



Finanzierung der Schuldnerberatung

- 1. Die Finanzierung der Leistungen der Schuldnerberatung hat nach Vergaberecht zu erfolgen, wenn sich der Beschaffungsvorgang als öffentlicher Auftrag darstellt.**
- 2. Das Angebot der Schuldnerberatung kann der Sozialleistungsträger innerhalb des sozialleistungsrechtlichen Leistungsdreiecks so gestalten, dass die Merkmale des öffentlichen Auftrags nicht erfüllt sind und damit die Anwendung des Vergaberechts ausgeschlossen ist.**

0. Schuldnerberatung ist eine sozialstaatlich begründete, personenbezogene soziale Dienstleistung zur Begleitung und Unterstützung von Menschen oder Familien, die über- oder verschuldet sind, mit dem Ziel der Lösung der persönlichen und finanziellen Probleme. Neben der sozialstaatlich begründeten Schuldnerhilfe bestehen Schuldnerberatungsstellen, die auf Grundlage der Insolvenzordnung (§ 305 InsO) von den Ländern als Insolvenzberatungsstellen anerkannt sind, um Überschuldeten die Restschuldbefreiung nach dem Verbraucherinsolvenzverfahren zu ermöglichen. In der Sozialhilfe und der Grundsicherung für Arbeitssuchende werden Leistungen der Schuldnerberatung durch Beratungsstellen erbracht. Für die Finanzierung der Schuldnerberatung in Zusammenarbeit mit den Beratungsstellen kommen mehrere Wege in Betracht, auf denen der Sozialleistungsträger die Leistungen sicherstellen oder beschaffen kann: über die Selbstvornahme, den Abschluss von Vereinbarungen oder über die Vergabe von Aufträgen. Dem Gutachten liegt die Rechtsfrage zu Grunde, welche Vorgehensweise von Gesetzes wegen zu wählen ist. Das Gutachten beschränkt sich dabei auf die Betrachtung des sozialleistungsrechtlichen Kontextes der Schuldnerberatung.

I.

1. Die Schuldnerberatung ist der Form nach nicht nur eine funktionale Beratung, die Teil einer allgemeinen Beratung wäre, sondern aufgrund ihres Gesamtansatzes, der rechtliche, wirtschaftliche und soziale Aspekte einschließt, eine institutionelle Beratung¹. Sie untergliedert sich üblicherweise in eine Basisberatung und eine Vollberatung. Bei ersterer werden in einem Erstgespräch die Leistungen und Möglichkeiten der Schuldnerberatung vor-

¹ W. Schellhorn in Schellhorn/Schellhorn/Hohm, SGB XII, 17. Aufl. 2006, § 11 Rdnr. 42 f.

gestellt und in einem ersten Überblick die wirtschaftliche und psychosoziale Situation der betroffenen Person betrachtet. In der Vollberatung werden sodann nach umfassender Analyse die Maßnahmen zur Existenzsicherung, Budgetberatung, psychosozialer Beratung und Schuldenregulierung zusammengestellt und umgesetzt. Oftmals unterscheiden sich die beiden Beratungskategorien auch in ihrer Finanzierung. So kann etwa die Erstberatung auch ohne Kostenübernahme durch einen Sozialleistungsträger genutzt werden, ist aber regelmäßig Voraussetzung für eine Vollberatung. Die Abgeltung der Leistungen der Schuldnerberatungsstellen über Fallpauschalen differenziert im übrigen hinsichtlich der beschriebenen Beratungskategorien.

2. Der institutionelle Charakter der Schuldnerberatung findet nur teilweise einen sozialleistungsrechtlichen Niederschlag. Über Geldleistungen und Leistungen hinaus, die für die Eingliederung des erwerbsfähigen Hilfebedürftigen in das Erwerbsleben erforderlich sind, können Leistungen der Schuldnerberatung erbracht werden, § 16 Abs. 2 SGB II. In den Genuss der Leistung können erwerbsfähige Hilfesuchende im Sinne des § 7 SGB II gelangen. Als ermessenslenkende Leistungsgrundsätze benennt § 3 Abs. 1 SGB II die Eignung, die individuelle Lebenssituation, die Dauer der Hilfebedürftigkeit und die Dauerhaftigkeit der Eingliederung der erwerbsfähigen Hilfebedürftigen. Die Rechtsgrundlage für die Leistungsgewährung im Einzelfall ergibt sich aus §§ 38 und 39 SGB I in Verbindung mit der Normierung der Grundvoraussetzungen für die Anspruchsbegründung, §§ 7 - 13 SGB II, in Verbindung mit der gesetzlichen Verpflichtung des Trägers der Leistungen aus § 14 Satz 3 SGB II, im Wege der fehlerfreien Ermessensbetätigung alle im Einzelfall für die Eingliederung in Arbeit erforderlichen Leistungen zu erbringen². Auf pflichtgemäße Ausübung des Ermessens besteht ein Anspruch, § 39 Abs. 1 Satz 2 SGB I. Ergibt die Prüfung der Voraussetzungen, dass eine Schuldnerberatung für die Eingliederung in Arbeit erforderlich ist und das Ermessen des Trägers soweit eingeschränkt ist, dass nur eine bestimmte Entscheidung rechtmäßig ist, kann der Anspruch auf die fehlerfreie Ermessensausübung zum Anspruch auf die Leistung erstarken³. Auf die Leistung der Schuldnerberatung besteht jedenfalls aber dann ein Rechtsanspruch, wenn die Bewilligung dieser Leistung im Rahmen einer Eingliederungsvereinbarung nach § 15 SGB II zwischen dem Träger der Grundsicherung und dem Leistungsberechtigten vereinbart worden ist⁴. Dies kommt freilich wegen der geteilten sachlichen Zuständigkeit für die Leistungen des SGB II nur in den sog. Optionskommunen oder dann in Betracht, wenn die Kommune die Wahrnehmung dieser Aufgabe auf eine Arbeitsgemeinschaft (ARGE) übertragen hat. Vergleichbar ist die Rechtslage im SGB XII. Ein eigener Leistungsanspruch auf Schuldnerberatung ist nicht normiert, vielmehr ist die Schuldnerberatung jeweils Teil einer anderen Hilfeart⁵, insbesondere setzt sie eine Lebenslage voraus, die Leistungen der Hilfe zum Lebensunterhalt erforderlich macht oder erwarten lässt⁶. Sie ist als Teil der allgemeinen Beratungs- und Unterstützungsnorm in § 11 Abs. 5 SGB XII aufgenommen.

² Im Einzelnen Waibel, in: NZS 2005, 512, 514; vgl. auch Dörr/Francke, Sozialverwaltungsrecht, 2. Aufl. 2006, S. 71 Rdnr. 51a.

³ Vgl. Radüge in Schlegel/Voelzke, Juris Praxiskommentar SGB II, § 16 Rdnr. 95.

⁴ A. A. wohl Kraher in ArchSozArb 1/2005, 24, 29, der den Zwangscharakter der EinglV bestreitet.

⁵ W. Schellhorn in Schellhorn/Schellhorn/Hohm, SGB XII, 17. Aufl. 2006, § 11 Rdnr. 45; Roscher in LPK-SG XII, 7. Aufl. 2005, § 11 Rdnr. 13; vgl. auch Luthe in Hauck/Noftz, SGB XII, K § 11 Rdnr. 57.

⁶ Streichsbier in Grube/Wahrendorf, SGB XII. Sozialhilfe, § 11 SGB XII Rdnr. 15.

3. Träger der Leistungen der Schuldnerberatung sind nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 SGB II die kreisfreien Städte und Kreise, soweit durch Landesrecht nicht andere Träger bestimmt sind (kommunale Träger). Diese Träger der Leistungen können zu ihrer Unterstützung Dritte mit der Wahrnehmung von Aufgaben beauftragen. Dritte in diesem Sinne können Private oder öffentlich-rechtlich verfasste Rechtsträger sein, die für die Aufgabenwahrnehmung qualifiziert sind⁷. Die kommunalen Träger sollen der Arbeitsgemeinschaft die Wahrnehmung ihrer Aufgaben übertragen, § 44b Abs. 3 Satz 2 SGB II. Die Übertragung der den Kommunen nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 SGB II obliegenden Aufgaben ist allerdings nicht in allen Kreisen und kreisfreien Städten erfolgt.

4. Die Zusammenarbeit der Träger der Leistungen mit Dritten ist in § 17 SGB II geregelt. Finanzierungs- oder Förderungsvorschriften, wie sie in der Sozial- sowie Kinder- und Jugendhilfe für freigemeinnützige Anbieter von Leistungen existieren⁸ und die Grundlage für die Gewährung von Zuwendungen bilden, bestehen im SGB II nicht in gleicher Weise. § 17 Abs. 1 Satz 1 SGB II bestimmt, dass zur Erbringung von Leistungen zur Eingliederung in Arbeit die zuständigen Träger der Leistungen eigene Einrichtungen und Dienste nicht neu schaffen sollen, soweit geeignete Einrichtungen und Dienste vorhanden sind, ausgebaut oder in Kürze geschaffen werden können. Wird die Leistung von einem Dritten erbracht und sind im SGB III keine Anforderungen geregelt, denen die Leistung entsprechen muss, sind die Träger der Leistungen zur Vergütung nur verpflichtet, wenn mit dem Dritten Vereinbarungen insbesondere über Inhalt, Umfang, Qualität, die Vergütung und die Prüfung der Wirtschaftlichkeit und Qualität der Leistungen besteht, § 17 Abs. 2 SGB II.

5. Die Finanzierung der Schuldnerberatungsstellen ist sehr unterschiedlich. In der Praxis haben sich vielseitige Formen der Finanzierung herausgebildet, die für die Bewertung und rechtliche Einordnung bedeutsam oder folgenreich sind. Je nach der Anbindung werden sie von der Kommune, von den Ländern, aus Zuschüssen der Sparkassen, Banken oder Bankenverbände und aus Eigenmitteln der Träger (häufig der freien Wohlfahrtspflege) sowie sogar zu einem kleinen Teil aus Eigenbeiträgen der Betroffenen finanziert, häufig bestehen Mischfinanzierungen. Auf dem Markt der Schuldnerberatung besteht trotz eines unzureichenden Angebots eine Konkurrenz zwischen freigemeinnützigen und gewerblichen Anbietern. Eine bedeutende Finanzierungsform ist die der Zuwendungsfinanzierung der Beratungsstelle in institutioneller Form. Solche Finanzierungsformen sind auch schon in der Vergangenheit nach einem Teilnahmewettbewerb, überwiegend jedoch im Wege der freihändigen Vergabe praktiziert worden. Die Form der institutionellen Förderung ist jedoch nicht bereits durch die Zulassung der pauschalierten Abgeltung der Beratungsleistung in § 11 Abs. 5 Satz 4 SGB XII rechtlich nahe gelegt, denn diese bezieht sich auf die Abgeltung der Beratungsleistung selbst, nicht auf die Finanzierung der Schuldnerberatungsstelle⁹. Daneben finden sich auch Entgeltvereinbarungen nach §§ 75 ff. SGB XII und Mischformen der Entgeltvereinbarungs- und Zuwendungsfinanzierung. Schließlich sind unter Geltung des BSHG häufig Formen der Einzelfallfinanzierung praktiziert worden¹⁰, die fort-

⁷ Luthe in Hauck/Noftz, SGB II, K § 6 Rdnr. 9; Rixen in Eicher/Spellbrink, SGB II, § 6 Rdnr. 14.

⁸ §§ 5 Abs. 3 Satz 2, 11 Abs. 5 Satz 4 SGB XII; §§ 4 Abs. 3, 74 SGB VIII; vgl. aber § 17 Abs. 1 Satz 2 SGB II.

⁹ Luthe in Hauck/Noftz, SGB XII, K § 11 Rdnr. 65; vgl. Roscher in LPK-SGB XII, 7. Aufl. 2005, § 11 Rdnr. 13; Anders W. Schellhorn in Schellhorn/Schellhorn/Hohm, SGB XII, 17. Aufl. München 2006, § 11 Rdnr. 48, der hierin eine Grundlage für die Zuwendungsfinanzierung sieht.

¹⁰ Zur BSHG-Praxis etwa Sauer, NDV 1997, 139 ff.; Sans, NDV 1995, 99 ff.

gesetzt werden. Dabei bewilligt der Träger der Sozialhilfe oder der Grundsicherung bezogen auf einen Einzelfall die erforderliche Beratung und erklärt gegenüber der Beratungsstelle die Übernahme der Kosten¹¹. Die Einzelfallfinanzierung wird zuweilen auch in Form von Gutscheinen vorgenommen, die der Leistungsberechtigte bei einer beliebigen (wenn keine Verträge bestehen) oder einer bestimmten Beratungsstelle (wenn Vereinbarungen geschlossen sind) einlösen kann.

6. Die Vergabe von Zuwendungen unterliegt haushaltsrechtlichen Bestimmungen. Erfolgt die Zuwendungsfinanzierung zur Beschaffung bestimmter Lieferungen oder Leistungen (als marktmäßiger Gegenleistung), so unterliegt sie zwar in der Regel - aber doch unterschiedlich differenziert - vergaberechtlichen Regelungen. Dabei ist das Vergaberecht zweigeteilt. Durch das Europarecht werden für unterschiedliche Beschaffungsgegenstände Schwellenwerte vorgegeben, oberhalb derer die Beschaffung von Leistungen und Lieferungen nach den Regelungen der Vergaberichtlinien und Verordnungen, die in den §§ 97 ff. GWB, der Vergabeverordnung und den Verdingungsordnungen in deutsches Recht umgesetzt sind, zu erfolgen hat. Unterhalb der Schwellenwerte gelten die nationalen, haushaltsrechtlich geprägten Regelungen. Diese ergeben sich aus dem Bundes- und Landeshaushaltsrecht, aus den Gemeindehaushaltsverordnungen und aus der Haushaltsverordnung für die Sozialversicherung sowie aus Verwaltungsvorschriften und Erlassen, mit denen die Länder für ihre nachgeordneten Behörden die Anwendung bestimmter Regelungen, etwa die Anwendung von Teilen der Verdingungsordnungen, verbindlich festlegen. Auch unterhalb der Schwellenwerte ist nach zunehmendem Verständnis¹² die Chancengleichheit der Bieter aufgrund der allgemeinen Regelungen im EGV¹³ und/oder des Grundgesetzes (Gleichheitssatz¹⁴ und Effektivität des Rechtsschutzes)¹⁵ zu beachten. Ob die Grundsätze und Regelungen des Europäischen Rechts in vollem Umfang Anwendung finden können oder sollten, ist im Rahmen dieses Gutachtens nicht zu entscheiden¹⁶. Die erheblichste Abweichung ergibt sich hinsichtlich des Rechtsschutzes, der unterhalb der Schwellenwerte (noch) unzureichend ist. Während der Rechtsschutz oberhalb der Schwellenwerte in einem beschleunigten Verfahren¹⁷ vor speziellen Vergabekammern¹⁸ und Kartellsenaten der Zivilgerichtsbarkeit¹⁹ gesichert ist, bildet sich unterhalb der Schwellenwerte erst eine nicht unbestrittene verwaltungsgerichtliche Rechtswegzuständigkeit²⁰ heraus.

¹¹ Im einzelnen Fichtner in Fichtner/Wenzel, Kommentar zur Grundsicherung, 3. Aufl. 2005, § 11 Rdnr. 23 f.

¹² Vgl. insbes. Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen, vom 23.6.2006.

¹³ Vgl. insbes. EuGH, Rs. C 59/00 Bent Moustén Vestergaard, ECR I-9505, Rdnr. 20.

¹⁴ BVerfG, Beschl. v. 13.6.2006 - 1 BvR 1160/03.

¹⁵ Vgl. OVG Bautzen v. 13.4.2006 – 2 E 270/05, in KommJur 2006, 299; OVG Münster v. 4.5.2006 – 15 B 692/06, in KommJur 2006, 301.

¹⁶ Zur Kritik aber etwa Lutz in WUW 2006, 890 ff.; Pressemitteilung der kommunalen Spitzenverbände vom 19.10.2006, [http://www.staedtetag.de/10/pressecke/pressediens/artikel/2006/10/19/00407/](http://www.staedtetag.de/10/presseecke/pressediens/artikel/2006/10/19/00407/).
§ 113 GWB.

¹⁷ § 113 GWB.

¹⁸ §§ 103 ff. GWB.

¹⁹ § 116 Abs. 3 GWB.

²⁰ Vgl. OVG Bautzen (Fn. 15); OVG Münster (Fn. 15); VG Neustadt v. 20.2.2006 – 4 L 210/06, in

KommJur 2006, 303, 304 m. w. Nachw. zum Streitstand.

II.

7. Für die Beantwortung der Gutachtenfrage, welches Regelungsregime zur Anwendung kommt oder kommen kann, ist zunächst zu prüfen, ob die unterschiedlichen Rechtsmaterien des Vergaberechts bzw. des sozialrechtlichen Leistungserbringungsrechts eröffnet sind. Denn nur wenn beide Regelungsregime eröffnet sind, kann es zu einer Auswahlscheidung bzw. zu einem möglichen Rechtskonflikt kommen. Des weiteren ist eine Differenzierung des Leistungsgeschehens der Schuldnerberatung zwingende Voraussetzung für die Auswahl des Regelungsinstrumentariums. Eine Lösung der Rechtsfragen kann angesichts der vielen Varianten in der Finanzierung dieser Hilfe nur bei der Analyse der jeweils gewählten Gestaltung gelingen. Mit der Gestaltung des Leistungsgeschehens kann die öffentliche Hand eine Vorentscheidung für die im weiteren zu beachtenden Vorschriften treffen. Hierzu erscheint eine grundsätzliche Unterscheidung sinnvoll zwischen der Erbringung einer Sozialleistung an eine leistungsberechtigte Person durch einen Sozialleistungsträger als Teil eines individuellen Sozialleistungsverhältnisses (Beschaffungsgegenstand: Leistung zur individuellen Bedarfsdeckung) und der (Mit-)Finanzierung einer Beratungsinfrastruktur durch die öffentliche Hand unabhängig vom Bestehen eines individuellen Sozialleistungsverhältnisses (Beschaffungsgegenstand: Infrastrukturangebot).

8. Da die Anwendung der sozialrechtlichen Regelungen im vorliegenden Kontext unter Ziffer 2. bereits dargestellt wurde und damit vorausgesetzt werden kann, ist fraglich, ob das Vergaberecht Anwendung finden kann. Dem Abschluss von Verträgen über Lieferungen und Leistungen muss grundsätzlich eine öffentliche Ausschreibung vorausgehen, § 30 HGrG, § 55 BHO/LHO. Mit den Verträgen sind entgeltliche Verträge gemeint, wie sie auch im Kartellvergaberecht des § 99 GWB unter dem Oberbegriff des öffentlichen Auftrages bezeichnet sind. Unabhängig von der Frage, ob es sich um Lieferungen oder Leistungen unter- oder oberhalb der Schwellenwerte handelt, ist also zentrale Frage, ob die zu beschaffenden Leistungen in einer entgeltlichen Gegenseitigkeitsbeziehung zwischen der öffentlichen Hand und einem Leistungserbringer beschafft werden. Ob ein Auftragsverhältnis in diesem Sinne besteht, hängt wiederum von der Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen dem Sozialleistungsträger und dem Leistungserbringer ab. Im einzelnen:

9. Eine entgeltliche Vertragsbeziehung zwischen Sozialleistungsträger und Leistungserbringer besteht, wenn der Sozialleistungsträger bei Dritten Leistungen einkauft, um sie dann im Rahmen seiner Leistungspflicht der leistungsberechtigten Person zur Verfügung zu stellen. In einer solchen Konstellation, in der der Leistungserbringer zu einem Erfüllungsgehilfen des Sozialleistungsträgers wird²¹, bedarf es einer vertraglichen Beziehung zwischen dem Leistungsberechtigten und dem Leistungserbringer nicht. Für den Leistungsberechtigten wirkt der Leistungserbringer wie eine Außenstelle des Sozialleistungsträgers. An einem entgeltlichen Gegenseitigkeitsverhältnis fehlt es gerade auch dann nicht, wenn der Sozialleistungsträger die Leistungen nicht für sich beschafft, sondern für den Leistungsberechtigten. Entscheidend für die Annahme eines öffentlichen Auftrags bzw. eines Beschaffungsverhältnisses ist nicht, wem gegenüber die Leistung erbracht wird, sondern wem gegenüber sich der Leistungserbringer verpflichtet, die Leistung zu erbrin-

²¹ Brünner in ArchSozArb 3/2005, 70, 73.
Deutscher Verein • Michaelkirchstraße 17/18 • D-10179 Berlin-Mitte

gen²². Es gelten hier die gleichen Grundsätze wie sie für die Dogmatik der Entgeltlichkeit im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit²³ anzuwenden sind²⁴. Zahlt hingegen der Sozialleistungsträger eine Geldleistung an den Leistungsberechtigten aus, damit dieser hiervon seine Bedarfe durch Einkäufe deckt, so fehlt es offenkundig an entgeltlichen Verträgen zwischen dem Sozialleistungsträger und den Stellen, bei denen der Leistungsberechtigte seine Bedarfe deckt. Beispiel hierfür sind die Gewährung der Geldleistungen Hilfe zum Lebensunterhalt oder Arbeitslosengeld II, mit dem die Bedürfnisse des täglichen Lebens gedeckt werden. Die sozialrechtliche Leistungserbringung stellt sich aber komplexer dar, weil das Gesetz an die Kooperation der Leistungsträger mit den Einrichtungen in einer Vielzahl von Normen grundsätzlich²⁵ und speziell²⁶ Anforderungen bereit hält.

10. Zunächst ist daher der Charakter des Sozialleistungsverhältnisses zu erinnern. Innerhalb eines individuellen Sozialleistungsverhältnisses beruht die Erbringung der Schuldnerberatung zugunsten einer überschuldeten Person auf einer Leistung des Sozialleistungsträgers. Das Sozialleistungsverhältnis ist als öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis die Summe der Rechtsbeziehungen zwischen einem Leistungsberechtigten und einem Sozialleistungsträger, die sich im Zusammenhang mit einem Sozialleistungsanspruch aus dem Sozialrecht ergeben²⁷. Zwischen einem Leistungsberechtigten und einem Sozialleistungsträger ergibt sich ein solches Rechtsverhältnis hinsichtlich der Schuldnerberatung in zwei Fällen: Erstens, wenn aufgrund der Leistungsanspruchnahme von Leistungen zur Eingliederung in Arbeit oder der Sozialhilfe ein Anspruch besteht und geltend gemacht wird oder zweitens, wenn der Sozialleistungsträger aufgrund einer Ermessensentscheidung einen rechtmäßigen begünstigenden Verwaltungsakt erlässt, der Leistungen der Schuldnerberatung zum Gegenstand hat. Dieser Verwaltungsakt kann naturgemäß nicht nur von einem Träger der Grundsicherung, sondern auch vom Träger der Sozialhilfe erlassen worden sein und seine Rechtsgrundlage in § 16 Abs. 2 SGB II oder in § 11 Abs. 5 Satz 2 SGB XII iVm § 19 Abs. 1 SGB XII oder iVm §§ 67 f. SGB XII finden. Spätestens mit dem bewilligenden Verwaltungsakt wird also ein Rechte und Pflichten begründendes Sozialleistungsverhältnis begründet. Die Erfüllung der Pflichten aus dem Sozialleistungsverhältnis kann der Sozialleistungsträger auf drei Wegen sichern: Er kann erstens die Beratung selbst vornehmen. Er kann zweitens mit dieser Aufgabe eine außerhalb der Verwaltung angesiedelte Stelle betrauen oder drittens die Leistung in Form der Ausstellung eines Gutscheins erfüllen.

11. Auch die Ausstellung eines Gutscheins für den Leistungsberechtigten erfüllt die Merkmale einer Geldleistung und stellt in der Regel keinen Fall des entgeltlichen Vertrages zwischen Sozialleistungsträger und Leistungserbringer dar. Die Erfüllung von Sozialleistungsansprüchen vermittelt Gutschein findet insbesondere bei der Erfüllung von jugendhilfe-rechtlichen Ansprüchen durch z.B. Kindertagesstätten in der Praxis Anwendung aber auch bei der Vermittlung von qualifizierter Beratung. Üblicherweise kann der Gutschein vom Leistungsberechtigten bei einer Einrichtung eingelöst werden, die grundsätzlich die daraus

²² Krohn in ArchSozArb 3/2005, 90, 101; Kingreen in SGB 2004, 659, 668; Storost in NZS 2005, 82, 85; Mrozynski in ZFSH/SGB 2004, 451, 452.

²³ Grundlegend K. Fahlbusch, Ambulante ärztliche Behandlung in Europa, S. 301 ff.

²⁴ Kingreen in SGB 2004, 659, 668.

²⁵ § 17 Abs. 1 und 3 SGB I.

²⁶ § 17 SGB II; §§ 78 a ff. SGB VIII; §§ 72 ff. SGB XI; §§ 75 ff. SGB XII.

²⁷ S. n. Kreikebohm/v. Koch in v. Maydell/Ruland, Sozialrechtshandbuch, 3. Aufl. 2003, B. 7 Rdnr. 4 f.

dem gegenüber dem Leistungsberechtigten zu erbringenden Leistungen bei dem ausstellenden Sozialleistungsträger liquidieren kann. Dass der Gutschein bei der Einrichtung eingelöst werden kann, ist naturgemäß von der Eignung der Einrichtung für die Erfüllung des Anspruchs abhängig. Die Eignung der Einrichtung für die Leistungserbringung ergibt sich aus den allgemeinen Grundsätzen der Leistungsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit. Der Leistungsberechtigte muss eine Leistung erhalten, die bedarfsdeckend, ausreichend und zweckmäßig ist, nicht über das Maß des Notwendigen hinausgeht und wirtschaftlich ist. Die Erfüllung dieser wirtschaftlichen und fachlichen Kriterien kann der Leistungsberechtigte regelmäßig weder selbst sicherstellen noch überprüfen. Auch kann nicht davon ausgegangen werden, dass sich die Eignung auf dem Sozialleistungsmarkt in einem Wettbewerb selbst herausbildet, wie das im freien Güterverkehr angenommen werden kann. Vielmehr ist ein Vertrag (z. B. Konzessions- oder Zulassungssystem) notwendig, der dafür sorgt, dass die Inanspruchnahme von Sozialleistungen nur in solchen Einrichtungen erfolgt, die geeignet sind. Hierzu dienen Vereinbarungen, die die Eignung des Leistungserbringers und deren Sicherung bzw. Prüfung zum Gegenstand haben. Bei einer Deckung der Sozialleistung durch Gutscheine ist die Einlösung also davon abhängig, dass der Leistungserbringer aufgrund seiner anerkannten Eignung zur Liquidation der Leistung, die er dem Leistungsberechtigten angedeihen lässt, gegenüber dem Sozialleistungsträger berechtigt ist.

12. Wird die Beratungsleistung als Teil des Sozialleistungsverhältnisses gesehen, so muss der Sozialleistungsträger sicherstellen, dass die Beratung in fachlicher Hinsicht ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich ist. Will oder kann er die Leistung nicht selbst erbringen, muss er bei der Vergütung in Form von Pauschalen oder bei der Ausgabe von Gutscheinen eine Grundlage entwickeln, wie die Höhe der Vergütungen bestimmt werden kann. Er muss ferner sicherstellen, dass ein Beratungsangebot in der Nähe erreichbar ist, in dem die Leistungsberechtigten die erforderliche Beratung erhalten können. Denn zwar ist denkbar, dass sich die Beratungsleistung als handelbares Gut auf einem Markt einkaufen lässt und die Angebotsinfrastruktur mithin dem Markt und den Wettbewerbern überlassen bleiben kann. Leistungen der Schuldnerberatung sind jedoch nicht nur Dienstleistungen, die dem Wettbewerb unterliegen, sondern Sozialleistungen. Eine öffentlichrechtliche, sozialstaatlich begründete Gewährleistungsverantwortung muss also auch in diesem Bereich angenommen werden.

13. Abgesehen vom individuellen Sozialleistungsverhältnis drückt sich die Kooperation zwischen den Sozialleistungsträgern und Dritten, die die Leistungen erbringen, in einem komplexen Regelungsnetz aus. Das Modell der Zugangsberechtigung zum Sozialleistungsmarkt wird im deutschen Sozialrecht durchgängig im Verhältnis zwischen Leistungserbringer und Sozialleistungsträger vorgeschrieben. Die Anforderungen an den Marktzugang und die daraus folgenden Rechte beider Seiten, sowie die inhaltlichen Ausgestaltungen sind unterschiedlich weitreichend. Es finden sich Zulassungssysteme mit Pauschalabgeltungsregelungen und Konzessionsverträge. Allerdings können auch im Rahmen von haushaltsrechtlichen Leistungsverträgen oder im Wege der Vergabe die Modalitäten des Marktzugangs bestimmt werden. Es bedarf nicht zwingend einer sozialrechtlichen Anordnung, Verträge bestimmten Inhalts zu schließen. Vielmehr ist es bereits Ausfluss der allgemeinen Prinzipien der Leistungsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit, dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und des Haushaltsgrundsatzes, dass die öffentliche Hand die Erfüllung

von Sozialleistungen ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich gestalten muss und deshalb geeignete Mittel einzusetzen hat, um diesen Prinzipien zu folgen.

14. Die Darstellung des komplexen Leistungsgeschehens ist nunmehr unter das Tatbestandsmerkmal öffentlicher Auftrag zu subsumieren, um die Anwendbarkeit des Vergaberechts bestimmen zu können. Aus den vorstehend dargelegten Zusammenhängen folgt für die sozialrechtliche Literatur, dass dann, wenn eine Abwicklung im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis vorliege, d. h. wenn der Leistungserbringer keinen Entgeltanspruch gegen den Leistungsträger, sondern nur gegen den Leistungsberechtigten habe, die Leistungsvereinbarung keinen öffentlichen Auftrag darstelle. Es komme allenfalls eine Betrachtung als Dienstleistungskonzession in Frage, die dem Vergaberecht aber aufgrund eines gemeinschaftsrechtlichen Tatbestandes nicht unterfalle²⁸. Dieser Auffassung ist unter folgender Maßgabe zuzustimmen. Legen die leistungserbringungsrechtlichen Vereinbarungen nur die Bedingungen der Kostenübernahme fest, ohne eine Festschreibung zu treffen, in welchem Umfang der Leistungserbringer Leistungen vorzuhalten oder zu erbringen hat, liegt kein Beschaffungsvorgang vor. Werden hingegen inhaltlich und qualitativ definierte Leistungen beschrieben, die in bestimmtem Umfang vorzuhalten und bei Bedarf zu erbringen sind, kann der Vertrag bereits ein Leistungsverhältnis zwischen Sozialleistungsträger und Einrichtung begründen. Ob die Gegenleistung (Pflegesatz oder Vergütung) dann vom Leistungsberechtigten kommt oder im Verhältnis zwischen Einrichtung und Leistungsträger liquidiert wird, ist für die Qualifikation als entgeltlicher Vertrag ohne Bedeutung. Es kommt allein auf den Fluss einer wirtschaftlichen Gegenleistung an²⁹. Ist also aufgrund der Gestaltungen das Kriterium öffentlicher Auftrag erfüllt, dann ist zwingend das Vergaberecht zu beachten³⁰. Abschließend ist damit festzuhalten, dass in der Gestaltung der Vereinbarungen zwischen dem Sozialleistungsträger und den Leistungserbringern bzw. ihren Verbänden Möglichkeiten bestehen, die Anwendbarkeit des Vergaberechts auszuschließen. Die Leistungsgewährung gegenüber dem Leistungsberechtigten etwa als Sach- oder Geldleistung bzw. Gutschein flankiert dann die vom Sozialleistungsträger gewählte Gestaltung.

15. Wird der Beschaffungsgegenstand hingegen in einem institutionellen Beratungsangebot gesehen, das unabhängig von individuellen Sozialleistungsverhältnissen bestehen soll, und wird für dieses institutionelle Angebot ein Rahmen an qualitativer und fachlicher Arbeit entworfen, der mit der Finanzierung der Einrichtung in Zusammenhang steht, so liegt ein öffentlicher Beschaffungsvorgang vor. Oberhalb der Schwellenwerte des Kartellvergaberechts ist dann eine Vergabe im Wege der Ausschreibung rechtlich zwingend. Allerdings bestehen dann nach den Regelungen des Vergaberechts auch alle Formen von Ausschreibungen zur Verfügung. Auch ist naturgemäß im Vergabeverfahren der sozialrechtliche Normbestand zu beachten, dem die Sozialleistungsträger auch in der Anwendung des Vergaberechts verpflichtet sind, insbesondere die Verpflichtungen zur Ausführung von Sozialleistungen, § 17 Abs. 1 SGB I, und der Beachtung des Vorbehalts des Gesetzes, § 31 SGB I. Eine Mischfinanzierung durch sozialleistungsrechtlich geprägte Vergütungen einerseits und institutionelle Förderung ist weiterhin möglich. So ist insbesondere denkbar,

²⁸ Im Einzelnen Neumann/Nielandt/Philipp, Erbringung von Sozialleistungen nach Vergaberecht?, 65 f.; Dörr in RdJB 2002, 349, 365; Brünner in ArchSozArb 3/2005, 70, 75; OLG Düsseldorf v. 22.9.2004 – VII – Verg 44/04, S. 8 ff.

²⁹ K. Fahlbusch, Ambulante ärztliche Behandlung in Europa, S. 302.

³⁰ Luthe in Hauck/Noftz, SGB II, K § 6 Rdnr. 10; Krohn in ArchSozArb 3/2005, 90, 102; vgl. Rixen in ArchSozArb 3/2005, 106, 113.

dass der Sozialleistungsträger aufgrund eines Sozialleistungsverhältnisses geschuldete Beratungsleistungen über Pauschalen in Schuldnerberatungsstellen vergütet, denen in einer Ausschreibung zur institutionellen Förderung kein Zuschlag erteilt wurde. Eine solche Leistungsgewährung kann insbesondere im Rahmen der Gewährleistung des Wunsch- und Wahlrechts oder wegen der Besonderheit des Einzelfalles notwendig sein. Schließlich unterliegen auch solche Zuwendungen nicht vergaberechtlichen Vorschriften, die keine marktmäßige Gegenleistung zum Gegenstand haben.

Im Auftrag



Dr. Jonathan I. Fahlbusch