

Noch nicht transparent und fair

Erobert das Vergaberecht den sozialen Fürsorgebereich?

(BS/Dr. Ute Jasper/Barbara v. der Recke*) Das Vergaberecht spielte für die Erbringung von Sozialleistungen bisher faktisch kaum eine Rolle. In der Praxis wurden und werden die Leistungen der öffentlichen Träger regelmäßig direkt und ohne Umwege an freie, private oder kirchliche Träger übertragen. Es gilt hier mehr als in anderen Leistungsbereichen noch der Grundsatz "bekannt und bewährt" statt "transparent und diskriminierungsfrei". In den letzten Jahren gab es nur in Ausnahmefällen eine wettbewerbsorientierte Vergabe von Sozialleistungen durch die öffentlichen Träger. Die korporatistischen Strukturen der sozialen Fürsorge werden an einigen Stellen aufgebrochen für Leistungen in der Jugend-, Kinder- und Sozialhilfe. Beispielsweise schrieb der Landschaftsverband Westfalen-Lippe bereits im Jahr 2004 Leistungen für das Ambulante Betreute Wohnen behinderter Menschen aus.

Der gleichfalls nordrhein-westfälische Kreis Steinfurt ging dazu über, Leistungen der sozialpädagogischen Familienhilfe auszuschreiben. Die Bundesagentur für Arbeit vergibt vermehrt Leistungen der Arbeitsmarktförderung, wie z. B. Trainingsmaßnahmen, aber auch Aus- und Fortbildungsmaßnahmen.

Das neue Kinderförderungsgesetz

Dieser Trend wird sich allerdings in nächster Zeit vermutlich verstärken. Gerade im Bereich der Jugendhilfe ändert sich einiges. Aufgrund des neuen Kinderförderungsgesetzes werden Länder und Kommunen den Ausbau von Kitas deutlich vorantreiben. Die öffentlichen und freien Träger von Kinderbetreuungseinrichtungen werden die neuen Aufgaben ohne Unterstützung privater Träger aber kaum schultern können. Wirtschaftlichkeit und Effektivität sind in diesem Bereich daher mehr gefragt denn je. Kommunen stellen sich daher einmal mehr der Frage, ob das Vergaberecht nicht nur Rechtssicherheit, sondern auch wirtschaftliche Vorteile bringt.

Ob das Vergaberecht zwingend für Sozialleistungen gilt, war bereits in der Vergangenheit heftig umstritten. Letzten Endes scheuten sich aber alle Seiten, eine klare Lösung zu finden. Einheitliche Rechtsprechung gibt es nicht. Die Bundesarbeitsgemeinschaft der freien Wohlfahrtspflege zum Beispiel lehnte die Anwendung des Vergaberechts auf Sozialdienstleistungen vehement mit

den Argumenten ab, dass Sozial- und Vergaberecht nicht miteinander kompatibel seien. Das so genannte sozialrechtliche Dreiecksverhältnis – die dreipolige Ausgestaltung der Leistungsbeziehungen zwischen öffentlichem Träger, freiem Träger als Leistungserbringer und den Leistungsberechtigten als Leistungsempfängern – schließe die Anwendung des Vergaberechts aus. Auch die dem Sozialrecht innewohnende Trägerpluralität und das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten lasse eine vertragliche Ausgestaltung von Sozialleistungen nach dem Vergaberecht nicht zu.

Kostendruck ruft nach Vergaberecht

Trotzdem sind in den letzten Jahren viele öffentliche Sozialträger dazu übergegangen, Leistungen der Jugend- und der Sozialhilfe nach dem Vergaberecht auszuschreiben. Der Hintergrund war: Die steigenden Kosten bei sinkenden finanziellen Mitteln erforderten wirtschaftliches Handeln. Die Qualitätsstandards sollten aber gleichzeitig gesichert werden. Auf diese Weise versuchen öffentliche Träger den Kostendruck durch Wettbewerb aufzufangen.

Dieses Vorgehen ist auch rechtlich sinnvoll, mit großer Wahrscheinlichkeit sogar geboten. Die für das Frühjahr zu erwartende Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes in der Sache Oymanns / AOK Rheinland/Hamburg (Az: Rs.-C 300/07) wird das Vergaberechts ver-

mutlich auch im Bereich sozialer Dienstleistungen für anwendbar erklären. Sowohl die EU-Kommission als auch der zuständige Generalanwalt äußerten sich kürzlich eindeutig "pro Vergaberecht" (vgl. Schlussanträge des Generalanwalts vom 16.12.2008).

Vergaberecht auf dem Vormarsch

Im Behörden Spiegel werden in loser Folge die verschiedenen Felder erläutert, auf denen das Vergaberecht Terraingewinn verzeichnet und dabei für Veränderung sorgt.

In der Sache geht es u.a. um die Frage, ob Sozialleistungen im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis vergaberechtsrelevante öffentliche Dienstleistungsaufträge beinhalten können. Der Generalanwalt bejaht dies. Die Vereinbarung der AOK mit Oymanns über die Anfertigung und Lieferung von orthopädischem Schuhwerk im Sinne der §§ 140 a ff. SGB V ist nach seiner Auffassung ein nahezu klassisches Beispiel einer Rahmenvereinbarung, die nicht als vergaberechtsfreie Dienstleistungskonzession, sondern als öffentlicher Dienstleistungsauftrag einzustufen sei. Wenn sich der EuGH der Auffassung des Generalanwaltes anschließt (was in der überwiegenden Anzahl der Fälle geschieht), wird die Entscheidung weitreichende Auswirkungen auf

die zukünftige Vertrags- und Vergabepaxis von Sozialdienstleistungen – jeglicher Art – haben.

Trägerpluralität,

Wunsch- und Wahlrecht

Überzeugende Gründe, weswegen sich der Fürsorgebereich und auch andere soziale Bereiche dem Vergaberecht entziehen sollten, sind nicht ersichtlich. Gerade die aktuellen Entwicklungen bei dem Ausbau von Kitas zeigen, dass der Wettbewerbsdruck unter den freien Trägern an sich, aber auch im Verhältnis zu privaten Trägern steigt. Private Träger werden in den Wettbewerb um die Erbringung von Kinderbetreuungsleistungen eingebunden, um den gefragten Personalbedarf decken zu können.

Dem widerspricht auch nicht der Grundsatz der Trägerpluralität und das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten. Wenn dies in der Vergangenheit wiederholt vertreten und gar verwaltungsgerichtlich bestätigt wurde, so betraf dies in allen Fällen Exklusivverträge zwischen Öffentlichen Trägern und einzelnen Sozialleistungserbringern mit regionaler Ausschlusswirkung der Leistungserbringung für andere. Hier liegt eine Verletzung dieser Grundsätze durch die Exklusivauswahl nach Vergaberecht nahe.

Entschärfung durch Rahmenvereinbarung

Es gibt aber viele Möglichkeiten, einen derartigen Konflikt zu entschärfen. Einen wesentlichen Beitrag hierzu leistet bereits das Mittel der Rahmenvereinbarung. Es eröffnet den öffentlichen Trägern die Möglichkeit, mehrere potenzielle Anbieter in den Prozess der Leistungserbringung einzubeziehen. Die Träger können sich beim Abschluss der Rahmenvereinbarung auf die besten Angebote beschränken. Sie sind nicht gezwungen, mit allen Bietern zu kontrahieren, die die gesetzlichen Vorschriften erfüllen. Eine solche Pflicht ergibt sich auch nicht aus dem SGB. Denkbar ist auch, bereits regional betrachtet relativ kleine Lose zu bilden und den Leistungsberechtigten auf diese Weise Wahlmöglichkeiten schon in ihrem engsten Umfeld zu ermöglichen.

Im Übrigen bestehen für den Bereich sozialer Dienstleistungen zahlreiche Ausnahmen von den Formalitätsanforderungen an ein übliches Vergabeverfahren. Der Aufwand ist gering. Die Rechtssicherheit der Verträge groß. Wenn der EuGH in der Sache Oymanns / AOK erstmalig die Ausschreibungspflicht sozialer Dienstleistungen vorgibt, wird sich die bisherige Praxis schnell ändern müssen. Aber selbst unabhängig davon ist die Wahrscheinlichkeit, dass das Vergaberecht angesichts der aktuellen Gesetzesentwicklungen und des steigenden Wettbewerbsdrucks auch den Fürsorgebereich erobert, groß.

-Dr. Ute Jasper ist Rechtsanwältin und Partnerin, Barbara v. der Recke Rechtsanwältin im Düsseldorfer Büro der Anwaltssozietät Heuking Kühn Lüer Wojtek.