

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	15
A. Einleitung	17
I. Eingrenzung der Themenstellung	17
II. Zum Gang der Untersuchung	19
B. Die Leistungserbringung in den Sozialgesetzbüchern II, III, VIII und XII	21
I. Das sozialrechtliche Kooperationsmodell	21
1. Das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis	23
a. Schenkel: Leistungsberechtigter – öffentlicher Leistungsträger	23
b. Schenkel: Öffentlicher Leistungsträger – Leistungserbringer	24
c. Schenkel: Leistungsberechtigter – Leistungserbringer	25
2. Das Wunsch- und Wahlrecht	25
a. Leistungsberechtigter	26
b. Wünsche	26
c. Tatsächliche und rechtliche Möglichkeit des Wunsches	27
d. Angemessenheit des Wunsches	27
II. SGB XII – Sozialhilfe	28
1. Sozialrechtliches Dreiecksverhältnis	28
a. Schenkel: Leistungsberechtigter – Sozialleistungsträger	28
b. Schenkel: Sozialleistungsträger – Leistungserbringer	28
c. Schenkel: Leistungsberechtigter – Leistungserbringer	29
2. Wunsch- und Wahlrecht	30
III. SGB VIII – Kinder- und Jugendhilfe	30
1. Sozialrechtliches Dreiecksverhältnis	30
a. Schenkel: Leistungsberechtigter – Öffentlicher Jugendhilfeträger	31
b. Schenkel: Öffentlicher Jugendhilfeträger – Leistungserbringer	32
c. Schenkel: Leistungsberechtigter – Leistungserbringer	32
2. Wunsch- und Wahlrecht	33
IV. SGB III – Arbeitsförderung	33
1. Sozialrechtliches Dreiecksverhältnis	34

2.	Wunsch- und Wahlrecht	36
3.	Spezielle Regelungen des SGB III	37
a.	§ 46 SGB III	38
aa.	§ 37 SGB III a. F.	39
bb.	§ 37 c SGB III a. F.	40
cc.	§ 48 SGB III a. F.	41
dd.	§ 421 i SGB III a. F.	42
ee.	§ 241 Abs. 3 a, 4 SGB III a. F.	43
b.	§ 61 SGB III	44
c.	§ 240 SGB III	44
d.	§ 421 s SGB III	45
4.	Zwischenergebnis zum SGB III	46
V.	SGB II – Grundsicherung für Arbeitsuchende	47
1.	Sozialrechtliches Dreiecksverhältnis	47
2.	Wunsch- und Wahlrecht	50
3.	Spezielle Regelungen des SGB II	51
a.	§ 16 Abs. 1 SGB II	51
b.	§ 16 Abs. 2 S. 1 SGB II	52
c.	§ 16 f SGB II	53
d.	§ 18 Abs. 3 SGB II	54
4.	Zwischenergebnis zum SGB II	55
VI.	Zwischenergebnis zur Leistungserbringung in den Sozialgesetzbüchern II, III, VIII und XII	56
C.	Europäisches Vergaberecht	57
I.	Verhältnis des Gemeinschaftsrechts zum Recht der Mitgliedstaaten	58
II.	Rechtsgrundlagen des europäischen Vergaberechts	59
1.	Primärrechtliches Vergabeeuroparecht	59
2.	Sekundärrechtliches Vergabeeuroparecht	60
III.	Verhältnis des primärrechtlichen Vergabeeuroparechts zum sekundärrechtlichen Vergabeeuroparecht	60
IV.	Primärrechtliches Vergabeeuroparecht	61
1.	Grundsätzliche Bedeutung für öffentliche Aufträge und Dienstleistungskonzessionen	61
a.	Öffentliche Aufträge oberhalb der Schwellenwerte	62
b.	Öffentliche Aufträge unterhalb der Schwellenwerte und nicht prioritäre Dienstleistungen	63
c.	Dienstleistungskonzessionen	65
d.	Zwischenergebnis zur grundsätzlichen Bedeutung für öffentliche Aufträge und Dienstleistungskonzessionen	69
2.	Das allgemeine Diskriminierungsverbot gem. Art. 12 EGV	69

a.	Tatbestand	70
b.	Rechtfertigung	71
3.	Die Grundfreiheiten	71
a.	Die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten auf gemeinnützige Leistungserbringer	71
b.	Die Niederlassungsfreiheit gem. Art. 43 EGV	73
aa.	Schutzbereich	74
(1)	„Selbstständige Erwerbstätigkeit“ gem. Art. 43 Abs. 2 EGV	74
(2)	„Erwerbszweck“ gem. Art. 48 Abs. 2 EGV	75
(a)	Ideeller Bereich	77
(b)	Vermögensverwaltung	77
(c)	Wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb	77
(d)	Zweckbetrieb	77
(e)	Zwischenergebnis zum „Erwerbszweck“	78
(3)	Verhältnis „Selbstständige Erwerbstätigkeit“ und „Erwerbszweck“	78
bb.	Eingriffe	80
cc.	Rechtfertigung	80
c.	Die Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 49 EGV	81
aa.	Schutzbereich	81
(1)	„Entgeltlichkeit“ gem. Art. 50 EGV	82
(2)	„Erwerbszweck“ gem. Art. 48 Abs. 2 EGV	82
bb.	Eingriffe	83
cc.	Rechtfertigung	83
d.	Die Kapitalverkehrsfreiheit gem. Art. 56 EGV	83
aa.	Schutzbereich	84
bb.	Eingriffe	85
cc.	Rechtfertigung	85
4.	Das Beihilfenrecht gem. Art. 87 ff. EGV	86
a.	Tatbestand	87
aa.	Gemeinsamer Markt	87
bb.	Unternehmen	89
cc.	Beihilfe	93
b.	Rechtfertigung	95
5.	Zusammenfassung zum primärrechtlichen Vergabeeuroparecht	96
V.	Sekundärrechtliches Vergabeeuroparecht	97
1.	Die Richtlinien im europäischen Vergaberecht	97
a.	Erlass der Richtlinie auf Gemeinschaftsebene	98
b.	Umsetzungspflicht der Mitgliedstaaten	98
aa.	Gebot der richtlinienkonformen Auslegung	99
bb.	Unmittelbare Anwendbarkeit bei nicht fristgemäßer oder fehlerhafter Umsetzung	99

c. Materielle Vergaberichtlinien und Rechtsmittelrichtlinien	100
d. Zwischenergebnis zu den Richtlinien im europäischen Vergaberecht	101
2. Materielle Vergaberichtlinien	102
a. Richtlinie 2004/18/EG	103
aa. Ausnahmetatbestände	103
(1) Kein Ausnahmetatbestand für soziale Dienstleistungen	104
(2) Kein Ausnahmetatbestand für gemeinnützige Leistungserbringer	104
(3) Dienstleistungskonzessionen	104
bb. Öffentlicher Auftraggeber	105
cc. Öffentlicher Auftrag	106
dd. Schwellenwerte	106
ee. Zwischenergebnis zur Richtlinie 2004/18/EG	107
b. Richtlinie 2004/17/EG	107
3. Die Berücksichtigung vergabefremder Aspekte	107
4. Zusammenfassung zum sekundärrechtlichen Vergabereuroparecht	108
VI. Zwischenergebnis zum europäischen Vergaberecht	108
 D. Nationales Vergaberecht	110
I. Die Zweiteilung des deutschen Vergaberechts	110
1. Die traditionelle, haushaltrechtliche Lösung	111
2. Die wettbewerbsrechtliche, kartellrechtliche Lösung	112
II. Die Voraussetzungen für die Anwendung des GWB	113
1. Keine Bereichsausnahme gem. § 100 Abs. 2 GWB	114
2. Öffentlicher Auftraggeber i. S. d. § 98 GWB	114
a. Leistungsträger des SGB XII	114
b. Leistungsträger des SGB VIII	114
c. Leistungsträger des SGB III	115
aa. Die BA als öffentlicher Auftraggeber i. S. d. § 98 Nr. 2 GWB	115
(1) Juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechts	115
(2) Besonderer Gründungszweck	116
(3) Besondere Staatsgebundenheit	116
(a) Überwiegende Finanzierung	116
(b) Ausübung der Aufsicht	119
bb. Anhang III der Richtlinie 2004/18/EG	120

cc. Kein Ausschluss der öffentlichen Auftraggebereigenschaft gem. Art. 86 Abs. 1 EGV	121
dd. Zwischenergebnis zum Leistungsträger des SGB III	122
d. Leistungsträger des SGB II	122
aa. Die BA und die Kommunen als öffentliche Auftraggeber	124
bb. Die ARGE als öffentlicher Auftraggeber gem. § 98 Nr. 2 GWB	124
(1) Juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechts	124
(a) Juristische Person des privaten Rechts	125
(b) Juristische Person des öffentlichen Rechts	126
(2) Besonderer Gründungszweck	128
(3) Besondere Staatsgebundenheit	129
(a) Überwiegende Finanzierung	129
(b) Ausübung der Aufsicht	130
cc. Zwischenergebnis zu den Leistungsträgern des SGB II	131
e. Zwischenergebnis zum öffentlichen Auftraggeber i. S. d. § 98 GWB	132
3. Öffentlicher Auftrag i. S. d. § 99 GWB	132
a. Privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Vertrag	132
b. Entgeltlicher Vertrag	135
aa. Enger und weiter Entgeltbegriff	136
bb. Vorliegen eines Synallagmas	137
cc. Weitere Aspekte des Entgeltbegriffs	141
c. Rahmenvereinbarung	142
d. Dienstleistungskonzeßion	145
e. Zwischenergebnis zum öffentlichen Auftrag i. S. d. § 99 GWB	151
4. Erreichen der Schwellenwerte gem. §§ 100, 127 Nr. 1 GWB	152
a. Rechtslage bei Erreichen der Schwellenwerte	152
aa. Europaweites Vergabeverfahren	153
bb. Rechtsschutz	153
b. Rechtslage unterhalb der Schwellenwerte	153
aa. Nationales Vergabeverfahren	153
bb. Rechtsschutz	154
c. Zwischenergebnis zu den Schwellenwerten gem. §§ 100, 127 Nr. 1 GWB	155
5. Zwischenergebnis zu den Voraussetzungen für die Anwendung des GWB	156
III. Sozialrechtliches Leistungserbringungsrecht als lex specialis gegenüber Vergaberecht	156
1. Sozialrechtliches Leistungserbringungsrecht und kartellrechtliches Vergaberecht	157

2. Sozialrechtliches Leistungserbringungsrecht und haushaltrechtliches Vergaberecht	159
3. Zwischenergebnis zum sozialrechtlichen Leistungserbringungsrecht als <i>lex specialis</i> gegenüber Vergaberecht	160
IV. Leistungskontingente	160
1. Begriff der Leistungskontingente	161
2. Leistungskontingente und Vergaberecht	164
3. Leistungskontingente und Verfassungsrecht	165
a. Grundrechte der Leistungsberechtigten	166
b. Grundrechte der Leistungserbringer	167
aa. Grundrecht der karitativen Betätigung	167
(1) Art. 2 Abs. 1 GG	167
(2) Art. 4 Abs. 1 und 2 GG	168
(3) Länderverfassungen	169
bb) Kirchliches Selbstverwaltungsrecht	170
cc. Grundrecht der Berufsfreiheit	171
(1) Schutzbereich	171
(2) Eingriff	172
(3) Schranken	174
4. Leistungskontingente und Sozialrecht	177
a. Rechte der Leistungserbringer	177
aa. Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung beim Abschluss von Leistungsvereinbarungen	177
bb. Angebots- und Trägervielfalt	181
cc. Zwischenergebnis zu den Rechten der Leistungserbringer	182
b. Rechte der Leistungsberechtigten	182
aa. Wunsch- und Wahlrecht	182
bb. Zwischenergebnis zu den Rechten der Leistungsberechtigten	185
5. Parallele Anwendung von zwei Regimes der Leistungserbringung	185
6. Zwischenergebnis zu Leistungskontingenten	186
V. In-house-Geschäfte	186
1. Bedeutung für die Erbringung sozialer Dienstleistungen	187
2. Kriterien der In-house-Geschäfte	188
a. Kontrollkriterium	188
b. Wesentlichkeitskriterium	190
3. Zwischenergebnis zu In-house-Geschäften	190
VI. Die Berücksichtigung vergabefremder Aspekte	191
1. Vergabe von Aufträgen an Behindertenwerkstätten gem. § 141 SGB IX	191

2. Zulässigkeit weiterer Anforderungen gem. § 97 Abs. 4 GWB a. F.	192
3. Zwischenergebnis zur Berücksichtigung vergabefremder Aspekte	196
VII. Die Reform des deutschen Vergaberechts	196
1. Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts	197
a. Mittelstandsschutz gem. § 97 Abs. 3 GWB	198
b. Vergabefremde Kriterien gem. § 97 Abs. 4 GWB	199
c. Dienstleistungskonzessionen gem. § 99 Abs. 1 S. 1 GWB	200
2. Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen – Teil A (VOL/A)	201
3. Zwischenergebnis zur Reform des deutschen Vergaberechts	203
VIII. Zusammenfassung zum nationalen Vergaberecht	203
E. Zusammenfassung	205
Literaturverzeichnis	211