

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)

Zusammengefasst von Caroline von Kries und Anna Droste-Franke
Redaktion: Monika Paulat

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 niedrighschwelligsten 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 vielmehr wichtig, 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.