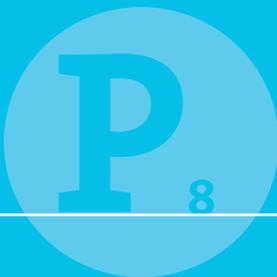


Vergaberecht als Chance für Soziale Dienste

Herausgegeben von
Angela Busse und Frank Ehmann



Herausgegeben von
Angela Busse und Frank Ehmann

Vergaberecht als Chance für Soziale Dienste



Eigenverlag des Deutschen Vereins
für öffentliche und private Fürsorge e.V.
Berlin

Planung und Organisation (P 8)

Eigenverlag des Deutschen Vereins
für öffentliche und private Fürsorge e.V.
Michaelkirchstraße 17/18, 10179 Berlin
www.deutscher-verein.de

Druck:
Stückle Druck und Verlag
Stückle Str. 1, 77955 Ettenheim

Printed in Germany 2010
ISBN 978-3-7841-1956-4
eISBN 978-3-7841-2296-0

Veröffentlicht mit Förderung durch das Bundesministerium
für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ)

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
<i>Angela Busse</i>	
Einleitung: Zur Annäherung von Sozial- und Vergaberecht	7
Referate und Diskussionsprotokolle der Tagung	
<i>Winfried Mathes</i>	
Vergaberecht – Ein Überblick	15
<i>Jonathan I. Fahlbusch</i>	
Sozialrecht und Vergaberecht – Brücke oder Abgrund?	27
<i>Ole Ziegler</i>	
Vergaberecht und Soziale Dienste aus anwaltlicher Sicht	39
<i>Ulrike Häcker</i>	
Praktische Probleme Sozialer Dienste bei der Vergabe von Aufträgen	49
Tagungsergebnis: Die Abschlussthesen der Referenten und der Referentin	71
<i>Angela Busse</i>	
Fünf Thesen zur Abstimmung des Vergaberechts mit den leistungserbringungsrechtlichen Strukturen von SGB II, III, VIII, XII	73
Anhang	
Anhang 1: Formulierungsvorschlag für SGB XII und SGB VIII	82
Anhang 2: Verzeichnis der Autorinnen und Autoren	84

Vorwort

Keine Idee entsteht isoliert. Auch zu der Idee einer Tagung an der Hochschule Fulda „Vergaberecht als Chance für Soziale Dienste“ haben viele Köpfe und Impulse beigetragen, die hier kurz aufgeführt werden.

Zunächst beruht die Tagung auf der praktischen Erfahrung der als Anwälte tätigen Kollegen, dass die Finanzierung gerade kleinerer und weniger etablierter sozialer Dienstleistungsangebote oftmals problematisch ist. Kleine und recht neue Dienstleister haben es oft genug schwer, ihre Konzepte und Finanzierungsvorstellungen gegenüber ihren potenziellen Abnehmern, den öffentlichen Sozialleistungsträgern, durchzusetzen. Das Leistungserbringerrecht in SGB VIII und SGB XII sieht insofern zwar ein Schiedsstellenverfahren vor, dennoch sind in der Praxis verschiedene Fehler zu beklagen. Einer dieser Fehler ist die Finanzierung durch Subventionierung in Bereichen, die eigentlich über Leistungserbringerverträge ohne Eigenbeteiligung der Träger finanziert werden müssten. Nach wie vor existiert das Missverständnis, dass Leistungsverträge mit Zuwendungsverträgen gleichgesetzt werden. Vergabeverfahren scheiterten aufgrund von Klauseln zum Gebietsschutz und zur Belegungsgarantie, die die Existenz unterlegener Konkurrenten gefährdeten oder gar unmöglich machten. Die Vielfalt verschiedener moderner Finanzierungsmodelle, die mit den aus der Zeit des Selbstkostendeckungsprinzips überkommenen Traditionen nicht kompatibel sind, macht die Orientierung im modernen Finanzierungsrecht schwierig und führt zu Fehlern. Die Tagung sollte helfen, zumindest in einem kleinen Bereich diese Schwierigkeiten nach aktuellem Rechtsstand auszuloten. Sie sollte die Potenziale herausarbeiten, die das Vergaberecht im Vergleich zu den überkommenen Strukturen aufweist bzw. bei sachgerechter Anwendung zur Folge haben könnte.

Aus wissenschaftlicher Sicht ist die Annäherung der beiden Rechtsgebiete Sozialrecht und Vergaberecht über lange Zeit sehr kontrovers diskutiert worden. Auffallend war, dass jedes der beiden Rechtsgebiete die Erklärungshoheit in Abgrenzung zum anderen Gebiet für sich reklamierte. Hintergrund dazu mag einerseits die Tatsache gewesen sein, dass der Vergaberechtler sich selten im Sozialrecht und dort noch weniger im Sozialleistungserbringungsrecht auskannte. Der Zugang zu dieser Materie ist dadurch erschwert, dass sie in Lehrbüchern nur sporadisch behandelt wird und dogmatisch kaum durchdrungen ist. In der wissenschaftlichen Diskussion dominierte hier der Normen- oder Normsetzungsvertrag aus sozialrechtlicher Sicht. Für den Sozialrechtler wiederum ist die Auseinandersetzung mit dem Vergaberecht ungewohnt. Das Vergaberecht hatte

man mit den klassischen fiskalischen Beschaffungsvorgängen gleichgesetzt und insofern dem Verwaltungsprivatrecht zugeordnet. Erst in den letzten fünf Jahren zeichnet sich die Erkenntnis ab, dass die beiden so widersprüchlich erscheinenden Gebiete eine enge Verbindung haben, die insbesondere durch die Kompetenz der Europäischen Union für die Wirtschaftsregulierung zum Ausdruck kommt. Diese Verbindung trat zunehmend auch im kodifizierten Sozialrecht in den Vordergrund und wurde somit auch praktisch für die Sozialen Dienste bedeutsam.

Die dritte Wurzel dieser Veranstaltung liegt in der Hochschule Fulda selbst. Seit dem Wintersemester 03/04 bildet die Hochschule Fulda Diplom-Sozialjuristen aus.¹ Nach Wirtschafts- und Informationsjuristen sowie Aufbaustudiengängen im Sozialrecht,² die sich vorwiegend an die sozialberatenden Berufe richten, eroberte sich der Diplom-Sozialjurist ein Terrain, das von vielen Volljuristen mangels Interesses und finanzieller Attraktivität gemieden wurde. Zentrale Anforderung der Lehre an Fachhochschulen ist der Anwendungsbezug der wissenschaftlichen Lehre bzw. des wissenschaftlichen Studiums. Entsprechend wurde diese Veranstaltung determiniert und mitgestaltet im Rahmen eines Projektseminars vom WS 08/09 im Hauptstudium der Diplom-Sozialjuristen. Den folgenden Studierenden, nun Diplom-Sozialjuristinnen und -juristen, ist an dieser Stelle für ihr Engagement und ihre Ideen ein herzlicher Dank auszusprechen: Tamme Adam, Vanessa Undine Hecht, Juliane Henkel, Olga Romaker, Anastasia Schmidt, Ida Schmidt, Verena Schröder, Christiane Schröter, Sandra Unthan, Julia Wedde und Heike Wrona. Einen weiteren entscheidenden Impuls gab die Diplomarbeit von Olga Romaker „Wie müsste ein SGB-VIII- und SGB-XII-konformes Vergaberecht aussehen?“.³ Sie leistete in der Gegenüberstellung von vergaberechtlichen und leistungserbringerrechtlichen Prinzipien einen entscheidenden Beitrag zu einer Verdeutlichung der Vorstellung einer Vereinbarkeit beider Rechtsgebiete. Eine Integration beider Rechtsgebiete steht bevor und ist möglich. Offen erscheint allein die Form der Integration.

Angela Busse und Frank Ehmann

- 1 Schrader, JUS 2003, 517 (517); Pfohl, ZfSH/SGb 2003, 569 (569). In seinem juristischen Schwerpunkt unterscheidet sich dieser Studiengang deutlich von Angeboten wie z.B. Hochschule Wismar „Management sozialer Dienstleistungen“: www.fh-wismar.de/studiengang/Management_sozialer_Dienstleistungen.html.
- 2 Z.B. Masterstudiengang „Beratung und Sozialrecht“ der FH Frankfurt; von Rauner, Die neue Hochschule 2004 (2), S. 15; Frankfurter Rundschau vom 2. Mai 2004, S. 36.
- 3 Unveröffentlicht: Olga Romaker, „Wie müsste ein SGB-VIII- und SGB-XII-konformes Vergaberecht aussehen?“, Fulda 2009.

Einleitung: Zur Annäherung von Sozial- und Vergaberecht

Im Rahmen juristischer Fragestellungen astronomische Begriffe zu bemühen ist sicherlich kühn. Dennoch bildet eine astronomische Metapher einen durchaus angemessenen Einstieg, weil es die vermeintliche Distanz der zu vergleichenden und zu untersuchenden Rechtsgebiete Sozialrecht und Vergaberecht angemessen abbildet. Selbst wenn diese Distanz keine dogmatisch-rechtliche sein sollte und objektiv nicht begründbar, so gibt der Vergleich doch einen Eindruck sowohl von der Seite der praktischen Rechtsanwender als auch der wissenschaftlichen Diskussion wieder. Und so stellte sich anlässlich der Erörterung, ob Vergaberecht tatsächlich eine Chance für Soziale Dienste darstelle, in Anlehnung an Rixen die Frage, ob man es mit astronomischen Problemen zu tun habe. Vergaberecht und Sozialrecht seien wie unterschiedliche Planeten.

In dieser Planetenmetapher kommt gleichzeitig die unveränderbare Distanz beider Materien zum Ausdruck. Unser Alltagsbild von den Planeten ist ein statisches. Wäre dieses Bild tatsächlich ein angemessenes Äquivalent für das Verhältnis von Sozial(leistungserbringer)- und Vergaberecht, wäre die Frage nach dem Vergaberecht als Chance für Soziale Dienste bereits negativ zu beantworten. Leider genügt unsere Lebenszeit und sogar die Existenzdauer unserer Erde nicht, um Veränderungen in der Distanz der Planeten zueinander für uns alltäglich erfahrbar zu machen. Es gibt Dynamik – Entfernung und Annäherung – zwischen ihnen. Selbst die warpschnellen Raumschiffe Enterprise, Voyager und Defiant sind nicht in der Lage, größere Distanzen als diejenigen innerhalb unserer Heimatgalaxie zurückzulegen. Austausch und Annäherungen zwischen Galaxien oder gar Universen wären deshalb ausgeschlossen und brächten somit eine entsprechende Konsequenz für das Verhältnis von Sozial- und Vergaberecht mit.

Aber es handelt sich gerade nicht um Galaxien oder Universen. Es handelt sich lediglich um zwei Planeten, die in einiger Entfernung positioniert sind. Dies stimmt im Hinblick auf die zwischen Sozial- und Vergaberecht stattfindende Dynamik optimistisch. Für einen Sprung zum nächsten Planeten genügt ein modernes Raumschiff, das je nach Ausstattung mit Ionen- oder Warpantrieb mehr oder weniger zügig den Planeten erreicht. Die Existenzzeit der Erde und des Menschen ist zu kurz, als dass die Expansion des Universums hier Berücksichtigung finden müsste.

Die Planetenthese können wir deshalb in unserer Untersuchung getrost akzeptieren, selbst wenn man persönlich von weniger Distanz zwischen beiden Gebieten, etwa einer lokalen Verankerung des Vergaberechts in Brüssel und des Sozialrechts in Berlin, ausgeht. Sie stört die Perspektive einer sich letztendlich vollziehenden Annäherung beider Gebiete nicht weiter. Sie regt im Gegenteil dazu an, darüber nachzudenken, welche Art Antrieb man braucht, um die Distanz von Sozial- und Vergaberecht zu überbrücken: den utopischen Warpantrieb oder den realistischen Ionenantrieb oder einfach nur eine ziemlich alltägliche Zugfahrt mit einer sehr schnellen Elektrolok. Das Planetengleichnis vermag den Blick auch auf einen ganz zentralen Aspekt zu lenken, der die Frage auf das Wesentliche reduziert und es einfacher macht, mit ihr umzugehen. Die Bezugsgrößen unserer Ausgangsfrage weisen keine astronomischen Dimensionen auf. Deutsches Sozialrecht und deutsches Vergaberecht sind geltendes gleichrangiges Bundesrecht. Damit sind die Maßstäbe nicht astronomisch, sondern menschengemacht und eigentlich nur eine Frage methodisch exakter Rechtsanwendung.

Ungeachtet der unterschiedlichen Impulse, die das Planetengleichnis zu verdeutlichen vermag, wird die Vorstellung einer immensen und astronomischen Distanz nach wie vor dadurch unterstrichen, dass beiden Gebieten eine völlig getrennte rechtshistorische Entwicklung zugrunde liegt.

Sozialrechtliches Leistungserbringerrecht ist gerade in der Fürsorge recht neu und fand erst mit der Pflegeversicherung Einzug in das BSHG. Etwas früher gab es die ersten Leistungserbringerverträge mit der Eingliederung der Kinder- und Jugendhilfe in das SGB VIII.

Nationales Vergaberecht orientierte sich zunächst an fiskalischen Beschaffungsmaßnahmen und sollte damals wie heute in erster Linie die öffentlichen Finanzen schonen. Es wurde vorrangig trotz gesetzlicher Grundlage im Haushaltsrecht des Bundes und der Länder als Innenrecht verstanden. Noch heute kann Rechtsschutz in diesem Bereich für unterlegene Bieter nur sehr eingeschränkt geltend gemacht werden. Seine Zielsetzung, nämlich die öffentlichen Finanzen zu schonen, musste jedem Sozialrechtler bzw. sozialrechtsbetroffenen Leistungsanbieter und Leistungsberechtigtem gerade vor dem Hintergrund der zunehmenden Leistungseinschnitte seit Beginn der 80er-Jahre suspekt erscheinen. Entsprechend konsequent ist es vor dem Hintergrund dieser traditionellen Zwecksetzung deutschen Vergaberechts, ein eigenes Leistungserbringerrecht zu entwickeln, das den grundrechtlichen Interessen und Positionen der betroffenen Akteure entgegenkommt und ihre bisherige Zusammenarbeit in gewachsenen Strukturen schützt.