

## VERGABERECHT

# Wettbewerb und Qualität

■ Ulla Engler

*Immer häufiger schreiben Träger der Jugend- und der Sozialhilfe Leistungen nach dem Vergaberecht aus – unter Missachtung des geltenden Vertragsrechts nach SGB VIII und SGB XII. Ein Strategie-Workshop der Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege suchte nach einer gemeinsamen Position in diesem Streit.*

Die gegen Ausschreibungen der öffentlichen Hand angerufenen Gerichte haben dieses Vorgehen bisher unterbunden. Im Bereich der Sozialhilfe entschied zuletzt das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen mit Beschluss vom 27. September 2004 (Az.: 12 B 1390/04), dass die Vergabe von Sozialhilfeleistungen gegen § 93 ff. BSHG (jetzt § 75 ff SGB XII) verstößt. Im Bereich der Jugendhilfe entschieden sowohl das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen mit Beschluss vom 18. März 2005 (Az.: 12 B 1931/04) als auch das Oberverwaltungsgericht Berlin am 4. April 2005 (Az.: 6 S 415.04), dass die Vergabe von Jugendhilfeleistungen gegen Artikel 12 GG (Berufsfreiheit) verstößt.

Gleichwohl behaupten Vertreter der öffentlichen Hand, dass Vergaberecht angewendet werden müsse oder zumindest dürfe, um den Preiswettbewerb unter den Leistungserbringern zu intensivieren. Oftmals wird auch auf europarechtliche Vorgaben verwiesen, die eine Ausschreibung verlangten.

\* Die 15-seitige Stellungnahme »Position der Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege zur Ausgestaltung des Wettbewerbs bei der Erbringung von Sozialhilfeleistungen« kann von der Website der Organisation kostenlos heruntergeladen werden.  
Internet  
<http://www.bagfw.de/index.php?id=955>

Bezogen auf die Sozialhilfe hat der Vorstand der Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege (BAGFW) am 15. November 2005 in einem Positionspapier die Anwendung des Vergaberechts abgelehnt und darauf hingewiesen, dass auch innerhalb des Vertragssystems des SGB XII ein Preiswettbewerb unter den Leistungserbringern initiiert werden könne\*. Diese Aussagen gelten auch für diejenigen anderen Leistungsbereiche, die ein vergleichbares Vertragswerk kennen, also SGB II, SGB V, SGB VIII, SGB XI.

Zum Bereich Arbeitsförderung enthält das Positionspapier noch keine expliziten Aussagen. Implizit lässt sich jedoch die Position entwickeln, dass hier Vergaberecht zumindest dann nicht angewendet werden muss, wenn Konzessionierungsverträge nach dem Vorbild der Sozialhilfe abgeschlossen würden. Die Ergebnisse von Vergabeverfahren werden zum Teil von der Arbeitsverwaltung selbst als »suboptimal« empfunden.

Vor diesem Hintergrund und wegen der anstehenden Novellierung des Vergaberechts bestand Diskussionsbedarf innerhalb der Freien Wohlfahrtspflege, in welchem Rahmen sozialverträglicher Wettbewerb unter Leistungserbringern gestellt sein sollte. Die Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege lud deshalb am 25. Januar 2006 Akteure der Freien Wohlfahrtspflege auf Bundes- und Landesebene zu einem Strategie-Workshop ein, in dem die Positionierung der Freien Wohlfahrtspflege verbreitet und vertieft werden sollte.

Nach einer Begrüßung und Einführung in den Workshop durch den Vorsitzenden der BAGFW-Projektgruppe Vergaberecht, Werner Hesse (Geschäftsführer des Paritätischen Wohlfahrtsverbandes – Gesamtver-



*Die Rechtsanwältin Ulla Engler ist Referentin für Organisationsrecht beim Gesamtverband des Paritätischen Wohlfahrtsverbandes in Berlin. Sie ist Mitglied der Projektgruppe Vergaberecht der Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege. E-Mail [organisationsrecht@paritaet.org](mailto:organisationsrecht@paritaet.org)*

band e. V.), erfolgte eine Erläuterung des Hintergrundes und der Kernaussagen des BAGFW-Positionspapiers durch Rechtsanwalt Dr. Frank Brünner.

## Hintergrund und Kernaussagen

Einleitend stellte der Referent die grundlegende Problematik von Ausschreibungen im Bereich der Sozialhilfe und der Jugendhilfe dar. Unter Verweis auf die genannten Gerichtsbeschlüsse wurde dargelegt, dass hier die Leistungserbringung im so genannten sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis von öffentlichem Kostenträger, privatem Leistungserbringer und Hilfeempfänger erfolgt und die Anwendung von Vergaberecht hiergegen verstößt.

Anschließend wandte sich der Referent der Frage zu, ob soziale Dienstleistungen ausgeschrieben werden müssen. Hinsichtlich der europarechtlichen Rahmenbedingungen legte er dar, dass nach der geltenden Richtlinie 2004/18/EG über die »Kordinierung der Verfahren zur Verga-

be öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge« nur öffentliche Aufträge im Sinne des § 99 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) ausgeschrieben werden müssen. Dienstleistungskonzessionen hingegen, so auch der Europäische Gerichtshof (EuGH) mit Urteil vom 7. Dezember 2000 (Az.: C – 324/98 »Teleaustria«) unterliegen nicht dem Vergaberecht.

Merkmal von Dienstleistungskonzessionen ist, dass der Leistungserbringer sich verpflichtet, die Leistung zu erbringen. Im Gegenzug erhält er vom Kostenträger das Recht eingeräumt, die Dienstleistung zu verwerten, indem er sie in eigenem Namen und auf eigene Rechnung gegenüber Dritten erbringt. Dabei trägt er das wirtschaftliche Risiko.

Handelt es sich bei sozialrechtlichen Leistungsvereinbarungen nun um ausschreibungspflichtige öffentliche Aufträge oder um Dienstleistungskonzessionen, die nicht dem Vergaberegime unterfallen?

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat hierzu mit Beschluss vom 22. September 2004 (Az.: VII – Verg 44/04) entschieden, dass es sich bei Leistungsvereinbarungen im Rahmen des SGB VIII – und damit im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis – um Dienstleistungskonzessionen handelt. Begründet wird dies vom Gericht damit, dass die Frage, ob überhaupt und in welchem Umfang die Dienste des jeweiligen Einrichtungsträgers in Anspruch genommen würden, allein von der Bewilligung der Hilfe durch den Kostenträger und der Auswahl des Hilfesuchenden abhängt. Damit seien Leistungsvereinbarungen im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis keine öffentlichen Aufträge im Sinne des nationalen oder europäischen Vergaberechts. Das Vergaberecht ist auf sie nicht anwendbar.

Der Referent wies allerdings darauf hin, dass nach aktuellen Entscheidungen des EuGH auch Dienstleistungskonzessionen in einem transparenten Verfahren vergeben werden müssen. So hat der EuGH im Coname-Urteil vom 21. Juli 2005 (Az.: C – 231/03) festgestellt, dass sowohl die Niederlassungsfreiheit als auch die Dienstleistungsfreiheit ein transparentes Verfahren zur Vergabe von Dienstleistungskonzessionen erfordern, ohne dass dies notwendigerwei-

se eine Verpflichtung zur Ausschreibung umfasse. Wie dieses transparente Verfahren genau auszusehen hat, steht bislang nicht fest. Hierzu ist mit Vorschlägen der EU-Kommission zu rechnen.

## Bewertung

Nach einer kurzen Diskussion im Plenum erfolgte eine Bewertung des sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses und des Vergaberechts anhand von Erfahrungsberichten aus den verschiedenen Sozialleistungsbereichen. Die Teilnehmer diskutierten in Arbeitsgruppen Fragen wie: »Wie wird Trägerpluralität gesichert?«, »Wie kann das Wunsch- und Wahlrecht garantiert werden?«, »Spielt es in allen Bereichen eine gleich starke Rolle?«, »Wie erfolgt die Konzipierung von Leistungen?«, »Wie entstehen Preise?«.

Übereinstimmung herrschte in allen Arbeitsgruppen, dass an die Qualität von Sozial- und Jugendhilfeleistungen seitens der Beteiligten unterschiedliche Anforderungen gestellt werden. Während Betroffene und gemeinnützige Einrichtungsträger ein großes Interesse an einer hohen Qualität der Leistungen haben, stehen für öffentliche Kostenträger in erster Linie finanzielle Aspekte im Vordergrund. Zugunsten günstiger Leistungserbringung werden oftmals Abstriche von der Qualität gemacht.

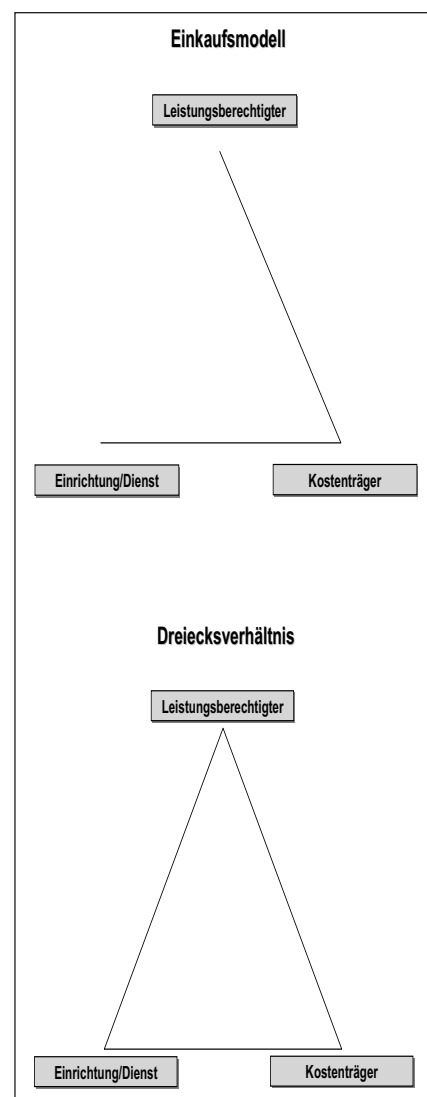
Ebenso herrschte Einigkeit, dass die Akzeptanz von Ausschreibungen aber nicht nur zwischen öffentlichen Kostenträgern auf der einen Seite und privaten Leistungserbringern und Betroffenen auf der anderen Seite differiert. Vielmehr sind auch Einrichtungsträger interessengeleitet – je nachdem, ob sie in der Vergangenheit bei Ausschreibungen den Zuschlag erhalten haben oder nicht.

Unterschiedliche Auffassungen herrschten hingegen hinsichtlich der Reichweite der Transparenzverpflichtungen freier Träger, also der Notwendigkeit der Offenlegung der Kalkulationsgrundlagen gegenüber öffentlichen Kostenträgern. Die Kontroverse fußte auf der unterschiedlichen Beurteilung der »Einsichtsfähigkeit« öffentlicher Kostenträger. Wenn man seine Kalkulation vollständig offen lege und dem Kostenträger an-

hand von Leistungsbeschreibungen und Kennziffern nachvollziehbare Kriterien zur Prüfung der Leistungen liefere, würden sich öffentliche Kostenträger den nachgewiesenen Forderungen verschließen?

## Zusammenführung

Die abschließende Zusammenführung der Ergebnisse aus den Arbeitsgruppen bot einen guten Überblick über die unterschiedlichen Positionen. Sie machte deutlich, dass der Diskussionsprozess auch innerhalb der Freien Wohlfahrtspflege noch lange nicht beendet ist. Die Betonung der besonderen Qualität gemeinnütziger Leistungen gegenüber den öffentlichen Kostenträgern – auch im Wege des Lobbying – muss jedoch auch in Zukunft die Grundlage jedweder Bemühungen sein. ♦



Aus SOZIALwirtschaft aktuell 23/2005