

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir nehmen Bezug auf das von der Landesarbeitsgemeinschaft der Spitzenverbände der Freien Wohlfahrtspflege (LAG FW) im August 2022 zur Verfügung gestellte Informationspaket zum Thema „Vorrang des sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses und Verbot von Ausschreibungen“ mit weiteren Anlagen.

Das Thema Ausschreibung von Sozialleistungen nach Vergaberecht beschäftigt die Freie Wohlfahrtspflege seit vielen Jahren. Ein Beispiel dafür ist die Ausschreibung von Leistungen von Integrationshelfern durch die Stadt Düsseldorf. Bekanntlich hat die LAG FW eine Klage gegen die Ausschreibung unterstützt, weil die Verbände der FW der Überzeugung sind, dass Leistungen im sozialhilfe- bzw. eingliederungshilferechtlichen Dreiecksverhältnis nicht unter Anwendung des Vergaberechts an ausgewählte Leistungsanbieter übertragen werden dürfen. Schon in der Berufungsinstanz wurde diese Auffassung von dem Landessozialgericht NRW bestätigt. Es hatte festgestellt, dass die Durchführung des Vergabeverfahrens und die Zuschlagserteilung rechtswidrig waren.

**Mit Urteil vom 17.05.2023 (Az.: B 8 SO 12/22 R) hat nun das Bundessozialgericht (BSG) in der Revisionsinstanz höchstrichterlich entschieden, dass es der Stadt untersagt war, die Ausschreibung durchzuführen.**

Das BSG führt in seiner Entscheidung im Einzelnen insbesondere aus:

- Nach Europarecht besteht kein vergaberechtlicher Zwang, die Leistungen der Schulbegleitung auszuschreiben. Nach der Rechtsprechung des EuGH setzen vergabepflichtige öffentliche Aufträge und Konzessionen als zentrales Kriterium eine Auswahlentscheidung des öffentlichen Auftraggebers voraus. Bei dem für die Erbringung von Schulbegleitung geltendem Vertragsrecht nach den §§ 75 ff SGB XII a.F. und heute nach den §§ 123 ff SGB IX handelt es sich aber um ein System, in dem alle Anbieter, die bestimmte, im Vorhinein festgelegte Voraussetzungen (nämlich Geeignetheit, Leistungsfähigkeit, Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit) erfüllen, zur Leistungserbringung berechtigt sind. Andere Kriterien dürfen bei der Entscheidung über den Vereinbarungsabschluss nicht berücksichtigt werden. Dies schließen die sozialrechtlichen Bestimmungen aus. Das gilt insbesondere für einen fehlenden Bedarf, eine bessere oder geeignetere Form der Leistungserbringung oder günstigere Bewerber (sofern die Vergütung dem externen Vergleich standhält). Es handelt sich damit um ein einfaches Zulassungssystem, in dem eine Auswahlentscheidung nicht stattfindet. Das BSG stellt auf dieser Grundlage ausdrücklich fest: *"Die Zulassung von Dienstleistungserbringern im eingliederungshilferechtlichen Dreiecksverhältnis - sei es unter Geltung des SGB XII, sei es unter Geltung des SGB IX n.F. - unterfällt damit nicht den RL 2014/23/EU und RL 2014/24/EU."* (Rdnr. 19 der Urteilsbegründung)
- Das BSG stellt außerdem klar, dass es einer Vorlage an den EuGH nicht bedarf. Denn die dargelegten entscheidungserheblichen europarechtlichen Maßstäbe (Auswahlentscheidung als Grundvoraussetzung für ein Vergabeverfahren) sind durch den EuGH bereits geklärt (vgl. EuGH vom 2.6.2016 - C-410/14; EuGH vom 1.3.2018 - C-9/17).
- Die beklagte Stadt Düsseldorf war darüber hinaus auch nicht berechtigt, sich freiwillig für eine Vergabe von Leistungen nach Vergaberecht und damit unter Auswahl eines oder einiger Anbieter zu entscheiden. Die Vergabe mit dem Ziel, die Leistungen der Schulbegleitung auf ausgewählte Vertragspartner zu übertragen, widerspricht dem im SGB XII und im SGB IX

vorgesehenen Versorgungssystem und ist damit rechtswidrig (Rdnr. 20 und 21 der Urteilsbegründung). Die Leistungserbringung aufgrund von Vergabeverfahren außerhalb des sozialhilfe- bzw. eingliederungshilferechtlichen Dreiecksverhältnisses verstößt gegen das Subsidiaritätsprinzip und verletzt zudem das Wunsch- und Wahlrecht der leistungsberechtigten Personen, für dessen Verwirklichung der Eingliederungsträger verantwortlich ist. Ihn trifft die Pflicht, den Leistungsanspruch der Berechtigten insbesondere auch durch Abschluss vertraglicher Vereinbarungen sicherzustellen (vgl. nunmehr ausdrücklich § 95 SGB IX n.F.), und zwar im Sinne einer dem Wunsch- und Wahlrecht und der hierin zum Ausdruck kommenden grundrechtlichen Positionen der Leistungsberechtigten berücksichtigenden Pluralität der Leistungserbringer. Der Gesetzgeber versteht den Sicherstellungsauftrag im SGB XII bzw. SGB IX ausdrücklich als Pflicht der Leistungsträger, dazu Vereinbarungen mit den Leistungsanbietern nach den Vorschriften des Vertragsrechts des SGB XII bzw. des SGB IX abzuschließen. Damit steht die Vergabe an einzelne wenige Anbieter auch dem Grundsatz der Angebots- und Trägervielfalt entgegen, der dem Regelungskonzept der §§ 75 ff SGB XII (§§ 123 ff SGB IX n.F.) immanent ist. Versorgungsdefizite im bestehenden System, die eine andere Handhabung ausnahmsweise rechtfertigen könnten, wurden vorliegend nicht dargelegt (Rdnr. 21 der Urteilsbegründung).

- Das Poolen von Leistungen, also die gemeinsame Leistungserbringung an mehrere Leistungsberechtigte, ist keine Rechtfertigung für die Durchführung von Vergabeverfahren. Denn die gemeinsame Erbringung kommt laut BSG nur in Betracht, soweit sie für die Leistungsberechtigten i.S. des § 104 SGB IX n.F. zumutbar ist und mit den Leistungserbringern entsprechende Vereinbarungen bestehen. Auch die Leistungserbringung im Rahmen eines Poolings findet nach § 112 Abs. 4 SGB IX n.F. im Dreiecksverhältnis statt, wie die Anknüpfung an entsprechende Vereinbarungen nach dem Kapitel 8 des SGB IX zeigt. (Rdnr. 23 der Urteilsbegründung)
- Nichts anderes ergibt sich nach dem BSG aus der Regelung des § 132 SGB IX n.F. über die Erprobung neuer und die Weiterentwicklung bestehender Leistungs- und Finanzierungsstrukturen. Diese *"setzt weder den Anspruch der Leistungserbringer auf einen Vertragsschluss nach den §§ 123 ff SGB IX n.F. noch den Grundsatz der Angebots- und Trägervielfalt oder das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten außer Kraft"*. (Rdnr. 24 der Urteilsbegründung)
- Einer vergaberechtlichen Kontrolle bedarf das Vertragsrecht nach dem SGB XII bzw. SGB IX n.F. nicht. Das Vertragsrecht ermöglicht einen transparenten und gleichberechtigten Wettbewerb (Rdnr. 23 der Urteilsbegründung).
- Auch das kommunale Selbstverwaltungsrecht der Leistungsträger aus Artikel 28 Absatz 2 Grundgesetz steht dem Ausschreibungsverbot nicht entgegen. Das Vertragsrecht der §§ 75 ff SGB XII (bzw. §§ 123 ff SGB IX n.F.) bietet den Gemeinden ausreichende Möglichkeiten, die Leistungserbringung flexibel zu gestalten und insbesondere hinsichtlich der Sicherung von Qualität und Wirtschaftlichkeit zu steuern (Rdnr. 25 und 26 der Urteilsbegründung).
- Das Konzept der Leistungserbringung durch Abschluss von Verträgen schützt auch die daran teilnehmenden Leistungserbringer. Nur so kann die Pluralität der Leistungserbringung gewährleistet werden. Ohne einen gleichberechtigten und umfassenden Zugang der Dienste zum Markt laufen das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten und der diesem immanente Grundsatz der Angebots- und Trägervielfalt weitgehend leer.

- Die Leistungserbringer sind durch die Ausschreibung in ihren subjektiven Rechten verletzt. Den Leistungserbringern steht ein Recht auf chancengleiche Teilnahme an der Leistungserbringung zu. Dieses folgt aus ihrem Anspruch, bei personeller und sachlicher Geeignetheit eine Leistungs- und Vergütungsvereinbarung abzuschließen. Insoweit besteht für den Leistungsträger nur ein beschränkter Entscheidungsfreiraum, solche Verträge abzuschließen, die im Streitfall von der Schiedsstelle zu ersetzen sind. Im Lichte der durch Art. 12 Abs. 1 GG i.v.m. Art. 19 Abs. 3 GG geschützten unternehmerischen Betätigungsfreiheit ergibt sich ein Anspruch der Leistungserbringer darauf, Maßnahmen zu unterlassen, die das Betätigungsfeld beschränken (Rdnr. 27 und 28 der Urteilsbegründung).
- Das BSG hat klar entschieden, dass das im SGB XII und im SGB IX vorgesehene Versorgungssystem zu beachten ist und dass eine Leistungserbringung und -vergütung außerhalb des sozialhilferechtlichen/eingliederungshilferechtlichen Dreiecksverhältnisses diesem Versorgungssystem widerspricht und damit nicht zulässig ist. Das Verbot gilt nicht nur mit Blick auf Vergabeverfahren, sondern auch mit Blick auf sonstige Konstrukte, mit denen das vorgesehene Versorgungssystem umgangen wird. Dazu gehört u.E. auch das in einem Kreis geplante Konstrukt, einen durch Zuwendungen finanzierten Pool an Schulbegleitern anzubieten. Das BSG stellt in der Entscheidung klar, dass der Leistungsträger seinen Sicherstellungsauftrag nach dem SGB XII und SGB IX nicht irgendwie, sondern ausschließlich durch den Abschluss von Vereinbarungen mit den Leistungsanbietern nach den Vorschriften des Zehnten Kapitels des SGB XII bzw des Kapitels 8 des Teils 2 des SGB IX erfüllen kann (Rdnr. 22 der Urteilsbegründung).

Näheres entnehmen Sie bitte den beiliegenden Urteilsgründen (**Anlage**).

## **Bewertung:**

Das aus unserer Sicht wegweisende Urteil des Bundessozialgerichts ist absolut zu begrüßen. Es bestätigt unsere langjährig vorgetragene Auffassung, dass Vergaberecht dort, wo das Vertragsrecht in den Sozialgesetzbüchern keine selektive Auswahl bestimmter Leistungserbringer vorsieht, keine Anwendung findet und dass Ausschreibungen nach dem gesetzgeberischen Konstrukt im SGB XII bzw. SGB IX verboten sind, insbesondere weil sie die Wunsch- und Wahlrechte der Leistungsberechtigten verletzen bzw. dem Grundsatz der Trägerpluralität zuwiderlaufen. Es ist nunmehr höchstrichterlich klargestellt, dass es im Vertragssystem nach den §§ 75 ff. SGB XII a.F. bzw. §§ 123 ff. SGB IX n.F. weder einen europarechtlichen Zwang zu Ausschreibungen gibt noch ein Recht dazu, Vergabeverfahren durchzuführen. Aus dem Vertragssystem nach den §§ 75 ff. SGB XII a.F. bzw. §§ 123 ff. SGB IX n.F. ergibt sich u.E. – neben dem Verbot, Vergabeverfahren durchzuführen – ein generelles Verbot die Leistungserbringung außerhalb des Vertragssystems sicherzustellen, z.B. durch Zuwendungen.

Zwar ging es im Streitfall „nur“ um Leistungen der Schulbegleitung. Die durch das Gericht aufgestellten Grundsätze dürften aber auf alle Leistungen der Eingliederungshilfe Anwendung finden, die auf der Grundlage von Vereinbarungen nach den §§ 75 ff. SGB XII a.F. bzw. §§ 123 ff. SGB IX n.F. im sozial- bzw. eingliederungshilferechtlichen Dreiecksverhältnis erbracht werden. Denn eben auf dieses Leistungserbringungsrecht stellt das BSG ab, wenn es feststellt, dass Vergabeverfahren verboten sind.

Aus unserer Sicht hat diese Entscheidung Bedeutung aber nicht nur für die Leistungserbringung auf der Grundlage des Vertragsrechts in der Eingliederungshilfe, sondern überall dort, wo der

# Freie Wohlfahrtspflege NRW

Gesetzgeber das von dem BSG beschriebene Versorgungs- und Vertragssystem entsprechend, also im Sinne eines offenen Zulassungssystems geregelt hat. Das ist u.E. eindeutig der Fall bei:

- Leistungen der Sozialhilfe, bei denen sich die Leistungserbringung nach §§ 75 ff. SGB XII nF richtet;
- Jugendhilfeleistungen, bei denen sich die Leistungserbringung nach §§ 78a ff. oder § 77 SGB VIII richtet;
- Pflegeleistungen, bei denen sich die Leistungserbringung nach dem Siebten und Achten Kapitel des SGB XI richtet.

Mit Blick auf die Entscheidungsgründe wird man darüber hinaus auch für andere Bereiche, in denen Ausschreibungen stattfinden, prüfen können, ob (ggf. einzelne) Feststellungen des BSG nutzbar sind, um gegen Ausschreibungen zu argumentieren (etwa im SGB II oder im OGS-Bereich).

Wir empfehlen allen Verbänden bzw. Trägern, die mit Ausschreibungs- oder anderen Gestaltungsplänen konfrontiert werden, mit denen die Zulassung aller geeigneten Leistungserbringer verhindert werden kann, die sehr klaren, unsere Position in Gänze bestätigenden Feststellungen des BSG argumentativ in Gesprächen und im Schriftverkehr mit den Kommunen und Landkreisen zu nutzen.