

Unzulässigkeit eines Vergabeverfahrens für Eingliederungshilfe – Stadt Düsseldorf

GWB §§ [97](#), [156 II](#);

SGG § [131 I 3](#);

SGB XII §§ [9 II](#), [75 ff.](#);

SGB IX §§ [8 I](#), [123 ff.](#)

1. Für die dem eigentlichen Vergabeverfahren vorgelagerte Frage, ob die Durchführung eines Vergabeverfahrens für Eingliederungshilfeleistungen überhaupt rechtmäßig ist, ist der Rechtsweg zu den Sozialgerichten zulässig.

2. Die Leistungserbringung im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis ist nicht generell vergabefrei. Vielmehr ist jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob der Leistungsträger nach der gesetzlichen Konzeption eine Auswahlentscheidung trifft.

3. Grundlage der Vereinbarungen der Träger der Eingliederungshilfe mit den geeigneten Leistungserbringern nach den §§ [75 ff.](#) SGB XII (ab dem 1.1.2018 §§ [123 ff.](#) SGB IX) sind die Kriterien der Leistungsfähigkeit, Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit. Eine Auswahlentscheidung findet demensprechend nicht statt. (Leitsätze der Redaktion)

BSG, Urt. v. 17.5.2023 – B 8 SO 12/22 R

Zum Sachverhalt:

Die Bet. streiten im Rahmen einer Fortsetzungsfeststellungsklage noch darüber, ob die Durchführung eines Vergabeverfahrens nach den §§ [97 ff.](#) GWB für den Einsatz von **Integrationshelfern** an Schulen im Gebiet der Bekl. für Kinder mit Behinderung rechtmäßig war.

Die Kl. sind jeweils Träger eines Dienstes, der in der Vergangenheit im Gebiet der bekl. kreisfreien Stadt auf Grundlage entsprechender Vereinbarungen Leistungen der Eingliederungshilfe durch den Einsatz von

118



BSG: Unzulässigkeit eines Vergabeverfahrens für Eingliederungshilfe – Stadt Düsseldorf(NZBau 2024, 117)

Integrationshelfern erbracht hat. Nachdem Vergütungsverhandlungen zwischen den Bet. in der Folge einer Erhöhung der Stundensätze durch die Kl. im September 2011 ergebnislos verlaufen waren, schrieb die Bekl. Leistungen des Einsatzes von **Integrationshelfern** an Schulen in Düsseldorf im November 2013 erstmals öffentlich aus, nahm die Ausschreibung im Zusammenhang mit zwischen den Bet. geführten Rechtsstreitigkeiten später aber wieder zurück. Im Jahr 2016 schrieb die Bekl. den „Einsatz von **Integrationshelfern** an Düsseldorfer Schulen für Kinder mit Behinderung im Rahmen der Eingliederungshilfe“ erneut öffentlich aus. Als Menge, Umfang und Einsatzort war angegeben: ca. 380 **Integrationshelfer** an ca. 85 Schulen, Verteilung der Dienststellen über das gesamte Stadtgebiet. Der Vertrag sollte für das Schuljahr 2016/2017 (1.8.2016-31.7.2017) gelten mit insges. viermaliger Verlängerungsoption. Die Ausschreibung war entsprechend der bei den Schülern jeweils vorliegenden Behinderungen in verschiedene Lose unterteilt. Die Kl. haben auf die Ausschreibung kein Gebot abgegeben. Den Zuschlag erteilte die Bekl. der G-Stiftung (Lose 1 und 3) und dem Initiative I eV. Diese erbrachten bis zum Schuljahr 2020/2021 im Rahmen eines von der Bekl. an jeder Schule eingerichteten Pooling-Verfahrens nahezu sämtliche **Integrationshelfer**-Leistungen an den Schulen im Stadtgebiet. Leistungen der Integrationshilfe außerhalb dieses Pooling-Verfahrens wurden seit dem Schuljahr 2016/2017 nur mehr in sieben Fällen in Anspruch genommen.

Ein Antrag der Kl. auf einstweilige Untersagung der Durchführung des Vergabeverfahrens und der Zuschlagserteilung blieb beim SG Düsseldorf (29.4.2016 – [S 42 SO 73/16 ER](#), BeckRS 2016, [115520](#)) ohne Erfolg. Im Hauptsacheverfahren hat das SG Düsseldorf am [20.3.2019](#) die nach Abschluss des Vergabeverfahrens auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens gerichtete Klage abgewiesen. Das LSG Nordrhein-Westfalen hat das Urteil des SG aufgehoben und festgestellt, „dass die Durchführung des Vergabeverfahrens 16/10-2015-0123 und die Zuschlagserteilung durch die Bekl. rechtswidrig waren“ (LSG Nordrhein-Westfalen 23.3.2022 – [L 12](#)

SO 227/19, BeckRS 2022, 25027): Die Klage sei als Fortsetzungsfeststellungsklage in analoger Anwendung des § 131 I 3 SGG zulässig. Das Feststellungsinteresse folge aus einer tatsächlichen Präjudizialität. Die Durchführung des Vergabeverfahrens und die Zuschlagserteilung seien rechtswidrig gewesen. Aus der grundsätzlichen Ausgestaltung der Leistungserbringung nach den §§ 75 ff. SGB XII folge ein Vorrang des sozialhilferechtlichen Dreiecksverhältnisses und damit ein Verbot der Durchführung von Vergabeverfahren. Der Anwendungsvorrang des europäischen Vergaberechts stehe dem nicht entgegen. Es liege weder ein öffentlicher Auftrag noch eine Dienstleistungskonzession im Sinne des Vergaberechts vor, so dass eine Vorlage an den EuGH zur Vorabentscheidung entbehrlich sei.

Mit ihrer Revision rügt die Bekl. die Verletzung des § 55 SGG und § 131 SGG sowie der – anwendungsvorrangiges europäisches Sekundärrecht umsetzenden – §§ 97 ff. GWB. Ungeachtet des Ausschlusses der Rechtswegprüfung im Rechtsmittelverfahren nach § 17 V GVG bestünden erhebliche Bedenken gegen die Zulässigkeit des beschrittenen Rechtswegs zu den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit. Die vorliegend geführte Fortsetzungsfeststellungsklage sei gegenüber den Rechtsmitteln im Vergabeverfahren subsidiär und daher unzulässig. Soweit man von der Zulässigkeit der Klage ausgehe, sei diese unbegründet. Die Bekl. sei zur Ausschreibung der von ihr zu finanzierenden Leistungen der Eingliederungshilfe in Form des Einsatzes von Integrationshelfern an den Schulen auf ihrem Gebiet verpflichtet. Der Entgeltlichkeit öffentlicher Verträge iSd § 103 GWB stehe nicht entgegen, dass die Leistungen für einen Dritten erbracht würden, ohne dass es auf die genaue vertragliche Konstruktion (Schuldbeitritt oder eigener Zahlungsanspruch) ankomme. Das von der Rechtsprechung entwickelte Dreiecksverhältnis betreffe allenfalls die Abwicklung der Vergütung. Mit der Einführung eines gesetzlichen Zahlungsanspruchs des Leistungserbringers gegen den Träger in § 123 VI SGB IX durch das Gesetz zur Stärkung der Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderungen (BTHG) werde unterstrichen, dass ein entgeltlicher Vertrag zwischen einem Unternehmen und dem öffentlichen Auftraggeber vorliege. Der vom LSG bemühte Grundsatz der Angebots- und Trägervielfalt habe keinen derartigen gesetzlichen Niederschlag gefunden, dass er als Vorbehalt iSv Art. 1 V RL 2014/24/EU angesehen werden könne. Auch das Wunsch- und Wahlrecht nach § 9 II SGB XII stehe einer Anwendung von Vergaberecht nicht entgegen. Der Beschaffung liege im vorliegenden Fall auch eine Auswahlentscheidung zugrunde. Die Annahme des LSG, der Träger der Eingliederungshilfe müsse mit allen Anbietern Verträge abschließen, die nach Maßgabe des § 124 SGB IX idF des BTHG geeignet seien, verträge sich nicht mit § 132 I SGB IX idF des BTHG, wonach der Träger die Möglichkeit habe, über Vereinbarungen von bestehenden vertraglichen Leistungs- und Finanzierungsstrukturen abzuweichen. Schließlich bestehe bei Auslegungszweifeln nach Art. 267 AEUV die Verpflichtung zur Vorlage an den EuGH zur Vorabentscheidung.

Die Revision der Bekl. hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

8II. Die Revision der Bekl. ist unbegründet (§ 170 I 1 SGG). Das LSG hat zu Recht festgestellt, dass die Durchführung des strittigen Vergabeverfahrens durch die Bekl. rechtswidrig war. Der Senat hat lediglich den Feststellungstenor entsprechend dem in der Berufungsinstanz von den Kl. gestellten Antrag dahin geändert, dass es der Bekl. untersagt war, die im Streit stehende Ausschreibung durchzuführen und den Zuschlag in diesem Vergabeverfahren zu erteilen. Damit ist klargestellt, dass keine Entscheidung im Vergabeverfahren getroffen wird, für die nach § 156 II GWB (hier idF des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts – Vergaberechtsmodernisierungsgesetz (VergModG) v. 17.2.2016, BGBl. I 2016, 203) die Vergabekammern und das BeschwGer. zuständig sind.

9Die Kl. begehren zu Recht die Feststellung, dass es der Bekl. untersagt war, den Einsatz von Integrationshelfern im Rahmen von Leistungen der Eingliederungshilfe in einem Vergabeverfahren auszuschreiben und den Zuschlag zu erteilen. Denn ihnen stand ein Anspruch auf Unterlassung eines solchen Vergabeverfahrens zu.

10Für dieses Begehren ist der Rechtsweg zu den Sozialgerichten zulässig. Zu entscheiden ist über eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit in Angelegenheiten der Sozialhilfe einschließlich der Angelegenheiten nach Teil 2 des SGB IX iSd § 51 I Nr. 6a SGG, nämlich die von den Kl. aufgeworfene Frage, ob aus den Regelungen der §§ 75 ff. SGB XII (bzw. ab dem 1.1.2018 aus §§ 123 ff. SGB IX idF des BTHG vom 23.12.2016, BGBl. I 2018, 3234; im Folgenden: neue Fassung (nF)) ein öffentlich-rechtlicher Anspruch der Kl. auf Unterlassung eines Vergabeverfahrens mit dem Ziel der Erbringung von Leistungen der Eingliederungshilfe in einem Pool-System folgt. § 156 II GWB als denkbare anderweitige Sonderzuweisung greift nicht ein. Die von den Kl. zur Entscheidung gestellte, dem eigentlichen Vergabeverfahren vorgelagerte Frage, ob die Durchführung eines Vergabeverfahrens überhaupt rechtmäßig ist, betrifft nicht Rechte, die „in einem Vergabeverfahren“ (und damit auch nicht in einem Nachprüfungsantrag) geltend gemacht werden könnten (so auch OLG Düsseldorf NZBau 2019, 801 (802 ff.) Rn. 30 ff., 47 ff. – Inkontinenzhilfen PG 15; Knispel NZS 2019, 6 (9) mwN). Aus der von der Bekl. in Bezug genommenen Entscheidung des 3. Senats des

BSG (NZBau 2019, [386](#) – DAK-Gesundheit) lässt sich nichts Gegenteiliges ableiten. Der 3. Senat hat mit dieser Entscheidung nicht in der Sache über den zulässigen Rechtsweg entschieden, sondern das Verfahren auf der Grundlage einer unanfechtbaren Verneinung des Rechtswegs zu den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit durch das dortige BeschwGer. im Hinblick auf die Garantie der Gewährleistung eines effektiven und wirksamen Rechtsschutzes (Art. [19 IV GG](#)) zur Vermeidung einer verfassungswidrigen Verweigerung von Rechtsschutz verwiesen (vgl. BSG NZBau 2019, [386](#) ([389](#)) Rn. [25](#)). Ohnehin ist nicht erkennbar, dass SG und LSG eine von der Bekl. vor dem SG erhobene Rüge des zulässigen Rechtswegs übergangen hätten. Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Bekl. keine ausreichende Gelegenheit zur Erhebung einer entsprechenden Rüge gehabt hätte. Da das SG in seinem Urteil von der

119



BSG: Unzulässigkeit eines Vergabeverfahrens für Eingliederungshilfe – Stadt Düsseldorf (NZBau 2024, 117)

Zulässigkeit des Rechtswegs ausgegangen ist und eine Entscheidung in der Sache getroffen hat, ist für das LSG und den Senat eine Bindung nach § [17a V GVG](#) an diese Entscheidung eingetreten (vgl. hierzu zB BSGE 98, [12](#) = BeckRS 2007, [41178](#) Rn. [35](#) mwN).

11Die Klage ist auch im Übrigen zulässig. Die Kl. verfolgen ihr Begehren richtigerweise mit der Fortsetzungsfeststellungsklage in entsprechender Anwendung von § [131 I 3 SGG](#). Diese ist über den Wortlaut der Vorschrift hinaus auch statthaft, wenn Gegenstand der ursprünglichen Klage ein Unterlassungsanspruch war, der sich durch Zeitablauf erledigt hat (vgl. zB BSG 12.9.2012 – [B 3 KR 17/11 R](#), BeckRS 2012, [75101](#) Rn. [18](#) mwN; BeckOGK/Hübschmann, 1.8.2023, SGG § 131 Rn. [36](#)). So liegt der Fall hier. Das Begehren der Kl. war ursprünglich auf Unterlassung der Durchführung eines Vergabeverfahrens gerichtet. Dieses Begehren hat sich inzwischen erledigt. Denn nach den Feststellungen des LSG wurde der Zuschlag nach Klageerhebung erteilt, so dass das Vergabeverfahren beendet ist und dessen Unterlassung nicht mehr gefordert werden kann.

12Für die auch im Rahmen einer Unterlassungsklage notwendige Klagebefugnis (vgl. hierzu BSGE 129, [10](#) = BeckRS 2019, [17050](#) Rn. [11](#) f.; sowie bereits BSGE 43, [134](#) ([141](#) f.) = BeckRS 1977, [30703887](#)) reicht im Grundsatz die bloße Möglichkeit einer Verletzung in eigenen Rechten. Es genügt, wenn der Kl. Tatsachen vorträgt, aus denen sich eine Verletzung ergeben kann (stRspr; vgl. zB BSGE 68, [291](#) ([292](#) f.) = NJW 1991, [2989](#)). Diese Voraussetzung ist hier erfüllt. Es ist möglich, dass die Kl. durch die Ausschreibung nach Vergaberecht in ihrem Recht auf chancengleiche Teilnahme an der Leistungserbringung verletzt sind. Dieses Recht ergibt sich aus den gesetzlichen Bestimmungen des Vertragsrechts in den §§ [75](#) ff. SGB XII (bzw. §§ [123](#) ff. SGB IX nF), die zumindest auch dem Schutz der Wettbewerbsstellung der Leistungserbringer zu dienen bestimmt sind (hierzu sogleich) und aus dem grundrechtlichen Schutz dieser Wettbewerbsstellung durch Art. [12 I GG](#) und Art. [3 I GG](#) (vgl. zB BVerfGK 14, [187](#) = NJW 2008, [3627](#); Hauck/Noftz/Krohn, SGB XII, 5. EL 2023, SGB XII § 75 Rn. 40, mwN; vgl. zu § [93 II BSHG](#) bereits OVG Münster NVwZ 2005, [834](#) Rn. [2](#); VG Münster 22.6.2004 – [5 L 756/04](#), BeckRS 2004, [149959](#)). Soweit die Bekl. auf die für Konkurrentenklagen im Vertragsarztrecht aufgestellte weitere Voraussetzung für die Klagebefugnis verweist, wonach der Kl. auch „Mitbewerber“ um eine nur einmal zu vergebende Berechtigung sein muss (zusf. BSG NZS 2015, [476](#) Rn. [9](#) f.), folgt hieraus nichts anderes. Hier liegt eine mit dem Streit um eine bedarfsabhängige Zulassung vergleichbare Situation gerade nicht vor. Mit ihrer Klage machen die Kl. nicht geltend, es hätte eine Auswahlentscheidung zu ihren Gunsten ergehen müssen, sondern sie behaupten, es hätte ein Vergabeverfahren mit dem Ziel einer Auswahlentscheidung überhaupt nicht eingeleitet werden dürfen. Auch die Bekl. betont, dass Ziel der Vergabe nicht die Einräumung einer ausschließlichen Position unter Bedarfsgesichtspunkten gewesen sei.

13Die Kl. haben auch ein berechtigtes Interesse an der Feststellung. Es kann offenbleiben, ob sich dies bereits aus einer tatsächlichen Präjudizialität für künftige Vergabeverfahren ergibt (vgl. hierzu BSGE 131, [246](#) = BeckRS 2021, [15534](#) Rn. [20](#) f.). Denn die Kl. können sich jedenfalls auf die präjudizielle Wirkung für einen beabsichtigten Amtshaftungsprozess stützen. Hierfür genügt der Vortrag der Kl., sie beabsichtigten, eine Amtshaftungsklage zu erheben (vgl. BSG NZS 2018, [911](#) = SozR 4-2500 § 73b Nr. [2](#) Rn. 32).

14Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist auch begründet. Die Kl. hatten einen Anspruch auf Unterlassung der Vergabe nach den §§ [97](#) ff. GWB (idF des VergRModG) gegen die Bekl.

15Rechtsgrundlage für das Klagebegehren ist der allgemeine öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch. Dieser setzt die Rechtswidrigkeit eines schlicht-hoheitlichen Verwaltungshandelns sowie die Verletzung eines subjektiven Rechts voraus (vgl. dazu BSGE 134, [167](#) = NZS 2023, [143](#) Rn. [10](#); BSGE 129, [10](#) = BeckRS 2019, [17050](#) Rn. [14](#) mwN).

16Die **Vergabe** von Schulbegleitung als Leistungen der Eingliederungshilfe war ein rechtswidriges schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln.

17Entgegen der Auffassung der Bekl. waren die Leistungen – unabhängig davon, ob es sich um öffentliche Aufträge (§ 103 GWB) oder Konzessionen (§ 105 GWB) handelte – nicht zwingend nach vergaberechtlichen Grundsätzen zu vergeben. Eine solche Vorgabe folgt nicht aus dem aus RL 2014/23/EU (ABl. 2014 L 94, 1) und RL 2014/24/EU (ABl. 2014 L 94, 65) abzuleitenden und in den §§ 97 ff. GWB umgesetzten Grundsatz, dass öffentliche Aufträge und Konzessionen im Wettbewerb und im Wege transparenter Verfahren zu vergeben sind. Diesen zum europäischen Sekundärrecht gehörenden Richtlinien kommt gegenüber nationalem Recht Anwendungsvorrang zu (vgl. hierzu zB EuGH [ECLI:EU:C:2018:631](#) = BeckRS 2018, 17516) mit der Folge, dass dagegen verstoßendes nationales Recht nicht anzuwenden ist. Ein solcher Verstoß liegt hier jedoch nicht vor. Nach der Rechtsprechung des EuGH setzen vergabepflichtige öffentliche Aufträge und Konzessionen (ohne dass dies im Wortlaut der § 103 GWB und § 105 GWB einen ausdrücklichen Niederschlag gefunden hätte) als zentrales Kriterium eine Auswahlentscheidung des öffentlichen Auftraggebers voraus. Eine Auswahlentscheidung in diesem Sinn liegt nicht vor, wenn „eine öffentliche Einrichtung Waren auf dem Markt erwerben will, wobei sie während der gesamten Laufzeit dieses Systems mit jedem Wirtschaftsteilnehmer, der sich verpflichtet, die betreffenden Waren zu im Vorhinein festgelegten Bedingungen zu liefern, einen Vertrag schließt, ohne eine Auswahl unter den interessierten Wirtschaftsteilnehmern vorzunehmen“ (EuGH [ECLI:EU:C:2016:399](#) = NZBau 2016, 441 – Dr. Falk Pharma). Das entscheidende Element besteht darin, „dass der öffentliche Auftraggeber kein Kriterium für die **Vergabe** des Auftrags“ nennt, „das dazu dient, die zulässigen Angebote vergleichen und ordnen zu können“ (EuGH [ECLI:EU:C:2018:142](#) = NZBau 2018, 366 (369) Rn. 35). Die Leistungserbringung im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis ist danach nicht generell vergabefrei (vgl. hierzu auch Burgi/Dreher/Opitz/Wollenschläger, Beck VergabeR, 4. Aufl. 2022, Bd. 1, GWB § 105 Rn. 36; BT-Drs. 18/6492, 2 f.; Reidt/Stickler/Glahs/Ganske, GWB, 4. Aufl. 2017, GWB § 105 Rn. 40). Vielmehr ist jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob der Leistungsträger nach der gesetzlichen Konzeption eine Auswahlentscheidung nach den genannten Kriterien trifft. Entscheidend für den von den Kl. erhobenen Unterlassungsanspruch ist hierbei die gesetzliche Konzeption im nationalen Recht. Im Übrigen berühren die europarechtlichen Vorgaben nicht die Art und Weise, in der die Mitgliedstaaten ihre Systeme der sozialen Sicherheit gestalten (Art. 1 V RL 2004/24/EU).

18Bei dem Vertragsrecht nach dem Zehnten Kapitel des SGB XII bzw. nach Kapitel 8 des Teils 2 des SGB IX nF handelt es sich unter Anlegen dieser Maßstäbe nicht um ein

120



BSG: Unzulässigkeit eines Vergabeverfahrens für Eingliederungshilfe – Stadt Düsseldorf(NZBau 2024, 117)

System, das der Vergabepflicht unterfällt. Grundlage der Vereinbarungen der Träger der Eingliederungshilfe mit den geeigneten Leistungserbringern nach den §§ 75 ff. SGB XII (ab dem 1.1.2018 §§ 123 ff. SGB IX nF) sind die Kriterien der Leistungsfähigkeit, Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit (vgl. zu § 93 BSHG bereits BVerwGE 94, 202 = NJW 1994, 3027). Andere Kriterien dürfen bei der Entscheidung über den Abschluss der in den §§ 75 ff. SGB XII (§§ 123 ff. SGB IX nF) vorgesehenen Vereinbarungen keine Rolle spielen. Dies gilt insbesondere für Bedarfsgesichtspunkte (vgl. bereits LSG Baden-Württemberg 13.7.2006 – [L 7 SO 1902/06 ER-B](#), BeckRS 2009, 62198; LSG Hessen 18.7.2006 – [L 7 SO 16/06 ER](#), BeckRS 2010, 68478). Der Leistungsträger darf das Angebot eines Leistungserbringers nicht unter Hinweis auf fehlenden Bedarf oder unter Verweis auf seiner Auffassung nach bessere oder geeignetere Formen der Leistungserbringung ablehnen, wenn die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit (vgl. hierzu BVerwGE 108, 47 = NVwZ-RR 1999, 446) und Eignung sowie die Leistungsfähigkeit des Trägers (vgl. hierzu BVerwGE 108, 56 = NVwZ-RR 1999, 443) nicht entgegenstehen. Der Vertragsschluss darf insbesondere nicht mit der Begründung abgelehnt werden, dass ein anderer Bewerber die Leistung günstiger erbringen kann, sofern die geforderte Vergütung dem externen Vergleich (§ 75 II 10-13 SGB XII, § 124 I 3-6 SGB IX nF) standhält. Es handelt sich damit um einen Fall, in dem alle Wirtschaftsteilnehmer, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen, zur Wahrnehmung einer bestimmten Aufgabe – ohne Selektivität – berechtigt sind und damit um ein einfaches Zulassungssystem. Eine Auswahlentscheidung findet nach diesen Vorschriften nicht statt. Das Vertragsrecht nach dem Zehnten Kapitel des SGB XII bzw. nach Kapitel 8 des Teils 2 des SGB IX nF gewährleistet allen Anbietern vielmehr einen transparenten und gleichberechtigten Zugang zur Leistungserbringung.

19Die Zulassung von Dienstleistungserbringern im eingliederungshilferechtlichen Dreiecksverhältnis – sei es unter Geltung des SGB XII, sei es unter Geltung des SGB IX nF – unterfällt damit nicht den RL 2014/23/EU und RL 2014/24/EU. Auf die Ausführungen der Bekl. zur vertraglichen Ausgestaltung der Leistungsbeziehung zwischen den Leistungserbringern und dem Leistungsträger sowie zur Rechtsgrundlage des Zahlungsanspruchs im Fall einer Vergabe, kommt es deshalb nicht. Einer Vorlage an den EuGH zur Vorabentscheidung bedarf es nicht. Denn die entscheidungserheblichen europarechtlichen Maßstäbe sind – wie dargelegt – durch den EuGH bereits geklärt (vgl. EuGH [ECLI:EU:C:2016:399](#) = NZBau 2016, 441; [ECLI:EU:C:2018:142](#) = NZBau 2018, 366 (369) Rn. 35).

20Besteht nach Europarecht danach kein vergaberechtlicher Zwang, die Leistungen auszuschreiben, war die Bekl. darüber hinaus nach sozialrechtlichen Maßstäben zur Vergabe von Leistungen auch nicht berechtigt. Die Vergabe mit dem Ziel, die Leistungen der Schulbegleitung auf die über den Zuschlag bestimmten Vertragspartner zu übertragen, enthält eine Kontingentierung, die dem freien Zugang der Kl. zum Markt über einen Vertrag nach § 75 SGB XII entgegensteht, weil die im Wege der Vergabe ausgeschriebenen Leistungen von vornherein von den Leistungen im sozialhilferechtlichen Dreiecksverhältnis ausgenommen sind. Wesentlicher Bestandteil des durch den Zuschlag im Vergabeverfahren geschaffenen Vertragskonstrukts zwischen der Bekl. und den Leistungserbringern war es, eine (vorrangige) Leistungserbringung und -vergütung außerhalb des sozialhilferechtlichen Dreiecksverhältnisses nach den §§ 75 ff. SGB XII (bzw. §§ 123 ff. SGB IX nF) zu ermöglichen.

21Diese Vorgehensweise widerspricht dem im SGB XII und dem SGB IX für ambulante Dienste vorgesehenen Versorgungssystem. Den Leistungsträgern ist nach § 75 II 1 SGB XII untersagt, eigene Angebote zu schaffen, wenn geeignete Leistungserbringer vorhanden sind. § 75 II 1 SGB XII iVm § 75 I 2 SGB XII sieht vor, dass Träger der Sozialhilfe zur Erfüllung der Aufgaben der Sozialhilfe eigene Dienste nicht neu schaffen sollen, soweit geeignete Einrichtungen anderer Träger vorhanden sind, ausgebaut oder geschaffen werden können. Es handelt sich um ein Gewährleistungsverantwortungsmodell, in dem die Sozialhilfeträger die Verantwortung für die Versorgungsinfrastruktur tragen, die sie vor allem durch den Abschluss von Verträgen nach §§ 75 ff. SGB XII wahrnehmen (vgl. BSG 2.2.2010 – B 8 SO 20/08 R, BeckRS 2010, 68711 Rn. 12; BSGE 102, 1 = NJOZ 2009, 2324 Rn. 16; Hauck/Noftz/Krohn, SGB XII § 75 Rn. 41; grdl. zur Vorgängervorschrift des § 93 I 1 BSHG: BVerfGE 22, 180 (200 f.) = NJW 1967, 1795 Rn. 65 ff.). Das Erbringen eigener Leistungen sieht dieses Regelungskonzept nur ausnahmeweise vor. Insbesondere wenn geeignete Leistungserbringer vorhanden sind, soll der Träger keine eigenen Angebote schaffen. Lediglich dann, wenn der Sozialhilfeträger selbst nicht über geeignete Angebote verfügt, kann er in Anbetracht seiner Strukturverantwortung und des Wirtschaftlichkeitsprinzips eigene geeignete Angebote schaffen, wenn die Förderung des Ausbaus oder die Schaffung von Angeboten geeigneter Leistungserbringer mit höherem finanziellen Aufwand verbunden ist (vgl. jurisPK-SGB XII/Lange, 3. Aufl. 2020, SGB XII § 75 Rn. 78). Vorliegend sind die Leistungen in der Vergangenheit aber über entsprechende Verträge nach §§ 75 ff. SGB XII erbracht worden, ohne dass die Bekl. hier Versorgungsdefizite dargelegt hätte. Allein der Wunsch der Bekl., zur Qualitätssicherung der Leistungen ein Pool-System einzuführen, berechtigt nicht zur Vergabe. Die Qualitätssicherung wird durch Vereinbarungen nach §§ 75 ff. SGB XII bzw. §§ 123 ff. SGB IX nF erreicht.

22Der Leistungserbringung außerhalb des sozialhilferechtlichen Dreiecksverhältnisses steht zudem das Wunsch- und Wahlrecht der leistungsberechtigten Personen (vgl. § 9 II SGB XII bzw. § 8 I SGB IX) entgegen, das diesen als subjektiv-öffentliches Recht zusteht (vgl. BSGE 134, 149 = NJW 2023, 3117 Rn. 14) und für dessen Verwirklichung der Eingliederungsträger verantwortlich ist. Ihn trifft die Pflicht, den Leistungsanspruch der Berechtigten insbesondere auch durch Abschluss vertraglicher Vereinbarungen nach §§ 75 ff. SGB XII sicherzustellen (vgl. nunmehr ausdrücklich § 95 SGB IX nF) und zwar im Sinne einer dem Wunsch- und Wahlrecht und der hierin zum Ausdruck kommenden grundrechtlichen Positionen der Leistungsberechtigten berücksichtigenden Pluralität der Leistungserbringer. Auch die Erfüllung des Sicherstellungsauftrags kann deshalb nicht als rechtfertigender Grund für eine Ausschreibung im Wege der Vergabe angesehen werden. 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 Zehnten Kapitels des SGB XII bzw. des Kapitels 8 des Teils 2 des SGB IX abzuschließen (vgl. BT-Drs. 18/9522, 273 f.). Damit steht die Vergabe an einzelne wenige Anbieter auch dem Grundsatz der Angebots- und Trägervielfalt entgegen, das dem Regelungskonzept der §§ 75 ff. SGB XII (§§ 123 ff. SGB IX nF) immanent ist (vgl. zu § 93 II BSHG bereits OVG

BSG: Unzulässigkeit eines Vergabeverfahrens für Eingliederungshilfe – Stadt Düsseldorf(NZBau 2024, 117)

Münster NVwZ 2005, 834 mwN). Das Konzept der Leistungserbringung durch Abschluss von Verträgen nach §§ 75 ff. SGB XII schützt auch die daran teilnehmenden Dienste. Nur so kann die Pluralität der Leistungserbringung gewährleistet werden. Ohne einen gleichberechtigten und umfassenden Zugang der Dienste zum Markt liefern das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten und der diesem immanente Grundsatz der Angebots- und Trägervielfalt weitgehend leer. Mit der Herausnahme nahezu aller Leistungsberechtigten durch eine Vergabe aus dem nach §§ 75 SGB XII bzw. §§ 123 ff. SGB IX nF vorgegebenen System erhöht sich das Unternehmerrisiko des einzelnen Dienstes, das im Rahmen der Gesteuerungskosten zur Geschäftsgrundlage der Vergütungsvereinbarungen gehört (vgl. zB jurisPK-SGB XII/Lange, SGB XII § 75 Rn. 64).

23Das in § 112 IV SGB IX nF nunmehr vorgesehene sog. Pooling, also die gemeinsame Erbringung von Leistungen zur Teilhabe an Bildung an mehrere Leistungsberechtigte (vgl. hierzu Hauck/Noftz/Mushoff, SGB IX, 1. EL 2023, SGB IX § 112 Rn. 43 ff., mwN), bedeutet keine grundsätzliche Abkehr von diesem System. Denn die gemeinsame Erbringung kommt nur in Betracht, soweit sie für die Leistungsberechtigten iSd § 104 SGB IX nF zumutbar ist und mit den Leistungserbringern entsprechende Vereinbarungen bestehen. Ein wesentlicher Aspekt bei der Zumutbarkeitsprüfung sind auch insoweit das Wunsch- und Wahlrecht sowie die individuellen Bedarfe der Leistungsberechtigten und die Erfordernisse zu deren Deckung (vgl. hierzu etwa BT-Drs. 18/9522, 285; BR-Drs. 309/15, 3). Außerdem findet die Leistungserbringung auch im Rahmen eines Poolings nach § 112 IV SGB IX nF im Dreiecksverhältnis statt, wie die Anknüpfung an entsprechende Vereinbarungen zeigt. Gemeint sind mit „entsprechenden Vereinbarungen“ solche nach dem Kapitel 8, wie die im Übrigen wortgleiche Regelung zur gemeinsamen Inanspruchnahme in § 116 II SGB IX nF zeigt, die § 123 IV 2 SGB IX nF ausdrücklich in Bezug nimmt. Einer vergaberechtlichen Kontrolle bedarf das Vertragsrecht nach dem SGB XII bzw. SGB IX nF nicht. Es ermöglicht einen transparenten und gleichberechtigten Wettbewerb.

24Auch § 132 SGB IX nF steht dem – entgegen der Ansicht der Bkl. – nicht entgegen. Diese Vorschrift dient der Erprobung neuer und der Weiterentwicklung bestehender Leistungs- und Finanzierungsstrukturen und setzt weder den Anspruch der Leistungserbringer auf einen Vertragsschluss nach den §§ 123 ff. SGB IX nF, noch den Grundsatz der Angebots- und Trägervielfalt oder das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten außer Kraft. Sie ermöglicht keine Auswahlentscheidung zugunsten einzelner Leistungserbringer und stellt es daher nicht in das Ermessen der Träger der Eingliederungshilfe, bestimmte Leistungen nach den §§ 97 ff. GWB zu vergeben (vgl. hierzu BT-Drs. 18/9522, 299; Hauck/Noftz/Süsskind, SGB IX § 132 Rn. 3 ff. mwN).

25Dieser Auslegung steht das Recht der Bkl. auf kommunale Selbstverwaltung aus Art. 28 II GG nicht entgegen. Danach muss den Gemeinden das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Dazu gehören unter anderem die Gewährleistung eines eigenen Aufgabenbereichs der Gemeinden sowie die Eigenverantwortlichkeit der Aufgabenerfüllung (vgl. BVerfGE 147, 185 (215) = NVwZ 2018, 140 Rn. 59; BVerfGE 138, 1 (18) = NVwZ 2015, 728 Rn. 52). Das Selbstverwaltungsrecht steht den Gemeinden indes nur im Rahmen der Gesetze zu. Gesetzliche Beschränkungen müssen von sachlichen Gründen getragen sein und finden ihre Grenze in einem unantastbaren Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung. Dieser Kernbereich ist erst verletzt, wenn eine eigenständige organisatorische Gestaltungsfähigkeit erstickt würde (vgl. BVerfGE 147, 185 (223 f.) = NVwZ 2018, 140 Rn. 79 ff.; BVerfGE 138, 1 (19 f.) = NVwZ 2015, 728 Rn. 54 ff.).

26Das Ausschreibungsverbot ist von sachlichen Gründen getragen und verletzt nicht den Kernbereich kommunaler Gestaltungsmöglichkeiten. Das Vertragsrecht der §§ 75 ff. SGB XII (bzw. §§ 123 ff. SGB IX nF) bietet den Gemeinden ausreichende Möglichkeiten, die Leistungserbringung flexibel zu gestalten. Die Ausgestaltung als einfaches Zulassungsverfahren dient insbesondere der Sicherstellung des Wunsch- und Wahlrechts der Leistungsberechtigten (vgl. § 9 II SGB XII), sowie der diesem immanenten Angebots- und Trägervielfalt und damit wichtigen sozialen Belangen. Der Gesetzgeber hat die berechtigten Belange der Leistungsträger insbesondere hinsichtlich der Sicherung von Qualität und Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung gerade in der Ausgestaltung der Vorgaben für die Leistungs- und Vergütungsvereinbarung berücksichtigt. Er hat mit der Ausgestaltung des Vertragsrechts die Steuerungsfunktion der Leistungsträger inzwischen weiter gestärkt und gegenüber den Vorschriften des SGB XII eine effektivere Wirtschaftlichkeits- und Qualitätsprüfung ermöglicht (vgl. BT-Drs. 18/9522, 290; vgl. hierzu bereits LSG Nordrhein-Westfalen 26.1.2022 – L 9 SO 12/22 B ER, L 9 SF 2/22 ER, BeckRS 2022, 882 Rn. 22 mwN). Er ermöglicht insbesondere auch eine Leistungserbringung durch sog. Pooling (vgl. § 112 IV SGB IX nF).

27Die Kl. sind durch die Vorgehensweise der Bkl. in subjektiven Rechten verletzt. Schutzgegenstand des allgemeinen öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruchs kann jedes subjektive Recht sein, sei

es grundrechtlich oder einfachrechtlich ausgestaltet (vgl. BSGE 129, [10](#) = BeckRS 2019, [17050](#) Rn. [15](#); BVerwG NVwZ 2015, [906](#); BVerwGE 131, [171](#) = NVwZ 2008, [1371](#); BVerwGE 94, [100](#) = NVwZ 1994, [275](#) zum Folgenbeseitigungsanspruch; BGH NJW 2018, [2645](#) Rn. [4](#)). Um ein einfachrechtliches subjektives Recht zu begründen, muss die verletzte Norm zumindest auch dem Schutz desjenigen dienen, der den öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch geltend macht. Nach der sog. Schutznormtheorie vermitteln nur solche Rechtsvorschriften subjektive Rechte, die nicht ausschließlich der Durchsetzung von Interessen der Allgemeinheit, sondern zumindest auch dem Schutz individueller Rechte dienen. Das gilt für Normen, die das geschützte Recht sowie einen bestimmten und abgrenzbaren Kreis der hierdurch Berechtigten erkennen lassen. Ob eine Norm drittschützend in diesem Sinne ist oder allein im öffentlichen Interesse besteht, muss durch Auslegung ermittelt werden (vgl. BSGE 113, [107](#) = NZS 2013, [581](#) Rn. [14](#) f.; BSGE 113, [114](#) = NJOZ 2014, [596](#) Rn. [16](#) mwN; BVerwG NVwZ 2019, [1685](#) Rn. [19](#); BVerwGE 156, [180](#) = NVwZ 2017, [481](#) Rn. [27](#)).

28 Den Kl. steht ein Recht auf chancengleiche Teilnahme an der Leistungserbringung zu. Dieses folgt aus ihrem Anspruch gegen die Bekl., bei personeller und sachlicher Geeignetheit eine Leistungs- und Vergütungsvereinbarung nach den §§ [75](#) ff. SGB XII (seit dem 1.1.2018 §§ [123](#) ff. SGB IX nF) abzuschließen, sofern diese Vereinbarungen den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Leistungsfähigkeit entsprechen. Insoweit besteht für die Bekl. (lediglich) ein beschränkter Entscheidungsfreiraum, solche Verträge abzuschließen, die im Streitfall von der Schiedsstelle zu

122



BSG: Unzulässigkeit eines Vergabeverfahrens für Eingliederungshilfe – Stadt Düsseldorf (NZBau 2024, 117)

ersetzen sind (vgl. zu dem Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung nach § [93 II](#) BSHG bereits OVG Münster NVwZ 2005, [834](#); BVerwGE 94, [202](#) = NJW 1994, [3027](#); BVerwGE 108, [56](#) = NVwZ-RR 1999, [443](#); eine Ermessensreduktion auf Null annehmend: Hauck/Noftz/Krohn, SGB XII § 75 Rn. 23 ff.; LSG Berlin-Brandenburg SRa 2011, [229](#) = BeckRS 2011, [76722](#); SG Aachen 29.4.2014 – [S 20 SO 61/13](#), BeckRS 2014, [70149](#); Grube/Wahrendorf/Flint/Streichsbier, SGB XII, 7. Aufl. 2020, SGB XII § 75 Rn. 16, 37; Schellhorn/Hohm/Scheider/Busse/Busse, SGB XII, 21. Aufl. 2023, SGB XII § 75 Rn. 33). Bei den §§ [75](#) ff. SGB XII (§§ [123](#) ff. SGB IX nF) handelt es sich um Vorschriften, die nicht allein dem Interesse des Staats zur Erfüllung seiner ihm obliegenden Aufgaben (§ [53 I, III](#) SGB XII idF des Gesetzes vom 27.12.2003 bzw. § [102](#) SGB IX nF), sondern auch den individuellen Interessen der Leistungserbringer dienen. Im Lichte der durch Art. [12 I](#) GG iVm Art. [19 III](#) GG geschützten unternehmerischen Betätigungsfreiheit ergibt sich hieraus ein Anspruch darauf, Maßnahmen zu unterlassen, die das Betätigungsfeld für geeignete und mit vertraglichen Vereinbarungen ausgestattete Dienste beschränken.

29 Das Grundrecht auf Berufsfreiheit gewährleistet zwar keinen Anspruch auf Erfolg im Wettbewerb oder die Sicherung künftiger Erwerbsmöglichkeiten. Es verleiht auch grundsätzlich kein Recht darauf, den Markteintritt eines weiteren Konkurrenten abzuwehren (vgl. BVerfGE 106, [275](#) = NJW 2003, [1232](#)). Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn der Staat die Bedingungen des Wettbewerbs festlegt. Hieraus kann ein Recht auf Einhaltung der Wettbewerbsbedingungen entstehen, wenn diese zugleich dem beruflichen Interesse der Teilnehmer am Wettbewerb zu dienen bestimmt sind (vgl. BVerwGE 132, [64](#) = NVwZ 2009, [525](#) Rn. [30](#)). Wird zur Wahrung von Gemeinwohlbelangen der einzelne Leistungserbringer weitgehenden Einschränkungen unterworfen und kommt es in einem dergestalt durchstrukturierten Markt durch hoheitliche Maßnahmen zu weitergehenden, an den Gemeinwohlbelangen nicht ausgerichteten Eingriffen in die Marktbedingungen, die zu einer Verwerfung der Konkurrenzverhältnisse führen, so besteht die Möglichkeit, dass die im System eingebundenen Leistungserbringer in ihrem Grundrecht aus Art. [12 I](#) GG verletzt sind (vgl. BVerfG NVwZ 2009, [977](#)). So liegt es hier: Indem die Leistungserbringung vorrangig über die Vertragspartner des über die angegriffene **Vergabe** geschaffenen Pools umgesetzt wird, innerhalb dessen weder das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten noch die Angebots- und Trägervielfalt ausreichend zur Anwendung kommen, wird der gleichberechtigte Zugang zum Markt beeinträchtigt.

30 Durch die Umgestaltung der Schulbegleitung im Wege der **Vergabe** werden die Kl. in ihrem Recht auf chancengleiche Teilnahme an der Leistungserbringung verletzt. Es kommt zu einer Wettbewerbsverzerrung in einem Umfang, die anderen Anbietern auf Dauer keine Chance belässt. Darin liegt ein nicht gerechtfertigter Eingriff in die Berufsfreiheit der Kl. aus Art. [12 I](#) GG iVm Art. [19 III](#) GG.

