

Handreichung

zur rechtlichen Zulässigkeit von Ausschreibungen sozialer und erzieherischer Leistungen durch Kommunen

im Auftrag der Arbeitsgemeinschaft der Spitzenverbände der Freien Wohlfahrtspflege des Landes
NRW (LAG FW NRW)

bearbeitet von:
Dr. Heike Glahs, Rechtsanwältin, Bonn
Dr. Michael Rafii, Rechtsanwalt, Bonn

A. Zusammenfassung der Ergebnisse

I. Rechtslage nach geltendem Recht

1. Das EU Recht und das deutsche Vergaberecht verpflichten nicht zur Ausschreibung

Das EU-Recht verpflichtet nicht zur Ausschreibung. Auch das deutsche Vergaberecht verpflichtet nicht dazu. Die Mitgliedsstaaten können ihr Sozialleistungsrecht so regeln, dass das Vergaberecht nicht greift (Erläuterung 114 zur Richtlinie 2014/24/EU).

Das Vergaberecht ist nur anwendbar, wenn der Leistungsträger einen Anbieter zu einer Leistungserbringung exklusiv auswählt. Dagegen ist das Vergaberecht nicht anwendbar, wenn der Leistungsträger kein Auswahlverfahren mit Exklusivität vorsieht, sondern alle geeigneten Anbieter "zulässt", so dass die Leistungsberechtigten die Auswahl des Anbieters treffen können. Diese (vergabefreie) Konstellation ist nicht nur in sozialrechtlichen Dreiecksverhältnissen erfüllt, sondern auch bei Zulassungs- oder Gutscheilverfahren, wie sie auch § 45 Abs. 4 SGB III kennt.

Entscheidungen von Vergabekammern und -senaten widersprechen dieser Rechtsansicht nicht. Die Vergabekammern und -senate prüfen nur, ob eine Auswahlentscheidung getroffen wird und aus diesem Grund ein Vergabeverfahren durchgeführt werden muss. Sie können mangels Prüfungskompetenz nicht aussprechen, ob diese Gestaltung des Verfahrens sozialrechtlich unzulässig ist. Diese Feststellung können nur die Sozial- bzw. die Verwaltungsgerichte treffen. Mithin kann eine sozialrechtlich rechtswidrige Ausschreibung in einem Nachprüfungsverfahren als "in Ordnung" angesehen werden, weswegen die vergaberechtliche Prüfung keine Aussage über die sozialrechtliche Zulässigkeit von Ausschreibungen enthält.

2. Das Sozialrecht verbietet Ausschreibungen

Das Sozialrecht verpflichtet die Leistungsträger teilweise aber, die Verfahren so zu gestalten, dass keine Ausschreibung durchgeführt wird. Dies gilt in allen Fällen, in denen eine Abwicklung im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis oder in einem anderen "Zulassungsverfahren" gesetzlich vorgegeben ist. Etwas anderes gilt dagegen, wenn im einschlägigen Sozialgesetzbuch ausdrücklich vorgesehen ist, dass Vergabeverfahren durchgeführt werden müssen, wie z.B. in § 45 Abs. 3 SGB III, oder wenn die nachfolgenden Grundsätze in dem konkreten Fall nicht greifen, wie es z.B. beim Asylbewerberleistungsgesetz der Fall ist. Ein Anspruch auf Unterlassen einer Ausschreibung muss ggf. vor den Sozial- oder Verwaltungsgerichten geltend gemacht werden.

Das sozialrechtliche Verbot von Vergabeverfahren ergibt sich aus Folgendem:

a) *Vergabeverfahren widersprechen subjektiven, einklagbaren Rechten der Betroffenen*

Das Wunsch- und Wahlrecht des Leistungsberechtigten bzw. seiner gesetzlichen Vertretung ist regelmäßig mit der Durchführung eines Vergabeverfahrens nicht vereinbar (§ 33 S. 2 SGB I, § 2 S. 2 SGB V, § 5 SGB VIII, § 9 Abs. 2 SGB XII). Das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten umfasst grundsätzlich auch das verfassungsrechtlich durch Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete Recht, zwischen verschiedenen Trägern und Einrichtungen auszuwählen. Der Anspruch kann nur von einem Leistungsberechtigten durchgesetzt werden, nicht aber von den Leistungserbringern.

b) *Vergabeverfahren widersprechen den § 17 Abs. 2 SGB II, §§ 77 ff. SGB VIII, §§ 75 ff. SGB XII*

Auch die nach den Sozialgesetzbüchern II, VIII und XII vorgeschriebenen Verfahren zum Abschluss von Leistungsvereinbarungen stehen der Zulässigkeit von Vergabeverfahren entgegen. Sie begründen einen Anspruch auf Unterlassen von Ausschreibungen.

Die Rechtsprechung folgert aus § 75 Abs. 3 SGB XII, § 17 Abs. 2 SGB II und §§ 77, 78 b SGB VIII, dass im Anwendungsbereich dieser Regelungen jede Angebotssteuerung durch Bedarfsprüfung unzulässig ist. Die umfassendste Angebotssteuerung und Bedarfsprüfung ist aber die, den gesamten Bedarf durch den Gewinner einer Ausschreibung zu decken. Leistungsvereinbarungen mit anderen Leistungserbringern laufen dann leer. Ausschreibungen sind deshalb unzulässig, weil sie zu einer Angebotssteuerung führen, die gerade unzulässig ist.

c) *Vergabeverfahren widersprechen dem Grundsatz der Angebots- und Trägervielfalt*

Die Durchführung von Vergabeverfahren mit dem Ziel der Auswahl eines Leistungserbringers steht weiterhin nicht mit dem Grundsatz der Angebots- und Trägervielfalt in Einklang. Der Grundsatz ist zum Teil ausdrücklich in den Sozialgesetzbüchern verankert, wie z.B. in § 2 Abs. 3 S. 1 SGB V, § 3 SGB VIII, §§ 5, 75 SGB XII. Darüber hinaus ergibt er sich aus der Verpflichtung zur partnerschaftlichen Zusammenarbeit zwischen den Trägern der öffentlichen und der freien Wohlfahrtspflege (§ 17 Abs. 3 SGB I, §§ 17 Abs. 1 S. 2, 18 Abs. 1 SGB II, § 4 Abs. 1 SGB VIII, § 5 Abs. 2 SGB XII) sowie der Anordnung eines bedingten Vorrangs der freien Wohlfahrtspflege (§ 4 Abs. 2 SGB VIII, § 5 Abs. 4 SGB XII).

II. Generelle Bereichsausnahme für Beschaffungen nach den Sozialgesetzbüchern de lege ferenda möglich

Der Gesetzgeber kann in den Sozialgesetzen regeln bzw. klarstellen, dass Vergabeverfahren zur Beschaffung von Leistungen unzulässig sind bzw. die Leistung so beschafft werden muss, dass kein Vergaberecht anwendbar ist.

Dem stehen weder europarechtliche noch nationale Rechtsvorschriften entgegen. Vielmehr erkennt das EU-Vergaberecht in dem Erwägungsgrund 114 der Richtlinie 2014/24/EU ausdrücklich an, dass das Vergaberecht für soziale Dienstleistungen nicht immer passt und dass bewährte nationale Strukturen nicht umgestellt werden müssen, wenn es sich um offene Zulassungssysteme handelt, bei denen der Zugang für alle interessierten Wirtschaftsteilnehmer zu gleichen, vorab festgelegten Bedingungen diskriminierungsfrei möglich ist.

Voraussetzung ist allerdings, dass die Beschaffung so gestaltet werden kann, dass der Auftraggeber bzw. Leistungsträger keine Auswahlentscheidung treffen muss, sondern alle geeigneten Unternehmen zulässt, so dass die Auswahlentscheidung durch die Leistungsberechtigten erfolgt und damit der Wettbewerb nicht gegenüber dem Leistungsträger, sondern gegenüber den Berechtigten erfolgt.

B. Rechtliche Würdigung

Die unter A. zusammengefasste Rechtslage ergibt sich im Einzelnen aus Folgendem:

I. Rechtslage nach geltendem Recht

1. Keine Verpflichtung zur Durchführung von Ausschreibungen nach dem Unionsrecht und dem deutschen Vergaberecht

Richtig ist, dass die Richtlinien 2014/24/EU und 2014/23/EU sowie deren Umsetzung im deutschen Recht (§§ 97 ff. GWB) zur Durchführung von Vergabeverfahren bzw. Ausschreibungen zwingen, wenn der Anwendungsbereich des Vergaberechts eröffnet ist. Daran kann auch das Sozialrecht nichts ändern, weil das Unionsrecht dem nationalen Recht und zwar auch dem Sozialrecht, vorgeht.

Richtlinie 2014/24/EU, Erläuterung 114; Richtlinie 2014/23/EU, Erläuterung 53.

Nach den Richtlinien 2014/24/EU und 2014/23/EU sowie den §§ 97 ff. GWB unterliegt die Beauftragung mit sozialen Dienstleistungen nur dann dem Vergaberecht, wenn der Anwendungsbereich der vergaberechtlichen Vorschriften eröffnet ist. Der öffentliche Auftraggeber bzw. der Leistungsträger wird durch das Vergaberecht aber nicht dazu verpflichtet, seinen Bedarf in Form von öffentlichen Aufträgen oder Konzessionen mit exklusiven Rechten für ausgewählte Unternehmen zu decken, wenn es rechtmäßige Alternativen gibt.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.01.2012, Az.: VII-Verg 58/11, Rn. 50, juris, unter Verweis auf die Rechtsprechung des EuGH, Urteil vom 10.09.2009, Az.: C-206/08.

Der EuGH sieht den Anwendungsbereich des Vergaberechts insbesondere dann nicht eröffnet, wenn ein offenes Zulassungssystem vorgesehen wird, bei dem keine Auswahlentscheidung des öffentlichen Auftraggebers erfolgt, vielmehr jedes geeignete Unternehmen unter gleichen Voraussetzungen zugelassen wird (sog. "Open-House-Modell").

EuGH, Urteil vom 02.06.2016, Az.: C-410/14, Rn. 32 ff., juris.

Die Entscheidung des EuGH betraf die Leistungserbringung nach dem SGB V. Der EuGH begründete seine Auffassung mit der Regelung in Art. 1 Abs. 2 und Erwägungsgrund 4 der Richtlinie 2014/24/EU sowie Erwägungsgrund 13 der Richtlinie 2014/23/EU. Danach sei die Auswahl eines Angebotes und somit eines Auftragnehmers ein konstitutives Merkmal des Begriffes des "öffentlichen Auftrages" im Sinne der Vergaberichtlinien. Werde eine Beschaffung dagegen über ein offenes Zulassungsverfahren organisiert, das allen Wirtschaftsteilnehmern unter Beachtung der Grundsätze der Gleichbehandlung, des Diskriminierungsverbotes und des Transparenzgebotes gleichermaßen und jederzeit einen Beitritt ermögliche, wähle der Auftraggeber kein Unternehmen aus. Die Beschaffung unterliege dann nicht dem Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien.

EuGH, Urteil vom 02.06.2016, Az.: C-410/14, Rn. 32 ff., juris; vgl. zur Übernahme des unionsrechtlichen Begriffsverständnisses des öffentlichen Auftrages in die Vorschriften der §§ 97 ff. GWB BR-Drs. 367/15, S. 82.

Diese Rechtsprechung lässt sich auf die Organisation der Leistungserbringung im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis übertragen. Es ist allgemein anerkannt, dass der Leistungsträger mit jedem geeigneten Leistungserbringer auf dessen Antrag über den Abschluss einer Leistungsvereinbarung verhandeln muss. Der Leistungserbringer hat ein Recht auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über seinen Antrag. Prinzipiell muss der Leistungsträger nach dem Regelungskonzept mit jedem Leistungserbringer eine Leistungsvereinbarung schließen, der zur Erbringung der Leistung geeignet und zu wirtschaftlich angemessenen Konditionen bereit ist. Unzulässig ist es insbesondere, den Abschluss einer Vereinbarung unter Berufung auf einen fehlenden Bedarf zu verweigern. Ob der Leistungserbringer beauftragt wird und hierfür eine Vergütung erhält, hängt von der Auswahlentscheidung der Leistungsberechtigten ab. Eine direkte Auftragserteilung durch den Leistungsträger ist nicht vorgesehen.

BVerwG, Urteil vom 30.09.1993, Az.: 5 C 41/91, Rn. 11, juris; Urteil vom 01.12.1998, Az.: 5 C 29/97, Rn. 14, juris; OVG NRW, Urteil vom 27.09.2004, Az.: 12 B 1390/04, Rn. 5 f., juris; BSG, Urteil vom 18.11.2014, Az.: B 8 SO 23/13 R, Rn. 14, juris; BGH, Urteil vom 07.05.2015, Az.: III ZR 304/14, Rn. 22 ff., juris; Urteil vom 31.03.2016; Az.: III ZR 267/15, Rn. 17, juris

Aus den genannten Gründen ist es für die Leistungsträger somit nicht erforderlich, ihren Beschaffungsbedarf durch Vergabeverfahren zu decken. Es ist eine sozial- und vergaberechtskonforme Beschaffungsalternative vorhanden, bei der der Leistungsträger mit jedem geeigneten Unternehmen zu vorab festgelegten angemessenen Bedingungen eine Leistungsvereinbarung im Sinne einer Rahmenvereinbarung schließt und die konkrete Beauftragung von der Auswahl der Leistungsberechtigten abhängt. Eine eigene Auswahlentscheidung des Auftraggebers erfolgt nicht, so dass im Sinne der Rechtsprechung des EuGH der Anwendungsbereich des Vergaberechts nicht eröffnet ist. Ein direkter Konflikt zwischen beiden Rechtsregimen, der zwingend im Wege des Vorrangs des Unionsrechts aufgelöst werden müsste, liegt nicht vor.

So schon OVG NRW, Beschluss vom 27.09.2004, Az.: 12 B 1390/04, Rn. 14, juris.

Fazit ist, dass sozialrechtliche Dienstleistungen immer dann ohne Vergabeverfahren beschafft werden können, wenn ein Zulassungsverfahren im vorgenannten Sinne sozialrechtlich zulässig und möglich ist. Dies ist der Fall, wenn die Leistungserbringung im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis erfolgen kann. Es ist aber auch immer dann möglich, wenn es andere Formen von Zulassungs- oder Gutscheilverfahren gibt (so z.B. das Gutscheiverfahren gemäß § 45 Abs. 4 SGB III sowie die Vergaben der Krankenkassen nach dem SGB V im Open-House-Modell). In diesen Fällen ist Vergaberecht nicht anwendbar, so dass kein Vergabeverfahren durchgeführt werden muss.

2. Sozialrechtliche Verbote von Ausschreibungen in den einzelnen Bereichen

Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass die Leistungsträger nicht wegen des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts soziale Dienstleistungen unter Durchführung eines Vergabeverfahrens beauftragen müssen. Den Leistungsträgern ist aber nur dann umgekehrt untersagt, die Beschaffung sozialer Dienstleistungen im Wege eines Vergabeverfahrens zu organisieren, wenn ein solches Vorgehen mit den sozialrechtlichen Bestimmungen in verfassungskonformer Auslegung unvereinbar ist. Dies ist im Folgenden für die einfürend genannten Sozialgesetzbücher und weiteren Bereiche zu prüfen.

a. *Rechtslage nach den Sozialgesetzbüchern II, VIII und XII*

Die Sozialrechtswidrigkeit der Durchführung von Vergabeverfahren im Anwendungsbereich der Sozialgesetzbücher II, VIII und XII ergibt sich nach zutreffender Ansicht aus einem Verstoß gegen die anerkannten Grundsätze des Leistungserbringungsrechts im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis.

(1) *Recht auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über den Abschluss von Leistungsvereinbarungen*

Die Durchführung von Vergabeverfahren mit dem Ziel der exklusiven Deckung des Beschaffungsbedarfs des Leistungsträgers verstößt gegen das Recht auf ermessensfehlerfreie Entscheidung der Leistungserbringer über den Abschluss von Leistungsvereinbarungen. Nach der Rechtsprechung steht den Leistungserbringern aus § 17 Abs. 2 SGB II, §§ 77, 78 b SGB VIII und § 75 Abs. 3 SGB XII ein Recht auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über ihren Antrag auf Abschluss von Leistungsvereinbarungen zu. Das Ermessen des Leistungsträgers ist nicht schrankenlos. Er darf den Abschluss einer Leistungsvereinbarung nur aufgrund der in den Vorschriften genannten Kriterien verweigern. Dagegen ist eine Antragsablehnung unter Berufung auf einen fehlenden Bedarf unzulässig.

BVerwG, Urteil vom 30.09.1993, Az.: 5 C 41/91, Rn. 15 ff., juris; OVG NRW, Urteil vom 27.09.2004, Az.: 12 B 1390/04, Rn. 5 f., juris.

Nach Auffassung des BVerwG hat der Gesetzgeber mit der Festlegung, dass der Leistungsträger nur auf Grundlage von Leistungsvereinbarungen die Kosten der Leistungserbringung zu tragen habe und diese im Einklang mit den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Leistungsfähigkeit geschlossen werden müssten, den Leistungsträgern die Mittel zur bedarfsgerechten Begrenzung der Hilfsangebote vorgegeben. Eine weitere Angebotssteuerung durch Bedarfsprüfung sei unzulässig.

BVerwG, Urteil vom 30.09.1993, Az.: 5 C 41/91, Rn. 14 ff., juris.

Mit der obergerichtlichen Rechtsprechung ist eine exklusive Beauftragung einzelner Unternehmen im Wege eines Vergabeverfahrens nicht zu vereinbaren. Könnte der Leistungsträger wesentliche Teile seines Bedarfs durch den Gewinner einer Ausschreibung decken, wäre der Abschluss von Leistungsvereinbarungen für die anderen Leistungserbringer sinnentleert. Im Ergebnis würde das Verbot der Einbeziehung von Bedarfsaspekten umgangen, wenn auf diese Weise der Zugang zu wesentlichen Teilen des Nachfragemarktes den anderen Leistungserbringern entzogen werden könnte. In der Beschränkung der Möglichkeit für die konkurrierenden Leistungserbringer, ihre Leistungen den Berechtigten mit Aussicht auf Erfolg anbieten zu können, wird regelmäßig auch ein ungerechtfertigter Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG zu sehen sein.

BVerwG, Urteil vom 13.05.2004, Az.: 3 C 45/03, Rn. 22, juris; OVG NRW, Beschluss vom 18.03.2005, Az.: 12 B 1931/04, Rn. 7, juris; VG Darmstadt, Beschluss vom 29.02.2016, Az.: 5 L 652/15.DA, Rn. 60 ff., juris.

Dem gesetzlichen Regelungskonzept liegt das Ziel zugrunde, eine Verbesserung der Qualität der Leistungserbringung durch einen Wettbewerb zwischen möglichst vielen geeigneten Leistungserbringern um die Leistungsberechtigten zu erreichen. Die Aufgabe der Leistungsträger beschränkt sich darauf, den allgemeinen Rahmen festzulegen und den Berechtigten die Auswahl des Leistungserbringers zu überlassen. Die exklusive Vergabe der Leistungserbringung an einen

Wirtschaftsteilnehmer widerspricht dieser Zielsetzung und führt letztlich zu einer Verhinderung von Wettbewerb, indem bestehende Strukturen zerstört werden.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 27.09.2004, Az.: 12 B 1390/04, Rn. 9 ff., juris.

(2) Wunsch- und Wahlrecht des Leistungsberechtigten

Die Deckung des Leistungsbedarfs durch einen Anbieter, dem der gesamte Bedarf beauftragt wird, ist außerdem mit dem Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten bzw. ihrer gesetzlichen Vertretung nicht vereinbar. Das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten ergibt sich für den Bereich des SGB VIII und XII ausdrücklich aus § 5 SGB VIII und § 9 Abs. 2 SGB XII. Nach zutreffender Auffassung besteht es im SGB II aufgrund der für alle Gesetzbücher geltenden Regelung in § 33 S. 2 SGB I.

Gagel-Bieback, SGB II/SGB III, Stand: 06.2016, § 4 SGB II, Rn. 10 f.; Mün-der-Münder, Sozialgesetzbuch II, 5. Aufl., § 1 Rn. 6.

Das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten umfasst grundsätzlich auch das Recht, zwischen verschiedenen Trägern und Einrichtungen auszuwählen. Der Vorbehalt der Angemessenheit des Wunsches wird in der Regel gewahrt, wenn zwischen dem Leistungsträger und dem Leistungserbringer eine Leistungsvereinbarung besteht, die nur mit geeigneten Leistungserbringern zu angemessenen Kosten abgeschlossen werden darf. Unzumutbare finanzielle Mehrbelastungen durch die Ausübung des Wunsch- und Wahlrechts sind dann nicht zu erwarten.

Das Verwaltungsgericht Darmstadt hat mit zutreffender Begründung erkannt, dass es mit dem Wunsch- und Wahlrecht unvereinbar ist, wenn ein Leistungsträger seinen Bedarf im Wege einer Ausschreibung exklusiv mit einem oder mehreren Leistungserbringern deckt. Der Leistungsträger wird regelmäßig ein Interesse daran haben, die Leistungsberechtigten an den ausgewählten Leistungserbringer zu verweisen. Den Leistungsberechtigten wird es nur unter erschwerten Bedingungen möglich sein, von ihrem gesetzlich gewährleisteten Wahlrecht Gebrauch zu machen und von der Vorauswahl des Leistungsträgers abweichend einen anderen Anbieter auszuwählen. Das Wahlrecht wird folglich in ein Abwehrrecht gegen die Vorauswahl, bei dem die Leistungsberechtigten unter einem Erklärungs- und Begründungszwang stehen, verkehrt.

VG Darmstadt, Beschluss vom 29.02.2016, Az.: 5 L 652/15.DA, Rn. 51 ff., juris.

Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass dem Wunsch- und Wahlrecht ausreichend Rechnung getragen wird, wenn Leistungsberechtigte in begründeten Ausnahmefällen die Möglichkeit erhalten, einen anderen Leistungserbringer, der im Vergabeverfahren nicht den Zuschlag erhalten hat, auszuwählen. Ein solches Verständnis wird der Bedeutung des Wunsch- und Wahlrechts nicht gerecht. Es dient vorrangig dazu, die individuellen Bedürfnisse des Einzelnen zu berücksichtigen und den persönlichen Erfordernissen durch passgenaue Förderungen zu entsprechen.

Vgl. auch insoweit VG Darmstadt, Beschluss vom 29.02.2016, Az.: 5 L 652/15.DA, Rn. 53, juris.

Des Weiteren ermöglicht das Wunsch- und Wahlrecht dem Leistungsberechtigten an der zu seinen Gunsten erfolgenden Leistungserbringung gestalterisch teilhaben zu können. Dies beugt der Gefahr vor, dass der Einzelne zum bloßen Objekt der staatlichen Planung wird. Für die Leistungs-

erbringer wird zudem ein Anreiz geschaffen, zugunsten der Leistungsberechtigten eine qualitativ und individuell optimale Leistung zu erbringen. Andernfalls könnten die Leistungsberechtigten jederzeit einen anderen Anbieter auswählen. Kann sich der Leistungserbringer dagegen als Gewinner der Ausschreibung seiner Aufträge sicher sein, besteht sein Interesse allein darin, die notwendigerweise in gewissem Umfang verallgemeinernden Qualitätsziele des Leistungsträgers zu erfüllen, nicht aber auf den individuellen Bedarf des Einzelnen einzugehen. Auch durch den Preisdruck im Rahmen einer Ausschreibung besteht die Gefahr von Qualitätseinbußen.

Siehe zur Bedeutung des Wunsch- und Wahlrechts aus der Literatur Hauck/Noftz-Luthe, Sozialgesetzbuch, SGB XII, § 9 Rn. 36 ff.; Mün-der/Armborst-Roscher, Sozialgesetzbuch XII, 7. Aufl., § 9, Rn. 21 ff.

(3) Grundsatz der Angebots- und Trägervielfalt

Insofern sind Ausschreibungen, bei denen der Bedarf exklusiv an einen Auftragnehmer beauftragt wird, auch mit dem Grundsatz der Angebots- und Trägervielfalt unvereinbar. Der Grundsatz der Vielfalt der Einrichtungsträger ist in § 3 Abs. 1 SGB VIII ausdrücklich verankert. Er findet im Übrigen Ausdruck in dem Gebot zur partnerschaftlichen Zusammenarbeit mit allen Beteiligten gem. §§ 17 Abs. 1 S. 2, 18 Abs. 1 SGB II, § 4 Abs. 1 SGB VIII und § 5 Abs. 2 u. 3 SGB XII sowie der Verpflichtung der Leistungsträger zur Zurückhaltung beim Aufbau eigener Strukturen nach § 17 Abs. 1 S. 1 SGB II, § 4 Abs. 2 SGB VIII, §§ 5 Abs. 4, 75 Abs. 2 S. 1 SGB XII, wenn geeignete Einrichtungen und Dienste Dritter vorhanden sind (sog. Subsidiaritätsgebot). Nach der Auffassung des BVerfG dient die Gewährleistung der Angebots- und Trägervielfalt dazu, private und öffentliche Mittel möglichst effektiv und sinnvoll für die Leistungserbringung zur Verfügung zu stellen.

BVerfG, Urteil vom 18.07.1967, Az.: 2 BvF 3/62, u.a., Rn. 81 ff., juris.

Durch eine Vielfalt unterschiedlicher Angebote und Träger wird zudem gewährleistet, dass den Leistungsberechtigten unterschiedliche Konzepte zur Auswahl stehen. Damit wird die Entwicklung neuer Ideen gefördert und es den Leistungsberechtigten ermöglicht, den besten Anbieter für die Erfüllung ihrer individuellen Bedürfnisse zu finden.

Vgl. OVG Berlin, Beschluss vom 04.04.2005, Az.: 6 S 415.04, Rn. 25, juris.

Die exklusive Beauftragung des Gewinners einer Ausschreibung steht mit dieser Zielsetzung nicht in Einklang. Im Anwendungsbereich der Sozialgesetzbücher wird eine langfristige Aufrechterhaltung von Strukturen regelmäßig davon abhängen, dass die Leistungsträger die Kosten der Leistungsberechtigten übernehmen. Die Kostenübernahme ist für viele Kunden von maßgeblicher Bedeutung bei der Entscheidung für einen Anbieter.

VG Darmstadt, Beschluss vom 29.02.2016, Az.: 5 L 652/15.DA, Rn. 55 ff., juris.

Durch eine exklusive Beauftragung eines Anbieters ist mithin mit einer Zerstörung von Strukturen anderer Leistungserbringer zu rechnen, deren anschließender Wiederaufbau nach Ablauf der Vertragslaufzeit der ausgeschriebenen Vereinbarung regelmäßig nur schwer möglich sein wird. Damit lassen Ausschreibungen mittelfristig eine Verhinderung von Wettbewerb erwarten, die zu einem Qualitätsverlust für die Leistungsberechtigten führt.

Vgl. allgemein Pietzcker, NVwZ 2007, 1225 (1227).

b. *Rechtslage nach dem SGB III*

Entsprechende normative Bestimmungen zur Angebots- und Trägervielfalt, zum Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten sowie zum Abschluss von Leistungsvereinbarungen finden sich im SGB III nicht.

Das SGB III sieht den Abschluss von Leistungsvereinbarungen, entsprechend etwa des § 75 Abs. 3 SGB XII, mit einer abschließenden Festlegung der Konditionen für einzelne Beauftragungen nicht vor. Gem. § 178 SGB III besteht ein Trägerzulassungsverfahren, in dem u.a. die Eignung und Zuverlässigkeit der Leistungserbringer von einer fachkundigen Stelle geprüft wird. Neben dieser generellen Eignungsprüfung müssen aber zusätzlich die angebotenen Maßnahmen im Einzelnen vom Leistungsträger akzeptiert werden. Die Vergütung wird dann auf Basis der Kosten der einzelnen Maßnahme und nicht auf Grundlage einer pauschalierten Prognose der Kosten der Leistungserbringung während eines längeren Leistungszeitraums berechnet.

Vgl. zu § 74 SGB III Gagel-Grühn, SGB II/SGB III, Stand: 06.2016, § 74 SGB III, Rn. 11, die Gewährung von Förderungen erfolge für einzelne Maßnahmen, nicht für die Träger.

Der Grundsatz der Angebots- und Trägervielfalt kommt im SGB III nur in Form des Trägerzulassungsverfahrens ansatzweise zum Ausdruck. Aus dem gebundenen Anspruch auf Zulassung nach § 178 SGB III lässt sich entnehmen, dass der Gesetzgeber eine Einbindung von Leistungserbringern im Sinne des § 21 SGB III grundsätzlich positiv bewertet. Es fehlt allerdings eine § 17 Abs. 1 S. 1 SGB II vergleichbare Vorschrift, die dem Leistungsträger ein Subsidiaritätsgebot bei der Errichtung neuer Einrichtungen auferlegt, wenn geeignete private Einrichtungen vorhanden sind. Auch die Verpflichtung zur partnerschaftlichen Zusammenarbeit ist im SGB III deutlich schwächer ausgeprägt. Gem. § 9 Abs. 3 S. 1 SGB III ist zwar vergleichbar § 18 Abs. 1 SGB II eine Zusammenarbeit der Arbeitsagenturen mit den Beteiligten des örtlichen Arbeitsmarktes, insbesondere den Gebietskörperschaften sowie den Arbeitnehmervertretern, geboten. Mit den Trägern von Maßnahmen sollen die Planungen nach § 9 Abs. 3 S. 2 SGB III dagegen lediglich rechtzeitig erörtert werden. Die Vorschrift dient dazu, eine Abstimmung im Vorfeld von Einzelprojekten zu erreichen.

Gagel-Wendtland, SGB II/SGB III, Stand: 06.2016, § 9 SGB III, Rn. 9.

Damit wird zugleich deutlich, dass die Leistungserbringer im SGB III im Vergleich zur Rechtslage nach dem SGB II, VIII und XII weniger stark in das Gesamtkonzept der Leistungserbringung eingebunden sind, sondern eher eine einzelmaßnahmenbezogene Beteiligung durch den Leistungsträger erfolgen soll. Es dürfte daher in der Regel nicht zu beanstanden sein, wenn die Leistungsträger ihren Bedarf im Rahmen einer direkten Beauftragung decken und kein offenes Zulassungsverfahren im Sinne der Rechtsprechung des EuGH durchführen.

Zum Teil wird die Möglichkeit zur Durchführung einer Ausschreibung im SGB III gesetzlich ausdrücklich angeordnet, wie insbesondere in § 45 Abs. 3 SGB III in Bezug auf Maßnahmen zur Aktivierung und beruflichen Eingliederung. Aus der Gesetzesbegründung zu der Regelung in § 45 Abs. 3 SGB III ergibt sich, dass es sich um einen rein deklaratorischen Verweis auf die Anwendbarkeit der §§ 97 ff. GWB handeln soll. Der Gesetzgeber ging also offenkundig davon aus, dass die vergaberechtlichen Regelungen unabhängig von einer konkreten Anordnung im Anwendungsbereich des SGB III zu beachten sind.

Siehe Gagel-Bieback, SGB II/SGB III, Stand: 06.2016, § 45 SGB III, Rn. 267, m.w.N.

Ein dem sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis vergleichbares Zulassungssystem besteht in diesem Zusammenhang zwar gem. §§ 176 ff. SGB III für Maßnahmen eines Trägers, die von den Leistungsberechtigten aufgrund einer Förderzusage durch einen Aktivierungs- und Vermittlungsgutschein nach § 45 Abs. 4 S. 3 Nr. 1 SGB III in Anspruch genommen werden können. Allerdings steht gem. § 45 Abs. 5 SGB III bereits die Auswahl, ob ein Dritter gem. § 45 Abs. 3 SGB III im Wege eines Vergabeverfahrens beauftragt wird oder eine Förderung durch Ausgabe eines Aktivierungs- und Vermittlungsgutscheins erfolgt, im Ermessen des Leistungsträgers.

Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann-Mutschler, Kommentar zum Sozialrecht, 4. Aufl., § 45 SGB III, Rn. 13.

Die Durchführung eines Vergabeverfahrens dürfte somit rechtlich nicht zu beanstanden sein, weil es im Ermessen des Leistungsträgers liegt, wie er die Maßnahmen im Sinne des § 45 Abs. 1 SGB III erbringt.

Die tragenden Erwägungen für die Annahme einer Sozialrechtswidrigkeit von Ausschreibungen lassen sich mithin nicht deckungsgleich auf das SGB III übertragen. Nach dem gesetzlichen Regelungskonzept des SGB III ist insgesamt eine deutlich größere Einflussnahme des Leistungsträgers auf die Leistungserbringung und eine geringere Selbstständigkeit der Leistungserbringer vorgesehen. Ausschreibungen dürften folglich nach dem SGB III in deutlich größerem Umfang gestattet sein, als nach der Rechtslage im SGB II, VIII und XII.

Diese für das SGB III geltende Rechtslage gilt auch im SGB II, wenn und soweit das SGB II auf das SGB III verweist. Dagegen besteht u.E. ein sozialrechtliches Verbot von Vergabeverfahren, wenn der Anwendungsbereich von § 17 Abs. 2 SGB II eröffnet ist.

c. *Rechtslage nach dem SGB V*

Auch im SGB V sind Vergabeverfahren jedenfalls dann nicht erforderlich, wenn keine Auswahlentscheidung getroffen wird.

EuGH, Urteil vom 02.06.2016, Az.: C-410/14, Rn. 32 ff., juris, das sich auf ein Verfahren nach dem SGB V (Abschluss eines Rabattverträgen gemäß § 130a Abs. 8 SGB V) bezog.

Etwas anderes ergibt sich nicht aus § 69 Abs. 3 SGB V. Die Vorschrift bestimmt, dass im Hinblick auf Verträge zwischen den Krankenkassen und den Leistungserbringern der 4. Abschnitt des GWB und damit die vergaberechtlichen Vorschriften der §§ 97 ff. GWB anwendbar sind.

Becker/Kingreen, SGB V Kommentar, 4. Aufl. 2014, § 69 Rn. 1, 4.

Denn es ist allgemein anerkannt, dass es sich bei dem Verweis in § 69 Abs. 3 SGB V nicht um einen Rechtsfolgenverweis, sondern einen Rechtsgrundverweis handelt, so dass die Ausschreibungspflicht nur besteht, wenn die Anwendungsvoraussetzungen der §§ 97 ff. GWB erfüllt sind.

Gabriel/Krohn/Neun-Gabriel, Handbuch des Vergaberechts, 2014, § 66 Rdnr. 6 mit Verweis auf die Gesetzesbegründung; Becker/Kingreen, § 69 Rdnr. 52.

Aus dem Verweis in § 69 Abs. 3 SGB V selbst ergibt sich somit keine Pflicht zur Anwendung der §§ 97 ff. GWB.

Allerdings lässt sich § 69 Abs. 3 SGB V auch entnehmen, dass im SGB V jedenfalls kein generelles Verbot zur Durchführung von Vergabeverfahren besteht. Dementsprechend bestimmt § 69 Abs. 4 SGB V:

"Bei der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge nach den §§ 63 und 140a über soziale und andere besondere Dienstleistungen ..., die im Rahmen einer heilberuflichen Tätigkeit erbracht werden, kann der öffentliche Auftraggeber abweichend von § 119 Absatz 1 und § 130 Absatz 1 Satz 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen sowie von § 14 Absatz 1 bis 3 der Vergabeverordnung andere Verfahren vorsehen, die die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung gewährleisten. Ein Verfahren ohne Teilnahmewettbewerb und ohne vorherige Veröffentlichung nach § 66 der Vergabeverordnung darf der öffentliche Auftraggeber nur in den Fällen des § 14 Absatz 4 und 6 der Vergabeverordnung vorsehen. Von den Vorgaben der §§ 15 bis 36 und 42 bis 65 der Vergabeverordnung, mit Ausnahme der §§ 53, 58, 60 und 63, kann abgewichen werden. Der Spitzenverband Bund der Krankenkassen berichtet dem Bundesministerium für Gesundheit bis zum 17. April 2019 über die Anwendung dieses Absatzes durch seine Mitglieder."

Aus dem Regelungszusammenhang in § 69 Abs. 3 und 4 SGB V sowie dem Wort "kann" in Abs. 4 ergibt sich allerdings, dass die Auftraggeber im SGB V grundsätzlich die Wahl haben, ob sie Vergabeverfahren durchführen wollen oder nicht, ein generelles Verbot von Vergabeverfahren besteht nicht.

Verbote können sich allenfalls im Hinblick auf einzelne Fallkonstellationen ergeben und zwar insbesondere in den Fallkonstellationen, in denen im SGB V dem § 75 SGB XII entsprechende Bestimmungen existieren, wie es z.B. in den §§ 132 ff. SGB V der Fall ist. Anders als im SGB XII sehen die Bestimmungen in §§ 132 ff. SGB V allerdings teilweise vor, dass Vereinbarungen nur geschlossen werden müssen, wenn "dies für eine bedarfsgerechte Versorgung notwendig ist". Dennoch wird für die Regelungen in §§ 132 ff. SGB V angenommen, dass ein Anspruch auf Abschluss der Vereinbarung jedenfalls bei Bedarf besteht oder zumindest ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung. U.E. lässt sich gut vertreten, dass in diesen Bereichen im SGB V ein Verbot der Durchführung von Vergabeverfahren besteht, ebenso wie es im SGB XII der Fall ist.

d. *Rechtslage im Anwendungsbereich des Asylbewerberleistungsgesetzes (AsylbLG)*

Im Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG) sind die oben unter a. genannten Grundsätze nicht normativ ausgestaltet worden. Durch den Verweis in § 9 AsylbLG auf die Anwendbarkeit bestimmter Vorschriften der SGB I, X und XII werden nicht die Vorschriften in Bezug genommen, aus denen sich die Grundsätze ergeben.

Ob ein Ausschreibungsverbot durch eine analoge Anwendbarkeit der Vorschriften des SGB XII begründet werden kann, erscheint höchst zweifelhaft. Mangels einer ausdrücklichen Erwähnung in Art. II § 1 SGB I ist das AsylbLG nicht formell Bestandteil des Sozialrechts. Soweit das AsylbLG nicht ausdrücklich auf die sozialrechtlichen Regelungen verweist, sind daher die Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder anzuwenden. Aus diesem Grund ist nach der Auffassung des OVG NRW für eine generelle analoge Anwendung der Vorschriften des SGB XII bei der Leistungsgewährung nach dem AsylbLG kein Raum.

OVG NRW, Beschluss vom 30.01.2013, Az.: 12 A 2349/12, Rn. 28 ff., juris; Grube/Wahrendorf-Wahrendorf, SGB XII, 5. Aufl., Einleitung zum AsylbLG, Rn. 4.

Ob dennoch Grundprinzipien des SGB XII wegen der Zuordnung des AsylbLG nach seinem Leistungsinhalt zum materiellen Sozial(hilfe)recht auf die Leistungsgewährung nach dem AsylbLG übertragen werden können, ist noch weitgehend ungeklärt. Das OVG NRW hat eine analoge Anwendung von Vorschriften des SGB XII zumindest nicht kategorisch ausgeschlossen und für Fälle erwogen, in denen die in Rede stehende Leistung nach dem AsylbLG inhaltlich einer Leistung nach dem SGB XII entspricht. Dies gilt nach dem Gericht aber nur unter der Einschränkung, dass die entsprechende Anwendung nicht der Gesamtintention des AsylbLG widerspricht.

OVG NRW, Beschluss vom 30.01.2013, Az.: 12 A 2349/12, Rn. 32 ff., juris; Grube/Wahrendorf-Wahrendorf, SGB XII, 5. Aufl., Einleitung zum AsylbLG, Rn. 5.

Das OVG NRW hat als im Rahmen des AsylbLG durch Art. 1 Abs. 1 iVm Art. 2 Abs. 1 GG beachtliche Grundprinzipien des Sozialrechts u.a. das Individualisierungsprinzip und das Wunschrecht genannt. Dennoch erscheint es u.E. nicht überzeugend, aus dieser Gewährleistung ein Ausschreibungsverbot ableiten zu können. Denn nach der Rechtsprechung zählen zu den Zielen des AsylbLG u.a. eine Verminderung der Sozialausgaben für Asylbewerber und eine finanzielle Entlastung der Städte und Gemeinden.

OVG NRW, Beschluss vom 30.01.2013, Az.: 12 A 2349/12, Rn. 32 ff., juris.

Ein generelles Verbot von Ausschreibungen dürfte dieser Konzeption widersprechen.

Im Ergebnis bleibt daher unsicher, ob im Anwendungsbereich des AsylbLG dem Leistungsträger im Einzelfall Ausschreibungen untersagt sein können. In Betracht kommt eine solche Annahme nur bei Leistungen, die inhaltlich im SGB XII eine Entsprechung finden. Unter Berücksichtigung der höchst rudimentär ausgestalteten Regelungen des AsylbLG zur Leistungserbringung und der finanziellen Gesamtkonzeption des Gesetzes erscheint aber zweifelhaft, ob mit Aussicht auf Erfolg die Unterlassung einer Ausschreibung geltend gemacht werden könnte.

e. *Rechtslage im Schulbereich*

In NRW gilt der Runderlass des Ministeriums für Schule und Weiterbildung "Gebundene und offene Ganztagschulen sowie außerunterrichtliche Ganztags- und Betreuungsangebote in Primarbereich und Sekundarstufe I" vom 23.12.2010 in der Fassung vom 09.03.2016. Dieser enthält in Ziff. 1.3 das Gebot der Fortführung und Intensivierung der Zusammenarbeit mit gemeinwohlorientierten Institutionen und Organisationen.

Gem. Ziff. 6.8 beruht die Zusammenarbeit zwischen Schulträger, Schule und außerschulischem Träger auf einer Kooperationsvereinbarung. Partner dieser Vereinbarung sind der Schulträger, die Schulleiterin oder der Schulleiter und der außerschulische Träger. Die Vereinbarung hält insbesondere Rechte und Pflichten der Beteiligten fest und regelt die gegenseitigen Leistungen der Kooperationspartner sowie u.a. die Verfahren zur Erstellung und Umsetzung des pädagogischen Konzepts, den Zeitrahmen, den Personaleinsatz, darunter u.a. die Verwendung von Lehrerstellenanteilen, Vertretungs- und Aufsichtsregelungen, Regelungen für den Umgang bei Konflikten, erweiterte Mitwirkungsmöglichkeiten des Personals außerschulischer Träger sowie Regelungen zur Beteiligung der Eltern und der teilnehmenden Schülerinnen und Schüler.

Die Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen Leistungsträger, den Leistungserbringern und den Leistungsberechtigten ist nicht näher normiert. Insbesondere sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass die Beauftragung der Leistungserbringer im Sinne des sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses von einer Auswahl durch die Leistungsberechtigten abhängen würde und die

Kooperationsvereinbarung hierfür nur den Rahmen bietet. Daher dürfte eine Auswahlentscheidung des Leistungsträgers vorliegen. Ein ausdrückliches Ausschreibungsverbot lässt sich nicht begründen.

II. **Generelle Bereichsausnahme für Beschaffungen nach den Sozialgesetzbüchern de lege ferenda möglich**

Vor dem Hintergrund der Reformbestrebungen zum SGB VIII ist weiterhin zu prüfen, ob der Sozialgesetzgeber die Leistungserbringung nach den einzelnen Sozialgesetzbüchern unter Verzicht auf die Durchführung von Vergabeverfahren ausgestalten kann oder unionsrechtliche Vorgaben dem widersprechen würden.

Ausgangspunkt der rechtlichen Beurteilung ist zunächst die Vergaberichtlinie 2014/24/EU. Diese enthält in ihren Vorbemerkungen nähere Vorgaben zum Anwendungsbereich der Vergaberichtlinie bei der Erbringung sozialer Dienstleistungen.

Erwägungsgrund 6 der RL 2014-24-EU sieht hierzu vor:

"Ferner sei darauf hingewiesen, dass diese Richtlinie nicht die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die soziale Sicherheit berühren sollte."

Näher bestimmt Erwägungsgrund 114:

"Den Mitgliedstaaten und Behörden steht es auch künftig frei, diese Dienstleistungen selbst zu erbringen oder soziale Dienstleistungen in einer Weise zu organisieren, die nicht mit der Vergabe öffentlicher Aufträge verbunden ist, beispielsweise durch die bloße Finanzierung solcher Dienstleistungen oder durch Erteilung von Lizenzen oder Genehmigungen — ohne Beschränkungen oder Festsetzung von Quoten — für alle Wirtschaftsteilnehmer, die die vom öffentlichen Auftraggeber vorab festgelegten Bedingungen erfüllen; Voraussetzung ist, dass ein solches System eine ausreichende Bekanntmachung gewährleistet und den Grundsätzen der Transparenz und Nichtdiskriminierung genügt."

Nach dem Sinn und Zweck der Erwägungsgründe wird durch die Vergaberichtlinien mithin nicht bestimmt, wie die Mitgliedstaaten ihre Systeme der sozialen Sicherheit organisieren. Die Mitgliedstaaten sind nicht dazu gezwungen, die von ihnen gewährten Sozialleistungen einem vergaberechtlichen Wettbewerb öffnen zu müssen. Damit ist der Sozialgesetzgeber grundsätzlich nicht gehindert, die Leistungserbringung ohne Durchführung von Ausschreibungen zu regeln.

Dies bedeutet allerdings nicht, dass der Sozialgesetzgeber bei der Normierung der Vergaberechtsfreiheit von Sozialdienstleistungen vollständig frei wäre. Aus dem Wortlaut des Erwägungsgrundes 114 wird vielmehr deutlich, dass nur bestimmte Gestaltungsformen dem Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien entzogen sein sollen. Wird die Leistungsbeschaffung dagegen in einer Weise organisiert, die als Vergabe eines öffentlichen Auftrages im Sinne der Vergaberichtlinie zu qualifizieren ist, ist der Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien auch bei der Vergabe sozialer Dienstleistungen erfüllt. Eine gesetzliche Bereichsausnahme wäre danach rechtswidrig, wenn sie die Beschaffung sozialer Dienstleistungen in weiterem Umfang von dem Anwendungsbereich des Vergaberechts freistellt, als es durch die Richtlinie gestattet ist.

Diese Einschätzung dürfte auch im Einklang mit der jüngsten Rechtsprechung des EuGH stehen. In der Rechtssache "Falk Pharma", die Rabattverträge nach dem SGB V betraf, hat der EuGH

ausdrücklich den Zweck der Vergaberichtlinie 2004/18/EG (neugefasst durch RL 2014/24/EU) darin gesehen, die Gefahr einer Bevorzugung einheimischer Bieter oder Bewerber bei der Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber auszuschließen.

EuGH, Urteil vom 02.06.2016, Az.: C-410/14, Rn. 35, juris.

Der EuGH hat unter Berücksichtigung dieser Zielsetzung Beschaffungsvorgänge dann vom Anwendungsbereich der vergaberechtlichen Regelungen ausgenommen, wenn bei der Auftragserteilung die Elemente der Auswahl eines bestimmten Anbieters sowie der Ausschließlichkeit fehlen würden. Stünde ein Vertragssystem allen interessierten Wirtschaftsteilnehmern während der Vertragslaufzeit zu gleichen, vorher festgelegten Bedingungen offen (sog. "Open-House-Modell") und gestatte diesen einen jederzeitigen Beitritt, liege kein öffentlicher Auftrag im Sinne der Vergaberichtlinien vor. Ein solches offenes Zulassungssystem unterliege bei Vorliegen eines grenzüberschreitenden Interesses (sog. Binnenmarktrelevanz) allein den Grundregeln des AEUV, insbesondere den Grundsätzen der Nichtdiskriminierung und der Gleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmer sowie dem sich daraus ergebenden Transparenzgebot.

EuGH, Urteil vom 02.06.2016, Az.: C-410/14, Rn. 36 ff., juris.

Unter welchen Bedingungen im Einzelnen eine Ausschreibungsfreiheit im Anwendungsbereich der Sozialgesetzbücher gesetzlich vorgesehen werden kann, lässt sich der Entscheidung des EuGH nicht abschließend entnehmen. Der EuGH erkennt einen gewissen Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten an. Dies bedeutet aber nicht, dass keine konkreten Vorgaben aus den Grundsätzen der Nichtdiskriminierung, Gleichbehandlung und des Transparenzgebotes folgen würden. Der EuGH hat insbesondere betont, es sei eine Bekanntmachung zu fordern, die es den potenziell interessierten Wirtschaftsteilnehmern ermögliche, vom Ablauf und von den wesentlichen Merkmalen eines Zulassungsverfahrens Kenntnis zu erhalten.

EuGH, Urteil vom 02.06.2016, Az.: C-410/14, Rn. 44 f., juris.

Damit dürfte jedenfalls eine gesetzliche Ausgestaltung unionsrechtswidrig sein, bei der durch gesetzliche Anordnung auf ein Vergabeverfahren zu verzichten ist, gleichzeitig aber nicht sichergestellt wird, dass die Leistungserbringer im Sinne der Rechtsprechung in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren zu gleichen vorab festgelegten Bedingungen zugelassen werden.

Aus dem nationalen Verfassungsrecht folgen u.E. keine weiterreichenden Vorgaben. Insbesondere werden die Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1 und 3 Abs. 1 GG durch ein Zulassungsverfahren unter Beachtung der vorgenannten Bedingungen nicht verletzt. Ein Anspruch auf Durchführung eines Vergabeverfahrens nach den §§ 97 ff. GWB lässt sich den Grundrechten nicht entnehmen.

Siehe zur Reichweite der Gewährleistungen aus Art. 12 und 3 GG im Bereich des Vergaberechts BVerfG, Beschluss vom 13.06.2006, Az.: 1 BvR 1160/03, Rn. 55, juris.

Im Ergebnis hat sich u.E. die Formulierung der gesetzlichen Regelung am Wortlaut der Vorgabe in Erwägungsgrund 114 der Richtlinie 2014/24/EU zu orientieren. Es ist mithin weniger eine gesetzliche Bereichsausnahme vorzusehen, als vielmehr eine durch den Gesetzgeber angeordnete Beachtung der Vorgaben des "Open-House-Modells", die insbesondere im Anwendungsbereich der SGB II, VIII und XII der geltenden Rechtslage entspricht.

III. Rechtsschutzmöglichkeiten

Abschließend ist darauf einzugehen, welche prozessualen Rechtsschutzmöglichkeiten zur Verfügung stehen, falls ein Leistungsträger ungerechtfertigt eine Ausschreibung durchführen sollte. In Betracht kommen auf den ersten Blick das vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren sowie ein sozial- bzw. verwaltungsgerichtliches Klageverfahren, das im Falle einer drohenden Auftragsvergabe durch ein Eilrechtsverfahren ergänzt werden sollte.

1. Vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren

Im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren kann die Frage der Zulässigkeit eines Vergabeverfahrens nicht zur Überprüfung gestellt werden. Die Vergabekammern und in zweiter Instanz die Oberlandesgerichte sind lediglich zur Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Art und Weise eines durchgeführten Vergabeverfahrens befugt. Sie können aber nicht mit rechtlich bindender Wirkung feststellen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens unzulässig ist.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.09.2004, Az.: VII-Verg 35/04, Rn. 36, juris; BayObLG, Beschluss vom 12.12.2001, Az.: Verg 19/01, Rn. 25, juris; OVG NRW, Beschluss vom 27.09.2004, Az.: 12 B 1390/04, Rn. 14, juris.

Dagegen können die Vergabekammern angerufen werden, falls das Fehlen eines gebotenen Vergabeverfahrens gerügt werden soll. Dies würde in der vorliegend zu untersuchenden Konstellation nur in Betracht kommen, wenn ein Beschaffungsvorgang beanstandet werden soll, bei dem die Voraussetzungen des "Open-House-Modells" nicht ordnungsgemäß beachtet wurden und eine Auftragserteilung nach diskriminierenden Kriterien erfolgt ist. Die Vergabekammern könnten dann mit der Frage befasst werden, ob der Zuschlag in vergaberechtlich unzulässiger Weise "de facto" erteilt wurde.

BGH, Beschluss vom 18.06.2012, Az.: X ZB 9/11, Rn. 14, juris.

2. Sozialgerichtliches und verwaltungsgerichtliches Verfahren

Soweit dagegen geltend gemacht werden soll, dass die Durchführung einer Ausschreibung rechtswidrig ist und zu unterbleiben hat, steht in Abhängigkeit von den konkret einschlägigen Vorschriften entweder der Rechtsweg zu den Sozial- oder den Verwaltungsgerichten offen.

Bei der Abgrenzung ist insbesondere der Zuständigkeitskatalog in § 51 SGG zu beachten. So sind etwa in Bezug auf Aufträge der Schulassistenz die Sozialgerichte zuständig, wenn der Auftrag seine Grundlage ausschließlich in den Regelungen des SGB XII findet, wohingegen das Verwaltungsgericht zuständig ist, wenn der geltend gemachte Anspruch ein behördliches Verhalten im Anwendungsbereich des SGB VIII zum Gegenstand hat.

Vgl. VG Darmstadt, Beschluss vom 28.02.2016, Az.: 5 L 652/15.DA, Rn. 40, juris.

Sowohl vor den Sozialgerichten als auch vor den Verwaltungsgerichten dürfte in der Regel die (vorbeugende) Unterlassungsklage statthaft sein. Materiell ist der öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch (abgeleitet aus § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog bzw. der Abwehrfunktion der Grundrechte) geltend zu machen.

SG Heilbronn, Urteil vom 13.03.2014, Az.: S 9 SO 4284/13, Rn. 27 ff., juris; Vgl. VG Darmstadt, Beschluss vom 28.02.2016, Az.: 5 L 652/15.DA, Rn. 47 ff., juris.

In der Regel dürfte zusätzlich die Stellung eines Antrages auf Gewährung von vorläufigem Rechtsschutz (§ 86b Abs. 2 S. 1 SGG bzw. § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO) zweckmäßig sein, um eine Auftragserteilung bis zum Abschluss des gerichtlichen Verfahrens zu verhindern.

Vgl. auch insoweit VG Darmstadt, Beschluss vom 28.02.2016, Az.: 5 L 652/15.DA, Rn. 44 ff., juris.

3. Prozessuale Möglichkeiten zur Geltendmachung des Wunsch- und Wahlrechts

Abschließend ist darauf einzugehen, welcher Rechtsschutz den Leistungsberechtigten offen steht, um im Falle einer ablehnenden Entscheidung des Leistungsträgers unter Berufung auf das Wunsch- und Wahlrecht eine Kostenübernahme für den von ihnen ausgewählten Leistungserbringer (z.B. ein bestimmter Integrationshelfer) zu erreichen.

Der Kostenübernahmeerklärung des Leistungsträgers erfolgt durch Bewilligungsbescheid, mithin durch einen Verwaltungsakt. Abhängig von der konkret beantragten Leistung hat der Leistungsberechtigte auf den Erlass des Verwaltungsaktes einen Anspruch (so z.B. auf Leistungen nach § 17 Abs. 1 S. 1 SGB XII) oder zumindest einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über den Bewilligungsantrag (so z.B. für die Eingliederungsleistungen nach § 16 Abs. 1 S. 2 SGB II). Der Anspruch ist in der Hauptsache mit der Verpflichtungsklage geltend zu machen (§ 54 Abs. 1 SGG bzw. § 42 Abs. 1 VwGO).

In der Regel dürfte es den Interessen der Leistungsberechtigten nicht entsprechen, wenn über den Antrag auf Gewährung der Hilfeleistung erst im Anschluss an ein zeitintensives Hauptsacheverfahren entschieden werden sollte. Anschaulich wird dies an der Ablehnung des Antrages auf Übernahme der Kosten eines Integrationshelfers für ein bestimmtes Schuljahr. Daher wird es oftmals zweckmäßig sein, wenn zusätzlich ein Antrag im vorläufigen Rechtsschutz (§ 86b Abs. 2 S. 1 SGG bzw. § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO) gestellt wird.

Vgl. zu den Voraussetzungen etwa LSG NRW, Beschluss vom 05.02.2014, Az.: L 9 SO 413/13 B ER, Rn. 4 ff., juris.
