
S 42 SO 74/16

Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht	Bundessozialgericht
Sachgebiet	Sozialhilfe
Abteilung	-
Kategorie	Urteil
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	Sozialgerichtliches Verfahren – zulässiger Rechtsweg – Sozialhilfe – Eingliederungshilfe – Schulbegleitung – Durchführung eines Vergabeverfahrens – Sonderzuweisung an die Vergabekammern – Verpflichtung zur Durchführung – EU-Recht – Auswahlentscheidung des öffentlichen Auftraggebers – Berechtigung zur Durchführung – Versorgungssysteme des SGB XII und des SGB IX – Wunsch- und Wahlrecht des Leistungsberechtigten – Verfassungsmäßigkeit
Leitsätze	1. Für Streitigkeiten über die Vergabeverfahren vorgelagerte Frage, ob die Durchführung eines Vergabeverfahrens für Leistungen der Eingliederungshilfe überhaupt rechtmäßig ist, ist der Rechtsweg zu den Sozialgerichten eröffnet. 2. Leistungen der Eingliederungshilfe dürfen nicht durch öffentliche Aufträge oder Konzessionen nach vergaberechtlichen Grundsätzen beschafft werden, weil alle Dienste, die die maßgeblichen Kriterien der Leistungsfähigkeit, Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit erfüllen, Anspruch auf Abschluss von Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen haben. 3. Europarecht zwingt nicht zur Vergabe von Leistungen der Eingliederungshilfe im Wege öffentlicher Aufträge oder Konzessionen, weil keine

Normenkette

Auswahlentscheidung erfolgt.
[SGG § 51 Abs 1 Nr 6a](#); [GWB § 156 Abs 2](#);
[GWB § 97](#); [GWB §§ 97ff](#); SGB XII [§ 75](#); SGB
XII [§§ 75ff](#); SGB IX [§ 123](#) J: 2018; SGB IX [§§](#)
[123ff](#) J: 2018; [GWB § 103](#); [GWB § 105](#);
EURL 23/2014; EURL 24/2014 Art 1 Abs 5;
SGB XII [§ 9 Abs 2](#); SGB IX [§ 8 Abs 1](#) J:
2018; SGB IX [§ 112 Abs 4](#) J: 2018; [GG Art](#)
[12 Abs 1](#); [GG Art 28 Abs 2](#)

1. Instanz

Aktenzeichen
Datum

S 42 SO 74/16
20.03.2019

2. Instanz

Aktenzeichen
Datum

L 12 SO 227/19
23.03.2022

3. Instanz

Datum

17.05.2023

Â

Die Revision der Beklagten wird mit der Maßgabe zurÃ¼ckgewiesen, dass festgestellt wird, dass es der Beklagten untersagt war, die nationale Ausschreibung nach VOL/A Ã¶ffentliche Ausschreibung der Vergabenummer 16/10-2015-0123, Art der Leistung: Einsatz von Integrationshelfern an DÃ¼sseldorfer Schulen fÃ¼r Kinder mit Behinderung im Rahmen der Eingliederungshilfe, durchzufÃ¼hren und den Zuschlag in diesem Vergabeverfahren zu erteilen.

Die Beklagte trÃ¤gt die Kosten des Revisionsverfahrens.

Der Streitwert fÃ¼r das Revisionsverfahren wird auf 361 250 Euro festgesetzt.

G r Ã¼ n d e :

I

1

Die Beteiligten streiten im Rahmen einer Fortsetzungsfeststellungsklage noch darÃ¼ber, ob die DurchfÃ¼hrung eines Vergabeverfahrens nach den [Ã§Ã§ 97](#) ff des Gesetzes gegen WettbewerbsbeschrÃ¤nkungen (GWB) fÃ¼r den Einsatz von Integrationshelfern an Schulen im Gebiet der Beklagten fÃ¼r Kinder mit Behinderung rechtmÃ¤Ãig war.

2

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

Ein Antrag der Klāger auf einstweilige Untersagung der Durchfñhrung des Vergabeverfahrens und der Zuschlagserteilung blieb beim Sozialgericht (SG) Dāsseldorf ohne Erfolg (Beschluss vom 29.4.2016 Å [SÅ 42Å SO 73/16Å ER](#)). Im Hauptsacheverfahren hat das SG die nach Abschluss des Vergabeverfahrens auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens gerichtete Klage abgewiesen (Urteil vom 20.3.2019). Das Landessozialgericht (LSG) Nordrhein-Westfalen hat das Urteil des SG aufgehoben und festgestellt, â dass die Durchfñhrung des Vergabeverfahrens 16/1020150123 und die Zuschlagserteilung durch die Beklagte rechtswidrig warenâ (Urteil vom 23.3.2022): Die Klage sei als Fortsetzungsfeststellungklage in analoger Anwendung des [Å§Å 131 AbsÅ 1 SatzÅ 3](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) zulāssig. Das Feststellungsinteresse folge aus einer tatsāchlichen Prājudizialitā. Die Durchfñhrung des Vergabeverfahrens und die Zuschlagserteilung seien rechtswidrig gewesen. Aus der grundsātzlichen Ausgestaltung der Leistungserbringung nach den [Å§ÅÅ 75Å](#) ff Sozialgesetzbuch Zwālftes Buch Å SozialhilfeÅ (SGBÅ XII) folge ein Vorrang des sozialhilferechtlichen Dreiecksverhāltisses und damit ein Verbot der Durchfñhrung von Vergabeverfahren. Der Anwendungsvorrang des europāischen Vergaberechts stehe dem nicht entgegen. Es liege weder ein Åffentlicher Auftrag noch eine Dienstleistungskonzession im Sinne des Vergaberechts vor, sodass eine Vorlage an den Europāischen Gerichtshof (EuGH) zur Vorabentscheidung entbehrlich sei.

4

Mit ihrer Revision rügt die Beklagte die Verletzung der [     55](#) und [131 SGG](#) sowie der    anwendungsvorrangiges europäisches Sekundärrecht umsetzenden    [     97   ff GWB](#). Ungeachtet des Ausschlusses der Rechtswegpr  fung im Rechtsmittelverfahren nach [    17 Abs   5](#) Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) best  nden erhebliche Bedenken gegen die Zulässigkeit des beschrittenen Rechtswegs zu den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit. Die vorliegend geführte Fortsetzungsfeststellungsklage sei gegenüber den Rechtsmitteln im Vergabeverfahren subsidiär und daher unzulässig. Soweit man von der Zulässigkeit der Klage ausgehe, sei diese unbegründet. Die Beklagte sei zur Ausschreibung der von ihr zu finanzierenden Leistungen der Eingliederungshilfe in Form des Einsatzes von Integrationshelfern an den Schulen auf ihrem Gebiet verpflichtet. Der Entgeltlichkeit   ffentlicher Verträge iS des [    103 GWB](#) stehe nicht entgegen, dass die Leistungen für einen Dritten erbracht würden, ohne dass es auf die genaue vertragliche Konstruktion (Schuldbeitritt oder eigener Zahlungsanspruch) ankomme. Das von der Rechtsprechung entwickelte Dreiecksverhältnis betreffe allenfalls die Abwicklung der Vergütung. Mit der Einführung eines gesetzlichen Zahlungsanspruchs des Leistungserbringers gegen den Träger in [    123 Abs   6](#) Sozialgesetzbuch Neuntes Buch    Rehabilitation und Teilhabe von Menschen mit Behinderungen    (SGB   IX) durch das Gesetz zur Stärkung der Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderungen (Bundesteilhabegesetz) werde unterstrichen, dass ein entgeltlicher Vertrag zwischen einem Unternehmen und dem öffentlichen Auftraggeber vorliege. Der vom LSG bemühte Grundsatz der Angebots- und Trägervielfalt habe keinen derartigen gesetzlichen Niederschlag gefunden, dass er als Vorbehalt iS von Art   1 Abs   5 der Richtlinie (RL) 2014/24/EU angesehen werden könne. Auch das Wunsch- und Wahlrecht nach [    9 Abs   2 SGB   XII](#) stehe einer Anwendung von Vergaberecht nicht entgegen. Der Beschaffung liege im vorliegenden Fall auch eine Auswahlentscheidung zugrunde. Die Annahme des LSG, der Träger der Eingliederungshilfe müsse mit allen Anbietern Verträge abschließen, die nach Maßgabe des [    124 SGB   IX](#) idF des BTHG geeignet seien, vertrage sich nicht mit [    132 Abs   1 SGB   IX](#) idF des BTHG, wonach der Träger die Möglichkeit habe, über Vereinbarungen von bestehenden vertraglichen Leistungs- und Finanzierungsstrukturen abzuweichen. Schließlich bestehe bei Auslegungszweifeln nach Art   267 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europ  ischen Union (AEUV) die Verpflichtung zur Vorlage an den EuGH zur Vorabentscheidung.

5

Die Beklagte beantragt,
das Urteil des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 23.   März 2022 aufzuheben und die Berufung der Kläger gegen das Urteil des Sozialgerichts D  sseldorf vom 20.   März 2019 zurückzuweisen.

6

Die Kläger beantragen,
die Revision der Beklagten mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass festgestellt wird, dass es der Beklagten untersagt war, die nationale Ausschreibung nach VOL/A

Öffentliche Ausschreibung der Vergabenummer 16/10-2015-0123, Art der Leistung: Einsatz von Integrationshelfern an Düsseldorf Schulen für Kinder mit Behinderung im Rahmen der Eingliederungshilfe, durchzuführen und den Zuschlag in diesem Vergabeverfahren zu erteilen.

7

Sie halten das angefochtene Urteil für zutreffend. Ungeachtet der Bindungswirkung des erkennenden Senats an die Entscheidung der Vorinstanzen über den zulässigen Rechtsweg sei der Rechtsweg zu den SGen auch in der Sache eröffnet. Der vorliegende Rechtsstreit diene der Vorbereitung eines Amtshaftungsprozesses gegen die Beklagte und sei daher als Fortsetzungsfeststellungsklage zulässig. In der Sache habe das LSG einen Anspruch der Kläger auf Unterlassen von Vergabeverfahren zu Recht bejaht. Es liege hier weder ein öffentlicher Auftrag noch eine Konzession iS der [§§ 103 und 105 GWB](#) vor. Es spreche bereits sehr viel dafür, dass bereits keine Beschaffung von Leistungen durch den zuständigen öffentlich-rechtlichen Träger vorliege. Jedenfalls fehle es an einer Auswahlentscheidung im Sinne des Vergaberechts. Die hierfür maßgeblichen Grundsätze ergäben sich bereits aus der Rechtsprechung des EuGH, sodass es keiner erneuten Vorlage bedürfe.

II

8

Die Revision der Beklagten ist unbegründet ([§ 170 Abs 1 Satz 1 SGG](#)). Das LSG hat zu Recht festgestellt, dass die Durchführung des strittigen Vergabeverfahrens durch die Beklagte rechtswidrig war. Der Senat hat lediglich den Feststellungstenor entsprechend dem in der Berufungsinstanz von den Klägern gestellten Antrag dahin geändert, dass es der Beklagten untersagt war, die im Streit stehende Ausschreibung durchzuführen und den Zuschlag in diesem Vergabeverfahren zu erteilen. Damit ist klargestellt, dass keine Entscheidung im Vergabeverfahren getroffen wird, für die nach [§ 156 Abs 2 GWB](#) (hier idF des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts – Vergaberechtsmodernisierungsgesetz vom 17.2.2016) die [Vergabekammern und das Beschwerdegericht zuständig sind](#).

9

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

10

Für dieses Begehren ist der Rechtsweg zu den Sozialgerichten zulässig. Zu entscheiden ist über eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit in Angelegenheiten der Sozialhilfe einschließlich der Angelegenheiten nach Teil 2 des SGB IX iS des [§ 51 Abs 1 Nr 6a SGG](#), nämlich die von den Klägern aufgeworfene Frage, ob aus den Regelungen der [§§ 75 ff SGB XII](#) (bzw ab dem 1.1.2018 aus

[§ 123](#) ff SGB IX idF des BTHG vom 23.12.2016, [BGBl I 3234](#); im Folgenden neue Fassung) ein öffentlich-rechtlicher Anspruch der Kläger auf Unterlassung eines Vergabeverfahrens mit dem Ziel der Erbringung von Leistungen der Eingliederungshilfe in einem Pool-System folgt. [§ 156 Abs 2 GWB](#) als denkbare anderweitige Sonderzuweisung greift nicht ein. Die von den Klägern zur Entscheidung gestellte, dem eigentlichen Vergabeverfahren vorgelagerte Frage, ob die Durchführung eines Vergabeverfahrens überhaupt rechtmäßig ist, betrifft nicht Rechte, die „in einem Vergabeverfahren“ (und damit auch nicht in einem Nachprüfungsantrag) geltend gemacht werden könnten (so auch Oberlandesgericht Düsseldorf vom 20.3.2019 – VII Verg 65/18, [Verg 65/18 NZBau 2019, 801](#), 802 RdNr 30 ff, juris RdNr 47 ff; Knispel, NZS 2019, 6, 9 mwN). Aus der von der Beklagten in Bezug genommenen Entscheidung des 3. Senats des Bundessozialgerichts (vom 6.3.2019 – [B 3 SF 1/18 R](#) – SozR 41720 – § 17a Nr 15) lässt sich nichts Gegenteiliges ableiten. Der 3. Senat hat mit dieser Entscheidung nicht in der Sache über den zulässigen Rechtsweg entschieden, sondern das Verfahren auf der Grundlage einer unanfechtbaren Verneinung des Rechtswegs zu den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit durch das dortige Beschwerdegericht im Hinblick auf die Garantie der Gewährleistung eines effektiven und wirksamen Rechtsschutzes (Art 19 Abs 4 Grundgesetz) zur Vermeidung einer verfassungswidrigen Verweigerung von Rechtsschutz verwiesen (vgl BSG vom 6.3.2019 – [B 3 SF 1/18 R](#) – SozR 41720 – § 17a Nr 15 RdNr 25). Ohnehin ist nicht erkennbar, dass SG und LSG eine von der Beklagten vor dem SG erhobene Rüge des zulässigen Rechtswegs übergangen hätten. Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Beklagte keine ausreichende Gelegenheit zur Erhebung einer entsprechenden Rüge gehabt hätte. Da das SG in seinem Urteil von der Zulässigkeit des Rechtswegs ausgegangen ist und eine Entscheidung in der Sache getroffen hat, ist für das LSG und den Senat eine Bindung nach [§ 17a Abs 5 GVG](#) an diese Entscheidung eingetreten (vgl hierzu zB BSG vom 7.12.2006 – [B 3 KR 5/06 R](#) – [BSGE 98, 12](#) – SozR 42500 – § 132a Nr 2, RdNr 35 mwN).

11

Die Klage ist auch im übrigen zulässig. Die Kläger verfolgen ihr Begehren richtigerweise mit der Fortsetzungsfeststellungsklage in entsprechender Anwendung von [§ 131 Abs 1 Satz 3 SGG](#). Diese ist über den Wortlaut der Vorschrift hinaus auch statthaft, wenn Gegenstand der ursprünglichen Klage ein Unterlassungsanspruch war, der sich durch Zeitablauf erledigt hat (vgl zB BSG vom 12.9.2012 – [B 3 KR 17/11 R](#) – RdNr 18 mwN; Häbschmann in BeckOGK, SGG, § 131 RdNr 36, Stand 1.8.2023). So liegt der Fall hier. Das Begehren der Kläger war ursprünglich auf Unterlassung der Durchführung eines Vergabeverfahrens gerichtet. Dieses Begehren hat sich inzwischen erledigt. Denn nach den Feststellungen des LSG wurde der Zuschlag nach Klageerhebung erteilt, sodass das Vergabeverfahren beendet ist und dessen Unterlassung nicht mehr gefordert werden kann.

12

Für die auch im Rahmen einer Unterlassungsklage notwendige Klagebefugnis (vgl hierzu BSG vom 30.7.2019 – [B 1 KR 34/18 R](#) – [BSGE 129, 10](#) – SozR 42500

Â§Â 53 NrÂ 3, RdNrÂ 11Â f sowie bereits BSG vom 27.1.1977 Â [7Â RAr 17/76Â BSGEÂ 43, 134](#), 141Â f =Â SozR 4100 Â§Â 34 NrÂ 6 SÂ 12Â f, juris RdNrÂ 37) reicht im Grundsatz die bloÃe MÃglichkeit einer Verletzung in eigenen Rechten. Es genÃ¼gt, wenn der KlÃ¤ger Tatsachen vortrÃ¼gt, aus denen sich eine Verletzung ergeben kann (stRspr; vgl zB BSG vom 15.5.1991 Â [6Â RKa 22/90Â BSGEÂ 68, 291, 292Â f](#) =Â [SozR 31500 Â§Â 54 NrÂ 7](#) SÂ 12Â f, juris RdNrÂ 11). Diese Voraussetzung ist hier erfÃ¼llt. Es ist mÃglich, dass die KlÃ¤ger durch die Ausschreibung nach Vergaberecht in ihrem Recht auf chancengleiche Teilnahme an der Leistungserbringung verletzt sind. Dieses Recht ergibt sich aus den gesetzlichen Bestimmungen des Vertragsrechts in den [Â§Â§Â 75Â ff SGBÂ XII](#) (bzw [Â§Â§Â 123Â ff SGBÂ IX nF](#)), die zumindest auch dem Schutz der Wettbewerbsstellung der Leistungserbringer zu dienen bestimmt sind (hierzu sogleich) und aus dem grundrechtlichen Schutz dieser Wettbewerbsstellung durch ArtÂ 12 AbsÂ 1 und ArtÂ 3 AbsÂ 1 GG (vgl zB Bundesverfassungsgericht vom 1.9.2008 Â [1Â BvR 887/08](#) Â uaÂ [BVerfGÂ 14, 187](#) Â juris RdNrÂ 13Â ff; Krohn in Hauck/Noftz, SGBÂ XII, Â§Â 75 RdNrÂ 40, Stand 5.Â EL 2023 mwN; vgl zu Â§Â 93 AbsÂ 2 Bundessozialhilfegesetz bereits Obergerverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen vom 27.9.2004 Â [12Â B 1390/04Â](#) juris RdNrÂ 2; Verwaltungsgericht MÃ¼nster vom 22.6.2004 â [5 L 756/04](#) â juris RdNr 26 ff). Soweit die Beklagte auf die fÃ¼r Konkurrentenklagen im Vertragsarztrecht aufgestellte weitere Voraussetzung fÃ¼r die Klagebefugnis verweist, wonach der KlÃ¤ger auch âMitbewerberâ um eine nur einmal zu vergebende Berechtigung sein muss (zusammenfassend BSG vom 1.4.2015 Â [BÂ 6Â KA 48/13Â RÂ NZS 2015, 476](#) RdNrÂ 9Â f), folgt hieraus nichts anderes. Hier liegt eine mit dem Streit um eine bedarfsabhÃ¤ngige Zulassung vergleichbare Situation gerade nicht vor. Mit ihrer Klage machen die KlÃ¤ger nicht geltend, es hÃ¤tte eine Auswahlentscheidung zu ihren Gunsten ergehen mÃ¼ssen, sondern sie behaupten, es hÃ¤tte ein Vergabeverfahren mit dem Ziel einer Auswahlentscheidung Ã¼berhaupt nicht eingeleitet werden dÃ¼rfen. Auch die Beklagte betont, dass Ziel der Vergabe nicht die EinrÃ¼mung einer ausschlieÃlichen Position unter Bedarfsgesichtspunkten gewesen sei.

13

Die KlÃ¤ger haben auch ein berechtigtes Interesse an der Feststellung. Es kann offenbleiben, ob sich dies bereits aus einer tatsÃ¤chlichen PrÃ¤judizialitÃ¤t fÃ¼r kÃ¼nftige Vergabeverfahren ergibt (vgl hierzu BSG vom 28.1.2021 Â [BÂ 8Â SO 9/19Â RÂ BSGEÂ 131, 246](#) =Â SozR 43500 Â§Â 57 NrÂ 1, RdNrÂ 20Â f). Denn die KlÃ¤ger kÃ¶nnen sich jedenfalls auf die prÃ¤judizielle Wirkung fÃ¼r einen beabsichtigten Amtshaftungsprozess stÃ¼tzen. HierfÃ¼r genÃ¼gt der Vortrag der KlÃ¤ger, sie beabsichtigten, eine Amtshaftungsklage zu erheben (vgl BSG vom 21.3.2018 Â [BÂ 6Â KA 44/16Â RÂ](#) SozR 42500 Â§Â 73b NrÂ 2 RdNrÂ 32).

14

Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist auch begrÃ¼ndet. Die KlÃ¤ger hatten einen Anspruch auf Unterlassung der Vergabe nach den [Â§Â§Â 97Â ff GWB](#) (idF des VergRModG) gegen die Beklagte.

15

Rechtsgrundlage fÃ¼r das Klagebegehren ist der allgemeine Ã¶ffentlich-rechtliche

Unterlassungsanspruch. Dieser setzt die Rechtswidrigkeit eines schlicht-hoheitlichen Verwaltungshandelns sowie die Verletzung eines subjektiven Rechts voraus (vgl dazu BSG vom 1.6.2022 Â [BÂ 3Â KR 5/21Â RÂ](#) BSGEÂ 134, 167 =Â SozR 42500 Â§Â 31 NrÂ 30, RdNrÂ 10; BSG vom 30.7.2019 Â [BÂ 1Â KR 34/18Â RÂ](#) BSGEÂ 129, 10 =Â SozR 42500 Â§Â 53 NrÂ 3, RdNrÂ 14 mwN).

16

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

17

Entgegen der Auffassung der Beklagten waren die Leistungen unabhängig davon, ob es sich um Öffentliche Aufträge ([Â§ 103 GWB](#)) oder Konzessionen ([Â§ 105 GWB](#)) handelte nicht zwingend nach vergaberechtlichen Grundsätzen zu vergeben. Eine solche Vorgabe folgt nicht aus dem aus der RL 2014/23/EU (ABI EU LÂ 94 vom 28.3.2014, 1) und der RL 2014/24/EU (ABI EU LÂ 94 vom 28.3.2014, 65) abzuleitenden und in den [Â§Â 97 ff GWB](#) umgesetzten Grundsatz, dass Öffentliche Aufträge und Konzessionen im Wettbewerb und im Wege transparenter Verfahren zu vergeben sind. Diesen zum europäischen Sekundärrecht gehörenden RL kommt gegenüber nationalem Recht Anwendungsvorrang zu (vgl hierzu zB EuGH vom 7.8.2018 Â C122/17Â ABIÂ EU 2018, NrÂ C 352, 8) mit der Folge, dass dagegen verstößendes nationales Recht nicht anzuwenden ist. Ein solcher Verstoß liegt hier jedoch nicht vor. Nach der Rechtsprechung des EuGH setzen vergabepflichtige Öffentliche Aufträge und Konzessionen (ohne dass dies im Wortlaut der [Â§Â 103](#) und [105 GWB](#) einen ausdrücklichen Niederschlag gefunden hätte) als zentrales Kriterium eine Auswahlentscheidung des Öffentlichen Auftraggebers voraus. Eine Auswahlentscheidung in diesem Sinn liegt nicht vor, wenn eine Öffentliche Einrichtung Waren auf dem Markt erwerben will, wobei sie während der gesamten Laufzeit dieses Systems mit jedem Wirtschaftsteilnehmer, der sich verpflichtet, die betreffenden Waren zu im Vorhinein festgelegten Bedingungen zu liefern, einen Vertrag schließt, ohne eine Auswahl unter den interessierten Wirtschaftsteilnehmern vorzunehmen (EuGH vom 2.6.2016 Â C410/14Â ABIÂ EU 2016, NrÂ C 287, 6 =Â [NZS 2016, 542](#)). Das entscheidende Element besteht darin, dass der Öffentliche Auftraggeber kein Kriterium für die Vergabe des Auftrags nennt, das dazu dient, die zulässigen Angebote vergleichen und ordnen zu können (EuGH vom 1.3.2018 Â C9/17Â ABI EU 2018, NrÂ C 142, 12 =Â [NZBau 2018, 366](#), RdNrÂ 35). Die Leistungserbringung im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis ist danach nicht generell vergabefrei (vgl hierzu auch Wollenschläger in Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskomm Bd 1, 4.Â Aufl 2022, [Â§ 105 GWB](#) RdNrÂ 36; [BTDrucks 18/6492 SÂ 2](#) f; Ganske in Reidt/Stickler/Glahs, GWB, 4.Â Aufl 2018, Â§ 105 RdNrÂ 40). Vielmehr ist jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob der Leistungsträger nach der gesetzlichen Konzeption eine Auswahlentscheidung nach den genannten Kriterien trifft. Entscheidend für den von den Klägern erhobenen Unterlassungsanspruch ist hierbei die gesetzliche Konzeption im nationalen Recht. Im übrigen berühren die europarechtlichen Vorgaben nicht die Art und Weise, in der die Mitgliedstaaten ihre Systeme der sozialen Sicherheit gestalten (Art 1 Abs 5 der RL 2004/24/EU).

Bei dem Vertragsrecht nach dem Zehnten Kapitel des SGBâ XII bzw nach Kapitelâ 8 des Teilsâ 2 des SGBâ IX nF handelt es sich unter Anlegen dieser Maßstäbe nicht um ein System, das der Vergabepflicht unterfällt. Grundlage der Vereinbarungen der Träger der Eingliederungshilfe mit den geeigneten Leistungserbringern nach den [Â§Â§Â 75Â ff SGBâ XII](#) (ab dem 1.1.2018 [Â§Â§Â 123Â ff SGBâ IX nF](#)) sind die Kriterien der Leistungsfähigkeit, Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit (vgl zu Â§Â 93 BSHG bereits Bundesverwaltungsgericht vom 30.9.1993 â [5Â C 41.91Â BVerwGEâ 94, 202](#) =â Buchholz 436.0 Â§Â 93 BSHG Nrâ 1). Andere Kriterien dürfen bei der Entscheidung über den Abschluss der in den [Â§Â§Â 75Â ff SGBâ XII](#) ([Â§Â§Â 123Â ff SGBâ IX nF](#)) vorgesehenen Vereinbarungen keine Rolle spielen. Dies gilt insbesondere für Bedarfsgesichtspunkte (vgl bereits LSG Baden-Württemberg vom 13.7.2006 â [Lâ 7Â SO 1902/06Â ERBâ Sozialrecht aktuell 2006, 168Â ff](#); Hessisches LSG vom 18.7.2006 â [Lâ 7Â SO 16/06Â ERâ juris RdNrâ 29](#)). Der Leistungsträger darf das Angebot eines Leistungserbringers nicht unter Hinweis auf fehlenden Bedarf oder unter Verweis auf seiner Auffassung nach bessere oder geeignetere Formen der Leistungserbringung ablehnen, wenn die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit (vgl hierzu BVerwG vom 1.12.1998 â [5Â C 17.97Â BVerwGEâ 108, 47](#) =â Buchholz 436.0 Â§Â 93 BSHG Nrâ 4) und Eignung sowie die Leistungsfähigkeit des Trägers (vgl hierzu BVerwG vom 1.12.1998 â [5Â C 29.97Â BVerwGEâ 108, 56](#) =â Buchholz 436.0 Â§Â 93 BSHG Nrâ 5) nicht entgegenstehen. Der Vertragsschluss darf insbesondere nicht mit der Begründung abgelehnt werden, dass ein anderer Bewerber die Leistung günstiger erbringen kann, sofern die geforderte Vergütung dem externen Vergleich ([Â§Â 75 Absâ 2 Satzâ 10 bisâ 13 SGBâ XII](#), [Â§Â 124 Absâ 1 Satzâ 3 bisâ 6 SGBâ IX nF](#)) standhält. Es handelt sich damit um einen Fall, in dem alle Wirtschaftsteilnehmer, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen, zur Wahrnehmung einer bestimmten Aufgabe â ohne Selektivitätâ berechtigt sind und damit um ein einfaches Zulassungssystem. Eine Auswahlentscheidung findet nach diesen Vorschriften nicht statt. Das Vertragsrecht nach dem Zehnten Kapitel des SGBâ XII bzw nach Kapitelâ 8 des Teilsâ 2 des SGBâ IX nF gewährleistet allen Anbietern vielmehr einen transparenten und gleichberechtigten Zugang zur Leistungserbringung.

Die Zulassung von Dienstleistungserbringern im eingliederungshilferechtlichen Dreiecksverhältnis â sei es unter Geltung des SGBâ XII, sei es unter Geltung des SGBâ IXâ nF unterfällt damit nicht den RL 2014/23/EU und RL 2014/24/EU. Auf die Ausführungen der Beklagten zur vertraglichen Ausgestaltung der Leistungsbeziehung zwischen den Leistungserbringern und dem Leistungsträger sowie zur Rechtsgrundlage des Zahlungsanspruchs im Fall einer Vergabe, kommt es deshalb nicht. Einer Vorlage an den EuGH zur Vorabentscheidung bedarf es nicht. Denn die entscheidungserheblichen europarechtlichen Maßstäbe sind â wie dargelegtâ durch den EuGH bereits geklärt (vgl EuGH vom 2.6.2016 â C410/14â ABI EU 2016, Nrâ Câ 287, 6 =â [NZS 2016, 542](#); EuGH vom 1.3.2018 â C9/17â ABI EU 2018, Nrâ C 142, 12 =â [NZBau 2018, 366](#), RdNrâ 35).

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

21

Diese Vorgehensweise widerspricht dem im SGB XII und dem SGB IX für ambulante Dienste vorgesehenen Versorgungssystem. Den Leistungsträgern ist nach [§ 75 Abs 2 Satz 1 SGB XII](#) untersagt, eigene Angebote zu schaffen, wenn geeignete Leistungserbringer vorhanden sind. [§ 75 Abs 2 Satz 1 iVm § 75 Abs 1 Satz 2 SGB XII](#) sieht vor, dass Träger der Sozialhilfe zur Erfüllung der Aufgaben der Sozialhilfe eigene Dienste nicht neu schaffen sollen, soweit geeignete Einrichtungen anderer Träger vorhanden sind, ausgebaut oder geschaffen werden können. Es handelt sich um ein Gewährleistungsverantwortungsmodell, in dem die Sozialhilfeträger die Verantwortung für die Versorgungsinfrastruktur tragen, die sie vor allem durch den Abschluss von Verträgen nach [§§ 75 ff SGB XII](#) wahrnehmen (vgl BSG vom 2.2.2010 [B 8 SO 20/08 R](#) RdNr 12; BSG vom 28.10.2008 [B 8 SO 22/07 R](#) [BSGE 102, 1](#) = [SozR 41500 § 75 Nr 9](#), RdNr 16; Krohn in Hauck/Noftz, SGB XII, [§ 75 RdNr 41](#), Stand 5. EL 2023; grundlegend zur Vorgangsvorschrift des [§ 93 Abs 1 Satz 1 BSHG](#): BVerfG vom 18.7.1967 [2 BvF 3/62](#) ua [BVerfGE 22, 180](#), 200 f, juris RdNr 65 ff). Das Erbringen eigener Leistungen sieht dieses Regelungskonzept nur ausnahmeweise vor. Insbesondere wenn geeignete Leistungserbringer vorhanden sind, soll der Träger keine eigenen Angebote schaffen. Lediglich dann, wenn der Sozialhilfeträger selbst nicht über geeignete Angebote verfügt, kann er in Anbetracht seiner Strukturverantwortung und des Wirtschaftlichkeitsprinzips eigene geeignete Angebote schaffen, wenn die Förderung des Ausbaus oder die Schaffung von Angeboten geeigneter Leistungserbringer mit höherem finanziellen Aufwand verbunden ist (vgl Lange in jurisPKSGB XII, 3. Aufl 2020, [§ 75 RdNr 78](#)). Vorliegend sind die Leistungen in der Vergangenheit aber über entsprechende Verträge nach [§§ 75 ff SGB XII](#) erbracht worden, ohne dass die Beklagte hier Versorgungsdefizite dargelegt hätte. Allein der Wunsch der Beklagten, zur Qualitätssicherung der Leistungen ein Pool-System einzuführen, berechtigt nicht zur Vergabe. Die Qualitätssicherung wird durch Vereinbarungen nach [§§ 75 ff SGB XII](#) bzw. [§§ 123 ff SGB IX nF](#) erreicht.

22

Der Leistungserbringung außerhalb des sozialhilferechtlichen Dreiecksverhältnisses steht zudem das Wunsch- und Wahlrecht der leistungsberechtigten Personen (vgl. [§ 9 Abs 2 SGB XII](#) bzw. [§ 8 Abs 1 SGB IX](#)) entgegen, das diesen als subjektiv-öffentliches Recht zusteht (vgl. BSG vom 19.5.2022 – [B 8 SO 13/20 R](#) – [BSGE 134, 149](#) = SozR 43500 – § 19 Nr 7, RdNr 14), und für dessen Verwirklichung der Eingliederungsträger verantwortlich ist. Ihn trifft die Pflicht, den Leistungsanspruch der Berechtigten insbesondere auch durch Abschluss vertraglicher Vereinbarungen nach [§ 75 ff SGB XII](#) sicherzustellen (vgl. nunmehr ausdrücklich [§ 95 SGB IX](#) nF) und zwar im Sinne einer dem Wunsch- und Wahlrecht und der hierin zum Ausdruck kommenden grundrechtlichen Positionen der Leistungsberechtigten berücksichtigenden Pluralität der Leistungserbringer. Auch die Erfüllung des Sicherstellungsauftrags kann deshalb nicht als rechtfertigender Grund für eine Ausschreibung im Wege der Vergabe angesehen werden. Der Gesetzgeber versteht den Sicherstellungsauftrag im SGB XII bzw. SGB IX ausdrücklich als Pflicht der Leistungsträger, dazu Vereinbarungen mit den Leistungsanbietern nach den Vorschriften des Zehnten Kapitels des SGB XII bzw. des Kapitels 8 des Teils 2 des SGB IX abzuschließen (vgl. [BTDrucks 18/9522 S 273](#) f). Damit steht die Vergabe an einzelne wenige Anbieter auch dem Grundsatz der Angebots- und Trägervielfalt entgegen, das dem Regelungskonzept der [§ 75 ff SGB XII](#) ([§ 123 ff SGB IX](#) nF) immanent ist (vgl. zu § 93 Abs 2 BSHG bereits OVG Nordrhein-Westfalen vom 27.9.2004 – [12 B 1390/04](#) – [NVwZ 2005, 834](#), juris RdNr 9 ff mwN). Das Konzept der Leistungserbringung durch Abschluss von Verträgen nach [§ 75 ff SGB XII](#) schließt auch die daran teilnehmenden Dienste. Nur so kann die Pluralität der Leistungserbringung gewährleistet werden. Ohne einen gleichberechtigten und umfassenden Zugang der Dienste zum Markt liefen das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten und der diesem immanente Grundsatz der Angebots- und Trägervielfalt weitgehend leer. Mit der Herausnahme nahezu aller Leistungsberechtigten durch eine Vergabe aus dem nach [§ 75 SGB XII](#) bzw. [§ 123 ff SGB IX](#) nF vorgegebenen System erhöht sich das Unternehmerrisiko des einzelnen Dienstes, das im Rahmen der Gestehungskosten zur Geschäftsgrundlage der Vergabungsvereinbarungen gehört (vgl. zB Lange in jurisPKSGB XII, 3. Aufl 2020, § 75 RdNr 64).

23

Das in [§ 112 Abs 4 SGB IX](#) nF nunmehr vorgesehene sog Pooling, also die gemeinsame Erbringung von Leistungen zur Teilhabe an Bildung an mehrere Leistungsberechtigte (vgl. hierzu Mushoff in Hauck/Noftz, SGB IX, § 112 RdNr 43 ff, Stand 1. EL 2023 mwN), bedeutet keine grundsätzliche Abkehr von diesem System. Denn die gemeinsame Erbringung kommt nur in Betracht, soweit sie für die Leistungsberechtigten iS des [§ 104 SGB IX](#) nF zumutbar ist und mit den Leistungserbringern entsprechende Vereinbarungen bestehen. Ein wesentlicher Aspekt bei der Zumutbarkeitsprüfung sind auch insoweit das Wunsch- und Wahlrecht sowie die individuellen Bedarfe der Leistungsberechtigten und die Erfordernisse zu deren Deckung (vgl. hierzu etwa [BTDrucks 18/9522 S 285](#) und [BRDrucks 309/15 S 3](#)). Außerdem findet die Leistungserbringung auch im Rahmen eines Poolings nach [§ 112 Abs 4 SGB IX](#) nF im Dreiecksverhältnis statt, wie die Anknüpfung an entsprechende Vereinbarungen zeigt. Gemeint sind

mit âentsprechenden Vereinbarungenâ solche nach dem Kapitelâ 8, wie die im
âbrigen wortgleiche Regelung zur gemeinsamen Inanspruchnahme in [â 116
Absâ 2 SGBâ IX](#) nF zeigt, die [â 123 Absâ 4 Satzâ 2 SGBâ IX](#) nF ausdrâcklich in
Bezug nimmt. Einer vergaberechtlichen Kontrolle bedarf das Vertragsrecht nach
dem SGBâ XII bzw SGBâ IX nF nicht. Es ermâglicht einen transparenten und
gleichberechtigten Wettbewerb.

24

Auch [â 132 SGBâ IX](#) nF steht dem â entgegen der Ansicht der Beklagtenâ nicht
entgegen. Diese Vorschrift dient der Erprobung neuer und der Weiterentwicklung
bestehender Leistungs- und Finanzierungsstrukturen und setzt weder den Anspruch
der Leistungserbringer auf einen Vertragsschluss nach den [â 123â ff SGBâ IX](#)
nF, noch den Grundsatz der Angebots- und Trâgervielfalt oder das Wunsch- und
Wahlrecht der Leistungsberechtigten auâer Kraft. Sie ermâglicht keine
Auswahlentscheidung zugunsten einzelner Leistungserbringer und stellt es daher
nicht in das Ermessen der Trâger der Eingliederungshilfe, bestimmte Leistungen
nach den [â 97â ff GWB](#) zu vergeben (vgl hierzu [BT-Drucks 18/9522 Sâ 299](#);
Sâsskind in Hauck/Noftz, SGBâ IX, â 132 RdNrâ 3â ff, Stand 1.â EL 2023 mwN).

25

Dieser Auslegung steht das Recht der Beklagten auf kommunale Selbstverwaltung
aus Artâ 28 Absâ 2 GG nicht entgegen. Danach muss den Gemeinden das Recht
gewâhrt sein, alle Angelegenheiten der ârtlichen Gemeinschaft im Rahmen
der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Dazu gehâren unter anderem die
Gewâhrleistung eines eigenen Aufgabenbereichs der Gemeinden sowie die
Eigenverantwortlichkeit der Aufgabenerfâllung (vgl BVerfG vom 21.11.2017
â 2â BvR 2177/16â [BVerfGEâ 147, 185](#), 215, RdNrâ 59; BVerfG vom 19.11.2014
â 2â BvL 2/13â [BVerfGEâ 138, 1](#), 18, RdNrâ 52). Das Selbstverwaltungsrecht steht
den Gemeinden indes nur im Rahmen der Gesetze zu. Gesetzliche
Beschrânkungen mâssen von sachlichen Grânden getragen sein und finden
ihre Grenze in einem unantastbaren Kernbereich der kommunalen
Selbstverwaltung. Dieser Kernbereich ist erst verletzt, wenn eine eigenstândige
organisatorische Gestaltungsfâhigkeit erstickt wârde (vgl BVerfG vom
21.11.2017 â 2â BvR 2177/16â [BVerfGEâ 147, 185](#), 223â f, RdNrâ 79â ff; BVerfG
vom 19.11.2014 â 2â BvL 2/13â [BVerfGEâ 138, 1](#), 19â f, RdNrâ 54â ff).

26

Das Ausschreibungsverbot ist von sachlichen Grânden getragen und verletzt nicht
den Kernbereich kommunaler Gestaltungsmâglichkeiten. Das Vertragsrecht der
[â 75â ff SGBâ XII](#) (bzw [â 123â ff SGBâ IX](#) nF) bietet den Gemeinden
ausreichende Mâglichkeiten, die Leistungserbringung flexibel zu gestalten. Die
Ausgestaltung als einfaches Zulassungsverfahren dient insbesondere der
Sicherstellung des Wunsch- und Wahlrechts der Leistungsberechtigten (vgl [â 9
Absâ 2 SGBâ XII](#)), sowie der diesem immanenten Angebots- und Trâgervielfalt und
damit wichtigen sozialen Belangen. Der Gesetzgeber hat die berechtigten Belange
der Leistungstrâger insbesondere hinsichtlich der Sicherung von Qualitât und
Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung gerade in der Ausgestaltung der
Vorgaben fâr die Leistungs- und Vergâtungsvereinbarung berâcksichtigt. Er

hat mit der Ausgestaltung des Vertragsrechts die Steuerungsfunktion der Leistungsträger inzwischen weiter gestärkt und gegenüber den Vorschriften des SGB XII eine effektivere Wirtschaftlichkeits- und Qualitätsprüfung ermöglicht (vgl. [BTDrucks 18/9522 S. 290](#); vgl. hierzu bereits LSG Nordrhein-Westfalen vom 26.1.2022 – [L 9 SO 12/22 B ER](#), [L 9 SF 2/22 ER](#) – RdNr. 22 mwN). Er ermöglicht insbesondere auch eine Leistungserbringung durch sog. Pooling (vgl. [§ 112 Abs. 4 SGB IX](#) nF).

27

Die Kläger sind durch die Vorgehensweise der Beklagten in subjektiven Rechten verletzt. Schutzgegenstand des allgemeinen öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruchs kann jedes subjektive Recht sein, sei es grundrechtlich oder einfachrechtlich ausgestaltet (vgl. BSG vom 30.7.2019 – [B 1 KR 34/18 R](#) – [BSGE 129, 10](#) – SozR 42500 – § 53 Nr. 3, RdNr. 15; BVerwG vom 22.10.2014 – [6 C 7.13](#) – Buchholz 402.41 Allgemeines Polizeirecht Nr. 104, juris RdNr. 20; BVerwG vom 21.5.2008 – [6 C 13.07](#) – [BVerwGE 131, 171](#) – Buchholz 402.7 Gesetz über die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in Angelegenheiten des Verfassungsschutzes und über das Bundesamt für Verfassungsschutz Nr. 11, juris RdNr. 13; BVerwG vom 26.8.1993 – [4 C 24.91](#) – [BVerwGE 94, 100](#) – Buchholz 11 Art. 14 GG Nr. 280, juris RdNr. 24 dort zum Folgenbeseitigungsanspruch, BGH vom 28.6.2018 – AnwZ 5/18 – [NJW 2018, 2645](#), RdNr. 4). Um ein einfachrechtliches subjektives Recht zu begründen, muss die verletzte Norm zumindest auch dem Schutz desjenigen dienen, der den öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch geltend macht. Nach der sog. Schutznormtheorie vermitteln nur solche Rechtsvorschriften subjektive Rechte, die nicht ausschließlich der Durchsetzung von Interessen der Allgemeinheit, sondern zumindest auch dem Schutz individueller Rechte dienen. Das gilt für Normen, die das geschützte Recht sowie einen bestimmten und abgrenzbaren Kreis der hierdurch Berechtigten erkennen lassen. Ob eine Norm drittschützend in diesem Sinne ist oder allein im öffentlichen Interesse besteht, muss durch Auslegung ermittelt werden (vgl. BSG vom 12.3.2013 – [B 1 A 1/12 R](#) – [BSGE 113, 107](#) – SozR 41500 – § 54 Nr. 32, RdNr. 14 f.; BSG vom 12.3.2013 – [B 1 A 2/12 R](#) – [BSGE 113, 114](#) – SozR 41500 – § 54 Nr. 33, RdNr. 16 mwN; BVerwG vom 28.3.2019 – [5 A CN 1.18](#) – Buchholz 436.511 – [§ 90 SGB VIII](#) Nr. 10, juris RdNr. 19; BVerwG vom 11.10.2016 – [2 A C 11.15](#) – [BVerwGE 156, 180](#) – Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 77, juris RdNr. 27).

28

Den Klägern steht ein Recht auf chancengleiche Teilnahme an der Leistungserbringung zu. Dieses folgt aus ihrem Anspruch gegen die Beklagte, bei personeller und sachlicher Geeignetheit eine Leistungs- und Vergütungsvereinbarung nach den [§§ 75 ff SGB XII](#) (seit dem 1.1.2018 [§§ 123 ff SGB IX](#) nF) abzuschließen, sofern diese Vereinbarungen den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Leistungsfähigkeit entsprechen. Insoweit besteht für die Beklagte (lediglich) ein beschränkter Entscheidungsfreiraum, solche Verträge abzuschließen, die im Streitfall von der Schiedsstelle zu ersetzen sind (vgl. zu dem Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung nach [§ 93 Abs. 2 BSHG](#) bereits OVG Nordrhein-Westfalen vom

27.9.2004 Â [12Â B 1390/04Â NVwZ 2005, 834](#); BVerwG vom 30.9.1993 Â [5Â C 41.91Â BVerwGEÂ 94, 202](#) =Â Buchholz 436.0 Â§Â 93 BSHG NrÂ 1, juris RdNrÂ 11; BVerwG vom 1.12.1998 Â [5Â C 29.97Â BVerwGEÂ 108, 56](#) =Â Buchholz 436.0 Â§Â 93 BSHG NrÂ 5, juris RdNrÂ 14; eine Ermessensreduktion auf Null annehmend: Krohn in Hauck/Noftz, SGBÂ XII, Â§Â 75 RdNrÂ 23Â ff, Stand 5.Â EL 2023; LSG Berlin-Brandenburg vom 2.9.2011 Â [LÂ 23Â SO 147/11Â BÂ ERÂ RdNrÂ 103Â f](#); SG Aachen vom 29.4.2014 Â [SÂ 20Â SO 61/13Â RdNrÂ 19](#); Streichsbier in Grube/Wahrendorf/Flint, SGBÂ XII, 7.Â Aufl 2020, Â§Â 75 RdNrÂ 16, 37; Busse in Schellhorn/Hohm/Scheider/Busse, SGBÂ XII, 21.Â Aufl 2023, Â§Â 75 RdNrÂ 33). Bei den [Â§Â 75Â ff SGBÂ XII \(Â§Â 123Â ff SGBÂ IX nF\)](#) handelt es sich um Vorschriften, die nicht allein dem Interesse des Staats zur ErfÃ¼llung seiner ihm obliegenden Aufgaben ([Â§Â 53 AbsÂ 1](#) undÂ 3 SGBÂ XII idF des Gesetzes vom 27.12.2003 bzw [Â§Â 102 SGBÂ IX nF](#)), sondern auch den individuellen Interessen der Leistungserbringer dienen. Im Lichte der durch ArtÂ 12 AbsÂ 1 GG iVm ArtÂ 19 AbsÂ 3 GG geschÃ¼tzten unternehmerischen BetÃ¤tigungsfreiheit ergibt sich hieraus ein Anspruch darauf MaÃnahmen zu unterlassen, die das BetÃ¤tigungsfeld fÃ¼r geeignete und mit vertraglichen Vereinbarungen ausgestattete Dienste beschrÃ¤nken.

29

Das Grundrecht auf Berufsfreiheit gewÃ¤hrleistet zwar keinen Anspruch auf Erfolg im Wettbewerb oder die Sicherung kÃ¼nftiger ErwerbsmÃ¶glichkeiten. Es verleiht auch grundsÃ¤tzlich kein Recht darauf, den Markteintritt eines weiteren Konkurrenten abzuwehren (vgl BVerfG vom 17.12.2002 Â [1Â BvL 28/95Â uaÂ BVerfGEÂ 106, 275](#) =Â [SozR 32500 Â§Â 35 NrÂ 2](#), juris RdNrÂ 104). Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn der Staat die Bedingungen des Wettbewerbs festlegt. Hieraus kann ein Recht auf Einhaltung der Wettbewerbsbedingungen entstehen, wenn diese zugleich dem beruflichen Interesse der Teilnehmer am Wettbewerb zu dienen bestimmt sind (vgl BVerwG vom 25.9.2008 Â [3Â C 35.07Â BVerwGEÂ 132, 64](#) =Â Buchholz 451.74 Â§Â 8 Krankenhausfinanzierungsgesetz NrÂ 16, juris RdNrÂ 30). Wird zur Wahrung von Gemeinwohlbelangen der einzelne Leistungserbringer weitgehenden EinschrÃ¤nkungen unterworfen und kommt es in einem dergestalt durchstrukturierten Markt durch hoheitliche MaÃnahmen zu weitergehenden, an den Gemeinwohlbelangen nicht ausgerichteten Eingriffen in die Marktbedingungen, die zu einer Verwerfung der KonkurrenzverhÃ¤ltnisse fÃ¼hren, so besteht die MÃ¶glichkeit, dass die im System eingebundenen Leistungserbringer in ihrem Grundrecht aus ArtÂ 12 AbsÂ 1 GG verletzt sind (vgl BVerfG vom 23.4.2009 Â [1Â BvR 3405/08Â NVwZ 2009, 977](#), juris RdNrÂ 9). So liegt es hier: Indem die Leistungserbringung vorrangig Ã¼ber die Vertragspartner des Ã¼ber die angegriffene Vergabe geschaffenen Pools umgesetzt wird, innerhalb dessen weder das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten noch die Angebots- und TrÃ¤gervielfalt ausreichend zur Anwendung kommen, wird der gleichberechtigte Zugang zum Markt beeintrÃ¤chtigt.

30

Durch die Umgestaltung der Schulbegleitung im Wege der Vergabe werden die KlÃ¤ger in ihrem Recht auf chancengleiche Teilnahme an der Leistungserbringung verletzt. Es kommt zu einer Wettbewerbsverzerrung in einem Umfang, die anderen

Anbietern auf Dauer keine Chance belässt. Darin liegt ein nicht gerechtfertigter Eingriff in die Berufsfreiheit der Kläger aus Art 12 Abs 1 iVm Art 19 Abs 3 GG.

31

Die Kostenentscheidung folgt aus [§ 197a SGG](#) iVm [§ 154 Abs 1](#) Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO). Die Festsetzung des Streitwerts folgt aus [§ 197a Abs 1 Satz 1 SGG](#) iVm [§ 63 Abs 2](#), [§ 52 Abs 1](#), [§ 47 Abs 1 Satz 1 und Abs 2](#) Gerichtskostengesetz (GKG); die Beklagte ist jedoch gemäß [§ 64 Abs 3 Satz 2](#) Zehntes Buch Sozialgesetzbuch – Sozialverfahren und Sozialdatenschutz (SGB X) von Gerichtskosten befreit.

Ä

Erstellt am: 19.10.2023

Zuletzt verändert am: 21.12.2024