

**Finanzierung von zusätzlichen Arbeitsgelegenheiten
mit Mehraufwandsentschädigung nach § 16 Abs. 3 SGB II in Hamburg**

München, den 17. März 2006(FB-17-21)

Rechtsgutachten

Erstattet für:

Diakonisches Werk Hamburg, Landesverband der Inneren Mission e.V.

Laurens Spethmann Holding, Seevetal

Bismarck Business Council, Berlin

Erstattet von:

Rechtsanwälte Bender & Philipp

Dr. Frank Brünner

Dr. Albrecht Philipp

Thierschstr. 27

80538 München

www.bender-rechtsanwaelte.de

Inhaltsverzeichnis

	Seite
A. Sachverhalt und Gutachtenfragen	7
I. Sachverhalt	7
1. Leistungsträger	7
2. Verfahren	8
3. Nachverhandlungen und Förderung eines stadtpolitischen Nutzens	9
4. Auswirkungen auf die Trägerlandschaft	10
5. Sonderfall „hamburger arbeit“	11
6. Zuweisung	11
II. Gutachtenfragen	12
1. Fragen zur Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern	12
2. Fragen zu den Hamburger Verfahren zur Finanzierung von zusätzlichen Arbeitsgelegenheiten	13
B. Die Finanzierung von zusätzlichen Arbeitsgelegenheiten mit Mehrauf- wandsentschädigung nach § 16 Abs. 3 SGB II	14
I. Überblick	14
1. Regelungen zur Leistungserbringung im SGB II	14
2. Derzeitige Finanzierungspraxis	15
a) Sozialrechtliches Dreieck	15
b) Einkaufsmodell	17
c) Zuwendungsfinanzierung	18
3. Gang der Untersuchung	19

II. Modell 1: Sozialrechtliches Dreiecksverhältnis	19
1. Sozialrechtliches Dreiecksverhältnis bei Beschäftigung in zusätzlichen Arbeitsgelegenheiten nach § 16 Abs. 3 SGB II	20
2. Die Rechtsbeziehungen zwischen Leistungsträger und Leistungsberechtigtem	21
a) Arbeitsdienst oder Sozialleistung?	22
b) Die Rechtsstellung des erwerbsfähigen Hilfebedürftigen	23
c) Wunsch- und Wahlrecht	25
d) Bewilligung der Leistung durch Verwaltungsakt oder öffentlich-rechtlichen Vertrag	27
3. Die Rechtsbeziehungen zwischen Leistungsträger und Maßnahmeträger	29
a) Sozialrechtliche Regelungen zum Status freier Träger	29
b) Staatskirchenrechtliche Grundlagen	30
c) Kooperation über Vereinbarungen nach § 17 Abs. 2 SGB II	31
4. Die Rechtsbeziehungen zwischen Maßnahmeträger und Leistungsberechtigtem	31
a) Kein öffentlich-rechtliches Beschäftigungsverhältnis	31
b) Privatrechtliches Beschäftigungsverhältnis eigener Art	33
5. Ergebnis	33
III. Modell 2: Einkaufsmodell	34
1. Ausschreibungspflicht für Vereinbarungen nach § 17 Abs. 2 SGB II?	34
a) Öffentlicher Auftrag und öffentlich-rechtlicher Vertrag	34
b) Öffentlicher Auftrag und Dienstleistungskonzession	35
c) Ergebnis	37
2. Vergaberecht nach Ermessen?	37
a) Keine strukturellen Unterschiede zwischen SGB XII/SGB VIII und SGBII	39
b) Angebotssteuerung als Eingriff in die Berufsfreiheit nach Art. 12 GG	41
c) Angebotssteuerung als Eingriff in die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit	45
3. Ergebnis	47
IV. Modell 3: Zuwendungsfinanzierung	47
1. Keine Förderung privatgewerblicher Träger	48
2. Vollfinanzierung über Zuwendungen?	50

3.	Die exklusive Gewährung von Zuwendungen als Eingriff in die Berufsfreiheit	52
a)	Institutionelle Förderung und Bedarfssteuerung.....	52
b)	Keine Befugnis zur Angebotssteuerung.....	53
c)	Alternative: Projektförderung	53
4.	Ergebnis	54
V.	Die Stellung kommunaler Maßnahmeträger	55
1.	Reichweite des Vorrangs Dritter	55
2.	Förderung kommunaler Träger?	56
3.	Einbeziehung von Einrichtungen in kommunaler Trägerschaft durch Vereinbarung nach § 18 Abs. 3 SGB II	56
4.	Vergabefreie Ausgestaltung der Vereinbarungen nach § 18 Abs. 3 SGB II?	57
5.	Vorrang öffentlicher Träger im Rahmen von Dienstleistungskonzessionen?	58
6.	Ergebnis	59
VI.	Zusammenfassung	59
C.	Die Hamburger Verfahren zur Finanzierung von zusätzlichen Arbeitsgelegenheiten nach § 16 Abs. 3 Satz 2 SGB II – rechtliche Zulässigkeit und Rechtsschutz	61
I.	Unzulässigkeit der Zuwendungsfinanzierung und Verpflichtung auf das sozialrechtliche Dreieck	61
1.	Unzulässigkeit der Förderung privat-gewerblicher Träger	61
2.	Unzulässigkeit der Vollfinanzierung über Zuwendungen	62
3.	Unzulässigkeit der exklusiven Förderung	62
4.	Keine Rechtfertigung durch den „stadtpolitischen Nutzen“	62
a)	Zweck der gesonderten Förderung des stadtpolitischen Nutzens.....	63
b)	Vorteile der gesonderten Förderung.....	63
c)	Keine Rechtfertigung der Angebotssteuerung.....	64
d)	Alternativen.....	64
5.	Ergebnis	65

II.	Hilfsweise: Unzulässige De-Facto-Vergabe	65
	1. Anwendbarkeit des Vergaberechts bei öffentlichen Aufträgen ...	66
	2. Abgrenzung Zuwendung - Beschaffung.....	67
	3. Die Hamburger Verfahren als de-facto-Vergabe.....	67
III.	Bevorzugung der hamburger arbeit gGmbH	71
	1. Unzulässigkeit exklusiver Vereinbarungen oder exklusiver Förderung	71
	2. Hilfsweise: Unzulässigkeit der Bevorzugung im Einkaufsmodell.....	72
IV.	Rechtsschutz vor dem Sozialgericht	72
	1. Rechtsschutz gegen die Ablehnung einer Vereinbarung nach § 17 Abs. 2 SGB II	73
	a) Anspruch des Trägers auf fehlerfreie Ermessensentscheidung...	73
	b) Rechtsweg.....	73
	c) Anspruchsgegner.....	74
	d) Klageart und Vorverfahren	75
	e) Rechtsschutzziel und Antrag.....	75
	f) Einstweiliger Rechtsschutz	76
	2. Rechtsschutz gegen die Förderung von Konkurrenten	76
	a) Unterlassungsanspruch	76
	b) Rechtsweg zu den Sozialgerichten.....	77
	c) Anspruchsgegner.....	78
	d) Klageart und Vorverfahren	78
	e) Rechtsschutzziel und Antrag.....	79
	f) Einstweiliger Rechtsschutz	80
	3. Verbindung der Klageziele vor dem Sozialgericht	80
V.	Rechtsschutz vor der Vergabekammer	80
	1. Nachprüfungsverfahren auch bei unzulässiger Beschaffung	81
	2. Formale Anforderungen	81
	3. Begründung	82

D. Steuerrechtliche Aspekte	83
I. Gemeinnützigkeitsrecht	83
1. Bindung an die Satzung	83
2. Fallkostenpauschalen	84
3. Mehraufwandsentschädigung	85
4. Ergebnis.....	85
II. Umsatzsteuerrecht	85
1. Fallkostenpauschale bei Zuwendungsfinanzierung.....	85
2. Fallkostenpauschale im Dreiecksverhältnis oder im Einkaufsmodell.....	86
3. Mehraufwandsentschädigung.....	88
4. Ergebnis.....	89
III. Besonderheiten des Hamburger Verfahrens	89
1. Gemeinnützigkeit.....	89
2. Umsatzsteuer	90
3. Ergebnis.....	90

A. Sachverhalt und Gutachtenfragen

Gegenstand dieses Rechtsgutachtens ist die Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen Leistungsträgern und Maßnahmeträgern beim Angebot von „Ein-Euro-Jobs“ nach § 16 Abs. 3 Satz 2 SGB II.

I. Sachverhalt

Eine der in der Grundsicherung für Arbeitsuchende (SGB II) vorgesehenen Leistungen zur Eingliederung in Arbeit ist die Schaffung von zusätzlichen Arbeitsgelegenheiten mit Mehraufwandsentschädigung nach § 16 Abs. 3 Satz 2 SGB II, auch „Zusatzjobs“, „Aktiv-Jobs“ oder „Ein-Euro-Jobs“ genannt. Gegenstand dieses Gutachtens sind mehrere Verfahren zur Schaffung zusätzlicher Arbeitsgelegenheiten mit Mehraufwandsentschädigung sowie die Finanzierung dieser Arbeitsgelegenheiten in der Freien und Hansestadt Hamburg in den Jahren 2004 und 2005. Diese Verfahren wurden als „Interessenbekundungsverfahren“ bzw. „Aufforderung zur Abgabe von Projektvorschlägen für die Durchführung von Maßnahmen nach § 16 Abs. 3 SGB II“ bezeichnet und in dieser Form ausschließlich in Hamburg praktiziert.

1. Leistungsträger

Träger der Eingliederungsleistungen nach § 16 Abs. 3 SGB II ist nach § 6 Abs. 1 SGB II die Bundesagentur für Arbeit. In Hamburg haben die Bundesagentur für Arbeit (vertreten durch die Arbeitsagentur Hamburg) und die Freie und Hansestadt Hamburg zum Vollzug des SGB II eine Arbeitsgemeinschaft nach § 44b SGB II in Verbindung mit § 94 SGB X errichtet.¹ Diese führt den Namen „Team.Arbeit. Hamburg, Hamburger Arbeitsgemeinschaft SGB II“ (im Folgenden: ARGE) und

¹ Zum Inhalt des Vertrages über die Errichtung einer Arbeitsgemeinschaft vgl. Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg, Anlage zur Drucks. 18/997.

nimmt gem. § 44 b Abs. 3 Satz 1 SGB II sämtliche der Bundesagentur nach dem SGB II obliegenden Aufgaben wahr.

Die erste „Aufforderung zur Abgabe einer Interessenbekundung für die Durchführung von Maßnahmen gemäß § 16 Abs. 3 SGB II“ erfolgte bereits im Herbst 2004 (Abgabefrist 26.10.2004, im Folgenden: Verfahren 10/2004) unter einem gemeinsamen Briefkopf von Bundesagentur für Arbeit, Agentur für Arbeit Hamburg und Freier und Hansestadt Hamburg, Behörde für Wirtschaft und Arbeit (BWA). Anträge waren an die BWA zu richten. Eine zweite „Öffentliche Aufforderung zur Abgabe eines Projektvorschlags für die Durchführung von Maßnahmen gemäß § 16 Abs. 3 SGB II“ (Abgabefrist 22.05.2005, im Folgenden: Verfahren 05/2005) wurde erneut unter Doppelbriefkopf veröffentlicht. Sie erfolgte durch die Träger der Hamburger ARGE „vertreten durch die Behörde für Wirtschaft und Arbeit (BWA)“. Eine dritte „Öffentliche Aufforderung zur Abgabe eines Projektvorschlags für die Durchführung des Programms der Arbeitsgelegenheiten gemäß § 16 Abs. 3 SGB II – Einsatz der Aktivjobs für Ältere in Hamburg“ (Abgabefrist 14.10.2005, im Folgenden: Verfahren 10/2005) wurde - ebenfalls unter Doppelbriefkopf - von der BWA im Auftrag der ARGE veröffentlicht. Auch die Bewilligung von zusätzlichen Arbeitsgelegenheiten erfolgte in allen diesen Verfahren durch die Behörde für Wirtschaft und Arbeit (BWA) der Stadt Hamburg.

Eingliederungsmaßnahmen der ARGE Hamburg wie z.B. zusätzliche Arbeitsgelegenheiten nach § 16 Abs. 3 SGB II werden nicht nur aus Mitteln der Bundesagentur, sondern zusätzlich auch aus Haushaltsmitteln der Freien und Hansestadt Hamburg finanziert². Die Stadt stellt insbesondere Mittel zur Förderung eines zusätzlichen stadtpolitischen Nutzens der zusätzlichen Arbeitsgelegenheiten mit Mehraufwandsentschädigung bereit.

2. Verfahren

Mit der „Vergabe“ von Zusatzjobs durch die BWA im Rahmen von „Interessenbekundungsverfahren“ bzw. von „Aufforderungen zur Abgabe von Projektvorschlägen“ sollte im Zuge der Umgestaltung der Hamburger Arbeitsmarktpolitik ein transparentes Verfahren eingeführt werden³. Die oben genannten Aufforderungen zur Abgabe einer Interessenbekundung bzw. eines Projektvorschlags wurden über

² Vgl. hierzu das Papier „Die Ziele der FHH in der Arbeitsgemeinschaft Hamburg“, Stand 24.09.2004.

³ Pressemeldung der Stadt Hamburg vom 8.12.2004.

das Internet bekannt gemacht. Sie richteten sich an frei-gemeinnützige und private Maßnahmeträger. Einige Träger wurden zusätzlich per E-Mail auf die Verfahren aufmerksam gemacht. Die eingereichten Angebote sollten nach einer ebenfalls im Internet veröffentlichten „Richtlinie für die Auswahl von Trägern für ARGE-Maßnahmen“ bewertet werden. Maßgebliches Kriterium war danach u.a. die Darstellung des Preis-Leistungsverhältnisses. Die konkrete Bewertung des Preis-Leistungsverhältnisses erfolgte anhand der UfAB-Formel. In dem ersten Verfahren 10/2004 wurden dabei für Zusatzjobs für Erwachsene die Projektbewertung mit 40 % und der Preis mit 60 % gewichtet, für Zusatzjobs für Jugendliche die Projektbewertung mit 60 % und der Angebotspreis mit 40 %.⁴

In dem Verfahren 05/2005 wurden die ausgewählten Träger anschließend von der BWA zunächst über die grundsätzliche Berücksichtigung ihres Projektvorschlags informiert. Sie wurden darauf hingewiesen, dass sie einen verbindlichen Antrag auf Förderung der Maßnahme auf dem mitgesandten Vordruck einreichen müssten. Aus verfahrensrechtlichen Gründen sei auch eine erneute Zusendung der Projektunterlagen erforderlich. In einem zweiten Schreiben wurde die Anzahl der Stellen mitgeteilt, die für die Maßnahmeplanung vergeben werden könne. Die „Förderung“ wurde dann durch Bescheid der BWA im Auftrag der ARGE bewilligt. Nicht berücksichtigte Träger erhielten ein Schreiben der BWA, in dem ihnen mitgeteilt wurde, dass die Zahl der aus den eingereichten Projektvorschlägen angebotenen Arbeitsgelegenheiten den tatsächlichen Bedarf weit übersteige und der Projektvorschlag daher nicht berücksichtigt werden könne.

Im Verfahren 10/2005 wurde den nicht berücksichtigten Trägern mitgeteilt, dass es ihnen unbenommen bleibe, bei der ARGE einen Antrag auf Bewilligung zu stellen. Ein betroffener diakonischer Träger hat daraufhin Ende November 2005 einen Antrag auf Förderung eingereicht, der jedoch noch nicht beschieden wurde.

3. Nachverhandlungen und Förderung eines stadtpolitischen Nutzens

Obwohl diese Verfahrensweise politisch mit der Notwendigkeit einer transparenten Auswahlentscheidung begründet wurde, wurden bei der ersten Ausschreibung (Verfahren 10/2004) nach der Bewertung der Angebote aufgrund politischen Drucks dennoch weitere Gespräche geführt. Dabei soll auch die Möglichkeit zur

⁴ Pressemeldung der Stadt Hamburg vom 10.12.2004, sowie schriftliche Information aus der BWA an die GeschäftsführerInnenrunde der Beschäftigungsträger im Anschluss an dieses Verfahren.

Modifikation von Angeboten bestanden haben. Von Seiten der BWA werden solche Gespräche jedoch bestritten.

Für Träger, die in dem ersten Verfahren 10/2004 nicht zum Zuge gekommen waren, wurde eine Einzelfallprüfung hinsichtlich des stadtpolitischen Nutzens durchgeführt⁵. Auf diese Weise wurde versucht, die Nichtberücksichtigung von Projekten zu kompensieren, die in der Vergangenheit über ABM-Maßnahmen oder § 19 BSHG finanziert worden waren. So wurden – zusätzlich zu den zunächst geplanten Kontingenten – weitere zusätzliche Arbeitsgelegenheiten als Projekte zur Förderung des stadtpolitischen Nutzens aus Haushaltsmitteln der Stadt Hamburg bewilligt.

Auch in späteren Verfahren war eine zusätzliche Förderung des stadtpolitischen Nutzens vorgesehen (Verfahren 05/2005). Ein stadtpolitischer Nutzen konnte sich z.B. aus der Verbindung von Arbeitsgelegenheiten mit sozialen oder gemeinnützigen Aufgabenstellungen oder mit Qualifikationsmaßnahmen in Stadtteilen ergeben. Nun wurden aus den Mitteln zur Förderung eines stadtpolitischen Nutzens jedoch keine zusätzlichen Maßnahmeplätze mehr bewilligt. Nach den Richtlinien der Agentur für Arbeit Hamburg und der Stadt Hamburg über die Förderung des stadtpolitischen Nutzens eines arbeitsmarktpolitischen Projekts⁶ gewährt die ARGE Zuwendungen für Ausgaben, die auf Grund des stadtpolitischen Nutzens in arbeitsmarktpolitischen Projekten entstehen. Die Zuwendung wird laut Richtlinie in der Form der Projektförderung als Fehlbedarfsfinanzierung gewährt. Der Förderzeitraum beträgt ein Jahr, in Ausnahmefällen kann er auf zwei Jahre verlängert werden. Die Aufwendungen für einen stadtpolitischen Nutzen sind laut der Aufforderung zur Abgabe eines Projektvorschlags getrennt von der Fallkostenpauschale zu beziffern und zu begründen.

4. Auswirkungen auf die Trägerlandschaft

Die diakonischen Träger mussten in den Interessenbekundungsverfahren aufgrund ihrer Tarifbindung mit höheren Fallkostenpauschalen kalkulieren und wurden nur in wenigen Fällen berücksichtigt. Im ersten Verfahren (10/2004) erhielten den Zuschlag vor allem privat-gewerbliche Träger ohne Tarifbindung und Bildungsträger, für die sich hier ein neues Betätigungsfeld erschloss. Während die diakonischen Träger meist Betriebe mit eigenen Werkstätten waren, boten die Bildungsträger Ko-

⁵ Pressemeldung der Stadt Hamburg vom 10.12.2004.

⁶ In Kraft getreten am 01.01.2005, Anlage zum Verfahren 05/2005.

operationsmodelle mit externen Einsatzstellen an, mit denen teilweise noch nicht einmal entsprechende Vereinbarungen bestanden. Dies ging soweit, dass sich zugewiesene Hilfebedürftige teilweise selbst um Einsatzstellen bemühen mussten. Ganz allgemein erwies sich als problematisch, dass in den bewilligten Projekten die in den Angeboten beschriebene Qualität in der Praxis nur teilweise eingehalten wurde.

Auf politischen Druck auch des Diakonischen Werks Hamburg hin wurden dann in der Aufforderung zur Abgabe eines Projektvorschlages 05/2005 Kontingente für Regiearbeitsplätze und Kooperationsarbeitsplätze vorgesehen und die entsprechenden Angebote getrennt bewertet.

5. Sonderfall „hamburger arbeit“

Grundsätzlich sollen alle potentiellen Bewerber, also auch öffentliche Träger, dem gleichen Verfahren unterliegen. Allerdings wurde der hamburger arbeit, einer gGmbH, deren Alleingesellschafter die Stadt Hamburg ist, eine Übergangsfrist von zwei Jahren zugestanden. Ihr Kontingent an zusätzlichen Arbeitsgelegenheiten wurde bereits vorher von den geplanten Zahlen abgezogen und gar nicht in die o.g. Verfahren einbezogen.

6. Zuweisung

Die Maßnahmeträger, deren Projekte bewilligt wurden, erhielten von der BWA bzw. der ARGE zwar keine ausdrückliche Belegungsgarantie. Förderbar sind laut Bewilligungsbescheid (z.B. im Verfahren 05/2005 Regie) nur besetzte oder als besetzt anerkannte Plätze. Die ARGE „stellt“ jedoch „eine rechtzeitige Teilnehmerauswahl sicher und organisiert in Absprache mit dem Träger eine termingerechte Zuweisung.“⁷ Außerdem war in den Antragsvordrucken für Förderanträge (z.B. im Verfahren 05/2005 Regie) vorgesehen, dass bei Nachweis einer vom Träger unverschuldeten Nichtbesetzung freier Arbeitsgelegenheiten weiter eine finanzielle Förderung erfolgt.

Die Zuweisung erfolgt durch die ARGE. Meist finden Informationsveranstaltungen bei einem Maßnahmeträger statt, zu denen die ARGE erwerbsfähige Hilfebedürftige

⁷ So die Formulierung in den Bewilligungsbescheiden.

einlädt. Seltener werden erwerbsfähige Hilfebedürftige in die ARGE eingeladen, wo sich mehrere Beschäftigungsträger vorstellen. Oft bestehen bei den einzelnen Maßnahmeträgern oder deren Kooperationspartnern Auswahlmöglichkeiten unter verschiedenen zusätzlichen Arbeitsgelegenheiten. Die ARGE geht davon aus, dass bei den Beschäftigungsträgern ein entsprechendes Profiling stattfindet. Es kommt aber auch vor, dass Beschäftigungsträger Anzeigen schalten. Bewerben sich hierauf erwerbsfähige Hilfebedürftige, so wird die Zuweisung bei der ARGE beantragt. Die Zuweisung durch die ARGE ist jedoch ausschließlich an im Rahmen der o.g. Verfahren bewilligte Projekte möglich.

II. Gutachtenfragen

Angesichts dieser Ausgestaltung der Finanzierung von zusätzlichen Arbeitsgelegenheiten mit Mehraufwandsentschädigung in Hamburg stellt sich zum einen die grundsätzliche Frage, wie die Rechtsbeziehungen zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern bei der Beschäftigung von erwerbsfähigen Hilfebedürftigen in zusätzlichen Arbeitsgelegenheiten nach § 16 Abs. 2 SGB II ausgestaltet werden können. Zum anderen ergeben sich konkrete Fragen zu den Hamburger Verfahren, insbesondere zu deren Rechtsnatur und Zulässigkeit, sowie ggf. zu Rechtsschutzmöglichkeiten.

1. Fragen zur Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern

- Welche Finanzierungsmöglichkeiten für zusätzliche Arbeitsgelegenheiten mit Mehraufwandsentschädigung sieht das SGB II vor? In welchem Verhältnis stehen das Vereinbarungsrecht (§ 17 Abs. 2 SGB II) und das Zuwendungsrecht (§ 17 Abs. 1 Satz 2 SGB II)?
- Sind die Rechtsbeziehungen zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern bei Einrichtung von Arbeitsgelegenheiten mit Mehraufwandsentschädigung nach §16 Abs. 3 SGB II ausschließlich durch Vereinbarungen nach § 17 Abs. 2 SGB II auszugestalten?
- Unter welchen Voraussetzungen kann ein Leistungsträger den Abschluss einer Vereinbarung nach § 17 Abs. 2 SGB II über die Einrichtung einer zusätzlichen

Arbeitsgelegenheit mit Mehraufwandsentschädigung ablehnen? Ist dies insbesondere wegen fehlenden Bedarfs zulässig?

2. Fragen zu den Hamburger Verfahren zur Finanzierung von zusätzlichen Arbeitsgelegenheiten

- Sind die von der Hansestadt Hamburg durchgeführten Interessenbekundungsverfahren/Aufforderungen zur Abgabe eines Projektvorschlags zulässig?
- Handelt es sich bei den von der Hansestadt Hamburg praktizierten Verfahren tatsächlich um eine Bewilligung von Zuwendungen oder wird nicht vielmehr ein Leistungsaustauschverhältnis begründet?
- Falls es sich um Leistung und Gegenleistung handeln sollte: Hat dies umsatzsteuerrechtliche oder gemeinnützigkeitsrechtliche Folgen? Müsste dem Interessenbekundungsverfahren dann ein wettbewerbsrechtliches oder haushaltsrechtliches Vergabeverfahren folgen?
- Müssen sich „halbstaatliche“ Einrichtungen, an denen die Freie und Hansestadt beteiligt ist, an den Interessenbekundungsverfahren – ihre Zulässigkeit unterstellt – beteiligen? Ist das Vorhalten von Quoten für diese Einrichtungen zulässig?
- Welche Rechtsschutzmöglichkeiten stehen Maßnahmeträgern gegen das Interessenbekundungsverfahren der Hansestadt Hamburg zur Verfügung?

B.
**Die Finanzierung von zusätzlichen Arbeitsgelegenheiten
mit Mehraufwandsentschädigung nach § 16 Abs. 3 SGB II**

I. Überblick

1. Regelungen zur Leistungserbringung im SGB II

Das SGB II enthält nur sehr wenige Regelungen zum Leistungserbringungsrecht, also zu den Rechtsbeziehungen zwischen den Trägern des SGB II und Dritten, die Eingliederungsleistungen nach SGB II an Leistungsberechtigte erbringen. Diese werden zum Teil durch Vorschriften im allgemeinen Teil des Sozialgesetzbuches, dem SGB I, ergänzt. Danach sind alle Träger von Sozialleistungen - also auch die Träger der Leistungen nach SGB II, die Bundesagentur für Arbeit und die zuständigen kommunalen Träger - verpflichtet, darauf hinzuwirken, dass die zur Ausführung von Sozialleistungen erforderlichen sozialen Dienste und Einrichtungen rechtzeitig und ausreichend zur Verfügung stehen, § 17 Abs. 1 Nr. 2 SGB I.

Im SGB II gilt jedoch - wie im Bereich der Sozialhilfe und der Jugendhilfe - das Subsidiaritätsprinzip: Nach § 17 Abs. 1 Satz 1 SGB II sollen die Träger des SGB II eigene Einrichtungen und Dienste nicht selbst schaffen, soweit geeignete Einrichtungen und Dienste Dritter vorhanden sind, ausgebaut oder in Kürze geschaffen werden können. Sie sind also bei der Erfüllung ihrer Gewährleistungspflicht im Regelfall auf die Leistungserbringung durch Dritte verwiesen. Dritte im Sinne des § 17 Abs. 1 Satz 1 SGB II sind alle Träger, die nicht Leistungsträger nach SGB II sind. Es muss sich nicht um frei-gemeinnützige Träger handeln; auch privat-gewerbliche Träger von Einrichtungen und Diensten können Leistungen nach SGB II erbringen.⁸

Soweit § 16 Abs. 1 SGB II für Eingliederungsleistungen auf Leistungen nach SGB III Bezug nimmt und die entsprechenden Vorschriften des SGB III Vorgaben für die Finanzierung enthalten, richtet sich auch das Leistungserbringungsrecht nach den

⁸ Münder in LPK-SGB II, § 17 Rz. 22; zur Frage, ob Dritter auch der kommunale Träger sein kann, wenn er Leistungen nach § 16 Abs. 3 SGB II erbringt, siehe unter B.5.

Vorschriften des SGB III.⁹ Ein Abschluss gesonderter Vereinbarungen nach SGB II ist nicht erforderlich.¹⁰ Für Leistungen, für die im SGB III keine Anforderungen geregelt sind, ist bei Erbringung durch Dritte grundsätzlich der Abschluss von Vereinbarungen nach § 17 Abs. 2 SGB II vorgesehen. Dies gilt ausdrücklich auch für Arbeitsgelegenheiten nach § 16 Abs. 3 SGB II.¹¹

Erst in den Ausschussberatungen¹² wurde zusätzlich § 17 Abs. 1 Satz 2 SGB II ins Gesetz aufgenommen. Danach sollen die zuständigen Träger der Leistungen nach SGB II die Träger der freien Wohlfahrtspflege in ihrer Tätigkeit auf dem Gebiet der Grundsicherung angemessen unterstützen. Die Norm wird allgemein als Rechtsgrundlage für eine Zuwendungsfinanzierung von Trägern der freien Wohlfahrtspflege aufgefasst.

2. Derzeitige Finanzierungspraxis

Für zusätzlichen Arbeitsgelegenheiten nach § 16 Abs. 3 SGB II werden derzeit verschiedene Varianten der Finanzierung praktiziert bzw. diskutiert.

a) Sozialrechtliches Dreieck

Die „Arbeitshilfe zur Umsetzung von Arbeitsgelegenheiten“ der Bundesagentur¹³ orientiert sich im Hinblick auf Vereinbarungen nach § 17 Abs. 2 SGB II am sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis nach dem Vorbild des Sozialhilfe-

⁹ Neumann/Nielandt/Philipp, Erbringung von Sozialleistungen nach Vergaberecht?, S. 35; Münder in LPK-SGB II, § 17 Rz. 25.

¹⁰ Gesetzesbegründung, BT-Drucks15/1516, 55.

¹¹ Antwort der Bundesregierung an den Ausschuss für Wirtschaft und Arbeit im Rahmen der Beratungen zum vierten Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt, BT-Drucks. 15/1749, S. 22: „Die Möglichkeit, Kosten für die Schaffung von Arbeitsgelegenheiten nach § 16 Abs. 3 Satz 1 SGB II-E zu übernehmen, ist nicht speziell in dieser Vorschrift, sondern – gebündelt für verschiedene Fallkonstellationen – in § 17 Abs. 2 SGB II-E geregelt. ...“

¹² Beschlussempfehlung, BT-Drucks. 15/1728, S. 181.

¹³ Erarbeitet unter Beteiligung des BMWA, des BMGS, des BMFSFJ, der kommunalen Spitzenverbände, der Wohlfahrtsverbände, des Deutschen Gewerkschaftsbundes, der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge, des Bundesverbandes privater Anbieter sozialer Dienste und der Bundesarbeitsgemeinschaft Arbeit, Stand 02.09.2005, B 3.2 Vereinbarungsverfahren.

rechts: Die ARGE als Leistungsträger nach SGB II schließt danach eine öffentlich-rechtliche¹⁴ Leistungs-, Vergütungs- und Prüfungsvereinbarung nach § 17 Abs. 2 SGB II mit dem Maßnahmeträger. Der Sozialleistungsträger prüft bei seiner Entscheidung über den Abschluss der Vereinbarung die Leistungsfähigkeit des Trägers sowie die Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der zu vereinbarenden Leistungen, § 17 Abs. 2 Satz 2 SGB II. Ein Vergabeverfahren ist laut Arbeitshilfe nicht erforderlich.¹⁵

Die Leistung wird dem Leistungsberechtigten von der ARGE durch Verwaltungsakt bewilligt; dabei soll der Sozialleistungsträger angemessenen Wünschen des Leistungsberechtigten zu entsprechen¹⁶. Der Maßnahmeträger erhält von der ARGE eine Kostenübernahmeerklärung. Das Rechtsverhältnis zwischen Maßnahmeträger und erwerbsfähigem Hilfebedürftigen wird in der Arbeitshilfe allerdings nicht näher konkretisiert. Es wird lediglich betont, dass es sich nicht um ein Arbeitsverhältnis handele. Die beiderseitigen Rechte und Pflichten aus dieser besonderen Art einer Beschäftigung sollen „schriftlich dokumentiert“ werden.¹⁷

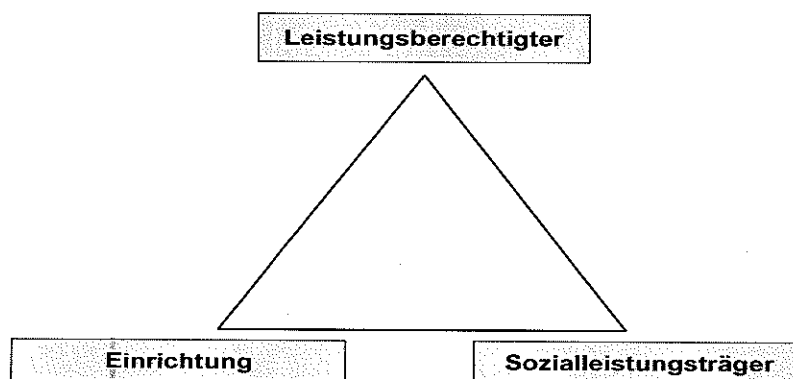


Abbildung 1: Sozialrechtliches Dreiecksverhältnis

¹⁴ Luthe, in: Hauck/Noftz, SGB II, § 17, Rz. 51; Münder, in: LPK-SGB II, § 17 Rz. 18; Rixen, in: Eicher/Spellbrink, SGB II, § 17 Rz. 12; zu den vergleichbaren Regelungen nach § 93 ff BSHG (jetzt § 75 SGB XII) vgl. BGHZ 116, 339, 341 ff; BVerwGE 94, 202, 204.

¹⁵ Bundesagentur, Arbeitshilfe zur Umsetzung von Arbeitsgelegenheiten, Stand 02.09.2005, B 3.2 (2).

¹⁶ Arbeitshilfe zur Umsetzung von Arbeitsgelegenheiten der Bundesagentur, B 3.2 (6)

¹⁷ Arbeitshilfe, B 4.2 (2).

Besonderes Kennzeichen des sozialrechtlichen Dreiecks ist der Verzicht des Leistungsträgers auf die Steuerung der angebotenen Platzzahl. Vielmehr erhält jeder geeignete Bewerber einen Vertrag. Kehrseite ist jedoch das Fehlen jeglicher Auslastungsgarantie. Ob es dem Maßnahmeträger gelingt, seine Plätze auch zu belegen, fällt in sein Risiko.¹⁸

b) Einkaufsmodell

In der Literatur wird auch eine Ausgestaltung von Vereinbarungen nach § 17 Abs. 2 SGB II nach dem so genannten Einkaufsmodell für zulässig gehalten.¹⁹ Danach kauft der Sozialleistungsträger die Leistungen, die er dem Leistungsberechtigten erbringt, beim Leistungserbringer ein. Eine vertragliche Beziehung zwischen Leistungserbringer und Leistungsberechtigtem besteht nicht. Der Leistungserbringer ist lediglich Erfüllungsgehilfe des Sozialleistungsträgers. Da die Leistungsträger des SGB II bzw. die ARGE öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 1 bzw. Nr. 2 GWB sind, sind die Vereinbarungen – ihre Zulässigkeit vorausgesetzt – in wettbewerbsrechtlichen Vergabeverfahren auszusprechen, § 97 Abs. 1 GWB. Solche Vergabeverfahren nach VOL/A werden von der Bundesagentur bzw. den ARGE n regelmäßig bei der Beschaffung von Leistungen nach § 16 Abs. 1 SGB II praktiziert.

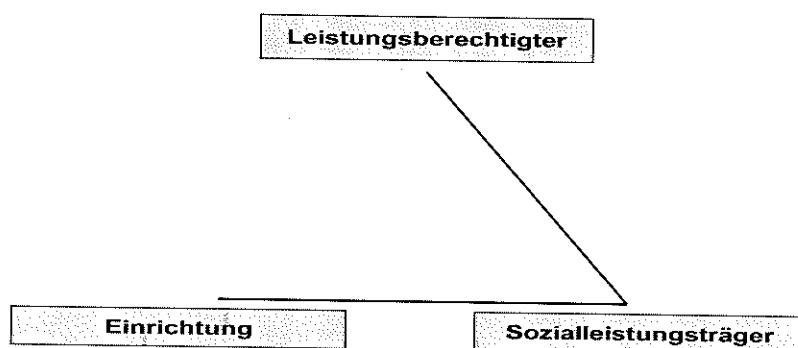


Abbildung 2: Einkaufsmodell/Vergaberecht

¹⁸ S. nur Münder, in: LPK SGB XII, 7. Aufl. 2005, vor § 75 SGB XII Rz. 3 ff.

¹⁹ Z.B. Münder in LPK-SGB II § 17 Rz. 40; Luthe, in: Hauck/Noftz, SGB II, § 17 Rz. 61.

Besonderes Kennzeichen des Einkaufsmodells ist die Steuerung des Bedarfs durch den Leistungsträger über Anzahl und Umfang der ausgeschriebenen Maßnahmeplätze. Wer sich im Vergabeverfahren nicht durchsetzen kann, erhält mangels Bedarfs keine Vereinbarung mit dem Leistungsträger. Umgekehrt darf der Sozialleistungsträger jedoch die Auslastung seiner Vertragspartner nicht in deren Risiko stellen, sondern muss im Wesentlichen die Auslastung von deren Plätzen garantieren.²⁰

c) Zuwendungsfinanzierung

In der Praxis derzeit häufigste Finanzierungsform dürfte die Zuwendungsfinanzierung sein. So favorisiert die bereits genannte Arbeitshilfe der Bundesagentur²¹ ein so genanntes Bewilligungsverfahren, das sich am Vorbild der Bewilligung von Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen nach §§ 260 ff. SGB III orientiert.²² Danach erfolgt die Schaffung von zusätzlichen Arbeitsgelegenheiten mit Mehraufwandsentschädigung nach § 16 Abs. 3 Satz 2 SGB II durch eine von der ARGE gegenüber dem Maßnahmeträger auf Antrag ausgesprochene Bewilligung von Fördermitteln. Diese werden als Fallkostenpauschalen, also in Form eines festen Betrags pro vom Maßnahmeträger durchgeführter Maßnahme, ausgezahlt. Da es sich hierbei um eine Erbringung von Sozialleistungen durch Verwaltungsakt handele, sei ein Vergabeverfahren nicht durchzuführen. Zusätzliche Arbeitsgelegenheiten können nach diesem Modell auf Initiative der ARGE, auf Initiative von Maßnahmeträgern oder auf Initiative von Leistungsberechtigten „eingerichtet“ werden. Die Festlegung der Fallkostenpauschale soll differenziert und einzelfallspezifisch bezogen auf das jeweilige Konzept erfolgen. Eine Angebotssteuerung ist nicht vorgesehen. Auch bei grundsätzlicher Bewilligung der Förderung soll die Fallkostenpauschale nur für besetzte Teilnehmerplätze ausbezahlt werden²³.

²⁰ § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A.

²¹ Arbeitshilfe zur Umsetzung von Arbeitsgelegenheiten, B 3.1 Antrags-/Bewilligungsverfahren

²² In der ersten Fassung der Arbeitshilfe wurde das Vereinbarungsverfahren nach § 17 Abs. 2 SGB II nicht einmal erwähnt.

²³ Arbeitshilfe, B 3.12 (2).

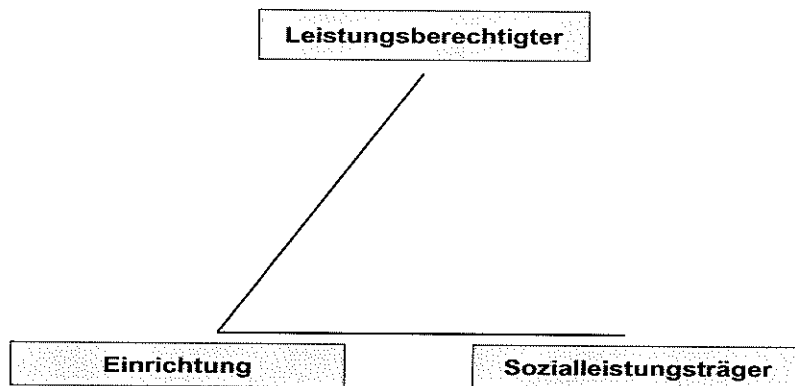


Abbildung 3: Zuwendungsfinanzierung

3. Gang der Untersuchung

Im Folgenden sind diese drei Modelle (Sozialrechtliches Dreieck, Einkaufsmodell, Förderrecht) auf ihre Vereinbarkeit mit den Vorgaben des SGB II zu untersuchen (2. – 4.). Das Kapitel schließt mit der Erörterung, welche Stellung öffentlichen Maßnahmeträgern, insbesondere kommunaler Art, zukommt.

II. Modell 1: Sozialrechtliches Dreiecksverhältnis

Der Wortlaut des § 17 Abs. 2 SGB II legt nahe, dass die Beziehungen zwischen den Beteiligten nach dem sozialrechtlichen Dreieck auszugestaltet sind. Dennoch ist diese Aussage in der Literatur alles andere als unumstritten (1.). Es ist daher für alle drei Seiten des Dreiecks im Einzelnen zu untersuchen, inwieweit Einwände durchgreifen können (2. – 4.).

1. Sozialrechtliches Dreiecksverhältnis bei Beschäftigung in zusätzlichen Arbeitsgelegenheiten nach § 16 Abs. 3 SGB II

Vorbild des § 17 Abs. 2 SGB II war ersichtlich die Regelung des § 93 Abs. 2 BSHG²⁴, die sich nach Eingliederung der Sozialhilfe in das Sozialgesetzbuch inzwischen wortgleich in § 75 Abs. 3 Satz 1 und 2 SGB XII wieder findet. Sieht man von dem Einschub zum Vorrang von Regelungen im SGB III ab (... „und sind im Dritten Buch keine Anforderungen geregelt, denen die Leistung entsprechen muss“ ...), so entspricht der Wortlaut des § 17 Abs. 2 SGB II diesen Vorschriften weitgehend. Lediglich auf die Begriffe „Leistungsvereinbarung“, „Vergütungsvereinbarung“ und „Prüfungsvereinbarung“ wurde verzichtet und die Zusammensetzung der Vergütung aus Pauschalen und Beträgen für einzelne Leistungsbereiche in das Ermessen des Leistungsträgers gestellt. Der Begriff der Einrichtung wurde durch den Begriff des „Dritten“ ersetzt. Statt zur „Übernahme der Vergütung“ sind die Leistungsträger des SGB II bei Abschluss der Vereinbarung „zur Vergütung“ verpflichtet.

§ 17 SGB II entspricht damit in seiner Grundstruktur den §§ 93 ff. BSHG bzw. § 75 ff. SGB XII – auch wenn seine Regelungsdichte deutlich geringer ist.²⁵ Aufgrund dieser Vorbildfunktion der §§ 93 BSHG, 75 SGB XII für § 17 Abs. 2 SGB II liegt es nahe, im SGB II wie im Sozialhilferecht von der Leistungserbringung im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis auszugehen. Dies wird auch meist zumindest als eine mögliche Variante der Ausgestaltung von Vereinbarungen nach § 17 Abs. 2 SGB II angesehen.²⁶

Die Entstehung des sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses wird jedoch auch in Frage gestellt. Die Begründungen beziehen sich teilweise allgemein auf alle Leistungen zur Eingliederung in Arbeit nach SGB II, teilweise lediglich auf die Beschäftigung in zusätzlichen Arbeitsgelegenheiten mit Mehraufwandsentschädigung nach § 16 Abs. 3 SGB II.

Luthe sieht zwar die Ähnlichkeit zwischen § 17 Abs. 2 SGB II und § 75 SGB XII. Dennoch meint er, das Finanzierungsmodell des Dreiecksverhältnisses sei für die

²⁴ In der Fassung des Gesetzes zur Reform des Sozialhilferechts vom 23.07.1996, BGBl. I, S. 1088; in Kraft getreten am 1.1.1999.

²⁵ Schoenfeld, in: Grube/Wahrendorf, SGB XII, § 75 SGB XII Rz. 6 und § 17 SGB II Rz. 1.

²⁶ Neumann/Nielandt/Philipp, Erbringung von Sozialleistungen nach Vergaberecht?, 34; Münder, in LPK-SGB II, § 17 Rz. 39 ff; Rixen, in Eicher/Spellbrink, SGB II, § 17 Rz. 12.

Vergütungsfinanzierung des § 17 Abs. 2 SGB II insgesamt „nur von geringer Aussagekraft“.²⁷ Von einem Vertragsschluss zwischen Leistungsberechtigtem und Maßnahmeträger könne man regelmäßig nicht ausgehen. Denn die wesentlichen Inhalte der Leistungserbringung würden bereits zwischen Sozialleistungsträger und Maßnahmeträger in der Vereinbarung nach § 17 Abs. 2 SGB II oder zwischen Sozialleistungsträger und Leistungsberechtigtem im Rahmen der Eingliederungsvereinbarung nach § 15 Abs. 1 SGB II geregelt. Anders als im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis falle der Leistungsberechtigte ohne Leistungsanspruch und Wahlrecht bei der Steuerung des Hilfeangebots als Impulsgeber auf der Nachfrageseite weitestgehend aus.²⁸

Rixen, geht zwar allgemein bei Finanzierung nach § 17 Abs. 2 SGB II von der Entstehung eines sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses aus,²⁹ verneint dies jedoch speziell bei der Beschäftigung in zusätzlichen Arbeitsgelegenheiten mit Mehraufwandsentschädigung nach § 16 Abs. 3 SGB II. Vertragliche Beziehungen zwischen Maßnahmeträger und erwerbsfähigem Hilfebedürftigen bestünden hier nicht. Die externen Maßnahmeträger handelten als Verwaltungshelfer innerhalb des Sozialrechtsverhältnisses zwischen erwerbsfähigem Hilfebedürftigen und Leistungsträger nach SGB II.³⁰ In diese Richtung scheint auch die Begründung der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit zu deuten, in der – ohne allerdings speziell auf die Leistungserbringung durch externe Maßnahmeträger abzustellen – von Arbeitsgelegenheiten „in einem Sozialrechtsverhältnis“ die Rede ist.³¹

Der Stichhaltigkeit dieser Einwände wird im Folgenden für alle drei Ebenen des sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses nachgegangen.

2. Die Rechtsbeziehungen zwischen Leistungsträger und Leistungsberechtigtem

Die meisten der genannten Einwände gegen die Entstehung eines sozialrechtlichen Dreiecks scheinen darauf zu beruhen, dass zusätzliche Arbeitsgelegenheiten bereits gar nicht als Sozialleistungen wahrgenommen werden. Sie werden – in der Termini-

²⁷ Luthe, in Hauck/Noftz, § 17 Rz 5.

²⁸ Luthe, in Hauck/Noftz, § 17 Rz 48.

²⁹ Oben Fn. 26.

³⁰ Rixen/Pananis, NJW, 2005, 2177, 2179.

³¹ BT-Drucks. 15/1749, S. 32; ebenso Niewald, in LPK-SGB II, § 16 Rz. 25; Voelzke, in Hauck/Noftz, § 17 Rz. 72.

nologie des Gesetzgebers - nicht als Ausdruck des „Förderns“, sondern ausschließlich als Ausdruck des „Forderns“ begriffen. Auf der Basis des „workfare-Ansatzes“ werden sie sogar als eine Art Gegenleistung für den Bezug des Arbeitslosengelds II angesehen. Diese Vorstellungen gehen fehl.

a) Arbeitsdienst oder Sozialleistung?

Auch wenn das SGB II mit dem „Grundsatz des Forderns“ nach § 2 SGB II Elemente des „workfare“ aufgenommen hat,³² und der Aspekt der Überprüfung der Arbeitswilligkeit bei der Ausgestaltung des § 16 Abs. 3 Satz 2 SGB II sicher eine Rolle gespielt hat, so bedeutet dies jedoch nicht, dass zusätzliche Arbeitsgelegenheiten mit Mehraufwandsentschädigung als eine Art Arbeitsdienst aufgefasst werden müssen. Von Leistungsempfängern werden Aktivitäten zur Überwindung der Hilfebedürftigkeit gefordert, nicht die Erbringung von (Zwangs-)Arbeitsleistung. Die Verpflichtung zur Aufnahme einer angebotenen zusätzlichen Arbeitsgelegenheit nach § 2 Abs. 1 Satz 3 SGB II konkretisiert insofern lediglich die bereits in § 2 Abs. 1 Satz 2 SGB II enthaltene allgemeine Verpflichtung des erwerbsfähigen Hilfebedürftigen, aktiv an allen Eingliederungsmaßnahmen mitzuwirken. Schon im BSHG waren Arbeitsgelegenheiten gegen Mehraufwandsentschädigung nach dem BVerwG der Hilfe zur Arbeit zugeordnet.³³ Dies ist auf zusätzliche Arbeitsgelegenheiten nach § 16 Abs. 3 SGB II übertragbar,³⁴ denn auch diese sind „Leistungen zur Eingliederung“ und damit Sozialleistungen im Sinne des § 11 SGB I. Dies ergibt sich nicht nur aus der Überschrift des § 16 SGB II, sondern auch aus dem systematischen Standort im Abschnitt 1 des 3. Kapitels des SGB II, der mit „Leistungen zur Eingliederung in Arbeit“ überschrieben ist. Die Arbeitsgelegenheit muss daher vom Ziel der Eingliederung geprägt sein und qualifizierende und unterstützende Elemente aufweisen.³⁵ Zweck der Vorschrift ist nicht die Förderung öffentlicher Interessen durch Einsatz erwerbsfähiger Hilfebedürftiger, sondern die Förderung der Eingliederungschancen von erwerbsfähigen Hilfebedürftigen auf dem ersten Arbeitsmarkt.

³² Vgl. hierzu Berlitz in LPK-SGB II, § 2 Rz. 3 m.w.N.

³³ BVerwGE 67, 1; 68, 97; BVerwG, NDV 1993, 161.

³⁴ Bieback, NZS 2005, 337, 341

³⁵ Bieback, a.a.O.

b) Die Rechtsstellung des erwerbsfähigen Hilfebedürftigen

Auch ein genauerer Blick auf die Ausgestaltung der Rechtsstellung des Leistungsberechtigten im SGB II deutet in die Richtung des sozialrechtlichen Dreiecks. Leistungsberechtigt ist der erwerbsfähige Hilfebedürftige, nicht etwa der Maßnahmeträger. Auch darüber hinaus weisen die einzelnen Vorschriften des SGB II dem Hilfebedürftigen durchaus eigene Rechte zu. Damit besteht aber bestenfalls ein gradueller Unterschied zu den Sozialgesetzbüchern, für die die Rechtsbeziehungen des sozialrechtlichen Dreiecks allgemein anerkannt sind.

Dies gilt zunächst für Leistungen an Hilfebedürftige im Alter ab 25 Jahren. Leistungen zur Eingliederung nach § 16 SGB I an diesen Personenkreis liegen grundsätzlich im Ermessen des zuständigen Trägers nach SGB II. Dies soll – trotz der Fassung des § 16 Abs. 3 Satz 1 SGB II als Soll-Vorschrift – nach allgemeiner Auffassung auch für Arbeitsgelegenheiten nach § 16 Abs. 3 SGB II gelten.³⁶ Der Leistungsberechtigte hat gegenüber der Bundesagentur für Arbeit bzw. der ARGE deshalb zwar keinen Anspruch auf Beschäftigung in einer zusätzlichen Arbeitsgelegenheit, jedoch Anspruch auf fehlerfreie Ausübung des Ermessens nach § 39 Abs. 1 SGB I.³⁷ Die Bundesagentur und die ARGE haben bei ihrer Entscheidung das ihnen vom Gesetzgeber eingeräumte Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung, also entsprechend den Zielsetzungen der §§ 1 ff. SGB II auszuüben. Insbesondere die Programmsätze der §§ 1 bis 3 SGB II vermitteln den Leistungsberechtigten zwar keine Rechtsansprüche, sie binden jedoch die Grundsicherungsträger bei ihrer Ermessensausübung.³⁸ Nach § 1 SGB II sind Ziele der Leistungen der Grundsicherung insbesondere die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 SGB II) und der Erhalt, die Verbesserung oder Wiederherstellung der Erwerbsfähigkeit des Hilfebedürftigen (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 SGB II). Außerdem soll geschlechtsspezifischen Nachteilen entgegen gewirkt, sollen familienspezifische Lebensverhältnisse berücksichtigt und behindertenspezifische Nachteile überwunden werden (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 SGB II). Bei den Leistungen zur Eingliederung in Arbeit sind die Eignung, die individuelle Lebenssituation, die voraussichtliche Dauer der Hil-

³⁶ Voelzke, in Hauck/Noftz, § 16 Rz. 56; Eicher, in: Eicher/Spellbrink, SGB II, § 16 Rz. 205; Schellhorn, BSHG, 16. Aufl., § 19 Rz. 3 (zur Vorläufervorschrift § 19 BSHG).

³⁷ Eicher, in LPK-SGB II, § 16 R. 205; Voelzke, in Hauck/Noftz, SGB II, § 16 Rz. 56.

³⁸ Spellbrink, in LPK-SGB II, § 1 Rz. 12.

febedürftigkeit und die Dauerhaftigkeit der Eingliederung zu berücksichtigen, § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 SGB II.

Bei der Entscheidung über die individuelle Leistungsbewilligung ist also nicht in erster Linie auf das öffentliche Interesse an der Verrichtung bestimmter Arbeiten abzustellen, sondern auf die Eingliederungschancen und die anderen Ziele, die das SGB II mit Eingliederungsleistungen verfolgt. Die Tatbestandsmerkmale des öffentlichen Interesse und der Zusätzlichkeit sind keine Kriterien zur Bewilligung der Leistung im Einzelfall; sie dienen vielmehr der Abgrenzung der zusätzlichen Arbeitsgelegenheiten vom allgemeinen Arbeitsmarkt.

Eine noch stärkere Rechtsposition haben hilfebedürftige Erwerbsfähige unter 25 Jahren. Sie sind gemäß § 3 Abs. 2 SGB II „unverzüglich nach Antragstellung auf Leistungen nach SGB II in eine Arbeit, eine Ausbildung oder eine Arbeitsgelegenheit zu vermitteln.“ Ob sich aus § 3 Abs. 2 SGB II ein subjektiver Rechtsanspruch junger Menschen ergibt, ist umstritten. Münder begründet das Bestehen eines Rechtsanspruchs mit § 2 Abs. 2 SGB I, wonach durch Auslegung sicherzustellen ist, dass die sozialen Rechte möglichst weitgehend verwirklicht werden.³⁹ Hierfür spreche auch, dass für diesen Personenkreis erhöhte Sanktionsmöglichkeiten vorgesehen seien. Die Intention des Gesetzgebers gebiete, dem erhöhten Fördern auch ein erhöhtes Fördern gegenüber zu stellen. Spellbrink dagegen verneint einen subjektiven Rechtsanspruch. Die Vorschrift wolle kein Recht auf Arbeit garantieren. Schon sprachlich ziele sie lediglich auf die Tätigkeit des Vermittelns.⁴⁰

Richtiger Weise wird zwischen Arbeit und Ausbildung in regulären Arbeits- oder Ausbildungsverhältnissen einerseits und Beschäftigung in zusätzlichen Arbeitsgelegenheiten gegen Mehraufwandsentschädigung andererseits zu differenzieren sein. Während die Leistungen des SGB II im Hinblick auf reguläre Arbeits- und Ausbildungsverhältnisse tatsächlich regelmäßig auf die Vermittlung beschränkt sind,⁴¹ ist die Beschäftigung in zusätzlichen Arbeitsgelegenheiten

³⁹ Münder, LPK-SGB II, § 3 Rz. 13

⁴⁰ Spellbrink, in Eicher/Spellbrink, SGB II, § 3 Rz. 11.

⁴¹ Die Vermittlung ist eine Leistung nach § 16 Abs. 1 SGB II. Die Förderung der Berufsausbildung nach dem fünften Abschnitt des vierten Kapitels SGB III (§§ 59 ff. SGB III) dagegen ist vom Leistungskatalog des § 16 Abs. 1 SGB II nicht umfasst und verblieb deshalb in ausschließlicher Zuständigkeit der Bundesagentur nach SGB III.

ten eine Eingliederungsleistung nach SGB II, deren Verfügbarkeit im Einflussbereich der Bundesagentur bzw. der ARGE n steht.⁴² Bei jungen erwerbsfähigen Hilfebedürftigen unter 25 Jahren muss deshalb dann, wenn eine Vermittlung in eine geeignete Arbeit oder eine geeignete Ausbildung nicht möglich ist, jedenfalls von einem Rechtsanspruch auf Beschäftigung in einer zusätzlichen Arbeitsgelegenheit mit Mehraufwandsentschädigung nach § 3 Abs. 2 i.V.m. § 16 Abs. 3 SGB II ausgegangen werden.⁴³

c) Wunsch- und Wahlrecht

Ein wesentliches Element des sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses ist das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten; durch ihre Möglichkeit, im Rahmen des Mehrkostenvorbehalts zwischen verschiedenen Maßnahmeträgern zu wählen, werden die Leistungsberechtigten zu den eigentlichen Nachfragern. Luthe und Rixen behaupten, das SGB II kenne kein oder jedenfalls nur ein sehr eingeschränktes Wahlrecht der Leistungsberechtigten.⁴⁴ Dieser Umstand soll gegen die Anwendbarkeit des Dreiecks sprechen.

Auch bei Ausführung der Grundsicherung für Arbeitsuchende sind jedoch neben den Vorschriften des SGB II die Regelungen des allgemeinen Teils des Sozialgesetzbuches, des SGB I anzuwenden. Danach hat die Bundesagentur bzw. die ARGE Wünsche des Sozialleistungsberechtigten zu berücksichtigen, § 33 Satz 2 SGB I. § 33 SGB I gilt auch im Bereich des SGB II.⁴⁵ Die Vorschrift wird durch das Ermessen des Sozialleistungsträgers nicht verdrängt. Voraussetzung für die Anwendung des § 33 SGB I ist im Gegenteil nach ihrem Wortlaut gerade, dass der „Inhalt von Rechten und Pflichten nach Art oder Umfang nicht im einzelnen bestimmt“ ist. Gerade wenn also die Leistungen im Ermessen des

⁴² Ähnlich Luthe, in Hauck/Noftz, SGB II, § 3 Rz. 64.

⁴³ Auch *Spellbrink* nimmt im Bereich der zusätzlichen Arbeitsgelegenheiten einen Rechtsanspruch aus § 3 Abs. 2 i.V.m. § 16 Abs. 3 SGB II im Sinne eines privilegierten Zugangsrechts für junge Menschen zu vorhandenen Arbeitsgelegenheiten an. Der öffentliche Träger sei jedoch nicht zur Schaffung von Arbeitsgelegenheiten verpflichtet, vgl. *Spellbrink*, in: *Eicher/Spellbrink*, SGB II, § 3 Rz. 12. *Luthe* kommt zu einer vergleichbaren, aber lediglich objektiv-rechtlichen Verpflichtung des Leistungsträgers nach SGB II, in: *Hauck/Noftz*, SGB II, § 3 Rz. 67.

⁴⁴ *Luthe*, in: *Hauck/Noftz*, § 17 Rz 48; *Rixen*, *Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit*, 3/2005, 106, 121.

⁴⁵ Vgl. *Neumann/Nielandt/Philipp* (Fn. 1), 33; *Luthe*, in *Hauck/Noftz Sozialgesetzbuch 2*, § 17 Rz. 21.

Sozialleistungsträgers stehen, „soll den Wünschen des Berechtigten oder Verpflichteten“ nach § 33 Satz 2 SGB I entsprochen werden, „soweit sie angemessen sind“. Nichts spricht dafür, dass die Anwendung des § 33 SGB I im Bereich der Grundsicherung für Arbeitsuchende ausgeschlossen sein sollte: Ziel der Grundsicherung ist vielmehr unter anderem, die Eigenverantwortung der Hilfebedürftigen zu stärken (§ 1 Abs. 1 Satz 1 SGB II). Das Wunsch- und Wahlrecht verkörpert insofern das Leitbild des aktivierenden Staates, der den mündigen Bürger in die Gestaltung des Hilfeangebots einbezieht.⁴⁶ Mit der Eingliederungsvereinbarung nach § 15 SGB II hat dieser Gedanke auch Eingang in das SGB II gefunden. Welchen Sinn hätte eine solche Vereinbarung, wenn den Wünschen des Leistungsberechtigten dabei keine Bedeutung zukäme?⁴⁷

Das Wunsch- und Wahlrecht des § 33 SGB I ist als Soll-Bestimmung auch nicht weniger stark ausgeprägt als beispielsweise in § 9 Abs. 2 SGB XII.⁴⁸ Anders als in der Sozialhilfe, in der grundsätzlich ein Rechtsanspruch auf Leistungen besteht (§ 17 SGB XII), bezieht sich zwar das Ermessen des Trägers der Grundsicherung für Arbeitsuchende nicht nur auf die Ausgestaltung der Leistungserbringung, sondern auch auf die Leistungsgewährung selbst. Das Wunsch- und Wahlrecht ist jedoch auf beiden Ebenen zu beachten. Ist die grundsätzliche Entscheidung über die Gewährung einer Leistung gefallen, so ist kein Grund ersichtlich, warum der Hilfebedürftige kein Wahlrecht unter den einschlägigen Anbietern haben sollte. Auch nach § 33 SGB I soll lediglich angemessenen Wünschen entsprochen werden; auch hier kann deshalb der Grundsicherungsträger einen Mehrkostenvorbehalt geltend machen.

⁴⁶ Kingreen, SGB 2004, 659, 666.

⁴⁷ Der begrüßenswerte Ansatz der Eingliederungsvereinbarung wird leider konterkariert, indem bereits die Nichtunterzeichnung der Eingliederungsvereinbarung nach § 31 Abs. 1 Nr. 1 a SGB II sanktionsbewehrt ist. Die Sanktion ist unnötig, da der Inhalt der Leistungsvereinbarung bei Nichtunterzeichnung durch Verwaltungsakt geregelt werden kann. Sie entwertet die Eingliederungsvereinbarung als Mittel zur Aktivierung des erwerbsfähigen Hilfebedürftigen. In der Literatur wird darüber hinaus teilweise sogar angenommen, dass die Sanktionierung der Nichtunterzeichnung verfassungswidrig sei, vgl. Berlitz in LPK-SGB II, § 31 Rz 14.

⁴⁸ So aber Rixen, Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit, 3/2005, S. 106, 121; ähnlich Münder, in LPK-SGB II, § 17 Rz. 39.

- d) Bewilligung der Leistung durch Verwaltungsakt oder öffentlich-rechtlichen Vertrag

Das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis ist eine einzelfallbezogene Art der Finanzierung sozialer Leistungen. Erbracht wird in der Regel eine dem Leistungsempfänger im Einzelfall vom Leistungsträger bewilligte Leistung. Das Fehlen einer Bewilligung im Einzelfall könnte insofern die Vergleichbarkeit der Rechtsverhältnisse bei Erbringung von Leistungen nach SGB II mit dem sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis z.B. der Sozialhilfe einschränken.

Das BVerwG ging für das Sozialhilferecht davon aus, dass die „Heranziehung“ zu gemeinnütziger und zusätzlicher Arbeit in Form eines Verwaltungsaktes erfolge.⁴⁹ Diese Auffassung wurde in der Literatur auch ganz überwiegend auf das Angebot zusätzlicher Arbeitsgelegenheiten nach § 16 Abs. 3 SGB II übertragen.⁵⁰ Auf dieser Basis liegt unproblematisch eine Bewilligung im Einzelfall vor.

Das BSG allerdings hat in einer aktuellen Entscheidung zum SGB III einem Maßnahmeangebot der Bundesagentur (Trainingsmaßnahme nach §§ 48 ff. SGB III) den Verwaltungsaktcharakter abgesprochen. Dies obwohl die Ablehnung dieses Angebots wie die Ablehnung einer zusätzlichen Arbeitsgelegenheit nach SGB II Sanktionen zur Folge haben konnte.⁵¹ Das „Angebot“ stelle bereits nach dem Wortlaut noch nicht die eigentliche Regelung in Gestalt eines Verwaltungsaktes dar. Vielmehr handele es sich um eine behördliche Verfahrenshandlung, die der Vorbereitung der eigentlichen Sachentscheidung diene. In der Folge wurde auch für das SGB II in Frage gestellt, ob die Zuweisung in eine Arbeitsgelegenheit in Form eines Verwaltungsaktes erfolge bzw. erfolgen müsse.⁵²

Ob ein Maßnahmeangebot im Hinblick auf den Regelungscharakter allerdings tatsächlich einem bloßen Vermittlungsangebot gleichzustellen ist, erscheint

⁴⁹ Vgl. z.B. BVerwGE 67, 1; 68, 97 und Urteil vom 04.06.1992, FEVS 43,89.

⁵⁰ Vgl. z.B. Bieback, NZS 2005, 337, 342; Niewald, in: LPK-SGB II, § 16 Rz. 5; Voelzke, in Hauck/Noftz, SGB II, § 16 Rz. 75; Valgolio, in Hauck/Noftz, SGB II, § 31 Rz. 32;

⁵¹ BSG 19.01.2005, Az. B 11a/11 AL 39/04 R; ähnlich hatte das BSG schon zuvor zu Arbeitsangeboten im Sinne des § 144 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB III entschieden, 21.10.2003 B 7 AL 82/03 B.

⁵² Offengelassen in LSG Hamburg 2.6.2005, Az.: L 5 B 161/05 ER AS.

zumindest fraglich. Denn während sich die Leistung der Bundesagentur/ARGE bei der Vermittlung in Arbeit in der Vermittlung eines zumutbaren Arbeitsplatzes erschöpft, hat der Leistungsträger bei der Auswahl von Maßnahmen sein Ermessen entsprechend den Zielen des Gesetzes auszuüben und verhältnismäßige Wünsche des Betroffenen zu berücksichtigen. Das Angebot einer konkret bestimmten Arbeitsgelegenheit⁵³ hat insofern Eingriffscharakter, als an die Weigerung, die zugewiesene zusätzliche Beschäftigung aufzunehmen, in § 31 Abs. 1 Nr. 1 d) SGB II gesetzlich zwingende Sanktionen geknüpft sind.

Im Kontext der tatsächlichen Beschäftigung in einer zusätzlichen Arbeitsgelegenheit kann jedoch die Frage, ob bereits das ggf. sanktionsauslösende Angebot einer zusätzlichen Arbeitsgelegenheit Verwaltungsaktcharakter hat, letztlich offen bleiben. Denn jedenfalls die dem Angebot folgende tatsächliche Sachentscheidung hat den Charakter der Regelung eines Einzelfalls, denn mit ihr wird über die Gewährung einer Sozialleistung an einen Leistungsberechtigten entschieden.⁵⁴ Erfolgt diese Regelung einseitig durch die Behörde, so handelt es sich nach § 31 SGB X um einen Verwaltungsakt.

Da Leistungen nach § 16 Abs. 3 Satz 2 SGB II Ermessensleistungen sind, kommt nach § 53 Abs. 3 SGB X alternativ auch der Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages nach §§ 53 f. SGB X in Betracht.⁵⁵ Überwiegend wird die Eingliederungsvereinbarung als solcher öffentlich-rechtlicher Vertrag angesehen.⁵⁶ Ob die Bewilligung einer konkreten Maßnahme bereits im Rahmen der Eingliederungsvereinbarung erfolgt, ist eine Frage der Ausgestaltung der Eingliederungsvereinbarung im Einzelfall. Je nach Grad der Konkretisierung können die getroffenen Abreden auch nur den Charakter einer vertraglichen Zusage (§ 34 SGB X) haben, eine entsprechende Leistung später durch Verwaltungsakt zu bewilligen.⁵⁷

⁵³ Zu den Anforderungen an die Bestimmtheit des Angebots vgl. LSG Hamburg 11.07.2005, Az.: L 5 B 161/05 ER AS.

⁵⁴ So auch BSG 19.01.2005, Az. B 11a/11 AL 39/04 R.

⁵⁵ Vgl. hierzu Engelmann in von Wulffen, SGB X, 5. Aufl. § 53 Rz. 16.

⁵⁶ Rixen, in: Eicher/Spelbrink, § 15 Rz 2 f; Berlitz, in: LPK-SGB II, § 15 Rz. 8; Müller, in: Hauck/Noftz, SGB II, § 15 Rz. 11.

⁵⁷ Berlitz, in: LPK-SGB II, § 15 Rz. 12.

In jedem Falle aber trifft die Sozialverwaltung – wie für das sozialrechtliche Dreieck kennzeichnend – eine Einzelfallentscheidung.

3. Die Rechtsbeziehungen zwischen Leistungsträger und Maßnahmeträger

Da der Leistungsträger die Sozialleistung der Beschäftigung in zusätzlichen Arbeitsgelegenheiten nach § 17 Abs. 1 Satz 1 SGB II vorrangig durch Dritte erbringen lassen soll, ist er hierfür auf die Kooperation mit frei-gemeinnützigen oder privat-gewerblichen Maßnahmeträgern angewiesen. Wenn freie Träger dabei nur als Verwaltungshelfer des öffentlichen Trägers in das Sozialrechtsverhältnis zwischen öffentlichem Träger und Leistungsberechtigtem einbezogen würden,⁵⁸ so bliebe es dennoch letztlich bei diesem – zweiseitigen – Sozialrechtsverhältnis; es entstünde kein sozialrechtliches Dreiecksverhältnis. Freie Träger sind jedoch keine Verwaltungshelfer, sondern selbständige Träger eigener Aufgaben, wie die folgenden Überlegungen zeigen. Auch die Rechtsbeziehungen zwischen Leistungsträgern und Maßnahmeträgern erfüllen daher die Anforderungen des Dreiecks.

a) Sozialrechtliche Regelungen zum Status freier Träger

Die allgemeine Regelung zum Status freier Träger im Verhältnis zu öffentlichen Sozialleistungsträgern findet sich in § 17 Abs. 3 SGB I. Danach wirken die Leistungsträger im Zusammenwirken mit gemeinnützigen und freien Einrichtungen und Organisationen daraufhin, dass sich ihre und deren Tätigkeit zum Wohl der Leistungsempfänger wirksam ergänzen. Dabei haben die Sozialleistungsträger die Selbständigkeit freier Träger in Zielsetzung und Durchführung ihrer Aufgaben zu achten. § 17 Abs. 1 Satz 1 SGB II geht mit der Einführung eines Vorrangs Dritter bei der Erbringung von Leistungen zur Eingliederung einerseits über diese Verpflichtung zum Zusammenwirken hinaus; andererseits wird dieser Vorrang auch auf gewerbliche Träger erstreckt, denen grundsätzlich keine Selbständigkeit in Zielsetzung und Durchführung ihrer Aufgaben nach § 17 Abs. 3 SGB I zukommt.

Schon einfach-gesetzlich können Maßnahmeträger daher kaum als bloße Verwaltungshelfer angesehen werden.

⁵⁸ Rixen/Pananis, NJW, 2005, 2177, 2179.

b) Staatskirchenrechtliche Grundlagen

Der besondere Status freier Träger begründet sich zudem verfassungsrechtlich aus dem Staatskirchenrecht und ist deshalb auch im SGB II zu beachten. Kirchliche Einrichtungen und Dienste im Sozial- und Gesundheitswesen nehmen nach kirchlichem Selbstverständnis ein Stück Auftrag der Kirche wahr. Tätige Nächstenliebe ist wie Gottesdienst und Verkündigung Grundauftrag der Kirche. Kirchliche Einrichtungen und Dienste erfüllen danach eigene, kirchliche Aufgaben und sind nicht bloße Erfüllungsgehilfen der öffentlichen Sozialleistungsträger. Aufgrund ihres kirchlichen Auftrags unterfällt auch kirchliche Diakonie und Caritas dem verfassungsrechtlich verankerten kirchlichen Selbstbestimmungsrecht nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV. Das Bundesverfassungsgericht erstreckt diese Freiheit des selbständigen Ordens und Verwaltens über die verfasste Kirche hinaus auch auf alle der Kirche in bestimmter Weise zugeordneten Einrichtungen ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform.⁵⁹

Eingriffe in das kirchliche Selbstbestimmungsrecht sind möglich, aber grundsätzlich rechtfertigungsbedürftig. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist der Gesetzgeber auch dann, wenn er auf Gebieten gemeinsamer Wahrnehmung von öffentlichen Aufgaben durch Staat und Kirche den unantastbaren Kernbereich kirchlicher Selbstverwaltung nicht berührt, gehalten, Sinn und Geist der grundgesetzlichen Wertordnung zu beachten.⁶⁰ Dazu ist eine Güterabwägung zwischen Schranken Zweck und Kirchenfreiheit erforderlich. Eine Schrankenregelung ist nur im Randbereich des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts zulässig und auch dort nur insoweit, als sie zur Erfüllung der öffentlichen Aufgabe unumgänglich ist, das heißt, dass ohne sie das angestrebte Ziel nicht erreichbar wäre. Kirchlichen Einrichtungen müssen Wege offen gehalten werden, auf denen sie etwa erforderliche Strukturverbesserungen und Erneuerungen der Organisation unter Berücksichtigung der besonderen kirchlichen Aspekte in der vom kirchlichen Selbstverständnis gebotenen Form verwirklichen können.⁶¹

⁵⁹ BVerfGE 46, 73; vgl. hierzu auch Volker Neumann, Freiheitsgefährdung im kooperativen Sozialstaat, 1992, S. 16 ff.; Falterbaum, Caritas und Diakonie, Struktur und Rechtsfragen, 2000, S. 17 ff.

⁶⁰ BVerfGE 53, 366.

⁶¹ BVerfG a.a.O.

Dieser besonderen verfassungsrechtlichen Stellung der kirchlichen Träger hat der Gesetzgeber in der einfachgesetzlichen Regelung des § 17 Abs. 3 SGB I Rechnung getragen. Auf sie nimmt auch § 17 Abs. 1 Satz 2 SGB II Bezug. Diese gilt nun nicht nur für kirchliche, sondern für alle freien Träger, die somit ebenfalls geschützt werden. Auch § 17 Abs. 1 und 2 SGB II ist unter Beachtung der besonderen verfassungsrechtlichen Stellung kirchlicher Träger auszulegen.

c) Kooperation über Vereinbarungen nach § 17 Abs. 2 SGB II

Gerade das Vereinbarungsrecht des § 17 Abs. 2 SGB II dient dazu, freie Träger als Träger eigener Aufgaben in die Ausgestaltung der Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende einzubeziehen. Durch die „weiche“ vertragliche Regelung der Beziehungen zwischen Grundsicherungsträgern und freien Trägern vermeidet der Gesetzgeber Eingriffe in das kirchliche Selbstverwaltungsrecht durch einseitige gesetzliche oder behördliche Regelungen. Auch bei Förderung nach § 17 Abs. 1 Satz 2 SGB II oder Abschluss von Vereinbarungen nach § 17 Abs. 2 SGB II behalten freie Träger also ihren Status als Träger eigener Aufgaben und können nicht als Verwaltungshelfer oder Erfüllungsgehilfen des öffentlichen Trägers qualifiziert werden.⁶²

4. Die Rechtsbeziehungen zwischen Maßnahmeträger und Leistungsberechtigtem

Typisch für das sozialrechtliche Dreieck sind zuletzt privatrechtliche Vereinbarungen zwischen Maßnahmeträgern und Leistungsempfängern. Da freie Träger – wie gesehen – keine Erfüllungsgehilfen des Leistungsträgers nach SGB II sind, können Rechte und Pflichten zwischen Maßnahmeträger und Teilnehmer (nur) durch privatrechtlichen Vertrag begründet werden. Umgekehrt könnte es gegen die Anwendbarkeit des Dreiecks sprechen, wenn zwischen Maßnahmeträgern und Leistungsempfängern öffentlich-rechtliche Beschäftigungsverhältnisse zustande kämen. Dies ist indes, wie nun zu zeigen sein wird, nicht der Fall.

a) Kein öffentlich-rechtliches Beschäftigungsverhältnis

Eine Auffassung in der Literatur meint unter Berufung auf ältere Entscheidungen des BVerwG, die „Heranziehung“ zu zusätzlichen Arbeiten begründe ein

⁶² Vgl. Neumann, Freiheitsgefährdung im kooperativen Sozialstaat, S. 54 (zu § 17 Abs. 3 SGB I).

öffentlich-rechtliches Beschäftigungsverhältnis. Dies sei für zusätzliche Arbeitsmöglichkeiten nach § 16 Abs. 3 SGB II zu übernehmen.⁶³ Mit dem Abschluss von Vereinbarungen nach § 17 Abs. 2 SGB II über die Erbringung von Eingliederungsleistungen und bei der Erbringung dieser Leistungen treten freigemeinnützige - und auch gewerbliche - Maßnahmeträger jedoch nicht in ein Subordinationsverhältnis zum Leistungsträger nach SGB II. Der Abschluss von Vereinbarungen verdeutlicht vielmehr, dass die Vereinbarungspartner in einem Gleichordnungsverhältnis zueinander stehen. Mangels rechtlicher Befugnis zum Erlass von Verwaltungsakten im Verhältnis zum Maßnahmeträger kann – unabhängig von der noch zu klärenden Frage der privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Qualifizierung – ein Beschäftigungsverhältnis zwischen dem externen Maßnahmeträger und dem Leistungsberechtigten deshalb jedenfalls nicht durch Verwaltungsakt des Leistungsträgers begründet werden.⁶⁴

Der freie Maßnahmeträger ist andererseits weder Verwaltungshelfer des öffentlichen Trägers, der in das Sozialrechtsverhältnis zwischen öffentlichem Träger und Leistungsberechtigtem einbezogen werden könnte, noch Beliehener, der ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis zwischen sich und dem Maßnahmeteilnehmer begründen könnte. Grundlage der Leistungsbeziehungen zwischen Maßnahmeträger und Maßnahmeteilnehmer kann daher nur ein privatrechtlicher Vertrag sein, wie er auch in anderen Sozialbereichen üblich ist, in denen freie Träger in die Leistungserbringung einbezogen werden.

Dass die Inhalte dieses zivilrechtlichen Vertrages in weitem Umfang durch die Vereinbarungen zwischen dem Leistungsträger und dem Maßnahmeträger vorgeprägt werden, spricht ebenso wenig hiergegen wie die Tatsache, dass mangels Zahlungsfähigkeit des Maßnahmeteilnehmers regelmäßig lediglich die vom Leistungsträger bewilligten Leistungen vereinbart werden können. Dies ist in anderen Sozialleistungsbereichen wie der stationären Behindertenhilfe oder Pflege nicht anders; dennoch ist dort der Abschluss eines Heimvertrages sogar im HeimG vorgeschrieben.

⁶³ Voelzke, in: Hauck/Noftz, § 16 Rz. 75; Niewald, LPK-SGB II, § 16 Rz. 25.

⁶⁴ Ebenso: Eicher, in Eicher/Spellbrink, SGB II, § 16 Rz. 235.

b) Privatrechtliches Beschäftigungsverhältnis eigener Art

Das privatrechtliche Vertragsverhältnis zwischen Einrichtung und „Zusatzjobber“ ist nach der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung laut § 16 Abs. 3 Satz 2 SGB II zudem kein Arbeitsverhältnis,⁶⁵ sondern ein privatrechtliches Beschäftigungsverhältnis eigener Art.⁶⁶ Angesichts des Sozialleistungscharakters der zusätzlichen Arbeitsgelegenheiten, handelt es sich nicht um einen Dienstvertrag im Sinne eines Austauschverhältnisses zwischen Arbeitsleistung des erwerbsfähigen Hilfebedürftigen und Mehraufwandsentschädigung.⁶⁷ Die Mehraufwandsentschädigung ist keine Gegenleistung für die verrichtete Arbeit, sondern ein Ausgleich für den entstehenden Mehraufwand. Sie wird zwar teilweise vom Maßnahmeträger ausgezahlt, dies ändert jedoch nichts an ihrem Charakter als Sozialleistung, die vom Leistungsträger bewilligt und getragen wird.⁶⁸ Die privatrechtliche Vereinbarung zwischen Maßnahmeträger und Teilnehmer ist in erster Linie auf eine Dienstleistung des Maßnahmeträgers gerichtet; diese besteht in der angeleiteten Beschäftigung und Qualifizierungselementen der Maßnahme.

5. Ergebnis

Bei der Beschäftigung von erwerbsfähigen Hilfebedürftigen in zusätzlichen Arbeitsgelegenheiten, die von Dritten angeboten werden, entsteht regelmäßig ein sozialrechtliches Dreiecksverhältnis. Die in § 17 Abs. 2 SGB II vorgesehenen Vereinbarungen zwischen dem Träger der Leistungen nach SGB II und dem Maßnahmeträger sind öffentlich-rechtlicher Art. Die Beschäftigung in zusätzlichen Arbeitsgelegenheiten mit Mehraufwandsentschädigung nach § 16 Abs. 3 Satz 2 SGB II ist eine Sozialleistung, die vom zuständigen Träger der Leistungen nach SGB II durch Verwaltungsakt oder im Rahmen der Eingliederungsvereinbarung im Einzelfall bewilligt wird. Die erwerbsfähigen Hilfebedürftigen haben nach § 33 SGB I ein Wahl-

⁶⁵ Hierauf kam es dem Ausschuss für Wirtschaft und Arbeit bei der Unterscheidung zwischen Sozialrechtsverhältnis und Arbeitsverhältnis in der Begründung seiner Beschlussempfehlung (BT-Drucks. 15/1749, S. 32) an, nicht auf die Verneinung einer privatrechtlichen Vertragsbeziehung zwischen Maßnahmeträger und Maßnahmeteilnehmer.

⁶⁶ Eicher, in: Eicher/Spellbrink, SGB II, § 16, Rz. 239.

⁶⁷ Vgl. Rixen/Panaris, NJW 2005, 2177, 2179, die jedoch das Entstehen eines privatrechtlichen Vertrages grundsätzlich verneinen.

⁶⁸ Eicher, in: Eicher/Spellbrink, SGB II, § 16, Rz. 242; Rixen/Panaris, NJW 2005, 2177, 2179.

recht unter den Maßnahmeträgern, die eine Vereinbarung nach § 17 Abs. 2 SGB II abgeschlossen haben. Zwischen Maßnahmeträger und Teilnehmer wird kein Arbeitsverhältnis, sondern ein privatrechtliches Beschäftigungsverhältnis eigener Art begründet.

III. Modell 2: Einkaufsmodell

Die Leistungsträger nach SGB II sind weder berechtigt noch verpflichtet, im Wege förmlicher Vergabeverfahren einen abgeschlossenen Kreis von Maßnahmeträgern auszuwählen. Im Einzelnen:

1. Ausschreibungspflicht für Vereinbarungen nach § 17 Abs. 2 SGB II?

Nach §§ 97 ff. GWB ist zwingend das Vergaberecht anzuwenden, wenn ein öffentlicher Auftraggeber einen öffentlichen Auftrag vergibt, dessen Wert über einem bestimmten Schwellenwert liegt. Die erste und die dritte dieser Voraussetzungen sind unproblematisch gegeben. Die Träger der Leistungen nach SGB II und auch die ARGEn sind als öffentliche Auftraggeber nach § 98 Nr. 1 und 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) zu betrachten, und der einschlägige Schwellenwert in Höhe von EUR 200.000,- ist regelmäßig überschritten. Fraglich ist allein, ob auch ein öffentlicher Auftrag im Sinne der vergaberechtlichen Vorschriften vorliegt.

a) Öffentlicher Auftrag und öffentlich-rechtlicher Vertrag

Öffentliche Aufträge sind entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben. Zwar sollen von § 99 GWB nach der Gesetzesbegründung nur privatrechtliche Verträge erfasst werden⁶⁹, und die Rechtsbeziehungen zwischen Leistungsträgern und Maßnahmeträgern sind öffentlich-rechtlich. Da § 99 GWB als Umsetzung europäischer Vergabe-Richtlinien⁷⁰ jedoch richtli-

⁶⁹ BT-Drucks. 13/9340, S. 15.

⁷⁰ Baukoordinierungsrichtlinie (Richtlinie 93/37/EWG), Lieferkoordinierungsrichtlinie (Richtlinie 93/36/EWG) und Dienstleistungsrichtlinie (Richtlinie 92/50/EWG); diese wurden zum 1.1.2006 abgelöst

nienkonform auszulegen ist, kann es auf die dem Gemeinschaftsrecht fremde Unterscheidung zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Verträgen nach weit verbreiteter Auffassung nicht ankommen.⁷¹ Verschiedene Autoren halten deshalb das Vergaberecht grundsätzlich auch auf Leistungserbringungsverträge des Sozialrechts für anwendbar.⁷²

b) Öffentlicher Auftrag und Dienstleistungskonzession

Von öffentlichen Aufträgen zu unterscheiden sind jedoch Dienstleistungskonzessionen. Diese unterliegen weder den europäischen Vergaberichtlinien⁷³ noch dem nationalen Vergaberecht des GWB⁷⁴.

Dienstleistungskonzessionen sind Verträge, die von öffentlichen Leistungsaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.⁷⁵ Hierunter fällt z.B. die vertragliche Übertragung der öffentlichen Gasversorgung in einer Gemeinde⁷⁶, oder die Übertragung des Betriebs von Parkplätzen⁷⁷ gegen Entgelte, die von den jeweiligen Nutzern bezahlt werden. Entscheidendes Unterscheidungsmerkmal zwischen Dienstvertrag und Dienstleis-

von der Richtlinie über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge 2004/18/EG.

⁷¹ Vgl. z.B. Luthé, in Hauck/Noftz, SGB II, § 17 Rz. 42; Rixen, in Eicher/Spellbrink, SGB II, § 18 Rz. 14.

⁷² Giesen in: Linzbach u.a. (Hrsg.), Die Zukunft der sozialen Dienste vor der europäischen Herausforderung, 2005, 424 ff.; Kingreen, SGB 2004, 659; Mroczynski, RsDE 47 (2001), 29, 41; ders., ZFSH/SGB 2004, 451.

⁷³ EuGH 07.12.2000, C-324/98 (Teleaustria); EuGH 21.07.2005, C-231/03 (Coname), Rz. 16; EuGH 13.10.2005, C-458/03 (Parking Brixen GmbH), Rz. 46.

⁷⁴ OLG Düsseldorf, 22.09.04, Az.: VII – Verg 44/04. Unmittelbar aus dem EG-Vertrag (EGV), also aus dem europäischen Primärrecht, ergeben sich jedoch nach der Rechtsprechung des EuGH auch für Dienstleistungskonzessionen Ausschreibungs- und Transparenzpflichten. Diese folgen aus der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (Art. 43 und 49 EGV) und dem Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 12 EGV): EuGH 21.07.2005, C-231/03 (Coname), Rz. 28; EuGH 13.10.2005, C-458/03 (Parking Brixen GmbH), Rz 46 ff.

⁷⁵ Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18/EG.

⁷⁶ Vgl. EuGH 21.07.2005, C-231/03 (Coname).

⁷⁷ Vgl. EuGH 13.10.2005, C-458/03 (Parking Brixen GmbH)

tungskonzession ist nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf, „dass bei der Konzession das (ganze oder ganz überwiegende) wirtschaftliche Risiko aus der Erbringung der Leistung auf den Leistungserbringer verlagert wird.“⁷⁸

Die Rechtsbeziehungen im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis ähneln dieser Konstellation. Der Maßnahmeträger verpflichtet sich gegenüber dem Sozialleistungsträger zur Vorhaltung bestimmter Leistungen/Maßnahmen und zur Aufnahme von Leistungsberechtigten. Nachdem Bundesagentur und ARGEen eigene Einrichtungen und Dienste nach § 17 Abs. 1 Satz 1 SGB II nur subsidiär betreiben dürfen, erfüllen sie auf diese Weise ihre Verpflichtung zur Sicherstellung eines ausreichenden Angebots an sozialen Diensten und Einrichtungen nach § 17 Abs. 1 Nr. 2 SGB I. Der Abschluss der Leistungsvereinbarung zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer hat nicht den Charakter eines entgeltlichen Austauschvertrages, denn für die Übernahme der Verpflichtung, potentiellen Leistungsberechtigten Leistungen zu erbringen, erhält der Leistungserbringer keine Vergütung. Er erhält lediglich die Möglichkeit, Leistungen an Leistungsberechtigte zu erbringen.⁷⁹ Erst wenn die vereinbarten Leistungen von Leistungsberechtigten in Anspruch genommen und von der Bundesagentur bzw. den ARGEen bewilligt werden, wird für die belegten Plätze die vereinbarte Vergütung bezahlt.

Der Maßnahmeträger schließt nicht nur einen privatrechtlichen Vertrag mit dem Leistungsberechtigten (siehe B.2.4); auch die Entscheidung, welcher Maßnahmeträger in Anspruch genommen wird, hängt - bei gesetzeskonformer Verwaltungspraxis - in starkem Maß vom Leistungsberechtigten in Ausübung seines Wunsch- und Wahlrechtes ab (siehe B.2.2.3). Der Maßnahmeträger erbringt die Eingliederungsleistung in Erfüllung seiner Leistungsverpflichtung gegenüber dem Leistungsberechtigten aus dem mit diesem geschlossenen privatrechtlichen Vertrag. Zwar wird die Vergütung in der Regel nicht von den Leistungsberechtigten, sondern vom öffentlichen Sozialleistungsträger direkt an den Maßnahmeträger bezahlt; wirtschaftlich handelt es sich dabei allerdings nicht um eine Leistung an die Einrichtung, sondern um eine Leistung an den Leistungsberechtigten, denn ohne Kostenübernahme durch den Sozialleistungsträger wäre dieser aus seiner privatrechtlichen Vereinbarung mit dem Maßnahmeträger zur Tragung der Vergütung verpflichtet.

⁷⁸ OLG Düsseldorf, 22.09.04, Az.: VII – Verg 44/04.

⁷⁹ Ebenso Luthé, in Hauck/Noftz, § 17 Rz. 53; Münder, LPK-SGB II, § 17 Rz. 40.

Selbst wenn die Bundesagentur bzw. die ARGE n befugt sein sollten, beim Abschluss von Vereinbarungen nach § 17 Abs. 2 SGB II über die Erbringung der Eingliederungsleistung der Beschäftigung in zusätzlichen Arbeitsgelegenheiten eine Auswahl unter potentiellen Anbietern von zusätzlichen Arbeitsgelegenheiten zu treffen (vgl. hierzu im Folgenden unter B.3.2), entspräche diese Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis vergaberechtlich einer Dienstleistungskonzession,⁸⁰ die weder dem europäischen noch dem nationalen Vergaberecht unterliegt.

c) Ergebnis

Europarecht zwingt nicht dazu, alle Verträge mit Leistungserbringern als öffentliche Aufträge auszugestalten. Werden Vereinbarungen nach § 17 SGB II im Rahmen des sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses geschlossen, ist ein Vergabeverfahren nach GWB nicht erforderlich.⁸¹

2. Vergaberecht nach Ermessen?

Nach verbreiteter Auffassung ist die Finanzierung von Eingliederungsleistungen nach SGB II im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis nach dem Vorbild des Sozialhilferechts jedoch nicht die einzige Möglichkeit der Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen zwischen Sozialleistungsträger und Drittem. Münder, Luthe und Rixen

⁸⁰ So schon *Neumann/Nielandt/Philipp*, Erbringung von Sozialleistungen nach Vergaberecht?, S. 58. Dieser Auffassung folgte inzwischen das OLG Düsseldorf, 22.09.04, Az.: VII – Verg 44/04, in einer Entscheidung zu einer (nach Jugendhilferecht unzulässigen, vgl. OVG NRW 18.03.2005, Az.: 12 B 1931/04) Vertragsgestaltung, die die exklusive Erbringung von Jugendhilfeleistungen durch vier Leistungserbringer vorsah, unter denen die Leistungsberechtigten die Wahl haben sollten.

⁸¹ Im Ergebnis ebenso: Münder, in *LPK SGB II*, § 17 Rz. 40; Rixen, in *Eicher/Spellbrink*, SGB II, § 17 Rz. 13; Rixen, *Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit*, 3/2005, 106, 120. Beide gehen allerdings davon aus, dass daneben auch eine Beschaffung nach dem vergaberechtlichen Einkaufsmodell grundsätzlich möglich ist, vgl. hierzu unter 2.

sind der Auffassung, dass daneben auch eine Beschaffung durch den Leistungsträger nach SGB II im so genannten Einkaufsmodell im Wege einer Vergabe öffentlicher Aufträge zulässig sei.⁸²

Eine Beschaffung im Wege öffentlicher Aufträge setzt die Befugnis des öffentlichen Trägers zum Abschluss exklusiver Verträge voraus. Denn nur wenn der Sozialleistungsträger eine Auswahl unter potentiellen Leistungserbringern treffen und exklusive Vereinbarungen mit einzelnen Anbietern schließen darf, ist Raum für die Anwendung des Vergaberechts.⁸³ Die Befugnis zu dieser Auswahlentscheidung haben die Gerichte dem Sozialleistungsträger in Entscheidungen zum Sozial- und Jugendhilferecht jedoch abgesprochen und konsequenterweise dort entsprechende Vergabeverfahren untersagt.⁸⁴ Dass diese Entscheidungen nicht auf die Grundsicherung für Arbeitssuchende übertragbar sein sollen, wird in der Regel mit strukturellen Unterschieden zwischen dem Sozial- und Jugendhilferecht und der Grundsicherung für Arbeitssuchende begründet. Im SGB II fehlten Aussagen zu den Kernelementen der Vereinbarungen, Konfliktlösungsmechanismen beim Nichtzustandekommen der Vereinbarungen (Schiedsstelle) und Rahmenverträge bzw. -empfehlungen auf Landes- oder Bundesebene.⁸⁵ Auch sei die Stellung des Leistungsberechtigten im SGB II nicht in der Weise ausgeprägt wie im SGB VIII oder SGB XII, insbesondere fehle es an einem Wunsch- und Wahlrecht.⁸⁶ Ob diese Unterschiede tatsächlich eine Befugnis der Leistungsträger des SGB II zur Angebotssteuerung rechtfertigen, wird im Folgenden zu klären sein. Dabei ist auch das Grundrecht der Berufsfreiheit zu berücksichtigen.

⁸² Münder, in: LPK-SGB II, § 17 Rz. 39; Luthé, in: Hauck/Noftz, SGB II, § 17 Rz. 61; Rixen, Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit, 3/2005, 106, 119 ff.; derselbe in: Eicher/Spellbrink, SGB II, § 17 Rz. 13 f.

⁸³ Storost, NZS 2005, 82, 85, begrenzt den Anwendungsbereich des Vergaberechts sogar auf *wirtschaftliche* Auswahlentscheidungen.

⁸⁴ Zur Sozialhilfe: OVG NRW 27.09.2004, Az.: 12 B 1309/04, Sozialrecht aktuell 2004, 238; zur Jugendhilfe: OVG Hamburg 10.11.04, Az.: 4 Bs 388/04; OVG NRW 18.03.2005, Az.: 12 B 1931/04; OVG Berlin 04.04.2005, Az.: OVG 6 S 415.04. Für die Frage der Vereinbarkeit von Exklusivvereinbarungen mit Sozialhilfe- bzw. Jugendhilferecht und damit der Zulässigkeit von Vergabeverfahren sind die Verwaltungsgerichte (in der Sozialhilfe seit 1.1.2005 die Sozialgerichte) zuständig, vgl. OLG Düsseldorf, 08.09.04, Az.: VII-Verg 35/04, Sozialrecht aktuell 2004, 225.

⁸⁵ Münder, in: LPK-SGB II, § 17 Rz. 39; Rixen, Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit 3/2005, 106, 120; Luthé, in: Hauck-Noftz, SGB II, § 17 Rz. 61.

⁸⁶ Münder, in: LPK-SGB II, § 17 Rz. 39; Rixen, Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit 3/2005, 106, 121; Luthé, in: Hauck-Noftz, SGB II, § 17 Rz. 61.

a) Keine strukturellen Unterschiede zwischen SGB XII/SGB VIII und SGBII

Bei näherem Hinsehen bestehen für den vorliegenden Zusammenhang zunächst wenig strukturelle Unterscheide zwischen dem SGB VIII und SGB XII einerseits und dem SGB II andererseits.

Das Argument des fehlenden Wahlrechtes der Leistungsberechtigten wurde bereits oben widerlegt.⁸⁷

Aber auch die fehlende Ausdifferenzierung des Vereinbarungsrechts in § 17 Abs. 2 SGB II hat nicht die Bedeutung, die ihr von den Befürwortern des Einkaufsmodells zugemessen wird. Zwar begründet das OVG NRW⁸⁸ die Unzulässigkeit von Vergabeverfahren in der Sozialhilfe u.a. damit, dass die Zuerkennung eines Gebietsschutzes⁸⁹ gegen den in §§ 93 ff. BSHG (jetzt §§ 75 ff SGB XII) verankerten Grundsatz der Anbieterkonkurrenz verstoße. Der Gesetzgeber habe mit dem Gesetz zur Reform des Sozialhilferechts⁹⁰ die Voraussetzungen für einen Leistungswettbewerb der gemeinnützigen und gewerblichen Träger um die Hilfesuchenden als Nachfrager geschaffen. Ein solcher Wettbewerb sei nur möglich, wenn in ein und demselben Gebiet verschiedene Einrichtungen ihre Leistungen anbieten könnten. Eine Angebotssteuerung unter Bedarfsgesichtspunkten sei deshalb nicht zulässig.

Daraus kann jedoch nicht der Umkehrschluss gezogen werden, dass bei fehlender wettbewerblicher Ausgestaltung oder sonstiger Ausdifferenzierung des Leistungserbringungsrechts eine Angebotssteuerung selbstverständlich zulässig sei. Im Bereich der Sozialhilfe hat das BVerwG schon lange vor der Ausdifferenzierung der §§ 93 ff BSHG a.F. (jetzt §§ 75 f. SGB XII) und der Abschaffung des Selbstkostendeckungsprinzips ein Verbot der Angebotssteuerung angenommen.⁹¹ Diese Entscheidung aus dem Jahr 1993 bezog sich auf ein ähnlich

⁸⁷ Oben II.2.c.

⁸⁸ OVG Münster 27.09.2004, Az.: 12 B 1309/04. Zur Unzulässigkeit der Angebotssteuerung in der Sozialhilfe vgl. schon BVerwG 30.09.93, BVerwGE 94, 202

⁸⁹ Damit ist die ausschließliche Zusammenarbeit des Leistungsträgers mit einem Maßnahmeträger unter Ausschluss anderer Anbieter gemeint.

⁹⁰ Vom 23.7.2996, BGBl. I, 1088.

⁹¹ BVerwG 30.9.1993 BVerwGE 94, 202.

rudimentäres Vereinbarungsrecht, wie es in § 17 Abs. 2 SGB II enthalten ist. § 93 Abs. 2 BSHG hatte bis Mitte 1993 folgenden Wortlaut:

„Der Träger der Sozialhilfe ist zur Übernahme der Kosten der Hilfe in einer Einrichtung eines anderen Trägers nur verpflichtet, wenn mit dem Träger der Einrichtung oder seinem Verband eine Vereinbarung über die Höhe der zu übernehmenden Kosten besteht; in anderen Fällen soll er die Kosten übernehmen, wenn dies nach der Besonderheit des Einzelfalles geboten ist, um angemessenen Wünschen des Hilfeempfängers (§ 3 Abs. 2 und 3) zu entsprechen. Die Vereinbarungen und die Kostenübernahme müssen den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Leistungsfähigkeit Rechnung tragen. (...).“⁹²

Das detaillierte Vereinbarungssystem der heutigen §§ 75 ff. SGB XII wurde erst ab Mitte 1993 nach und nach in das damalige BSHG eingefügt.⁹³

Auch in der Jugendhilfe wurde für bestimmte - in § 78 a SGB VIII abschließend aufgezählte - Leistungen inzwischen zwar ein ähnlich differenziertes Leistungserbringungsrecht eingeführt wie in der Sozialhilfe. Für alle anderen Leistungen existiert daneben mit § 77 SGB VIII aber bis heute eine noch knappere Regelung als in § 17 Abs. 2 SGB II. § 77 SGB VIII lautet:

„Werden Einrichtungen und Dienste der Träger der freien Jugendhilfe in Anspruch genommen, so sind Vereinbarungen über die Höhe der Kosten der Inanspruchnahme zwischen der öffentlichen und der freien Jugendhilfe anzustreben.“

⁹² § 93 Abs. 2 BSHG in der Fassung der Bekanntmachung des BSHG vom 10.01.1991, BGBl. I 1991, S. 94. Diese Fassung erhielt der Abs. 2 durch das Haushaltsbegleitgesetz 1984, BGBl. I 1983, S. 1532. Sie hatte Bestand bis zur Änderung durch das Gesetz zur Umsetzung des Föderalen Konsolidierungsprogramms vom 23.6.1993, BGBl. I 1993, S. 944, durch das in Satz 2 nach dem Wort „tragen“ eingefügt wurde: „und Bestimmungen über Inhalt, Umfang, Qualität und Kosten der Leistung und deren Prüfung durch den Kostenträger treffen“. Noch vor Inkrafttreten des Pflege-Versicherungsgesetzes vom 26.5.1994, BGBl. I 1994, S. 1014, wurde § 93 BSHG durch das Zweite Gesetz zur Umsetzung des Spar-, Konsolidierungs- und Wachstumsprogramms vom 21.12.1993, BGBl. I 1993, 2374, mit Wirkung vom 1.7.1994 erneut geändert und sogenannte leistungsgerechte, prospektive Pflegesätze eingeführt.

⁹³ Gesetz zur Umsetzung des Föderalen Konsolidierungsprogramms vom 23.6.1993, BGBl. I 1993, S. 944; Zweites Gesetz zur Umsetzung des Spar-, Konsolidierungs- und Wachstumsprogramms vom 21.12.1993, BGBl. I 1993, 2374, mit Wirkung vom 1.7.1994. Seine heutige Gestalt hat das Leistungserbringungsrecht der Sozialhilfe im Wesentlichen durch das Gesetz zur Reform des Sozialhilferechts vom 23.07.1996, BGBl. 1996, 1088 erhalten.

Dennoch kamen mehrere Oberverwaltungsgerichte auch im Bereich des § 77 SG VIII zu dem Ergebnis, dass eine Angebotssteuerung durch den Jugendhilfeträger unzulässig ist und haben deshalb den Abschluss exklusiver Vereinbarungen⁹⁴ bzw. die Durchführung von Vergabeverfahren untersagt.⁹⁵

b) Angebotssteuerung als Eingriff in die Berufsfreiheit nach Art. 12 GG

Im Übrigen ist die Frage des Gebietsschutzes auch eine verfassungsrechtliche. Die zitierten Entscheidungen⁹⁶ argumentieren nicht nur jugendhilferechtlich; bei der Auslegung des Jugendhilferechts beziehen sie vielmehr auch verfassungsrechtliche Aspekte mit ein. Besondere Bedeutung kommt dabei dem Grundrecht der Berufsfreiheit zu.

Der Schutzbereich der Berufsfreiheit ist weit gefasst. Beruf ist grundsätzlich jede Tätigkeit, die auf eine gewisse Dauer angelegt ist und die der Schaffung und Erhaltung der Lebensgrundlage dient.⁹⁷ Aber auch die gemeinnützige Leistungserbringung ohne Gewinnerzielungsabsicht fällt unter den Schutzbereich der Berufsfreiheit.⁹⁸

Die Verweigerung einer Zulassung zur Leistungserbringung ist damit ein Eingriff in die Berufsfreiheit.⁹⁹ Das gleiche gilt für die Verweigerung eines Vertragsabschlusses, wenn dieser Voraussetzung für die Leistungserbringung ist¹⁰⁰ oder für den Abschluss exklusiver Vereinbarungen mit Konkurrenten.¹⁰¹ Grundsätzlich muss ein solcher Eingriff durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes erfolgen und einen legitimen Zweck verfolgen. Bei der Rechtfertigung von Eingriffen ist zu prüfen, ob der Eingriff zur Erreichung des Zwecks geeignet (weiter darf jedenfalls nicht völlig ungeeignet sein), erforderlich (d.h. es darf kein

⁹⁴ OVG Hamburg, 10.11.2004, Az.: 4 Bs 388/04.

⁹⁵ OVG NRW 18.03.2005, Az.: 12 B 1931/04; OVG Berlin 04.04.2005, Az.: OVG 6 S 415.04; ebenso VG Niedersachsen 20.12.2005, Az.: 4 B 50/05.

⁹⁶ Oben Fußnote 95.

⁹⁷ BVerfGE 7, 377, 397; 54, 301, 313.

⁹⁸ BVerwG 22.12.1993: JZ 1995, 94, 95; BVerfG 7.11.2001, FamRZ 2002, 85, 86 f.

⁹⁹ Vgl. für Kassenärzte BVerfGE 11, 30, 42 f.; für Krankenhäuser: BVerfGE 82, 209, 224, 229; bestätigt in BVerfG 14.01.2004, BvR 506/03, Rz. 21;

¹⁰⁰ Vgl. für Rehabilitationseinrichtungen nach SGB V: BSG 23.07.2002, B 3 KR 63/01.

¹⁰¹ OVG NRW 18.03.2005, Az.: 12 B 1931/04; OVG Berlin 04.04.2005, Az.: OVG 6 S 415.04.

gleich wirksames, aber weniger belastendes Mittel geben) und verhältnismäßig ist (auch: „Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn“, „Zumutbarkeit“).

Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs sind verschiedene Stufen der Eingriffsintensität zu unterscheiden: Den höchsten Anforderungen unterliegen objektive Beschränkungen der Berufswahl, das sind Zulassungsvoraussetzungen, die die Wahl des Berufs von der Erfüllung objektiver, dem Einfluss des Betroffenen entzogener Kriterien abhängig machen. Klassisches Beispiel im Leistungserbringungsrecht sind Bedarfszulassungen. Objektive Zulassungsbeschränkungen sind nur dann gerechtfertigt, wenn sie zur Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut notwendig sind. Dagegen können bloße Berufsausübungsregelungen, die die Berufswahl nicht berühren mit reinen Zweckmäßigkeitserwägungen gerechtfertigt werden. Bei Leistungserbringern im Sozialrecht ist nach der Rechtsprechung des BVerfG außerdem zu berücksichtigen, dass diese aus der Einbeziehung in das öffentlich-rechtliche Vertragssystem Vorteile ziehen und deshalb in erhöhtem Maß der Einwirkung sozialstaatlicher Gesetzgebung unterliegen.¹⁰²

Ob die Angebotssteuerung der Träger der Grundsicherung für Arbeitsuchende im Hinblick auf die Erbringung von Eingliederungsleistungen den Charakter einer objektiven Zulassungsbeschränkung hat, hängt zum einen von der Definition des Berufs des Trägers, zum anderen von der (faktischen) Bedeutung der Angebotssteuerung des Grundsicherungsträgers für die Berufsausübung ab. Nicht jede Bedarfszulassung in einem Versorgungssystem des Sozialrechts muss eine objektive Zulassungsbeschränkung für einen Beruf darstellen. Je weiter der Beruf definiert wird, desto eher handelt es sich bei Zulassungsbeschränkungen um Beschränkungen, die sich nicht auf den Beruf insgesamt, sondern lediglich auf einzelne Teilbereiche der Berufsausübung beziehen. Wird z.B. der Beruf des Arztes weit definiert, so fällt darunter nicht nur die Tätigkeit als Vertragsarzt im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung, sondern auch die Behandlung von Privatpatienten. Eine Zulassungsbeschränkung im Vertragsarztbereich stellt daher keine objektive Zulassungsbeschränkung für Ärzte dar, sondern lediglich eine Berufsausübungsregelung. Gleichwohl wird der wirtschaftliche Betrieb einer Praxis meist ohne Zulassung zur Behandlung von gesetzlich Krankenversicherten nicht möglich sein. Die Berufsausübungsrege-

¹⁰² BVerfGE 68, 193, 221.

lung kommt somit in ihrer Intensität einer objektiven Berufswahlregelung nahe. In solchen Fällen legt das BVerfG deshalb zur Rechtfertigung ebenfalls die Maßstäbe für objektive Berufswahlregelungen an.¹⁰³ Die (faktische) Bedeutung der Nichtzulassung bzw. der Verweigerung eines Vertrages über die Erbringung von Sozialleistungen hängt entscheidend davon ab, ob der Sozialleistungsträger über eine regionale Alleinzuständigkeit verfügt.¹⁰⁴

Bei der Beschäftigung von erwerbsfähigen Hilfebedürftigen steht nicht die Dienstleistung oder das dabei hergestellte Produkt im Vordergrund der Tätigkeit, sondern die zu fördernde Eingliederung des erwerbsfähigen Hilfebedürftigen.¹⁰⁵ Beruf eines Maßnahmeträgers für Leistungen zur Eingliederung ist deshalb auch dann, wenn die zusätzlichen Arbeitsgelegenheiten von ihm selbst als so genannte Regiarbeitsplätze vorgehalten werden, nicht eine von den Beschäftigten erbrachte Dienstleistung oder Herstellung von Produkten, sondern das Angebot von Leistungen zur Eingliederung. Auch wenn man diesen Beruf eines Maßnahmeträgers für Leistungen zur Eingliederung in Arbeit weit fasst und nicht nur das Angebot von zusätzlichen Arbeitsgelegenheiten mit Mehraufwandsentschädigung, sondern auch die Erbringung anderer Eingliederungsleistungen (z.B. Trainingsmaßnahmen, etc.) dazu zählt, wird man angesichts der regionalen Monopolstellung der Bundesagentur bzw. der ARGE für Leistungen nach SGB II und III nicht umhin kommen, einer Angebotssteuerung durch diese Träger zumindest faktisch die Bedeutung einer objektiven Zulassungsbeschränkung beizumessen. Diese Angebotssteuerung ist im SGB II wie in allen Bereichen, in denen vom Leistungsträger über jeden Leistungsanspruch im Einzelfall entschieden wird, nicht erforderlich. Denn zusätzlich zu dieser Steuerung im Einzelfall ist ein dringendes Bedürfnis für zusätzliche Angebotssteuerung bei der Zulassung von Leistungserbringern nicht erkennbar.¹⁰⁶

Bei allen Unklarheiten, die im Hinblick auf die Definition des Berufs und die Intensität des Eingriffs bestehen mögen, bleibt außerdem festzuhalten, dass es für Vereinbarungen nach § 17 Abs. 2 SGB II bereits an einer gesetzlichen Grundlage für die Angebotssteuerung fehlt. Selbst wenn der Gesetzgeber bei Schaffung der Vorschrift entsprechend der Praxis der Bundesagentur im Be-

¹⁰³ BVerfGE 11, 30.

¹⁰⁴ Vgl. BSGE 81, 189, 196; 87, 14, 23; BSG 23.07.2002 – B 3 KR 63/01.

¹⁰⁵ Oben II.2.

¹⁰⁶ Vgl. für Rehabilitationseinrichtungen: BSG 23.07.2002 – B 3 KR 63/01.

reich des SGB III von einer wettbewerbsrechtlichen Vergabe der Vereinbarungen ausgegangen sein sollte, so hat dies keinen Eingang in das Gesetz gefunden. Nicht der Verzicht auf die Angebotssteuerung bedarf jedoch einer gesetzlichen Regelung; als Eingriff in die Berufsfreiheit bedarf vielmehr die Angebotssteuerung – unabhängig von ihrer Qualifizierung als Berufswahl- oder Berufsausübungsregelung – einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage. Im SGB II ist eine gesetzliche Ermächtigung zur Angebotssteuerung nicht enthalten, sie ist deshalb unzulässig. Mangels Befugnis zur Auswahl unter potentiellen Leistungserbringern ist auch die Durchführung von auf den Abschluss exklusiver Vereinbarungen gerichteter Vergabeverfahren nicht zulässig.

Zwar sind Bundesagentur und ARGE n berechtigt, im Wege der vorweggenommenen Ermessensausübung im Hinblick auf die arbeitsmarktpolitische Zweckmäßigkeit bestimmter Maßnahmen Prioritäten bei der Einstellung von Mitteln für bestimmte Maßnahmebereiche zu setzen. Sie dürfen auch von den in § 48 SGB II geregelten Zielvereinbarungen Gebrauch machen. Dies führt jedoch zu keinem anderen Ergebnis.¹⁰⁷ Denn diese Möglichkeiten betreffen das Ermessen bezüglich Art oder Anzahl bestimmter Maßnahmen, also das Leistungsverhältnis zwischen Leistungsträger und Leistungsberechtigtem. Die Budgetplanung rechtfertigt keine Steuerung des Angebots von Einrichtungen und Diensten, denn diese ist wegen der Leistungsbewilligung im Einzelfall nicht erforderlich. Das Ermessen der Leistungsträger ist somit kein Argument für die Zulässigkeit einer Angebotssteuerung; es spricht im Gegenteil dafür, dass eine solche gerade nicht zulässig ist. Denn das Ermessen im Einzelfall gibt dem Sozialleistungsträger bei der Bewilligung zusätzliche Möglichkeiten, seine finanziellen Ressourcen und seine arbeitsmarktpolitischen Ziele zu berücksichtigen. Eine Steuerung des Angebots der Maßnahmeträger ist darüber hinaus nicht erforderlich und gerade deshalb im Hinblick auf Art. 12 GG verfassungsrechtlich unzulässig.¹⁰⁸

Einrichtungen und Dienste haben selbstverständlich ein Interesse daran, in die Budgetplanungen einbezogen zu werden bzw. von ihnen Kenntnis zu erlangen, um ihre Angebote auf geplante Veränderungen einstellen zu können. Auch dies rechtfertigt jedoch nicht den Ausschluss von Wettbewerbern. Die

¹⁰⁷ A.A.: Luthé, in Hauck/Noftz, SGB II, § 17 Rz. 57 ff.

¹⁰⁸ Vgl. BSG 23.07.2002, B 3 KR 63/01 R, für Rehabilitationseinrichtungen nach SGB V, die ebenfalls im Ermessen des Sozialleistungsträgers stehen.

Einbeziehung der Maßnahmeträger und deren Information kann vielmehr im Rahmen der Zusammenarbeit nach § 18 Abs. 1 SGB II erfolgen.¹⁰⁹

- c) Angebotssteuerung als Eingriff in die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit

Zuletzt ergibt sich dasselbe Ergebnis auch aus europarechtlichen Erwägungen. Schon Mitte der 80er-Jahre hatte der Europäische Gerichtshof über Fragen der Zulassung von Leistungserbringern aus anderen Mitgliedsländern zur inländischen Sozialleistungserbringung zu entscheiden. Aus der Niederlassungsfreiheit nach Artikel 43 EGV folgt danach, dass die Zulassung zur inländischen Leistungserbringung ausländischen EU-Staatsbürgerinnen und -Staatsbürger gleichermaßen offen stehen muss. Gleiches gilt für nach dem Recht eines Mitgliedstaates gegründete Gesellschaften (Art. 48 EGV).¹¹⁰ Mit der Gleichbehandlung ist es jedoch nicht getan; bereits das Erfordernis einer Zulassung greift in die Niederlassungs- bzw. Dienstleistungsfreiheit ein und ist deshalb rechtfertigungsbedürftig.

Nach dem Recht vieler Mitgliedstaaten ist die Leistungspflicht sozialer Sicherungssysteme auf Leistungen im Inland beschränkt. Teilweise bedarf die Inanspruchnahme von Leistungen im Ausland einer Genehmigung durch den zuständigen Träger. Solche Beschränkungen hat der EuGH regelmäßig an der Dienstleistungsfreiheit gemessen. Bereits im Jahr 1998 betrachtete der EuGH die Frage der Inanspruchnahme von Leistungen nach dem Kostenerstattungsprinzip (zahnärztliche Leistungen und Brillen nach luxemburgischem Recht) in anderen Mitgliedstaaten unter dem Aspekt der Dienstleistungsfreiheit (beziehungsweise des freien Warenverkehrs).¹¹¹ Diese Betrachtungsweise fand 2001 ihre Fortsetzung in Entscheidungen, die eine vorherige Genehmigung bei der Inanspruchnahme von Sachleistungen der Krankenhausversorgung nach nie-

¹⁰⁹ Wird diese Zusammenarbeit praktiziert, wird die Angebotslage für Leistungserbringer auch nicht unkalkulierbar, wie Luthe meint; Luthe, in: Hauck/Noftz, SGB II, § 17 Rz. 48.

¹¹⁰ EuGH 30.4.1986, C-96/85 (Kommission/Frankreich), Slg. 1986, 1475 (1485 f.); 16.6.1992, C-351/91 (Kommission/Luxemburg), Slg. 1992, I-3945 (3961 ff.).

¹¹¹ EuGH 28.4.1998, C-158/96 (*Kohl*) und 28.4.1998, C-120/95 (*Decker*); die Leistungen sind laut EuGH exportfähig, eine Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit lässt sich weder mit Gründen des Gesundheitsschutzes noch mit Gründen der finanziellen Stabilität des sozialen Sicherungssystems rechtfertigen.

derländischem und belgischem Recht in anderen Mitgliedstaaten betreffen.¹¹² Ansatzpunkt der Betrachtung war in allen diesen Fällen die sogenannte passive Dienstleistungsfreiheit der Verbraucher – also die Freiheit, Dienstleistungen eines Anbieters mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat in Anspruch zu nehmen. Die Grundlinien lassen sich aber auch auf die aktive Dienstleistungsfreiheit der Leistungsanbieter bei Erbringung von Dienstleistungen an Verbraucher aus anderen Mitgliedsländern übertragen. Alle Entscheidungen gehen davon aus, dass Leistungen der medizinischen Versorgung grundsätzlich unter die Dienstleistungsfreiheit fallen. Dies gilt ausdrücklich auch für Sachleistungen, die den Versicherten kostenlos erbracht werden. Für Sozialleistungen nicht medizinischer Art kann nichts anders gelten. Laut EuGH kommt es lediglich darauf an, dass die Leistung gegen Entgelt erfolgt. Sie muss nicht von dem bezahlt werden, dem sie zugute kommt. Auch Gewinnerzielungsabsicht ist nicht erforderlich.¹¹³

Mit der grundsätzlichen Eröffnung des Schutzbereichs der Dienstleistungsfreiheit ist jedoch noch nicht über die Zulässigkeit von abweichenden nationalen Regelungen (wie z.B. Genehmigungserfordernissen für die Auslandsbehandlung) entschieden. Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit sind laut EuGH grundsätzlich möglich. Sie können gerechtfertigt sein aus Gründen der öffentlichen Ordnung (insbesondere des Gesundheitsschutzes) nach Art. 30 EGV oder aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses. Dazu gehört auch die Funktionsfähigkeit und finanzielle Stabilität der sozialen Sicherungssysteme. Die Beschränkung darf jedoch nicht über das hinausgehen, was zu diesem Zweck objektiv notwendig ist. Das gleiche Ergebnis darf nicht durch weniger einschneidende Mittel erreicht werden können. Weder die Inanspruchnahme von nicht vertragsgebundenen Einrichtungen und Diensten aus oder in anderen Mitgliedstaaten führt jedoch angesichts der Steuerung durch Verwaltungsakt im Einzelfall und angesichts des Mehrkostenvorbehalts zu Mehrausgaben für das nationale System der sozialen Sicherheit.

Damit lassen sich Zulassungsbeschränkungen – wie entsprechende Eingriffe in Art. 12 GG – bei einzelfallgesteuerten Sozialleistungssystemen kaum mit der Notwendigkeit der Sicherung der finanziellen Stabilität der Sicherungssysteme

¹¹² EuGH 12.7.2001, C–157/99 (*Smits und Peerbooms*) und 12.7.2001, C–368/98 (*Vanbraeckel*); 13.5.2003, C–385/99 (*Müller-Fauré und van Riet*).

¹¹³ EuGH (*Smits und Peerbooms*), Rz. 47 ff.

rechtfertigen. Zur Sicherung des Gesundheits- und Verbraucherschutzes jedoch stellen Zulassungsmodelle, nach denen bei Erfüllung bestimmter qualitativer Mindestvoraussetzungen ein Zulassungsanspruch bzw. ein Anspruch auf Abschluss einer Vereinbarung bestehen, im Hinblick auf Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit das mildere Mittel dar.

3. Ergebnis

Die Angebotssteuerung durch Sozialleistungsträger berührt das Grundrecht der Berufsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit potentieller Anbieter. Als Eingriff in die Berufsfreiheit bedarf sie einer gesetzlichen Grundlage. Da § 17 Abs. 2 SGB II keine Ermächtigung zur Bedarfsprüfung enthält, verstößt eine Angebotssteuerung durch die Leistungsträger nach SGB II bereits gegen den Gesetzesvorbehalt. Den Trägern der Grundsicherung ist der Abschluss exklusiver Verträge mit einzelnen Leistungserbringern nicht gestattet. Auf den Abschluss exklusiver Verträge gerichtete wettbewerbsrechtliche Vergabeverfahren sind nicht zulässig.

IV. Modell 3: Zuwendungsfinanzierung

Laut § 17 Abs. 1 Satz 2 SGB II sollen die zuständigen Träger der Leistungen nach SGB II die Träger der freien Wohlfahrtspflege in ihrer Tätigkeit auf dem Gebiet der Grundsicherung für Arbeitsuchende angemessen unterstützen. Die Vorschrift wurde erst im Verlauf der Beratungen des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit in das Gesetz eingefügt.¹¹⁴ Laut Begründung des Ausschusses soll diese Ergänzung „es den Agenturen für Arbeit erleichtern, mit gemeinnützigen Trägern der freien Wohlfahrtspflege außerhalb von Verträgen zur Regelung von Leistung und Gegenleistung zu kooperieren.“¹¹⁵

Auch § 17 Abs. 1 Satz 2 SGB II hat mit § 10 Abs. 3 Satz 2 BSHG, jetzt § 5 Abs. 3 Satz 2 SGB XII, eine sozialhilferechtliche Regelung zum Vorbild. § 5 Abs. 3 Satz 2 SGB XII lautet:

¹¹⁴ Beschlussempfehlung des Ausschusses, BT-Drucks.15/1728.

¹¹⁵ BT-Drucks. 15/1749, S. 32; durch das kommunale Optionsgesetz wurde diese Verpflichtung später auf alle zuständigen Träger der Leistungen nach SGB II erstreckt, BGBl. I 2004, 2014.

„Die Träger der Sozialhilfe sollen die Verbände der freien Wohlfahrtspflege in ihrer Tätigkeit auf dem Gebiet der Sozialhilfe angemessen unterstützen.“

§ 17 Abs. 1 Satz 2 SGB II wird - wie die zugrunde liegende Vorschrift des § 5 Abs. 3 Satz 2 SGB XII als Rechtsgrundlage für eine Förderung freier Träger der Wohlfahrtspflege u.a. durch finanzielle Zuwendungen angesehen.¹¹⁶

Diese – nachträglich eingefügte – Möglichkeit der Zuwendungsfinanzierung könnte die Finanzierung über Vereinbarungen nach § 17 Abs. 2 SGB II nicht nur ergänzen, sondern darüber hinaus eine grundsätzliche Alternative zum Abschluss von Vereinbarungen darstellen. Sie eröffnete den Leistungsträgern nach SGB II dann als alternatives Leistungserbringungsmodell den Weg zur institutionellen Förderung. Diese Finanzierungsform ist in vielen Sozialbereichen anstelle oder zusätzlich zur Finanzierung über Leistungsentgelte anzutreffen.¹¹⁷

Nach der Systematik des SGB II kommt die Zuwendungsfinanzierung als generelle Alternative zur Vereinbarungsfinanzierung jedoch nicht in Frage. Wie im Folgenden gezeigt werden soll, sprechen dagegen die Beschränkung der Zuwendungsfinanzierung auf Träger der freien Wohlfahrtspflege und der Teilfinanzierungs-Charakter von Zuwendungen. Die mit der institutionellen Förderung verbundene Angebotssteuerung verletzt wie der exklusive Abschluss von Vereinbarungen nicht berücksichtigte Maßnahmeträger in ihrem Grundrecht der Berufsfreiheit.

1. Keine Förderung privatgewerblicher Träger

Adressaten der Förderung nach § 17 Abs. 1 Satz 2 SGB II sind ausschließlich Träger der freien Wohlfahrtspflege. Die Förderung privater Träger von Einrichtungen oder Diensten durch Zuwendungen könnte deshalb grundsätzlich unzulässig sein.

Nach dem Wortlaut der Vorschrift kommt die Förderung nach § 17 Abs. 1 Satz 2 SGB II ausschließlich an Träger der freien Wohlfahrtspflege in Frage.¹¹⁸ Zugleich

¹¹⁶ Münder, in: LPK-SGB II, § 17 Rz. 8; Luthé, in: Hauck/Noftz, § 17 Rz. 23 ff.; Rixen, in: Eicher/Spellbrink, SGB II, § 17 Rz. 4.

¹¹⁷ Vgl. Neumann, SDSRV 43 (1998), 7, 31.

¹¹⁸ So auch die allgemeine Auffassung in der Literatur: Luthé, in: Hauck/Noftz, SGB II, § 17 Rz. 41: „Gegenleistungsunabhängige Subventionen können grundsätzlich nur Wohlfahrtsträgern gewährt werden,

wird jedoch vertreten, dass die Förderung gewerblich tätiger Privatanbieter hierdurch nicht ausgeschlossen werde. Diese Förderung sei jedoch keine Unterstützung im Sinne des § 17 Abs. 1 SGB II, sondern als Zuwendungsfinanzierung auf der Basis haushaltsplanmäßiger Festsetzungen zulässig. Sie sei jedenfalls dann unbedenklich, wenn auch den Wohlfahrtsträgern noch ausreichend Mittel zur Verfügung stünden.¹¹⁹

Nach der Rechtsprechung bedarf die Förderung durch Subventionen grundsätzlich keiner gesetzlichen Ermächtigung. Dem Vorbehalt des Gesetzes soll vielmehr durch jede parlamentarische Willensäußerung, insbesondere durch die etatmäßige Bereitstellung der Förderungsmittel, genüge getan sein.¹²⁰ Ähnlich wird im Hinblick auf den Gesetzesvorbehalt des § 31 SGB I argumentiert. Nach § 31 SGB I dürfen Rechte und Pflichten in den Sozialleistungsbereichen dieses Gesetzbuches zwar nur begründet werden, soweit ein Gesetz dies vorschreibt oder zulässt; Gesetze im Sinne dieser Vorschrift seien jedoch auch Haushaltsgesetze.¹²¹

Folgt man dieser Auffassung, so wäre die Förderung der freien Wohlfahrtspflege auch ohne gesetzliche Regelung nach haushaltsrechtlichen Grundsätzen möglich gewesen. Dann stellt sich allerdings die Frage, warum der Gesetzgeber die ausdrückliche Regelung in § 17 Abs. 1 Satz 2 SGB II für erforderlich gehalten hat. Der Unterschied könnte in der Intensität der Förderverpflichtung zu sehen sein. Während eine haushaltsrechtliche Förderung nach allgemeiner Auffassung im Ermessen des Subventionsgebers steht, ist § 17 Abs. 1 Satz 2 eine Soll-Vorschrift. Das Ermessen der Träger des SGB II könnte insofern eingeschränkt sein, und sie wären im Regelfall zur Förderung der freien Wohlfahrtspflege verpflichtet. Nach ganz überwiegender Auffassung soll sich aus § 17 Abs. 1 Satz 2 SGB II jedoch kein Rechtsanspruch ergeben, und zwar weder dem Grunde noch der Höhe nach.¹²² Die Förderverpflichtung wird vielmehr wie vergleichbare Vorschriften in SGB VIII und

gegenleistungsabhängige Vergütungen sämtlichen „Dritten“; Rixen, in Eicher/Spellbrink, § 17 Rz. 4; Münder, in: LPK-SGB II, § 17 Rz. 4 ff.

¹¹⁹ Luthé, in: Hauck/Noftz, SGB II, § 17 Rz. 40. Ähnlich für den Bereich der Jugendhilfe: Schellhorn, SGB VIII, 2. Auflage 2000, § 74 Rz. 8; 19.

¹²⁰ Neumann, SDRV 43 (1998), 7, 13 mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung.

¹²¹ Kreikebohm/Jassat, in: Giese, Sozialgesetzbuch Allgemeiner Teil und Verfahrensrecht, Stand Juli 2005, § 31 Rz. 6; Heinze, in: von Maydel/Ruhland (Hrsg.), Sozialrechtshandbuch, Kapitel 8, Rz. 40.

¹²² Münder, in: LPK-SGB II, § 17 Rz. 9 mit zahlreichen weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung; Luthé, in Hauck/Noftz, SGB II, § 17 Rz. 25; A.A. Rixen, in Eicher/Spellbrink, § 17 Rz 4.

SGB XII als „programmatische Soll-Vorschrift“¹²³ verstanden; die Bestimmung der Gesamthöhe der für die Förderung der Wohlfahrtspflege bereitzustellenden Haushaltsmittel liegt im pflichtgemäßen Ermessen des Sozialleistungsträgers.¹²⁴ Wäre daneben auch die Förderung privat-gewerblicher Träger auf haushaltsrechtlicher Basis möglich, so ergäbe sich nach diesem Verständnis aus § 17 Abs. 1 Satz 2 allenfalls eine Bindung in Form eines völlig unbestimmten „Optimierungsgebots“¹²⁵, oder ein „gewisser Vorrang“¹²⁶ der Wohlfahrtspflege bei der Förderung.

Dies überzeugt nicht. Wenn ein Sozialgesetzbuch sozialrechtliche Förderbestimmungen enthält, dann verstößt eine haushaltsrechtliche Förderung gegen den Vorrang des Gesetzes.¹²⁷ Die Regelung des § 17 Abs. 1 Satz 2 SGB II beschränkt die Möglichkeit der Förderungsfinanzierung auf Träger der freien Wohlfahrtspflege und schließt eine Förderung privat-gewerblicher Träger aus. Da § 17 Abs. 1 Satz 1 SGB II ausdrücklich einen Vorrang „Dritter“ – also nicht nur von Trägern der freien Wohlfahrtspflege - konstituiert, kann die Zuwendungsfinanzierung schon aus diesem Grund keine generelle Alternative zum Abschluss von Vereinbarungen nach § 17 Abs. 2 SGB II darstellen.

2. Vollfinanzierung über Zuwendungen?

Zuwendungen¹²⁸ sind vermögenswerte Leistungen, die ein Träger der öffentlichen Verwaltung ohne marktmäßige Gegenleistung einem Privaten gewährt, um ihn in stand zu setzen, einen öffentlichen Zweck zu erfüllen.¹²⁹ Die Leistung der Einrichtung und die Zuwendung stehen damit in keinem Gegenseitigkeitsverhältnis. In der idealtypischen Ausgestaltung der Zuwendungsfinanzierung bietet der freie Träger aus eigenem Antrieb bestimmte Hilfen an; der öffentliche Träger unterstützt diese

¹²³ Vgl. zur Jugendhilfe: Schellhorn, SGB VIII, 2. Auflage 2000, § 74 Rz. 12; zur Sozialhilfe: Schellhorn, BSHG, 16. Aufl. 2002, § 10 Rz. 15.

¹²⁴ Vgl. zur Parallelvorschriften in der Sozial- und Jugendhilfe: BVerfGE 22, 180.

¹²⁵ Luthe, in: Hauck/Noftz, SGB II, § 17 Rz. 27.

¹²⁶ So zur Förderung in der Jugendhilfe Schellhorn, SGB VIII, 2. Auflage 2000, § 74 Rz. 19 am Ende.

¹²⁷ Neumann, SDSRV 43 (1998), 7, 14.

¹²⁸ Der Begriff der Zuwendung wird hier weitgehend gleichbedeutend mit dem Begriff der Subvention gebraucht. Zum Bedeutungsverlust der Unterscheidung vgl. Neumann, SDSRV, 43 (1998), 7, 9. Auch Münder in: LPK-SGB II, § 17 Rz. 8, verwendet die Begriffe deckungsgleich.

¹²⁹ Vgl. Münder, in: LPK-SGB II, § 17 Rz. 8; Luthe, in: Hauck/Noftz, SGB II, § 17 Rz. 39; Neumann, SDSRV, 43 (1998), 7, 9; Zur Sozialhilfe: Schellhorn, BSHG, 16. Aufl. 2002, § 10, Rz. 20 a.

Zielsetzung des freien Trägers durch Zuwendungen. Der freie Träger übernimmt keine vertragliche Verpflichtung zur Leistung gegenüber dem öffentlichen Träger. Nebenbestimmungen des Zuwendungsbescheides können aber eine Rückzahlungspflicht bei Nichterfüllung des verfolgten Zweckes vorsehen.

Die Zuwendungsfinanzierung setzt regelmäßig voraus, dass der freie Träger am Zuwendungszweck ein Eigeninteresse hat, das sich in Eigenleistungen niederschlägt. Zuwendungen werden deshalb regelmäßig in Form einer Teilfinanzierung gewährt.¹³⁰ Teilweise ist dies in den Sozialgesetzbüchern ausdrücklich geregelt. So sieht z.B. in der Jugendhilfe § 74 Abs. 1 Nr. 5 SGB VIII ausdrücklich eine angemessene Eigenleistung des freien Trägers vor. Aber auch nach Haushaltsrecht darf vom Grundsatz der Teilfinanzierung nur dann abgewichen werden, wenn die Erfüllung des Zwecks in dem notwendigen Umfang nur bei Vollfinanzierung, also Übernahme sämtlicher zuwendungsfähiger Ausgaben durch den Zuwendungsgeber, möglich ist.¹³¹

Der regelmäßige Teilfinanzierungs-Charakter der Zuwendungsfinanzierung dürfte es dem Leistungsträger nach SGB II – je nach bestehender Angebotssituation – zwar oft schwer oder gar unmöglich machen, eine ausreichende Anzahl von Maßnahmeplätzen zu gewährleisten. Dies ist jedoch kein hinreichender Grund für Vollfinanzierung auf Zuwendungsbasis. Denn das SGB II sieht ausdrücklich die Möglichkeit der Vollfinanzierung vor – allerdings eben nicht auf Zuwendungsbasis, sondern im Wege eines Abschlusses von Vereinbarungen nach § 17 Abs. 2 SGB II. Nur wenn es – z.B. wegen hoher Investitionskosten – nicht gelingt, eine ausreichende Versorgung auf der Basis von Vereinbarungen sicherzustellen, kann die Erfüllung der Gewährleistungspflicht des Leistungsträgers nach SGB II die Vollfinanzierung im Wege von Zuwendungen rechtfertigen. Zunächst wäre aber auch in diesem Fall zu prüfen, ob nicht die (Teil-)Förderung der Investitionskosten der betreffenden Träger ausreichen würde.

Im Ergebnis unterscheidet das SGB II ausdrücklich zwischen der (Teil-)Finanzierung freier Träger der Wohlfahrtspflege durch Zuwendungen nach § 17 Abs. 1 Satz 2 SGB II und der Vollfinanzierung Dritter (einschließlich freier Träger der Wohlfahrtspflege) auf der Basis von Vereinbarungen nach § 17 Abs. 2 SGB II. Daher ist

¹³⁰ Neumann, in SDSRV 43 (1998), 7, 10.

¹³¹ VV Nr. 2.4 zu § 44 BHO und entsprechende Vorschriften der Länder sowie Krämer/Schmidt, Zuwendungsrecht, D V, S. 4.

der Einsatz der Vollfinanzierung durch Zuwendungen zur Finanzierung von Eingliederungsleistungen systemwidrig.¹³²

3. Die exklusive Gewährung von Zuwendungen als Eingriff in die Berufsfreiheit

Meist wird einer Regelung, die wie § 17 Abs. 1 Satz 2 SGB II eine Förderung von Einrichtungsträgern vorsieht, ohne weitere Begründung nicht nur die Befugnis zur Ausgestaltung in Form der institutionellen Förderung, sondern auch die Ermächtigung zur entsprechenden Bedarfsplanung entnommen. Wie die Rechtsprechung des BSG und des BVerwG zu § 9 SGB XI belegt,¹³³ ist dieser Schluss voreilig. Denn die Förderung freier Träger muss nicht notwendig in Form der institutionellen Förderung erfolgen. Die Entscheidungen zur Pflegeversicherung haben vielmehr deutlich gemacht, dass nicht nur der Abschluss von Exklusivvereinbarungen mit einzelnen Trägern, sondern auch die mit einer institutionellen Förderung regelmäßig verbundene Angebotssteuerung nicht berücksichtigte Träger in ihrer Berufsfreiheit verletzen kann.

a) Institutionelle Förderung und Bedarfssteuerung

Bei der institutionellen Förderung werden Zuwendungen zur Deckung der gesamten Ausgaben oder eines nicht abgegrenzten Teils der Ausgaben des Zuwendungsempfängers gewährt. Gegenstand der Förderung ist also nicht ein einzelnes abgegrenztes Vorhaben, sondern der Zuwendungsempfänger als solcher.¹³⁴ Werden Maßnahmeträger institutionell gefördert, für deren Angebote kein Bedarf besteht, so führt dies zu einer Verschwendung von Steuermitteln.

¹³² Ähnlich Luthé, in: Hauck/Noftz, SGB II, § 17 Rz 41, der allgemein eine „der Gesetzessystematik widersprechende Vermischung der Leistungserbringer und ihrer Finanzierungsformen“ konstatiert und davon ausgeht, dass Finanzmittel, die für konkret spezifizierbare Eingliederungsleistungen gewährt werden, keine Subventionen seien. Es handele sich in diesem Fall „vielmehr entweder um eine Finanzierung (sämtlicher) ‚Dritter‘ im Rahmen des § 17 Abs. 2 oder um eine Finanzierung im Rahmen öffentlicher Auftragsvergabe.“ Allgemein zur Unterscheidung von Leistungsentgelten und Zuwendungen sowie zum systemwidrigen Einsatz der Zuwendungsfinanzierung an Stelle des Abschlusses von Leistungsvereinbarungen vgl. Neumann, SDSRV 43 (1998), 7, 10, 30.

¹³³ BSG 28.06.01, Az. B 3 P 9/00 R; BVerwG 13.05.2004, Az. 3 C 2.04.

¹³⁴ Krämer/Schmidt, Zuwendungsrecht, C III, S. 2.

Die institutionelle Förderung wird deshalb in der Regel von einer Bedarfsplanung flankiert: Gefördert werden nur Maßnahmeträger, für deren Tätigkeit zuvor ein Bedarf festgestellt wurde.

b) Keine Befugnis zur Angebotssteuerung

Auch die exklusive Bewilligung von Zuwendungen an einzelne Maßnahmeträger berührt jedoch die Berufsfreiheit nicht berücksichtigter Maßnahmeträger und bedarf deshalb einer gesetzlichen Ermächtigung. Als Einschränkung der Berufsfreiheit kommen nicht nur Ge- oder Verbote in Betracht, sondern jede staatliche Maßnahme, die den Wettbewerb beeinflusst und die Ausübung einer beruflichen Tätigkeit behindert.¹³⁵ Das Grundrecht der Berufsfreiheit schützt auch vor staatlichen Eingriffen durch sachlich nicht gerechtfertigte Mittelvergabe an Konkurrenten.¹³⁶ Die der Förderung zugrunde liegenden Bedarfsplanung kann – wie der Abschluss exklusiver Vereinbarungen – sogar einer Beschränkung der Berufswahl nahe kommen. Ob die exklusive Förderung zu einer Wettbewerbsverzerrung führt, die andere Anbieter in ihrer Berufswahlfreiheit beeinträchtigt, ist eine Frage der konkreten Ausgestaltung der Förderung. Eine solche Beeinträchtigung kann z.B. bei institutioneller Förderung in erheblicher Höhe gegeben sein.¹³⁷ Bei ausschließlicher Förderfinanzierung von bestimmten Leistungen durch Sozialleistungsträger mit regionaler Alleinzuständigkeit dürfte die Intensität der Berufswahlregelung immer erreicht sein. Denn es bleibt dann keinerlei Raum für die Leistungserbringung durch Anbieter, die keine Förderung erhalten.

c) Alternative: Projektförderung

§ 17 Abs. 1 Satz 2 SGB II ist eine gesetzliche Ermächtigung zur Angebotssteuerung ebenso wenig zu entnehmen wie § 17 Abs. 2 SGB II. Denn die Berechtigung zur Förderung durch Zuwendungen setzt die Befugnis zur Angebotssteuerung nicht notwendig voraus. Zuwendungen müssen nicht in Form institutioneller Förderung gewährt werden, sie können auch als Projektförderung bewilligt werden. Als Projektförderung werden Zuwendungen zur De-

¹³⁵ BVerfGE 86, 28, 37; BVerwG 13.05.2004, Az. 3 C 2.04, S. 8 (zur Förderung von Pflegeeinrichtungen).

¹³⁶ BSG 28.6.2001, Az.: B 3 P 9/00 R, zitiert nach juris, Rz. 35.

¹³⁷ Vgl. BVerwG 13.05.2004, Az. 3 C 2.04, Seite 9 zur Objektförderung der Investitionskosten von Pflegeeinrichtungen

ckung von Ausgaben des Zuwendungsempfängers für einzelne abgegrenzte Vorhaben bezeichnet. Ein förderfähiges Vorhaben liegt vor, wenn dieses ein bestimmtes Handeln des Zuwendungsempfängers erfordert, das für ihn mit Ausgaben verbunden ist. Das Vorhaben muss zeitlich und inhaltlich abgegrenzt sein, kann sich aber auch über mehrere Jahre erstrecken.¹³⁸ Dem Anliegen, keine nicht bedarfsnotwendigen Einrichtungen zu fördern, kann dabei durch eine Bemessung der Förderung nach dem Grad der tatsächlichen Inanspruchnahme Rechnung getragen werden¹³⁹. Die Projektförderung kann z.B. in Form einer Festbetragsfinanzierung in der Weise bewilligt werden, dass sie auf das Vielfache eines Betrages angesetzt wird, der sich für eine bestimmte Einheit ergibt (z.B. x € pro nachgewiesenem Teilnehmer einer Maßnahme).¹⁴⁰ Bei Maßnahmen, denen die Teilnehmer vom Leistungsträger im Einzelfall zugewiesen werden, kann bei einer Festbetrags(teil-)finanzierung pro Maßnahmeteilnehmer so auf eine Bedarfsplanung im Sinne einer Eingriffsbefugnis verzichtet werden.

Selbst für die institutionelle Förderung verbleibt auch ohne Befugnis zur Angebotssteuerung ein Anwendungsbereich, wenn die ausreichende Versorgung auf der Basis von Vereinbarungen nicht sicherzustellen ist. In diesem Fall kann die Erfüllung der Gewährleistungspflicht des Leistungsträgers nach SGB II eine institutionelle (Teil-)Förderung der Investitionskosten erfordern.

4. Ergebnis

Nach der Systematik des SGB II erfolgt die Einbeziehung Dritter in die Leistungserbringung in der Regel über Vereinbarungen nach § 17 Abs. 2 SGB II. Die ausschließliche Finanzierung über Zuwendungen nach § 17 Abs. 1 Satz 1 scheitert daran, dass Zuwendungen nach dessen eindeutigem Wortlaut ausschließlich an Träger der freien Wohlfahrtspflege erbracht werden können. Die Gewährung von Zuwendungen nach haushaltrechtlichen Grundsätzen an Private scheidet daneben aus. Die Vollfinanzierung von zusätzlichen Arbeitsgelegenheiten über Zuwendungen nach § 17 Abs. 1 Satz 2 SGB II widerspricht dem Haushaltsrecht, wonach die Zuwendungsfinanzierung in der Regel als Teilfinanzierung auszugestaltet ist. Die Förderung nach § 17 Abs. 1 Satz 2 SGB II ist grundsätzlich wettbewerbsneutral

¹³⁸ Krämer/Schmidt, Zuwendungsrecht, C III, S. 1.

¹³⁹ BVerwG 13.05.2004, Az. 3 C 2.04, S. 10: „

¹⁴⁰ Krämer/ Schmidt, Zuwendungsrecht, D V, S. 4.

auszugestalten. Die exklusive Förderung verletzt wie der exklusive Abschluss von Vereinbarungen nicht berücksichtigte Maßnahmeträger in ihrem Grundrecht der Berufsfreiheit.

V. Die Stellung kommunaler Maßnahmeträger

Für kommunale Maßnahmeträger bestehen besondere Regelungen. Zu nennen sind insbesondere das Zurückhaltungsgebot des § 17 Abs. 1 Satz 1 SGB II und die besonderen Vereinbarungen nach § 18 Abs. 3 SGB II.

1. Reichweite des Vorrangs Dritter

Nach § 17 Abs. 1 Satz 1 SGB II sollen die zuständigen Träger der Leistungen zur Eingliederung in Arbeit eigene Einrichtungen nicht neu schaffen, soweit geeignete Einrichtungen und Dienste Dritter vorhanden sind, ausgebaut oder in Kürze geschaffen werden können. In der ursprünglichen Fassung des Gesetzesentwurfs war Adressat dieses Zurückhaltungsgebotes ausschließlich die Bundesagentur. Es sollte nach der Gesetzesbegründung gegenüber kommunalen Trägern, Trägern der freien Wohlfahrtspflege und sonstigen Trägern bestehen.¹⁴¹ Auch kommunale Träger hätten nach dem ursprünglichen Gesetzentwurf also „Dritte“ im Sinne des § 17 Abs. 1 Satz 1 SGB II sein können.

Nach dem Konzeptionswechsel im Vermittlungsausschuss zu einer zwischen Bundesagentur und Kommunen aufgeteilten Trägerschaft wurde der Begriff der „Bundesagentur“ jedoch mit dem Optionsgesetz durch den Begriff der „zuständigen Träger der Leistungen nach diesem Buch“ ersetzt.¹⁴² Deshalb sind nun auch die Kommunen Adressaten des Zurückhaltungsgebotes in § 17 Abs. 1 Satz 1 SGB II. Daher können sie – entgegen der ursprünglichen Konzeption des Gesetzentwurfs – nun nicht mehr gleichzeitig Dritte im Sinne der Vorschrift sein.

Der Vorrang Dritter gilt jedoch nicht unbegrenzt. Der zuständige Leistungsträger soll Einrichtungen lediglich nicht neu schaffen; bestehende Einrichtungen und

¹⁴¹ BT-Drucks. 15/1516, S. 55.

¹⁴² BGBl. I 2004, 2014.

Dienste werden von § 17 Abs. 1 Satz 1 SGB II also nicht erfasst. Kommunale Träger sind nicht gezwungen, ihre Einrichtungen und Dienste zu schließen.

2. Förderung kommunaler Träger?

Soweit die Leistungserbringung durch kommunale Träger angesichts des Zurückhaltungsgebotes des § 17 Abs. 1 Satz 1 SGB II zulässig ist, können sie auch nicht über Zuwendungen finanziert werden. Denn die Förderung kommunaler Träger scheitert zum einen wie die Förderung privat-gewerblicher Träger am Wortlaut des § 17 Abs. 1 Satz 2 SGB II, der eine Förderung lediglich für Träger der freien Wohlfahrtspflege vorsieht. Für die Einbeziehung kommunaler Träger in die Leistungserbringung hat der Gesetzgeber in § 18 Abs. 3 SGB II zum anderen ausdrücklich den Abschluss von Vereinbarungen vorgesehen.

3. Einbeziehung von Einrichtungen in kommunaler Trägerschaft durch Vereinbarung nach § 18 Abs. 3 SGB II

Einrichtungen und Dienste kommunaler Träger sind durch den Abschluss von Vereinbarungen nach § 18 Abs. 3 SGB II in die Leistungserbringung einzubeziehen. Damit wird zwar an die Vereinbarungen mit Dritten nach § 17 Abs. 2 SGB II angeknüpft.¹⁴³ Nachdem die kommunalen Träger als Träger der Grundsicherung jedoch keine Dritten mehr sind, wird man § 18 Abs. 3 SGB II jedoch nicht mehr als bloße Ergänzung des § 17 Abs. 2 SGB II ansehen können. Es handelt sich nun vielmehr um eine eigenständige Rechtsgrundlage für den Abschluss von Vereinbarungen mit kommunalen Trägern. Auch in der Mindestanforderungs-Verordnung nach § 18 Abs. 3 SGB II¹⁴⁴ ist zudem lediglich von Vereinbarungen über das Erbringen von Leistungen zur Eingliederung in Arbeit die Rede, nicht von Vereinbarungen nach § 17 Abs. 2 SGB II.

Vereinbarungen nach § 18 Abs. 3 SGB II „soll“ die Bundesagentur mit kommunalen Trägern abschließen, wenn diese den durch Rechtsverordnung festgelegten Mindeststandards entsprechen. Die Vorschrift wurde auf Wunsch der die Interessen der kommunalen Gebietskörperschaften vertretenden Länder in das Gesetz aufge-

¹⁴³ Münder, in: LPK-SGB II, § 18 Rz. 7.

¹⁴⁴ Vom 4.11.2004, BGBl. I S. 2768.

nommen.¹⁴⁵ Sie war schon im Gesetzentwurf enthalten, als noch eine ausschließliche Trägerschaft der Bundesagentur für Arbeit geplant war.¹⁴⁶ Da die kommunalen Träger inzwischen zu Leistungsträgern des SGB II und damit selbst zu Adressaten des Zurückhaltungsgebots des § 17 Abs. 1 Satz 1 SGB II wurden, ist sie restriktiv auszulegen. Vereinbarungen mit kommunalen Trägern kommen nur dann in Frage, wenn Einrichtungen und Dienste kommunaler Träger bereits bestehen. Die Schaffung neuer Einrichtungen und Dienste durch kommunale Träger ist nach § 17 Abs. 1 Satz 1 SGB II dagegen nur zulässig, wenn entsprechende Einrichtungen und Dienste nicht durch frei-gemeinnützige oder durch privat-gewerbliche Träger in ausreichender Menge angeboten werden oder neu geschaffen werden können. Nur wenn dies nicht der Fall ist, greift die Soll-Vorschrift des § 18 Abs. 3 SGB II, die dann faktisch zum Vorrang kommunaler Träger gegenüber Eigeneinrichtungen der Bundesagentur führt.

4. Vergabefreie Ausgestaltung der Vereinbarungen nach § 18 Abs. 3 SGB II?

Nach der § 1 der Mindestanforderungs-Verordnung nach § 18 Abs. 3 SGB II soll die Einbeziehung von kommunalen Trägern ausdrücklich ohne Vergabeverfahren erfolgen. Dies ist nur dann zulässig, wenn Vereinbarungen nach § 18 Abs. 3 SGB II wie Vereinbarungen nach § 17 Abs. 2 SGB II den Charakter einer Dienstleistungskonzession haben, also keine Belegungsgarantie beinhalten. Denn bei Ausgestaltung als öffentliche Aufträge mit Belegungsgarantie müssten auch Vereinbarungen nach § 18 Abs. 3 SGB II ausgeschrieben werden. Denn der nationale Gesetzgeber verstieße mit einem gesetzlich vorgeschriebenen Vertragsabschluss mit kommunalen Trägern ohne wettbewerbsrechtliche Ausschreibung gegen europäisches Sekundärrecht in Gestalt der Richtlinie über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge 2004/18/EG und gegen europäisches Primärrecht in Gestalt der Dienstleistungsfreiheit.

Eine Unterscheidung der Art, dass Vereinbarungen mit frei-gemeinnützigen Trägern und privat-gewerblichen Auftragnehmer ausgeschrieben werden, Vereinbarungen mit kommunalen Trägern jedoch ohne Ausschreibung abgeschlossen werden ist nicht zulässig. Nach europäischem Vergaberecht spielt die Tatsache, dass der Auftragnehmer selbst ein öffentlicher Auftraggeber ist, bei der Frage, ob ein öffentlicher

¹⁴⁵ Münder, in LPK-SGB II, § 18 Rz. 6.

¹⁴⁶ BT-Drucks. 15/1516, S. 14.

Auftrag ausgeschrieben werden muss, keine Rolle.¹⁴⁷ Die Auftragsvergabe an einen anderen öffentlichen Träger unterliegt als vergabefreies In-House-Geschäft nach der Rechtsprechung des EuGH nur dann nicht dem Vergaberecht, wenn der Auftraggeber über den Auftragnehmer die Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen, und wenn der Auftragnehmer im Wesentlichen nur für diesen Auftraggeber tätig ist.¹⁴⁸ Beide Voraussetzung treffen auf kommunale Einrichtungsträger im Verhältnis zur Bundesagentur bzw. der ARGE nicht zu: Kommunale Träger sind keine Zweigstellen der Bundesagentur. Kommunen haben nicht nur eigenständige Entscheidungsgewalt, die kommunale Selbstverwaltung ist sogar verfassungsrechtlich besonders geschützt. Die Annahme, die Bundesagentur könne über Kommunale Träger eine Kontrolle ausüben, wie über eine eigene Dienststelle, ist daher abwegig. Der vergaberechtsfreie Abschluss der Vereinbarungen nach § 18 Abs. 3 SGB II lässt sich nur bei einer Ausgestaltung der Vereinbarungen als vergabefreie Dienstleistungskonzession ohne Belegungsgarantie rechtfertigen.

5. Vorrang öffentlicher Träger im Rahmen von Dienstleistungskonzessionen?

Auch Vereinbarungen nach § 18 Abs. 3 SGB II dürfen nicht als exklusive Vereinbarungen abgeschlossen werden, da durch den exklusiven Abschluss in die Berufsfreiheit nicht berücksichtigter frei-gemeinnütziger und privat-gewerblicher Träger eingegriffen würde.¹⁴⁹ Auch dieses Ergebnis wird durch das europäische Recht bestätigt: Denn auch wenn es sich bei Vereinbarungen nach § 18 Abs. 3 SGB II um exklusive Dienstleistungskonzessionen handeln würde, dürfte lediglich auf die Vergabe nach GWB, jedoch nicht völlig auf Wettbewerb und Transparenz verzichtet werden. Unmittelbar aus dem EG-Vertrag (EGV), also aus dem europäischen Primärrecht, ergeben sich nach der Rechtsprechung des EuGH auch für Dienstleistungskonzessionen Ausschreibungs- und Transparenzpflichten. Diese folgen aus der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (Art. 43 und 49 EGV) und dem Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 12 EGV).¹⁵⁰ Nur wenn der Abschluss von Vereinbarungen nach § 18 Abs. 3 SGB II andere Leistungserbringer nicht von der Leistungserbringung ausschließt und frei-gemeinnützige und privat-gewerbliche Dritte beim Abschluss von Vereinbarungen

¹⁴⁷ EuGH 18.11.1999, C-107/98 (Teckal); Rz. 51.

¹⁴⁸ EuGH 18.11.1999, C-107/98 (Teckal); Rz. 51; 11.01.2005, C 26/03 (Stadt Halle), Rz. 49.

¹⁴⁹ hierzu oben, B.III.2.

¹⁵⁰ EuGH 21.07.2005, C-231/03 (Coname), Rz. 28; EuGH 13.10.2005, C-458/03 (Parking Brixen GmbH), Rz 46 ff.

nach § 17 Abs. 2 SGB II mit kommunalen Trägern gleichbehandelt werden, ist der völlige Verzicht auf eine öffentliche Ausschreibung der Vereinbarungen nach § 18 Abs. 3 SGB II europarechtskonform.

6. Ergebnis

Kommunale Maßnahmeträger können grundsätzlich nur dann in die Leistungserbringung nach SGB II einbezogen werden, wenn die kommunalen Einrichtungen und Dienste bereits bestehen. Neue kommunale Einrichtungen dürfen nur geschaffen werden, soweit frei-gemeinnützige oder privat-gewerbliche Träger ein ausreichendes Angebot nicht gewährleisten können.

Vereinbarungen mit kommunalen Trägern über die Erbringung von Leistungen nach § 18 Abs. 3 SGB II dürfen wie Vereinbarung nach § 17 Abs. 2 SGB II mit Dritten nicht als exklusive Vereinbarung unter Ausschluss anderer Träger abgeschlossen werden. Werden sie in Abweichung hiervon als öffentliche Aufträge mit Belegungsgarantie ausgestaltet, so müssen sie nach europäischem Vergaberecht ausgeschrieben werden.

VI. Zusammenfassung

Unter den drei Grundmodellen, die für die Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen für § 16 Abs. 3 Satz 2 SGB II in Frage kommen, ist nur das sozialrechtliche Dreieck umfassend zulässig. Mangels Befugnis zur Bedarfssteuerung scheidet die Durchführung förmlicher Vergabeverfahren nach §§ 97 ff. GWB dagegen aus. Die Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen über das Förderrecht ist nur ausnahmsweise erlaubt, wenn andernfalls keine ausreichende Zahl von Maßnahmeplätzen bereitgestellt werden kann.

Damit haben alle geeigneten Maßnahmeträger Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über den Abschluss einer Vereinbarung nach § 17 Abs. 2 SGB II. Insbesondere mangelnden Bedarf brauchen sie sich in diesem Zusammenhang nicht entgegenhalten zu lassen. Umgekehrt können Sie von den Leistungsträgern aber auch keine Auslastungsgarantie für ihre Maßnahmeplätze verlangen. Die Leistungsträger haben im

Rahmen ihrer „Zuweisungen“ lediglich die einschlägigen Rechtsvorschriften, insbesondere das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsempfänger, zu beachten.

Kommunale Maßnahmeträger dürfen von den Leistungsträgern nicht bevorzugt werden. Ihre Neugründung ist zudem nur im Mangelfalle zulässig. Selbst wenn man – anders als hier vertreten – die Auswahl der Maßnahmeträger durch förmliche Vergabeverfahren als zulässig ansehen wollte, wären die kommunalen Träger darin einzubeziehen und nicht etwa außerhalb der Vergabe mit Maßnahmeplätzen zu „versorgen“.

C.

Die Hamburger Verfahren zur Finanzierung von zusätzlichen Arbeitsgelegenheiten nach § 16 Abs. 3 Satz 2 SGB II – rechtliche Zulässigkeit und Rechtsschutz

Aufgrund der bisherigen Ergebnisse kann nun die konkrete Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen in den Hamburger Verfahren beurteilt werden, und es können geeignete Rechtsmittel aufgezeigt werden.

I. Unzulässigkeit der Zuwendungsfinanzierung und Verpflichtung auf das sozialrechtliche Dreieck

Die Finanzierung von zusätzlichen Arbeitsgelegenheiten in der Freien und Hansestadt Hamburg erfolgt formell durch Bewilligung von Zuwendungen an Maßnahmeträger. Der Bewilligung geht allerdings ein vergabeähnlich formalisiertes Verfahren in Form einer „öffentlichen Aufforderung zur Abgabe einer Interessenbekundung“/„eines Projektvorschlags“ voraus.¹⁵¹ Dabei wird – anders als in dem von der Bundesagentur favorisierten Antrags-/Bewilligungsverfahren – eine Angebotssteuerung praktiziert: Die Zahl der zu bewilligenden zusätzlichen Arbeitsgelegenheiten ist von vorneherein begrenzt. Die Auswahl unter den verschiedenen Projektvorschlägen erfolgt zu einem Stichtag.

Zwar kann die Zuwendungsfinanzierung nach den bisherigen Ergebnissen ausnahmsweise zulässig sein (oben B.IV.4). Das Hamburger Modell der Zuwendungsfinanzierung kann sich auf eine solche Ausnahme aber nicht berufen. Es ist vielmehr unter mehreren Gesichtspunkten unzulässig.

1. Unzulässigkeit der Förderung privat-gewerblicher Träger

In sämtlichen Hamburger Verfahren zur Schaffung von zusätzlichen Arbeitsgelegenheiten mit Mehraufwandsentschädigung war ausdrücklich auch eine Förderung

¹⁵¹ Hierzu ausführlich oben unter A.I.

nicht gemeinnütziger Träger vorgesehen.¹⁵² Zuwendungen dürfen nach § 17 Abs. 1 Satz 1 SGB II jedoch ausschließlich an Träger der freien Wohlfahrtspflege erbracht werden. Die Gewährung von Zuwendungen nach haushaltrechtlichen Grundsätzen an privat-gewerbliche Träger scheidet daneben aus (oben B.IV.1).

2. Unzulässigkeit der Vollfinanzierung über Zuwendungen

In allen Hamburger Verfahren zur Schaffung von zusätzlichen Arbeitsgelegenheiten mit Mehraufwandsentschädigung sollten zudem sämtliche Kosten des Projekts inklusive der vom Träger an die Beschäftigten auszahlenden Mehraufwandsentschädigung gedeckt werden.¹⁵³ Dies sollte durch die zu bewilligende Fallkostenauschale geschehen. Eine solche Vollfinanzierung von zusätzlichen Arbeitsgelegenheiten über Zuwendungen nach § 17 Abs. 1 Satz 2 SGB II widerspricht der Systematik des SGB II und dem Haushaltsrecht, wonach die Zuwendungsfinanzierung in der Regel als Teilfinanzierung auszugestalten ist (vgl. B.IV.2).

3. Unzulässigkeit der exklusiven Förderung

In den Hamburger Verfahren wurden Zuwendungen zur Schaffung von zusätzlichen Arbeitsgelegenheiten exklusiv an eine bestimmte Anzahl von Maßnahmeträgern vergeben. Teilnehmer wurden ausschließlich diesen Maßnahmeträgern zugewiesen. Diese Ausgestaltung der Förderung ist nicht wettbewerbsneutral. Die exklusive Vergabe von Zuwendungen hat keine gesetzliche Grundlage und verletzt schon deshalb nicht berücksichtigte Maßnahmeträger in ihrer Berufsfreiheit (oben B.IV.3).

4. Keine Rechtfertigung durch den „stadtpolitischen Nutzen“

Zusammenspiel und Abgrenzung der Schaffung von Arbeitsgelegenheiten einerseits und zusätzlichem stadtpolitischen Nutzen andererseits erscheinen im Hamburger Modell unter mehreren Gesichtspunkten sinnvoll gelöst. Dies darf aber nicht über den Umstand hinwegtäuschen, dass auch die Sicherstellung stadtteilbezogener Projekte keine Angebotssteuerung rechtfertigt.

¹⁵² Öffentliche Aufforderung Verfahren 10/2005, S. 4; Öffentliche Aufforderung Verfahren 05/2005, S. 3.; Aufforderung Verfahren 10/2004, S. 7.

¹⁵³ Aufforderung Verfahren 10/2004, S. 1; Öffentliche Aufforderung Verfahren 05/2005, S. 1.

a) Zweck der gesonderten Förderung des stadtpolitischen Nutzens

Alle zusätzlichen Arbeitsgelegenheiten nach § 16 Abs. 3 Satz 2 SGB II müssen „im öffentlichen Interesse“ liegen. Dieser unbestimmte Rechtsbegriff wird in § 261 Abs. 3 SGB III gesetzlich definiert.¹⁵⁴ Arbeiten liegen danach im öffentlichen Interesse, wenn das Arbeitsergebnis der Allgemeinheit dient. Arbeiten, deren Ergebnis überwiegend erwerbswirtschaftlichen Interessen oder den Interessen eines beschränkten Personenkreises dient, liegen nicht im öffentlichen Interesse. Nicht alle Arbeiten, die im öffentlichen Interesse liegen, erfordern jedoch den gleichen finanziellen Aufwand im Hinblick auf Betriebskosten und notwendige Infrastruktur. Werden erwerbsfähige Hilfebedürftige z.B. in einer Schul- und Stadtteilkantine eingesetzt, um Schulen in sozialen Brennpunkten mit Schulessen zu beliefern und unterversorgten Schüler/innen adäquate Mahlzeiten anbieten zu können, so ist hierfür ein wesentlich höherer Aufwand für Infrastruktur erforderlich als bei einer Beschäftigung mit Straßenreinigungsarbeiten. Werden einheitliche Fallkostenpauschalen gewährt oder orientiert sich die Vergabe von Maßnahmeplätzen an der Höhe der Fallkostenpauschale, so ist die Durchführung solcher kostenaufwändiger Maßnahmen gefährdet.

Das Hamburger Finanzierungsmodell für zusätzliche Arbeitsgelegenheiten sieht in diesen Fällen die Möglichkeit der Förderung eines stadtpolitischen Nutzens vor. Die Förderung erfolgt zusätzlich zur Fallkostenpauschale. Sie entlastet die Fallkostenpauschale von zusätzlichen Kosten, die jenseits des Einsatzes und der Anleitung von erwerbsfähigen Hilfebedürftigen z.B. aufgrund von Sachaufwand oder aufgrund der für die Erzielung des stadtpolitischen Nutzens notwendigen Infrastruktur entstehen.

b) Vorteile der gesonderten Förderung

Die Unterscheidung zwischen den Kosten für Einsatz und Anleitung von erwerbsfähigen Hilfebedürftigen und den Kosten, die aufgrund des für die Erzielung des gewünschten stadtpolitischen Nutzens entstehen, ist grundsätzlich sinnvoll. Sie führt zu höherer Transparenz und zu besserer Vergleichbarkeit der Fallkostenpauschalen.

¹⁵⁴ Voelzke, in: Hauck/Noftz, SGB II, § 16 Rz. 60.

c) Keine Rechtfertigung der Angebotssteuerung

Die Sicherstellung stadtteilbezogener Projekte rechtfertigt jedoch keine Angebotssteuerung bei der Schaffung zusätzlicher Arbeitsgelegenheiten. Zwar mag es verlockend sein, die Finanzierung politisch gewünschter Projekte dadurch günstiger zu gestalten, dass zusätzliche Arbeitsgelegenheiten ausschließlich oder bevorzugt in diesen Projekten geschaffen werden. Zusätzliche Arbeitsgelegenheiten sind jedoch Leistungen zur Eingliederung in Arbeit. Bei der Bewilligung von zusätzlichen Arbeitsgelegenheiten an erwerbsfähige Hilfebedürftige darf deshalb nicht der stadtpolitische Nutzen der Maßnahme im Vordergrund stehen, ausschlaggebend ist vielmehr die Geeignetheit der Maßnahme zur individuellen Förderung der Beschäftigung. Im Zentrum der Ermessenserwägungen müssen die Leistungsgrundsätze der §§ 1 und 3 SGB II stehen. Das Kriterium des öffentlichen Interesses dient lediglich der Abgrenzung zum allgemeinen Arbeitsmarkt (oben B.II.2.b).

Die Förderung stadtpolitisch gewünschter Projekte kann deshalb zwar mit der Bewilligung zusätzlicher Arbeitsgelegenheiten kombiniert werden. Wenn erwerbsfähige Hilfebedürftige eine Beschäftigung in einem entsprechenden Projekt wählen und durch eine solche Beschäftigung deren individuelle Eingliederungschancen gefördert werden können, so ergibt sich durch die zusätzliche Arbeitsgelegenheit ein zusätzlicher Nutzen. Solche Zweckmäßigkeitserwägungen jenseits des eigentlichen Eingliederungsziels ersetzen jedoch weder die fehlende gesetzliche Grundlage für die Angebotssteuerung bei der Einrichtung von zusätzlichen Arbeitsgelegenheiten, noch sind sie in der Lage, objektive Zulassungsbeschränkungen für potentielle Anbieter von zusätzlichen Arbeitsgelegenheiten zu rechtfertigen.

d) Alternativen

Unproblematisch wäre die Finanzierung der Kosten des stadtpolitischen Nutzens über Vergütungsvereinbarungen nach § 17 Abs. 2 Nr. 2 SGB II. Danach kann sich die Vergütung aus Pauschalen und Beträgen für einzelne Leistungsbereiche zusammensetzen. Allerdings handelt es sich hierbei um Aufwendungen, die nicht in erster Linie durch die zusätzliche Beschäftigung von erwerbsfähigen Hilfebedürftigen entstehen, sondern durch den angestrebten stadtpolitischen Nutzen des Projekts. Es stellt sich deshalb die Frage, ob diese Kosten überhaupt in den Zuständigkeitsbereich der ARGE fallen. Dasselbe gilt bei ei-

ner teilnehmerbezogenen Projektförderung durch die ARGE im Rahmen einer Teilfinanzierung (vgl. IV.3.c). Diese Problematik wird durch das freiwillige finanzielle Engagement der Stadt Hamburg bei der Finanzierung von Zusatzjobs jedoch entschärft.

Sachgerechter dürfte dennoch die unmittelbare Förderung von Projekten mit stadtpolitischem Nutzen durch die Freie und Hansestadt Hamburg sein. Eine solche Förderung von stadtteilbezogenen Projekten könnte auch im Rahmen einer nutzerbezogenen Projektförderung (z.B. Zuschuss zu jeder in der Schul- und Stadteilkantine ausgegebenen Mahlzeit) erfolgen. Soweit eine solche nutzerbezogene Abrechnung nicht möglich ist, könnte die (Teil-)Finanzierung auch im Wege der institutionellen Förderung erfolgen. Auch eine Förderung von Investitionskosten einzelner Einrichtungen könnte gerechtfertigt sein, wenn sich andernfalls eine Realisierung des angestrebten stadtpolitischen Nutzens nicht erreichen lässt.

5. Ergebnis

Im Ergebnis bleibt es auch für die konkrete Hamburger Ausgestaltung dabei: Die Leistungsbeziehungen sind nach dem Vorbild des sozialrechtlichen Dreiecks zu gestalten. Jedem geeigneten Träger kommt ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über den Abschluss der Vereinbarung nach § 17 Abs. 2 SGB II zu.

II. Hilfsweise: Unzulässige De-Facto-Vergabe

Nach den bisherigen Ergebnissen sind die Leistungsträger weder verpflichtet noch befugt, die Maßnahmeträger im Wege förmlicher Vergabeverfahren auszuwählen (oben B. III). Im sozialrechtlichen Dreieck kann vielmehr jeder Maßnahmeträger eine sachgerechte Entscheidung über sein Angebot verlangen, und zwar ohne Berücksichtigung von Bedarfserwägungen.

Selbst wenn dieses Ergebnis jedoch nicht geteilt wird, bestehen rechtliche Bedenken gegen das Hamburger Modell. Denn bei der Hamburger Variante der Zuwendungsfinanzierung könnte es sich darüber hinaus um eine „verkappte“ Beschaffung durch die ARGE Hamburg, also um eine de-facto-Vergabe im Gewande der Förderung handeln.

1. Anwendbarkeit des Vergaberechts bei öffentlichen Aufträgen

Immer dann, wenn materiellrechtlich ein öffentlicher Auftrag vorliegt und der Schwellenwert überschritten ist, ist zwingend ein Vergabeverfahren nach GWB durchzuführen. Denn interessierte Bieter haben nach § 97 Abs. 7 GWB einen Anspruch darauf, dass öffentliche Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhalten. Ihren Anspruch auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren können Unternehmen im Nachprüfungsverfahren nach §§ 107 ff. GWB geltend machen. Mittels Nachprüfungsantrag kann – als besonders schwerwiegender Vergaberechtsfehler - auch das rechtswidrige Unterlassen eines Vergabeverfahrens angefochten werden.¹⁵⁵ Ein Nachprüfungsantrag ist also auch dann zulässig, wenn ein öffentlicher Auftraggeber zu Unrecht kein Vergabeverfahren durchführt, obwohl ein öffentlicher Auftrag erteilt werden soll.¹⁵⁶ Der Nachprüfungsantrag erfordert kein förmliches Vergabeverfahren, die Rechtsprechung hat vielmehr ein materiellrechtliches Verständnis des Begriffs des Vergabeverfahrens entwickelt. Danach ist der Antrag bereits dann zulässig, wenn sich der öffentliche Auftraggeber zur Deckung eines Bedarfs zur Beschaffung von Waren-, Bau- oder Dienstleistungen entschlossen hat und mit organisatorischen und /oder planerischen Schritten beginnt, zu regeln, auf welche Weise und mit welchen gegenständlichen Leistungsanforderungen das Beschaffungsvorhaben eingeleitet und durchgeführt und wie die Person oder der Personenkreis des oder der Leistenden ermittelt und ausgewählt werden soll.¹⁵⁷

Laut OLG Düsseldorf müssen diese Aktivitäten zwar auf einen Vertragschluss gerichtet sein.¹⁵⁸ Bei richtlinienkonformer Auslegung des nationalen Vergaberechts kann es jedoch nicht darauf ankommen, ob die Beschaffung im Wege eines Vertragsschlusses oder rechtsmissbräuchlich im Wege einer Bewilligung von „Zuwendungen“ durch Verwaltungsakt erfolgt. Sähe man dies anders, so läge es in der Hand des Auftraggebers, sich durch die Ausgestaltung als Zuwendungsfinanzierung

¹⁵⁵ BT-Drucks. 13/9340, S. 17.

¹⁵⁶ Reidt, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 2. Aufl. 2003, § 107 Rz. 13a.

¹⁵⁷ OLG Düsseldorf, 20.06.2001, Verg 3/01, zitiert nach juris, Rz. 99; ähnlich OLG Jena, 22.11.2000, 6 Verg 8/00.

¹⁵⁸ A.a.O.

den Verpflichtungen der EG-Richtlinien zum Vergaberecht zu entziehen. Dies widerspräche dem allgemeinen europarechtlichen Umgehungsverbot, das in Art. 9 Abs. 3 der Richtlinie 2004/18/EGH zum Ausdruck kommt.¹⁵⁹

2. Abgrenzung Zuwendung - Beschaffung

Bei idealtypischer Betrachtung sind die Grenzen zwischen Zuwendungsfinanzierung und Vereinbarungsrecht klar bestimmt: Die Zuwendung erfolgt ohne marktmäßige Gegenleistung zur Förderung eines im öffentlichen Interesse liegenden Zwecks. Da der freie Träger an der Aufgabenerfüllung ein Eigeninteresse hat, ist regelmäßig eine Eigenleistung des Zuwendungsempfängers erforderlich. Dagegen sind Vereinbarungen regelmäßig auf eine Vollfinanzierung gerichtet. Die vereinbarten Vergütungen sind Gegenleistungen für die Leistungen, die im Dreiecksverhältnis dem Leistungsberechtigten, im Einkaufsmodell dem Leistungsträger erbracht werden. Bei Zuwendungsfinanzierung ohne Eigenanteil des geförderten Trägers verschwimmen diese Grenzen. Je nach Ausgestaltung der Förderung kann sich die formelle Zuwendung durch Verwaltungsakt materiell als eine Beschaffung eines öffentlichen Auftraggebers erweisen. Bei der Unterscheidung von Förderung und öffentlichen Aufträgen gilt der Grundsatz: Je stärker die Anforderungen an die Gegenleistung des Mittelempfängers präzisiert werden, desto mehr spricht die Vermutung für das Vorliegen eines öffentlichen Auftrags.¹⁶⁰

3. Die Hamburger Verfahren als de-facto-Vergabe

Die Frage, ob es sich bei den Hamburger Verfahren um eine de-facto-Vergabe gehandelt hat, kann also nicht allein deshalb verneint werden, weil in den öffentlichen Aufforderungen zur Abgabe einer „Interessenbekundung“ bzw. eines „Projektvorschlags“ ausdrücklich von „Antrags/Bewilligungsverfahren“ die Rede war. Auch die ausdrückliche Aussage, dass die Einbeziehung Dritter bei der Schaffung von Arbeitsgelegenheiten „nicht im Vergabeweg“ erfolge, sondern durch „rechts-

¹⁵⁹ Vgl. OLG Brandenburg, 03.08.1999, 6 Verg1/99 zitiert nach juris Rz. 119, zur Herleitung des europarechtlichen Umgehungsverbot aus Art. 6 Abs. 4 der Baukoordinationsrichtlinie. Das dort geregelte Umgehungsverbot durch Aufteilung von Aufträgen fand sich auch in Art. 7 Abs. 3 der Dienstleistungskoordinationsrichtlinie. Die Regelung findet sich nun in Art. 9 Abs. 3 der Richtlinie zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge 2004/18/EG.

¹⁶⁰ Luthe, in: Hauck/Noftz, SGB II, § 17 Rz. 42; so schon Schellhorn, BSHG, 16. Aufl. § 10 Rz. 20c (zur Unterscheidung zwischen Zuwendungsvertrag und Leistungsvertrag).

behelfsfähige Bewilligung des Antrags eines Trägers auf Förderung einer Arbeitsgelegenheit durch die Arbeitsgemeinschaft¹⁶¹, lässt lediglich die Absicht der Behörde für Wirtschaft und Arbeit bzw. der ARGE erkennen, kein förmliches Vergabeverfahren durchzuführen. Ob dies rechtlich zulässig war, muss gerade Gegenstand der materiellrechtlichen Betrachtung sein.

Die Bewilligung der Zuwendungen erfolgte durch Bewilligungsbescheid Die Behörde für Wirtschaft und Arbeit der Freien und Hansestadt Hamburg bewilligte darin im Auftrag und mit Vollmacht der ARGE entsprechend dem Förderantrag „pauschale Förderleistungen zur Schaffung von Aktivjobs nach § 16 Abs. 3 Satz 2 SGB II“¹⁶². Der Förderbescheid enthielt Angaben zur Anzahl der Teilnahmeplätze, zum Förderzeitraum, zur monatlichen Fallpauschale je Teilnahmeplatz, zur Maßnahmedauer je Aktivjob und den bewilligten „Förderbetrag für Maßnahmekosten“, der sich aus dem Produkt aus Plätzen, Pauschale und Förderdauer ergibt. Auf den ersten Blick handelte es sich damit um eine Förderung durch Zuwendungen in Form von teilnehmerbezogenen Festbeträgen, deren Höhe nach oben durch die Festlegung von Plätzen und Förderdauer begrenzt war.

Zweifel an dieser Sichtweise ergeben sich nicht nur aus der Vollfinanzierung der Maßnahmekosten ohne Eigenanteil des jeweiligen Trägers, sondern auch aus vielen anderen Details der Auswahlverfahren. Die öffentlichen Aufforderungen zur Abgabe einer „Interessenbekundung“ bzw. eines „Projektvorschlags“ sowie die beigefügten „Richtlinien für die Auswahl von Trägern für Team.Arbeit.Hamburg-Maßnahmen“ enthalten eine Vielzahl von Elementen, die eher auf eine Beschaffung von Leistungen durch die ARGE bei interessierten Dritten hindeuten.

Ein erster Hinweis in diese Richtung ergibt sich bereits aus der Überschrift der Veröffentlichung des Verfahrens 10/2004. Diese lautete „Aufforderung zur Abgabe einer Interessenbekundung“. Die Begrifflichkeit deutet auf ein Interessenbekundungsverfahren nach 7 Abs. 2 BHO, § 7 Abs. 3 LHO Hamburg. Auch das Verfahren 05/2005 wurde, obwohl die Aufforderung zur Beteiligung an diesem Verfahren unter der Überschrift „Öffentliche Aufforderung zur Abgabe eines Projektvorschlags“ erfolgte, in Schreiben der BWA später als „Interessenbekundungsverfahren zur Einrichtung von Arbeitsgelegenheiten“ bezeichnet. Nach § 7 Abs. 2 BHO, § 7

¹⁶¹ Öffentliche Aufforderung zum Verfahren 10/2005, S. 3; Öffentlicher Aufforderung zum Verfahren 05/2005, S. 3; Aufforderung zum Verfahren 10/2004, S. 7.

¹⁶² Bewilligungsbescheid im Verfahren 05/2005.

Abs. 3 LHO Hamburg ist privaten Anbietern durch Interessenbekundungsverfahren in geeigneten Fällen die Möglichkeit zu geben, darzulegen, ob und inwieweit sie staatliche Aufgaben oder öffentlichen Zwecken dienende wirtschaftliche Tätigkeiten nicht ebenso gut oder besser erbringen können. Nach den Verwaltungsvorschriften zur BHO kommt ein Interessenbekundungsverfahren bei der Planung neuer und der Überprüfung bestehender Maßnahmen oder Einrichtungen in Betracht. „Es erfordert eine Erkundung des Marktes nach wettbewerblichen Grundsätzen. Das Ergebnis der Markterkundung ist mit den sich bietenden staatlichen Lösungsmöglichkeiten zu vergleichen, um eine wirtschaftliche Bewertung zu gewährleisten. „Das Interessenbekundungsverfahren ersetzt nicht das Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge. Wenn das Interessenbekundungsverfahren ergibt, dass eine private Lösung voraussichtlich wirtschaftlich ist, ist ein Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge durchzuführen.“¹⁶³ Schon die Bezeichnung als Interessenbekundungsverfahren weist damit in Richtung eines Beschaffungsvorgangs im Sinne des Vergaberechts.

Die Beschäftigung in zusätzlichen Arbeitsgelegenheiten wird außerdem als „Leistung“ bezeichnet, die innerhalb Hamburgs zu erbringen sei.¹⁶⁴ Der Maßnahmeträger hat sich gegenüber dem Teilnehmer „zur Einhaltung einer zu treffenden gegenseitigen Vereinbarung“ zu verpflichten.¹⁶⁵ Auch die Tatsache, dass Projektvorschlägen für Kooperationsarbeitsplätze eine Verpflichtungserklärung des Kooperationspartners beizufügen war, „in der sich dieser verpflichtet, im Falle des Zuschlags die im Angebot genannten Leistungen vollumfänglich zu erbringen“,¹⁶⁶ spricht dafür, dass die Beteiligten auch von einer entsprechenden Verpflichtung des Maßnahmeträgers ausgingen.

Durch die pauschale Zuwendung in Anlehnung an den Festbetrag der Fallkostenpauschale für ABM-Programme sollten sämtliche Kosten des Projekts inklusive der vom Träger an die beschäftigten auszuzahlenden Mehraufwandsentschädigung gedeckt werden.¹⁶⁷ Obwohl damit bereits die Fallkostenpauschale eine Vollfinanzierung darstellen sollte, waren zusätzlich zur Fallkostenpauschale Prämien bei erfolgreicher Vermittlung vorgesehen. Bei Nachweis einer mindestens sechsmonatigen

¹⁶³ VV-Nr. 3 zu § 7 BHO.

¹⁶⁴ Öffentliche Auforderung Verfahren 05/2005, S. 4.

¹⁶⁵ Öffentliche Auforderung Verfahren 05/2005, S. 4.

¹⁶⁶ Öffentliche Auforderung Verfahren 05/2005, S. 5.

¹⁶⁷ Aufforderung Verfahren 10/2004, S. 1; Öffentliche Auforderung Verfahren 05/2005, S. 1.

sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung auf dem regulären Arbeitsmarkt innerhalb eines Zeitraums von acht Monaten nach Maßnahmeende war eine Prämie von 1000 €¹⁶⁸ bis 3000 €¹⁶⁹ vorgesehen. Wechselte ein Hilfebedürftiger während der Maßnahmedauer in eine reguläre Beschäftigung, so sollte die Fallkostenpauschale für die restliche Förderdauer dennoch an den Maßnahmeträger ausgezahlt werden. Die freigewordene Arbeitsgelegenheit sollte dennoch sofort wiederbesetzt werden können und für den neuen Teilnehmer eine neue Fallkostenpauschale gewährt werden.¹⁷⁰ Auch diese Möglichkeit der Doppelabrechnung hatte im Ergebnis den Charakter einer Erfolgsprämie.

Stärkstes Argument für das Vorliegen einer de-facto-Vergabe ist jedoch die Auswahl der Träger nach dem Kriterium des „Preis-Leistungsverhältnis“. In den Richtlinien für die Auswahl von Trägern der ARGE Hamburg¹⁷¹ wird zwar grundsätzlich zwischen „Projektvorschlägen“ und „Angeboten“ unterschieden, unabhängig hiervon werden jedoch auf alle Maßnahmeträger die gleichen Kriterien angewendet. Dazu zählen neben dem Preis-Leistungsverhältnis (u.a. geplante Erfolgsziffern wie Integrationsquote), Prozessqualität, Strukturqualität und Qualitätssicherung. Fristgerecht eingereichte Projektvorschläge/Angebote sollen nach der Richtlinie innerhalb von vier Wochen nach Fristablauf von einem bei der ARGE eingerichteten Auswahlgremium bewertet werden. Diese Bewertung „entscheidet über den Zuschlag.“ Die konkrete Bewertung des Preis-Leistungsverhältnisses erfolgte anhand der aus dem Vergaberecht stammenden UfAB-Formel.¹⁷²

Eine ausdrückliche Belegungsgarantie wurde den Maßnahmeträgern zwar nicht gegeben; die Bewilligungsbescheide sehen vielmehr ausdrücklich vor, dass lediglich besetzte oder als besetzt anerkannte Teilnahmeplätze zu fördern seien.¹⁷³ Gleichzeitig verpflichtete sich die ARGE jedoch zur Sicherstellung einer rechtzeitigen Teilnehmersauswahl und versprach, „in Absprache mit dem Träger eine termingerechten Zuweisung/Ersatzzuweisung einer entsprechenden Anzahl erwerbsfähiger Hilfebedürftiger“ zu organisieren. Die Maßnahmeträger konnten somit von einer tatsächlichen Belegung der Maßnahmeplätze ausgehen.

¹⁶⁸ Aufforderung Verfahren 10/2004, S. 3; Öffentliche Aufforderung Verfahren 05/2005, S. 2.

¹⁶⁹ Öffentliche Aufforderung Verfahren 10/2005, S. 3.

¹⁷⁰ Aufforderung Verfahren 10/2004, S. 3; Öffentliche Aufforderung Verfahren 05/2005, S. 2.

¹⁷¹ Öffentliche Aufforderung Verfahren 05/2005, S. 6.

¹⁷² Z.B. im Verfahren 10/2004.

¹⁷³ Z.B. Bewilligungsbescheid Verfahren 05/2005.

Es wurde auch nicht wie bei einer Dienstleistungskonzession das (ganze oder ganz überwiegende) wirtschaftliche Risiko aus der Erbringung der Leistung auf den Leistungserbringer verlagert. Denn dem vom OLG Düsseldorf entschiedenen Fall aus der Jugendhilfe¹⁷⁴ lag eine Vertragsgestaltung zugrunde, nach der die Leistungsberechtigten ohne Platzzahlbegrenzung der jeweiligen Anbieter die freie Wahl unter verschiedenen Anbietern haben sollten. Dagegen wurden den Maßnahmeträgern in den Hamburger Verfahren zur Finanzierung von zusätzlichen Arbeitsgelegenheiten nach § 16 Abs. 3 Satz 2 SGB II feste Stellenkontingente bewilligt, die nicht überschritten werden durften. Bewilligt ein Sozialleistungsträger fixe Stellenkontingente entsprechend seiner Planung, so wird zugleich ausgeschlossen, dass alle Leistungsberechtigten bevorzugte Maßnahmeträger wählen und andere Maßnahmeträger leer ausgehen. Aus der fixen Kontingentierung folgt vielmehr eine faktische Belegungsgarantie.

Nach alledem handelt es sich bei den Hamburger Verfahren zur Schaffung von zusätzlichen Arbeitsgelegenheiten um eine Leistungsbeschaffung durch die ARGE, also um eine de-facto-Vergabe. Diese hätte ausgeschrieben werden müssen.

III. Bevorzugung der hamburger arbeit gGmbH

Nach hier vertretener Auffassung müssen zusätzliche Arbeitsgelegenheiten grundsätzlich über Vereinbarungen im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis geschaffen und finanziert werden. Die Bevorzugung einzelner Träger durch den Abschluss exklusiver Vereinbarungen oder die Bewilligung exklusiver Förderung ist nicht zulässig. Die Bevorzugung der hamburger arbeit gGmbH ist jedoch auch dann problematisch, wenn man exklusive Vereinbarungen oder Förderung einzelner Träger für zulässig hält.

1. Unzulässigkeit exklusiver Vereinbarungen oder exklusiver Förderung

Die Kooperation von ARGE und hamburger arbeit gGmbH als kommunalem Maßnahmeträger ist nur dann unproblematisch, wenn hierüber Vereinbarungen nach § 18 Abs. 3 SGB II ohne Belegungsgarantie geschlossen werden und Dritten Vereinbarungen gleichen Inhalts nicht vorenthalten werden. Derartige Vereinbarungen

¹⁷⁴ OLG Düsseldorf, 22.09.04, VII – Verg 44/04 (zur Jugendhilfe).

mit kommunalen Maßnahmeträgern sind nach § 17 Abs. 1 Satz 1 SGB II dann zulässig, wenn diese nicht eigens neu gegründet werden. Die Vereinbarungen dürfen dem kommunalen Träger jedoch keine exklusiven Rechte gegenüber anderen Maßnahmeträgern einräumen. Denn exklusive Vereinbarungen mit kommunalen Trägern nach § 18 Abs. 3 SGB II verletzen nicht berücksichtigte Dritte in ihrem Recht auf fehlerfreie Ermessensausübung bei der Entscheidung über eine Vereinbarung nach § 17 Abs. 2 SGB II und in ihrer Berufsfreiheit (oben B.V.6).

Eine Förderung kommunaler Träger scheidet nach dem Wortlaut des § 17 Abs. 1 Satz 2 SGB II (Förderung nur der freien Wohlfahrtspflege) und wegen der ausdrücklichen Verpflichtung auf Vereinbarungen in § 18 Abs. 3 SGB II aus (oben B.V.2). Die exklusive Förderung verletzt zudem nicht berücksichtigte Dritte in ihrer Berufsfreiheit (oben B.IV.4).

2. Hilfsweise: Unzulässigkeit der Bevorzugung im Einkaufsmodell

Die Bevorzugung der hamburger arbeit gGmbH ist aber auch dann problematisch, wenn man – anders als hier vertreten – die Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen im Einkaufsmodell (Anwendung des Vergaberechts) grundsätzlich für zulässig hält.

Exklusive Vereinbarungen mit Belegungsgarantie sind öffentliche Aufträge, die in wettbewerbsrechtlichen Vergabeverfahren ausgeschrieben werden müssen. Exklusive Dienstleistungskonzessionen unterliegen zwar nicht dem Vergaberecht, nach der Rechtsprechung des EuGH ergeben sich jedoch auch für sie Ausschreibungs- und Transparenzpflichten (oben B.V.4, 5).

Eine Bevorzugung der hamburger arbeit gGmbH lässt sich somit auch bei Annahme einer Auswahlbefugnis der ARGE nicht rechtfertigen. Vielmehr können Mitbewerber die Unterlassung der bevorzugten Behandlung und – soweit die Vereinbarungen zwischen ARGE und hamburger arbeit den Charakter öffentlicher Aufträge haben – die Durchführung von wettbewerbsrechtlichen Vergabeverfahren verlangen.

IV. Rechtsschutz vor dem Sozialgericht

Vor den Sozialgerichten können interessierte Maßnahmeträger in zweierlei Hinsicht Rechtsschutz erlangen. Zum einen ist diese zur Durchsetzung einer Vereinbarung nach

§ 17 Abs. 2 SGB II möglich (dazu sogleich 1.), zum anderen zur Abwendung der Gewährung von Zuwendungen oder anderen Bevorzugungen gegenüber Mitbewerbern (unten 2.).¹⁷⁵

1. Rechtsschutz gegen die Ablehnung einer Vereinbarung nach § 17 Abs. 2 SGB II

Bei der Durchsetzung einer Vereinbarung nach § 17 Abs. 2 SGB II sind folgende verfahrensrechtlichen Maßgaben zu beachten.

a) Anspruch des Trägers auf fehlerfreie Ermessensentscheidung

Regelfinanzierungsform für zusätzliche Arbeitsgelegenheiten mit Mehraufwandsentschädigung sind nach der Systematik des SGB II Vereinbarungen nach § 17 Abs. 2 SGB II (oben B.2 bis B.4). Maßnahmeträger haben jedoch keinen eindeutigen Anspruch auf Abschluss einer solchen Vereinbarung. Nach der insoweit übertragbaren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu § 93 Abs. 2 BSHG (jetzt § 75 Abs. 3 SGB XII) haben sie lediglich Anspruch auf eine fehlerfreie Ermessensentscheidung des zuständigen Trägers der Grundsicherung über den Abschluss einer solchen Vereinbarung. Da dieser jedoch nicht zur Angebotssteuerung berechtigt ist, darf er keine Bedarfsgesichtspunkte in sein Ermessen einstellen.¹⁷⁶

b) Rechtsweg

Vereinbarungen nach § 17 Abs. 2 SGB II sind nach allgemeiner Auffassung öffentlich-rechtliche Vereinbarungen.¹⁷⁷ Beim Streit um die Ablehnung des Abschlusses einer solchen Vereinbarung handelt es sich damit um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit. Für öffentlich-rechtliche Streitigkeiten in Angelegenheiten der Grundsicherung für Arbeitssuchende sind nach § 51 Abs. 1 Nr. 4a SGG die Sozialgerichte zuständig.

¹⁷⁵ Sofern der – hier hilfweise erläuterte, oben II. – Einwand der unterlassenen Ausschreibung im förmlichen Vergabeverfahren erhoben werden soll, sind nicht die Sozialgerichte, sondern die vergaberechtlichen Instanzen zuständig (unten C.V).

¹⁷⁶ BVerwG 30.9.1993 BVerwGE 94, 202.

¹⁷⁷ Luthe, in: Hauck/Noftz, SGB II, § 17, Rz. 51; Münder, in: LPK-SGB II, § 17 Rz. 18; Rixen, in: Eicher/Spellbrink, SGB II, § 17 Rz. 12; zu den vergleichbaren Regelungen nach § 93 ff BSHG (jetzt § 75 ff. SGB XII) vgl. BGHZ 116, 339, 341 ff; BVerwGE 94, 202, 204

c) Anspruchsgegner

Grundsätzlich ist nach § 6 Abs. 1 SGB II die Bundesagentur zuständiger Träger für Leistungen nach § 16 Abs. 3 SGB II. Deren Aufgaben werden jedoch durch die ARGE wahrgenommen, § 44 b Abs. 3 SGB II. Diese ist berechtigt, zur Erfüllung ihrer Aufgaben Verwaltungsakte und Widerspruchsbescheide zu erlassen. Nach überwiegender Auffassung ist die ARGE im Sozialgerichtsprozess nach § 70 SGG beteiligtenfähig. Umstritten ist zwar, ob die ARGE als juristische Person zu beteiligen ist (§ 70 Nr. 1 SGG)¹⁷⁸, oder ob sie als nichtrechtsfähige Personenvereinigung beteiligtenfähig ist (§ 70 Nr. 2).¹⁷⁹ Im Ergebnis ist die ARGE jedenfalls als beteiligtenfähig anzusehen.

Dies entspricht auch dem Ziel der Vereinfachung, das der Gesetzgeber mit der Einrichtung der ARGEn verband. Hinge es von der jeweiligen Rechtsform der ARGE ab, ob diese oder die Bundesagentur verklagt werden müssen, würde der Rechtsschutz unsinnig erschwert. Vom Kläger würde eine Kenntnis des Innenrechtsverhältnisses zwischen Bundesagentur, kommunalem Träger und ARGE verlangt, die insbesondere bei Leistungsberechtigten nicht vorausgesetzt werden kann.

Vereinzelt wird freilich dennoch vertreten, dass zumindest die Teilrechtsfähigkeit der ARGE Voraussetzung für deren Parteifähigkeit vor Gericht sei.¹⁸⁰ Im Zweifel sollte deshalb sowohl gegen die Bundesagentur wie gegen die ARGE geklagt werden.

¹⁷⁸ Beteiligtenfähig nach § 70 Nr. 1 SGG. Das LSG Baden-Württemberg nimmt an, dass die ARGE eine rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts sei, deren Rechtsfähigkeit auf nicht auf Vertrag, sondern auf der gesetzlichen Regelung des § 44 b SGB II beruhe, LSG Baden-Württemberg 02.09.2005, L 8 AS 1995/05; 30.06.2005, L 8 AS 2374/05 ER-B. Eine öffentlich-rechtliche Einrichtung eigener Art nehmen an SG Hannover 25.1.2005, S 5 AL 32/05 ER; SG Mannheim, 3.5.2005, S 9 AS 507/05.

¹⁷⁹ Beteiligtenfähig nach § 70 Nr. 2 SGG, so LSG Berlin-Brandenburg 6.12.2006, L 10 B 1144/05 AS ER; 22.12.2005, L 10 B 1264/05 AS ER. Vgl. zum Ganzen auch Rixen, in: Eicher/Spellbrink, SGB II, § 44 b Rz. 18;

¹⁸⁰ Berlit, in: LPK SGB II, § 44b Rz. 38.

d) Klageart und Vorverfahren

Die Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes sieht in der Ablehnung eines Versorgungsvertrags einen Verwaltungsakt.¹⁸¹ Dieser Gedanke lag auch der Regelung in § 73 Abs. 2 SGB XI zugrunde, die ein Vorverfahren ausdrücklich für entbehrlich erklärt.

Überträgt man dies auf Vereinbarungen nach § 17 Abs. 2 SGB II, dann ist richtige Klageart die auf eine Neubescheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts gerichtete kombinierte Anfechtungs- und Verpflichtungsklage nach § 54 SGG.

Ist die Ablehnung der Vereinbarung nach § 17 Abs. 2 SGB II ein Verwaltungsakt, so ist nach § 78 SGG vor der Klageerhebung zudem das Widerspruchsverfahren zu durchlaufen.

e) Rechtsschutzziel und Antrag

Für die Antragstellung und damit auch für das Ziel des Gerichtsverfahrens sind die Einschränkungen zu beachten, die sich aus dem regelmäßig auf die fehlerfreie Ermessensausübung beschränkten Anspruch des Klägers ergeben. Er kann, sofern nicht ausnahmsweise das Ermessen des Leistungsträgers auf Null geschrumpft ist, nur die Aufhebung der Ablehnungsentscheidung und die Verpflichtung der Leistungsträgers zur Neubescheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts beantragen und erreichen.

Das Ergebnis des Verfahrens wird daher auch im Erfolgsfalle nur die Rückverweisung der Sache an den Leistungsträger sein. Entweder wird dieser in seiner erneuten Entscheidung der begehrten Vereinbarung zustimmen, oder es ist ein weiteres Gerichtsverfahren gegen die neuerliche Entscheidung zu befürchten. Die Durchsetzung der Vereinbarung im gerichtlichen Hauptsacheverfahren dauert daher erfahrungsgemäß mehrere Jahre.

¹⁸¹ BSGE 51, 126; 59, 258 (zum Krankenhausrecht).

f) Einstweiliger Rechtsschutz

Eine zeitnahe Entscheidung, die die lange Dauer des Hauptsacheverfahrens überbrückt, ist nur durch einen zusätzlichen Eilantrag zum Sozialgericht zu erreichen. Beim einstweiligen Rechtsschutz kommt es auf die Frage, ob es sich bei der Ablehnung einer Vereinbarung nach § 17 Abs. 2 SGB II um einen Verwaltungsakt handelt, nicht an. Der Maßnahmeträger muss unabhängig hiervon den Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 86b Abs. 2 SGG beantragen.¹⁸² Beantragt wird, den Leistungsträger vorläufig bis zum rechtskräftigen Abschluss der Hauptsache oder bis zum Ende der geplanten Maßnahmen zum Abschluss der Vereinbarung zu verpflichten. Um effektiven Rechtsschutz zu bieten, kann das Gericht in diesem Fall ungeachtet des Ermessens des Leistungsträgers auch die wesentlichen Inhalte der vorläufigen Vereinbarung selbst festsetzen.¹⁸³

Der Eilantrag ist erfolgreich, wenn der Antragsteller einen Anordnungsanspruch und einen Anordnungsgrund glaubhaft machen kann.¹⁸⁴ Mit Anordnungsanspruch ist der materielle Rechtsanspruch gemeint. Dieser liegt hier in dem Anspruch des Maßnahmeträgers auf ermessensfehlerfreie Entscheidung, wie er oben ausführlich erläutert ist. Der Anordnungsgrund bezeichnet die besondere Eilbedürftigkeit der Sache. Er wird sich meist schon daraus ergeben, dass die geplanten Maßnahmen bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Hauptsache bereits längst hätten erbracht werden müssen und nicht nachgeholt werden können.

2. Rechtsschutz gegen die Förderung von Konkurrenten

a) Unterlassungsanspruch

Die ARGE beeinflusst durch ihr Finanzierungskonzept, das eine exklusive Förderung bestimmter Träger vorsieht, den Wettbewerb zwischen potentiellen Maßnahmeträgern und greift damit in das Grundrecht der Berufsfreiheit über-

¹⁸² Vgl. Udsching, SGB XI, 2. Aufl. 2000, § 73 Rz. 4.

¹⁸³ VG Hannover, Beschl. v. 29.12.2004, 7 B 4953/04 zum BSHG. Vgl. auch den zustimmenden Hinweis des LSG Baden-Württemberg zu dieser Entscheidung im Beschluß vom 22.09.2005, L 7 SO 3424/05 ER-B, S.12.

¹⁸⁴ S. nur Keller, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 8. Aufl. 2005, § 86 b Rn. 27 ff.

gangener Träger ein. Daraus resultiert ein Rechtsanspruch der Träger, die Durchführung dieses Finanzierungskonzepts und die Bewilligung exklusiver Zuwendungen zu unterlassen.¹⁸⁵

Im Bereich der Sozial- und Jugendhilfe wird der Anspruch auf Unterlassung exklusiver Zusagen an bestimmte Maßnahmeträger auch aus einer Verletzung des Anspruchs des nicht berücksichtigten Maßnahmeträgers auf eine fehlerfreie Ermessensentscheidung über den Abschluss von Vereinbarungen hergeleitet.¹⁸⁶ Auch dies ist auf Vereinbarungen nach § 17 Abs. 2 SGB II übertragbar: Über die Belegung dieser Plätze ist im Einzelfall unter Beachtung der §§ 1 bis 3 SGB II und des Wahlrechts der Leistungsberechtigten aus § 33 SGB I zu entscheiden. Wenn sich die ARGE bei der Bewilligung von exklusiven Zuwendungen gegenüber den Zuwendungsempfängern verpflichtet, eine „rechtzeitige Teilnehmersauswahl“ sicherzustellen und „eine termingerechte Zuweisung/Ersatzzuweisung einer entsprechenden Anzahl erwerbsfähiger Hilfebedürftiger“ zu organisieren, so bindet sie sich gegenüber den geförderten Maßnahmeträgern und kann ihr Ermessen gegenüber anderen Trägern nicht mehr fehlerfrei ausüben.

b) Rechtsweg zu den Sozialgerichten

Da die Förderung privat-gewerblicher Träger in § 17 Abs. 1 Satz 2 SGB II nicht vorgesehen ist, könnte es sich um haushaltsrechtliche Förderung handeln. Für solche Streitigkeiten sind grundsätzlich die Verwaltungsgerichte zuständig.¹⁸⁷

Dies gilt jedoch nur insoweit, als keine abdrängende Sonderzuweisung besteht. Bei einem Streit um die Förderung von Maßnahmen nach SGB II handelt es sich jedoch um eine Angelegenheit der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach § 51 Abs. 1 Nr. 4a SGG, für die die Sozialgerichte zuständig sind. Eine Angelegenheit der Grundsicherung für Arbeitsuchende liegt vor, wenn es sich um einen Rechtsstreit handelt, bei dem die Möglichkeit gegeben ist, dass die

¹⁸⁵ Vgl. OVG Hamburg 10.11.2004, 4 Bs 388/04 (zur Sozialraumbudgetierung in der Jugendhilfe).

¹⁸⁶ VG Münster 22.6.2004, 5 L 756/04, OVG Münster 27.09.2004, 12 B 1390 (zu Vereinbarungen nach § 93 BSHG) und VG Münster 18.08.2004, 9 L 970/04, OVG Münster 18.3.2005 - 12 B 1931/04 (Vereinbarungen nach § 77 SGB VIII).

¹⁸⁷ Vgl. zur Förderung von Pflegeeinrichtungen nach Landesrecht: BSG, 12.05.2005, B 3 P 13/04 B; BVerwG 23.12.1998, 3 B 22/98.

vom Kläger hergeleitete Rechtsfolge ihre Grundlage im SGB II findet.¹⁸⁸ Dies ist in doppelter Hinsicht gegeben: Zum einen verstößt die Förderung privat-gewerblicher Maßnahmeträger gegen § 17 Abs. 1 Satz 2 SGB II. Zum anderen folgt der Anspruch auf Unterlassen exklusiver Förderung aus dem Anspruch auf fehlerfreie Ermessensentscheidung über den Abschluss von Vereinbarungen nach § 17 Abs. 2 SGB II.

Sofern das Sozialgericht sich trotzdem für unzuständig halten sollte, wäre der Schaden für das Rechtsschutzverfahren gering. Denn der Antrag würde nicht abgewiesen, sondern zuständigkeitshalber – und für den weiteren Rechtsweg bindend – an das Verwaltungsgericht abgegeben, § 17 a Abs. 2 GVG.

c) Anspruchsgegner

Zur Frage der Passivlegitimation der ARGE gilt nichts anderes als bei der Klage gegen die Ablehnung der Vereinbarung nach § 17 Abs. 2 SGB II.¹⁸⁹

Angesichts der Bewilligung der Förderung durch die Behörde für Wirtschaft und Arbeit könnte auch die Stadt Hamburg als Klagegegnerin in Frage kommen. Die Behörde für Wirtschaft und Arbeit (BWA) bewilligt die Förderung jedoch „im Auftrag“ der ARGE. Das materiell-rechtliche Leistungsverhältnis besteht deshalb zwischen Anspruchsberechtigtem und beauftragendem Leistungsträger. Im gerichtlichen Verfahren ist der Beauftragende passivlegitimiert; der Beauftragte ist beizuladen.¹⁹⁰

d) Klageart und Vorverfahren

Die Bewilligung der Förderung erfolgt durch Verwaltungsakt. Richtige Klageart gegen die erfolgte Bewilligung von Zuwendungen ist deshalb grundsätzlich die isolierte Anfechtungsklage nach § 54 SGG gegen die Bewilligung eines Verwaltungsaktes mit Drittwirkung. Vor Klageerhebung ist die Durchführung eines Vorverfahrens erforderlich, § 78 SGG. Widerspruch und Anfechtungsklage gegen die Bewilligung von Förderung an einen Konkurrenten haben aufschiebende Wirkung, § 86a SGG.

¹⁸⁸ Keller, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 8. Aufl. 2005, § 51 Rz. 29a.

¹⁸⁹ Oben C.IV.1.c.

¹⁹⁰ Engelmann, in: von Wulffen, SGB X, § 89 Rz. 7.

Vor dem Hintergrund eines drängenden Rechtsschutzbedürfnisses ist effektiver Rechtsschutz auf diesem Wege freilich nicht realistisch erreichbar. Der Maßnahmeträger, der übergangen werden soll, muss schon die Bewilligung exklusiver Zuwendungen im Vorfeld verhindern. Dafür ist richtige Klageart die vorbeugende Unterlassungsklage. Bei der vorbeugenden Unterlassungsklage handelt es sich um eine Leistungsklage ohne Vorverfahren und Klagefrist.¹⁹¹ Anders als die Unterlassungsklagen gegen den Abschluss von exklusiven Vereinbarungen in der Sozial- oder Jugendhilfe, wäre eine solche vorbeugende Unterlassungsklage jedoch gegen die Bewilligung von Zuwendungen, also gegen den Erlass eines Verwaltungsaktes gerichtet. Dies wird von der Rechtsprechung nur in engen Grenzen zugelassen¹⁹². Es müssen konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass Rechtsverletzungen drohen, die auf andere Weise nicht abgewehrt werden können und dass nachträglicher Rechtsschutz nicht wirksam oder nicht zumutbar ist.¹⁹³ Dies wiederum wird ausnahmsweise angenommen,

- wenn nicht wieder gut zu machender Schaden entsteht oder vollendete Tatsachen geschaffen werden, aber auch,
- wenn – wie im vorliegenden Fall – eine Vielzahl von Verwaltungsakten angegriffen werden müsste, insbesondere wenn der Kläger nicht damit rechnen kann, das ihm diese bekannt gegeben werden.¹⁹⁴

e) Rechtsschutzziel und Antrag

Zu beantragen ist, den Leistungsträger zu verurteilen, die Förderung der – möglichst konkret benannten, aber möglicherweise auch nicht bekannten – Mitbewerber zu unterlassen. Besonderheiten wegen eines Ermessensspielraums des Leistungsträgers bestehen hier nicht.

¹⁹¹ Keller, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 8. Aufl. 2005, § 54 Rz. 42.

¹⁹² Keller, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 8. Aufl. 2005, § 54 Rz. 42 a; Castendieck in Hk-SGG, § 54 Rz. 77.v. Albedyll, in: Bader/Funke-Kaiser/Kuntze/von Albedyll, VwGO, § 42 Rz. 121; § 40 Rz. 33.

¹⁹³ Krasney/Udsching, Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, 3. Aufl. IV Rz. 68. Vgl. auch BSGE 72, 15, 24 zur vorbeugenden Unterlassungsklage gegen untergesetzliche Rechtsnormen.

¹⁹⁴ Vgl. Ehlers in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, vor § 40 Rz. 101; Kopp, VwGO vor § 40 Rz. 33.

f) Einstweiliger Rechtsschutz

Ist es unzumutbar, den Verwaltungsakt abzuwarten und besteht damit ein Rechtsschutzbedürfnis für eine vorbeugende Unterlassungsklage, so kommt im Falle der Eilbedürftigkeit regelmäßig auch vorläufiger vorbeugender Rechtsschutz in Betracht.¹⁹⁵ Einschlägig wäre ein Antrag auf einstweilige Anordnung nach § 86b Abs. 2 SGG in Gestalt einer Sicherungsanordnung.¹⁹⁶ Der Antrag unterscheidet sich von der vorbeugenden Unterlassungsklage nur durch das Wort „vorläufig“.

3. Verbindung der Klageziele vor dem Sozialgericht

Vor dem Hintergrund der speziellen Hamburger Praxis kann es sinnvoll sein, die beiden geschilderten Klageziele gemeinsam in einem Verfahren zu verfolgen. Vorrangig wäre aus der Sicht eines bisher nicht oder unzureichend berücksichtigten Trägers der Abschluss einer Vereinbarung nach § 17 Abs. 2 SGB II zu verfolgen. Hilfsweise wäre die Verpflichtung zur Unterlassung der Förderung anderer Mitbewerber zu beantragen. Vorteil dieser Vorgehensweise wäre insbesondere, dass das Gericht nicht den Anspruch des Einrichtungsträgers auf eine Vereinbarung im Rahmen des sozialrechtlichen Dreiecks abweisen könnte, ohne sich weitergehende Gedanken zur Funktionsweise des Systems zu machen.

V. Rechtsschutz vor der Vergabekammer

Neben dem Rechtsschutz vor den Sozialgerichten kommt auch vergaberechtlicher Rechtsschutz vor Vergabekammer und – soweit erforderlich – zweitinstanzlich vor dem Vergabesenat des Oberlandesgerichts in Frage. Dies nicht nur hilfsweise zum Rechtsschutz vor den Sozialgerichten, sondern gleichzeitig und daneben.

¹⁹⁵ Vgl. Ehlers in Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner, VwGO, vor § 40 Rz. 101.

¹⁹⁶ Keller, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, § 86b, Rz. 25 a.

1. Nachprüfungsverfahren auch bei unzulässiger Beschaffung

Das Nachprüfungsverfahren nach §§ 107 ff. GWB setzt lediglich einen öffentlichen Auftrag voraus. Bei Vorliegen eines materiellen öffentlichen Auftrags besteht damit die Möglichkeit, die Vergabekammer anzurufen. Dies gilt unabhängig davon, ob eine entsprechende Ausgestaltung nach SGB II zulässig ist.¹⁹⁷ Ob der öffentliche Auftraggeber nach Vorschriften außerhalb des Vergaberechts die Beschaffung in Form eines materiellen öffentlichen Auftrags durchführen durfte oder ob ihm die konkrete Ausgestaltung gar nicht erlaubt war, spielt keine Rolle. Auch wenn die exklusive Ausgestaltung der Zuwendungsfinanzierung in den Hamburger Verfahren gegen Art. 12 GG verstößt und deswegen unzulässig ist, kann die konkrete Ausgestaltung der Zuwendungsfinanzierung dennoch einen materiellen öffentlichen Auftrag darstellen, mit der Folge dass ein Nachprüfungsverfahren zulässig ist.

2. Formale Anforderungen

Sobald die Hamburger ARGE erneut im bisherigen oder einem vergleichbaren Verfahren Angebote von Maßnahmeträgern einholt oder auch nur die kommunale Trägergesellschaft mit einer neuerlichen Vereinbarung ausstattet, ist dieser Sachverhalt ihr gegenüber förmlich und schriftlich als vergaberechtswidrig zu rügen. Denn nach §§ 107 Abs. 3 Satz 1, 108 Abs. 2 GWB ist ein Nachprüfungsantrag zur Vergabekammer nur zulässig, wenn der Antragsteller den maßgeblichen Verstoß gegen Vergaberecht unverzüglich gerügt hat. Unverzüglich bedeutet dabei sehr rasch, regelmäßig innerhalb weniger Werkzeuge, nach positiver Kenntnis von dem Verstoß.¹⁹⁸

Weist die ARGE die Rüge zurück, oder reagiert sie nicht zeitnah, so ist der Nachprüfungsantrag zur Vergabekammer eröffnet. Deren Verfahren ist auf sehr rasche Entscheidung ausgelegt, § 113 Abs. 1 Satz 1 verpflichtet die Kammer für den Regelfall zur Entscheidung innerhalb von 5 Wochen.

¹⁹⁷ Vgl. OLG Düsseldorf 08.09.04, VII-Verg 35/04, für die - nach der Rechtsprechung des OVG Münster unzulässige - Ausschreibung eines Vertrages nach § 93 Abs. 2 BSHG (jetzt § 75 Abs. 3 SGB XII).

¹⁹⁸ S. nur Byok, in Byok/Jäger, Kommentar zum Vergaberecht, 2. Aufl. 2005, § 107 Rz. 981 ff.

3. Begründung

Der Nachprüfungsantrag ist mit dem Vorliegen einer unzulässigen de-facto-Vergabe zu begründen.¹⁹⁹

¹⁹⁹ Im Einzelnen oben C.II.

D.

Steuerrechtliche Aspekte²⁰⁰

Abschließend ist darzustellen, welche Folgen sich aus der Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen Leistungsträgern und Maßnahmeträgern für die Gemeinnützigkeit (sogleich 1.) und eine mögliche Umsatzsteuerpflicht (unten 2.) ergeben. Die Ergebnisse sind zuletzt auf die Ausgestaltung im „Hamburger Modell“ zu übertragen (3.).

I. Gemeinnützigkeitsrecht

1. Bindung an die Satzung

Soweit sich der betroffene Maßnahmeträger nicht im Einzelfall in Widerspruch zu seiner Satzung setzt, ist eine Gefährdung der Gemeinnützigkeit nicht zu befürchten. Denn das deutsche Gemeinnützigkeitsrecht ist geprägt von seinem formellen Charakter. Insbesondere gilt der Grundsatz der formellen Satzungsmäßigkeit, d.h. Satzung und tatsächliche Geschäftsführung müssen den Anforderungen der §§ 51 ff. AO genügen. Das Anbieten von zusätzlichen Arbeitsgelegenheiten nach § 16 Abs. 3 Satz 2 SGB II darf deshalb grundsätzlich den jeweiligen Satzungen der steuerbegünstigten Einrichtungen nicht widersprechen und die Arbeitsgelegenheiten müssen zur Erreichung der satzungsmäßigen Zwecke eingesetzt werden. Ob diese Voraussetzungen eingehalten sind, ist eine Frage des Einzelfalls und entzieht sich der Prüfung in diesem Gutachten.

²⁰⁰ Die steuerrechtlichen Ausführungen basieren auf einer Stellungnahme von Andreas Schulz, Rechtsanwalt und Steuerberater und Alexander Hobelsberger, Rechtsanwalt, Deloitte & Touch GmbH, Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, München.

2. Fallkostenpauschalen

Die vorrangige Zielsetzung von öffentlich geförderter Beschäftigung ist die Heranführung von Langzeitarbeitslosen und insofern „Hilfebedürftigen“ an den Arbeitsmarkt. Sie dient insbesondere dazu, die soziale Integration zu fördern sowie die Beschäftigungsfähigkeit aufrecht zu erhalten bzw. wiederherzustellen, um damit die Chance zur Integration in den regulären Arbeitsmarkt zu erhöhen. Demgegenüber tritt das Interesse der Maßnahmeträger an „billigen Arbeitskräften“ für ihre sonstigen steuerbegünstigten Tätigkeiten bzw. an deren Übernahme zurück.

Zur Beurteilung der Frage der gemeinnützigkeitsrechtlichen Auswirkungen von Qualifizierungsmaßnahmen können deshalb die Grundsätze zur Behandlung von Beschäftigungsgesellschaften und Arbeitnehmerüberlassungsgesellschaften herangezogen werden. Eine Beschäftigungsgesellschaft kann als gemeinnützig anerkannt werden, wenn das Schwergewicht ihrer Tätigkeit auf der beruflichen Qualifizierung, der Umschulung oder der sozialen Betreuung liegt. Laut BFH dienen so genannte arbeitstherapeutische Beschäftigungsgesellschaften einem gemeinnützigen Zweck.²⁰¹ Dasselbe hat die Finanzverwaltung angenommen für so genannte Arbeitnehmerüberlassungsgesellschaften, das sind Körperschaften, die schwer vermittelbare Arbeitslose einstellen, sozial betreuen, beruflich schulen und im Wege der Arbeitnehmerüberlassung verleihen.²⁰² Danach ist eine Körperschaft als gemeinnützig zu behandeln, wenn das Schwergewicht ihrer Tätigkeit im ideellen Bereich (insbesondere Qualifizierung und therapeutische Betreuung der Beschäftigten) liegt.

Die Durchführung von Arbeitsgelegenheiten ähnelt in Grundzügen der Tätigkeit dieser Arbeitnehmerüberlassungsgesellschaften, wobei bei den Arbeitsgelegenheiten der therapeutische Aspekt bzw. die Heranführung an den ersten Arbeitsmarkt im Vordergrund steht. Das Heranführen an den ersten Arbeitsmarkt ist als Qualifizierungsmaßnahme zu verstehen. Weitergehende Qualifizierungsmaßnahmen sind hingegen grundsätzlich nicht Gegenstand der Arbeitsgelegenheit. Damit wird auch bei der Durchführung von Arbeitsgelegenheiten kein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb begründet, sofern die Maßnahme in den Bereich der satzungsmäßigen Zwecke des jeweiligen Maßnahmeträgers fällt. Die ertragsteuerliche Würdigung ist unabhängig davon, ob die Schaffung von zusätzlichen Arbeitsgelegenheiten im Wege

²⁰¹ BFH Urteil vom 26.04.1995, BStBl. II 1995, 767.

²⁰² OFD Frankfurt, Verfügung vom 18.07.1997, DB 1997, 2055.

des Zuwendungsmodells, des Dreiecksverhältnisses oder des vergaberechtlichen Einkaufsmodells erfolgt.

3. Mehraufwandsentschädigung

Die Mehraufwandsentschädigung für die Hilfebedürftigen wird wirtschaftlich von dem Leistungsträger getragen. Die Auszahlung erfolgt entweder direkt von diesem an den Hilfebedürftigen oder zunächst an den Maßnahmeträger, der die Mehraufwandsentschädigung dann an den Hilfebedürftigen auszahlt. In letzterem Fall stellt die Entschädigung bei dem Maßnahmeträger einen durchlaufenden Posten dar, der gemeinnützigkeitsrechtlich keine Auswirkungen hat.

4. Ergebnis

Zusätzliche Arbeitsgelegenheiten dienen einem gemeinnützigen Zweck. Sofern die Maßnahmen in den Bereich der satzungsmäßigen Zwecke des jeweiligen Maßnahmeträgers fallen, wird bei der Durchführung von Arbeitsgelegenheiten kein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb begründet. Dies gilt unabhängig von der Ausgestaltung im sozialrechtlichen Dreieck, im Einkaufsmodell oder durch Förderbescheid.

II. Umsatzsteuerrecht

Die Umsatzsteuerpflicht ist getrennt für die Fallkostenpauschale bei Zuwendungsfinanzierung, für die Anwendung des Einkaufsmodells oder des sozialrechtlichen Dreiecks und für die Maßnahmepauschalen zu untersuchen.

1. Fallkostenpauschale bei Zuwendungsfinanzierung

Bei der derzeit überwiegend praktizierten Zuwendungsfinanzierung werden dem Maßnahmeträger die Kosten der Maßnahmeträger ganz oder teilweise vom Leistungsträger ersetzt. Dies geschieht in der Praxis durch Zahlung von Fallkostenpauschalen. Eine solche Kostenpauschale stellt einen echten Zuschuss an die Maßnahmeträger dar. Ein individualisierbarer Leistungsempfänger ist nicht feststellbar, so dass die Zahlung mangels Leistungsaustausch keine Umsatzsteuerpflicht auslöst.

Entsprechend hat sich auch das Bundesministerium der Finanzen gegenüber der BAGFW geäußert.²⁰³

2. Fallkostenpauschale im Dreiecksverhältnis oder im Einkaufsmodell

Das BMF differenziert bei seinen Aussagen zur umsatzsteuerrechtlichen Behandlung nicht zwischen der Zuwendungsfinanzierung und der Finanzierung von Arbeitsgelegenheiten im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis oder nach dem Einkaufsmodell.

Im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis und im vergaberechtlichen Einkaufsmodell kommt es indes zu einer vertraglichen Vereinbarung zwischen dem Maßnahmeträger und der ARGE bzw. der Bundesagentur für Arbeit. Im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis wird außerdem ein Vertrag zwischen Maßnahmeträger und Leistungsbezieher geschlossen. Es könnte deshalb ein umsatzsteuerpflichtiger Leistungsaustausch vorliegen. Für das Vorliegen eines Zuschusses ist jedoch nicht primär ausschlaggebend, ob dieser mittels Hoheitsakt oder aufgrund eines Vertrags gewährt wird.²⁰⁴ Laut BFH²⁰⁵ sind Zahlungen unter der Bezeichnung „Zuschuss, Zuwendung, Fallpauschale“ dann ein Entgelt für eine Leistung an den Zuschussgeber, wenn

- ein Leistungsaustauschverhältnis zwischen dem Leistungsunternehmer (Zahlungsempfänger) und dem Zahlenden besteht;
- ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der erbrachten Leistung und dem Zuschuss besteht, d.h. wenn der Zahlungsempfänger seine Leistung – insbesondere bei gegenseitigen Beträgen – erkennbar um der Gegenleistung willen erbringt;
- der Zahlende einen Gegenstand oder einen sonstigen Vorteil erhält, aufgrund dessen er als Empfänger einer Lieferung oder sonstigen Leistungen angesehen werden kann;

²⁰³ BMF-Schreiben an die BAGFW v. 14.4.2005.

²⁰⁴ Vgl. BFH v. 13.11.1997, BStBl. II 1998, 169.

²⁰⁵ Inzwischen auch Abschn. 150 Abs. 2 UStR.

- beim Zahlenden oder am Ende der Verbraucherkette ein Verbrauch i.S.d. gemeinsamen Mehrwertsteuerrechts vorliegt.

Ob die Leistung des Zahlungsempfängers derart mit der Zahlung verknüpft ist, dass sie sich auf den Erhalt der Gegenleistung (Zahlung) richtet, ergibt sich aus den Vereinbarungen des Zahlungsempfängers mit dem Zahlenden, z.B. den zugrunde liegenden Verträgen oder den Vergaberichtlinien.²⁰⁶ Nach den vorstehenden Grundsätzen liegt jedenfalls zunächst aufgrund der Vertragssituation ein Leistungsaustauschverhältnis vor, in dessen Rahmen gegenseitige Leistungen ausgetauscht werden. Die jeweilige Einrichtung schafft Arbeitsgelegenheiten und erhält hierfür eine Zahlung, die in § 17 Abs. 2 SGB II sogar ausdrücklich als „Vergütung“ bezeichnet wird.

In anderen Fällen, in denen Dritte bei der Abwicklung öffentlicher Aufgaben gegenüber der öffentlichen Hand tätig geworden sind, wurde seitens der Finanzverwaltung jedoch Umsatzsteuerpflicht angenommen. So hat die OFD Hannover in einer Verfügung die Umsatzsteuerbarkeit von Kostenerstattungen für Leistungen zur Betreuung von Langzeitarbeitslosen, mit denen Kommunen Dritte beauftragen, unterstellt.²⁰⁷ Denn es handele sich um die Durchführung einer gesetzlichen Pflichtaufgabe der Kommune. Eine solche Pflichtaufgabe ist auch die Bereitstellung von Maßnahmen nach § 16 Abs. 3 SGB II, soweit Jugendliche unter 25 Jahren einen Rechtsanspruch auf Beschäftigung in einer Arbeitsgelegenheit haben.²⁰⁸

Andererseits kann das Leistungsaustauschverhältnis dann verneint werden, wenn zwischen der erbrachten Leistung und dem Zuschuss kein unmittelbarer Zusammenhang besteht. So sind nach der Rechtsprechung des BFH z.B. vereinbarte Zahlungen, durch die eine Förderung aus strukturpolitischen, volkswirtschaftlichen oder aus allgemeinpolitischen Gründen erfolgt, kein Entgelt für eine steuerbare Leistung.²⁰⁹ Auch die Verpflichtung der Bundesagentur, zusätzliche Arbeitsgelegenheiten zu schaffen, beruht auf volkswirtschaftlichen und allgemein politischen Erwägungen. Ziel der Arbeitsgelegenheiten ist es, die Allgemeinheit zu entlasten, indem erwerbsfähige Hilfsbedürftige über die Arbeitsgelegenheit Anschluss an den ersten Arbeitsmarkt finden.

²⁰⁶ Abschn. 150 Abs. 2 Satz 2 UStR.

²⁰⁷ Vgl. Verfügung v. 23.12.2004, UR 2005, 401.

²⁰⁸ Dazu oben, B.II.2.b

²⁰⁹ Vgl. BFH v. 30.1.1997, BStBl. II 1997, 335, BFH v. 13.11.1997, BStBl. II 1998, 169.

Der politische Wille der Finanzverwaltung geht offenbar dahin, die Leistungen im Zusammenhang mit der Hartz-IV-Gesetzgebung grundsätzlich umsatzsteuerfrei zu halten.²¹⁰ Maßnahmeträger, die mit Umsatzsteuerforderungen konfrontiert werden, können sich daher aufgrund der bisherigen Äußerungen der Steuerverwaltung auf Vertrauensschutz berufen.

3. Mehraufwandsentschädigung

Die Zahlung einer Mehraufwandsentschädigung für Hilfebedürftige, die im Rahmen einer Arbeitsgelegenheit tätig werden, ist gesetzlich in § 16 Abs. 3 Satz 2 SGB II vorgesehen. Der Hilfebedürftige hat einen entsprechenden öffentlich-rechtlichen Anspruch gegenüber der Agentur für Arbeit oder der ARGE. Dieser Anspruch gegen den Leistungsträger besteht grundsätzlich unabhängig von der konkreten Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen Leistungsträger, Maßnahmeträger und Hilfebedürftigem und unabhängig davon, ob die Entschädigung direkt vom Leistungsträger an den Hilfebedürftigen gezahlt wird oder über den Maßnahmeträger. Die Mehraufwandsentschädigung wird dem Hilfebedürftigen vom Leistungsträger bewilligt und soll den tatsächlichen Mehraufwand abdecken, den der Hilfebedürftige durch die Ausübung der Arbeitsgelegenheit hat.

Sie ist umsatzsteuerlich ein nicht steuerbarer echter Zuschuss.²¹¹ Wird die Mehraufwandsentschädigung über den Maßnahmeträger ausbezahlt, stellt sie bei diesem einen durchlaufenden Posten dar, der ebenfalls keine Umsatzsteuer auslöst, da kein unmittelbarer Zusammenhang zwischen einer erbrachten Leistung und der Mehraufwandsentschädigung besteht. Dies gilt bei allen Ausgestaltungsformen gleichermaßen, da die Mehraufwandspauschale unabhängig von der rechtlichen Gestaltung bei Auszahlung über den Maßnahmeträger bei diesem stets einen durchlaufenden Posten darstellt. Und zwar auch dann, wenn der Anspruch des Hilfebedürftigen sich aufgrund vertraglicher Gestaltung ausnahmsweise allein gegen den Maßnahmeträger richten würde.

²¹⁰ Telefonische Auskünfte aus dem Bereich der Finanzverwaltung haben ergeben, dass das zitierte Schreiben des BMF vom 14.04.2005 und die gleich lautenden Erlasse der Länder auf alle drei diskutierten Modelle anwendbar sein sollen.

²¹¹ Vgl. BMF-Schreiben an die BAGFW v. 14.4.2005.

4. Ergebnis

Liegt ein echter Zuschuss an den Maßnahmeträger vor, so löst diese Zahlung mangels Leistungsaustauschs keine Umsatzsteuerpflicht aus. Dies ist auch bei der vertraglichen Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen Sozialleistungsträger und Maßnahmeträger vertretbar. Unabhängig von der Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen bleiben zudem die Mehraufwandsentschädigungen umsatzsteuerfrei.

III. Besonderheiten des Hamburger Verfahrens

1. Gemeinnützigkeit

Grundsätzlich gelten in Bezug auf das Gemeinnützigkeitsrecht auch bei der rechtlichen und tatsächlichen Ausgestaltung in Hamburg die vorstehenden allgemeinen Ausführungen.

Allerdings könnte die Vereinnahmung der von der ARGE Hamburg gezahlten Erfolgsprämien zum Vorliegen eines steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs führen. Denn die Prämie wird auch dann gezahlt, wenn der Erwerbsfähige die Maßnahme beendet hat und die Aufnahme in der ersten Arbeitsmarkt innerhalb einer gewissen Nachlaufzeit erfolgt. Ein kausaler Zusammenhang mit der Arbeitsgelegenheit ist also nicht zwingend für die Zahlung der Prämie. In diesem Sinne ist die Zahlung der Prämie aber auch nicht einer unmittelbaren Vermittlungsleistung geschuldet; sie ist eher als Anerkennungsprämie für die gute Arbeit des jeweiligen Trägers zu verstehen. Folglich teilt die Prämie das Schicksal der steuerlichen Einordnung der Arbeitsgelegenheit und zwar unabhängig davon, ob die Vermittlung an einen Dritten erfolgt oder der Erwerbsfähige bei dem Träger verbleibt.

Ordnet die Finanzverwaltung die Prämie allerdings einer Vermittlungsleistung zu, die nicht Bestandteil der Arbeitsgelegenheit ist, so könnte sie entgegen der vorstehenden Argumentation die Vereinnahmung von Erfolgsprämien für die Übernahme von Hilfebedürftigen durch den Maßnahmeträger generell als wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb ansehen. Bei einer Vermittlung an einen Dritten besteht möglicherweise eine stärkere Vermutung für eine solche gesonderte Vermittlungsleistung.

2. Umsatzsteuer

Die Zuwendungsfinanzierung in Hamburg trägt Züge von Leistung und Gegenleistung.²¹² Handelt es sich dabei um eine de-facto-Vergabe im Sinne des Vergaberichts, so kann nach den Grundsätzen des BFH²¹³ auch umsatzsteuerrechtlich ein Austauschverhältnis vorliegen. Es besteht also ein gewisses Risiko der Umsatzsteuerpflicht.

Umsatzsteuerliche Auswirkungen könnte zudem die Zahlung von Erfolgsprämien durch den Leistungsträger (ARGE) haben. Zu solchen Erfolgsprämien hat sich die Finanzverwaltung, soweit ersichtlich, noch nicht geäußert. Im Fall der Weiterbeschäftigung beim Maßnahmeträger ist fraglich, ob in Anwendung der Grundsätze aus dem BMF-Schreiben v. 14.4.2005 von einem echten Zuschuss ausgegangen werden kann. Maßgeblich ist, ob die Erlangung des Zuschusses Teil der Vergütung für die Arbeitsgelegenheit ist oder ob eine gesonderte Vermittlungsleistung vergütet wird. Wenn hierfür keine gesonderten Anstrengungen des Trägers ersichtlich sind (also keine typischen Arbeitsvermittlerleistungen, sondern nur die im Rahmen der Arbeitsgelegenheit zu erbringenden Leistungen), dürfte keine gesonderte Vermittlungsleistung vorliegen. Bei einer externen Weitervermittlung liegt die Annahme eines umsatzsteuerbaren Leistungsaustausches hinsichtlich der Zahlung von Erfolgsprämien für die externe Weitervermittlung möglicherweise näher, da ein „Vermittlungscharakter“ der Leistung hier stärker in den Vordergrund tritt.

3. Ergebnis

Problematisch sind im Wesentlichen die von der ARGE Hamburg bezahlten Erfolgsprämien. Deren Vereinnahmung könnte gemeinnützigkeitsrechtlich zur Annahme eines steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes führen. Umsatzsteuerrechtlich könnte insbesondere bei externer Weitervermittlung ein umsatzsteuerbarer Leistungsaustausch vorliegen.

²¹² Oben C.2.

²¹³ BFH v. 13.11.1997, BStBl. II 1998, 169, oben D.II.2.