S 42 SO 74/16

Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	Nordrhein-Westfalen
Sozialgericht	Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet	Sozialhilfe
Abteilung	12.
Kategorie	Urteil
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	-
Leitsätze	-
Normenkette	-

1. Instanz

Aktenzeichen	S 42 SO 74/16
Datum	20.03.2019

2. Instanz

Aktenzeichen	L 12 SO 227/19
Datum	23.03.2022

3. Instanz

Datum	17.05.2023

Auf die Berufung der KlÃ¤ger wird das Urteil des Sozialgerichts DÃ¼sseldorf vom 20.03.2019 geÃ¤ndert und festgestellt, dass die DurchfÃ¼hrung des Vergabeverfahrens 16/10-2015-0123 und die Zuschlagserteilung durch die Beklagte rechtswidrig waren.

Die Beklagte trÃ¤gt von den Kosten des Verfahrens in beiden RechtszÃ¼gen drei Viertel, die KlÃ¤ger ein Viertel.

Die Revision wird zugelassen.

Â

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten um die RechtmÃ¤Ãigkeit eines Vergabeverfahrens fÃ¼r den Einsatz von Integrationshelfern an Schulen in E fÃ¼r Kinder mit Behinderung im Rahmen der Eingliederungshilfe.

Der KlÃ¤ger zu 1) ist ein ortsgebundener Verband der freien Wohlfahrtspflege und

gehÃ¶rt zu dem als Spitzenverband der freien Wohlfahrtspflege anerkannten Diakonischen Werk der evangelischen Kirche im Rheinland und dadurch dem Diakonischen Werk der evangelischen Kirche in Deutschland an. Der KlÃ¤ger zu 1) ist auf vielfÃ¤ltigen Gebieten der freien Wohlfahrtspflege in E tÃ¤tig. SatzungsmÃ¤Ã□ige Zwecke sind u.a. die Erziehung von Kindern und Jugendlichen und deren heilpÃ¤dagogische und jugendpsychiatrische Betreuung (Â§ 2 der Satzung des KlÃ¤gers zu 1)). In diesem Rahmen erbringt der KlÃ¤ger zu 1) auch Schulbegleitung (â□□TANDEM-Assistenzdiensteâ□□).

Der KlÃ¤ger zu 2) ist ebenfalls ein Verband der freien Wohlfahrtspflege, auf Stadtebene angesiedelt und dem Spitzenverband des N-Caritasverbandes e.V. zugehÃ¶rig. Der KlÃ¤ger zu 2) widmet sich satzungsmÃ¤Ã□ig â□□Aufgaben sozialer und caritativer Hilfeâ□□. Dazu wirkt er in der â□□Ã¶ffentlichen Sozial-, Jugend- und Gesundheitshilfeâ□□ mit, wozu auch die Erbringung von Leistungen zur Eingliederungshilfe fÃ¼r Kinder und Jugendliche mit Behinderung gehÃ¶rt.

Die KlÃ¤ger sind Mitglieder der â□□A Wohlfahrt Eâ□□ (nachfolgend: A), einer Arbeitsgemeinschaft der WohlfahrtsverbÃ¤nde E, welche die KlÃ¤ger in den Verhandlungen gegenÃ¼ber der Beklagten regelmÃ¤Ã□ig vertritt. Nach einer ErhÃ¶hung der StundensÃ¤tze durch die A im September 2011 (von rund 12,45 Euro auf 20,35 Euro) kam es zu (Preis-)Verhandlungen zwischen der A und der Beklagten, welche ergebnislos verliefen. Im November 2013 schrieb die Beklagte die Leistung des Einsatzes von Integrationshelfern an Schulen in E erstmals Ã¶ffentlich aus (nationale Ausschreibung nach VOL/A). Beide KlÃ¤ger wandten sich daraufhin mittels eines NachprÃ¼fungsantrages Ende Dezember 2013 an die Vergabekammer Rheinland, SpruchkÃ¶rper E, um den Fortgang des Ausschreibungsverfahrens zu unterbinden (Az.: VK 1/2014 â□□ L). Nachdem der KlÃ¤ger zu 1) das Verfahren fÃ¼r erledigt erklÃ¤rt hatte, wies die Vergabekammer Rheinland mit Beschluss vom 17.11.2014 den Antrag des KlÃ¤gers zu 2) zurÃ¼ck und gab der Beklagten lediglich auf, kleinere inhaltliche Ã□nderungen vor Wiederaufnahme des Ausschreibungsverfahrens vorzunehmen. Die Vergabekammer vertrat die Auffassung, dass sozialhilferechtliche Bestimmungen der DurchfÃ¼hrung des Vergabeverfahrens nicht entgegenstÃ¼nden. Die vom KlÃ¤ger zu 2) gegen den Beschluss eingelegte sofortige Beschwerde wies das Oberlandesgericht (OLG) DÃ¼sseldorf durch Beschluss vom 13.05.2015 zurÃ¼ck (Az.: VII Verg 38/14). Die Voraussetzungen fÃ¼r die Anwendbarkeit des Vergaberechts lÃ¤gen aufgrund der Eigenschaft der Beklagten als Ã¶ffentlicher Auftraggeberin sowie der geplanten Vergabe des Vertrages Ã¼ber den Einsatz von Integrationshelfern als Ã¶ffentlichem Auftrag unter gleichzeitiger Erreichung des Schwellenwertes vor. Es kÃ¶nne dahinstehen, ob die sozialrechtlichen Bestimmungen der DurchfÃ¼hrung eines Vergabeverfahrens entgegenstÃ¼nden. Es sei allein entscheidend, dass die Â§Â§ 97 ff. des Gesetzes gegen WettbewerbsbeschrÃ¤nkungen (GWB) umgesetztes Gemeinschaftsrecht seien, die europarechtskonform auszulegen und damit vorrangig anzuwenden seien. Dieser Vorrang gelte auch gegenÃ¼ber den nationalen Vorschriften des Sozialgesetzbuchs ZwÃ¶lftes Buch â□□ Sozialhilfe (SGB XII).

Der KlÃ¤ger zu 2) machte unter dem 18.03.2015 ein Verfahren vor dem

Sozialgericht (SG) DÃ¼sseldorf (Az.: S 17 SO 137/15) mit dem Antrag auf Unterlassung der Ã¶ffentlichen Ausschreibung anhÃ¤ngig. Die Beklagte nahm das Ausschreibungsverfahren aus dem Jahr 2013 zurÃ¼ck. Infolgedessen wurde auch das anhÃ¤ngige Klageverfahren durch ErledigungserklÃ¤rung beendet.

Anfang des Jahres 2016 fÃ¼hrte die Beklagte unter der Vergabenummer 16/10-2015-0123 ein zweites â hier streitgegenstÃ¤ndliches â Ausschreibungsverfahren durch, das der ersten Ausschreibung in ihren wesentlichen ZÃ¼gen unter Beachtung der Anmerkungen der Vergabekammer Rheinland sowie unter Anpassung auf den aktuellen Zeitraum nachgebildet war. Aus dem Ausschreibungstext ging u.a. hervor, dass die Art der Leistung der â Einsatz von Integrationshelfern an Schulen in E fÃ¼r Kinder mit Behinderung im Rahmen der Eingliederungshilfeâ sein sollte. Hinsichtlich der Parameter Menge, Umfang und Einsatzort fanden sich die Angaben â ca. 380 Integrationshelfer an ca. 85 Schulenâ sowie eine â Verteilung der Dienststellen Ã¼ber das gesamte Stadtgebietâ. Der Ablauf der Frist zur Einreichung der Angebote war datiert auf den 22.02.2016 um 10 Uhr, der Ablauf der Bindefrist auf den 29.04.2016. Beginn der vertraglichen Leistung sollte der 01.08.2016 sein; der Vertrag sollte fÃ¼r das gesamte Schuljahr 2016/2017, mithin bis zum 31.07.2017, gelten. Optional war vorgesehen, dass der Vertrag sukzessive fÃ¼r bis zu vier weitere Schuljahre, jeweils in Schritten von einem Schuljahr, verlÃ¤ngert werden konnte. Die Bieter konnten Angebote fÃ¼r ein oder mehrere Lose abgeben. Dabei fand sich fÃ¼r die einzelnen Lose eine Unterteilung der gewÃ¼nschten Integrationshelfer entsprechend der bei den SchÃ¼lern jeweils vorhandenen Behinderungen nach den folgenden drei Loskategorien: Los 1 â FÃ¶rderschwerpunkt geistige Entwicklung und Kommunikation mit und ohne VerhaltensauffÃ¤lligkeitenâ, Los 2 â Autismus mit geistiger Behinderungâ, Los 3 â kÃ¶rperliche bzw. multiple Behinderungâ. Der Zuschlag sollte fÃ¼r das wirtschaftlichste Angebot erteilt werden, wobei sich dieses aus den Kriterien â Preisâ mit einem gewichteten Anteil von 70 % und â Erfahrung in der Arbeit mit Menschen mit Behinderungâ mit einem gewichteten Anteil von 30 % ableiten lassen sollte.

Vor der zweiten Ausschreibung erbrachte der KlÃ¤ger zu 1) durch 23 Mitarbeiter im Freiwilligen Dienst, 23 NichtfachkrÃ¤fte sowie eine Fachkraft Integrationsleistungen fÃ¼r die Beklagte. Diese 47 Integrationshelfer betreuten im Schuljahr 2015/2016 insgesamt 60 Kinder an 22 Schulen und 5 KindertagesstÃ¤tten, wovon die Beklagte fÃ¼r 47 Kinder (42 in Schulen und 5 in KindertagesstÃ¤tten) zustÃ¤ndig war. Im Jahr 2015 betrug der dadurch entstandene Umsatz des KlÃ¤gers zu 1) gegenÃ¼ber der Beklagten nach eigenen Angaben rund 715.000 Euro. Zur gleichen Zeit betreute der KlÃ¤ger zu 2) an 27 Schulen und KindergÃ¤rten insgesamt 41 Kinder, fÃ¼r die die Beklagte in 39 FÃ¤llen zustÃ¤ndig war. Der KlÃ¤ger zu 2) setzte dafÃ¼r 16 Mitarbeiter im Freiwilligen Dienst und 24 NichtfachkrÃ¤fte ein. Im Jahr 2015 betrug der dadurch entstandene Umsatz des KlÃ¤gers zu 2) gegenÃ¼ber der Beklagten nach eigenen Angaben rund 730.000 Euro.

Gegen das zweite Vergabeverfahren haben die KlÃ¤ger vor dem SG DÃ¼sseldorf am 17.02.2016 Klage erhoben. Einen zeitgleich gestellten Antrag im einstweiligen Rechtsschutz auf Unterbindung des weiteren Vergabeverfahrens und der

Zuschlagserteilung hat das SG DÃ¼sseldorf mit Beschluss vom 29.04.2016 abgelehnt (Az.: S 42 SO 73/16 ER). Rechtsmittel sind dagegen nicht eingelegt worden.

WÃ¤hrend des laufenden Klageverfahrens hat die Beklagte das zweite Vergabeverfahren beendet; die KlÃ¤ger hatten sich daran nicht als Mitbieter beteiligt. Den Zuschlag fÃ¼r die Lose 1 und 3 hat die K-Stiftung mit Sitz in D den Zuschlag fÃ¼r das Los 2 die Initiative U e.V. aus S erhalten. Mit beiden Anbietern ist es in der Folgezeit zur AusÃ¼bung der VerlÃ¤ngerungsoption gekommen, sodass auch in den Schuljahren 2017/2018 bis 2020/2021 nahezu alle SchÃ¼ler an Schulen in E, fÃ¼r welche die Beklagte zustÃ¤ndig ist, Ã¼ber das eingerichtete Pooling-Verfahren seitens der Los-Gewinner betreut worden sind. Lediglich im Schuljahr 2020/2021 erhielten nach Angaben der KlÃ¤ger sieben Kinder eine Schulbegleitung auÃerhalb des Pools. Bei diesem Pool-Modell wird innerhalb einer Schule ein festes Team von Schulbegleitungen eingerichtet. Die Schulbegleitungen unterstÃ¼tzen die HilfeempfÃ¤nger individuell, sind aber nicht zwingend nur einer Person zugeordnet. Bei Bedarf findet eine Einzelbetreuung statt (vgl. die Beschreibung der Beklagten zu dem praktizierten Pool-Modell unter https://www.e.de/schulen/zentrale-themen/inklusion/monitoring-analyse-kommunaler-handlungsfelder-und-massnahmenplanung/schulbegleitung.html).

Die Leistungs- und VergÃ¼tungsvereinbarungen zwischen den Beteiligten waren weiterhin gÃ¼ltig, mit dem KlÃ¤ger zu 1) mindestens fÃ¼r die ZeitrÃ¤ume vom 01.09.2015 bis 31.08.2016 und vom 01.01.2018 bis 31.12.2019, mit dem KlÃ¤ger zu 2) mindestens fÃ¼r die ZeitrÃ¤ume vom 01.04.2016 bis 31.12.2017 und vom 01.01.2018 bis 31.12.2019. Seit dem Schuljahr 2016/2017 haben die KlÃ¤ger jedoch tatsÃ¤chlich keine Kinder an Schulen in E im Rahmen der Integrationshilfe betreut.

Die KlÃ¤ger haben ihr Begehren im Klageverfahren auch nach Beendigung des Vergabeverfahrens weiterverfolgt und zur BegrÃ¼ndung ausgefÃ¼hrt, dass die Ausschreibung samt Zuschlagserteilung rechtswidrig gewesen sei und ihre subjektiven Rechte aus den Â§Â§ 75 ff. SGB XII verletze. Die Beklagte sei aufgrund des Vorbehalts des Gesetzes (Â§ 31 Sozialgesetzbuch Erstes Buch â Allgemeiner Teil) verpflichtet, VertrÃ¤ge Ã¼ber den Einsatz von Integrationshelfern im Rahmen der Eingliederungshilfe zwingend unter Beachtung der Â§Â§ 75 ff. SGB XII abzuschlieÃen. Â§ 75 Abs. 3 SGB XII normiere den Anspruch der KlÃ¤ger auf ermessensfehlerfreie Entscheidung Ã¼ber die Frage eines Vertragsabschlusses. Sofern der Leistungserbringer die Voraussetzungen der Eignung erfÃ¼lle, sei das Ermessen der Beklagten deutlich Richtung Null reduziert. Dies werde bestÃ¤tigt durch Â§ 75 Abs. 4 S. 1 SGB XII, wonach der SozialhilfetrÃ¤ger Leistungen durch eine Einrichtung, mit der keine Vereinbarung nach Abs. 3 abgeschlossen wurde, nur erbringen darf, wenn dies nach der Besonderheit des Einzelfalls geboten ist. DarÃ¼ber hinaus liege auch ein VerstoÃ gegen Â§ 75 Abs. 2 S. 1 SGB XII vor. Danach sollen die TrÃ¤ger der Sozialhilfe geeignete Einrichtungen anderer TrÃ¤ger nutzen, soweit diese vorhanden sind, ausgebaut oder geschaffen werden kÃ¶nnen. Die vorhandene Praxis im Rahmen des nunmehr stattfindenden Pool-Modells zeige, dass es sich um eine verdeckte eigene Einrichtung der Beklagten handele. Die Tatsache, dass die Schulen die Helfer koordinierten, sei als

ArbeitnehmerÃ¼berlassung auszulegen und komme einer Eingliederung in den eigenen Betrieb gleich. Die Integrationshelfer seien dergestalt in den Schulbetrieb Ã¼berfÃ¼hrt, dass es sich um Personalleihe handele, wofÃ¼r auch spreche, dass entsprechende Weisungsrechte der Schulen gegenÃ¼ber den Integrationshelfern bestÃ¼nden. Ferner werde das Gebot der TrÃ¤gervielfalt durch das Vergabeverfahren in unzulÃ¤ssiger Weise ausgehebelt. Es dÃ¼rften grundsÃ¤tzlich nicht die LeistungstrÃ¤ger den Wettbewerb machen, dieser habe sich vielmehr zwischen den Leistungserbringern zu entfalten. Das Rechtsregime des Vergaberechts sei nicht betroffen, weil die Â§Â§ 75 ff. SGB XII sich als abschlieÃ□ende Regelung fÃ¼r die Vergabe von Sozialleistungen darstellten. Die Anwendbarkeit des Vergaberechts scheitere auch am fehlenden â□□Ã¶ffentlichen Auftragâ□□. EU-Recht erkenne ausdrÃ¼cklich an, dass das Vergaberecht bei sozialen Leistungen und Sachverhalten nicht immer passend und angemessen sei. Die Tatsache, dass Â§ 45 Abs. 3 Sozialgesetzbuch Drittes Buch â□□ ArbeitsfÃ¶rderung (SGB III) die MÃ¶glichkeit der Anwendung von Vergaberecht vorsehe, belege im Umkehrschluss wegen des Fehlens einer vergleichbaren Regelung im SGB XII, dass eine Ausschreibung und die Anwendung von Vergaberecht hier gerade nicht zulÃ¤ssig seien. Sie, die KlÃ¤ger, hÃ¤tten auch ein Feststellungsinteresse nach dem Ende des Vergabeverfahrens. Einerseits bestehe die begrÃ¼ndete Annahme der Wiederholungsgefahr, da davon auszugehen sei, dass die Beklagte auch zukÃ¼nftig das Pooling-Verfahren weiterbetreiben und Ã¼ber Ausschreibungsverfahren fortfÃ¼hren wolle. Daneben sei aber auch die Vorbereitung von Schadensersatzansprüchen laufend, da sÃ¤mtliche Schulhelfer von den beiden Losgewinnern gestellt wÃ¼rden und sie, die KlÃ¤ger, finanzielle EinbuÃ□en erlitten hÃ¤tten. SchlieÃ□lich hÃ¤tten sie auch analog Â§ 1004 Abs. 1 BÃ¼rgerliches Gesetzbuch (BGB) einen Ã¶ffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch, der sich gegen den faktischen Ausschluss von der Leistungserbringung richte.

Die KlÃ¤ger haben beantragt,

1.

a) festzustellen, dass es der Beklagten untersagt war, die nationale Ausschreibung nach VOL/A Ã□ffentliche Ausschreibung mit der Vergabenummer 16/10-2015-0123, Art der Leistung: Einsatz von Integrationshelfern an Schulen in E fÃ¼r Kinder mit Behinderung im Rahmen der Eingliederungshilfe durchzufÃ¼hren,

b) hilfsweise festzustellen, dass es der Beklagten untersagt war, den Zuschlag in dem Verfahren gemÃ¤Ã□ Ziffer 1a zu erteilen,

2. der Beklagten zu untersagen,

a) mÃ¶glichen LeistungsempfÃ¤ngern nur die MÃ¶glichkeit einzurÃ¤umen, die Leistung der Integrationshilfe von den Leistungserbringern in Anspruch zu nehmen, die in dem Vergabeverfahren gemÃ¤Ã□ Ziffer 1 den Zuschlag erhalten haben,

b) jede Form der selektiven Beratung mÃ¶glicher LeistungsempfÃ¤nger

dahingehend, dass die Leistungserbringer, die in dem Vergabeverfahren gemÃ¤Ã Ziffer 1 den Zuschlag erhalten haben, vorgeschrieben oder empfohlen werden,

c) jede Form des aktiven, unmittelbaren oder mittelbaren, Hinwirkens darauf, dass die Leistungsberechtigten die Leistungserbringer auswÃ¤hlen, die in dem Vergabeverfahren gemÃ¤Ã Ziffer 1 den Zuschlag erhalten haben.

Die Beklagte hat beantragt,

Â die Klage abzuweisen.

Die Beklagte ist dem Klagevorbringen entgegengetreten. Wegen des Vorrangs des Vergaberegimes in den Â§Â§ 97 ff. GWB sei die ZustÃ¤ndigkeit der Sozialgerichtsbarkeit in Frage gestellt. Den AntrÃ¤gen fehle zudem das RechtsschutzbedÃ¼rfnis, da die Klage in der Hauptsache unzulÃ¤ssig sei. Es sei bereits das Verfahren S 17 SO 137/15 vor dem SG DÃ¼sseldorf anhÃ¤ngig, in welchem die vorhergehende Ausschreibung angefochten wurde. Dies begrÃ¼nde eine IdentitÃ¤t des Streitgegenstandes und mithin eine doppelte RechtshÃ¤ngigkeit. Die Beklagte sei zur Anwendung des Vergaberechts und mithin zu der angegriffenen Ausschreibung verpflichtet. Es handele sich bei ihr um einen Ã¶ffentlichen Auftraggeber, welcher einen Ã¶ffentlichen Auftrag zu vergeben beabsichtige. Der zu beachtende Schwellenwert von 209.000 Euro sei deutlich Ã¼berschritten. Â§ 75 SGB XII begrÃ¼nde auch kein AusschlieÃlichkeitsverhÃ¤ltnis, nach welchem keine anderen VergÃ¼tungsgrundlagen zulÃ¤ssig wÃ¤ren. Gerade aus Â§ 75 Abs. 4 SGB XII ergebe sich bereits, dass auch andere Vertragsbeziehungen Grundlage von VergÃ¼tungspflichten sein kÃ¶nnten. Vorliegend seien die Vertragsverhandlungen zwischen den Beteiligten gescheitert, sodass ein entsprechender Einzelfall im Sinne des Â§ 75 Abs. 4 SGB XII vorliege. Es liege Ã¼berdies ohnehin immer dann ein Einzelfall vor, wenn ein Vergabeverfahren ordnungsgemÃ¤Ã und erfolgreich durchgefÃ¼hrt worden sei. Des Weiteren werde auch keine eigene Einrichtung geschaffen, vielmehr stelle sie lediglich eine Art Organisationsmodell zur Koordination der verschiedenen Helfer zur VerfÃ¼gung. Ãberdies seien mehrere Lose ausgeschrieben worden, sodass durchaus verschiedene Anbieter die AufgabenerfÃ¼llung wahrnehmen kÃ¶nnten und tatsÃ¤chlich seien auch zwei verschiedene Anbieter ausgewÃ¤hlt worden. Es habe die MÃ¶glichkeit gegeben, in Bietergemeinschaften aufzutreten und an dem Ausschreibungsverfahren teilzunehmen. DarÃ¼ber hinaus wÃ¤re die Beklagte, wie auch tatsÃ¤chlich geschehen, bereit, weitere VertrÃ¤ge nach Â§ 75 SGB XII abzuschlieÃen. Es sei darauf hinzuweisen, dass der dem Vergabeverfahren folgende Vertrag eine AusschlieÃlichkeit hinsichtlich des Pool-Modells bedinge, nicht hingegen in Bezug auf abzuschlieÃende Vereinbarungen nach Â§ 75 SGB XII. Das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten sei auch nicht unzumutbar eingeschrÃ¤nkt, wobei die Erfahrung gezeigt habe, dass Eltern von anspruchsberechtigten Kindern regelmÃ¤Ãig der Anbieter gleichgÃ¼ltig, der jeweilige Integrationshelfer indes sehr wichtig sei. Das Pooling sei aus dem Umstand erwachsen, dass die Beklagte sich einer steigenden Zahl an Integrationshelfern gegenÃ¼bersehe. Die nunmehrige LÃ¶sung bringe den Vorteil, dass Kinder auch gemeinsam betreut

werden kÃ¶nnten und so grÃ¶Ãere FlexibilitÃ¤t entstehe und weniger Erwachsene in einer Klasse seien, was den Unterrichtsverlauf deutlich vereinfache. Bei dem Pooling-Konstrukt handele es sich auch nicht um die Schaffung einer eigenen Einrichtung im Sinne des Â§ 75 Abs. 2 SGB XII. Das Weisungsrecht fÃ¼r die beschÃ¤ftigten Integrationshelfer liege bei den Ausschreibungsgewinnern und nicht bei ihr. SchlieÃlich kÃ¶nne durch das praktizierte Verfahren das Ziel der Â§Â§ 75 ff. SGB XII, das in der Sicherung der QualitÃ¤t bestehe, erreicht werden. In der Vergangenheit habe das aufgrund der fehlenden Vereinbarungen (mit der A und ihren Mitgliedern) gerade nicht erfolgen kÃ¶nnen.

Das SG DÃ¼sseldorf hat die Klage durch Urteil vom 20.03.2019 abgewiesen. Die Feststellungsklage sei zulÃ¤ssig. Das besondere Feststellungsinteresse bestehe in einer Wiederholungsgefahr und in einem PrÃ¤judizinteresse. Die Klage sei nicht wegen doppelter RechtshÃ¤ngigkeit unzulÃ¤ssig, weil das unter dem Aktenzeichen S 17 SO 137/15 gefÃ¼hrte Verfahren, das zum Zeitpunkt der hiesigen Klageerhebung noch anhÃ¤ngig gewesen sei, das vorliegende Verfahren nicht berÃ¼hre, da es sich um ein anderes Ausschreibungsverfahren gehandelt habe. Die Ausschreibung sei dagegen zulÃ¤ssig gewesen, sodass die FeststellungsantrÃ¤ge zu 1) unbegrÃ¼ndet seien. Das Regelungssystem der Â§Â§ 75 ff. SGB XII stehe dem nicht entgegen. Dies ergebe sich einerseits bereits aus der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 Abs. 2 Grundgesetz (GG) in der AusprÃ¤gung des Beschaffungsermessens sowie demzufolge aus den sich auf das nationale Recht auswirkenden bzw. diesem vorgehenden europarechtlichen Vorschriften und eines fehlenden AusschlieÃlichkeitsanspruches des Systems der Â§Â§ 75 ff. SGB XII. Das sozialrechtliche DreiecksverhÃ¤ltnis stelle zwar eine Besonderheit dar. Es lasse sich jedoch aus dem Gesetz nicht ableiten, dass die Finanzierung der Leistungserbringung nur im Wege des dreiseitigen RechtsverhÃ¤ltnisses und mithin unter Abschluss von VertrÃ¤gen nach den Â§Â§ 75 ff. SGB XII vorgenommen werden kÃ¶nne. Die Â§Â§ 75 ff. SGB XII sollen sicherstellen, dass bei Auswahl des Leistungserbringers durch den Leistungsberechtigten bestimmte QualitÃ¤tsanforderungen und -aspekte eingehalten wÃ¼rden und auf Seiten der BehÃ¶rden eine gewisse KostenÃ¼bersicht behalten werden kÃ¶nne. Diese QualitÃ¤tssicherung und Kostenkontrolle erfolgten aber bei einer Ausschreibung und dem Pooling durch die Beklagte direkt, da QualitÃ¤tsstandards bzw. QualitÃ¤tssicherung und auch Preisbildung Bestandteil der dem Ã¶ffentlichen Auftrag zugrunde liegenden VertrÃ¤ge seien. Es sei trotz der vorhandenen Ausschreibung fÃ¼r die KlÃ¤ger (und andere Anbieter) auch weiterhin mÃ¶glich, mit der Beklagten VertrÃ¤ge nach den Â§Â§ 75 ff. SGB XII zu schlieÃen. Bei der nach Â§ 75 SGB XII vorzunehmenden Ermessensentscheidung dÃ¼rften Bedarfsgesichtspunkte gerade keine Rolle spielen. Durch den Abschluss eines Vertrages nach Â§ 75 SGB XII entstehe noch keine konkrete VergÃ¼tungsverpflichtung, vielmehr begrÃ¼nde eine Vereinbarung nach Â§ 75 SGB XII lediglich den Rahmen bzw. die Grundlage der VergÃ¼tung eines mÃ¶glichen VertragsverhÃ¤ltnisses. Die KlÃ¤ger hÃ¤tten auch ohne Ausschreibungsverfahren keinen Anspruch darauf gehabt, dass sie als Leistungserbringer ausgewÃ¤hlt werden bzw. dass sie eine bestimmte Fallzahl an Betreuungen Ã¼bernehmen kÃ¶nnten. Richtig sei in diesem Zusammenhang, dass die Anspruchsinhaber sich mit der Beklagten auseinandersetzen mÃ¼ssten hinsichtlich der Problematik, ob sie

einen Integrationshelfer aus dem Pooling zu akzeptieren verpflichtet seien oder aber einen â□□externenâ□□ Integrationshelfer ihrer Wahl beschÃ¤ftigen dÃ¼rfen. Die KlÃ¤ger kÃ¶nnten vorliegend auch nicht die Verletzung des Wunsch- und Wahlrechts rÃ¼gen. Aus diesem Grundsatz erwachse den KlÃ¤gern als Leistungserbringer kein subjektives Recht. Etwaige VerstÃ¶Ã□e gegen das Wunsch- und Wahlrecht seien vielmehr von den Leistungsberechtigten selbst zu rÃ¼gen. Eine Verletzung der Berufsfreiheit der KlÃ¤ger lÃ¤ge nicht vor, denn AbschlÃ¼sse von VertrÃ¤gen nach Â§Â§ 75 ff. SGB XII seien weiterhin mÃ¶glich. DarÃ¼ber hinaus hÃ¤tten beide KlÃ¤ger sich an dem Ausschreibungsverfahren beteiligen kÃ¶nnen. SchlieÃ□lich schÃ¼tze die Berufsfreiheit keine zukÃ¼nftigen ErwerbsmÃ¶glichkeiten bzw. sichere nicht bestehende oder zukÃ¼nftige ErwerbsmÃ¶glichkeiten und kÃ¶nne auch keinen Schutz vor Wettbewerbssituationen begrÃ¼nden. Aus denselben ErwÃ¤gungen lasse sich auch keine Verletzung des Grundsatzes der TrÃ¤gervielfalt herleiten. Ferner sei ein (vollstÃ¤ndiger) Ausschluss des Vergaberechts nicht mit dem Anwendungsvorrang europÃ¤ischen Gemeinschaftsrechts vereinbar. Dies gelte jedenfalls dann, wenn wie im vorliegenden Fall, ein Ã¶ffentlicher Auftraggeber einen Ã¶ffentlichen Auftrag vergeben wolle und dabei der maÃ□gebliche Schwellenwert Ã¼berschritten werde. Die seitens der KlÃ¤ger gerÃ¼gte fehlende Ã□ffnung des SGB XII zugunsten des GWB greife aufgrund des fehlenden AusschlieÃ□lichkeitsverhÃ¤ltnisses des RegelungsgefÃ¼ges der Â§Â§ 75 ff. SGB XII nicht durch. Die UnterlassungsantrÃ¤ge seien infolgedessen ebenfalls unbegrÃ¼ndet.

Gegen das ihren ProzessbevollmÃ¤chtigten am 27.05.2019 zugestellte Urteil haben die KlÃ¤ger am 24.06.2019 Berufung eingelegt und ihren bisherigen Vortrag wiederholt und vertieft. Die Beklagte habe den Gewinnern der Ausschreibung ein ausschlieÃ□liches Recht eingerÃ¤umt, die an den Schulen in E benÃ¶tigten Integrationshelfer zu stellen. Dies habe die Beklagte in einem Schreiben an den KlÃ¤ger zu 1) vom 07.07.2016 so ausdrÃ¼cklich erklÃ¤rt. Die Beklagte habe zwar mit ihnen Leistungsvereinbarungen geschlossen, die jedoch faktisch seit 2016 nicht erfÃ¼llt wÃ¼rden, weil sie â□□ auÃ□erhalb des Poolings mit den Ausschreibungsgewinnern â□□ keine Helfer in Schulen in E einsetzen kÃ¶nnten. Durch den Zuschlag hÃ¤tten sie alle zuvor von ihnen betreute SchÃ¼ler verloren. Ihnen, den KlÃ¤gern, und den Leistungsberechtigten gegenÃ¼ber habe die Beklagte deutlich gemacht, dass die IntegrationskrÃ¤fte von den Ausschreibungsgewinnern gestellt wÃ¼rden. Die Beklagte habe mit der Ausschreibung gegen die Â§Â§ 75 ff. SGB XII, das Prinzip der TrÃ¤gervielfalt und das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten verstoÃ□en. Die kommunale Selbstverwaltungsgarantie sei in verfassungskonformer Weise durch Â§ 75 SGB XII eingeschrÃ¤nkt. Daraus ergebe sich ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung beim Abschluss von Vereinbarungen. Dieser Anspruch sei durch die Ausschreibung und den faktischen Ausschluss aller anderen Anbieter, die nicht den Zuschlag erhalten haben, verletzt. Aus Wortlaut, Sinn und Zweck und Historie des Â§ 75 SGB XII folge, dass die subjektiven Rechte der anderen Anbieter verletzt seien, wenn einem einzelnen Leistungserbringer eine bestimmte Auslastung zugesichert werde. Auch aus dem durch das Bundesteilhabegesetz (BTHG) eingefÃ¼hrten Â Â Â§ 123 Abs. 1 Sozialgesetzbuch Neuntes Buch â□□ Rehabilitation und Teilhabe von Menschen mit Behinderungen (SGB IX) ergebe sich, dass das

sozialrechtliche DreiecksverhÃ¤ltnis beibehalten werden sollte (BT-Drucks. 18/9522, S. 290 ff.). Ferner verstoÃe die Beklagte gegen Â§ 75 Abs. 2 S. 1 SGB XII, weil sie eigene Dienste denen von Drittanbietern vorzÃ¶ge. Die Integrationshelfer wÃ¼rden eng in den Schulbetrieb integriert und unterlÃ¤gen der unmittelbaren Weisungsbefugnis der Beklagten bzw. der Schulleitung. Dies ergÃ¤be sich aus dem Vertragsinhalt und der Vertragsabwicklung. Eine Ausnahme nach Â§ 75 Abs. 4 SGB XII lÃ¤ge nicht vor, weil die Norm einengend auszulegen sei. Sie seien daher auch in ihrer Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG verletzt. Hinsichtlich des Feststellungsinteresses bestehe ein PrÃ¤judizinteresse zur Vorbereitung eines Schadensersatzprozesses. Ferner liege eine Wiederholungsgefahr vor, weil die Beklagte ein neues Vergabeverfahren plane. Die VertrÃ¤ge mit den Ausschreibungsgewinnern seien aufgrund des streitigen Zuschlags zum Schuljahr 2020/2021 ausgelaufen. Die Beklagte habe jedoch mit diesen einen im Wesentlichen gleichlautenden Interimsvertrag fÃ¼r das Schuljahr 2021/2022 geschlossen.

Die KlÃ¤ger beantragen,

das Urteil des Sozialgerichts DÃ¼sseldorf vom 20.03.2019 zu Ã¤ndern und festzustellen, dass es der Beklagten untersagt war, die nationale Ausschreibung nach VOL/A Ãffentliche Ausschreibung der Vergabenummer 16/10-2015-0123, Art der Leistung: Einsatz von Integrationshelfern an Schulen in E fÃ¼r Kinder mit Behinderung im Rahmen der Eingliederungshilfe, durchzufÃ¼hren und den Zuschlag in diesem Vergabeverfahren zu erteilen. Â

Die Beklagte beantragt,

die Berufung der KlÃ¤ger zurÃ¼ckzuweisen.

Die Beklagte wiederholt und vertieft ebenfalls ihren bisherigen Vortrag. Es sei nicht richtig, dass andere Anbieter auÃerhalb des Pools (faktisch) ausgeschlossen seien. AuÃerhalb des Poolings existiere keine ExklusivitÃ¤t. Seit EinfÃ¼hrung dieses Systems seien kaum AntrÃ¤ge von anderen Anbietern eingegangen; dies liege daran, dass die LeistungsempfÃ¤nger mit der Leistungserbringung zufrieden seien. Entgegen der Darstellung der KlÃ¤ger habe sie auf LeistungsempfÃ¤nger keinen Einfluss genommen. Zudem fÃ¼hre sie keinen eigenen verdeckten Betrieb, weil die Integrationshelfer notgedrungen in die AblÃ¤ufe des Schulbetriebs eingegliedert werden mÃ¼ssten; dies sei auch schon vor dem Pooling so praktiziert worden. Weder die Schule noch sie, die Beklagte, dÃ¼rften dem Integrationshelfer Weisungen erteilen, sondern allein die Leistungserbringer. Die Leistungsvereinbarungen mit den KlÃ¤gern seien nach wie vor gÃ¼ltig. Das Schreiben vom 07.07.2016 stelle keine Ablehnung einer Vereinbarung dar, sondern enthalte nur den Hinweis auf die EinfÃ¼hrung des Poolings. Sie habe die KlÃ¤ger auch nicht faktisch ausgeschlossen, da bei einem Bedarf auÃerhalb des Poolings Kosten fÃ¼r erbrachte Leistungen erstattet wÃ¼rden. Die KlÃ¤ger hÃ¤tten aber keinen Belegungsanspruch aus dem Abschluss der Leistungs- und VergÃ¼tungsvereinbarungen. Â§ 75 SGB XII enthalte keine AusschlieÃlichkeitsklausel, wonach keine anderen VergÃ¼tungsgrundlagen

zulÃ¤ssig wÃ¤ren. Die Voraussetzungen nach Â§ 75 Abs. 4 SGB XII lÃ¤gen vor, weil die KlÃ¤ger sich auf Vertragsverhandlungen nicht eingelassen hÃ¤tten. Daher habe sie auf eine Ausschreibung zurÃ¼ckgreifen dÃ¼rfen. Die TrÃ¤gervielfalt sei nicht tangiert, da ein Einsatz auÃerhalb des Poolings zulÃ¤ssig sei. Die KlÃ¤ger hÃ¤tten nach dem Ende jedes Schuljahres die MÃ¶glichkeit gehabt, VertrÃ¤ge mit den Leistungsberechtigten abzuschlieÃen, weil den HilfeempfÃ¤ngern grundsÃ¤tzlich Leistungen fÃ¼r ein Schuljahr gewÃ¤hrt wÃ¼rden. Sie habe den Marktzugang fÃ¼r die KlÃ¤ger weder erschwert noch verhindert. SchutzansprÃ¼che gegen ein hoheitlich veranlasstes TÃ¤tigwerden auf dem Markt kÃ¤men nur in Betracht, wenn der HoheitstrÃ¤ger in unertrÃ¤glicher Weise auf VerdrÃ¤ngung der Wettbewerber oder die Einrichtung eines Monopols abziele. Da das sozialhilferechtliche Leistungssystem das hoheitliche TÃ¤tigwerden aber nicht schlechthin verbiete, stelle auch ihre eigenstÃ¤ndige Wettbewerbsteilnahme eine durch Art. 12 Abs. 1 GG vorabgewogene Wettbewerbsfolge dar. Hierbei sei auch zu beachten, dass sie keinen Einfluss auf die Entscheidungen der Leistungsberechtigten habe und diese ihr daher nicht zuzurechnen seien. Es sei von den KlÃ¤gern daher hinzunehmen, dass fÃ¼r die Vertragslaufzeit des Poolings ein nur marginaler Einsatzbereich verbleibe. Weder aus Â§ 75 SGB XII noch aus Â§ 123 Abs. 1 SGB IX ergebe sich ein Verbot fÃ¼r Ausschreibungsverfahren. Mehrere Preisverhandlungsrunden mit der A seien ergebnislos verlaufen, es sei daher ein weiteres Vergabeverfahren geplant.

Die Beklagte hat Ende des Jahres 2021 ein weiteres Ausschreibungsverfahren unter der Vergabenummer 2021/S-16-425172 eingeleitet. Der Vergabeauftrag sollte fÃ¼r die Schuljahre 2022/2023 und 2023/2024 erfolgen, eine VerlÃ¤ngerung um weitere zwei Jahre sollte mÃ¶glich sein. Einen dagegen gestellten Antrag des KlÃ¤gers zu 1) im einstweiligen Rechtsschutzverfahren hat das SG DÃ¼sseldorf mit Beschluss vom 22.12.2021 (Az.: S 42 SO 356/21 ER) abgelehnt. Auf die dagegen eingelegte Beschwerde des KlÃ¤gers zu 1) hat das Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen (LSG NRW) in einem Beschluss vom 26.01.2022 (Az.: L 9 SO 12/22 B ER) der Beklagten einstweilen bis zum rechtskrÃ¤ftigen Abschluss eines Hauptsacheverfahrens untersagt, in dem begonnenen Vergabeverfahren einen Zuschlag zu erteilen. Auf den Inhalt des Beschlusses wird Bezug genommen.

Hinsichtlich des weiteren Inhalts des Sach- und Streitstandes wird auf die Verwaltungsakten der Beklagten, die Gerichtsakte und die beigezogenen Akten zum einstweiligen Rechtsschutzverfahren S 42 SO 73/16 ER Bezug genommen. Diese Akten sind Gegenstand der mÃ¼ndlichen Verhandlung und Entscheidung gewesen.

Â

Â

EntscheidungsgrÃ¼nde:

Die Berufung der KlÃ¤ger hat Erfolg.

A. Gegenstand des Berufungsverfahrens ist das Vergabeverfahren 16/10-2015-0123 und die in diesem Zusammenhang von den KlÃ¤gern geltend gemachten Leistungs-

und AbwehransprÃ¼che in den Schuljahren von 2016/2017 bis 2020/2021, weil die Ausschreibung sich lÃ¤ngstens auf diesen Zeitraum bezogen hat. Soweit die Beklagte und die Ausschreibungsgewinner fÃ¼r das Schuljahr 2021/2022 eine Interimsvereinbarung mit im Wesentlichen inhaltsgleichen Vertragsinhalten abgeschlossen haben, betrifft das nicht das streitgegenstÃ¤ndliche Vergabeverfahren und damit nicht den Zeitraum, Ã¼ber den der Senat zu entscheiden hat. Dem entspricht die Ã¼bereinstimmende ErklÃ¤rung der Beteiligten in der mÃ¼ndlichen Verhandlung, dass der Streitzeitraum vom 01.08.2016 bis 31.07.2021 verlÃ¤uft und die Interimsvereinbarung damit auÃ□er Betracht bleibt. Wegen des Zeitablaufs haben die KlÃ¤ger die noch im Klageverfahren gestellten UnterlassungsantrÃ¤ge nicht mehr aufrechterhalten. Auch der schriftsÃ¤tzlich angekÃ¼ndigte Hilfs-Feststellungsantrag, der sich auf eine ordnungsgemÃ¤Ã□e ErfÃ¼llung der gemÃ¤Ã□ Â§Â§ 75 ff. SGB XII (in der bis zum 31.12.2019 geltenden Fassung, a.F.) getroffenen Leistungs-, VergÃ¼tungs- und PrÃ¼fungsvereinbarungen bezog, wurde von den KlÃ¤gern nicht mehr aufrechterhalten.

B. Die Berufung ist zulÃ¤ssig.

I. Insbesondere ist der Senat sachlich fÃ¼r die Entscheidung Ã¼ber die Berufung zustÃ¤ndig. GemÃ¤Ã□ Â§ 202 S. 1 Sozialgerichtsgesetz (SGG) i.V.m. Â§ 17a Abs. 5 Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) prÃ¼ft das Gericht, das Ã¼ber ein Rechtsmittel gegen eine Entscheidung in der Hauptsache entscheidet, nicht, ob der beschrittene Rechtsweg zulÃ¤ssig ist. Diese Voraussetzung liegt hier vor. Das SG DÃ¼sseldorf hat seine ZustÃ¤ndigkeit (unausgesprochen) angenommen. Der Senat ist hieran gebunden (vgl. BGH Beschluss vom 18.09.2008, V ZB 40/08, Rn. 10 m.w.N., juris). Eine Bindungswirkung tritt zwar dann nicht ein, wenn die Vorinstanz bei ihrer Rechtswegentscheidung gegen Â§Â 17a Abs.Â 3 S.Â 2 GVG verstoÃ□en hat (vgl. BSG BeschlÃ¼sse vom 03.08.2011, B 11 SF 1/10 R, Rn.Â 14, juris; und vom 20.10.2010, B 13 R 63/10 B, Rn.Â 26, juris; vgl. auch BGH Urteil vom 09.05.2019, III ZR 388/17, Rn. 11, juris; BVerwG Beschluss vom 28.01.1994, 7 B 198/93, Rn. 5, juris). Danach hat das Gericht vorab zu entscheiden, ob der beschrittene Rechtsweg zulÃ¤ssig ist, wenn eine Partei die ZulÃ¤ssigkeit des Rechtsweges rÃ¼gt. Ein solcher Fall liegt hier aber nicht vor, weil keiner der Beteiligten die ZulÃ¤ssigkeit des Rechtswegs gerÃ¼gt hat. Soweit die Beklagte in ihrem Schriftsatz vom 07.04.2016 ausgefÃ¼hrt hat, wegen des Vorrangs der Â§Â§ 97 ff. GWB sei die ZustÃ¤ndigkeit der Sozialgerichtsbarkeit in Frage gestellt, hat sie den beschrittenen Rechtsweg nicht gerÃ¼gt, sondern lediglich rechtliche Zweifel anbringen wollen. Die Beklagte hat sich im Berufungsverfahren auch nicht auf den Standpunkt gestellt, dass sie im Klageverfahren die UnzulÃ¤ssigkeit des Rechtswegs gerÃ¼gt habe.

Dessen ungeachtet ist der beschrittene Sozialrechtsweg auch zulÃ¤ssig. Die ZustÃ¤ndigkeit der Sozialgerichtsbarkeit ergibt sich aus Â§ 51 Abs. 1 Nr. 6a SGG. Danach entscheiden die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit Ã¼ber Ã¶ffentlich-rechtliche Streitigkeiten in Angelegenheiten der Sozialhilfe einschlieÃ□lich der Angelegenheiten nach Teil 2 des SGB IX und des Asylbewerberleistungsgesetzes (AsylbLG). Angelegenheiten der Sozialhilfe sind Rechtsstreite, die ihre rechtliche

Grundlage in Vorschriften des SGB XII haben oder in einem engen sachlichen Zusammenhang mit der VerwaltungstÃ¤tigkeit nach dem SGB XII stehen (BSG Beschluss vom 25.09.2013, B 8 SF 1/13 R, Rn. 9, juris; Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, 13. Auflage 2020, Â§ 51 Rn. 33b m.w.N.). Dies ist hier der Fall, weil die KlÃ¤ger sich auf ein aus den Vorschriften des SGB XII (in der bis zum 31.12.2019 geltenden Fassung, a.F.) abzuleitendes generelles Ausschreibungsverbot stÃ¼tzen. Sie berufen sich damit auf ein Recht, das ausschlieÃlich aus Ã¶ffentlich-rechtlichen Vorschriften des Sozialrechts resultiert (vgl. LSG NRW Beschluss vom 26.01.2022, L 9 SO 12/22 B ER, Rn. 12, juris). Wegen dieser Spezialzuweisung an das SG als besonderes Verwaltungsgericht entfÃ¤llt gleichsam eine ZustÃ¤ndigkeit der allgemeinen Verwaltungsgerichte nach Â§ 40 Abs. 1 S. 1 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO).

Eine Sonderzuweisung an ein anderes Gericht existiert nicht, insbesondere nicht aus Â§ 156 Abs. 2 GWB, wonach Rechte aus Â§ 97 Abs. 6 GWB sowie sonstige AnsprÃ¼che gegen Auftraggeber, die auf die Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren gerichtet sind, nur vor den Vergabekammern und dem Beschwerdegericht geltend gemacht werden kÃ¶nnen. Ein Recht aus Â§ 97 Abs. 6 GWB machen die KlÃ¤ger nicht geltend. Nach dieser Norm haben Unternehmen Anspruch darauf, dass die Bestimmungen Ã¼ber das Vergabeverfahren eingehalten werden. Zu diesen Bestimmungen gehÃ¶ren neben den Regelungen des GWB auch die unionsrechtlichen Vergaberichtlinien sowie auf nationaler Ebene die Verordnungs- und Verdingungsordnungen, soweit auf diese Bezug genommen wird (Bungenberg/Schelhaas in BeckOK Vergaberecht, 23. Edition, Stand: 31.01.2022, Â§ 97 Abs. 6 GWB Rn. 11; vgl. auch Horn/Hofmann in Beck VergabeR, Bd. 1, 4. Auflage 2022, Â§ 156 GWB Rn. 8). Die KlÃ¤ger wenden sich mit ihrer Berufung jedoch nicht gegen die Verletzung etwaiger Bestimmungen Ã¼ber das Vergabeverfahren, sondern machen die UnzulÃ¤ssigkeit der DurchfÃ¼hrung eines entsprechenden Verfahrens als solche geltend. Ein derartiger Einwand ist auch nicht auf die Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren i.S.d. Â§ 156 Abs. 2 GWB gerichtet. Ferner ist das Tatbestandsmerkmal â□□in einem Vergabeverfahrenâ□□ dahin auszulegen, dass ein Vergabeverfahren nicht durch Zuschlag oder in sonstiger Weise beendet sein darf (Horn/Hofmann in Beck VergabeR, 4. Auflage 2022, Â§ 156 GWB Rn. 12; Fett in BeckOK VergabeR, 23. Edition, Stand: 31.01.2022, Â§ 156 GWB Rn. 12), was aber hier der Fall ist. Fragen, die einem Vergabeverfahren vor- oder nachgelagert sind, werden von Â§ 156 Abs. 2 GWB daher nicht erfasst (BKartA Bonn Beschluss vom 15.08.2018, VK 1 â□□ 69/18, Rn. 56, juris). Auch wenn Â§ 156 Abs. 2 GWB eine ZustÃ¤ndigkeitskonzentration auf die VergabenachprÃ¼fungsorgane bewirken soll, folgt daraus nicht die Sperre des Sozialrechtswegs. Eine Sonderzuweisung an die Vergabekammern und -senate ist nur gegeben, wenn fÃ¼r die Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten deutsches oder europÃ¤isches Kartell- oder Wettbewerbsrecht maÃgeblich ist. Nur dann ist eine fachliche Konzentration der Streitverfahren bei den nach dem GWB zustÃ¤ndigen SpruchkÃ¶rpern geboten. Soweit der Vergabesenat des OLG DÃ¼sseldorf in einem Beschluss vom 21.12.2016 (VII-Verg 26/16, Rn. 40, juris) ausgefÃ¼hrt hat, dass auch die Frage, ob Vorschriften des SGB (dort des Sozialgesetzbuchs FÃ¼nftes Buch â□□ Gesetzliche Krankenversicherung) einer Ausschreibung widersprechen und diese zu verhindern

geeignet sind, ausnahmslos von den VergabenachprÃ¼fungsinstanzen zu Ã¼berprÃ¼fen und zu entscheiden sei, folgt der erkennende Senat dem nicht (so auch schon LSG NRW Beschluss vom 26.01.2022, L 9 SO 12/22 B ER, Rn. 12, juris). Vielmehr hat der Vergabesenat des OLG DÃ¼sseldorf in einer spÃ¤teren Entscheidung seine voranstehende Rechtsprechung ausdrÃ¼cklich aufgegeben und nunmehr zutreffend ausgefÃ¼hrt, ein Vergabeverfahren, das zu einem Zuschlag fÃ¼hren solle und in dem bieterschÃ¼tzende Vorschriften nicht verletzt werden dÃ¼rften, beginne erst, wenn nach â der Ausschreibung vorgelagerte â ZweckmÃ¤Ãigkeitsâ¼berlegungen der interne Beschaffungsbeschluss getroffen sei und nach auÃen MaÃnahmen zu seiner Umsetzung getroffen wÃ¼rden (OLG DÃ¼sseldorf Beschluss vom 27.06.2018, VII-Verg 59/17, Rn. 57, 63, juris). Diese ErwÃ¤gungen schlieÃen eine ausschlieÃliche ZustÃ¤ndigkeit der Vergabeinstanzen Ã¼ber die Frage, ob eine Ausschreibung erfolgen darf, aus (vgl. LSG NRW Beschluss vom 26.01.2022, L 9 SO 12/22 B ER, Rn. 12, juris). FÃ¼r Leistungserbringer ergibt sich daraus ein zweigleisiger Rechtsschutz: Da das Vergaberecht erst eingreift, wenn der Ã¶ffentliche Auftraggeber seinen Beschaffungsbeschluss getroffen hat und zu dessen Realisierung ansetzt und alle zu dem Beschaffungsbeschluss fÃ¼hrende sozialrechtlich determinierte Ãberlegungen nicht der PrÃ¼fung der VergabenachprÃ¼fungsinstanzen unterliegen, sind, soweit es um die grundsÃ¤tzliche ZulÃ¤ssigkeit der DurchfÃ¼hrung des Vergabeverfahrens geht, nicht die VergabenachprÃ¼fungsinstanzen zustÃ¤ndig, sondern die Fachgerichte, also im Bereich des SGB (mit Ausnahme des Sozialgesetzbuchs Achtes Buch â Kinder- und Jugendhilfe) die Sozialgerichte. Soweit es dagegen um die Art und Weise der DurchfÃ¼hrung des mit der Ausschreibung erÃ¶ffneten Vergabeverfahrens geht, besteht die ZustÃ¤ndigkeit von Vergabekammer und OLG, wobei in diesem Verfahren dann alle die (behauptete) UnzulÃ¤ssigkeit eines Vergabeverfahrens betreffenden EinwÃ¤nde irrelevant sind. Die Einheit der Rechtsordnung ist durch diese zweigleisige Rechtswegzuweisung nicht gefÃ¤hrdet. Â§ 156 Abs. 2 GWB bestimmt nur, dass AnsprÃ¼che, die auf Vornahme oder Unterlassung in einem Vergabeverfahren gerichtet sind, nur vor den Vergabekammern und dem Beschwerdegericht geltend gemacht werden kÃ¶nnen. Der auf die UnzweckmÃ¤Ãigkeit der Vertragsanbahnung durch Ausschreibung gestÃ¼tzte Anspruch auf Unterlassung dieser Ausschreibung verfolgt demgegenÃ¼ber keine Rechte im Vergabeverfahren, sondern zielt allein auf die Verhinderung eines Vergabeverfahrens (Knispel, NZS 2019, 6, 9). Insofern handelt es sich um zwei unterschiedliche PrÃ¼fgegenstÃ¤nde.

II. Dem Rechtsstreit steht nicht das Verbot der doppelten RechtshÃ¤ngigkeit gemÃ¤Ã Â§ 202 S. 1 SGG i.V.m. Â§ 17 Abs. 1 S. 2 GVG entgegen, weil das unter dem Aktenzeichen S 17 SO 137/15 gefÃ¼hrte Verfahren beim SG DÃ¼sseldorf nicht mehr anhÃ¤ngig ist. Ferner ist mangels ergangenen Urteils auch keine entgegenstehende Rechtskraft (vgl. Â§ 141 Abs. 1 Nr. 1 SGG) zu beachten.

C. Die Berufung ist begrÃ¼ndet. Das SG DÃ¼sseldorf hat die Klage zu Unrecht abgewiesen. Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist zulÃ¤ssig (dazu I.) und begrÃ¼ndet (dazu II.)

I. Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist zulÃ¤ssig. Mit ihrem Fortsetzungsfeststellungsantrag begehren die KlÃ¤ger die Feststellung der Rechtswidrigkeit der DurchfÃ¼hrung des Vergabeverfahrens samt Zuschlagserteilung an die Ausschreibungsgewinner, nachdem der durch den Zuschlag gesetzte Rechtsrahmen mit dem Ende des Schuljahres 2020/2021 (und damit die Grundlage der ursprÃ¼nglichen Unterlassungsklage) entfallen ist. Der Wechsel von der ursprÃ¼nglichen Unterlassungsklage als Unterfall der echten Leistungsklage (Â§ 54 Abs. 5 SGG) in die Fortsetzungsfeststellungsklage ist nach Â§ 99 Abs. 3 Nr. 3 SGG zulÃ¤ssig (vgl. Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, 13. Auflage 2020, Â§ 131 Rn. 8a m.w.N.). Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist statthaft (dazu 1.); die KlÃ¤ger sind klagebefugt (dazu 2.); es besteht auch das erforderliche Fortsetzungsfeststellungsinteresse (dazu 3.).

1. Die Statthaftigkeit der Fortsetzungsfeststellungsklage richtet sich nach Â§ 131 Abs. 1 S. 3 SGG. Diese Norm bestimmt, dass das Gericht auf Antrag durch Urteil ausspricht, dass ein Verwaltungsakt rechtswidrig ist, wenn er sich vorher durch ZurÃ¼cknahme oder anders erledigt hat und der KlÃ¤ger ein berechtigtes Interesse an dieser Feststellung hat. Â§ 131 Abs. 1 S. 3 SGG betrifft in seinem unmittelbaren Anwendungsbereich zwar nur unzulÃ¤ssig gewordene Anfechtungsklagen, ist aber auf andere Klagearten analog anzuwenden, unter anderem auf allgemeine Leistungsklagen (vgl. BSG Urteile vom 18.05.2011, B 3 P 5/10 R, Rn. 33, juris; und vom 16.05.2013, B 3 P 5/12 R, Rn. 13, juris; vgl. auch Urteil vom 13.09.2005, B 2 U 21/04 R, Rn. 16, juris). Die vorrangig auf erledigte Verwaltungsakte zugeschnittenen Regelungen zur Fortsetzungsfeststellungsklage sind fÃ¼r die Leistungsklage entsprechend anzuwenden, weil es sich um eine vergleichbare Prozesssituation handelt und die KlÃ¤ger auch nach der Erledigung des ursprÃ¼nglichen Ausschreibungsverfahrens ein Interesse an einer bestimmten Feststellung hinsichtlich der angefochtenen Ausschreibung haben kÃ¶nnen. Das gegenteilige Ergebnis wÃ¤re mit dem Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG unvereinbar. Die fÃ¼r eine Analogie erforderliche planwidrige RegelungslÃ¼cke und gleichgelagerte Interessenlage (vgl. dazu BVerfG Beschluss vom 03.04.1990, 1 BvR 1186/89, Rn. 23 f., juris; BSG Urteil vom 23.11.1995, 1 RK 11/95, Rn. 16, juris) liegen insoweit vor.

2. Die KlÃ¤ger sind klagebefugt (Â§ 54 Abs. 1 S. 2 SGG analog). Erforderlich ist insoweit die MÃ¶glichkeit, dass die KlÃ¤ger einen Anspruch auf Unterlassung der DurchfÃ¼hrung des Vergabeverfahrens gehabt haben. Das ist hier der Fall. Die KlÃ¤ger sind als Erbringer der ausgeschriebenen Leistungen im Gebiet der Beklagten tÃ¤tig. BemÃ¼hen sich mehrere freie TrÃ¤ger um die DurchfÃ¼hrung von EingliederungshilfemaÃnahmen, so steht ihnen auf der Grundlage der aus Art. 12 Abs. 1 GG abzuleitenden BerufsausÃ¼bungsfreiheit ein Anspruch auf fehlerfreie ErmessensausÃ¼bung und chancengleiche Teilnahme am Bewerbungsverfahren zu (BVerwG Urteil vom 13.05.2004, 3 C 2/04, Rn. 19, juris; OVG NRW Beschluss vom 27.09.2004, 12 B 1390/04, Rn. 2 f., juris; Bayerischer VGH Beschluss vom 06.12.2021, 12 CE 21.2846, Rn. 4, juris; LSG NRW Beschluss vom 26.01.2022, L 9 SO 12/22 B ER, Rn. 13, juris). Ob dem Grundsatz der TrÃ¤gervielfalt (vgl. z.B. Â§ 5 SGB XII) und dem Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten (Â§ 9 Abs. 2 S.

1 SGB XII) drittschÃ¼tzender Charakter zukommt und die KlÃ¤ger sich insoweit auf sie als subjektiv-Ã¶ffentliche Rechte berufen kÃ¶nnen, bedarf dagegen keiner Entscheidung, da die Klagebefugnis bereits aus Art. 12 Abs. 1 GG folgt.

3. Das Fortsetzungsfeststellungsinteresse als Sonderform des RechtsschutzbedÃ¼rfnisses analog Â§ 131 Abs. 1 S. 3 SGG liegt ebenfalls vor. Es ist regelmÃ¤Ãig dadurch gekennzeichnet, dass der KlÃ¤ger nicht ohne Not um die â€žFrÃ¼chteâ€œ des bisherigen Prozesses gebracht werden darf, wenn das Verfahren einen bestimmten Stand erreicht hat. Es genÃ¼gt insoweit ein durch die Sachlage vernÃ¼nftigerweise gerechtfertigtes Interesse, das rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Natur sein kann. Entscheidend ist, dass die gerichtliche Entscheidung geeignet ist, die Position des KlÃ¤gers in den genannten Bereichen zu verbessern (vgl. BSG Urteil vom 10.07.1996, 3 RK 27/95, Rn. 15, juris; BVerwG Urteil vom 16.05.2013, 8 C 14/12, Rn. 20, juris). Vorliegend haben die KlÃ¤ger ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit des durchgefÃ¼hrten Vergabeverfahrens. Dieses folgt aus einer tatsÃ¤chlichen PrÃ¤judizialitÃ¤t (dazu a.). Ob daneben auch eine PrÃ¤judizialitÃ¤t zur Durchsetzung von SchadensersatzansprÃ¼chen (dazu b.) oder eine Wiederholungsgefahr (dazu c.) besteht, kann dagegen dahinstehen.

a. Das Fortsetzungsfeststellungsinteresse der KlÃ¤ger besteht aufgrund einer PrÃ¤judizialitÃ¤t. Auf eine solche PrÃ¤judizialitÃ¤t, d.h. eine Vorgreiflichkeit der Entscheidung im Berufungsverfahren fÃ¼r ein anderes Verfahren, kann ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse gestÃ¼tzt werden, wenn die begehrte Feststellung unmittelbar bindend fÃ¼r ein anderes gerichtliches oder behÃ¶rdliches Verfahren ist (sog. rechtliche PrÃ¤judizialitÃ¤t) oder ihr eine natÃ¼rliche AutoritÃ¤t fÃ¼r ein anderes RechtsverhÃ¤ltnis zukommt (sog. tatsÃ¤chliche PrÃ¤judizialitÃ¤t). Dadurch sollen erreichte Verfahrensergebnisse gesichert und Folgeprozesse vermieden werden (vgl. BSG Urteile vom 18.05.2011, B 3 KR 7/10 R, Rn. 22 m.w.N., juris; und vom 28.01.2021, B 8 SO 9/19 R, Rn. 20, juris). Im Einzelfall kann deshalb der Gesichtspunkt, dass ein erneutes Verfahren unter Gesichtspunkten der ProzessÃ¶konomie nicht zumutbar erscheint, ein Feststellungsinteresse auch dann begrÃ¼nden, wenn nicht zu erwarten ist, dass der kÃ¼nftig zustÃ¤ndige TrÃ¤ger nach KlÃ¤rung der Fragen, die das Feststellungsinteresse ursprÃ¼nglich begrÃ¼ndet haben, abweichend entscheidet. Dieser Gedanke fÃ¼hrt zwar nach Inkrafttreten des Gesetzes zur StÃ¤rkung der Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderungen (BTHG vom 23.12.2016, BGBl I., 3234) und dem damit bewirkten ZustÃ¤ndigkeitswechsel im Recht der Eingliederungshilfe zum 01.01.2020 (vgl. dazu BSG, a.a.O., Rn. 19, juris, und Punkt C. I. 3. c.) nicht ohne weiteres zur ZulÃ¤ssigkeit einer Fortsetzungsfeststellungsklage. RegelmÃ¤Ãig fehlt bei einer Feststellung bezogen auf einen Zeitraum in der Vergangenheit die anhaltende Wirkung fÃ¼r die Folgezeit, weil das kÃ¼nftige RechtsverhÃ¤ltnis bezogen auf den Anspruch dem Grunde oder der HÃ¶he nach nicht ausreichend konkretisiert ist (BSG, a.a.O., Rn. 21, juris). Anders liegt es aber beim vorliegenden Fall um die ZulÃ¤ssigkeit eines Vergabeverfahrens unter Beachtung des sozial(hilfe)rechtlichen DreiecksverhÃ¤ltnisses. Im Streit steht ausschlieÃlich die abstrakte Rechtsfrage, ob ein Vergabeverfahren durch sozial(hilfe)rechtliches Vertragsrecht ausgeschlossen ist. Die KlÃ¤rung dieser Frage wird auch den Streit

gegenÃ¼ber dem nunmehr fÃ¼r die Eingliederungshilfe zustÃ¤ndigen TrÃ¤ger erledigen. Die maÃgebliche Rechtslage hat sich in den fÃ¼r die vorliegende Entscheidung wesentlichen Punkten nicht geÃ¤ndert und in NRW sind die Kreise und kreisfreien StÃ¤dte, die auch fÃ¼r die Eingliederungshilfe nach dem 6. Kapitel des SGB XII zustÃ¤ndig waren, zum 01.01.2020 fÃ¼r die â hier relevante â Eingliederungshilfe an Personen bis zur Beendigung der Schulausbildung zustÃ¤ndig geworden (vgl. Â§ 94 Abs. 1 SGB IX i.V.m. Â§ 1 Abs. 2 des AusfÃ¼hrungsgesetzes zum Neunten Buch Sozialgesetzbuch fÃ¼r das Land Nordrhein-Westfalen vom 21.07.2018).

Etwas anderes ergibt sich nicht daraus, dass mit der Neufassung des Vertragsrechts durch das BTHG in Â§ 75 Abs. 6 SGB XII (und entsprechend auch in Â§ 123 Abs. 6 SGB IX fÃ¼r die Eingliederungshilfe ab dem 01.01.2020) ein eigener gesetzlicher Zahlungsanspruch des Leistungserbringers gegen den LeistungstrÃ¤ger eingefÃ¼hrt wurde. In der GesetzesbegrÃ¼ndung wird dazu ausgefÃ¼hrt, dass lediglich ein klarstellender Regelungsbedarf bestehe, der die bisherige Praxis der Direktzahlung vom LeistungstrÃ¤ger an den Leistungserbringer widerspiegeln solle; es wird dabei betont, dass der Zahlungsanspruch nur die vom TrÃ¤ger der Eingliederungshilfe zu erbringenden Leistungen umfasse (vgl. BT-Drucks. 18/9954, S. 67; BT-Drucks. 18/9522, S. 294, 340). Damit wird deutlich, dass auch die Regelung des Â§ 75 Abs. 6 SGB XII bzw. des Â§ 123 Abs. 6 SGB IX nichts daran Ã¤ndert, dass erst die Inanspruchnahme der bewilligten Leistung durch den Leistungsberechtigten zum Anspruch des Leistungserbringers gegen den LeistungstrÃ¤ger auf VergÃ¼tung der gegenÃ¼ber dem Leistungsberechtigten erbrachten Leistungen fÃ¼hrt. Die leistungsberechtigte Person hat daher trotz der Neuregelung weiterhin einen Rechtsanspruch gegen den LeistungstrÃ¤ger auf Ãbernahme der VergÃ¼tung aus dem zivilrechtlichen Dienstvertrag mit dem Leistungserbringer. Dementsprechend ist in der Bewilligung der Leistungen gegenÃ¼ber der leistungsberechtigten Person auch weiterhin ein Schuldbeitritt des TrÃ¤gers zur privatrechtlichen Zahlungsverpflichtung der leistungsberechtigten Person zu sehen. WÃ¤hrend es nach der Rechtslage bis zum 31.12.2019 nur den zivilrechtlichen Anspruch gab, dem der SozialhilfetrÃ¤ger durch ErklÃ¤rung beigetreten ist und der mit Zahlung der VergÃ¼tung insoweit unterging, bestehen seit dem 01.01.2020 zwei separate AnsprÃ¼che des Leistungserbringers auf Zahlung. Diese GesetzesergÃ¤nzung hat jedoch das sozial(hilfe)rechtliche DreiecksverhÃ¤ltnis nicht wesentlich verÃ¤ndert und berÃ¼hrt daher auch nicht die grundsÃ¤tzliche Frage, ob aus den Â§Â§ 75 ff. SGB XII a.F. bzw. den Â§Â§ 123 ff. SGB IX ein Verbot der DurchfÃ¼hrung von Vergabeverfahren im Bereich der Eingliederungshilfe abzuleiten ist.

b. Es bedarf keiner abschlieÃenden Entscheidung, ob daneben auch ein PrÃ¤judizinteresse aufgrund der MÃ¶glichkeit eines Amtshaftungsprozesses nach Â§ 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG anzunehmen ist, um etwaige Gewinnverluste durch den faktischen Ausschluss von der Leistungserbringung bei der Schulbegleitung im ZustÃ¤ndigkeitsbereich der Beklagten erstattet zu verlangen. Zur Vorbereitung eines Amtshaftungsverfahrens ist ein Feststellungsinteresse nur zu bejahen, wenn ein Amtshaftungsprozess bereits anhÃ¤ngig oder mit hinreichender Sicherheit zu erwarten ist (Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 13. Auflage 2020, Â§

131 Rn. 10e m.w.N.). Die KlÃ¤ger haben weder vor dem SG DÃ¼sseldorf noch vor dem Senat vorgetragen, dass sie gegen die Beklagte bereits eine Amtshaftungsklage vor dem zustÃ¤ndigen Landgericht (vgl. Art. 34 S. 3 GG, Â§ 71 Abs. 2 Nr. 2 GVG) erhoben hÃ¤tten oder eine solche Klage ernsthaft beabsichtigen. Sie haben lediglich auf Nachfrage des Senats erklÃ¤rt, dass das Verfahren der Vorbereitung eines Schadensersatzprozesses diene. Die KlÃ¤ger haben auch einen denkbaren Schaden nicht konkret beziffert oder die Parameter dargestellt, nach denen sich der Schaden aus ihrer Sicht bemessen kÃ¶nnte. Andererseits ist zu berÃ¼cksichtigen, dass ein Amtshaftungsprozess mit hinreichender Sicherheit bereits zu erwarten ist, wenn der KlÃ¤ger konkret vortrÃ¤gt, er beabsichtige, eine Amtshaftungsklage zu erheben, oder seinem Gegner einen Amtshaftungsprozess angekÃ¼ndigt hat (BSG Urteil vom 21.03.2018, B 6 KA 44/16 R, Rn. 32, juris).

c. Der Senat kann ferner offen lassen, ob das Feststellungsinteresse zugleich auf eine Wiederholungsgefahr gestÃ¼tzt werden kann. Dies ist dann mÃ¶glich, wenn die hinreichend bestimmte (konkrete) Gefahr besteht, dass unter im Wesentlichen unverÃ¤nderten tatsÃ¤chlichen und rechtlichen UmstÃ¤nden eine gleichartige Entscheidung ergeht (vgl. BSG Urteil vom 14.02.2013, B 14 AS 195/11 R, Rn. 16 m.w.N., juris; HÃ¼bschmann in BeckOGK, SGG, Stand: 01.02.2022, Â§ 131 Rn. 46 m.w.N.). In diesem Zusammenhang sind die GrundsÃ¤tze, die das BSG in seinem o.g. Urteil vom 28.01.2021 (B 8 SO 9/19 R, Rn. 16 ff., juris) aufgestellt und durch Beschluss vom 24.06.2021 (B 8 SO 19/20 B, Rn. 4, juris) bekrÃ¤ftigt hat, zu beachten. Das BSG hat ausgefÃ¼hrt, dass sich Klagen (von HilfebedÃ¼rftigen) auf GewÃ¤hrung von Eingliederungshilfeleistungen gegen den SozialhilfetrÃ¤ger durch das Inkrafttreten des BTHG zum 01.01.2020 erledigt haben, weil das auf den Regelungen des 6. Kapitels des SGB XII begrÃ¼ndete RechtsverhÃ¤ltnis zwischen den Anspruchstellern (d.h. den Leistungsberechtigten) und dem SozialhilfetrÃ¤ger zum 31.12.2019 geendet hat. Der TrÃ¤ger der Sozialhilfe ist kein RehabilitationstrÃ¤ger mehr und fÃ¼r die Erbringung von Eingliederungshilfe nicht mehr zustÃ¤ndig. Es ist insoweit ein vollstÃ¤ndiger Systemwechsel erfolgt. Ã□bergangsregelungen fÃ¼r die Zeit ab dem 01.01.2020, aus denen sich schlieÃ□en lieÃ□e, dass der EingliederungshilfetrÃ¤ger Funktionsnachfolger des SozialhilfetrÃ¤gers im bis zum 31.12.2019 begrÃ¼ndeten RechtsverhÃ¤ltnis geworden ist und die unter altem Recht begrÃ¼ndeten LeistungsfÃ¤lle unter Geltung des neuen Rechts nur fortgefÃ¼hrt werden, bestehen nicht. Der Gesetzgeber hat eine Ã□bergangsregelung nur mit Blick auf das Vertragsrecht fÃ¼r die Zeit vom 01.01.2018 bis zum 31.12.2019 getroffen (vgl. Â§ 139 SGB XII in der Fassung vom 01.01.2018 bis 31.12.2019, a.F.). Nicht entscheidend ist, ob sich die â□□Rechtswirklichkeitâ□□ fÃ¼r die Betroffenen nach der RechtsÃ¤nderung verÃ¤ndert darstellt; ob dies der Fall ist, hÃ¤ngt â□□ neben den landesrechtlichen Bestimmungen zur ZustÃ¤ndigkeit â□□ von der Lebenslage des Einzelnen im Ã□brigen ab und kann als generelles Kriterium fÃ¼r die Frage, ob ein Systemwechsel stattgefunden hat, nicht herangezogen werden (BSG Urteil vom 28.01.2021, a.a.O., Rn. 19, juris). Das BSG hat ferner ausgefÃ¼hrt, dass eine Wiederholungsgefahr in dieser Konstellation nicht mehr besteht, weil das auf den Regelungen des 6. Kapitels des SGB XII begrÃ¼ndete RechtsverhÃ¤ltnis zwischen den Leistungsberechtigten als Anspruchsteller und dem beklagten SozialhilfetrÃ¤ger zum 31.12.2019 geendet hat (BSG, a.a.O.). Diese

Rechtsprechung, der sich der Senat nach eigener PrÃ¼fung anschlieÃt, ist zwar im Zusammenhang mit Klagen von Leistungsberechtigten ergangen. Es spricht aber einiges dafÃ¼r, sie wegen der SachnÃ¤he zum sozialrechtlichen DreiecksverhÃ¤ltnis auf den vorliegenden Sachverhalt zu Ã¼bertragen. Dem steht nicht entgegen, dass das BSG in erster Linie auf das durch das 6. Kapitel des SGB XII beruhende RechtsverhÃ¤ltnis (Â§Â§ 53-60a SGB XII in der bis zum 31.12.2019 geltenden Fassung, a.F.) abgestellt und das 10. Kapitel (Vertragsrecht, Â§Â§ 75-81 SGB XII a.F.) mit dem hier relevanten Â§ 75 SGB XII a.F. nicht erwÃ¤hnt hat. Denn der Gesetzgeber hat im Zuge des Inkrafttretens des BTHG auch das Vertragsrecht bzgl. der Eingliederungshilfe ab dem 01.01.2020 in die Â§Â§ 123-134 SGB IX Ã¼berfÃ¼hrt und angepasst. Allein diese Anpassungen und die vom BSG erwÃ¤hnte Ãbergangsregelung in Â§ 139 SGB XII a.F. zeigen, dass auch das LeistungsverschaffungsverhÃ¤ltnis zwischen dem LeistungstrÃ¤ger und dem Leistungserbringer von der durch das BTHG begrÃ¼ndeten ZÃ¤sur zum 01.01.2020 erfasst wird. Ob dieses Ergebnis, das nach den oben dargelegten GrundsÃ¤tzen regelhaft zu einem Entfallen der Wiederholungsgefahr fÃ¼hrt, in diesem Fall eine Ausnahme erfahren muss, weil die Beklagte im Jahr 2021 unter Geltung des neuen Rechts ein weiteres, im Wesentlichen inhaltsgleiches Vergabeverfahren durchfÃ¼hren wollte und insoweit durchaus von einer Konkretisierung der Wiederholungsgefahr kraft tatsÃ¤chlicher UmstÃ¤nde gesprochen werden kann, bedarf keiner abschlieÃenden Entscheidung.

II. Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist auch begrÃ¼ndet. Die DurchfÃ¼hrung und Zuschlagserteilung im Vergabeverfahren 16/10-2015-0123 waren rechtswidrig, Â§ 131 Abs. 1 S. 3 SGG analog. Aus den Â§Â§ 75 ff. SGB XII a.F. folgt ein Verbot zur DurchfÃ¼hrung eines solchen Vergabeverfahrens (dazu 1.). Die KlÃ¤ger sind auch in eigenen Rechten verletzt (dazu 2.).

1. Zentral fÃ¼r die LeistungsgewÃ¤hrung nach den Â§Â§ 75 ff. SGB XII a.F. ist das sozialhilferechtliche DreiecksverhÃ¤ltnis, bestehend aus LeistungsempfÃ¤nger, Leistungserbringer und LeistungstrÃ¤ger. Zwischen dem LeistungsempfÃ¤nger und dem Leistungserbringer besteht im Regelfall eine privatrechtliche Vereinbarung (ErfÃ¼llungsverhÃ¤ltnis). Zwischen dem TrÃ¤ger der Leistungen und dem LeistungsempfÃ¤nger besteht ein Ã¶ffentlich-rechtliches LeistungsverhÃ¤ltnis (GrundverhÃ¤ltnis). Die Rechtsbeziehungen zwischen SozialhilfetrÃ¤ger und Leistungserbringer werden geprÃ¤gt durch die Vereinbarungen i.S.d. Â§ 75 Abs. 1 S. 1 SGB XII a.F., die die SozialhilfetrÃ¤ger mit geeigneten Leistungserbringern abschlieÃen sollen, anstatt eigene Angebote zur Leistungserbringung zu schaffen (Â§ 75 Abs. 2 S. 1 SGB XII a.F.). Mittels der zwischen SozialhilfetrÃ¤ger und Leistungserbringer zu schlieÃenden Vereinbarungen wird dem Leistungsberechtigten letztlich die ihm zustehende Sozialhilfe verschafft (SachleistungsverschaffungsverhÃ¤ltnis, zum Ganzen BSG Urteil vom 28.10.2008, B 8 SO 22/07 R, Rn. 15 ff., juris; vgl. ferner Lange in Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB XII, 3. Auflage 2020, Â§ 75 SGB XII (Stand: 01.09.2021), Rn. 24 ff.). Aus dieser grundsÃ¤tzlichen Ausgestaltung der Leistungserbringung folgt ein Vorrang des sozialhilferechtlichen DreiecksverhÃ¤ltnisses und damit ein Verbot der DurchfÃ¼hrung von Vergabeverfahren (so auch im Ergebnis BVerwG Urteil vom 13.05.2004, 3 C 2/04, Rn. 22 ff., juris, zu ExklusivvertrÃ¤gen fÃ¼r ambulante

Pflegedienste; LSG NRW Beschluss vom 26.01.2022, L 9 SO 12/22 B ER, Rn. 17 ff., juris, zu Â§Â§ 123 ff. SGB IX; Bayerischer VGH Beschluss vom 06.12.2021, 12 CE 21.2846, Rn. 1 ff., juris, zu Â§Â§ 13, 13a, 77 ff. SGB VIII; OVG NRW BeschlÃ¼sse vom 27.09.2004, 12 B 1390/04, Rn. 4 ff., juris, zu Â§Â§ 93 ff. Bundessozialhilfegesetz ; und vom 18.03.2005, 12 B 1931/04, Rn. 2 ff., juris, zu Â§Â§ 31, 77 ff. SGB VIII; OVG Berlin Beschluss vom 04.04.2005, 6 S 415.04, Rn. 18 ff., juris, zu Â§Â§ 27 ff. 35a, 41, 75 ff. SGB VIII; VG Darmstadt Beschluss vom 29.02.2016, 5 L 652/15.DA, Rn. 50 ff., juris, zu Â§Â§ 77 ff. SGB VIII; Krohn in Hauck/Noftz, SGB XII, Stand: 11/2020, Â§ 75 Rn. 37 ff.; Streichsbier in Grube/Wahrendorf/Flint, SGB XII, 7. Auflage 2020, Â§ 75 Rn. 18 ff.; ders. in Grube/Wahrendorf/Flint, 7. Auflage 2020, SGB IX, Â§ 123 Rn. 16 ff.; MuÃgnug in PÃ¼nder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Auflage 2019, Â§ 130 GWB Rn. 27; Glahs/Rafii, SRa 2016, 169, 175 ff.; Sen, SRa 2017, 90; Bieback NZS 2007, 505, 508; Welti, SGb 2009, 330, 335 f.; a.A. OLG Hamburg Beschluss vom 07.12.2007, 1 Verg 4/07, Rn. 39 ff., juris, zu Â§Â§ 75 ff. SGB XII a.F.; Kingreen, VSSR 2006, 379, 381 ff.; Luthe, ZfF 2015, 80, 81 f.; Ziegler, ASR 2009, 208, 211 f.).

Dies folgt zwar nicht aus dem Wortlaut der Â§Â§ 75 ff. SGB XII a.F., der sich zu dieser streitigen Rechtsfrage nicht verhÃ¤lt, aber aus der Systematik des Gesetzes (dazu a.), seinem Sinn und Zweck (dazu b.) sowie einer historischen Auslegung der streitentscheidenden Normen (dazu c.). Das Recht der Beklagten auf Selbstverwaltung (dazu d.), der Grundsatz des Anwendungsvorrangs des europÃ¤ischen Gemeinschaftsrechts (dazu e.) und die Entscheidung des OLG DÃ¼sseldorf vom 13.05.2015 im NachprÃ¼fungsverfahren VII Verg 38/14 (dazu f.) stehen diesem Ergebnis nicht entgegen.

a. Im Hinblick auf die Gesetzessystematik lÃ¤sst sich ein Ausschreibungsverbot anhand des differenzierten sozialhilferechtlichen Vertragsrechts nach Â§Â§ 75 ff. SGB XII a.F. (dazu aa.), des Grundsatzes der Angebots- und TrÃ¤gervielfalt (dazu bb.) und des Wunsch- und Wahlrechts der Leistungsberechtigten (dazu cc.) begrÃ¼nden.

aa. Â§ 75 SGB XII a.F. verpflichtet den TrÃ¤ger der Sozialhilfe dazu, bei der Schaffung von eigenen Einrichtungen ZurÃ¼ckhaltung zu Ã¼ben (Abs. 2 S. 1). Ferner beschreibt die Norm die notwendigen Vereinbarungsinhalte zwischen Leistungsanbietern und dem TrÃ¤ger der Sozialhilfe. Die Leistung darf regelmÃ¤Ãig nur erbracht werden, wenn Vereinbarungen Ã¼ber die Leistung, VergÃ¼tung und PrÃ¼fung der QualitÃ¤t der Einrichtung vorliegen (Abs. 3). Gibt es fÃ¼r die benÃ¶tigte Leistung keinen Anbieter mit Vereinbarungen oder ist es definitiv nicht mÃ¶glich, dass der Leistungsberechtigte bei einem Vertragsanbieter die Leistung in Anspruch nimmt, kann ausnahmsweise eine Einzelfallvereinbarung die Grundlage fÃ¼r die Erbringung der Leistungen sein (Abs. 4). Die Folge von geschlossenen Vereinbarungen ist, dass der Anbieter Leistungsberechtigte nicht zurÃ¼ckweisen kann. Es besteht ein faktischer Kontrahierungszwang. Kann eine Einrichtung die erforderliche Leistung unter Beachtung der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit erbringen, so kann ein Abschluss der Vereinbarungen nicht mit der BegrÃ¼ndung versagt werden, es gebe vor Ort genÃ¼gend KapazitÃ¤ten (vgl. Pattar, SRa 2012, 85, 89 m.w.N.). Vielmehr erfolgt â bei vergleichbarem Inhalt,

Umfang und QualitÃ¤t der Leistung â eine Reihung nach dem Preis (vgl. Â§ 75 Abs. 2 S. 10 SGB XII a.F.). Die Einzelheiten zu den Vertragsinhalten ergeben sich aus Â§ 76 SGB XII a.F. Â§ 77 SGB XII a.F. befasst sich mit verfahrensrechtlichen Fragen zum Abschluss von Vereinbarungen, Â§ 78 SGB XII a.F. mit der auÃerordentlichen KÃ¼ndigung der Vereinbarungen. Die Regelung in Â§ 79 SGB XII a.F. erlaubt den Abschluss von RahmenvertrÃ¤gen zwischen den TrÃ¤gern der Sozialhilfe und den LandesverbÃ¤nden der Leistungserbringer. Â§ 80 SGB XII a.F. regelt schlieÃlich das TÃ¤tigwerden der Schiedsstelle. Dieses detaillierte Vertrags- und Verfahrensrecht der Â§Â§ 75 ff. SGB XII a.F. wÃ¼rde vÃ¶llig auÃer Kraft gesetzt werden, kÃ¶nnte die Berechtigung zur Leistungserbringung Ã¼ber das Ausschreibungsverfahren vergeben und so der Zugang aller anderen Mitbewerber ausgeschlossen werden (Bieback NZS 2007, 505, 508; Streichsbier in Grube/Wahrendorf/Flint, SGB XII, 7. Auflage 2020, Â§ 75, Rn. 20). Zudem wÃ¼rde die Bildung und Ausschreibung von Leistungskontingenten auf eine Umgehung des Verbots der Einbeziehung von Bedarfsgesichtspunkten in das Abschlussermessen hinauslaufen (Krohn in Hauck/Noftz, SGB XII, Stand: 11/2020, Â§ 75, Rn. 40).

Entgegen der Auffassung der Beklagten kann sie die Berechtigung zur DurchfÃ¼hrung des Vergabeverfahrens auch nicht auf die Ãffnungsklausel des Â§ 75 Abs. 4 S. 1 SGB XII a.F. stÃ¼tzen. Danach darf der TrÃ¤ger der Sozialhilfe Leistungen durch eine Einrichtung nur erbringen, wenn eine der in Â§ 75 Abs. 3 SGB XII a.F. genannten Vereinbarungen nicht abgeschlossen wurde und dies nach der Besonderheit des Einzelfalls geboten ist. Diese Norm ist aber eine Ausnahme zu der grundsÃ¤tzlich vorrangigen VergÃ¼tungsÃ¼bernahme nach Â§ 75 Abs. 1 SGB XII a.F. (BVerwG Urteil vom 04.08.2006, 5 C 13/05, Rn. 3 ff., juris, zur VorgÃ¤ngerregelung des Â§ 93 Abs. 3 S. 1 BSHG) und daher eng auszulegen (Krohn in Hauck/Noftz, SGB XII, Stand: 11/2020, Â§ 75 Rn. 58; Jaritz SRa 2012, 105, 116). Â§ 75 Abs. 4 S. 1 SGB XII a.F. ist eine leistungsrechtliche Regelung, d. h. der â Einzelfallâ meint den einzelnen Hilfesuchenden und nicht etwa den Leistungserbringer (Krohn in Hauck/Noftz, SGB XII, Stand: 11/2020, Â§ 75 Rn. 59, 62 m.w.N.). Die Besonderheit des Einzelfalls muss daher in der Person des Leistungsberechtigten bestehen. Diese Voraussetzung ist erfÃ¼llt, wenn der individuelle Bedarf des Leistungsberechtigten nicht durch eine vereinbarungsgebundene Einrichtung gedeckt werden kann (objektive UnmÃ¶glichkeit) oder dem Leistungsberechtigten die Inanspruchnahme der Leistungen einer vereinbarungsgebundenen Einrichtung im konkreten Einzelfall nicht zumutbar ist (subjektive UnmÃ¶glichkeit, vgl. Jaritz, SRa 2012, 105, 116). Derartige Besonderheiten, die ihren Grund in der Person der Leistungsberechtigten gehabt hÃ¤tten, lagen indes nicht vor. Das Scheitern der Verhandlungen zwischen den Beteiligten Ã¼ber Folgevereinbarungen stand daher nicht mit dem individuellen Bedarf (einzelner) Leistungsberechtigter im Zusammenhang. Ungeachtet dessen enthÃ¤lt Â§ 75 Abs. 4 S. 1 SGB XII a.F. keine Hinweise, die auf eine Berechtigung zur DurchfÃ¼hrung von Vergabeverfahren nach Scheitern von Vertragsverhandlungen hindeuten wÃ¼rden. Angesichts der gebotenen restriktiven Auslegung der Norm ist eine derart weite Auslegung abzulehnen. Ob die Anwendung der Norm daneben auch an der Fortgeltungsklausel des Â§ 75 Abs. 2 S. 4 SGB XII a.F. scheitert, kann dahinstehen.

Anders als die Beklagte meint, kann der relative SubsidiaritÃ¤tsgrundsatz nach Â§ 75 Abs. 2 S. 1 SGB XII a.F. auch dann nicht Ã¼berwunden werden, wenn die Beklagte â wie sie argumentiert â mittels Vergabeverfahren mit geringerem Aufwand eine bessere QualitÃ¤t der Leistungserbringung bereitstellen kann. Nach der Norm sollen die TrÃ¤ger der Sozialhilfe zur ErfÃ¼llung der Aufgaben der Sozialhilfe eigene Einrichtungen nicht neu schaffen, soweit geeignete Einrichtungen anderer TrÃ¤ger vorhanden sind, ausgebaut oder geschaffen werden kÃ¶nnen. Die Vorschrift formuliert sowohl bei der Schaffung als auch bei der Inanspruchnahme von Diensten und Einrichtungen einen Vorrang der geeigneten LeistungstrÃ¤ger, also der TrÃ¤ger der freien Wohlfahrtspflege und der gewerblichen TrÃ¤ger gegenÃ¼ber Angeboten des TrÃ¤gers der Sozialhilfe. Die Leistungserbringung durch eigene Einrichtungen des LeistungstrÃ¤gers ist demgegenÃ¼ber nachrangig (Streichsbier in Grube/Wahrendorf/Flint, SGB XII, 7. Auflage 2020, Â§ 75 Rn. 30). Einrichtungen und Dienste sind geeignet, wenn sie dem Zweck der jeweiligen Hilfe entsprechen und GewÃ¤hr dafÃ¼r bieten, dass der gegenÃ¼ber dem TrÃ¤ger der Sozialhilfe bestehende Individualanspruch des Leistungsberechtigten erfÃ¼llt wird (Streichsbier, a.a.O., Rn. 29). Es liegen keine Hinweise vor, die auf eine etwaige Ungeeignetheit der KlÃ¤ger oder anderer Anbieter schlieÃen lassen wÃ¼rden. Die Beauftragung eines Leistungserbringers nach Zuschlagserteilung in einem Vergabeverfahren kann in einem weiteren Sinne wie eine eigene Einrichtung eingestuft werden, weil der LeistungstrÃ¤ger als Auftraggeber im Einzelnen vorgeben kann, wie die Leistung zu erbringen ist. Dies legen auch die vorliegenden RahmenvertrÃ¤ge mit den Ausschreibungsgewinnern nahe.

bb. Unvereinbar ist die Vergabepraxis der Beklagten auch mit dem Prinzip der Angebots- und TrÃ¤gervielfalt (vgl. OVG NRW Beschluss vom 27.09.2004, 12 B 1390/04, Rn. 9 ff., juris). Das SGB XII enthÃ¤lt zwar keine ausdrÃ¼ckliche Regelung zu diesem Prinzip. Aus einer Reihe von Bestimmungen wird aber deutlich, dass der Grundsatz der Angebots- und TrÃ¤gervielfalt vom Gesetz vorausgesetzt und damit anerkannt wird, wie etwa die Â§Â§ 4, 5, 11 Abs. 5, 75 Abs. 2 S. 1 SGB XII zeigen. Der Gesetzgeber beabsichtigt mit diesem Prinzip, einen Wettbewerb verschiedener TrÃ¤ger um die Leistungsberechtigten als Nachfrager zu schaffen. Ein solcher Wettbewerb kann aber nur gewÃ¤hrleistet werden, wenn verschiedene Leistungserbringer ihre Leistungen anbieten dÃ¼rfen. Dies war fÃ¼r die KlÃ¤ger und die anderen Anbieter, die den Zuschlag im Vergabeverfahren nicht erhalten haben, trotz des Vorhandenseins von Leistungsvereinbarungen faktisch so gut wie ausgeschlossen. Lediglich in marginalem Umfang und auf wenige EinzelfÃ¤lle beschrÃ¤nkt konnten Leistungserbringer auÃerhalb des Pool-Modells Eingliederungshilfeleistungen erbringen und abrechnen.

Das Prinzip der Angebots- und TrÃ¤gervielfalt lÃ¤uft leer, wenn der LeistungstrÃ¤ger mit dem Zuschlag ein exklusives Leistungserbringungsrecht zuspricht. Selbst wenn der LeistungstrÃ¤ger â wie hier â Lose bildet und so die Chance auf einen Zuschlag erhÃ¶ht, legt er sich regelmÃ¤Ãig darauf fest, keine anderen als die mit dem Zuschlag ausgewÃ¤hlten Anbieter zur Leistungserbringung zuzulassen und beschneidet damit das nach Art. 12 Abs. 1 GG geschÃ¼tzte Recht weiterer Interessenten auf ergebnisoffene Verhandlungen Ã¼ber den Zugang zum Markt (MuÃgnug in PÃ¼nder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Auflage 2019, Â§ 130

GWB Rn. 27 m.w.N.).

cc. In gesetzessystematischer Hinsicht und im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Angebots- und TrÃ¤gervielfalt ist auch das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten zu beachten (Â§ 9 Abs. 2 S. 1 SGB XII). Das Recht soll dem Leistungsberechtigten die Teilhabe an der Ausgestaltung der Leistungserbringung ermÃ¶glichen und verhindern, dass der Einzelne zum bloÃen Objekt staatlichen Handelns reduziert wird (vgl. Luthe in Hauck/Noftz, SGB XII, Stand: 06/2020, Â§ 9 Rn. 36 ff.). Vereinbarungen nach Â§Â§ 75 ff. SGB XII a.F. fÃ¼r rechtsanspruchsgesicherte Leistungen â wie hier nach Â§Â§ 53, 54 SGB XII a.F. â kÃ¶nnen deshalb nicht exklusiv nur mit einem oder einer begrenzten Anzahl von Leistungserbringern abgeschlossen werden; sie sind vielmehr mit jedem Leistungserbringer einzugehen, der geeignet und zur DurchfÃ¼hrung willens ist. FÃ¼r eine selektive Auswahlentscheidung nach vergaberechtlichen GrundsÃ¤tzen ist aufgrund der Verpflichtung des SozialhilfetrÃ¤gers zur Wahrung eines pluralen Angebots und der Achtung des Wunsch- und Wahlrechts daher kein Raum (vgl. Bayerischer VGH Beschluss vom 06.12.2021, 12 CE 21.2846, Rn. 5, juris).

Das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten ist bei der PrÃ¼fung eines sich aus den Â§Â§ 75 ff. SGB XII a.F. ergebenden VergabedurchfÃ¼hrungsverbots nicht deshalb unbeachtlich, weil es grundsÃ¤tzlich nur dem Leistungsberechtigten als subjektiv-Ã¶ffentliches Recht zusteht (vgl. dazu Groth in BeckOK Sozialrecht, 64. Edition, Stand: 01.12.2021, Â§ 9 SGB XII Rn. 9). Denn insofern Ã¼bersieht die Beklagte, dass sich die Begrenzung des Wunsch- und Wahlrechts durch die Zuschlagserteilung am Ende eines Vergabeverfahrens auch und gerade auf die durch die BerufsausÃ¼bungsfreiheit geschÃ¼tzten Interessen der anderen Anbieter auswirkt und daher im Zusammenhang mit den Â§Â§ 75 ff. SGB XII a.F. bewertet werden muss. Diese Normen ermÃ¶glichen durch die Zulassung einer Vielzahl von Anbietern einen Wettbewerb zwischen den einzelnen Leistungserbringern im VerhÃ¤ltnis zum LeistungsempfÃ¤nger. Die Anbietervielfalt schlÃ¤gt sich unmittelbar im VerhÃ¤ltnis zum LeistungsempfÃ¤nger nieder, dem so fÃ¼r die AusÃ¼bung des Wunsch- und Wahlrechts nach Â§ 9 Abs. 2 S. 1 SGB XII ein groÃer Spielraum verbleibt. Im Vergabeverfahren nach den Â§Â§ 97 ff. GWB dagegen findet der Wettbewerb zwischen den Leistungserbringern im VerhÃ¤ltnis zum LeistungstrÃ¤ger statt. Dieser trifft eine Vorauswahl unter den Leistungserbringern. Dem LeistungsempfÃ¤nger verbleibt fÃ¼r die AusÃ¼bung seines Wunsch- und Wahlrechts nur ein eingeschrÃ¤nkter oder â bei Auswahl nur eines Leistungserbringers durch den LeistungstrÃ¤ger â gar kein Spielraum. Auf lange Sicht droht auf diese Weise eine unzulÃ¤ssige Marktbereinigung zugunsten weniger Anbieter (vgl. Sen, SRa 2017, 90, 91 f.).

Soweit die Beklagte in diesem Zusammenhang meint, dass ihr TÃ¤tigwerden als im Rahmen von Art. 12 Abs. 1 GG zulÃ¤ssige eigenstÃ¤ndige Wettbewerbsteilnahme und nicht als unzulÃ¤ssige MarktverdrÃ¤ngung einzustufen sei, kann sie damit nicht Ã¼berzeugen. Sie verkennt, dass sie bereits mit der Ausschreibung die VerdrÃ¤ngung aller anderen Wettbewerber als systemimmanente Folge mindestens billigend in Kauf genommen und die anschlieÃende Umsetzung durch das Pool-Modell dies bestÃ¤tigt hat, weil es tatsÃ¤chlich zu einer fast vollstÃ¤ndigen

VerdrÃ¤ngung aller Wettbewerber auf dem Markt gekommen war. Marktsteuerndes Verhalten soll aber gerade durch das sozialrechtliche DreieckverhÃ¤ltnis verhindert werden. Die Beklagte kann sich nicht mit Erfolg darauf berufen, dass marktsteuerndes Verhalten deshalb zu verneinen sei, weil sie keinen Einfluss auf die Entscheidungen der Leistungsberechtigten bei der Auswahl der Leistungserbringer gehabt habe. Entscheidend ist insoweit allein, dass die Beklagte durch das Vergabeverfahren eine auf Konzentration der Leistungen und damit auf MarktverdrÃ¤ngung aller anderen Marktwettbewerber ausgerichtete Weichenstellung und nicht bloÃ eine mÃ¶glicherweise zulÃ¤ssige Kontingentierung vorgenommen hat. Der wiederholte Verweis der Beklagten darauf, dass eine Leistungserbringung neben dem Pooling-Verfahren mÃ¶glich gewesen sei, geht insoweit an den Tatsachen vorbei. Den HilfeempfÃ¤ngern standen gerade nicht in gleichem MaÃe verschiedene, bedarfsorientierte MÃ¶glichkeiten und Anbieter fÃ¼r die Hilfeleistung zur VerfÃ¼gung.

Durch die VertrÃ¤ge mit den Ausschreibungsgewinnern wurden alle anderen Anbieter im Streitzeitraum (Schuljahre 2016/2017 bis 2020/2021) â nahezu vollstÃ¤ndig â faktisch an der Leistungserbringung gehindert. Dies ergibt sich zunÃ¤chst aus dem Umstand, dass der in der Leistungsbeschreibung zum Vergabeverfahren hergeleitete Bedarf der vollstÃ¤ndigen Abdeckung der Integrationshilfe im ZustÃ¤ndigkeitsbereich der Beklagten entsprach und bereits aus diesem Grund kaum MÃ¶glichkeiten der Leistungserbringung fÃ¼r andere Anbieter verblieben. Dies wird ferner anhand der verschwindend geringen Zahl der auÃerhalb des Pools betreuen Kinder deutlich. Lediglich im Schuljahr 2020/2021 erhielten nach den Angaben der KlÃ¤ger sieben Kinder eine Schulbegleitung auÃerhalb des Pools. Zwar hat die Beklagte in der mÃ¼ndlichen Verhandlung bestritten, dass insgesamt â wie von KlÃ¤gerseite behauptet â 850 Kinder in diesem Schuljahr betreut worden seien. Doch selbst, wenn man auf die von der Beklagten fÃ¼r das Schuljahr 2016/2017 mitgeteilten Zahlen der leistungsberechtigten Kinder und Jugendlichen (415) oder die von der Beklagten fÃ¼r das Schuljahr 2018/2019 angegebenen Zahlen (482, vgl. https://www.e.de/schulen/zentrale-themen/inklusion/monitoring-analyse-kommunaler-handlungsfelder-und-massnahmenplanung/schulbegleitung.html) abstellen wÃ¼rde, ergÃ¤be sich eine sehr kleine Zahl an SchÃ¼lern, die auÃerhalb des Pools von anderen Leistungserbringern betreut wurden. Dieser weitgehende Ausschluss der anderen Anbieter geht kausal auf die Bereitstellung der PoollÃ¶sung durch die Beklagte zurÃ¼ck. Anders als die Beklagte meint, mÃ¼ssen die KlÃ¤ger es auch nicht hinnehmen, dass fÃ¼r die Vertragslaufzeit des Poolings ein nur marginaler Einsatzbereich verbleibt. Auch der Beklagteneinwand, dass die KlÃ¤ger ohnehin keinen Belegungsanspruch aus dem Abschluss der Leistungs- und VergÃ¼tungsvereinbarungen hÃ¤tten ableiten kÃ¶nnen, geht fehl. Diese Argumentation ist bereits mit dem Anspruch der Leistungserbringer auf fehlerfreie ErmessensausÃ¼bung und chancengleiche Teilnahme am Bewerbungsverfahren nicht in Einklang zu bringen. Dieser Anspruch wÃ¤re sinnentleert, wenn man allein auf die theoretische MÃ¶glichkeit der Auswahl anderer Anbieter durch die Leistungsberechtigten verweisen wÃ¼rde. Der theoretisch durchsetzbare Anspruch der anderen Anbieter wÃ¼rde wegen der (fast) ausschlieÃlichen Bedarfsdeckung durch Exklusivvereinbarungen mit den Ausschreibungsgewinnern â wie hier â

regelmÃ¤Ã□ig wirkungslos bleiben. Es ist daher unbeachtlich, ob die anderen Anbieter frei darin waren, ihre Leistungen in Konkurrenz anzubieten. MaÃ□gebend ist, dass die streitgegenstÃ¤ndliche Ausschreibung darauf zielte, im Bereich der Integrationshilfe an Grundschulen in E â□□offizielleâ□□ Anbieter zu institutionalisieren, die mit Ã¶ffentlicher UnterstÃ¼tzung der Beklagten ihre Leistungen vorrangig anbieten konnten als andere mit ihnen konkurrierende Anbieter (wie die KlÃ¤ger). Diese bewirkte im Ergebnis eine VerdrÃ¤ngung der nicht ausgewÃ¤hlten Anbieter. Damit widerspricht die Vergabe aber dem Ziel des Gesetzes, eine die QualitÃ¤tssicherung realisierende und das Wunsch- und Wahlrecht sowie die Angebots- und TrÃ¤gervielfalt berÃ¼cksichtigende Versorgungsstruktur sicherzustellen (vgl. auch BVerwG Urteil vom 13.05.2004, 3 C 2/04, Rn. 23 f., juris; vgl. dazu auch die AusfÃ¼hrungen unter Punkt C. II. 1. b.). Es ist hierbei zu betonen, dass die Gewinnerwartungen und ErwerbsmÃ¶glichkeiten der KlÃ¤ger und anderer freier TrÃ¤ger keinen hÃ¶heren Stellenwert besitzen als das Wohl der betroffenen Kinder und Jugendlichen, dem ihr Wunsch- und Wahlrecht letztlich dient. Vielmehr ist unabhÃ¤ngig von den Gewinnerwartungen allein im Sinne der Hilfesuchenden von Fall zu Fall unter BerÃ¼cksichtigung des Wunsch- und Wahlrechts zu prÃ¼fen, welcher TrÃ¤ger fÃ¼r die erforderlichen Hilfen besonders geeignet ist und freie KapazitÃ¤ten fÃ¼r eine zÃ¼gige Aufnahme der erforderlichen EingliederungshilfemaÃ□nahmen hat (vgl. OVG Berlin Beschluss vom 04.04.2005, 6 S 415.04, Rn. 25, juris).

Ohne dass es darauf entscheidungserheblich ankÃ¤me, hat die Beklagte zur Ã□berzeugung des Senats den Marktzugang der anderen Anbieter nicht nur durch die Ausschreibung und Erteilung des Zuschlags, sondern auch durch die anschlieÃ□ende Umsetzung des Pool-Verfahrens aktiv und in rechtswidriger Weise beschnitten. Anders wÃ¤re der fast vollstÃ¤ndige De-facto-Ausschluss der anderen Anbieter, der anhand der oben genannten Zahlen verdeutlicht wird, nicht zu erklÃ¤ren. Vieles spricht dafÃ¼r, dass die Beklagte entgegen ihrer Behauptung erheblichen Einfluss auf die Inanspruchnahme der Ausschreibungsgewinner durch die Leistungsberechtigten nahm. Exemplarisch sei zunÃ¤chst auf das Schreiben der Beklagten an den KlÃ¤ger zu 1) vom 07.07.2016 verwiesen, in welchem unmissverstÃ¤ndlich ausgefÃ¼hrt wurde, dass ab dem Schuljahr 2016/2017 an â□□allen Schulen in E ausschlieÃ□lichâ□□ die Ausschreibungsgewinner die Schulbegleitung fÃ¼r Kinder und Jugendliche sicherstellen wÃ¼rden; dies gelte fÃ¼r Einzel- und Mehrfachbetreuungen. Ferner ist ein Schreiben der Beklagten vom 04.08.2016 an Eltern eines betroffenen Kindes dokumentiert, die eine Integrationskraft einsetzen wollten, welche keinen Arbeitsvertrag mit den Ausschreibungsgewinnern abzuschlieÃ□en gedachte. In diesem Schreiben heiÃ□t es, dass die Beklagte die IntegrationskrÃ¤fte selbst zur VerfÃ¼gung stelle und sich dazu zweier den Eltern bekannter Anbieter bediene. Die Eltern wurden dabei mit einer Reihe von Fragen konfrontiert, so u.a. warum die Integrationskraft den Arbeitgeber nicht wechseln wolle. Die Beklagte hat des Weiteren in einem von ihr erstellten und beworbenen Flyer (â□□Hilfe fÃ¼r Kinder mit Behinderung â□□ Schulbegleitungâ□□) darauf hingewiesen, dass die Schulbegleitung durch zwei Anbieter (die Ausschreibungsgewinner) zur VerfÃ¼gung gestellt werde. In einer E-Mail vom 28.07.2021 hat die Beklagte Eltern eines betroffenen Kindes darauf hingewiesen, dass die Schulbegleitung lediglich durch die Ausschreibungsgewinner

erfolge, mit denen eine Vereinbarung existiere und der KlÃ¤ger zu 1) nicht dazu gehÃ¶re, weshalb von dort keine Schulbegleitung in Anspruch genommen werden kÃ¶nne. Schlieâlich fÃ¼hrt die Beklagte auch auf ihrer Homepage unter dem Stichpunkt âSchulbegleitungâ aus, dass âalle Schulbegleitungen â¦ von zwei Anbietern zur VerfÃ¼gung gestelltâ wÃ¼rden, nÃ¤mlich der K-Stiftung Erziehung und Bildung und der Initiative U e.V. (Stand: Juli 2019, abrufbar unter: https://www.e.de/schulen/zentrale-themen/inklusion/monitoring-analyse-kommunaler-handlungsfelder-und-massnahmenplanung/schulbegleitung.html). Vor diesem Hintergrund kann bereits kaum angenommen werden, dass die Beklagte â wie sie sagt â ihre AusfÃ¼hrungen ausdrÃ¼cklich nur auf die Pool-Konstruktion bezogen verstanden wissen wollte. Entsprechend differenzierte ErlÃ¤uterungen enthalten ihre Schreiben, der Flyer und die Hinweise auf der Homepage jedenfalls nicht. Dessen ungeachtet wird bereits anhand der alleinigen Ausrichtung der Schulbegleitung am Pool-Verfahren deutlich, dass Eltern eines SchÃ¼lers gezwungen waren, substanzielle EinwÃ¤nde gegen die von der Beklagten favorisierten Leistungserbringer zu artikulieren. Das freie Wahlrecht, unter dem gesamten Spektrum vorhandener Angebote auszuwÃ¤hlen, wird auf diese Weise in ein Abwehrrecht gegen die Vorauswahl der Beklagten umgekehrt, wobei die Eltern eines betroffenen Kindes unter UmstÃ¤nden unter ErklÃ¤rungs- und BegrÃ¼ndungszwang gestellt wurden (vgl. VG Darmstadt Beschluss vom 29.02.2016, 5 L 652/15.DA, Rn. 57, juris). Soweit Eltern nicht die Ausschreibungsgewinner, sondern einen anderen Leistungserbringer wÃ¼nschten, dÃ¼rften sie sich in ihrem Wunsch- und Wahlrecht beeintrÃ¤chtigt gesehen haben. Selbst wenn ihnen bekannt gewesen sein sollte, dass sie ein Wahlrecht besitzen und eine Betreuung auÃerhalb des Pools mÃ¶glich gewesen wÃ¤re, hÃ¤tten sie, wenn sie der Vorauswahl widersprochen hÃ¤tten, zumindest mit Unannehmlichkeiten rechnen mÃ¼ssen. Es ist jedenfalls nicht auszuschlieÃen, dass Eltern unter diesen Voraussetzungen von vornherein keine EinwÃ¤nde artikuliert und sich mit der getroffenen Vorauswahl der Beklagten arrangiert haben. Da allein das Vergabeverfahren und die fast ausschlieÃliche DurchfÃ¼hrung der Leistungserbringung durch die Ausschreibungsgewinner das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten zu beschrÃ¤nken geeignet war, kommt es nicht darauf an, dass â wie die Beklagte behauptet â die Eltern mit der Form der Leistungserbringung zufrieden waren oder das Modell im Streitzeitraum insgesamt von den Leistungsberechtigten gut angenommen wurde.Â Â

Die Beklagte kann auch nicht damit gehÃ¶rt werden, dass das Vergabeverfahren Garant fÃ¼r die Einhaltung des QualitÃ¤tsgebots sei und dass die QualitÃ¤t der Leistungserbringung ohne Ausschreibung wieder abnehmen werde. Dem steht bereits entgegen, dass die Leistungs- und QualitÃ¤tsvereinbarungen nach Â§ 75 Abs. 3 SGB XII a.F. die QualitÃ¤t der Leistungen sicherstellen. Gegenstand der Vereinbarungen ist ausdrÃ¼cklich die QualitÃ¤t und Wirtschaftlichkeit der Leistung. Der TrÃ¤ger der Sozialhilfe kann diese auch prÃ¼fen (Â§ 75 Abs. 3 S. 3 SGB XII a.F.). Die QualitÃ¤t der Leistung beschreibt dabei den notwendigen Leistungsstandard, der von den Leistungserbringern gewÃ¤hrleistet werden muss, um eine bedarfsgerechte Leistungserbringung sicherzustellen. Damit kann der LeistungstrÃ¤ger auf die Einhaltung dieser Standards beim Abschluss der Vereinbarungen achten. Im Ãbrigen war nicht die mangelnde QualitÃ¤t der

Leistungen der KlÃ¤ger wesentlicher Grund fÃ¼r die Ausschreibung, sondern der Umstand, dass sich die Beteiligten nicht auf einen Preis fÃ¼r die zukÃ¼nftige Leistungserbringung einigen konnten.

b. Auch der Sinn und Zweck der Regelungen in Â§Â§ 75 ff. SGB IX a.F. spricht fÃ¼r die Annahme eines Ausschreibungsverbots. Die Regelungen dienen allgemein dem Ã¶ffentlichen Interesse an einer wirksamen ErfÃ¼llung sozialstaatlicher Aufgaben (vgl. OLG DÃ¼sseldorf Beschluss vom 08.09.2004, VII Verg 35/04, Rn. 36, juris). Der Sinn und Zweck der Normen besteht ferner konkret in der GewÃ¤hrleistung von TrÃ¤gervielfalt, die im Interesse der QualitÃ¤tssicherung und der Realisierung des Wunsch- und Wahlrechts der Leistungsberechtigten bestehen soll (vgl. LSG NRW Beschluss vom 26.01.2022, L 9 SO 12/22 B ER, Rn. 18, juris; OVG NRW Beschluss vom 27.09.2004, 12 B 1390/04, Rn. 9, juris; Bayerischer VGH Beschluss vom 06.12.2021, 12 CE 21.2846, Rn. 4, juris). Sinn und Zweck der DurchfÃ¼hrung eines Vergabeverfahrens ist demgegenÃ¼ber die regelmÃ¤Ã□ige BeschrÃ¤nkung der Leistungserbringung auf wenige Leistungserbringer, was dieser Fall auch exemplarisch zeigt. Zwar steht das Vergabeverfahren dem Abschluss von Vereinbarungen mit weiteren Leistungserbringern nicht zwingend entgegen und ist auch die Beauftragung weiterer Anbieter durch den Leistungsberechtigten bei Bewilligung eines persÃ¶nlichen Budgets (Â§ 29 SGB IX) nicht ausgeschlossen, jedoch hat die Vergabe von Leistungen dennoch eine jedenfalls faktisch marktsteuernde Wirkung, die zum De-facto-Ausschluss von Anbietern fÃ¼hrt, die im Vergabeverfahren keinen Zuschlag erhalten haben. Eine solche auf VerdrÃ¤ngung der Mitbewerber ausgerichtete Verwaltungspraxis steht der oben dargelegten gesetzlichen Intention jedoch entgegen.

c. Dieses Auslegungsergebnis wird durch die GesetzesbegrÃ¼ndung zum BTHG (BT-Drucks. 18/9522, S. 290 f.) bestÃ¤tigt. Darin fÃ¼hrt der Gesetzgeber aus, das Vertragsrecht der Sozialhilfe unterliege auch nach Verabschiedung der europÃ¤ischen Richtlinien 2014/23/EU (â□□Richtlinie 2014/23/EU des EuropÃ¤ischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 Ã¼ber die Konzessionsvergabeâ□□, ABl. L 094 vom 28.03.2014, S. 1-64) und 2014/24/EU (â□□Richtlinie 2014/24/EU des EuropÃ¤ischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 Ã¼ber die Ã¶ffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EGâ□□, ABl. L 094 vom 28.03.2014, S. 65-242) nicht dem Anwendungsbereich des europÃ¤ischen Vergaberechts; die TrÃ¤ger der Eingliederungshilfe vergÃ¤ben weder Ã¶ffentliche AuftrÃ¤ge im Sinne der RL 2014/24/EU noch Konzessionen im Sinne der RL 2014/23/EU. Im Hinblick auf das auch im kÃ¼nftigen Eingliederungshilferecht bestehende sozialrechtliche DreiecksverhÃ¤ltnis sowie die insoweit deckungsgleichen Vorschriften des Vertragsrechts der Eingliederungshilfe im Teil 2 des SGB IX gÃ¤lten die Feststellungen zur Nichtanwendbarkeit der EU-Vergaberichtlinien auch im kÃ¼nftigen Recht der Eingliederungshilfe. Aus dieser GesetzesbegrÃ¼ndung folgt zwar kein ausdrÃ¼ckliches Verbot der DurchfÃ¼hrung von Ausschreibungen im Geltungsbereich der Â§Â§ 75 ff. SGB XII a.F. bzw. Â§Â§ 123 ff. SGB IX. Gleichwohl macht der Gesetzgeber sehr deutlich, dass er von einer Nichtanwendung des Vergaberegimes im Geltungsbereich der Â§Â§ 123 ff. SGB IX und damit auch der Â§Â§ 75 ff. SGB XII a.F. ausgeht.

FÃ¼r die im Kontext des Sozialhilferechts abgeschlossenen Vereinbarungen nach Â§Â§ 75 ff. SGB XII a.F. hat der nationale Gesetzgeber auch in der BegrÃ¼ndung zum GWB-Modernisierungs-Gesetz anerkannt, dass insoweit kein Auftrag und keine Dienstleistungskonzession im Sinne des Vergaberechts vorliegen (vgl. BT-Drucks. 18/6281, S. 73, 76, 114; 18/7318, S. 146 f.; 18/7086, S. 13).

d. Das von der Beklagten und dem SG DÃ¼sseldorf in Bezug genommene kommunale Selbstverwaltungsrecht aus Art. 28 Abs. 2 GG wird durch ein Ausschreibungsverbot nicht verletzt. Art. 28 Abs. 2 GG gewÃ¤hrleistet die Selbstverwaltung der Kommunen als weiterer Verwaltungsebene in den LÃ¤ndern. Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG gewÃ¤hrleistet dabei das Recht der Gemeinde auf eigenverantwortliche Regelung aller Angelegenheiten ihrer Ã¶rtlichen Gemeinschaft. Eigenverantwortlichkeit bedeutet in diesem Zusammenhang allgemein die Freiheit von staatlicher Reglementierung in Bezug auf die Art und Weise der Aufgabenerledigung und die Organisation der Gemeindeverwaltung einschlieÃlich der Entscheidungen Ã¼ber die Aufstellung des Gemeindehaushalts und die Auswahl und Verwendung des Personals (vgl. BVerfG BeschlÃ¼sse vom 26.10.1994, 2 BvR 445/91, Rn. 26, juris; vom 19.11.2002, 2 BvR 329/97, Rn. 42 ff., juris; und vom 07.07.2020, 2 BvR 696/12, Rn. 51 ff., juris). Die von der gemeindlichen Selbstverwaltung umfasste Organisationshoheit gewÃ¤hrleistet den Gemeinden prinzipiell das Recht, die Wahrnehmung der eigenen Aufgaben, AblÃ¤ufe und EntscheidungszustÃ¤ndigkeiten im Einzelnen festzulegen und damit Ã¼ber Gewichtung, QualitÃ¤t und Inhalt der Entscheidungen zu befinden (vgl. BVerfG Beschluss vom 07.07.2020, 2 BvR 696/12, Rn. 52, juris). Die Entscheidung zur DurchfÃ¼hrung eines Vergabeverfahrens zwecks ErfÃ¼llung der der Beklagten Ã¼bertragenen gemeindlichen Aufgaben im Rahmen der Eingliederungshilfe wÃ¤re daher grundsÃ¤tzlich von der Organisationshoheit der Beklagten umfasst. Allerdings steht die kommunale Selbstverwaltung ihrerseits unter einem Gesetzesvorbehalt. Dieser Vorbehalt erfasst sowohl die Eigenverantwortlichkeit wie auch die UniversalitÃ¤t des gemeindlichen Aufgabenkreises (BVerfG BeschlÃ¼sse vom 07.10.1980, 2 BvR 584/76, Rn. 43, juris; und vom 23.11.1988, 2 BvR 1619/83, Rn. 40 ff., juris). Der Gesetzgeber darf also grundsÃ¤tzlich sowohl den gemeindlichen Aufgabenkreis wie auch die Eigenverantwortlichkeit beschrÃ¤nkend regeln. Wenn â wie voranstehend erÃ¶rtert â aus der Ausgestaltung des sozialhilferechtlichen DreiecksverhÃ¤ltnisses nach den Â§Â§ 75 ff. SGB XII a.F. ein Ausschreibungsverbot abzuleiten ist, wird die gemeindliche Selbstverwaltung insoweit in zulÃ¤ssiger Weise durch das Gesetz begrenzt. Diese Begrenzung berÃ¼hrt auch nicht den sog. Kernbereich der gemeindlichen Selbstverwaltungsgarantie, der gesetzlich nicht beschrÃ¤nkt werden darf. Als Kernbereich gilt allgemein das Essentiale einer geschÃ¼tzten Institution, das man aus ihr nicht entfernen kann, ohne Struktur und Typus zu verÃ¤ndern (Hellermann in BeckOK GG, 50. Edition, Stand: 15.02.2022, Art. 28 Rn. 47). FÃ¼r den Bereich der gemeindlichen Organisationshoheit ist der Kernbereich erst verletzt, wenn eine eigenstÃ¤ndige organisatorische GestaltungsfÃ¤higkeit erstickt wÃ¼rde (BVerfG BeschlÃ¼sse vom 26.10.1994, 2 BvR 445/91, Rn. 33, juris; und vom 07.07.2020, 2 BvR 696/12, Rn. 52, juris). Ein solcher Effekt tritt durch ein Ausschreibungsverbot indes nicht ein, weil den LeistungstrÃ¤gern Ã¼ber das Vertragsrecht der Â§Â§ 75 ff. SGB XII a.F. ausreichende MÃ¶glichkeiten verbleiben, die Leistungserbringung

flexibel zu gestalten. Der Gesetzgeber hat die berechtigten Belange der LeistungstrÃ¤ger insbesondere hinsichtlich der Sicherung von QualitÃ¤t und Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung gerade in der Ausgestaltung der Vorgaben fÃ¼r die Leistungs- und VergÃ¼tungsvereinbarung berÃ¼cksichtigt (Â§Â§ 75 Abs. 3, 76 SGB XII a.F.). Ferner sieht das Gesetz Regelungen fÃ¼r den Fall vor, dass keine Vereinbarung zwischen den Verhandlungspartnern erzielt werden konnte (Schiedsstellenverfahren, Â§Â§ 77, 80 SGB XII a.F.). Auch ein Recht zur auÃerordentlichen KÃ¼ndigung ist zur Wahrung der Rechte des LeistungstrÃ¤gers gesondert aufgenommen worden (Â§ 78 SGB XII a.F.). Insoweit kann der Einwand der Beklagten, dass die A einseitig den Preis fÃ¼r die Leistungserbringung diktiert habe, nicht Ã¼berzeugen. Vielmehr stellt die Entscheidung zur DurchfÃ¼hrung des Vergabeverfahrens eine Umgehung der gesetzlich vorgesehenen Konfliktregelungsmechanismen dar.

e. Dieses Ergebnis verstÃ¶Ãt nicht gegen den Anwendungsvorrang des europÃ¤ischen Vergaberechts (so auch im Ergebnis Bayerischer VGH Beschluss vom 06.12.2021, 12 CE 21.2846, Rn. 6 ff., juris; von Boetticher in LPK-SGB XII, 12. Auflage 2020, Â§ 75 Rn. 48; Streichsbier in Grube/Wahrendorf/Flint, SGB XII, 7. Auflage 2020, Â§ 75 Rn. 18 ff.; MuÃgnug in PÃ¼nder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Auflage 2019, Â§ 130 GWB Rn. 28; HÃ¶fer/Nolte, NZS 2015, 441, 443 f.). Es liegt weder ein Ã¶ffentlicher Auftrag (dazu aa.) noch eine Dienstleistungskonzession (dazu bb.) im Sinne des Vergaberechts vor, sodass eine Vorlage an den EuGH zur Vorabentscheidung (dazu cc.) entbehrlich ist.

aa. Anders als die Beklagte meint, liegt ein â Ã¶ffentlicher Auftragâ i.S.d. Â§ 103 Abs. 1 GWB, der die Anwendbarkeit des Vergaberechts (Â§Â§ 97 ff. GWB) erst erÃ¶ffnen wÃ¼rde, nicht vor. Â§ 103 Abs. 1 GWB beschreibt den Ã¶ffentlichen Auftrag als entgeltlichen Vertrag zwischen einem Ã¶ffentlichen Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber und Unternehmen Ã¼ber die Beschaffung von Leistungen (Lieferung von Waren, AusfÃ¼hrung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen). Von einem entgeltlichen Beschaffungsvertrag im Sinne des Vergaberechts ist aber dann nicht auszugehen, wenn bei der Zulassung von Leistungserbringern gar keine Auswahlentscheidung getroffen wird, sondern jeder Leistungserbringer zuzulassen ist, der die gesetzlichen Voraussetzungen erfÃ¼llt (vgl. HÃ¶fer/Nolte, NZS 2015, 441, 443 m.w.N.). Dies trifft auf VertrÃ¤ge nach den Â§Â§ 75 ff. SGB XII a.F. zu. Anders als in Â§ 72 Sozialgesetzbuch Elftes Buch â Soziale Pflegeversicherung (SGB XI) und Â§Â§ 78 a ff. SGB VIII enthalten die Â§Â§ 75 ff. SGB XII a.F. zwar keine ausdrÃ¼ckliche Regelung, mit allen qualifizierten Anbietern verpflichtend LeistungserbringungsvertrÃ¤ge abzuschlieÃen. Liegen die Voraussetzungen nach Â§ 75 Abs. 2 S. 2 ff. SGB XII a.F. jedoch vor, ist regelmÃ¤Ãig eine Ermessenreduzierung auf Null gegeben, es besteht dann ein Anspruch auf Abschluss einer entsprechenden Vereinbarung. Insgesamt kommt die Regelung damit einem Rechtsanspruch auf Zulassung sehr nahe. Der Zulassungsanspruch kann auch nicht unter Hinweis auf die Bedarfsplanung des SozialhilfetrÃ¤gers verneint werden; diesem ist eine Angebotssteuerung durch Bedarfsplanung vielmehr untersagt (vgl. BVerwG Urteil vom 30.09.1993, 5 C 41/91, Rn. 15, juris).

Ferner ist zu berÃ¼cksichtigen, dass der Leistungsaustausch nach dem

sozialhilferechtlichen DreiecksverhÃ¤ltnis zwischen dem Leistungserbringer und dem Leistungsberechtigten stattfindet. Die Inanspruchnahme der Leistungserbringer erfolgt dabei durch die Leistungsberechtigten unmittelbar, nicht aber durch eine â□□Auftragsvergabeâ□□ durch die SozialhilfetrÃ¤ger (von Boetticher in LPK-SGB XII, 12. Auflage 2020, Â§ 75 Rn. 48; vgl. auch Jaritz, SRa 2012, 105, 113). Gegenstand der Vereinbarungen nach Â§ 75 Abs. 3 SGB XII a.F. ist daher nicht die Beschaffung von Dienstleistungen gegen ein Entgelt, sondern die Festlegung der Bedingungen fÃ¼r die Leistungsabwicklung im sozialhilferechtlichen DreiecksverhÃ¤ltnis (Streichsbier in Grube/Wahrendorf/Flint, SGB XII, 7. Auflage 2020, Â§ 75 Rn. 19).

Soweit das OLG DÃ¼sseldorf in seinem Beschluss vom 13.05.2015 (VII Verg 38/14, Rn. 34 f., juris) unter Hinweis auf eine synallagmatische Verbindung zwischen LeistungstrÃ¤ger und Leistungserbringer eine Entgeltlichkeit und damit einen Ã¶ffentlichen Auftrag im Sinne des Vergaberechts angenommen hat, folgt der Senat dem nicht. Diese Ansicht ist bereits mit dem sozialrechtlichen DreiecksverhÃ¤ltnis nicht in Einklang zu bringen. Der LeistungstrÃ¤ger zahlt das Entgelt an den Leistungsberechtigten nicht auf Grundlage der Leistungsvereinbarung. Der Leistungserbringer hat vielmehr einen Entgeltanspruch gegen den Leistungsberechtigten, nur aufgrund des Schuldbeitritts wird der LeistungstrÃ¤ger Mitschuldner des zivilrechtlichen Entgelts. Durch den Schuldbeitritt wandelt sich die Forderung nicht in eine Ã¶ffentlich-rechtliche Schuld (vgl. BSG Urteile vom 28.10.2008, B 8 SO 22/07 R, Rn. 25 ff.; und vom 18.11.2014, B 8 SO 23/13 R, Rn. 14, juris; BGH Urteile vom 07.05.2015, III ZR 304/14, Rn. 22, juris; und vom 31.03.2016, III ZR 267/15, Rn. 20 ff., juris). Zahlt der LeistungstrÃ¤ger das Entgelt an den Leistungserbringer allein aufgrund des Schuldbeitritts, kann ein direkter synallagmatischer Leistungsaustausch zwischen LeistungstrÃ¤ger und Leistungserbringer durch den Abschluss der Leistungsvereinbarung nicht angenommen werden. Beim sozialrechtlichen DreiecksverhÃ¤ltnis handelt es sich um ein differenziertes Rechtsinstitut, das nicht zu einem lediglich zweiseitigen AuftragsverhÃ¤ltnis â□□uminterpretiertâ□□ werden kann (vgl. MuÃ□gnug in PÃ¼nder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Auflage 2019, Â§ 130 GWB Rn. 20 ff.).

Dass VertrÃ¤ge nach den Â§Â§ 75 ff. SGB XII keine vergaberechtlich relevanten BeschaffungsvertrÃ¤ge sind, ergibt sich auch aus Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU. Danach liegt eine Auftragsvergabe nur vor, wenn die beauftragten Wirtschaftsteilnehmer â□□von Ã¶ffentlichen Auftraggebern ausgewÃ¤hlt werdenâ□□. Im ErwÃ¤gungsgrund Nr. 4 der Richtlinie ist dazu konkretisierend ausgefÃ¼hrt, dass solche â□□FÃ¤lle, in denen alle Wirtschaftsteilnehmer, die bestimmte Voraussetzungen erfÃ¼llen, zur Wahrnehmung einer bestimmten Aufgabe â□□ ohne irgendeine SelektivitÃ¤t â□□ berechtigt sind, wie beispielsweise bei einer Auswahl durch den Kunden- und bei Dienstleistungsgutscheinsystemen, nicht als Auftragsvergabe verstanden werden, sondern als einfache Zulassungssysteme (z. B. Zulassungen fÃ¼r Arzneimittel oder Ã¤rztliche Dienstleistungen)â□□. Art. 1 Abs. 5 der Richtlinie 2014/24/EU weist ferner ausdrÃ¼cklich darauf hin, dass die Richtlinie nicht die Art und Weise berÃ¼hrt, in der die Mitgliedstaaten ihre Systeme der sozialen Sicherheit gestalten. Daher fÃ¤llt die Leistungserbringung in einem offen gestalteten sozialrechtlichen

DreiecksverhÃ¤ltnis mangels eines Ã¶ffentlichen Auftrags nicht in den Anwendungsbereich des europÃ¤ischen Vergaberechts (HÃ¶fer/Nolte, NZS 2015, 441, 443; vgl. auch Hauck, SRa 2017, 231, 240).

bb. Die Vereinbarungen nach Â§Â§ 75, 76 SGB XII a.F. sind ferner keine ausschreibungspflichtigen Dienstleistungskonzessionen. Eine Dienstleistungskonzession ist gemÃ¤Ã Â§ 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB die Beauftragung von einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern durch einen Ã¶ffentlichen Auftraggeber mit der Erbringung einer Dienstleistung, wobei die Gegenleistung entweder nur in der Erhebung von Entgelten fÃ¼r die Inanspruchnahme oder aber in Kombination mit einer Zahlung durch den Auftraggeber besteht. Die Vereinbarungen nach Â§Â§ 75 ff. SGB XII a.F. sind jedoch nicht selektiv nur mit einem oder einer begrenzten Anzahl von Leistungserbringern abzuschlieÃen, sondern â wie erwÃ¤hnt â mit jedem geeigneten Leistungserbringer ohne rechtliche Handhabe zur Angebotssteuerung unter Bedarfsgesichtspunkten. Die SozialhilfetrÃ¤ger dÃ¼rfen den Markt der Leistungserbringung nur Ã¼ber die PrÃ¼fung der Einhaltung von Fachlichkeit, Wirtschaftlichkeit und QualitÃ¤t regulieren (vgl. von Boetticher in LPK-SGB XII, 12. Auflage 2020, Â§ 75 Rn. 29 f., 48).

Die Richtlinie 2014/23/EU sieht vor, dass eine Zulassung zur Leistungserbringung ohne Auswahlentscheidung nicht als Konzession gilt und damit nicht in den Anwendungsbereich der Konzessionsrichtlinie fÃ¤llt. Dies ergibt sich aus dem ErwÃ¤gungsgrund 13 der Richtlinie. Danach sollten Regelungen, nach denen ohne gezielte Auswahl alle Wirtschaftsteilnehmer, die bestimmte Voraussetzungen erfÃ¼llen, berechtigt sind, eine bestimmte Aufgabe, wie beispielsweise Kundenwahl- und Dienstleistungsgutscheinsysteme, wahrzunehmen, nicht als Konzessionen gelten (S. 1). Derartige Systeme beruhen typischerweise auf der Entscheidung einer BehÃ¶rde, mit der transparente und nichtdiskriminierende Voraussetzungen fÃ¼r den kontinuierlichen Zugang von Wirtschaftsteilnehmern zur Erbringung bestimmter Dienstleistungen, wie soziale Dienstleistungen, festgelegt werden, wobei den Kunden die Wahl zwischen den Anbietern freisteht (S. 2). Die Freiheit der Mitgliedsstaaten zur Gestaltung ihrer sozialen Sicherungssysteme findet sich ausdrÃ¼cklich auch in dieser Richtlinie (Art. 4 Abs. 1 S. 2).

cc. Eine Vorlage an den EuGH nach Â§ 267 Abs. 1 Buchst. a des Vertrages Ã¼ber die Arbeitsweise der EuropÃ¤ischen Union (AEUV) kommt aus den voranstehenden GrÃ¼nden nicht in Betracht. Nach dieser Bestimmung entscheidet der EuGH im Wege der Vorabentscheidung Ã¼ber die Auslegung der VertrÃ¤ge. Bestehen jedoch â wie hier â keine vernÃ¼nftigen Auslegungszweifel, scheidet ein Vorabentscheidungsersuchen durch das nationale Gericht aus (vgl. EuGH Urteil vom 06.10.1982, 283/81, Rn. 16, 21, juris; BSG Urteil vom 17.10.1990, 2 RU 8/90, Rn. 17, juris).

f. Der Beschluss des OLG DÃ¼sseldorf vom 13.05.2015 (Az.: VII Verg 38/14), der im NachprÃ¼fungsverfahren zur ersten Ausschreibung verkÃ¼ndet wurde, steht dem voranstehenden Ergebnis nicht entgegen. Zum einen handelt es sich um eine Entscheidung, die nicht das streitgegenstÃ¤ndliche Vergabeverfahren betrifft. Zum anderen beschrÃ¤nkt sich die PrÃ¼fung der Vergabeinstanzen grundsÃ¤tzlich auf

die Feststellung, ob die konkret gewÃ¤hlte Form der Leistungserbringung als vergabepflichtiger Vorgang einzustufen ist und die vergaberechtlichen Bestimmungen beachtet worden sind (OLG DÃ¼sseldorf Beschluss vom 08.09.2004, VII-Verg 35/04, Rn. 36, juris; vgl. auch OVG NRW Beschluss vom 27.09.2004, 12 B 1390/04, Rn. 14, juris). Die Vergabeinstanzen prÃ¼fen dagegen nicht, ob sozialrechtliche Regelungen dem LeistungstrÃ¤ger untersagen, diese Form der Beschaffung zu wÃ¤hlen. Diese Kompetenz liegt allein bei den Sozialgerichten, wenn â wie hier â Regelungen des SGB betroffen sind (siehe dazu auch oben unter Punkt B. I.).

2. Die KlÃ¤ger sind durch die Vergabe und Zuschlagserteilung auch in eigenen Rechten verletzt worden, nÃ¤mlich in ihrer BerufsausÃ¼bungsfreiheit gemÃ¤Ã Art. 12 Abs. 1 GG (Â§ 131 Abs. 1 S. 3 SGG analog; zur Notwendigkeit einer subjektiven Rechtsverletzung bei einer Fortsetzungsfeststellungsklage vgl. Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, 13. Auflage 2020, Â§ 131 Rn. 9). In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass als EinschrÃ¤nkung der Berufsfreiheit nicht allein Gebote und Verbote in Betracht kommen; es genÃ¼gt, dass durch staatliche MaÃnahmen der Wettbewerb beeinflusst und Konkurrenten deutlich benachteiligt werden (BVerfG Beschluss vom 25.03.1992, 1 BvR 298/86, Rn. 37, juris; BVerwG Urteil vom 13.05.2004, 3 C 45.03, Rn. 22, juris). So liegt der Fall hier. Denn den KlÃ¤gern wurde es nahezu unmÃ¶glich gemacht, ihre Leistungen im ZustÃ¤ndigkeitsbereich der Beklagten im Streitzeitraum anzubieten, da die Erbringung von Integrationshilfe grundsÃ¤tzlich den beiden Ausschreibungsgewinnern vorbehalten und es der Beklagten gelungen war, nahezu alle Kinder im Rahmen des eingerichteten Pool-Modells betreuen zu lassen. Dies wird belegt durch die Tatsache, dass die KlÃ¤ger vor der Ausschreibung einen hohen Umsatz mit der streitgegenstÃ¤ndlichen Eingliederungshilfe in Form der Schulbegleitung im ZustÃ¤ndigkeitsbereich der Beklagten generieren konnten, nach der Zuschlagserteilung aber faktisch keinen Marktzugang hatten. FÃ¼r den durch das Vergabeverfahren ausgelÃ¶sten Eingriff in die BerufsausÃ¼bungsfreiheit der KlÃ¤ger sind weder vernÃ¼nftige GrÃ¼nde des Gemeinwohls noch eine nach Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG erforderliche Rechtsgrundlage ersichtlich.

D. Die Kostenentscheidung beruht auf Â§ 197a Abs. 1 S. 1 SGG i.V.m. Â§ 155 Abs. 1 S. 1 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) und berÃ¼cksichtigt, dass die KlÃ¤ger mit ihren UnterlassungsantrÃ¤gen bereits im Klageverfahren unterlegen waren und diese AntrÃ¤ge im Berufungsverfahren nicht mehr aufrechterhalten haben. Der Senat hat dem erfolgreichen Fortsetzungsfeststellungsantrag mehr Gewicht beigemessen, sodass die Ã¼berwiegenden Kosten des Verfahrens von der Beklagten zu tragen sind.

E. Die Revision wird wegen grundsÃ¤tzlicher Bedeutung der Rechtssache gemÃ¤Ã Â§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG zugelassen.

Â

Â

Erstellt am: 27.09.2022

Zuletzt verändert am: 23.12.2024