



FOTOS (2): WOLTERFOTO

▲ Soziale Dienstleistungen von allgemeinem Interesse geraten immer mehr ins Visier der europäischen Wettbewerbshüter

# Wettbewerb erreicht Sozialdienstleistungen

Die vieldebattierte Frage, ob soziale Dienstleistungen europaweit ausgeschrieben werden müssen, hat der Europäische Gerichtshof im Juni 2009 grundsätzlich mit „Ja“ beantwortet

**K**önnen Qualität, Effektivität und Wirtschaftlichkeit sozialer Dienstleistungen miteinander kombiniert werden? Über diese und weitere Fragen wurde in der Vergangenheit heftig gestritten. Hintergrund ist der verstärkt wirtschaftliche Kontext, in den soziale Dienstleistungen, nicht zuletzt wegen knapper Kassen, gestellt werden.

Eine wettbewerbsorientierte Vergabe von Sozialleistungen durch öffentliche Träger war in der Vergangenheit die Ausnahme. In der Praxis wurden Sozialleistungen regelmäßig direkt an freie, private oder kirchliche Träger übertragen. Überwiegend galt der Grundsatz „bekannt und bewährt“ statt „transparent und diskriminierungsfrei“. Der Streit um das Vergaberecht wurde zwar vielerorts au-

getragen. Letztendlich scheuten sich aber alle Seiten, eine klare Lösung zu finden.

Die korporatistischen Strukturen der sozialen Fürsorge wurden nur an einigen Stellen aufgebrochen. Insbesondere in der Kinder-, Jugend- und Sozialhilfe gab es wiederholt



## DIE AUTORINNEN

**Dr. Ute Jasper** ist Rechtsanwältin und Partnerin der Anwaltssozietät Heuking Kühn Lüer Wojtek



**Barbara Frfr. von der Recke** ist Rechtsanwältin bei der Anwaltssozietät Heuking Kühn Lüer Wojtek

Ausschreibungen beispielsweise durch den Landschaftsverband Westfalen-Lippe über Leistungen für das Ambulante Betreute Wohnen behinderter Menschen oder durch die Bundesagentur für Arbeit über Leistungen der Arbeitsmarktförderung und Berufsvorbereitende Maßnahmen.

## MEHR WIRTSCHAFTLICHKEIT

Die Gründe liegen auf der Hand. Steigende Kosten bei finanziellen Mitteln erforderten wirtschaftliches Handeln. Gleichzeitig sollten die Qualitätsstandards gesichert werden. Auf diese Weise versuchten öffentliche Träger, den Kostendruck durch Wettbewerb aufzufangen.

Dies geschah aus Einsicht in die Realitäten. Denn soziale Dienstleistungen rücken seit Längerem immer mehr in den Fokus der europäischen Binnenmarkt- und Wettbewerbsregelungen. Der expandierende Markt sozialer Dienstleistungen besitzt nicht nur sozialrechtliche, sondern auch marktrechtliche Relevanz. Dies wird nicht zuletzt durch die vom EuGH vor einigen Jahren erklärte erweiterte Geltung der Wettbewerbs- und Beihilfevorschriften der Artikel 87 ff. EG-Vertrag auf den Sozialleistungssektor deutlich.

Auch aus Brüssel gab es seit Längerem 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.

## RECHTSGEBIETE KOMPATIBEL?

Kritiker tragen hingegen vor, dass Sozialrecht und Vergaberecht nicht kompatibel seien. Das so genannte sozialrechtliche Dreieckverhältnis - die dreipolige Ausgestaltung der Leistungsbeziehungen zwischen öffentlichem 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 dem Sozialrecht innewohnende Trägerpluralität sowie das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten lasse eine vertragliche Ausgestaltung von Sozialleistungen nach dem Vergaberecht nicht zu.

Im Rahmen des sozialrechtlichen Dreieckverhältnisses hat der sozialleistungsberechtigte Bürger einen öffentlich-rechtlichen

Anspruch gegen den Träger, der die gewünschte Leistung bewilligt und sich zur Übernahme der Kosten der zu erbringenden Leistung bereit erklärt. Der Leistungsbe-rechtigte hat dabei in der Regel ein Wahlrecht, welcher Leistungserbringer die Leistung vor-nehmen soll. Der Träger schließt zu diesem Zweck mit diversen freien und privaten Trägern Rahmenvereinbarungen ab, in denen die Bedingungen für die Leistungserbringung geregelt werden.

Nach Auffassung etwa der Bundesarbeitsge-meinschaft der freien Wohlfahrtspflege stellt eine auf derartige Rahmenvereinbarun-gen gestützte Leistungsabwicklung im sozi-alrechtlichen Dreiecksverhältnis zwar regel-mäßig einen öffentlich-rechtlichen Vertrag dar. Dieser unterliege aber als Dienstleistungskonzession nicht dem Anwendungsbereich des Vergaberechts.

Für die Annahme eines ausschreibungs-pflichtigen Dienstleistungsauftrages im Sinne des § 99 des Gesetzes gegen Wettbe-werbsbeschränkungen (GWB) fehle es an der Gegenseitigkeit und Entgeltlichkeit der Lei-stungsbeziehungen zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer. Das tatsächliche Belegungs- oder Inanspruchnahmerrisiko und somit das wirtschaftliche Risiko liege - konzessionstypisch - beim Leistungserbrin-ger.

## MEILENSTEIN DES EUGH

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) sieht dies anders. Mit seinem Urteil vom 19.06.2009 (Rs.C-300/07 „Oymanns“) hat er die Kompa-tibilität von Sozialrecht und Vergaberecht aus-drücklich bestätigt sowie den Vertretern der These „Dienstleistungskonzession“ eine klare Absage erteilt. Das Urteil enthält zwei Grundentscheidungen pro Vergaberecht:

1. Gesetzliche Krankenkassen sind öffentliche Auftraggeber und unterliegen dem Anwen-dungsbereich des Vergaberechts
2. Verträge, die Krankenkassen mit Lei-stungserbringern schließen, können als öf-fentliche Aufträge eingestuft werden

Der zweiten Entscheidung liegt der Gedan-ke zugrunde, dass der Leistungserbringer - in diesem Fall ein schuorthopädisches Unter-nehmen - weder über eine für Dienstlei-stungskonzessionen notwendige wirtschaft-liche Freiheit hinsichtlich der Bedingungen des gewährten Nutzungsrechts verfügt ha-be, noch über ein mit der Leistung verbunde-nes Betriebsrisiko.

Stattdessen habe der Leistungserbringer in der zugrunde liegenden Vereinbarung die Ver-pflichtung zur Versorgung der Versicherten zu einem bestimmten Preis und für eine be-stimmte Dauer übernommen. Der EuGH stuft die Rahmenvereinbarung daher als öf-fentlichen Dienstleistungsauftrag nach Art. 1 Abs. 5 der Richtlinie 2004/18/EG bzw. § 99 Abs. 4 GWB ein.

## KEIN RISIKO GEGEBEN

Dem Auftragscharakter habe nicht entge-gen gestanden, dass die Mengen, die von den Versicherten tatsächlich in Anspruch ge-nommen werden, vertraglich nicht verein-bart worden waren. Aus der Zusammen-schau der Umstände - insbesondere der Tat-sache, dass der Leistungsträger alleiniger Vergütungsschuldner gewesen sei - habe sich ergeben, dass der Leistungserbringer kein überwiegendes, mit der Tätigkeit ver-bundenes Risiko trage.

Rahmenvereinbarungen dieser Art finden sich auch in anderen Bereichen sozialer Dienstleistungen, so zum Beispiel im Bereich der krankenkassenärztlichen Versorgung, aber zunehmend auch in Bereichen der Ar-beitsförderung - etwa von Berufsvorbereiten-den Maßnahmen nach SGB III, und der Ju-gend- und Sozialhilfe nach SGB VIII, dort ins-besondere bei dem in jüngster Zeit stark vo-ran getriebenen Ausbau von Kindertagesstät-ten. Das Urteil des EuGH ebnet daher gene-rell den Weg für das Vergaberecht im sozia-len Sektor. Auftraggeber werden sich anhand dieser Entscheidung - je nach Ausgestaltung der Vergütung - nicht mehr hinter dem „Schutzschild Dienstleistungskonzession“ verstecken können.

Der EuGH hat in dem Streit um die Anwend-barkeit des Vergaberechts auf soziale Dienst-leistungen einen ersten Meilenstein ge-setzt und sich pro Vergaberecht entschieden. Rahmenvereinbarungen zwischen Sozial-leistungsträgern und Sozialleistungserbrin-gern unterliegen - bei Überschreiten der Schwellenwerte - den europäischen Vergabe-vorschriften, wenn der Sozialleistungsträger alleiniger Vergütungs-schuldner der Lei-stungen ist und der Sozial-leistungserbringer kein wirtschaftliches Risiko übernimmt.

## FORMANFORDERUNGEN GERINGER

Die Angst um die vergaberechtlichen Forma-litäten sollte aber nicht zu sehr geschürt wer-den. Hierfür gibt es keinen Grund. Denn für soziale Dienstleistungen bestehen gegenüber üblichen Vergabeverfahren zahlreiche Aus-nahmen von den Formalitätsanforderun-gen. Dem Grunde nach gilt die Ausschrei-bungspflicht für sämtliche sozialen Dienst-leistungen. Der EuGH unterscheidet nicht. Of-fen ist aber noch, ob ein Wettbewerb auch bei personenbezogenen Dienstleistungen er-forderlich ist.

Zwar ist dies bei strenger Betrachtung der Ent-scheidung der Fall. Denn danach ist nicht der Gegenstand der Rahmenvereinbarung, son-dern die Art der vertraglichen Gestaltung ent-scheidend. Eine Differenzierung zwischen der Vergaberelevanz sach- und personenbezoge-ner - also insbesondere produktbezogener - und arbeitsmarkt- sowie sozialhilfepoliti-scher Dienstleistungen erscheint aber sinn-voll und notwendig.

Denn gerade im Bereich personenbezogener Leistungen verfolgen Leistungserbringer in der Regel eine sozialpolitische und keine er-werbswirtschaftliche - sprich: gewinnorientier-te - Zielsetzung. Leistungen für benachteilig-te förder- und hilfebedürftige Personen bedür-fen professioneller und qualitativ hochwertiger pädagogischer Hilfen oder Betreuung. Das Vergaberecht sieht zwar Möglichkei-ten vor, Wirtschaftlichkeit, Effektivität und be-sondere Qualitätsanforderungen in einem Wettbewerb zu berücksichtigen. Die Praxis ist aber oft - nicht zuletzt wegen knapper Kas-sen - eine andere. Bis sich der EuGH hierzu äußert, sollten Träger sozialer Leistungen Vorsicht walten lassen und das Vergaberecht berücksichtigen. ●

▼ *Wie soziale Dienstleistungen erbracht und finanziert werden können, ist in der EU nicht eindeutig festgelegt*

