

Beschaffung von Sozialleistungen durch Vergabe

Bundestagung des Deutschen Sozialrechtsverbandes e.V.
3./4. November 2010 in Nürnberg

ERICH SCHMIDT VERLAG

2011

Vergabe in der Arbeitsförderung

Andreas Hänlein

I. Einleitung

Vor gut 10 Jahren begann die Bundesanstalt für Arbeit, arbeitsmarktbezogene Dienstleistungen im Wege der Ausschreibung zu vergeben. Bald wurde diese Praxis zum Thema auch der rechtswissenschaftlichen Literatur. Eine frühe Auseinandersetzung mit der Problematik findet sich in einem Gutachten von Neumann, Nieland und Philipp aus dem Jahr 2004¹. Intensiv sind die damit zusammenhängenden Fragen im Jahr 2005 von Storost² und vor allem von Rixen³ diskutiert worden. Seitdem sind einschlägige Tagungsbände⁴ und mehrere Dissertationen zum Sozialvergaberecht erschienen, die sich auch mit SGB III und SGB II befassen⁵.

Rixen hat in seinen Arbeiten einen „Grundsatz des Beschaffungsermessens“ im Sozialrecht postuliert, der insbesondere im Arbeitsförderungsrecht zum Zuge komme, denn das SGB III sei geprägt von „leistungserbringungsrechtlicher Offenheit“⁶.

¹ *Neumann/Nieland/Philipp*, Erbringung von Sozialleistungen nach Vergaberecht?, Baden-Baden 2004.

² *Storost*, Die Bundesagentur für Arbeit an den Schnittstellen von Sozial- und Vergaberecht, NZS 2005, 82 ff.

³ *Rixen*, Sozialvergaberecht ante portas? Vergaberechtliche Probleme im Sozialrecht der Arbeitsmarktsteuerung (SGB II und SGB III), VSSR 2005, S. 225 ff.; ders. in: Eicher/Spellbrink, SGB II, 1. Aufl., München 2005, § 17 Rdnr. 13. Vgl. ferner dens., Abschied vom Sozialen? Das Recht der Arbeitsförderung (SGB III) zwischen Sozial- und Vergaberecht – Zugleich ein Beitrag zum Rechtsschutz durch Sozialgerichte im Beschaffungswesen, VSSR 2006, S. 333 ff.

⁴ *Lange/Pfannkuche* (Hrsg.), Verträgliche Vergaben – vergebliche Verträge? Vergabe und Steuerung von Eingliederungsleistungen der Arbeitsmarktpolitik in SGB II und SGB III, Rehburg – Loccum 2007; *Busse/Ehmann* (Hrsg.), Vergaberecht als Chance für soziale Dienste, Berlin 2010.

⁵ *Sormani-Bastian*, Vergaberecht und Sozialrecht, Frankfurt u.a. 2007; *Heinemann*, Die Erbringung sozialer Dienstleistungen durch Dritte nach deutschem und europäischem Vergaberecht, Baden-Baden 2009; Engler, Die Leistungserbringung in den Sozialgesetzbüchern II, III, VIII und XII im Spannungsverhältnis zum europäischen und nationalen Vergaberecht, Baden-Baden 2010.

⁶ *Rixen* in: Eicher/Spellbrink, SGB II, 2. Aufl., 2008, § 17 Rdnr. 12.

Diese Charakterisierung des Arbeitsförderungsrechts kann heute nicht mehr aufrechterhalten werden, wie ich im Folgenden zeigen will. Zu diesem Zweck werde ich den aktuellen Gesetzesstand und seine Vorgeschichte unter dem Blickwinkel des Vergaberechts skizzieren (sub II). Im Anschluss will ich – nach einigen Hinweisen zur Vergabepaxis (sub III) – Thesen zu Grundsatzfragen des arbeitsförderungsrechtlichen Vergaberechts formulieren (sub IV). Schließlich sollen einige Linien der zu diesem Feld inzwischen umfangreichen Rechtsprechung nachgezeichnet werden (sub V).

II. Gesetzeslage (SGB III, SGB III)

1. Gesetzesentwicklung

Die Arbeitsverwaltung kooperiert bereits seit langem mit externen Dritten, die arbeitsmarktbezogene Dienstleistungen erbringen. Im Einklang mit dem internationalen Trend⁷ wurden seit der zweiten Hälfte der 90er Jahre Dritte zunehmend auch für die Erbringung von Vermittlungs- und vermittlungsnahen Dienstleistungen eingesetzt⁸. So enthielt das SGB III bereits bei seiner Einführung eine Regelung über die Beteiligung Dritter an der Vermittlung (§ 37 Abs. 2 a.F.)⁹. 2002 wurden die Möglichkeiten der Beauftragung Dritter mit Vermittlungsaufgaben durch das Job-AQTIV – Gesetz weiter ausgebaut (§ 37a a.F.)¹⁰. Für die mit dem Ersten Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt¹¹ neu eingeführten Instrumente der Personal-Service-Agenturen (§ 37c a.F) und der Beauftragung von Trägern mit Eingliederungsmaßnahmen (§ 421i a.F.) wurde dann erstmals im Gesetzestext die Anwendung des Vergaberechts ausdrücklich vorgeschrieben. Eine Vergabepaxis der Bundesagentur hatte es allerdings auch schon zuvor gegeben.¹²

⁷ Dazu WZB/infas, Evaluation der Maßnahmen zur Umsetzung der Vorschläge der Hartzkommission. Modul 1a Neuausrichtung der Vermittlungsprozesse, Berlin/Bonn, 2006, S. 161, Fn. 96.

⁸ Eingehende Darstellung der Entwicklung bei Hänlein, Zur Kodifikation des Leistungserbringungsrechts im SGB III, in: Bieback/Fuchsloch/Kohte (Hrsg.), Arbeitsmarktpolitik und Sozialrecht, Festschrift für Alexander Gagel, München 2011, S. 165 ff. (166 – 173).

⁹ Art. 1 des Gesetzes zur Reform der Arbeitsförderung (Arbeitsförderungs-Reformgesetz – AFRG) v. 24.3.1997, BGBl. I S. 594.

¹⁰ Gesetz zur Reform der arbeitsmarktpolitischen Instrumente (Job-AQTIV-Gesetz) v. 10.12.2001, BGBl. I S. 3443.

¹¹ Erstes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt v. 23.12.2003, BGBl. I S. 4607.

¹² Vgl. etwa den Rechtsstreit um eine Ausschreibung berufsfördernder Bildungsmaßnahmen, den das OLG Düsseldorf im Jahr 2001 entschieden hat (Beschl. v. 5.10.2001 – Verg 28/01 –).

Angestoßen durch den Bundesrechnungshof erteilte das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit im Jahr 2003 Weisung, auch dort nach Vergaberecht zu verfahren, wo dies nicht ausdrücklich im Gesetz vorgeschrieben war, insbesondere in Bezug auf Vermittlung und vermittlungsnahen Leistungen¹³, und wenig später auch in Bezug auf berufsvorbereitende Bildungsmaßnahmen. Für die Abwicklung der jetzt auf breiter Front eingesetzten Vergabepolitik wurde eine zentrale Einkaufsorganisation innerhalb der Bundesagentur aufgebaut, die die zuvor vor Ort praktizierte Projektentwicklung ersetzen sollte durch einen zentralen Einkauf von Produkten. Auf diese Weise sollten die Beschaffungsorganisation gestrafft, die für den Einkauf erforderlichen Kompetenzen gebündelt und die Produkte standardisiert und verbessert werden¹⁴. Dieses Konzept wurde in den folgenden Jahren umgesetzt. Eine Ausweitung der Einkaufsprozesse ergab sich dann noch infolge des Inkrafttretens des SGB II¹⁵, das hinsichtlich der arbeitsmarktbezogenen Instrumente bekanntlich auf das SGB III verweist.

Eine Konsolidierung der Gesetzeslage brachte das Gesetz zur Neuausrichtung der arbeitsmarktpolitischen Instrumente¹⁶, das nun für die meisten arbeitsmarktbezogenen Dienstleistungen, für die die Bundesagentur Dritte einschalten kann, die Anwendung des Vergaberechts ausdrücklich vorsieht. Im Sinne dieses Konzepts schrieb ebenfalls 2008 das 5. SGB III-ÄndG¹⁷ die Anwendung des Vergaberechts für Maßnahmen der Berufseinstiegsbegleitung vor (§ 421s SGB III).

Die politische Zielsetzung der seit 2003 mit Nachdruck verfolgten neuen Einkaufspolitik der Bundesagentur wird mit schöner Klarheit im Bericht von WZB und infas über die Evaluierung der Arbeitsmarktpolitik aus dem Jahr 2006 beschrieben. Dort heißt es: „(D)ie Zerstörung der lokalen Netzwerkstrukturen war ein wichtiges geschäftspolitisches Ziel der BA bei der Zentralisierung der Einkaufsprozesse für dieses Instrument. Argumentiert wurde dabei auf der Grundlage des Berichts des Bundesrechnungshofs vom Dezember 2003 vor allem damit, Korruption in den lokalen Netzwerken beseitigen zu wollen und die Preise für die Dienstleistung zu senken“.¹⁸

¹³ WZB/infas, aaO (Fn. 8), S. 194 f.

¹⁴ WZB/infas, aaO (Fn. 8), S. 194.

¹⁵ Art. 1 des Vierten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt v. 24.12.2003, BGBl. I S. 2954.

¹⁶ Gesetz zur Neuausrichtung der arbeitsmarktpolitischen Instrumente v. 21.12.2008, BGBl. I S. 2917.

¹⁷ Fünftes Gesetz zur Änderung des Dritten Buches Sozialgesetzbuch – Verbesserung der Ausbildungschancen förderungsbedürftiger junger Menschen – v. 26.8.2008, BGBl. I S. 1728.

¹⁸ WZB/infas, aaO (Fn. 8), S. 206, Fn. 144.

2. Aktuelle Gesetzeslage

a) SGB III

Heute enthält das SGB III zur Handhabung der Einkaufspolitik ausdrückliche Regelungen. Diese beziehen sich teilweise auf Leistungen an Arbeitnehmer und teilweise auf Leistungen an Träger.

aa) Vergabe von Leistungen an Arbeitnehmer

Hinsichtlich der Leistungen an Arbeitnehmer findet sich die zentrale Regelung in § 46 SGB III über Maßnahmen zur Aktivierung und beruflichen Eingliederung. In dieser Vorschrift ist ein ganzer Strauß früher verstreut geregelter Maßnahmen zusammengefasst worden. Für alle diese Maßnahmen schreibt Absatz 4 vor:

„Das Vergaberecht findet Anwendung. Die Vergütung richtet sich nach Art und Umfang der Maßnahme und kann aufwands- und erfolgsbezogen gestaltet sein; eine Pauschalierung ist zulässig.“

Entsprechendes ist für berufsvorbereitende Bildungsmaßnahmen (BvB¹⁹) vorgeschrieben, in bewusster Anlehnung an § 46 Abs. 4.²⁰ Ganz lapidar heißt es in § 61 Abs. 4:

„Das Vergaberecht findet Anwendung“.

bb) Vergabe von Leistungen an Träger

Was Leistungen an Träger angeht, wird die Anwendung des Vergaberechts in § 240, der Eingangsvorschrift zu den Leistungen zur Förderung der Berufsausbildung, angeordnet (§ 240 Abs. 3 SGB III)²¹. Diese Vorschrift ist gewissermaßen vor die Klammer gezogen und bezieht sich auf die drei im Anschluss geregelten Maßnahmen: auf die ausbildungsbegleitenden Hilfen (abH, § 241 SGB III), auf die außerbetriebliche Berufsausbildung (BaE, § 242 SGB III) sowie auf sozialpädagogi-

¹⁹ In ihrer Ausschreibungspraxis verwendet die Bundesagentur für Arbeit jeweils bestimmte Abkürzungen für die ausgeschriebenen Dienstleistungen, die hier und im nachfolgenden Text jeweils angegeben werden.

²⁰ BT-Drs. 16/10810, S. 35.

²¹ Dazu BT-Drs. 16/10810, S. 40.

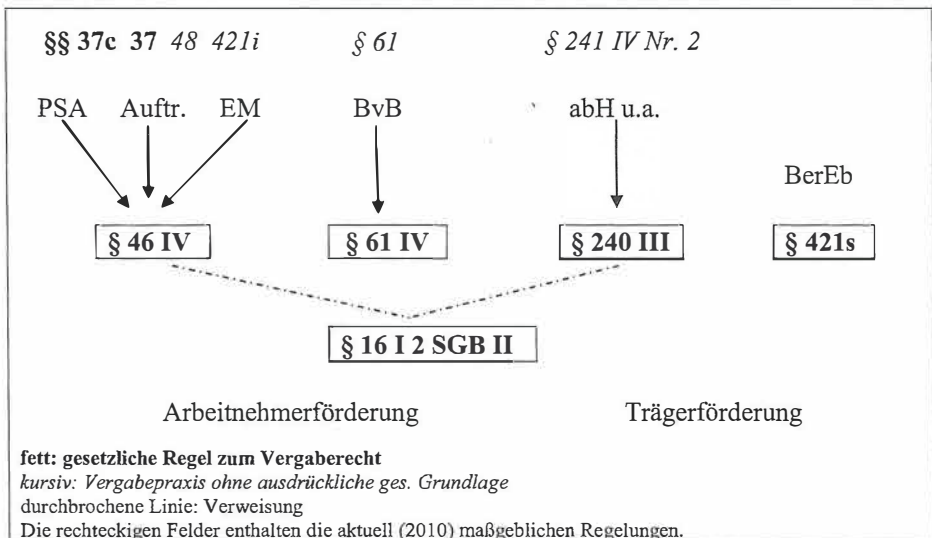
sche Begleitung und organisatorische Unterstützung bei betrieblicher Berufsausbildung und Berufsausbildungsvorbereitung (SpBAm²², § 243).

Außerdem sind die vergaberechtigten Vorschriften auf die trägerbezogene Förderung von Maßnahmen der Berufseinstiegsbegleitung für Jugendliche anzuwenden (§ 421s Abs. 6 S. 2 SGB III).

b) SGB II

Die Vorschrift des SGB II über die von der Agentur für Arbeit zu erbringenden Eingliederungsleistungen (§ 16 Abs. 1 S. 2 SGB II) verweist auf einen Teil der Regeln des SGB III. Durch diese Verweisung auf die SGB III-Förderleistungen werden auch diejenigen Vorschriften des SGB III in Bezug genommen, die die Anwendung des Vergaberechts vorschreiben. Im Einzelnen betrifft dies die Maßnahmen zur Aktivierung und beruflichen Eingliederung (§ 46 SGB III; Verweisungsnorm: § 16 Abs. 1 S. 2 SGB II: „erster Abschnitt des vierten Kapitels“) und die institutionelle Förderung und Unterstützung der Berufsausbildung (§ 240 SGB III; Verweisungsnorm: § 16 Abs. 1 S. 2 SGB II: „erster Abschnitt des sechsten Kapitels“).

Die folgende Darstellung zeigt, aus welchen Vorschriften die heute relevanten Regelungen hervorgegangen sind:

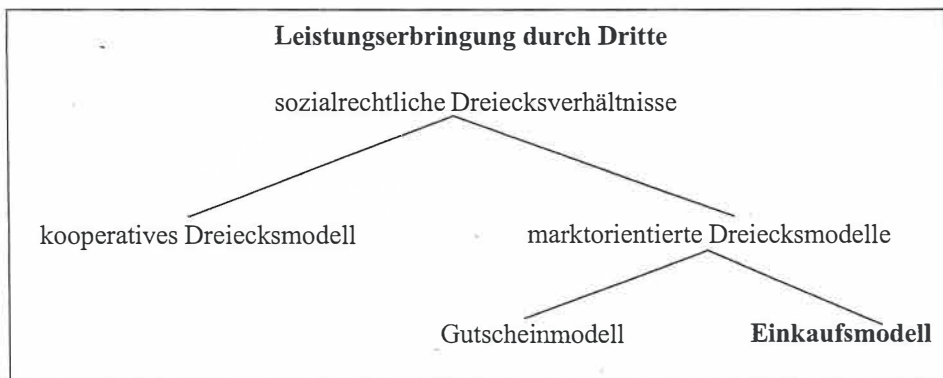


²² SpBAm = Sozialpädagogische Begleitung/Ausbildungsmanagement.

3. Gesetzssystematik

Das SGB III ist heute deutlich geprägt vom Einkaufsmodell. Damit unterscheidet sich das Leistungserbringungsrecht des SGB III signifikant vom Grundmodell anderer Sozialleistungsbereiche. Während dort vielfach ein kooperatives sozialrechtliches Dreiecksverhältnis das Grundmuster darstellt, sind für das SGB III inzwischen marktorientierte Dreiecksmodelle charakteristisch. Dabei ist das Einkaufsmodell des Vergaberechts allerdings nur eine mögliche Erscheinungsform, wenn auch die dominierende. Eine andere Erscheinungsform findet sich bei der Weiterbildungsförderung in Form des Instruments des Bildungsgutscheins (§§ 77 Abs. 4 und 84 ff. SGB III).

Insgesamt ist also das das Arbeitsförderungsrecht nun prägende Einkaufsmodell in eine allgemeine Systematik des Leistungserbringungsrechts systematisch folgendermaßen einzuordnen²³:



III. Hinweise zur Ausschreibungspraxis

Die Ausschreibungen der Bundesagentur für Arbeit werden über deren fünf Regionale Einkaufszentren²⁴ nach den Regeln des GWB (§§ 97 ff. GWB)²⁵, der Vergabe-

²³ Die Darstellung erfasst nicht alle denkbare Varianten der Leistungserbringungsbeziehungen. Sie bezieht sich nur auf die individuelle, nicht hingegen auf die institutionelle Förderung. Näheres zu den Regelungsmustern des Leistungserbringungsrechts im SGB III bei Hänlein, Zur Kodifikation des Leistungserbringungsrechts im SGB III, aaO. (Fn. 7), S. 173 ff.

²⁴ REZ Bayern; REZ BB/SAT (Berlin-Brandenburg, Sachsen-Anhalt, Thüringen); REZ Nord, REZ NRW; REZ Südwest.

verordnung²⁶ sowie der VOL/A²⁷ abgewickelt. Über die jeweils aktuelle Ausschreibungspraxis kann man Aufschlüsse aus dem Webauftritt der Bundesagentur gewinnen. Daraus ergibt sich, dass es feste Termine für bundesweite elektronische Vergabeverfahren gibt, die lange im Voraus bekanntgegeben werden. Außerdem gibt es jeweils regionale Ausschreibungen, die ebenfalls über die zentrale Website bekanntgegeben werden. Diese Ausschreibungen betreffen nach meinem Eindruck faktisch überwiegend den Rechtskreis SGB II. Die Ausschreibungen nach dem SGB II beziehen sich offenbar ausschließlich auf Maßnahmen im Sinne von § 46 SGB III.

Welche Maßnahmen ausgeschrieben werden, lässt sich der Übersicht auf der nachfolgenden Seite entnehmen:

²⁵ Diese Regelungen sind nur für Aufträge maßgeblich, die die Schwellenwerte nach § 100 Abs. 1 GWB erreichen. Bei Aufträgen, die die Bundesagentur für Arbeit ausschreibt, ist dies stets der Fall. Der Schwellenwert beträgt derzeit 193.000 Euro; dies ergibt sich aus § 127 GWB mit § 2 Nrn. 1 u 2 VgV i.V.m Anhang II Teil B der Richtlinie 2004/18/EG v. 31.3.2004, ABl. EU L 134 S. 114.

²⁶ Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung – VgV) in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. Februar 2003, BGBl. I S. 169, zuletzt geändert durch Artikel 1 der Verordnung vom 7. Juni 2010, BGBl. I S. 724.

²⁷ Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL) – Teil A –Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Leistungen (VOL-A) v. 20.11.2009, BAnz. Nr. 196a.

Übersicht zur Ausschreibungspraxis

Rechtsgrundlage für Einkaufsmodell ⇒	Vermittlung ?	Vermittlungsunterstützung § 46	Berufsausbildung § 61	Reha SGB III besondere Leistungen § 102 (?)	Reha SGB IX ?	Trägerleistungen § 240, § 421s
individuelle Leistungen AN	BO § 33 SGB III	zahlreiche Maßnahmen, Nrn. 1, 2, 4, 5 grunds. e-Vergabe (auch SGB II)	BvB	z.B. BvB Reha bbU Reha BeRe-PK § 102 I S. 1 Nr. 1b	DIA-AM , § 33 IV SGB IX InbeQ , § 38a SGB IX	
Leistungen an Träger						abH , § 241 BaE , § 242 SpBAm § 243 (auch SGB II) BerEb-(Bk) , § 421s (auch Sonderprogramm)

Erläuterung der Abkürzungen aus der Vergabep Praxis:

BO: Maßnahmen zur vertieften Berufsorientierung
BvB: Berufsvorbereitende Bildungsmaßnahmen
BvB Reha: Berufsvorbereitende Bildungsmaßnahmen Reha
bbU Reha: betreute betriebliche Umschulung für Rehabilitanden
BeRe-PK: Berufliche Reintegration Psychisch Kranker
DIA-AM: Diagnose der Arbeitsmarktfähigkeit

InbeQ: Individuelle betriebliche Qualifizierung
abH: ausbildungsbegleitende Hilfen
BaE: Berufsausbildung in außerbetrieblichen Einrichtungen
SpBAm: sozialpädagogische Begleitung/Ausbildungsmanagement
BerEb-(Bk): Berufseinstiegsbegleitung-(Bildungsketten)

Es zeigt sich, dass die meisten ausgeschriebenen Maßnahmen im Rahmen der ausdrücklichen gesetzlichen Vergabeermächtigungen erfolgen. Lediglich im Reha-Bereich könnten sich insoweit Probleme ergeben, auf die unten noch einzugehen ist.

Hinzuweisen ist im Übrigen auch darauf, dass die Bundesagentur auf ihrer Website auch auf die Möglichkeit der Ausschreibung von Einzelmaßnahmen hinweist. Sie bezieht sich dabei auf § 46 Abs. 1 Nr. 2 SGB III, auch im Verweisungszusammenhang des SGB II, und stellt diesbezügliche Musterverträge bereit.

IV. Grundsatzfragen

1. Gesetzesvorbehalt für Einkaufspolitik?

In der Literatur wird vor allem von Neumann die These vertreten, dass die Vergabe sozialer Dienstleistungen, die auf eine einseitige Leistungsbeschreibung und die Bildung von exklusiv zuzuschlagenden Leistungskontingenten hinausläuft, in die Grundrechte der Leistungserbringer eingreife. In Bezug auf kirchlich gebundene Träger wird hier das Grundrecht der karitativen Tätigkeit und zudem das kirchliche Selbstverwaltungsrecht in Stellung gebracht. Im Hinblick auf andere private Leistungserbringer komme ein Eingriff in die Berufsfreiheit in Betracht, weil die Ausschreibung von Leistungskontingenten auf eine Angebotssteuerung hinauslaufe²⁸. Die Pointe dieser Auffassung besteht darin, dass sie eine gesetzliche Grundlage erforderlich macht, wenn soziale Dienstleistungen ausgeschrieben werden. Die Neumannsche These ist allerdings auch bestritten worden. Rixen hat eingewandt, dass von Angebotssteuerung nicht gesprochen werden könne²⁹. Die Antwort auf diese Streitfrage dürfte in Abhängigkeit vom Zuschnitt der Lose und von der Laufzeit der ausgeschriebenen Verträge zu geben sein. Dies braucht hier jedoch nicht vertieft zu werden. Nach dem geltenden SGB III hat sich die Frage jedenfalls insoweit erledigt, wie das SGB III nun ausdrückliche gesetzliche Regeln zur vergabevermittelten Leistungserbringung enthält.

2. Vergabegebote und Beschaffungsermessen

Rixen hat in seinen Beiträgen über vergaberechtliche Fragen des arbeitsmarktbezogenen Sozialrechts dargelegt, der einschlägigen Vorschrift im Allgemeinen Teil des

²⁸ Neumann/Nielandt/Philipp, aaO. (Fn. 1), S. 64 ff.

²⁹ Rixen, VSSR 2005, S. 225, 251 ff.

SGB (§ 17 Abs. 1 Nr. 2 SGB I) sei zu entnehmen, dass die Sozialleistungsträger nach Ermessen entscheiden können, in welcher Weise sie gesetzlich vorgesehene soziale Dienstleistungen erbringen wollen, ob sie die Leistungen also selbst oder durch Dritte erbringen wollen, und auch, ob sie den Dritten gegenüber als Kooperationspartner oder als Einkaufsagentur auftreten wollen³⁰. Anderes gelte nur dann, wenn Regelungen der jeweiligen Fachgesetze den Spielraum der Träger einschränkten. Für das SGB III hat Rixen die damaligen ausdrücklichen gesetzlichen Regeln zur Anwendung des Vergaberechts (§§ 37c Abs. 2 und 421i SGB III, jeweils a.F.) als Vergabegebote gedeutet³¹.

Nach heutiger Gesetzeslage ist der Bundesagentur die Anwendung des Vergaberechts nicht mehr nur vereinzelt, sondern in einer Reihe von Vorschriften ausdrücklich vorgeschrieben. Diese Vorschriften sind vom Gesetzgeber bewusst weit und weitgehend auch einheitlich gefasst worden. Das Modell der Einkaufspolitik ist damit zum dominierenden Muster der Leistungserbringung im SGB III geworden. Jedenfalls im Anwendungsbereich dieser Regeln liegt es nahe, im Wege einer systematischen Interpretation nun im Sinne der von Rixen vorgeschlagenen Kategorie von einem Gebot der Leistungsbeschaffung durch Vergabe auszugehen³², auch wenn die Materialien aus dem Gesetzgebungsverfahren insoweit nicht ganz eindeutig sind³³. Beschaffungsermessen ist insoweit nicht mehr eröffnet.

M.E. liegt es überdies nahe, die Reichweite des Vergabegebotes auch auf gewisse Konstellationen zu beziehen, für die es noch heute an einer ausdrücklichen Vergabenorm fehlt (§ 33 SGB III; § 421h SGB III³⁴).

Dezidiert anders liegen die Dinge bei der Weiterbildungsförderung. Das hierfür vorgesehene gesetzliche Modell des Bildungsgutscheins in Kombination mit der Träger- und Maßnahmenzertifizierung lässt sich m.E. nur als Alternativmodell zum Modell der Einkaufspolitik verstehen. Dementsprechend ist insoweit von einem gesetzesimmanenten Vergabeverbot auszugehen.

³⁰ Rixen, VSSR 2005, S. 225, 231 f.; ders., VSSR 2006, S. 333, 337f.

³¹ Rixen, VSSR 2005, S. 225, 237 ff.

³² Ebenso Engler, aaO (Fn. 5), S. 38 und 44 – 46.

³³ BT-Drs. 1610810, 34; für Ermessensspielraum jedoch Hilgers, Die Anwendung des Vergaberechts nach § 46 SGB III, Ausarbeitung des Wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestages, 2010.

³⁴ Auch im Kontext des § 421h (Erprobung innovativer Ansätze) ist (!) der Gesetzesbegründung zufolge nach Vergaberecht zu verfahren, BT-Drs. 16/10810, S. 44.

3. Einkaufspolitik im Reha-Bereich

Weniger klar verhält es sich freilich, soweit die Bundesagentur zuständig ist für Leistungen zur Förderung der Teilhabe behinderter Menschen am Arbeitsleben. Hier besteht die Schwierigkeit, dass für arbeitsmarktbezogene Dienstleistungen nach dem SGB III heute weithin das Einkaufsmodell zum Zuge kommt, während das SGB IX ausweislich des § 21 SGB IX für Reha-Dienstleistungen grundsätzlich auf das Kooperationsmodell setzt. Die Frage, welchem der Prinzipien die Leistungserbringung folgt, wenn es um rehaspezifische Arbeitsmarktdienstleistungen geht, bedarf einer differenzierenden Beurteilung.

a) Allgemeine Leistungen zur Förderung der Teilhabe am Arbeitsleben

Zunächst sieht das Gesetz vor, dass die Teilhabe behinderter Menschen am Arbeitsleben durch „allgemeine Leistungen“ gefördert wird (§ 98 Abs. 1 Nr. 1 SGB III). Konkretisierend wird dann auf die Leistungen des vierten Kapitels des SGB III verwiesen; ergänzend sind einige von den allgemeinen Regeln abweichende Details hinsichtlich Voraussetzungen oder Inhalt der betreffenden Leistungen geregelt.

Benannt werden im Katalog des § 100 SGB III zunächst die vermittlungsunterstützenden Leistungen (§ 100 Nr. 1 SGB III). Insoweit wird also vor allem auf den in § 46 SGB III enthaltenen Leistungskatalog verwiesen. Diese Verweisung erfasst auch die diesbezügliche Anordnung der Anwendung des Vergaberechts (§ 46 Abs. 4 SGB III). Zu den allgemeinen Leistungen zur Förderung der Teilhabe am Arbeitsleben gehören ferner die Leistungen zur Förderung der Berufsausbildung (§§ 100 Nr. 3 mit 59 ff. SGB III), also auch berufsvorbereitende Bildungsmaßnahmen nach § 61 SGB III, hinsichtlich derer ebenfalls Vergaberecht gilt (§ 61 Abs. 4 SGB III). Schließlich wird auf die Leistungen zur Förderung der beruflichen Weiterbildung verwiesen (§ 100 Nr. 4 SGB III), hinsichtlich derer das Vergaberegime, wie bereits erwähnt, gerade nicht gilt.

Es ergibt sich mithin aus den gesetzlichen Verweisungen, dass hinsichtlich (allgemeiner) vermittlungsunterstützender Leistungen und hinsichtlich (allgemeiner) berufsvorbereitender Bildungsmaßnahmen das Vergaberegime auch insoweit gilt, wie behinderte Menschen an solchen Maßnahmen teilnehmen. Umgekehrt wird die Inanspruchnahme allgemeiner Maßnahmen der Weiterbildungsförderung auch dann über Bildungsgutschein und Zertifizierungssystem gesteuert, wenn solche Leistungen an behinderte Menschen erbracht werden.

b) *Besondere Leistungen zur Förderung der Teilhabe am Arbeitsleben*

Behinderte Menschen können spezifische Qualifizierungsleistungen beanspruchen, wenn dies mit Rücksicht auf die jeweilige Behinderung notwendig ist (§§ 98 Abs. 1 Nr. 2, 102 ff. SGB III).

aa) *Maßnahmen in „besonderen Einrichtungen für behinderte Menschen“*

Unter Umständen ist es mit Blick auf die jeweilige Behinderung erforderlich, dass eine Qualifizierungsmaßnahme in einer „besonderen Einrichtung für behinderte Menschen“ durchgeführt wird (§ 102 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB III). Besondere Einrichtungen in diesem Sinne sind Berufsbildungs- und Berufsförderungswerke oder vergleichbare Einrichtungen der beruflichen Rehabilitation (§ 35 SGB IX) sowie Werkstätten für behinderte Menschen (§§ 39, 136 SGB IX)³⁵.

Im Hinblick auf Leistungen in Werkstätten für behinderte Menschen verweist das SGB III auf das SGB IX: Die nach dem SGB III allein in Betracht kommenden Leistungen im Eingangsverfahren und im Berufsbildungsbereich werden auf der Grundlage des § 40 SGB IX erbracht (so ausdrücklich § 102 Abs. 2 SGB III). Aus § 40 SGB IX ergibt sich, dass die Leistungen durch „anerkannte“ Werkstätten erbracht werden. Die Anerkennung von Werkstätten für behinderte Menschen erfolgt auf Antrag durch Verwaltungsakt der Bundesagentur für Arbeit (§ 142 S. 2 SGB IX). Vor dem Hintergrund dieser speziellen Regelungen kommt eine Auswahl des Trägers der erwähnten „Werkstattmaßnahmen“ über das Vergaberecht nicht in Betracht. Insoweit lässt sich dem Gesetz mithin ein Vergabeverbot entnehmen.

Entsprechendes gilt für Maßnahmen, die in besonderen beruflichen Einrichtungen der Rehabilitation erbracht werden. Solche Einrichtungen müssen nach ausdrücklicher gesetzlicher Regelung eine Reihe von Qualitätskriterien erfüllen (§ 35 Abs. 1 SGB IX). Die Rehabilitationsträger gestalten die Beziehungen zu den Rehabilitationseinrichtungen durch Verträge nach § 21 SGB IX. Insoweit sieht das SGB IX ein spezifisches Kooperationsmodell vor, mit dem die Vergabe von Aufträgen im Wege der Ausschreibung nicht kompatibel wäre. Auch insoweit ist mithin von einem Vergabeverbot auszugehen³⁶.

³⁵ Vgl. BT-Drs. 13/4941, S. 173 f.

³⁶ Eingehend *Neumann/Nielandt/Philipp*, aaO (Fn 1), S. 38 – 42.

bb) „Sonstige“ Maßnahmen

Schließlich benennt das SGB III als besondere Leistungen der Teilhabeförderung „sonstige auf die besonderen Bedürfnisse behinderter Menschen ausgerichtete Maßnahmen“ (§ 102 Abs. 1 S. 1 Nr. 1b SGB III). Solche Leistungen spielen in der Ausschreibungspraxis der Bundesagentur eine beachtliche Rolle.

So werden Leistungen der im SGB IX eigens geregelten individuellen betrieblichen Qualifizierung im Rahmen Unterstützter Beschäftigung (§§ 33 Abs. 3 Nr. 2a, 38a Abs. 2 SGB IX) im Wege der Ausschreibung vergeben. Für die Zulässigkeit dieser Vorgehensweise spricht, dass nach dem Gesetz Träger mit derartigen Leistungen „beauftragt“ werden können (§ 38a Abs. 5 S. 2 SGB IX)³⁷. Auch die Gesetzesbegründung legt es nahe, hier an eine Auftragserteilung nach Vergaberecht zu denken, denn es sollen gerade auch neue Anbieter die Chance erhalten, sich zu etablieren.³⁸ Allerdings wird man der offenen gesetzlichen Formulierung kaum einen Zwang zur Ausschreibung entnehmen können, sondern eher die Eröffnung der Möglichkeit, zwischen Vergabemodell und Kooperationsmodell im Sinne des § 21 SGB XI zu wählen.

In der Praxis der Bundesagentur werden als „sonstige Maßnahmen“ im Sinne von § 102 Abs. 1 S. 1 Nr. 1b SGB III ferner rehaspezifische berufsvorbereitende Maßnahmen (außerhalb besonderer Einrichtungen, sog. BvB 2) ausgeschrieben³⁹. Insofern lässt sich die Auftragserteilung im Wege der Ausschreibung m.E. gewissermaßen als Fernwirkung des Vergabegebots in § 61 Abs. 4 SGB III legitimieren: Wenn sich die Bundesagentur beim Zuschnitt einer Reha-Maßnahme am Modell einer allgemeinen Maßnahme orientiert, für die die Anwendung des Vergaberechts vorgesehen ist, sollte man ihr auch im Reha-Kontext diesen Weg offen halten, ohne aber andererseits die Möglichkeit der Wahl einer kooperativen Regelung nach dem Modell des § 21 SGB IX zu verschließen.

4. Einkaufspolitik im Rechtskreis SGB II

Soweit nach dem SGB II SGB III-Förderleistungen erbracht werden, gilt das zum SGB III Ausgeführte. Insbesondere gelten die im SGB III identifizierten Vergabe-

³⁷ Anders *Bieritz-Harder*, in: Lachwitz/Schellhorn/Welti (Hrsg.), HK-SGB IX, 3. Aufl., 2010, § 38a, Rdnr. 11.

³⁸ Vgl. BT-Drs. 16/10487, S. 10.

³⁹ Geschäftsanweisungen BvB Teil 2: Rehaspezifische Besonderheiten in BvB 1 und Berufsvorbereitende Bildungsmaßnahmen (BvB 2 und BvB 3) gem. § 102 ff SGB III i.V.m. § 61, 61a, 64 Abs. 2 sowie § 69 SGB III, März 2009 (Fundstelle: Website der Bundesagentur).

gebote auch dann, wenn SGB III-Förderleistungen an Langzeitarbeitslose erbracht werden⁴⁰.

Hinsichtlich der kommunalen Eingliederungsleistungen (§ 16a SGB II) und auch hinsichtlich der freien Förderung gibt es keine klare Regelung. Allerdings setzt § 17 Abs. 2 SGB II insoweit Vereinbarungen voraus. Da diese Vorgabe jedoch wenig detailliert ist, wird ihr mit Recht entnommen, dass insoweit Beschaffungsermessen eröffnet ist.⁴¹

Anders wäre m.E. die geplante Regelung über die gutscheinvermittelte Erbringung der Leistungen für Bildung und Teilhabe zu beurteilen (§ 29 SGB II- Entwurf)⁴². Den Gutscheine sollen Personen und Einrichtungen abrechnen dürfen, mit denen eine Vereinbarung nach § 17 Abs. 2 SGB II besteht (so § 30 SGB II- Entwurf). M.E. liegt auch hier die Annahme nahe, dass das Gutscheinemodell das Einkaufsmodell ausschließt. Die Regelung des Entwurfs wäre also als Vergabeverbot zu interpretieren.

V. Rechtsprechung zur Vergabe von Arbeitsmarktdienstleistungen

Für Verfahren der Nachprüfung von Ausschreibungen der Bundesagentur für Arbeit als Bundesbehörde sind beim Bundeskartellamt eingerichtete Vergabekammern zuständig (§§ 104, 106, 106a GWB). Der Sitz des Bundeskartellamts ist Bonn. Deshalb führt die sofortige Beschwerde gegen Entscheidungen des Bundeskartellamts zum OLG Düsseldorf (§ 116 Abs. 3 GWB). Auf dieser Grundlage hat sich eine umfangreiche Entscheidungspraxis zum arbeitsmarktbezogenen Vergaberecht entwickelt, und zwar sowohl des Bundeskartellamts⁴³ wie auch des Vergabesenats des OLG Düsseldorf⁴⁴. Eine Durchsicht der Entscheidungen lässt einige thematische Schwerpunkte erkennen, über die im folgenden berichtet wird. Was die Tendenz der Entscheidungen angeht, lässt sich sagen, dass in der Rechtsprechung auch der spezifischen Situation des hier betroffenen sozialrechtlich geprägten Marktes

⁴⁰ So auch Engler, aaO (Fn. 5), S. 51 f.

⁴¹ *Rixen* in: Eicher/Spellbrink, SGB II, 2. Aufl., § 17 Rn. 13 f. unter Hinweis auf BT-Drs. 15/1749, S. 22; *Gagel/Kohte*, SGB II/SGB III, § 17 SGB II, Rdnrn. 15 ff.

⁴² Vgl. den Entwurf eines Gesetzes zur Ermittlung von Regelbedarfen und zur Änderung des Zweiten und des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch, BT-Drs. 17/3404; vgl. dazu auch Ausschussbericht BT-Drs. 17/4032.

⁴³ Die Rechtsprechung des Bundeskartellamts ist auf der Website des Amtes veröffentlicht: www.bundeskartellamt.de.

⁴⁴ Die im Folgenden ausgewertete Rechtsprechung des Vergabesenats des OLG Düsseldorf wurde über die Rechtsprechungsdatenbank der Website „Justiz.NRW“ recherchiert: www.justiz.nrw.de/RB/.

und der Besonderheit der auf diesem Markt tätigen Träger durchaus Rechnung getragen wird.

1. Probleme beim Verfahrensmanagement

Ausschreibungsverfahren sind hochgradig formalisiert und standardisiert. Es bedarf beachtlicher Professionalität, um solche Verfahren fehlerfrei zu betreiben. Dies gilt sowohl für papiergebundene Ausschreibungen wie auch für elektronisch durchgeführte Vergabeverfahren. Für letztere müssen spezielle technische Voraussetzungen erfüllt sein, insbesondere im Blick auf die Verwendung elektronischer Signaturen. Für die Bundesagentur, die zu diesem Zweck eigens eine institutionelle Struktur in Form der erwähnten Regionalen Einkaufszentren aufgebaut hat, dürfte die Bewältigung der Verfahren nur selten schwierig sein, wenn es auch in der Rechtsprechung vereinzelte Beispiele für Fehler der Bundesagentur gibt. Anders sieht es aus für die Bildungsanbieter. Insbesondere kleine Anbieter dürften hier immer wieder mit dem Verfahrensmanagement überfordert sein⁴⁵.

a) *Professionalität der Bundesagentur für Arbeit*

Im Allgemeinen wird der Bundesagentur eine professionelle Verfahrensgestaltung bescheinigt. So habe sie die Auswahlkriterien in den Verdingungsunterlagen transparent dargestellt; Probleme habe es vor allem gegeben, wenn sich in laufenden Verfahren Änderungen ergeben⁴⁶.

Freilich gibt es auch Fallbeispiele für fehlerhafte, beispielsweise uneindeutige⁴⁷ Ausschreibungen der BA. In einem Fall monierte das OLG Düsseldorf, dass den Bietern zwar die Bewertungsmatrix mitgeteilt worden war, nicht jedoch der sog. fachliche Wertungsleitfaden, der Regeln über die Vergabe von Wertungspunkten zu den einzelnen in der Wertungsmatrix enthaltenen Zuschlagskriterien enthält.⁴⁸

Bei der Ausschreibung neuer Maßnahmen erhöht sich die Fehlerwahrscheinlichkeit. So hat das Bundeskartellamt im Hinblick auf eine Ausschreibung von Maßnahmen

⁴⁵ Vgl. auch *Häcker*, Praktische Probleme sozialer Dienste bei der Vergabe von Aufträgen, in: Busse/Ehmann (Hrsg.), *Vergaberecht als Chance für soziale Dienste*, 2010, S. 49, 59 f.

⁴⁶ *Kaps*, Arbeitsmarktdienstleistungen der BA unter Vergaberecht, in: *Lange/Pfannkuche* (Hrsg.), aaO. (Fn. 4), S. 77 ff., 89.

⁴⁷ BKartA, *Beschl. v. 24.3.2004, VK 3 – 36/04: Ausschreibung von Maßnahmen der Eignungsfeststellung und Trainingsmaßnahmen im Sinne des § 48 SGB III a.F. unbestimmt und intransparent.*

⁴⁸ OLG Düsseldorf, 23.3.2005, VII-Verg 77/04.

der neuen Unterstützten Beschäftigung nach § 38a SGB IX kritisiert, die Eignungskriterien seien nicht hinreichend transparent beschrieben⁴⁹.

Die für die Eignung eines Bieters und die für die Bewertung der Wirtschaftlichkeit des Angebots relevanten Kriterien müssen nach der Rechtsprechung des EuGH⁵⁰ und des BGH⁵¹ strikt auseinandergelassen werden. Verschiedentlich wurde moniert, dass die Bundesagentur diesem Trennungsgebot im Hinblick auf die Zuschlagskriterien „Verankerung und Vernetzung im regionalen Arbeitsmarkt“ oder „Qualifikation des Personals“⁵² nicht beachtet hatte.

b) *Professionalität der Bieter*

Nicht immer verwenden die Bieter die korrekten Verfahrensunterlagen. In einem Fall des Bundeskartellamts hatte der Bieter freilich Glück, denn die veraltete Version eines Vordrucks unterschied sich nur marginal von der Neuauflage. Gleichwohl hatte die Bundesagentur ihn vom Verfahren ausgeschlossen. Dies wurde vom Bundeskartellamt korrigiert⁵³.

Die Bundesagentur verlangt von ihren Partnern, dass die Kommunikation über die Auftragsabwicklung im Wege des elektronischen Datenaustauschs erfolgt. Um dies sicherzustellen, enthalten die Verdingungsunterlagen formale und sachliche Anforderungen zur IT-Infrastruktur der Bieter. Bisweilen scheitern Angebote an dieser Formalie, die eng mit den entsprechenden Kompetenzen des Bieters zusammenhängt.⁵⁴

2. Probleme der Marktstruktur auf Bieterseite

Viele Entscheidungen befassen sich mit Problemen, die mit der besonderen Struktur der Anbieter am Markt für arbeitsmarktbezogene Dienstleistungen zusammenhängen. Vier Themenkreise fallen hier ins Auge.

⁴⁹ BKA, 29.4.2009, VK 3-61/09.

⁵⁰ EuGH, 24.1.2008, C 532/06.

⁵¹ BGH, Urteil v. 15.4.2008, X ZR 129/06.

⁵² BKA, 29.7.2009, VK 2-87/09.

⁵³ BKA, 29.7.2010, VK 1 – 67/10.

⁵⁴ BKA 12.2.2009, VK 1-189/08: fehlende Angaben zu internem Provider in Angebot betr. Maßnahmen der Berufseinstiegsbegleitung; BKartA, 7.6.2010, VK 3 3-54/10: fehlende Angaben zu externem Provider in Angebot betr. Aktivierungshilfen.

a) *Wettbewerb gewerblicher und freigemeinnütziger Träger*

Zu zahlreichen Auseinandersetzungen hatte die Regelung in § 7 Nr. 6 VOL/A a.F. geführt, nach der Justizvollzugsanstalten, Einrichtungen der Jugendhilfe, Aus- und Fortbildungsstätten und ähnliche Einrichtungen zum Wettbewerb mit gewerblichen Unternehmen nicht zugelassen werden durften⁵⁵.

Solche Auseinandersetzungen wurden teilweise von der Bundesagentur ausgelöst, die von vornherein gewisse Bieter von den offenen Ausschreibungsverfahren ausschloss⁵⁶. Andere Auseinandersetzungen gingen auf gewerbliche Anbieter zurück, die sich bemühten, gemeinnützige Konkurrenten aus dem Wettbewerb auszuschließen.

Das OLG Düsseldorf wandte in solchen Verfahren die Ausschlussregel etwa auf ein Berufsbildungswerk eines Landschaftsverbandes an, das sich an einer Ausschreibung von Berufsausbildungsmaßnahmen für lernbehinderte Jugendliche beteiligt hatte⁵⁷. Andererseits wurde die Praxis der Bundesagentur, auch öffentlich geförderte privatrechtlich verfasste Anbieter nach dieser Klausel vom Wettbewerb auszuschließen, von Bundeskartellamt und OLG Düsseldorf nicht akzeptiert⁵⁸.

Hinzuweisen ist allerdings darauf, dass die ausgeschlossenen Bieter nach der alten Fassung der VOL nur vom Wettbewerb mit gewerblichen Konkurrenten ausgeschlossen waren. Ungeachtet dessen war die Möglichkeit der freihändigen Vergabe von Aufträgen an vom Wettbewerb ausgeschlossene Anbieter ausdrücklich möglich (§ 3 Nr. 4 Buchst. o VOL/A a.F.), eine Option, von der die Bundesagentur auch Gebrauch gemacht hatte. Aufgrund einer Marktstrukturuntersuchung im Jahr 2003 hatte sie systematisch die betroffenen potentiellen Bieter ermittelt und vor diesem Hintergrund ihre Auftragsvergabe zweigeteilt. Einen Teil der Aufträge vergab sie freihändig an vom Wettbewerb ausgeschlossene öffentliche Anbieter (bundesweit ca. 4 %), den anderen Teil vergab sie im Wege öffentlicher Ausschreibungen (bundesweit ca. 96 %), die sich an alle anderen Bieter richteten, private gemeinnützige Träger eingeschlossen⁵⁹.

⁵⁵ Eingehend hierzu bereits *Neumann/Nielandt/Philipp*, aaO (Fn. 1), S. 76 – 86; *Storost*, NZS 2005, S. 82, 87 und Rixen, VSSR 2005, S. 225, 243.

⁵⁶ Vgl. etwa den Fall der 1. VK des Bundeskartellamts v. 13.5.2004 – VK 1-42/04.

⁵⁷ OLG Düsseldorf, 17.11.2004, VII-Verg 46/04.

⁵⁸ So das BKA im Beschluss v. 13.5.2004 – VK 1-42/04; ebenso OLG Düsseldorf, 23.3.2005 VI-Verg 68/04.

⁵⁹ Vgl. die Darstellung bei OLG Düsseldorf, 27.10.2004, VII-Verg 52/04; ferner OLG Düsseldorf 23.3.2005, VII-Verg 77/04.

Die durch § 7 Nr. 6 VOL/A a.F. ausgelösten Streitigkeiten verursachten großes Aufsehen. Die Wohlfahrtsverbände forderten die Streichung der Regelung⁶⁰. Die Regelung wurde in einem Antrag der Fraktionen der SPD und der Grünen im Bundestag thematisiert⁶¹. Der Ausschuss empfahl daraufhin ihre Abschaffung⁶². In der neuen Fassung der VOL/A ist sie nun nicht mehr zu finden.

b) *Bieterzusammenschlüsse*

Es liegt nahe, dass sich kleinere Bildungsträger zusammenschließen und gegenüber der mächtigen Bundesagentur gemeinsam auftreten. Geht es bei solchen Zusammenschlüssen um Preis- oder Gebietsabsprachen, ist dies jedoch nicht zulässig, denn es handelt sich dann um wettbewerbswidrige Kartellabsprachen. Wer sich an unzulässigen wettbewerbsbeschränkenden Abreden beteiligt, kann keinen Zuschlag erhalten (§ 16 Abs. 3 Buchst. f VOL/A n.F.). Es ist jedoch nicht jegliche Kooperation auf Bieterseite verboten. Dies hat das OLG Düsseldorf im Fall einer Trägerarbeitsgemeinschaft für Berufsvorbereitung und Berufsausbildung entschieden, die aus sieben Bildungsträgern bestand: Eine Kooperation, die es mehreren selbständigen Unternehmen durch die Bündelung ihrer Leistungskraft bei gleichzeitiger Koordinierung ihres Auftretens gegenüber der anderen Seite überhaupt erst ermöglicht, die nachgefragte Leistung zu erbringen, verstößt nicht gegen § 1 GWB⁶³.

c) *Berücksichtigung der Marktstruktur beim Zuschritt der Lose*

Die ursprüngliche Praxis der Bundesagentur, sehr große, kleinere Anbieter überfordernde Lose auszuschreiben, wurde nach Intervention des OLG Düsseldorf gestoppt⁶⁴. Die Begründung der Bundesagentur für ihre „Bündelungsstrategie“ ließ nach Auffassung des Senats „eine Abwägung mit den Interessen der kleinen und mittleren Bieter und deren Schutz vermissen...“. Die Ausführungen der Bundesagentur zu einer drohenden unwirtschaftliche Zersplitterung bei Wahl kleinerer Lose seien nicht nachvollziehbar. Das Argument, kleine und mittlere Unternehmen hätten die Möglichkeit, sich zu Bietergemeinschaften zusammenzuschließen, werde dem Schutzzweck des § 97 Abs. 3 GWB (a.F.)⁶⁵ nicht gerecht, wonach mittelstän-

⁶⁰ Engler, Vergaberecht. Sozialwirtschaft gestärkt, SOZIALwirtschaft 2010, S. 29, 32.

⁶¹ BT-Drs. 15/3213.

⁶² BT-Drs. 15/4598.

⁶³ So OLG Düsseldorf, 23.3.2005, VII-Verg 68/04 im Anschluss an BGHZ 149, 391 – Jugendnachfahrten.

⁶⁴ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 4.3.2004 – VII-Verg 8/04 – VergabeR 2004, 511.

⁶⁵ § 97 Abs. 3 GWB a.F. lautete: „Mittelständische Interessen sind vornehmlich durch Teilung der Aufträge in Fach- und Teillose angemessen zu berücksichtigenn.“

dischen Unternehmen grundsätzlich die Möglichkeit zur eigenständigen Beteiligung am Bieterwettbewerb einzuräumen ist.

Die gesetzliche Grundlage dieser Entscheidung ist inzwischen durch das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts⁶⁶ deutlich verschärft worden⁶⁷. Die Reserve des OLG Düsseldorf gegen Bündelungsstrategien der Bundesagentur ist mithin nun erst recht relevant. Die dem Bieterschutz dienende Pflicht zur Aufteilung in Lose kann, wie in der Literatur mit Recht vermerkt wird, etwa für regional organisierte kirchliche Träger von Bedeutung sein⁶⁸.

3. Aspekte der Risikoverteilung

a) *Auslastungsrisiko*

Eine erhebliche Rolle spielte in der Praxis der Vergabekammern und des OLG Düsseldorf die Regel des § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A a.F.⁶⁹. Nach dieser Vorschrift sollte der öffentliche Auftraggeber dem Auftragnehmer „kein ungewöhnliches Wagnis“ aufbürden „für Umstände und Ereignisse, auf die er keinen Einfluss hat und deren Einwirkung auf die Preise und Fristen er nicht im Voraus schätzen kann“. Es handelte sich hierbei um eine Regelung, die eine spezifisch vergaberechtliche Kontrolle des (künftigen) Vertragsinhalts ermöglichte und dem Schutz des Auftragnehmers vor unangemessenen Vertragsbedingungen diente⁷⁰. In der neuen Fassung der VOL/A ist die Regelung entfallen. Die dazu ergangene Rechtsprechung ist gleichwohl von Interesse, weil sie vergabespezifische Interessenkonflikte erhellt.

⁶⁶ Gesetz v. 20.4.2009, BGBl. I, S. 790.

⁶⁷ § 97 Abs. 3 lautet heute: „Mittelständische Interessen sind bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen. Leistungen sind in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben. Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche und technische Gründe dies erfordern. ...“; vgl. dazu BT-Drs. 16/117, S. 15 und *Otting* in: Bechtold (Hrsg.), *GWB*, 6. Aufl. 2010, § 97, Rdnr. 20.

⁶⁸ Hinweis bei *Neumann*, *Die Diakonie im sparbeflissenen Sozialstaat*, *ZevKR* 2006, S. 374, 387 zur inzwischen entfallenen Vorschrift in § 5 Nr. 1 VOL/A a.F. („Der Auftraggeber hat in jedem Falle, in dem dies nach Art und Umfang der Leistung zweckmäßig ist, diese – z. B. nach Menge, Art – in Lose zu zerlegen, damit sich auch kleine und mittlere Unternehmen um Lose bewerben können. Die einzelnen Lose müssen so bemessen sein, dass eine unwirtschaftliche Zersplitterung vermieden wird“; diese Vorschrift war angesichts der strengeren gesetzlichen Regelung obsolet geworden).

⁶⁹ § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A a.F. lautete: „Dem Auftragnehmer soll kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet werden für Umstände und Ereignisse, auf die er keinen Einfluss hat und deren Einwirkung auf die Preise und Fristen er nicht im Voraus schätzen kann.“

⁷⁰ So OLG Düsseldorf, 5.10.2001 – Verg 28/01.

In einem Fall des OLG Düsseldorf ging es um eine Ausschreibung berufsvorbereitender Bildungsmaßnahmen aus dem Jahr 2001. In den Ausschreibungsbedingungen hatte die Bundesagentur vorgesehen, dass der Auftragnehmer die zur Erbringung der Dienstleistung erforderliche räumliche, sächliche und personelle Ausstattung über die gesamte Vertragsdauer von drei Jahren für die maximale Teilnehmerzahl vorzuhalten habe; eine Vergütung sollte nur insoweit geschuldet sein, wie Teilnehmer tatsächlich unterrichtet würden, und zwar bei taggenauer Abrechnung anhand von Anwesenheitslisten. Nach Auffassung des OLG Düsseldorf verstieß diese Regelung gegen § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A a.F., weil sie das Verwendungsrisiko einseitig auf den Auftragnehmer abwälze⁷¹.

Seitdem verwendet die Bundesagentur Vertragsklauseln, die dem Auftragnehmer das Risiko der Inanspruchnahme nicht zu 100 %, sondern nur zu 30 % zuordnen. Diese Klausel lautet folgendermaßen:

„Dem Auftragnehmer wird eine Vergütung in Höhe von 70 % des Kontingents an Teilnehmermonaten garantiert. Diese Vergütung erfolgt unabhängig von der tatsächlichen Inanspruchnahme. Teilnehmermonate oberhalb von 70 % des Kontingents werden vom Bedarfsträger nach tatsächlicher Inanspruchnahme vergütet.“

Auch diese Risikoordnung war allerdings durchaus umstritten. Gegen die Zuweisung eines 30 %igen Auslastungsrisikos wehrte sich etwa ein Träger einer Werkstatt für behinderte Menschen, der sich um einen Auftrag betreffend die individuelle betriebliche Qualifizierung von behinderten Menschen beworben hatte⁷². Bei der Vergabekammer hatte er Erfolg. Bei Aufträgen mit langer Laufzeit, im Fall: vier Jahre, dürfe, so die Kammer, auf den Bieter ein Ausfallrisiko von maximal 15 % der Teilnehmermonate verlagert werden⁷³. Der Vergabesenat des OLG Düsseldorf hingegen sah die Voraussetzungen eines ungewöhnlichen Wagnisses als nicht gegeben an. Bei dieser Wertung war entscheidend, dass die Bundesagentur in der Leistungsbeschreibung vorgesehen hatte, der Auftragnehmer habe die Personalkapazität „entsprechend der tatsächlichen Inanspruchnahme im erforderlichen Umfang *herzustellen*“⁷⁴. Mit dieser Formulierung hatte die Bundesagentur offenbar auf eine frühere Entscheidung reagiert, als der Senat die Zuweisung eines 30 % igen Auslastungsrisikos an den Bieter für ein „ungewöhnliches Wagnis“ gehalten hatte,

⁷¹ OLG Düsseldorf, 5.10.2001 – Verg 28/01.

⁷² Fall des OLG Düsseldorf, Beschluss v. 18.11.2009, VII-Verg 19/09.

⁷³ BKA Beschluss v. 29.4.2009, VK 3 – 76/09 = Sozialrechtaktuell 2009, 198.

⁷⁴ Hervorhebung AH.

weil sich der Auftragnehmer zugleich verpflichten sollte, den Personalbestand für eine vollständige Auslastung ständig vorzuhalten⁷⁵.

Es gab insgesamt eine Vielzahl von Nachprüfungsverfahren, in denen die Rüge der Verletzung des § 8 Abs. 1 Nr. 3 VOL/A a.F. eine Rolle spielte⁷⁶. Dies ist vermutlich der Grund, weshalb die Regelung bei der jüngsten Reform der VOL/A ersatzlos gestrichen wurde, im Unterschied übrigens zu neuen VOB/A.

Es fragt sich, in welcher Weise unter Geltung der neuen VOL/A eine Inhaltskontrolle möglich ist, denn die Neigung, Risiken in unangemessener Weise auf die Bieter abzuwälzen, wird bei der Bundesagentur auch weiterhin bestehen. Eine AGB-rechtliche Kontrolle scheidet aus, weil die Zuweisung des Auslastungsrisikos als Preisvereinbarung insoweit kontrollfrei bleibt (§ 307 Abs. 3 S. 1 BGB)⁷⁷. Abgesehen von § 138 BGB könnte man m.E. auch an eine Anwendung des Verbots des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung unter dem Gesichtspunkt des Ausbeutungsmisbrauchs denken (§ 19 GWB i.V.m. § 130 GWB).

b) *Personalkosten*

aa) *Lohnniveau*

Der durch die Einkaufspolitik der BA verschärfte Wettbewerb unter den Anbietern arbeitsmarktbezogener Dienstleistungen führt offenkundig zu spürbarem Druck auf die Löhne der bei diesen beschäftigten Arbeitnehmer.

Es wird berichtet, trotz der Einführung abgesenkter Vergütungsgruppen für Mitarbeiter im Bereich der Arbeitsmarktdienstleistungen sei es zu einer Preisspirale nach unten gekommen⁷⁸. Vor diesem Hintergrund wurde auch die Aus- und Weiterbildungsbranche in den Katalog derjenigen Branchen aufgenommen, für die Mindestlohn-Tarifverträge vereinbart werden können, denen nach dem AEntG zu zwingender Wirkung verholfen werden kann (§ 4 Nr. 8 AEntG⁷⁹). Inzwischen gibt es einen solchen Mindestlohn-Tarifvertrag, der zwischen ver.di, GEW und der Zweckgemeinschaft des Bundesverbandes der Träger der beruflichen Weiterbildung (BBB)

⁷⁵ OLG Düsseldorf, Beschluss v. 9.6.2004, VII-Verg 18/04.

⁷⁶ Weitere Beispiele: ungewöhnliches Wagnis angenommen: OLG Düsseldorf, 23.3.2005, VII-Verg 77/04; ungewöhnliches Wagnis abgelehnt: OLG Düsseldorf, 19.10.2006, VII-Verg 39/06; 9.12.2009, VII-Verg 38/09.

⁷⁷ So OLG Düsseldorf, Beschluss v. 18.11.2009, VII-Verg 19/09.

⁷⁸ Häcker, a.a.O., (Fn. 45), S. 60 f.

⁷⁹ Dazu – allerdings wenig aussagekräftig – BT-Drs. 16/11669, S. 23.

vereinbart wurde⁸⁰. Für den Tarifvertrag vom 12.5.2009 wurde ein Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung gestellt, hinsichtlich dessen es im Tarifausschuss zu einem Patt (3:3) kam.

Angesichts der im Raum stehenden Möglichkeit eines nach dem AEntG verbindlichen Mindestlohn-Tarifvertrages für die Weiterbildungsbranche hatte die Bundesagentur in den Verdingungsunterlagen von Bietern eine Erklärung zur Gesetzestreue verlangt, wonach sich der Bieter verpflichtet, „im Auftragsfall die in (s)einem Unternehmen eingesetzten Arbeitnehmer nicht unter den für sie jeweils geltenden Mindestentgelt-Regelungen auf der Grundlage des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (AEntG) zu entlohnen“.

Gegen den Zwang zur Abgabe einer solchen Tariftreueerklärung wehrte sich ein unterlegener Bieter im Nachprüfungsverfahren. Das OLG Düsseldorf ließ die Rechtmäßigkeit des Erklärungszwangs offen und äußerte Zweifel, weil die Bundesagentur nicht zugleich Auskunft über die konkret zu beachtenden Standards erteilt hatte⁸¹. Der Nachprüfungsantrag scheiterte jedoch letztlich an fehlender Beschwerde: Öffentliche Aufträge dürfen nur gesetzestreuem Bietern erteilt werden (§ 97 Abs. 4 S. 1 GWB); gesetzestreu ist ein Unternehmen nur, wenn es sich auch an allgemeinverbindliche Tarifverträge hält⁸², und darauf zielte die verlangte Erklärung. Für die Antragstellerin hätte sich also durch eine Streichung der Tariftreueklausel nichts geändert.

Die Bundesregierung hat es am 4.10.2010 abgelehnt, eine Rechtsverordnung nach § 7 AEntG zu erlassen⁸³. Damit laufen die umstrittenen Tariftreueerklärungen vorerst ins Leere.

bb) Einsatz von freien Mitarbeitern/Subunternehmern

Bildungsträger müssen ein Interesse daran haben, nicht allein Arbeitnehmer zu beschäftigen, sondern auch freie Mitarbeiter bzw. Subunternehmer. Es liegt nahe, auf diese Weise Kostenrisiken abzuwälzen und die Flexibilität zu erhöhen.

⁸⁰ Die Darstellung beruht auf dem Tatbestand des Beschlusses des OLG Düsseldorf v. 9.12.2009 – VII-Verg 38/09-.

⁸¹ Eine solche Verpflichtung ergibt sich nach Auffassung des OLG aus Art. 27 Abs. 2 UA 1 der RL 2004/18/EG.

⁸² So das OLG Düsseldorf, ebd., unter Hinweis auf BT-Drs. 16/11428.

⁸³ Vgl. dazu auch den Antrag der SPD-Bundestagsfraktion BT-Drs. 17/3173 sowie die Kleine Anfrage der Fraktion von Bündnis 90/Die Grünen BT-Drs. 17/3349.

In ihren Verdingungsunterlagen hatte die Bundesagentur die Einschaltung von Subunternehmern „aus datenschutzrechtlichen Gründen“ grundsätzlich ausgeschlossen. Den grundsätzlichen Ausschluss von Subunternehmen hat jedoch eine der Vergabekammern des Bundeskartellamts beanstandet, denn er war mit der ausdrücklichen Zulassung von Subunternehmern in § 4 Abs. 4 VgV a.F.⁸⁴ nicht zu vereinbaren⁸⁵. Im Fall einer anderen Vergabekammer wird deutlich, dass aus einem Verbot der Vergabe an Subunternehmer auch Unklarheit hinsichtlich der Frage entstehen kann, ob damit generell der Einsatz freier Mitarbeiter ausgeschlossen sein soll⁸⁶.

In Verdingungsunterlagen, die man derzeit auf der Website der Bundesagentur findet, wird, wohl in Reaktion auf die besagten Entscheidungen, der Einsatz von Subunternehmern zugelassen. Dies könnte sich allerdings wieder ändern, denn die neue Fassung der VgV enthält die Subunternehmerregelung nicht mehr, und die VOL/A sieht ebenfalls keine Regelungen zum Subunternehmereinsatz bei der Vergabe nicht-prioritärer Dienstleistungsaufträge mehr vor⁸⁷.

VI. Ergebnisse

1. Seit ca. 10 Jahren, mit Nachdruck seit 2003, betreibt die Bundesagentur im Bereich der arbeitsmarktbezogenen Dienstleistungen eine gezielte Einkaufspolitik, die bezweckt, „Korruption in den lokalen Netzwerken zu beseitigen und die Preise für die Dienstleistung zu senken“ (WZB/infas).
2. Seit dem Gesetz zur Neuausrichtung der arbeitsmarktpolitischen Instrumente sieht das SGB III für die Erbringung von Dienstleistungen am Arbeitsmarkt in großem Umfang die Anwendung des Vergaberechts ausdrücklich vor (insbesondere: §§ 46 IV, 61 IV u. 240 III SGB III).
3. Soweit das SGB II für Eingliederungsleistungen in § 16 Abs. 1 auf Regeln des SGB III verweist, beziehen sich diese Verweisungen ggf. auch auf die jeweiligen Klauseln über die Anwendung des Vergaberechts.

⁸⁴ § 4 Abs. 4 VgV a.F. lautete: „Bei der Anwendung des Absatzes 1 ist § 7 Nr. 2 Abs. 1 des Abschnittes 2 des Teiles A der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL/A) mit der Maßgabe anzuwenden, dass der Auftragnehmer sich bei der Erfüllung der Leistung der Fähigkeiten anderer Unternehmen bedienen kann.“

⁸⁵ BKA, Beschluss v. 12.5.2009, VK 3 – 109/09 –.

⁸⁶ BKA, Beschluss v. 29.6.2009 – VK 2 – 87/09 –.

⁸⁷ Vgl. demgegenüber § 7 Abs. 9 EG VOL/A für prioritäre Dienstleistungen.

4. In der Praxis spielen Vergabeverfahren der Bundesagentur in beiden Rechtskreisen eine große Rolle. Die Ausschreibungen werden über die fünf Regionalen Einkaufszentren nach den Regeln des Kartellvergaberechts abgewickelt.
5. Sollte es für die Anwendung des Vergaberechts im Bereich der Arbeitsförderung aus verfassungsrechtlichen Gründen einer gesetzlichen Grundlage bedürfen, so wäre diesem etwaigen Erfordernis angesichts der nahezu flächendeckenden Regeln des SGB III zum Einsatz des Vergaberechts heute Rechnung getragen.
6. Die Regeln des SGB III über die Anwendung des Vergaberechts werden mit Recht als Vergabegebote interpretiert. Insoweit gibt es kein Beschaffungsermessen der Bundesagentur für Arbeit. Umgekehrt ist das Gutscheins- und Zertifizierungskonzept der Weiterbildungsförderung als Vergabeverbot zu deuten.
7. Es gibt gewisse Unklarheiten hinsichtlich der Reichweite der Vergabegebote des SGB III, soweit es um besondere Maßnahmen zur Teilhabe am Arbeitsleben geht. Hinsichtlich solcher Leistungen, die in „besonderen Einrichtungen“ erbracht werden, dürften die spezifischen Mechanismen des SGB IX den Vorrang beanspruchen. Soweit es jedoch um „sonstige“ Maßnahmen nach § 102 Abs. 1 S. 1 Nr. 1b SGB III geht, liegt ein Gesetzesverständnis nahe, das der Bundesagentur für Arbeit die Wahl lässt zwischen dem Vergabemodell des SGB III und dem rehabilitationsrechtlichen Kooperationsmodell (§ 21 SGB IX). Es wäre zu begrüßen, wenn die gesetzlichen Regeln deutlichere Vorgaben zur Beschaffungspolitik in diesem Bereich enthielten.
8. Hinsichtlich kommunaler Eingliederungsleistungen enthält das SGB II keine Regeln zur Beschaffung durch Vergabe. Insoweit besteht Beschaffungsermessen. Anderes dürfte gelten für gutscheinvermittelte Leistungen für Bildung und Teilhabe. Die einschlägigen Regeln des aktuellen Gesetzentwurfs können im Sinne eines Vergabeverbots gedeutet werden.
9. In der Praxis ist es zu einer Vielzahl von Streitigkeiten beim Bundeskartellamt und beim OLG Düsseldorf um die Vergabepolitik der Bundesagentur für Arbeit gekommen. Die vorliegende umfangreiche Rechtsprechung trägt immer wieder auch den Interessen der Bieter Rechnung.
10. Die Rechtsprechungspraxis lässt erkennen, dass die Durchführung von Vergabeverfahren hohe Anforderungen an die Professionalität der Beteiligten stellt. Vor allem kleinere Bieter werden diesen Anforderungen nicht immer gerecht.

11. Der Ausschluss öffentlich geförderter Bieter durch die Bundesagentur auf der Grundlage des § 7 Nr. 6 VOL/A a.F. hat zahlreiche Rechtsstreitigkeiten ausgelöst. Das OLG Düsseldorf hat die Vorschrift restriktiv ausgelegt und nur auf Bieter in öffentlicher Trägerschaft bezogen. Nach dem Wegfall der Regelung in der neuen VOL-A kommt ein solcher Bieterausschluss unabhängig von der Trägerschaft nicht mehr in Betracht.
12. Eine Kooperation von Bietern, die es mehreren selbständigen Unternehmen durch die Bündelung ihrer Leistungskraft bei gleichzeitiger Koordinierung ihres Auftretens gegenüber der anderen Seite überhaupt erst ermöglicht, die nachgefragte Leistung zu erbringen, ist nicht wettbewerbswidrig im Sinne von § 16 Abs. 3 lit f. VOL/A n.F.
13. Beim Zuschritt der Lose verbietet sich in der Regel eine „Bündelungsstrategie“. Es muss vielmehr wegen des neuerdings strenger als zuvor gefassten § 97 Abs. 3 GWB (vornehmliche Berücksichtigung mittelständischer Interessen) der besonderen Anbieterstruktur im Bereich der Arbeitsmarktdienstleistungen durch Aufteilung der Lose Rechnung getragen werden.
14. Das OLG Düsseldorf hatte § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A a.F. (Verbot der Belastung des Bieters mit „ungewöhnlichem Wagnis“) zum Instrument einer vergaberechtlichen Vertragskontrolle entwickelt und so die Bieter vor unangemessener Zuweisung des Auslastungsrisikos geschützt. Nach der Abschaffung der Vorschrift kann ein gewisser Bieterschutz möglicherweise durch das Missbrauchsverbot des GWB erreicht werden.
15. Die Bundesagentur für Arbeit kann von den Bietern die Abgabe von Tariftreuerklärungen verlangen, die die Bieter auf die Einhaltung von Mindestlohnarbeitsverträgen im Sinne des AEntG verpflichten. Das Bundeskabinett hat es allerdings kürzlich abgelehnt, zum vorliegenden Mindestlohnarbeitsvertrag für die Weiterbildungsbranche eine Rechtsverordnung nach § 7 AEntG zu erlassen.
16. Ein Verbot des Einsatzes von Subunternehmern war nach Auffassung des BKartA wegen § 4 Abs. 4 VgV a.F. unzulässig. Diese Regelung der VgV ist kürzlich weggefallen.