

Gemeinsame Fachtagung der Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege (BAGFW), des Deutschen Sozialgerichtstages e.V. (DSGT) und des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge e.V. (dv)

Zusammengefasst von Dr. Friederike Mußgnug
Redaktion: Monika Paulat

Dreiecksverhältnis als Leitbild des sozialen Leistungserbringungsrechts

Als erster Referent führte Herr Prof. Martin Burgi, Ludwig –Maximilian-Universität München, in das Thema Dreiecksverhältnis als Leitbild des sozialen Leistungserbringungsrechts ein.

Herr Prof. Burgi wies darauf hin, dass die vergaberrechtliche Betrachtung des sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses vom Europarecht geprägt ist. Sie ist funktional und stellt die wirtschaftlichen Zusammenhänge in den Vordergrund, während sozialrechtliche Wertungen für die vergaberechtliche Einschätzung in den Hintergrund treten. Für die Frage nach einer Ausschreibungspflicht kommt es deshalb wesentlich darauf an, ob die vorgefundenen Rechtsverhältnisse die Kriterien des öffentlichen Auftrags erfüllen. Auf der Grundlage der neueren Rechtsprechung des EuGH und des OLG Düsseldorf sind folgende Kriterien maßgeblich: Der Leistungsträger muss ein öffentlicher Auftraggeber sein. Der Vertrag selbst ist als Auftrag zu bewerten, wenn das Rechtsverhältnis ein Selektivvertrag ist, durch den der Leistungsträger einen unmittelbaren Nutzen erlangt. Die Auftraggebereigenschaft lässt sich bei Leistungsträger ohne weiteres bejahen. Eine ähnlich allgemeine Bewertung verbietet sich hingegen bei der Bewertung der Rechtsverhältnisse zwischen Leistungserbringer und Leistungsträger. Hier ist jedes Rechtsgebiet gesondert zu betrachten. Entscheidend ist die Frage, ob dieses Rechtsverhältnis inklusiv oder exklusiv ausgestaltet ist. Grundlage für das Abgrenzungskriterium der exklusiven Auswahl von Vertragspartnern ist die Open House-Rechtsprechung des EuGH (EuGH Falk-Pharma vom 02.06.2016 - C-410/14 und Tirkkonen 01.03.2018 - C-9/17). An der für den Auftrag charakteristischen Selektivität und der damit einhergehenden Benachteiligungsgefahr für einzelne Bieter fehlt es, wenn der Auftraggeber dazu bereit ist, mit allen geeigneten Anbietern einen Vertrag abzuschließen, die den Vertrag und die vorgegebenen Vertragsbedingungen akzeptieren.

Ob die Entscheidung des Leistungsträgers für den Abschluss eines exklusiven Vertrages sozialrechtlich zulässig ist, ist für die Frage nach der Ausschreibungspflicht eines Auftrags unerheblich. Diese ist eine rein sozialrechtliche Vorfrage und nach der neueren Rechtsprechung insb. des OLG Düsseldorf vor den Sozialgerichten zu klären. Wenn der Leistungsträger einen exklusiven Vertrag abschließt, ist dieser zur Wahrung der Bieterbelange auszuschreiben.

Ausgehend von dem Abgrenzungskriterium der Exklusivität untersuchte Herr Prof. Burgi v.a. das Leistungserbringungsrecht im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe SGB VIII § 78a) und der Sozialhilfe (SGB XII § 75). Hier sind die Einschätzungen in der Literatur uneinheitlich. Solange der Leistungsträger bei funktionaler Betrachtungsweise tatsächlich den Leistungsberechtigten die volle Wahlfreiheit bei der Auswahl der Leistungserbringer lässt, sieht Herr Prof. Burgi keinen Anhaltspunkt für die Annahme eines exklusiven

Vertrags und einer Ausschreibung. Eine andere Einschätzung kann bei Verträgen nach § 77 SGB VIII angezeigt sein, der exklusive Vertragsgestaltungen zwar nicht vorschreibt, aber zulässt. Entscheidet sich der Leistungsträger hier für eine exklusive Gestaltung, ist der Vertrag auszuschreiben.

Das Merkmal des konkreten unmittelbaren Nutzens ist relevant für die Abgrenzung des öffentlichen Auftrags von der öffentlichen Förderung. Während die Auftragsvergabe auf den Erwerb von Lieferungen, Dienst- oder Bauleistungen für den Leistungsträger abzielt, fehlt es nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (Beschluss vom 11.7.2018, VII-Verg 1/18) bei der Förderung an einem solchen Austausch von Leistung und Gegenleistung. Für einen Leistungsaustausch kommt es nicht darauf an, dass dieser unmittelbar zwischen dem Leistungsträger und dem Leistungserbringer stattfindet. Dass die Leistung stattdessen an die Zielgruppe eines bestimmten Projekts (z. B. Nutzer eines Jugendtreffs) zu erbringen ist, steht der Annahme eines Auftrags nicht entgegen. Anders verhält es sich bei der Förderung: Wenn der Empfänger der Förderung die von ihm erwartete Leistung nicht erbringt, kann der Leistungsträger zwar die Fördergelder sowie Zinsen zurückfordern. Die erhoffte Leistung kann er aber nicht einklagen und er erreicht deshalb auch nicht das mit der Förderung verbundene Ziel.