. 815.

„entsprechende Bestimmung [...] außer der Sondervorschrift des § 29 Abs. 1 Satz 4 des Gesetzes über die Tuberkulosehilfe vom 23. Juli 1959 im geltenden Fürsorgerecht nicht [gebe]. [Die Regelung] soll den Gesichtspunkt der individuellen Hilfe besonders aus der Sicht des Hilfeempfängers herausstellen. Die Entscheidung darüber, ob den Wünschen des Hilfeempfängers entsprochen werden soll, trifft der Träger der Sozialhilfe im Rahmen seines pflichtmäßigen Ermessens. Wünsche des Hilfeempfängers können sich z.B. beziehen auf ein Verbleiben im gewohnten Lebenskreis, auf die Betreuung durch eine bestimmte Einrichtung der Familien- und Hauspflege oder bei der Unterbringung in einem Heim auf die Berücksichtigung der Trägerschaft.“¹⁷

Interessant ist, dass beide Regierungsentwürfe – zum KJHG wie auch zum BSHG – nicht auf die deutlich älteren Vorläufervorschriften im Jugendwohlfahrtsgesetz (JWG 1961)¹⁸ bzw. im Reichsjugendwohlfahrtsgesetz (RJWG 1922)¹⁹ eingehen.

In § 3 Abs. 1 JWG 1961 war bereits normiert, dass die öffentliche Jugendhilfe die in der Familie des Kindes begonnene Erziehung unterstützen und ergänzen sollte und dabei die von den Personensorgeberechtigten bestimmte Grundrichtung der Erziehung einschließlich des Rechts, die religiöse Erziehung zu bestimmen, zu beachten war. Gemäß § 3 Abs. 2 JWG 1961 sollte Wünschen der Personensorgeberechtigten, die sich auf die Gestaltung der öffentlichen Jugendhilfe im Einzelfall richten, entsprochen werden, soweit sie angemessen sind und keine unvertretbaren Mehrkosten erfordern. Darauf Bezug nehmend normierte § 5 Abs. 3 JWG 1961, dass, wenn Personensorgeberechtigte unter Berufung auf ihre Rechte nach § 3 JWG 1961 die vorhandenen Träger der freien Jugendhilfe nicht in Anspruch nehmen wollen, das Jugendamt dafür zu sorgen hat, dass die insoweit erforderlichen Einrichtungen geschaffen werden.

Hier wird deutlich, dass die heutige Regelungskonzeption von Wunsch- und Wahlrecht und Trägerpluralität insbesondere in der Religionsfreiheit

17 BT-Drs. 3/1799, S. 38. Im dort genannten Gesetz über die Tuberkulosehilfe v. 23.7.1959 (BGBl. I 1959, S. 513) geht es in dessen § 29 Abs. 1 um die Erteilung von Weisungen gegenüber dem Kranken und dessen Angehörigen bis hin zur Einweisung in eine Heilstätte durch die zuständigen Stellen und das Gesundheitsamt. In diesem Fall – bei Einweisung in eine Heilstätte – waren gemäß § 29 Abs. 1 „berechtigte Wünsche des Kranken zu würdigen“.

18 BGBl. I 1961, S. 1205.

19 RGBl. I 1922, S. 633.

wurzelt, konkret, im Recht, die vorhandenen freien – das hieß praktisch häufig: konfessionell gebundenen – Träger ablehnen zu dürfen und stattdessen eine öffentliche Einrichtung zu wählen.²⁰

Diese Wurzeln werden noch deutlicher in den Materialien zum RJWG 1922, das ebenfalls bereits entsprechende Regelungen enthielt. Dort wurde dem – neu eingerichteten – Amtsvormund aufgegeben, „auf das religiöse Bekenntnis oder die Weltanschauung des Mündels oder seiner Familie bei der Unterbringung Rücksicht zu nehmen“²¹, womit wiederum an das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) von 1900 angeknüpft wurde.²² Danach konnte das Vormundschaftsgericht dem Vormund die Sorge für die religiöse Erziehung des Mündels entziehen, „wenn der Vormund nicht dem Bekenntnis angehört, in dem der Mündel zu erziehen ist.“²³ § 69 RJWG 1922 bestimmte, dass „[im] Falle der Familienerziehung [...] der Minderjährige mindestens bis zum Aufhören der Schulpflicht in einer Familie seines Bekenntnisses, im Falle der Anstalterziehung soweit möglich in einer Anstalt seines Bekenntnisses unterzubringen“ war. „Minderjährige ohne Bekenntnis [sollten] nur mit ihrem Einverständnis, sofern sie ihr Bekenntnis selbst bestimmen können, andernfalls mit demjenigen des Erziehungsberechtigten in einer Familie oder in einer Anstalt eines bestimmten Bekenntnisses untergebracht werden.“

Zur Begründung wurde ausdrücklich auf die „Bestimmung des Artikel 136“ der Weimarer Reichsverfassung, den Grundsatz der Religionsfreiheit, verwiesen. Die Regelung gebe

„den Trägern der Fürsorgeerziehung Veranlassung, für die bisher wenigen Minderjährigen ohne Bekenntnis erforderlichenfalls entweder besondere Anstalten, die für mehrere Fürsorgeerziehungsbehörden gemeinsam sein könnten, zu errichten oder vorhandene Anstalten als Simultananstalten auszugestalten oder in diesen Anstalten besondere Abteilungen für Bekenntnislose mit besonderen Erziehern einzurichten.“²⁴

20 Vgl. dazu auch *BVerfG*, Urt. v. 18.7.1967 – 2 BvF 3/62 –, *BVerfGE* 22, 180-220, juris Rn. 89; *Rixen*, Das Grundrecht auf glaubenskonforme Gewährung von Sozialleistungen, *SRa* 2017, S. 212, 214.

21 § 33 Abs. 3 RJWG (RGBl. I 1922, S. 633).

22 Vgl. RT-Drs. Nr. 1666, Bd. 366, S. 1257.

23 § 1801 BGB (RGBl. 1896, S. 195).

24 RT-Drs. Nr. 1666, Bd. 366, S. 1272.

Prognostiziert wurde, dass die Neuregelung

„zunächst für die Anstaltserziehung in der Praxis der meisten Fürsorgeerziehungsbehörden Schwierigkeiten bereiten“ werde, denn „ihnen stehen bisher mit wenigen Ausnahmen nur Erziehungsanstalten, die auf konfessioneller Grundlage stehen, zur Verfügung [...]. Einzelne Länder und [...] Provinzen haben für die Unterbringung der Zöglinge keine eigenen Anstalten, sondern benutzen dafür konfessionelle Anstalten. Diese Anstalten werden nach der bisherigen Stellungnahme ihrer Organisationen nicht bereit sein, ihren Charakter umzuändern und Maßnahmen und Einrichtungen für die Aufnahme bekenntnisloser Zöglinge zu treffen. Für die Träger der Ausführung der Fürsorgeerziehung wird es daher nicht überall sogleich nach Inkrafttreten dieses Gesetzes möglich sein, dem Grundsatz des Satz 2 zu entsprechen, da erst die erforderlichen Einrichtungen oder Anstalten [...] vorbereitet und geschaffen werden müssen.“²⁵

An die Stelle dieser Herausforderungen sind inzwischen neue Anforderungen an die Ausdifferenzierung sozialer Angebote getreten. Die weitere Pluralisierung der Gesellschaft spiegelt sich auch in jüngeren gesetzlichen Nuancierungen im Zusammenhang mit der Trägervielfalt in der Jugendhilfe, aber auch in anderen Sozialleistungsbereichen.

Im KJHG 1990 wurde neben die Berücksichtigung der elterlichen Grundrichtung der Erziehung einschließlich ihrer gegebenenfalls religiösen Prägung der Auftrag gestellt, kulturelle und geschlechtsspezifische Bedürfnisse zu berücksichtigen.²⁶ Gemäß § 9 Nr. 2 SGB VIII sind seither bei der Ausgestaltung der Leistungen und bei der Erfüllung der Aufgaben auch „die jeweiligen besonderen sozialen und kulturellen Bedürfnisse und Eigenarten junger Menschen und ihrer Familien zu berücksichtigen“. Damit sollten der „Grundsatz der Individualisierung der Hilfe“ betont und „soziale und kulturelle Momente“ einbezogen werden. Die Vorschrift sollte „die Besonderheiten ausländischer Kinder und Jugendlicher sicherstellen“ [sic] – freilich unter dem Vorbehalt, dass „sie dem Menschenbild des Grundgesetzes und der verfassungsrechtlichen Grundordnung entsprechen.“²⁷

25 RT-Drs. Nr. 1666, Bd. 366, S. 1272.

26 Vgl. § 9 Nr. 2 und 3 SGB VIII in der Fassung des KJHG v. 26.6.1990 (BGBl. I 1990, S. 1163), in Kraft ab 1.1.1991.

27 BT-Drs. 11/5948, S. 52.

Zudem sollten gemäß § 9 Nr. 3 SGB VIII „die unterschiedlichen Lebenslagen von Mädchen und Jungen“ berücksichtigt, Benachteiligungen abgebaut und „die Gleichberechtigung von Mädchen und Jungen“ gefördert werden. Durch die Vorschrift sollte „die öffentliche Jugendhilfe dazu [verpflichtet werden], mädchen- und ggfs. auch jungenspezifische Ansätze und Angebote zu entwickeln.“²⁸

Damit war das SGB VIII durchaus innovativ, wenn man bedenkt, dass Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG erst 1994 geschaffen wurde.²⁹ In anderen Sozialleistungsgesetzen wurde es erst in den 2000er-Jahren üblich, die Gleichstellung von Männern und Frauen bzw. die Berücksichtigung geschlechtsspezifischer Lebenslagen ausdrücklich zu normieren, so etwa 2001 im Rehabilitationsrecht,³⁰ 2002 in der Arbeitsförderung,³¹ 2004 in der Grundsicherung für Arbeitsuchende³² und der Gesetzlichen Krankenversicherung.³³ In der Sozialen Pflegeversicherung wurde 2008 im Zusammenhang mit dem Auftrag, geschlechtsspezifische Unterschiede bezüglich der Pflegebedürftigkeit von Männern und Frauen und ihrer Bedarfe an Leistungen zu berücksichtigen, auch normiert, dass den Bedürfnissen nach einer kultursensiblen Pflege nach Möglichkeit Rechnung getragen werden soll,³⁴ um „[a]ngesichts einer zunehmenden Zahl von pflegebedürftigen Menschen mit Migrationshintergrund [...] den kulturell bedingt unterschiedlichen Bedürfnissen von pflegebedürftigen Menschen Rechnung [zu tragen].“³⁵ Das Wunsch- und Wahlrecht wurde zudem explizit darauf erstreckt, „Wünsche der Pflegebedürftigen nach gleichgeschlechtlicher Pflege [...] nach Möglichkeit“ zu berücksichtigen.³⁶

28 BT- Drs. 11/5948, S. 52 f.

29 Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 27.10.1994, BGBl. I, S. 3146.

30 Vgl. § 1 Satz 2 SGB IX in der Fassung v. 19.6.2001, BGBl. I, S. 1046.

31 Vgl. § 1 Abs. 1 Satz 3 SGB III in der Fassung des Job-AQTIV-Gesetzes (Job-AQTIV-G) v. 10.12.2001, BGBl. I, S. 3443.

32 Vgl. § 1 Abs. 1 Satz 3 und Satz 4 Nr. 3 SGB II in der Fassung des Vierten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt v. 24.12.2003, BGBl. I, S. 2954.

33 Vgl. § 140h Abs. 2 Satz 2 SGB V in der Fassung des GKV-Modernisierungsgesetzes v. 14.11.2003, BGBl. I, S. 2190; vgl. zudem § 2b SGB V, eingefügt durch das Gesetz zur Stärkung der Gesundheitsförderung und der Prävention v. 17.7.2015, BGBl. I S. 1368, geändert durch das Gesetz zur Stärkung von Kindern und Jugendlichen v. 3.6.2021 (BGBl. I, S. 1444), mit dem auch § 1 Satz 4 SGB V geändert wurde.

34 Vgl. § 1 Abs. 5 SGB XI, eingefügt als Abs. 4a m.W.v. 1.7.2008 durch das Pflege-Weiterentwicklungsgesetz (PflegeWEG) v. 28.5.2008 (BGBl. I, S. 874).

35 BT-Drs. 16/8525, S. 95.

36 § 2 Abs. 1 Satz 3 SGB XI, eingefügt durch PflegeWEG v. 28.5.2008 (BGBl. I, S. 874).

Mit dem Kinder- und Jugendstärkungsgesetz (KJSG) 2021 ist das SGB VIII wieder weitergegangen und normiert nun in § 9 Nr. 3 SGB VIII, dass – neben denen von Mädchen und Jungen – auch die unterschiedlichen Lebenslagen von „transidenten, nichtbinären und intergeschlechtlichen jungen Menschen“ zu berücksichtigen und auch insoweit Benachteiligungen abzubauen und die Gleichberechtigung der Geschlechter zu fördern sind.³⁷ Der Regierungsentwurf hatte ursprünglich eine Formulierung vorgesehen, wonach anstelle von „Mädchen und Jungen“ allgemein „die Gleichberechtigung der Geschlechter“ zu fördern sei.³⁸ Diese Änderung befand der Bundesrat für

„unzureichend, weil sie nach aktueller Gesetzesauslegung nur die nach Personenstandsgesetz vorgegebenen physischen Geschlechter meint. Die Problematik der Identitätsgeschlechter fiele demnach aus dem Regelungsumfang der Norm raus. Die Einbeziehung der Bedarfe von Kindern und Jugendlichen im Zusammenhang mit ihrer (Identitäts-)Geschlechtlichkeit in den Normgehalt ist jedoch eine durch Beschluss bekräftigte Forderung der Obersten Landes- und Familienbehörden [sic] (AGJF-Sitzung September 2020). Den strukturellen Benachteiligungen aufgrund des binär zugeschriebenen Geschlechts ist weiterhin zu begegnen.“³⁹

Damit verwendet das SGB VIII nun soweit ersichtlich als bislang einziges Bundesgesetz die Begriffe transident, nichtbinär und intergeschlechtlich.

Ebenfalls durch das KJSG 2021 wurde in § 9 SGB VIII die Nr. 4 angefügt, wonach bei der Ausgestaltung der Leistungen und der Erfüllung der Aufgaben „die gleichberechtigte Teilhabe von jungen Menschen mit und ohne Behinderungen umzusetzen und vorhandene Barrieren abzubauen“ sind. Im Vergleich zur Vorreiterrolle der Jugendhilfe mit Blick auf andere Diskriminierungsdimensionen – insbesondere das Geschlecht – erfolgte die ausdrückliche Hinwendung zu Kindern mit Behinderung spät, dafür aber besonders beredt: Durch das KJSG wurde gleich in einer ganzen Reihe von Vorschriften des SGB VIII⁴⁰ die Aufgabe der Jugendhilfe betont, die „spezifischen Bedürfnisse von jungen Menschen mit Behinderungen“ bei

37 § 9 Nr. 3 SGB VIII in der Fassung des Gesetzes zur Stärkung von Kindern und Jugendlichen v. 3.6.2021, BGBl. I, S. 1444.

38 Vgl. BT-Drs. 19/26107, S. 15.

39 BR-Drs. 5/21 (Beschluss), S. 8; s. zur Übernahme im Ausschuss auch BT-Drs. 19/28870, S. 90.

40 Vgl. § 8a Abs. 4 Satz 2, § 8b Abs. 3, § 77 Abs. 1 Satz 2, § 79a Satz 2, § 80 Abs. 2 Nr. 4 SGB VIII.

der gesamten Aufgabenwahrnehmung zu berücksichtigen. Man mag dies je nach Lesart als „umfangreiche Änderungen zur Gestaltung einer inklusiven Kinder- und Jugendhilfe“⁴¹ oder als eine Art rhetorische Überkompensation ansehen, weil rechtlich gehaltvolle Schritte zur Überwindung separierender Strukturen mit dem KJSG gerade nicht gegangen wurden.⁴²

3. Verfassungsrechtliche Fundierungen

Handelt es sich nun beim Grundsatz der Trägervielfalt um einen „nur“ objektiven Programmsatz oder gar bloß zeitgeistige Parlamentspoesie⁴³? Inwieweit können daraus konkrete Rechte oder Pflichten der öffentlichen und freien Träger sowie junger Menschen und Familien folgen? Bevor näher auf die Wirkungsdimensionen des Prinzips der Trägerpluralität im einfachen Recht eingegangen wird (4.), soll zunächst ein Blick auf seine verfassungsrechtlichen Fundierungen geworfen werden.

3.1 Leistungsberechtigte

Nach überkommenem Grundrechtsverständnis können sich die Einzelnen hinsichtlich der Wahl zwischen verschiedenen Leistungserbringern zwar auf die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) bzw. mit Blick auf ein etwaiges besonderes Vertrauensverhältnis auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) berufen, dies allerdings lediglich im Sinne von Abwehrrechten, nicht im Sinne eines Verschaffungsanspruchs.⁴⁴ Geht es um die Inanspruchnahme von Leistungen als Sozialleistungen, so geschieht diese rechtlich freiwillig; niemand ist verpflichtet, Sozialleistungen in Anspruch zu nehmen. Aus einer rein abwehrrechtlich orientierten Sicht ist daher der Grundsatz der Trägervielfalt im Hinblick auf junge Menschen und Familien als Leistungsberechtigte der Jugendhilfe

41 BT-Drs. 19/26107, S. 119.

42 Näher: *Schweigler*, Gemeinsame Leistungserbringung zwischen SGB VIII und SGB IX: Rechtlicher Rahmen und Weiterentwicklungsperspektiven, in: Kieslinger/Owsianowski (Hrsg.), *Inklusive Kinder- und Jugendhilfe: Finanzierung, Organisationsentwicklung, Qualität*, 2023, S. 23, 28 f.

43 Vgl. *Kunkel*, Beratungspflichten und Beratungssprache, *ZfSH/SGB* 2022, S. 378.

44 Vgl. zur freien Arztwahl in der GKV: *Lang*, in: Becker/Kingreen (Hrsg.), *Kommentar SGB V*, 8. Aufl. 2022, § 76 Rn. 4 m.w.N.

kein Grundrechtsthema im engeren Sinne. Hier liegt grundrechtsdogmatisch ein wesentlicher struktureller Unterschied zur Schule.⁴⁵

Werden Sozialleistungen einschließlich solcher der Kinder- und Jugendhilfe zwar formal in Ausübung grundrechtlicher Freiheit in Anspruch genommen (oder auch nicht), steht doch praktisch die Deckung eines bestimmten Bedarfs im Vordergrund. Dieser ist zumeist – wenn auch nicht immer⁴⁶ – sogar Voraussetzung für den Leistungsanspruch. Aus dieser Warte haben die Leistungsberechtigten zwar rechtlich, oftmals aber nicht subjektiv bzw. faktisch die Wahl, ob sie die entsprechende Leistung in Anspruch nehmen.⁴⁷ Bei den Hilfen zur Erziehung nach §§ 27 ff. SGB VIII wird die Freiwilligkeit der Inanspruchnahme zudem relativiert durch mögliche oder bereits erfolgte familiengerichtliche Anordnungen, die auch explizite Gebote beinhalten können, Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe in Anspruch zu nehmen (§ 1666 Abs. 3 Nr. 1 BGB).⁴⁸

Nehmen Berechtigte aufgrund individueller Bedarfe Sozialleistungen in Anspruch, tun sie dies in unserer Rechtsordnung „nicht als Bittsteller, sondern als Inhaber von Grundrechten“.⁴⁹ Vor diesem Hintergrund hat *Stephan Rixen* vorgeschlagen⁵⁰, den vom Bundesverfassungsgericht eingeschlagenen Weg der „Vergrundrechtlichung“ des Sozialstaatsgebots⁵¹ weiterzugehen und Art. 20 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 4 Abs. 1 und 2 GG ein Grundrecht auf glaubenskonforme bzw. i.V.m. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG auf per-

45 *Hessischer VGH*, Beschl. v. 30.6.2003 – 10 TG 553/03 –, juris Rn. 8.

46 Der Anspruch auf frühkindliche Förderung in einer Tageseinrichtung oder in Kindertagespflege besteht gemäß § 24 Abs. 2 SGB VIII ab Vollendung des ersten Lebensjahres ohne weitere Voraussetzungen.

47 Vgl. *Ogorek*, Anmerkung zum Beschluss des Hessischen VGH vom 30.6.2003 (10 TG 553/03), JA 2004, S. 199.

48 Vgl. *Tammen/Trenczek*, in: Frankfurter Kommentar SGB VIII, § 27 Rn. 14.

49 *Rixen*, SRa 2017, S. 212, 219; vgl. auch zum Grundrecht auf schulische Bildung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 1 GG) *BVerfG*, Beschl. v. 19.II.2021 – 1 BvR 971/21 und 1069/21 – BVerfGE 159, 355 (Bundesnotbremse II), insb. juris Rn. 55 ff. zu dessen Charakter als derivatives Teilhaberecht, das zwar keinen Individualanspruch auf eine wunschgemäße Gestaltung, aber eine diskriminierungsfreie Teilhabe gewährleistet.

50 *Rixen*, SRa 2017, S. 212.

51 *Rixen* benennt a.a.O. als maßgebliche „Stationen der Durchsetzung leistungsgrundrechtlichen Denkens“ die Entscheidungen des BVerfG v. 18.7.1972 – 1 BvL 32/70 und 25/71 –, BVerfGE 33, 303 (Numerus-clausus-Urteil), vom 6.12.2005 – 1 BvR 347/98 –, BVerfGE 115, 25 (Nikolaus-Beschluss) und v. 9.2.2010 – 1 BvL 1/09 –, BVerfGE 125, 175 (Hartz IV-Regelsatz).

sönlichkeitsrechtskonforme Ausgestaltung der Sozialleistungsgewährung zu entnehmen.⁵²

Daneben bzw. subsidiär kommt auch ein gleichheitsrechtlich fundiertes Recht auf Beachtung der religiösen Präferenzen oder auch anderer persönlichkeitsprägender Merkmale bei der Ausgestaltung einfachgesetzlich eröffneter Sozialleistungen in Betracht.⁵³ Hier ist auch das Gebot in Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG von Bedeutung, die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen (Mädchen) und Männern (Jungen) zu fördern und insoweit auf die Beseitigung bestehender Nachteile hinzuwirken. Im Hinblick auf Menschen mit einer Behinderung verbietet Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG deren Benachteiligung beim Zugang zu Sozialleistungen.

Daneben kommt gerade in der Kinder- und Jugendhilfe Art. 6 Abs. 1 GG in seiner Dimension als Schutzpflicht eine wichtige Bedeutung zu. So hat das Bundesverfassungsgericht betont, dass das Familiengrundrecht neben der Abwehrfunktion eine staatliche Verpflichtung beinhaltet, „die Kinderbetreuung in der jeweils von den Eltern gewählten Form in ihren tatsächlichen Voraussetzungen zu ermöglichen und zu fördern.“⁵⁴ Der elterliche Primat bei Pflege und Erziehung der Kinder (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG) ist zudem nicht nur in (Schul-)Pflichtkonstellationen, sondern auch im Rahmen freiwillig in Anspruch genommener Leistungen zu beachten, die entsprechend darauf zielen, die elterliche Erziehung zu gewährleisten und zu unterstützen.⁵⁵

Auch wenn grundrechtsdogmatisch manches noch in der Diskussion ist, kann jedenfalls festgehalten werden, dass der Grundsatz der Trägerpluralität eine Reihe verfassungsrechtlich geschützter Rechte und Interessen der Leistungsberechtigten zur Geltung bringt, die auf das einfache Recht ausstrahlen und bei der Bestimmung von dessen Inhalt und Reichweite zu berücksichtigen sind.⁵⁶

52 Vgl. *Rixen*, SRA 2017, S. 212, 219 f.

53 Vgl. *Rixen*, SRA 2017, S. 212, 221.

54 *BVerfG*, Beschl. v. 10.11.1998 – 2 BvR 1057/91 –, *BVerfGE* 99, 216–246, juris Rn. 70; s. auch *BVerfG*, Beschl. v. 21.7.2022 – 1 BvR 469/20 –, *BVerfGE* 162, 378, juris Rn. 139.

55 *Wapler*, in: *Wiesner/Wapler SGB VIII*, § 1 Rn. 18; zur Wechselbeziehung des Elternrechts mit dem Pluralitätsgebot vgl. auch *BVerwG*, Urt. v. 26.10.2023 – 5 C 6/22 –, juris Rn. 23.

56 So zu § 9 Nr. 1 SGB VIII und Art. 4 Abs. 1, Abs. 2, Art. 6 Abs. 2 GG: *BVerfG*, Nichtannahmebeschl. v. 2.10.2003 – 1 BvR 1522/03 –, juris Rn. 6.

3.2 Leistungserbringer

Demgegenüber geht es mit Blick auf die Leistungserbringer klassisch um Freiheitssicherung. Hinzu kommt insbesondere mit Blick auf Zuwendungsentscheidungen der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) als Maßstab.

Soweit es um konfessionelle Träger geht, wird deren sozialwirtschaftliches Engagement durch die Religionsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG) einschließlich des institutionellen Selbstbestimmungsrechts gemäß Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 Satz 1 WRV geschützt.⁵⁷ Teilweise findet sich im Landesverfassungsrecht auch explizit die Gewährleistung der Wohlfahrtspflege der Kirchen und anerkannten Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften.⁵⁸ Geschützt ist dabei nicht nur der Zugang religiös gebundener Träger zur Leistungserbringung, sondern im Grundsatz auch ihre konzeptionelle Gestaltungsfreiheit.⁵⁹

Im Übrigen sind Leistungserbringer gegenüber Reglementierungen ihrer Tätigkeit durch die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) geschützt.⁶⁰ Die Steuerung der Trägersauswahl im Rahmen von Beratung und Hilfeplanung, die Prüfung von Konzeptionen im Betriebserlaubnisverfahren und die Steuerung des Zugangs von Leistungsanbietern zum öffentlich finanzierten Leistungssystem prägen den Alltag der öffentlichen Jugendhilfe. Diese berufsfreiheitliche Dimension von Trägervielfalt und Wunsch- und Wahlrecht erscheint in anderen Leistungsbereichen präsenter; so wurde in der Krankenversicherung bereits Ende des 19. Jahrhunderts die „freie Arztwahl“ von der Ärzteschaft als Aspekt der „Ärztefrage“ – also des allgemeinen Zugangs der Ärzte zum Kassensystem – diskutiert und mit Nachdruck eingefordert.⁶¹ In der Jugendhilfe wird demgegenüber auch heute noch Anbietern mit einigem Argwohn begegnet, die Leistungen der Jugendhilfe gewerblich

57 Rixen, SRa 2017, S. 212, 221.

58 Vgl. Art. 6 LV Baden-Württemberg, vgl. dazu *VGH Mannheim*, Urt. v. 22.5.2013 – 9 S 889/11.

59 Janda, in: Jox/Wellenhofer (Hrsg.), BeckOGK SGB VIII, 1.6.2023, § 45 Rn. 48.

60 Vgl. etwa *OVG Lüneburg*, Beschl. v. 13.3.2006 – 4 ME 1/06 –, juris Rn. 12; *VG Darmstadt*, Beschl. v. 28.2.2016 – 5 L 652/15.DA –, juris Rn. 61; *VG München*, Urt. v. 22.9.2021 – M 18 K 20.737 –, juris Rn. 70 ff.

61 Vgl. *Ayaß/Tennstedt/Winter*, Quellensammlung zur Geschichte der deutschen Sozialpolitik 1867 bis 1914, III. Abt. (1890 – 1904). Bd. 5: Die gesetzliche Krankenversicherung, 2012, Einleitung, S. XXVI ff.

erbringen (wollen),⁶² und das Idealbild freier Träger kultiviert, die „sich nicht an einer Überschusserzielung orientieren, sondern gerade aufgrund sozialen Engagements tätig werden“ und „ohne Gewinnstreben ihrem Wesen entsprechend autonom eigene soziale Aufgaben [ausführen].“⁶³

Soweit es um Entscheidungen über öffentliche Leistungen – namentlich Zuwendungen – geht, können sich Leistungserbringer zudem auf den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) berufen.⁶⁴ In diesem Zusammenhang hat das Bundesverwaltungsgericht jüngst dem Grundsatz der Pluralität von Trägern unterschiedlicher Wertorientierungen sowie von Inhalten, Methoden und Arbeitsformen (§ 3 Abs. 1 SGB VIII) besonderes Gewicht eingeräumt: Wenn der Norm- bzw. Zuwendungsgeber bei der Vergabe von Mitteln an ein von § 3 Abs. 1 SGB VIII umfasstes Kriterium anknüpft, soll eine daraus resultierende Ungleichbehandlung von Trägern nur im Rahmen einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung zu rechtfertigen sein (dazu 4.4.1).⁶⁵

4. Wirkungsdimensionen

Für die konkrete Rechtsanwendung im SGB VIII gehen vom Grundsatz der Trägervielfalt eine Reihe von Implikationen aus. Diese betreffen die Gesamt- und Planungsverantwortung des öffentlichen Trägers (dazu 4.1) und verschiedene Aspekte des Leistungs- (dazu 4.2), Betriebserlaubnis- (dazu 4.3) und Finanzierungsrechts (dazu 4.4).

4.1 Objektivrechtliche Verpflichtung der öffentlichen Träger im Rahmen ihrer Gesamt- und Planungsverantwortung

Die Träger der öffentlichen Jugendhilfe haben die gesetzlich postulierte „Vielfalt von Trägern unterschiedlicher Wertorientierungen und die Vielfalt von Inhalten, Methoden und Arbeitsformen“ im Rahmen ihrer Gesamt-

62 Noch heute wird diskutiert, ob privat-gewerbliche Träger unter die „Träger der freien Jugendhilfe“ i.S.v. § 3 Abs. 2 SGB VIII fallen, skeptisch *Schindler/Elmayer*, in: Kunkel/Keper/Pattar (Hrsg.), LPK-SGB VIII, 8. Aufl. 2022, § 3 Rn. 16; dagegen *OVG Lüneburg*, Beschl. v. 13.3.2006 – 4 ME 1/06 –, juris Rn. 8, jeweils m.w.N.

63 *Schindler/Elmayer*, in: LPK-SGB VIII, § 3 Rn. 16.

64 Vgl. etwa *BVerwG*, Urt. v. 21.1.2010 – 5 CN 1/09; *BVerwG*, Urt. v. 26.10.2023 – 5 C 6/22.

65 *BVerwG*, Urt. v. 26.10.2023 – 5 C 6/22.

und Planungsverantwortung zu wahren und zu befördern (§ 79 Abs. 1, § 80 SGB VIII).⁶⁶ Bei Gesamt- und Planungsverantwortung handelt es sich um objektiv-rechtliche Verpflichtungen, die als solche nicht einklagbar sind.⁶⁷

Die Träger der öffentlichen Jugendhilfe sollen gewährleisten, dass die zur Aufgabenerfüllung erforderlichen und geeigneten Einrichtungen, Dienste und Veranstaltungen *den verschiedenen Grundrichtungen der Erziehung entsprechend* rechtzeitig und ausreichend zur Verfügung stehen (§ 79 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII). Im Rahmen ihrer Planungsverantwortung haben die öffentlichen Träger den Bedarf *unter Berücksichtigung der Wünsche, Bedürfnisse und Interessen* der jungen Menschen und der Erziehungsberechtigten für einen mittelfristigen Zeitraum zu ermitteln (§ 80 Abs. 1 Nr. 2 SGB VIII) und sollen Einrichtungen und Dienste so planen, dass ein möglichst wirksames, *vielfältiges*, inklusives und aufeinander abgestimmtes Angebot von Jugendhilfeleistungen gewährleistet ist (§ 80 Abs. 2 Nr. 2 SGB VIII).

Dabei kann es zu Zielkonflikten kommen, wenn das Gesetz einerseits Inklusivität verlangt und zugleich verschiedene Bedürfnisse – seien sie religions-, geschlechts- oder behinderungsspezifisch begründet – durch die Angebotslandschaft besonders berücksichtigt werden sollen. Anders gewendet: Eine Vielfalt der Angebote geht mit Spezialisierungen einher und ist gerade dadurch gekennzeichnet, dass sich nicht jedes Angebot gleichermaßen an alle richtet, sondern beispielsweise spezifisch muslimische Familien⁶⁸, Mädchen⁶⁹ oder junge Menschen adressiert werden, die sich keinem Geschlecht eindeutig zuordnen.⁷⁰

Unter dem Gesichtspunkt der Träger- und Angebotsvielfalt problematisch ist, dass gewerbliche Träger bei der Jugendhilfeplanung außen vor bleiben; das Gesetz privilegiert hier die anerkannten Träger der freien Jugendhilfe, also die gemeinnützigen (§ 75 Abs. 1 Nr. 2 SGB VIII). Dies einmal über die Befassung des Jugendhilfeausschusses mit der Jugendhilfeplanung (§ 71 Abs. 3 Nr. 2 SGB VIII), für den die anerkannten Träger ein Vorschlagsrecht haben (§ 71 Abs. 1 Nr. 2 SGB VIII), und zum anderen über

66 Vgl. Wapler, in: Wiesner/Wapler SGB VIII, § 3 Rn. 9; VG München, Beschl. v. 3.8.2023 – M 18 E 23.3704 –, juris Rn. 43; Bayerischer VGH, Beschl. v. 6.12.2021 – 12 CE 21.2846 –, juris Rn. 4.

67 Tammen, in: Frankfurter Kommentar SGB VIII, § 80 Rn. 2.

68 Vgl. BMFSFJ (Hrsg.), Wie erreicht Familienbildung und -beratung muslimische Familien?, 2008, abrufbar unter www.bmfsfj.de.

69 Vgl. BT-Drs. 11/5948, S. 52 f.

70 Vgl. Kunkel/Pattar, in: LPK-SGB VIII, § 9 Rn. 13.

§ 80 Abs. 4 Satz 1 SGB VIII, wonach die Träger der öffentlichen Jugendhilfe die anerkannten Träger der freien Jugendhilfe in allen Phasen ihrer Planung frühzeitig zu beteiligen haben. Dieses Planungsverständnis, das auf der weitgehenden Identität von Planungsbeteiligten und Leistungsanbietern beruht, ist nicht mehr zeitgemäß.⁷¹ Zwar folgen aus der Jugendhilfeplanung keine unmittelbaren subjektiven Rechte auf Förderung; die Planung wird aber im Rahmen von Ermessensentscheidungen über die Gewährung von Zuwendungen (dazu unten, 4.4.1) durchaus rechtlich relevant.⁷²

4.2 Leistungsrecht: Beratung, Wunsch- und Wahlrecht und Hilfeplanung

Wie eingangs dargestellt, soll eine plurale Angebotslandschaft bereitgestellt werden, um den Leistungsberechtigten die Auswahl zwischen unterschiedlichen Möglichkeiten der Bedarfsdeckung zu ermöglichen. § 5 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII normiert ausdrücklich das Recht der Leistungsberechtigten, zwischen Einrichtungen und Diensten verschiedener Träger zu wählen (dazu oben, 1.2).

Bei niedrigschwellig zugänglichen Infrastrukturleistungen können junge Menschen und Familien ohne Beteiligung des Jugendamtes ein für sie passendes Leistungsangebot unmittelbar in Anspruch nehmen. Das betrifft beispielsweise Angebote der Jugendarbeit sowie die meisten Beratungsangebote.⁷³ Allerdings setzt eine freie Auswahlentscheidung einen Überblick über die vorhandenen Angebote voraus. Insoweit kommt den Trägern der öffentlichen Jugendhilfe auch ohne Bewilligungsentscheidung eine wichtige Rolle im Rahmen der Beratung zu.⁷⁴ Den bereits zahlreich vorhandenen Beratungspflichten wurde durch das KJSG § 10a SGB VIII hinzugefügt,⁷⁵ der die Jugendämter verpflichtet, junge Menschen, Mütter, Väter, Personensorge- und Erziehungsberechtigte „zur Wahrnehmung ihrer Rechte nach diesem Buch“ zu beraten und ihnen in diesem Rahmen insbesondere „Hinweise auf Leistungsanbieter und andere Hilfemöglichkeiten im Sozialraum“ zu geben (§ 10a Abs. 1, Abs. 2 Nr. 6 SGB VIII). Diese Aufgabe ist trägerneu-

71 Schön, in: Wiesner/Wapler SGB VIII, § 80 Rn. 10a.

72 Vgl. Tammen, in: Frankfurter Kommentar SGB VIII, § 80 Rn. 22 m.w.N.

73 Zur niedrigschwelligen Zugänglichkeit der Erziehungsberatung vgl. § 36a Abs. 2 Satz 1 SGB VIII.

74 Vgl. OVG Berlin, Beschl. v. 4.4.2005 – 6 S 415.04 –, juris Rn. 19.

75 Kritisch zur Fülle an Beratungstatbeständen im SGB VIII: Kunkel, ZfSH/SGB 2022, S. 378.

tral zu erfüllen, da nur so eine sachlich und rechtlich zutreffende Information der Leistungsberechtigten über ihr Wunsch- und Wahlrecht erfolgt, zu der das Jugendamt gemäß § 5 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII verpflichtet ist.⁷⁶

Problematisch ist die in der Praxis übliche Nennung oder gar Empfehlung konkreter Leistungserbringer. Führt das Jugendamt Anbieterlisten, müssen diese vollständig sein, da andernfalls die Marktteilnahmechancen nicht gelisteter Leistungserbringer beeinträchtigt und so deren Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) verletzt wird.⁷⁷ Auch die gesetzliche Bezugnahme auf „Leistungsanbieter und andere Hilfemöglichkeiten im Sozialraum“ birgt die Schwierigkeit, dessen Grenzen – die nicht den Zuständigkeitsgrenzen des Jugendamtes entsprechen müssen – zu bestimmen. Weist das Jugendamt etwa nur auf solche Leistungserbringer hin, mit denen es selbst Vereinbarungen abgeschlossen hat, würden überregional tätige Leistungserbringer benachteiligt.⁷⁸

Gegenüber den Leistungsberechtigten kann eine inhaltlich unzureichende Beratung Haftungsfolgen auslösen. Wenn den Beratungsberechtigten infolge des Beratungsmangels ein Nachteil entsteht, kommen der sozialrechtliche Herstellungsanspruch und die Amtshaftung nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG in Betracht.⁷⁹ Praktisch relevanter und auch erfolgversprechender dürften im hiesigen Zusammenhang allerdings Unterlassungsklagen der benachteiligten Leistungserbringer sein, mit denen zwar nicht eine bestimmte Art und Weise der Beratung durchgesetzt⁸⁰, dem Jugendamt aber die nicht trägerneutrale Beratung gerichtlich untersagt werden kann.⁸¹ In der Rechtsprechung ist in diesem Zusammenhang noch offen, ob der Grundsatz der Trägerpluralität (§ 3 Abs. 1 SGB VIII) und das Wunsch- und Wahlrecht (§ 5 Abs. 1 SGB VIII) eine drittschützende Wirkung zugunsten des Leistungserbringers entfalten.⁸² Seine Klagebefugnis ergibt sich jedenfalls aus seiner Berufsausübungsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG.⁸³ Auch auf

76 Vgl. *VG Hannover*, Beschl. v. 3.7.2014 – 3 B 9975/14 –, juris Rn. 7.

77 Vgl. *VG Hannover*, Beschl. v. 3.7.2014 – 3 B 9975/14; *VG Darmstadt*, Beschl. v. 29.2.2016 – 5 L 652/15.DA; *Schweigler*, in: BeckOGK SGB VIII, § 10a Rn. 27.

78 *Schweigler*, in: BeckOGK SGB VIII, § 10a Rn. 27.

79 Ausführlich und m.w.N.: *Schweigler*, in: BeckOGK SGB VIII, § 10a Rn. 16 ff.

80 Vgl. *OVG Lüneburg*, Beschl. v. 2.9.2010 – 4 LA 176/09.

81 Vgl. *VG Darmstadt*, Beschl. v. 29.2.2016 – 5 L 652/15.DA.

82 In diese Richtung wohl *VG Hannover*, Beschl. v. 3.7.2014 – 3 B 9975/14 –, juris Rn. 7; anders *OVG Lüneburg*, Beschl. v. 2.9.2010 – 4 LA 176/09 –, juris Rn. 5.

83 Vgl. *VG Hannover*, Beschl. v. 3.7.2014 – 3 B 9975/14 –, juris Rn. 5; *VG Darmstadt*, Beschl. v. 29.2.2016 – 5 L 652/15.DA –, juris Rn. 63.

Art. 3 Abs. 1 GG können sich Leistungserbringer gegenüber einer gleichheitswidrigen Beratungspraxis des Jugendamtes berufen.⁸⁴

Soweit es um Leistungen geht, die vom Anwendungsbereich der §§ 36, 36a SGB VIII erfasst werden, gelten diese Grundsätze auch im Rahmen der Hilfeplanung. Davon umfasst sind die Hilfen zur Erziehung (§§ 27 ff. SGB VIII),⁸⁵ die Eingliederungshilfe bei (drohender) seelischer Behinderung (§ 35a SGB VIII) und die Hilfen für junge Volljährige (§ 41 SGB VIII).⁸⁶ Den Fachkräften des Jugendamts ist hier eine rechtlich anspruchsvolle Aufgabe übertragen: Einerseits müssen sie den Hilfeprozess und dabei insbesondere die Anbieterauswahl so steuern, dass die Leistung möglichst individuell und passgenau dem konkreten erzieherischen Bedarf und der jeweiligen Lebenslage, gerade auch unter Beachtung der in § 9 SGB VIII genannten Merkmale, gerecht wird.⁸⁷ Zugleich müssen sie aber das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten auch und gerade im Rahmen der Hilfeplanung beachten (§ 36a Abs. 1 Satz 1 SGB VIII). Den Familien eine Orientierung im Anbieterfeld zu bieten und ihnen eine informierte Auswahl zu ermöglichen, ohne dabei die Rechte der Leistungserbringer zu verletzen, wird in der Praxis oftmals einer Gratwanderung gleichen.

In der Sache beschränkt sich das Wunsch- und Wahlrecht auf die vorhandenen Einrichtungen und Dienste. Weder kann darauf ein subjektives Recht auf die Schaffung bestimmter Angebote noch auf eine Kapazitätserweiterung gestützt werden.⁸⁸ Allerdings muss ein struktureller Mangel an geeigneten Angeboten im Hinblick auf bestimmte Wünsche, Bedürfnisse und Interessen junger Menschen und Familien im Rahmen der Jugendhilfeplanung berücksichtigt werden (§ 80 Abs. 1 Nr. 2 SGB VIII, dazu oben, 4.1).

In der Praxis können Kapazitätsengpässe, auch angesichts des Fachkräftemangels, es erschweren, individuellen Wünschen im Hinblick auf Trägerart und konzeptionelle Besonderheiten zu genügen. Es kann sich dann die Frage stellen, welche Leistungsmerkmale so elementar sind, dass sie zur Bedarfsdeckung unverzichtbar sind, und welche lediglich „nice to have“ sind.

84 Vgl. *OVG Lüneburg*, Beschl. v. 2.9.2010 – 4 LA 176/09 –, juris Rn. 6 f.

85 S. aber § 36a Abs. 2 SGB VIII zur niedrigschwelligen Inanspruchnahme insbesondere der Erziehungsberatung nach § 28 SGB VIII.

86 Vgl. *Schönecker/Meysen*, in: *Frankfurter Kommentar SGB VIII*, § 36 Rn. 1.

87 *Winkler*, in: *Rolfs/Giesen/Mießing/Udsching* (Hrsg.), *BeckOK Sozialrecht*, 71. Edition (1.12.2023), § 9 SGB VIII Rn. 9.

88 Vgl. *Wapler*, in: *Wiesner/Wapler SGB VIII*, § 5 Rn. 9b m.w.N.

In diesem Zusammenhang hat das Verwaltungsgericht Bremen entschieden, dass der Anspruch auf Förderung gemäß § 24 Abs. 3 SGB VIII auch dann durch das Angebot eines Platzes in der Kindertageseinrichtung eines evangelischen Trägers erfüllt werde, wenn alle Familienangehörigen der katholischen Kirche und dem katholischen Glauben angehören. Es bestehe „grundsätzlich kein Anspruch auf Zuweisung eines Betreuungsplatzes in einer von einem bestimmten konfessionellen oder einem weltlichen Träger betriebenen Einrichtung“. Dies gilt nach Auffassung des Gerichts „auch im Lichte des Art. 4 Abs. 1 GG“.⁸⁹ Folgt man dieser Auffassung, wird man aber im Hinblick auf Art. 6 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 i. V. m. Art. 4 Abs. 1 und 2 GG verlangen müssen, dass der Einrichtungsträger auf organisatorischer und pädagogischer Ebene wirksame Vorkehrungen trifft, um Kinder anderer oder ohne eine Konfession im Betreuungsalltag nicht zu exponieren und ihr Verhalten als Ausdruck einer gleichberechtigten weltanschaulichen Überzeugung zu respektieren.⁹⁰ Dies gilt umso mehr, wenn man aus Art. 20 Abs. 1 i. V. m. Art. 4 Abs. 1 und 2 GG ein Grundrecht auf glaubenskonforme Ausgestaltung der Sozialleistungserbringung ableitet (dazu oben, 3.1).

4.3 Betriebserlaubnis-/Aufsichtsrecht

Der rechtlich gewollten Vielfalt von Trägern unterschiedlicher Wertorientierungen sowie von Inhalten, Methoden und Arbeitsformen, ist auch im Rahmen des Betriebserlaubnis- und Aufsichtsrechts Rechnung zu tragen. Es handelt sich bei den §§ 45 ff. SGB VIII um Gefahrenabwehrrecht, das zum Ziel hat, Gefährdungen für das Wohl der in Einrichtungen betreuten Kinder und Jugendlichen möglichst auszuschließen (§ 45 Abs. 2 SGB VIII). Dabei stellt das präventive Verbot mit Erlaubnisvorbehalt eine subjektive Zulassungsvoraussetzung für den Betrieb von Einrichtungen zur Betreuung von Kindern und Jugendlichen auf, die als solche das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) beschränkt.⁹¹ Vor diesem Hintergrund sind im Betriebserlaubnisverfahren und im Rahmen der Einrichtungsaufsicht

89 VG Bremen, Beschl. v. 1.8.2023 – 3 V 1492/23 –, juris Rn. 4; bestätigt durch OVG Bremen, Beschl. v. 22.9.2023 – 2 B 222/23.

90 Vgl. BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 2.10.2003 – 1 BvR 1522/03 –, Rn. 8 f.; VG Bremen, Beschl. v. 1.8.2023 – 3 V 1492/23 –, juris Rn. 4; ebenso OVG Bremen, Beschl. v. 22.9.2023 – 2 B 222/23 –, juris Rn. 14.

91 Vgl. Remmert, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 102. EL August 2023, Art. 12 Abs. 1 Rn. 124; Jarass, in: Jarass/Kment GG, 17. Aufl. 2022, Art. 12 Rn. 44.

lediglich Mindestanforderungen zur Gefahrenabwehr sicherzustellen; es geht nicht um die Gewährleistung optimaler Betreuungs- (und ggf. Unterkunft-)Bedingungen.⁹² Eine unverhältnismäßig enge Auslegung der Voraussetzungen zur Erteilung der Betriebserlaubnis ist daher zu vermeiden.⁹³ Insbesondere obliegt die pädagogisch-konzeptionelle Ausrichtung der Einrichtung grundsätzlich der freien Entscheidung der Einrichtungsträger. Stellt die gemäß § 45 Abs. 3 Nr. 1 SGB VIII vorzulegende Einrichtungskonzeption sicher, dass das Wohl der Kinder und Jugendlichen in der Einrichtung gewährleistet ist, und besteht auf Trägerseite keine Unzuverlässigkeit im Sinne von § 45 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1, Satz 3 SGB VIII, so ist die Erlaubnis nach § 45 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII zu erteilen.⁹⁴

Spannungen zwischen Trägerpluralität und Kindeswohl können sich in diesem Zusammenhang mit Blick auf § 45 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 SGB VIII ergeben. Danach ist in der Regel anzunehmen, dass das Wohl der Kinder und Jugendlichen gewährleistet ist, wenn in der Einrichtung die gesellschaftliche und sprachliche Integration und ein gesundheitsförderliches Lebensumfeld unterstützt werden. Die Regelung wurde mehrfach geändert. Sie geht zurück auf einen Vorschlag des Bundesrates, wonach die Erlaubnis zu versagen sein sollte, „wenn Zweifel an einer der Integration von Kindern und Jugendlichen in Staat und Gesellschaft dienenden Ausrichtung bestehen“, was unter anderem dann anzunehmen sein sollte, wenn „die Erziehung und Betreuung nicht überwiegend in gängiger deutscher Sprache stattfindet“ oder „die Prinzipien der freiheitlich-demokratischen Grundordnung in Frage gestellt werden“.⁹⁵ Damit waren freilich nicht die *Écoles maternelles* oder *Toddler Schools* gemeint; vielmehr hatte der Bundesrat nach eigenem Bekunden zum Ziel „sicherzugehen, dass vor allem islamische und sonstige weltanschauliche Träger von Einrichtungen den Integrationsgedanken wahren“.⁹⁶

92 Vgl. Wiesner, in: Wiesner/Wapler SGB VIII, § 45 Rn. 32 f.; Busse, in: Schlegel/Voelzke (Hrsg.), jurisPK-SGB VIII, 3. Aufl. 2022, § 45 Rn. 21 m.w.N.; Smessaert/Struck, in: Frankfurter Kommentar SGB VIII, § 45 Rn. 3; OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 20.3.2000 – 16 A 4169/98 –, juris Rn. 9 ff.; VG München, Urt. v. 5.12.2012 – M 18 K 11.5772 –, juris Rn. 40; Bayerischer VGH, Beschl. v. 19.8.2016 – 12 CE 16.1172 –, juris Rn. 34.

93 Vgl. Remmert, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 102. EL August 2023, Art. 12 Abs. 1 Rn. 158; Jarass, in: Jarass/Kment GG, 17. Aufl. 2022, Art. 12 Rn. 44 ff.

94 Vgl. BVerwG, Urt. v. 24.8.2017 – 5 C 1/16 –, BVerwGE 159, 314–322, juris Rn. 17.

95 Vgl. Art. 1 Nr. 2 des Gesetzentwurfs des Bundesrates für ein Gesetz zur Änderung des Achten Buches Sozialgesetzbuch, BT-Drs. 15/4158, S. 5.

96 BT-Drs. 15/4158, S. 6.

In der Rechtsprechung wird hier mit dem Begriff der „Parallelgesellschaften“ operiert, deren Entstehung entgegengewirkt werden müsse bzw. in die Kinder in Einrichtungen nicht ableiten dürften.⁹⁷ Aufgegriffen wird damit eine Formulierung des Bundesverfassungsgerichts in einem Nichtannahmebeschluss zur strafrechtlichen Verfolgung von Verstößen gegen die Schulpflicht aus religiösen Gründen, wobei die Beschwerdeführer bibeltreue Christen waren.⁹⁸ Der scheinbar griffige Topos der „Parallelgesellschaft“ birgt allerdings die Gefahr von Missverständnissen, ist es doch in der freiheitlich-pluralen Ordnung des Grundgesetzes sehr wohl zulässig, sich etwa aufgrund persönlicher, kultureller oder religiöser Präferenzen weitgehend abzusondern (Art. 2 Abs. 1, Art. 4 Abs. 1 und 2 GG) und dies im Grundsatz auch im Rahmen der geschützten elterlichen Erziehungspräferenzen (Art. 6 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 GG) wirksam werden zu lassen.⁹⁹ Gerade diese Entfaltung persönlicher Wert- und Erziehungsvorstellungen zu ermöglichen, ist Zweck der Gewährleistung einer pluralen Träger- und Angebotslandschaft (§ 3 Abs. 1, § 9 Nr. 1 SGB VIII). Daher sollte anstelle der Vermeidung von Parallelgesellschaften das Leitbild der „gesellschaftlichen Integration“ im Sinne von § 45 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 SGB VIII vielmehr eine Gesellschaft sein, „der sich ihre Mitglieder im Großen und Ganzen zugehörig fühlen und in der sie bereit und fähig sind, friedlich zusammenzuleben und ihre Angelegenheiten demokratisch auszuhandeln“.¹⁰⁰

Die so umrissenen verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen bilden damit auch den Ausgangspunkt für die Bestimmung der Grenzen der konzeptionellen Selbstbestimmung der Träger. Im Betriebserlaubnisverfahren zu prüfen ist daher nicht eine positive Hinwendung des Trägers zu bestimmten Werteorientierungen oder Gesellschaftsbildern, sondern nur negativ, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass das Wertesystem des Grundgesetzes in der Einrichtung unterlaufen wird, indem etwa die Trennung

97 *Bayerischer VGH*, Beschl. v. 17.12.2008 – 12 CS 08.1417 –, juris Rn. 59; *Sächsisches OVG*, Beschl. v. 21.8.2017 – 4 A 372/16 –, juris Rn. 2 und 6; *VG Mainz*, Beschl. v. 22.3.2019 – 1 L 96/19.MZ –, juris Rn. 37; *OVG Rheinland-Pfalz*, Beschl. v. 29.4.2019 – 7 B 10490/19 –, juris Rn. 10; vgl. auch *VG Schwerin*, Urt. v. 24.11.2022 – 6 A 1813/19 SN –, juris Rn. 3 zur Kindertagespflegeerlaubnis nach § 43 SGB VIII.

98 *BVerfG*, Nichtannahmebeschl. v. 31.5.2006 – 2 BvR 1693/04 –, BVerfGK 8, 151, juris Rn. 18 f.

99 Vgl. *Wapler*, Gleichheit angesichts von Vielfalt als Gegenstand des philosophischen und juristischen Diskurses, in: *VVDStRL* 78, 2019, S. 53, 81 f.

100 *Wapler*, *VVDStRL* 78, 2019, S. 53, 79.

von Staat und Religion, die religiöse und weltanschauliche Pluralität oder die Gleichberechtigung der Geschlechter abgelehnt werden.¹⁰¹

4.4 Finanzierung von Angeboten der Kinder- und Jugendhilfe

Für den Betrieb von Einrichtungen für Kinder- und Jugendliche (§ 45a SGB VIII) ist die Betriebserlaubnis eine notwendige, zumeist aber keine hinreichende Bedingung. Besondere Bedeutung für die Realisierung einer pluralen Angebotslandschaft hat daher die Praxis der öffentlichen Finanzierung.¹⁰² Sie erfolgt in der Kinder- und Jugendhilfe auf unterschiedliche Weise.¹⁰³ Besonders anfällig für Ungleichbehandlungen sind Finanzierungsformen, die mit einer Auswahlentscheidung einhergehen (dazu 4.4.1), bei der also nicht jeder leistungsbereite und geeignete Träger zum Zuge kommt. Das ist der Fall bei zweiseitigen Finanzierungsverträgen nach § 77 SGB VIII und bei der Zuwendungsfinanzierung. Aber auch dort, wo geeignete Leistungserbringer einen Anspruch auf den Abschluss von Vereinbarungen über die Finanzierung von Einrichtungen haben, ist die Gewährleistung der Trägerpluralität von Bedeutung (dazu 4.4.2).

4.4.1 Selektive Finanzierungsmodelle

Verbreitet wird in Rechtsprechung und Literatur vertreten, der Grundsatz der Trägervielfalt nach § 3 Abs. 1 SGB VIII stehe als Strukturprinzip der Kinder- und Jugendhilfe der Anwendung des Vergaberechts entgegen.¹⁰⁴

In dieser Diskussion werden allerdings oftmals unterschiedliche Ebenen miteinander vermengt, die zu trennen sind, nämlich

- 1.) ob bzw. inwieweit das SGB VIII für die öffentlich finanzierte Leistungserbringung eine exklusive Trägersauswahl unter Ausschluss geeigneter und leistungsbereiter Träger zulässt, und

101 Busse, in: jurisPK-SGB VIII, § 45 Rn. 54 f.; Janda, in: BeckOGK SGB VIII, § 45 Rn. 48; Kunkel/Pattar, in: LPK-SGB VIII, § 9 Rn. 18.

102 Vgl. Wapler, in: Wiesner/Wapler SGB VIII, § 3 Rn. 9.

103 Grundlegend: Meysen/Beckmann/Reiß/Schindler, Recht der Finanzierung von Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe, 2014.

104 Ausführlich zu dieser Argumentation: Schweigler, SGB VIII und Vergaberecht: Noch immer ein schillerndes Verhältnis, JAmt 2019, S. 290, 292 m.w.N.; aus jüngerer Zeit: Bayerischer VGH, Beschl. v. 6.12.2021 – 12 CE 21.2846.

- 2.) ob im Falle einer zulässigen Trägersauswahl diese nach den Maßgaben des (europäischen) Vergaberechts zu erfolgen hat.

Obwohl die Diskussion oftmals unter der Überschrift der *Anwendbarkeit des Vergaberechts* geführt wird, geht es doch in der Sache fast immer um die erstgenannte Frage der Zulässigkeit selektiver Leistungsfinanzierung.¹⁰⁵ Leider wird auch diese Frage nicht immer mit der notwendigen Präzision behandelt. So wird etwa vom Bayerischen Verwaltungsgerichtshof ohne präzise Differenzierung nach der Art der Leistungen und ihrer Finanzierung ausgeführt,

„der Träger der öffentlichen Jugendhilfe [sei] [...] nicht berechtigt, einen wettbewerbsbeeinflussenden Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der verschiedenen freien Träger der Jugendhilfe auszuüben, Jugendhilfeleistungen zu bewirtschaften, dabei bestimmte Anbieter zu begünstigen und andere zu benachteiligen, um letztlich eigene Interessen – meist solche der Kostendämpfung – zu verfolgen“. „[A]ufgrund der Verpflichtung des öffentlichen Jugendhilfeträgers zur Wahrung eines pluralen Angebots“ sei „für eine selektive Auswahlentscheidung nach wettbewerbs- bzw. vergaberechtlichen Grundsätzen [...] kein Raum“; „Vereinbarungen nach § 77 SGB VIII für rechtsanspruchsgesicherte Leistungen [...] könn[t]en deshalb [...] nicht exklusiv nur mit einem oder einer begrenzten Anzahl von Leistungserbringern abgeschlossen werden; sie [seien] vielmehr mit jedem Leistungserbringer einzugehen, der geeignet und zur Durchführung willens ist“.¹⁰⁶

Diese Argumentation verkennt den grundlegenden strukturellen Unterschied zwischen der subjektbezogenen Entgeltfinanzierung, bei der ein Vergütungsanspruch des Leistungserbringers erst und nur durch die Leistungserbringung im Einzelfall entsteht (dazu unten, 4.4.2), und der infrastrukturellen Objektfinanzierung, bei der die Bereitstellung eines Angebots als solche finanziert wird, insbesondere um jungen Menschen und Familien einen möglichst niedrigschwelligen Zugang zu ermöglichen. Letzteres wird teils ausdrücklich vom Gesetz verlangt,¹⁰⁷ teils ergibt es sich aus dem Wesen der Leistung selbst. So ist es beispielsweise dem Angebot von Schulsozialarbeit (§ 13a SGB VIII) immanent, dass es vor Ort in der Schule von den

105 Ausführlich und m.w.N. Schweigler, JAmt 2019, S. 290.

106 Bayerischer VGH, Beschl. v. 6.12.2021 – 12 CE 21.2846 –, juris Rn. 5.

107 Vgl. § 36a Abs. 2 SGB VIII.

Kindern und Jugendlichen unmittelbar in Anspruch genommen werden kann. Dabei muss – zumindest bezogen auf die jeweilige Schule – eine Anbieterauswahl erfolgen; es ist nicht möglich, jeden leistungsbereiten Anbieter zum Zuge kommen zu lassen.¹⁰⁸ Wenig hilfreich ist auch der verbreitete Rekurs auf die „rechtsanspruchsgesicherten“¹⁰⁹ Leistungen. Entscheidend ist nicht, ob auf die jeweilige Leistung ein Rechtsanspruch besteht, sondern ob das Gesetz – wie bei den in § 78a SGB VIII aufgeführten Leistungen – festlegt, diese Leistungen im Wege der Entgeltfinanzierung subjektbezogen zu vergüten und allen geeigneten Leistungserbringern einen durchsetzbaren Anspruch auf den Abschluss von Leistungs- und Entgeltvereinbarungen einzuräumen.¹¹⁰

Der Grundsatz der Trägervielfalt kann nicht für ein generelles Verbot von Trägersauswahlentscheidungen herangezogen werden. Er gebietet vielmehr, eine – bezogen auf die jeweilige Leistungs- und Finanzierungsart gesetzlich zulässige – Trägersauswahl so zu organisieren, dass ein plurales Angebot (§ 3 Abs. 1, § 9, § 80 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 SGB VIII) gesichert wird, aus dem die Leistungsberechtigten nach ihren jeweiligen Präferenzen und Bedürfnissen wählen können (§ 5 Abs. 1, § 9 SGB VIII). Dies kann auch im Wege vergaberechtlicher Beschaffung sichergestellt werden.¹¹¹

Eine Auswahlentscheidung ist häufig auch bei der Gewährung von Zuwendungen zu treffen. Auch hier muss daher – bei der Vergabe¹¹² bzw. bei

108 Vgl. Schweigler, JAmt 2019, S. 290 f.; anders: Bayerischer VGH, Beschl. v. 6.12.2021 – 12 CE 21.2846.

109 Vgl. etwa Schindler, in: Frankfurter Kommentar SGB VIII, § 77 Rn. 14; Schön, in: Wiesner/Wapler SGB VIII, § 77 Rn. 13; Bayerischer VGH, Beschl. v. 6.12.2021 – 12 CE 21.2846 –, juris Rn. 5.

110 Insoweit überzeugt es auch nicht, die Zuwendungs- bzw. zweiseitige vertragliche Finanzierung pauschal auf nicht rechtsanspruchsgesicherte Leistungen zu beschränken, Knickrehm/Krauß, in: Ruland/Becker/Axer (Hrsg.), Sozialrechtshandbuch (SRH), 7. Aufl. 2022, § 25 Rn. 105, wie das Gegenbeispiel der Kindertagesstätten zeigt, die überwiegend durch Zuwendungen finanziert werden, vgl. dazu den Überblick bei Busch, Kinderförderung in Tageseinrichtungen als Schnittstelle von Kinder- und Jugendhilferecht und Kommunal(verfassungs)recht, SGB 2019, S. 332, 337 f.; vgl. zur Diskussion auch Schön, in: Wiesner/Wapler SGB VIII, § 77 Rn. 5b ff.

111 Vgl. Rixen, SRa 2017, S. 212, 219 ff.; Luthe, in: Heiermann/Zeiss/Summa (Hrsg.), jurisPK-Vergaberecht, 6. Aufl. 2022, § 130 GWB Rn. 37 ff.

112 Es ist umstritten, ob die einseitige Gewährung von Zuwendungen durch Bescheid dem Vergaberecht unterfällt; dagegen OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.7.2018 – VII-Verg 1/18 –, juris Rn. 39; anders Rixen, in: Burgi/Dreher/Opitz (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2022, § 130 GWB Rn. 26; vgl. dazu auch Ziegler, in: Plagemann (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch SozR, 6. Aufl. 2024, § 49 Rn. 124.

der Ermessensentscheidung – dem Prinzip der Trägervielfalt und den in § 9 SGB VIII genannten Grundsätzen Rechnung getragen werden.¹¹³ Das gilt bei Zuwendungen auf der Grundlage von § 74 SGB VIII ebenso wie bei landesrechtlich geregelten Förderungen.¹¹⁴ Soweit Zuwendungsrichtlinien vorsehen, dass die jeweilige Einrichtung in eine kommunale Bedarfsplanung aufgenommen sein muss, muss die Bedarfsplanung ihrerseits dem Pluralitätsgebot entsprechen und die Wünsche, Bedürfnisse und Interessen der Leistungsberechtigten abbilden.¹¹⁵

Diese Grundsätze gelten nicht nur bei der unmittelbaren Einrichtungsförderung auf der Grundlage von § 74 SGB VIII oder Landesrecht, sondern auch bei der Gestaltung von Elternbeiträgen. Wenn eine Gemeinde die Betreuung in ihren kommunalen Kindergärten beitragsfrei stellt, darf sie die Grundsätze der Trägerpluralität, das Erziehungsbestimmungsrecht der Eltern sowie das Wunsch- und Wahlrecht dabei nicht gleichheitswidrig unterlaufen. Das kann dazu führen, dass auch die Elternbeiträge für den Besuch des Kindergartens eines freien Trägers entsprechend bezuschusst werden müssen.¹¹⁶ In der Praxis binden Zuwendungsrichtlinien öffentliche Förderungen oftmals an die entsprechende Anwendung kommunaler Beitragsatzungen. Eine solche Zuwendungspraxis bedarf aufgrund ihres Charakters als Berufsausübungsregelung vor dem Hintergrund von Art. 12 Abs. 1 GG einer gesetzlichen Grundlage.¹¹⁷

Zudem hat das Bundesverwaltungsgericht in diesem Zusammenhang jüngst entschieden, dass bei der Beurteilung der Kita-Finanzierungssysteme das Pluralitätsgebot (§ 3 Abs. 1 SGB VIII) zu beachten ist, das es grundsätzlich verbiete, bei der Ausgestaltung der Förderung nach Wertorientierungen, Inhalten, Methoden oder Arbeitsformen der freien Träger zu differenzieren. Die Einrichtungsträger seien befugt, in ihrem pädagogischen Leistungsangebot über das hinauszugehen, was andere (öffentliche oder freie) Träger für erforderlich halten – etwa wie im konkreten Fall mit

113 Vgl. *BVerwG*, Urt. v. 21.1.2010 – 5 CN 1/09 –, juris Rn. 21, 30 ff.; *VGH Baden-Württemberg*, Urt. v. 4.6.2008 – 12 S 2559/06 –, juris Rn. 74; *Hessischer VGH*, Beschl. v. 9.11.2009 – 10 B 1653/09 –, juris Rn. 7; *VG Stuttgart*, Urt. v. 18.4.2008 – 9 K 3804/07 –, juris Rn. 37; *Wapler*, in: *Wiesner/Wapler SGB VIII*, § 3 Rn. 9; *Meysen*, in: *Frankfurter Kommentar SGB VIII*, § 9 Rn. 10.

114 Vgl. *BVerwG*, Urt. v. 21.1.2010 – 5 CN 1/09 –, juris Rn. 21, 30 ff.

115 Vgl. *BVerwG*, Urt. v. 21.1.2010 – 5 CN 1/09 –, juris Rn. 44.

116 Vgl. *VG Stuttgart*, Urt. v. 6.2.2015 – 7 K 2071/13, bestätigt durch *VGH Baden-Württemberg*, Urt. v. 23.2.2016 – 12 S 638/15.

117 *VG München*, Urt. v. 22.9.2021 – M 18 K 20.737 –, juris Rn. 86 ff.

einer bilingualen Sprachförderung. Wenn für solche (Zusatz-)Leistungen ein Bedarf im Rahmen des Wunsch- und Wahlrechts bestehe, dürften die Einrichtungsträger die dafür notwendigen und nicht durch öffentliche Förderungen abgedeckten Mittel durch Zuzahlungen von den Eltern erheben, ohne dass infolgedessen die öffentliche Förderung versagt oder geschmälert werden dürfe.¹¹⁸ Im Rahmen der Prüfung der Zuwendungsregeln am allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) räumte das Bundesverwaltungsgericht den Grundsätzen der Pluralität (§ 3 Abs. 1 SGB VIII) und der Trägerautonomie (§ 4 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII) sehr großes Gewicht ein: Ungleichbehandlungen, die an ein von § 3 Abs. 1 SGB VIII geschütztes Merkmal (hier: Bilingualität als pädagogisches Konzept) anknüpften, seien auf der Rechtfertigungsebene an einem strengen Verhältnismäßigkeitsmaßstab zu messen.¹¹⁹ Diesem hält nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts auch der grundsätzlich legitime Zweck, durch die Begrenzung von Elternbeiträgen ökonomische Zugangshindernisse abzubauen,¹²⁰ im Rahmen der Angemessenheitsprüfung nicht stand.¹²¹

Auch im Rahmen der in der Jugendhilfe sehr bedeutsamen Zuwendungsfinanzierung werden gemeinnützige Träger privilegiert; gewerbliche Träger sind von der Förderung nach § 74 SGB VIII in der Regel ausgeschlossen (§ 74 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, Satz 2, § 75 Abs. 1 Nr. 2 SGB VIII).¹²² Jenseits der verfassungs- und unionsrechtlichen Bedenken¹²³ ist dies jedenfalls auch im Hinblick auf die Pluralität von Trägern und Angeboten problematisch.

4.4.2 Entgeltfinanzierung

Die gesetzlich gewollte Vielfalt von Trägern unterschiedlicher Wertorientierungen und die Vielfalt von Inhalten, Methoden und Arbeitsformen ist auch im Rahmen der Entgeltfinanzierung zu beachten.¹²⁴

118 BVerwG, Urt. v. 26.10.2023 – 5 C 6/22; Vorinstanz: OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 19.3.2021 – OVG 6 B 13/20.

119 Vgl. BVerwG, Urt. v. 26.10.2023 – 5 C 6/22 –, juris Rn. 31 ff.

120 Vgl. BVerwG, Urt. v. 26.10.2023 – 5 C 6/22 –, juris Rn. 34.

121 Vgl. BVerwG, Urt. v. 26.10.2023 – 5 C 6/22 –, juris Rn. 38 ff.

122 Anders vielfach im Rahmen der Förderung auf landesrechtlicher Grundlage, insbesondere bei Zuwendungen an Träger von Kindertageseinrichtungen.

123 Vgl. dazu Schindler/von Boetticher, in: Frankfurter Kommentar SGB VIII, § 74 Rn. 35 ff. sowie § 75 Rn. 5; Wiesner, in: Wiesner/Wapler SGB VIII, § 74 Rn. 20.

124 Wapler, in: Wiesner/Wapler SGB VIII, § 3 Rn. 9.

Da grundsätzlich jeder geeignete Einrichtungsträger einen Anspruch auf den Abschluss von Vereinbarungen nach § 78b SGB VIII hat,¹²⁵ steht hier weniger die Frage des Zugangs zur Leistungserbringung als vielmehr die Frage ihrer Ausgestaltung im Vordergrund. Die zu vereinbarenden wesentlichen Leistungsmerkmale (§ 78c Abs. 1 Satz 1 SGB VIII) dürfen trotz des Bedürfnisses nach einer gewissen Vergleichbarkeit¹²⁶ nicht so stark durch den Landesrahmenvertrag (§ 78f SGB VIII) standardisiert werden, dass den Leistungserbringern kaum noch konzeptionelle Spielräume bei der Ausgestaltung ihres Leistungsangebots verbleiben. Da die Leistungsinhalte im Konfliktfall auch Gegenstand eines Schiedsverfahrens werden können, ist es wichtig, dass auch in der Schiedsstelle nach § 78g SGB VIII auf Seiten der Leistungserbringer die Vielfalt von Trägerarten repräsentiert wird. Anders als bei der Jugendhilfeplanung (dazu oben, 4.1) sind die gewerblichen Träger hier nicht ausgeschlossen.¹²⁷

5. Schlussbetrachtung

Jede Zeit hat ihre Themen.

So ist auch das Verständnis davon, was eine vielfältige Träger- und Angebotslandschaft kennzeichnet, zeitgebunden und steht in einem gesellschaftlichen Bezugsrahmen. War es bei der Schaffung des RJWG vor gut 100 Jahren neu und fortschrittlich, Familien das Recht einzuräumen, konfessionsungebundene Einrichtungen zu wählen, halten wir das heute für selbstverständlich. War die rechtliche Absicherung der freien Wohlfahrtspflege und ihre Beteiligung an kommunaler Planung und Jugendpolitik eine demokratische und emanzipatorische Errungenschaft, ist die Privilegierung gemeinnütziger gegenüber gewerblichen Trägern heute verfassungs- und unionsrechtlich zweifelhaft.

Für die Frage, ob der Grundsatz der Trägervielfalt ein Hebel für mehr Diversität und gegen Diskriminierung in der Kinder- und Jugendhilfe sein kann, wird es auch darauf ankommen, wie dieser Grundsatz weiter ausbuchstabiert wird. Es bleibt abzuwarten, ob die Rechtsprechung etwa das Konzept eines Grundrechts auf glaubens- bzw. persönlichkeitsrechtskonforme Ausführung von Sozialleistungen aufgreifen wird.

125 Vgl. Schindler, in: Frankfurter Kommentar SGB VIII, § 78b Rn. 21.

126 Vgl. dazu Schön, in: Wiesner/Wapler SGB VIII, § 78c Rn. 12c.

127 Vgl. den Wortlaut von § 78g Abs. 1 Satz 2 SGB VIII, der auf Vertreter der Träger der Einrichtungen abstellt.

Auch dem Europarecht wird bei der weiteren Ausbuchstabierung der Trägervielfalt Bedeutung zukommen. Der Rekurs auf Strukturprinzipien der Jugendhilfe wie den Grundsatz der Trägerpluralität rechtfertigt nicht den Rückzug auf die vertraute Scholle des SGB VIII, um sich das komplizierte und bürokratische europäische Vergaberecht vom Leib zu halten.¹²⁸

Kommt es wie geplant zum „Inklusiven SGB VIII“¹²⁹, wird auch zu beobachten sein, wie sich die Integration der Erbringer von Leistungen der Eingliederungshilfe in die Jugendhilfe auf das Feld und seine Macht- und Kräfteverhältnisse auswirkt.

Trägervielfalt und Antidiskriminierung können durchaus in Spannung zueinander geraten. Für die künftige Praxis sehr bedeutsam dürfte in diesem Zusammenhang die jüngere Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sein, die der Träger- und Angebotspluralität Vorrang vor der Begrenzung von Elternbeiträgen – und damit möglichst gleichen Zugangschancen von Kindern aus ökonomisch schlechter gestellten Familien zu Kindertageseinrichtungen – einräumt. Ein Spannungsverhältnis zeigt sich auch im Betriebserlaubnisrecht, wo die Selbstbestimmungsrechte der Träger und verfassungsrechtliche Grundentscheidungen im Einzelfall ausgelotet werden müssen. In diesem Kontext könnte die gesetzliche Anerkennung geschlechtlicher Vielfalt (§ 9 Nr. 3 SGB VIII) das Selbstverständnis mancher konfessioneller Träger herausfordern und hier neue Fragen aufwerfen.¹³⁰ Interessant dürfte auch die weitere Entwicklung im Bereich des kirchlichen Arbeitsrechts werden: Wieviel Selbstbestimmung wird konfessionellen Trägern bei der Formulierung von Anforderungen an ihre Beschäftigten nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs¹³¹

128 Luthé, in: jurisPK-Vergaberecht, § 130 GWB Rn. 39; Ziegler, in: Münchener Anwaltshandbuch SozR, § 49 Rn. 119.

129 Vgl. dazu § 10 Abs. 4 Satz 2 SGB VIII in der durch das KJSG vorgesehenen Fassung ab 1.1.2028, deren Inkrafttreten allerdings unter die Bedingung gestellt ist, dass bis zum 1.1.2027 ein weiteres Bundesgesetz verkündet wird, das die Einzelheiten regelt, vgl. Art. 10 Abs. 3 KJSG.

130 Vgl. dazu Kunkel/Pattar, in: LPK-SGB VIII, § 9 Rn. 18.

131 Vgl. insbesondere *EuGH*, Urt. v. 11.9.2018 – C-68/17 (Chefarzt), sowie *EuGH*, Urt. v. 17.4.2018 – C-414/16 (Egenberger), eine Verfassungsbeschwerde der Diakonie gegen das nachgehende Urteil des BAG v. 25.10.2018 – 8 AZR 501/14 – ist beim BVerfG unter dem Az. 2 BvR 934/19 anhängig; die *EuGH*-Vorlage des BAG v. 21.7.2022 – 2 AZR 130/21 (A) – kurzzeitig anhängig beim *EuGH* unter dem Az. C-630/22 (JK gegen Kirchliches Krankenhaus) – hat sich zwar aufgrund eines Anerkenntnisses der Beklagten erledigt, vgl. BAG, Pressemitteilung Nr. 48/23 v. 19.12.2023. Allerdings

noch bleiben und wie wird sich das auf die substanzielle Unterscheidbarkeit von Trägern und Leistungsangeboten auswirken?

In Zeiten des Fachkräftemangels wird zudem zu beobachten sein, wie viele Wahlmöglichkeiten jungen Menschen und Familien tatsächlich bleiben, wenn Kapazitäten knapp sind. Verschärft sich dabei die Diskrepanz zwischen normativem Anspruch und tatsächlichen Möglichkeiten, dürfte dies über kurz oder lang auch das positive Recht und dessen Auslegung nicht unberührt lassen.

6. Literaturverzeichnis

- Ayaß, Wolfgang/Tennstedt, Florian/Winter, Heidi (2012): Quellensammlung zur Geschichte der deutschen Sozialpolitik 1867 bis 1914. III. Abteilung (1890 – 1904): Ausbau und Differenzierung der Sozialpolitik seit Beginn des neuen Kurses. Bd. 5: Die gesetzliche Krankenversicherung. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft
- Becker/Kingreen (Hrsg.), Kommentar SGB V. Gesetzliche Krankenversicherung. München: Beck 8. Aufl. 2022
- Böllert, Karin (Hrsg.) (2018): Kompendium Kinder- und Jugendhilfe. Wiesbaden: Springer
- Burgi/Dreher/Opitz (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1. München: Beck 4. Aufl. 2022
- Busch, Dörte (2019): Kinderförderung in Tageseinrichtungen als Schnittstelle von Kinder- und Jugendhilferecht und Kommunal(verfassungs)recht. Die Sozialgerichtsbarkeit (SGB), S. 332
- Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar. München: Beck 102. Aufl., Stand: August 2023
- Heiermann/Zeiss/Summa (Hrsg.), juris PraxisKommentar Vergaberecht. Saarbrücken: Juris 6. Aufl. 2022
- Jarass/Kment: „Jarass/Pieroth“ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar. München: Beck 17. Aufl. 2022
- Jox/Wellenhofer (Hrsg.), beck-online. GROSSKOMMENTAR SGB VIII. München: Beck Stand: 1.6.2023
- Kieslinger, Daniel/Owsianowski, Judith (Hrsg.) (2023): Inklusive Kinder- und Jugendhilfe: Finanzierung, Organisationsentwicklung, Qualität. Freiburg: Lambertus
- Kunkel, Peter-Christian (2022): Beratungspflichten und Beratungssprache. ZfSH/SGB – Zeitschrift für die sozialrechtliche Praxis, S. 378
- Kunkel/Kepert/Pattar (Hrsg.), Lehr- und Praxiskommentar SGB VIII, Kinder- und Jugendhilfe. Baden-Baden: Nomos 8. Aufl. 2022

liegt für eine ähnliche Frage seit dem 1.2.2024 unter dem Az. 2 AZR 196/22 (A) ein weiterer Vorlagebeschluss des BAG vor.

- Meysen, Thomas/Beckmann, Janna/Reiß, Daniela/Schindler, Gila (2014): Recht der Finanzierung von Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe. Baden-Baden: Nomos
- Münder/Meysen/Trenczek (Hrsg.), Frankfurter Kommentar SGB VIII. Baden-Baden: Nomos 9. Aufl. 2022
- Ogorek, Markus (2004): Anmerkung zum Beschluss des Hessischen VGH vom 30.6.2003 (10 TG 553/03). Juristische Arbeitsblätter (JA), S. 199
- Plagemann, Hermann (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Sozialrecht. München: Beck 6. Aufl. 2024
- Pothmann, Jens (2017): Wie hat sich die Trägerlandschaft in den Hilfen zur Erziehung entwickelt? Vortrag auf dem 16. Kinder- und Jugendhilfetag in Düsseldorf am 29.3.2017, abrufbar unter <https://www.akjstat.tu-dortmund.de> (letzter Zugriff: 24.7.2024), S. 6
- Rixen, Stephan (2017): Das Grundrecht auf glaubenskonforme Gewährung von Sozialleistungen. Sozialrecht aktuell (SRa), S. 212
- Rolfs/Giesen/Meißling/Udsching (Hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht. München: Beck 71. Edition, Stand: 1.12.2023
- Ruland/Becker/Axer (Hrsg.), Sozialrechtshandbuch. Baden-Baden: Nomos 7. Aufl. 2022
- Schlegel/Voelzke (Hrsg.), juris PraxisKommentar SGB VIII. Kinder- und Jugendhilfe. Saarbrücken: Juris 3. Aufl. 2022
- Schweigler, Daniela (2019): SGB VIII und Vergaberecht: Noch immer ein schillerndes Verhältnis. JAmt, S. 290
- Wapler, Friederike (2019): Gleichheit angesichts von Vielfalt als Gegenstand des philosophischen und juristischen Diskurses, in: Gleichheit, Vielfalt, technischer Wandel. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Band 78. Berlin/Boston: De Gruyter, S. 53
- Wiesner/Wapler (Hrsg.), SGB VIII, Kinder- und Jugendhilfe, Kommentar. München: Beck 6. Aufl. 2022