

Ausführung der öffentlichen Kofinanzierung der Arbeit der beruflichen Rehabilitation

Gutachten

Prof. Dr. Christian Bernzen

und

Thorsten Bader (Steuerberater) Christian Grube (Rechtsanwalt), Prof. Dr. Bernd
Schlüter (Rechtsanwalt), Hauke Wagner (Diplom-Volkswirt), Peter Wiemann
(Rechtsanwalt)

*im Auftrag des Netzwerkes Berufliche Rehabilitation (NbR),
bestehend aus den Arbeitsgemeinschaften der Leistungserbringer der beruflichen
Rehabilitation im Sinne des § 35 SGB IX,*

- *Bundesarbeitsgemeinschaft der Beruflichen Trainingszentren e. V. (BAG BTZ)*
- *Bundesarbeitsgemeinschaft der Berufsbildungswerke e. V. (BAG BBW)*
- *Bundesarbeitsgemeinschaft der medizinisch-beruflichen
Rehabilitationseinrichtungen e. V. (BAG mbR Phase II)*
- *Bundesarbeitsgemeinschaft Rehabilitation psychisch kranker Menschen e. V.
(BAG RPK)*
- *Bundesarbeitsgemeinschaft Werkstätten für behinderte Menschen e. V. (BAG
WfbM)*
- *Bundesarbeitskreis der Berufsförderungswerke (BAK BFW) sowie*
- *Bundesverband Deutscher Berufsförderungswerke e. V. (BV BFW)*

Inhalt

1.	Ausgangslage	3
2.	Summarische Darstellung des Ist-Standes und zu erwartender rechtlicher Entwicklung	5
2.1	Vergaberechtliche Lage	5
2.1.1	Problem-/Fragestellung	5
2.1.2	Kurzdarstellung des Ist-Zustandes in vergaberechtlicher Hinsicht	6
2.1.3	Neuordnung des Vergaberechts durch EU-Richtlinien vom 26. Februar 2014	8
2.1.3.1	Regime für Soziale Dienstleistungen	9
2.1.3.2	Konzessionsrichtlinie vom 26. Februar 2014.....	10
2.1.4	Umsetzung der EU-Richtlinien in nationales Recht.....	11
2.1.4.1	Anhaltspunkte für eine Prognose	11
2.1.4.2	Spielraum des nationalen Gesetzgebers	12
2.1.4.3	Einbeziehung sozialrechtlicher Dreiecksverhältnisse	16
2.1.5	Vorwirkung der neuen EU-Vergaberichtlinie	18
2.1.6	Fazit/Ausblick.....	19
2.2	Perspektiven für ein Bundesteilhabegesetz.....	20
2.2.1	Ziele des Bundesteilhabegesetzes	21
2.2.2	Entlastung der Kommunen.....	22
2.2.3	Umsetzung des Reformvorhabens	22
3.	Strategien für den Umgang mit tarifrechtlichen Bindungen	23
3.1	Absicherung über sozial- und vergaberechtliche Regelungen	25
3.2	Absicherung fachlicher Linien	27
3.3	Vorschläge für politische Schritte	28
4.	Zusammenfassung	29

1. Ausgangslage

Ab Mitte der 1990er Jahre wurde im Sozial- und Gesundheitswesen das Kostendeckungsprinzip von einem Wettbewerbsgedanken abgelöst.

Begleitet durch ein neues prospektives Vertragssystem, Fallpauschalen in den Krankenhäusern und ersten Ansätzen für Ausschreibungen gewann der Kostensenkungsgedanke eine Dominanz über die Frage von Arbeitsbedingungen und Qualitätsstandards. Gleichzeitig ging die allgemeine Tarifbindung und die Zahl der für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge auch in der allgemeinen Wirtschaft stark zurück. Die Frage nach dem preisgünstigsten Anbieter einer Leistung gewann Bedeutung, das Tarifrecht des öffentlichen Dienstes verlor seine Leitfunktion. Diese Prozesse führten dazu, dass „im stark personalintensiven Sozialsektor der Konkurrenzdruck zwischen den Wohlfahrtsverbänden sowie den neu hinzugekommenen privaten Trägern zu bislang nicht gekannten Belastungen bei den Patienten und Hilfebedürftigen, aber auch bei den Beschäftigten führen musste.“¹

Ein wohlverstandener und verantwortlich gestalteter Wettbewerb im Sozial- und Gesundheitswesen würde einerseits das sozialrechtliche Wunsch- und Wahlrecht der Patienten und Bürger und andererseits das allgemeine Interesse an effizienter Ressourcenverwendung und innovativer Qualitätsentwicklung widerspiegeln. Das Sozial- und Gesundheitswesen mit seinen öffentlich-rechtlichen Garantien ist Teil des sozialstaatlichen Auftrags des Staates. Seine Produkte können keine zufälligen Ergebnisse von Angebot und Nachfrage sein, sondern in ihnen verwirklichen sich Sozial- und Grundrechte der Bürger, der Einrichtungen und Dienste und der Beschäftigten. Es handelt sich somit um ein Gebiet staatlicher Daseinsvorsorge, welches zweckmäßigerweise mit wettbewerblichen Elementen ausgestattet wurde. Die geschichtliche Entwicklung und auch das Subsidiaritätsprinzip führen dazu, dass in Deutschland Sozial- und Gesundheitsdienstleistungen regelmäßig entweder durch den Staat selbst oder durch gemeinnützige oder privatgewerbliche Träger erbracht werden. Kirchliche und andere Sozialunternehmen sind in ihrem Grundverständnis dabei niemals Auftragnehmer des Staates. Das SGB gestaltet regelmäßig bisher aber

¹ Die Ausführungen in diesem Abschnitt und auch die weiteren Ausführungen zu tarifrechtlichen Fragen basieren auf Bernd Schlüter und Christian Bernzen: Gutachten Wege zu einem Branchentarif Gesundheit und Soziales, http://www.spdfraktion.de/sites/default/files/gutachten_wege_zu_einem_branchentarif_gesundheit_und_soZIALES_april_2013.pdf

kein Auftragsverhältnis, sondern eine Zusammenarbeit zwischen dem Staat und sozialen Diensten unter Achtung der Trägervielfalt und der konzeptionellen und weltanschaulichen Eigenarten der Träger. Der Gesetzgeber und die Leistungsträger können demnach einen Rahmen für die Leistungsinhalte/Qualität/Zielgruppen etc. abstecken, haben aber nicht das Recht, den Leistungsanbietern gleich einem Auftraggeber den Leistungsinhalt und die Art seiner Verwirklichung vollständig und im Detail vorzuschreiben.

Da die Träger in einem eigenen, (maßgeblich vom Sozialrecht gestalteten) Wettbewerbsraum agieren, kann der Eindruck entstehen, sie seien Teil der allgemeinen Wirtschaft. Das wettbewerbliche Sozialleistungssystem ist hinsichtlich des kollektiven Arbeitsrechtes wiederum unterteilt in Bereiche, in welchen das allgemeine Tarifsystem auf Grundlage der Koalitionsfreiheit, des Streikrechts und der Tarifautonomie gilt und einen Teil, in welchem die Kirchen aufgrund ihres Selbstbestimmungsrechts eigene Wege der Entgeltfindung gehen. In der Regel ist dies der Dritte Weg, welcher durch Beschlüsse der paritätisch besetzten Arbeitsrechtlichen Kommissionen ausgestaltet ist. Da die Finanzierungen im Sozial- und Gesundheitswesen i.d.R. nicht durch Angebot und Nachfrage maßgeblich bestimmt werden, sondern durch sozialrechtliche Verfahren, staatliche Ressourcenbestimmung, konzessionsähnliche Mechanismen und ggf. auch durch die Belegungsintensität von Einrichtungen, sind mittelbar sowohl die Arbeitsentgelte wie die Beschäftigungsbedingungen selbst Folge staatlicher Entscheidungen. Auf diese haben Beschäftigte im Sozial- und Gesundheitswesen nicht mehr Einfluss als der durchschnittliche Bürger. Durch die betriebliche Struktur der Branche, die Mentalität der Beschäftigten, den Organisationsgrad der Gewerkschaften, Zuwendungsfinanzierungen, befristete Verträge, Auslagerungsmöglichkeiten, fehlende Personalschlüssel und die Herausnahme des kirchlichen Bereichs aus dem System des Arbeitskampfes und der Allgemeinverbindlichkeit hat die Branche und insbesondere die Beschäftigten nicht die Kampfmittel und die Position im gesellschaftlichen Verteilungskampf, welche ihrer zentralen Bedeutung für die Grundrechte, die Bildung, die Integration und den sozialen Frieden zustehen müssten. Der Vergleich vieler meist von Frauen dominierter Berufsgruppen im Sozial- und Gesundheitswesen mit anderen Berufsfeldern ergibt sowohl bei den Entgelten wie bei den Personalschlüsseln eine Schiefelage.

Statt einer Absicherung angemessener Entgelte ist es auf Grundlage der gesetzlichen und finanziellen Weichenstellungen der letzten 15 Jahre zu einem Preiswettbewerb gekommen, welcher im Ergebnis eher den Gewinnen der privatgewerblichen Anbietern als angemessenen Arbeitsbedingungen der Gesamtbranche dient. Die in der Höhe unbegrenzte Gewinnentnahmemöglichkeit von nichtgemeinnützigen Unternehmen im Sozial- und Gesundheitsbereich aus Mitteln der Sozialversicherungsbeiträge und der Steuern findet in der Bevölkerung nur eine bedingte Akzeptanz. Vielmehr erwartet man für diesen Sektor gewisse Sicherungen, damit öffentliche Gelder entgegen der Logik eines Marktsystems zweckgemäß verwendet. Dass es ein Recht zur Wahl des Anbieters und einen transparenten Qualitätswettbewerb sowie eine wirtschaftliche Leistungserbringung geben sollte, dürfte dagegen mittlerweile anerkannt sein.

2..... Summarische Darstellung des Ist-Standes und zu erwartender rechtlicher Entwicklung

2.1 Vergaberechtliche Lage

2.1.1 Problem-/Fragestellung

Im vorliegenden Kontext stellt sich die folgende vergaberechtliche Frage:

Ergeben sich - etwa bei zukünftigen (Neu-)Verhandlungen für die Vergütung/Preise von Leistungen, die durch Einrichtungen der beruflichen Rehabilitation im Sinne von § 35 Abs. 1 SGB IX erbracht werden - (Rechts-)Risiken aus nationalem Vergaberecht oder dem gegenwärtigen bzw. noch umzusetzenden Vergaberecht der Europäischen Union?

Dazu soll zunächst – zusammengefasst - der Ist-Zustand in Bezug auf Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen im Sinne von § 21 Abs. 1 SGB IX zwischen den genannten Rehabilitationseinrichtungen und den jeweiligen Leistungsträgern referiert und sodann die Rechtsentwicklung dargestellt werden, die das Vergaberecht durch entsprechende Richtlinien der Europäischen Union bereits erfahren hat und die durch die Umsetzung neuer EU-Richtlinien in nationales Recht noch zu erwarten ist.

2.1.2 Kurzdarstellung des Ist-Zustandes in vergaberechtlicher Hinsicht

Diese Darstellung orientiert sich an dem klassischen sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis zwischen Leistungsempfänger (=Leistungsberechtigten), Sozialleistungsträger und Leistungserbringer. In diesem Dreiecksverhältnis hat der Leistungsempfänger gegenüber dem Leistungsträger einen Rechtsanspruch auf eine bestimmte (Sach-/Dienst-)Leistung. Im vorliegenden Zusammenhang ist das der Anspruch gegenüber einem Rehabilitationsträger auf Leistungen der berufsvorbereitenden Bildung und der Berufsausbildung². Dieser Anspruch wird von einer Einrichtung der beruflichen Rehabilitation gegenüber dem Leistungsempfänger auf der Grundlage einer vertraglichen Verabredung - hier eines (Teilnahme-)Vertrags - erbracht, der wechselseitige Rechte und Pflichten begründet.

In Bezug auf die Erbringung dieser Leistungen gegenüber anspruchsberechtigten Personen schließen der Leistungserbringer und der Sozialleistungsträger eine Vereinbarung nach § 21 Abs. 1 SGB IX, die u.a. auch die Höhe der an sich von Leistungsempfänger geschuldeten Vergütung (Preis) festlegt und die insoweit von dem Leistungsträger übernommen wird.

Für die vergaberechtliche Beurteilung dieses sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses ist zuerst das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) i.d.F. der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245) heranzuziehen. Dieses Gesetz wird näher ausgeführt durch die Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung - VgV) i.d.F. der Bekanntmachung vom 11. Februar 2003 (BGBl. I S. 169) sowie die Verdingungsordnung für Leistungen (VOL) - Teil A - Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Leistungen (VOL/A)[1] [2] i.d.F. der Bekanntmachung vom 6. April 2006 (BAnz.Nr. Nr. 100a S. 1, ber. S. 4368).

Durch diese Regelungen hat Deutschland die Richtlinie 2004/18/EG vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. EU L 134/114 vom 30. April 2004) in nationales Recht umgesetzt. Dort ist in Art. 21 bestimmt, dass Aufträge über Dienstleistungen gemäß Anhang II Teil B nur Art. 23 (Technische Spezifikationen) und Art. 35 Abs. 4 (Bekanntmachungsfristen) unterliegen. Dabei werden in dem genannten Anhang als Kategorie 25 – ganz allgemein - das Gesundheits-, Veterinär-

² §§ 51 ff. SGB III

und Sozialwesen aufgeführt. Eine nähere Spezifikation enthält die Richtlinie 2004/18/EG nicht.

Von daher ist die Frage, ob diejenigen Leistungen, die in dem hier Dreiecksverhältnis von den einzelnen Einrichtungsträgern gegenüber Leistungsempfängern für einen Leistungsträger erbracht werden, dem Vergaberecht unterfallen, nach dem nationalen Recht und insoweit maßgeblich danach zu beurteilen, ob in diesem Vorgang ein „öffentlicher Auftrag“ im Sinne von § 99 Abs. 1 GWB zusehen ist. Nach dieser Norm sind „öffentliche Aufträge“ entgeltliche Verträge von öffentlichen Auftraggebern mit Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die u.a. auch Dienstleistungen zum Gegenstand haben.

Die Frage, ob die im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis durch einen Leistungsverbringungsvertrag erfasste Beziehung zwischen einem Leistungsträger und einem Leistungserbringer vergaberechtlich als öffentlicher Auftrag anzusehen ist, wird überwiegend verneint³.

Die herrschende Meinung kann sich dabei u.a. darauf stützen, dass als „öffentliche Aufträge“ nur „entgeltliche“ Verträge über Dienstleistungen in Betracht kommen und dass nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union das Entgelt die wirtschaftliche Gegenleistung für die betreffende Leistung darstellt und die Gegenleistung in der Regel zwischen dem Erbringer und dem Empfänger der Leistung vereinbart wird⁴.

Gegenstand der Verträge zwischen Sozialleistungsträgern und Leistungserbringern („Leistungserbringungsverträge“) ist typischerweise jedoch nicht die Beschaffung von Dienstleistungen gegen ein Entgelt als Gegenleistung, sondern die Klärung der Bedingungen für die Leistungsabwicklung im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis. Mit dem Abschluss der Leistungserbringungsverträge wird nur ein grundsätzliches Recht begründet, das dann im Wettbewerb mit anderen Leistungserbringern zu verwerten ist⁵.

Auch die Verwaltungsgerichte haben angenommen, dass Leistungsvereinbarungen zwischen Sozialleistungsträgern und Leistungserbringern dem Vergaberecht

³ Vgl. etwa Krahmer, Sozialgesetzbuch I, 3. Aufl. 2014, SGB I, § 17, Rn. 47, m.w.N.; Bieback, in: Gagel, SGB II/SGB III, Stand Erg. Lief. 2014, § 45 SGB III, Rn. 279, m.w.N.; Glahs, SRa 2007, Seite 2004, 224, 225; Eichenhofer, Brüsseler Kreis, Expertise zur Bedeutung Europäischen Rechts für die Träger sozialer Dienstleistungen, Seite 24; a.A. Storost, NZS 2005, Seite 82, 85; Wilke, NZS 2014, Seite 444, 445.

⁴ S. EuGH, Urteil vom 27. September 1988, Rs. C-J026/86 [Humbel und Edel], Slg 1988, I 5365 Rn 17.

⁵ Vgl. Krahmer, a.a.O., Rn. 47.

entzogen sind bzw. solche Vereinbarungen nicht derart ausgestaltet werden dürfen, dass sie als öffentliche Aufträge im Sinne von § 99 GWB anzusehen sind oder das Grundrecht der Berufsfreiheit von Übergangenen Leistungserbringern verletzen⁶.

Ob der Abschluss von Leistungserbringungsverträgen im Rahmen sozialrechtlicher Dreiecksverhältnisse als Vergabe einer Dienstleistungskonzession an den Leistungserbringer angesehen werden könnte, bleibt derzeit ohne vergaberechtliche Folgen. Denn derartige Konzessionen unterfallen nach Art. 17 der RL 2004/18/EG nicht dem gemeinschaftlichen oder dem nationalen Vergaberecht und bedürfen insoweit auch keines Vergabeverfahrens⁷.

Die Konzessionsrichtlinie vom 26. Februar 2014, die diesen Bereich erstmals regelt, ist noch nicht in nationales Recht umgesetzt worden. Im Übrigen dürften die hier fraglichen Vereinbarungen zwischen einem Leistungsträger und einem Leistungserbringer nicht als Vergabe im Sinne der vorgenannten Richtlinie anzusehen sein⁸.

2.1.3 Neuordnung des Vergaberechts durch EU-Richtlinien vom 26. Februar 2014

Allerdings stellt sich die Frage, ob das oben dargestellte sozialrechtliche Dreiecksverhältnis auch nach der Neuordnung des Vergaberechts durch drei Richtlinien der Europäischen Union nach deren Umsetzung in nationales Recht dem Vergaberecht weiterhin entzogen bleibt.

Zu nennen ist insoweit zum einen die Richtlinie 2014/24/EU vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG⁹ sowie zum anderen die Richtlinie 2014/23/EU vom selben Tag¹⁰.

Die ebenfalls am 28. März 2014 veröffentlichte Sektorenrichtlinie (RL 2014/25/EU) betreffend die Bereiche Gas und Wärme, Elektrizität, Wasser, Verkehrsleistungen, Häfen und Flughäfen sowie Postdienste ist hier nicht einschlägig und kann deshalb außer Betracht bleiben.

⁶ Vgl. dazu BVerwG, Urteil vom 30. September 1993, NJW 1994, 3027; OVG Münster, Beschl. vom 27. September 2004, Az. 12 B 1390/04, NVwZ 2005, 834; VG Hamburg, Beschluss vom 5. August 2004, Az. 13 E 2873/04, SRa 2005, 29.

⁷ Vgl. dazu EuGH, Urteil vom 7. Dezember 2000, Rs C-324/98 [Telaustria und Telefonadress] Slg 2000 I-10745.

⁸ näher dazu unten, dd (3)

⁹ ABl. EU L 94/65 vom 28. März 2014 – Vergaberichtlinie

¹⁰ ABl. EU L 94/1 vom 28. März 2014 – Konzessionsrichtlinie

2.1.3.1 Regime für Soziale Dienstleistungen

Die Vergaberichtlinie enthält in Kapitel I nunmehr ausdrückliche Regelungen für Soziale und andere besondere Dienstleistungen („Regime für Soziale Dienstleistungen“).

Insoweit heißt es in Art. 74 der Vergaberichtlinie, dass Öffentliche Aufträge, die soziale und andere in Anhang XIV aufgeführte besondere Dienstleistungen betreffen, im Einklang mit den Bestimmungen dieses Kapitels vergeben werden, sofern ihr Wert dem in Art. 4 Buchstabe d angegebenen Schwellenwert entspricht oder diesen übersteigt.

Im Anhang XIV der Vergaberichtlinie wird sodann innerhalb der Dienstleistungen nach Art. 74 insbesondere unterschieden zwischen:

- Dienstleistungen des Gesundheits- und Sozialwesens und zugehörige Dienstleistungen (u.a. Überlassung von Haushaltshilfen, Pflegepersonal, medizinischem Personal, Bereitstellung von Arbeitskräften für private Haushalte)
- administrativen Dienstleistungen im Sozial-, Bildungs-, Gesundheits- und kulturellen Bereich (u.a. Dienstleistungen der öffentlichen Verwaltung, Verteidigung und Sozialversicherung, Allgemeine und berufliche Bildung)
- Dienstleistungen im Rahmen der gesetzlichen Sozialversicherung
- sonstigen gemeinschaftliche, soziale und persönliche Dienstleistungen, einschließlich Dienstleistungen von Gewerkschaften, von politischen Organisationen, von Jugendverbänden und von sonstigen Organisationen und Vereinen

In Bezug auf Dienstleistungen im Rahmen der gesetzlichen Sozialversicherung ist in einer Fußnote vermerkt, dass diese Leistungen der Vergaberichtlinie nicht unterliegen, wenn sie als nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse organisiert werden. Es stehe den Mitgliedstaaten frei, die Erbringung von Dienstleistungen im Rahmen der gesetzlichen sozialen Dienstleistungen oder anderen Dienstleistungen als Dienstleistungen von allgemeinem Interesse oder als nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu organisieren.

Daneben sind in Bezug auf die von der Vergaberichtlinie erfassten (sozialen) Dienstleistungen die in Art. 76 kodifizierten Grundsätze für die Vergabe von Aufträgen zu beachten:

Nach dessen Absatz 1 Satz 1 führen die Mitgliedstaaten einzelstaatliche Regeln für die Vergabe von unter dieses Kapitel fallenden Aufträgen ein, um sicherzustellen, dass die öffentlichen Auftraggeber die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmer einhalten. Nach Satz 2 ist es den Mitgliedstaaten überlassen, die anwendbaren Verfahrensregeln festzulegen, sofern derartige Regeln es den öffentlichen Auftraggebern ermöglichen, den Besonderheiten der jeweiligen Dienstleistungen Rechnung zu tragen.

Nach Absatz 2 Satz 1 gewährleisten die Mitgliedstaaten, dass die öffentlichen Auftraggeber der Notwendigkeit, Qualität, Kontinuität, Zugänglichkeit, Bezahlbarkeit, Verfügbarkeit und Vollständigkeit der Dienstleistungen sicherstellen, sowie den spezifischen Bedürfnissen verschiedener Nutzerkategorien, einschließlich benachteiligter und schutzbedürftiger Gruppen, der Einbeziehung und Ermächtigung der Nutzer und dem Aspekt der Innovation Rechnung tragen können. Gemäß Satz 2 können die Mitgliedstaaten auch vorsehen, dass die Auswahl der Dienstleister auf der Grundlage des Angebots mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis unter Berücksichtigung von Qualitäts- und Nachhaltigkeitskriterien für soziale Dienstleistungen getroffen wird.

2.1.3.2 Konzessionsrichtlinie vom 26. Februar 2014

Durch die Konzessionsrichtlinie vom 26. Februar 2014 wird die Konzessionsvergabe erstmals gemeinschaftsrechtlich geregelt.

Nach Art. 1 Abs. 1 und 2 enthält die Konzessionsrichtlinie Bestimmungen für die Verfahren von öffentlichen Auftraggebern und Auftraggebern zur Beschaffung im Wege von Konzessionen, deren geschätzter Wert mindestens dem in Art. 8 festgelegten Schwellenwert entspricht. Dabei gilt diese Richtlinie für die Vergabe von Bau- oder Dienstleistungskonzessionen an Wirtschaftsteilnehmer durch a) öffentliche Auftraggeber oder b) Auftraggeber, wenn die Bau- oder Dienstleistungen für die Ausübung einer der in Anhang II genannten Tätigkeiten bestimmt sind.

In Art. 2 Abs. 1 der Konzessionsrichtlinie wird Grundsatz der Verwaltungsautonomie der Behörden bekräftigt und in Art. 5 Nr. 2 Buchstabe b der Begriff der Dienstleistungskonzession definiert.

2.1.4 Umsetzung der EU-Richtlinien in nationales Recht

Dem deutschen Gesetzgeber ist aufgegeben, die am 28. März 2014 im Amtsblatt der Europäischen Union verkündete Vergaberichtlinie und die Konzessionsrichtlinie bis zum 18. April 2016 umzusetzen.

2.1.4.1 Anhaltspunkte für eine Prognose

Zwischenzeitlich gibt es verschiedene Anhaltspunkte, die eine Prognose des Ergebnisses des entsprechenden nationalen Umsetzungs- bzw. Gesetzgebungsverfahrens erlauben.

Zu nennen ist insoweit zunächst das sogenannte „Eckpunktepapier“ des Bundeskabinetts vom 7. Januar 2015¹¹. Darin werden allgemein gehaltene Leitlinien zur Umsetzung in deutsches Recht formuliert und unter anderem eine Umsetzung der EU Richtlinien „eins zu eins“ in nationales Vergaberecht angekündigt.

Weiter führt das Bundeskabinett im „Eckpunktepapier“ aus, es werde eine grundlegend neue Struktur des nationalen Vergaberechts geben. Dazu würden unter anderem die Vergabeverfahren für Liefer- und Dienstleistungen sowie für freiberufliche Leistungen in einer Vergabeverordnung (VgV) zusammengeführt. Ferner werde die Konzessionsrichtlinie durch eine eigenständige Rechtsverordnung über die Konzessionsvergabe umgesetzt.

Soweit die EU-Kommission, die als „Hüterin der Verträge“ für die Einhaltung des Europarechts verantwortlich ist, die Umsetzungsverfahren in den einzelnen Mitgliedstaaten begleitet – und dazu unter anderem auf ihrer offiziellen Webseite „Erläuterungen“ zu der Vergabe- sowie der Konzessionsrichtlinie veröffentlicht⁻¹², ergeben sich daraus im Hinblick auf die Einbeziehung des hier fraglichen sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses in das Vergaberecht keine eindeutigen Festlegungen.

Die Kommission verweist in diesen Veröffentlichungen insoweit nur auf die „schlanke“ Regelung für Gesundheit, Soziales und Kultur und die Elemente der neuen, vereinfachten Regelung in der Vergaberichtlinie (u.a. Ausschreibung bei öffentlicher

¹¹ <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/E/eckpunkte-zur-reform-des-vergaberechts,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf>

¹² http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/index_de.htm

Beschaffung erst ab einem Auftragswert von über 750 000 Euro). Insoweit gebe es außer der Pflicht zur Gleichbehandlung aller Bieter keine Verfahrensregeln. Weiter heißt es dort, die vereinfachte Regelung dürfte dazu beitragen, die Qualität und Kontinuität dieser Dienste sicherzustellen, aber auch deren Zugänglichkeit und Erschwinglichkeit u. a. für benachteiligte und sozial schwache Nutzergruppen gewährleisten.

Zwischenzeitlich hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) einen Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergModG, Stand: 30. April 2015) an verschiedene Verbände übersandt, mit dem die o.g. „Eckpunkte“ umgesetzt werden sollen. Dieser Entwurf, der noch nicht mit anderen Ressorts abgestimmt ist, enthält im Wesentlichen eine Neufassung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (im Folgenden: GWB-E, vgl. Art. 1 des VergModG). Die weiteren Einzelheiten des Vergabeverfahrens sollen nach dem „Eckpunktepapier“ der Bundesregierung in der Vergabeverordnung (VgV), der Sektorenverordnung (SektVO), der neuen Konzessionsvergabeverordnung und in der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) geregelt werden.

Für diese nationalen Vergabenormen, für die § 113 GWB-E eine entsprechende Verordnungsermächtigung enthält, liegen noch keine Entwürfe vor. Vor dem dargestellten Hintergrund soll eine erste Einschätzung erfolgen, in welche Richtung bzw. mit welchem Ergebnis die Umsetzung der EU-Richtlinien in nationales Recht wahrscheinlich ist. Bei dieser prognostischen Beurteilung wird zwischen der Vergaberichtlinie einerseits und der Konzessionsrichtlinie andererseits und den daraus ggf. folgenden vergaberechtlichen Auswirkungen auf das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis unterschieden.

2.1.4.2 Spielraum des nationalen Gesetzgebers

Für die Vergaberichtlinie wird es insoweit maßgeblich darauf angekommen, ob und in welchem Umfang der deutsche Gesetzgeber bei der Neufassung des nationalen Vergaberechts den (Gestaltungs-)Spielraum ausfüllen wird, der den Mitgliedstaaten sowohl in einzelnen Artikeln dieser Richtlinie als auch – den Regelungen vorangestellt und in Übereinstimmung damit - in einzelnen Erwägungsgründen eingeräumt ist.

Zu nennen sind insoweit zunächst Art. 1 Abs. 1 und 2 der Vergaberichtlinie, soweit darin deren Gegenstand und Anwendungsbereich näher bestimmt werden.

Dort heißt es, dass mit dieser Richtlinie Regeln für die Verfahren öffentlicher Auftraggeber bei der Vergabe öffentlicher Aufträge und der Durchführung von Wettbewerben festgelegt werden, deren geschätzter Wert nicht unter den in Artikel 4 genannten Schwellenwerten liegt. Sodann ist ausgeführt, dass Auftragsvergabe im Sinne dieser Richtlinie den im Wege eines öffentlichen Auftrags erfolgenden Erwerb von Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen durch einen oder mehrere öffentliche Auftraggeber von Wirtschaftsteilnehmern bezeichnet, die von diesen öffentlichen Auftraggebern ausgewählt werden, unabhängig davon, ob diese Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen für einen öffentlichen Zweck bestimmt sind oder nicht.

Mit „öffentlicher Beschaffung“ oder „öffentlichen Auftragsvergabe“ im Sinne der genannten Regelung ist damit der Vorgang bezeichnet, dass öffentliche Stellen (Gemeinden, Ministerien oder wie hier Träger von Sozialleistungen) bei Unternehmen, die sie dazu ausgewählt haben, Bauleistungen, Waren oder Dienstleistungen in vertraglich geregelter Weise erwerben¹³.

Die insoweit für eine „öffentliche Beschaffung“ oder „öffentliche Auftragsvergabe“ notwendige Auswahl eines Vertragspartners, von dem der Leistungsträger die Dienstleistung erwirbt, findet aber im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis typischerweise nicht statt. Hier ist es vielmehr der Leistungsempfänger, der sich aus einer Vielzahl von Leistungserbringern seinen Vertragspartner aussucht und dem er insoweit das für die Dienstleistung vereinbarte Entgelt schuldet.

Dagegen ist Gegenstand der Verträge zwischen Sozialleistungsträgern und Leistungserbringern („Leistungserbringungsverträge“) typischerweise gerade nicht die Beschaffung von Dienstleistungen gegen ein Entgelt als Gegenleistung, sondern (nur) die Klärung der Bedingungen für die Leistungsabwicklung im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis. Sie stellen deshalb auch keine zweiseitig verpflichtenden Verträge dar¹⁴.

Das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis könnte insoweit vielmehr als ein „Zulassungssystem“ im Sinne des Erwägungsgrundes 4 der Vergaberichtlinie

¹³ Vgl. dazu Erwägungsgrund 4 der Vergaberichtlinie; siehe auch EU-Kommission, Erläuterungen zur Vergaberichtlinie, a.a.O..

¹⁴ Vgl. Kraher, Sozialgesetzbuch I, 3. Aufl. 2014, SGB I, § 17, Rn. 47, m.w.N.

angesehen werden, in dem der „Kunde“ den „Wirtschaftsteilnehmer“ aussucht, der bestimmte Voraussetzungen erfüllt und der aufgrund eigener vertraglicher Grundlage gegenüber dem „Kunden“ die Dienstleistung erbringt.

Neben diesem Grund, der für eine europarechtskonforme vergaberechtliche „Freistellung“ des sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses spricht, sind für die Umsetzung der Vergaberichtlinie in deutsches Recht die in Art. 1 Abs. 4 und Abs. 5 normierten Vorbehalte zugunsten der Mitgliedstaaten von Bedeutung, die auch in weiteren Erwägungsgründen zu dieser Richtlinie näher beschrieben und betont werden.

In Art. 1 Abs. 4 Satz 1 der Vergaberichtlinie heißt es insoweit, diese Richtlinie berühre nicht das Recht der Mitgliedstaaten, im Einklang mit dem Unionsrecht festzulegen, welche Leistungen sie als von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erachten, wie diese Dienstleistungen unter Beachtung der Vorschriften über staatliche Beihilfen organisiert und finanziert werden sollten und welchen spezifischen Verpflichtungen sie unterliegen sollten.

In Übereinstimmung damit heißt es in Art. 1 Abs. 5 sodann, die Vergaberichtlinie berühre nicht die Art und Weise, in der die Mitgliedstaaten ihre Systeme der sozialen Sicherheit gestalten.

Zu diesen Bestimmungen der Vergaberichtlinie wird in den Erwägungsgründen 4 und insbesondere 114 unter anderem ausgeführt, es stehe den Mitgliedstaaten und Behörden auch künftig frei, personenbezogene Dienstleistungen selbst zu erbringen oder soziale Dienstleistungen in einer Weise zu organisieren, die nicht mit der Vergabe öffentlicher Aufträge verbunden ist.

Vor diesem Hintergrund geht der Deutsche Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V. (im Folgenden: Deutscher Verein) in seiner – vom Präsidium am 10. Dezember 2014 verabschiedeten - Stellungnahme zur Umsetzung der Vergaberichtlinien in Deutschland¹⁵ davon aus, dass der deutsche Gesetzgeber das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis wohl nicht einem nationalen Vergaberegime unterwerfen wird und dass hiervon nur Leistungen betroffen sind, die von Wirtschaftsteilnehmern außerhalb dieses Dreiecks erbracht werden¹⁶.

¹⁵ http://www.deutscher-verein.de/05-empfehlungen/empfehlungen_archiv/2014/DV-27-14

¹⁶ Vgl. Stellungnahme Seite 3, 4.

Allerdings ist davon auszugehen, dass von anderen Stellen Druck auf den deutschen Gesetzgeber ausgeübt werden wird, bei der Umsetzung der EU-Richtlinien die - aus deren Sicht nicht gerechtfertigte - vergaberechtliche Schonung des sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses zu beenden und die Leistungserbringungsverträge zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern dem nationalen Vergaberecht zu unterwerfen.

So regt etwa die Monopolkommission in ihrem Hauptgutachten XX (2012/2013), erstellt gemäß § 44 Abs. 1 Satz 1 GWB, vom 9. Juli 2014, Kapitel I, dort im Abschnitt „Wettbewerb in der deutschen Kinder- und Jugendhilfe“¹⁷ eine Umsetzung der EU-Richtlinien an, die das „jugendhilferechtliche Dreiecksverhältnis“ dem Vergaberecht unterstellt und die zu einer generellen Ausschreibeverpflichtung von Jugendhilfeleistungen führen würde¹⁸.

Dabei ist davon auszugehen, dass die Monopolkommission die Forderung einer vergaberechtlichen Einbeziehung bei die Umsetzung der Vergaberichtlinie in nationales Vergaberecht auf alle sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisse beziehen wird.

Der jetzt vorliegende erste Referentenentwurf zur Umsetzung der EU-Vergaberichtlinie durch ein Vergaberechtsmodernisierungsgesetz spricht allerdings eher dagegen, dass der deutsche Gesetzgeber das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis dem nationalen Vergaberecht unterwerfen wird. Zwar ist in § 130 Satz 1 GWB-E vorgesehen, dass dem öffentlichen Auftraggeber bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen u.a. über soziale Dienstleistungen im Sinne des Anhang XIV der Vergaberichtlinie insbesondere das offene Verfahren und das nichtoffene Verfahren nach ihrer Wahl zur Verfügung stehen. Diese (Vergabe-)Verfahren setzen aber voraus, dass über die jeweiligen sozialen Dienstleistungen ein „öffentlicher Auftrag“ im Sinne von § 103 Abs. 1 GWB-E erteilt werden soll. Nach dieser Norm sind öffentliche Aufträge aber entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern über die Beschaffung von Leistungen, die u.a. die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben.

Damit entspricht die Definition des Begriffs des öffentlichen Auftrags in § 103 Absatz 1 GWB-E inhaltlich dem noch geltenden § 99 Absatz 1 GWB (so ausdrücklich auch Begründung des Entwurfs, vgl. Seite 87). Zu dieser Norm ist aber bereits oben

¹⁷ <http://www.monopolkommission.de/index.php/de/gutachten/hauptgutachten/hauptgutachten-xx>

¹⁸ Vgl. Gutachten Seite 143 Rn 306 ff.: dort die Forderung nach Schaffung eines neuen „Sozialvergaberechts“.

dargelegt, dass die für eine „öffentliche Beschaffung“ oder einen „öffentlichen Auftrag“ notwendige Auswahl eines Vertragspartners, von dem der Leistungsträger die Dienstleistung entgeltlich erwirbt, im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis typischerweise nicht stattfindet.

2.1.4.3 Einbeziehung sozialrechtlicher Dreiecksverhältnisse

Es ist auch nicht zu erwarten, dass der deutsche Gesetzgeber bei der Umsetzung der Konzessionsrichtlinie das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis in das Regime eines nationalen (Konzessions-)Vergaberechts einbeziehen wird.

Insoweit ist zunächst davon auszugehen, dass sich der deutsche Gesetzgeber der Definition in Art. 5 Nr. 1 Buchstabe b der Richtlinie anschließen wird. Dort wird der Begriff „Konzession“ - in Abgrenzung zu dem Begriff „öffentlicher Auftrag“ - geklärt. Die vorher fehlende eindeutige gemeinschaftsrechtliche Bestimmung dieser Begriffe hatte zu Rechtsunsicherheit und zu zahlreichen Urteilen des Gerichtshofs der Europäischen Union geführt¹⁹.

Nunmehr bezeichnet nach Art. 5 Nr. 1 Buchstabe b der Konzessionsrichtlinie der Begriff „Dienstleistungskonzession“ einen entgeltlichen, schriftlich geschlossenen Vertrag, mit dem ein oder mehrere öffentliche Auftraggeber oder Auftraggeber einen oder mehrere Wirtschaftsteilnehmer mit der Erbringung und der Verwaltung von Dienstleistungen betrauen, die nicht in der Erbringung von Bauleistungen nach Buchstabe a bestehen, wobei die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der vertragsgegenständlichen Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung besteht.

Der jetzt vorliegende erste Referentenentwurf zur Umsetzung der EU-Richtlinien durch ein Vergaberechtsmodernisierungsgesetz hat diese EU-Definition der Konzession in § 105 GWB-E übernommen.

Soweit der deutsche Gesetzgeber dem Referentenentwurf in diesem Punkte folgen sollte, dürfte nach der insoweit vorgesehenen nationalen Definition eine Konzessionsvergabe im Rahmen eines sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses - und damit die Notwendigkeit eines Vergabeverfahrens - ausscheiden.

¹⁹ Vgl. etwa Urteil des EuGH vom 11. Juni 2009, Rs C 300/07 [Oymanns], Slg. 2009 I-04779; Urteil 10. März 2011, Rs. C-274/09 [Stadler], Slg. 2011 I-01335.

Zwar wird in dem hier einschlägigen Zusammenhang der Sicherstellung von Sozialleistungen mit dem Abschluss eines bestimmten Leistungserbringungsvertrags - etwa nach §§ 75 ff, SGB XII oder bezogen auf Rehabilitationsleistungen nach § 21 Abs. 1 SGB IX - dem Vertragspartner des Sozialleistungsträgers ein ggf. mit einer Art Konzession vergleichbares, grundsätzliches Recht zur Leistungserbringung gegenüber Leistungsberechtigten gewährt. Diese „Konzession“ ist sodann im Wettbewerb mit anderen Leistungserbringern zu verwerten.

Dieser Gemeinsamkeit mit der eigentlichen Dienstleistungskonzession stehen aber wesentliche Unterschiede entgegen, die sozialrechtliche Leistungserbringungsverträge regelmäßig aus der Begriffsbestimmung nach Art. 5 Nr. 1 Buchstabe b (und jetzt § 105 GWB-E) und damit aus dem Anwendungsbereich der Konzessionsrichtlinie ausschließen dürften. So wird etwa den Leistungserbringern das Entgelt nicht vom Leistungsberechtigten, sondern vom Sozialleistungsträger ausgezahlt. Auch zahlen die Leistungserbringer den öffentlichen Stellen kein Entgelt dafür, dass sie die Befugnis für ihre Leistungserbringung erhalten. Insoweit heißt es in der Begründung des Referentenentwurf u.a. ausdrücklich, durch die Definition einer Konzession in Artikel 5 Nummer 1 der Konzessionsrichtlinie, der § 105 GWB-E folge, sei auch klargestellt, dass es sich bei Bau- und Dienstleistungskonzessionen jeweils um entgeltliche Verträge handele (Seite 89). Leistungserbringungsverträge im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis sind aber gerade keine entgeltlichen Verträge.

Auch der EuGH hatte insoweit schon zu den bisherigen EU-Richtlinien bei Leistungserbringungsverträgen im deutschen Sozialrecht keine Vergabe von Dienstleistungskonzessionen angenommen²⁰.

Ferner wird auch in der Literatur in diesen Fällen eine Dienstleistungskonzession ganz überwiegend verneint²¹.

Auch die Kommission der Europäischen Union versteht in ihren Erläuterungen zur Konzessionsvergabe-RL²² eine Konzession als eine Art Partnerschaft zwischen dem

²⁰ Vgl. Urteil des EuGH vom 11. Juni 2009; Rs C 300/07 [Lieferung von orthopädischen Schuhen – Oymanns] Slg. 2009 I-04779; Urteil 10. März 2011, Rs. C-274/09 [Privater Rettungsdienst und Krankentransport – Stadler] Slg. 2011 I-01335, dort jeweils in Abgrenzung zu Rahmenverträgen.

²¹ Vgl. etwa Krahrmer, Sozialgesetzbuch I, 3. Aufl. 2014, SGB I, § 17 Rn. 49; Bieback, in: Gagel, SGB II/SGB III, Stand Erg. Lief. 2014, § 45 SGB III, Rn. 276, jeweils m.w.N; a.A. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2. September 2004, Verg 44/08; ebenso wohl Monopolkommission, a.a.O., Rn. 302: Bejahung einer vergaberechtliche Bindung von Leistungserbringungsverträgen als Dienstleistungskonzession zumindest dann, wenn an dem betreffenden Vertrag ein grenzüberschreitendes Interesse besteht.

öffentlichen Sektor und einem (in der Regel) privaten Unternehmen, die sich in bestimmten Bereichen wie etwa der Infrastrukturentwicklung bewährt hat. Als Beispiele werden insoweit genannt: Straßen- und Schienenverkehr, Hafen- und Flughafendienste, Instandhaltung und Verwaltung von Autobahnen, Abfallentsorgung, Energie- und Wärmeversorgung, Freizeiteinrichtungen und Parkhäuser.

Der Sektor der Erbringung sozialer Dienstleistungen wird dagegen von der Kommission im Zusammenhang mit einer Konzessionsvergabe an keiner Stelle erwähnt.

Auch der Deutsche Verein kommt in seiner Stellungnahme zur Umsetzung der EU Richtlinien in Deutschland²³ zu dem Ergebnis, dass für die Konzessionsrichtlinie im Bereich der sozialen Dienste in Deutschland derzeit kein Anwendungsfall ersichtlich ist²⁴.

Vor dem dargestellten Hintergrund ist daher – auch bei Berücksichtigung der im Referentenentwurf vorgeschlagenen Regelungen - nicht damit zu rechnen, dass Leistungserbringungsverträge, die im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis Leistungsträger mit einzelnen Leistungserbringern schließen, aus Sicht des nationalen Gesetzgebers der Konzessionsrichtlinie unterfallen. Damit dürfte auch ausgeschlossen sein, dass diese Richtlinie in einer Weise in nationales Recht umgesetzt wird, die für Leistungen im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis ein (Konzessions-)Vergabeverfahren erfordern.

2.1.5 Vorwirkung der neuen EU-Vergaberichtlinie

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union sind die Mitgliedstaaten vor Ablauf der Umsetzungsfrist zwar nicht verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen zur Umsetzung zu ergreifen; aus dem Vertrag und aus der (jeweiligen) Richtlinie selbst ergebe sich aber, dass die Mitgliedsstaaten während dieser Frist den Erlass von Vorschriften unterlassen müssen, die geeignet sind, das in der Richtlinie vorgeschriebene Ziel ernstlich in Frage zu stellen²⁵.

²² a.a.O.

²³ a.a.O.

²⁴ dort Seite 6

²⁵ EuGH, Urteil vom 18. Dezember 1997, Rs. C-129–96 [Inter-Environnement Wallonie], NJW 1998, 2809

Nach dem oben erwähnten Eckpunktepapier des Bundeskabinetts²⁶ und dem darin mitgeteilten Zeitplan für die Umsetzung bzw. Gesetzgebungsverfahren sowie dem ersten Referentenentwurf vom 30. April 2015 ist vor Ablauf der Umsetzungsfrist²⁷ nicht mit dem Erlass einschlägiger vergaberechtlicher Normen zu rechnen.

Ferner ist eine Vorwirkung der neuen EU-Vergaberichtlinie dergestalt, dass sich ein „übergangener“ Mitbewerber für die Erbringung der hier fraglichen Sozialleistungen darauf berufen könnte, nicht ersichtlich.

2.1.6 Fazit/Ausblick

Derzeit bedürfen innerhalb eines sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses geschlossene Leistungserbringungsverträge keiner Ausschreibung.

Dagegen ist eine sichere Prognose, ob das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis insoweit auch nach der Umsetzung der EU Richtlinien „vergabefrei“ bleiben wird, angesichts des noch laufenden Umsetzungsverfahrens nicht möglich.

Allerdings sprechen die im Referentenentwurf vorgesehenen Definitionen (§§ 103 Abs. 1, 105 GWB-E) sowie die darauf beruhenden Regelungen betreffend die Vergabe von Aufträgen und Konzessionen über soziale Dienstleistungen (§§ 130, 153 GWB-E) eher dafür, dass die hier fraglichen Vertragsbeziehungen zwischen Leistungsträger und Leistungserbringern davon nicht erfasst werden bzw. kein Vergabeverfahren erfordern.

Es ist daher aus den dargestellten Gründen zu erwarten, dass der deutsche Gesetzgeber den ihm in den EU-Richtlinie ausdrücklich eingeräumten Gestaltungsspielraum bei der Neufassung des nationalen Vergaberechts in einer Weise nutzen wird, die es ohne Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht zulässt, Leistungen innerhalb des sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses weiterhin nicht dem nationalen Vergaberecht zu unterwerfen.

Der deutsche Gesetzgeber wird dabei berücksichtigen können, dass innerhalb dieses sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses über Jahrzehnte die gesetzlich normierten grundlegenden Prinzipien des Wunsch- und Wahlrechts der Leistungsempfänger, der Planungs- und Gewährleistungsverantwortung der Leistungsträger sowie deren

²⁶ a.a.O.

²⁷ 18. April 2016

Verpflichtung zur Sicherung der Qualität personenbezogener Sozialdienstleitungen zu einem sinnvollen Ausgleich gebracht werden konnten, ohne dass insoweit die das Vergaberecht prägenden Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung sowie der Wirtschaftlichkeit unbeachtet geblieben sind.

2.2 Perspektiven für ein Bundesteilhabegesetz²⁸

Die Koalitionsparteien CDU, CSU und SPD haben sich im Koalitionsvertrag für die 18. Legislaturperiode darauf verständigt, die Leistungen an Menschen, die aufgrund einer wesentlichen Behinderung nur eingeschränkte Möglichkeiten haben, aus dem bisherigen „Fürsorgesystem“ herauszuführen und die Eingliederungshilfe zu einem modernen Teilhaberecht weiterzuentwickeln. Die Leistungen sollen sich am persönlichen Bedarf orientieren und entsprechend eines bundeseinheitlichen Verfahrens personenbezogen ermittelt werden. Leistungen sollen nicht länger institutionszentriert, sondern personenzentriert bereitgestellt werden. Dabei soll die Einführung eines Bundesteilhabegeldes geprüft werden. Die Neuorganisation der Ausgestaltung der Teilhabe zugunsten der Menschen mit Behinderungen wird so geregelt, dass keine neue Ausgabendynamik entsteht. Diesen Auftrag beabsichtigt die Bundesregierung mit einem Bundesteilhabegesetz für Menschen mit Behinderungen umzusetzen. Mit Erlass des Bundesteilhabegesetzes in dieser Legislaturperiode wird der Bund zu einer Entlastung der Kommunen bei der Eingliederungshilfe in Höhe von 5 Mrd. Euro pro Jahr beitragen.

Die Erarbeitung des Bundesteilhabegesetzes erfolgt nach dem im Koalitionsvertrag niedergeschriebenen Grundsatz „Nichts über uns – ohne uns“. Menschen mit Behinderung und ihre Verbände wurden wie auch die weiteren betroffenen Akteure von Anfang an und kontinuierlich am Gesetzgebungsprozess beteiligt. Zu diesem Zweck hat die Bundesministerin für Arbeit und Soziales eine „Arbeitsgruppe Bundesteilhabegesetz“ konstituiert. In insgesamt neun Sitzungen hat die Arbeitsgruppe bis April 2015 mögliche Reformthemen und -ziele eines Bundesteilhabegesetzes besprochen und mögliche Kompromisslinien zu den verschiedenen Themen der anstehenden Reform abgewogen.

²⁸ Quelle für das Folgende: Bundesministerium für Arbeit und Soziales; www.gemeinsam-einfach-machen.de

2.2.1 Ziele des Bundesteilhabegesetzes

Mit dem Bundesteilhabegesetz soll entsprechend der Vorgaben des Koalitionsvertrages die Lebenssituation von Menschen mit Behinderungen verbessert und damit das deutsche Recht im Licht der UN-Behindertenrechtskonvention weiterentwickelt werden. Konkretisierend sollen mit dem Bundesteilhabegesetz folgende Ziele erreicht werden:

Dem neuen gesellschaftlichen Verständnis nach einer inklusiven Gesellschaft im Lichte der UN-Behindertenrechtskonvention wird Rechnung getragen.

Selbstbestimmung und individuelle Lebensplanung sollen dem gewandelten Rollenverständnis von Menschen mit Behinderung entsprechend vollumfänglich unterstützt werden.

Die Eingliederungshilfe soll zu einem modernen Teilhaberecht entwickelt werden, in dessen Mittelpunkt der Mensch mit seinen behinderungsspezifischen Bedarfen steht.

Die vorgelagerten Systeme und die mit der Eingliederungshilfe verbundenen Systeme sowie ihre Zusammenarbeit sollen verbessert werden.

Die Koordinierung der Rehabilitationsträger soll verbessert werden. Dazu wird eine Weiterentwicklung des SGB IX angestrebt. Die Leistungen sollen für den Bürger wie aus einer Hand erbracht werden.

Hierzu soll die Eingliederungshilfe als bedarfsdeckendes Leistungssystem strukturell in eine „Eingliederungshilfe neu“ (Arbeitstitel) weiterentwickelt werden.

Wesentliche Punkte, die die Arbeitsgruppe identifiziert hat, sind in Bezug auf die Ziele:

- Weiterentwicklung des Behinderungsbegriffs,
- „Herauslösen“ der Eingliederungshilfe aus dem „Fürsorgesystem“; die Sozialhilfe soll nicht länger „Ausfallbürge“ sein,
- Überprüfung der gegenwärtigen Einkommens- und Vermögensanrechnung; vermutlich aber keine volle Entlastung vom Einkommenseinsatz; aber: Einkommen und Vermögen des Partners bleibt wohl unberücksichtigt,
- Personenzentrierte Gestaltung der Leistungen, unabhängig von Wohnort und –form; d. h. das Sondersystem „Lebensunterhalt in Einrichtungen“²⁹ wird beseitigt,

²⁹ Vgl. §27b SGB XII.

- Konzentration der Eingliederungshilfe auf die Fachleistung, Ermöglichung einer zielgenauen Leistungserbringung durch ein partizipatives, bundeseinheitliches Verfahren; Beseitigung der zahlreichen Bedarfsfeststellungsverfahren
- Prüfung der Möglichkeiten unabhängiger Beratung,
- Wirksamkeitskontrolle auf Einzelfall- und Vertragsebene
- Verbesserung der Steuerung der Leistungen der Eingliederungshilfe, um die Leistungen im Rahmen der begrenzten Ressourcen effektiv und effizient zu erbringen und zur Verbesserung der Situation behinderter Menschen beizutragen.

2.2.2 Entlastung der Kommunen

Mit dem Bundesteilhabegesetz soll die Entlastung der Kommunen dem Koalitionsvertrag entsprechend umgesetzt werden. Die Einzelheiten sind noch offen. Die Neuorganisation der Ausgestaltung der Teilhabe zugunsten der Menschen mit Behinderung soll so geregelt, dass daraus keine neue Ausgabendynamik entsteht.

2.2.3 Umsetzung des Reformvorhabens

In die Neugestaltung des Teilhaberechts sollen alle Bücher des Sozialgesetzbuchs einbezogen werden. Das neue Teilhaberecht könnte als besonderer Teil in das SGB IX integriert werden. Die Bücher aller anderer Reha-Träger (vgl. § 6 SGB IX) müssen angepasst werden.

Die Schnittstellen zur Kultusverwaltung (Problem: inklusive Beschulung) sind noch ungeklärt. Die sog. „Große Lösung“ (§ 35a SGB VIII) ist noch streitig in der Gestaltung.

Das Problem der häuslichen Krankenpflege harrt der Klärung.

Es werden weiterhin erhebliche Risiken im Hinblick auf die Realisierung gesehen:

- Schwierige Kostenabschätzung
- Gefahr von Strukturbrüchen
- Hohe Komplexität des Vorhabens
- Hohe Erwartungen der Akteure, die nicht erfüllt werden können
- Schnittstellen werden beseitigt, aber neue entstehen.

2.2.4 Zeitplan des BMAS:

Juni 2105	Abschlussbericht
Ende 2015	Referenten-Entwurf
Anfang 2016	Regierungs-Entwurf
Mitte 2016	Verabschiedung; der Bundesrat muss zustimmen
Inkrafttreten	etwa 2 Jahre später wegen der unzähligen Anpassung der Verträge

3. Strategien für den Umgang mit tarifrechtlichen Bindungen

Ein wettbewerbliches System ohne ausreichende rechtliche und politische Machtmittel der Sozialunternehmen und der Beschäftigten kann zu niedrigeren Kosten, aber auch zu ökonomisch bedingten Leistungseinschränkungen und damit zu Wettbewerben auf niedrigem Qualitätsniveau führen. Seit der Abkoppelung vieler Entgeltregelungen vom BAT/TVÖD sind relativ niedrige Entgeltniveaus eher bei privatgewerblichen und teilweise bei nichtkirchlichen Wohlfahrtsverbänden, im Einzelfall aber auch bei kirchlichen Trägern zu finden. Die maßgeblichen katholischen Arbeitsvertragsrichtlinien (AVR) orientieren sich deutlich am TVÖD, die maßgeblichen diakonischen Tarifregelungen liegen zumindest weit über den durchschnittlich tatsächlich in der Branche gezahlten Entgelten. Wo sich Entgelthöhen auf einem überdurchschnittlichen Niveau bewegen, stellen Outsourcing und Leiharbeit sowie der Wettbewerbsdruck durch billigere Konkurrenten einen hauptsächlichen Problembereich dar. Der Wettbewerb wird im Wege der Entgeltverhandlungen oder der Zuwendungsentscheidungen durch staatliche bzw. öffentliche Kostenträger operationalisiert und als Argument gegen Einrichtungen mit besseren Arbeitsbedingungen und damit höheren Kosten genutzt. Der politische Anspruch, soziale Arbeit müsse gute Arbeit sein³⁰, ist bisher nicht mit ausreichenden tarifrechtlichen und sozialrechtlichen Sicherungen unterlegt. Ein wesentliches

³⁰ Schreiner, Das kirchliche Arbeitsrecht in der politischen Bewertung, Vortrag an der katholischen Universität Eichstätt am 5.3.2012

Element für eine Stärkung der Branche und eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen der dort Beschäftigten könnte in einem einheitlicheren Tarifsysteem liegen, in welchem sich der weltliche und der kirchliche Bereich unter Respektierung ihrer Rechtspositionen und Besonderheiten stärker verzahnen. Auch dort, wo maßgebliche Tarife oder Entgeltregelungen existieren, gibt es zum Teil Mängel in der verbandlichen Einheitlichkeit bei der Tariftreue und deren Durchsetzbarkeit. Ein Hauptgrund für das Nichtvorhandensein eines repräsentativen Tarifvertrages ist neben der wettbewerblichen Abkoppelung vom TVöD die Unternehmensstruktur und der geringe gewerkschaftliche Organisationsgrad im Sozial- und Gesundheitswesen. Die Problemlage beim Outsourcing wird teilweise durch den weltlichen Tarifbereich mit verursacht, indem die niedrigen Branchen-Tarifvertragsentgelte der ausgelagerten oder beauftragten Unternehmen und die Abwesenheit von Mindestlöhnen das Problem verschärfen. Die Wettbewerbsordnung im Zeichen der Entgeltverträge, der begrenzten Fördermittel und der Fallpauschalen für Krankenhäuser hat in Verbindung mit gedeckelten Finanzierungsquellen zu einem politisch erwünschten finanziellen Druck auf die Einrichtungen des Sozial- und Gesundheitswesens geführt. Dieser Druck wirkt sich mitunter in unangemessenen Arbeitsentgelten, ungenügenden Personalschlüsseln, einem fachlichen Nachwuchsproblem, Quersubventionierungen bei großen Trägern, finanziellen Schwierigkeiten von Einrichtungen, die wieder in Outsourcing und Zeitarbeit flüchten, um die Arbeit oder unternehmerische Spielräume, teilweise allerdings auch unangemessene Ertragslagen aufrecht zu erhalten. Eine für Fachkräfte und die Entgelthöhe positive Gegenbewegung ist aufgrund des Fachkräftemangels zu beobachten. Dort ist momentan eher ein Gehaltswettbewerb nach oben zu erkennen, dessen Ausmaß durch die Kostendeckelung begrenzt ist. Da die Kostenträger diese Bewegung nicht im vollen Umfang anerkennen, dürfte eine höhere Bezahlung von Fachkräften einen weiteren Outsourcingdruck, Arbeitsverdichtungstendenzen und einen Druck auf die Gehälter von Hilfskräften erzeugen. Umgekehrt werden vermehrte Maßnahmen im Niedriglohnbereich den Kostendruck auf die übrigen Gehaltsgruppen verstärken, wenn nicht mehr Ressourcen zur Verfügung gestellt werden. Die skizzierte Entwicklung des finanziellen Drucks auf die Einrichtungen und Beschäftigten des Sozial- und Gesundheitswesens wurde verschärft durch die teilweise erfolgte Abkoppelung der vielfältigen Tarife der Wohlfahrtsverbände vom TVöD. Diese Entkoppelung war eine logische Folge des neuen Wettbewerbssystems, in dem nun auch Anbieter auftraten, welche eine

Bindung an den BAT/TVÖD nicht kannten. Historisch betrachtet hat der Dritte Weg über viele Jahre in einer engen Bindung an weltliche Flächentarifverträge bestanden.

3.1 Absicherung über sozial- und vergaberechtliche Regelungen

Der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung und die wettbewerbssteuernde Funktion des TVG und der Sozialgesetzbücher gebieten es, die Finanzierung des Gesundheits- und Sozialwesens und die Instrumente des Mindestlohns und der Allgemeinverbindlichkeit zu koordinieren. Außerdem müssen sowohl Tarifverträge nach TVG wie auch kirchliche Arbeitsrechtsregelungen einbezogen werden. Das Bundessozialgericht hat ortsübliche und tarifgebundene Personalkosten als stets wirtschaftlich bezeichnet³¹.

Dabei hielt es am Wettbewerbskonzept³² fest, beendete aber die reine Marktpreistheorie³³. Die Bedeutung des BSG-Urteils weist über den Bereich des SGB XI hinaus, da es ausdrücklich auf den Krankenhausbereich und das SGB XII in Bezug nimmt. Ein im öffentlichen Interesse staatlich angeordneter Mindestlohn und eine Allgemeinverbindlichkeit müssen in die Wirtschaftlichkeitsdefinition des SGB einbezogen werden. Eine SGB-Umsetzung muss sowohl den Bereich der Zuwendungsfinanzierung wie den Bereich der Entgeltverträge betreffen. Dabei sind sowohl die Leistungen der Sozialversicherung wie die Leistungen der nicht beitragsfinanzierten Bereiche zu berücksichtigen. Im SGB sollte daher in allen Bereichen, in denen Dienstleistungen für Leistungsberechtigte anstatt durch öffentliche Stellen durch private juristische Personen erbracht werden, eine Regelung mit folgendem Inhalt gelten:

³¹ BSG-Urteil v. 29.01.2009, B 3 P7/08 R, NZW 2010,35: „Die Einhaltung der Tarifbindung und die Zahlung ortsüblicher Gehälter sind dabei immer als wirtschaftlich angemessen zu werten.“

³² Die mit den Urteilen vom 14.12.2000 (BSGE 87, 199 = SozR 3-3300 § 85 Nr 1) begründete Rechtsprechung führt der erkennende Senat nur noch teilweise fort. Allerdings hält er daran fest, dass ausschließlich auf Gestehungskosten gestützte Vergütungsansprüche im geltenden Recht keine Grundlage finden. Jedoch gibt er die Auffassung auf, dass sich die Vergütung im Allgemeinen ausschließlich nach Marktpreisen bestimmt, und die kalkulatorischen Gestehungskosten regelmäßig außer Betracht bleiben.

³³ Im Ausgangspunkt hält der Senat daran fest, dass die Pflegevergütung auf einem marktorientierten Versorgungskonzept beruhen muss, und Ansprüche nach einem reinen Selbstkostendeckungsprinzip nicht bestehen.

Bei staatliche Zuwendungen, Leistungsentgelten und sonstigen Finanzierungsformen auf Grundlage des Sozialgesetzbuches und des Krankenhausfinanzierungsgesetzes sind

1. Tarifliche Löhne aufgrund von Tarifverträgen i.S. des TVG,
2. Mindestlöhne nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz,
3. für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge nach dem TVG oder
4. rechtmäßige Arbeitsrechtsregelungen der Religionsgemeinschaften auf der Grundlage von Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV

stets als wirtschaftlich anzusehen.

Solche Regelungen könnten entweder im SGB I oder auch in § 74 und in den §§ 78a ff SGB VIII, § 21 SGB IX und in den §§ 75 ff XII vorgesehen werden. Eine gesetzliche Verankerung dürfte notwendig sein, da nicht feststeht, dass alle mit den angesprochenen Leistungsfeldern des SGB befassten Senate des BSG die (zum Teil auch divergierenden) gesetzlichen Regelungen einheitlich beurteilen.

Eine Regelung des vorgeschlagenen Inhalts im SGB I hätte den Vorteil, dass zweifelsfrei feststehen würde, dass die Regelung bei allen Finanzierungsformen unterschiedslos zweifelsfrei zur Anwendung käme. Bei Regelungen des vorgeschlagenen Inhalts in den einzelnen Leistungsgesetzen jeweils im Bereich der Regelungen zu den Leistungs- und Entgelt- bzw. Vergütungsvereinbarungen müsste ggf. eine Klarstellung erfolgen, die auch für vergabeförmige Finanzierungsformen oder auch für Zuwendungsfinanzierungen eine entsprechende Anwendung zweifelsfrei sicherstellt.

Im Bereich der Pflegeversicherungsleistungen ist durch die Regelung des § 84 Abs. 2 S. 5 SGB XI der die Entscheidung des BSG tragende Rechtsgedanke in das positive Recht aufgenommen worden. Die Regelung lautet: „Die Bezahlung tarifvertraglich vereinbarter Vergütungen sowie entsprechender Vergütungen nach kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen kann dabei nicht als unwirtschaftlich abgelehnt werden.“

Für das Kinder- und Jugendhilferecht müsste für die in diesem Gutachten betrachteten Leistungsbereiche eine entsprechende Regelung in § 78c Abs. 2 SGB VIII als neuer Satz 3 aufgenommen werden. Für das Eingliederungshilferecht wäre § 76 Abs. 2 SGB XII ein neuer Satz 3 ein angemessener Regelungsort.

Im Rehabilitationsrecht könnte eine entsprechende Regelung in § 21 Abs. 1 SGB IX als neuer Satz 2 integriert werden. Sofern bereits die erforderlichen Rechtsänderungen im SGB I bzw. im SGB VIII und im SGB XII vorgenommen worden wären, könnte die Ergänzung im SGB IX für entbehrlich gehalten werden, da die Regelungen zum Vertragsrecht im SGB IX nur eine die anderen Vorschriften des Leistungserbringungsrecht ergänzende Funktion haben³⁴. Gleichwohl ist es angeraten, die notwendige Klarstellung auch im SGB IX vorzunehmen: Sie würde deutlich machen, dass der Gesetzgeber auch gerade im Bereich der Rehabilitationsleistungen gute Arbeit gut bezahlt sehen will und einen Wettbewerb zulasten der Entgelte der Beschäftigten ausgeschlossen sein soll.

Gegen solche Regelungen könnte vorgetragen werden, dass sie einen regulatorischen Eingriff in den Markt der Sozialleistungserbringung darstellen. Diesem Einwand könnte nicht widersprochen werden. Es ist jedoch zugleich festzustellen, dass Sozialleistungen insgesamt im Rahmen eines regulierten Marktes erbracht werden und dass es eher überraschend ist, dass die in diesem Bereich besonders bedeutsamen Personalkosten von regulatorischen Untergrenzen ausgenommen bleiben sollen.

3.2 Absicherung fachlicher Linien

Die Anerkennung der o.g. Tarifgrundlagen durch die Kostenträger kann als Ausweichbewegung eine Reduzierung der zugrunde gelegten Personalstellen durch die Kostenträger nach sich ziehen. Die Personalschlüssel, Besetzungen bei Urlaub und Krankheit etc. sind neben den Entgelthöhen wesentliche Faktoren für die Qualität der Arbeitsbedingungen und der Leistungen für den Bürger. Es wird daher empfohlen, kompensatorische Stellenreduzierungen durch Anpassungen im SGB zu vermeiden. In Betracht kommen verbindliche Instrumente unabhängiger und wissenschaftlich fundierter Personalbemessung oder vom Verordnungsgeber zu verantwortende Mindestpersonalschlüssel. Die Personalbemessung und die Mindestpersonalschlüssel müssen für die Bemessung von Zuwendungen und Entgelten rechtlich verbindlich sein. Sie orientieren sich sinnvoller Weise an den Zielen

³⁴ Vgl. dazu Welti in Lachwitz/Schellhorn/Welti (Hrsg.), Handkommentar zum Sozialgesetzbuch IX, München, 2. Aufl. 2006, § 21 Rn. 9

der jeweiligen Sozialgesetze und an den Wertentscheidungen des Grundgesetzes. Die relevanten Akteure sind angemessen zu beteiligen.

Der Wunsch, fachliche Standards auch durch gesetzliche Regelungen zur Mindestpersonalausstattung abzusichern, wird in der Sozialen Arbeit immer wieder formuliert. Er ist jedoch bisher praktisch kaum realisierbar gewesen. Eine insoweit bemerkenswerte Ausnahme stellt § 55 Abs. 2 SGB VIII dar, der als grundlegende Bedingung für die persönlich geführte Amtsvormundschaft/-pflegschaft im Jugendamt eine maximale Fallzahl von 50 Vormundschaften/Pflegschaften pro Vollzeitstelle vorsieht³⁵. Eine Begrenzung der Fallzahlen für Amtspfleger und Amtsvormünder war fachlich seit langem und vielfach gefordert worden. Hintergrund für die nun gesetzlich vorgesehene Fallzahlbegrenzung waren im Wesentlichen Diskussionen um den Bremer Todesfall „Kevin“³⁶ und die Debatten um eine Verbesserung des Kinderschutzes³⁷. Dieses lässt erkennen, dass dieser Weg zur Absicherung fachlicher Linien nur ausnahmsweise und verbunden mit substantiellen Eingriffen in die Autonomie der Sozialen Arbeit begehbar ist.

3.3 Vorschläge für politische Schritte

Die vorgeschlagenen Gesetzesänderungen liegen inhaltlich an einer Schnittstelle zwischen Sozial- und Arbeitsrecht. Sie berühren zudem schwierige Diskussionsprozesse um das kirchliche Arbeitsrecht³⁸. Eine politische Strategie, die die vorgeschlagenen Gesetzesänderungen befördern will, wird deshalb nicht allein bei Sozialpolitikerinnen und Sozialpolitikern ansetzen können. Wenigstens von gleichrangiger Bedeutung dürfte eine Einbeziehung von Politikerinnen und Politikern sein, die im Bereich des Arbeitsrechts engagiert sind. Gleichmaßen bedeutsam wird es sein, verschiedene im Bereich der Kirchenpolitik Aktive für das Projekt zu gewinnen.

Die Mühe dürfte sich aber lohnen, würden doch im Erfolgsfall mehr als zwei Drittel der Kosten der Einrichtungsträger aus dem Preiswettbewerb herausgenommen.

³⁵ Vgl. dazu und zur Bedeutung dieser Obergrenze dijuF, https://www.dijuf.de/tl_files/downloads/2011/DIJuF-Hinweise_zur_Umsetzung_des_VormG_vom_14.10.2011.pdf, dort insb. S. 6.

³⁶ Vgl. zur öffentlichen Wahrnehmung dieses Todesfalles: Hellwig, <http://www.zeit.de/2006/43/Bremen>.

³⁷ Vgl. dazu auch AGJ, Stellungnahme vom Februar 2010, <https://www.agj.de/fileadmin/files/positionen/2010/Vormundschaftsrecht.pdf>.

³⁸ Vgl. dazu etwa Griese, http://www.fes-forumberlin.de/pdf_2013/130422_griese.pdf und Frerk, <http://hpd.de/node/15759/seite/0/1>.

4. Zusammenfassung

Ab Mitte der 1990er Jahre wurde im Sozial- und Gesundheitswesen das Kostendeckungsprinzip von einem Wettbewerbsgedanken abgelöst. Dessen Etablierung in der Sozialwirtschaft führte zu einem Diskurs über Kostensenkungen. Gleichzeitig ging die allgemeine Tarifbindung auch im Bereich der Sozialwirtschaft zurück. Die Frage nach dem preisgünstigsten Anbieter einer Leistung gewann Bedeutung, das Tarifrecht des öffentlichen Dienstes verlor seine Leitfunktion.

Dieses führte in der Summe zu vielfältigen Fehlentwicklungen, insbesondere weil ein an dem Wunsch- und Wahlrecht der Hilfeempfänger orientierter Qualitätswettbewerb nicht entwickelt wurde.

Erforderlich ist es nun, unter Beachtung der wettbewerblichen Elemente in dem regulierten Markt der Sozialleistungserbringung die marktordnenden Regelungselemente so zu gestalten, dass das Ziel der Sicherung von sozialer Gerechtigkeit und sozialer Sicherheit auch durch die sozialwirtschaftlich geordnete Leistungserbringung (wieder) ungehindert erreicht werden kann.

In der Sozialen Arbeit sollten deshalb Personalkosten dem Preiswettbewerb entzogen werden.

Zu diesem Zweck sollte im SGB daher in allen Bereichen, in denen Dienstleistungen für Leistungsberechtigte anstatt durch öffentliche Stellen durch private juristische Personen erbracht werden, für die Personalkosten eine Regelung mit folgendem Inhalt gelten:

Bei staatlichen Zuwendungen, Leistungsentgelten und sonstigen Finanzierungsformen auf Grundlage des Sozialgesetzbuches und des Krankenhausfinanzierungsgesetzes sind

1. Tarifliche Löhne aufgrund von Tarifverträgen i.S. des TVG,
2. Mindestlöhne nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz,
3. für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge nach dem TVG oder
4. rechtmäßige Arbeitsrechtsregelungen der Religionsgemeinschaften auf der Grundlage von Art. 140 i.V.m. mit Art. 137 Abs. 3 WRV

stets als wirtschaftlich anzusehen.

Solche Regelungen könnte entweder im SGB I auch in § 74 und in den §§ 78a ff SGB VIII, § 21 SGB IX und in den §§ 75 ff SGB XII vorgesehen werden. Eine gesetzliche Verankerung dürfte notwendig sein, da nicht feststeht, dass alle mit den angesprochenen Leistungsfeldern des SGB befassten Senate des BSG die (zum Teil auch divergierenden) gesetzlichen Regelungen einheitlich beurteilen.

Hamburg, den 31. Juli 2015

i.V.

Rechtsanwalt Peter Wiemann