

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Urteil

in dem Rechtsstreit

BSG Az.: **B 8 SO 12/22 R**

LSG Nordrhein-Westfalen 23.03.2022 - L 12 SO 227/19

SG Düsseldorf 20.03.2019 - S 42 SO 74/16

1. e.V.,

2. e.V.,

Kläger und Revisionsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte zu 1. und 2.:

.....,

g e g e n

Landeshauptstadt Düsseldorf,
Rathausufer 8, 40213 Düsseldorf,

Beklagte und Revisionsklägerin,

Prozessbevollmächtigte:

.....

Der 8. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Mai 2023 durch die Vorsitzende Richterin **K r a u ß**, die Richter **Dr. B i e r e s b o r n** und **Dr. S c h o l z** sowie die ehrenamtliche Richterin **Dr. M e l z e r** und den ehrenamtlichen Richter **P r ö l ß** für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, 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 Düsseldorfer Schulen für Kinder mit Behinderung im Rahmen der Eingliederungshilfe, durchzuführen und den Zuschlag in diesem Vergabeverfahren zu erteilen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Revisionsverfahrens.

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

G r ü n d e :

I

- 1 Die Beteiligten streiten im Rahmen einer Fortsetzungsfeststellungsklage noch darüber, ob die Durchführung eines Vergabeverfahrens nach den §§ 97 ff des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) für den Einsatz von Integrationshelfern an Schulen im Gebiet der Beklagten für Kinder mit Behinderung rechtmäßig 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 Vergütungsverhandlungen 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.

- 3 Ein Antrag der Kläger auf einstweilige Untersagung der Durchführung des Vergabeverfahrens und der Zuschlagserteilung blieb beim Sozialgericht (SG) Düsseldorf ohne Erfolg (*Beschluss vom 29.4.2016 - S 42 SO 73/16 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, "dass die Durchführung des Vergabeverfahrens 16/10-2015-0123 und die Zuschlagserteilung durch die Beklagte rechtswidrig waren" (*Urteil vom 23.3.2022*): Die Klage sei als Fortsetzungsfeststellungsklage in analoger Anwendung des § 131 Abs 1 Satz 3 Sozialgerichtsgesetz (SGG) zulässig. Das Feststellungsinteresse folge aus einer tatsächlichen Präjudizialität. Die Durchführung des Vergabeverfahrens und die Zuschlagserteilung seien rechtswidrig gewesen. Aus der grundsätzlichen Ausgestaltung der Leistungserbringung nach den §§ 75 ff Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch - Sozialhilfe - (SGB XII) folge ein Vorrang des sozialhilferechtlichen Dreiecksverhältnisses Anwendungsvorrang des europäischen Vergaberechts stehe dem nicht entgegen. Es liege weder ein öffentlicher Auftrag noch eine Dienstleistungskonzession im Sinne des Vergaberechts vor, sodass eine Vorlage an den Europäischen 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 Rechtswegprüfung im Rechtsmittelverfahren nach § 17 Abs 5 Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) bestünden erhebliche Bedenken gegen die Zulässigkeit des beschrittenen Rechtswegs zu den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit. Die vorliegend geführte Fortsetzungsfeststellungsklage sei gegenüber den Rechtsmitteln im Vergabeverfahren subsidiär und daher unzulässig. Soweit man von der Zulässigkeit der Klage ausgehe, sei diese unbegründet. Die 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 öffentlicher 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 <BTHG>) werde unterstrichen, dass ein entgeltlicher Vertrag zwischen einem Unternehmen und dem öffentlichen Auftraggeber vorliege. Der vom LSG bemühte Grundsatz der Angebots- und Trägervielfalt habe keinen derartigen gesetzlichen Niederschlag gefunden, dass er als Vorbehalt 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 Europäischen 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 Düsseldorf 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 Düsseldorfer 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 Vergabe-

verfahren 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 - <VergRModG> vom 17.2.2016 <BGBl I 203>*) 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 <nF>*) 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 <OLG> 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 (*<BSG> vom 6.3.2019 - B 3 SF 1/18 R - SozR 4-1720 § 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 <GG>*) zur Vermeidung einer verfassungswidrigen Verweigerung von Rechtsschutz verwiesen (*vgl BSG vom 6.3.2019 - B 3 SF 1/18 R - SozR 4-1720 § 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 4-2500 § 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; Hübschmann 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 4-2500 § 53 Nr 3, RdNr 11 f sowie bereits BSG vom 27.1.1977 - 7 RAr 17/76 - BSGE 43, 134, 141 f = SozR 4100 § 34 Nr 6 S 12 f, juris RdNr 37*) reicht im Grundsatz die bloße Möglichkeit einer Verletzung in eigenen Rechten. Es genügt, wenn der Kläger Tatsachen vorträgt, aus denen sich eine Verletzung ergeben kann (*stRspr; vgl zB BSG vom 15.5.1991 - 6 RKa 22/90 - BSGE 68, 291, 292 f = SozR 3-1500 § 54 Nr 7 S 12 f, juris RdNr 11*). Diese Voraussetzung ist hier erfüllt. Es ist möglich, dass die Kläger durch die Ausschreibung nach Vergaberecht in ihrem Recht auf chancengleiche Teilnahme an der Leistungserbringung verletzt sind. Dieses Recht ergibt sich aus den gesetzlichen Bestimmungen des Vertragsrechts in den §§ 75 ff SGB XII (*bw §§ 123 ff SGB IX nF*), die zumindest auch dem Schutz der Wettbewerbsstellung der Leistungserbringer zu dienen bestimmt sind (*hierzu sogleich*) und aus dem grundrechtlichen Schutz dieser Wettbewerbsstellung durch Art 12 Abs 1 und Art 3 Abs 1 GG (*vgl zB Bundesverfassungsgericht <BVerfG> vom 1.9.2008 - 1 BvR 887/08 ua - BVerfGK 14, 187 - juris RdNr 13 ff; Krohn in Hauck/Noftz, SGB XII, § 75 RdNr 40, Stand 5. EL 2023 mwN; vgl zu § 93 Abs 2 Bundessozialhilfegesetz <BSHG> bereits Oberverwaltungsgericht <OVG> Nordrhein-Westfalen vom 27.9.2004 - 12 B 1390/04 - juris RdNr 2; Verwaltungsgericht <VG> Münster vom 22.6.2004 - 5 L 756/04 - juris RdNr 26 ff*). Soweit die Beklagte auf die für Konkurrentenklagen im Vertragsarztrecht aufgestellte weitere Voraussetzung für die Klagebefugnis verweist, wonach der Kläger auch "Mitbewerber" um eine nur einmal zu vergebende Berechtigung sein muss (*zusammenfassend BSG vom 1.4.2015 - B 6 KA 48/13 R - NZS 2015, 476 RdNr 9 f*), folgt hieraus nichts anderes. Hier liegt eine mit dem Streit um eine bedarfsabhängige Zulassung vergleichbare Situation gerade nicht vor. Mit ihrer Klage machen die Kläger nicht geltend, es hätte eine Auswahlentscheidung zu ihren Gunsten ergehen müssen, sondern sie behaupten, es hätte ein Vergabeverfahren mit dem Ziel einer Auswahlentscheidung überhaupt nicht eingeleitet werden dürfen. Auch die Beklagte betont, dass Ziel der Vergabe nicht die Einräumung einer ausschließlichen Position unter Bedarfsgesichtspunkten gewesen sei.
- 13 Die Kläger haben auch ein berechtigtes Interesse an der Feststellung. Es kann offenbleiben, ob sich dies bereits aus einer tatsächlichen Präjudizialität für künftige Vergabeverfahren ergibt (*vgl*

hierzu BSG vom 28.1.2021 - B 8 SO 9/19 R - BSGE 131, 246 = SozR 4-3500 § 57 Nr 1, RdNr 20 f). Denn die Kläger können sich jedenfalls auf die präjudizielle Wirkung für einen beabsichtigten Amtshaftungsprozess stützen. Hierfür genügt der Vortrag der Kläger, sie beabsichtigten, eine Amtshaftungsklage zu erheben (vgl BSG vom 21.3.2018 - B 6 KA 44/16 R - SozR 4-2500 § 73b Nr 2 RdNr 32).

- 14 Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist auch begründet. Die Kläger hatten einen Anspruch auf Unterlassung der Vergabe nach den §§ 97 ff GWB (*idF des VergRModG*) gegen die Beklagte.
- 15 Rechtsgrundlage für das Klagebegehren ist der allgemeine öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch. Dieser setzt die Rechtswidrigkeit eines schlicht-hoheitlichen Verwaltungshandelns sowie die Verletzung eines subjektiven Rechts voraus (vgl dazu BSG vom 1.6.2022 - B 3 KR 5/21 R - BSGE 134, 167 = SozR 4-2500 § 31 Nr 30, RdNr 10; BSG vom 30.7.2019 - B 1 KR 34/18 R - BSGE 129, 10 = SozR 4-2500 § 53 Nr 3, RdNr 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 (§ 103 GWB) oder Konzessionen (§ 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 L 94 vom 28.3.2014, 1*) und der RL 2014/24/EU (*ABI EU L 94 vom 28.3.2014, 65*) abzuleitenden und in den §§ 97 ff GWB umgesetzten Grundsatz, dass öffentliche Aufträge und Konzessionen im Wettbewerb und im Wege transparenter Verfahren zu vergeben sind. Diesen zum europäischen Sekundärrecht gehörenden RL kommt gegenüber nationalem Recht Anwendungsvorrang zu (vgl hierzu zB *EuGH vom 7.8.2018 - C-122/17 - ABI EU 2018, Nr C 352, 8 <nur Leitsätze>*) mit der Folge, dass dagegen verstoßendes nationales Recht nicht anzuwenden ist. Ein solcher Verstoß liegt hier jedoch nicht vor. Nach der Rechtsprechung des EuGH setzen vergabepflichtige öffentliche Aufträge und Konzessionen (ohne dass dies im Wortlaut der §§ 103 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 - C-410/14 - ABI EU 2016, Nr C 287, 6 <nur Leitsätze> = 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 - C-9/17 - ABI EU 2018, Nr C 142, 12 <nur Leitsätze> = NZBau 2018, 366, RdNr 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. Aufl 2022, § 105 GWB RdNr 36; BT-Drucks 18/6492 S 2 f; Ganske in Reidt/Stickler/Glahs, GWB, 4. Aufl 2018, § 105 RdNr 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*).

- 18 Bei dem Vertragsrecht nach dem Zehnten Kapitel des SGB XII bzw nach Kapitel 8 des Teils 2 des SGB IX nF handelt es sich unter Anlegen dieser Maßstäbe nicht um ein System, das der Vergabepflicht unterfällt. Grundlage der Vereinbarungen der Träger der Eingliederungshilfe mit den geeigneten Leistungserbringern nach den §§ 75 ff SGB XII (*ab dem 1.1.2018 §§ 123 ff SGB IX nF*) sind die Kriterien der Leistungsfähigkeit, Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit (*vgl zu § 93 BSHG bereits Bundesverwaltungsgericht <BVerwG> vom 30.9.1993 - 5 C 41.91 - BVerwGE 94, 202 = Buchholz 436.0 § 93 BSHG Nr 1*). Andere Kriterien dürfen bei der Entscheidung über den Abschluss der in den §§ 75 ff SGB XII (*§§ 123 ff SGB IX nF*) vorgesehenen Vereinbarungen keine Rolle spielen. Dies gilt insbesondere für Bedarfsgesichtspunkte (*vgl bereits LSG Baden-Württemberg vom 13.7.2006 - L 7 SO 1902/06 ER-B - Sozialrecht aktuell 2006, 168 ff; Hessisches LSG vom 18.7.2006 - L 7 SO 16/06 ER - juris RdNr 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 - 5 C 17.97 - BVerwGE 108, 47 = Buchholz 436.0 § 93 BSHG Nr 4*) und Eignung sowie die Leistungsfähigkeit des Trägers (*vgl hierzu BVerwG vom 1.12.1998 - 5 C 29.97 - BVerwGE 108, 56 = Buchholz 436.0 § 93 BSHG Nr 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 (*§ 75 Abs 2 Satz 10 bis 13 SGB XII, § 124 Abs 1 Satz 3 bis 6 SGB IX nF*) standhält. Es handelt sich damit um einen Fall, in dem alle Wirtschaftsteilnehmer, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen, zur Wahrnehmung einer bestimmten Aufgabe - ohne Selektivität - berechtigt sind und damit um ein einfaches Zulassungssystem. Eine Auswahlentscheidung findet nach diesen Vorschriften nicht statt. Das Vertragsrecht nach dem Zehnten Kapitel des SGB XII bzw nach Kapitel 8 des Teils 2 des SGB IX nF gewährleistet allen Anbietern vielmehr einen transparenten und gleichberechtigten Zugang zur Leistungserbringung.

- 19 Die Zulassung von Dienstleistungserbringern im eingliederungshilferechtlichen Dreiecksverhältnis - sei es unter Geltung des SGB XII, sei es unter Geltung des SGB IX nF - unterfällt damit nicht den RL 2014/23/EU und RL 2014/24/EU. Auf die Ausführungen der 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 - wie dargelegt - durch den EuGH bereits geklärt (*vgl. EuGH vom 2.6.2016 - C-410/14 - ABI EU 2016, Nr C 287, 6 <nur Leitsätze> = NZS 2016, 542; EuGH vom 1.3.2018 - C-9/17 - ABI EU 2018, Nr C 142, 12 <nur Leitsätze> = NZBau 2018, 366, RdNr 35*).

20 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 4-1500 § 75 Nr 9, RdNr 16; Krohn in Hauck/Noftz, SGB XII, § 75 RdNr 41, Stand 5. EL 2023; grundlegend zur Vorgängervorschrift 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 ausnahmsweise 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 jurisPK-SGB 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 4-3500 § 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 BT-Drucks 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 schützt auch die daran teilnehmenden Dienste. Nur so kann die Pluralität der Leistungserbringung gewährleistet werden. Ohne einen gleichberechtigten und umfassenden Zugang der Dienste zum Markt liefern das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten und der diesem immanente Grundsatz der Angebots- und Trägervielfalt weitgehend leer. Mit der Herausnahme nahezu aller Leistungsberechtigten durch eine Vergabe aus dem nach §§ 75 SGB XII bzw §§ 123 ff SGB IX nF vorgegebenen System erhöht sich das Unternehmerrisiko des einzelnen Dienstes, das im Rahmen der Gestehungskosten zur Geschäftsgrundlage der Vergütungsvereinbarungen gehört (*vgl zB Lange in jurisPK-SGB 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*

BT-Drucks 18/9522 S 285 und BR-Drucks 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 "entsprechenden Vereinbarungen" solche nach dem Kapitel 8, wie die im Übrigen wortgleiche Regelung zur gemeinsamen Inanspruchnahme in § 116 Abs 2 SGB IX nF zeigt, die § 123 Abs 4 Satz 2 SGB IX nF ausdrücklich in Bezug nimmt. Einer vergaberechtlichen Kontrolle bedarf das Vertragsrecht nach dem SGB XII bzw SGB IX nF nicht. Es ermöglicht einen transparenten und gleichberechtigten Wettbewerb.

- 24 Auch § 132 SGB IX nF steht dem - entgegen der Ansicht der Beklagten - nicht entgegen. Diese Vorschrift dient der Erprobung neuer und der Weiterentwicklung bestehender Leistungs- und Finanzierungsstrukturen und setzt weder den Anspruch der Leistungserbringer auf einen Vertragsschluss nach den §§ 123 ff SGB IX nF, noch den Grundsatz der Angebots- und Trägervielfalt oder das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten außer Kraft. Sie ermöglicht keine Auswahlentscheidung zugunsten einzelner Leistungserbringer und stellt es daher nicht in das Ermessen der Träger der Eingliederungshilfe, bestimmte Leistungen nach den §§ 97 ff GWB zu vergeben (*vgl hierzu BT-Drucks 18/9522 S 299; Süsskind in Hauck/Noftz, SGB IX, § 132 RdNr 3 ff, Stand 1. EL 2023 mwN*).
- 25 Dieser Auslegung steht das Recht der Beklagten auf kommunale Selbstverwaltung aus Art 28 Abs 2 GG nicht entgegen. Danach muss den Gemeinden das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Dazu gehören unter anderem die Gewährleistung eines eigenen Aufgabenbereichs der Gemeinden sowie die Eigenverantwortlichkeit der Aufgabenerfüllung (*vgl BVerfG vom 21.11.2017 - 2 BvR 2177/16 - BVerfGE 147, 185, 215, RdNr 59; BVerfG vom 19.11.2014 - 2 BvL 2/13 - BVerfGE 138, 1, 18, RdNr 52*). Das Selbstverwaltungsrecht steht den Gemeinden indes nur im Rahmen der Gesetze zu. Gesetzliche Beschränkungen müssen von sachlichen Gründen getragen sein und finden ihre Grenze in einem unantastbaren Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung. Dieser Kernbereich ist erst verletzt, wenn eine eigenständige organisatorische Gestaltungsfähigkeit erstickt würde (*vgl BVerfG vom 21.11.2017 - 2 BvR 2177/16 - BVerfGE 147, 185, 223 f, RdNr 79 ff; BVerfG vom 19.11.2014 - 2 BvL 2/13 - BVerfGE 138, 1, 19 f, RdNr 54 ff*).
- 26 Das Ausschreibungsverbot ist von sachlichen Gründen getragen und verletzt nicht den Kernbereich kommunaler Gestaltungsmöglichkeiten. Das Vertragsrecht der §§ 75 ff SGB XII (bzw §§ 123 ff SGB IX nF) bietet den Gemeinden ausreichende Möglichkeiten, die Leistungserbringung flexibel zu gestalten. Die Ausgestaltung als einfaches Zulassungsverfahren dient insbesondere der Sicherstellung des Wunsch- und Wahlrechts der Leistungsberechtigten (*vgl § 9 Abs 2 SGB XII*), sowie der diesem immanenten Angebots- und Trägervielfalt und damit wichtigen sozialen Belangen. Der Gesetzgeber hat die berechtigten Belange der Leistungsträger insbesondere hinsichtlich der Sicherung von Qualität und Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung ge-

rade in der Ausgestaltung der Vorgaben für die Leistungs- und Vergütungsvereinbarung berücksichtigt. Er hat mit der Ausgestaltung des Vertragsrechts die Steuerungsfunktion der Leistungsträger inzwischen weiter gestärkt und gegenüber den Vorschriften des SGB XII eine effektivere Wirtschaftlichkeits- und Qualitätsprüfung ermöglicht (vgl *BT-Drucks 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 4-2500 § 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 <Bundesverfassungsschutzgesetz - BVerfSchG> 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 <Brfg> 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 4-1500 § 54 Nr 32, RdNr 14 f*; *BSG vom 12.3.2013 - B 1 A 2/12 R - BSGE 113, 114 = SozR 4-1500 § 54 Nr 33, RdNr 16 mwN*; *BVerwG vom 28.3.2019 - 5 CN 1.18 - Buchholz 436.511 § 90 SGB VIII Nr 10, juris RdNr 19*; *BVerwG vom 11.10.2016 - 2 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 - 12 B 1390/04 - NVwZ 2005, 834*; *BVerwG vom 30.9.1993 - 5 C 41.91 - BVerwGE 94, 202 = Buchholz*

436.0 § 93 BSHG Nr 1, *juris RdNr 11*; BVerwG vom 1.12.1998 - 5 C 29.97 - BVerwGE 108, 56 = Buchholz 436.0 § 93 BSHG Nr 5, *juris RdNr 14*; eine Ermessensreduktion auf Null annehmend: Krohn in Hauck/Noftz, SGB XII, § 75 RdNr 23 ff, Stand 5. EL 2023; LSG Berlin-Brandenburg vom 2.9.2011 - L 23 SO 147/11 B ER - RdNr 103 f; SG Aachen vom 29.4.2014 - S 20 SO 61/13 - RdNr 19; Streichsbier in Grube/Wahrendorf/Flint, SGB XII, 7. Aufl 2020, § 75 RdNr 16, 37; Busse in Schellhorn/Hohm/Scheider/Busse, SGB XII, 21. Aufl 2023, § 75 RdNr 33). Bei den §§ 75 ff SGB XII (§§ 123 ff SGB IX nF) handelt es sich um Vorschriften, die nicht allein dem Interesse des Staats zur Erfüllung seiner ihm obliegenden Aufgaben (§ 53 Abs 1 und 3 SGB XII idF des Gesetzes vom 27.12.2003 bzw § 102 SGB IX nF), sondern auch den individuellen Interessen der Leistungserbringer dienen. Im Lichte der durch Art 12 Abs 1 GG iVm Art 19 Abs 3 GG geschützten unternehmerischen Betätigungsfreiheit ergibt sich hieraus ein Anspruch darauf Maßnahmen zu unterlassen, die das Betätigungsfeld für geeignete und mit vertraglichen Vereinbarungen ausgestattete Dienste beschränken.

29 Das Grundrecht auf Berufsfreiheit gewährleistet zwar keinen Anspruch auf Erfolg im Wettbewerb oder die Sicherung künftiger Erwerbsmöglichkeiten. Es verleiht auch grundsätzlich kein Recht darauf, den Markteintritt eines weiteren Konkurrenten abzuwehren (vgl BVerfG vom 17.12.2002 - 1 BvL 28/95 ua - BVerfGE 106, 275 = SozR 3-2500 § 35 Nr 2, *juris RdNr 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 - 3 C 35.07 - BVerwGE 132, 64 = Buchholz 451.74 § 8 Krankenhausfinanzierungsgesetz <KHG> Nr 16, *juris RdNr 30*). Wird zur Wahrung von Gemeinwohlbelangen der einzelne Leistungserbringer weitgehenden Einschränkungen unterworfen und kommt es in einem dergestalt durchstrukturierten Markt durch hoheitliche Maßnahmen zu weitergehenden, an den Gemeinwohlbelangen nicht ausgerichteten Eingriffen in die Marktbedingungen, die zu einer Verwerfung der Konkurrenzverhältnisse führen, so besteht die Möglichkeit, dass die im System eingebundenen Leistungserbringer in ihrem Grundrecht aus Art 12 Abs 1 GG verletzt sind (vgl BVerfG vom 23.4.2009 - 1 BvR 3405/08 - NVwZ 2009, 977, *juris RdNr 9*). So liegt es hier: Indem die Leistungserbringung vorrangig über die Vertragspartner des über die angegriffene Vergabe geschaffenen Pools umgesetzt wird, innerhalb dessen weder das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten noch die Angebots- und Trägervielfalt ausreichend zur Anwendung kommen, wird der gleichberechtigte Zugang zum Markt beeinträchtigt.

30 Durch die Umgestaltung der Schulbegleitung im Wege der Vergabe werden die Kläger 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 - Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz - (SGB X) von Gerichtskosten befreit.

Krauß

Bieresborn

Scholz