

Gemeinsame Fachtagung der Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege (BAGFW), des Deutschen Sozialgerichtstages e.V. (DSGT) und des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge e.V. (dv) voller Erfolg

BAGFW, DSGT und dv führten am 20. September 2019 ihre erste gemeinsame Fachtagung zum Thema „Ausschreibungen sozialer Dienstleistungen mit Schwerpunkt Abgrenzung Sozialrecht und Vergaberecht“ in Berlin durch.

Über 80 Verbandsjuristinnen und -juristen, Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer und Richterinnen und Richter aus dem gesamten Bundesgebiet – darunter auch zahlreiche Interessierte, die nicht Mitglieder der BAGFW, des DSGT und des dv sind – folgten der Einladung nach Berlin, um in einen interaktiven Diskurs zu vergaberechtlichen und vergabe-politischen Fragestellungen zu treten.

Bereits vor der Veranstaltung und in den Pausen hatten die Teilnehmenden und die Referenten die Möglichkeit, im Rahmen zwangloser Gespräche ihre Gedanken und Meinungen auszutauschen.

Eröffnet wurde die Fachtagung mit Grußworten der BAGFW Fachausschutzzvorsitzenden für Vergaberecht Frau Claudia Momm und der Präsidentin des DSGT Frau Monika Paulat.

Dreiecksverhältnis als Leitbild des sozialen Leistungserbringungsrechts

Als erster Referent führte Herr Prof. Martin Burgi, Ludwig –Maximilian-Universität München, in das Thema Dreiecksverhältnis als Leitbild des sozialen Leistungserbringungsrechts ein.

Herr Prof. Burgi wies darauf hin, dass die vergaberrechtliche Betrachtung des sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses vom Europarecht geprägt ist. Sie ist funktional und stellt die wirtschaftlichen Zusammenhänge in den Vordergrund, während sozialrechtliche Wertungen für die vergaberechtliche Einschätzung in den Hintergrund treten. Für die Frage nach einer Ausschreibungspflicht kommt es deshalb wesentlich darauf an, ob die vorgefundenen Rechtsverhältnisse die Kriterien des öffentlichen Auftrags erfüllen. Auf der Grundlage der neueren Rechtsprechung des EuGH und des OLG Düsseldorf sind folgende Kriterien maßgeblich: Der Leistungsträger muss ein öffentlicher Auftraggeber sein. Der Vertrag selbst ist als Auftrag zu bewerten, wenn das Rechtsverhältnis ein Selektivvertrag ist, durch den der Leistungsträger einen unmittelbaren Nutzen erlangt. Die Auftraggebereigenschaft lässt sich bei Leistungsträger ohne weiteres bejahen. Eine ähnlich allgemeine Bewertung verbietet sich hingegen bei der Bewertung der Rechtsverhältnisse zwischen Leistungserbringer und Leistungsträger. Hier ist jedes Rechtsgebiet gesondert zu betrachten. Entscheidend ist die Frage, ob dieses Rechtsverhältnis inklusiv oder exklusiv ausgestaltet ist. Grundlage für das Abgrenzungskriterium der exklusiven Auswahl von Vertragspartnern ist die Open House-Rechtsprechung des EuGH (EuGH Falk-Pharma vom 02.06.2016 - C-410/14 und Tirkkonen 01.03.2018 - C-9/17). An der für den Auftrag charakteristischen Selektivität und

der damit einhergehenden Benachteiligungsgefahr für einzelne Bieter fehlt es, wenn der Auftraggeber dazu bereit ist, mit allen geeigneten Anbietern einen Vertrag abzuschließen, die den Vertrag und die vorgegebenen Vertragsbedingungen akzeptieren.

Ob die Entscheidung des Leistungsträgers für den Abschluss eines exklusiven Vertrages sozialrechtlich zulässig ist, ist für die Frage nach der Ausschreibungspflicht eines Auftrags unerheblich. Diese ist eine rein sozialrechtliche Vorfrage und nach der neueren Rechtsprechung insb. des OLG Düsseldorf vor den Sozialgerichten zu klären. Wenn der Leistungsträger einen exklusiven Vertrag abschließt, ist dieser zur Wahrung der Bieterbelange auszuschreiben.

Ausgehend von dem Abgrenzungskriterium der Exklusivität untersuchte Herr Prof. Burgi v.a. das Leistungserbringungsrecht im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe (SGB VIII § 78a) und der Sozialhilfe (SGB XII § 75). Hier sind die Einschätzungen in der Literatur uneinheitlich. Solange der Leistungsträger bei funktionaler Betrachtungsweise tatsächlich den Leistungsberechtigten die volle Wahlfreiheit bei der Auswahl der Leistungserbringer lässt, sieht Herr Prof. Burgi keinen Anhaltspunkt für die Annahme eines exklusiven Vertrags und einer Ausschreibung. Eine andere Einschätzung kann bei Verträgen nach § 77 SGB VIII angezeigt sein, der exklusive Vertragsgestaltungen zwar nicht vorschreibt, aber zulässt. Entscheidet sich der Leistungsträger hier für eine exklusive Gestaltung, ist der Vertrag auszuschreiben.

Das Merkmal des konkreten unmittelbaren Nutzens ist relevant für die Abgrenzung des öffentlichen Auftrags von der öffentlichen Förderung. Während die Auftragsvergabe auf den Erwerb von Lieferungen, Dienst- oder Bauleistungen für den Leistungsträger abzielt, fehlt es nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (Beschluss vom 11.7.2018, VII-Verg 1/18) bei der Förderung an einem solchen Austausch von Leistung und Gegenleistung. Für einen Leistungsaustausch kommt es nicht darauf an, dass dieser unmittelbar zwischen dem Leistungsträger und dem Leistungserbringer stattfindet. Dass die Leistung stattdessen an die Zielgruppe eines bestimmten Projekts (z. B. Nutzer eines Jugendtreffs) zu erbringen ist, steht der Annahme eines Auftrags nicht entgegen. Anders verhält es sich bei der Förderung: Wenn der Empfänger der Förderung die von ihm erwartete Leistung nicht erbringt, kann der Leistungsträger zwar die Fördergelder sowie Zinsen zurückfordern. Die erhoffte Leistung kann er aber nicht einklagen und er erreicht deshalb auch nicht das mit der Förderung verbundene Ziel.

Die Vergabe sozialer Dienstleistungen aus kommunaler Sicht

Anschließend berichtete Herr Stephan Hahn, Deutscher Städtetag, über die Vergabe sozialer Dienstleistungen aus kommunaler Sicht.

Im Vordergrund stand die Frage, welche Bedeutung das Vergaberecht bei kommunalen Entscheidungsträgern im Bereich des Sozial- und Jugendhilferechts hat. Es wurde sehr deutlich, dass weniger die Rechtslage, als vielmehr eine Darstellung der Anwendungspraxis aus der heterogenen kommunalen Landschaft im Fokus steht. Dabei spielt bei der Entscheidung zur Anwendung des Vergaberechts neben den juristischen Fragestellungen auch der administrative Aufwand eine Rolle: Zum einen die Angst, im

Ergebnis den Zuschlag einem unbekanntem Anbieter erteilen zu müssen, und zum anderen die Sorge, dass das Vergaberecht eine Gefahr für das seit Jahrzehnten bewährte kommunalpolitische Zusammenspiel zwischen Wohlfahrtsverbänden und Kommunalpolitik darstellen könnte.

Der Referent nannte drei Ziele der Kommunen bei der Vergabe: Effizienzsteigerung, Schutz vor Diskriminierung und Transparenz. Im Vordergrund steht aber letztlich die Frage, wo Vergaberecht sinnvoll bzw. zwingend ist. Bisher beobachtet Herr Hahn eine Verdrängung von Anbietern der FW nicht, die Vielfalt der Anbieter ist vielmehr größer geworden. Bei den Hilfen zur Erziehung bsw. können mehr Anbieter tätig werden. Es gibt auch weniger Streitigkeiten vor der Vergabekammer (wo kein Kläger, da kein Richter). Derzeit rechtlich umstritten ist allerdings die Weiterentwicklung von Poolösungen bei Integrationshelfern.

Problematisch ist die Einbindung von stimmberechtigten Mitgliedern im Jugendhilfeausschuss in vergaberechtliche Ausschreibungsverfahren – hier könnten Konflikte entstehen.

Grundsätzlich gibt es bei den Städten keine Tendenz hin zu mehr Wettbewerb, auch um das Vertrauensverhältnis zwischen Kommune und FW nicht zu gefährden. Die bestehende Konkurrenz innerhalb der FW wird über Aushandlungsprozesse gelöst, die grundsätzlich gut funktionieren. Allerdings stellen die Haushalts- und Jugenddezernenten die Frage, ob dadurch nicht Innovationen gebremst würden.

Die kommunale Finanzpolitik hat aber auch die Hoffnung, dass durch die Anwendung des Vergaberechts und die Schaffung eines Wettbewerbs die Kostensteigerungen der Sozial- und Jugendhilfeausgaben gedämpft werden könnten.

Leistungserbringungsrecht im Wettbewerb: Welche Konstellationen gibt es? Welche Belange sind zu schützen?

Herr Dr. Wolfram Krohn, Denntons Europe LLP, griff den Themenkomplex Leistungserbringungsrecht im Wettbewerb auf mit den Fragen: Welche Konstellationen gibt es? Welche Belange sind zu schützen?

Zunächst unterstrich Herr Dr. Krohn, dass die Konstellationen, für die das Vergaberecht geschaffen wurde, im Sozialrecht nicht die Regel sind. Jedenfalls im sozialrechtlichen Dreieck mit Wunsch- und Wahlrecht ist für die Funktion des Vergaberechts, mehr Wettbewerb zu schaffen, wegen der aktiven Mitbestimmung des Leistungsberechtigten bei der Auswahl der Leistung und des Anbieters nur wenig Raum. Dennoch gibt es immer wieder Grenzfälle, etwa wenn das Wunsch- und Wahlrecht tatsächlich nicht ausgeübt wird oder wenn Sozialleistungsträger versuchen, die Zahl der Anbieter zu begrenzen. Zu diesen „Grenzfällen“ stellte Herr Dr. Krohn verschiedene Gerichtsentscheidungen vor. Unter anderem wurden Entscheidungen von Verwaltungsgerichten referiert, die Bestrebungen der Leistungsträger für unzulässig erklären, Teile der Versorgung exklusiv an ausgewählte Anbieter zu vergeben, obwohl im Gesetz ein sozialrechtliches Dreieck mit Wunsch- und Wahlrecht vorgesehen ist. Die Unzulässigkeit wurde unter anderem mit der Verletzung der Berufsausübungsfreiheit der konkurrierenden Leistungserbringer begründet.

Herr Dr. Krohn stellte auch Rechtsprechung vor, die Zuwendungen im Bereich der Sozialwirtschaft betrifft. Hier wird die Anwendbarkeit von Vergaberecht mit dem Argument abgelehnt, dass kein Auftrag vorliegt, weil es keinen einklagbaren Anspruch des Leistungsträgers gegen den Anbieter gibt. Diese Beurteilung bewertete Herr Dr. Krohn kritisch. Auch hier findet eine Auswahl der geförderten Anbieter durch die öffentliche Hand statt, welche zumindest transparent und diskriminierungsfrei sein muss.

Zudem erläuterte der Referent die vergaberechtliche Problematik des Open House-Modells. Hier sieht der Europäische Gerichtshof selbst dann keinen vergaberechtsrelevanten Vorgang, wenn die Möglichkeit für die Anbieter, einen Vertrag zu von öffentlicher Seite vorgegebenen Bedingungen abzuschließen, zeitlich begrenzt wird. Kritisch wird das Open House Modell oft von Anbietern gesehen, die ihre Leistung noch günstiger anbieten können, als es der Open House Vertrag vorsieht. Das wirft die Frage auf, ob nicht wenigstens die Preise im Open House Modell in einem wettbewerblichen Verfahren gebildet werden müssten.

Zukünftig – so Herr Dr. Krohn – ist zu prüfen, wie das neue Vertragsrecht für die Hilfsmittelversorgung der gesetzlichen Krankenversicherung (§ 127 SGB V, jüngst reformiert durch das Terminservice- und Versorgungsgesetz - TSVG), praktisch umzusetzen und vergaberechtlich zu beurteilen ist.

Der Referent konstatierte abschließend, dass das Vergaberecht kein Allheilmittel ist, um eine wirtschaftliche und ausreichende Versorgung und einen fairen Wettbewerb zu erreichen. Im Einzelfall kann es auch zu Verdrängungswettbewerb führen und damit zu einer Gefährdung der Versorgungssicherheit und der Qualität der Leistung. Herr Dr. Krohn zog das Fazit, dass die Lösung des Spannungsverhältnisses zwischen den verschiedenen Interessen und Zielen nicht nur eine rechtliche Frage ist, sondern oftmals auch von der politischen Bewertung abhängt.

Rechtsschutz in Vergaberechtsfällen – Welches Anliegen vor welchem Gericht?

Nach der Mittagspause führte Herr Dr. Albrecht Philipp, Rae Philipp et al Freiburg, durch ein Update zum Rechtsschutz in Vergaberechtsfällen. Er beleuchtete insbesondere die Frage: Welches Anliegen vor welchem Gericht?

Herr Dr. Philipp ist Fachanwalt für Verwaltungsrecht und für Sozialrecht. Er begann seine in fünf Teile gegliederten Ausführungen mit der Schilderung zweier typischer Ausgangssituationen. Die eine betrifft einen Fall, in dem der zwischen einem Landkreis und einem Wohlfahrtsverband geschlossene Vertrag über die Beförderung Jugendlicher mit Behinderung durch den Landkreis gekündigt worden war und der Transport öffentlich ausgeschrieben wurde. Im zweiten Beispielsfall kündigte ein Träger der Eingliederungshilfe die mit einem Mitgliedsverein eines Wohlfahrtsverbandes geschlossene Leistungs- und Vergütungsvereinbarung, nach der der Mitgliedsverein - neben anderen Anbietern - ambulante Leistungen der Eingliederungshilfe erbrachte. Der Träger der Eingliederungshilfe schrieb öffentlich aus mit dem Ziel, nur noch mit einem Anbieter zu kooperieren.

Im zweiten Abschnitt seines Vortrages erläuterte Herr Dr. Philipp die Weichenstellung für den Rechtsschutz im oder gegen ein Vergabeverfahren. Es geht dabei um das "Ob"

einerseits und das "Wie" andererseits. Art und Weise, also das "Wie" eines Vergabeverfahrens, führt in die Nachprüfung durch die Vergabekammern bzw. in das zivilgerichtliche Verfahren bei Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs. Die Zulässigkeit der Durchführung eines Vergabeverfahrens - Untersagung der Ausschreibung - ist dagegen eine Frage des "Ob", und dafür sind die Sozial- bzw. Verwaltungsgerichte zuständig. Herr Dr. Philipp referierte über die schon von Herrn Prof. Burgi erwähnte frühere Rechtsprechung des OLG Düsseldorf, die es mit Beschluss vom 27. Juni 2018 aufgegeben hat.

Die bisherige "Vereinnahmung" der Entscheidungshoheit durch das OLG ist nunmehr der Einsicht gewichen, dass die Vergabekammern eine Vorprüfung der Zulässigkeit eines Vergabeverfahrens nicht vorzunehmen haben. An höchstrichterlicher Rechtsprechung der Sozialgerichtsbarkeit fehlt es.

Die an der bisherigen Rechtsprechung des OLG Düsseldorf orientierte Auffassung der Sozialgerichte, sie seien nicht zuständig, dürfte angesichts der neuen Rechtsprechung des OLG Düsseldorf nicht aufrechtzuerhalten sein. Herr Dr. Philipp adressierte im Übrigen den Appell an den Gesetzgeber, die Zuständigkeitsproblematik legislativ zu beseitigen.

In einem dritten Kapitel befasste sich der Referent mit der Weichenstellung durch die sog. Schwellenwerte iSv § 106 GWB iVm den EU-Vergaberichtlinien: Oberhalb der Schwellenwerte findet der beschleunigte Rechtsschutz vor den Nachprüfungsinstanzen mit dem Ziel statt, geeignete Maßnahmen zur Beseitigung von Rechtsverletzungen und zur Verhinderung der Beeinträchtigung betroffener Interessen zu realisieren. Wirksame Zuschläge werden in diesem Verfahren jedoch nicht aufgehoben (§168 Abs. 2 GWB). Unterschwellenwertige Verfahren unterliegen dem nationalen Vergaberecht und finden Rechtsschutz vor den Zivilgerichten mit der Möglichkeit der Untersagung des Zuschlages gegenüber dem Auftraggeber.

Im Abschnitt IV betrachtete Herr Dr. Philipp den Rechtsschutz in sozialrechtlichen Leistungserbringungsfällen vor den Sozial- und Verwaltungsgerichten; diese sind auf das Ziel der Untersagung der Durchführung eines Vergabeverfahrens gerichtet, wobei die Unterlassungsklage keine aufschiebende Wirkung hat (in der Regel ist es deshalb notwendig, einstweiligen Rechtsschutz zu beantragen). Der Referent wies darauf hin, dass im Zweifel parallel ein Nachprüfungsantrag zur Vergabekammer in Betracht komme.

Im letzten Teil des Vortrages fragte Herr Dr. Philipp nach den Gründen dafür, dass nur wenige Rechtsschutzverfahren in Vergabesachen anhängig gemacht werden. Er zählte auf: Die Scheu vor hohen Verfahrenskosten, abschreckend lange Verfahrensdauern, die Befürchtung, dass nach einem positiven Eilverfahren das Hauptsacheverfahren anders ausgehen könne. Überdies sind gewisse Abhängigkeiten und eine traditionelle Kultur der Kooperation zwischen Anbietern und Leistungsträgern als Hindernisse zu identifizieren, wie sie auch schon Herr Hahn genannt hatte. Außerdem nimmt der Anreiz für Auftraggeber, Vergabeverfahren durchzuführen, permanent ab angesichts der im Bereich der Personalkosten schwindenden Konkurrenz unter den Anbietern. Ein Nebenaspekt ist auch, dass kleinere Anbieter personell und finanziell kaum in der Lage sind, komplizierte und zeitaufwändige Vergabeverfahren zu führen.

Diskussion

Die mit Spannung erwartete Podiumsdiskussion mit den Referenten unter der Diskussionsleitung von Frau Dr. Friederike Mussnug (BAGFW) und Frau Monika Paulat markierte das Ende der Fachtagung.

Die Teilnehmer konnten ihre Fragen anhand von Karten in die Diskussion einbringen. Zu Beginn erklärte Herr Prof. Burgi auf die entsprechende Frage, dass, wenn mit allen interessierten Anbietern Verträge geschlossen werden müssen (worüber das Fachrecht entscheidet), keine Selektivverträge möglich sind. Die Fragen über das „Ob“ und dazu, wer die Leistung erbringt, sind dann bereits entschieden.

Er wies daraufhin, dass die Rechtsordnung viele Verteilungsfragen kennt, dass permanent etwas „vergeben“ wird, wie z.B. auch die Nutzung einer Straße bei Demonstrationen. Die Instrumente sind aber vielfältig, nicht immer ist das Vergaberecht rechtlich zulässig oder nur eine mögliche Alternative.

Das sozialrechtliche Dreieck steht der Anwendung von Vergaberecht entgegen. Gekennzeichnet ist es durch einen eigenständigen „vitalen“ Vertrag zwischen Leistungsberechtigtem und Leistungserbringer, einer Leistungsvereinbarung zwischen Leistungserbringer und Leistungsträger und dem Grundverhältnis zwischen Leistungsberechtigtem und dem Leistungsträger. Herr Prof. Burgi meinte jedoch, dass allein ein Rechtsanspruch des Leistungsberechtigten auf eine Leistung noch keine Bedeutung für die (Nicht-)Anwendung von Vergaberecht habe. Erst dann, wenn ein Anspruch mit einem Wunsch- und Wahlrecht verknüpft ist, ist der Leistungsträger verpflichtet, mehrere Leistungserbringer zuzulassen.

Herr Krohn fügte hinzu, dass das Vergaberecht sich neutral verhält und nicht zu entscheiden hat, ob es zulässig ist, wenn eine Kommune Budgets im Sozialraum zur Verfügung stellt und dadurch eine natürliche Selektion von Anbietern stattfindet; er bezog sich dabei auf die Hamburger Idee, Jugendhilfeleistungen über Budgets zu finanzieren.- (VG Hamburg, Urt. v. 11.2.2016, Az.: 13K – 1532/12). Das entscheidet nur das Sozialrecht, so Herr Krohn.

Herr Dr. Philipp erklärte dagegen, dass die Übernahme von Jugendhilfeleistungen durch nur drei Anbieter, nur über eine Ausschreibung vergeben werden kann und nicht über vergaberechtsfreie Budgets bzw. Pauschalfinanzierungen. Es wird zu beobachten sein, wie die Sozialraumbewirtschaftung in Hamburg sich weiter entwickelt, auch vor dem Hintergrund der Umsetzung des BTHG; Herr Dr. Philipp vermutete, dass dort weitere neue Wege erprobt werden. Nach dem Hamburger Urteil (s.o.) muss aber, so Herr Dr. Philipp, klar sein, dass JH-Leistungen, auf die ein Rechtsanspruch besteht, nicht pauschal finanziert werden dürften.

Es wurde gefragt, ob und inwieweit § 77 SGB VIII das Tor zum Vergaberecht öffnet. Herr Dr. Philipp erläuterte, dass über § 77 SGB VIII verschiedene ambulante Hilfen abgewickelt werden. Sobald darauf ein Anspruch besteht, haben die Anbieter – wie im Rahmen des § 78a SGB VIII – einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Zulassung zur Leistung. Der Anspruch darf nicht durch Bedarfserwägungen eingeschränkt werden.

Herr Prof. Burgi ergänzte, dass § 77 SGB VIII jedenfalls die Möglichkeit eröffnet, die Versorgung nicht selektiv zu organisieren und allen interessierten Anbietern Verträge anzubieten, auch bei niedrighschweligen Leistungen ohne große Infrastruktur. Es kommt jeweils auf die Entscheidung der Kommune an.

Allerdings besteht auch die Möglichkeit auszuschreiben. Es gibt keine Ewigkeitsgarantie für Verträge, die Kommune könne jederzeit Verträge ordnungsgemäß beenden und die Leistung selektiv vergeben.

Herr Prof. Burgi sah aber auch die bedenkliche Entwicklung in der Praxis, dass eine selektive Vergabe der Leistung häufig bewirkt, dass die Kommune den Anbieter aussucht und andere damit vom Markt verdrängt (erstes Problem). Wegen des derzeitigen Fachkräftemangels sind die Beschäftigten zudem dieselben, weil sie zu dem jeweiligen Anbieter wechseln, der den Zuschlag bekommen hat (zweites Problem). Herr Prof. Burgi plädierte deshalb für eine gesetzliche Regelung, die die soziale Absicherung und das Entgelt aus dem alten Arbeitsverhältnis schützt. Er verwies auf ein entsprechendes Gesetz im ÖPNV: wenn Busfahrer zu einer neuen Buslinie wechseln, dürfen sie die alten Verträge mit den arbeits- und sozialrechtlichen Absicherungen mit in das neue Arbeitsverhältnis überführen.

Sodann wurde die Schwierigkeit angesprochen, dass Sozialrechtler häufig über wenig Wissen im Vergaberecht und Vergaberechtler über wenig Wissen im Sozialrecht verfügen. Das betrifft Kommunen, Gerichte und Anwaltskanzleien. Für die Sozialgerichtsbarkeit wurde vorgeschlagen, dass eine spezielle vergaberechtliche Zentralzuständigkeit geschaffen werden könnte (ähnlich dem Modell des Vertragsarztrechts). Bei den Kommunen kommt die Weiterbildung/Schulung der in den Vergabestellen Verantwortlichen im Sozialrecht in Betracht, u.U. könnten dann wiederum interkommunale Weiterbildungen stattfinden.

Eine weitere Frage aus dem Publikum war: Werden freie Träger zum Auftraggeber, weil sie durch die Vergütungen nach SGB IX und XI „überwiegend aus öffentlicher Hand“ finanziert sind? Das wurde verneint, weil diese Pflichtfinanzierung keine „Leistung der öffentlichen Hand“ ist (sondern eine Refinanzierung von Pflichtaufgaben).

Von Interesse war des Weiteren, welche Rolle die Rechnungshöfe spielen. Herr Hahn meinte, dass die Kämmerer der Kommunen häufig zu voreilig raten, die Leistung auszuschreiben. Heutzutage ist es vielmehrwichtig, Prozesse im Vorfeld zu begleiten und Alternativen zum Vergabeverfahren zu prüfen. Denn sobald Vergaberecht angewendet werden muss, verlangsamen sich die Prozesse, was problematisch ist, wenn eine Leistung schnell zur Verfügung gestellt werden muss. Letztlich ist es eine politische Frage, ob Aufträge selektiv vergeben werden. Herr Dr. Philipp sah die Gefahr, dass Vergaberecht auch dazu führen könnte, dass nur noch diejenigen zum Zuge kommen, die ausreichend Personal und gute Fachkräfte haben. Findet ein Anbieterwechsel statt, würden die (wenigen gefragten) Fachkräfte schnell den Arbeitgeber wechseln.

Herr Hahn beschrieb auch das Problem, dass das Wunsch- und Wahlrecht immer weniger eine Rolle spielen könnte, auch die Trägervielfalt könnte leiden. Auch ist die kommunale Steuerung bei Ausschreibungen stärker, die Staatsferne der freien Träger geringer, und damit letztlich das Subsidiaritätsprinzip in Frage gestellt.

Es bestand Einigkeit, dass dem unbedingt entgegengesteuert werden sollte, gerade vor dem Hintergrund, dass es in Schweden und England Bestrebungen gibt, mehr Trägervielfalt zu entwickeln und zuzulassen, und Deutschland hier als Vorbild genommen wird.

Fazit

Herr Werner Hesse (dv) zog abschließend eine positive Bilanz der Tagung.

Die Kompetenz der Experten und die engagierte Diskussion haben die Klärung des Verhältnisses von Sozialrecht und Vergaberecht einen wichtigen Schritt voran gebracht.

Vergaberecht hat dienenden Charakter. Die Entscheidung für seine Anwendung liegt in der Ausgestaltung des Sozialrechts.

Vergaberecht findet dann Anwendung, wenn das Sozialrecht dies vorschreibt, wie zum Beispiel weitgehend im SGB III. Es findet auch dann Anwendung, wenn das Sozialrecht einen öffentlichen Auftrag vorsieht, also eine exklusive Beauftragung eines Anbieters. Vergaberecht darf darüber hinaus dann angewendet werden, wenn die Rechtsgrundlage der Finanzierung keine eindeutigen Vorgaben enthält und damit dem Sozialleistungsträger ein Wahlrecht hinsichtlich der Finanzierungsform eröffnet ist.

Vergaberecht darf nicht angewendet werden, wenn es sich sozialrechtlich um ein offenes Zulassungssystem handelt – das sogenannte sozialrechtliche Dreiecksverhältnis. Dabei macht es keinen Unterschied, ob es sich um ein ausdrückliches Zulassungssystem handelt wie im SGB XI oder um die Zulassung durch Leistungsvereinbarung, wie zum Beispiel in § 75 SGB XII.

Die Tagung hat gezeigt, dass sich die Debatte um das Verhältnis von Sozialrecht und Vergaberecht versachlicht hat. Damit sind noch nicht alle Abgrenzungsfragen geklärt, wie beispielsweise diejenige zur Anwendung des Zuwendungsrechts. Die Versachlichung gibt Hoffnung, dass das Thema im Deutschen Verein zwischen den Akteuren der öffentlichen und der privaten Fürsorge konstruktiv weiter vertieft werden kann. Wünschenswert wären Empfehlungen oder Anwendungshinweise.

Schließlich hat die Tagung verdeutlicht, dass es letztendlich immer eine Entscheidung der Politik ist, ob und wie sie mit ihrer Gesetzgebung Preis- oder Qualitätspolitik inszenieren will. In der Pflegeversicherung hat sie im Rahmen des sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses einen ruinösen Lohnwettbewerb entfacht. Im Bereich der Arbeitsmarktdienstleistungen hatte die Anwendung des Vergaberechts ebenfalls dramatische Auswirkungen auf die Arbeitsbedingungen der Beschäftigten. In beiden Feldern mussten Gesetz- und Verordnungsgeber durch die Einführung von Mindestlöhnen gegensteuern.