

Argumentationshilfe

Die Organisation von sozialen Dienstleistungen – Vorgaben und Ermessensspielräume im Leistungserbringungsrecht

Inhalt

Einleitung	2
I. Modelle zur Organisation von Sozialleistungen	3
1. Sozialrechtliches Dreiecksverhältnis.....	3
2. Auftragsvergabe.....	4
3. Open-House-Modelle.....	5
4. Zuwendungen	7
II. Vorgaben für die Auswahl des Organisationsmodells.....	8
1. Gesetzliche Verankerung von Rechtsansprüchen auf Leistungen – Zwingende Vorgabe für die Anwendung des Dreiecksverhältnisses.....	9
2. Gesetzliche Vorgabe von Ausschreibungen	14
3. Faktische Auftragsvergabe	14
4. Interessenbekundungsverfahren.....	15
5. Freier Gestaltungsrahmen	16
Lektüreempfehlung	18

Einleitung

Die Vergabereform und die Einführung eines Sonderregimes für soziale und andere besondere Dienstleistungen (s. [Kurzinformation zum reformierten Vergaberecht](#)) hat zwar wesentliche Neuerungen und Sonderregelungen für die Ausschreibung sozialer Dienstleistungen im Vergaberecht eingeführt. Diese Regelungen beschränken sich aber auf deren Abläufe und die Rahmenbedingungen von Ausschreibungen. Ob und wann es zulässig ist, Dritte mit der Erbringung solcher Dienstleistungen zu beauftragen und damit die Dienstleistungen zum Gegenstand einer Ausschreibung zu machen, war dagegen nicht Thema der Reform sondern ist eine Frage des Leistungserbringungsrechts. Dieses ist Teil des Sozialrechts und in diesem Kontext zu regeln.

Teilweise beantwortet der Gesetzgeber die Frage, indem er solche Ausschreibungen entweder anordnet oder jedenfalls zulässt. Ohne eine eindeutige Aussage stellt sich nicht nur die Frage nach der Zweckmäßigkeit sondern auch nach der Rechtmäßigkeit der Auftragsvergabe. Beide Fragen lassen sich nur im Kontext des Sozialrechts und nach dessen Wertungskriterien beantworten. Die folgenden Ausführungen geben eine Orientierung über die bestehenden Modelle zur Organisation von sozialen Dienstleistungen und zu der Frage, wann Ausschreibungen als eines dieser Modelle zulässig sind.

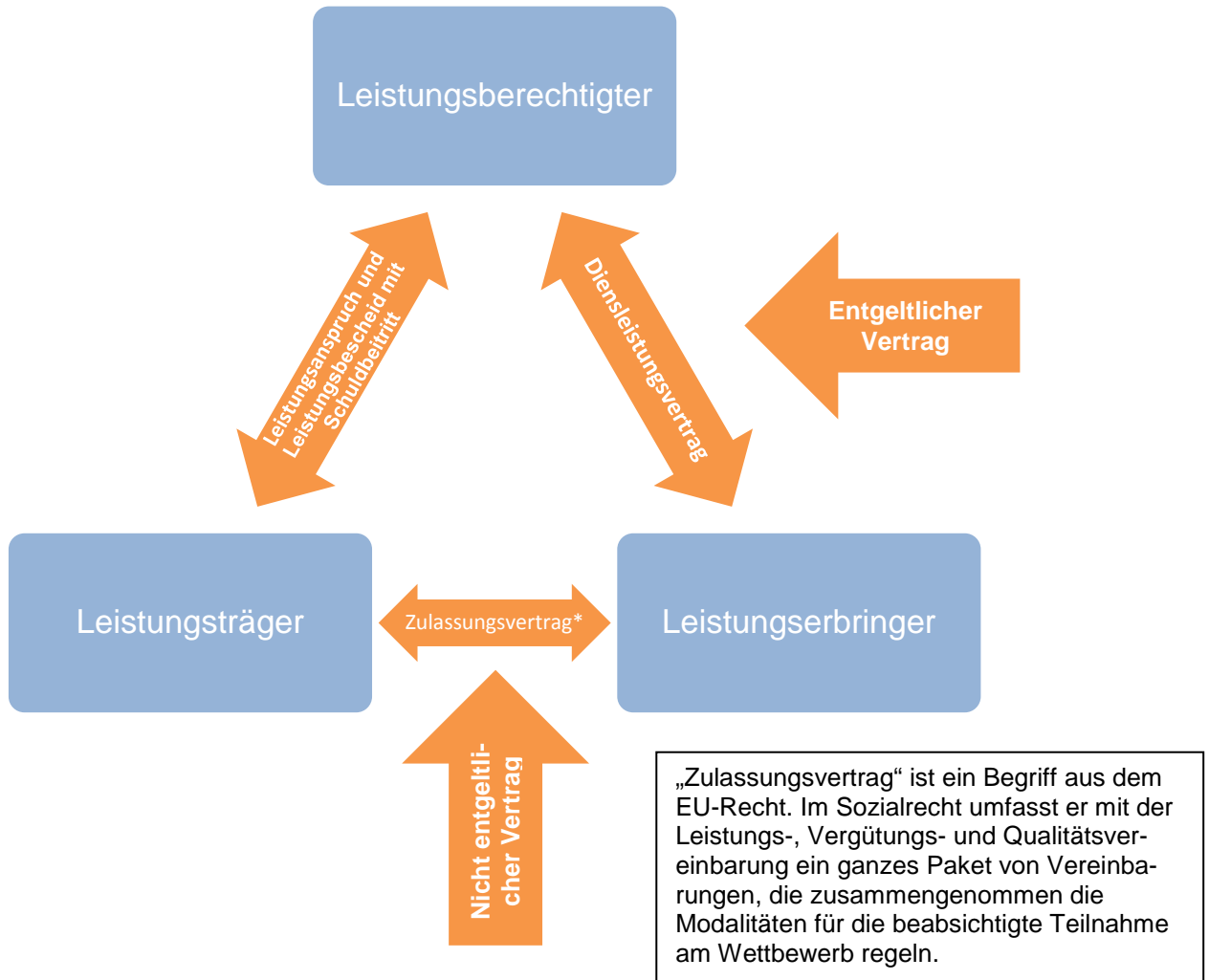
Generell ist davon auszugehen, dass kein auszuschreibender öffentlicher Auftrag gegeben ist, wenn ein Rechtsanspruch auf die zu erbringende Leistung und damit ein sog. sozialrechtliches Dreiecksverhältnis besteht. In diesem Fall fehlt es nicht nur an den Voraussetzungen für die Durchführung eines Vergabeverfahrens. Auch die „freiwillige“ Durchführung einer Ausschreibung ist wegen der weitreichenden Auswirkungen, die die exklusive Anbieterauswahl für die abgelehnten Anbieter hat, unzulässig.

In den übrigen Fällen liegt – von einem ausdrücklichen Ausschreibungsbefehl im Gesetz abgesehen – die Auswahl der Organisationsmodelle im Ermessen der Leistungsträger. Das heißt, sie müssen ihre Wahl nach sachlichen und fachlichen Gesichtspunkten treffen.

Die folgende Argumentationshilfe will die Mitgliedsverbände der BAGFW und deren Mitgliedseinrichtungen dabei unterstützen, sich in den unterschiedlichen Fallkonstellationen zu orientieren und in Konfliktfällen erfolgreich zu argumentieren. Zu diesem Zweck stellt zunächst die vorhandenen Organisations- und Wettbewerbsmodelle vor (I) und vermittelt sodann die Einschätzung der BAGFW zu möglichen Konfliktsituationen (II), wobei im Vordergrund die für Einrichtungsträger besonders belastende Konstellation der Ausschreibung trotz bestehender sozialrechtlicher Dreiecksverhältnisse steht.

I. Modelle zur Organisation von Sozialleistungen

1. Sozialrechtliches Dreiecksverhältnis



Beispiele: insb. § 75 SGB XII, §§ 78a ff. SGB VIII, § 80 ff. SGB XI

Grundidee: größtmögliche Mitwirkung und Gestaltungsfreiheit für die Leistungsberechtigten als Rechtssubjekt im Zentrum des Leistungsgeschehens.

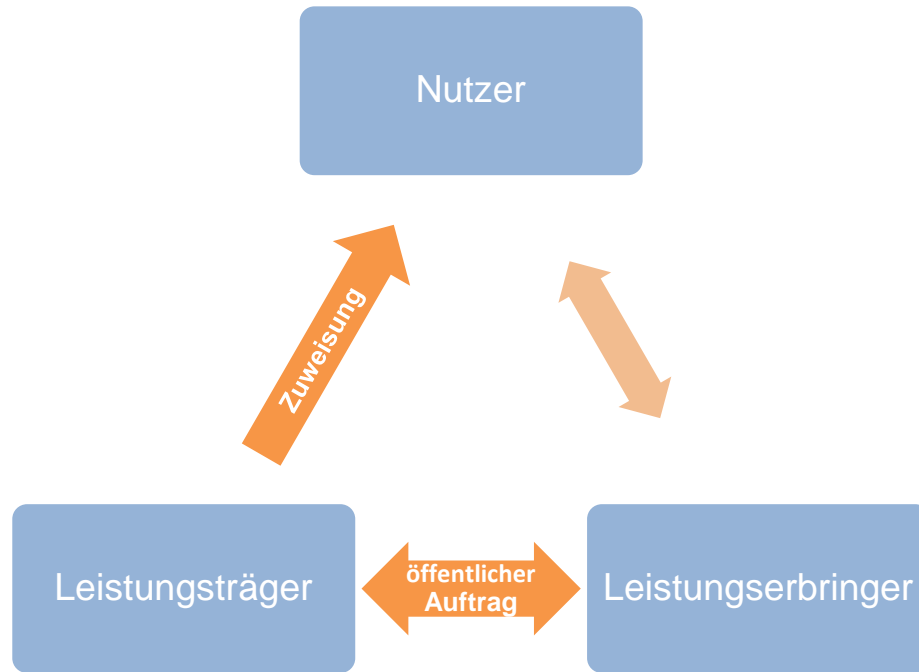
Prämissen:

- Sozialleistungen sind Grundrechtsverwirklichung
- Trägerpluralität
- Subsidiaritätsgrundsatz

Rechtliche Bewertung: die juristische Einordnung der einzelnen Vorgänge ergibt sich allein auf der Grundlage der bestehenden Rechtsverhältnisse, nicht aufgrund einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise, die auf den faktischen Geldfluss abstellt. Deshalb ist es **rechtlich bedeutungslos**, dass der Leistungsträger die vom

Leistungsberechtigten geschuldete Vergütung direkt dem in Anspruch genommenen Leistungserbringer und diese nicht erst dem Leistungsberechtigten auszahlt. Insofern handelt es sich um Zahlungsmodalitäten, die den Charakter der zugrundeliegenden Verträge nicht beeinflussen.

2. Auftragsvergabe



Beispiele: insb. § 45 SGB III, § 17 SGB II, § 127 SGB V

Grundidee: wirtschaftliche, sparsame, transparente und chancengleiche Bedarfsdeckung durch die öffentliche Hand. Im Falle von Sozialleistungen liegt der Bedarf bei hilfebedürftigen Dritten; der Leistungsträger nimmt mit der Beschaffung seine Verantwortung für die Erfüllung sozialstaatlicher Aufgaben wahr.

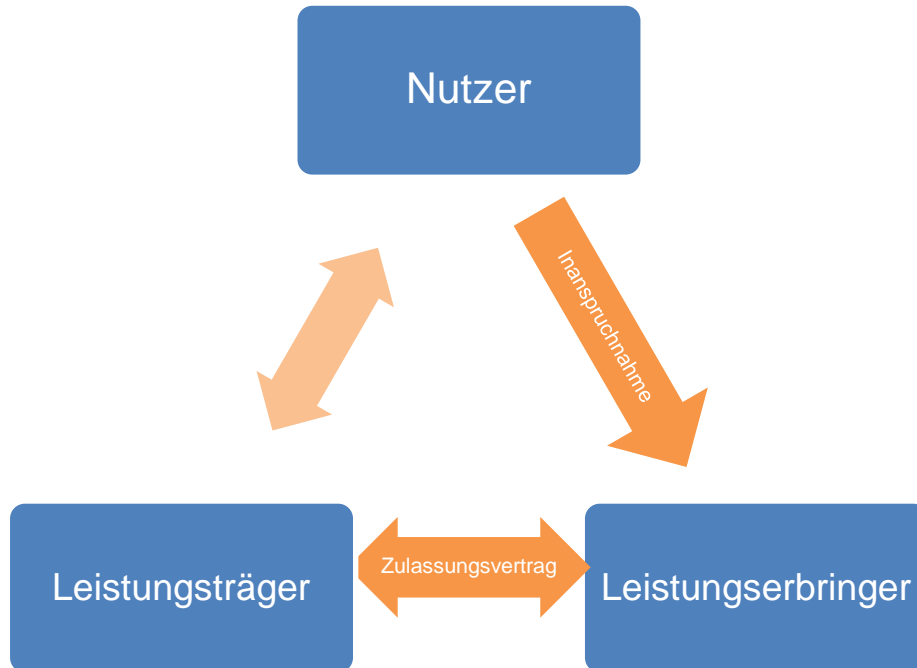
Prämissen:

- Anforderungen an die beschafften Leistungen/Gegenstände: die Leistungsträger sind in der Verantwortung für das Vorhandensein einer leistungsfähigen Infrastruktur und die Qualität der erbrachten Leistungen. Maßgeblich für die Qualität sind die fachlichen Vorgaben und soweit gesetzlich geregelt die jeweiligen sozialrechtlichen Leistungsgesetze.
- Anforderung an die Beschaffung: ergeben sich aus dem Haushaltsrecht (Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit) bzw. dem Wettbewerbsrecht (zur Ausgestaltung der Grundsätze von Transparenz und Chancengleichheit).

Rechtliche Bewertung: Relevante Rechtsverhältnisse bestehen nur zwischen dem Leistungsträger und dem Leistungserbringer sowie dem Leistungsträger und dem Nutzer. Verglichen mit dem Dreiecksverhältnis fehlen hier sowohl der Rechtsanspruch des Nutzers auf die Leistung als auch die damit einhergehenden, besonders geregelten Wunsch- und Wahlrechte, z. B. aus § 5 Abs. 2 SGB VIII, § 9 SGB IX oder § 9 SGB XII. Ohne diese Leistungs- und Mitgestaltungsrechte hat der Leis-

tungsträger einen weitgehenden Ermessensspielraum, in dem er die Leistungserbringung an den Nutzer steuern kann. Der Zugang zu den Leistungen beruht für Nutzer in diesem Fall deshalb nicht auf dem eigenständigen Abschluss eines privatrechtlichen Dienstleistungsvertrags mit dem Leistungserbringer sondern auf der Zuweisungen durch den Leistungsträger¹.

3. Open-House-Modelle²



Beispiele: Arzneimittelrabattverträge nach SGB V

Grundidee: transparenter und chancengleicher Zugang zur Erbringung sozialer Dienstleistungen und deren Refinanzierung durch die öffentliche Hand.

Prämissen:

- Die Leistungsträger verzichten auf eine Bedarfsprüfung.
- Der Vertrag steht während seiner gesamten Laufzeit allen geeigneten Leistungserbringern zu gleichen Konditionen zum Beitritt offen.
- Mangels Anbieterauswahl ist weder Wettbewerb noch nach der Gewährleistung von Diskriminierungsfreiheit durch das Vergaberecht gegeben.
- Bei Vorliegen eines grenzüberschreitenden Interesses (sog. Binnenmarktrelevanz) sind die Grundregeln des AEUV zu beachten; insbesondere die Grundsätze der Nichtdiskriminierung und des sich daraus ergebenden Transparenzgebotes.

¹ Das macht die Vorgabe aus § 65 Abs. 5 VgV/§ 49 Abs. 2 UVgO so prekär, die für die Bewertung bereits erbrachter Leistungen auf Abschluss und Vermittlungsquoten der Anbieter abzustellen erlaubt. Solange der Anbieter keine Möglichkeit hat, seine Maßnahmeteilnehmer auszuwählen, ist dieses Kriterium nur aussagekräftig, wenn er die Möglichkeit hat, innerhalb einer Probezeit ganz ungeeignete Kandidaten von der Maßnahme bewertungsunschädlich auszuschließen.

² Dazu vor allem OLG Düsseldorf Beschluss v. 13. August 2014 - VII-Verg 13/14, EuGH, Urteil vom 02.06.2016, Az.: C-410/14

Rechtliche Bewertung: Das Open-House-Modell ist eine neu entwickelte eigenständige Beschaffungsform, die Merkmale des sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses mit vergabetyppischen Elementen vereint. Eingang in die Sozialgesetzgebung hat das Modell bislang noch nicht gefunden. Es liegen aber mit der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf und des EuGH grundlegende Aussagen und im Falle des sog. Open-House-Beschlusses des OLG Düsseldorf engmaschige Vorgaben für solche Modelle vor.

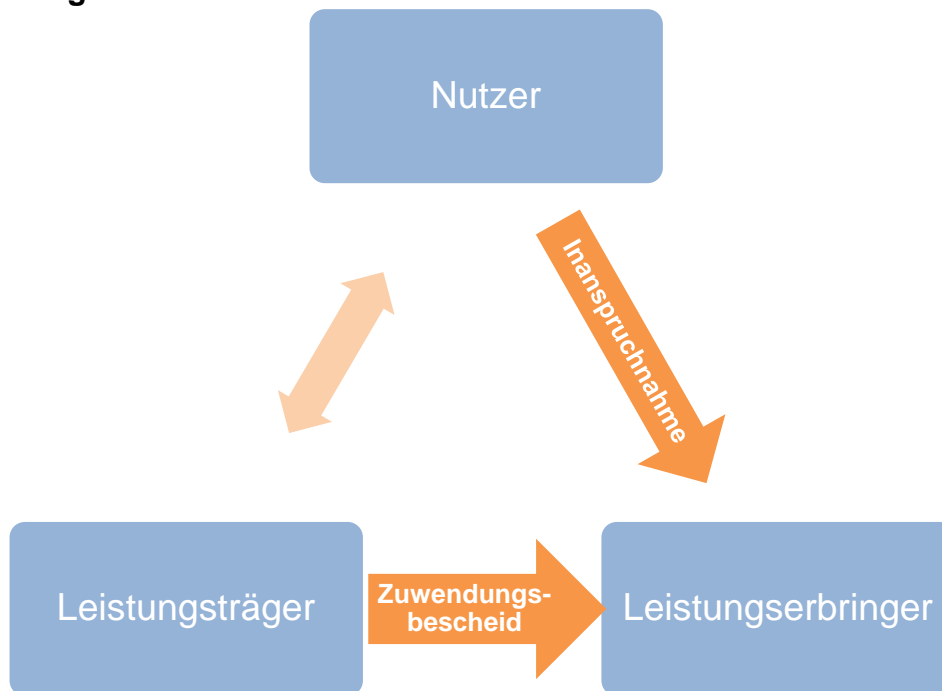
Relevante Rechtsverhältnisse bestehen nur zwischen dem Leistungsträger und dem Leistungserbringer sowie dem Leistungserbringer und dem Nutzer. Das Open-House-Modell weist insofern Merkmale des sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses auf, als es den Leistungsträger dazu verpflichtet, auf die Durchführung jeglichen Wettbewerbs zu verzichten und allen geeigneten Anbietern den Vertragsbeitritt zu ermöglichen. Auf der anderen Seite gesteht ihm die Rechtsprechung einen weitgehenden Ermessensspielraum zu, die Vertragsbedingungen einseitig festzulegen. Die Leistungserbringer haben keinen Mitgestaltungsspielraum.

Gegenstand der zitierten Rechtsprechung zu Open-House-Verträgen waren Rabattverträge von Krankenkassen mit Pharmaunternehmen. Welche Stellung das Open-House-Modell für die Nutzer von sozialen Dienstleistungen vorsieht, lässt die einschlägige Rechtsprechung offen. Insofern zeigt sich, dass das Open House-Modell im Kontext des Vergaberechts entwickelt worden ist: bei beiden steht die Frage der Bedarfsdeckung im Vordergrund, während der **Zugang der Endnutzer zu den Leistungen als Kriterium** für die Auswahl dieser Verfahren nicht zum Tragen kommt³. Wie weit sich diese Modelle auf die Sicherstellung von zumal sozialen Dienstleistungen übertragen lässt, ist im jeweiligen Zusammenhang neu zu klären⁴.

³ Letztlich ist dies eine der im Vertrag vom Leistungsträger zu regelnden Aufgabeverteilungen zwischen ihm und den Leistungsanbietern.

⁴ In Rheinland-Pfalz wird derzeit ein Open-House-Modell zur Durchführung von SAPV ausgeschrieben

4. Zuwendungen



Beispiele: z. B. § 74 SGB VIII

Grundidee: Unterstützung vonseiten der Leistungsträger für Projekte oder Einrichtungen, die freie Träger bereitstellen. In der Regel ergänzt durch Eigenanteile der Leistungserbringer an der Finanzierung.

Prämissen:

- Staat fördert Konzepte der Leistungserbringer, die ihn bei der Erfüllung seiner eigenen Aufgaben entlasten.
- Keine Vertragsbeziehung; insbesondere keine Leistungserbringung im Auftrag der Leistungsträger.
- Zu beachten: europarechtliche Vorgaben für die Zulässigkeit der Zuwendungen.

Rechtliche Bewertung: Die Rechtsbeziehung zwischen dem Leistungsträger und dem Leistungserbringer beruht auf einem einseitigen Zuwendungsbescheid des Leistungsträgers. Zwischen diesen beiden Beteiligten besteht kein entgeltlicher Vertrag und mithin auch kein ausschreibungsbedürftiger Auftrag. Weil die öffentliche Hand aber Dritten Steuermittel zur Verfügung stellt, reichen die sog. Allgemeinen Nebenbestimmungen zu Zuwendungsbescheiden ab einem bestimmtem Fördervolumen die Verpflichtung zur Auftragsausschreibung an die Zuwendungsempfänger weiter⁵. Das Ob und der Umfang der Förderung liegen im Ermessen des Leistungs-

⁵ Für die Verpflichtung zur Ausschreibung gilt eine sog. de minimis-Regel: bis zu einem bestimmten Auftragsvolumen (idR 100.000 €) ist die Förderung unbeachtlich. Ist dieses überschritten (100.000,01 €), gilt die haushaltsrechtliche Verantwortung für den wirtschaftlichen und sparsamen Umgang mit Steuermitteln auch für den Zuwendungsempfänger und damit auch für freie Träger. Allerdings handelt es sich hier um eine **primär haushaltsrechtliche und nicht um eine wettbewerbsrechtliche Vorgabe**. Solange der Empfänger der Zuwendungen nicht selber öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Vergaberechts ist (z. B.

trägers. Die Beständigkeit der Zuwendungsfinanzierung ist damit abhängig von der Haushaltslage des Leistungsträgers.

II. Vorgaben für die Auswahl des Organisationsmodells

Als Grundlage für eine Befugnis zur Ausschreibung von Sozialleistungen wird – sofern es keine ausdrücklichen Anordnungen im Gesetz gibt – häufig auf das sog. **Beschaffungsermessen** der öffentlichen Hand verwiesen.

Dieser Begriff ist allerdings irreführend und sollte deshalb vermieden werden: Im Kontext der sozialrechtlichen Diskussion über die Zweckmäßigkeit und Notwendigkeit von Ausschreibungen verweist der Begriff des Beschaffungsermessens auf die Frage, welcher Organisationsformen und –modelle sich Leistungsträger bedienen, um die Bevölkerung mit Sozialleistungen zu versorgen. Von daher ist es zutreffender von einem Organisationsermessen zu sprechen. Tatsächlich steht zwar insbesondere Kommunen ein – freilich nicht unbeschränktes – Ermessen darüber zu, wie sie ihre eigenen kommunalen Angelegenheiten und damit auch die kommunale Daseinsvorsorge organisieren (Art. 28 Abs. 2 GG)⁶. Entsprechende Entscheidungsspielräume bei der Erledigung ihrer eigenen Aufgaben haben auch Bund, Länder und Auftraggeber wie die Bundesagentur für Arbeit.

Allerdings fokussiert der Begriff „Beschaffungsermessen“ diese Auswahl auf ein einziges Modell: die im Wege der Ausschreibung zu bewerkstellende Beschaffung⁷. Er schränkt somit die Auswahlmöglichkeit, die er eigentlich eröffnen soll, ein und verengt jedenfalls begrifflich die Entscheidungsmöglichkeiten auf ein einziges, zumal kritisch zu bewertendes Organisationsmodell.

Im Vergaberecht ist übrigens nicht dieser Begriff sondern der Begriff der **Beschaffungsautonomie**⁸ üblich. Gegenstand der Beschaffungsautonomie ist das Recht eines Auftraggebers, selber zu bestimmen, wann er was nach welchen Kriterien beschafft⁹, nicht die Frage ob es Alternativen zu einer Beschaffung (z. B. Zulassungsverträge oder eine Förderung über Zuwendungen) gibt. Bei der Ausübung seiner Beschaffungsautonomie hat der Auftraggeber die rechtlichen und fachlichen Regeln zu beachten, die in den jeweiligen Arbeitsgebieten der öffentlichen Verwaltung den state of the art bestimmen. Diese Vorgaben kommen sowohl bei der Definition des Bedarfs als auch bei der Entscheidung zum Tragen, wie die Leistungsträger einen festgestellten Bedarf decken.

Kommune), muss er auch bei Überschreiten der EU-Schwellenwerte keine EU-weite Ausschreibung durchführen. Es ist davon auszugehen, dass der freie Träger öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 99 Nr.2 GWB ist, wenn die Summe aller Zuwendungen, die er von der öffentlichen Hand erhält, im Haushaltsjahr mehr als 50 % der ihm zur Verfügung stehenden Mittel ausmacht.

⁶ Sachs, Grundgesetz Kommentar 7. Auflage zu Art. 28 Rn. 52 ff

⁷ Diese Begriffsverengung wird gerade im Englischen deutlich: der insoweit einschlägige Begriff des „Procurement“ verweist eindeutig und ausschließlich in das Vergaberecht, s. die Bezeichnung der englischen Originalfassung der Vergaberichtlinie „Directive 2014/24/EU on public procurement“

⁸ Schellenberg in Pünder – Schellenberg Vergaberecht Handkommentar 2. Aufl., 2015 zu § 8 VOL EG Rn. 12

⁹ Der Beschaffungsgegenstand können also auch soziale Dienstleistungen sein – sofern das Sozialrecht nicht die Beschaffung verbietet.

Vergaberechtliche Verpflichtungen gegenüber den Bietern ergeben sich hingegen nur aus dem Wettbewerbsrecht¹⁰.

Deshalb gelten bei der Ausübung des Organisationsermessens wie der Beschaffungsautonomie Grenzen:

- Das Vergaberecht begründet zwar die Pflicht, öffentliche Aufträge im Wege der Ausschreibung zu vergeben. Das Sozialrecht kann diese Regelung nicht abbedingen. Im Rahmen der vergaberechtlichen Beschaffung kommen dann die Beschaffungsautonomie und weitere vergaberechtlich geschaffene Gestaltungsspielräume zum Tragen.
- Das Sozialrecht kann aber regeln, ob Leistungsträger überhaupt Aufträge erteilen und damit die Voraussetzungen für eine Ausschreibung schaffen dürfen. Es kann dies auch in der Weise tun, dass es anderen Modellen wie dem Dreiecksverhältnis den Vorzug gibt und damit eine Auftragserteilung ausschließt.

Die folgenden Ausführungen stellen diese Regelungen und ihre Konsequenzen vor:

1. Gesetzliche Verankerung von Rechtsansprüchen auf Leistungen – Zwingende Vorgabe für die Anwendung des Dreiecksverhältnisses

Soweit das Sozialrecht Rechtsansprüche auf Dienstleistungen begründet und entsprechend den Abschluss von Leistungs-, Vergütungs- und Qualitätsvereinbarungen vorsieht, ist der Leistungsträger auf das damit entstandene Dreiecks-Modell festgelegt. Andere Vertragsmodelle stehen in diesem Fall nicht zur Auswahl. Insbesondere ist es ihm verwehrt, im Hinblick auf eine beabsichtigte Auftragsvergabe bestehende Zulassungsverträge zu kündigen oder Verhandlungen über neue Zulassungsverträge zu verweigern.

Begründung:

a) Kein öffentlicher Auftrag; Voraussetzungen für die Anwendung von Vergaberecht nicht erfüllt:

Die im Rahmen des sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses abgeschlossenen Vereinbarungen (Leistungs-, Vergütungs- und Prüfungsvereinbarung) weisen nicht die Merkmale eines öffentlichen Auftrags i.S.d. Vergaberechts auf. Weder ist die Vergütungsvereinbarung i.S.v. z. B. § 76 SGB XII ein entgeltlicher Vertrag noch findet beim Abschluss des gesamten Vertragspakets eine Auswahlentscheidung statt, bei der der Leistungsträger einen Anbieter exklusiv als Vertragspartner auswählt. Damit besteht für die Anwendung des Vergaberechts kein Anlass¹¹.

¹⁰ Schellenberg in Pünder-Schellenberg zu § 8 VOL EG Rn. 14

¹¹ So u.a. VG München, Urteil v. 30.04.2014 – 18 K 12.6299

Gegen die verbreitete Ansicht eines entgeltlichen Vertrages in der Form der vergaberechtlichen Rahmenvereinbarung (§ 103 GWB)¹² spricht:

- Die Bewertung der Zulassungsverträge als entgeltliche Vereinbarung beruht auf einer **wirtschaftlichen Betrachtungsweise**, die auf den Geldfluss und nicht auf die vorliegenden rechtlichen Beziehungen abstellt. Zudem schließt diese Sichtweise die Rechtsverhältnisse mit dem Leistungsberechtigten gänzlich aus. Diese verkürzte Betrachtung widerspricht nicht nur der rechtlich gebotenen Einschätzung von Dreiecksbeziehungen¹³. Insbesondere verkennt sie die Bedeutung, die im Sozialrecht gerade der Person des Leistungsberechtigten zukommt ebenso wie den Umstand, dass das Dreiecksverhältnis gerade konstruiert worden ist, um diesen in die Leistungserbringung einzubeziehen.
- Die Konzentration auf die Rechtsbeziehung zwischen Leistungsträger und –erbringer schließt gerade die Rechtsverhältnisse aus der juristischen Bewertung aus, aus denen sich die Eckpunkte für die im Einzelnen zu entrichtende Vergütung ergeben.
- Diese Betrachtungsweise reduziert zwar die Komplexität der rechtlichen Konstruktion. Zugleich blendet sie allerdings auch die für die Gesamtkonstruktion eigentlich relevanten sozialrechtlichen Wertungen aus. Letztlich nimmt sie ein wettbewerbsrechtliches Ergebnis (Verpflichtung zur Ausschreibung) vorweg und richtet die Bewertung eines im materiellen Sozialrecht entwickelten Rechtsinstituts auf dieses Ergebnis hin aus. Ein solches Vorgehen ist auch unter vergaberechtlichen Gesichtspunkten nicht geboten. Das wettbewerbsrechtlich ausgerichtete europäische Vergaberecht erkennt in RL 2014/24/EU ausdrücklich das Recht der Mitgliedsstaaten an, bei der Erbringung sozialer Dienstleistungen unterschiedliche (Wettbewerbs-)Modelle für die Organisation von sozialen Dienstleistungen zu gestalten und zur Anwendung zu bringen. Eine solche alternative Gestaltung liegt mit dem Dreiecksverhältnis vor und ist vom Vergaberecht hinzunehmen.

b) Keine Wahlfreiheit zwischen dem Dreiecksmodell und der Auftragsvergabe:

Soweit ein Dreiecksverhältnis besteht, lassen die einzelnen Sozialgesetzbücher vom Wortlaut her keine Alternative zum Abschluss des Zulassungsvertrags mit seinen drei Unterverträgen zu (Leistungs-, Vergütungs- und Qualitätsvereinbarungen).

¹² Kingreen VSSR 2006, 379, 383Kepert, Vergaberechtliche Vorgaben bei der Leistungsabwicklung im jugendhilferechtlichen Dreiecksverhältnis - Stehen jugendhilferechtliche Besonderheiten tatsächlich einer Anwendung des Vergaberechts entgegen?, in ZFSH/SGB 2017, 271 ff.

¹³ Diese gibt die gesonderte Betrachtung und Würdigung der einzelnen Rechtsverhältnisse vor und lehnt eine auf Geldflüsse abstellende wirtschaftliche Betrachtungsweise ab. Denn Geldflüsse können durch entsprechende Zahlungsanweisungen gelenkt werden, ohne dass zwischen dem Zahlenden und dem Empfänger einer Geldsumme eine rechtliche Beziehung bestehen muss. Sie erlauben damit keine Rückschlüsse auf das Bestehen und die Qualität rechtlicher Beziehungen zwischen diesen beiden Personen.

Die Regelungen in §§ 75 ff. SGB XII oder §§ 78a ff. SGB VIII sind insoweit als abschließend zu betrachten. Eine ungeschriebene Wahloption als unbeabsichtigte Regelungslücke kommt nicht in Betracht, da dieses Modell ausdrücklich gestaltet worden ist, um den Leistungsberechtigten als mitgestaltenden Träger subjektiver Rechte in das Leistungsgeschehen einzubinden:

- **Trägerpluralität als Voraussetzung für das Wunsch- und Wahlrecht:**

Das Wunsch- und Wahlrecht setzt das Bestehen einer praktischen Wahlmöglichkeit zwischen Angeboten und Leistungskonzepten voraus. Gerade in diese Auswahlmöglichkeit greift der Auftraggeber aber ein, wenn er die geeigneten Leistungsträger im Wege der selektiven Bieterauswahl auf einen einzigen oder eine von ihm als angemessen angesehene Anzahl verkürzt.

Die Möglichkeit zur Aufteilung eines Gesamtauftrags in einzelne Gebietslose (z. B. räumliche Unterteilung einer Kommune in Sektoren und Vergabe je eines sog. Gebietsloses pro Sektor) und die Beschränkung der zulässigen Bewerbungen auf wenige dieser Lose, mildert die Folgen der Auswahl nur. Es bleibt aber dabei, dass unter den Bedingungen der Vergabe der Auftraggeber die Reichweite vom Sozialrecht ausdrücklich verlangten Wahlfreiheit vorgibt, einseitig steuert und einschränkt.

Zudem ist fraglich, welcher Spielraum den Bietern im Rahmen einer Ausschreibung und Leistungsbeschreibung bleibt, um über die mit den Vorgaben gesetzten Eckpunkte hinaus die Besonderheiten ihres Leistungskonzepts zur Geltung zu bringen. Gerade diese Besonderheiten sind aber der Kern und das Entscheidende am Wunsch- und Wahlrecht. Es gibt den Leistungsberechtigten die Möglichkeit, die in der Regel sehr persönlichen Dienstleistungen, deren Erfolg weitgehend von ihrer Mitwirkung abhängt, bei Anbietern ihrer Wahl nachzufragen.

Das Wunsch- und Wahlrecht wird dadurch nicht zum Recht auf die Bereitstellung von Angeboten, die den Vorstellungen jedes einzelnen Leistungsberechtigten entsprechen. Es steht aber einem Vorgehen entgegen, bei dem der Leistungsträger durch die Formulierung von Zuschlagskriterien nach seinem Ermessen geeignete und wirtschaftlich arbeitende Anbieter von der Leistungserbringung ausschließen kann.

- **Trägerpluralität als Wettbewerbsvoraussetzung:**

Unter Berücksichtigung des Wunsch- und Wahlrechts entscheidet der Leistungsberechtigte und nicht der Leistungsträger, wer im Einzelfall die konkrete Leistung erbringt. Die vorgeschaltete Ausschreibung verlagert diese Auswahl ohne sachlichen Grund auf den Leistungsträger und verkürzt damit auch den Wettbewerb unter den geeigneten und wirtschaftlich arbeitenden Leistungserbringern um den Zugang zum Leistungsberechtigten. Anstelle aller fachlich geeigneten und wirtschaftlich arbeitenden Anbieter stehen nur noch die Anbieter zur Auswahl, die jeweils das nach den Vorstellungen des Leistungsträgers wirtschaftlichste Angebot auf ein Los unterbreiten.

- **Grundrechtlicher Schutz der Leistungserbringer vor einer Bedarfssteuerung:**

Die Leistungserbringer sind mit ihrer beruflichen Tätigkeit im Leistungsgeschehen und ihren Unternehmen durch die Grundrechte aus Art. 12 und 14 GG geschützt. Diese gewähren zwar keinen Anspruch auf Erfolg im Wettbewerb. Gleichwohl schützen die Grundrechte vor Eingriffen, die durch Bedarfssteuerung die Berufsausübung einschränken und mit der Entscheidung gegen den Zuschlag den Bestand des eingerichteten und ausgeübten Unternehmens in Frage stellen können¹⁴. Ob diese Maßnahmen das Ausmaß eines Grundrechtseingriffs annehmen hängt stets auch von den Umständen des Einzelfalls ab. Dabei kommen aber insbesondere folgende Aspekte zum Tragen:

Der für das soziale Leistungsgeschehen charakteristische Wettbewerb ist von einer überdurchschnittlichen Nachfragemacht der Leistungsträger geprägt. Anders als in anderen Beschaffungssituationen gibt es neben den örtlichen (oder ortsnahen) Leistungsträgern kaum alternative Nachfrager. Einrichtungen sind mit ihrer oft aufwändigen Infrastruktur weitgehend ortsgebunden. Zudem fallen gerade in den aus Steuermitteln finanzierten Leistungsbereichen Selbstzahler als alternative Nachfrager nahezu ganz aus. Der Gewinn oder Verlust eines Zuschlags kann deshalb für ortsgebundene Anbieter in der Tat existenzentscheidend sein. Vergabeverfahren im Bereich sozialer Dienstleistungen haben daher mindestens mittelfristig marktberreinigende Auswirkungen, die selektiven Auswahlentscheidungen an anderer Stelle nicht zukommen¹⁵. Entsprechend geht die Einführung von Ausschreibungen in ihrer Auswirkung im Sozialrecht deutlich über die allgemeinen Auswirkungen hinaus. Sie stehen nicht nur im Widerspruch zur sozialrechtlichen Verantwortung der Leistungsträger für den Bestand einer hinreichenden Infrastruktur sondern berühren auch den Schutzbereich der Grundrechte aus Art. 12 GG.

Für eine solche Marktberreinigung durch Wettbewerb gibt es keine Rechtfertigung. Vielmehr erweist sich das Wettbewerbsmodell des Dreiecksverhältnisses als die für die Leistungsträger deutlich wirtschaftlichere Gestaltung: Da Zulassungsverträge gerade nicht entgeltlich sind, bewirkt deren Abschluss für sich genommen keine wirtschaftliche Belastung öffentlicher Haushalte. Eine Inanspruchnahme erfolgt erst, wenn der Leistungsträger im Einzelfall den Leistungsberechtigten den Anspruch erfüllt und die im Einzelfall erforderlichen Leistungen bewilligt. Dieses Steuerungsinstrument verbleibt ausschließlich beim Leistungsträger und ist nicht nur deutlich präziser sondern zugleich auch für die beteiligten Grundrechtsträger weitaus weniger belastend als die mit der Ausschreibung bewirkte Zulassungsbegrenzung.

¹⁴ S. hierzu auch BSG Urt.v. 23.7.2002, Az.: B 3 KR 63/01 R Rn 31

¹⁵ S. hierzu BSG Urt. V. 23.7.2002, Az.: B 3 KR 63/01 R Rn. 32

Schließlich verbleibt beim Abschluss eines klassischen Zulassungsvertrags nach dem Muster des Vergaberechts das volle wirtschaftliche Risiko für den Erfolg ihres Konzeptes bei den Leistungserbringern. Verglichen damit begründen öffentliche Aufträge in jedem Fall eine Belastung der öffentlichen Kassen. Denn selbst wenn sich Auftraggeber beim Abschluss von Rahmenvereinbarungen nach § 103 GWB eine Höchstbelegungsgarantie ausbedingen und so das Amortisationsrisiko zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer verteilen¹⁶, verbleibt stets ein gewisser Kostenanteil beim Auftraggeber, den dieser auch dann zu tragen hat, wenn der Zuschlagsempfänger überhaupt nicht in Anspruch genommen würde¹⁷.

- **Sozialrechtlich und haushaltsrechtlich bedenkliche Leistungskontingentierung:**

Schließlich geht die Ausschreibung mit einer gewissen Kontingentierung einher. Dem steht allerdings entgegen, dass Leistungsansprüche im Fall ihres Auftretens stets zu erfüllen sind und sich so einer stringenten Kontingentierung entziehen¹⁸. Zwar toleriert das Rechtsinstitut der Rahmenvereinbarung nach § 103 GWB gewisse Unschärfen. Allerdings setzt auch hier der vergaberechtliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Grenzen und lässt es nicht zu, dem Bieter unbegrenzt wirtschaftliche Risiken aufzubürden.

Letztlich erweist sich damit die Ausschreibung bei anspruchsgestützten Leistungen entweder als sozialrechtlich bedenkliche Kontingentierung oder als unwirtschaftlich für den Auftraggeber. Sie hat daher zu unterbleiben.

c) Fazit:

Das Dreiecksverhältnis ist ein in sich stimmiges, für die Konstellation sozialrechtlicher Leistungsansprüche aus dem Sozialrecht entwickeltes Organisationsmodell für die Leistungserbringung. Es bringt die Belange der einzelnen Beteiligten angemessen zum Ausgleich und verwirklicht so insbesondere auch das Erfordernis einer wirtschaftlichen und nachhaltigen Leistungserbringung durch die Leistungsträger. In dieser Konstellation verschieben Ausschreibungen die durch das Dreiecksverhältnis hergestellte Balance der Belange einseitig „zugunsten“

¹⁶ Grundsätzlich widerspricht eine Höchstabnahmegarantie der Abgrenzung zwischen Auftragsvergabe und Konzession, da danach das wirtschaftliche Risiko beim Auftrag grundsätzlich auf den Auftraggeber übergeht. Allerdings ist bei Rahmenvereinbarungen eine solche Aufteilung des Kalkulationsrisikos zwischen den Vertragspartnern hinzunehmen, solange es sich in angemessenem Rahmen hält.

¹⁷ Diese Konstellation ist jedenfalls nicht dann völlig fiktiv, wenn man den Vorstellungen derer folgt, die Ausschreibungen auch im Rahmen des Dreiecksverhältnisses und annimmt, dass die Auftraggeber den Leistungsberechtigten eine „angemessene“ Auswahl von vorsortierten Anbietern zugesteht. Auch dann kann es sein, dass diese einen der Zuschlagsempfänger gar nicht oder nur in einem Umfang in Anspruch nehmen, der weit hinter dem mit der Belegungsgarantie zugesprochenem Maß zurückbleibt.

¹⁸ Der vergaberechtliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verbietet es, dem Bieter unzumutbare Risiken aufzubürden. Hierzu gehören gerade auch unangemessen geringe Belegungszusagen. Auch wenn es insoweit keine fixen Grenzen für Auslastungszusagen gibt, dürfte eine Garantie von weniger als 60 % kritisch werden. Geht der Auftraggeber von einem hohen Bedarf aus und sicher eine weitgehende Inanspruchnahme zu, trägt er die vollen Kosten, was für ihn mit vermeidbaren Kosten verbunden und damit unwirtschaftlich ist.

der Leistungsträger, ohne dass diese zusätzlichen Steuerungsbefugnisse für die nachhaltige Absicherung der Leistungssysteme erforderlich sind. Da Ausschreibungen zudem wesentliche Belange und Rechte der übrigen Beteiligten schwerwiegend beeinträchtigen, haben diese zu unterbleiben.

2. Gesetzliche Vorgabe von Ausschreibungen

Soweit der Gesetzgeber ausdrücklich anordnet, dass Leistungsträger soziale Dienstleistungen im Wege der Auftragsvergabe sicherstellen, ist diese Vorgabe bindend und schränkt ebenfalls das Beschaffungsermessen ein.

Vereinzelt gibt es auch Regelungen, die es den Leistungsträgern freistellen, im Wege eines individuell verhandelten Vertrages oder im Wege der Ausschreibung vorzugehen (§ 17 Abs. 2 SGB II und 127 SGB V). In diesem Fall müssen die Auftraggeber abwägen, auf welchem Weg sie vorgehen und eine sachlich begründete Wahl treffen.

3. Faktische Auftragsvergabe

Eine rein vergaberechtliche, nicht abdingbare Verpflichtung zur Ausschreibung besteht, wenn Leistungsträger und Leistungserbringer in einer Weise miteinander agieren, die die Merkmale des öffentlichen Auftrags i.S.v. § 130 GWB erfüllen.

Nach dem unter 1. Dargelegten sind solche Konstellationen dann zulässig und in der nachfolgend dargestellten Form zu „beheben“, wenn kein Dreiecksverhältnis vorliegt. Sofern ein Dreiecksverhältnis gegeben ist, ist diese faktische Auftragsvergabe sowohl sozial- als auch vergaberechtlich unzulässig.

Es kommt für die Annahme eines Beschaffungsvorgangs mithin nicht darauf an, wie die Beteiligten selber die Zusammenarbeit bezeichnen. Ausschlaggebend ist, ob sich diese Kooperation nach den Kriterien der vom OLG Düsseldorf¹⁹ und dem EuGH²⁰ entwickelten Open-House-Rechtsprechung als ein entgeltlicher Vertrag erweist, bei dessen Abschluss ein Auftraggeber/Leistungsträger den oder ggf. auch die Anbieter selektiv auswählt und für erbrachte Dienstleistungen eine Vergütung zahlt.

In diesem Fall kommt Vergaberecht zur Anwendung. Überschreitet das Geschäftsvolumen dieser Kooperation den vergaberechtlichen Schwellenwert, greift zudem der Rechtsanspruch der Anbieter aus § 97 Abs. 6 GWB auf Beachtung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren. In diesem Fall hat ein nicht berücksichtigter Anbieter die Möglichkeit, die Durchführung einer ordnungsgemäßen Ausschreibung im Wege des vergaberechtlichen Rechtsschutzes einzuklagen.

¹⁹ OLG Düsseldorf Beschluss vom 13. August 2014 - Verg 13/14 -

²⁰ Urteil vom 2. Juni 2016 – C 410/14

Die Kriterien für die Annahme eines öffentlichen Auftrags sind:

- **Verteilung des wirtschaftlichen Risikos:**

Ausschlaggebend dafür ist die Ausgestaltung der Vergütungsvereinbarung: Übernimmt der Bieter im Gegenzug zur ausgeschriebenen Dienstleistung eine Verpflichtung zur Vergütung?

Bei Rahmenvereinbarungen stellt sich auch die Frage ob der Anbieter im Laufe der Vertragsdauer mit einer vollen Auslastung rechnen kann? (vgl. Hamburger Schuldnerberatung²¹, Oymanns²²) Wenn das wirtschaftliche Risiko für die Auskömmlichkeit seines Angebotes überwiegend bei ihm verbleibt, spricht das gegen das Vorliegen eines öffentlichen Auftrags?

- **Exklusive Auswahl der Träger:**

Wie das OLG Düsseldorf und der EuGH dargelegt haben, entsteht der für die Auftragsvergabe charakteristische Wettbewerb erst dadurch, dass der Leistungsträger unter den an sich geeigneten und wirtschaftlich arbeitenden Anbieter eine Auswahl trifft und die nicht ausgewählten Anbieter leer ausgehen. Sobald die Leistungserbringer einen Anspruch auf die Zulassung haben (so z. B. in § 78a SGB VIII) oder wenn sich das Ermessen der Leistungsträger auf Null reduziert, ist diese Auswahlentscheidung ausgeschlossen²³.

Eine solche Auswahlentscheidung ist auch bei closed shop-Modellen gegeben, in denen der Leistungsträger es sich vorbehält, nur ein bestimmtes Kontingent an Leistungserbringern zuzulassen und die überzähligen Leistungserbringer unabhängig von ihrer objektiv gegebenen Eignung abzulehnen. In diesen Fällen haben die Abgewiesenen ein durch die Ausschreibung geschütztes Interesse, rechtzeitig von der Absicht zum Vertragsschluss zu erfahren und nach einem transparenten Auswahlverfahren ausgewählt zu werden.

4. Interessenbekundungsverfahren

Diese begegnen zunehmend häufiger, um ungeeignete Interessenten bereits im Vorfeld des eigentlichen Auswahlprozess oder der Kooperationsverhandlungen ausschließen zu können. Im regulären Vergabeverfahren sind sie Bestandteil eines Teilnahmewettbewerbs (§§ 52 ff.VgV). Allerdings treten sie auch im Zusammenhang mit anderen Verfahren (Vergabe von Zuwendungen) oder im Vorfeld des Abschlusses von individuell ausgehandelten Zulassungsverträgen auf. Wegen ihrer Funktion, ungeeignete Interessenten vom weiteren Verfahren auszuschließen, müssen die

²¹ OLG Hamburg, Beschluss vom 7.12.2007–1 Verg 4/07: das OLG stellte darauf ab, dass die Zahl der Beratungssuchenden in Hamburg so hoch war, dass auch der Pool der Vertragsteilnehmer für die Laufzeit des Vertrags sowohl einer Vollaustattung als auch einer Vollfinanzierung rechnen konnten.

²² EuGH Urteil vom 11.6.2009 C-300/07 Rn 74 ff: Der EuGH wog das Risiko von den Versicherten nicht in Anspruch gegen die Sicherheit ab, die die Zahlungsabwicklung durch die gesetzliche Krankenkasse als alleiniger zahlungskräftiger Schuldner, geringe Vorhaltekosten und eine weitgehende Sicherheit über den einzukalkulierenden Bedarf begründen. Vor diesem Hintergrund hat der EuGH kein überwiegendes wirtschaftliche Risiko beim Anbieter gesehen und den Versorgungsvertrag als öffentlichen Auftrag eingestuft.

²³ So auch Kepert in Jugendhilfe 2017, S. 271 ff, 281

Leistungsträger in jedem Fall die Eignungsanforderungen vollständig beschreiben und anwenden. Bei der Auftragsvergabe geschieht das nach Maßgabe des Vergabeberechts. Andernfalls kommen jedenfalls die primärrechtlichen Grundsätze von Transparenz und Chancengleichheit zum Tragen. Diese verlangen auch außerhalb eines Vergabeverfahrens, nachvollziehbare und sachliche Eignungskriterien offen zu legen.

Im Übrigen muss das Interessenbekundungsverfahren das Gesamtverfahren fördern und angemessenen sein. Soweit z. B. die Leistungsträger auf eine selektive Auswahl unter Bewerbern/Interessenten verzichten, muss sich auch das Interessenbekundungsverfahren auf das Aussortieren ungeeigneter Kandidaten beschränken. Eine darüber hinausgehende Auslese unter den geeigneten Kandidaten wäre kontraproduktiv und liefe dem Zweck zuwider, einen nachgeschalteten Wettbewerb unter möglichst vielen geeigneten Anbietern zu ermöglichen.

5. Freier Gestaltungsrahmen

Der volle Spielraum eines unbegrenzten Organisationsermessens und damit ein Freiraum zur Gestaltung im Wege einer Auftragsvergabe besteht mithin nur

- im Bereich von **freiwilligen** Leistungen.
- im Bereich von Soll- oder Pflichtleistungen **nur, soweit diesen keine subjektiven Leistungsansprüche** korrespondieren (dann sozialrechtliches Dreiecksverhältnis)
- solange **nicht bereits durch Weichenstellungen** im Vorfeld eine vergaberechtliche Wettbewerbssituation geschaffen

Da das Europarecht den Sozialleistungsträgern ausdrücklich die Auswahl zwischen den Organisationsmodellen lässt, kann und muss der Leistungsträger eine sachgemäße Ermessensentscheidung zwischen diesen treffen. Selbst wenn er sich nach Abwägung aller Gesichtspunkte für die Auftragsvergabe entscheidet, können viele im Zusammenhang mit der Gestaltung des Beschaffungsprozesses dieser Gesichtspunkte erneut zum Tragen kommen (z. B. beim Loszuschnitt, der Auswahl der Vergabeverfahren, der vorgesehenen Vertragsdauer und dem gewähren von Verlängerungsoptionen). Dabei kommt ein Gesamtableau unterschiedlicher Aspekte zum Tragen, die er bei jeder Einzelfallentscheidung gegeneinander abwägen muss. Hierzu gehören insbesondere:

- haushaltsrechtliche Verpflichtung zur wirtschaftlichen und sparsamen Beschaffung
- Daseinsvorsorge und Infrastruktur: Auswirkungen exklusiver Auswahlverfahren auf den Bestand bzw. den Aufbau einer leistungsfähigen Infrastruktur? Im Rahmen der Daseinsvorsorge trägt der Leistungsträger für diese die Verantwortung.

- Wettbewerbsgestaltung: mögliche Aspekte sind hier
 - gesetzliche Vorgabe von Trägervielfalt (in diesem Fall findet ein nachgelagerter Wettbewerb um die Inanspruchnahme durch wahrberechtigte Endnutzer statt; Wunsch- und Wahlrecht als Grundsatz des gesamten SGB, s. § 33 Satz 2 SGB I)
 - Selektive Auswahl durch die Leistungsträger: übersichtliche Gestaltung des Angebots und Bereitstellung von vernetzt arbeitenden Gesamtkonzepten
- Marktmacht hat Leistungsträger vor Ort und Abhängigkeit der Anbieter? Begünstigt Vergabe eine Marktberreinigung und schafft damit erst die Monopolisten, die sie verhindern soll?
- Verhältnis zu den Leistungserbringern: Vorgaben der einschlägigen Leistungsgesetze (auch des SGB I) hierzu sind auch im Kontext Vergaberecht verbindlich; gesetzliche Verpflichtung zu partnerschaftlicher Zusammenarbeit ist angemessen berücksichtigen.
- Dauer und Intensität der Bindung an einzelne Anbieter: möglich sind:
 - Marktzulassung ohne vorgegebene Laufzeit, wobei das wirtschaftliche Risiko beim zugelassenen Träger bleibt; auf Verlangen Neuverhandlung der Vergütung
 - (vergaberechtlich zulässige langfristige) Vertragsbindung: Korrekturmechanismen für Kalkulationsrisiken (Verlängerungsoption mit Möglichkeiten zur Vertragsanpassung; Preisgleitklauseln)
 - Zuwendungen: qua einmaligem Förderbescheid (oder innerhalb von Abruftranche) mit Rücksicht auf jeweilige Haushaltslage
- Identifizierung mit den Dienstleistungen: Unterstützung von externen Projekten/Konzepten oder Deckung (eigener) Nachfrage
- Umfang des finanziellen Engagements: Vergütung einer beschafften Gegenleistung oder Förderung mit Marge für Eigenanteile der Geförderten (bis hin zur Vorfinanzierung durch zinsloses aber zurückzuzahlendes Darlehen); Übernahme von wirtschaftlichen Risiken und Abnahmeverpflichtungen

Berlin, Dezember 2017

Kontakt:

Dr. Friederike Mußnug (friederike.mussnug@diakonie.de)

Lektüreempfehlung

Banafsche, Minou in Hauck-Noftz Kommentar SGB VIII § 78a Rn. 51 f
ders. LPK-SGB XII, vor § 75 ff. Rn. f ff. (10. Aufl. 2015), Frankfurter Kommentar SGB VIII, VorKap.Rn. 6

Glahs, Heike und Rafii, Michael, Das Verhältnis des neuen Kartellvergaberechts zur Leistungserbringung nach den Sozialgesetzbüchern II, VIII und XII, in Sozialrecht aktuell, 5/2016 S. 169 ff

Luthe, Ernst-Wilhelm Die Anwendbarkeit von Vergaberecht in der Sozialhilfe, in ZfF 2/2015 S. 1 ff ;

Münder, Johannes Finanzierungsmöglichkeiten von Leistungen nach SGB VIII und SGB II (SGB III) für junge Menschen bis zum 25. Lebensjahr, Gutachten 2013 im Auftrag des Paritätischen Wohlfahrtsverbands - Landesverband Berlin e.V., des Diakonisches Werks Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz e.V. (DWBO), Arbeitsbereich Jugendhilfe (Fachverband Evangelische Jugendhilfen e. V.), 2013

Novacovic, Anuschka, Vergaberecht in Fachlexikon der Sozialen Arbeit 8. Auflage 2016

Sen, Carolin Wettbewerb im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis und Ausschreibungen nach EU-Vergaberecht, in Sozialrecht aktuell, 3/2017 S. 90 ff