

„Vergaberecht in der Kinder- und Jugendhilfe?!“

AGJ-Expertenworkshop am 18. April 2016
Zusammenfassung der Ergebnisse

Historie und Zusammensetzung

Die AGJ lud am 18.04.2016 zu einem Expertenworkshop „Vergaberecht in der Kinder- und Jugendhilfe?!“ ein. Anlass hierfür waren im Verlauf der Erstellung eines Positionspapiers zum neuen EU-Sozialvergaberecht deutlich gewordene divergierende Rechtsauffassungen. Strittig war nicht nur die seit längerem aufgeworfene Frage der Anwendbarkeit des Vergaberechts auf die Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe, sondern auch der mögliche Verankerungsort präzisierender Regelungen. Während eine Auffassung hierfür gesetzgebungstechnisch allein Möglichkeiten innerhalb der jüngst modernisierten Regelungen des Vergaberechts (konkret: des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und der geänderten Vergabeverfahrensverordnung (VgV)) sah, sprach sich die andere Auffassung dafür aus, Vorschläge in den Reformprozess des SGB VIII einzubringen.

Da das Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ) signalisiert hatte, am Workshop teilnehmen und Ergebnisse noch im Vorfeld der Veröffentlichung des Referentenentwurfs zur Reform des SGB VIII möglicherweise aufgreifen zu wollen, wurde der Workshop sehr kurzfristig anberaumt. Dank der Vermittlung des zuständigen Referats 512 im BMFSFJ konnte auch das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) einbezogen werden.

Am Workshop teilgenommen haben: Frau Prof. Dr. Karin Böllert (Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaft für Kinder- und Jugendhilfe – AGJ), Herr Dr. Markus Brohm (Deutscher Landkreistag), Frau Anna Droste-Franke (AWO Bundesverband e. V.), Herr Dr. Daniel Fülling (BMWi), Herr Werner Hesse (Der Paritätische Gesamtverband e. V.), Frau Naomi Imanishi (Ministerium für Familie, Frauen, Jugend, Integration und Verbraucherschutz, Rheinland-Pfalz), Herr Peter Klausch (Arbeitsgemeinschaft für Kinder- und Jugendhilfe – AGJ), Frau Angela Lögering (BMFSFJ), Herr Frank Lonny (Ministerium für Familie, Kinder, Jugend, Kultur und Sport NRW), Frau Dr. Friederike Mußnug (Diakonie Deutschland Evangelischer Bundesverband), Frau Martina Reinhardt (Thüringer Ministerium für Bildung, Jugend und Sport), Herr Prof. Dr. Stephan Rixen (Universität Bayreuth), Herr Prof. Dr. Bernd Schlüter (Europäischer Wirtschafts- u. Sozialausschuss, Bernzen Sonntag Rechtsanwälte), Frau Angela Smessaert (Arbeitsgemeinschaft für Kinder- und Jugendhilfe – AGJ), Herr Klaus Theißen (Arbeiterwohlfahrt Bundesverband e. V.), Frau Caroline von Kries (Deutscher Caritasverband e. V.), Frau Dr. Gabriele Weitzmann (Bayerischer Jugendring).

Dieses Papier wurde als Ergebnis des Workshops im Email-Verfahren mit den Teilnehmenden abgestimmt. Aus Zeitgründen konnte leider eine Abstimmung mit den beteiligten Bundesministerien (BMW i und BMFSFJ) nicht herbeigeführt werden.

Zentrale Diskussionsergebnisse

1. Anwendbarkeit des Vergaberechts: de lege lata

Aufgegriffen wurde zum einen die Diskussion um die Anwendbarkeit des Vergaberechts auf die Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe.

Es wurde herausgearbeitet, dass die Leistungen **im kinder- und jugendhilferechtlichen Dreiecksverhältnis** nicht unter die Anwendungsbereich des Vergaberechts fallen, da die Leistungserbringer durch die Leistungsberechtigten selbst ausgewählt würden und es damit an einem öffentlich-rechtlichen Auftrag fehlt. Das Zitat aus Beschlussempfehlung und Bericht des Wirtschaftsausschusses „Auch im sogenannten ‚sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis‘ kann je nach Fallkonstellation eine reine Zulassung von Dienstleistungen ohne Beschaffungscharakter vorliegen, die nicht dem Vergaberecht unterfallen, oder ein öffentlicher Auftrag, der eine Anwendung des Vergaberechts notwendig macht. Eine pauschale Ausnahme für Leistungen im ‚sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis‘ vom Vergaberecht ist europarechtlich weder möglich noch in der Sache gerechtfertigt.“ (BT-Drs. 18/7086, S. 13) wurde intensiv diskutiert. Es wurde herausgestellt, dass das nach sozialrechtlichem Verständnis – bei Abweichungen in den einzelnen Leistungsgesetzen – das Dreiecksverhältnis grundsätzlich davon geprägt ist, dass mit dem Leistungsberechtigten eine Person zu den Vertragsbeziehungen zwischen Leistungserbringer und öffentlichem Leistungsträger hinzutritt. Die Leistungsberechtigten haben einen eigenen einklagbaren Anspruch auf eine Leistung und damit einhergehend das Recht, sich den Erbringer der Leistung auszusuchen und dürfen also nicht durch den Leistungsträger einem Leistungserbringer zugewiesen werden. Damit sie tatsächlich eine Auswahl treffen können, muss das Sozialrecht Trägerpluralität gewährleisten und schafft damit Wettbewerb unter den Anbietern der Leistungen. Zur Sicherstellung der Trägerpluralität sieht das Kinder- und Jugendhilferecht in § 78b Abs. 2 SGB VIII (wie übrigens auch das SGB XI in § 72 Abs. 3) einen Anspruch der Leistungserbringer auf Abschluss einer Vereinbarung vor, wenn diese gesetzlich festgelegten Bedingungen, insbesondere Qualitätsanforderungen erfüllen und schließt damit eine selektive Auswahl eines einzelnen Anbieters und die für das Vergaberecht typische exklusive Zuschlagserteilung aus. Die Darstellungen in der Beschlussempfehlung des Wirtschaftsausschusses sowie der Gesetzesbegründung (BT Drs. 18/6281, S. 73 f) eines Zulassungssystems mit selektiver Auswahl durch den öffentlichen Leistungsträger werden folglich dem eigentlichen Charakteristika des Dreiecksverhältnisses im Sozialrecht nicht gerecht und sind damit für das Kinder- und Jugendhilferecht irrelevant. Deshalb unterfallen die rechtsanspruchsgesicherten Leistungen des SGB VIII nicht dem Vergaberecht.

Im Unterschied dazu wurde bei **Leistungen im zweiseitigen Finanzierungsverhältnis** festgehalten, dass die **Förderung gem. § 74 SGB VIII** an sich nicht als öffentlicher Auftrag einzuordnen sei, da die Geldleistung keinen Gegenleistungscharakter hat. Klargestellt wird

z. B., dass aufgrund der Förderverpflichtung in §§ 74, 12 SGB VIII für die Jugendarbeit in Verbänden und deren Zusammenschlüssen davon auszugehen ist, dass kein öffentlicher Auftrag vorliegt, da diese Strukturen selbstorganisiert und eigenverantwortlich tätig sind und gerade in ihren satzungsmäßigen Tätigkeiten, Maßnahmen und Aktivitäten nicht im öffentlichen Auftrag agieren. Allerdings kann in Konstellationen der Praxis die Abgrenzung zum öffentlichen Auftrag problematisch werden, wenn sehr detaillierte Vorgaben in den Förderbedingungen den Leistungserbringern keine Handlungsoptionen mehr lassen, sondern die Modalitäten ihrer Arbeit wie bei einer vergaberechtlichen Leistungsbeschreibung einseitig von den Vorstellungen des Kostenträgers bestimmt werden. Es sei daher von großer Bedeutung, dass sich die Praxis hier klar verhält und keine zu starke Bindungswirkung vorgibt.

Ein weiteres Problem entsteht, wenn der Gestaltung der Leistungserbringung die Formen des Vergaberechts nicht umgangen werden, sondern sie dort, wo sie nicht zwingend anzuwenden sind, aber abgewandelt und „modifiziert“ zur Anwendung kommen. So mag die Bündelung von interessierten Anbietern und die Vorabauscheidung ungeeigneter Anbieter (Interessenbekundungsverfahren) auch bezogen auf „echte“ Zuwendungsvorhaben i. S. d. § 74 SGB VIII praktikabel und effizient erscheinen. Allerdings führen auch diese Mischformen zu erheblichen Unsicherheiten. In der Regel werde unklar, nach welchen Maßstäben sich das Handeln der Träger zu richten hat und welche Rechtsbehelfe gegen Verfahrensfehler helfen.

Im Hinblick auf die **Finanzierungsvereinbarungen gem. § 77 SGB VIII** seien zwei Typen zu unterscheiden: Während ein Teil der Vereinbarungen analog der Vereinbarungen nach § 78a SGB VIII das jugendhilferechtliche Dreieck betreffe (sog. rechtsanspruchsgesicherte Leistungen), würde der andere Typus tatsächlich ein rein zweiseitiges Finanzierungsverhältnis regeln (sog. Austauschvereinbarungen im nicht rechtsanspruchsgesicherten Bereich). Vereinbarungen des letzten Typus entsprechen dem europarechtlich und vergaberechtlich geregelten öffentlichen Auftrag, so dass hier Vergaberecht anzuwenden ist.

Einhellig Kritik wird am erforderlichen zweigleisigen **Rechtsschutzverfahren gegen unzulässige Vergabeverfahren** geübt. Es sei notwendig, Vergabekammern das Vergabeverfahren inhaltlich prüfen zu lassen, während zeitgleich vor den Verwaltungsgerichten eine Prüfung der Zulässigkeit der Vergabe an sich anzustrengen ist. Derzeit sehe man jedoch angesichts defizitärer sozialrechtlicher Prüfungskompetenz von Vergabekammern aber keine bessere Lösung.

2. Änderungen in Folge der jüngst abgeschlossenen Vergaberechtsmodernisierung

Hinsichtlich der geltenden Regelungen zur öffentlichen Auftragsvergabe wurde festgestellt, dass durch die Vergaberechtsmodernisierungsreform mit Wirkung seit dem 18. April 2016 eine Anpassung im Oberschwellenbereich an die europäischen Richtlinien erfolgt ist.

Im **Oberschwellenbereich** sind durch das Vergabemodernisierungsgesetz nunmehr Regelungen u. a. für den Bereich der sozialen Dienstleistungen eingeführt worden, die im Workshop als „Sonderregime“ bezeichnet wurden. Der Oberschwellenbereich beginnt bei öffentlichen Aufträgen für soziale Dienstleistungen bei 750.000 €. Weil die Laufzeit der Vereinbarungen zu berücksichtigen ist, schätzen die Teilnehmenden des Workshops auch

den Oberschwellenbereich für die Kinder- und Jugendhilfe als durchaus relevant ein. Das „Sonderregime“ enthält Verfahrenserleichterungen, hierzu gehört nicht nur die freie Wahl der Verfahrensart (vgl. § 65 Abs. 1 VgV), sondern bei Rahmenvereinbarungen auch längere mögliche Laufzeiten von bis zu 6 Jahren (vgl. § 65 Abs. 2 VgG), die Möglichkeit der Abweichung von Fristen (vgl. § 65 Abs. 3 VgV), aber auch die Erweiterung der zulässigen Zuschlagskriterien (vgl. § 65 Abs. 5 S. 1 VgV: die Erfahrung des vom Bieter eingesetzten Personals, Erfolg und Qualität der vom Bieter bereits erbrachten Leistungen). Trotz der gesetzlich normierten zulässigen Zuschlagskriterien besteht, bezogen auf die konkreten Vergabevorgänge, die Notwendigkeit einer Qualitätsentwicklung. Eine Konkretisierung der Zuschlagskriterien muss im Ausschreibungsverfahren selbst erfolgen.

Besonders relevant für die Kinder- und Jugendhilfe wird von den Teilnehmenden der **Unterschwellenbereich** eingeschätzt. Da der im allgemeinen Haushaltsrecht normierte Unterschwellenbereich durch die jüngst abgeschlossene Vergaberechtsmodernisierungsreform nicht berührt wurde, gelten die dort für den Bereich der sozialen Dienstleistungen eingeführten Verfahrenserleichterungen in diesem (noch) nicht. Zu prüfen wäre dementsprechend, inwieweit Regelungen des „Sonderregimes“ des Oberschwellenbereiches auch in dem Unterschwellenbereich Anwendung finden sollten und können. Derzeit wird durch das BMWi der Anpassungsbedarf geprüft. Es wird problematisiert, dass es besonders im Unterschwellenbereich an Rechtsschutzmöglichkeiten fehlt. Gleichzeitig wird der GWB-Rechtsschutz nicht als passend eingeordnet, dieser müsse sachgebietsadäquat erfolgen (z. B. durch modifizierte Besetzung der Vergabekammern oder Zuweisung an die Verwaltungsgerichte).

3. Anregungen aus dem Workshop: de lege ferenda

Aus Sicht der Teilnehmenden des Workshops besteht insbesondere mit Blick auf die folgenden im Reformprozess SGB VIII beabsichtigten Vorhaben Klärungsbedarf bezogen auf das anzuwendende Verfahren sowie die anzuwendenden Kriterien der Trägerauswahl:

- die Stärkung sozialraumorientierter Infrastrukturangebote, deren Zugang niedrigschwellig und ohne Einzelfallentscheidungen des Jugendamtes ermöglicht werden soll;
- die niedrigschwelligen, präventiven Angebote, welche auf engen Kooperationsbeziehungen und -verpflichtungen zwischen unterschiedlichen Kinder- und Jugendhilfeträgern (z. B. Kita und HzE) aufbauen. Wer entscheidet über die Kooperationspartner? Die freien Träger miteinander im Vorfeld der Erstellung ihres Angebots oder der öffentliche Träger durch seine Auswahlentscheidung? Und welche Rolle kommt dem Jugendhilfeausschuss dabei zu?
- das Pooling von rechtsanspruchsgesicherten Leistungen, bei denen an Stelle einer individuellen Entscheidung über die Gewährung einer Einzelhilfe entweder die Gewährung einer Leistung innerhalb der Infrastruktur des Pools oder eine direkte Inanspruchnahme durch die Leistungsberechtigten ohne vorherige Entscheidung des Jugendamts tritt.

Die Teilnehmenden sind übereingekommen, dass das Europarecht Gestaltungsspielräume im Bereich der sozialen Dienstleistungen einräumt, die es zu nutzen gilt. Allerdings wird der Vergaberechtsmodernisierungsprozess im Oberschwellenbereich politisch als

abgeschlossen bewertet, der Prozess zum Unterschwellenbereich dagegen steht noch ganz am Anfang.

Es fand ein ausführlicher Austausch darüber statt, welcher gesetzliche Verankerungsort für präzisierende Regelungen in Betracht kommt. Rechtssystematisch konnte kein bestimmter Standort als vorgegeben identifiziert werden. Gesetzgebungskompetenzen, die in der Begründung des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes genannt werden (insbesondere Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 und 16 GG) sind weder präjudizierend noch abschließend. Auch die Kompetenznorm Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG, welche das Kinder- und Jugendhilferecht umfasst, kann greifen, was sich an den bereits existierenden Finanzierungsregelungen (§§ 77 ff. SGB VIII) belegen lässt. Als Regelungsort kommen damit wahlweise das SGB VIII, aber auch das GWB, die VgV oder eine andere Rechtsverordnung gem. § 113 S. 1 GWB in Betracht. Mehrfach wurde darauf hingewiesen, dass die konkretisierende Regelung zu Dienstleistungen nach SGB II und SGB III in § 65 Abs. 3 S. 2 VgV auf ausdrücklichen Wunsch des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (BMAS) aufgenommen worden sei, dem eine Verortung hier auf Grund der Wirkung und der Bündelung der Vorgaben wichtig war. Dem hätten allerdings politisch-pragmatische Erwägung und keineswegs rechtssystematisch-kompetenzrechtliche Überlegungen zugrunde gelegen.

Für den anstehenden Regelungsprozess im Unterschwellenbereich sprachen sich die Teilnehmenden für bundeseinheitliche Regelungen aus, welche Transparenz, Rechtssicherheit sowie Rechtsschutz zum Gegenstand haben sollen. Diese sollten in Kooperation mit den Ländern und Verbänden ausgearbeitet werden. Als zu abwartend bewerten sie die von dem BMFSFJ eingebrachte Überlegung, zunächst eine allgemeine Öffnungsklausel innerhalb der vergaberechtlichen Regelungen im Oberschwellenbereich bzw. – worauf sich der Fokus des BMFSFJ z.Zt. besonders richtet – innerhalb der haushaltsrechtlichen Regelung im Unterschwellenbereich abzuwarten. Sie wünschen sich vom BMFSFJ vielmehr ein proaktives Zugehen auf das hier Offenheit signalisierende BMWi.

In der weiteren Diskussion wurde erörtert, welche kinder- und jugendhilfespezifischen Regelungen erforderlich sind.

In diesem Zusammenhang wiesen einige Teilnehmer darauf hin, dass eine zu weitgehende Zersplitterung der Vergaberechtsregelungen in jeweils bereichsspezifische Sonderregelungen gerade nicht zur Rechtssicherheit beitragen würden. Allgemein als sinnvoll wurde es jedoch erachtet, bereichsspezifisch auf bundeseinheitliche Vergaberegulungen zuzugehen und soweit dies erforderlich erscheint, die vergaberechtstypischen Ermessensspielräume im Rahmen des SGB VIII ermessenslenkend einzugrenzen.

Kein Konsens bestand zu der Notwendigkeit einer Klarstellung, dass bei Leistungen im sozialrechtlichen (und damit auch im kinder- und jugendhilferechtlichen) Dreiecksverhältnis Vergabeverfahren unzulässig sind. Dagegen spreche nach Ansicht einiger Teilnehmenden, dass diese Zuordnung eine Frage regelt, für die es aber bereits Bestimmungen gebe (im GWB, dass Aufträge auszuschreiben sind); diese Fragen seien mithin durch schlichte Rechtsanwendung und Subsumption eines Sachverhalts unter die einschlägige Regelung (in diesem Fall die Auftragsdefinition des Vergaberechts) zu lösen und bedürften deshalb keiner deklaratorischen gesetzlichen Regelung im Sinne einer Subsumptionshilfe. Demgegenüber hielten die übrigen Teilnehmerinnen und Teilnehmer des Workshops nach

wie vor die Klarstellung für notwendig, dass jedenfalls bei Leistungen im kinder- und jugendhilferechtlichen Dreieck kein Vergaberecht anzuwenden ist.

Konsens bestand, dass die Regelung des § 77 SGB VIII im Hinblick auf die in diesem implizit enthaltenen zwei Vereinbarungstypen zu präzisieren sind. Ziel eines Austausches mit dem BMWi müsse ferner sein, das Vergaberecht sozialleistungsgerecht zu präzisieren. In den Blick zu nehmen sind insoweit Verfahrensart (z. B. der wettbewerbliche Dialog), Leistungsbeschreibung, Wertungs- und Zuschlagkriterien. Dass sozialbereichsspezifische Regelungen innerhalb des Vergaberechts möglich sind, zeigt § 65 Abs. 2 S. 2 VgV für den Bereich der Arbeitsmarktdienstleistungen.

Weil die momentane Situation, dass zur Erlangung von Rechtsschutz im Oberschwellenbereich oft ein zweigleisiges Vorgehen vor Vergabekammer und Verwaltungsgericht erforderlich ist, unbefriedigend ist, müsse hier dringend über eine Gerichtsreform nachgedacht werden. Es wurde eine modifizierte Besetzung der Vergabekammern vorgeschlagen, die die Kompetenz zur „sozialrechtssensiblen Interpretation vergaberechtlicher Normen“ mit abbildet. Auch im Unterschwellenbereich müssen – bisher fehlende – Rechtsschutzmöglichkeiten dringend eröffnet werden.

Abschließend wurden im Workshop Fragen aufgeworfen, an denen für sinnvoll erachtet wird, dass das Ministerium sein weiteres Vorgehen prüft:

- Welchen Einfluss haben bzw. welche Folgen ergeben sich durch Änderungen der Finanzierungsregelungen auf die in § 3 Abs. 1 SGB VIII abgesicherte Trägervielfalt, das in § 5 SGB VIII normierte Wunsch- und Wahlrecht sowie das Verhältnis zwischen öffentlichen Trägern, freien Trägern und den Bürgerinnen und Bürgern?
- Inwieweit kann bei neuen vergaberechtlichen Verfahren Transparenz für alle Beteiligten sichergestellt werden?
- Wie kann für den/die Rechtsanwender/in sowohl in der Praxis der Kinder- und Jugendhilfe als auch des Finanzcontrollings der Kommunen die Klarheit erhöht werden kann, wann welche Finanzierungsform und damit welche Regelung anwendbar ist?
- Werden im Hinblick auf Verfahrensart, Leistungsbeschreibung, Wertungs- und Zuschlagkriterien Vorgaben gemacht, die die Wertungen des Kinder- und Jugendhilferechts in das Vergaberecht transformieren? Inwieweit kann durch die neuen Regelungen, wie beabsichtigt, Transparenz, Rechtssicherheit sowie Rechtsschutz sichergestellt werden?

Es wurde dringend angeregt, den Evaluationsvorbehalt auch auf Änderungen der Finanzierungsregeln zu erstrecken.

gez. Angela Smessaert
Wissenschaftliche Referentin