

Ausschreibungspflicht sozialer Dienstleistungen – Kostendruck versus Qualität?

*Dr. Ute Jasper und Barbara Frfr. v. der Recke**

Der Deutsche Städtetag hat jüngst neue Zahlen und Fakten zur Entwicklung kommunaler Sozialausgaben mitgeteilt. Die Haushalte der Kommunen werden danach immer mehr von den Sozialausgaben erdrückt. Die Kosten für die Pflege älterer Menschen, für den Ausbau der Kinderbetreuung und für die Erziehungshilfen für Kinder und Jugendliche, die Eingliederung von Menschen mit Behinderungen, die Unterkunft und Heizung für Langzeitarbeitslose und ihre Familien sowie für die Grundsicherung im Alter stellen die größten Sozialausgaben dar. Geschäftsführer Dr. Stephan Articus teilte am 17. Mai 2010 mit: Kein anderer Ausgabenblock steigt so rasch und mit solch einer Dynamik an wie die Sozialausgaben. Diese dramatische Entwicklung muss gestoppt und umgekehrt werden, damit nicht vielen Städten der Ruin droht. Soziale Dienstleistungen werden auch deshalb in letzter Zeit verstärkt in einen wirtschaftlichen Kontext gestellt. Forderungen nach Qualitäts- und Kosteneffizienz werden lauter.

Die Bruttoausgaben für die Kinderbetreuung sind nach Angaben des Deutschen Städtetages von 1998 bis 2008 von ca. 10 Milliarden Euro auf rund 14,5 Milliarden Euro angestiegen. Die Kommunen stehen zudem vor der Herausforderung, den Ausbau von Kindertagesstätten deutlich voranzutreiben, um im Jahr 2013 jedem Kleinkind unter drei Jahren einen Betreuungsplatz anbieten zu können.

Ähnlich dramatisch sind die Kosten bei den Eingliederungshilfen für Menschen mit Behinderungen und bei den Unterkunftskosten für Langzeitarbeitslose. Damit geht die Gefahr einher, dass die Städte und Kommunen schon bald keine präventiven Jugendhilfen, berufsvorbereitende Maßnahmen oder Integrationsprojekte mehr anbieten können. Der Umfang der Leistungen wird dem finanziellen Druck weichen. Das Angebot sozialer Dienste, die der Sozialstaat eigentlich verlangt, wird spürbar zurückgehen.

Aber wie können die Sozialausgaben gesenkt werden, ohne zugleich den Umfang und die Qualität der Leistungen kürzen zu müssen?

Neue Strukturen in den Sozialleistungsgesetzen und Kostenbeteiligungen von Bund und Ländern an den kommunalen Sozialausgaben sind zwar ein wesentlicher Beitrag für eine Kostensenkung, genügen aber nicht. Darüber hinaus ist ein Umdenken in den Kommunen zu wirtschaftlicherem Handeln – auch bei sozialen Dienstleistungen – er-

* Rechtsanwältinnen im Düsseldorfer Büro der Anwaltssozietät Heuking Kühn Lüer Wojtek.

forderlich. Vielleicht hat nicht zuletzt dieser Handlungsbedarf die Europäische Kommission und den Europäischen Gerichtshof dazu bewogen, in der jüngeren Vergangenheit auch im Bereich sozialer Dienstleistungen vermehrt ein Augenmerk auf das Vergaberecht zu richten.

Sozialrecht versus Vergaberecht

Das Vergaberecht regelt den wirtschaftlichen Einkauf von Gütern und Leistungen durch den Staat, seine Behörden und Institutionen am Markt. Es spielte jedoch für Sozialleistungen bisher faktisch kaum eine Rolle. In der Praxis wurden die Leistungen der öffentlichen Träger regelmäßig direkt und ohne Umwege an freie, private oder kirchliche Träger übertragen. Hier galt und gilt mehr als in anderen Leistungsbereichen noch der Grundsatz „bekannt und bewährt“ statt „transparent und diskriminierungsfrei“.

In den letzten Jahren gab es nur in Ausnahmefällen wettbewerbsorientierte Vergaben von Sozialleistungen durch die öffentlichen Träger. Die korporatistischen Strukturen der sozialen Fürsorge wurden nur an einigen Stellen aufgebrochen. Insbesondere die Bundesagentur für Arbeit ging bereits früh dazu über, Leistungen der Arbeitsmarktförderung nach SGB III und SGB II, wie z.B. Trainingsmaßnahmen, aber auch Aus- und Fortbildungsmaßnahmen, in Vergabeverfahren auszuschreiben. Diese Maßnahmen, aber auch eine Reihe von Ausschreibungsverfahren in der Jugendhilfe, der Eingliederungshilfe und der Schuldnerberatung haben in den letzten Jahren zu wiederholten juristischen Auseinandersetzungen über die Kompatibilität von Sozialrecht und Vergaberecht bei sozialen Dienstleistungen geführt.

Soziale Dienstleistungen rücken immer mehr in den Fokus der europäischen Binnenmarkt- und Wettbewerbsregelungen. Der expandierende Markt sozialer Dienstleistungen besitzt nicht nur sozial-, sondern auch marktrechtliche Relevanz. Dies wird nicht zuletzt durch die vom EuGH vor einigen Jahren erweiterte Geltung der Wettbewerbs- und Beihilfenvorschriften der Artikel 107 ff AEUV (ehemals Art. 87 ff. EG-Vertrag) auf den Sozialleistungssektor deutlich. Auch aus Brüssel gab es klare Anzeichen für eine Anwendungspflicht des Vergaberechts, so zum Beispiel in der Mitteilung der EU-Kommission zur Umsetzung des Gemeinschaftsprogramms von Lissabon – „Die Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse in der Europäischen Union“ (vom 26.04.2006; KOM (2006), 177). Auf Bundes- und Landesebene scheuten sich aber in der Regel alle Seiten, eine klare Lösung pro oder contra Vergaberecht zu finden.

Kritiker tragen vor, dass das Sozial- und Vergaberecht nicht miteinander kompatibel seien. Das sogenannte sozialrechtliche Dreieckverhältnis – die dreipolige Ausgestaltung der Leistungsbeziehungen zwischen öffentlicher Hand (Leistungsträger), freiem Träger als Leistungserbringer und den Leistungsberechtigten als Leistungsempfänger – schließe die Anwendung des Vergaberechts aus. Der Gedanke des Wettbewerbs sei bereits im Sozialrecht verankert. Die Trägerpluralität und das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten lasse eine vertragliche Ausgestaltung von Sozialleistungen nach dem Vergaberecht nicht zu. Aufgrund des Wunsch- und Wahlrechtes der Nutzer

würden diese für oder gegen einen bestimmten Leistungserbringer über die wirtschaftliche Stabilität von Diensten und Einrichtungen entscheiden. Damit sei das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis das gesetzlich vorgegebene, dem Bürger angemessene Wettbewerbsmodell für soziale Dienstleistungen. Für das Vergaberecht bliebe kein Anwendungsraum.

Im Rahmen des sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses hat der sozialleistungsberechtigte Bürger einen öffentlich-rechtlichen Anspruch gegen den Träger, der die begehrte Leistung bewilligt und dafür die Kosten übernimmt. Der Leistungsberechtigte darf wählen, wer die Leistung erbringen soll. Der Träger regelt zu diesem Zweck mit diversen freien und privaten Trägern in Rahmenvereinbarungen die Bedingungen für die Leistungserbringung.

Nach Auffassung z.B. der Bundesarbeitsgemeinschaft der freien Wohlfahrtspflege stellt eine solche, auf Rahmenvereinbarungen gestützte Leistungsabwicklung im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis zwar regelmäßig einen öffentlich-rechtlichen Vertrag dar, der aber jedenfalls als Dienstleistungskonzession nicht dem Vergaberecht unterfalle. Für einen ausschreibungspflichtigen Dienstleistungsauftrag im Sinne des § 99 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) fehle es an der Gegenseitigkeit und Entgeltlichkeit der Leistungsbeziehungen zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer. Das tatsächliche Belegungs- oder Inanspruchnahmerrisiko und somit das wirtschaftliche Risiko liege – konzessionstypisch – beim Leistungserbringer. Denn es hänge entweder von der Bestimmung des Leistungsträgers oder von der Wahl des Leistungsberechtigten ab, ob seine Leistungen in Anspruch genommen würden. Das hiermit verbundene wirtschaftliche Risiko des Leistungserbringers sei ein typisches Element der Dienstleistungskonzession, die nach der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG nicht dem Vergaberecht unterliege. Eine Dienstleistungskonzession zeichnet sich dadurch aus, dass die Gegenleistung für die Erbringung nicht durch eine bestimmte Vergütung in Form eines festgelegten Preises erfolgt, sondern in dem Recht, die eigene Leistung auf eigenes Risiko zu nutzen oder zu verwerten. Zu beachten sind nur die allgemeinen europäischen Wettbewerbsvorgaben, wie z.B. die Transparenz des Verfahrens und die Nichtdiskriminierung.

Nach der Rechtsprechung einiger nationaler Obergerichte und des Europäischen Gerichtshofes ist allein entscheidend für die Frage der Vergabepflicht, ob die zu beschaffenden Leistungen in einer entgeltlichen Gegenseitigkeitsbeziehung zwischen dem öffentlichen Träger und dem Leistungserbringer stehen. Dies wiederum ist jedoch keine Frage der Kompatibilität von Sozial- und Vergaberecht, sondern der Ausgestaltung der Verträge.

Rechtsprechung des EuGH

Dies hat im vergangenen Jahr erstmals der EuGH klar zum Ausdruck gebracht und den Kritikern, die Vergaberecht im sozialen Dienstleistungssektor für unanwendbar halten, damit eine deutliche Absage erteilt. Unabhängig davon, dass er mit seinem Urteil vom 19.06.2009 (Rs.C-300/07 „Oymanns“) die Kompatibilität von Sozial- und Vergaberecht ausdrücklich bestätigt hat, enthält das Urteil zwei weitere wesentliche Grundentscheidungen „pro Vergaberecht“:

1. gesetzliche Krankenkassen sind öffentliche Auftraggeber und unterliegen dem Anwendungsbereich des Vergaberechts;
2. Verträge, die Krankenkassen mit Leistungserbringern schließen, können als öffentliche Aufträge eingestuft werden.

In der Sache ging es u. a. darum, ob Sozialleistungen im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis vergaberechtsrelevante öffentliche Dienstleistungsaufträge beinhalten können. Der Europäische Gerichtshof bejaht dies. Die Vereinbarung der AOK mit dem Unternehmen Oymanns über die Anfertigung und Lieferung von orthopädischem Schuhwerk im Sinne der §§ 140 a ff. SGB V war nach Auffassung des Gerichtshofes ein nahezu klassisches Beispiel einer Rahmenvereinbarung, die nicht als vergaberechtsfreie Dienstleistungskonzession, sondern als öffentlicher Dienstleistungsauftrag einzustufen sei.

Dieser Grundentscheidung liegt der Gedanke zugrunde, dass der Leistungserbringer weder über eine für Dienstleistungskonzessionen notwendige wirtschaftliche Freiheit hinsichtlich der Bedingungen des gewährten Nutzungsrechts verfügt habe noch über ein mit der Leistung verbundenes Betriebsrisiko. Stattdessen sei der Leistungserbringer nach der zugrunde liegenden Vereinbarung verpflichtet, die Versicherten zu einem bestimmten Preis und für eine bestimmte Dauer zu versorgen. Der EuGH stufte die Rahmenvereinbarung daher als öffentlichen Dienstleistungsauftrag nach Art. 1 Abs. 5 der Richtlinie 2004/18/EG bzw. § 99 Abs. 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) ein. Dem Auftragscharakter habe nicht entgegen gestanden, dass die Mengen, die von den Versicherten tatsächlich in Anspruch genommen werden, vertraglich nicht vereinbart worden seien. Aus der Zusammenschau der Umstände, insbesondere weil der Leistungsträger alleiniger Vergütungsschuldner gewesen sei, habe sich ergeben, dass der Leistungserbringer jedenfalls kein überwiegendes, mit der Tätigkeit verbundenes Risiko trage.

Der Europäische Gerichtshof ist mit diesem Urteil der EU-Kommission, aber auch einigen nationalen Gerichten, so dem Hanseatischen OLG Hamburg über die Vergabepflicht von Leistungen der Schuldnerberatung (Beschluss vom 07.12.2007, 1 Verg 4/07) oder dem BGH über die Vergabepflicht von Rettungsdienstleistungen (Beschluss vom 01.12.2008, X ZB 31/08). Daneben ergingen in den letzten zwei Jahren zahlreiche Entscheidungen über die Ausschreibungspflicht von Arzneimittelrabattverträgen, so

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.12.2007, Verg 51/08; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 03.09.2009, L 21 KR 51/09.

Entgeltlichkeit der Vereinbarungen

Das entscheidende Merkmal der Entgeltlichkeit von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen über soziale Dienstleistungen setzt somit voraus, dass die Leistungsbeziehungen im sozialrechtlichen Dreieck jedenfalls auch einen entgeltlichen Vertrag zwischen dem öffentlichen Träger und dem Leistungserbringer aufweisen. Im Rahmen dieser Vertragsbeziehung kauft der öffentliche Träger Leistungen ein, um sie dann zur Erfüllung seiner originären Leistungspflichten den berechtigten Leistungsempfängern zur Verfügung zu stellen. Derartige Leistungsverhältnisse finden sich regelmäßig in Rahmenvereinbarungen, mit denen spezifisch auf den Berechtigtenkreis zugeschnittene Leistungspakete eingekauft werden. Der Leistungsträger übernimmt zugleich die Verantwortung für die Qualität und Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung. Vereinbarungen dieser Art finden sich zum Beispiel im Bereich der krankenkassenärztlichen Versorgung, aber zunehmend auch in Bereichen der Arbeitsförderung, wie z.B. von Berufsvorbereitenden Maßnahmen nach SGB III, und der Jugend- und Sozialhilfe nach SGB VIII, dort insbesondere bei dem in letzter Zeit stark voran getriebenen Ausbau von Kindertagesstätten.

Der Leistungserbringer tritt in diesem Verhältnis nur als „Erfüllungsgehilfe“ für den öffentlichen Träger auf. Aus diesem Grund ist eine entgeltliche Vereinbarung zwischen Leistungserbringer und Leistungsberechtigtem nicht erforderlich. Aus Sicht des Leistungsberechtigten tritt der Leistungserbringer nur wie ein verlängerter Arm des öffentlichen Trägers auf.

Aus rechtlicher Sicht ist es unerheblich, ob der Leistungserbringer ein freier oder kirchlicher Träger ist – wie zum Beispiel die Caritas – und somit nicht als ausführendes Organ des Staates tätig wird, sondern aufgrund eines eigenen ethischen Auftrages. Wie auch das Hanseatische OLG in einem Beschluss über die Vergabepflicht von Schuldnerberatungsleistungen (Beschluss vom 07.12.2007, 1 Verg 4/07) und die 1. Vergabekammer des Bundes in einem rechtskräftigen Beschluss über die Versorgung mit Hilfsmitteln (Beschluss vom 13.09.2007, VK 1 101/07) zum Ausdruck gebracht haben, fehlt es an einem entgeltlichen Gegenseitigkeitsverhältnis zwischen öffentlichem Träger und Leistungserbringer gerade auch dann nicht, wenn der öffentliche Träger die Leistungen nicht für sich beschafft, sondern für den Leistungsberechtigten. Denn für die Annahme eines öffentlichen Auftrages im Sinne eines vergaberelevanten Beschaffungsverhältnisses komme es nicht darauf, an, wem gegenüber die Leistung erbracht wird, sondern wem gegenüber sich der Leistungserbringer verpflichtet, die Leistung zu erbringen.

An der Entgeltlichkeit und somit dem Charakter eines öffentlichen Beschaffungsvorganges mangelt es allenfalls, wenn lediglich die Grundzüge der Zusammenarbeit zwischen Leistungsträger und Leistungserbringern geregelt werden und der Leistungser-

bringer – wie für eine Dienstleistungskonzession typisch – das betriebliche Risiko übernimmt. Dies ist regelmäßig der Fall, wenn der öffentliche Träger eine Geldleistung an den Leistungsberechtigten auszahlt, damit dieser seinen Leistungsbedarf bei einem beliebigen Leistungserbringer „einkauft“, wie zum Beispiel bei Hilfeleistungen zum Lebensunterhalt oder dem Arbeitslosengeld II.

Vereinbarungen zwischen öffentlichen Trägern und Leistungserbringern über soziale Dienstleistungen dürfen nach alledem nicht nur, sondern müssen sogar zwingend nach Vergaberecht ausgeschrieben werden, wenn die Leistungsbeziehung entgeltlichen Charakter aufweist. Kritiker des Vergaberechts vergessen darüber hinaus oft, dass auch das europäische Beihilferecht (Art. 107 ff. AEUV) ein wettbewerbliches Verfahren erforderlich macht. Denn nur ein transparentes und diskriminierungsfreies Wettbewerbsverfahren stellt sicher, dass die Dienstleistung zu Marktpreisen erbracht wird und der öffentliche Träger keine unangemessen hohe Gegenleistung und damit eine Begünstigung im beihilferechtlichen Sinne erbringt.

Gestaltung des Verfahrens

Das Vergaberecht steht den sozialrechtlichen Anforderungen nicht entgegen. Das Vergabeverfahren kann so gestaltet werden, dass es das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten umsetzt. Insbesondere kann der öffentliche Träger den Auftrag – wie im Fall „Oymanns“ geschehen – als Rahmenvereinbarung ausschreiben, die nicht nur einen, sondern alle geeigneten Auftragnehmer berechtigt und verpflichtet, zu bestimmten festgelegten Bedingungen innerhalb eines festgelegten Zeitraums Leistungen zu erbringen. Die öffentlichen Träger können sich beim Abschluss der Rahmenvereinbarung auch auf die besten Angebote beschränken. Sie sind nicht gezwungen, alle Bieter zu beauftragen, die die gesetzlichen Vorschriften erfüllen. Eine solche Pflicht ergibt sich nicht aus dem SGB. Denkbar ist es auch, bereits regional betrachtet relativ kleine Lose zu bilden und den Leistungsberechtigten auf diese Weise Wahlmöglichkeiten schon in ihrem engsten Umfeld zu ermöglichen.

Auch die Qualitätsanforderungen und der Umfang der Leistung, so zum Beispiel das Angebot präventiver Maßnahmen, können zum Gegenstand vergaberechtlicher Verfahren gemacht werden. Dies ergibt sich nicht zuletzt aus dem sozialen Leistungserbringungsrecht selbst. Denn an die Stelle der bislang überwiegend praktizierten Zulassungssysteme mit kostenorientierten Sozialsубventionen sind vor einigen Jahren ergebnis- und produktorientierte Vertragsmodelle (z.B. §§ 78 a ff SGB VIII und §§ 75 ff. SGB XII) getreten. Diese rufen zu Qualität, Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit auf. Öffentliche Träger sind daher bereits gesetzlich gehalten, Wettbewerbe über soziale Dienstleistungen nicht allein nach dem Preis der Angebote, sondern auch nach deren Qualität auszurichten.

Die Erfahrung zeigt zwar, dass sich öffentliche Träger, die ihre Leistungen ausschreiben, so zum Beispiel die Bundesagentur für Arbeit bei berufsvorbereitenden Maßnahmen, oft dem Vorwurf des Lohndumpings aussetzen mussten. Dies auch wohl zu

Recht, da viele Wettbewerbsergebnisse zeigten, dass letztlich doch nur der Preis entscheidend war. Um dem Vorwurf eines Lohndumpings oder einer reinen Preisabfrage unter Manipulation der geforderten Qualitätsanforderungen zu begegnen, bietet es sich aber an, die Angebotsphase oder jedenfalls die Angebotsprüfung in zwei Schritte zu unterteilen, nämlich in eine vorweg geschaltete Qualitätsprüfung, die auch sauber dokumentiert wird und einen anschließenden Preisvergleich, bei dem gegebenenfalls ein Preiskorridor gebildet wird, um besonders niedrige oder besonders hohe Angebote ausschließen zu können.

Im Übrigen bestehen für soziale Dienstleistungen zahlreiche Ausnahmen von den Formalitätsanforderungen an ein übliches Vergabeverfahren. Da soziale Dienstleistungen im Anhang II der Vergabekoordinierungsrichtlinie beziehungsweise in Anhang I B der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL/A) gelistet sind, finden auf deren Vergabe nur eingeschränkte Vorschriften der VOL/A Anwendung. Die für europaweite Vergaben geltenden strengen Vorgaben des 2. Abschnittes der VOL/A sind, bis auf einige wenige Ausnahmen, kaum zu berücksichtigen. Hintergrund dieser begrenzten Unterwerfung der im Anhang I B der VOL/A aufgeführten sozialen Dienstleistungsaufträge unter die strengen europäischen Vergabevorschriften ist die Erwägung, dass es sich dabei um Dienstleistungen handelt, bei denen kaum Potenzial für eine grenzüberschreitende Auftragsvergabe besteht. Das Ziel der europäischen Vergaberichtlinien, die Entstehung eines grenzüberschreitenden Binnenmarktes für die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge zu fördern, greift daher – jedenfalls bislang – nur eingeschränkt. Die Vergabe des sozialen Dienstleistungsauftrages muss aber gleichwohl die fundamentalen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, d.h. insbesondere die der Transparenz, des Wettbewerbs und der Gleichbehandlung, wahren.

Der Aufwand für ein solches Verfahren ist gering. Qualität, Effektivität und Wirtschaftlichkeit können erreicht werden. Die Rechtssicherheit der Verträge groß.

Fazit

Dem Kostendruck der öffentlichen Hand bei Sozialausgaben kann und muss sogar mit dem Vergaberecht begegnet werden. Richtig eingesetzt, bringt es viele Vorteile und bietet hinreichenden Spielraum, um Qualität, Effektivität und Wirtschaftlichkeit miteinander zu verbinden. Öffentliche Träger können dabei nach sozialstaatlichen Gesichtspunkten ihr Augenmerk nicht nur auf den Preis der Leistungen richten. In intelligenten Verfahren lassen sich Mindestanforderungen an die Leistungsinhalte aufstellen und Qualitätsvorteile bei der Wertung berücksichtigen.

Der Grundsatzstreit um die Anwendbarkeit des Vergaberechts auf soziale Dienstleistungen ist rechtlich geklärt und inhaltlich überflüssig, wenngleich sich für die Praxis noch viele Detailfragen stellen. Der EuGH hat inzwischen ausdrücklich bestätigt, dass Rahmenvereinbarungen zwischen Sozialleistungsträgern und Sozialleistungserbringern – bei Überschreiten der Schwellenwerte – dem Vergaberecht unterfallen, wenn der So-

zialleistungsträger alleiniger Vergütungsschuldner der Leistungen ist und der Sozialleistungserbringer kein wirtschaftliches Risiko übernimmt.

Die Angst um die vergaberechtlichen Formalitäten sollte aber nicht zu sehr geschürt werden. Hierfür gibt es keinen Grund. Denn für soziale Dienstleistungen lassen sich die Vergabeverfahren auf deren besondere Anforderungen zuschneiden.

Hinweis der Redaktion:

Weiterführende Literatur: vergl. zur strittigen Frage der Anwendbarkeit des Vergaberechts auch KuR 2005, S. 25 ff., *Moritz Linzbach* „Vergaberecht, Freie Wohlfahrtspflege und Diakonie – Entwicklungen im Jahr 2004“, KuR 2006, S. 54 ff., *Thomas Roth* „Verpflichtet das Europarecht, Vereinbarungen über soziale Dienstleistungen in Deutschland nach Vergaberecht zu behandeln?“, vergl. auch *Volker Neumann* „Die Diakonie im sparbeflissenen Sozialstaat“, ZevKR 2006, S. 383 FN 48.