

Vorläufiger Endbericht

Zum Projekt

„Zur Praxis der Vergabe von Dienstleistungen im Rahmen der österreichischen Sozialwirtschaft.

Kriterienkatalog für ein good practice-Modell der Strukturierung von Vergabeverfahren. Anhaltspunkte für eine inhaltlich-sachliche Bestimmung der einzugehenden Vertragsverhältnisse.“

a.o.Univ.Prof. DDr. Nikolaus Dimmel

**Endbericht erstellt im Auftrag der EQUAL-Entwicklungspartnerschaft
,Der Dritte Sektor in Wien‘**

Salzburg, Dezember 2004



Gefördert aus Mitteln des Europäischen Sozialfonds
und aus Mitteln des Bundesministeriums für Wirtschaft
und Arbeit



1. ZUR AUSGESTALTUNG DER GESCHÄFTSBEZIEHUNGEN ZWISCHEN FINANCIERS UND SOCIAL-PROFIT-ORGANISATIONEN	7
1.1. VORBEMERKUNGEN UND EINFÜHRUNG	7
1.2. AUSTAUSCHBEZIEHUNGEN ZWISCHEN ÖFFENTLICHER HAND UND FREIEN TRÄGERN	11
1.2.1. <i>Wohlfahrtsdreieck</i>	11
1.2.2. <i>Rechtsbeziehungen im Wohlfahrtsdreieck</i>	13
1.2.3. <i>Zum Status der sozialen Dienste</i>	19
1.2.4. <i>Pionierphase und Ausdifferenzierung</i>	20
1.2.5. <i>„Verkehrte Politisierung“ sozialer Dienste</i>	21
1.2.6. <i>Professionalisierung und Versäulung</i>	23
1.2.7. <i>Stagnation</i>	24
1.2.8. <i>Defizite der Konsolidierung</i>	24
1.2.9. <i>Perspektiven der Vermarktlichung</i>	25
1.3. VERTRAGSRECHTLICHE RAHMENBEDINGUNGEN	26
1.3.1. <i>Vorbemerkung</i>	26
1.3.2. <i>Freie Wohlfahrtsträger als Vertragspartner</i>	29
1.3.3. <i>Institutionenwahl und Institutionengarantie</i>	30
1.3.4. <i>Privatwirtschaftsverwaltung und Wohlfahrt</i>	32
1.3.5. <i>Zur Natur des (konsensual)vertraglichen Schuldverhältnisses</i>	34
1.3.6. <i>Kündigung von Verträgen</i>	37
1.3.7. <i>Formlosigkeit von Leistungsverträgen sozialer Dienste</i>	39
1.3.8. <i>Vertragsrecht und Gleichheitssatz</i>	39
1.3.9. <i>Leistungsvertrag und Preisfestsetzung</i>	40
1.3.10. <i>Zusammenfassung</i>	43
1.4. WOHLFAHRTSRECHTLICHE RAHMENBEDINGUNGEN (ARBEITSMARKTFÖRDERUNG)	44
1.4.1. <i>Sozialhilfe: soziale Dienste und Einrichtungen</i>	46
1.4.1.1. <i>Arten sozialer Dienste in der Sozialhilfe</i>	46
1.4.1.1.1. <i>Ambulante Dienste</i>	47
1.4.1.1.2. <i>Mobile Dienste</i>	47
1.4.1.1.3. <i>Teilstationäre Dienste</i>	48
1.4.1.1.4. <i>Stationäre Dienste</i>	48
1.4.1.2. <i>Grundsätze sozialer Dienste</i>	48
1.4.1.2.1. <i>Vorrangregelung</i>	49
1.4.1.2.2. <i>Anerkennung und Bewilligung</i>	49
1.4.1.2.3. <i>Beziehungen der Länder zu privaten Leistungserbringern</i>	50
1.4.1.2.4. <i>Kein Rechtsanspruch</i>	51
1.4.1.2.5. <i>Eigenleistung</i>	51
1.4.1.2.6. <i>Qualitätsstandards</i>	52
1.4.1.3. <i>Stationäre Einrichtungen der Sozialhilfe</i>	52
1.4.1.3.1. <i>Errichtungsbewilligung</i>	53

1.4.1.3.2. Betriebsbewilligung	54
1.4.1.4. Fachaufsicht	55
1.4.1.4.1. Mindestanforderungen an stationäre Einrichtungen.....	56
1.4.1.5. Koordination sozialer Dienste	56
1.4.1.6. Finanzierung sozialer Dienste.....	57
1.4.1.6.1. Obergrenzenverordnung	58
1.4.2. Behindertenhilfe: soziale Dienste und Einrichtungen	59
1.4.2.1. Vorhalteverpflichtung und Vorrangregelung	59
1.4.2.2. Arten sozialer Dienste der Eingliederungshilfe	60
1.4.2.2.1. Allgemeines zu den Arten der Eingliederungshilfe	60
1.4.2.2.2. Hilfen zur Erziehung und Schulbildung	61
1.4.2.2.3. Hilfe zur sozialen Eingliederung	61
1.4.2.2.4. Hilfe durch persönliche Hilfe und Beratung	62
1.4.2.3. Grundsätze sozialer Dienste der Eingliederungshilfe	62
1.4.2.3.1. Anerkennung.....	62
1.4.2.3.2. Privatrechtlicher Vertrag	63
1.4.2.3.3. Mindestanforderungen	64
1.4.2.4. Leistungs- und Entgeltverordnungen	64
1.4.2.5. Stationäre Einrichtungen der Eingliederungshilfe	65
1.4.2.5.1. Betriebsbewilligung (Anerkennung).....	66
1.4.2.5.2. Widerruf der Bewilligung.....	66
1.4.2.6. Fachaufsicht	66
1.4.2.6.1. Gegenstand der Fachaufsicht.....	66
1.4.2.6.2. Widerruf der Anerkennung	67
1.4.2.7. Besondere soziale Dienste der Behindertenhilfe	67
1.4.3. Jugendwohlfahrt: soziale Dienste und Einrichtungen.....	68
1.4.3.1. Allgemeines	68
1.4.3.1.1. Erbringungspflicht.....	68
1.4.3.1.2. Heranziehung freier Träger	69
1.4.3.1.3. Gesteuerter Wettbewerb	69
1.4.3.1.4. Vertragsgestaltung	70
1.4.3.2. Vorhalteverpflichtung und Trägerschaft.....	71
1.4.3.3. Arten sozialer Dienste in der Jugendwohlfahrt	74
1.4.3.4. Grundsätze sozialer Dienste in der Jugendwohlfahrt	75
1.4.3.4.1. Anerkennung/Eignungsfeststellung	75
1.4.3.4.2. Leistungsvertrag	77
1.4.3.4.3. Kooperationsgebot	77
1.4.3.4.4. Professionalitätsgebot	78
1.4.3.4.5. Verschwiegenheitspflicht.....	79
1.4.3.4.6. Widerruf der Eignung	79
1.4.3.5. Leistungsentgelt	80
1.4.3.6. Fachaufsicht	80
1.4.3.6.1. Fachaufsicht im Bundesgrundsatzgesetz	80
1.4.3.6.2. Fachaufsicht in den Landesausführungsgesetzen	81
1.4.3.7. Besondere Bestimmungen für stationäre Einrichtungen	82

1.4.3.7.1. Errichtungsbewilligung	82
1.4.3.7.2. Jugenderholungsheime und Ferienlager.....	87
1.4.3.8. Tagsatzregelungen bei stationärer Unterbringung.....	87
1.4.3.8.1. Heimverordnungen.....	87
1.4.3.8.2. Tagsatzregelungen.....	87
1.4.4. Soziale Dienste und Einrichtungen im Arbeitsmarktförderungsrecht.....	88
1.4.4.1 Allgemeines	88
1.4.4.2. Dienstleistungen.....	89
1.4.4.3. Beihilfen.....	90
1.4.4.4. Richtlinien.....	90
1.4.5. Finanzierungsformen sozialer Dienste.....	93
1.4.5.1. Subventionen.....	93
1.4.5.2. Leistungsverträge	95
1.4.5.2.1. Allgemeines.....	95
1.4.5.2.2. Rahmenbedingungen.....	98
1.4.5.2.3. Normkosten	100
1.4.5.3. Mischfinanzierungen.....	101
1.4.5.4. Kurze Anmerkung zur „österreichischen Finanzierungslandschaft“	103
1.4.5.5. Folgen des Übergangs von Subventionen zu Leistungsverträgen	104
1.5. VERGABERECHTLICHE RAHMENBEDINGUNGEN	106
1.5.1. Vergaberecht als Grundlage öffentlicher Auftragsvergabe an sozialwirtschaftliche Unternehmen.....	108
1.5.2. Das gemeinschaftliche Vergaberecht.....	109
1.5.2.1. Primärrecht	109
1.5.2.2. Sekundärrecht.....	111
1.5.3. Allgemeines zum Österreichischen Vergaberecht.....	112
1.5.3.1. Anwendungsbereich	113
1.5.3.2. Zuständigkeitsverteilung	113
1.5.4. Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes.....	113
1.5.4.1. Sachlicher Anwendungsbereich	113
1.5.4.2. Institutioneller Anwendungsbereich.....	114
1.5.4.3. Ausnahmen von der Anwendung des BVergG.....	115
1.5.5. Schwellenwerte im Bundesvergabegesetz.....	115
1.5.5.1. Ober- und unter-schwellige Verfahren	115
1.5.5.2. Zur Vergabe „oberschwelliger“ sozialer Dienstleistungen.....	116
1.5.6. Oberschwelliger Bereich: Grundsätze des Vergabeverfahrens.....	118
1.5.6.1. Informationsübermittlung im Verfahren.....	119
1.5.6.2. Vergabe von oberschweligen Dienstleistungsaufträgen ohne Bekanntmachung.....	120
1.5.6.3. Allgemeine Teilnahmevoraussetzung im oberschweligen Vergabeverfahren.....	121
1.5.6.4. Teilnahme am offenen Verfahren.....	122
1.5.6.5. Teilnahme am nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung.....	122
1.5.6.6. Teilnahme am nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung	125
1.5.6.7. Teilnahme am Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung.....	125
1.5.6.8. Teilnahme am Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung	126
1.5.6.9. Bekanntgabe von Vergabeentscheidungen	126

1.5.6.10. Zuschlag.....	127
1.5.6.11. Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung.....	127
1.5.6.12. Wirksamkeit der Zuschlagserteilung.....	128
1.5.7. Unterschwelliger Bereich: Grundsätze des Vergabeverfahrens.....	128
1.5.7.1. Allgemeines.....	129
1.5.7.2. Allgemeiner Ablauf des Vergabeverfahrens zur Ausschreibung „unterschwelliger“ Dienstleistungen.....	130
1.5.7.3. Besondere Bestimmungen im „unterschwelligen“ Verfahren.....	130
1.5.7.4. Bekanntmachungen.....	131
1.5.8. Resümee.....	132
2. ZUR PRAXIS DES VERGABERECHTS IN ÖSTERREICH AM BEISPIEL DER SOZIALWIRTSCHAFT.....	134
2.1. ZIEL DER FRAGEBOGENUNTERSUCHUNG.....	134
2.2. RÜCKLAUF DER FRAGEBÖGEN.....	136
2.2.1. AMS.....	136
2.2.2. Bundesländer.....	138
2.2.3. Statutarstädte.....	140
2.2.4. Zusammenfassung.....	141
3. GOOD PRACTICE IM VERGABE- UND LEISTUNGSVERTRAGSRECHT.....	142
3.1. METHODISCHE ANMERKUNG.....	143
3.2. ANHALTSPUNKTE FÜR GOOD PRACTICE IM VERGABERECHT.....	143
3.2.1. Oberschwellige Leistungen.....	143
3.2.2. Unterschwellige Verfahren.....	147
3.3. GOOD PRACTICE IM LEISTUNGSVERTRAGSRECHT.....	149
3.3.1. Sicherstellung der Dienste.....	149
3.3.1.1. Allgemeines.....	149
3.3.1.2. Länder.....	150
3.3.1.3. Statutarstädte.....	151
3.3.1.4. AMS.....	153
3.3.2. Normkosten.....	153
3.3.3. Qualitätsstandards.....	157
3.3.4. Rechtsformenwahl.....	159
3.3.5. Pflichten der Leistungserbringer.....	159
3.3.6. Pflichten der Auftraggeber.....	160
3.3.7. Preisfestsetzungsverfahren.....	162
3.3.8. Von der Objekt- zur Subjektförderung - Gebietsschutz.....	162
3.3.9. Eingeschränkter Wettbewerb und Marktregulierung.....	164
4. SCHLUSSBEMERKUNG.....	165
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.....	167

VERZEICHNIS DER VERWENDETEN LITERATUR.....	168
ANHANG	175
1. <i>Fragebogen AMS</i>	175
2. <i>Fragebogen Bundesländer</i>	180
3. <i>Fragebogen Städte</i>	186

1. Zur Ausgestaltung der Geschäftsbeziehungen zwischen Financiers und Social-Profit-Organisationen

1.1. Vorbemerkungen und Einführung

Eine Studie über „good practice“ des österreichischen Vergaberechts sowie der (einzugehenden) Vertragsbeziehungen im Bereich sozialer Dienste greift notwendigerweise über den unmittelbaren Bereich des Vergaberechts hinaus. Dies deshalb, weil das Vergaberecht bloß allgemeine Ausschreibungs- und Vergabebedingungen, insbesondere im Hinblick auf die zu wählenden Verfahren beinhaltet. Größere Bedeutung für das Ausschreibungs- und Vertrags(abwicklungs)geschehen haben hingegen das materielle Wohlfahrtsrecht der Länder und die einschlägigen Bestimmungen zur Aufgabenwahrnehmung durch das AMS sowie das allgemeine Privatrecht einschließlich des Rechts der Privatwirtschaftsverwaltung der öffentlichen Hand. Insbesondere das materielle Wohlfahrtsrecht der sozialen Dienste, welches sich auf die Kernmaterien der Wohlfahrt, e.g. Sozialhilfe, Behindertenhilfe und Jugendwohlfahrt bezieht, regelt die sachlich – qualitativen Kalküle der Ausschreibung, also etwa inhaltliche Standards von Diensten und Einrichtungen. In geringerem Ausmaß ist dies beim Arbeitsmarktservicegesetz (AMSG) sowie dem Arbeitsmarktförderungsgesetz (AMFG) der Fall. Daneben finden sich auch im Recht der Privatwirtschaftsverwaltung Maximen, welche die Art und Weise der Ausschreibung determinieren. Privatrechtliche Grundsätze schließlich legen fest, wie bestehende, vor allem mündliche Verträge zu interpretieren und gegebenenfalls aufzulösen sind.

Die Sach- und Rechtslage ist wie allgemein bekannt komplex und wird uneinheitlich gehandhabt. Die überwiegende Mehrheit der Bundesländer und Statutarstädte schreibt ihre Leistungen, abhängig von der jeweiligen Rechtslage und dem Aufgabenbereich (Sozialhilfe, Behindertenhilfe, Jugendwohlfahrt) den durchgeführten Interviews zufolge überhaupt nicht aus. Die Gründe für die ‚Nichtausschreibung‘, also die mangelnde oder fehlende Rechtsanwendung, sind vielgestaltig:

➤ Einige Akteure beziehen den Standpunkt, dass soziale Dienste im Kontext der Daseinsvorsorge überhaupt nicht auszuschreiben sind, also nicht unter den Anwendungsbereich des BVergG fallen. Eine andere Variante des Ausschlusses der Anwendbarkeit des Vergaberechts besteht darin, aufgrund der Einzelfallspe-

zifik (etwa im Bereich der Jugendwohlfahrt) das Instrument der „Freihandvergabe“ zu wählen, worin wiederum das Vergabeverfahren nicht anwendbar ist;

➤ Andere beziehen sich auf den Standpunkt, dass so gut wie sämtliche zu erbringenden Leistungen bereits auf Grundlage langfristiger Verträge an Social-Profit-Organisationen bzw. freie Wohlfahrtsträger in Form von unbefristeten Rahmenverträgen „vergeben“ wurden und daher kein Raum für eine Ausschreibung unter Anwendung des Vergaberechts bestünde. In diesem Falle liegen gegebenenfalls mündlich zwischen Politikern und Eigentümern sozialwirtschaftlicher Einrichtungen abgeschlossene Rahmenvereinbarungen vor, welche eine Kooperation über einen längeren Zeitraum hinweg vorsehen. Vielfach wurde im Rahmen der dieser Studie zugrunde liegenden Interviews seitens der Bundesländer und Städte darauf hingewiesen, dass die Stabilität der „Landschaft“ sozialer Dienste bestehend aus einer beschränkten Anzahl von sozialwirtschaftlichen Anbietern nicht in Frage gestellt werden soll. Die Überschaubarkeit des Bereiches freier Träger gewährleiste insgesamt niedrige Overhead- und Planungskosten. Begründet wird diese Vorgehensweise nicht zuletzt auch damit, dass das Vergaberecht dezidiert nicht zur Beendigung bereits eingegangener vertraglicher Verhältnisse zwingt;

➤ Dritte haben in den letzten beiden Jahren (2003/4) als Reaktion auf das Inkrafttreten des BVergG ihre Vertrags- und Förderungspraktiken umgestellt und fördern nunmehr ausschließlich im Sinne einer Individual- oder Subjektförderung die hilfebedürftige Person. Die Verträge mit den Leistungserbringern beziehen sich in diesen Fällen nur mehr auf die Aufrechterhaltung bestimmter Standards. Es sind dies letztlich dann aber keine Leistungen mehr, welche die öffentliche Hand unmittelbar in Auftrag gibt. Auftraggeber wird hier die Leistungen empfangende Person, welche bezogen auf konkrete Leistungsbestandteile aus öffentlichen Mitteln direkt oder indirekt bezuschusst wird. In diesen Fällen prüft die öffentliche Hand nur, ob die Leistungen erbringende Organisation entweder bescheidförmig als zugelassene bzw. anerkannte Einrichtung am Dienstleistungsmarkt auftritt oder einen entsprechenden Vertrag mit dem öffentlichen Leistungsfinancier abgeschlossen hat. Dieser Vertrag wiederum ist kein Leistungsvertrag im eigentlichen Sinne, wonach zwischen Financier (Land/Gemeinde) und Erbringer ein Leistungsaustauschverhältnis stattfindet, sondern ein Vertrag über die Standards, welche die Preisgestaltung und Qualitätsmerkmale jener Verträge regeln, die zwischen den Leistungserbringern und ihren KlientInnen/NutzerInnen zustande kommen;

➤ Vierte wiederum verweigern die Auskunft über Vergabepraktiken mit dem Bemerkens, die „Sache sei zu heikel“, um öffentlich Stellung zu beziehen. Diese Position hat sich im Zuge der vorliegenden Untersuchung unter anderem auch darin niedergeschlagen, dass ein erheblicher Teil der Interviewpartner nicht namentlich genannt werden wollte.

In diesem Zusammenhang mag es ein bezeichnendes Licht auf das Selbstverständnis des politisch-administrativen Systems im Bereich der Wohlfahrt/sozialen Dienste werfen, dass im Sommer 2004 ein Beschluss der Landessozialreferentenkonferenz gefasst wurde, demnach, nachdem die Länder Kenntnis vom gegenständlichen Projekt erhalten hatten, Dritten keinerlei schriftliche Auskunft in Angelegenheiten der Praxis des Vergaberechts erteilt werden sollte. Deshalb blieb nicht nur der Rücklauf der in der ersten Phase ausgesendeten Fragebogen-Umfrage vergleichsweise bescheiden; es konnte auch nur ein vergleichsweise kleiner Teil der ursprünglich geplanten Interviews abgewickelt werden. Zugleich konnten jene, die abgeführt wurden, wie erwähnt nur unter der Auflage strikter Anonymität verwertet werden.

Diese „Arkanpolitik“ der Bundesländer bzw. der Landesverwaltungen erschwert repräsentative Aussagen über das Funktionieren des Vergabesystems im Bereich sozialer Dienste erheblich. Zumal einige Bundesländer wie Salzburg (siehe die wegweisende Studie von *Böhm* 2004) das Vergaberecht vor allem zur Disziplinierung von in den Augen der Landesverwaltung „renitenten“ Dienstleistungsträgern benutzen. Das Vergaberecht dient hier einzelfallbezogen nicht der Rationalisierung, sondern der Irrationalisierung des sozialpolitischen Planungsprozesses. Das Vergaberecht kommt in diesen Fällen (nur) dann zur Anwendung, wenn die Landesverwaltung einen unbotmäßigen Träger „loswerden“ möchte.

Ganz anders verhält es sich mit der „Vergabepolitik“ des AMS. Das AMS hat als einziger Akteur im Feld der sozialen Dienste und Einrichtungen seine Förderpraxis gänzlich auf die Logik des BVergG umgestellt. Insofern müsste das AMS im Rahmen der vorliegenden Studie eigentlich gesondert dargestellt werden. Allerdings scheint auch die Vergabepolitik des AMS in mehrfacher Hinsicht fragwürdig: einige der Bestimmungen in den einschlägigen Richtlinien schränken nicht nur die operative Autonomie der freien Wohlfahrtsträger ein; sie zwingen gegebenenfalls den Anbieter zu einer Prekarisierung seiner Beschäftigungsverhältnisse, wie noch zu zeigen sein wird.

Aus oben erörterten Erwägungen folgt ein spezifischer Aufbau der vorliegenden Studie:

Im ersten Kapitel der vorliegenden Studie werden nach einer kurzen Darstellung der Entwicklungsdynamik des Wohlfahrtsdreiecks zwischen öffentlichen Financiers, Leistungserbringern und KlientInnen (1.2.) die einschlägigen vertragsrechtlichen (1.3.), wohlfahrtsrechtlichen (1.4.) und vergaberechtlichen (1.5.) Rahmenbedingungen erörtert, welche für die Strukturierung der Vertragsverhandlungs- und Austauschbeziehungen zwischen Financiers der freien Wohlfahrt (im Regelfall handelt es sich dabei um Länder und Gemeinden) einerseits sowie den freien Träger der Wohlfahrt als Leistungserbringern andererseits von Bedeutung sind. Der Einstieg in den juristischen Teilabschnitt erfolgt deshalb im Kontext des Privatrechts, weil so gut wie sämtliche Dienstleistungen bereits über längere Zeit hinweg auf Grundlage bestehender (mündlicher wie schriftlicher Verträge) erbracht werden. Das materielle Wohlfahrtsrecht (einschließlich des AMS-Rechts) beinhaltet die sachlichen Standards für die Vergabe von Dienstleistungen in mobilen, ambulanten und stationären Diensten und Einrichtungen. Erst im letzten Teil werden die vergaberechtlichen Bestimmungen selbst, welche vor allem unterschiedliche Verfahrensarten beinhalten, erörtert.

Im zweiten Kapitel werden die Ergebnisse des Versuchs eine Fragebogen-Umfrage zum Thema der Praxis des Vergaberechts in der österreichischen Sozialwirtschaft dargestellt. Dabei lassen sich wie angedeutet markante Unterschiede zwischen Länder, Städten und AMS herausarbeiten. Da die Mehrzahl der befragten Akteure nicht bereit war, die Fragebögen (unter Hinweis auf den erwähnten Beschluss der Landessozialreferentenkonferenz) zu beantworten, wurden ihre mündlich erteilten Auskünfte oftmals unter dem ausdrücklichen Vorbehalt, die Interviewpartner in der Studie nicht zu nennen, in die Fragebogenevaluierung eingearbeitet.

Das dritte und letzte Kapitel der Studie schließlich befasst sich mit der Frage der „good practices“. Auch hier wurden Interviews (unter selbigen Kautelen wie zu Kapitel 2 erörtert) geführt. Die erörterten „good practice“-Kriterien stellen einen allgemeinen Rahmen dar, welcher Standards und Aspekte beinhaltet, welche Vergabeverfahren und die darin verhandelten Verträge in jedem Falle beinhalten oder berücksichtigen sollten.

Untersuchungsobjekt der Studie sind die herkömmlichen sozialen Dienste, wie sie im Kontext der Sozialhilfe (Hauskrankenpflege, Hilfen zur Weiterführung des Haushaltes etc.), Behindertenhilfe (soziale Dienste der Eingliederungshilfe), Jugendwohlfahrt (mobile und ambulante Erziehungsberatung sowie volle Erziehung), Altenpflege (mobile Hilfsdienste) und (aktiven wie innovativen) Arbeitsmarktpolitik in Erscheinung treten. Zugleich damit sind die Aussagen der vorlie-

genden Studie strikt auf einen Kernbereich der Wohlfahrt von Ländern und Gemeinden einerseits und das AMS andererseits beschränkt. Allgemeine Aussagen lassen sich (abgesehen von den rechtlichen Erörterungen im Umfeld des BVergG) daraus nicht ableiten. Da sich das Feld der sozialen Dienste, worauf viele der Interviewpartner hingewiesen haben, im Umbruch befindet, mögen zudem die vorliegenden Aussagen zu einem erheblichen Teil wohl nur für die Phase 2003-2004 Aussagekraft haben.

Schließlich ist bereits hier anzumerken, dass das BMJ derzeit eine Novelle des BVergG vorbereitet und hierzu eine rechtsdogmatische Studie in Auftrag gegeben hat, welche dem Vernehmen nach die sozialen Dienste überhaupt aus dem Katalog auszuschreibender Dienstleistungen zu streichen vorsieht.

1.2. Austauschbeziehungen zwischen öffentlicher Hand und freien Trägern

Das Gros der sozialen Dienste hat zum Zeitpunkt der vorliegenden Studie bereits eine längere Entwicklungsgeschichte hinter sich. Gleichwohl die Sozialwirtschaft in Österreich noch immer vom NPO-Diskurs absorbiert wird, ohne die rechtlichen, institutionellen und performativen (Doppelmandat der Sozialarbeit, Co-Produktion sozialer Dienstleistungen, Leistungsaustausch im Wohlfahrtsdreieck, ungeschlossene Tauschverhältnisse) Spezifika dieser Wirtschaftsform angemessen zu würdigen, lässt sich trotzdem ein Profil des vertraglichen Austauschgeschehens in der österreichischen Sozialwirtschaft skizzieren.

1.2.1. Wohlfahrtsdreieck

Zuvor mag es hilfreich sein, sich die Kontinuität der Austauschbeziehungen zwischen öffentlichen Trägern und Financiers auf der einen Seite und privaten Dienstleistungserbringern auf der anderen Seite zu vergegenwärtigen. Die gegenwärtige Struktur des „Wohlfahrtsdreiecks“ bestehend aus öffentlichen Financiers, Leistungserbringern und LeistungsempfängerInnen (KlientInnen) entwickelt sich Mitte der 1970er Jahre. Die Erbringung wohlfahrtsstaatlicher Leistungen folgt seither einer besonderen Leistungslogik. Darin werden Geldleistungen (Notstandshilfe, Ausgleichszulage im Pensionsversicherungsrecht, Sozialhilfe, bedarfsbezogene Opferrenten usw.) im Regelfall von Behörden im Rahmen hoheitlicher Leistungsgewährung (Bescheidverfahren) erbracht. Soziale Dienstleistungen (Beratung, Betreuung, mobile Pflege) hingegen werden überwiegend von freien Wohlfahrtsträger erbracht. Sachleistungen wiederum (Heilbehelfe, Medika-

tion, Rollstühle, Heimunterbringung) werden sowohl hoheitlich als auch im Rahmen privatwirtschaftlich gewährter (finanzierter) Dienste und Einrichtungen erbracht.

Die gegenständlichen sozialen Dienstleistungen werden beinahe ausschließlich durch SPO's im „dritten Sektor“ erbracht, wobei die Sozialwirtschaft bekanntlich nur einen Teil dieses Sektors stellt. Die öffentliche Leistungserbringung stellt demgegenüber im Gefüge der Sozialwirtschaft faktisch einen Ausnahmefall dar. Grundlage der Erbringung und Finanzierung von derartigen Leistungen sind im Regelfall Leistungsverträge, kombiniert mit Subventionen, wobei die meisten SPO's Mischfinanzierungen aufweisen. Derartige Mischfinanzierungen ergänzen die Eigenmittel der SPO's aus Spenden, Mitgliedsbeiträgen, Eigenerträgen der sozialwirtschaftlichen Unternehmen und Leistungsbeiträgen der Begünstigten durch Mittel der Länder, Gemeinden, des Bundes (BSB), des AMS sowie der Sozialversicherungsträger.

Die Gründe und Faktoren für die dynamische Entwicklung des „dritten Sektors“ sind mehrschichtig und lassen sich auf Seiten der Financiers auf folgende Aspekte fokussieren:

- Auslagerung von Finanzierungs-, Fehlsteuerungs-, Betriebs-, sozialpädagogischen Prognose- und Konkursrisiken aus der Verwaltung;
- Nutzung zivilgesellschaftlicher Selbstorganisationsressourcen als Entlastung des Aufgabenvolumens der öffentlichen Hand;
- Durchsetzung sozialpädagogischer „Empowerment“-Ziele (Autonomie und Souveränität der Empfänger von Dienstleistungen);
- Entlastung der Personal- und Infrastruktur der öffentlichen Administration aufgrund der rapide steigenden Nachfrage nach wohlfahrtsstaatlichen Leistungen;
- kostengünstige Nutzung der Innovationskapazitäten freier Wohlfahrtsträger;
- Nutzung der Selbstausbeutungsbereitschaft der Bediensteten freier Wohlfahrtsträger.

Öffentliche Leistungsfinanciers, Leistungsempfänger und Leistungserbringer tauschen im Dreieck der wohlfahrtsstaatlichen Dienstleistungserbringung Leistungen und Gegenleistungen nicht nach Marktlogiken, sondern nach Prinzipien der politisch gesteuerten Bedarfsdeckung aus. Sie befinden sich in einem unschlüssigen Tauschverhältnis.

Die Unschlüssigkeit dieser Tauschbeziehung ergibt sich im Wesentlichen auf der einen Seite daraus, dass der Wert einer sozialen Dienstleistung nicht nach Marktkriterien, sondern letztlich nach politischen Kriterien, zugleich auch nach taktischen Kalkülen der politischen Eliten erfolgt. Der Wert sozialer Inklusion bzw. der Vermeidung sozialer Probleme kann also gar nicht über die Herausbildung von Marktpreisen (als Resultat des Verhältnisses von Angebot und Nachfrage) erfolgen. Dies wird von betriebs- oder volkswirtschaftlich orientierten AutorInnen oftmals übersehen. Eine soziotechnische „Planification“ im Sinne einer Verwissenschaftlichung der Sozialpolitik kann hier als realistisches Ziel nicht kategorial formuliert werden. Die Beschäftigungsbedingungen, Entgeltkalkulationen und einzuhaltenden Qualitätsstandards sozialwirtschaftlicher Unternehmungen sind auch ein Ergebnis (ressort)politischer Konflikte. Es wäre vermessen, seitens der Politik einen Nachvollzug sozialplanerischer Prozesse und Daten und damit eine umfassende Selbstbeschränkung der politischen Dezision zu erwarten. Ganz im Gegenteil muss nach wie vor ein erheblicher Teil der Sozialwirtschaft als „politisch vermachtet“ verstanden werden, wobei die politischen Parteien die sozialwirtschaftlichen Dienstleistungserbringer als Vorfeldorganisationen benutzen oder die Frage sozialer Dienste ideologisieren (etwa die Aids-Hilfe als speziellen Dienst für Homosexuelle darstellen). Die Stadt Linz etwa verfügt deshalb über ein strukturelles Überangebot an Eltern-Kind-Zentren, weil die großen im Gemeinderat vertretenen Parteien (SPÖ, ÖVP, FPÖ) in jeweils anderen Stadtteilen die Errichtung eines Eltern-Kind-Zentrums ohne entsprechende sozialplanerische Grundlagen veranlasst haben. Nach wie vor werden die planerischen Bemühungen der Verwaltung von irrationalen politischen Entscheidungen überlagert.

Diese strukturelle Verzerrung resultiert also einesteils daraus, dass die NutzerInnen/KlientInnen/KundInnen von Wohlfahrtsleistungen nicht zugleich deren alleinige Zahler sind. Auf der anderen Seite liefern die sozialen Dienstleistungserbringer nicht nur die Leistungen, welche Politik und Verwaltung des Wohlfahrtsstaates in Auftrag gegeben haben, sondern auch konkreten Legitimationsnutzen. Auch der Wert politischer Legitimation kann ebenso wenig wie der Wert sozialer Inklusion über Marktpreise bemessen werden. Beide Elemente zusammen genommen machen plausibel, warum die Tauschbeziehungen im Wohlfahrtsdreieck „unschlüssig“ sind; sie finden auf einem politisch regulierten Markt statt.

1.2.2. Rechtsbeziehungen im Wohlfahrtsdreieck

Die umrissene unschlüssige Tauschbeziehung besteht rechtstechnisch gesehen aus drei unterschiedlichen Rechts- und Leistungsbeziehungen. Die erste bezieht

sich auf das Verhältnis zwischen dem Begünstigten einer Leistung und dem Leistungsträger, die zweite bezieht sich auf das Verhältnis zwischen dem Leistungsträger, dem Financier und dem Erbringer der Leistung, und die dritte Beziehung findet zwischen dem Erbringer einer Leistung und dem Begünstigten statt. Im Folgenden werden diese Rechtsbeziehungen kurz skizziert:

➤ die erste Leistungsverbindung tritt idealtypisch als Beziehung zwischen Antragsteller und Behörde, Amt oder Leistungsträger statt. Dabei werden zwei unterschiedliche Rechtsebenen benutzt, nämlich einmal die hoheitliche, ein anderes Mal die privatwirtschaftsverwaltungsrechtliche.

Hoheitlich strukturierte Beziehungen sind etwa jene zwischen dem Antragsteller auf Arbeitslosengeldbezug im Verhältnis zum Geschäftsstelle/Leistungsabteilung des Arbeitsmarktservice, um die Beziehung zwischen dem Pensionswerber und dem PV-Träger oder um die Beziehung zwischen Sozialamt und Klient im Falle der Gewährung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes. Es handelt sich hierbei zumeist um einseitig hoheitlich strukturierte Beziehungen: d.h. ein potentiell Anspruchsberechtigter (egal ob aus Statut oder Gesetz) stellt den Antrag auf Leistung im Risikofall. Die Leistung wird in den meisten Fällen unter Anwendung der Regeln des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes erbracht (vgl. spezifische Verfahrensbestimmungen z.B. in der Behindertenhilfe/Team-Entscheidung).

Neben den hoheitlich strukturierten treten hier auch privatwirtschaftlich organisierte Leistungen: diese beinhalten im Wesentlichen all jene Leistungen, welche als Kannleistungen im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung gewährt werden. Hier findet kein hoheitliches Bescheidverfahren statt, sondern der/die KlientIn tritt als Privatrechtssubjekt der öffentlichen Hand gegenüber, welche nach eben diesen privatrechtlichen Erwägungen Leistungen gewährt. Hierbei wird kein Bescheid erlassen, sondern bloß eine „Mitteilung“ (oder ein Äquivalent hierzu) zugemittelt. Gegenstand dieser Kannleistungen sind etwa im Bereich der Sozialhilfe die Hilfe in besonderen Lebenslagen oder die Gewährung von sozialen Diensten. Bei der Gewährung sozialer Dienste wiederum treten zwei unterschiedliche Vertragsbeziehungen auf: einerseits finden sich Zuwendungsverträge zwischen Amt und KlientIn, in denen die öffentliche Hand die Kosten der Leistungserbringung eines freien Wohlfahrtsträgers bezuschusst; andererseits finden sich Verträge zugunsten Dritter, in denen öffentliche Financiers die Erbringung bestimmter Leistungen zugunsten bestimmter KlientInnen bei den sozialwirtschaftlichen Leistungserbringern in Auftrag geben. In einigen Fällen kann es sich hierbei um ein zweischichtiges Vertragsverhältnis handeln, in dem die öffentliche Hand auch mit

der LeistungsempfängerIn (oder deren obsorgeberechtigten Angehörigen) einen Vertrag über den anschließenden Kostenersatz oder eine Kostenteilung schließt;

➤ die zweite Leistungsverbindung tritt idealtypisch als Beziehung zwischen dem Träger und Financier einer Leistung, i.d.R. einer Gebietskörperschaft oder einem Selbstverwaltungskörper einerseits und einem privaten Leistungserbringer andererseits in Erscheinung. Es handelt sich zumeist um privatrechtliche Austauschbeziehungen, wobei Leistungen, zu deren Erbringung oder Gewährleistung die öffentliche Hand verpflichtet ist, unter Anwendung der Regeln des Zivilrechts zugekauft werden. Einige dieser Leistungsbeziehungen (vor allem im stationären Bereich, den Pflegediensten, der Behindertenhilfe und Jugendwohlfahrt) sind zwei- oder gar dreischichtig organisiert, setzen sich aus zivilrechtlichen und hoheitsverwaltungsrechtlichen Elementen zusammen. Dabei basiert das Vertragsverhältnis einer hoheitlichen, bescheidförmigen Anerkennung der Einrichtung (auch die Errichtungsbewilligung bzw. Betriebsbewilligung einer stationären Einrichtung fällt unter dieses hoheitliche Anerkennungsverfahren). Erst wenn die Anerkennung erfolgt ist bzw. die Errichtungsbewilligung oder Betriebsbewilligung erteilt wurde, kann die öffentliche Hand in diesen Fällen einen (zivilrechtlichen) Vertrag schließen. Die hoheitliche Anerkennung des Trägers als geeignet und (auf dem Markt) zugelassen ordnet damit inhaltlich die Möglichkeiten der zivilrechtlichen Leistungsvertragsgestaltung vor. Der private Leistungsanbieter bzw. dessen Einrichtung kann gar keine anderen Leistungen anbieten als jene, für welche er bescheidförmig anerkannt bzw. zugelassen ist. Würde die Einrichtung bzw. der Anbieter andere als jene Dienstleistungen, für die sie/er zugelassen ist, anbieten, würde der Anerkennungsbescheid im Rahmen der Fachaufsicht umgehend behoben werden können. Umgekehrt könnte eine Einrichtung, welche ihr Portfolio erweitern möchte, ihr Aufgabenprofil im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung de facto nicht den technischen Anforderungen des Vergabeverfahrens entsprechend (schnell) anpassen.

Die Praxis zeigt zudem, dass das Anforderungsraaster einer (etwa im Rahmen eines Landesproduktkataloges erfassten) Dienstleistung im Regelfall so zugeschnitten ist, dass es im Rahmen einer mittel- und langfristigen Planungsstrategie der öffentlichen Hand auf einen bestimmten Träger zugeschnitten ist oder einer vergleichsweise kleinen Gruppe von Trägern zugedacht werden kann. Gerade im Bereich der Länder und Gemeinden verfolgen die öffentlichen Träger entlang planerischer Kalküle längerfristige Strategien, um freie Wohlfahrtsträger sukzessive als strategische Partner etwa zur Entwicklung neuer Produkte/Dienstleistungen oder zur (Durch)Setzung von Standards „aufzubauen“. Die

zur Rede stehende zweite Leistungsverbindung ist also nicht bloß ein Ergebnis der vertragsförmigen Auslagerung öffentlicher Aufgaben im Sinne des „contracting out“, sondern eine spezifische Form von „public-private-partnership“, in welcher zwischen öffentlicher Hand und freien Trägern langjährige (die Geschäftsverbindungen zwischen dem Land Salzburg einerseits und den großen Trägern der Behindertenhilfe andererseits – Hilfswerk, Lebenshilfe, Arbeitstrainingszentrum Schloss Oberrain, Laube, Pro Mente Infirmis – wahren teilweise bereits mehrere Jahrzehnte) Beziehungen bestehen. Diese Beziehungen sind weithin informell gehalten, beruhen auf engen Verflechtungen zwischen (den Koalitionsparteien) ÖVP und SPÖ, Landessozialressort und AMS/BSB, Vertretern der Landesverwaltung und den Leitungsebenen der SPO's. Ihre Stabilität liegt gerade in der Entformalisierung von Konflikten und deren Verflechtung mit anderen politischen Agenden.

Nun ist dieses zweischichtige Verhältnis seit 2002 durch das Inkrafttreten des modernisierten Vergaberechts empfindlich gestört worden, da (zumindest formal) zwischen Anerkennungsbescheid und (Leistungs)Vertrag ein Vergabeverfahren treten muss, welches die etablierte Balance aus Anerkennung und Leistungsvertrag (oder auch: Rahmen- und Leistungsvertrag; siehe dazu weiter unten) erheblich beeinträchtigt. Praktisch bedeutet das nämlich im konkreten Fall: ein Bundesland fordert auf Grundlage einfachgesetzlicher Bestimmungen vom Leistungsträger und potentiellen Leistungserbringer eine Reihe von erheblichen Investitionen und Vorleistungen wie etwa den Nachweis von qualifiziertem Personal, ein ausgereiftes Konzept, Kapital, Liegenschaft und Gebäude uam., bevor überhaupt die Zulassung der Errichtung einer stationären Einrichtung denkmöglich ist. Gegebenenfalls kommt im Bescheidverfahren eine Reihe von Auflagen hinzu, ehe ein Bewilligungsbescheid erlassen werden kann. Der Bewilligungsbescheid beinhaltet im Regelfall die Genehmigung der Aufnahme des Betriebes. Mit diesem Bescheid war bzw. ist aber noch kein Anspruch auf Zuweisung von KlientInnen des öffentlichen Wohlfahrtsträgers und -financiers verbunden. Aus einer Anerkennung bzw. Bewilligung resultiert also noch kein Anspruch auf Abschluss eines Leistungsvertrages.

Freilich aber spiegeln sich die Vorausinvestitionen des freien Trägers zwecks Erfüllung einfachgesetzlicher Pflichten (Heimrecht, Heimverordnungen) in den darauf folgenden Leistungsentgeltgestaltungen. Es war und ist daher im genuinen Interesse der öffentlichen Trägern und Financiers gelegen, mit jenen Leistungsträgern, die bescheidförmig zugelassen sind, im Weiteren auch tatsächlich Leistungsverträge abzuschließen. Ansonsten würde sich das jeweilige Land

(bzw. die Kommune) gegenüber den freien Trägern gänzlich diskreditieren. Hinzu kommt noch, dass die Vertreter freier Träger oftmals direkt in den Landtagen (oder im Nationalrat) vertreten sind, sodass auch auf diesem Wege Druck auf das Ressort bzw. die Landesverwaltung zum Abschluss entsprechender Verträge ausgeübt wird.

Es wäre darüber hinaus auch ökonomisch gänzlich sinnlos, einem Träger gegenüber weitreichende Auflagen zur Vornahme von Investitionen zu geben, um ihn nachher wiederum mit der zur Rede stehenden Dienstleistungserbringung nicht zu betrauen. Dies deshalb, weil die Investitionen des freien Trägers im Regelfall ja auch (zumindest teilweise) aus öffentlichen Geldern alimentiert werden. Wie erwähnt spielen gewinnorientierte Wohlfahrtsträger im hier untersuchten Feld in Österreich bis dato keine Rolle. Schließlich tritt auch noch ein juristisches Argument hinzu: die erörterte Vorgehensweise würde nämlich überdies auch jegliches (zivilrechtliche ja auch geschützte) Vertrauens- und Sorgfaltspflichtenverhältnis zwischen der öffentlichen Hand und sozialwirtschaftlichen Unternehmen zerstören und zu virulenten juristischen Konflikten führen.

Die meisten Länder/Gemeinden kooperieren faktisch aus sozialplanerischen, sozialpolitischen aber auch soziotechnischen (Qualitätssicherung) Gründen langfristig mit einem 'Set' von spezialisierten Anbietern, wobei sich formelle und informelle Arrangements vermengen. Sie haben das vitale Interesse an der Erhaltung stabiler Austauschbeziehungen mit einer kleinen Gruppe spezialisierter, am Markt eingeführter, von den KlientInnen akzeptierter und in die sozialpolitischen Akteure „eingebetteter“ Einrichtungen bzw. Unternehmen. Sie haben dezidiert nicht das Interesse, kurzfristige Anbieterwechsel herbeizuführen oder zu ermöglichen. Sie sind nicht am Wettbewerb um seiner selbst Willen interessiert. Dies alleine schon deshalb, weil es sich hierbei ohnehin nur um einen Leistungswettbewerb handeln kann, der, was seine Entgelt- und Qualitätsstandards betrifft, gesetzlich, im Verordnungs- oder Erlasswege bereits final geregelt ist.

Am konkreten Beispiel sehen mehrere Bundesländer Qualitätsstandards etwa für Heime vor. Diese Qualitätsstandards besagen minutiös, wie die Ausstattung eines Heimplatzes einer bestimmten Kategorie auszusehen hat. Zugleich wird etwa im Wege von Obergrenzenverordnungen auf den Cent genau festgelegt, wie hoch das Entgelt für einen Heimplatz der jeweiligen Kategorie sein kann. Weder für Qualitäts- noch für Preiswettbewerb ist hier Platz. Ähnliches kann für die Jugendwohlfahrt, etwa am Beispiel der betreuten Wohngemeinschaften gesagt werden. Auch hier sind die Dienstleistungen (etwa im Rahmen einer Wohnformenverordnung zur Jugendwohlfahrt) minutiös geregelt. Jeder Anbieter muss

sich bei Anboterstellung diesen Vorgaben unterwerfen. Zugleich sind Overheadkosten, Personalkosten, Tagsatzkalkulationsbestandteile und andere Normkosten-Elemente verbindlich geregelt. Auch hier ist als kein Raum für Wettbewerb, der sinnvoll im Rahmen eines Vergabeverfahrens abgewickelt werden könnte.

Die meisten dieser Qualitätsstandards etablieren sich zudem erst nach jahrelangen Prozessen des Adjustierens von Leistungssettings in sequentiellen Schleifen. Dabei arbeiten öffentliche Financiers und freie Träger eng zusammen. Spezifische Dienstleistungen (von Vertretern einiger Bundesländer auch als „Produkte“ bezeichnet) sind Ergebnis von „trial and error“-Verfahren bzw. ergebnisoffenen Verhandlungen an runden Tischen und ähnlichen Einrichtungen. Dabei bedienen sich die öffentlichen Wohlfahrtsträger und Financiers der freien Träger gleichsam als Versuchsamulatorien und Fühler vor Ort, mithilfe derer die Nachfrage vor Ort objektiviert werden kann. Die freien Träger kooperieren hierbei im wechselseitigen Vertrauen auf die Stabilität der mittel- und längerfristigen Austauschbeziehungen.

Die öffentlichen Financiers haben im Ergebnis also aus fachlichen Erwägungen gar kein Interesse, das fragile Geflecht von Vorleistungen, Kompromissen und wechselseitigen Verpflichtungen zu destabilisieren. Eben dazu zwingt nun aber ‚strictu sensu‘ (das meint: dem Buchstaben des Gesetzes strikt folgend) das Vergaberecht. Gegebenenfalls könn(t)en nun Dritte Leistungszuschläge nach einem Vergabeverfahren potentiell anfechten, ohne dass auf jene langjährigen stabilen Kooperationsverhältnisse Bezug genommen werden müsste. Sie haben auf der Grundlage des Vergabeverfahrens (zumindest abstrakt) die Möglichkeit, durchzusetzen, dass die vergebende Stelle jene sozialplanerischen Kalküle, die im Vergabesystem Ausdruck des Bestbieterprinzips sind, durch das Billigstbieterprinzip verdrängt. Die Folgen eines derartigen Vorgehens können, wie das Beispiel von „European Homecare“ im österreichischen Asylwesen gezeigt hat, durchaus negativ sein.

Freilich zeigen zugleich die ersten spärlichen Erfahrungen mit der Anwendung des Vergaberechts, dass zumeist ein Anbieter aus dem Kreis der langjährig bekannten Kooperationspartner den Zuschlag erhält. Weder treten Anbieter von auswärts in relevantem Maße auf noch sind diese in der Lage, (im Regelfall: binnen kurzem) die geforderten Organisations- und Leistungsqualitätsmerkmale nachzuweisen.

Ingesamt aber fügte der Bundes-Gesetzgeber mit dem Vergaberecht doch ein Element in die Sozialrechtsordnung ein, welches sich mit den Standards und

Praktiken des materiellen Wohlfahrtsrechts der Länder so gut wie überhaupt nicht verträgt. Etwas anders gewichtet verhält es sich wie zu zeigen sein wird mit der Anwendung des Vergaberechts im Kontext des AMS;

➤ die dritte Leistungsverbinding tritt idealtypisch als Beziehung zwischen dem Erbringer einer Leistung und dem/r KlientIn, der/die zugleich als KonsumentIn auftritt, in Erscheinung. Hierbei tritt der/die KlientIn wie erwähnt entweder als Begünstigter eines zivilrechtlichen Vertrages zugunsten eines/r Dritten zwischen dem Leistungsträger (Financier) und dem Leistungserbringer auf oder als KonsumentIn einer Dienstleistung, z.B. wenn er/sie eine/n PsychotherapeutIn konsultiert und die Gebietskrankenkasse die anfallenden Kosten anteilig refundiert. Tritt er/sie als KonsumentIn/KlientIn in Erscheinung, so leiten sich daraus umfangreiche zivilrechtliche Ansprüche ab, etwa auf Gewährleistung und Schadenersatz bis hin zur Gehilfenhaftung, etwa wenn sich eine SPO einer Person zur Erbringung einer Dienstleistung bedient, welche fachlich hierzu nicht geeignet ist und aus der Erbringung dieser Leistung ein Schade erwächst. Zivilrechtlich treffen den Leistungserbringer überdies gegenüber dem/r KlientIn eine Reihe von durchsetzbaren Informations- und Sorgfaltspflichten.

Diese drei Austauscherebenen sind untereinander nur bedingt anschlussfähig. Dies vor allem deshalb, weil sowohl der darin als Variante verankerte `Vertrag zugunsten Dritter` (der öffentliche Financier kauft beim privaten Dienstleister Leistungen zugunsten seiner Klientel) als auch die `Leistungszuschussvariante` (Individualförderung der „Laufkundschaft“ von freien Trägern im Sinne eines Schuldbeitrittes der öffentlichen Hand in den Dienstleistungsvertrag) den Klienten/die Klientin in eine strukturell schwache Position bringt. Der/die NutzerIn, der/die KlientIn haben keine Möglichkeit, etwa durch Zurückhaltung des Preises auf die Qualität der Leistungserbringung Einfluss zu nehmen. Dort, wo sich wie in Graz Individualförderungsmodelle durchgesetzt haben, sind die Anbieter zwar auf „Laufkundschaft“ angewiesen; de facto aber hat die Stadt den großen freien Trägern jeweiligen Gebietsschutz eingeräumt. Nicht anders verhält es sich in den Sozialhilfeverbänden der Steiermark.

1.2.3. Zum Status der sozialen Dienste

Die Entstehung eines sukzessive professionalisierten, gesetzlich verankerten Feldes sozialer Dienste erfolgte unter den prosperitären Bedingungen der 1970er Jahre im Umfeld von politischen Experimentierklauseln und weitgehend konsensualen wohlfahrtsstaatlichen Arrangements. Neben der Jugendwohlfahrt, welche soziale Dienstleistungen bereits im Jugendfürsorgerecht 1954 verankert hatte,

war die Stammfassung der Sozialhilfegesetze (und im Weiteren: der Behindertenhilfegesetze) Auslöser für zwei Entwicklungen. Einerseits setzte sich das Instrument der sozialen Arbeit als „tool“ soziotechnischer Intervention durch. Andererseits wurde mit der Dreiteilung von Geld-, Sach- und Dienstleistungen der Entwicklung eines differenzierten Segments sozialer Dienste die Tür aufgestoßen.

Allerdings gelang es bisher nur in wenigen Landesrechtsordnungen, das Feld der sozialen Dienste stärker, etwa im Sinne einer „Institutionengarantie“, zu verankern. Einige Landesgesetze (ebenso wie die herrschende Lehre) sprechen gegebenenfalls von einer „Vorhalteverpflichtung“ der Länder, was auf die Vorhaltung eines kontinuierlichen Angebotes sozialer Dienste hinausläuft. Ihre provisorische Einrichtung und lose Verankerung im Boden der österreichischen Sozialrechtsordnung macht die sozialen Dienste in Zeiten der Rücknahme von wohlfahrtsstaatlichen Sicherungs- und Leistungsversprechen zum „primary target“ der wohlfahrtspolitischen Eliten. Damit entstanden und entstehen gänzlich neue Herausforderungen an das Management, die Qualitätssicherung aber auch die Organisation der Außenbeziehungen (Stake Holder) sozialwirtschaftlicher Unternehmen.

1.2.4. Pionierphase und Ausdifferenzierung

Nach einer eher zögerlichen Entwicklung während der 1960er Jahre entstand das Feld der sozialen Dienste Mitte der 1970er Jahre durch die Entwicklung von Pioneer- oder Selbsthilfeorganisationen (wie etwa die Lebenshilfe aus dem Zusammenschluss der Eltern behinderter Kinder entstanden ist). Möglich wurde dies durch die Inartikulation der sozialen Dienste in den Kannleistungsbestand der Sozialhilfegesetze (die Stammfassungen der Sozialhilfegesetze datieren Mitte der 1970er Jahre), aber auch der Behindertenhilfe. Die Jugendwohlfahrt kannte schon in der Rechtslage des Fürsorgerechts aus 1954 die Einrichtung sozialer Dienstleistungen, allerdings in einer Hybridform, da die Dienste den KlientInnen gegenüber je nach Einsatzbereich sowohl als Kann- als auch als Pflichtleistung positioniert sind und zudem gegebenenfalls auch als Zwangsmaßnahme („volle Erziehung“) ausgestaltet werden können. Sowohl qualitativ als auch quantitativ spielten die sozialen Dienste bis Ende der 1970er Jahre eine im Kontext vernachlässigbare Rolle.

Die Faktoren darauf folgenden Wachstums sozialer Dienste lassen sich auf Arbeitslosigkeit (Armutbezogene Leistungen, soziale Dienstleistungen im Auftrag des AMS wie Schulungsmaßnahmen, Arbeitsmotivationskurse oder sozialöko-

nomische Beschäftigungsprojekte etc.), Alter (Hauskrankenpflege, Hilfe zur Weiterführung des Haushaltes, Pflegeeinrichtungen, Essen auf Rädern etc.), Desorganisation von Familien (ambulante Beratungs- und stationäre Betreuungsleistungen der Jugendwohlfahrt, ausgewählte Dienstleistungen der Sozialhilfe etc.), Wohnungsspekulation (Delogierungsprävention, Notschlafstellen, einschlägige Beschäftigungsmaßnahmen) zurückführen.

Ungeachtet der einsetzenden Arbeitsmarktkrise waren die mit der Erbringung dieser Leistungen betrauten Leistungsträger über die 1980er Jahre hinweg - etwa im Bereich der Obdachlosenhilfe, der Aidshilfe oder der Drogenhilfe - Auslöser essentieller wohlfahrtsstaatlicher Innovationen. In den 1980er Jahren wurden entscheidende methodologische Weichenstellungen der Sozialarbeit und Sozialpädagogik vorgenommen; Stichworte hierfür sind: Streetwork, Delogierungsprävention, aufsuchende und nachgehende Sozialarbeit, Gemeinwesenarbeit, Case-Management sowie die Erweiterung sozialarbeiterischer Handlungsfelder in Betriebe, Schulen, Krankenhäuser usw. Diese methodologischen Innovationen spiegelten sich zugleich in einer Ausweitung und Diversifikation der Einsatzfelder sozialer Dienste. Die meisten dieser Innovationen wurden „bottom up“ entwickelt und unter (noch relativ entspannten Finanzierungs- und Entscheidungsbedingungen der Sozial- bzw. Wohlfahrtspolitik) umgesetzt. Ohne diese Träger hätte sich der österreichische Wohlfahrtsstaat mit einer in vielen Facetten verkrusteten oder modernisierungsaversiven (*Hogwood/Peters* 1995) Organisationskultur den sich rasch wandelnden Anforderungen des sozialen Wandels (Arbeitslosigkeit, demographischer Wandel [Überalterung], Scheidung und Zerfall der Kleinfamilie, Migration, Aids, Drogenabusus) wahrscheinlich noch langsamer angepasst.

Die freien Träger fungierten in dieser Phase (die man etwa auf das Jahrzehnt 1983-1993 einschränken kann) also in spezifischer Weise als Modernisierungsagentur bzw. als Laboratorium wohlfahrtsstaatlicher Innovationen. Freilich kamen die aus ihnen hervorgehenden Projektideen oftmals im Zusammenfluss mit der sich herausbildenden öffentlichen Sozialplanung und im Regelfall nicht gegen dieselbe zustande. In einzelnen Fällen haben auch die wohlfahrtspolitischen Eliten (Sozialressortchefs der Bundesländer oder Geschäftsführer von AMS-Landesgeschäftsstellen) diese Innovationen direkt in Auftrag gegeben.

1.2.5. „Verkehrte Politisierung“ sozialer Dienste

Mit Einschränkungen war Ende der 1970er/Anfang der 1980er Jahre klar, entlang welcher politischen Trennlinien das Feld der sozialen Dienste vermessen wurde. Dabei kristallisierten sich proportional zu den abgesteckten Interessen-‘Claims’

der beiden großen Koalitionsparteien „rote“ und „schwarze“ Trägerorganisation mit jeweils differentieller Nähe zur Partei heraus (*Schmid 1996; Klicpera/Klicpera-Gasteiger 1997*). Im Groben konnte man etwa das Hilfswerk, das Rote Kreuz oder die Diakonie sowie die Lebenshilfe der ÖVP, demgegenüber Pro Mente Infirmis oder die Volkshilfe der SPÖ zuordnen. FPÖ, LIF oder Grüne spielten bzw. spielten in diesen Szenarien eine geringe oder gar keine Rolle. Für politisch-nonkonforme Organisationen, die links von beiden Volksparteien standen/stehen, blieb seither ein vergleichsweise kleines (allerdings im Vergleich zu den Jahren nach 2000 noch gesichertes) Spielfeld übrig. Diese von Anfang an bestehende strukturelle Nähe der freien Träger zu den politischen Parteien mag auch ein Grund sein, warum sich in Österreich etwa vergleichbar Deutschland keine überparteilichen Wohlfahrtsverbände herausgebildet haben.

Damit lässt sich die politisch-institutionelle Versäulung der freien Träger im Grunde genommen zweischichtig beschreiben: einerseits werden die Träger politisch „vermachtet“, d.h. befinden sich im Einzugsbereich politischer Parteien und agieren politisch-ideologisch gleichsam als Vorfeldorganisationen. Das mag etwa auch erklären, warum die Caritas 2001 proaktiv an der Durchsetzung der österreichischen Workfare-Variante „Integra“ beteiligt war. Zugleich fungieren diese Träger aber nach wie vor als (sozial)anwaltschaftliche Vertretung ihrer Klientel und nehmen damit eine gegenüber den politischen Eliten notwendigerweise (system)kritische Haltung ein. Dies spiegelt sich etwa, um im Bild zu bleiben, in der Haltung der Caritas gegenüber der Asylpolitik und Asylrechtssetzung der österreichischen Bundesregierung.

Die Nachfrage nach Dienstleistungen sozialwirtschaftlicher Organisationen stieg im zweiten Drittel der 1980er Jahre erheblich. Dafür lassen sich mehrere Gründe ins Treffen führen. Zum ersten lässt sich dies auf das Ende der Nachkriegsprosperität („goldene Jahre des fordistischen Jahrzehnts“ 1971-1981) und die damit verbundenen Krisenphänomene zurückführen. Zum zweiten war (und ist) der gesellschaftliche Strukturwandel (Demographie, Anomie, familiäre Desorganisation) hierfür ausschlaggebend, worunter wohl auch neue Formen der Morbidität (Aids) zu subsumieren sind. Zum dritten kam es zu einer (wenngleich zögerlichen) Professionalisierung der Sozialberufe (Sozialarbeit). Zum vierten schließlich spielte die erwähnte Innovationstätigkeit sozialer Dienstleistungsträger hierfür eine nicht unerhebliche Rolle. Das neu geschaffene Angebot schuf damit in gewisser Weise auch spezifische Nachfrage.

Die sozialwirtschaftlichen Organisationen waren also in spezifischer Weise Profiteure sowohl des wohlfahrtsstaatlichen Leistungsausbauers als auch von gesellschaftlichen Krisenphänomenen.

1.2.6. Professionalisierung und Versäulung

In der ersten Hälfte der 1990er Jahre wurden die Professionalisierungs- und Versäulungstendenzen freier Träger hingegen immer stärker sichtbar, vor allem aufgrund der massiven Ausweitung des Pflegewesens (*Pallinger/Gruber* 2003). Dies drückte sich einerseits in der Entwicklung eines neuen Steuerungsinstrumentariums sozialwirtschaftlicher Organisationen, dem „Sozialmanagement“-Curriculum aus. Andererseits fungierten die größeren Träger sozialer Dienste in den nunmehr anstehenden zusehends konfliktintensiven Verteilungskämpfen des „Sozialkuchens“ als mächtige Interessenträger. Von den SPO's forderte die öffentliche Hand zunehmend Transparenz hinsichtlich der Mittelverwendung und führte zunehmend Kontroll- und Steuerungsinstrumente zur Regulierung des sozialen Dienstleistungsangebots ein. Hierzu gehören etwa die Institution der Sozialspiegel oder die Etablierung von zentralisierten Steuerungs- und Leistungserbringungssystemen, die zugleich als ausgelagerte Teile der öffentlichen Hand verstanden werden können (vgl. etwa das Vorarlberg Institut für Sozialdienste [IFS]).

Dabei kam zu Pass, dass sich in Österreich eine Kultur der sozialwirtschaftlich-politischen Verflechtung etabliert hatte. Kaum ein Vereinsvorstand, in dem nicht direkt politische bzw. administrative Eliten oder von ihnen ernannte Personen saßen. ‚Grosso Modo‘ kann man sagen, dass in beinahe allen marktrelevanten sozialwirtschaftlichen Trägerorganisationen Personal- und Organisationsentscheidungen nicht ohne direkten oder indirekten Einfluss der politischen Eliten und Interessenträger gefällt wurden. Die Verstrickung des Sozialwirtschaftsbereichs durch Personalunionen war und ist weitläufig. So ist etwa aus dem Behindertenbereich geläufig, dass die Träger-Vorstände von Vereinen, auch wenn der operative Teil der Social-Profit-Organisation einer GmbH übertragen ist, wechselseitig beschickt werden. Dies lässt sich in Politik einer informellen Kartellierung beschreiben, wo Konkurrenten, gedeckt von den Financiers der Dienstleistungen, auf regulierten Quasi-Märkten wechselseitig Eigentümerfunktion über die jeweiligen Betriebe ausüben.

Diese „Verflechtungsfälle“ führte oftmals zu einer Fraktalisierung bzw. desorganisierten Streuung von Einrichtungen. Jene Fraktalisierung war (und ist) mit Doppelgleisigkeiten, erheblichem Overhead in den freien Wohlfahrtsträgern und aller-

lei „wohlfahrtspolitischer Schrebergartenkultur“ verbunden. Einerseits konnte dies aufgrund der mangelnden Einsichtnahme der Financiers in die internen Trägerstrukturen erfolgen, andererseits waren die Financiers mangels eigener Einrichtungen bei gleichzeitiger Vorhaltepflcht der zur Rede stehenden Dienste dazu angehalten, die vorhandene Trägerstruktur zu nutzen.

1.2.7. Stagnation

In der zweiten Hälfte der 1990er Jahre kam es budgetär bedingt zu einer deutlichen Verlangsamung des Ausbaus bzw. einer Stagnation der Anzahl und Größe sozialer Dienste, was sich sowohl in der Zahl der Beschäftigten freier Wohlfahrts-träger als auch in der Entwicklung von Dienstleistungsinnovationen abzeichnete. Dies spiegelt zugleich auch den enormen Kostendruck, welcher auf den einzelnen Wohlfahrtsverwaltungen lastet(e).

Seither ist auch eine deutliche Einschleifung der Zuwachsdynamik von Tagsätzen und laufenden Subventionen merklich. Tagsatzsteigerungen oberhalb des Inflationsniveaus sind selten. Überhaupt rückten die Finanzen (eben nicht: die Qualität) sozialer Dienstleistungen in das Zentrum der wohlfahrtspolitischen Debatte. Dabei steht einerseits die Regulierung der direkten Kosten, was sich etwa an der deutliche Erhöhung von Eigenleistungen bei der Erbringung von Dienstleistungen der Hauskrankenpflege und Heimhilfe widerspiegelt, andererseits die Regulierung der indirekten Kosten, was etwa bei der direktiven Deckelung von Personal- und Overhead-Kosten von Social-Profit-Organisationen durch die öffentlichen Sozialverwaltungen zum Ausdruck kommt. In einigen Bundesländern verfolgen die Landesverwaltungen dezidiert die Strategie, die Geschäftsführungs- und Overheadkosten zu reduzieren, während die Kosten der unmittelbaren Leistungserbringung (etwa 90% der Kosten sozialer Dienstleister sind ja Personalkosten) eingefroren werden. Dies folgt der Erwägung, die Konsolidierung der öffentlichen Haushalte nicht zu Lasten der „Bedürftigen“, sondern zu Lasten der Dienstleistungserbringer zu bewerkstelligen.

1.2.8. Defizite der Konsolidierung

Seit Beginn der „dritten Republik“ 2000 trat bzw. tritt das politische Motiv der Konsolidierung und Homogenisierung der vorhandenen Trägerstruktur stärker in den Vordergrund. Zugleich aber sind nach wie vor erhebliche Disparitäten bzw. politisch/administrativ motivierte Ungleichbehandlungen freier Träger an der Tagesordnung. So existieren im Land Salzburg etwa 10 unterschiedliche Regulati-

ve, wie mit Rücklagen und Rückstellungen in den Bilanzen sozialwirtschaftlicher Organisationen umzugehen ist (*Böhm 2004*).

Diese Fraktalisierung erschwert(e) natürlich auch das Bemühen um eine Standardisierung bzw. Vereinheitlichung des Leistungsangebotes. Einzelne Bundesländer haben in Entsprechung des ideologisch aufgeladenen Instrumentariums des „New Public Management“-Paradigmas zwischenzeitig „Produktkataloge“ erstellt, mithilfe derer die Leistungen freier Träger beschrieben werden (*Kulbach/Wohlfahrt 1996*). Nach wie vor aber fehlen vergleichbare Standards, die es zugleich auch unmöglich machen, im Sinne eines „best-practices“-Vergleiches Output und Outcome sozialer Dienste zu messen. Jedenfalls dürfte die vereinzelt angestellte Beobachtung, soziale Dienste würden verstärkt auf die individuellen Bedürfnisse der von Ihnen betreuten Personen eingehen und sogar neue Leistungstypen als Antwort auf veränderte Bedarfe hervorbringen (*Leichsenring/Stadler 2000*), kaum repräsentativ bzw. zutreffend sein. Das Land Oberösterreich etwa verwendet im Bereich der Jugendwohlfahrt mehr als ein dutzend unterschiedliche Vertragsformen. Ebengleiches ist von Niederösterreich und Tirol bekannt.

1.2.9. Perspektiven der Vermarktlichung

In einigen Bundesländern hat sich das Umfeld der freien Wohlfahrtsträger als Dienstleistungserbringer jüngst drastisch geändert. Dies betrifft einerseits die wenngleich nur zögerliche Anwendung des Vergaberechts auf die Beauftragung mit der Erbringung sozialer Dienstleistungen, andererseits die deutlich direktivere Steuerung sozialer Dienste. So werden etwa im Rahmen der Jugendwohlfahrt über Wohnformenverordnungen und weitere Äquivalente Personalschlüssel, Overhead, Leitungsaufwand, Betreuungsmaximum, höchstzulässige Betreuungszeit und Kommunikationsaufwand mit den Eltern der in einer Einrichtung der vollen Erziehung untergebrachten Jugendlichen geregelt. Der Markt der sozialen Dienste nimmt zunehmend deutlich Konturen eines autoritär gesteuerten Marktes an. Dabei lassen sich in den Bundesländern nach wie vor unterschiedliche „Wohlfahrtskulturen“ ausmachen, die man auf einem Kontinuum zwischen den Polen „kooperativ“ und „autoritär“ einordnen kann. Generalisierende Aussagen über die Gesamtentwicklung des Feldes sozialer Dienste in sämtlichen Bundesländern lassen sich daher nicht anstellen.

Eine eigentlich „marktradikale“ Position nimmt zwischenzeitig das AMS ein, welches den Impuls des Vergaberechts umfänglich umgesetzt hat. Im Sinne des (neoliberalen) „new public management“-Paradigmas ist das AMS im Vergleich

der unterschiedlicher Wohlfahrtsfinanciers bzw. Dienstleitungsträger die am weitesten fortgeschrittene Organisation.

1.3. Vertragsrechtliche Rahmenbedingungen

Länder, Städte und AMS beauftragen derzeit im Regelfall soziale Dienstleister auf der Grundlage von gesetzlichen (oder auch: subgesetzlichen) Grundlagen in Form von Verträgen. Die einschlägigen rechtlichen Normen beinhalten in der Mehrzahl keine Vorgaben über die Form bzw. Art der abzuschließenden Verträge, sehr wohl aber hinsichtlich des substantiellen Gehaltes dieser Verträge. Es bleibt also der vollziehenden Administration überlassen, welche Vertragsform gewählt wird, während substantiell das Austauschverhältnis als zivilrechtliches grundgelegt wird.

Dies hat einerseits damit zu tun, dass die einschlägigen Rechtsmaterien zwar von Verträgen sprechen, also die Anwendung der zivilrechtlichen Vertragsform vorsehen, aber keine nähere Auskunft darüber geben, wie die Verträge ausgestaltet werden sollen. Zugleich besagen sie auch nicht, was Mindestinhalt dieser Verträge zu sein hat, sondern verweisen darauf, dass einschlägige soziale Dienste Trägern der freien Wohlfahrt überbunden werden sollen.

Die Art und Weise, wie Verträge abgeschlossen werden, wird zumeist (d.h.: im Regelfall) verwaltungsintern geregelt, also durch Erlässe und Richtlinien, also generelle Weisungen mit ausschließlicher Innenwirkung bzw. Innenbindung. Externe haben auf die Einhaltung dieser Richtlinien und Weisungen keinen Einfluss.

1.3.1. Vorbemerkung

Die Vertragspraxis der öffentlichen Financiers zeigt erhebliche Unterschiede im Vergleich. Während das AMS, einzelne Bundesländer wie etwa Stmk, Vlb oder Oö (hier allerdings fachbereichsbezogen) über „Vertragsschimmel“ für Leistungsverträge verfügen, lassen andere wie Sbg oder Ktn ein Vielzahl unterschiedlicher Vertragsgestaltungen zu. Verträge werden sowohl mündlich als auch schriftlich, mit unterschiedlichen Befristungen, unterschiedlichen Kalkulations- und Berechnungsgrundlagen abgeschlossen. Im Bereich der stationären Jugendwohlfahrt etwa kommen die Verträge zwischen den zuweisenden Bezirksverwaltungsbehörden und den (nicht immer bescheidförmig anerkannten) Einrichtungen der freien Träger in vielen Fällen konkludent, nämlich alleine durch das Faktum der

Zuweisung durch das Jugendamt zustande. Selbiges gilt auch für den Bereich der Subventionen. Auch hier stehen schriftliche Subventionsvereinbarungen bzw. Fördervereinbarungen unverbunden neben mündlichen Zusagen und Abreden. In der Mehrzahl der Fälle werden Subventionen ohne formalisierte Auflagen hinsichtlich der Mittelverwendung, Gegenleistungen oder Gebarungskontrolle gewährt. Schließlich wird eine Einschätzung des Vertragswesens im Bereich der Sozialwirtschaft auch noch durch unterschiedliche Verwendung einschlägiger Begriffe erschwert. Während in den Ländern Subventionen vielfach Subventionsvereinbarungen mit dezidierten Zweckwidmungen, Auflagen und Gegenleistungen darstellen (etwa: Gewährung einer Subvention zwecks Errichtung eines Gebäudes), verkörpern Subventionen in den Städten vielfach einseitig gewährte Zuwendungen ohne jegliche Auflage als Teil einer Bezuschussung des laufenden Betriebes einer Einrichtung. Auch die Dynamiken verlaufen unterschiedlich: einzelne Bundesländer wie die Stmk nutzen in jüngster Zeit angesichts der Komplizierung des Leistungsvertragswesens durch das BVergG wiederum verstärkt das Instrument der Subvention. Überdies wird der Begriff der „Förderung“ im Vergleich zwischen AMS, Ländern und Gemeinden unterschiedlich angewendet. Während er in Städten mit „Subvention“ gleichgesetzt wird, verstehen ihn Vertreter der Länder als Überbegriff, welcher Leistungs(tag)sätze und Subventionen zusammenfasst. Das AMS wiederum verwendet den Begriff „Fördervertrag“ und meint damit einen Leistungsvertrag.

Im Grunde genommen impliziert die Verwendung der zivilrechtlichen Vertragsfigur im gegenständlichen Forschungsfeld noch kein entsprechendes Vertragsgeschehen. Dies deshalb, weil die Vertreter einiger Bundesländer und Gemeinden oftmals freie Wohlfahrtsträger selbst dann, wenn sie mit ihnen zivilrechtlich mündliche oder schriftliche Verträge abgeschlossen haben, in einer verwaltungstechnischen Sicht als Subventionsempfänger betrachten. Im Ergebnis fehlt im Feld der Sozialwirtschaft ein gemeinsam geteiltes, flächendeckendes Verständnis über wechselseitige Rechte und Pflichten zwischen Leistungsfinanciers (Auftraggebern) und Leistungserbringern. Hierzu trägt auch der Umstand bei, dass die Länder vielfach die Rechtsform bzw. Rechtsebene wechseln, also zwischen Zivilrecht und Verwaltungsrecht je nach Interesse und Konfliktkonstellation wechseln.

Dessen ungeachtet aber regelt das Zivilrecht auf eindeutige Weise den Rechtscharakter von Entgelten, welche für die Erbringung von Leistungen zugunsten der öffentlichen Hand etwa als Sozialhilfeträger erbracht werden. Dies gilt insbesondere für Austauschbeziehungen, welche bereits längere Zeit währen. Hier

kennt das Zivilrecht etwa vor- und nachvertragliche Pflichten, Vor- und Nachwirkungen von Verträgen. Es regelt, wie mit mündlichen Verträgen umzugehen ist oder dass sich der Vertragsverfasser (im Regelfall: die öffentliche Hand) im Konfliktfall unklare oder mehrdeutige Vertragsbestimmungen entgegenhalten lassen muss.

Darüber hinaus sind vertragsrechtliche Rahmenbedingungen der Leistungsaustausches zwischen der öffentlichen Hand und den soziale Dienstleistungen erbringenden Unternehmen der Sozialwirtschaft im Weiteren über das ABGB hinaus auch noch durch einschlägige Rechtsgrundlagen geregelt. Dazu gehören etwa das Vereins- und Gesellschaftsrecht (GmbHG), das Recht der Privatwirtschaftsverwaltung in Ausführung des Art. 17 B-VG, die Gemeindeautonomie gem. Art 116 B-VG (im Hinblick auf die Selbstbindungsnormen der Gemeinden) sowie das Handels- und Gewerberecht (etwa im Hinblick auf das Rechnungslegungsrecht). All diese Bestimmungen geben den Vertretern der öffentlichen Hand vor, wie sie Verträge (etwa unter Berücksichtigung des verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatzes) abzuschließen haben; sie geben andererseits den Vertretern der Unternehmen der Sozialwirtschaft vor, ob, wann und wie sie Verträge abschließen dürfen/können oder nicht.

So ergeben sich etwa aus dem GmbHG einschlägige Vorgaben im Hinblick auf die Sorgfaltspflichten des GmbH-Geschäftsführers, auf die Rücklagen- und Rückstellungsbildung oder auf konkursrechtlich relevante allfällige bestehende negative Bestandsprognosen der GmbH. Das Zivilrecht (einschließlich des Arbeits-, Handels- und Wirtschaftsrechts) determiniert also (gleichsam im Schatten des Wohlfahrts- und Vergaberechts) sachlich den Abschluss von Verträgen.

Der regulatorische Rahmen der Sozialwirtschaft wird dabei noch einmal dadurch kompliziert, dass das zivilrechtliche Vertragsabschlusshandeln der freien Träger indirekt noch weiter durch einschlägige Bestimmungen des Berufsrechts (etwa Krankenpflege), des Heimrechts (etwa Heimgesetze und Obergrenzenverordnungen der Länder), der sanitätspolizeilichen und baupolizeilichen Bestimmungen, des Mietrechts oder des für die Bediensteten der freien Träger relevanten Arbeits- und Sozialrechts bestimmt werden. Für die Hauskrankenpflege etwa spielen das Gesundheits- und Krankenpflegegesetz¹, die einschlägigen wohl-

¹ Weiss-Faßbinder - Lust: Gesundheits- und KrankenpflegeG, Wien; Bundesgesetz über Gesundheits- und Krankenpflegeberufe (Gesundheits- und Krankenpflegegesetz - GuKG) BGBl 108/1997 idF BGBl I 95/1998, BGBl I 65/2002 und BGBl I 6/2004

fahrsrechtlichen (Gesetz, Verordnung) Bestimmungen der Sozialhilfe über die Betrauung freier Wohlfahrtsträger mit Aufgaben der Sozialhilfe sowie Elemente des Arbeits(zeit)rechts zusammen. An prominentester Stelle freilich rangiert das in Kapitel 1.4. erörterte Wohlfahrtsrecht, welches etwa minutiös regelt bzw. festlegt, wie Heime und Einrichtungen der freien Wohlfahrt zum Zweck der Erfüllung von Aufgaben der vollen Erziehung auszustatten und zu führen sind. All diese Materien bilden gleichsam die Hintergrundfolie, vor welcher die Geschäftsführer von Social-Profit-Organisationen Leistungs(austausch)verträge verhandeln und erfüllen.

1.3.2. Freie Wohlfahrtsträger als Vertragspartner

Die einschlägigen Rechtsmaterien der Bundesländer formulieren im Regelfall das Verhältnis zwischen Financiers und freien Trägern ungleichgewichtig. Die Länder können sich demnach der freien Träger „bedienen“. Dabei erscheinen die freien Träger nicht nur ökonomisch sondern auch formal als abhängig von den Entscheidungen der öffentlichen Hand. Faktisch ist dies allerdings nicht der Fall. Denn bei den freien Wohlfahrtsträgern handelt es sich (mit Ausnahme ihrer Stellung im behördlichen Anerkennungsverfahren) um selbständige, autonome Wirtschaftsorganisationen, mit denen die öffentlichen Wohlfahrtsträger zivilrechtliche Vereinbarungen je nach Materiengesetz entweder abzuschließen haben oder abschließen können. Zwar existiert eine einheitliche Bevorrangung freier Wohlfahrtsträger gegenüber der öffentlichen Hand nicht. Doch steht außer Zweifel, dass einmal eingegangene Verpflichtungen spezifische Auswirkungen auf den weiteren Leistungsaustausch zwischen beiden Akteuren haben. Dabei haben die öffentlichen Financiers angemessen in Rechnung zu stellen, dass die freien Träger nach eigenständigen Gesichtspunkten, zu denen etwa das Gesellschaftsrecht zählt, zu wirtschaften haben. Dies ergibt sich alleine schon aus dem verfassungsrechtlichen Postulat der Einheitlichkeit der Rechtsordnung. Demnach kann eine Gebietskörperschaft (Land) im Rahmen ihrer verfassungsrechtlich zugeordneten Kompetenzen keine Regelungen vornehmen, welche den Rechtsnormadressaten dazu verhalten, das Recht einer anderen oder im konkreten Fall übergeordneten Gebietskörperschaft (Bund) zu verletzen.

Tatsächlich ist dies nicht der Fall, was in mehreren Bundesländern wiederholt zu ökonomisch riskanten Situationen geführt hat und führt. Augenfällig ist es Regelfall, dass Verträge bzw. Tagsatzvereinbarungen erst im laufenden Geschäftsjahr auf Grundlage des Rechnungsabschlusses des vorangegangenen Jahres geschlossen werden. So hat etwa der Geschäftsführer einer GmbH für den Fall,

dass er zu Jahresmitte 2004 keine Gewähr für eine Verlängerung des jeweils jährlich abgeschlossenen Leistungsvertrages mit dem Bundesland X auf Grundlage einer zu schließenden Tagsatzvereinbarung hat, im Sinne der Erfüllung seiner Vorwarnpflicht beim AMS gem. § 55 a AMSG die gesamte Belegschaft zur Kündigung anzumelden. Er müsste zugleich bestehende Vertragsverhältnisse (Leasing, Miete) auflösen und dürfte auch keine neuen Verbindlichkeiten eingehen. Konkursrechtlich gesehen kann sich ein Geschäftsführer einer gemeinnützigen GmbH, welcher den einschlägigen Bestimmungen des GmbHG entsprechend unter Umständen auch mit seinem Privatvermögen haftet, im Falle fehlender Vertragssicherheit (d.h. ein Vertrag liegt noch nicht vor) nicht darauf verlassen, dass mündliche Zusagen von Ressortpolitikern für eine Fortführung des Dienstes oder der Einrichtung getätigt wurden. Er müsste also für eine geordnete Schließung und Abwicklung des Unternehmens Sorge tragen.

Damit wäre die „Massenkündigung“ in vielen Unternehmen der Sozialwirtschaft ein jährlich wiederkehrendes Unterfangen. Die Konsequenzen liegen auf der Hand: die bestqualifizierten MitarbeiterInnen würden das Unternehmen in einer Perspektive permanenter Beschäftigungsunsicherheit verlassen, Arbeitsproduktivität und Erfolgsquote würden sinken. Um dies zu vermeiden, wirtschaften Geschäftsführer während der Phase nicht-gesicherter Entgelte mit vollem, persönlichem Risiko. Im Ergebnis also wirtschaften viele Social-Profit-Unternehmen die erste Hälfte des Jahres ohne rechtliche Sicherheit über Art und Ausmaß ihrer Einnahmen zu haben, während sie dies formal betrachtet gar nicht tun dürften.

1.3.3. Institutionenwahl und Institutionengarantie

Neben diesen zivil- und gesellschaftsrechtlichen Erwägungen spielen aber auch verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte in die vertragsrechtlichen Rahmenbedingungen herein. Denn dort, wo die Länder die sozialen Dienste als Träger von Privatrechten selbst erbringen oder erbringen lassen, sind sie an bestimmte Institutionengarantien (scil.: Vorsorge[Vorhalte]verpflichtung) gebunden, in denen sich die Länder selbst i.S.d. Art 17 B-VG zur Vorsorge und Aufrechterhaltung sozialer Dienste binden (*Loebenstein* 1964,32; *Wenger* 1972,195). Diese Vorhalteverpflichtungen sind einfachgesetzlich in den Landeswohlfahrtsgesetzen geregelt. Demnach haben (!) die Länder für die Erbringung dieser Dienste Sorge zu tragen. Dabei steht es den Ländern nicht frei, auf einen Dienst, etwa weil er im Wahrnehmungsfenster eines (leitenden) Verwaltungsbediensteten zu teuer ist, überhaupt zu verzichten. Vielmehr besteht die einzige Alternative der öffentlichen

Hand in dieser Situation darin, den zur Rede stehenden Dienst selbst zu erbringen.

Neben dieser Institutionengarantie spielt auch noch eine Beschränkung der rechtlichen Institutionenwahl seitens der öffentlichen Leistungsträger eine relevante Rolle. Dies bezieht sich auf die Formenwahl der Gesetzgebung bzw. Regulierung sozialer Dienste. Es steht der Landesausführungsgesetzgebung demnach nicht frei, die Durchführung der sozialen Dienste im Rahmen der Hoheits- oder der Privatwirtschaftsverwaltung zu regeln. Diese Einschränkung entfaltet ihre Wirkungen auf zweierlei Weise. Zum einen ist es der (Grundsatz)Gesetzgeber, welcher bestimmt, ob eine Verwaltungsangelegenheit an die Hoheits- oder an die Privatwirtschaftsverwaltung zugewiesen wird (*Antoniolli-Koja* 1996,29). D.h. es kommt bei der Prüfung des Gestaltungsspielraums des Ausführungsgesetzgebers und der ihm nachgeordneten Verwaltung, gegebenenfalls den Ämtern einer Landesregierung, im Wesentlichen darauf an, welche rechtstechnischen Mittel der Grundsatzgesetzgeber dem Ausführungsgesetzgeber, und für den Fall, dass dieser eine Verordnungsermächtigung im Ausführungsgesetz vorsieht, der vollziehenden Verwaltung bzw. der ihr vorstehenden Ressortführung zur Erfüllung der zugewiesenen Aufgaben bereitgestellt hat. Legt also der Grundsatzgesetzgeber fest, dass eine Verwaltungsaufgabe im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung zu erledigen ist, so steht es der Ausführungsgesetzgebung nicht frei, diese Aufgabe anlassbezogen im Wege der Hoheitsverwaltung zu regeln.

Freilich, eben dies ist in einigen Bundesländern, allen voran Stmk und Sbg, der Fall. Hier regeln die Länder die Leistungsentgelte für Verträge, welche im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung abgeschlossen werden, auf hoheitlichem Verordnungswege. Die Landesverwaltung verhandelt auf diese Weise nur scheinbar, gibt sie sich doch selbst (gesetzliche Verordnungsermächtigungen ermöglichen es der Verwaltung, Rechtsnormen in Ausführung von Gesetzen selbständig festzulegen) die Spielbedingungen, innerhalb derer verhandelt wird. Von einer „Verhandlung“ kann hierbei eigentlich keine Rede mehr sein. Dass dies verfassungswidrig ist liegt auf der Hand, bleibt jedoch aufgrund der faktischen Machtverhältnisse zwischen den Akteuren unangefochten.

Analog hierzu gilt der Zwang zur Beibehaltung auch innerhalb der Gesetzgebung einer Gebietskörperschaft. Auch ein Land kann als Materiengesetzgeber eine Materie nicht einmal der Hoheits- und ein anderes Mal der Privatwirtschaftsverwaltung zuweisen. Vielmehr ist der Materiengesetzgeber aus verfassungsrechtlichen Erwägungen gezwungen, die einmal vorgenommene Institutionenwahl beizubehalten.

1.3.4. Privatwirtschaftsverwaltung und Wohlfahrt

Gegenüber den sozialwirtschaftlichen Unternehmungen treten die Financiers der öffentlichen Hand als Träger von Privatrechten in Erscheinung. Kann oder will die öffentliche Hand Dienstleistungen, welche politisch gewollt, gesetzlich vorgeschrieben oder materiellrechtlich institutionell sichergestellt sind, nicht selbst erbringen, so bedient sie sich hierzu Dritter. Dabei ist sie nicht an die Kompetenzverteilung gebunden. Das bedeutet, dass sowohl der Bund als auch die Bundesländer auf allen Gebieten im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung tätig werden können. So können etwa auch Krankenanstalten durch den Bund subventioniert werden, obwohl Krankenanstalten eigentlich in die Landesvollziehung fallen.

De facto werden viele soziale Dienste an Schnittstellen zwischen jeweiligen kompetentiell abgegrenzten Regelungsbereichen finanziert bzw. erbracht. Dies spiegelt sich vielfach im Bereich der sozialen Dienste der Sozialhilfe, welche teils im Sozialressort, teils im Gesundheitsressort juristisch geregelt und finanziell gesteuert werden. Dies gilt auch für die Schnittstellen zwischen unterschiedlichen Financiers. Ein Beispiel dafür ist die medizinische Hauskrankenpflege, die sowohl auf dem ASVG als auch auf den Sozialhilfegesetzen der Bundesländer beruht.

Grundsätzlich besteht unter Einschränkung der Beibehaltung einer einmal getroffenen rechtlichen Institutionenwahl die Wahlfreiheit eines Gesetzgebers zwischen Hoheits- und Privatwirtschaftsverwaltung. Hierbei treten allerdings erhebliche Abgrenzungsprobleme auf. Wie erwähnt ist festzuhalten, dass eine einmal getroffene Zuordnung den Materiengesetzgeber im Weiteren auch bindet. Er ist also nicht frei, ein und dieselbe Leistung einmal hoheitlich, dann wieder im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung zu erbringen. Eine Wahlfreiheit der vollziehenden Verwaltung zwischen Hoheits- und Privatwirtschaftsverwaltung besteht jedenfalls dann nicht, wenn der Gesetzgeber eine bestimmte Handlungsform angeordnet hat. Vor allem aber lassen sich hoheitliche Aufgaben des Wohlfahrtsbereiches nicht scharf vom Privatrecht trennen. So werden etwa die Zwangsbefugnisse der Jugendämter im Rahmen der Abnahme/Entziehung von Jugendlichen aus dem Zugriffsbereich der Obsorgeberechtigten sowie deren Unterbringung in einem Heim oder einer Wohngemeinschaft gegen den Willen der Eltern zumindest teilweise im Rahmen des Privatrechts wahrgenommen (VfSlg 11.492/1987). Dies birgt für die vollziehende Verwaltung oftmals das Problem, unklare zivilrechtliche Beauftragungsverhältnisse hoheitlich bzw. auf dem Wege über Beschlüsse eines Pflschaftsgerichtes abzusichern.

Grundsätzlich ist der Staat wie erwähnt frei, zu entscheiden, ob er derartige Dienstleistungen selbst erbringt oder Private damit beauftragt. Diese Entscheidungsfreiheit findet ihre Grenze allerdings einerseits am Vergaberecht (*Hahn* 2002,33) in dem Sinne, dass einmal fremdvergebene Leistungen nicht nachträglich wenn auch nur teilweise selbst erbracht werden dürfen, andererseits an den einschlägigen materiellrechtlichen Vorgaben, insbesondere der Bundesländer als Wohlfahrtsträger. Wenn in einer Reihe von Materiengesetzen festgelegt wird, dass der öffentliche Wohlfahrtsträger in erster Linie Private mit der Erbringung von Dienstleistungen zu betrauen hat, steht es ihm nicht frei, diese Dienstleistungen einzustellen oder Bedingungen (etwa im Hinblick auf die Transparenz von Planungsgrundlagen) zu schaffen, welche die Erbringung dieser Leistungen durch Private verunmöglichen. Dies unterbinden alleine bereits die nebenvertraglichen Schutz- und Sorgfaltspflichten (einschließlich der Pflicht zur Schadensminderung) der öffentlichen Hand, die als Vertragspartner dafür Sorge zu tragen hat, dass die geschuldete Leistung vertragskonform erbracht werden kann.

Erfolgt eine Beauftragung zur Leistungserbringung durch privatrechtlichen Vertragsabschluss, so tritt der Staat dabei nicht als Träger hoheitlicher Befugnisse auf, sondern bedient sich der Rechtsformen, die auch den Rechtsunterworfenen (Privaten) zur Verfügung stehen (*Walter/Mayer* 2000,Rz560ff). Bund und Länder treten dabei gemäß Art 17 B-VG als Träger von Privatrechten in Erscheinung. Das bedeutet, dass sie sich damit aller Rechtsformen des Zivilrechts bedienen dürfen, zugleich allerdings sämtliche zivilrechtlich geltenden Pflichten gegen sich gelten lassen müssen. Es steht den Ländern nicht frei, aus regulatorischen Erwägungen bestimmte zivilrechtlich geltende Standards auf dem Wege der Materiengesetzgebung außer Kraft zu setzen. Dies würde (abgesehen vom Anwendungsfall der „lex Starzysnki“; siehe unten) gegen die Prinzipien der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung verstoßen. Zum Vertragsabschluss befugt (vertretungsbefugt) sind prinzipiell im Bund der/die ressortzuständige Minister/in sowie auf Landesebene die Landesregierung, gegebenenfalls das einzelne (Sozial)Ressortmitglied oder die von diesen beauftragten (delegierten) Personen.

Grundsätzlich sind zur gerichtlichen Kontrolle der Privatwirtschaftsverwaltung die ordentlichen Gerichte berufen. Gegebenenfalls können Leistungsverträge auch Schiedsklauseln oder die Beiziehung von Schiedsleuten beinhalten. Hierbei kann ein spezifisches Rechtsschutzdefizit entstehen, da ein (Rechts)Anspruch auf privatwirtschaftliches Handeln des Staates im Falle fehlender gesetzlicher Vorgaben oder Kannbestimmungen nicht besteht.

Wenn der Staat privatrechtlich handelt, ist er allerdings im Sinne einer „Fiskalgel- tung von Grundrechten“ (*Öhlinger* 2002, Rz238) auch in seinem privatwirtschaft- lichen Handeln an Grundrechte gebunden. Dies bedeutet, dass bereits aus grundrechtlichen Erwägungen Kriterien der Gleichbehandlung und Nichtdiskrimi- nierung gelten. Es steht den Verwaltungskörpern also alleine bereits aus verfas- sungs- bzw. grundrechtlichen Erwägungen nicht frei, bei Vertragsverhandlungen potentielle, sachlich geeignete Partner auszuschließen.

1.3.5. Zur Natur des (konsensual)vertraglichen Schuldverhältnisses

Wie gezeigt beruhen sämtliche Austauschbeziehungen zwischen öffentlichen und freien Wohlfahrtsträgern, insbesondere die Erbringung von Dienstleistungen in laufenden Geschäftsbeziehungen zwischen den Leistungsträgern als Nachfra- gern und sozialwirtschaftlichen Unternehmungen als Anbietern einer Dienstlei- stung, auf einem Privatrechtsverhältnis. Hierbei kommen für die Gestaltung von Rechtsbeziehungen ausschließlich die Instrumente des Privatrechts, insbesonde- re die Figur des Vertrages, in Frage (*Krejci* 1996,7). Ob dieser Vertrag als solcher bezeichnet wird oder als Leistungsvertrag ausgewiesen ist spielt hierfür keine Rol- le.

Rechtlich gesehen kommt es zu einer übereinstimmenden Willenserklärung, zu einem Vertrag etwa zwischen Gemeinde, Landesregierung oder AMS und dem freien Wohlfahrtsträger bzw. einer Einrichtung dieses Trägers, aus der hervor- geht, unter welchen Bedingungen dieser freie Wohlfahrtsträger eine soziale Dienstleistung für einen Klienten des öffentlichen Wohlfahrtsträgers erbringt. Da- bei handelt es sich entweder um eine Einzelvereinbarung zur Erbringung einer konkretisierten Leistung, oder um einen Leistungsvertrag, der die Verrechnung bestimmter Leistungen zu jeweiligen Kosten und Standards festlegt.

Die gewählte rechtliche Konstruktion lässt sich nach zwei Seiten hin entwickeln:

In einer ersten Variante kann ein eingliedriges Vertragverhältnis zwischen dem jeweiligen öffentlichen Leistungsträger/Financier und dem Leistungserbrin- ger/Social-Profit-Unternehmen entstehen, wobei die Leistung direkt auf Auftrag, Veranlassung und Rechnung des öffentlichen Trägers erfolgt. Dies ist etwa im Bereich der Bildungsmaßnahmen des AMS oder im Bereich der Jugendwohlfahrt bei der Zuweisung von KlientInnen in Maßnahmen der vollen Erziehung oder im Bereich der Behindertenhilfen bei der Zuweisung von KlientInnen zu Maßnahmen der beruflichen Ausbildung und stationär erbrachten Eingliederungshilfe der Fall.

In einer zweiten Variante kann ein zweigliedriges Vertragsverhältnis zwischen dem öffentlichen Leistungsträger/Financier und dem Leistungserbringer/Social-Profit-Unternehmen entstehen, wobei die Leistung direkt auf Auftrag, Veranlassung und Rechnung des/r KlientIn erfolgt. Dabei handelt es sich also im Grunde genommen um ein zweischichtiges bzw. -gliedriges Vertragsverhältnis, wobei sich der Leistungsvertrag zwischen öffentlichem Financier und Leistungserbringer funktional auf einen weiteren Vertrag zwischen Leistungserbringer und Leistungsempfänger bezieht und zumindest teilweise auch als Vertrag zugunsten Dritter interpretiert werden kann. Neben dem Leistungsvertrag zwischen öffentlichem Financier und Leistungserbringer regelt die öffentliche Hand entweder auf dem Verordnungs- oder Erlasswege die Konditionen dieses Leistungsvertrages und überbindet diese zivilrechtlich auf den Leistungserbringer.

Beide Vertragstypen, ein- und zweigliedrige, können auf Grundlage einer Einzelvereinbarung oder auf Grundlage eines Dauerschuldverhältnisses entstehen. Die Einzelvereinbarung bezieht sich auf einen bestimmten Klienten und endet mit der Leistungserbringung, die entsprechend den vertraglichen Bedingungen abzurechnen ist. Das Dauerschuldverhältnis ist nicht strikt auf einen bestimmten Klienten (eine bestimmte Klientenzahl), sondern auf eine unbestimmte Klientenzahl bezogen, welche nach jeweiligen Bedingungen mit sozialen Dienstleistungen zu versorgen ist. Hierbei wissen weder Auftraggeber noch Auftragnehmer, wie viele Dienstleistungseinheiten künftig zu leisten sein werden, vereinbaren indes nur die Art und Weise der Zuweisung zur Leistungserbringung bzw. die Konditionen des Leistungsbezuges der begünstigten Person.

Gegenstand des (konsensual)vertraglichen Schuldverhältnisses ist jeweils die Erbringung von sozialen Dienstleistungen gegen ein bestimmtes, äquivalentes Entgelt iSd § 861 ABGB. Dabei ist das Entgelt entweder vom Leistungserbringer vor Beauftragung bzw. Zuweisung eines/r KlientIn vom Träger selbst festgelegt oder beidseitig konsensual bestimmt oder einseitig vom Auftraggeber, also dem öffentlichen Financier festgelegt. Es handelt sich also um ein zweiseitig verbindliches Rechtsgeschäft zwischen einem (anerkannten) Wohlfahrtsträger und einem öffentliche Träger bzw. Financier. Dies gilt auch dann, wenn die Anerkennung des Wohlfahrtsträger je nach Rechtslage `conditio sine qua non` der Aufnahme von vertraglichen Austauschbeziehungen ist.

Rechtstechnisch gelangen, weil es sich um einen Sukzessivlieferungsvertrag bzw. eine Reihe fortlaufender einzelner Leistungs- und Gegenleistungsverhältnisse handelt, die Regeln über Dauerschuldverhältnisse (*Reischauer* in Rummel § 918 Rz 18ff) zur Anwendung. Diese Regeln haben zur Folge, dass der Erbrin-

ger der (Teil)Leistung dieselbe durchsetzbar schuldet, also nicht einseitig vereinbarungswidrig die Bedingungen während der vereinbarten Laufzeit des Vertrages ändern kann, wohingegen der Empfänger das jeweils festgesetzte Entgelt schuldet.

Im Fall der Unterbringung in einer sozialpädagogischen Wohneinrichtung etwa wird das Entgelt nicht vom Empfänger der Leistung (dem Klienten), sondern von demjenigen, auf dessen Auftrag und Rechnung hin die Leistung erbracht wird, geschuldet. Es handelt sich im konkreten Fall etwa um das Land als Jugendwohlfahrtsträger, vertreten durch das Jugendamt der Bezirkshauptmannschaft bzw. des Magistrates. Bei der Unterbringung im Rahmen der vollen Erziehung handelt es sich um einen Vertrag zwischen dem Land als Jugendwohlfahrtsträger und einem freien Jugendwohlfahrtsträger zugunsten eines Dritten iSd § 881 ABGB (*Rummel* in *Rummel*, § 881 Rz 2), wobei das Land als Versprechensempfänger das Recht hat, die Leistung an den Dritten zu fordern, aber auch, allfällige Gewährleistungsansprüche geltend zu machen, sofern diese nicht abgetreten sind.

Eine der umstrittenen Fragen im vorliegenden Feld ist jene nach der Kündbarkeit bestehender Vertragsverhältnisse. In der Mehrzahl der Bundesländer und Statutarstädte werden teils befristete, teils unbefristete, teils mündliche, teils schriftliche Verträge abgeschlossen. Hier nun stellt sich die Frage, auf welche Weise Dauerschuldverhältnisse, etwa bei sozialen Diensten, aufgelöst werden können.

Fakt ist, dass Schuldverhältnisse im Regelfall Zielschuldverhältnisse sind, etwa in Form des Kaufvertrags. Ziel des Kaufes ist im Normalfall der einmalige (Leistungs)Austausch von Kaufgegenstand und Kaufpreis. Mit ordnungsgemäßer Erfüllung endet die Rechtsbeziehung (zwischen Verkäufer und Käufer). Bei den im Bereich der sozialen Dienste im Regelfall vorliegenden Dauerschuldverhältnissen (auf Basis eines Leistungsvertrages), die auf Dauer angelegt sind, sich also nicht in einem einmaligen Leistungsaustausch erschöpfen, verhält es sich anders. Hier besteht vielmehr eine Leistung in einem oftmaligen, sich wiederholenden Leistungsaustausch. Geschuldet wird also ein Dauerverhalten. Beim Dauerschuldverhältnis richtet sich der Leistungsinhalt nach der zumeist bestimmten Dauer der rechtlichen Beziehung, also der Zeit. Der konkrete (quantitativ bestimmte) Leistungsumfang ist bei Vertragsschluss entweder noch gar nicht bestimmt. Eine Leistung wird also über einen bestimmten Zeitraum hinweg bezogen.

Die Abgrenzung zwischen einem Zielschuldverhältnis und einem Dauerschuldverhältnis verläuft also entlang der Frage, ob sich die Leistungen nach der Dauer

des Verhältnisses richten oder ob sich die Dauer des Verhältnisses sich nach den Leistungen richtet (*Gschnitzer in Klang2, IV/1, 26*).

In Dauerschuldverhältnissen muss ein Ende gesetzt oder vereinbart werden. Das kann von vornherein durch Zeitbestimmung geschehen, etwa durch Mietvertrag auf bestimmte Zeit. Oft werden aber Schuldverhältnisse auf unbestimmte Zeit eingegangen – etwa bei Raummiete ohne zeitliche Beschränkung. In diesen Fällen braucht es die Möglichkeit, das Dauerschuldverhältnis durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, das entspricht Kündigung, zu beenden. Derartige Regelungen werden notwendig, wenn

- Verträge nur befristet abgeschlossen werden dürfen (wenn etwa eine Befristung gesetzlich vorgegeben ist),
- künftige (unvorhersehbare) Entwicklungen den Vertrag substantiell beeinflussen (auf Dauer angelegte Rechtsverhältnisse sind empfindlich für Veränderungen der für den Vertrag maßgebenden Verhältnisse sind) oder
- das wechselseitige Vertrauen zwischen den Vertragspartnern eingeschränkt ist.

1.3.6. Kündigung von Verträgen

Die Kündigung ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung. Sie muss dem Vertragspartner zugehen. Nur dann kann das Dauerschuldverhältnis beendet werden. Sie wird mit dem Zugang wirksam, was aber nicht bereits mit der Auflösung des Dauerschuldverhältnisses selbst verwechselt werden darf. Das kann so, muss aber nicht so sein.

Bei Dauerschuldverhältnissen auf bestimmte Zeit erübrigt sich die ordentliche Kündigung. Freilich, auch Dauerschuldverhältnisse auf bestimmte Zeit benötigen gegebenenfalls die Vorsorge für eine außerordentliche Kündigung (durch Hinweis auf die mögliche Kündigung aus wichtigem Grund).

Unbefristete Dauerschuldverhältnisse werden im Normalfall durch ordentliche Kündigung beendet. Die ordentliche Kündigung löst ein Dauerschuldverhältnis erst nach Ablauf der vertraglich vereinbarten oder gesetzlichen Kündigungsfrist auf, nicht schon mit ihrem Zugang. Diese Frist beginnt mit Zugang der Kündigungserklärung zu laufen. Die ordentliche Kündigung erfolgt stets befristet, muss aber nicht begründet werden. Bei dieser Art der Kündigung erfährt der Partner unter Umständen den Grund der Kündigung nicht und hat auch keinen Anspruch darauf.

Die außerordentliche Kündigung wiederum löst ein Dauerschuldverhältnis mit der Kündigungserklärung selbst auf, also mit dem Zugang der Erklärung. Das Instrument der außerordentlichen Kündigung dient dazu, um unzumutbar gewordene Dauerschuldverhältnisse vorzeitig aus wichtigem Grund rasch beenden zu können. Diese Form der Beendigung von Schuldverhältnissen dient in gewisser Weise der Friedenssicherung. Die Parteien eines Schuldverhältnisses können sich trennen, wenn der Vertragskonsens verloren gegangen ist. In diesen Fällen wird der fundamentale Rechtsgrundsatz „pacta sunt servanda“ also relativiert.

Die außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund wird oftmals gewählt, um wirtschaftlich unvorteilhaft gewordene Vertragsverhältnisse aus den Angeln zu heben oder sich von missliebigen gewordenen Vertragspartnern zu trennen. In vielen Fällen geht es nur darum, den Vertrag neu zu verhandeln und dabei für sich günstigere Konditionen zu erzielen. Freilich sind außerordentliche Kündigungen Anlassfall von Rechtsstreitigkeiten. Die Kündigung kann angefochten werden. Der Vertragspartner der kündigenden Partei widerspricht dann der Kündigung. Das eventuelle Weiterbestehen des Rechtsverhältnisses oder sich aus der Auflösung ergebende Schadenersatzansprüche müssen von den Gerichten geprüft werden.

Die Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses kann im Regelfall nur mit Wirkung ex nunc (also nicht rückwirkend, sondern nur für die Zukunft wirkend) erfolgen (*Gschnitzer in Klang* 2 IV/1, 446). Der Grund dafür liegt in der oftmals faktischen Unmöglichkeit, einen zeitlich zurückliegenden (Dienst)Leistungsaustausch wieder rückgängig zu machen. Die konkrete Dienstleistungsarbeit an der Klientin ist bereits erbracht worden und kann daher substantiell nicht mehr zurückgestellt werden.

Bei der ordentlichen Kündigung spielen Kündigungstermine eine wesentliche Rolle. Oftmals beinhalten Verträge die Regelung, dass sie zum Viertel- oder Halbjahr hin unter Einhaltung einer ein-, zwei-, dreimonatigen oder halbjährlichen Frist gekündigt werden können. Das heißt praktisch: Ist der 1. Dezember Kündigungstermin, muss bei einmonatlicher Kündigungsfrist spätestens einen Monat vorher, also zum 31. Oktober gekündigt werden. Die Kündigung muss zu diesem Datum also bereits der anderen Partei zugegangen sein (§ 560 ZPO). Die Kündigung (als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung) wird erst mit Zugang wirksam.

1.3.7. Formlosigkeit von Leistungsverträgen sozialer Dienste

Für das Zustandekommen von Verträgen, Leistungsverträgen oder Rahmenübereinkommen über Dauerschuldverhältnisse ist kein Formerfordernis zwingend zu erfüllen. Diese Verträge können also auch formlos geschlossen werden. Sie bedürfen nicht einmal ausdrücklicher mündlicher Erklärungen, sondern können auch schlüssig zustande kommen (§ 863 ABGB; *Koziol/Welser* I¹⁰,87ff; *Krejci* Privatrecht², 42; *Krejci*, Soziale Dienste,11). Voraussetzung dafür ist allerdings, dass der Inhalt des Vertrages, also etwa: welche Leistung in welchem Zeitraum für welches Entgelt erbracht wird, inhaltlich bestimmt ist (§ 869 ABGB; *Koziol-Welser* I¹⁰,107f; *Krejci*, Privatrecht²,43).

Dies gilt auch für die öffentliche Hand bei Schuldverhältnissen zwischen Hoheitsträgern und privaten Wohlfahrtsträgern als Leistungserbringern (*Adamovich-Funk* 1987,235). Auch hier sind Angebot und Annahme einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärungen. Es entsteht ein entgeltliches, vollkommen zweiseitiges Schuldverhältnis, welches vorzeitig nur aus wichtigem Grund, insbesondere bei Verstößen gegen Treu und Glauben, einseitig aufgelöst werden kann. Zugleich entstehen in diesem Sukzessivlieferungsvertrag, typisch bestehend aus Hotelleistung, Beratungs- und Betreuungsleistung sowie allfälligen Sachleistungen, auf beiden Seiten vor- und nachvertragliche Pflichten sowie ein spezifischer Vertrauensschutz.

Die freien Träger können darauf vertrauen, dass eingegangene Geschäftsverbindungen, welche sich in der sukzessiven Beauftragung zur Erbringung von Leistungen niederschlagen, fort dauern; es sei denn, dass entweder die Geschäftsbeziehung ausdrücklich für beendet erklärt wurde (was im gegenständlichen Fall einen negativen Anerkennungsbescheid implizieren würde), oder dass einer der Partner etwa aus dem Verhalten des anderen darauf schließen können musste, dass dieser die Beziehung nicht fortführen will.

1.3.8. Vertragsrecht und Gleichheitssatz

In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass die öffentliche Hand, eben auch im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung, unter den Anforderungen des Gleichheitssatzes (*Ossenbühl/Gallwas* 1971; *Koppensteiner* 1973,92; *Wilhelm* 1973; *Binder* 1977) steht, woraus unter bestimmten Bedingungen ein Kontrahierungszwang, eine Vertragsabschlusspflicht, entstehen kann. Dieser Kontrahierungszwang kann insbesondere dort auftreten, wo der Staat als Träger von Privatrechten agiert (*Binder* 1980,311ff.; *Bydlinski* 1980), z. B. im Rahmen der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen.

Demnach kann unter Umständen, wenn einer der Vertragspartner im Lichte einer länger dauernden Vertragsübung auf deren Fortsetzung vertraut, eine Haftung für „culpa in contrahendo“ iSd § 874 ABGB entstehen (*Ostheim* 1980), wobei sich der Umfang der Ersatzpflicht für den Vertrauensschaden (§ 1293 ABGB) nach dem Verschuldensgrad richtet. Mit der Kontaktaufnahme zu geschäftlichen Zwecken entsteht ein (gesetzliches) Schuldverhältnis, das zur Aufklärung, Wahrnehmung von Sorgfaltspflichten und Rücksichtnahme auf die Vorbereitungshandlungen des potentiellen Vertragspartners verpflichtet (*Reischauer* in Rummel: vor § 918 Rz 14ff).

Beide Seiten haften dann für das Erklärungsverhalten (§ 1304 ABGB) ebenso wie für den Abbruch der Vertragsverhandlungen, wenn die Rechtsausübung willkürlich erfolgt. Willkürlich ist sie dann, wenn sämtliche „essentiali negotii“ (Vertragsinhalte) feststehen bzw. bekannt sind. Steht der wesentliche Vertragsinhalt fest (z.B. auf der Grundlage eines rechtskräftig gewordenen Anerkennungsbescheides sowie der Anfrage eines Jugendamtes zwecks Zuweisung eines Jugendlichen in eine sozialpädagogische Wohneinrichtung) und kann sich der Vertragspartner in Sicherheit wiegen, entsteht ein Vertrauenstatbestand, wenn der begehrende Teil auf eine langjährige Vertragsabschlußpraxis zurückblicken kann. Die Haftung entfällt in diesem Fall nur dann, wenn ein triftiger Grund für den Nichtabschluss gegeben ist.

1.3.9. Leistungsvertrag und Preisfestsetzung

Nur in seltenen Fällen erhebt der Erbringer einer sozialen Dienstleistung nicht tarifär gebundene Entgeltforderungen. Eine Preisfestlegung ‘ad hoc’ findet kaum/nicht statt. Der Fall, dass freie Träger die von ihnen geforderten Tarife dem Leistungsträger vorschreiben, tritt nicht in Erscheinung. Vielmehr ist Regelfall, dass die Kosten einer Maßnahme bereits vor „Ein-/Zuweisung“ dem öffentlichen Träger und gegebenenfalls auch dem leistungsverpflichteten Dritten bekannt sind.

Der zur Erbringung eines sozialen Dienstes befugte Dienst (Einrichtung) verpflichtet sich also im konkreten Einzelfall auf Anfrage einer Behörde, eine bestimmte Leistung gegenüber der leistungsbegünstigten Person zu erbringen. Dagegen verpflichtet sich die Bezirksverwaltungsbehörde für das jeweilige Land, das dafür bestimmte Entgelt zu leisten. Die durch die Maßnahme begünstigte Person ist in diese Rechtsbeziehung eingebunden, bestimmt durch die Kostentragungsbestimmungen der einzelnen Landesgesetze.

Das jeweils „bestimmte“ Entgelt geht auf Rahmenübereinkommen oder Leistungsverträge zurück. Diese Leistungsverträge kommen „Tagsatzverhandlungen“ zustande, die als „schiefe Kompromisse“ in einer Monopson-Konstellation ausverhandelt werden. Der Tagsatz bildet das zu verrechnende tägliche Entgelt. Gegenstand dieses Rahmenübereinkommens ist eine vertraglich festgelegte „Tagsatzvereinbarung“. Rechtstechnisch handelt es sich um eine Entgeltvereinbarung zwischen den Ländern als Trägern der Wohlfahrt und den freien Wohlfahrtsträgern als Leistungserbringern. Im Rahmen dieser Tagsatzvereinbarung wird im Regelfall festgelegt, welche Leistungen zu welchem Entgelt im Rahmen einer von mehreren Einrichtungen/Maßnahmen eines Trägers erbracht werden und wann die jeweiligen Leistungen erbracht werden sollen bzw. fällig gestellt werden können.²

Nun regeln einzelne Landesregierungen (Sbg, Stmk) zumindest teilweise auch dort, wo sie rechtlich gar nicht dazu beauftragt/befugt sind, auf hoheitlichem Wege neben der Vertragsgestaltung und Fachaufsicht direkt die Kostenkalkulation, Abrechnung und Bilanzierung, also die betriebliche Gestion freier Wohlfahrtsträger. Sie tun dies mittels verordnungsmäßig festgelegten Entgeltsätzen, etwa im Bereich der Jugendwohlfahrt. Die dort etablierten Tagsätze begrenzen das „Entgeltniveau“ für die Abgeltung zu erbringender Dienstleistungen.

Derartige Arrangements werden durch die allgemeinen Parameter des Verwaltungshandelns (Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit) und entsprechende Kontrollkompetenzen gegenüber freien Wohlfahrtsträgern, welche als soziale Dienstleistungserbringer zugleich auch Empfänger von Steuergeldern sind, abgesichert. Zugleich aber steht die rechtliche Zulässigkeit dieser Vorgehensweise in Frage. Das zentrale Argument hierfür findet sich in Art 15 Abs 9 B-VG („lex Starzynski“), demnach die Bundesländer diese Kontrollkompetenzen als Annexmaterie des materiellen Wohlfahrtsrechts verstehen, welche zwar nicht in den jeweiligen Lan-

² Dies betrifft im übrigen auch die Kostentragung durch den Empfänger der Leistung. In seinem Erkenntnis 91/11/0147 vom 11.2.1992 gelangte der VwGH zur Auffassung, dass das JWG 1991 keine Regelung darüber enthält, dass über die Art und Weise der Kostentragung weiterhin im Verwaltungsweg zu entscheiden ist. Es kommt daher § 40 JWG 1989 zum Tragen, wonach auf Antrag des Jugendwohlfahrtsträgers das Pflugschaftsgericht (Vormundschaftsgericht) im Verfahren Außerstreitsachen entscheidet und hierbei der § 183 AußStrG sinngemäß anzuwenden ist. Dabei gehen die Behörden der Jugendwohlfahrtspflege bei der Festsetzung der Ersatzbeträge nicht fehl, wenn sie die Praxis der ordentlichen Gerichte in Unterhaltssachen als Richtschnur nehmen (Erk d VwGH 26.9.1984, 83/11/0093, 0095). Für eine bescheidförmige Festsetzung ist hier jedenfalls kein Raum.

desgesetzes (JWG, SHG, BHG) vorgesehen seien, vom Landesausführungsgesetzgeber aber selbständig geregelt werden könnten.³

Die zentrale in diesem Zusammenhang auftretende Frage ergibt sich in der Tat aus Art 15 Abs 9 B-VG („lex Starzynski“). Demnach sind die Länder im Bereich ihrer Ausführungsgesetzgebung befugt, die zur Regelung des Gegenstandes erforderlichen Bestimmungen auch auf dem Gebiet des Zivilrechts zu treffen. Eine Preisfestsetzung, wie sie in der Festsetzung einer höchstzulässigen Tagsatzes für eine zu definierende soziale Dienstleistung zu erblicken ist, ist allerdings eine Materie des besonderen Verwaltungsrechts. Diese ist explizit nicht von Art 15 Abs 9 B-VG umfasst. Zudem ist eine Gesetzgebungskompetenz der Länder im Bereich wirtschaftslenkender Regelungen gemäß Art 4 B-VG, der die Einheit des Wirtschaftsgebietes festschreibt, ausdrücklich ausgeschlossen. Denkbar wären Wirtschaftslenkungsmaßnahmen der Länder ausschließlich im Bereich derjenigen Güter und Dienstleistungen, die ihrer Beschaffenheit nach nicht für einen überregionalen Markt geeignet sind bzw. für die überregionale Marktabsatzchancen nicht gegeben sind.

Von der Textierung des Art 15 Abs 9 B-VG her können nur solche Regelungen erlassen werden, die mit der Hauptmaterie in einem „unerlässlichen“ Zusammenhang stehen (*Walter-Mayer*, Bundesverfassungsrecht⁶, Rz 270; *Grössing* 1996). Die Frage, ob ein Eingriff in die Kalkulationsgrundlagen eines selbständigen Unternehmens „unerlässlich“ ist, um etwa dem Auftrag des Grundsatzgesetzgebers zur Erlassung eines Jugendwohlfahrtsgesetzes zu entsprechen, kann verneint werden. Dies deshalb, weil der VfGH (VfSlg. 8989, 9580, 12284) wiederholt eine äußerst restriktive Interpretation des Kriteriums des „unerlässlichen Zusammenhangs“ iSd Art 15 Abs 9 B-VG vorgenommen hat.

Selbst wenn man zur (wohl kaum zu rechtfertigenden) Auffassung gelangen würde, dass einem Bundesland gemäß Art 15 Abs 9 B-VG die Kompetenz zukommt, ‚Annexmaterien‘ der Wohlfahrt im Sinne einer gewerberechtlichen Normierung oder im Sinne einer Wirtschaftslenkungsmaßnahme zu regeln, wäre das Land hier sowohl einem Sachlichkeitsgebot als auch einem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unterworfen. Beide Kriterien indizieren, dass nur ein sachlich rechtfert-

³ Diesem Argument ist entgegenzuhalten, dass sich das Adhäsionsprinzip des B-VG grundsätzlich nur auf das Verfahrensrecht und die Verwaltungspolizei (VfSlg. 6137; 9642), nicht aber auf die ergänzenden Gestaltung eines kompetentiellen Sachbereiches bezieht (*Walter-Mayer*, Verfassungsrecht, Rz 259).

tigungsfähiger Eingriff vorgenommen werden kann und dass dieser Eingriff im Verhältnis zum bundesrechtlichen Normenbestand verhältnismäßig sein muss.⁴

Im Ergebnis bedeutet dies, dass Art 15 Abs 9 B-VG den Ländern formalrechtlich gesehen keine Möglichkeit lässt, das privatrechtliche Austauschverhältnis zwischen ihnen als Wohlfahrtsträger und den privaten Leistungserbringern etwa auf dem Wege über Maßnahmen des hoheitlichen, besonderen Verwaltungsrechts, insbesondere der Preisfestsetzung oder der Vornahme wirtschaftslenkender Maßnahmen, zu steuern. Trotzdem verfolgen die Bundesländer mit abweichenden Schwerpunktsetzungen derartige Praktiken.

1.3.10. Zusammenfassung

Das (zivilrechtliche) Vertragsrecht ordnet die vertraglichen Austauschbeziehungen von Anbieter und Nachfragern auf (regulierten) sozialen Dienstleistungsmärkten vor. Beide Seiten (Financiers und Leistungserbringer) sind nicht in der Gestaltung ihrer Verträge nicht gänzlich frei. Vielmehr existieren einerseits spezifische Vor- und Nachwirkungen sowie Nebenpflichten aus bereits abgeschlossenen Verträgen. Andererseits zieht das allgemeine Vertragsrecht spezifische Schranken, etwa im Hinblick auf die Sittenwidrigkeit oder die Möglichkeit der einseitigen Abänderung von Vertragsinhalten. Schließlich bestimmt das Zivilrecht

⁴ In VfSlg 12151/1989 gelangt der VfGH zur Auffassung, dass ein Landesgesetzgeber in einer Angelegenheit, in der ihm dem Regelungsinhalt nach die Kompetenz zukommt, wenn und so weit er das Gebiet des Strafrechts betritt, dies nur aufgrund und nach Maßgabe des Art 15 Abs 9 B-VG tun kann. Zugleich ist der Landesgesetzgeber auf die geltende Bundesrechtslage verwiesen, hat etwa dieser Rechtslage entsprechende Zuständigkeiten, Verfahrensbestimmungen und Strafdrohungen vorzusehen. Begründend hat der VfGH in VfSlg. 8934/1980 ausgeführt, dass jede Regelung, womit der Landesgesetzgeber iSd Art 15 Abs 9 B-VG in dem Grunde nach dem Bund zugeordnete Kompetenzen eingreift, hier am Beispiel einer an eine strafgerichtliche Verurteilung geknüpften administrativ-rechtlichen Rechtsfolge, am Gleichheitsgebot orientiert und sachlich begründbar sein muss (im gleichen Sinn auch VfSlg. 10512/1985). Dieses Sachlichkeitsgebot hat der VfGH unter dem Blickwinkel des Gleichheitsgebotes mehrfach (VfSlg. 9901/1983, 10597/1985 und 10904/1986) bekräftigt. Im einzelnen hat es der VfGH als unzulässig angesehen, dass die im Landesrecht vorgesehenen Rechtsfolgen (hier: Strafdrohungen) nicht unverhältnismäßig im Sinne eines exzessiven Mißverhältnisses sein (VfSlg. 9901/1983; 10597/1985; 10904/1986) dürfen. An diesem Sachlichkeitsgebot hält der VfGH unverändert fest. Folge dieses Verhältnismäßigkeits- und Sachlichkeitsgebots wäre in jedem Falle, dass eine Regelung im Rahmen einer Adhäsion von Kompetenzen für den Rechtsnormunterworfenen nicht ungünstiger ausfallen darf als dies in denjenigen Rechtsmaterien der Fall ist, welche aufgrund der Kompetenzartikel der Art 10 - 12 B-VG erlassen wurden.

auch allgemeine Regeln zur Auflösung von Verträgen bzw. wie im vorliegenden Fall von Dauerschuldverhältnissen.

Fassen wir zusammen, dann ergeben sich aus dem vertraglichen Leistung-Entgelt-Verhältnis zwischen dem Land als öffentlichem Wohlfahrtsträger oder dem AMS und einem freien Wohlfahrtsträger als Leistungserbringer eine Reihe von selbständigen zivilrechtlichen Rechten und Pflichten. Deren Rechtswirkungen entstehen wie im Falle der vorvertraglichen „culpa in contrahendo“ als gesetzliches Schuldverhältnis, müssen also nicht gesondert vereinbart werden und sind prinzipiell jeder einseitigen Disposition entzogen. Dies gilt insbesondere auch dann, wenn einer der Vertragspartner als privatwirtschaftlich handelnde Gebietskörperschaft in Erscheinung tritt, weshalb diese privatrechtlichen Vertragswirkungen auch nicht durch hoheitlichen Akt (also: mit Bescheid) beseitigt werden können.

Damit ist auch die notwendige Abgrenzung gegenüber dem materiellen Wohlfahrtsrecht und dem Vergaberecht angezeigt: das materielle Wohlfahrtsrecht verpflichtet die öffentlichen Träger zu einer kontinuierlichen, qualitativ definierten Dienstleistungserbringung. In einzelnen Bereichen haben die KlientInnen sogar Rechtsansprüche auf die Erbringung dieser Dienstleistungen. Daneben verpflichtet auch das Privatrecht die Vertragspartner zu einer kontinuierlichen und transparenten Vertragsgestaltung und –abwicklung. Das Vergaberecht abstrahiert sowohl von wohlfahrtsrechtlichen als auch zivilrechtlichen Verpflichtungen. Einander gegenüber gestellt ergibt sich, dass der formalrechtliche Spielraum der öffentlichen Wohlfahrtsträger verhältnismäßig gering ist, willkürlich Vertragsverhältnisse etwa im Interesse einer kurzfristigen Kostenreduktion aufzulösen.

1.4. Wohlfahrtsrechtliche Rahmenbedingungen (Arbeitsmarktförderung)

Jede Befassung mit dem Vergaberecht und der Vergabe(rechtsanwendungs)praxis öffentlicher Wohlfahrtsträger muss zuvor klären, welche sachlichen Rahmenbedingungen der Vergabe durch das einschlägige Landeswohlfahrtsrecht gezogen werden. Diese Rahmenbedingungen nämlich geben vor, welche Dienste überhaupt einzurichten sind bzw. eingerichtet wurden, wie diese Dienste quantitativ und qualitativ beschaffen sein sollen und wie sie zu erbringen sind. Die Landesverwaltungen sind also gegebenenfalls nicht frei, soziale Dienste nach Gutdünken (oder nach budgetärer Mittelausstattung) zu gewähren oder nicht. Sie sind auch nicht frei, Dienste diskontinuierlich oder eben

kontinuierlich zu gewähren. Vielmehr gibt der wohlfahrtsrechtliche Rechtsbestand in vielen Fällen konkret vor, welche Dienste auf welche Weise sicherzustellen bzw. zu erbringen sind.

Im Einzelnen finden sich die wohlfahrtsrechtlichen Rahmenbedingungen sozialer Dienste in den Sozialhilfegesetzen, den Behindertengesetzen, den Jugendwohlfahrtsgesetzen der Bundesländer sowie dem AMFG. Selbst auf dieser Differenzierungsebene besteht noch immer eine Reihe föderaler Unterschiede. So regelt etwa das Burgenland die sozialen Dienste und Einrichtungen abgesehen von den einschlägigen Verordnungen im Altenwohn- und Pflegeheimgesetz, im Behindertengesetz, im Pflegegeldgesetz, im Sozialhilfegesetz, in der Bauverordnung und dem Jugendwohlfahrtsgesetz. Kärnten kennt zusätzlich zu den oben erwähnten Materien ein Heimhilfegesetz, die Steiermark ein Pflegeheimgesetz.

Die Bundesländer, im Weiteren aber auch das AMS verfügen über einschlägige sozialrechtliche Grundlagen, auf deren Basis die öffentliche Hand sozialwirtschaftliche Unternehmen mit der Erbringung sozialer Dienstleistungen betraut. Es handelt sich dabei vor allem um die Bereiche der Sozialhilfe, der Behindertenhilfe, der Jugendwohlfahrt sowie der arbeitsmarktpolitischen Maßnahmen im Rahmen der aktiven und innovativen Beschäftigungspolitik.

Die materiellrechtlichen Grundlagen sozialer Dienste finden sich dessen unbeschadet über das gesamte Wohlfahrtsrecht der Bundesländer hinweg in unsystematischer Weise verstreut. Sie sind im Kontext des Sozialhilfe-, Eingliederungshilfe- (Behindertenhilfe), Jugendwohlfahrts- und Heimrechts zu finden. Komplizierend tritt hinzu, dass einzelne Bundesländer (Nö, Ktn, Bgld) Sozial- und Behindertenhilfe in einem Rechtskörper (SHG) verknüpft haben. Nicht alle Bundesländer haben in ihren Leistungskatalogen, die wiederum Grundlage für die jeweilige Leistungserbringung bzw. Leistungsfinanzierung gegenüber den hilfebedürftigen Personen sind, soziale Dienstleistungen verankert. In Tirol etwa finden sich im SHG keine sozialen Dienste. Auch die Bewilligung von, die Aufsicht über sowie der Leistungsaustausch mit freien Wohlfahrtsträgern als Erbringern von Dienstleistungen ist signifikant unterschiedlich geregelt. Dies hat etwa mit der unterschiedlichen Aufbauorganisation der Sozialhilfe zu tun (Bundesländer mit Sozialhilfeverbänden regeln die Aufsicht anders als die Länder, in denen das Land alleiniger Träger der Sozialhilfe ist).

Das allgemeine Verhältnis zwischen Vergaberecht und Wohlfahrtsrecht lässt sich dahingehend kennzeichnen, dass letzteres materiellrechtliche Vorgaben im Hinblick etwa auf Leistungsinhalt und Kostenkalkulation formuliert, welche das Ver-

gabeverfahren inhaltlich strikt determinieren. Das bedeutet, dass die Länder bei allfälliger Leistungsvergabe einschlägige Bestimmungen zwingend zu befolgen haben. Insofern geben die Landesgesetze (mehr oder weniger) strikte Vorgaben etwa hinsichtlich der Standards von Verträgen zwischen Financiers und freien Wohlfahrtsträgern.

1.4.1. Sozialhilfe: soziale Dienste und Einrichtungen

Soziale Dienste der Sozialhilfe verkörpern im vorliegenden Zusammenhang Leistungen zur Befriedigung gleichartiger, regelmäßig auftretender, persönlicher, familiärer oder sozialer Bedürfnisse eines Menschen.

1.4.1.1. Arten sozialer Dienste in der Sozialhilfe

Als soziale Dienste der Sozialhilfe werden ambulante, mobile und stationäre bzw. teilstationäre Dienste unterschieden. Dabei hat der jeweilige Träger der Sozialhilfe, also das Land, unter Bedachtnahme auf die regionalen Bedürfnisse, die Bevölkerungsstruktur sowie die anerkannten wissenschaftlichen Erkenntnisse der einschlägigen Fachgebiete für die sozialen Dienste in einem wirtschaftlich vertretbaren Ausmaß vorzusorgen. Bei der Erfüllung dieser Vorsorgeverpflichtung kann sich der Träger der Sozialhilfe auch ausgewählter Einrichtungen der freien Wohlfahrtspflege sowie sonstiger geeigneter Einrichtungen und Organisationen bedienen. Zum Kernbereich sozialer Dienste zählen (mit Abweichungen zwischen den Ländern):

- Hauskrankenpflege;
- Hilfe zur Weiterführung des Haushaltes (Haushaltshilfe, Hilfe für alte Menschen, Betreuung von Pflegebedürftigen im Haushalt);
- Essen auf Rädern (Essenzustellung);
- Familienhilfe bzw. Einsatz von FamilienhelferInnen;
- Allgemeine und spezielle Beratungsdienste;
- Erholung für alte Menschen und Familien (gegebenenfalls auch für Behinderte);
- Wohnheime [für alte (und behinderte) Menschen];
- Pflegeheime (Pflegestationen), pflegegerechte Erstausrüstung von Altenheimen, Pflegeheimen und Pflegestationen;

- Einrichtungen zur Förderung geselliger Kontakte und zur Förderung der Teilnahme am kulturellen Leben;
- vorbeugende Gesundheitshilfe;
- Vorsorge für die Schaffung von Einrichtungen zur Durchführung von Krankentransporten.

In Oö gilt ferner die Hilfe zur Arbeit (Sozialhilfearbeit), dann aber auch die Bereitstellung von Notschlafstellen / Obdachlosenunterkünften und Frauenhäusern⁵ als sozialer Dienst. Schließlich gilt in mehreren Bundesländern auch die Schuldnerberatung durch geeignete Einrichtungen als dezidiert anzubietender sozialer Dienst, wobei auf die bevorrechteten Schuldnerberatungsstellen⁶ hingewiesen wird. In Tirol gelten die sozialen Dienste als Teil der Hilfe in besonderen Lebenslagen. Die Stadt Innsbruck hat die sozialen Dienste im eigenen Wirkungsbereich im Rahmen des Innsbrucker Sozialfonds (Innsbrucker Soziale Dienste GmbH) geregelt, der zugleich die Aufgaben des Sozial- und Gesundheitsprengels Innsbruck wahrnimmt.

1.4.1.1.1. Ambulante Dienste

Unter ambulanten Diensten verstehen die SHGe jene, die aufgrund ihrer Beratungs-, Pflege- und Betreuungsleistung (wobei der Klient den Ort der Leistung aufsucht; etwa bei Maßnahmen zur Tagesstrukturierung, Tagesbetreuung und Kurzzeitunterbringung oder bei Nutzung eines Notruftelefons) einerseits soziale Probleme abfedern (Sozialberatung), andererseits eine stationäre Unterbringung vermeiden oder verzögern. Die hier zur Rede stehenden Dienste werden im Regelfall in den Räumlichkeiten einer Beratungs- oder Betreuungseinrichtung erbracht.

1.4.1.1.2. Mobile Dienste

Unter mobilen Diensten verstehen die SHGe das Gesamt jener Einrichtungen, welche hilfsbedürftigen Menschen durch Betreuung, Pflege oder Beratung vor Ort den Verbleib im eigenen Wohnbereich ermöglichen und dadurch eine stationäre

⁵ = Zurverfügungstellung vorübergehender, die Anonymität wahrender Wohnmöglichkeiten für Hilfebefürftige und deren minderjährige Kinder zur Bewältigung der Gewalterfahrungen und zur Erarbeitung neuer Lebensperspektiven.

⁶ Art. XII der Einführungsverordnung zur Konkurs-, Ausgleichs- und Anfechtungsordnung.

Unterbringung erübrigen. Der Begriff „ambulant“ versteht sich also grundsätzlich als komplementär zum Begriff „stationär“.

Einige SHGe untergliedern den Begriff der ambulanten und mobilen Dienste taxativ weiter in einzelne Leistungsbereiche, nämlich in 1. Hilfen zur Weiterführung des Haushaltes und zur persönlichen Assistenz (Essen auf Rädern); 2. pflegerische Dienste (Hauskrankenpflege); 3. therapeutische Dienste; 4. allgemeine Beratungsdienste sowie 5. psychosoziale Dienste.

1.4.1.1.3. Teilstationäre Dienste

Teilstationäre Dienste sind Einrichtungen zur Unterbringung, Betreuung und Aktivierung von pflegebedürftigen Menschen oder Menschen mit besonderen Bedürfnissen während eines Teiles des Tages oder während der Nachtzeit. Sie umfassen insbesondere geriatrische Tageszentren, Tagesstätten für ältere Menschen und Tagesstätten für Menschen mit besonderen Bedürfnissen.

1.4.1.1.4. Stationäre Dienste

Stationäre Dienste verkörpern im Regelfall Einrichtungen zur dauernden bzw. vorübergehenden Unterbringung, Versorgung, aktivierenden Betreuung und Pflege überwiegend betagter, pflegebedürftiger oder Menschen mit besonderen Bedürfnissen, die nicht oder nicht mehr in der Lage sind, selbstständig einen eigenen Haushalt zu führen und denen die notwendige Hilfe weder im familiären Bereich noch durch teilstationäre oder ambulante Dienste ausreichend oder zufriedenstellend geboten wird (werden kann). Es werden hier also auch stationäre Einrichtungen zu den sozialen Diensten gezählt (Pensionisten- und Pflegeheime; Wohnhäuser für Menschen in außergewöhnlichen Notsituationen, Pflegeeinheiten). Empfänger dieser stationären Dienstleistungen sind grundsätzlich nur jene Personen, die nicht oder nicht mehr in der Lage sind, selbstständig einen eigenen Haushalt zu führen und denen die notwendige Hilfe weder im familiären Bereich noch durch mobile oder ambulante Dienste ausreichend oder in zufriedenstellender Weise geboten werden kann. Stationäre Dienste gliedern sich in Altenwohn- und Pflegeheime sowie Wohnmöglichkeiten für alte und/oder behinderte Menschen.

1.4.1.2. Grundsätze sozialer Dienste

Die Einrichtung und der Betrieb sozialer Dienste stehen wie erwähnt nicht in der beliebigen Disposition der Landesverwaltungen. Vielmehr haben die Träger der Sozialhilfe haben unter Bedachtnahme auf die regionalen Bedürfnisse, die Be-

völkerungsstruktur, die anerkannten wissenschaftlichen Erkenntnisse und die Sozialplanung die sozialen Dienste in einem wirtschaftlich vertretbaren Ausmaß sicherzustellen und den Hilfe Suchenden auch eine Wahlmöglichkeit zwischen den angebotenen Diensten einzuräumen.

1.4.1.2.1. Vorrangregelung

Bei der Besorgung dieser Aufgaben sind 'de lege lata' bestehende (!) Einrichtungen, die solche Dienste erbringen, soweit möglich, zweckmäßig und wirtschaftlich heranzuziehen. Leistungen an Träger von derartigen Einrichtungen können nur erbracht werden, wenn die Träger und Einrichtungen den Grundsätzen dieses Gesetzes sowie der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit entsprechen. Der Gesetzgeber hat also keinen unbedingten Vorrang der Betrauung der Aufgaben sozialer Dienste mit freien Trägern formuliert. Ob freie Wohlfahrts-träger betraut werden liegt nach der Prüfung geltender Kriterien im Ermessen der Landesverwaltung. Allerdings trifft die jeweilige Landesregierung eine Sicherstellungs- bzw. Vorhaltepflcht. Sie muss also bestimmte Dienste dem Grunde nach anbieten - kann dies allerdings selbst tun oder einen Dritten (freien Wohlfahrts-träger) damit betrauen. Darüber hinaus kennen die Bundesländer besondere Regelungen: in Sbg etwa kann ein sozialer Dienst die Bedeckung von Bedürfnissen der Hilfesuchenden durch Maßnahmen (Projekte) vornehmen, soweit diese Maßnahmen für den Träger der Sozialhilfe kostengünstiger als die Erbringung von Einzelleistungen, wirtschaftlich vertretbar oder als Individualleistungen nicht möglich sind.

1.4.1.2.2. Anerkennung und Bewilligung

Mobile und ambulante Dienste bedürfen im Regelfall keiner förmlichen Bewilligung bzw. Anerkennung. Nur Einrichtungen und Organisationen der ambulanten Pflege durch Dienste (pflegerische Dienste) oder der teilstationären bzw. stationären Pflege bedürfen einer solchen Bewilligung nach einschlägigen Bestimmungen der Landesgesetze. Allenfalls bedürfen sie darüber hinaus, nämlich im Falle einer stationären Einrichtung, einer zusätzlichen Bewilligung nach den Bestimmungen des jeweiligen Altenwohn- bzw. Pflegeheimgesetzes.

Keiner Bewilligung bedarf jedenfalls auch die Inanspruchnahme von Einrichtungen, die nach anderen landesgesetzlichen Vorschriften betrieben werden. Das ist etwa der Fall bei Heim- und Einzelpflegeplätzen nach einem Jugendwohlfahrtsgesetz, beim Betrieb von Geschäftszentralen mobiler Dienste oder bei ambulanten Betreuungseinrichtungen.

1.4.1.2.3. Beziehungen der Länder zu privaten Leistungserbringern

Die Länder haben (oder: können – je nach Bundesland) als öffentliche Träger der Sozialhilfe zur Erfüllung ihrer Aufgaben private Träger der freien Wohlfahrt zur Erfüllung öffentlicher Sozialhilfeaufgaben einzuladen, sofern sie hierzu geeignet sind.

Die regelmäßige Betrauung eines Trägers der freien Wohlfahrt mit Aufgaben der Sozialhilfe erfolgt auf Grund der Sozialplanung und Qualitätsstandards (fachliche Ausrichtung) des jeweiligen Landes. Diese geben Kriterien für die Eignung vor. Dies setzt im Regelfall den Abschluss schriftlicher Vereinbarungen voraus. Diese schriftlichen Vereinbarungen haben (für sämtliche Dienste/Einrichtungen) folgende Elemente zu beinhalten:

1. Gegenstand, Art und Umfang der zu erbringenden Leistung;
2. Leistungsstandards;
3. Qualifikationen des eingesetzten Personals einschließlich Fortbildung und Supervision;
4. Leistungsentgelt;
5. Dokumentation und Berichtswesen;
6. Qualitätsentwicklung und –sicherung;
6. Informationspflicht gegenüber dem hilfebedürftigen Menschen;
7. Mitwirkungspflicht an Evaluation und Controlling;
8. Planung und Koordinationsmaßnahmen;
9. Kündigungsgründe und Fristen.

Das zu vereinbarende Entgelt hat kostendeckend zu sein und gegebenenfalls einen angemessenen Beitrag zum Verwaltungskostenaufwand des Leistungserbringers zu beinhalten. Die jeweilige Landesregierung (s.v.a.: Nö, Oö, Sbg) kann durch Verordnung festlegen, welche Kostenfaktoren bei der Kalkulation kostendeckender Entgelte sowie als Verwaltungskosten zu berücksichtigen sind. Das Entgelt kann auch pauschaliert bemessen werden, wenn dies im Interesse einer Verwaltungsvereinfachung zweckmäßig ist.

Die Vertragskündigung einer Vereinbarung ist jederzeit bei Verletzung der Vereinbarung sowie bei Verletzung von arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften möglich. Enthält die Vereinbarung keine weiteren Bestimmungen über die Kündigung, so ist diese zum Jahresende unter Einhaltung einer viermo-

natigen Kündigungsfrist möglich. Ausgenommen von dieser Regelung sind nur ambulante Dienste, die auf Grundlage jeweiliger Landes-Durchführungsrichtlinien erbracht werden.

Zwischen sozialwirtschaftlichen Dienstleistungserbringern und öffentlichen Finanziers kann ein Leistungsvertrag über mobile Dienste ohne Formbindung und zwingende Vorausleistungen abgeschlossen werden. Bei Leistungsverträgen über stationäre Einrichtungen und Pflegedienste ist allerdings zuvor die bescheidförmige Anerkennung und Feststellung der Eignung der jeweiligen Einrichtung erforderlich. Für die Unterbringung von Hilfebedürftigen in anerkannten Heimen ist in einigen Bundesländern (Oö) der Abschluss einer Vereinbarung nicht erforderlich.

Die Länder dürfen als Träger der Sozialhilfe daneben die freie Wohlfahrt nach Maßgabe der hierfür zur Verfügung stehenden Haushaltsmittel fördern (Subventionsvergabe zuzüglich Tagsatz). Diese Förderung kann auch einen angemessenen Beitrag zur Errichtung, Aus- oder Umgestaltung von teilstationären und stationären Einrichtungen umfassen, mit denen eine Träger-Vereinbarung (Vertrag) geschlossen wird.

In mehreren SHGen können überhaupt nur Kosten für jene Leistungen seitens des Sozialhilfeträgers übernommen werden, die durch vertraglich anerkannte Einrichtungen und Organisationen erbracht wurden.

1.4.1.2.4. Kein Rechtsanspruch

Auf Leistungen der mobilen und ambulanten sozialen Dienste besteht kein Rechtsanspruch, da die Länder diese Dienste als Träger von Privatrechten erbringen. Anders bei der stationären Heimunterbringung, auf welche im Regelfall ein Rechtsanspruch besteht.

In einigen Bundesländern (Sbg) können die betreuten Personen im Rahmen der Hauskrankenpflege und Haushaltshilfe den Leistungserbringer unter den rechtmäßigen Anbietern dieser Dienste nach deren örtlichen Gegebenheiten und Möglichkeiten frei wählen. Die Leistungen der Familienhilfe sind jedenfalls durch dazu ausgebildete Familienhelferinnen und Familienhelfer zu erbringen.

1.4.1.2.5. Eigenleistung

Gegebenenfalls können Zuschüsse der Länder zu Dienstleistungen (Hauskrankenpflege, Haushaltshilfe, Familienhilfe) von einer zumutbaren Beitragsleistung des Hilfeempfängers (und seiner unterhaltspflichtigen Angehörigen) abhängig

gemacht werden. Hierzu wurden interne Richtlinien seitens der Länder erlassen. Dabei sind freilich die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse angemessen zu berücksichtigen. Die Höhe der Zuschussleistung ergibt sich aus der Differenz zwischen den vom Sozialhilfeträger anerkannten Kosten der Dienste und der zumutbaren Eigenleistung unter Zugrundelegung des jeweiligen Leistungsausmaßes im Kalendermonat. Die Zuschussleistung erfolgt in Form von monatlichen Geldleistungen. Der Restbetrag ist vom Leistungserbringer selbst einbringlich zu machen.

Dies gilt im Regelfall für die Inanspruchnahme sämtlicher Dienste ausgenommen der allgemeinen Beratungsdienste sowie der psychosozialen Dienste. Besteht Anspruch auf Pflegegeld nach dem Bundespflegegeldgesetz oder nach dem jeweiligen Landes-Pflegegeldgesetz, so sind Beitragsleistungen bis zur Höhe dieses Pflegegeldes jedenfalls zumutbar, sofern selbiges nicht zur Deckung eines sonstigen allfälligen Pflegeaufwandes erforderlich ist.

1.4.1.2.6. Qualitätsstandards

Die Länder legen im Regelfall Grundsätze bzw. Standards für die Leistungserbringung fest. So sind etwa die Leistungen der Hauskrankenpflege, Haushaltshilfe und Familienhilfe nach allgemein anerkannten fachlichen Standards unter Berücksichtigung folgender Grundsätze zu erbringen: 1. Achtung der Menschenwürde, 2. Heranziehung und Förderung der individuellen Fähigkeiten, 3. Berücksichtigung der besonderen Lebenssituation und Nutzung der persönlichen Ressourcen. Hauskrankenpflege hat überdies zwischen beratender, aktivierender, reaktivierender und palliativer Pflege zu unterscheiden.

1.4.1.3. Stationäre Einrichtungen der Sozialhilfe

Für stationäre Einrichtungen der Sozialhilfe gelten besondere Regelungen. Pflegerische Dienste, teilstationäre Dienste sowie stationäre Dienste/Einrichtungen bedürfen zu ihrer Errichtung, aber auch zu ihrem Betrieb einer zweifachen Bewilligung durch die jeweilige Landesregierung für Errichtung und Inbetriebnahme. Ausgenommen von dieser Bewilligungspflicht sind solche Einrichtungen, deren Errichtungs- und Betriebsvoraussetzungen in anderen Gesetzen geregelt sind.

Stationäre Einrichtungen dienen Personen mit psychosozialen Betreuungsbedarf (Heime für psychisch Behinderte, Alkohol- oder Drogenabhängige) sowie Personen, die auf Grund ihrer altersbedingten Betreuungs- und Hilfebedürftigkeit Unterkunft, Verpflegung und die erforderliche Betreuung und Hilfe erhalten (Alten- und Pflegeheime). In Heimen sind bei Bedarf Möglichkeiten für die Vernetzung

und Koordinierung sozialer Dienste zu schaffen. Für die Inanspruchnahme von Heimen sind vom Rechtsträger kostendeckende Entgelte festzusetzen.

Die Landesregierung hat nach Bedarf durch Verordnung Näheres über folgende Regelungsbestandteile zu erlassen:

1. die bei der Kalkulation kostendeckender Entgelte zu berücksichtigenden Kostenfaktoren;
2. die zu Vergleichszwecken auf einheitlichen Begriffsbestimmungen beruhenden Kalkulationsgrundlagen;
3. die zu führenden Aufzeichnungen und deren Auswertungen .

1.4.1.3.1. Errichtungsbewilligung

Die Unterbringung Hilfebedürftiger in Heimen (stationären Einrichtungen), die nicht selbst von einem öffentlichen Träger sozialer Hilfe betrieben werden, setzt die bescheidmäßige Anerkennung durch die Landesregierung über Antrag des Heimträgers voraus. Die Errichtungsbewilligung zur Errichtung einer teilstationären oder stationären Einrichtung kann vom jeweiligen Land nur unter folgenden Voraussetzungen erteilt werden:

1. Beleg des Bedarfes im Hinblick auf den angegebenen Einrichtungszweck auf Grundlage der Daten der Sozialplanung des Landes;
2. Nachweis des Eigentumsrechtes oder sonstigen Rechtes zur Benützung der für die Einrichtung in Betracht kommenden Anlage;
3. Nachweis der Möglichkeit fachgerechter Hilfe in einem baulich und ausstattungsmäßig entsprechenden Gebäude;
3. Vorlage einer baubehördlichen Bewilligung zur entsprechenden Bauführung;
4. Nachweis der zivilrechtlichen Grundlagen und finanziellen Ressourcen zur Errichtung und zum Betrieb der Einrichtung;
5. Nachweis der hinreichenden Anzahl, der geeigneten Qualifikation und Funktion des für die Einrichtung vorgesehenen Personals mit einem geeigneten Raum- und Funktionsprogramm.

Dem Antrag auf Erteilung der Bewilligung zur Errichtung einer teilstationären oder stationären Einrichtung sind im Regelfall folgende Angaben beizulegen:

1. Personenkreis, für den die Sozialhilfeeinrichtung bestimmt ist;
2. Höchstzahl der zu betreuenden Personen;

3. Aufstellung, welche Betreuungs-, Pflege- oder Rehabilitationsmaßnahmen vorgesehen sind;
4. planlich und beschreibungsmäßig dargestelltes Raum- und Funktionsprogramm;
5. Aufstellung des für die Sozialhilfeeinrichtung bei Vollauslastung vorgesehenen Personals
6. Funktion und Ausbildung des Personals;
7. Finanzierungsplan über die Errichtungs- und Ausstattungskosten;
8. Nachweis über die Durchführung des erforderlichen baubehördlichen Verfahrens;
9. Gutachten über das Vorliegen eines ausreichenden Brandschutzes;
10. Strafregisterauskunft des Antragstellers.

Der Antrag kann gegebenenfalls auch ohne mündliche Verhandlung zurückzuweisen werden, etwa wenn der Bewilligungswerber (bei einer juristischen Person eines der zur Vertretung nach außen bestimmten Organe) wegen einer gerichtlich strafbaren Handlung rechtskräftig verurteilt wurde oder wenn angenommen werden muss, dass die Bewilligung missbraucht werden könnte.

1.4.1.3.2. Betriebsbewilligung

Von der Errichtungs- ist die nachfolgende Betriebsbewilligung zu unterscheiden. Die Bewilligung zum Betrieb einer teilstationären oder stationären Einrichtung (oder eines Pflegedienstes) ist über Antrag mit schriftlichem Bescheid zu erteilen, wenn

1. die Behörde anlässlich eines Augenscheines und einer mündlichen Verhandlung festgestellt hat, dass die Ausführung der Sozialhilfeeinrichtung gemäß der erteilten Errichtungsbewilligung erfolgt ist;
2. eine fachlich geeignete Person für die Leitung der Sozialhilfeeinrichtung bestellt wurde;
3. ausreichend und entsprechend ausgebildetes und geeignetes Personal - bezogen auf den zu betreuenden Personenkreis und die vorgesehenen Betreuungs-, Pflege- oder Rehabilitationsmaßnahmen - für den Betrieb der Sozialhilfeeinrichtung zur Verfügung steht;

4. die für den inneren Betrieb der Sozialhilfeeinrichtung erforderliche Hausordnung, welche in groben Zügen den Tagesablauf, das Therapie- und Betreuungsangebot und die personelle Verantwortlichkeit wiederzugeben hat, vorliegt;
5. die allenfalls erforderliche baubehördliche Benützungsfreigabe oder -bewilligung vorliegt.

Die jeweiligen Landesregierungen haben durch Verordnung Mindestanforderungen über die baulichen Voraussetzungen, die Ausstattung und die Größe der Gebäude und Räume sowie die zur Sicherung einer fachgerechten Sozialhilfe notwendigen therapeutischen und personellen Voraussetzungen zu regeln. Die Festlegung der Mindestanforderungen hat differenziert nach der Anzahl der hilfebedürftigen Menschen sowie nach den Betreuungserfordernissen (Pflegeheim, Wohnheim für Menschen mit besonderen Bedürfnissen, Notschlafstellen etc.) der hilfebedürftigen Menschen zu erfolgen.⁷

1.4.1.4. Fachaufsicht

Stationäre Sozialhilfeeinrichtungen, die nicht vom jeweiligen Land selbst betrieben werden, unterliegen der Aufsicht der Landesregierung, die damit im Einzelfall auch die örtlich zuständige Bezirksverwaltungsbehörde beauftragen kann. Zweck der Fachaufsicht ist es, sicherzustellen, dass Pflegeheime und Wohnheime nach Führung und Ausstattung den technischen, organisatorischen, personellen und hygienischen Erfordernissen einer fachgerechten Sozialhilfe entsprechen. Personen, die mit der Durchführung der Aufsicht beauftragt sind, ist der Zutritt jederzeit zu gestatten, jede zur Überwachung erforderliche Auskunft zu erteilen und die Einsichtnahme in die erforderlichen Unterlagen zu gestatten. Der Zutritt ist in begründeten Einzelfällen auch während der Nachtzeit zulässig.

Ergibt sich bei der Kontrolle, dass Bescheidaufgaben nicht fristgerecht erfüllt wurden, so hat die Landesregierung dem Verpflichteten die Erfüllung jeweiliger Aufgaben unter Setzung einer angemessenen Nachfrist aufzutragen. Bei Gefahr im Verzug sind die erforderlichen Maßnahmen zum Schutz der betreuten Personen auf Kosten des Trägers der Einrichtung von der Landesregierung zu treffen. Er-

⁷ Wien etwa regelt in § 22 WSHG auch die Heimordnung stationärer Einrichtungen minutiös. Diese hat Bestimmungen über Aufnahme und Entlassung von Heimbewohnern, Verhaltensauflagen für Bewohner, Befugnisse des Personals, die Heimvertretung, Mitwirkungsmöglichkeiten der Bewohner, den ordnungsgemäßen Betrieb und die Betreuung zu enthalten. Die Landesregierung prüft die Einhaltung der Heimordnung im Rahmen der behördlichen Aufsicht.

gibt sich nach der Erteilung der Bewilligung zum Betrieb einer Sozialhilfeeinrichtung, dass ein den Bestimmungen dieses Gesetzes entsprechender Betrieb trotz Einhaltung der vorgeschriebenen Auflagen nicht gewährleistet ist, so hat die Landesregierung die erforderlichen anderen oder zusätzlichen Auflagen vorzuschreiben.

Die Betriebsbewilligung ist zu entziehen, wenn die Voraussetzungen, die zur Erteilung der Bewilligung maßgeblich waren, weggefallen sind, oder festgestellte Mängel nicht fristgerecht behoben bzw. Bescheidauflagen nicht fristgerecht erfüllt wurden und dadurch die Wahrung der Interessen und Bedürfnisse der betreuten Personen, insbesondere deren Betreuung, nicht mehr gesichert ist oder daraus eine Gefahr für Leben und Gesundheit oder eine Verletzung der Menschenwürde entsteht.

1.4.1.4.1. Mindestanforderungen an stationäre Einrichtungen

Einzelne Landesregierungen haben umfängliche Verordnungen erlassen, in welchen Mindestanforderungen betreffend die baulichen Voraussetzungen, die Ausstattung und Größe der Gebäude und Räume sowie die zur Sicherung einer fachgerechten Sozialhilfe notwendigen therapeutischen und personellen Voraussetzungen in Wohn- und Tagesheimen (nach den SHGen) geregelt werden. Die Einhaltung dieser Mindestanforderungen ist Gegenstand der Fachaufsicht.

In diesen Verordnungen werden detailliert bauliche Voraussetzungen (Dienstzimmer, Bodenbeläge, Hygienestandards, Begehbarkeit, Beleuchtung etc.) für Wohnheime und Tagesheimstätten aufgelistet, werden die Qualifikation des Personals sowie der Leitung und schließlich auch Betreuungsschlüssel (Personalschlüssel) geregelt.

In Wien etwa sind darüber hinaus auch gemäß § 14 Abs 1 WSHG Elemente der Hausordnung von Einrichtungen für Obdachlose geregelt wie etwa Bestimmungen über das Verhalten der Untergebrachten, Befugnisse des Personals, Betriebsbestimmungen, Benützungsregelungen sowie das Benützungsentgelt.

1.4.1.5. Koordination sozialer Dienste

In einigen Bundesländern (Ktn, Trl, VlbG) werden die sozialen Dienste von Sozialspengeln koordiniert. So regelt etwa § 33 KSHG, dass Leistungen der Hauskrankenpflege, der Hilfe zur Weiterführung des Haushaltes einschließlich der Hilfsdienste "Essen auf Rädern" und Familienhilfe, der allgemeinen und speziellen Beratungsdienste (psychosoziale Dienste und allgemeine Gesundheitsbera-

tung), zur Erholung für alte Menschen, Wohnheime für alte (und behinderte) Menschen, Pflegeheime und Pflegestationen, Hilfe für alte Menschen, therapeutische Dienste wie Physiotherapie oder Logopädie jedenfalls seitens der Sprenkel zu koordinieren sind.

Die Koordination umfasst nicht nur die Erhebung des Bedarfes nach sozialen Diensten, sondern auch die Abstimmung der Bedarfsdeckung, wobei insbesondere eine Über- oder Unterversorgung festzustellen und Initiativen zu einer ausgeglichenen Versorgung zu setzen sind. Hierzu gehört auch die Vorlage von Kosten- und Leistungsvergleichen für soziale Dienste von einzelnen Anbietern, soweit diese einverstanden sind.

Andere Bundesländer wie Oö sehen eine zentrale Aufgabe der Sozialplanung in der Steuerung der Zusammenarbeit der öffentlichen und freien Träger sozialer Hilfe.

1.4.1.6. Finanzierung sozialer Dienste

Im Vergleich zwischen den Bundesländern findet sich ein breites Spektrum unterschiedlicher Finanzierungsmodi. So werden etwa in Kärnten gemäß § 40 KSHG freie Träger vom Land als Träger von Privatrechten nach Maßgabe des Voranschlages primär durch die Gewährung von Zuschüssen (Subventionen) gefördert, wenn die Voraussetzungen für den Abschluss einer Vereinbarung nach § 56 Abs 4 und 5 leg.cit. vorliegen. Auf die Gewährung dieser Förderung besteht allerdings kein Rechtsanspruch. Hier liegt das Schwergewicht auf den Subventionen und der damit ermöglichten politischen Gestaltungsleistung. In anderen Bundesländern liegt es auf den Tagsätzen.

In Sbg hat die Landesregierung die Erbringung von sozialen Diensten unter Gewährung von Zuschussleistungen des Sozialhilfeträgers durch Verordnung näher zu regeln. Zu diesem Zweck sind die einzelnen Leistungen, ihr jeweiliges Ausmaß sowie die Voraussetzungen und die Bemessung der Zuschussleistungen festzulegen. Dabei ist den Bedürfnissen der in Betracht kommenden Personen unter sparsamem, wirtschaftlichem und zweckmäßigem Mitteleinsatz Rechnung zu tragen. Die Höhe der Zuschussleistungen richtet sich nach dem Einkommen und einem allfälligen Pflegegeldbezug unter Abzug notwendiger Aufwendungen. Sie ist durch die Differenz der vom Sozialhilfeträger anerkannten, durch Verordnung festgelegten Kosten des Dienstes und der sozial gestaffelten Eigenleistung des Hilfe Suchenden begrenzt. Das Leistungsentgelt für den Träger wird damit indirekt auch durch die Richtlinie geregelt.

Wie detailliert diese Vorgaben erfolgen können sei kurz am Beispiel der Sbg „Soziale Dienste-Verordnung“ erläutert, welche das jeweilige Leistungsausmaß zwingend festlegt:

1. Hauskrankenpflege und Haushaltshilfe: Leistungsausmaß besteht aus der Summe der Betreuungseinheiten für jeweils exakt festgelegte Leistungen und der Wegzeitpauschalen je Kalendermonat und Haushalt. Eine Betreuungseinheit umfasst 50 Minuten. Bestimmte Leistungen sind mit einer Stunde pro Woche begrenzt. Die Wegzeitpauschale beträgt 20 Minuten pro Einsatz;

2. Familienhilfe: Leistungsausmaß besteht aus der Summe der Betreuungsstunden für ordnungsmäßig festgelegten Leistungen nach je Kalendermonat und Haushalt. Für Aufenthalte in der Familie in der Zeit von 20:00 bis 6:00 Uhr werden je Aufenthalt drei Betreuungsstunden zusätzlich angerechnet. Leistungen an Samstagen, Sonntagen und Feiertagen sind auf das unbedingt erforderliche Ausmaß zu beschränken. Leistungen der Hauskrankenpflege und Haushaltshilfe sind monatlich pro Haushalt mit 100 Stunden begrenzt. Zur Vorbereitung einer stationären Aufnahme in eine Pflegeeinrichtung kann für Personen, die eine besondere Betreuung benötigen, das Ausmaß einmal für höchstens drei Monate um bis zu 20 Stunden je Monat erhöht werden. Familienhilfe wird, ausgenommen in besonders begründeten Fällen (etwa bei schwerer Krankheit der Betreuungsperson), im Ausmaß von höchstens einem Monat gewährt.

1.4.1.6.1. Obergrenzenverordnung

Die Länder beschränken die möglichen Kosten der stationären Unterbringung durch sog. „Obergrenzenverordnungen“ (Sbg, Stmk), welche die für Leistungsentgelte bei Unterbringung in einer stationären Einrichtung „deckeln“ und zugleich zwingende Kalkulationsregeln festschreiben. Für an AIDS erkrankte Heimbewohner und psychisch kranke Personen, die besonderer Pflege und Betreuung durch besonders qualifiziertes Personal bedürfen, gebühren gesonderte Zuschläge.

Die geregelten Obergrenzen der Leistungsentgelte beziehen sich auf die Kosten für Unterkunft, Verpflegung sowie für Pflege und Betreuung. Leistungen, die darüber hinaus dem persönlichen Bedarf des Bewohners dienen, wie z. B. professionelle Fuß- oder Haarpflege, Massagen, therapeutische Leistungen, sowie die Teilnahme an externen Veranstaltungen und die Beschaffung von Bekleidung gelten als nicht mit dem Tagsatz (Verpflegungssatz) abgegolten.

Kosten für Unterbringung und Verpflegung sind abgestuft nach Ausstattung der Einrichtung, Bewohner, Tag und Bett zu verrechnen. Ausstattungsmerkmale ergeben sich aus Bettenanzahl im Zimmer, Naßzellen (Waschbecken, Dusche, Badewanne), Raumgröße, WC, Stationsbad, Balkon, Terrassenzugang, Aufenthaltsraum, Cafeteria, Aufzug (Treppenaufzug, rollstuhlgerechter Aufzug, Bettenaufzug), Grünfläche, Anzahl der Zu- und Ausgänge, Gänge, Rufanlagem Pflegebettenausstattung, Telephonanschluss, Handläufe, Zimmerausstattung, Beleuchtung, örtlicher Standort der Einrichtung, Wirtschaftsraum, Pflegestützpunkt, Küche, Verwaltungsräume, Teeküche, Brandschutzmaßnahmen, Speiseplan, Bewohnerververtretung usf.

1.4.2. Behindertenhilfe: soziale Dienste und Einrichtungen

Die sozialen Dienste und Einrichtungen der Behindertenhilfe sind großteils analog zu jenen der Sozialhilfe geregelt. Einzelne Länder wie Nö und Ktn regeln die Behindertenhilfe im Kontext der Sozialhilfe. Die Typologie der Bundesländer ist ebenso wie die Funktionsbezeichnungen einzelner Hilfeformen und –arten uneinheitlich. Die Behindertenhilfe hat grundsätzlich die Aufgabe, Personen, die auf Grund ihres Leidens oder Gebrechens nicht in der Lage sind, aus eigener Kraft zu einer selbständigen Lebensführung zu gelangen, nach Maßgabe dieses Gesetzes Hilfe angedeihen zu lassen. Die Behindertenhilfe umfasst grob verallgemeinert die Eingliederungshilfe sowie die besonderen sozialen Dienste für Behinderte. Auf die Eingliederungshilfe besteht ein Rechtsanspruch; auf besondere soziale Dienste nicht. Ebenso wenig besteht ein Anspruch auf eine bestimmte Art der Hilfeleistung.

1.4.2.1. Vorhalteverpflichtung und Vorrangregelung

Sofern Einrichtungen der Eingliederungshilfe nicht zur Verfügung stehen und sofern auch gleichartige Einrichtungen in anderen Bundesländern nicht in Anspruch genommen werden können, hat das Land nach Bedarf den Bestand solcher Einrichtungen in wirtschaftlich vertretbarem Ausmaß sicherzustellen. Leistungen der Behindertenhilfe sind von qualifiziertem Personal zu erbringen. Die Einrichtungen der freien Wohlfahrtspflege sind zur Mitarbeit in der Behindertenhilfe heranzuziehen, soweit sie dazu geeignet und bereit sind.

Die Hilfeleistungen werden mobil, ambulant, teilstationär, stationär bzw. auch als Geldleistungen erbracht. Solange eine mobile Betreuung möglich ist, ist dieser der Vorrang zu geben, sofern die Kosten der mobilen Betreuung die Kosten einer

stationären oder teilstationären Unterbringung nicht übersteigen. Eine befristete Zuerkennung von Leistungen ist zulässig.

1.4.2.2. Arten sozialer Dienste der Eingliederungshilfe

Auch die Eingliederungshilfe, welche neben den besonderen Dienstleistungen gewährt wird, umfasst soziale Dienstleistungen. Die Struktur der Dienstleistungen folgt dabei im Wesentlichen der inneren Gliederung der Eingliederungshilfe (medizinisch, beruflich, sozial, pädagogisch). Als Dienstleistungen der Eingliederungshilfe werden etwa Frühförderung, Hilfen zur Lebensführung, Hilfen durch Pflege und Betreuung (mobile und ambulante Therapie), persönliche Hilfe und Beratungsleistungen sowie Hilfe zum Wohnen erbracht.

Im Kern der Dienste der Eingliederungshilfe steht die Hilfe durch ambulante und mobile Pflege und Betreuung. Behinderten Menschen, die auf Grund ihrer Leiden oder Gebrechen bzw. Sinnesbehinderungen nicht in der Lage sind, die lebensnotwendigen wiederkehrenden Verrichtungen alleine zu besorgen, ist - nach Anhörung des behinderten Menschen - Hilfe durch ambulante und mobile Pflege und Betreuung zu gewähren, sofern nicht eine zumutbare Unterbringung in Einrichtungen für Pflege und Betreuung in Betracht kommt.

Daneben können besondere soziale Dienste nach Bedarf sichergestellt werden, wobei bestehende Einrichtungen jedenfalls zu berücksichtigen sind und auf diese Dienste kein Rechtsanspruch besteht:

1. Dienste für pflegerische Tätigkeiten in Sonderschulklassen für schwerstbehinderte Kinder;
2. Dienste zur Förderung geselliger Kontakte und sportlicher Betätigung von behinderten Menschen;
3. Erholungsaktionen für behinderte Menschen;
4. Hilfe zur kurzzeitigen, internen Unterbringung in einer Einrichtung der Eingliederungshilfe oder geschützten Wohngemeinschaft.

Einige Bundesländer erfassen diese Dienstleistungen als „Sachleistungen“. Faktisch allerdings werden sie von freien Wohlfahrtsträgern in Form sozialer Dienstleistungen (Assistenzleistungen, Beratungsleistungen, Betreuungsleistungen) erbracht.

1.4.2.2.1. Allgemeines zu den Arten der Eingliederungshilfe

Im Rahmen der Eingliederungshilfe können nach den Erfordernissen des einzelnen Falles unterschiedliche Hilfen gewährt werden, nämlich 1. Heilbehandlung, 2. die Versorgung mit Körperersatzstücken, orthopädischen Behelfen und anderen Hilfsmitteln; 3. die Hilfe zur Erziehung und Schulbildung, 4. die Hilfe zur beruflichen Eingliederung, 5. die Hilfe zur sozialen Eingliederung, 6. die Hilfe zur sozialen Betreuung (persönliche Hilfe), 7. Hilfe zur Unterbringung, 8. Beschäftigungstherapie, 9. die Hilfe durch geschützte Arbeit sowie 10. Hilfe zum Lebensunterhalt. Auf eine bestimmte Maßnahme oder Art der Eingliederungshilfe besteht kein Rechtsanspruch. Systematisch kann man zwischen beruflicher, medizinischer, pädagogischer und sozialer Eingliederungshilfe unterscheiden. Einzelne Hilfeformen wie etwa die Beschäftigungstherapie können mehrere Aspekte der erwähnten Hilfeformen mit einschließen.

Hinsichtlich der Dienstleistungen unter Eingliederungshilfen kommen vor allem Leistungen wie die Frühförderung, Beratungs- und Betreuungsleistungen bei Erziehung und Schulbildung, Hilfen der sozialen Eingliederung sowie Hilfen zur beruflichen Eingliederung durch Assistenzleistungen in Betracht. Die Hilfe zur Frühförderung kann sowohl in anerkannten Einrichtungen als auch mobil durch medizinisch-therapeutische und pädagogisch-psychologische Dienste gewährt werden. Hilfe zur beruflichen Eingliederung wiederum umfasst Maßnahmen wie die Berufsausbildung durch Lehre, Anlernung oder die Nachschulung in Lehrwerkstätten.

1.4.2.2.2. Hilfen zur Erziehung und Schulbildung

Hilfe zu einer angemessenen Erziehung und Schulbildung umfasst die Tragung der durch die Behinderung bedingten Mehrkosten für alle jene Maßnahmen, die notwendig sind, um den Behinderten in die Lage zu versetzen, eine der Behinderung angemessene Erziehung in Verbindung mit einer Schulbildung in Pflichtschulen oder außerhalb einer solchen zu erlangen. Ist mit der Hilfe zu einer angemessenen Erziehung und Schulbildung eine Unterbringung des Behinderten in einer Anstalt verbunden, so umfasst diese Hilfe auch die Tragung der hierfür erwachsenden Kosten.

1.4.2.2.3. Hilfe zur sozialen Eingliederung

Die Hilfe zur sozialen Eingliederung umfasst alle Maßnahmen, die geeignet sind, den Behinderten in die Lage zu versetzen, in der Gesellschaft ein selbständiges Leben zu führen einschließlich der Betreuung des Behinderten in seiner Umwelt, um seine psychischen und sozialen Schwierigkeiten zu beseitigen. Hilfe zur sozi-

alen Eingliederung ist nur so lange zu gewähren, als eine Verbesserung der Eingliederung des Behinderten zu erwarten ist. Erscheint Hilfe zur sozialen Eingliederung, bei welcher die Person mit besonderen Bedürfnissen (relativ) selbständig lebt, als nicht zielführend, so ist Hilfe zur sozialen Betreuung zu gewähren. Die Hilfe zur sozialen Betreuung in Einrichtungen soll dem Behinderten dazu dienen, einen nicht weiter verbesserungsfähigen Entwicklungsstatus zu stabilisieren, dem Verlust an persönlichen Fähigkeiten entgegenzuwirken und nachteilige Entwicklungen so gut wie möglich zu verzögern.

1.4.2.2.4. Hilfe durch persönliche Hilfe und Beratung

Die persönliche Hilfe und Beratung erstreckt sich auf die zweckmäßige Gestaltung der Lebensverhältnisse des behinderten Menschen. Sie dient insbesondere der Beseitigung oder Überwindung von psychischen und sozialen Schwierigkeiten bei der Eingliederung ins Berufsleben oder in die Gesellschaft. Die Betreuung umfasst dabei nicht nur den behinderten Menschen selbst, sondern auch seine Familie sowie darüber hinaus jene Menschen, die für ihn eine soziale Bedeutung haben. Diese Maßnahmen können im Rahmen von Beratungsdiensten durchgeführt werden. Auf persönliche Hilfe und Beratung besteht kein Rechtsanspruch.

1.4.2.3. Grundsätze sozialer Dienste der Eingliederungshilfe

1.4.2.3.1. Anerkennung

Für die mobilen oder ambulanten Dienstleistungen der Eingliederungshilfe dürfen im Regelfall nur solche Einrichtungen in Anspruch genommen werden, die von der jeweiligen Landesregierung als dem Bedarf und dem Zweck entsprechend mit Bescheid anerkannt und nachfolgend mit privatrechtlichem Vertrag zur Leistungserbringung beauftragt sind. Der jeweilige Bedarf ist als gegeben anzunehmen, wenn unter Bedachtnahme auf die örtlichen und regionalen Bedürfnisse eine Nachfrage nach Einrichtungen besteht und diese Nachfrage nicht durch bestehende Einrichtungen befriedigt werden kann. Eine Landesregierung kann zudem auf Antrag des Rechtsträgers der Einrichtung die Anerkennung nur dann aussprechen, wenn das vom künftigen Träger vorzulegende Betriebskonzept den in der Leistungs- und Entgeltverordnung enthaltenen Anforderungen entspricht und wenn auf Grund eines Gutachtens des Landessanitätsrates sowie sonst erforderlicher Sachverständiger festgestellt ist, dass die Einrichtung in behindertenpädagogischer und personeller, organisatorischer, baulicher, technischer und

hygienischer Hinsicht ihrer Zweckbestimmung entspricht. Die Anerkennung kann auch unter Bedingungen und Auflagen sowie zeitlich beschränkt erteilt werden.

Für die Aberkennung einer Bewilligung gelten die für die stationären Einrichtungen geltenden Maßgaben sinngemäß.

1.4.2.3.2. Privatrechtlicher Vertrag

Für die Eingliederungshilfe dürfen von den Bezirksverwaltungsbehörden grundsätzlich (unbeschadet einzelner Ausnahmen) nur Einrichtungen in Anspruch genommen werden, mit deren das jeweilige Land als Rechtsträger nach Anerkennung einen privatrechtlichen Vertrag insbesondere über die Aufgabenstellungen und die dabei zu erbringenden Leistungen, die Aufnahmekriterien und Einweisungsrechte, die sachlichen, personellen und wirtschaftlichen Voraussetzungen sowie über die Leistungsentgelte geschlossen hat.

Eine vertragliche Vereinbarung darf in einigen Bundesländern (Sbg) nur dann abgeschlossen werden, wenn

1. ein objektivierter Bedarf an der Einrichtung gegeben ist;
2. die Einrichtung über geeignete Anlagen und die für die zu erbringenden Leistungen erforderliche sachliche und personelle Ausstattung verfügt;
3. die formalen Voraussetzungen für die Finanzierungsleistungen des Landes vorliegen;
4. das Land vom Leistungserbringer befugt wird, dessen Gebarung selbst, durch beauftragte Dritte oder nach den Bestimmungen des Landesrechnungshofgesetzes zu kontrollieren.

Zur Sicherstellung der Erfordernisse der Behindertenhilfe können privatrechtliche Verträge auch zeitlich befristet geschlossen werden (Sbg). Privatrechtliche Verträge sind demnach aufzulösen, wenn die Voraussetzungen für ihren Abschluss nicht mehr vorliegen.

Derartige Verträge regeln im Regelfall:

1. zu erbringende Leistungen;
2. das Entgelt für die zu erbringenden Leistungen;
3. Vertragsdauer;
4. Kündigungsgründe.

Erst dann, wenn die Einrichtung eines Trägers anerkannt bzw. bewilligt ist und selbiger einen Vertrag mit dem jeweiligen Bundesland abgeschlossen hat, kann der Träger seine Leistungen mit dem Land verrechnen.

1.4.2.3.3. Mindestanforderungen

Mindestanforderungen hinsichtlich der Lage, Baulichkeiten, des Betriebs, der sachlichen und personellen Ausstattung der Einrichtungen, der an das Personal zu stellenden Anforderungen sowie des Dokumentations- und Berichtswesens kann durch Verordnung der jeweiligen Landesregierung festgelegt werden. Neben der Regelung von Mindestanforderungen auf dem Verordnungswege werden Mindestanforderungen auch durch verwaltungsinterne Richtlinien festgelegt.

1.4.2.4. Leistungs- und Entgeltverordnungen

Die Übernahme von Entgelten für die Erbringung von Dienstleistungen der Behindertenhilfe erfolgt grundsätzlich nur im Rahmen der in den Leistungs- und Entgeltverordnungen festgelegten Entgeltsätze bzw. Tagsätze. Diese regeln

1. die sachlichen, fachlichen und personellen Erfordernisse der für die Erbringung der Hilfe notwendigen Leistungen;
2. die Kriterien für die Ermittlung des Grades der Beeinträchtigung;
3. die Maßnahmen der Qualitätssicherung und des Controllings;
4. die Entgelte für die zu erbringenden Leistungen;
5. die Ab und Verrechnung.

Diese Obergrenzen, Mindeststandards und vorgeschriebenen Qualitätsmerkmale determinieren den privatrechtlichen Vertrag zwischen Financier und Leistungserbringer. Allerdings können die Länder Träger der Behindertenhilfe vertraglich auch zur Erbringung von Leistungen, welche von den einschlägigen Verordnungen gar nicht erfasst sind, heranziehen, wenn dies das Wohl des Menschen mit Behinderung erfordert.

Werden auf dem Verordnungswege keine fixen Entgeltwerte festgelegt, so sind Pflegegebühren (Tagsätze, Monatspauschalen) über Antrag der Einrichtungen der Eingliederungshilfe von der jeweiligen Landesregierung nach den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit jeweils jährlich (pro Kalenderjahr) neu festzusetzen. Das bedeutet: sie müssen jährlich neu zwischen den Akteuren ausverhandelt werden. Zum Zwecke einer einheitlichen Ermittlung (Kalkulationsbestandteile) der Pflegegebühren (Tagsätze, Monatspauschalen)

werden von den meisten Landesregierungen allerdings interne Richtlinien erlassen.

Die Aufsichtsbehörden haben zudem die Einrichtungen der Eingliederungshilfe regelmäßig hinsichtlich der sparsamen, wirtschaftlichen und zweckmäßigen Verwendung der festgesetzten Pflegegebühren (Tagsätze, Monatspauschalen), jedoch mindestens einmal im Jahr, zu überprüfen und den Rechtsträgern dieser Einrichtungen mit Bescheid die Behebung festgestellter Mängel unter Setzung einer angemessenen Frist aufzutragen.

Leistungsentgelte umfassen im Regelfall den zum laufenden Betrieb notwendigen Personal- und Sachaufwand einschließlich einer Aufwandsrate für Instandhaltungen sowie Rationalisierungs- und Ersatzinvestitionen. Dabei sind die Leistungsentgelte für den Personalaufwand unter Beachtung arbeitsrechtlicher Rechtsvorschriften, die bei der Beschäftigung von Dienstnehmern in den einzelnen Zweigen der Eingliederungshilfe zur Anwendung gelangen, zu kalkulieren. Zugleich bleiben die Personalkosten über die Vertragsperiode hinweg auf die Kosten des im Vertrag festgelegten Personalstandes beschränkt.

Die meisten Landesregierungen legen durch Verordnung Obergrenzen für die Leistungsentgelte fest, wobei zwischen den unterschiedlichen Aufgabenstellungen und unter Bedachtnahme auf bauliche und ausstattungsmäßige Unterschiedlichkeiten der Einrichtungen auch nach Kategorien unterschieden wird. Per Verordnung wird zugleich näher geregelt, welche Berechnungsgrundlagen bei der Festlegung von Leistungsentgelten heranzuziehen sind.

Die Einrichtungen der Eingliederungshilfe sind nicht berechtigt, neben dem Leistungsentgelt, das ausschließlich dem zuständigen Kostenträger in Rechnung zu stellen ist, von Personen, für die die Leistung erbracht wird, und deren unterhaltspflichtigen Angehörigen für die Erfüllung der übernommenen Verpflichtungen Kostenbeiträge zu verlangen. Die einzige Möglichkeit, die eigene Finanzierungsbasis zu erweitern, besteht in Strategien des „social sponsoring“.

1.4.2.5. Stationäre Einrichtungen der Eingliederungshilfe

Für stationäre Einrichtungen gelten auch hier besondere Bestimmungen. Grundsätzlich ist Behindertenhilfe auch durch (teil)stationäre Unterbringung in Einrichtungen für Pflege und Betreuung zu gewähren. Behinderten Menschen, für die sich Maßnahmen der Eingliederungshilfe auf Grund ihrer Leiden oder Gebrechen bzw. Sinnesbehinderungen als nicht zielführend erweisen oder für die ambulante bzw. mobile Pflege und Betreuung nicht ausreicht, kann Hilfe durch Unterbrin-

gung in Einrichtungen für Pflege und Betreuung gewährt werden, wenn dies im Hinblick auf ihren körperlichen, geistigen oder psychischen Zustand oder auf Grund ihrer Familienverhältnisse erforderlich erscheint.

1.4.2.5.1. Betriebsbewilligung (Anerkennung)

Als stationäre Einrichtungen der Behindertenhilfe gelten Einrichtungen, in denen Hilfeleistungen teilstationär oder stationär erbracht werden. Sie dürfen nur mit Bewilligung der Landesregierung betrieben werden. Diese Bewilligung darf nur erteilt werden,

- wenn das vom künftigen Träger vorzulegende Betriebskonzept den in der Leistungs- und Entgeltverordnung enthaltenen Anforderungen entspricht;
- wenn die baulichen, technischen, personellen und organisatorischen Voraussetzungen einen zweckentsprechenden Betrieb erwarten lassen;
- wenn ein aktuelles Gutachten über einen aus reichenden Brandschutz vorliegt.

Die Landesregierung kann zur Erprobung von neuen Leistungen (Pilotprojekte) von einer Bewilligung der Eignung der Leistung für die Dauer von höchstens drei Jahren absehen.

Zusätzlich zur erfolgten Bewilligung einer Einrichtung bedarf es des Abschlusses eines privatrechtlichen Vertrages, damit der Träger der Einrichtung seine Leistungen gegenüber dem Land als Träger der Behindertenhilfe verrechnen kann.

1.4.2.5.2. Widerruf der Bewilligung

Eine Bewilligung ist zu widerrufen, wenn Umstände bekannt werden, die für sich allein oder in Verbindung mit anderen Tatsachen eine Gefährdung der Menschen mit Behinderung befürchten lassen, wenn eine Beseitigung der fest gestellten Missstände nicht erreicht werden kann oder wenn die Voraussetzungen für die Bewilligung nicht mehr gegeben sind.

1.4.2.6. Fachaufsicht

1.4.2.6.1. Gegenstand der Fachaufsicht

Einrichtungen/Dienste der Eingliederungshilfe einschließlich Einrichtungen der Beschäftigungstherapie und Wohnheime unterliegen der Aufsicht durch die Landesregierung. Die Aufsicht ist dahingehend auszuüben, dass die Einrichtungen/Dienste für Eingliederungshilfe nach Führung und Ausstattung den behindertenpädagogischen und personellen, organisatorischen, baulichen, technischen

und hygienischen Erfordernissen einer fachgerechten Behindertenhilfe entsprechen und die Wirtschaftlichkeit des Betriebes dieser Einrichtungen gewährleistet ist.

Die Rechtsträger dieser Einrichtungen sind verpflichtet, den Organen der Aufsichtsbehörde während der Betriebszeiten jederzeit Zutritt zur Liegenschaft und zu allen Räumlichkeiten zu gewähren sowie Einblick in die schriftlichen Unterlagen zu gestatten und die erforderlichen Auskünfte zu erteilen.

Werden im Zuge einer Überprüfung Mängel festgestellt, durch die eine das Leben oder die Gesundheit behinderter Menschen unmittelbar bedrohende Gefahr verbunden ist, so können von der Aufsichtsbehörde ohne vorausgegangenes Verfahren und ohne Anhörung des Rechtsträgers Maßnahmen zur Behebung des Mangels an Ort und Stelle verfügt werden. Hierüber hat die Aufsichtsbehörde jedoch binnen einer Woche einen Bescheid zu erlassen, widrigenfalls die verfügte Maßnahme als aufgehoben gilt.

1.4.2.6.2. *Widerruf der Anerkennung*

Die Anerkennung einer Einrichtung ist von der Aufsichtsbehörde im Rahmen der Fachaufsicht mit Bescheid zu widerrufen, wenn

1. schwerwiegende Mängel trotz eines Auftrages nicht innerhalb der festgesetzten Frist behoben wurden oder
2. den Organen der Aufsichtsbehörde der Zutritt während der Betriebszeiten nicht jederzeit gewährt sowie der Einblick in die schriftlichen Unterlagen nicht gestattet und die erforderlichen Auskünfte nicht erteilt wurden.

1.4.2.7. *Besondere soziale Dienste der Behindertenhilfe*

Unter Bedachtnahme auf die örtlichen und regionalen Bedürfnisse und Verhältnisse, insbesondere die Nachbarschafts-, Wohn- und Verkehrsverhältnisse, hat der Träger der Sozialhilfe die folgenden besonderen sozialen Dienste für Behinderte in wirtschaftlich vertretbarem Ausmaß sicherzustellen, wobei bestehende Einrichtungen jedenfalls zu berücksichtigen sind:

1. Dienste für die pflegerische Betreuung von schwerstbehinderten Kindern an öffentlichen Pflichtschulen und privaten Pflichtschulen mit Öffentlichkeitsrecht;
2. Dienste für die physiotherapeutische Betreuung schwerstbehinderter Kinder;
3. Dienste zur Förderung geselliger Kontakte und sportlicher Betätigung und zur Förderung der Teilnahme am kulturellen Leben;

4. Erholungsaktionen.

1.4.3. Jugendwohlfahrt: soziale Dienste und Einrichtungen

Soziale Dienste der Jugendwohlfahrt sind Hilfen zur Deckung gleichartiger, regelmäßig auftretender, persönlicher, familiärer oder entwicklungsbedingter Bedürfnisse von werdenden Eltern und Erziehungsberechtigten sowie von Minderjährigen und deren Familie. Soziale Dienste, etwa niedrigschwellige Angebote, sind Minderjährigen insbesondere dann anzubieten, wenn dies für die Förderung des Wohles des Kindes zweckmäßiger und Erfolg versprechender erscheint als die Gewährung von Hilfen zur Erziehung (etwa: volle Erziehung durch Unterbringung in einer Wohngemeinschaft).

1.4.3.1. Allgemeines

Das Verhältnis zwischen freien Jugendwohlfahrtsträgern einerseits und den Bundesländern als Rechtsträgern der Jugendwohlfahrt andererseits resultiert aus den Vorgaben des Bundesgrundsatzgesetzes sowie aus den einschlägigen Bestimmungen der Landesjugendwohlfahrtsgesetze, wobei hinsichtlich der Heime als besonderer Form der sozialen Dienste Heimverordnungen erlassen sind. Einrichtungen der freien Jugendwohlfahrt dürfen privatrechtliche Aufgaben der öffentlichen Jugendwohlfahrt besorgen, wenn ihre Eignung hiezu mit Bescheid festgestellt ist und der freie Jugendwohlfahrtsträger die Aufgaben im Sinn der Grundsätze und Zielsetzungen der Jugendwohlfahrt besser und auf Dauer wirtschaftlicher als der öffentliche Träger durchführen kann.

1.4.3.1.1. Erbringungspflicht

Jener Vorsorgeverpflichtung, so *Ent-Frischengruber* (JWR, Erl zu § 11 JWG), kann der Jugendwohlfahrtsträger dadurch nachkommen, indem er diese Dienste selbst erbringt oder dazu die freie Jugendwohlfahrt heranzieht. § 8 JWG besagt in diesem Zusammenhang ganz allgemein, dass Einrichtungen der freien Jugendwohlfahrt zur Erfüllung von nicht-hoheitlichen Aufgaben der öffentlichen Jugendwohlfahrt herangezogen werden dürfen, wenn sie nach Ziel und Ausstattung dazu geeignet sind. So regelt etwa § 6 Abs 1 SbgJWO die Trägerschaft und Besorgung der Agenden der Wohlfahrt dergestalt, dass die nicht-hoheitlichen Auf-

gaben der öffentlichen Jugendwohlfahrt das Land und die Träger der freien Jugendwohlfahrt besorgen.⁸

1.4.3.1.2. Heranziehung freier Träger

Die Landesgesetze regeln die Heranziehung freier Jugendwohlfahrtsträger unterschiedlich: in einigen gilt, dass der öffentliche Jugendwohlfahrtsträger private Träger heranziehen „soll“, während in er dies in den anderen „kann“. Die Bestimmung des § 8 JWG lautet demgegenüber, dass ein freier Jugendwohlfahrts-träger dann herangezogen werden „soll“, wenn er unter Berücksichtigung seiner Ausstattung und sonstigen Leistungen das Wohl eines Minderjährigen besser und wirtschaftlicher als der öffentliche Träger gewährleistet.

Die öffentlichen Träger „sollen“ also unter bestimmten Voraussetzungen Leistungen im nicht-hoheitlichen Bereich nur wirtschaftlich-subsidiär im Verhältnis zu den freien Jugendwohlfahrtsträgern erbringen. Dabei genießen freie Träger jedenfalls dann Vorrang, wenn sie das Wohl des Minderjährigen besser und wirtschaftlicher als der öffentliche Träger gewährleisten. Selbst in denjenigen Fällen, in denen sie nicht wirtschaftlicher (d.h. nicht bloß: billiger) als die öffentliche Hand arbeiten, liegt ihre Beauftragung im Ermessenskalkül (Kannbestimmung) der das Jugendwohlfahrtsrecht vollziehenden Verwaltung. In jedem einzelnen Falle hat die öffentliche Hand zu prüfen, ob die materiellrechtlich vorgegebene Aufgabe durch die Beauftragung eines freien Jugendwohlfahrtsträgers einer Erledigung zugeführt werden kann.

Daraus ergibt sich, dass der Landesgesetzgeber hier eine funktionale Gleichwertigkeit der Akteure im Auge hatte (*IAK* 1990). Beide Seiten sollen kooperieren. Dieses Kooperationsgebot bezieht sich sowohl auf den Bereich der Privatwirtschafts- als auch auf den Bereich der Hoheitsverwaltung (*Korinek/Holoubek* 1993), also auf das das Anerkennungsverfahren.

1.4.3.1.3. Gesteuerter Wettbewerb

Eine zentrale Zwecksetzung dieser Regelung ist, wie *Ent-Frischengruber* (JWR, Erl zu § 8 JWG) betonen, die Förderung des gesteuerten Wettbewerbs bei Anbot und Erbringung von sozialen Dienstleistungen. Das Ziel der Heranziehung freier

⁸ Dies entspricht sachlich der Regelung des § 8 Abs 1 JWG und könnte aufgrund des Umstandes, dass die SbgJWO ein Ausführungsgesetz zum JWG als Bundesgrundsatzgesetz darstellt, auch gar nicht davon abweichend interpretiert werden.

Träger wird in der Gewährleistung von differenzierteren, spezialisierten Angeboten, in einer rascheren, flexibleren Bearbeitung der Fälle, in der Differenzierung von Auswahlmöglichkeiten der Jugendämter sowie in individuelleren Ausgestaltungen der Hilfeformen gesehen (*BMUJF* 1996,31). Dies erfordert allerdings eine transparente Standardisierung der Bedingungen, innerhalb derer dieser Wettbewerb stattfinden könnte.⁹

1.4.3.1.4. Vertragsgestaltung

Diese Baukonstruktion der Jugendwohlfahrt sieht eine Zweiteilung zwischen einem beschränkten hoheitlichen Aufgabenteil und einem privatwirtschaftlichen, die gesamte Ablauforganisation der Leistungserbringung erfassenden Aufgabenteil vor. *Streinesberger* (1993,171) verdeutlicht: „Ob die Eignungsvoraussetzungen vorliegen, stellt die Landesregierung jenes Bundeslandes mit Bescheid fest, in deren Wirkungsbereich die Einrichtung ihren Sitz hat; dieser Landesregierung obliegt auch die Fachaufsicht. (...) Die Übertragung nicht-hoheitlicher Aufgaben der öffentlichen Jugendwohlfahrt erfolgt durch privatrechtlichen Vertrag zwischen dem jeweiligen Bundesland und der Einrichtung.“ Eine einschlägige Studie des *IAK* (1990,131ff) gelangte zur Auffassung, dass der jeweilige Landesjugendwohlfahrts-Gesetzgeber die Finanz- und Rechtssicherheit freier Jugendwohlfahrtsträger durch Verträge zwischen Verwaltung und freien Trägern bzw. durch Betriebsvereinbarungen zu gewährleisten hat.

Vergleichbar dem Aufgabenbereich der Sozialhilfe kommt demnach auch im Bereich der Jugendwohlfahrtspflege den freien Wohlfahrtsträgern operative und wirtschaftliche Autonomie zu. Sie treten, rekonstruiert man die Intentionen des Grundsatzgesetzgebers, die Kalküle des *BMUJF* als Aufsichtsbehörde gemäß. § 44 *JWF* iVm Art 15 Abs 8 *B-VG* sowie die Rechtslehre (*Ent-Frischengruber*,

⁹ Von diesem Vorverständnis geht auch der Bericht des Bundesministeriums für Umwelt, Jugend und Familie (*BMUJF* 1996,19 passim) über die Ausführungsgesetze zum Jugendwohlfahrtsgesetz 1989 und deren Vollziehung aus. Das *BMUJF* verleiht darin der Auffassung Ausdruck, dass freie Träger verstärkt zur Erfüllung nicht-behördlicher Aufgaben der Jugendwohlfahrt herangezogen werden sollen, wobei darauf hingewiesen wird, dass ausschließlich das Verfahren zu deren Eignungsfeststellung sowie die damit zusammenhängende Fachaufsicht behördlicher Natur sind. Im Grundgedanken bedeutet dies jedenfalls, dass das Anerkennungsverfahren sozialer Dienstleistungseinrichtungen der Hoheitsverwaltung zuzuordnen ist. Alle anderen administrativen Handlungs- und Erledigungsformen der Jugendwohlfahrtsverwaltung sollen hingegen im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung abgewickelt werden. Zu klären bleibt indes, welche Reichweite dem Begriff der Fachaufsicht im österreichischen Jugendwohlfahrtsrecht im Detail zukommt.

Streinesberger), jeweils als Vertragspartner des Landes als öffentlichem Wohlfahrtsträger in Erscheinung.

1.4.3.2. Vorhalteverpflichtung und Trägerschaft

Die Länder sind in ihrem Verhältnis zu den Rechtsträgern der freien Jugendwohlfahrt vom Grundsatzgesetzgeber her nicht gänzlich frei. Es trifft sie nämlich, zumindest im Bereich der sozialen Dienste, eine explizite Vorsorgeverpflichtung. Diese Vorsorgeverpflichtung hat Folgewirkungen für das Verhältnis zwischen Land und freien Jugendwohlfahrtsträgern.

Grundlegend heißt es in § 11 Abs 1 JWG, dass die Jugendwohlfahrtsträger Vorsorge zu treffen haben, damit die zur Erfüllung ihrer Aufgaben notwendigen sozialen Dienste bereitgestellt werden können. Auf die regionalen Verhältnisse und die Bevölkerungsstruktur ist dabei Bedacht zu nehmen. *Ent-Frischengruber* (JWR, Erl zu § 11 JWG) verweisen konkretisierend darauf, dass die öffentlichen Jugendwohlfahrtsträger dafür vorzusorgen haben, dass die zur Erfüllung ihrer Aufgaben notwendigen sozialen Dienste bereitgestellt werden, wobei das Erfordernis einer raschen Erreichbarkeit der Dienste, die Interessen der Betroffenen selbst sowie die Zusammensetzung (Altersstruktur) der Bevölkerung berücksichtigt werden sollen.¹⁰

Diese Vorsorgeverpflichtung lässt sich dahingehend fassen, dass das Land als öffentlicher Träger der Jugendwohlfahrt einmal bereits bestehende Einrichtungen bzw. Maßnahmen sicherzustellen hat, und dass das Land zum anderen für den Fall, dass keine freien Träger entsprechende soziale Dienste der Jugendwohlfahrt anbieten, diese selbst zu organisieren hat.

Betrachtet man in diesem Zusammenhang das privatrechtliche Leistungs- bzw. Austauschverhältnis zwischen dem Land als Rechtsträger und den freien Jugendwohlfahrtsträgern genauer, dann umfasst die Vorsorgeverpflichtung des Landes die Berücksichtigung örtlicher und regionaler Bedürfnisse bzw. Lebens-

¹⁰ So obliegt etwa gemäß § 6 Abs 2 Ziff 5 SbgJWO der Landesregierung in Ausführung des § 11 Abs 1 JWG die Vorsorge für die Bereitstellung von sozialen Diensten der Jugendwohlfahrt, für die ein allgemeiner Bedarf besteht. § 18 Abs 2 SbgJWO bestimmt in diesem Zusammenhang näher, dass das Land vorzusorgen hat, dass die zur Erfüllung der Aufgaben der Jugendwohlfahrt notwendigen sozialen Dienste bereitgestellt werden. Dabei ist auf die jeweiligen örtlichen Verhältnisse und auf sachliche Gesichtspunkte wie den Altersaufbau, die durchschnittliche Kinderanzahl, den Bildungs- und Berufsstand und die Dichte der Bevölkerung sowie auf vorherrschende Siedlungsformen, bestehende Versorgungseinrichtungen und dergleichen Bedacht zu nehmen.

verhältnisse.¹¹ Insofern ist die Abstraktheit der Vorsorgeverpflichtung eine eingeschränkte. Zumal der Bundesgrundsatzgesetzgeber die Vorsorgeverpflichtung der Jugendwohlfahrtsträger sehr dynamisch gestaltet hat. Anders als im Bereich der Sozialhilfe, in dem etwa gemäß § 22 Abs 1 SbgSHG die sozialen Dienste nur in einem wirtschaftlich vertretbaren Umfang sicherzustellen sind, geht § 12 JWG davon aus, dass die Ausführungsgesetzgebung über (!) das Niveau des Bundesgrundsatzgesetzes hinaus das Angebot der sozialen Dienste an der gesellschaftlichen Entwicklung, den Bedürfnissen der betroffenen Bevölkerungskreisen und den jeweiligen Erfordernissen zu orientieren hat (RV 171, 21 f zu § 12 JWG). Im Bericht des Familienausschusses (FAB 872,4) ist festgehalten, dass der Bundesgrundsatzgesetzgeber damit sichergestellt wissen wollte, dass soziale Dienste in allen menschlichen Krisensituationen, die sich auf Minderjährige auswirken, in einer dynamischen Weise angeboten werden sollen.

Insoweit nun § 12 JWG festlegt, um welche sicherzustellenden sozialen Dienste es sich dabei im besonderen handelt, wobei Heime und sozialpädagogische Wohngemeinschaften explizit Erwähnung finden,¹² fällt auch die Heimunterbringung als Form der vollen Erziehung unter eben jene Vorsorgeverpflichtung; eine Verpflichtung, die sich indes alleine auch schon aus der Leistungssystematik des JWG ergibt, worin die volle Erziehung gemäß § 28 JWG eine der beiden institutionell-verbürgten „Hilfen zur Erziehung“ darstellt. Diese sind im Bedarfsfalle seitens der vollziehenden Bezirksverwaltungsbehörde zu gewähren, wobei dem Grundsatz des geringstmöglich intensiven Eingriffes Rechnung zu tragen ist.

¹¹ Daraus könnte man allfällig die Beauftragung bestimmter, örtlich vorhandener Einrichtungen ableiten.

¹² § 12 ist wie folgt textiert:

- „1. allgemeine und besondere Beratungsdienste für werdende Eltern, für Minderjährige und deren Erziehungsberechtigte, besonders zur Durchsetzung der gewaltlosen Erziehung und zum Schutz Minderjähriger, etwa Familienberatung, Familientherapie, Kinderschutzzentren,
2. vorbeugende und therapeutische Hilfen für Minderjährige und deren Familien,
3. Hilfen für die Betreuung unmündiger Kinder, etwa durch Mutter-Kind-Wohnungen, Kinderkrippen und Tagesmütter,
4. Hilfen an die Eltern, Erziehungsberechtigten und Minderjährigen, besonders durch Einrichtungen zur Früherkennung und Behandlung abweichenden Verhaltens Minderjähriger,
5. Pflegeplätze in Familien, Heimen und sonstigen Einrichtungen, besonders Kinderdörfern und sozialpädagogischen Wohngemeinschaften.“

Auch die vorliegende Regelung der Vorsorgeverpflichtung deutet darauf hin, dass das Land als Rechtsträger der Jugendwohlfahrt im Verhältnis gegenüber den freien Wohlfahrtsträgern nicht gänzlich ungebunden ist. Jene Vorsorgeverpflichtung bestimmt nämlich nicht nur die Art und Weise der Ausübung der Fachaufsicht über eine Einrichtung, sondern auch und erst recht den laufenden, privatwirtschaftsverwaltungstechnisch erfassten Betrieb einer Einrichtung. In beiden Fällen ist das Handeln des Landes an der Verpflichtung zu messen, die anerkannte Einrichtung sicherzustellen, wobei dies ausnahmslos in Form von zivilrechtlichen Vertragsbeziehungen zwischen dem öffentlichen Rechtsträger und dem privaten Jugendwohlfahrtsträger zu erfolgen hat. Das Land hat demnach die wirtschaftlichen Austauschbeziehungen zwischen ihm selbst als öffentlichem Jugendwohlfahrtsträger und den freien Jugendwohlfahrtsträgern als Leistungserbringern so zu gestalten, dass die erforderlichen sozialen Dienste bereitgestellt bzw. aufrechterhalten werden können.¹³

Diese Prämisse der Vorsorgeverpflichtung kann im Ergebnis nicht so verstanden werden, dass das Land diese Dienste beliebig einstellt oder verändert. Der Gesetzgeber hat vielmehr auf die Aufrechterhaltung bestehender Einrichtungen verwiesen, sofern diese den gesetzlichen Anerkennungskriterien entsprechen und einen dynamischen Ausbau der sozialen Dienste gewährleisten. Jene Verpflichtung zur Aufrechterhaltung bestehender Einrichtungen ergibt sich im Übrigen auch bereits aus den vorvertraglichen Sorgfaltspflichten, der „culpa in contrahendo“ zwischen Land und freien Trägern.

Den einzelnen Landesregierungen obliegt im Weiteren die Vorsorge für die Bereitstellung von jenen sozialen Diensten der Jugendwohlfahrt, für die ein allgemeiner Bedarf besteht, aber auch die Vorsorge zur Schwangerenbetreuung und Mutter/Elternberatungsstellen; wobei auf die regionalen Verhältnisse und die Bevölkerungsstruktur Bedacht zu nehmen ist. Überdies ist eine Vorsorgepflicht der Länder auch zur Erhaltung von Beratungsstellen gesetzlich verankert.

¹³ Allerdings stellt sich die hier Frage, ob diese Vorsorgeverpflichtung generell abstrakter Natur ist, ob und welchen sachlichen Kriterien sie folgt oder ob sie sich bereits auf eine konkrete Einrichtung eines freien Trägers bezieht. Die Antwort ergibt sich bereits aus dem zweistufigen Verfahren bestehend aus hoheitlicher Anerkennung und zivilistischem Leistungsvertrag: die Länder sind insofern nur von einer abstrakten Vorsorgeverpflichtung betroffen, als sie einen bestimmten Typus von (Dienst)Leistungen sicherstellen müssen, nicht aber einen bestimmten Erbringer einer Leistung. Die bloße Anerkennung eines Trägers oder einer Einrichtung besagt noch nichts über die quantitative und qualitative Dimension der Beauftragung dieses Trägers.

Die sozialen Dienste können im Ergebnis von freien Trägern, vom Land, den Sozialhilfverbänden und Städten mit eigenem Statut eingerichtet und betrieben werden. Die Vorrangregelung ist länderweise unterschiedlich geregelt. Nur soweit diese Einrichtungen (einschließlich der Heime) nicht von freien Jugendwohlfahrtsträgern bereits eingerichtet und betrieben werden, können gegebenenfalls Sozialhilfverbände und Städte mit eigenem Statut derartige Einrichtungen selbst betreiben. Ein Rechtsanspruch auf die Inanspruchnahme sozialer Dienste besteht allerdings nicht.

1.4.3.3. Arten sozialer Dienste in der Jugendwohlfahrt

Die Jugendwohlfahrtsgesetze (siehe: Sbg JWO) listen folgende Dienste der Jugendwohlfahrt auf, die im Weiteren als Dienste ausgeschrieben und freien Wohlfahrtsträgern zur Erbringung überbunden werden können:

1. Beratungs-, Unterstützungs- und Bildungsangebote für werdende Eltern und Familien mit Säuglingen und Kleinkindern;
2. Beratungs- und Unterstützungsangebote für Eltern, Erziehungsberechtigte und Minderjährige bei speziellen Erziehungs- und Entwicklungsfragen sowie Hilfen in Krisensituationen, besonders unter dem Gesichtspunkt der Förderung der gewaltlosen Erziehung, wie z.B. Kinderschutzzentren;
3. Einrichtungen zur Früherkennung und Frühbehandlung von Entwicklungs- und Verhaltensauffälligkeiten von Minderjährigen;
4. vorbeugende und therapeutische Hilfen für Minderjährige und Familien;
5. Hilfen für Minderjährige durch Mutter-Kind-Wohnungen und niederschwellige Dienste, wie z.B. Streetwork, betreute Notschlafstellen;
6. Hilfe bei Problemen im Schulbereich;
7. Hilfe bei der Eingliederung in den Arbeitsprozess und Unterstützung bei Schwierigkeiten am Arbeitsplatz;
8. Hilfen zur sozialen und gesundheitlichen Förderung von Minderjährigen (Erholungsaktionen);
9. Hilfe zur Entwicklung von sinnvollen Freizeitaktivitäten.
10. stationäre Einrichtungen zur vollen Erziehung und familienähnliche Einrichtungen (Pflegeplätze in Familien, Heimen, Wohngemeinschaften, Kinderdörfern, erlebnispädagogische Maßnahmen, Mutter-Kind-Wohnungen);

11. ambulante, familienergänzende soziale Einrichtungen (Tagesmütter, -väter, Krabbelstuben);
12. Beratungshilfen und muttersprachliche Beratungsdienste;
13. Kindertelefon und Kinderschutzzentren.

Werden diese sozialen Dienste der Jugendwohlfahrt geleistet, so müssen dabei anerkannte wissenschaftliche Erkenntnisse der einschlägigen Fachgebiete, die regionalen Bedürfnisse sowie die Bevölkerungsstruktur angemessen berücksichtigt werden.

1.4.3.4. Grundsätze sozialer Dienste in der Jugendwohlfahrt

Das österreichische Jugendwohlfahrtsrecht kennt eine Reihe allgemein geltender Grundsätze, welche vor und bei Beauftragung eines freien Wohlfahrtsträgers zur Erbringung von ambulanten, mobilen und stationären Dienstleistungen zwingend zu beachten sind. Dazu gehört vor allem: gewährleistet ein freier Jugendwohlfahrtsträger unter Berücksichtigung seiner Ausstattung und sonstigen Leistungen das Wohl einer Minderjährigen besser und wirtschaftlicher als der öffentliche Träger, so soll dem Bundesgrundsatzgesetz zufolge der freie Träger herangezogen werden.

1.4.3.4.1. Anerkennung/Eignungsfeststellung

Leistungsverträge dürfen überhaupt nur mit jenen Leistungsträgern abgeschlossen werden, deren Einrichtungen nach Prüfung ihrer Eignung formell anerkannt sind. Diese Anerkennung kann allerdings jederzeit wieder entzogen werden. Im Einzelnen dürfen § 22 JWG zufolge Heime o.ä. Einrichtungen, die zur Übernahme von Minderjährigen in Pflege und Erziehung bestimmt sind und ganzjährig betrieben werden, „nur mit Bewilligung des Jugendwohlfahrtsträgers errichtet und betrieben werden. Sie unterliegen seiner Aufsicht.“ Die Bewilligung darf gemäß § 22 Abs 2 JWG nur erteilt werden, „wenn für die Leitung der Einrichtung und für die Pflege und Erziehung der Minderjährigen eine ausreichende Anzahl von Fachkräften zur Verfügung steht, die Räumlichkeiten geeignet und die wirtschaftlichen Voraussetzungen für eine den Aufgaben der Jugendwohlfahrt entsprechende Betreuung gegeben sind.“ Bewilligung und Aufsicht sind hierbei Angelegenheiten der Hoheitsverwaltung.

§ 8 Abs 2 JWG bestimmt zugleich schlüssig, dass über das Vorliegen objektiver Eignungsvoraussetzungen auf Antrag des Eignungswerbers der öffentliche Jugendwohlfahrtsträger hoheitlich, also mit Bescheid entscheiden soll. Die Einrich-

tungen der freien Jugendwohlfahrt unterliegen sodann, und zwar nur insoweit, als sie als Einrichtungen der freien Jugendwohlfahrt nach bestimmten gesetzlich festgeschriebenen Kriterien (Fachkräfte, Räumlichkeiten, wirtschaftliche Voraussetzungen) anerkannt sind, der Fachaufsicht des Trägers der öffentlichen Jugendwohlfahrt.

Ändern sich im weiteren Verlauf die Eignungsvoraussetzungen, so hat der öffentliche Jugendwohlfahrtsträger gemäß § 8 Abs 3 JWG die Eignung der Einrichtung zu überprüfen, erforderlichenfalls neu zu entscheiden.

Kurz: für die Ausübung der Fachaufsicht ist nur dort Platz, wo die Länder entlang bestimmter Kriterien über die Eignung einer Einrichtung befinden; die Fachaufsicht wacht gleichsam über den weiteren Bestand der Eignungsvoraussetzungen nach erfolgter Bewilligung; darüber hinaus muss vertraglich vereinbart sein, wie Länder und freie Träger miteinander umgehen. Damit ist freilich noch nicht klar, was man inhaltlich unter der Ausübung der Fachaufsicht verstehen kann oder soll.

Grundsätzlich sind die Landesregierungen selbst für die Anerkennung der Eignung von ambulanten, mobilen und stationären Einrichtungen der freien Jugendwohlfahrt zuständig. Grundsätzlich dürfen nur jene Einrichtungen der freien Jugendwohlfahrt zur Besorgung sozialer Dienste herangezogen werden, die als geeignet festgestellt sind. Dies hat mittels Bescheid zu erfolgen. Kriterium der Eignung ist, dass der Träger nach Ziel, Qualität und Ausstattung herangezogen werden kann. Er muss insbesondere über das zur Erfüllung der Aufgaben erforderliche, entsprechend qualifizierte Personal verfügen. Diese Einrichtungen der freien Jugendwohlfahrt, deren Eignung eben mit Bescheid festgestellt ist, unterliegen im Weiteren der Fachaufsicht der Behörde. Stationäre Einrichtungen der Jugendwohlfahrt unterliegen strengeren Prüfkriterien als mobile und ambulante Dienste, welche mittels Verordnung festgelegt sind.

Der Antrag auf Eignungsfeststellung einer mobilen bzw. ambulanten Einrichtung muss folgende Elemente enthalten:

1. Angaben über den Träger der Einrichtung und die organisatorischen Rahmenbedingungen;
2. Darstellung der Aufgabe(n) und des inhaltlichen Konzeptes mit Zieldefinition;
3. Beschreibung der Einrichtung (Lage, Baulichkeit, Betriebsformen und -zeiten);
4. Angaben zur personellen bzw. fachlichen Ausstattung der Einrichtung;

5. Angaben zu den wirtschaftlichen Voraussetzungen und zur Finanzierung der Einrichtung.

Bei der Feststellung der Eignung ist zu prüfen, ob die Einrichtung in der Lage ist, die beabsichtigte(n) Aufgabe(n) im Einklang mit dem regionalen Bedarf zu erfüllen. Voraussetzung dafür ist insbesondere ausreichendes und qualifiziertes Fachpersonal, die für die geplante(n) Aufgabe(n) notwendige finanzielle und räumliche Ausstattung sowie eine entsprechende Verwaltungsorganisation. In diesem Verfahren sind gegebenenfalls auch die Bezirksverwaltungsbehörden zu hören, in deren örtlichen Wirkungsbereich die Einrichtung tätig werden soll.

Bei wesentlichen Änderungen der Eignungsvoraussetzungen hat die Landesregierung über die Eignung der Einrichtung erforderlichenfalls neu zu entscheiden.

1.4.3.4.2. Leistungsvertrag

Das Jugendwohlfahrts-Grundsatzgesetz spricht nicht von „Leistungsverträgen“, sondern nur davon, dass freie Träger heranzuziehen sind. Über die Art und Weise der Heranziehung besagt das Bundesgrundsatzgesetz nichts. Praktisch haben sich in der Mehrzahl der österreichischen Bundesländer Leistungsverträge vor allem im Bereich der stationären Einrichtungen durchgesetzt. In mobilen und ambulanten Diensten dominieren Mischfinanzierungen.

Die Anerkennung ist Voraussetzung für den Abschluss eines Leistungsvertrages. Das Land kann zudem als Träger von Privatrechten Einrichtungen der freien Jugendwohlfahrt besonders fördern, die es für privatrechtliche Aufgaben der öffentlichen Jugendwohlfahrt heranzieht. Bei einer Förderung kann festgelegt werden, ob bzw. welche Entgelte seitens des/r Leistungsempfängers/in von der Einrichtung für einzelne ihrer Leistungen verlangt werden dürfen bzw. müssen. Weiters kann festgelegt werden, dass das Entgelt ermäßigt werden oder entfallen kann, wenn der Erfolg durch das Entgelt gefährdet wäre.

1.4.3.4.3. Kooperationsgebot

Im Vertragsverhältnis zwischen der öffentlichen Hand und den freien Trägern sind Rechte und Pflichten wechselseitig verteilt. So sind die freien Jugendwohlfahrtsträger über die vertraglich bedungenen Pflichten (Berichtspflichten, Führung von Protokollen, geeignete Fall-Dokumentation) hinaus verpflichtet, dem Kinder- und Jugendanwalt (der Kinder- und Jugendanwältin) die zur Erfüllung seiner (ihrer) Aufgaben notwendige Unterstützung und erforderlichen Auskünfte sowie mit

Zustimmung des (der) Betroffenen auch die erforderliche Akteneinsicht (§ 17 AVG) zu gewähren.

1.4.3.4.4. Professionalitätsgebot

Die Art und Weise des Personaleinsatzes bei den freien Jugendwohlfahrtsträgern ist nicht beliebig. Bei freien Wohlfahrtsträgern darf für die Durchführung der öffentlichen Jugendwohlfahrt nämlich nur jenes Personal verwendet werden, welches auch fachlich entsprechend ausgebildet und geeignet ist. Dabei richten sich die Erfordernisse der fachlichen Aus- und Fortbildung nach dienstrechtlichen Vorschriften.

Der Gesetzgeber verweist deshalb auf die Heranziehung von DiplomsozialarbeiterInnen¹⁴, PsychologInnen und PädagogInnen mit akademischer Graduierung, von SozialpädagogInnen, PädagogInnen, PsychotherapeutInnen, KindergärtnerInnen und HortnerInnen, VertreterInnen des Gesundheits- und Krankenpflegepersonals sowie auf JuristInnen. Für leitende Tätigkeiten dürfen überhaupt nur Personen herangezogen werden, die zudem entsprechende praktische Erfahrungen aufweisen können. Psychologinnen in der öffentlichen Jugendwohlfahrt müssen (etwa in Wien) eine postgraduale Ausbildung als Gesundheitspsychologin oder Klinische Psychologin oder eine anerkannte gleichwertige Ausbildung, die sie in einem Mitgliedstaat über das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum erworben haben, aufweisen.

Ausdruck des Professionalitätsgebotes ist die Pflicht zur Ermöglichung von Supervision und Coaching. Den mit der Besorgung von Aufgaben der Jugendwohlfahrt betrauten Personen ist Gelegenheit zur regelmäßigen Gruppen- oder Einzelsupervision über die eigene Tätigkeit zu geben, wobei den Bediensteten eine Supervision durch hierzu befähigte und ausgebildete Personen anzubieten ist. Supervisoren sind gegenüber jedermann zur Verschwiegenheit über den Inhalt von Supervisionsgesprächen verpflichtet. In einigen Bundesländern hat der öffentliche Jugendwohlfahrtsträger „Coaching“ für Führungskräfte anzubieten bzw. im Rahmen der Leistungskalkulation anzubieten.

¹⁴ Als Sozialarbeiter(innen) dürfen nur Personen eingesetzt werden, die das Diplom einer öffentlichen oder einer mit Öffentlichkeitsrecht ausgestatteten inländischen Akademie für Sozialarbeit oder eine entsprechende vergleichbare Ausbildung besitzen. Die Landesregierung hat dabei – etwa in OÖ - unter Berücksichtigung des Lehrstoffes, der Lehrmethoden und der Dauer von Ausbildungen in anderen Einrichtungen durch Verordnung zu bestimmen, in welchem Umfang diese Ausbildungen eine Ausbildung in einer Akademie für Sozialarbeit ersetzen.

Die Fortbildung des Fachpersonals ist vom jeweiligen Träger der Jugendwohlfahrt sicherzustellen, wobei die Ergebnisse der Forschung und die Erfordernisse der Praxis zu berücksichtigen sind. Die Länder können die Fortbildung des Personals dieser Einrichtungen nach Maßgabe der im jeweiligen Voranschlag vorgesehenen Mittel finanziell unterstützen oder selbst hierzu Fachpersonal zur Verfügung stellen.

1.4.3.4.5. Verschwiegenheitspflicht

Gleichsam als Gegengewicht zu den Informationspflichten des Kooperationsgebotes ist die Verschwiegenheitspflicht der in der freien Jugendwohlfahrtspflege tätigen Personen zu verstehen. Diese unterliegen der Amtsverschwiegenheit (Art. 20 Abs 3 B-VG) über alle ihnen ausschließlich aus dieser Tätigkeit bekannt gewordenen Tatsachen. Das bedeutet, dass auch die Mitarbeiter eines freien Trägers der Jugendwohlfahrt, die zur Besorgung von Aufgaben der öffentlichen Jugendwohlfahrt herangezogen werden, über alle ihnen ausschließlich aus dieser Tätigkeit bekannt gewordenen Tatsachen zur Verschwiegenheit verpflichtet sind. Diese Verpflichtung zur Verschwiegenheit besteht auch nach Beendigung der Tätigkeit für den Träger der freien Jugendwohlfahrt. Die Verschwiegenheitspflicht besteht nicht

1. gegenüber den in der öffentlichen Jugendwohlfahrt und der Aufsicht tätigen Organen der Landesregierung und der Bezirksverwaltungsbehörden;
2. gegenüber Schulen, Kindergärten und ähnlichen Einrichtungen, wenn dies im Einzelfall die Tätigkeit der freien Jugendwohlfahrtseinrichtung zum Wohl des Minderjährigen erleichtert;
3. gegenüber den Mitarbeitern der Bewährungshilfe, wenn dies im Einzelfall für die Tätigkeit der Bewährungshilfe erforderlich scheint;
4. gegenüber Aufsichtspersonen des eigenen Trägers;
5. gegenüber der Kinder- und Jugendanwaltschaft.

1.4.3.4.6. Widerruf der Eignung

Wie erwähnt kann eine Eignungsfeststellung jederzeit widerrufen werden. Näher betrachtet hat (!) die Behörde die Feststellung der Eignung zu widerrufen, wenn die Eignungsvoraussetzungen nicht mehr vorliegen, schwerwiegende Mängel trotz Aufforderung nicht behoben werden oder den überprüfenden Organen der Zutritt zu den Einrichtungen wiederholt verwehrt wurde.

1.4.3.5. Leistungsentgelt

Auch die Entgeltkalkulation der freien Jugendwohlfahrtsträger unterliegt gesetzlichen Maßregeln. Für die Leistung von sozialen Diensten dürfen allgemein vom Land bzw. von Trägern der freien Jugendwohlfahrt Entgelte verlangt werden. Dabei sind Art und Umfang der Dienste sowie die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse derjenigen angemessen zu berücksichtigen, die diese Dienste in Anspruch nehmen. Die freien Träger sind daher nicht in der Lage, diese Entgelte freihändig festzulegen. Vielmehr werden diese Entgelte einseitig vom Land als Träger der Jugendwohlfahrt festgelegt. Die Art und Weise der Festlegung dieser Entgelte ist im Bundesgrundsatzgesetz nicht determiniert. Jedenfalls gilt hierbei aber die bereits ausgeführte über die Institutionenwahl und die Beibehaltung der Grundsatzentscheidung zwischen Hoheits- und Privatwirtschaftsverwaltung. Konkret hat der Bundesgrundsatzgesetzgeber das Leistungsaustauschverhältnis zwischen den Ländern als Jugendwohlfahrtsträgern und den Leistungserbringern in den Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung verwiesen. Es wird von daher kein oder wenig Platz dafür sein, dieses Verhältnis einseitig hoheitlich zu regeln.

1.4.3.6. Fachaufsicht

Im laufenden Leistungsaustausch spielt die Fachaufsicht eine essentielle Rolle. Der Begriff der „Fachaufsicht“ ist im Grundsatzgesetz nicht ausdrücklich definiert.¹⁵ § 22 JWG bestimmt, dass Heime und sonstige Einrichtungen, die zur Übernahme von Minderjährigen in Pflege und Erziehung bestimmt sind (§ 28) und ganzjährig betrieben werden, nur mit Bewilligung des zuständigen Jugendwohlfahrtsträgers errichtet und betrieben werden dürfen. Zugleich wird festgelegt, dass Heime und sonstige Einrichtungen der Aufsicht des Jugendwohlfahrtsträgers im Rahmen der Hoheitsverwaltung unterliegen.

1.4.3.6.1. Fachaufsicht im Bundesgrundsatzgesetz

Der Term „Fachaufsicht“ wird im Grundsatzgesetz ausschließlich in Zusammenhang mit der Anerkennung von Einrichtungen verwendet. Jedes Heim, das zur vollen Erziehung i.S. der §§ 26,28 JWG bestimmt ist, unterliegt demnach ebenso

¹⁵ Der Abstraktionsgrad dieser Norm geht darauf zurück, dass der Gesetzgeber die Aufsicht als dynamische Verweisung im Gesetz konzipiert hat. Diese soll eine fortlaufende Berücksichtigung von wissenschaftlichen Diskursen und technischer Standards ermöglichen. Als Standard gilt, was jeweils konsensfähiger Stand der wissenschaftlichen Debatte ist.

der Bewilligungspflicht (einmalige Bewilligung) und fortlaufenden Aufsicht nach § 22 JWG wie eine mobile oder ambulante Einrichtung, etwa eine Krabbelstube. Bewilligung und Aufsicht sind unstrittig Angelegenheiten der Hoheitsverwaltung (*Ent-Frischengruber*, Rz 2 u 3 zu § 22). Der Begriff „Fachaufsicht“ ist aus diesen Gründen eben nicht auf jede Form des Kontrollhandelns gegenüber einem freien Jugendwohlfahrtsträger bezogen, sondern nur auf den hoheitlichen Aufgabenteil.

§ 22 Abs 2 JWG legt vor diesem Hintergrund fest, was Inhalt der Fachaufsicht zumindest sein kann, wenngleich die Fachaufsicht allerdings noch vom jeweiligen Landesausführungsgesetzgeber detaillierter geregelt werden kann. Inhalt der Fachaufsicht ist etwa die Prüfung der Qualifikation der Leitung einer Einrichtung, die Überprüfung der ausreichenden Anzahl von qualifizierten Fachkräften für die Pflege und Erziehung der Minderjährigen, die wirtschaftlichen Voraussetzungen oder die Prüfung der Eignung der Räumlichkeiten. Die qualifikatorischen Eigenschaften einer Fachkraft ergeben sich dabei aus den einschlägigen Ausbildungsbestimmungen, etwa den Lehrplänen der Sozialakademien. Die räumlichen Eigenschaften ergeben sich aus den Minimalwerten der sozialpädagogischen Grundversorgung. Unter den wirtschaftlichen Voraussetzungen wird dabei insbesondere die sachliche, infrastrukturelle und budgetäre Grundausstattung des Trägers einer Einrichtung verstanden.

1.4.3.6.2. Fachaufsicht in den Landesausführungsgesetzen

Erst die Landesausführungsgesetze führen aus, was denkmöglich Gegenstand der Ausübung der Fachaufsicht sein kann, insbesondere im Hinblick darauf, ob die Fachaufsicht auch die Überwachung der budgetären bzw. betriebswirtschaftlichen Gestion des freien Jugendwohlfahrtsträgers mit einschließt.

Die Fachaufsicht der Länder erstreckt sich auf geeignete Einrichtungen und Dienste. Dabei kann sich die Landesregierung auch der internen fachlichen Aufsicht der Einrichtung bedienen. Erstreckt sich die Tätigkeit einer Einrichtung ausschließlich auf den örtlichen Wirkungsbereich einer Bezirksverwaltungsbehörde, so darf die Landesregierung in einigen Bundesländern die Fachaufsicht an die Bezirksverwaltungsbehörde delegieren.

Art und Ausmaß der Aufsicht über Heime und sonstige Einrichtungen (d.h. ambulante und mobile soziale Dienste) sind strikt geregelt. Die Behörde hat die Einhaltung einschlägigen Bestimmungen in regelmäßigen Zeitabständen, mindestens jedoch einmal jährlich, an Ort und Stelle zu überprüfen. Der Heim- bzw. Einrichtungsträger hat die Aufsicht zu ermöglichen und dafür zu sorgen, dass den Orga-

nen der Aufsichtsbehörde im erforderlichen Umfang bzw. jederzeit der Zutritt zu den Einrichtungen gewährt, die erforderliche Einsicht in schriftliche Unterlagen ermöglicht und die nötigen Auskünfte erteilt werden. Die Fachaufsicht hat zugleich so zu erfolgen, dass die Verpflichtung der freien Jugendwohlfahrt zur Verschwiegenheit gewahrt bleibt.

Die Behörde hat im Rahmen der Ausübung der Fachaufsicht den Betrieb zu untersagen, wenn schwerwiegende Mängel trotz Aufforderung innerhalb einer angemessen festzusetzenden Frist nicht behoben werden oder den zu überprüfenden Organen der Zutritt zu den Einrichtungen wiederholt verwehrt wurde.

1.4.3.7. Besondere Bestimmungen für stationäre Einrichtungen

Stationäre Einrichtungen unterliegen im Kontext der österreichischen Jugendwohlfahrt gesonderten Bestimmungen. § 12 Abs 1 Ziff 5 JWG bestimmt, dass Pflegeplätze in Heimen, sonstigen Einrichtungen sowie in sozialpädagogischen Wohngemeinschaften als sozialer Dienst der Jugendwohlfahrt angeboten werden sollen. § 11 JWG Abs 2 JWG regelt parallel hierzu, dass die Jugendwohlfahrts-träger vorzusorgen haben, dass die zur Erfüllung ihrer Aufgaben auch die notwendigen sozialen Dienste bereitgestellt werden.¹⁶

Die Errichtung und der Betrieb von Heimen und sonstigen Einrichtungen, die zur Übernahme von Minderjährigen in Pflege und Erziehung bestimmt sind und die ganzjährig betrieben werden, bedürfen grundsätzlich einer bescheidförmigen Bewilligung durch die Behörde.

Der Träger einer Einrichtung kann eine physische oder eine inländische juristische Person sein. Soll die Bewilligung zur Errichtung und zum Betrieb einer Einrichtung einer physischen Person erteilt werden, so muss diese eigenberechtigt sein und darf keine gerichtlichen Verurteilungen aufweisen, die das Wohl der Kinder gefährdet erscheinen lassen. Dies gilt auch für die Gesellschafter und vertretungsbefugten Organe von juristischen Personen.

1.4.3.7.1. Errichtungsbewilligung

An zentraler Stelle regeln die Normen hinsichtlich der Errichtungsbewilligung von Einrichtungen den Spielraum der Landesverwaltungen (bzw. Landesregierungen) bei der Verhandlung des Inhaltes von Leistungsverträgen. Die Landesregierun-

¹⁶ § 11 JWG schließt im Übrigen an die Definition sozialer Dienste an, wie sie zuvor bereits im Sozialhilferecht eingeführt wurde (*Pfeil* 1989,553ff; *Scherm* 1997).

gen haben wie erwähnt die Errichtung sowie den Betrieb und die Beaufsichtigung von Heimen und sonstigen Einrichtungen, die ganzjährig betrieben werden und zur Übernahme von Minderjährigen in Pflege und Erziehung bestimmt sind, zu bewilligen. Damit ist im Regelfall eine Ermächtigung zur Erlassung von Richtlinien für die Errichtung und den Betrieb von Heimen durch Verordnung mit umfasst. Zugleich ist die Landesregierung ermächtigt, Richtlinien für den Betrieb von Jugenderholungsheimen und Ferienlagern durch Verordnung zu erlassen.¹⁷ Gesetzliche Voraussetzung der Bewilligung ist:

1. ein nach allgemein anerkannten wissenschaftlichen Erkenntnissen erstelltes sozialpädagogisches Heimkonzept;
2. eine zur Leitung der Einrichtung fachlich geeignete und verlässliche Person;
3. das zur Pflege und Erziehung von Minderjährigen fachlich ausgebildete Personal in erforderlicher Anzahl;
4. gesundheitliche Eignung des Personals;
5. die genaue Bezeichnung der Liegenschaft hinsichtlich Lage, Ausmaß und Nutzung;
6. Nachweis über die Eigentums- oder sonstigen Rechtsverhältnisse;
7. Angaben über die Bezeichnung und Zweckbestimmung des Heimes, das Fassungsvermögen und die beabsichtigte Raumnutzung;
8. Nachweis der wirtschaftlichen Voraussetzungen für eine den Aufgaben der Jugendwohlfahrt entsprechende Betreuung;
9. Angaben über Zahl und Art der im Heim befindlichen oder geplanten sanitären Einrichtungen und Anlagen;
10. Angaben über die Art der Wasserversorgung und Abwässerbeseitigung;
11. Angaben über die dem Heim zur Verfügung stehenden Spiel- und Sportplätze im Freien;
12. Bau- und Benützungsbewilligung, Überprüfungsbefunde der Feuerungs-, Rauchfang- und Elektroanlagen;

¹⁷ Dementsprechend hat eine Landesregierung auch Anzeigen über die Aufnahme des Betriebes von Jugenderholungsheimen aufzunehmen, Aufsicht über Jugenderholungsheime auszuüben und allenfalls die dauernde oder vorübergehende Einstellung des Betriebes von Jugenderholungsheimen zu veranlassen.

14. Angaben über die Art der Wasserversorgung sowie der Abwasser- und Abfallbeseitigung;

15. Gewährleistung der persönlichen Sicherheit der Minderjährigen, soweit im vorhinein abschätzbar;

16. Medizinische Betreuung;

17. Gewährleistung hygienisch-sanitärer Standards;

18. Kalkulation von Kostenabgeltungen, die nach den jeweiligen Landesgesetzen wirtschaftlich, sparsam und zweckmäßig verwendet werden.

Den Anträgen sind insbesondere beizufügen:

- bei Bestandsverhältnissen eine Abschrift des Bestandsvertrages;
- bei neu zu erbauenden Objekten, bei Auf- und Zubauten die Baupläne und ein Lageplan;
- ein von einer staatlichen Untersuchungsanstalt, ausgestellter Wasseruntersuchungsbefund, der nicht älter als ein Jahr sein darf, sofern das Heim nicht an eine öffentliche Wasserversorgungsanlage angeschlossen ist;
- die für das Heim verbindliche Heimordnung.

Das sozialpädagogische Konzept hat im Regelfall folgende Mindeststandards zu erfüllen:

- Indikationsstellung (Indikationsorientierung),
- Familie (Familienorientierung)
- Überprüfung von Erziehungsziel und Erziehungsplan (Verlaufsorientierung),
- die Kooperation im Sinne interdisziplinärer Zusammenarbeit (Kooperationsorientierung),
- körperliches und seelisches Wohlergehen (Bedürfnisorientierung).

Werden diese Voraussetzungen nicht erfüllt, so sind (!) diese durch Auflagen sicherzustellen. Die Landesregierung hat durch Verordnung nähere Bestimmungen über die örtliche Lage, die baulichen Voraussetzungen, die Einrichtung und Ausstattung der Gebäude und Räumlichkeiten sowie über die zur Sicherstellung einer fachgerechten Betreuung notwendigen weiteren sachlichen und personellen Voraussetzungen zu treffen. Diese Verordnungen beinhalten Vorschriften über

- Spiel- und Sportplätze im Freien;
- Ausstattung der Räume, natürliche Beleuchtung;

- Belüftung, maximale Bettenanzahl pro Raumgröße;
- Örtliche Lage, Räumlichkeiten je nach Gruppengröße;
- Anzahl und das Alter der Minderjährigen;
- Sanitäre Ausstattung;
- Gesundheitsvorsorge;
- Gruppengrößen;
- Anforderungen an das Heimpersonal
- Verhältnis von Kinder- und Betreueranzahl.

Die Reichweite der Durchführungsverordnungen ist erheblich. So soll ein Heim nur an Orten errichtet werden, an denen es nicht oder doch nur in geringem Maße der Einwirkung von Immissionen, Abgasen oder störender Geräuschentwicklung industrieller und anderer Erwerbsbetriebe oder des Verkehrs ausgesetzt ist. Es soll auch nicht in unmittelbarer Nähe von Heil-, Pflege- oder Krankenanstalten, Heilstätten, Volksbelustigungsorten, Friedhöfen und Tierhaltungen oder an Hauptverkehrsstraßen liegen. Zudem muss jedes Heim über eine Anlage verfügen, die den Kindern Gelegenheit zu Spiel, sportlicher Betätigung und Aufenthalt im Freien bietet. Diese Anlage muss tunlichst dem Heim angeschlossen sein oder vom Heim aus leicht erreicht werden können. Die Ausstattung von Heimen muss so beschaffen sein, dass Unfälle und Verletzungen bzw. gesundheitliche Schädigungen nach Möglichkeit ausgeschlossen werden können. Der Träger einer Einrichtung ist zu einer diesbezüglichen laufenden Überwachung der gesamten Einrichtung verpflichtet. Mängel, die zu einer Gefährdung von Leben oder Gesundheit führen können, hat er unverzüglich zu beheben. Die Heimverordnungen beinhaltet des Weiteren umfangreiche, detaillierte Regelungen betreffend architektonischer Ausführungen, Heizflächen, Brandschutz, Raumausstattung, Küchentechnologie und Lebensmittelversorgung (Vollwertkost; Speiseplan), Wasseruntersuchung (chemisch und bakteriologisch), Hygiene, Be- und sowie die Be- und Entlüftung des Gebäudes betreffend. Selbst das Umfeld der Einrichtung (Kindergärten, Spiel- und Sportanlagen, Schulen, Ausbildungs- und Arbeitsmöglichkeiten sowie Freizeiteinrichtungen, Anbindung an öffentliche Verkehrsmittel) wird minutiös geregelt. Überdies ist die ärztliche Versorgung der Minderjährigen sicherzustellen, wobei regelmäßige Untersuchungen nach Altersgruppen abgestuft nachzuweisen sind. Einrichtungen haben über entsprechende Räumlichkeiten zur vorübergehenden Unterbringung erkrankter Minderjähriger vorzusorgen.

Das Heimpersonal muss zudem einen guten Leumund und außer der körperlichen, geistigen und sittlichen Eignung eine entsprechende Berufsausbildung besitzen. Als Erzieher können Absolventen einer Bildungsanstalt für Sozialpädagogik, aber auch Diplomsozialarbeiter/innen, Lehrer/innen, Kindergärtner/innen, Horterzieher/innen und Säuglingsschwestern zu Betreuungs- und Erziehungsaufgaben herangezogen werden. Für zusätzliche Aufgaben sollen weitere Fachkräfte beigezogen werden (z.B. Ärzte, Psychologen, Diplomkrankenschwestern, Psychotherapeuten, Beschäftigungstherapeuten, Musiktherapeuten, Logopäden, Heilgymnasten, Heilpädagogen, Diplomsozialarbeiter, Lehrwerkstättenmeister und Sporterzieher).

Zur verantwortlichen unmittelbaren Betreuung von Pflegekindern bis zum vollendeten zweiten Lebensjahr dürfen, abgesehen von Ärzten (Ärztinnen), nur solche Säuglingsschwestern oder Krankenpflegerinnen verwendet werden, die zur Ausübung dieser Berufe in Österreich berechtigt sind.

Das Erziehungspersonal muss überdies in der Lage sein, den Heimkindern bei der Bewältigung ihrer Schulaufgabe angemessene Hilfe zu bieten.

Der Heimerhalter ist im Regelfall dafür verantwortlich, dass während des Heimbetriebes entweder der Heimleiter (die Heimleiterin) selbst oder ein mit der Leitung des Heimes vertrauter, geeigneter Stellvertreter anwesend ist. Um eine einwandfreie und pädagogische Betreuung zu gewährleisten, dürfen die einzelnen Heimgruppen nicht mehr als zwanzig, höchstens aber 25 Kinder bzw. Jugendliche umfassen.

Körperliche Züchtigung oder entehrende Strafen sind verboten.

Die Verordnungen sehen des Weiteren gesonderte Regelungen für Dienstzeiten vor. So wird etwa die Regelung eines Nachtdienstes entsprechend der jeweiligen Bedürfnislage, dem Alter und der Anzahl der Minderjährigen, den räumlichen Gegebenheiten sowie der technischen Ausstattung gefordert.

Der Träger einer Einrichtung hat der Bewilligungsbehörde folgende Umstände unverzüglich schriftlich zu melden:

1. jede Änderung der Einrichtung, wenn dadurch eine Änderung des der seinerzeitigen Bewilligung zugrunde gelegten Zustandes bewirkt wird;
2. jeden Wechsel in der Person des verantwortlichen Leiters der Einrichtung;
3. jede auch vorübergehende Schließung der Einrichtung;

4. jede Änderung der Bezeichnung der Einrichtung und des Inhaltes der Heimordnung.

1.4.3.7.2. Jugenderholungsheime und Ferienlager

Die erwähnte Anzeigepflicht gilt auch für Jugenderholungsheime und Ferienlager. Auch hier hat der Träger der Behörde den beabsichtigten Betrieb sowie die einschlägigen Konditionen (Personal, Qualifikation, Anzahl der Kinder/Jugendlichen etc.) zwei Monate vor Beginn schriftlich anzuzeigen.

1.4.3.8. Tagsatzregelungen bei stationärer Unterbringung

Die Festsetzung bzw. „Verhandlung“ des Leistungsentgeltes bei stationärer Unterbringung in einer Einrichtung der Maßnahmen zur „vollen Erziehung“ unterliegt strikten Vorgaben.

1.4.3.8.1. Heimverordnungen

Einzelne Länder wie etwa Sbg oder die Stmk haben in ihren HeimV die Basis geschaffen, für jede einzelne Einrichtung durch Bescheid der jeweiligen Landesregierung einen Tagsatz festzusetzen. Zugleich wird die Fachaufsicht der Landesregierung darauf erstreckt, zu prüfen, ob die geleisteten Tagsätze sparsam, wirtschaftlich und zweckmäßig verwendet wurden. Die einschlägigen Verordnungsermächtigungen geben der Landesregierung die Möglichkeit, durch Verordnung nähere Regelungen darüber zu erlassen, welche Berechnungsgrundlagen bei der Festsetzung von Tagsätzen heranzuziehen sind.

In den übrigen Bundesländern sehen die Heimverordnungen detaillierte Raum- und Funktionskonzepte sowie qualitative Standards etwa im Hinblick auf das sozialpädagogische Heimkonzept (Leitungspersonal, Fachpersonal) vor.

1.4.3.8.2. Tagsatzregelungen

Wie erwähnt ermöglichen einige Landesgesetze (StmkJWG, SbgJWO), dass für die Abgeltung von Leistungen in Heimen und sonstigen Wohneinrichtungen Tagsätze gebühren, wobei diese für jede einzelne Einrichtung durch Bescheid der Landesregierung hoheitlich festzusetzen sind. Die Tagsätze sind so zu bemessen, dass die Kosten für ordnungsgemäße Unterbringung, Verpflegung und Betreuung der Minderjährigen gedeckt sind. Die Fachaufsicht schließt die Prüfung mit ein, dass die Heime und sonstigen Einrichtungen den vorgeschriebenen Erfordernissen entsprechen und die geleisteten Tagsätze sparsam, wirtschaftlich und zweckmäßig verwendet werden.

Durch Verordnung der Landesregierungen werden hier also die Kriterien für die Festsetzung des Tagsatzes geregelt. Insbesondere sind Grundlagen der Personalentlohnung, anerkenbare Aufwände, Art und Umfang der Berücksichtigung von Investitionen und Aufwendungen für Instandhaltungen festzulegen. Im Ergebnis sind Salzburg und die Steiermark die beiden Bundesländer, welche einerseits freie Träger mit Vertrag zur Erfüllung von nichthoheitlichen Aufgaben der öffentlichen Hand heranziehen, wenn sie nach Ziel und Ausstattung dazu geeignet sind und zudem fachliche, sachliche, personelle und konzeptionelle Voraussetzungen erfüllen – andererseits und zugleich diesen Einrichtungen auf hoheitlichem Wege (Heimverordnung) tagsatzförmige Kostenabgeltungen vorschreiben.¹⁸

Oberösterreich und die Steiermark am anderen Ende des Kontinuums zwischen autoritären und kooperativen Arrangements gelangen im Regelfall über Normkostenmodelle, Kennziffern, Auslastungsvorgaben und durchschnittliche gewichtete Overhead-Kosten zu eher einvernehmlichen Festlegungen. Vorarlberg verkörpert einen Sonderfall aufgrund der Monopol-Stellung des Instituts für Sozialdienste und dessen politischer Anbindung an die Eliten der ÖVP im Landtag. Insgesamt wird man nicht von der Hand weisen können, dass bei steigendem Kostendruck die Neigung der Vertreter der öffentlichen Hand, Kostenlimits auf nicht-diskursive Weise zu setzen, eher gesteigert wird.

1.4.4. Soziale Dienste und Einrichtungen im Arbeitsmarktförderungsrecht

1.4.4.1 Allgemeines

Im Bereich der Arbeitsmarktförderung existieren keine einfachgesetzlichen für die Beauftragung sozialer Dienste vergleichbar dem Wohlfahrtsbereich der Bundesländer. Soziale Dienste dienen hier im Wesentlichen entweder der Qualifizierung, der Beschäftigungsmotivation oder der Weiterbeschäftigung im Rahmen der aktiven Arbeitsmarktpolitik. Grundlage hierfür sind das Arbeitsmarktservicegesetz sowie das Arbeitsmarktförderungsgesetz.

¹⁸ § 10 Abs 1 StmkJWF geht hier im übrigen noch einen Schritt weiter und normiert, dass „eine Heranziehung nur erfolgen darf, wenn sich der Träger der freien Jugendwohlfahrt verpflichtet, Geburgsprüfungen durch den Landesrechnungshof im Rahmen der übertragenen Aufgaben zuzulassen.“ Hier muss sich der freie Träger im Bereich des Leistungsaustausches demselben Regime unterwerfen, das ansonsten nur für das Subventionswesen gilt.

1.4.4.2. Dienstleistungen

§ 32 Abs 1 AMSG sieht vor, dass das AMS seine Leistungen in Form von Dienstleistungen zu erbringen hat, deren Zweck die Vermittlung von Arbeitssuchenden auf offene Stellen, die Beschäftigungssicherung und die Existenzsicherung während der Arbeitslosigkeit ist. Dienstleistungen zur Vorbereitung, Ermöglichung oder Erleichterung einer solchen Vermittlung oder Beschäftigungssicherung sind im Wesentlichen folgende:

1. Information über den Arbeitsmarkt und die Berufswelt;
2. Beratung bei der Wahl des Berufes;
3. Unterstützung bei der Herstellung oder Erhaltung der Vermittlungsfähigkeit von Arbeitskräften;
4. Unterstützung der Qualifizierung von Arbeitskräften;
5. Unterstützung von Unternehmen bei der Suche und Auswahl geeigneter Arbeitskräfte sowie der Gestaltung der innerbetrieblichen Arbeitskräfteplanung;
6. Unterstützung von Arbeitssuchenden bei der Suche und Auswahl eines Arbeitsplatzes;
7. Unterstützung von Unternehmen und Arbeitskräften bei der Schaffung und Erhaltung von Arbeitsplätzen.

Soweit das Arbeitsmarktservice obige Dienstleistungen nicht selbst bereitstellen kann oder deren Bereitstellung unzumutbar oder unwirtschaftlich wäre, hat es dafür Vorsorge zu treffen, dass solche Leistungen auf Grund vertraglicher Vereinbarungen, z.B. durch Übertragung an geeignete Einrichtungen, auf andere Weise zur Verfügung gestellt werden. Dabei dürfen schutzwürdige Interessen Dritter im Sinne des § 1 Abs 1 DSG nicht verletzt werden.

Dienstleistungen des AMS sind grundsätzlich kostenlos. Eigenleistungen sind daher nicht anzurechnen. Für besondere Dienstleistungen, wie Testung und Vorauswahl von Bewerbern oder spezielle Werbemaßnahmen und Maßnahmen der Personalberatung für Betriebe, kann der Verwaltungsrat ein angemessenes Entgelt festsetzen, das dem Arbeitsmarktservice zufließt. Dienstleistungen für Arbeitnehmer, Arbeitslose und Arbeitssuchende sind jedenfalls kostenlos zu erbringen.

1.4.4.3. Beihilfen

Sofern Dienstleistungen im Sinne des § 32 AMSG zur Erfüllung der gesetzten Aufgaben nicht ausreichen, sind einmalige oder wiederkehrende finanzielle Leistungen an und für Personen (Beihilfen)¹⁹ zu erbringen. Solche Beihilfen dienen Wesentlichen folgenden Zwecken:

1. Überwindung von kostenbedingten Hindernissen der Arbeitsaufnahme;
2. berufliche Aus- oder Weiterbildung oder die Vorbereitung auf eine Arbeitsaufnahme;
3. (Wieder)eingliederung in den Arbeitsmarkt;
4. Aufrechterhaltung einer Beschäftigung.

Auf Beihilfen besteht kein Rechtsanspruch.

Gemäß § 38 AMSG hat das AMS Schulungs- und Wiedereingliederungsmaßnahmen bereitzustellen. § 38 a leg.cit. bestimmt, dass die regionale Geschäftsstelle darauf zu achten hat, dass zu einer nachhaltigen und dauerhaften Beschäftigung erforderliche Qualifizierungs- oder sonstige beschäftigungsfördernde Maßnahmen angeboten werden. Die regionale Geschäftsstelle hat insbesondere dafür zu sorgen, dass Personen, deren Eingliederung in den Arbeitsmarkt erschwert ist, binnen vier Wochen eine zumutbare Beschäftigung angeboten oder, falls dies nicht möglich ist, die Teilnahme an einer Ausbildungs- oder Wiedereingliederungsmaßnahme ermöglicht wird. Dies gilt insbesondere für Personen, die während des Bezuges von Kinderbetreuungsgeld oder nach einer Zeit der Kinderbetreuung eine Beschäftigung anstreben.

1.4.4.4. Richtlinien

Die entscheidenden Rechtsgrundlagen für die Beauftragung sozialer Dienstleistungserbringer seitens des AMS finden sich in den internen Richtlinien, deren Rechtscharakter als generelle Weisung zu qualifizieren ist. Gesetzliche Grundlage für die Übertragung dieser Maßnahmen stellt das AMSG dar; bei den Bildungsträgern etwa die § 34 iVm § 32 Abs 3 AMSG; da Unterrichtswesen und Berufsausbildung gemäß Bundesvergabegesetz nicht-prioritäre Dienstleistungen

¹⁹ Beihilfe im vorliegenden Sinne ist eine monetäre Transferleistung direkt an die von einer Notlage betroffene Person; dieser Begriff ist nicht ident mit dem Beihilfenbegriff gem. Art 87 EGV, welcher als Beihilfen jene öffentlichen Transferleistungen erfasst, welche die Wettbewerbsposition von Unternehmen verbessert.

sind, für die der zweite und dritte Teil des Bundesvergabegesetzes nicht anwendbar sind, welche unter anderem die verschiedenen Arten von Vergabeverfahren regeln, erfolgt die Übertragung ausschließlich nach den Richtlinien des AMS und ist daher keine Ausschreibung nach Bundesvergabegesetz oder Ö-NORM A 2050.

Die Richtlinien des AMS sehen exakte Vorgaben vor, entlang derer projektbezogene Leistungen, etwa für die sozialökonomischen Beschäftigungsbetriebe (Lechner et.al. 2000) auszuschreiben und zu überbinden sind. Diese Richtlinien beinhalten Vorgaben hinsichtlich der Organisationsstruktur, des Personals und dessen Qualifikation, der Abrechnung und Dokumentation von Leistungen. Dabei sind die Allgemeinen Bestimmungen der (LGS)-Richtlinie(n) zur Gewährung von Beihilfen an Bildungsträger für die entstehenden Personal- und Sachkosten bei der Durchführung von Bildungsmaßnahmen, die vom AMS in Auftrag gegeben werden, relevant (RL vom 01.04.2004 AMSW / Abt.9 / 115 / 2004). Diese Richtlinie(n) geben den Bewerbern (die eine entsprechende Dienstleistung auf Grundlage einer Ausschreibung des AMS erbringen wollen) vor, wie Begehren, Kurskonzepte, Qualität und Kostenkalkulation auszusehen haben. Die Richtlinien regeln

- Aufnahme der TeilnehmerInnen
- Finanzielle und administrative Abwicklung
- Öffentlichkeitsarbeit
- Durchführung der Maßnahme
- Regelungen bei Co-Finanzierung durch den Europäischen Sozialfonds
- Kursdauer
- MindestteilnehmerInnenanzahl
- Beihilfenhöhe (Personalkosten, Nebenkosten)
- Integrationsquote
- Vortragsplan
- Abschlussbericht
- Zahlungsmodalitäten
- Endabrechnung
- Vorgehen bei Abwicklungsstörungen.

Die Richtlinien legen ferner fest, dass Beihilfen nach dem AMSG kein Entgelt im Sinne des UStG sind und daher keine USt geltend zu machen ist. Sie berücksichtigen zugleich eine gleichstellungsorientierte Vorgangsweise. In der Richtlinie zur Förderung von Bildungsmaßnahmen etwa werden unternehmens- und maßnahmenbezogene Gender-Aspekte als wichtige Bewertungskriterien für die Auswahl und die Beauftragung von Bildungsträgern definiert. Auch in der Richtlinie für das Unternehmensgründungsprogramm des AMS für Arbeitslose wurde durch Entkoppelung der Teilnahme vom Leistungsbezug sowie durch eine höhere Förderung für den Qualifizierungsbedarf von Frauen Gender Mainstreaming implementiert.

Allerdings werden die in den Richtlinien vorgesehen Kriterien nicht durchgängig erfüllt. So wurde etwa die in den Richtlinien antizipierte Förderdauer von einem Jahr nur von einem Fünftel der SÖB-TeilnehmerInnen des Jahres 1996 absolviert. 12% schieden bereits im Rahmen des Probemonats aus, jede dritte Transitarbeitskraft verließ den SÖB mit einer Verweildauer von weniger als einem halben Jahr. Andererseits verzeichneten 20% der Transitarbeitskräfte eine Teilnahmezeit von mehr als einem Jahr. Individuelle Stabilisierung und Heranführung an eine kontinuierliche Tätigkeitsausübung lassen sich also nicht final mithilfe von Richtlinien regeln. Sie werden vielmehr individuell bemessen.

Die Richtlinien des AMS schlagen sich auch in den Ausschreibungsunterlagen nieder. Im Bereich der Schulungseinrichtungen etwa müssen die Bewerber/Anbieter im Rahmen der Vergabeverfahren folgende Mindestanforderungen zu Zuverlässigkeit, Leistungsfähigkeit und Eignung nachweisen:

- Konformität der Beschäftigungsverhältnisse mit dem AuslBG
- Nachweis einer zumindest zweijährigen Schulungstätigkeit
- Nachweis über die „Kernkompetenz“ des Trägers für die Arbeit mit arbeitsmarktpolitischen Zielgruppen; Angabe von Referenzprojekten (!)
- Nachweis über die fachliche Kompetenz der TrainerInnen (Ausbildungszeugnisse, Lebenslauf, Dienstzeugnisse, Bestätigungen; Unzulässigkeit der Vorlage eines „TrainerInnen-Pools“)
- Referenzen des einzusetzenden Personals
- Beschäftigungsart des einzusetzenden Personals
- Nachweis eines Qualitätssicherungssystems
- Curricula-Planung

- Nachweis einer geeigneten Organisationsstruktur
- Exakte Gliederung des Maßnahmeninhaltes
- Angaben zu Subunternehmen
- Technische Ausstattung mit zwingenden, vom AMS vorgegebenen Mindestanforderungen (PC-Arbeitsplatz pro TeilnehmerIn, Internetanschluss, Videobeamer, Overhead-Projektor)
- Räumliche Ausstattung
- Angaben zum Standort
- Nachweis über die behindertengerechte Ausstattung
- Lehrsaalausstattung und –anzahl
- Nachweis der Pausenräumlichkeiten
- Nachweis der Sanitäreinrichtungen
- Nachweis der Garderoben
- Nachweis der Verkehrsanbindung.

1.4.5. Finanzierungsformen sozialer Dienste

Soziale Dienste werden zumeist in Form von Mischfinanzierungen bestehend aus Leistungsentgelten (Tagsatz, Einzelleistungsentgelte) und Subventionen (einseitig gewährte Zuwendungen) finanziert. Herkömmlich und traditionell steht die Subvention nach wie vor im Mittelpunkt der Finanzierung wohlfahrtsstaatlicher Aufwendungen, dies vor allem im Bereich der Städte (Gemeinden).

1.4.5.1. Subventionen

Subventionen verkörpern vermögenswerte Zuwendungen, die ein Träger der öffentlichen Verwaltung einer Privatperson oder Unternehmung unmittelbar gewährt, um durch das Verhalten des Privaten oder der Unternehmung einen im öffentlichen Interesse liegenden Zweck zu erreichen. Im Einzelfall können das Zuschüsse, Darlehen und Bürgschaften sein. Der Begriff „Subvention“ bezeichnet also eine (Geld)Leistung der öffentlichen Hand an Unternehmungen oder private Haushalte, die keine Gegenleistung enthält, aber an bestimmte Bedingungen geknüpft ist, insbesondere an geforderte oder erwartete Verhaltensweisen. Derartige Bedingungen können vielgestaltig sein. Formal gilt: wird ein Rechtsgeschäft unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossen, so tritt die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung mit dem Eintritt der Bedingung ein. Wird ein

Rechtsgeschäft unter einer auflösenden Bedingung vorgenommen, so endet mit dem Eintritt der Bedingung die Wirkung des Rechtsgeschäfts. Dann tritt der frühere Rechtszustand wieder ein.

Für den Begriff „Subvention“ fehlt in der österreichischen Rechtsordnung eine einheitliche Definition. Der VwGH bezeichnet Subventionen als Leistungen der öffentlichen Hand, die zur Erreichung eines bestimmten, im öffentlichen Interesse gelegenen Zweckes gewährt werden sollen. Das Strafrecht kennt den Tatbestand des Subventionsbetruges. Das Europarecht kennt den Tatbestand der europarechtswidrigen Subvention. Wenn die Europäische Kommission vor Gewährung einer Subvention nicht gem. Art. 88 III EGV unterrichtet wurde, kann sie im Nachhinein gem. Art 88 II EGV veranlassen, dass eine Subvention, welche wettbewerbsverzerrend und damit gemeinschaftsrechtswidrig gegen Art 87 I, 88 III EGV verstößt, wegen Rechtswidrigkeit seitens der öffentlichen Subventionsvergabestellen rückgefordert werden muss.

Keine Subventionen sind Transferleistungen, wobei die Abgrenzung mangels einheitlicher Begriffsbildung schwierig ist. Nach herrschender Ansicht sind Subventionen wie erwähnt durch ihre öffentliche Zielsetzung gekennzeichnet. Transferleistungen sind demgegenüber die vor allem aus sozialen Gründen gewährten direkten und indirekten Leistungen. Subventionen werden im Sozialbereich üblicherweise an private Unternehmen in Form von Zuschüssen (Zinszuschüssen), Krediten, Bürgschaften und Gewährleistungen zum Zwecke der Erreichung sozial- bzw. wohlfahrtsstaatlicher Ziele oder zur einschlägigen Wirtschaftslenkung eingesetzt.

Danach gehören nicht zu den Subventionen im eigentlichen Sinne die Gewährung von Steuervergünstigungen oder von Vorzugstarifen bei der Inanspruchnahme öffentlicher Versorgungsunternehmen (von manchen als indirekte oder verdeckte Subventionen bezeichnet) ebenso wie die Leistungen der Sozialhilfe, der Sozialversicherung oder der Kriegsopferversorge.

Die Rechtmäßigkeit der Gewährung von Subventionen ist im Regelfall entweder von einer formellen gesetzlichen Ermächtigung abhängig oder davon, dass die Subventionen gewährende Verwaltung im Rahmen ihrer im Rahmen der Aufgabenverteilungspläne zugewiesenen Zuständigkeit handelt. Beide Formen sind dem österreichischen Sozialrecht bekannt. Überdies müssen die aufzuwendenden Mittel im Haushalt bereitgestellt sein.

Auf die Gewährung der Subvention besteht, vorbehaltlich einer besonderen gesetzlichen Regelung, im Regelfall kein Rechtsanspruch. Auch kein Rechtsan-

spruch besteht auf konsekutiv fortgesetzt gewährte Subventionen. Der Einzelne (das um Subventionen absuchende Unternehmen) hat allerdings Anspruch auf fehlerfreien Ermessensgebrauch und Gleichbehandlung. Danach kann im Einzelfall (gegebenenfalls) auf Grund des Gleichbehandlungsgrundsatzes ein Anspruch auch aus ständiger Verwaltungsübung oder verwaltungsinternen Bestimmungen erwachsen (dies wäre ein Anwendungsfall der Selbstbindung der Verwaltung). Die Beweislast liegt hier beim Subventionswerber. Die Bewilligung oder Versagung der Subvention ist üblicherweise ein Verwaltungsakt im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung. Dies gilt auch für die Gewährung eines Kredites oder die Leistung einer Bürgschaft.

Traditionell stellt in Österreich die Form der Subvention, wie eine Aggregation der Budgets außerhalb der Pflichtleistungen in der Gruppe 4 des kameralistischen Kontenrahmens zeigt, einen erheblichen Teil des Sozial- bzw. Wohlfahrtsaufwandes, mit dem soziale Dienstleistungen finanziert werden, dar.

Subventionen verkörpern eine spezifische Förderungslogik der öffentlichen Hand, die zumeist politisch überlagert sind. Freihändig vergebene Subventionen basieren im Regelfall auf ressortpolitisch plausibilisierten Notwendigkeiten. Nur in Ausnahmefällen sind Subventionen mit dem Nachweis von quantitativ konkretisierten Leistungen (Output) und Wirkungen (Outcome) verbunden.

1.4.5.2. Leistungsverträge

Wie erwähnt kommt seit den 1990er Jahren der Figur des Leistungsvertrages im Austauschverhältnis zwischen öffentlichen Financiers und Leistungserbringern immer größere Bedeutung (und Aufmerksamkeit) zu. Dabei ist an dieser Stelle nochmals ausdrücklich auf die Ausführungen in Kap.1.3. zu verweisen, wo dargestellt wurde, dass die öffentliche Hand im Falle des Abschlusses von Leistungsverträgen eine Reihe von zwingend geltenden zivilrechtlichen Bestimmungen zu berücksichtigen hat. Zudem ist die öffentliche Hand dort, wo sie im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung Verträge abschließt, an gewisser verfassungsrechtliche Maßgaben (Diskriminierungsverbot) gebunden.

1.4.5.2.1. Allgemeines

Erst zu Beginn der 1990 Jahre beginnt sich das Konzept der Leistungs- bzw. Tagsatzgestaltung durchzusetzen. Dabei wird seitens der Leistungsfinanciers unter einem „Leistungsvertrag“ allerdings Unterschiedliches verstanden. Eine meinen damit unbefristete Dauerschuldverhältnisse, andere Rahmenverträge, dritte Zielschuldverhältnisse (wo eine bestimmte Menge von Leistungen bestimmter

Qualität in Auftrag gegeben wird). Nicht einmal der Begriff ist also tragfähig, um die österreichischen Dienstleistungsverhältnisse im Wohlfahrtsstaat zu beschreiben. In einigen Bundesländern wie etwa in Salzburg basieren die Tagsatzfinanzierungen zwischenzeitig auf einem „Produktkatalog“, in dem Dienstleistungen formalisiert als Produkte konzipiert und kostenstellenmäßig dargestellt werden. Diese Produktkataloge²⁰ umfassen Leistungen der präventiven Hilfe, zur sozialen Kontaktaufnahme, zur Entlastung pflegender Angehöriger, Kurzzeithilfen, Beratungs- und Betreuungsleistungen, persönliche Assistenzleistungen sowie Beratungsleistungen im Sinne eines Case-Managements. Sie kamen auf Grundlage der Auswertung von strikt formalisierten Erhebungsbögen zustande, die oftmals auf die Eigenart der betroffenen Einrichtung überhaupt nicht einzugehen ermöglichen. Viele freie Wohlfahrtsträger sehen ihre Leistung im veröffentlichten Produktkatalog des Landes nicht angemessen abgebildet.

‘Grosso modo’ gelangen die „Schimmel“ für den Abschluss von Leistungsverträgen als Instrument der Koordination und Kooperation zwischen öffentlichen Finanziers und Social-Profit-Unternehmen zum Einsatz. Einerseits kann dadurch ein Stück weit Transparenz und Wettbewerbsgleichheit hergestellt werden. Andererseits können auf Grundlage von Produktkatalogen Dienstleistungspakete ausgehandelt und (zumeist schriftlich) vertraglich fixiert werden.

Das Land Ktn etwa begann 2001 mit dem Abschluss von Leistungsverträgen im Bereich der mobilen Sozialen Dienste. Wie erwähnt beinhaltet auch das KtnSHG die Bestimmung, dass sich das Land freier Wohlfahrtsträger („Dritter“) bei der Erbringung sozialer Dienstleistungen bedienen kann. Angesichts zunehmender Finanzierungsprobleme (Vorfinanzierung von Gehältern, mittelfristige Finanzierungsvorhaben, Aufrechterhaltung der innerbetrieblichen Infrastruktur) verfolgte das Land die Überlegung, den freien Trägern mittelfristig mehr Planungssicherheit zu verschaffen. Dies war mit der Erwartung verbunden, sich im Gegenzug unmittelbar in die Personal-, Leistungs- und Angebotsentwicklung der freien Träger einklinken zu können. Zugleich verfolgte die Landesregierung das Ziel, den Verwaltungs- und Kontrollaufwand zu reduzieren. Prioritär verfolgten die freien Träger die mittelfristige Sicherstellung und damit den Entfall von im Regelfall mehrmonatigen Zwischenfinanzierungserfordernissen. Deshalb wurden/werden Leistungsverträge in Ktn auch über einen Zeitraum von mehreren Jahren abge-

²⁰ Es soll an dieser Stelle darauf hingewiesen werden, dass soziale Dienstleistungen im Grunde genommen keine Produkte darstellen, da sie co-produziert werden. Gleichwohl verwenden mehrere Bundesländer diese Sprachregelung.

schlossen. Die dabei vertragsgegenständlichen Regelungen beinhalten Leistungsbeschreibungen, eine Festlegung von Normstundensätzen sowie sozial gestaffelte Eigenleistungen für die KlientInnen/NutzerInnen sozialer Dienste. Die Normstundensätze beziehen sich auf die tatsächlich erbrachte Pflege-/Hilfsleistung vor Ort. Dem Land wird daher nur die tatsächlich erbrachte Pflegeleistung (Zeit) verrechnet. Auf die jeweilige Pflegeleistung entfallen (im Sinne einer Normkostenkalkulation) anteilige bzw. aliquote Aufwände (Fahrzeiten/-kosten, Krankenstände/Urlaub, Fortbildung/Supervision, Sachaufwand).

Herauszuheben ist, dass das Land Ktn im Zuge des Abschlusses dieser Leistungsverträge die freien Wohlfahrtsträger im Sinne einer Oligopol-Bildung verpflichtet (!) hat, sich zu einer ARGE „Mobile Pflege- und Betreuungsdienste“ zusammenzuschließen. Das Land verfolgt(e) damit das Ziel, dann eine laufende Evaluierung der Leistungsverträge durchführen zu können, wenn mehrere Anbieter ein automatisiertes Zeit/Leistungserfassungssystem nutzen.

Die öffentlichen Wohlfahrtsträger ergänzen also mit diesen „Leistungsverträgen“ nicht nur das herkömmliche Finanzierungsregime bestehend aus Subventionen und Einzelleistungsentgelten (*Knorr/Scheppach* 1999). Sie verfolgen auch Sachziele der Qualitätssicherung. Zugleich sind auch Social-Profit-Unternehmen an derartigen Verträgen interessiert, sofern sie ihnen Bestands- und Planungssicherheit verschaffen.

Etwa 2/3 der Social-Profit-Unternehmen dürften Erfahrungen mit Leistungsverträgen haben, wobei allerdings die öffentlichen Financiers unterschiedliche Vertragsformulare und Standards zur Anwendung bringen. Einer Umfrage von *Schneider/Trukschitz* (2003) zufolge kommt den Leistungsverträgen steigende Bedeutung zu, wobei die Einflussnahme öffentlicher Stellen auf das Leistungsangebot von Social-Profit-Unternehmen steigt. Mehr als die Hälfte der Befragten ging davon aus, dass die Einführung von Leistungsverträgen die Mittelausstattung der Unternehmen verschlechtern würde. Für die eigene Organisation rechnete ein Drittel mit negativen Effekten. Zugleich wurde nur von knapp 60% die Einführung von Leistungsverträgen mit einer Steigerung der Planungssicherheit der Unternehmen in Verbindung gebracht, während 30% der Befragten sie (wohl aufgrund der Kurzfristigkeit der Verträge) mit einer Verminderung assoziierten. 46% erkannten in Leistungsverträgen einen Verlust, 35% einen Zugewinn an flexibler Leistungsgestaltung. 45% erwarten eine steigende, 37% eine sinkende Angebotsvielfalt. 60% verknüpften Leistungsverträge mit einer Steigerung des administrativen Aufwandes bzw. Kostensteigerungen im Overhead (Dokumentation, Steuerberatung).

Die bisherigen Erfahrungen mit Leistungsverträgen (Dauer, Verbindlichkeit) sowohl mit Bund (AMS), Ländern und Gemeinden zeigen ein weites Spektrum von Vertragsbefristungen und –praktiken. Mehr als 80% erhielten neben den Entgelten aus den Leistungsverträgen auch Subventionen. Herauszuheben ist neben dem Aspekt der Planungssicherheit auch die Erwartung, mit dem Abschluss von Leistungsverträgen auch neue Geschäftsfelder zu erschließen.

Was das Procedere der Vertragsverhandlung betrifft so spiegelt die gegenständliche Untersuchung die Unterschiede zwischen den Landesrechtslagen: etwa die Hälfte der Befragten verweist auf gemeinsame Verhandlungsprozesse und die hohe Relevanz der Vertragsvorstellungen der Social-Profit-Organisationen.²¹ Ein Drittel führten die Vertragsinhalte auf Vorgaben durch die Vertragspartner zurück. Die Mehrheit der Befragten kennzeichnete die Vertragsbeziehungen mit dem öffentlichen Sektor durch ein Machtgefälle zwischen öffentlichen Financiers und sozialwirtschaftlichen Unternehmen. Zugleich waren immerhin für die Hälfte der Befragten die Leistungsziele realistisch (sowohl in qualitativer wie quantitativer Hinsicht) kalkuliert. 2/3 der Befragten berichteten von der Möglichkeit, Leistungsverträge nachzuverhandeln.

Leistungsverträge führen also zu ambivalenten Ergebnissen. Sie steigern zwar die Planungssicherheit der Leistungserbringung, aber ihre Auswirkungen auf Effizienz, Leistungsvielfalt und Angebotsflexibilität sind uneinheitlich. Die Unternehmen der Sozialwirtschaft sehen Leistungsverträge auch als Instrument zur Intensivierung der Konkurrenz sowie zur Steigerung des Einflusses der öffentlichen Hand auf die Gestion ihrer Vertragspartner.

1.4.5.2.2. Rahmenbedingungen

Die Art 15 a – Vereinbarung zwischen Bund und Ländern aus 1993 zur Regelung der Pflegedienste und entsprechende Vorsorge umfasste folgende Arten sozialer Dienste:

1. Betreuungsdienste

➤ Essen auf Rädern/Mittagstisch

²¹ Kritisch muss man hier anmerken, dass die Vertragsinhalte großteils, etwa was Leistungsart, Quantität und Qualität, Personalqualifikation etc. bereits gesetzlich oder durch Verordnung festgelegt sind. Die Einschätzung, erheblichen Einfluss auf die Vertragsinhalte zu haben, scheint von daher überzogen. Zudem haben sich in vielen Fällen Standards und verbindliche Regeln noch nicht durchgesetzt.

- Weiterführung des Haushaltes
- Hauskrankenpflege inkl. Grundpflege
- 2. Therapeutische Dienste/Rehabilitationsmöglichkeiten
 - Physiotherapie
 - Logopädie
- 4. Dienste und Einrichtungen zur Aufrechterhaltung sozialer Beziehungen
- 5. Hilfsmittelverleih für die häusliche Versorgung
- 6. Beratungsdienste
- 7. Kurzzeitpflegeeinrichtungen
- 8. Sonderwohnformen
 - Altenheime
 - Pflegeheime
 - Wohngemeinschaften.

Diese Dienste müssen, sofern an Social-Profit-Unternehmen in Auftrag gegeben, spezifischen Qualitätskriterien für den offenen Bereich entsprechen. Diese Qualitätskriterien lassen sich für ambulante/mobile Dienste wie folgt umreißen:

- Dem pflegebedürftigen Menschen ist, sofern es die örtlichen Gegebenheiten und die Kapazitäten der einzelnen Organisationen und Heime zulassen, nach den allgemeinen Grundsätzen der Sozialhilfe die freie Wahl zwischen den angebotenen Diensten einzuräumen;
- Die Leistungen müssen ganzheitlich erbracht werden. Die Länder haben für die erforderliche Vernetzung und für möglichst fließende Übergänge zwischen mobilen und stationären Diensten zu sorgen;
- Existentielle Betreuungsdienste sind bei Bedarf auch an Sonn- und Feiertagen zu erbringen.

Qualitätskriterien für Heime (Neu- und Zubauten) orientieren sich an folgenden Aspekten:

- Heimgröße: Einrichtungen sind nach dem Kriterium der Überschaubarkeit zu errichten und in familiäre Strukturen zu gliedern. Abweichungen bei bestehenden Einrichtungen sind zulässig, wenn den pflegerischen und sozialen Notwendigkeiten dennoch entsprochen wird;

- Zimmergröße: alle Zimmer sind pflege- und behindertengerecht mit einer Nasszelle (Waschtische, Dusche und WC) auszustatten. Primär sind Einbettzimmer zu errichten, wobei auf Verbindungsmöglichkeiten zu Appartements teilweise Bedacht genommen werden soll;
- Besuchsrecht: die Heimbewohner müssen das Recht haben, jederzeit besucht zu werden;
- Infrastruktur: es sollen Therapieräume, Räume für Tagesgäste und Räume für Rehabilitationsangebote vorgesehen sowie ein breit gefächertes Angebot an Dienstleistungen (zB Friseur, Fußpflege) angeboten werden;
- Standort und Umgebung: der Standort der Heime muss möglichst in die Gemeinde integriert sein, sodass Beziehungen zur Umwelt erhalten bleiben;
- Personal: fachlich qualifiziertes und Hilfspersonal ist in ausreichender Anzahl sicherzustellen;
- Ärztliche Versorgung: der Rechtsträger hat eine subsidiäre Sicherstellungspflicht für medizinische Belange. Die freie Arztwahl ist zu gewährleisten;
- Aufsichtsregelungen: die Länder haben Regelungen für die Aufsicht von Alten- und Pflegeheimen, die insbesondere auch den rechtlichen Schutz der Heimbewohner gewährleisten, zu erlassen.

1.4.5.2.3. Normkosten

Die Leistungsentgelte basieren in vielen Fällen auf Normkostenmodellen. Diese Normkosten(modelle) umfassen im Wesentlichen Strukturkosten (Geschäftsführung, Stäbe Sekretariat, Overhead-Kosten), Lohn- und Personalkosten, Beratungs- und Wirtschaftsprüfungskosten etc. Regelungsgrundlage der Normkosten sind allfällige Versorgungsaufträge oder Institutionengarantien, rechtliche Rahmenbedingungen aus den einschlägigen Sozialrechtsmaterien (SHG, BHG, JWG, AMSG), sozialwissenschaftliche und sozialmedizinische Standards, Betriebs- bzw. Bilanzvergleiche, Betreuungs- und Abgangsdaten der Dienste und Einrichtungen, Budgetvollzugsdaten (brutto/netto) sowie Daten aus dem Finanz- und Qualitätscontrolling freier Wohlfahrtsträger.

Daraus ergibt sich ein durchschnittlicher, auf jeweilige Fälle hin typisierter Gesamtaufwand, der sowohl den Kriterien der Wirtschaftlichkeit, Zweckmäßigkeit und Sparsamkeit als auch fachlichen Vorgaben (etwa aus den Professionalisierungsgebieten der einschlägigen Rechtsmaterien) entspricht. Dieser Gesamtaufwand stellt kein Normbudget, sondern eine Kostenrelation dar, in welcher Quali-

tätziele gesondert auszupreisen sind. Überdies stellen Auslastungskennziffern ein erhebliches Steuerungsproblem dar. Denn Dienste und Einrichtungen brauchen (erst recht wenn sie auf „Laufkundschaft“ angewiesen sind) strukturell bedingte Mindestbesetzungen, die notwendigerweise Stehzeiten und Leerläufe zur Folge haben. Kommen etwa die Länder ihrer Vorhaltepflcht nach, so stellt sich die Frage nach der „optimalen Auslastung“ einer Einrichtung, die weder chronisch unterausgelastet noch (aufgrund der Verpflichtung, dringliche Notfälle umgehend bearbeiten zu können) permanent voll ausgelastet sein soll.

1.4.5.3. Mischfinanzierungen

Regelfall ist nicht das ‚Entweder-Oder‘ zwischen Subvention und Leistungsvertrag, sondern deren Mischung, wobei bei Leistungsverträgen auch nicht immer Normkostenmodelle zur Anwendung gelangen. Aus der Sachlage ergibt sich, dass die sozialen Dienste der Sozialwirtschaft zu mehr als 80% von öffentlichen Geldzuflüssen abhängig sind. Während sich kaum ein Leistungserbringer auf den Empfang von Subventionen kapriziert, werden in der Tat keine formtypischen Leistungsverträge abgeschlossen. Wie erwähnt dominieren Mischformen von Leistungsentgelten und Subventionen. Wobei zu differenzieren ist, ob es sich hier um Subventionsverträge oder Subventionen ohne Auflagen / Zweckwidmungen handelt. Allerdings spielen Subventionen ohne Auflagen kaum mehr eine Rolle. Das mag auch damit zu tun haben, dass soziale Dienste in ihrer weitaus überwiegenden Mehrzahl, und dies gilt sowohl für Pflichtleistungen als auch für Kannleistungen, wohlfahrtsrechtlich durch Standards, Kriterien und Produktbeschreibungen typisiert sind.

Dort, wo Leistungsentgelte (in Leistungsverträgen) vorgesehen sind, handelt es sich in den seltensten Fällen um sachlich undifferenzierte pauschalierte Entgelte, die sich im Sinne des Billigstbieterprinzips bloß an Kosten orientieren, während die Leistung nicht klar umschrieben ist. In der Mehrzahl der Leistungsverträge, welche die Bundesländer und das AMS abschließen sind Leistungseinheiten konkret definiert. Im Regelfall sind Tagsätze auf der Grundlage komplexer Berechnungen einschließlich Overhead-, Reinvestitionskosten-, Rücklagen- und Rückstellungsanteil kalkuliert. Dabei wird etwa zwischen Strukturkosten und reinem Leistungsanteil, zwischen Hotel- und Pflegeaufwand differenziert. Im Regelfall ist bei stationärer Unterbringung das Konzept des Trägers Bestandteil des Vertrages, sodass tagsatzmäßig pauschalierte Entgelte pro Bett-Belagstag für einen durchschnittlichen Leistungsaufwand herangezogen werden, der sich allerdings je nach Pflegebedarf nach oben oder unten verändert. Im Regelfall sind

messbare Dienstleistungseinheiten (wie erwähnt kann man hier ja nicht von Produkten oder Produkteinheiten sprechen).

Allerdings bestehen in den Bundesländern und Gemeinden nach wie vor keine standardisierten Lösungsansätze etwa in Form von einheitlich geltenden Normkostenmodellen, in denen die formalen Kriterien eines Leistungsvertrages ebenso verbindlich wie einheitlich geregelt werden. Dieses strukturelle Defizit tritt im Übrigen unabhängig davon in Erscheinung, ob die zur Rede stehenden Dienste im Pflichtleistungs- (Behindertenhilfe) oder Kannleistungsbereich (Sozialhilfe) erbracht werden. Einschränkend muss an dieser Stelle allerdings hinzugefügt werden, dass Normkostenmodelle in Leistungsverträgen mit Mischfinanzierungen aufgrund der erheblichen Unterschiede in den Hilfesystemen nicht einheitlich ausgestaltet werden können. Inhalte und Zielgruppen der Dienstleistungen unterscheiden sich erheblich im Hinblick auf die „compliance“ der Begünstigten, die Intensität der Leistung sowie deren formale Qualitätsanforderungen.

Diese Einschränkung betrifft sowohl quantitative wie auch qualitative Aspekte. Zum einen sind viele Dienstleistungen nicht planbar. Pflegeverläufe in stationären Einrichtungen etwa sind hochgradig volatil. Betroffene Personen wechseln oftmals von einer Pflegestufe in die andere. Dies betrifft auch Betreuungsleistungen etwa im Kontext der Jugendwohlfahrt. Leistungen müssen hier reaktiv dosiert werden. Sie sind fallbezogen nur im Sinne einer Rahmenplanung quantitativ vorhersehbar. Zum anderen fällt es schwer, qualitative Aspekte, um einen Leistungsausgang messbar zu gestalten, festzuschreiben. Dies betrifft Leistungs-, Verfahrens- und Qualitätsziele. Die Intensität sozialarbeiterischer Betreuung ist kaum sinnvoll vergleich- und messbar. Auch die Dauer einer Betreuung besagt grundsätzlich nichts über deren Qualität. Vielmehr werden Qualitätsziele im Sinne von Fallkonferenzen bzw. Hilfeprotokollen aus diesen Konferenzen festgelegt, wie dies etwa im Rahmen der Jugendwohlfahrt geläufig ist.

Eine ganze Reihe von Leistungen ist zudem grundsätzlich nicht oder nur eingeschränkt marktfähig. Auch dies spiegelt sich in der strukturell bedingten Einschränkung der Einsetzbarkeit von Normkostenmodellen. Ein Anbietermarkt im sozialen Nahraum, in dem Anbieter jahrelange Vertrautheit mit sozialen Problemen, der `Gewachsenheit` von sozialen Strukturen und ein hohes Maß an Akzeptanz in der Bevölkerung nachweisen können, lässt sich nicht „kreieren“. Überdies sind Social-Profit-Organisationen wie erwähnt oftmals mittelbar oder unmittelbar mit den Stake-Holdern personell verflochten. Kontrollorgane von Organisationen und Vereinen sind oftmals durch politische Akteure besetzt. Marktpräferenzen der Politik und Angebotsstrukturen der freien Träger sind also wechsel-

seitig ineinander verschränkt. In der Tat haben politische Funktionsträger die Möglichkeit, sowohl auf das Leistungsentgelt der öffentlichen Financiers als auch auf das Angebot seitens der sozialwirtschaftlichen Unternehmung Einfluss zu nehmen. Sowohl die Kostenkalkulation (aber auch ein durchzuführendes Vergabeverfahren) sind damit politisch gleichsam 'überlagert'. Dies verkörpert zugleich auch eine Ursache für die eingeschränkte (oder fehlende) Ausschreibung sozialer Dienstleistungen.

Die Verknüpfung von Leistungsentgelten und Subventionen lässt sich schließlich auch auf die sozialpolitische Grundsatzentscheidung, kleine und mittlere Anbieter für Nischenlösungen zu präferieren, zurückführen. Standardisierte Normkostenmodelle wären mit großen Organisationen leichter zu implementieren als mit einer Fülle von kleinen „Schrebergartenorganisationen“. Trotzdem nehmen Sozialpolitik und Sozialverwaltung die Schwierigkeiten, die mit Nischenlösungen verbunden, sind in Kauf, weil derartige Lösungen die „requisite variety“, also die nötige Angebotsvielfalt sichern. Selbstredend haben kleinere Social-Profit-Unternehmungen im Vergleich relational betrachtet höhere Overheadkosten-Anteile als größere Unternehmen.

Zusammenfassend kann man feststellen, dass Mischfinanzierungen der Haupttypus der Finanzierung von sozialwirtschaftlichen Unternehmungen darstellen. Leistungsverträge basieren im Regelfall auf Tagsätzen, die auf gewichteten Durchschnittswerten basieren. Die Volatilität der Leistungserbringung verunmöglicht quantitativ fixierte Output-Vorgaben. Leistungsverträge sind deshalb (abgesehen vom Aspekt der Planungs- und Bestandssicherheit) nur eingeschränkt quantitativ, vor allem qualitativ als Instrument der Qualitätssicherung von Bedeutung.

1.4.5.4. Kurze Anmerkung zur „österreichischen Finanzierungslandschaft“

Zweifellos wird die „Finanzierungslandschaft“ in Österreich von zwei Faktoren geprägt, nämlich zum einen von der spezifischen Wiener Situation, zum anderen von der Dominanz fünf dominanter Wohlfahrtsorganisationen, nämlich der Caritas, dem Österreichischen Roten Kreuz, der Volkshilfe, der Diakonie und dem Österreichischen Hilfswerk. Deren Finanzierungsformen prägen zweifellos die Landschaft sozialwirtschaftlicher Unternehmen in Österreich. Daneben treten noch die Aids-Hilfe, der Arbeiter Samariterbund, der Blindenverband, die Krebshilfe, die Lebenshilfe, Licht ins Dunkel, der Malteser-Orden, Pro Juventute, Rettet das Kind, SOS-Kinderdorf, Rehabilitationsdienste und Träger sozialer wie sozialökonomischer Beschäftigungsprojekte in Erscheinung.

Für die Caritas spielt die staatliche Kostenerstattung eine bedeutende, nicht aber beherrschende Rolle. Ihr Anteil am Jahresbudget von 2,4 Milliarden ATS (1998) beträgt rund 47%, während private Entgelte 20% der Einnahmen ausmachen. Spenden und Wohlfahrtsaktionen decken das restliche Drittel aller Aufwendungen, was bedeutet, dass die Caritas eine im Vergleich erhebliche Unabhängigkeit von staatlicher Einflussnahme besitzt. Zugleich gewährte die Caritas 1999 im Sinne einer Sozialhilfe-Querfinanzierung über 105 Mio ATS an existenzsichernden Leistungen an hilfsbedürftige Personen.

Das Österreichische Rote Kreuz finanziert sich durch eine Mischung aus Leistungsentgelten, Zuwendungen der Länder und Gemeinden sowie aus Spendenmitteln. Da der Aufbau des Roten Kreuzes dezentral ist, fehlen Bilanzzahlen oder sonstige Finanzdaten, d.h. bisher blieben die Zahlen aller Vereine unveröffentlicht. Schätzungen Mitte der 1990er Jahre zufolge betragen die Leistungsentgelte der Sozialversicherungen 800 Mio ATS, die Zuwendungen von Ländern und Gemeinden 200 Mio ATS und der Einsatz von Spenden in diesem Bereich etwa 100 Mio ATS. Die unentgeltliche Freiwilligenarbeit beziffert das ÖRK auf einen Wert von etwa 3 Mrd ATS (*Hermann 2003*).

Die der SPÖ nahe stehende Volkshilfe ist mit einem Jahresbudget von etwa 800 Mio ATS die größere der beiden mit Mittelparteien verbundenen Wohlfahrtsorganisationen. Sie finanziert sich zu 93% von den öffentlichen Kostenersätzen, zu 2% von privaten Kostenersätzen, zu 3% aus Mitgliedsbeiträgen und zu 2% aus Spenden und sonstigen Erträgen (*Hermann 2003*).

Das an die ÖVP angelehnte Österreichische Hilfswerk hat keine breite Mitgliederbasis. Mitglieder sind meist Fachleute aus sozialen Berufen sowie Entscheidungsträger aus Politik und Wirtschaft. Im Gegensatz zur VH stützt sich das ÖHW bei der Leistungserbringung auf eine große Anzahl Freiwilliger. Auch die Finanzierungsstrukturen unterscheiden sich beträchtlich von denen der VH. Sie finanziert sich zu 67% von den öffentlichen Kostenersätzen, zu 24% von privaten Kostenersätzen, zu etwa 0% von Mitgliedsbeiträgen (1994 betragen diese öS 19.000) und zu 9% von Spenden und sonstigen Erträgen.

1.4.5.5. Folgen des Übergangs von Subventionen zu Leistungsverträgen

Vielfach wurde der Übergang von einem „Subventionsregime“ zu einem Leistungsvertragsarrangement als Rationalisierungsleistung und Angleichung zwischen Sozialwirtschaft und For-Profit-Wirtschaft interpretiert. Dem ist allerdings Einiges entgegenzuhalten:

Zweifellos bedeutet die Einführung von Leistungsverträgen keine Angleichung sozialwirtschaftlicher Unternehmen an private gewinnorientierte Unternehmungen. Nach wie vor kommen die Preise für soziale Dienste nicht über abstrakte Marktmechanismen, sondern auf Grundlage gesetzlicher Vorgaben, sozialplanerischer Befunde sowie auf Grundlage administrierter pauschalierter Entgeltbildungen zustande. Indes ermöglicht es die Einführung von Leistungsverträgen, bestimmte Regelungen des Handelsrechts (Offenlegung, Bilanzierung, Haftungsregeln) auch für die Sozialwirtschaft zu übernehmen. Allerdings wird dabei nicht gefragt, ob sich diese Regelungen tatsächlich sachlich mit sozialwirtschaftlichen Aufgabenstellungen abgleichen lassen.

Auf Seiten der öffentlichen Sozialverwaltung stellt der Übergang zu Leistungsverträgen einen Bestandteil der sukzessiven Transformation hin zum planenden und steuernden „Gewährleistungsstaat“ dar. Aber auch dies ist nur mit Einschränkungen positiv zu sehen. Vielfach sind nämlich damit erhebliche inneradministrative Konflikte und Spannungsverhältnisse verbunden, etwa zwischen mehreren Abteilungen ein und desselben Verwaltungskörpers, die nunmehr nicht kooperieren, sondern einander als potentielle Anbieter und Nachfrager wahrnehmen. Auch die „stabile Informalität“ runder Tische oder semi-korporatistischer Arrangements zwischen Verwaltung und freien Trägern weicht, wofür die Anwendung des Vergaberechts eine essentielle Rolle spielt, einer strikt formalisierten, entpersönlichten Verfahrenslogik. Schließlich gerät auch das etablierte Verhältnis zwischen Politik und Administration in eine Schiefelage, wenn die Politik langjährig gepflogene Möglichkeiten der Intervention zugunsten ausgewählter sozialwirtschaftlicher Unternehmen aufzugeben hat.

Insgesamt freilich erfolgt der Übergang zu Leistungsverträgen äußerst ungleichgewichtig, was die damit verbundenen Rechte, Pflichten und Anforderungen betrifft. Gerade die zwischenzeitig etablierten vertragsrechtlichen Regelungen enthalten oftmals substantiell gefährdende Faktoren für die Vertragspartner, obwohl diese eigentlich keine FördernehmerInnen oder SubventionsempfängerInnen mehr darstellen. Vielfach übernehmen die Anbieter sozialer Dienstleistungen in Leistungsverträgen Risiken, die seitens der öffentlichen Hand 'externalisiert' wurden. Zugleich bleiben die (Neben)Pflichten der Financiers, etwa im Falle unerwarteter Nachfrageschwankungen, unterdeterminiert oder überhaupt ungeregelt. Die freien Träger übernehmen damit Risiken der öffentlichen Hand, ohne dafür entsprechend abgegolten zu werden.

Des Weiteren hat der Übergang zu Leistungsverträgen an der Grundkonstellation des „Wohlfahrtsdreiecks“ und damit an der „unschlüssigen Tauschbeziehung“ ka-

tegorial nichts geändert. Auch wenn die öffentliche Hand Dienstleistungen einer Social-Profit-Organisation (etwa die sozialmedizinische Versorgung und Betreuung alter Menschen) selbst zukaufte oder den Leistungserwerb durch die begünstigte Person bezuschusst, kann sie Qualität der Leistung im Regelfall nicht exakt prüfen, sehr wohl aber die Quantität (über über das Monitoring eines Berichtswesens, Stichproben zur Einhaltung von Standards). Nach wie vor bleibt die Klientel (ungeachtet aller „Kunden[souveränitäts]rhetorik“) in einer strukturell schwachen Position sowohl gegenüber den öffentlichen Financiers als auch gegenüber den Leistungserbringern.

In informellen, politisch eng versäulten Arrangements waren bzw. sind wohlfahrtspolitische Steuerungen im Regelfall jederzeit möglich. Wenn etwa Medien mögliche Fehlleistungen in Einrichtungen skandalisieren, zwingt die ressortzuständige Politik sowohl die Anbieter als auch die planende und steuernde Verwaltung an einen Tisch. Im Leistungsvertragsarrangement hingegen sind Steuerungsimpulse im Regelfall erst nach Ablauf von Finanz- bzw. Rechnungsperioden möglich, etwa wenn die öffentliche Hand, die einerseits den Leistungserbringer direkt subventioniert, andererseits die Leistungskosten der Klientel bezuschusst, im Rahmen der Bilanzprüfung (Rechnungsabschluss) getätigte Aufwendungen (Kostenstellenrechnung) dahingehend prüft, ob sie im Zusammenhang mit der zu erbringenden Leistung unabdingbar waren.

In nicht wenigen Fällen kommt es dabei auch zu einer rückwirkenden einseitigen Kürzung bereits vereinbarter Entgelte. Gerade im Falle der Mischung von Vertragsentgelten und Subventionen behalten sich die Subventionsgeber vor, Einfluss auf die innerbetriebliche Gestion zu nehmen. Dieses Abhängigkeitsverhältnis steht in krassem Gegensatz zum Postulat der betriebswirtschaftlichen Autonomie sozialwirtschaftlicher Unternehmungen. Im Ergebnis nimmt die Wohlfahrtsverwaltung oftmals die Rolle eines Sachwalters ein, welcher im Nachhinein rechtswirksam über die Verbindlichkeit bzw. budgetäre Relevanz bereits getätigter Aufwendungen befindet. Diese Bild steht diametral dem geäußerten Selbstverständnis der öffentlichen Verwaltung, eine partnerschaftliche Beziehung zu den freien Trägern aufbauen zu wollen, gegenüber.

1.5. Vergaberechtliche Rahmenbedingungen

Der folgende Abschnitt befasst sich kursorisch mit der Baukonstruktion des Bundesvergabegesetzes und dessen potentiellen Auswirkungen auf das Vergabege-

schehen bzw. die Auftragsvergabe durch die öffentlichen Träger und Financiers der Wohlfahrt. Das Vergaberecht ist ein Schlüssel zur Privatisierung öffentlicher Aufgabenbereiche. Die entsprechenden Vorschriften des Vergaberechts verpflichten öffentliche Auftraggeber ab bestimmten Auftragswerten zur europaweiten Ausschreibung ihrer (Dienst-)Leistungsaufträge. Dies trägt mittelbar zur Öffnung und Privatisierung von ansonsten öffentlich erfüllten Aufgaben bei. Heftig umstritten ist dabei die Frage, wann eine Kommune eine Leistungsvergabe öffentlich ausschreiben muss und wann sie auf dem Wege der so genannten In-house-Vergabe eigene Unternehmen direkt mit einem Auftrag betrauen darf. Mitunter werden die strikt liberalen Vorgaben des BVergG als „Zwangsausschreibung“ bezeichnet (*Trapp 2004*).

Dies hat insbesondere im Hinblick auf den kommunalen Wohlfahrtsstaat gewichtige Implikationen. Denn hinsichtlich der kommunalen Dienste ist der sich abzeichnende Wandel von der Leistungen direkt erbringenden zu einer diese Leistungen gewährleistenden Kommune dadurch gekennzeichnet, dass sich ihr lokal gestütztes Leistungsmonopol auflöst. Im Modell der „Gewährleistungskommune“ werden die kommunalen Unternehmen zu einem „Auftragnehmer“ (Leistungserbringer) unter vielen, die sich im Wettbewerb mit anderen um die Ausschreibungen der Verwaltung bzw. bestimmter Einheiten derselben als „Auftraggeber“ (Financier) bemühen müssen. Die Leistungserbringung selbst wird also uneinheitlich delegiert. Das erhöht wiederum Steuerungsbedarfe und Steuerungsrisiken der kommunalen Wohlfahrtsverwaltung gegenüber privaten bzw. privatisierten kommunalen Unternehmen.

Bei Betriebsführungs-, Betreiber- oder Konzessionsmodellen verläuft der Steuerungsimpuls regelhaft über die Festlegung von Inhalten von Verträgen, in denen die wechselseitige Rechte und Pflichten im Zusammenhang einer definierten Leistung festgehalten werden. Die direkte Steuerung der Leistungserstellung im kommunalen Heim, Dienst, Regie- oder Eigenbetrieb wird auf diese Weise durch eine indirekte Steuerung (teil-)privatisierter kommunaler oder rein privater Unternehmen über die Aufgaben- und Leistungsplanung, die Netzwerk-Koordination und die Festlegung von Vertragsinhalten ersetzt.

An diesem Punkt stoßen die Kommunen an begrenzte Planungskapazitäten, an beschränkte Wissensbestände und das Problem fortlaufender Vertragsanpassungen. In diesem Übergang von innenorientierten zu außenorientierten Steuerungsmodellen (Vertragswerke) lösen sich die Verwaltungsteile der Kommunen in dem Maße voneinander, in dem die gemeinsame Projektidentifikation verloren geht und „Personenvertrauen“ durch „Systemvertrauen“ (*Niklas Luhmann*) auch

ersetzt oder ergänzt wird. Die Anwendung von Vergaberecht ist also nicht bloß ein rechtstatsächlich zu beschreibender Vorgang, sondern verändert auch die Kulturen der Wohlfahrtsverwaltung.

1.5.1. Vergaberecht als Grundlage öffentlicher Auftragsvergabe an sozialwirtschaftliche Unternehmen

Tatsache ist, dass die Erteilung von Aufträgen an sozialwirtschaftliche Unternehmungen zur Erbringung sozialer Dienstleistungen, insbesondere auch im Hinblick auf das typische Auftragsvolumen kleiner und mittlere SPO's, ausschreibungspflichtig ist. Dies deshalb, weil das BVergG keinerlei Ausnahmen für diese Fälle vorsieht. Vielmehr bestimmt das 2002 gänzlich neu geregelte Bundes-Vergaberecht auch die Financiers der Wohlfahrt zur „Ausschreibung“ bzw. zur Vergabe öffentlicher Aufträge im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung. Dies mit dem marktliberalen Ziel, den jeweiligen Bestbieter zu eruieren und im Weiteren mit der Leistungserbringung zu betrauen. Bereits an dieser Stelle ist die Einschränkung anzubringen, dass das Vergaberecht das Best- und Billigstbieterprinzip ex aequo stellt, d.h. keine zwingende prioritäre Anwendung des Billigstbieterprinzips vorsieht. Bereits dies steht in einem eklatanten Gegensatz zu den ausdifferenzierten Qualitätssicherungspostulaten des Landeswohlfahrtsrechts. Überdies ist der Rechtsbestand des österreichischen Vergaberechts äußerst zersplittert. Darunter leidet nicht nur die Nachvollziehbarkeit, sondern auch die Überschaubarkeit des Vergaberechts. Dies bezieht sich in erster Linie auf die Trennung zwischen materiellrechtlichen Bestimmungen, die dem Bundesvergaberecht zu entnehmen sind und verfahrensrechtlichen (prozeduralen) Bestimmungen, die den Landesvergabegesetzen zu entnehmen sind.

Zum in Österreich unmittelbar und mittelbar anwendbaren Vergaberecht gehören jedenfalls das Primärrecht der EU, die Vergaberichtlinien der EU, die Judikatur des EuGH, das B-VG, das Bundesvergabegesetz (BVergG) sowie die neun einschlägigen Landesvergabegesetze (LVergG) einschließlich der Durchführungsverordnungen zu den LVergG. Aus systematischen Erwägungen soll im Folgenden kurz auf das gemeinschaftliche Vergaberecht eingegangen werden, da sich das österreichische Vergaberecht gerade im Kontext sozialer Dienstleistungen regelungsfreudiger zeigt als der EU-Gesetzgeber. Im Ergebnis sind nun in Österreich im Gegensatz zu den Vergaberichtlinien sämtliche soziale und Gesundheitsdienste ausschreibungspflichtig.

1.5.2. Das gemeinschaftliche Vergaberecht

Vorweg ist anzumerken, dass das Vergaberecht der EU konzeptionell sozial- und wohlfahrtsstaatliche Dienstleistungen nicht unmittelbar regelt. Es ist also nicht für diesen Praxisfall konzipiert. Dies zum einen deshalb, weil Sozialpolitik und Sozialrecht durch die EU überwiegend punktuell und indirekt geregelt werden und damit im Wesentlichen Regelungsbestand der Mitgliedsstaaten bleiben. Zum anderen gab es bisher wenige Anlassfälle, diesen Bereich etwa im Rahmen der Judikatur des EuGH stärker zu verrechtlichen.

1.5.2.1. Primärrecht

Das öffentliche Vergabewesen fällt grundsätzlich in den Anwendungsbereich des EGV. Zum einen konzipiert Art 163 EGV das „öffentliche Auftragswesen“ als Förderungsinstrument zur Entwicklung der Wettbewerbsfähigkeit. Zum anderen sieht Art 183 EGV bei Ausschreibungen die Gleichbehandlung von Bietern vor. Darüber hinaus enthält der EGV allerdings keine ausschreibungsrechtlich relevanten Bestimmungen. Damit existiert primärrechtlich gesehen kein gesondertes europäisches Vergaberecht.

Indirekt relevant sind freilich die vier Grundfreiheiten, vor allem die Dienstleistungsfreiheit, welche die Arbeitnehmerfreizügigkeit und Niederlassungsfreiheit ergänzt. Dienstleistung wird hier als zeitlich begrenzte, in grenzüberschreitender Weise erbrachte selbständige Leistung gegen Entgelt verstanden. Es ist im Sinne der Grundfreiheiten unzulässig, die Teilnahme an einer Ausschreibung auf inländische Bieter zu beschränken oder diesen inländischen Bietern einen bestimmten Teil öffentlicher Aufträge vorzubehalten.²² Ebenso ist es zulässig, dass Dienstleistungsanbieter eigenes Personal zur Erbringung von Dienstleistungen im Mitgliedsstaat, in dem die Dienstleistung erbracht wird, nutzen dürfen.

Zugleich fällt die öffentliche Vergabe auch unter das Diskriminierungsverbot des Art 12 EGV. Grundsätzlich dürfen demnach ausländische Bieter nicht diskriminiert werden. Denn Art 12 EGV verbietet jegliche, sowohl offene als auch versteckte Diskriminierung (*Riese* 1988,26). Der Gleichheitsgrundsatz wird darin also weit ausgelegt. Folgerichtig muss auch das Vergabeverfahren selbst durchschaubar ausgestaltet werden (*Gast* 2002,17; mwN).

²² EuGH 20.03.1990, Rs C-21/88 (Du Pont de Nemours), Slg 1990, I-889; EuGH 11.07.1991, Rs C-351/88 (Laboratoire Bruneau) Slg 1991, I-3641

Für den Sozialwirtschaftsbereich irrelevant ist Art 81 EGV, der das Verbot wettbewerbsbeschränkender Maßnahmen durch die Kartellierung des Angebotsverhaltens regelt. Kartellierungen von Anbietern sozialer Dienstleistungen sind bis dato in Österreich unbekannt. Zumindest erwähnenswert hingegen ist Art 82 EGV, welcher die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem gemeinsamen Markt (oder einem wesentlichen Teil desselben) verbietet. Dieses Missbrauchsverbot gilt nun auf Angebots- und Nachfragerseite, also auch im Rahmen der wohlfahrtsstaatlichen Monopson-Konstellation.

Für die öffentliche Hand wird allerdings Art 81 EGV nur dann wirksam, wenn sie im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung unternehmerisch tätig wird. Anwendungsbereich des Art 81 EGV könnte etwa die Erzwingung unangemessen niedriger Preisbedingungen oder benachteiligender Lieferbedingungen sein (*Gast* 2002,20). Unter missbräuchlich marktbeherrschenden Bedingungen abgeschlossene Verträge sind allerdings nicht automatisch nichtig. Sie begründen allenfalls einen Schadenersatzanspruch.

In diesem Zusammenhang ist schließlich auch Art 87 EGV zu sehen, der das Verbot von Beihilfen regelt, die den Wettbewerb verzerren. Derartige Beihilfen können die Gestalt von Zuschüssen, Kreditbegünstigungen, Steuererleichterungen aber auch überhöhten Preisen annehmen. Möglichkeiten des Rechtsschutzes ergeben sich hier aus der Konkurrentenklage (gegen den Mitbewerber) sowie aus der Klage gegen den Mitgliedsstaat.

Ein geschützter Freiraum für eine bestimmte Form sozialen Wirtschaftens widerspricht sohin den fundamentalen Annahmen über die Funktionsweise des Binnenmarktes. Eine wie immer ausgestaltete Begünstigung sozialer Dienste ist derzeit im EU-Recht nicht vorgesehen. Ganz im Gegenteil: der Europäische Gerichtshof und die Europäische Kommission verwenden einen weiten Unternehmensbegriff, wodurch gemeinnützige Träger, die Dienstleistungen gegen Entgelt erbringen, gewerblich tätigten Unternehmen gleichgestellt werden.

In ihrer Mitteilung zur Daseinsvorsorge (1999) hat die Kommission zwar die allgemeine Relevanz des sozialen Sektors hervorgehoben, hat diesen Bereich bisher aber noch nicht eingehend behandelt. Als Orientierungswerte können daher nur Einzelfallentscheidungen von EuGH und Kommission herangezogen werden.

Auf Grundlage des europäischen Wettbewerbsrechts sind lokale Angebote für den europäischen Wettbewerb nur ab Überschreiten eines gewissen Geschäftsvolumens interessant. Erst dann kann überhaupt denkmöglich die Gefahr einer Wettbewerbsverzerrung entstehen. Anders jedoch sind grenzüberschreitende

Angebote zu betrachten. Offen ist derzeit, ob und inwieweit die EU-Erweiterung (+10) zu einer Zunahme grenzüberschreitender Aktivitäten führen könnte. Eher unwahrscheinlich ist, dass Anbieter sozialer Dienste aus den neuen Beitrittsländern die Konturen der österreichischen Anbieterlandschaft neu vermessen werden. Weder weisen sie im Allgemeinen die nötige Qualität und Infrastruktur auf, noch werden sie sich auf Anhub im vergleichsweise komplexen, föderalistisch strukturierten nationalen Rechtsrahmen zurechtfinden. Ganz im Gegenteil könnten die Beitrittsstaaten Tätigkeitsfelder für größere österreichische Unternehmen der Sozialwirtschaft von Interesse sein.

Vergleichbar den deutschen Wohlfahrtsverbänden, die den Einbau einer Formulierung in Artikel 136 EU-Vertrag proponieren, welche die Bedeutung sozialer gemeinnütziger Träger im lokalen Bereich betont und ihre Beachtung fordert, stellt sich auch für österreichische Unternehmen der Sozialwirtschaft die Herausforderung, bestehende Standards abzusichern. Eine generelle Entwicklung ist derzeit nicht absehbar, was die Dynamik der Vergabeverfahren und Leistungsverträge betrifft. Fakt ist freilich, dass soziale Dienstleistungserbringer überall in Europa steuerliche Vorteile gegenüber Unternehmen mit erwerbswirtschaftlicher Zielsetzung genießen und sich in den meisten Mitgliedsstaaten der EU das Problem stellt, innerhalb des EU-Rechts der freien Wohlfahrtspflege eine formale, unternehmensrechtliche Grundlage zu verschaffen.

1.5.2.2. Sekundärrecht

Das Vergaberecht auf europäischer Ebene ist nicht durch Verordnungen gemäß Art 249 Abs 2 EGV, sondern durch Richtlinien gemäß Art 249 Abs 3 EGV geregelt. Damit kommt dem EU-Vergaberecht keine unmittelbare Geltung zu. Zielsetzung des EU-Gesetzgebers war es vielmehr, die nationalen vergaberechtlichen Bestimmungen zu harmonisieren.

Von den derzeit bestehenden Vergabe-Richtlinien der EU ist im Wesentlichen für die Sozialwirtschaft nur die Dienstleistungskordinierungsrichtlinie (RL 92/50/EWG-DKRL) relevant.²³ Die Richtlinie verfolgt das Ziel der Koordination der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge. Anwendbar ist die Richtlinie auf schriftliche Verträge zwischen Dienstleistungserbringer (freie Wohlfahrtsträger) und öffentliche Auftraggeber. Sie wirkt subsidiär. Ihr kommt eine Auffangfunktion gegenüber der nationalen Gesetzgebung zu (*Gast* 2002,38).

²³ ABI 1992 L 199, 1 = Celex-Nr 392L0050

RL 92/50 ist nur auf vorrangige Dienstleistungen vollumfänglich anzuwenden (z.B. Software-, Rechts-, Beratungs- und Gebäudedienstleistungen). Für die Sozialwirtschaft, also Gesundheitsdienste (einschließlich Rettungsdienste) und soziale Dienste (Sozialberatung, Sozialbetreuung, Unterbringung) kommen im Wesentlichen nur die Art. 14 und 16 der RL zur Anwendung.²⁴

Öffentlicher Auftraggeber ist die öffentliche Hand im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung bzw. der verfassungsrechtlich zugeordneten Kompetenzverteilung. Als Dienstleistungserbringer gelten natürliche oder juristische Personen, die Dienstleistungen anbieten.

Der Anwendungsbereich von RL 92/50 gilt für öffentliche Aufträge mit einem Volumen von mehr als 200.000.- € netto.²⁵ Wird eine Dienstleistung auf mehrere Tranchen oder Abschnitte verteilt, so gelten besondere Berechnungsmethoden.²⁶

Die Vergabe hat durch ein Auslobungsverfahren zu erfolgen, wobei eindeutige und nicht-diskriminierende Auswahlkriterien festzulegen sind.

Der Rechtsschutz wurde mit der Rechtsmittelrichtlinie (RL 89/665/EWG-RMRL)²⁷ gesichert. Der Rechtsschutz besteht aus einem Nachprüfverfahren, das einzelstaatlich festzulegen ist. Die RL 92/50 sieht als Rechtsschutzinstrument eine „einstweilige Verfügung“ vor, die sich bei der Umsetzung der RL in österreichisches Recht auch durchgesetzt hat. Durch die einstweilige Verfügung kann das Vergabeverfahren ausgesetzt werden. Ergebnis der gerichtlichen Nachprüfung kann die die Aufhebung der rechtswidrigen Vergabeentscheidung sein. Dem Geschädigten kann Schadenersatz zugesprochen werden. Damit wird der bereits abgeschlossene Vertrag jedoch nicht nichtig bzw.. aufgehoben.

1.5.3. Allgemeines zum Österreichischen Vergaberecht

Das österreichische Vergaberecht hat die RL 92/50 im Wesentlichen nachgebildet, allerdings mit einer wesentlichen Erweiterung im Hinblick auf geringwertige soziale Dienstleistungen.

²⁴ Art. 9 iVm Anhang I B RL 92 / 50 EWG.

²⁵ Art. 7 Abs 1 RL 92/50 EWG.

²⁶ Art. 7 Abs 4 RL 92/50 EWG.

²⁷ ABI 1989 L 395, 33 = Celex-Nr 389L0665.

1.5.3.1. Anwendungsbereich

Bei der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen über den Schwellenwerten ist entweder das Bundes- oder das jeweilige Landesvergabegesetz (ganz oder teilweise) anzuwenden. Unterhalb der Schwellenwerte kommen die Bestimmungen der ÖNorm 2050 zur Anwendung, so weit nicht bestimmte Dienstleistungsaufträge davon ausgenommen sind. Diese Normen werden entlang des EGV, der Judikatur des EuGH, der Erk des VfGH sowie der Grundsätze des OGH interpretiert.

1.5.3.2. Zuständigkeitsverteilung

In die Zuständigkeit des Bundes fällt die Vergabe durch Bundesorgane, durch von der öffentlichen Hand eingerichtete Rechtsträger sowie durch von ihr beherrschte private Rechtsträger. In die Zuständigkeit des Landes fällt die Vergabe durch Landesorgane, durch von den Ländern eingerichtete Rechtsträger einschließlich der Gemeinden und Gemeindeverbände sowie durch von ihnen beherrschte private Rechtsträger.

1.5.4. Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes

1.5.4.1. Sachlicher Anwendungsbereich

§ 1 BVergG subsumiert kategorial die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen unter die Ausschreibungspflicht (Vergabepflicht). § 4 BVergG definiert Dienstleistungsaufträge als entgeltliche Aufträge zur Erbringung von Dienstleistungen. Bei diesen Dienstleistungen wird zwischen vorrangigen (prioritären) und sonstigen unterschieden. Vorrangige (prioritäre) Dienstleistungen werden in Anhang III, sonstige Dienstleistungen in Anhang IV zum BVergG aufgeführt.

Zu diesen sonstigen Dienstleistungen zählen ausdrücklich die Gesundheits- und Sozialdienste. Allerdings wird hierbei nicht zwischen unterschiedlichen Diensten (Beratung, Betreuung, Pflege, Unterbringung) unterschieden. Für diese nicht-prioritären sozialen Dienstleistungen gemäß Anhang IV gelten die Bestimmungen des BVergG eingeschränkt, nämlich das Regime der §§ 16 Abs 3 (Oberschwellenbereich) und 17 Abs 4 (Unterschwellenbereich).

Aufträge, deren Gegenstand sowohl Dienstleistungen gemäß Anhang III (Prioritäre Dienstleistungen wie Verkehr, Transport, Post, Fernmeldewesen, Finanzdienstleistungen, Datenverarbeitung, Forschung und Entwicklung, Buchführung, Marktforschung, Unternehmensberatung, Architektur, Werbung, Gebäudereinigung, Verlegen und Drucken, Abfall- und Abwasserbeseitigung etc.) als auch gemäß Anhang IV (Gaststätten, Eisenbahnen, Schifffahrt, Verkehrshilfstätigkeit-

ten, Rechtsberatung, Arbeitskräftevermittlung, Schutzdienste, Unterrichtswesen, Berufsausbildung, Erholung, Sport, Kultur, Gesundheits-, Veterinär und Sozialwesen etc.) sind, sind gemäß Abs. 1 zu vergeben, wenn der Wert der Dienstleistungen gemäß Anhang III größer ist als derjenige der Dienstleistungen gemäß Anhang IV. Ist der Wert der Dienstleistungen gemäß Anhang IV größer als derjenige der Dienstleistungen gemäß Anhang III, so gilt Abs. 3.

Der Auftraggeber einer nicht-prioritären Dienstleistung verfügt daher über einen vergleichsweise weiten Spielraum bei der Gestaltung der Ausschreibung sozialer Dienste. Im Wesentlichen gelten die allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens (Nichtdiskriminierung, Transparenz).

1.5.4.2. Institutioneller Anwendungsbereich

Grundsätzlich unterliegen gemäß § 7 Abs 1 BVergG sämtliche Dienstleistungen des Bundes, der Länder, der Gemeinden und Gemeindeverbände, der öffentlichen Auftraggeber, der Sozialversicherungsträger (Hauptverband) sowie von Einrichtungen, welche der Kontrolle des Rechnungshofes unterliegen, dem BVergG 2002.

Auftraggeber sind neben dem Bund selbst vor allem auch die öffentlichen Einrichtungen des Bundes. Dazu zählen etwa Stiftungen, Fonds, Anstalten, Körperschaften öffentlichen Rechts (AMS) und Selbstverwaltungskörper (Sozialversicherungsträger), so weit sie nicht-gewerblicher Natur sind. Derartige Einrichtungen müssen, um ausschreibungspflichtig zu werden, zumindest teilrechtsfähig sein und von mittelbaren oder unmittelbaren Bundesorganen verwaltet werden oder der Leitungsaufsicht des Bundes unterliegen. Wer öffentlicher Auftraggeber ist, ergibt sich daher aus funktionellen und nicht aus institutionellen Erwägungen.

Auftraggeber i.S.d. § 7 BVergG ist, wer

- im allgemeinen Interesse tätig wird bzw. entsprechende Aufgaben (nicht nur auf Grundlage eines Gesetzes) erfüllt
- über eine Rechtspersönlichkeit (es genügt Teilrechtsfähigkeit) verfügt (was etwa bei einem Fonds der Fall ist) und
- finanziell eng mit der öffentlichen Hand im Sinne einer ökonomischen Beherrschung durch die Gebietskörperschaft verbunden ist (etwa aufgrund der Dotation des operativen Budgets eines Fonds durch das öffentliche Budget).

„Beherrschung“ i.S.d. BVergG liegt immer dann vor, wenn die Finanzierung durch den öffentlichen Auftraggeber erfolgt oder wenn er die Aufsicht über die betroffe-

ne Organisation ausübt oder wenn er das Leitungsorgan mehrheitlich bestellt (König/Reichel-Holzer 2003,71).

Auch die Gründung eines eigenen Rechtsträgers und die anschließende Übertragung von Geldmitteln auf diesen durch die öffentliche Hand befreit nicht von der Anwendung vergaberechtlicher Bestimmungen.²⁸ Sogar ein Verein könnte gegebenenfalls unter den Auftraggeberbegriff des BVergG fallen.

1.5.4.3. Ausnahmen von der Anwendung des BVergG

Das BVergG ist jedenfalls nicht anzuwenden, wenn öffentliche Auftraggeber mit eigener Organisation und eigenen Ressourcen Leistungen erbringen („in-house-Leistungen“) und wenn Leistungen im Rahmen der Staatssicherheit erbracht werden. Damit unterliegt das Feld der Erbringung sozialer Dienste durch freie Wohlfahrtsträger auf Rechnung öffentlicher Träger ausnahmslos des Regime des BVergG 2002.

Davon abgesehen ist der öffentliche Auftraggeber nicht verhalten, in bestehende (auf bestimmte oder unbestimmte Zeit abgeschlossene) Verträge einzugreifen, wenn diese Rechtsverhältnisse vor Umsetzungsfrist der EU-Vergaberichtlinie begründet worden sind.²⁹ Unter dieser Einschränkung trifft den öffentlichen Auftraggeber die Pflicht zur Kündigung eines bestehenden Rechtsverhältnisses.

1.5.5. Schwellenwerte im Bundesvergabegesetz

Die Bestimmungen des BVergG über Dienstleistungsaufträge gelten umfänglich jedoch nur dann, wenn zugleich auch das vom Auftraggeber zu entrichtende Entgelt einen gesetzlich festgeschriebenen Schwellenwert übersteigt.

1.5.5.1. Ober- und unterschwellige Verfahren

Die geltende Schwellenwertverordnung beziffert diesen Schwellenwert gemäß § 9 Abs 1 Ziff 2 BVergG für Dienstleistungen gemäß Anhang IV zum BVergG für sonstige Auftraggeber mit netto 200.000.- € (ohne Umsatzsteuer). Bei nicht mit einem Gesamtpreis bezifferten, regelmäßig wiederkehrenden Dienstleistungsaufträgen ist der tatsächliche Entgeltwert der letzten 12 Monate als Monatsdurch-

²⁸ EuGH 15.01.1998, Rs C-44/96 (Mannesmann/Strohal), Slg 1998, I-73.

²⁹ EuGH 24.09.1998, Rs C-76/97 (Tögel/Niederösterreichische Gebietskrankenkasse), Slg 1998, I-5357.

schnitt heranzuziehen und auf die gesamte Laufzeit des Vertragsverhältnisses zu übertragen.

Oberhalb dieses Schwellenwertes sind grundsätzlich gemäß § 16 Abs 3 BVergG die einschlägigen Bestimmungen dieses Bundesgesetzes für soziale Dienste gemäß Anhang IV eingeschränkt anzuwenden.

1.5.5.2. Zur Vergabe „oberschwelliger“ sozialer Dienstleistungen

Aufträge über die Erbringung sozialer Dienstleistungen sind gemäß § 16 Abs 3 BVergG im Oberschwellenbereich (mehr als 200.000.- € [Jahres]-Gesamtvolumen netto) zwingend gemäß § 23 Abs 2, 3, 5, und 6 zu vergeben. Für die Vergabe dieser Aufträge gelten allein die Bestimmungen des 1. (allgemeiner Geltungsbereich), 5. (Rechtsschutz) und 6. (Strafbestimmungen) Teiles sowie die §§ 21, 22, 24, 25, 30 bis 32, 34, 35, 40, 41, 42, 75, 85 und 99 bis 101.

§ 23 BVergG regelt unterschiedliche Varianten des Vergabeverfahrens. Auf Grundlage der Einschränkung auf die Formenwahl zwischen den Möglichkeiten des § 23 Abs 2, 3, 5, und 6 BVergG können soziale Dienste im Oberschwellenbereich in vier verschiedenen Verfahrenstypen ausgeschrieben und abgewickelt werden, nämlich in

- offenen Verfahren,
- nicht-offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung,
- Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung
- Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung.

Diese Regelung der Vergabeverfahren ist im Wesentlichen der ÖNorm A 2050 nachgebildet. Hat sich ein Auftraggeber für ein bestimmtes Verfahren entschieden, so hat er dieses Verfahren gemäß den für diese Verfahrensart geltenden Bestimmungen zu Ende zu führen. Ein Verfahrenstypuswechsel während eines Verfahrens ist unzulässig.

Näher betrachtet lassen sich diese Verfahrenstypen wie folgt unterscheiden:

- gemäß § 23 Abs 2 BVergG wird in einem offenen Verfahren eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Angeboten aufgefordert;
- gemäß § 23 Abs 3 BVergG wird in einem nicht-offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur

Abgabe von Teilnahmeanträgen aufgefordert – im Anschluss daran werden ausgewählte Bewerber zur Abgabe von Angeboten eingeladen;

➤ gemäß § 23 Abs 5 BVergG werden im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung, nachdem eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen aufgefordert wurde, ausgewählte Bewerber zur Abgabe von Angeboten aufgefordert. Nach Auswahl der Bewerber kann mit den jeweiligen potentiellen Auftragnehmern über den gesamten Auftragsinhalt verhandelt werden.

➤ gemäß § 23 Abs 6 BVergG wird im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung (also: nichtöffentlich) eine beschränkte Anzahl von geeigneten Unternehmen zur Abgabe von Angeboten eingeladen. Danach kann mit den jeweiligen potentiellen Auftragnehmern über den gesamten Auftragsinhalt verhandelt werden.

Nicht vorgesehen ist für die Ausschreibung sozialer Dienste im Oberschwellenbereich sohin das nicht offene Verfahren gemäß § 23 Abs 4 BVergG, bei dem eine beschränkte Anzahl geeigneter Unternehmen zur Abgabe von Angeboten eingeladen wird; aber auch die Direktvergabe gemäß § 23 Abs 7 BVergG, bei der eine Leistung formfrei unmittelbar von einem ausgewählten Unternehmer gegen Entgelt bezogen wird, kommt hierfür nicht in Frage.

Gemäß § 24 BVergG können Auftraggeber bei der Vergabe von Aufträgen also grundsätzlich frei zwischen dem offenen Verfahren nach § 23 Abs 2 BVergG und dem nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung nach § 23 Abs 3 BVergG wählen.

Dem offenen einstufigen Verfahren gemäß § 23 Abs 2 BVergG kommt im Vergaberecht sozialer Dienstleistungen also nicht mehr wie noch in der Rechtslage BVergG 1997 das Primat zu. Dabei ist grundsätzlich abzuwägen: das nicht offene Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung ist zweistufig und komplexer als das einstufige, allerdings transparenter als das offene Verfahren. Zuerst werden hier Teilnahmeanträge eingeholt; erst danach wird zur Legung von Angeboten aufgefordert. Dem Auftraggeber wird hier eine exakte Kenntnis der rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen abgefordert.

Für jeden der vier oben genannten Verfahrenstypen zur Vergabe sozialer Dienstleistungsaufträge gelten die §§ 21, 22, 24, 25, 30 bis 32, 34, 34, 40 bis 42, 75, 85, 99 bis 101 BVergG wie folgt:

1.5.6. Oberschwelliger Bereich: Grundsätze des Vergabeverfahrens

§ 21 regelt die Grundsätze der Leistungsvergabe. Demnach sind Aufträge über Leistungen nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lautereren Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben. Indes bleibt die völkerrechtlich zulässige unterschiedliche Behandlung von Bewerbern und Bietern aus Gründen ihrer Staatsangehörigkeit oder des Warenursprungs bleibt von Abs. 1 unberührt.

Unternehmer, die an der Erarbeitung der Unterlagen für das Vergabeverfahren unmittelbar oder mittelbar beteiligt waren, sowie mit diesen verbundene Unternehmen sind, soweit durch ihre Teilnahme ein fairer und lauterer Wettbewerb ausgeschlossen wäre, gemäß § 21 Abs 3 BVergG von der Teilnahme am Vergabeverfahren um die Leistung auszuschließen, es sei denn, dass auf deren Beteiligung in begründeten Ausnahmefällen nicht verzichtet werden kann.

Vergabeverfahren sind gemäß § 21 Abs 4 nur dann durchzuführen, wenn die Absicht besteht, die Leistung auch tatsächlich zur Vergabe zu bringen. Gemäß § 21 Abs 5 haben Auftraggeber, Bewerber und Bieter den vertraulichen Charakter aller den Auftraggeber als auch die Bewerber und Bieter und deren Unterlagen betreffenden Angaben zu wahren.

Im Vergabeverfahren ist gemäß § 21 Abs 6 auf die Umweltgerechtigkeit der Leistung Bedacht zu nehmen. Dies kann insbesondere durch die Berücksichtigung ökologischer Aspekte bei der Beschreibung der Leistung, bei der Festlegung der technischen Spezifikationen oder durch die Festlegung konkreter Zuschlagskriterien mit ökologischem Bezug erfolgen.

Im Vergabeverfahren kann gemäß Abs 7 auf die Beschäftigung von Frauen, von Personen im Ausbildungsverhältnis, von Langzeitarbeitslosen, von behinderten und älteren Arbeitnehmern sowie auf Maßnahmen zur Umsetzung sonstiger sozialpolitischer Belange Bedacht genommen werden. Dies kann insbesondere durch die Berücksichtigung derartiger Aspekte bei der Beschreibung der Leistung, bei der Festlegung der technischen Spezifikationen, durch die Festlegung konkreter Zuschlagskriterien oder durch die Festlegung von Bedingungen im Leistungsvertrag erfolgen.

Technische Spezifikationen müssen gemäß § 75 BVergG für alle Bewerber und Bieter gleichermaßen zugänglich sein und dürfen den Wettbewerb nicht in unge-

rechtfertigter Weise behindern. Leistungs- oder Funktionsanforderungen müssen so ausreichend präzisiert werden, dass sie den Bietern eine klare Vorstellung betreffend den Auftragsgegenstand vermitteln und dem Auftraggeber die Vergabe des Auftrages ermöglichen. Leistungs- oder Funktionsanforderungen können Anforderungen an die Umweltgerechtigkeit der Leistung beinhalten.

1.5.6.1. Informationsübermittlung im Verfahren

§ 22 BVergG regelt die zulässigen Wege der Informationsübermittlung. Gemäß Abs 1 kann die Übermittlung von Ausschreibungsunterlagen, Mitteilungen, Anträgen, Aufforderungen und Benachrichtigungen sowie jeder sonstige Informationsaustausch zwischen Auftraggebern und Unternehmern, sofern der Auftraggeber ausnahmsweise nicht anderes festlegt, wahlweise brieflich, per Fax oder elektronisch erfolgen. Minder bedeutsame Mitteilungen, Aufforderungen, Benachrichtigungen und Informationen können auch mündlich oder telefonisch übermittelt werden.

Eine elektronische Übermittlung von Ausschreibungsunterlagen, Angeboten und Dokumenten, die im Zusammenhang mit der Angebotsbewertung stehen, hat gemäß Abs 2 unter Verwendung einer sicheren elektronischen Signatur (§ 2 Z 3 SigG, BGBl. I Nr. 190/1999, in der jeweils geltenden Fassung) zu erfolgen. Die gewählte Art der elektronischen Informationsübermittlung gemäß Abs. 2 hat jedenfalls sicherzustellen, dass die Echtheit, Unverfälschtheit und die Vertraulichkeit der übermittelten Informationen gewährleistet ist. Die zur Informationsübermittlung ausgewählte Vorgangsweise darf nicht zu Diskriminierungen führen. Auftraggeber und Unternehmer bzw.. Bietergemeinschaften haben zwingend eine Faxnummer oder eine elektronische Adresse bekannt zu geben, an die Informationen rechtsgültig übermittelt werden können. Elektronisch übermittelte Sendungen gelten als übermittelt, sobald ihre Daten in den elektronischen Verfügungsbereich des Empfängers gelangt sind.

Niederschriften, Auskunftersuchen von Unternehmern, Auskünfte des Auftraggebers sowie sämtliche der Vergabeentscheidung zu Grunde liegenden Erklärungen und Dokumente (zB Angebote, Nachweise) sind, sofern sie ausschließlich in elektronischer Form erstellt bzw.. übermittelt werden, gemäß Abs 6 in jener Form und mit jenem Inhalt den sie zum Zeitpunkt des Verfassens oder des Absendens vom bzw.. Einlangens beim Auftraggeber so eindeutig zu kennzeichnen, dass ein nachträgliches Verändern des Inhaltes sowie des Zeitpunktes des Verfassens, des Absendens vom bzw. des Einlangens beim Auftraggeber feststellbar ist.

Soweit Mitteilungs- oder Berichtspflichten an die Kommission bestehen hat die vergebende Stelle (Landesregierung) dem Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit die erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen. Dieser hat gemäß. § 42 BVergG die Unterlagen im Wege der Ständigen Vertretung Österreichs bei der EU an die Kommission und an die Vertragsparteien des EWR-Abkommens weiterzuleiten und den Bundeskanzler davon zu unterrichten.

1.5.6.2. Vergabe von oberschwelligen Dienstleistungsaufträgen ohne Bekanntmachung

§ 25 Abs 6 sieht unter bestimmten Bedingungen vor, dass der Auftraggeber auf die Bekanntmachung der Ausschreibung verzichten kann. Dienstleistungsaufträge können nämlich gemäß § 25 Abs 6 BVergG im Verhandlungsverfahren dann ohne vorherige Bekanntmachung vergeben werden, wenn

1. ein bereits durchgeführtes offenes oder nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung kein oder kein im Sinne dieses Bundesgesetzes geeignetes Angebot erbracht hat, die ursprünglichen Bedingungen für den Dienstleistungsauftrag nicht grundlegend geändert werden und der Kommission ein Bericht vorgelegt wird, wenn sie dies wünscht, oder

2. der Dienstleistungsauftrag aus technischen oder künstlerischen Gründen oder auf Grund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten nur von einem bestimmten Unternehmer ausgeführt werden kann, oder

3. dringliche, zwingende Gründe, die nicht dem Verhalten des Auftraggebers zuzuschreiben sind, im Zusammenhang mit Ereignissen, die der Auftraggeber nicht voraussehen konnte, es nicht zulassen, die im offenen Verfahren, im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung oder in einem gemäß Abs. 5 durchzuführenden Verhandlungsverfahren vorgeschriebenen Fristen einzuhalten, oder

4. zur Ausführung eines bestehenden Dienstleistungsauftrages zusätzliche Dienstleistungen, die weder in jenem dem Dienstleistungsauftrag zugrunde liegenden Entwurf noch in der Ausschreibung vorgesehen waren und deren Gesamtwert 50% des Wertes des ursprünglichen Dienstleistungsauftrages nicht überschreitet, wegen eines unvorhergesehenen Ereignisses unbedingt erforderlich werden, sofern der Auftrag an den Unternehmer vergeben wird, der den ersten Auftrag ausgeführt hat, und entweder

a) eine Trennung vom bestehenden Dienstleistungsauftrag in technischer oder wirtschaftlicher Hinsicht nicht ohne wesentlichen Nachteil für den Auftraggeber möglich ist, oder

b) eine solche Trennung zwar möglich wäre, die zusätzlichen Dienstleistungen aber für die Verbesserung der bereits vergebenen Dienstleistungen unbedingt erforderlich sind,

oder

5. neue Dienstleistungen in der Wiederholung gleichartiger Dienstleistungen bestehen, sofern

a) der Auftrag von demselben Auftraggeber an den Auftragnehmer, der bereits den ersten Auftrag erhalten hat, vergeben wird,

b) der erste Auftrag im offenen oder nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung vergeben wurde,

c) sie einem Grundentwurf entsprechen und dieser Entwurf Gegenstand des ersten Auftrages war,

d) hierfür die Möglichkeit der Anwendung eines derartigen Verhandlungsverfahrens bereits in der ersten Ausschreibung vorgesehen war,

e) die Vergabe binnen drei Jahren nach Abschluss des ersten Vertrages erfolgt und

f) der für die Fortsetzung der Dienstleistungen in Aussicht genommene Gesamtauftragswert bei der Errechnung des geschätzten Leistungswertes zugrunde gelegt wurde, oder

6. wenn im Anschluss an einen Wettbewerb der Auftrag gemäß den einschlägigen Bestimmungen an den Gewinner oder an einen der Gewinner des Wettbewerbes vergeben werden muss. Im letzteren Fall müssen alle Gewinner des Wettbewerbes zur Teilnahme an den Verhandlungen aufgefordert werden.

Die für die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens maßgeblichen Gründe sind jedenfalls schriftlich festzuhalten.

1.5.6.3. Allgemeine Teilnahmevoraussetzung im oberschwelligen Vergabeverfahren

Gemäß 30 Abs 1 BVergG ist bei der Durchführung von Vergabeverfahren eine gebietsmäßige Beschränkung oder eine Beschränkung der Teilnahme auf ein-

zelne Berufsstände, obwohl auch andere Unternehmer die Berechtigung zur Erbringung der Leistung besitzen, unzulässig.

Arbeitsgemeinschaften und Bietergemeinschaften können gemäß § 30 Abs 2 BVergG gemeinsam Angebote einreichen. Bietergemeinschaften sind nicht verpflichtet, zwecks Einreichung des Angebotes eine bestimmte Rechtsform anzunehmen. Beim nicht-offenen Verfahren und beim Verhandlungsverfahren haben die eingeladenen Bewerber dem Auftraggeber die Bildung einer Bieter- oder Arbeitsgemeinschaft vor Ablauf der halben Angebotsfrist mitzuteilen. Im Auftragsfall schulden Bietergemeinschaften als Arbeitsgemeinschaften dem Auftraggeber die solidarische Leistungserbringung.

Unbeschadet des Abs. 2 dürfen Bewerber oder Bieter, die gemäß den Rechtsvorschriften anderer EU-Staaten, in deren Gebiet sie ansässig sind, zur Erbringung der betreffenden Dienstleistung berechtigt sind, gemäß Abs 3 nicht allein deshalb abgelehnt werden, weil sie gemäß den österreichischen Rechtsvorschriften entweder eine natürliche oder juristische Person sein müssten. Es gelten also auch Marktzugangsberechtigungen anderer Mitgliedstaaten der EU.

1.5.6.4. Teilnahme am offenen Verfahren

Offene Verfahren (unbeschränkte Anzahl; öffentliche Aufforderung zur Angebotslegung) sind gemäß § 31 BVergG in den einschlägigen Publikationsmedien gemäß den §§ 37 bis 44 leg.cit. bekannt zu machen. Sofern die Ausschreibungsunterlagen nicht vollständig im Internet verfügbar sind, kann der Auftraggeber in der Bekanntmachung gemäß Abs. 1 einen Tag festsetzen, bis zu dem Ausschreibungsunterlagen spätestens anzufordern sind. Anzahl und Namen der Unternehmer, die ihr Interesse an der Teilnahme an einem offenen Verfahren bekundet haben, sind bis zur Angebotsöffnung geheim zu halten.

1.5.6.5. Teilnahme am nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung

Nicht offene Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung (unbeschränkte Anzahl; Einholung von Teilnahmeanträgen; Auswahl der Bewerber; Aufforderung zur Angebotslegung, Bewertung der Angebote) sind gemäß § 32 Abs 1 in den einschlägigen Publikationsmedien gemäß den §§ 37 bis 44 BVergG bekannt zu machen. Die einzuholenden Anträge auf Teilnahme bzw. die darauf folgenden Aufforderungen zur Angebotsabgabe können brieflich, elektronisch, telefonisch, telegraphisch oder durch Telefax übermittelt werden. Bei telefonischer Übermittlung oder, sofern der Auftraggeber dies so festgelegt hat, bei Übermittlung auf den drei

letztgenannten Wegen sind die Anträge auf Teilnahme durch ein vor Ablauf der jeweiligen Frist abzusendendes Schreiben des Antragstellers zu bestätigen.

Sozialwirtschaftlichen Unternehmen, die auf Grund der Bekanntmachung rechtzeitig Teilnahmeanträge gestellt haben und die gemäß den §§ 51 bis 56 BVergG als befugt, leistungsfähig und zuverlässig anzusehen sind, ist unter Bedachtnahme auf § 32 Abs 5 bis 7 leg.cit. Gelegenheit zur Beteiligung am nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung zu geben. Die Befugnis zur Teilnahme wird in jenen Fällen, in denen die Auftraggeber im Rahmen der Ausübung ihrer Fachaufsicht über zugelassene Einrichtungen etwa im Bereich der Jugendwohlfahrt oder Behindertenhilfe, bereits Feststellungsbescheide über die Eignung und die Zulässigkeit der Aufnahme des Betriebs einer sozialen Dienstleistungseinrichtung erlassen haben, als gegeben anzusehen sein.

Die Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit wird aus den einschlägigen Unterlagen über die Sach- und Personalausstattung sowie den bisherigen Geschäftsbeziehungen zwischen den öffentlichen Financiers und den freien Wohlfahrtsträgern zu erschließen sein.

Über die Prüfung sämtlicher Teilnahmeanträge von Bewerbern ist eine Niederschrift zu verfassen, in welcher alle für die Beurteilung der Teilnahmeanträge wesentlichen Umstände festzuhalten sind. Auf Verlangen ist dem Bewerber Einsichtnahme in den seinen Teilnahmeantrag betreffenden Teil der Niederschrift zu gewähren.

Die Anzahl der einzuladenden Unternehmen ist entsprechend der auszuschreibenden Leistung festzulegen, darf aber jedenfalls nicht unter fünf liegen. Die festgelegte Anzahl muss einen echten Wettbewerb gewährleisten und ist in der Bekanntmachung anzugeben. Die objektiven und nicht diskriminierenden Auswahlkriterien haben den besonderen Erfordernissen der zur Ausführung gelangenden Leistung Rechnung zu tragen und sind im Vorhinein bekannt zu machen. Zumeist wird es sich hierbei um bereits beschriebene Produkte oder typisierte Dienstleistungen handeln, die von den Auftraggebern vergeben werden.

Langen in der Folge mehr Teilnahmeanträge als die vom Auftraggeber festgelegte Anzahl von einzuladenden Unternehmen ein, so hat der Auftraggeber gemäß Abs 6 unter den befugten, leistungsfähigen und zuverlässigen Unternehmen anhand der Auswahlkriterien die besten Bewerber auszuwählen. Die maßgeblichen Gründe für die Auswahl sind in nachvollziehbarer Form festzuhalten.

Der Auftraggeber hat die nicht zur Angebotsabgabe eingeladenen Bewerber von dieser Entscheidung unverzüglich, jedenfalls aber eine Woche, bei der Durchfüh-

zung eines beschleunigten Verfahrens gemäß den §§ 48, 49 und 50 Abs 4 und 5 BVergG drei Tage nach Abschluss der Auswahl unter Bekanntgabe der Gründe für die Nichtberücksichtigung zu verständigen.

Die Gründe der Nichtberücksichtigung sind dann nicht bekannt zu geben, sofern die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmen widersprechen oder dem freien und lauterem Wettbewerb schaden würde.

Langen in der Folge weniger Teilnahmeanträge von befugten, leistungsfähigen und zuverlässigen Unternehmern als die vom Auftraggeber festgelegte Anzahl von einzuladenden Unternehmern ein, so kann der Auftraggeber gemäß Abs 7 zusätzliche Unternehmer in das Vergabeverfahren einbeziehen. Hier gelten wiederum die allgemeinen Erwägungen: Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit.

Der Auftraggeber hat die ausgewählten Bewerber zur Angebotsabgabe aufzufordern. Jener Aufforderung sind, sofern die Unterlagen nicht im Internet bereitgestellt werden, die Ausschreibungsunterlagen und allfällige zusätzliche Unterlagen beizufügen.

Sie hat zumindest die folgenden Angaben zu enthalten:

1. Anschrift (elektronische Adresse) der Stelle, bei der zusätzliche Unterlagen gegebenenfalls angefordert werden können, sowie den Tag, bis zu dem sie angefordert werden können; außerdem sind der Betrag und die Bedingungen für die Zahlung des Betrages anzugeben, der gegebenenfalls für die zusätzlichen Unterlagen zu entrichten ist;
2. Tag/Datum, bis zu dem die Angebote eingehen müssen, die Anschrift bzw. elektronische Adresse der Stelle, bei der sie einzureichen sind, sowie die Sprache, in der sie abzufassen sind;
3. Hinweis auf die Veröffentlichung der Bekanntmachung;
4. Auflistung der Unterlagen, die gegebenenfalls beizufügen sind;
5. Internet-Adresse (URL), unter der die Unterlagen im Internet verfügbar sind, sofern die Unterlagen im Internet bereitgestellt werden;
6. Zuschlagskriterien, falls sie nicht in der Bekanntmachung enthalten sind;
7. besondere Teilnahmebedingungen.

Die Namen der zur Angebotsabgabe eingeladenen Unternehmer sind bis zur Angebotsöffnung geheim zu halten.

1.5.6.6. Teilnahme am nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung

Nicht offene Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung sind im Bereich der „überschwelligen“ Dienstleistungen nicht vorgesehen bzw. zulässig.

1.5.6.7. Teilnahme am Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung

Verhandlungsverfahren gemäß den §§ 25 Abs 1, 3 und 5 sowie 26 Abs 2 BVergG sind in den einschlägigen Publikationsmedien gemäß den §§ 37 bis 44 leg.cit. bekannt zu machen. Anträge auf Teilnahme bzw.. Aufforderungen zur Angebotsabgabe können gemäß. § 34 Abs 2 BVergG brieflich, elektronisch, telefonisch, telegraphisch oder durch Telefax übermittelt werden. Bei telefonischer Übermittlung oder, sofern der Auftraggeber dies so festgelegt hat, bei Übermittlung auf den drei letztgenannten Wegen sind die Anträge auf Teilnahme durch ein vor Ablauf der jeweiligen Frist abzusendendes Schreiben des Antragstellers zu bestätigen.

Unternehmern, die auf Grund der Bekanntmachung rechtzeitig Teilnahmeanträge gestellt haben und die gemäß den §§ 51 bis 56 BVergG als befugt, leistungsfähig und zuverlässig anzusehen sind, ist Gelegenheit zur Beteiligung am Verhandlungsverfahren zu geben.

Über die Prüfung der Teilnahmeanträge ist eine Niederschrift zu verfassen, in welcher alle für die Beurteilung der Teilnahmeanträge wesentlichen Umstände festzuhalten sind. Auf Verlangen ist dem Bewerber Einsichtnahme in den seinen Teilnahmeantrag betreffenden Teil der Niederschrift zu gewähren. Bei der Gestaltung der Niederschrift ist darauf Bedacht zu nehmen.

Die Anzahl der einzuladenden Unternehmer ist entsprechend der Leistung festzulegen. Sie darf bei Existenz einer hinreichenden Anzahl von befugten, leistungsfähigen und zuverlässigen Unternehmern nicht unter drei liegen. Die festgelegte Anzahl muss einen echten Wettbewerb gewährleisten und ist in der Bekanntmachung anzugeben.

Die objektiven und nicht diskriminierenden Auswahlkriterien haben den besonderen Erfordernissen der zur Ausführung gelangenden Leistung Rechnung zu tragen und sind im Vorhinein bekannt zu machen.

Anzahl und Namen der zur Angebotsabgabe aufgeforderten Unternehmer sind bis zur Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung geheim zu halten.

1.5.6.8. Teilnahme am Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung

Bei Verhandlungsverfahren gemäß § 25 Abs 2, 4 und 6 und § 26 Abs 3 hat die Einladung zur Angebotsabgabe nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu erfolgen. Diese Voraussetzungen sind vorab zu prüfen und festzuhalten.

Die Anzahl der einzuladenden Unternehmer ist entsprechend der Leistung festzulegen. Sie darf, sofern nicht die Leistung nur von einem bestimmten Unternehmer erbracht werden kann oder besondere Dringlichkeit vorliegt, bei Existenz einer hinreichenden Anzahl von befugten, leistungsfähigen und zuverlässigen Unternehmern nicht unter drei liegen. Nach Möglichkeit sind auch kleine und mittlere Unternehmer am Vergabeverfahren zu beteiligen.

Von den in Aussicht genommenen Unternehmern sind Angebote einzuholen. Aufforderungen zur Angebotsabgabe können brieflich, elektronisch oder durch Telefax übermittelt werden. Anzahl und Namen der zur Angebotsabgabe aufgeforderten Unternehmer sind bis zur Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung geheim zu halten.

1.5.6.9. Bekanntgabe von Vergabeentscheidungen

Gemäß § 40 Abs 1 hat der Auftraggeber jeden vergebenen Dienstleistungsauftrag und das Ergebnis jedes Wettbewerbes bekannt zu geben. Angaben über die Auftragsvergabe müssen jedoch dann nicht veröffentlicht werden, wenn deren Bekanntgabe die Vollziehung von Gesetzen behindern, dem öffentlichen Interesse in anderer Weise zuwiderlaufen oder die berechtigten geschäftlichen Interessen öffentlicher oder privater Unternehmen berühren oder den freien Wettbewerb zwischen den Unternehmen beeinträchtigen würde. Die Informationen sind spätestens 48 Tage nach Zuschlagserteilung dem Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften zu übermitteln. Bei Dienstleistungsaufträgen gemäß Anhang IV haben die Auftraggeber jedoch zugleich anzugeben, ob sie mit der Veröffentlichung einverstanden sind.

Bei Bekanntmachungen haben die Auftraggeber gemäß § 41 BVergG zur Beschreibung des Auftragsgegenstandes die Bezeichnungen und Codes des Gemeinsamen Vokabulars für das öffentliche Auftragswesen (CPV) zu verwenden.

1.5.6.10. Zuschlag

Von den verbliebenen Angeboten ist der Zuschlag entsprechend den Angaben der Ausschreibung dem wirtschaftlich günstigsten Angebot oder dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen. Die Gründe für die Zuschlagsentscheidung sind schriftlich festzuhalten.

1.5.6.11. Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung

Der Auftraggeber hat gemäß § 132 BVergG den Bietern gleichzeitig, unverzüglich und nachweislich elektronisch oder mittels Telefax mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. In dieser Mitteilung können den nicht erfolgreichen Bietern bereits Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes genannt werden. Eine Verpflichtung zur Mitteilung der Zuschlagsentscheidung besteht nicht, falls ein Verhandlungsverfahren gemäß § 25 Abs 2 Ziff 1, Abs 4 Ziff 1 oder Abs 6 Ziff 1 mit einem Unternehmer, ein Verhandlungsverfahren gemäß § 25 Abs 2 Ziff 3 bis 5, Abs 4 Ziff 2 bis 5, Abs 6 Ziff 2 bis 5 bzw.. gemäß Abs 6 Ziff 6 mit dem Gewinner des Wettbewerbes oder ein Verhandlungsverfahren gemäß § 26 Abs 3 Ziff 4 bis 6 oder Abs 4 durchgeführt wurde. Ein Verstoß gegen die Verpflichtung zur Mitteilung der Zuschlagsentscheidung macht den darauf folgenden Zuschlag nichtig.

Der Zuschlag darf bei sonstiger Nichtigkeit nicht innerhalb einer Stillhaltefrist von 14 Tagen ab Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung gemäß Abs. 1 erteilt werden. Im Falle der Durchführung eines beschleunigten Verfahrens wegen Dringlichkeit gemäß den §§ 49 oder 50 Abs 4 oder 5 BVergG, eines Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung gemäß § 26 Abs. 3 Z 1 bis 3 oder eines nicht offenen Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung verkürzt sich die Stillhaltefrist auf sieben Tage.

Nicht erfolgreiche Bieter können innerhalb einer Frist von sieben Tagen, im Falle der Durchführung eines beschleunigten Verfahrens wegen Dringlichkeit gemäß den §§ 49 oder 50 Abs 4 oder 5 BVergG, eines Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung gemäß § 26 Abs 3 BVergG oder eines nicht offenen Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung innerhalb einer Frist von drei Tagen, nach Zustellung der Zuschlagsentscheidung schriftlich die Bekanntgabe der Gründe für die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes sowie der Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes beantragen.

Der Auftraggeber hat unverzüglich nach Eingang des Antrages, jedenfalls aber drei Tage vor Ablauf der Stillhaltefrist dem nicht erfolgreichen Bieter die Verga-

besumme sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben, sofern nicht die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmen widersprechen oder dem freien und lauterem Wettbewerb schaden würde.

1.5.6.12. Wirksamkeit der Zuschlagserteilung

Während der Zuschlagsfrist kommt das Vertragsverhältnis zu dem Zeitpunkt zustande, zu dem der Bieter die schriftliche Verständigung von der Annahme seines Angebotes erhält. Wird die Zuschlagsfrist überschritten oder weicht der Auftrag vom Angebot ab, so entsteht das Vertragsverhältnis erst mit der schriftlichen Erklärung des Bieters, dass er den Auftrag annimmt. Zur Abgabe dieser Erklärung ist dem Bieter eine angemessene Frist zu setzen.

1.5.7. Unterschwelliger Bereich: Grundsätze des Vergabeverfahrens

Aber auch Auftragsvergaben mit einem Vergabewert von weniger als 200.000.- € unterliegen den einschlägigen Bestimmungen des BVergG. Mit dem BVergG 2002 wurde erstmals der Unterschwellenbereich umfassend gesetzlich geregelt. Für Dienstleistungen gelten im Wesentlichen die gleichen Bestimmungen wie für den Oberschwellenbereich, allerdings erweitert um das offene Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung, die Direktvergabe, die elektronische Auktion sowie die Rahmenvereinbarung. Wann die einzelnen Verfahrensarten angewendet werden dürfen, ist in den §§ 24 – 29 BVergG geregelt.

Also gelten auch für unterschwellige Auftragsvergaben die Bestimmungen der §§ 1 – 20 BVergG, der §§ 135 – 186 BVergG sowie der §§ 187 – 192 BVergG. Auch hier sind die allgemeinen Grundsätze der Leistungsvergabe (§ 21), die Wege der Informationsübermittlung (§ 22), die allgemeinen Bestimmungen über die Verfahrenstypen (§ 23), die Wahl des offenen und nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung (§ 24) sowie die Wahl des Verhandlungsverfahrens (§ 25) anwendbares Recht. Zusätzlich kommen hier die Direktvergabe (§ 27), die elektronische Aktion (§ 27) sowie die Rahmenvereinbarung (§ 29) in Betracht.

Im Unterschwellenbereich wird das Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung überall dort zugelassen, wo die vertraglichen Leistungen nicht genau spezifiziert werden können. Offene bzw. nicht-offene Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung erlauben demgegenüber keine Verhandlungen und sind deshalb praktisch nur dort einsetzbar, wo eine konkret quantitativ und qualitativ beschriebene Dienstleistung vergeben werden soll. Im Unterschwellenbereich

gelten auch die Ausnahmerebestimmungen des § 25 (Verhandlungsverfahren mit und ohne Bekanntmachung).

1.5.7.1. Allgemeines

Gemäß § 17 Abs 4 BVergG sind Aufträge, deren Gegenstand Dienstleistungen i.S.d. Anhang IV verkörpern, von öffentlichen Auftraggebern im Unterschwellenbereich gemäß einem der in § 23 leg.cit. genannten Verfahren zu vergeben. Damit stehen sämtliche Verfahrenstypen des § 23, also auch die Direktvergabe, zur Verfügung. Umgekehrt steht es dem öffentlichen Auftraggeber frei, einen anderen Verfahrenstyp zu wählen. § 23 hält insgesamt folgende Verfahrenstypen vor, wobei § 23 ein offenes Verfahren, ein nicht offenes Verfahren, ein Verhandlungsverfahren, eine Direktvergabe, eine elektronische Auktion oder eine Rahmenvereinbarung zur Auswahl stellt:

- Beim offenen Verfahren wird eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Angeboten aufgefordert;
- Beim nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung werden, nachdem eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen aufgefordert wurde, ausgewählte Bewerber zur Abgabe von Angeboten aufgefordert;
- Beim nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung wird eine beschränkte Anzahl von geeigneten Unternehmen zur Abgabe von Angeboten eingeladen;
- Beim Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung werden, nachdem eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen aufgefordert wurde, ausgewählte Bewerber zur Abgabe von Angeboten aufgefordert. Danach kann über den gesamten Auftragsinhalt verhandelt werden;
- Beim Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung wird eine beschränkte Anzahl von geeigneten Unternehmen zur Abgabe von Angeboten eingeladen. Danach kann über den gesamten Auftragsinhalt verhandelt werden;
- Bei der Direktvergabe wird eine Leistung formfrei unmittelbar von einem ausgewählten Unternehmer gegen Entgelt bezogen;
- Bei einer elektronischen Auktion ohne beschränkte Teilnehmeranzahl werden, nachdem eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe

von Teilnahmeanträgen aufgefordert wurde, alle geeigneten Bewerber zur Teilnahme an der Auktion zugelassen;

➤ Bei einer elektronischen Auktion mit beschränkter Teilnehmeranzahl werden, nachdem eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmern öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen aufgefordert wurde, nur ausgewählte Bewerber zur Teilnahme an der Auktion zugelassen.

➤ Bei einer Rahmenvereinbarung wird, nachdem eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmern öffentlich zur Abgabe von Angeboten aufgefordert wurde, eine Leistung von einem ausgewählten Unternehmer in einem ein- oder zweistufigen Verfahren bezogen.

1.5.7.2. Allgemeiner Ablauf des Vergabeverfahrens zur Ausschreibung „unterschwelliger“ Dienstleistungen

Für die Vergabe von Aufträgen gelten allein die Bestimmungen des 1. (allgemeiner Geltungsbereich), 5. (Rechtsschutz) und 6. (Strafbestimmungen) Teiles sowie die Bestimmungen des 1. Hauptstückes des 2. Teiles (§§ 21 – 36) sowie die §§ 44, 45, 75, 85 und 99 bis 101.

Zusätzlich zu den bereits oben dargestellten Verfahrensbestimmungen der „oberschwelligen“ Dienstleistungen (21, 22, 24, 25, 30 bis 32, 34, 35) treten hier noch die Bestimmungen der §§ 26 – 29 und 33 hinzu. An die Stelle der §§ 40-42 treten die Bestimmungen der §§ 44 und 45.

1.5.7.3. Besondere Bestimmungen im „unterschwelligem“ Verfahren

§ 26 sieht für den Unterschwellenbereich gesonderte Schwellenwerte für das nicht offene Verfahren sowie für das Verhandlungsverfahren jeweils ohne vorherige Bekanntmachung vor.

Gemäß § 26 Abs 1 BVergG können im Unterschwellenbereich Aufträge im nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung vergeben werden, sofern dem Auftraggeber genügend geeignete Unternehmer bekannt sind, um einen freien und lautereren Wettbewerb sicherzustellen, und wenn bei Dienstleistungsaufträgen der geschätzte Auftragswert ohne Umsatzsteuer 60.000.- € nicht erreicht.

Im Unterschwellenbereich können zusätzlich zu den in § 25 Abs 1, 3 und 5 BVergG (erfolglose Ausschreibung trotz vorheriger Bekanntmachung) genannten Fällen Aufträge im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung vergeben werden, wenn die zu erbringende Leistung dergestalt ist, dass vertragliche

Spezifikationen nicht hinreichend genau festgelegt werden können, um den Auftrag durch die Wahl des besten Angebotes in Übereinstimmung mit den Vorschriften über ein offenes oder nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung vergeben zu können.

Im Unterschwellenbereich können zusätzlich zu den in § 25 Abs 2, 4 und 6 BVergG (erfolglose Ausschreibung ohne vorherige Bekanntmachung) genannten Fällen Dienstleistungsaufträge im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung vergeben werden, wenn der geschätzte Auftragswert ohne Umsatzsteuer 40 000 Euro nicht erreicht. Die für die Durchführung des Verfahrens maßgeblichen Gründe sind schriftlich festzuhalten.

Diese Regelung geht auf die Überlegung zurück, dass bei einem Vergabewert unterhalb der ausgewiesenen Betragsgrenzen die Durchführung eines Vergabeverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung die Verfahrenskosten im Hinblick auf das Verhältnis zwischen dem Wert der Leistung und den Beschaffungskosten nicht mehr vertretbar seien.

1.5.7.4. Bekanntmachungen

Gemäß § 44 Abs 1 BVergG ist die beabsichtigte Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im offenen Verfahren, im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung, die beabsichtigte Durchführung eines offenen nicht offenen Wettbewerbes, einer elektronischen Auktion sowie die beabsichtigte Durchführung eines Verfahrens zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung bekannt zu machen.

Die Bekanntmachung hat jene Angaben zu enthalten, die den Interessenten eine Beurteilung ermöglichen, ob die Beteiligung am Vergabeverfahren oder am Wettbewerb für sie von Interesse ist. Die Bekanntmachung hat zumindest die in Anhang VIII angeführten Angaben zu enthalten.

Der Bundeskanzler und die Landesregierungen haben für den jeweiligen Vollziehungsbereich - gegebenenfalls differenziert nach der Höhe des geschätzten Auftragswertes und nach Art des Auftrages - zur Gewährleistung eines angemessenen Grades an Transparenz mit Verordnung festzulegen, in welchen Publikationsmedien die diesem Bundesgesetz unterliegenden Auftraggeber Bekanntmachungen nach diesem Unterabschnitt jedenfalls zu veröffentlichen haben.

Auftraggeber, die in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen, haben diesen Publikationsmedien den Text der Bekanntmachung auf elektronischem Weg, in

Ausnahmefällen auch per Telefax, zu übermitteln. Auftraggeber, die in den Vollziehungsbereich eines Landes fallen, haben diesen Publikationsmedien den Text der Bekanntmachung nach Maßgabe der vorhandenen technischen Möglichkeiten auf elektronischem Weg oder per Telefax zu übermitteln. Die Publikationsmedien haben den Eingang der Bekanntmachungen unverzüglich zu bestätigen.

Bekanntmachungen von Auftraggebern die in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen sind unentgeltlich im Internet bereitzustellen.

Weitere Bekanntmachungen in sonstigen geeigneten Publikationsmedien stehen den Auftraggebern frei. Bei einer Bekanntmachung durch Aushang an der Amtstafel oder auf elektronischem Weg muss die Verfügbarkeit der Inhalte zumindest bis zum Ablauf der Bewerbungs- oder Angebotsfrist gewährleistet sein.

1.5.8. Resümee

Diese kursorische Darstellung macht anschaulich, dass die vergebenden öffentlichen Stellen und Einrichtungen weitestgehende Handlungsfreiheit bei der Bestimmung der jeweiligen Verfahrenstypen haben, ist erst einmal festgestellt, ob es sich um ein „ober-„ oder „unterschwelliges“ Verfahren handeln soll. Insbesondere im „unterschwelligen“ Verfahren sorgt das Auswahlermessen der

Das Vergaberecht lässt sich als marktliberales Instrument der Optimierung im öffentlichen Beschaffungswesen verstehen. Es hat spezifische Geschäftsabläufe im Visier, die vor allem Materialzukaufe, Dienstleistungen direkt zugunsten der Verwaltung und das Bauwesen betreffen. Soziale Dienste lassen sich mit dem Instrumentarium entweder gar nicht oder nur im Einschränkungen ausschreiben bzw. vergeben.

Die Sozialwirtschaft ist augenfällig ohne tiefere Befassung mit ihren institutionellen Besonderheiten anlässlich der Beschlussfassung des BVergG den nicht-prioritären Dienstleistungen zugeschlagen worden. Das BVergG ist wie erwähnt vordringlich auf das öffentliche Beschaffungswesen orientiert, eignet sich jedoch nicht, die im komplexen „Wohlfahrtsdreieck“ zwischen Financiers, Leistungserbringern und KlientInnen auftretenden Steuerungsaufgaben angemessen zu erfüllen (Vertrag zugunsten Dritter; zweischichtige Vertragsverhältnisse; Kombination von Rahmen- und Leistungsverträgen; Bezuschussung der Kosten von sozialen Dienstleistungen durch öffentliche Wohlfahrtsträger). Es operiert mit Wertschwellen, deren Anwendung für die komplizierten Dauerschuldverhältnisse der Sozialwirtschaft erhebliche Unklarheiten mit sich bringt. Ein Großteil der Verfahren, welche das BVergG vorsieht, ist im Kontext der Sozialwirtschaft praktisch unan-

wendbar. Das Vergaberecht geht von seiner offenen Marktkonstellation aus, die im Rahmen sozialer Dienste so überhaupt nicht existiert. Vielmehr finden sich hier äußerst kleine, überschaubare Märkte mit einer geringen Anzahl von Anbietern, zu denen teilweise Jahrzehnte lang währende Geschäftsbeziehungen unterhalten werden.

Die bisherige Vergabepraxis hat folglich mehr zu Problememergenzen als zu Problemlösungen beigetragen. Insbesondere die Vergaben durch das AMS haben in vielerlei Hinsicht Druck auf die Anbieter und indirekt zu einer Deregulierung der Beschäftigungsverhältnisse dieser Anbieter geführt. Nicht nur in Oberösterreich war (und ist) ein Ergebnis der Anwendung des Vergaberechts eine Oligopolisierung des Marktes: die Zahl der Anbieter schrumpfte, da die Zuschlagsanforderungen erheblich gesteigert wurden, wobei kleinere Anbieter nicht mehr mithalten konnten. Auf dieser Weise bewirkte die Anwendung des Vergaberechts das exakte Gegenteil dessen, was (nicht nur im Bereich der Sozialwirtschaft) bewirkt werden sollte: die Aufrechterhaltung eines offenen Marktes mit transparenten Wettbewerbsverhältnissen. Contra-intentional schuf die öffentliche Hand Oligopolverhältnisse, welche ihrerseits der öffentlichen Hand als Auftraggeber in ihrer Monopson-Position erhebliche Probleme verursachen bzw. erst verursachen werden.

Die Nutzung des Vergaberechts kollidierte in Bundesländern und Städten vielfach mit bestehenden sozialrechtlichen Vorgaben. Länder und Städte haben darauf mit dezidierten Umgehungsstrategien reagiert. Auf diese Weise sind zum Teil bereits erreichte Standards (Leistungsverträge) wieder preisgegeben worden. In einigen Bundesländern spricht man von einer „Wiederkehr der Subventionen“. Das Vergaberecht hat insofern zu einer Entrationalisierung der wohlfahrtsstaatlichen Planung und Produktion sozialer Dienstleistungen beigetragen.

Im folgenden Abschnitt wird deshalb das einschlägige Sozialrecht, welches die materiell-rechtlichen Standards definiert, die den auszuschreibenden Leistungen zugrunde liegen, näher erläutert. Dies mit dem Ziel, zu zeigen, auf welche Weise das materielle Wohlfahrtsrecht das Vergaberecht determiniert bzw. die Verfahrenslogik (Verfahrenstypen im ober- und unterschwelligem Verfahren) kontrastiert.

2. Zur Praxis des Vergaberechts in Österreich am Beispiel der Sozialwirtschaft

Die tatsächliche Vollzugspraxis des Vergaberechts kann nun nicht losgelöst von den bisherigen Vertragsverhandlungs-, Vertragsabschluss- und Vertragserfüllungspraktiken zwischen Ländern, Gemeinden und sozialwirtschaftlichen Unternehmen betrachtet werden. Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, dass das Vergaberecht in vielfältiger Weise nicht auf den Rechtsbestand des Landeswohlfahrtsrechts abgestimmt ist und daher geradezu darauf angelegt ist, entweder umgangen oder als „totes Recht“ behandelt zu werden. Überdies war und ist die Informalität der Beziehungen zwischen öffentlichen Financiers und freien Trägern eine zentrale Ressource für die Modernisierungsfähigkeit des Wohlfahrtsbereiches. Das Vergaberecht liegt in seiner fundamentalen Zielsetzung quer zu einer Reihe von essentiellen Aufgabenstellungen und Vorverständnissen im Bereich der sozialen Wohlfahrt.

Um der tatsächlichen Vergaberechtspraxis auf die Spur zu kommen, wurde in einem ersten Schritt versucht, mittels einer Fragebogenuntersuchung allgemeine Kenndaten über den Stellenwert des Vergaberechts und die einschlägige Rechtsformenwahl zu erhalten.

2.1. Ziel der Fragebogenuntersuchung

Im Vordergrund stand die Abklärung der Anwendbarkeit des österreichischen VergabeG 2002 sowie der LandesvergabeG (allerdings hier beschränkt auf das Bundesland Wien und hier wiederum auf die Vergabe sozialer Dienstleistungen).

In einem weiteren Schritt sollte in Form von Experteninterviews der Frage nachgegangen werden, ob überhaupt eine Grenzziehung zwischen Wirtschaft und Sozialwirtschaft iS der EU-Vergabe-RL vorgenommen wird, ob sachlich zwischen prioritären und nicht-prioritären Dienstleistungen unterschieden wird. Insbesondere sollte geklärt werden, wie Teilaufträge summiert werden, wie sich die öffentliche Hand bei Dauerschuldverhältnissen verhält (bei denen erst nach Dienstleistungserbringung abgerechnet wird), welche Verfahrensbestimmungen „schlagend“ werden.

Insgesamt sollte herausgearbeitet werden, in welcher Relation soziale Dienstleistungen ausgeschrieben werden und wenn ausgeschrieben wurde, entlang welcher Kalküle die Ausschreibung abgewickelt wurde. Dabei haben selbstredend

materiellrechtliche Vorgaben ebenso eine Rolle zu spielen wie Maßgaben der Evaluation, der Sozialplanung, der Produktbeschreibung sowie des Berufsrechts.

Die ursprüngliche Zielsetzung des Projektabschnittes lag also primär in der Abschätzung der rechtstatsächlichen Anwendung des Vergaberechts (unter Einbeziehung des AMS, der Länder und Landeshauptstädte) auf der Grundlage einer Fragebogenerfassung, vertieft durch allfällige Interviews. In einem zweiten Schritt sollte auf Grundlage dieser Ergebnisse der Spielraum der Anwendbarkeit des österreichischen Vergaberechts (2002) unter Bezugnahme auf das EU-Vergaberecht sowie das Landesvergaberecht (dieses allerdings beschränkt auf das Bundesland Wien sowie hier dezidiert auf die Vergabe sozialer Dienstleistungen) erörtert werden. Gegebenenfalls wären hier auch die landeswohlfahrtsrechtlichen Rahmenbedingungen mit zu berücksichtigen.

Nun hat die Arbeit im ersten Teil des Projektabschnittes nicht vorhersehbare Schwierigkeiten aufgeworfen. Der Fragebogen, der erst nach vorheriger fernmündlicher Information zu Verwendung kam, blieb seitens der Bundesländer (Ausnahme: Vorarlberg [schriftlich], Niederösterreich [mündlich], Steiermark [mündlich], Tirol [mündlich]) und Statutarstädte (Graz, Salzburg-Stadt; Innsbruck) durchgehend unbeantwortet. Das Land Wien teilte durch Schreiben des Geschäftsführers des FSW schriftlich mit, es sei nicht bereit, an der Untersuchung mitzuwirken. Zwei „Urgenzwellen“ blieben erfolglos. In der Zwischenzeit wurde klar, dass die Stellung der Länder (und wohl auch der Statutarstädte) auf einen zwischenzeitig auf Anregung des Landes Salzburg herbeigeführten Beschluss der Landessozialreferentenkonferenz zurückzuführen ist. Dieser Beschluss lautet dahin, dass die Länder am gegenständlichen Projekt (aber auch an vergleichbaren) nicht mitwirken (wofür mehrere Argumente ins Treffen geführt wurden). Seitens der AMS ist der Rücklauf als zufrieden stellend zu bezeichnen (mehr als 50% Rücklauf).

Die Analyse der landeswohlfahrtsrechtlichen Grundlagen und Schnittstellen zur Anwendung des BundesvergabeG führte zum Ergebnis, dass seitens der Landeswohlfahrtsrechts einerseits Regelungsdefizite (etwa im Hinblick auf die Institutionengarantie sozialer Dienste oder die Qualitätssicherung) bestehen, andererseits und zugleich aber auch im Bereich der mobilen Dienste und ambulanten Einrichtungen erhebliche Spielräume für die Determinierung der Anwendung des Vergaberechts etwa im Hinblick auf die Festlegung von Qualitätsmerkmalen bestehen.

2.2. Rücklauf der Fragebögen

Der Fragebogenrücklauf blieb wie erwähnt unter den ursprünglich gesetzten Erwartungen. Trotzdem lassen sich aus der Auswertung des Rücklaufes einige Einsichten gewinnen (die Fragebögen finden sich im Anhang abgedruckt).

Der Rücklauf machte deutlich, dass sich im Vergleich zwischen AMS, Ländern und Statutarstädten erhebliche Praxisunterschiede herausarbeiten. Während die Statutarstädte zum Erhebungszeitpunkt (bzw. für den Zeitraum nach Inkrafttreten des Vergaberechts 2002 bis Herbst 2004) so sehr wenige Ausschreibungserfahrungen gesammelt haben, liegt der Gesamtanteil der in förmlichen Verfahren vergebenen Dienstleistungsaufträge der Bundesländer wesentlich höher als in den Städten. Auf Seiten der Städte hat dies unterschiedliche Gründe. Kommunen wie Innsbruck schreiben 'cum grano salis' deshalb nicht aus, weil sie ihre Leistungen an einen Makler, nämlich die Innsbrucker soziale Dienste, zur Erbringung übergeben. Die Stadt Linz schreibt uneinheitlich aus, wobei erhebliche Differenzen zwischen den Bereichen der Behindertenhilfe, Sozialhilfe und Jugendwohlfahrt vorfindlich sind.

Wie erwähnt ist die Ausschreibungshäufigkeit der Bundesländer höher als diejenige der Städte. Allerdings bestehen zwischen den Bundesländern erhebliche Unterschiede.

Über ein klares, relativ einheitliches Ausschreibungsprofil verfügt das AMS. Das AMS hat damit die ursprünglichen Intentionen des BVergG am weitesten umgesetzt.

2.2.1. AMS

Ein zentrales Problem der Vergleichbarkeit zwischen Bundesländern, Statutarstädten und AMS liegt in der unterschiedlichen Terminologie. Das AMS kennt keine Einzelleistungen und Tagsätze, sondern nur (98,85%) Subventionen/Förderungen. Mit dem Begriff „Förderung“ wird nun aber genau das verstanden, was die Bundesländer unter „tagsatzbasierten Entgelten auf Grundlage einer Normkostenkalkulation“ verstehen. Nur 1,25% der Leistungen des AMS im Bereich der sozialen Dienste der Arbeitsmarktpolitik verkörpern Einzelleistungen.

97% der Leistungen des AMS in diesem Feld verkörpern Zuschüsse an die Leistungserbringer, also jene Einrichtungen wie sozialökonomische Beschäftigungsbetriebe, Trainingsagenturen und Kursmaßnahmenträger, welche Dienstleistun-

gen für beschäftigungslose bzw. an beschäftigungslosen Personen im Auftrag des AMS erbringen. Nur 3% sind direkte Zuschüsse an die Leistungsempfänger selbst.

Das AMS kennt die Einrichtung des „Rahmenvertrags“ nicht. 75% der Verträge sind „Leistungsverträge“, 25% anderer Natur. Die Dauer der Leistungsverträge beträgt im Regelfall 12 Monate, in Niederösterreich 10. Dies ergibt einen Durchschnitt in Höhe von 11,5 Monaten pro Vertrag.

Anders als Bundesländer und Statutarstädte wendet das AMS weitgehend das Vergaberecht bei Beauftragung sozialer Dienstleistungsträger an: 72,5% der Verträge werden auf Grundlage eines Vergabeverfahrens, 27,5% ohne entsprechendes Vergabeverfahren abgeschlossen.

Jene 72,5% der Verträge auf Grundlage eines Vergabeverfahrens beziehen sich zu 49% auf den Oberschwellen- und zu 51% auf den Unterschwellenbereich des BVergG.

90% der Vergabeverfahren des AMS im Oberschwellenbereich verlaufen als offene einstufige Verfahren, in denen eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Angeboten aufgefordert wird. Nicht offene, zweistufige Verfahren gelangen überhaupt nicht zur Anwendung. 10% der Verfahren sind Verhandlungsverfahren, in denen mit den Anbietern über die konkrete Ausgestaltung der Leistung verhandelt wird. Dabei ließ sich nicht eruieren, ob es sich um Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung handelt (unbeschränkte Anzahl von Unternehmen wird öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen aufgefordert; ausgewählte Bewerber werden zur Abgabe von Angeboten aufgefordert; danach kann über den gesamten Auftragsinhalt verhandelt werden) oder ob es sich um Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung handelt (beschränkte Anzahl von geeigneten Unternehmen wird zur Abgabe von Angeboten eingeladen; danach kann über den gesamten Auftragsinhalt verhandelt werden).

Anders verhält es sich im unterschwelligen Bereich des BVergG. Hier sind nur mehr 60% der Verfahren offen und einstufig, wobei eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Angeboten aufgefordert und sodann der Zuschlag erteilt wird. Nicht offene, zweistufige Verfahren werden auch hier praktisch nicht angewendet. 8,5% der Verfahren sind Verhandlungsverfahren, in denen mit den Anbietern über die konkrete Ausgestaltung der Leistung verhandelt wird. Und immerhin 31,2% der Verfahren sind Direktvergaben, in de-

nen eine Leistung formfrei unmittelbar von einem ausgewählten Unternehmer gegen Entgelt bezogen wird.

Gänzlich einheitlich wurde die Frage nach der Abwägung zwischen Billigst- und Bestbieter seitens des AMS beantwortet: in keinem einzigen Fall kam im Rahmen der Anwendung des Vergaberechts das Billigstbieterprinzip zur Anwendung.

Die einschlägigen Rechtsgrundlagen des AMS sind zur Gänze subgesetzlicher Natur, finden sich also in internen Erlässen und Richtlinien. Die Frage, ob daraus ein Rechtsschutzdefizit seitens der potentiellen Vertragspartner oder der KlientInnen entstehen könnte, wurde abschlägig beantwortet.

2.2.2. Bundesländer

Die Bundesländer finanzieren den vorliegenden Daten zufolge die Leistungen sozialer Dienste im Durchschnitt zu 15% über Subventionen und Förderungen. Dabei handelt es sich um Subventionen/Förderungen sowohl an Einrichtungen bzw. Träger, vor allem im Bereich von Bau-, Erweiterungs- und Einrichtungssubventionen. Subventionen/Förderungen als auch an natürliche Personen. Es sind also nicht Subventionen zur unmittelbaren Leistungserbringung selbst, sondern solche, die mit der Leistungserbringung zusammenhängen. Sie ermöglichen also eine soziale Dienstleistungserbringung. Dabei handelt es sich um Zuschüsse an einzelne Haushalte, etwa den Umbau von Wohnungen oder die Adaption von PKW's im Rahmen der Behindertenhilfe. Diese Subventionen gehen zu 30% an die Leistungserbringer, zu 70% an die Leistungsempfänger.

Daneben erfolgen Zuwendungen auch in Form der Subjektförderung an einzelne Betroffene (Individualförderung), die einen Wert in Höhe von 3,75%; des Volumens der sozialen Dienste erreichen. Dies stellt eine Form der Finanzierung sozialer Dienste durch direkten Transfer an die betroffene Klientel dar. Dieser Wert sollte sich dem Vernehmen nach jedoch in naher Zukunft erheblich steigern. Denn eine Reihe von Bundesländern (Wien, Stmk) bereiten dem Vernehmen nach eine Umstellung der sozialen Dienste auf die Subjekt- bzw. Individualförderung vor.

Immerhin 77% der Leistungen sozialer Dienste der Bundesländer werden indes noch über Tagsätze und Einzelleistungen finanziert. Eine Differenzierung zwischen den beiden Finanzierungsformen war nicht möglich. Damit stellt die Tagsatzform/Einzelleistung die dominante Finanzierungsform dar. Die Tagsatzform ist auch diejenige, welche auf Grundlage von Normkosten und standardi-

sierten „Produkt-,“ bzw. Dienstleistungsbeschreibungen kalkuliert werden kann. Nur 3,75% der Dienstleistungen erfolgen auf Grundlage anderer Verträge.

Die Verträge, welche die Länder mit den Erbringern sozialer Dienste abschließen, sind zu 32,5% Rahmenverträge, zu 65% Leistungsverträge und zu 2,5% anderer Natur. Die Vertragsrechtslage ist dabei äußerst unklar. Mit den Ländern konnte (juristisch) nicht einvernehmlich geklärt bzw. festgehalten werden, ob es sich dabei um Dauerschuldverhältnisse, Werkverträge, Zielschuldverhältnisse oder anderes handelt. Unter Leistungsverträgen wird dabei die Erbringung von Leistungen auf Grundlage gesetzlicher (verordnungsmäßig festgelegter) Standards und Normkosten verstanden. Der Term „Rahmenvertrag“ indes wird in den Bundesländern (wenn überhaupt) unterschiedlich verwendet. Dabei lassen sich im Wesentlichen zwei Interpretationsvarianten unterscheiden: einerseits wird unter einem „Rahmenvertrag“ eine zumeist unbefristete Vertragslösung verstanden, innerhalb derer zu bestimmten Standards Einzelleistungen in Auftrag gegeben werden. Gegebenenfalls kann es sich dabei auch um Dauerschuldverhältnisse handeln. Andererseits wird unter einem Rahmenvertrag ein „Vertrag über einen Vertrag“ verstanden, also ein Vertragswerk, welches die Rahmenbedingungen definiert, innerhalb derer darauf folgend Leistungsverträge geschlossen werden. Unbeschadet dieser Unklarheiten aber kann man festhalten, dass die Länder etwa zu $\frac{3}{4}$ Tagsätze/Einzelleistungen auf Grundlage von Verträgen abgelten, wobei etwa ein Drittel dieser Abgeltungen auf dem Wege langfristiger „Rahmenverträge“ und $\frac{2}{3}$ auf dem Wege befristeter (kurzfristiger) „Leistungsverträge“ abgewickelt wird.

Die Anwendung des Vergaberechts lässt sich in den Bundesländern statistisch nicht darstellen. Einige Bundesländer gaben an, das Vergaberecht überhaupt nicht anzuwenden (Tirol, Wien). Andere wie das Burgenland gaben an, bisher ein einziges Vergabeverfahren abgewickelt zu haben. Wieder andere Bundesländer (etwa die Stmk) gaben an, „in einigen wenigen, seltenen Fällen“ das Vergaberecht anzuwenden, wobei wiederholt auf den unsinnig hohen Administrationsaufwand, die hohe Formalisierung und das bescheidene Ergebnis verwiesen wurde. Damit liefen sämtliche Fragen nach den Auftragsvergaben mit Vergaberechtsanwendung in Leere; im Weiteren konnte auch nicht zwischen ober- und unter-schwelligen Verfahren, offenen, nicht-offenen, ein- und zweistufigen Verfahren unterschieden werden.

Sämtliche erfassten Bundesländer (bzw. deren Vertreter) gaben an, dass die einschlägigen Qualitätsmerkmale und Standards, welche in den Rahmen- und Leistungsverträgen zum Tragen kommen würden, gesetzlich oder ordnungsmäßig

oder auf dem Wege von Erlässen geregelt seien. Die Verwaltung habe faktisch also keinen Spielraum, ad hoc Standards auszuhandeln, wie dies etwa das Vergabeverfahren anheim stellt. Vielmehr seien sowohl die Produkte bzw. Dienstleistungen, deren Qualität, Quantität als auch deren Preis letztendlich bereits seitens der Auftraggeber definiert.

2.2.3. Statutarstädte

Das Finanzierungs- und Vertragsprofil der Statutarstädte unterscheidet sich erheblich von demjenigen der Bundesländer und des AMS. Die Städte wickeln ein knappes Drittel ihrer Aufwendungen für soziale Dienste (29,5%) über Subventionen/Förderungen, 42% über Einzelleistungen, 0,7% über Tagsätze und 27,8% über andere Verträge ab.

Auch hier tauchte das komparative Problem der beeinträchtigten Vergleichbarkeit von Vertragsformen auf. Offenbar verwenden die Städte unterschiedliche Termini, wenn sie Tagsätzen, Einzelleistungen und „anderen Verträgen“ sprechen. Unter „andere Verträge“ werden jene verstanden, welche etwa einem Taxiunternehmen im Nachhinein nach Vorlage entsprechender Voucher körperlich beeinträchtigter Fahrgäste (ähnliche Modelle gibt es auch für Frauen-Nachttaxis) abgegolten bzw. bezuschusst werden.

Bei den Investitionen handelt es sich im Wesentlichen um Ausstattungsinvestitionen, pauschalisierte Abgeltungen des laufenden Betriebes – etwa eine Mutter-Kind-Beratungsstelle oder um Zuschüsse zur Inanspruchnahme bestimmter Dienst- oder Versorgungsleistungen (etwa: Behindertentaxi). Dieses Verteilungsverhältnis hat damit zu tun, dass die Städte stärker ambulante Einrichtungen (etwa: Altenstuben, Seniorenzentren, Jugendzentren, Altenheime) denn mobile Dienste (Essen auf Rädern, Rufhilfe, Streetwork) einrichten und unterhalten. Vielfach sind die Städte als Gemeinden und kostenverpflichtete Zahler der Sozialhilfe, Behindertenhilfe und Jugendwohlfahrt zudem an der Tragung der Kosten der sozialen Dienste, welche die Länder einrichten bzw. finanzieren, beteiligt. 60% dieser Subventionen fließen an die Leistungserbringer, 40% an die Leistungsempfänger

42,6% der Kosten sozialer Dienste werden in Form von Einzelleistungen getragen, welche an die Erbringer von Dienstleistungen auf der Grundlage von Kostennoten abgeführt werden. Dies sind im Wesentlichen Entgelte, welche die Städte sozialen Diensten, Therapeuten oder ambulanten Einrichtungen zuführen.

In einigen Fällen handelt es sich um Kosten, die im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen (Zuweisung) anfallen.

Dort, wo die Städte Verträge mit Leistungserbringern abschließen, handelt es sich zu 23,3% um zumeist auf 36 Monate befristete Rahmenverträge und zu 72,5% um zumeist auf 12 Monate befristete Leistungsverträge. 4,2% der Verträge sind anderer Natur. Rahmenverträge werden als Dauerschuldverhältnisse verstanden: dabei werden Sätze, Konditionen, Dokumentations- und Berichtspflichten vereinbart, welche für einen bestimmten Zeitraum (hier: 36 Monate) gelten. Allerdings ist noch nicht bekannt, wie viele KlientInnen in diesem Zeitraum anfallen und abzurechnen sein werden.

Die Städte wenden das Vergaberecht entweder überhaupt nicht oder in einem statistisch schwer erfassbaren (weil derart geringen) Anteil an. Auskünften zufolge wird darüber auch keine Statistik geführt. Folglich lassen sich sämtliche Fragen nach der Differenzierung zwischen Ober- und Unterschwellenbereich etc. in diesem Zusammenhang nicht darstellen.

2.2.4. Zusammenfassung

Der kurze Überblick (auf prekärer Datengrundlage) hat gezeigt, dass zwischen AMS, Bundesländern und Statutarstädten erhebliche Unterschiede im Hinblick auf die Beauftragung und Finanzierung sozialer Dienste vorliegen. Dies wird vor allem am Subventionsgeschehen sichtbar. Bereinigt man die Unterschiedlichkeit der Terminologie, so wird sichtbar, dass das AMS das Konzept des „contracting out“ auf Grundlage formaler Leistungsbeschreibungen am stärksten vorangetrieben hat. Eigentlich stellen die „Subventionen/Förderungen“ des AMS (98,75%) befristete Leistungsverträge auf Grundlage von Normkosten, Produktkatalogen und ausbedungenen Leistungsstandards dar. Dieser Topos stellt bei den Ländern 77,5%, bei den Städten hingegen (fasst man Tagsatz-Vereinbarungen und andere Verträge zusammen), nur 28% des Finanzierungsvolumens sozialer Dienste dar. In dieser Perspektive könnte man sagen, dass das Subventionswesen (einseitige Zuwendungen ohne kontraktlichen Charakter) bei den Statutarstädten im Vergleich der Financiers am stärksten ausgeprägt ist. Dies hat wohl auch damit zu tun, dass die Kommunen vor Ort direkt, kurzfristig und unmittelbar auf lebensweltlich dimensionierte Problemlagen antworten müssen, dass zugleich aber auch im Bereich der Kommunen die politischen Akteure nach wie vor erheblichen Einfluss auf die Leistungsausgestaltung und Finanzierung sozialer Dienste nehmen. Dieses Geschäft wird auf Seiten der Bundesländer eher von der planenden, leistenden und gestaltenden Verwaltung wahrgenommen.

Während das AMS ein einheitliches Erscheinungsbild seiner Finanzierungs- und Vertragspraktiken nach außen trägt, bestehen erhebliche Unterschiede zwischen den Bundesländern und den Statutarstädten. Das hat vor allem mit den unterschiedlichen Modellbildungen bzw. den regionalen oder lokalen Wohlfahrtskulturen zu tun. Die Finanzierung sozialer Dienste ist abhängig etwa von Fonds-Modellen (Vorarlberg; künftig auch: Wien; in Vorbereitung: Linz), ist ferner abhängig von den institutionellen Versäulungen der Sozial- und Behindertenhilfe (etwa davon, ob Sozialsprengel eingerichtet sind, ob Sozialhilfeverbände bestehen oder nicht) und ist schließlich abhängig von Vorhandensein sozialpolitisch relevanter „Player“ auf Seiten der sozialwirtschaftlichen Unternehmen. Dort, wo Märkte durch große, versäulte Anbieter kartellartig beherrscht werden (Steiermark) oder wo überhaupt nur ein relevanter Anbieter den Markt diktiert (Vorarlberg), sehen die Handlungsperspektiven und –chancen der öffentlichen Hand anders aus als etwa in Wien, wo etwa ein Drittel der sozialwirtschaftlichen Dienstleister kleinere und mittlere Anbieter mit relativ schwacher, perspektivisch ungesicherter Position darstellen.

Der Überblick hat deutlich gemacht, dass von einer praktischen Anwendung des Vergaberechts eigentlich nur im Bereich des AMS die Rede sein kann. In Ländern und Gemeinden kommt das Vergaberecht bestenfalls akzidentiell zur Anwendung und hier vor allem bei stationären Einrichtungen (Heime, Tageszentren etc.) deren Führung ausgeschlossen wird. Die hierfür ins Treffen geführten Gründe sind weitgehend plausibel, da die Anwendung des Vergaberechts langjährig austarierte bzw. balancierte Planungs-, Entwicklungs- und Austauschverhältnisse erheblich stören würde.

3. Good Practice im Vergabe- und Leistungsvertragsrecht

Die obigen Ausführungen haben klar werden lassen, dass der empirische Hintergrund für eine Analyse der „good practice“ im Bereich des Vergaberechts äußerst dünn ist. Dies einerseits deshalb, weil das Vergaberecht abgesehen vom AMS praktisch nicht zur Anwendung gelangt, andererseits deshalb, weil de facto wenig Spielraum für eine Verbesserung der Ausschreibungs-, Vergabe- und Vertragsbedingungen vorhanden ist, da die meisten fachlichen und kalkulatorischen Standards bereits gesetzlich, ordnungsmäßig oder auf dem Wege von Erläsen und Richtlinien festgeschrieben wurden. Nicht nur die Nutzung des vergabe-

rechtlichen Spektrums ist äußerst eingeschränkt, auch die Einladungspraxis verfolgt deklariert das Ziel, die bisherige „Auftragsvergabekultur“ fortzuführen.

3.1. Methodische Anmerkung

Der dritte Teil des vorliegenden Projektberichtes fokussiert nun vor dem Hintergrund der gewonnenen Anhaltspunkte über die (spärliche) Vollzugspraxis des Vergaberechts auf die Frage der „good practice“ (d.h. zugleich: nicht der „best-practice“). Vielmehr geht es darum, zu zeigen, auf welche Weise das (leistungs)vertragsrechtliche Arrangement, welches sukzessive die Subventionskultur verdrängt, auch bei Anwendung des Vergaberechts den einschlägigen Anforderungen und Besonderheiten der sozialen Dienstleistungserbringung gerecht werden kann.

Hierzu wurden Personen mit jeweils institutionellem Hintergrund interviewt. Dies mit dem Ziel, einen formalen Kriterienkatalog für ein „good practice“-Modell der Strukturierung von Vergabeverfahren sowie der inhaltlich-sachlichen Bestimmung der einzugehenden Vertragsverhältnisse zu entwickeln. Sachlich betrachtet stellt sich dabei auch im Lichte des 2002 in Kraft getretenen Vergaberechts für die Financiers keine andere Herausforderung als dies bereits zuvor schon der Fall war. Abgesehen von der Anforderung der Wahl geeigneter Verfahrenstypen stehen substantiell nach wie vor Fragen der qualitativen Standards, der Vertragsabwicklung, der Finanzierungsgestaltung sowie der mittelfristigen Sicherstellung von Diensten und Einrichtungen im Mittelpunkt.

3.2. Anhaltspunkte für Good Practice im Vergaberecht

Die Vergabepaxis der öffentlichen Financiers sozialer Dienstleistungen erlaubt wie erwähnt aufgrund fehlender statistischer Erfassung noch keine Evaluation. Gleichwohl lassen sich Anhaltspunkte für die Eignung jeweiliger Verfahrenstypen zum Zwecke der Vergabe sozialer Dienstleistungen festmachen:

3.2.1. Oberschwellige Leistungen

Im oberschweligen Bereich lassen sich folgende Optionen für „good practice“ nachzeichnen:

- Das offene, einstufige Verfahren gem § 23 Abs 2 BVergG (öffentlich Bekanntmachung, Einladung zur Angebotslegung, Auswahl zwischen Angeboten, Zuschlag), in dem der Zuschlag auf Basis vorgelegter Unterlagen nach der Identifikation des Bestbieters/Billigstbieters erfolgt, wird wie dargestellt vom AMS als hauptsächliche Verfahrensform genutzt. Vorteil dieses Verfahrens ist sein hohes Tempo; Nachteil ist die Unmöglichkeit eines interaktiven (Rückfragen, Rückmeldungen einschließenden) Qualitätswettbewerbs. Dieses Verfahren setzt einen überschaubaren Markt, eine klare Produkt- und Dienstleistungsbeschreibungen voraus und schließt offene, diskursive Aushandlungsformen zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer aus;
- Nicht offene, zweistufige Verfahren gem § 23 Abs 3 BVergG (nicht-offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung, in dem eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen aufgefordert wird; im Anschluss daran werden ausgewählte Bewerber zur Abgabe von Angeboten eingeladen; der Zuschlag erfolgt auf Basis vorgelegter Unterlagen nach der Identifikation des Bestbieters/Billigstbieters) sind zweistufig, komplex und vergleichsweise langwierig. Allerdings sind sie transparenter als einstufige offene Verfahren. Dem Auftraggeber wird hierbei nicht nur eine exakte Kenntnis der rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen, sondern auch der Ressourcenpotentiale der Anbieter abgefordert. Derartige, nicht offene Verfahren sind etwa geeignet für die Optimierung der Dienstleistungsqualität von gesetzlich klar beschriebenen Leistungen, wo zusätzliche Angebote keine inhaltliche oder preisliche Verbesserung erwarten lassen. Praktisch werden Auftraggeber dann nicht-offene Verfahren wählen, wenn ein Qualitätswettbewerb durchgeführt werden soll, die Preise (Tagsätze, Leistungssätze indes wenig beweglich sind). Ein Qualitätswettbewerb ließe sich mangels Interaktivität (Rückfragemöglichkeit) kaum im einstufigen offenen Verfahren durchführen;
- Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung gem § 23 Abs 5 BVergG (unbeschränkte Anzahl von Unternehmen wird öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen aufgefordert; ausgewählte Bewerber werden zur Abgabe von Angeboten aufgefordert; nach Auswahl der Bewerber kann mit den jeweiligen potentiellen Auftragnehmern über den gesamten Auftragsinhalt verhandelt werden; der Zuschlag erfolgt auf Grundlage von Verhandlungsergebnissen) eignen sich für jene Konstellation, in welcher der Auftraggeber eine grundsätzlich abgeklärte Zielvorstellung verfolgt und eine schwer überblickbare Marktsituation gegeben ist. Im Kontext sozialer Dienste wird dies vor allem im Bereich von Pilotprojekten, die substantiell von Kompetenzen, Erfahrungen und Projektkonzepten freier Träger

abhängig sind, zur Anwendung gelangen können. Freilich ist dieses (zweistufige) Verfahren vergleichsweise langwierig;

➤ Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung gem § 23 Abs 6 BVergG (beschränkte Anzahl von als geeignet angesehenen Unternehmen wird zur Abgabe von Angeboten zur Erbringung jeweiliger Dienste oder der Führung jeweiliger Einrichtungen eingeladen; danach wird mit jeweiligen potentiellen Auftragnehmern über den gesamten Auftragsinhalt verhandelt) sind das eigentlich für die Grundkonstellation der Sozialwirtschaft formal am besten geeignete Verfahren. Im Regelfall sind hier die Anbieter bekannt. Verhandelt wird auf der Grundlage von Konzepten, welche als Anbote einer beschränkten Anzahl von Anbietern einlangen. Verhandelt wird seitens des Auftraggebers entlang von qualitativen Gesichtspunkten, die sich jeweils aus der spezifischen Rahmenbedingung des Hilfesystems ergeben. So geht es etwa im Rahmen der Jugendwohlfahrt oftmals um Aspekte der Betreuungskontinuität und höchstmöglichen Individualisierung von Betreuungsverläufen. Derartige Aspekte können in Verhandlungsverfahren am besten zur Geltung gebracht werden.

Wie erwähnt ist für die Ausschreibung sozialer Dienste im Oberschwellenbereich das nicht offene Verfahren gemäß § 23 Abs 4 BVergG ohne vorherige Bekanntmachung, bei dem eine beschränkte Anzahl geeigneter Unternehmen zur Abgabe von Angeboten eingeladen wird, nicht vorgesehen. Auch die Direktvergabe gemäß § 23 Abs 7 BVergG, bei der eine Leistung formfrei unmittelbar von einem ausgewählten Unternehmer gegen Entgelt bezogen wird, kommt hierfür nicht in Frage.

Formal können Auftraggeber gem § 24 BVergG bei der Vergabe frei zwischen dem offenen Verfahren nach § 23 Abs 2 BVergG und dem nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung nach § 23 Abs 3 BVergG wählen. Praktisch werden Auftraggeber (siehe AMS) dann offene Verfahren wählen, wenn sie den Bestbieter bei Vorhandensein definierter Qualitätsstandards unter starkem Bezug auf Kostenaspekte wählen. Demgegenüber werden dann nicht-offene Verfahren gewählt werden, wenn vor allem ein Qualitätswettbewerb durchgeführt werden soll, wobei keine Qualitätsstandards vorgegeben sind.

Letzteres ist in der Sozialwirtschaft nicht oder kaum der Fall. Zugleich ist auch ein Preiswettbewerb wenig praktikabel, da Tagsätze und Leistungssätze im Regelfall durch Verordnung oder Richtlinien (etwa: Obergrenzenverordnungen für die Unterbringung in Anstalten und Heimen) festgeschrieben sind. Wie erwähnt ließe

sich ein Qualitätswettbewerb mangels Interaktivität (Rückfragemöglichkeit) kaum im einstufigen offenen Verfahren durchführen.

Die (spärliche) Praxis der Länder und Gemeinden zeigt, dass dabei vorwiegend entweder offene einstufige Verfahren (in denen Produkt und Preis definiert und die potentiellen Anbieter bereits bekannt sind) oder Verhandlungsverfahren (gem § 23 Abs 5 und 6 BVergG; in denen langjährige Partner als qualifizierte potentielle Bieter ausgewählt werden, mit denen Dienstleistungen/Produkte erprobt, lanciert oder verbessert werden sollen) zur Anwendung gelangen. Sowohl offene Verfahren mit großer Anbieterzahl, aber auch nicht-offene zweistufige Verfahren (nicht unbedingt mit großer Anbieterzahl) spielen im Bereich sozialer Dienste der Länder und Gemeinden wie erwähnt eine nur geringe Rolle, da sie der Sach- und Anforderungslage sozialer Dienste nicht gerecht werden.

De facto sind in den meisten Fällen, in denen ausgeschlossen wird, die potentiellen Vertragspartner bekannt. Das zentrale Motiv für die ausschreibende Verwaltung ist den Interviews zufolge das Bemühen, einerseits allfällige Interventionen von Dritter Seite nach Leistungsvergabe auszuschließen, andererseits sämtliche verfügbaren Strategien zu nutzen, Leistungen nicht auszuschreiben, sondern bereits bestehende vertragliche Arrangements fortzuschreiben. Letztlich spielt als für die Frage der Vergabe eine zentrale Rolle, ob überhaupt und wenn ja welche Teile einer Leistung zwingend zu vergeben sind.

Eine besondere Bedeutung für die Vergabepaxis der Länder und Gemeinden hat deshalb die (Freihand)Vergabe von Dienstleistungen ohne Bekanntmachung gem. § 25 Abs 6 BVergG. Dieser sieht wie erwähnt unter bestimmten Bedingungen vor, dass der Auftraggeber auf die Bekanntmachung der Ausschreibung verzichten kann. Nicht immer also hat ein öffentlich bekannt gemachtes Vergabeverfahren stattzufinden. Soziale Dienstleistungsaufträge können nämlich im Verhandlungsverfahren dann ohne vorherige Bekanntmachung vergeben werden, wenn vereinfacht dargestellt

- ein bereits durchgeführtes offenes oder nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung kein geeignetes Angebot erbracht hat, oder
- dringliche, zwingende Gründe, die nicht dem Verhalten des Auftraggebers zuschreiben sind, im Zusammenhang mit Ereignissen, die der Auftraggeber nicht voraussehen konnte, es nicht zulassen, die im Verhandlungsverfahren vorgeschriebenen Fristen einzuhalten, oder
- zur Ausführung eines bestehenden Dienstleistungsauftrages zusätzliche Dienstleistungen erforderlich sind, die ursprünglich nicht vorgesehen waren und

deren Gesamtwert 50% des Wertes des ursprünglichen Dienstleistungsauftrages nicht überschreitet, sofern der Auftrag an den Unternehmer vergeben wird, der den ersten Auftrag ausgeführt hat, oder

- neue Dienstleistungen in der Wiederholung gleichartiger Dienstleistungen bestehen und der Auftrag vom selben Auftragnehmer durchgeführt wird.

Diese Option (Verzicht auf Bekanntmachung) dient gegebenenfalls als Rechtsgrundlage, die im Bereich der Sozialwirtschaft typischen Langzeitbeziehungen (etwa zwischen den Bundesländern und dem Roten Kreuz oder der Caritas) beabsichtigt nicht auf Grundlage von Ausschreibungsverfahren zu regeln.

Diese Strategie wird dadurch erleichtert, dass in offenen Verfahren die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit sozialwirtschaftlicher Unternehmen in jenen Fällen, in denen der Auftraggeber im Rahmen der bisherigen Ausübung seiner Fachaufsicht über zugelassene Einrichtungen etwa im Bereich der Jugendwohlfahrt oder Behindertenhilfe bereits Feststellungsbescheide über die Eignung und die Zulässigkeit der Aufnahme des Betriebs einer sozialen Dienstleistungseinrichtung erlassen hat als gegeben anzusehen sein wird. Im Bereich des AMS wird, angesichts fehlender gesetzlicher Grundlagen für die Bewertung eines Bewerbers als „geeignet“ auf bisherige Erfahrungen zurückgegriffen werden können.

Ähnliches gilt für Verhandlungsverfahren (gem § 25 Abs 2, 4 und 6 sowie § 26 Abs 3), wo die Einladung zur Angebotsabgabe nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer erfolgen darf, wobei im Regelfall langjährige Geschäftspartner mit stabilen Kooperationsbeziehungen und Erfolgsquoten in die engere Wahl gezogen werden.

3.2.2. Unterschwellige Verfahren

Wie dargestellt eröffnet § 23 BVergG für die unterschwelligen Verfahren ein breiteres Verfahrensspektrum, nämlich

- offene Verfahren;
- nicht-offene Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung;
- nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung;
- Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung;
- Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung;
- Direktvergabe;

- Elektronische Auktion mit unbeschränkter Teilnehmeranzahl;
- Elektronische Auktion mit beschränkter Teilnehmeranzahl;
- Rahmenvereinbarung.

Für Länder und Gemeinden sind Präferenzen hinsichtlich einzelner Verfahrenstypen nicht abbildbar. Den Interviews zufolge aber gelten für das unterschwellige Verfahren dieselben Entscheidungskalküle wie für das oberschwellige, wenn gleich § 26 für den Unterschwellenbereich zudem noch gesonderte Schwellenwerte für das nicht offene Verfahren sowie für das Verhandlungsverfahren jeweils ohne vorherige Bekanntmachung vorsieht.

Gemäß § 26 Abs 1 BVergG können im Unterschwellenbereich Aufträge im nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung vergeben werden, sofern dem Auftraggeber genügend geeignete Unternehmer bekannt sind, um einen freien und lautereren Wettbewerb sicherzustellen, und wenn bei Dienstleistungsaufträgen der geschätzte Auftragswert ohne Umsatzsteuer 60.000.- Euro nicht erreicht. Diese Bestimmung ermöglicht es, im Wohlfahrtsbereich Pilotprojekte mit geringem administrativen Aufwand zu lancieren.

Im Unterschwellenbereich können zusätzlich zu den in § 25 Abs 1, 3 und 5 BVergG (erfolglose Ausschreibung trotz vorheriger Bekanntmachung) genannten Fällen Aufträge im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung vergeben werden, wenn die zu erbringende Leistung dergestalt ausgelegt ist, dass vertragliche Spezifikationen im Vorhinein nicht hinreichend genau festgelegt werden können, um den Auftrag durch die Wahl des besten Angebotes in Übereinstimmung mit den Vorschriften über ein offenes oder nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung vergeben zu können. Dies wird vor allem dort der Fall sein, wo neue Dienstleistungsbereiche erschlossen werden.

Im Unterschwellenbereich können zusätzlich zu den in § 25 Abs 2, 4 und 6 BVergG (erfolglose Ausschreibung ohne vorherige Bekanntmachung) genannten Fällen Dienstleistungsaufträge im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung vergeben werden, wenn der geschätzte Auftragswert ohne Umsatzsteuer 40.000 Euro nicht erreicht. Die für die Durchführung des Verfahrens maßgeblichen Gründe sind schriftlich festzuhalten.

Diese Regelungen gehen auf die Überlegung zurück, dass bei einem Vergabewert unterhalb der ausgewiesenen Betragsgrenzen die Durchführung eines Vergabeverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung die Verfahrenskosten im Hin-

blick auf das Verhältnis zwischen dem Wert der Leistung und den Beschaffungskosten nicht mehr vertretbar sind.

3.3. Good Practice im Leistungsvertragsrecht

Die „good practice“ im Vergaberecht rekuriert auf drei Rahmenbedingungen:

1. die hinreichende Determination des Verwaltungshandelns durch Gesetz oder Verordnung. Wie gezeigt kann etwa die sachliche Determination der stationären Pflege als Beispiel für qualitative Vorgaben der öffentliche Hand als Auftraggeber und Financier ins Treffen geführt werden;
2. die Entwicklung von Standards für Rahmen- und Leistungsverträge, welche den freien Trägern, welche von der öffentlichen Hand beauftragt werden, mittelfristig Planungs- und Bestandssicherheit gewährt;
3. die Transparenz von Standards und Kriterien, entlang derer in Verhandlungsverfahren Anbieter in die nähere Wahl gezogen werden.

Die zu Punkt 1 zu zählenden Aspekte wurden hinreichend erörtert. Pkt 2 und 3 werden nachstehend näher erörtert. Dies wird dadurch erleichtert, dass die Länder (abhängig von jeweiligen Rechtsmaterien, von mobilen, ambulanten oder stationären Charakter der Dienstleistung) bereits relativ weitreichend qualitative Aspekte der Dienstleistungserbringung formuliert haben und in jüngster Zeit massive Bestrebungen erkennbar sind, das Vertragswesen sukzessive zu vereinheitlichen.

3.3.1. Sicherstellung der Dienste

3.3.1.1. Allgemeines

Ein erster Aspekt der „good practice“ der Leistungsvergabe liegt in Ausführung der Institutionengarantie bzw. der einschlägigen „Vorhalteverpflichtung“ in der höchstmöglichen Kontinuität der Erbringung sozialer Dienste. Dies gewährleistet zugleich auch, dass die Träger der freien Wohlfahrt mittelfristige Planungssicherheit haben, was Investitionen und Projektentwicklungen betrifft. Das Postulat der „Vorhalteverpflichtung“ verweist zugleich auch darauf, dass jene sozialen Dienstleistungen, welche auf einem hohen Maß an Betreuungskontinuität basieren (das ist deren weitaus überwiegende Mehrzahl) möglichst langfristig in Auftrag gegeben werden. Kurzfristige Leistungsverträge machen nur dort tatsächlich Sinn, wo

entweder Einrichtungen zu einem hohen Anteil „Laufkundschaft“ zu beraten haben oder wo der Charakter der Maßnahme deren Befristung indiziert. In vielen Fällen wird die Qualität einer Maßnahme durch mehrjährige Zyklen aus (Selbst)Beobachtung und entsprechenden Anpassungsleistungen zu entwickeln sein. Vergabeverfahren mit dem Ziel einer nur kurzfristigen Betrauung mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben scheinen im Ergebnis wenig oder gar nicht zweckmäßig.

3.3.1.2. Länder

Die Länder haben als Träger der Sozial- und Behindertenhilfe gesetzlich vorgesehene soziale Dienste sowie soziale Beratungs- und Betreuungseinrichtungen - etwa gem § 22 Abs 2 SbgSHG sowie § 13 SbgBehG - einzurichten, sicherzustellen und auszubauen (*Pfeil* 1989, 555). Bei der Besorgung dieser Aufgaben hat das Land geeignete Träger, die zwingenden rechtlichen Vorgaben zu entsprechen haben und derartige Dienste und Einrichtungen erbringen, im Rahmen seines gesetzlichen Auftrags heranzuziehen.

Die Länder garantieren im Status Quo den Trägern der sozialen Dienste sowie der sozialen Beratungs- und Betreuungseinrichtungen keine formale Bestands-, Planungs- und Entwicklungssicherheit. Das Vergabewesen schwächt jedoch die Position sozialwirtschaftlicher Unternehmen, da es keine mittelfristigen Vertragsbindungen vorsieht. Im Gegenzug können die freien Träger Ländern und Gemeinden formal nicht mittelfristig die Mitwirkung im Rahmen der Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufträge zusichern.

De facto freilich gewährleisten die Länder einen überschaubaren Kranz von Dienstleistungen und Akteuren: in Nö etwa stellt das Land sozialmedizinische und soziale Betreuungsdienste (Hauskrankenpflege, Heimhilfe, therapeutische Hilfen) psychosoziale Dienste, Essen auf Rädern, die Familienbetreuung, das Notruf- und Krisentelefon sicher. Dabei kommen als Anbieter grundsätzlich nur das Hilfswerk, die Volkshilfe, die Caritas sowie das Rote Kreuz in Betracht. Auch in der Stmk hat das Land fünf Trägerorganisationen, darunter vor allem Rotes Kreuz, Volkshilfe und Hilfswerk anerkannt, die als Leistungserbringer sozialer Dienste in Erscheinung treten. Beide Länder exekutieren dabei ein Vollkostenmodell, in dem der jeweilige Sozialhilfeträger unter bestimmten Bedingungen (Anspruchsberechtigung) sämtliche Kosten der Dienstleistung vorfinanziert und vom Hilfeempfänger zugleich eine Eigenleistung nach Einkommenshöhe sozial gestaffelt einhebt. Beide Länder haben Richtlinien zur Qualitätssicherung erlassen, welche auch das Verhältnis zwischen sozialmedizinischen und sozialen

Diensten zum Gegenstand haben. Diese Richtlinien beinhalten unter anderem Vorgaben hinsichtlich des Personaleinsatzes, der Pflegedokumentation, der Kosten uam.

Auch das Vergabe-Paradigma ändert nichts daran, dass die Bundesländer nach wie vor auf Grundlage jeweiliger gesetzlicher Aufträge verpflichtet sind, für einen Mindeststandard an ambulanten und mobilen sozialen Diensten, teilstationären und stationären sozialen Beratungs- und Betreuungseinrichtungen Sorge zu tragen. Insoweit die Länder derartige Dienste und Einrichtungen nicht selbst erbringen, haben sie dafür zu sorgen, dass diese nach den Grundsätzen der Zweckmäßigkeit, Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit von privaten Wohlfahrtsträgern erbracht werden.

Teil der mittelfristigen Sicherstellung freier Wohlfahrtsträger ist auch, dass im Rahmen der Entgeltkalkulationen angemessen in Rechnung gestellt wird, dass gemeinnützige Träger von Diensten und Einrichtungen im Sinne der BAO einschlägigen, vor allem handels-, gewerbe-, arbeits-, sozial- und steuerrechtlichen Bestimmungen unterliegen. Diese Träger erbringen ihre Leistungen (insbesondere pädagogische, sozialarbeiterische, sozialmedizinische, rehabilitative und berufliche Formen der Beratung, Betreuung, Ausbildung, Therapie, Pflege etc.) auf der Basis unterschiedlicher Rechtsgrundlagen – etwa gem. § 12 Abs 4 SbgBehG sowie § 23 SbgSHG – jedenfalls aber auf Grundlage einer privatrechtlichen Beziehung zwischen Leistungserbringer und Leistungsempfänger bzw. dessen gesetzlichem Vertreter.

3.3.1.3. Statutarstädte

Die Statutarstädte haben im Rahmen ihrer Gemeindeautonomie nach Art 116 B-VG sowie im Rahmen ihres Handlungsspielraums der Privatwirtschaftsverwaltung keinerlei normative Auflagen zu befolgen, ob und wie sie soziale Dienste einrichten, sicherstellen oder finanzieren. Vielmehr sind die Städte in ihrer Gestion abgesehen von selbst eingegangenen Vertragsbindungen und Selbstbindungsnormen völlig frei. Indirekt sind die Gemeinden an der Einrichtung und Finanzierung sozialer Dienste über die anteilige Tragung der Kosten für die Sozial- und Behindertenhilfe sowie die Kosten der Jugendwohlfahrt der Länder beteiligt.

Mehrere Kommunen begannen bereits in der zweiten Hälfte der 1990er Jahre, auch im Kontext mobiler Dienste von der Objekt- auf die Subjektförderung umzustellen (Graz, Linz, Salzburg, nunmehr auch Wien). Hierbei verfolg(t)en die Kommunen das Ziel, den bereits bestehender Anbieterbestand (der im Regelfall

aus mittleren und großen Anbietern besteht) nicht weiter auszudehnen. Die folgt der Strategie, das bereits erreichte Niveau der Leistungsversorgung stabil sicherzustellen.

In Graz etwa haben die großen „Player“ (Volkshilfe, Hilfswerk, Diakonie, Lebenshilfe) die Stadtbezirke untereinander aufgeteilt (also bezirksweise Standorte begründet). Im Ergebnis zeichnet für jeden Grazer Stadtbezirk eine Trägerorganisation verantwortlich, die mit der Stadt Graz - Sozialamt einen Betreuungsvertrag abgeschlossen hat. Diese Trägerorganisation hat Stützpunktleitungen in den Wohnbezirken einzurichten, welche die Betroffenen (durch diplomiertes Gesundheits- und Krankenpflegepersonal) vor Ort aufsuchen. Dabei kommt Volkshilfe und Hilfswerk eine marktbeherrschende Stellung zu, die zusammen beinahe 1.400 KlientInnen pro Tag betreuen. Dabei tragen jeweils ein Drittel der Kosten Stadt, Land und LeistungsbezieherInnen. Aufgrund des neuen Behindertengesetzes (StmkBHG) 2004 hat sich das Dienstleistungsspektrum in den letzten Jahren erheblich, nämlich durch die Aufnahme der Fach- bzw. Leistungsbereiche Familienhilfe und mobiler Hilfsdienst, ausgeweitet. Aufgrund der Neugestaltung des Betreuungsvertrages im Behindertenbereich auf die im vorgesehenen StmkBHG definierten Leistungsbereiche der Familienhilfe, des Familienentlastungsdienstes sowie der persönlichen Assistenz wurden sämtliche Betreuungsverträge revidiert. Seit 1994 wurden die Verträge mit sozialwirtschaftlichen Unternehmen fortlaufend homogenisiert und in ein laufendes Controlling eingebunden. Dies erfolgte vor allem unter dem Gesichtspunkt einer Einschleifung der Kosten bei relativ gleich bleibender Dienstleistungsqualität. Für 2004 wurden (ohne Ausschreibung) die laufenden Betreuungsverträge mit den Partnern Caritas, Hilfswerk und Volkshilfe sowie einer Reihe kleinerer Einrichtungen in einer nach Absprache mit den Trägern modifizierten Fassung fortgeschrieben.

In Innsbruck hat die Stadt 2003 auf Beschluss des Gemeinderates durch Zusammenlegung des Innsbrucker Sozialfonds, des Vereins Gesundheits- und Sozialsprengel Innsbruck-Stadt, des Vereins Wohnungslosenhilfe Innsbruck ("WOHINN") sowie zweier Kinderbetreuungseinrichtungen die Innsbrucker Soziale Dienste GmbH (ISD) geschaffen und sich damit der direkten Regulierung und Steuerung sozialer Dienste begeben. Zugleich aber hat sie der GmbH die Verpflichtung überbunden, für die Aufrechterhaltung der einschlägigen Dienste Sorge zu tragen. Diese GmbH bewirtschaftet ein flächendeckendes Betreuungsprogramm sozialer Dienstleistungen im Bereich der gesamten Stadt mit der Zielsetzung einer „maßgeschneiderten“ Betreuung und Pflege vor Ort, wobei ambulante und stationäre Leistungen unmittelbar kooperieren. Mit 6 Altenwohn- und Pflege-

heimen ist die ISD der größte Heimträger Westösterreichs, wobei dieses stationäre Angebot Dauer-, Kurzzeit- und Tagespflege, aber auch Seniorenwohnanlagen beinhaltet. Neben dem stationären bzw. teilstationären Angebot bewirtschaftet die ISD mehrere mobile Betreuungsdienste (mobile Hauskrankenpflege, Heimhilfe, Pflegehilfe, mobile Therapie im Bereich Logopädie und Physiotherapie, mobile Essensversorgung). Weitere Betreuungsformen liegen im Bereich Kinderbetreuung, Wohnungslosenhilfe und ambulanter Suchtprävention. In den Stadtteilen betreibt ISD Sozialzentren (Informations- und Beratungseinrichtungen).

3.3.1.4. AMS

Das AMS schließlich kennt vergleichbar den Städten keine Verpflichtung zur Einrichtung und Sicherstellung bestimmter Dienstleistungen. Was Gegenstand und Form der Maßnahmen innovativer Beschäftigungspolitik ist, ist dem AMFG (AMFG) nicht zu entnehmen.

Dessen ungeachtet wird man als Qualitätskriterium des Vergabewesens festmachen können, ob und wie Vergabeverfahren auf die höchstmögliche sozialarbeiterischer bzw. sozialpädagogische Betreuungskontinuität, die Fortschreibung bzw. Beibehaltung qualitativer soziotechnischer Standards, auf Output und Outcome der Leistung sowie die höchstmögliche Transparenz der Kostenkalkulation Bedacht nehmen. Das AMS hat diesen Erwägungen durch die strikte Orientierung auf das Bestbieterprinzip angemessen Rechnung getragen. Im Kernbereich der Wohlfahrt ist die Sachlage weiter kompliziert, da hier langfristige Betreuungsverläufe organisiert werden müssen, da die Effektivität einer Leistung oftmals von der „compliance“ der Klientel und sozialen Akzeptanz des Leistungserbringer abhängig ist. Hier ist also auf zusätzliche Aspekte bei der Frage der Beauftragung eines sozialen Dienstleistungserbringers Bedacht zu nehmen.

3.3.2. Normkosten

Ein zweiter Aspekt von „good practice“ liegt in der Transparenz bzw. Vergleichbarkeit von Kosten. Ein möglicher Ansatz für die Einlösung dieses Kriteriums liegt in der Entwicklung von Normkosten. Normkosten müssen deshalb bereits Gegenstand einer Ausschreibung sein, um höchstmögliche Transparenz und gleiche Chancen der Anbieter im Bestbieterwettbewerb zu gewährleisten. Erst die Festlegung von Normkosten ermöglicht zudem den interkommunalen (interregionalen) Vergleich in Form von „benchmarks“. Dies weist darauf hin, dass selbst in

Verhandlungsverfahren kalkulatorische Mindeststandards anzusetzen sein werden.

Die seitens der Träger der sozialwirtschaftlichen Unternehmen kalkulierten Kosten haben solchen nach den Grundsätzen der betriebswirtschaftlichen Gebarung einer gemeinnützigen Einrichtung je nach juristischer Form des Trägers zu entsprechen. Zu diesen Normkosten könnten – je nach Dienstleistungsbeschreibung variierend – zumindest die Kosten für Personal, den laufenden Betrieb, Verwaltung, Management, Qualitätssicherung, Innovation, Platzfreihaltung und Rückstellungen bzw. Rücklagen im Rahmen der Gemeinnützigkeit zählen. Sie müssten von den Trägern etwa auf Grundlage der Auswertung des dritten Quartals eines laufenden Geschäftsjahres mit Wirkung vom 1.1. des Folgejahres festgelegt werden. Valorisierte Tagsätze auf Grundlage dieses Normkostenansatzes hätten damit zwingend immer für ein Geschäftsjahr zu gelten.

Die Träger müssten im Rahmen eines Normkosten-Ansatzes berechtigt sein, Rücklagen im Rahmen ihres Gemeinnützigkeitsstatus zu bilden. Eine Überschussverwendung zu anderen als gemeinnützigen Zwecken hätte allerdings zu unterbleiben.

Ferner ermöglicht ein Normkostenmodell bei mehrjährigen Verträgen dann, wenn es aufgrund mangelnder Einigung nicht rechtzeitig zu Beginn des neuen Kalenderjahres zu einer Festsetzung kommt, eine vorläufige Erhöhung der Kostensätze, etwa im Lohnbereich in dem Maße, wie es sich aus dem jeweils gültigen Mindestlohntarif oder Kollektivvertrag bzw. der jeweils geltenden Betriebsvereinbarung ergibt. Die Erhöhung könnte zumindest in jenem Ausmaß, in dem der Bezug einer vergleichbaren Personengruppe im öffentlichen Dienst erhöht wurde. Normkostenmodelle ermöglichen es schließlich auch, im Konfliktfall Sach- und Verwaltungskosten zu Beginn des neuen Geschäftsjahres vereinbarerweise um die Steigerung der jeweils geltenden Indexzahl im Verhältnis zum Vorjahr zu erhöhen.

In OÖ werden im Rahmen der Behindertenhilfe Maßnahmen der Frühförderung seit 2001 leistungs- und qualitätsorientiert gesteuert. Dabei wurde die Kooperation zwischen dem Land OÖ, den Leistungserbringern sowie den Menschen mit Beeinträchtigungen (bzw. deren obsorgeberechtigten Personen als KundInnen) mit dem Ziel neu ausgestaltet, verbindliche Leistungsvereinbarungen mit den Anbietern (Diensten, Einrichtungen) abzuschließen. Zu diesem Zweck wurden gemeinsam mit Betroffenen, Angehörigen und Vertretern von Einrichtungen organisatorische Rahmenbedingungen definiert und verbindliche Standards für die Leis-

leistungserbringung festlegt. Diese Festlegungen wurden in schriftliche Leistungsverträge mit den Einrichtungen übersetzt. Diese Leistungsverträge enthalten nunmehr Regelungen über die Qualität der Leistungen, über die Höhe des Leistungsentgeltes, über die zu erbringende Leistungsmenge sowie über das Leistungs- und Qualitätscontrolling. Die zwischenzeitig durchgeführte interne Evaluation zeigte, dass die Leistungserbringung effizienter ausgestaltet werden konnte. Seit 2003 wurden daher entsprechende Verträge für die Bereiche Wohnen, Beschäftigung, Geschützte Arbeit sowie Berufliche Eingliederung erarbeitet. Hierbei wurde verstärkt durch eine erlassene Kostenrechnungs- sowie eine Controllingrichtlinie auf die Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung Bedacht genommen. Diese stellt seither sicher, dass Kosten einerseits über Normkostenmodelle kalkuliert, andererseits im Rahmen einer Kostenstellenrechnung in den Einrichtungen nach einem einheitlichen Schema abgerechnet werden. Dadurch können Leistungspreise in den Bereichen Wohnen, Beschäftigung, Berufliche Eingliederung und Geschützte Arbeit sowie Therapie kalkuliert werden, wodurch nicht nur der öffentliche Financier, sondern auch die zur Kostentragung verpflichteten Angehörigen der Betroffenen entlastet werden.

Neben dem Behinderten- wurden auch im öö Sozialhilfewesen seit 1999 Leistungsverträge ausverhandelt. Ausgehend von den Bereichen Schuldnerberatung und Frauenhäuser wurden seither Leistungsverträge flächendeckend im Bereich der sozialen Dienste abgeschlossen. Diese Leistungsverträge haben gleichzeitig dazu geführt, dass die Instrumente und Rahmenbedingungen von Diensten und Einrichtungen (Obdachloseneinrichtungen, Frauenhäuser, Delogierungsprävention, Streetwork, nachsorgenden Hilfsangebote, niederschwellige Arbeitsangebote) stärker formalisiert und institutionalisiert wurden.

Das Steirische Behindertenhilfe-Modell sieht als konkretes Beispiel auf Grundlage des neuen Behindertengesetzes (2002) sowie der zugehörigen Leistungsentgeltverordnung ein Normkostenmodell vor, welches für Kostenträger und Dienstleistungserbringer Planungssicherheit bringen soll (*Verhandlungsgruppe Leistungspreise 2002*). Zwischen dem Land als Träger der Behindertenhilfe und den freien Trägern sind nunmehr zwingend Verträge abzuschließen, wobei das Land mehrere Leistungserbringer mit der Zielsetzung anerkannt hat, diese langfristig als Partner im gesamten Bundesland zu etablieren. Ähnliche Motive finden sich im Übrigen im Bereich der Jugendwohlfahrt. Nach wie vor aber besteht Unklarheit, ob dieses Modell Teil der Hoheits- oder der Privatwirtschaftsverwaltung sein soll (*Schlitz 2003*). Ob das Rechtsverhältnis zwischen den freien Trägern und dem Land Steiermark als hoheitliches oder privatrechtliches zu qualifizieren ist,

bleibt umstritten. Fakt ist, dass die längerfristige Unterhaltung von Austauschbeziehungen privatrechtlich Vor- und Nachwirkungen entfaltet, die gegebenenfalls auch einklagbar sind. Jedenfalls aber hat die Landesregierung die Kosten der Dienstleistung im Sinne einer wirtschaftlichen (sparsam, zweckmäßig) und institutionell stabilen Leistungserbringung zu gewährleisten.

Folgt man dem als Entwurf vorgelegten Modell zwischen dem Land Steiermark und dem Dachverband der Steirischen Behindertenhilfe, so sind Rahmenverträge auszuhandeln, die bei allen Einzelbeziehungen zwischen Land und Trägern zur Anwendung kommen. Diese Verträge sind vor Beginn einer Wirtschaftsperiode für einen zukünftigen Zeitraum abzuschließen. Für den Fall einer Nichteinigung der Vertragspartner ist eine Schiedsstelle vorzusehen.

Normkosten dienen hier als Planungs-, Steuerungs- und Kontrollinstrument, mithilfe dessen nicht nur Qualitäts- und Versorgungsangebote (Versorgungsdichte) sondern auch Budgets gesteuert werden können. Normkosten dienen dazu, vergleichbare Kosten für vergleichbare Leistungen festzulegen. Dabei geht es nicht nur um die Kostenkontrolle, sondern auch um eine Rationalisierung der Kontrolle selbst. Gegenüber den Nutzern sozialer Dienstleistungen können Kalkulationen und Kostenbeiträge transparenter gestaltet werden.

Für die freien Träger stellen Normkosten ein Planungs-, Steuerungs- und Kontrollinstrument dar. Sie ermöglichen ein betriebswirtschaftliches Handeln nach definierten Rahmenbedingungen innerhalb eines festgelegten Budgets mit konsentierten Qualitätsstandards und einem entsprechenden Controlling-Instrumentarium. Zu den Normkosten zählen Personal-, Struktur- (Gebäude, Mieten, Reinigungskosten), Hotel-, Pflege- und Overheadkosten, wozu insgesamt auch Abschreibungen, Finanzierungskosten, Rechts- und Wirtschaftsberatungskosten sowie Investitionen, Rückstellungen, Rücklagen und Kreditkosten zu zählen sind. Personal- und Strukturkosten stellen mehr als 90% der Gesamtkosten. Normkosten sind dynamisch basiert, bleiben also an Veränderungen der rechtlichen Rahmenbedingungen rückgekoppelt.

Normkosten basieren auf bestimmten Auslastungsannahmen. Damit ermöglichen sie eine relative Sicherheit der innerbetrieblichen Beschäftigungsverhältnisse. Schließlich regeln Normkosten auch Mindestansätze des Eigenerwirtschaftungsanteils (betriebliche Erlöse, Nebenleistungspauschale).

In Vorarlberg schließt das Land bereits seit Mitte der 1990er Jahre Leistungsverträge auf Grundlage von Normkosten und einschlägigen Standards ab. Die Vereinbarung zwischen dem Land Vorarlberg und der Lebenshilfe GmbH aus dem

Jahr 2000 etwa verkörpert eine Rahmenvereinbarung über die Zusammenarbeit. Bestandteile dieser Rahmenvereinbarung sind etwa die Verpflichtung zur flächendeckenden Betreuung und Förderung von Menschen mit Behinderung, die Eigenverantwortlichkeit der Lebenshilfe und Gleichberechtigung der Vertragspartner, Qualitätssicherungsaspekte, Interne Kontrolleinrichtungen, Überprüfungen durch das Land, Datenschutz, Geheimhaltung und Berichtswesen. Zentral an dieser Vereinbarung ist, dass betriebswirtschaftlich kalkulierte Leistungsentgelte inklusive der Summe dieser Leistungsentgelte mit dem Land jährlich zu vereinbaren sind. Dazu sind die notwendigen Kalkulationsgrundlagen transparent zu machen. Hierzu hat die Lebenshilfe für eine ausreichende Dokumentation und Auswertung ihrer Dienstleistungsarbeit mit dem Ziel zu sorgen, eine Überprüfung, Nachvollziehbarkeit und Transparenz der erbrachten Leistungen generell und auch im Einzelfall zu ermöglichen. Daneben hat die Lebenshilfe dem Land einen jährlichen Bericht zu übermitteln, aus welchem sich Art und Umfang der erbrachten Leistungen sowie Geschäftsentwicklung und verfolgte Zukunftsstrategien ergeben. Dabei sieht der Vertrag auch dezidiert eine Reihe von Leistungen der Lebenshilfe GmbH (= Betrieb) gegenüber dem Verein Lebenshilfe (= Eigentümer) vor, wodurch das interne Verhältnis zwischen Betriebsführungs-GmbH und Eigentümerstruktur gänzlich transparent gestellt wird. Für die Aufwendungen der Geschäftsführung und die Verwaltung der Vereinsangelegenheiten werden 25% der Personalkosten der Geschäftsführung zuzüglich 20% Gemeinkosten, 25% der Personalkosten des Sekretariates zuzüglich 20% Gemeinkosten, 10% der Personalkosten des Rechnungswesens zuzüglich 20% Gemeinkosten in Rechnung gestellt.

3.3.3. Qualitätsstandards

Ein dritter Aspekt von „good practice“ liegt in der rechtsformalen (normativen) und damit nach außen hin transparenten Festschreibung von einschlägigen Qualitätsstandards. Damit werden Vergabeverfahren sachlich bindend vorgeordnet. Es besteht im Weiteren, sind Qualitätsstandards flächendeckend etabliert, auch keine Möglichkeit mehr, akzidentiell vom Bestbieter auf das Billigstbieterprinzip umzuschwenken. Ein substantieller Kritikpunkt an der Logik des Vergaberechts ist das dessen Engführung zwischen dem Billigst- und Bestbieterprinzip. Zweckmäßig wäre es angesichts der bereits bestehenden Rechtslage, Vergabeverfahren im sozialwirtschaftlichen Bereich grundsätzlich auf die Anwendung des Bestbieterprinzips zu verpflichten.

Wie erörtert verfügen die Bundesländer über detaillierte einschlägige gesetzliche und verordnungsrechtliche Grundlagen für die Festlegung der Qualität sozialer Dienstleistungen. In Kap. 1.4. wurden diese Qualitätsstandards detailliert für die Bereiche Sozialhilfe, Behindertenhilfe und Jugendwohlfahrt dargestellt. Diese Qualitätsstandards decken entlang der gängigen Differenzierung zwischen Strukturqualität, Ergebnisqualität, Prozessqualität und Personalqualität im Wesentlichen die Aspekte Struktur/Konzept, Output/Outcome, Verfahren/Dokumentation und Personal ab. Diese normativen Grundlagen determinieren sachlich nicht nur die bisherige Vertrags- und Auftragsvergabepraxis, sondern auch jedes Vergabeverfahren nach dem BVergG.

Das AMS verfügt zwar über keine gesetzlichen oder verordnungsrechtlichen Grundlagen, sehr wohl aber über einschlägige Richtlinien und Erlässe, die zugleich auch spezifische Professionalitäts- und Qualitätsstandards beinhalten. Defizitär an der durch das AMS vollzogenen Rechtslage ist indes der Umstand, dass diese Standards allesamt auf internen Richtlinien und/oder Erlässen beruhen. Derartige Richtlinien/Erlässe haben rechtlich den Charakter genereller Weisungen, entfalten also keinerlei Außenwirkung, sodass sich die Vertragspartner des AMS ebenso wie dessen KlientInnen im Konflikt- oder Zweifelsfalle nicht darauf berufen können. Diese Richtlinien stellen gleichsam dispositives Material dar, dessen Verletzung allenfalls intern geahndet werden kann.

Die Statutarstädte indes kennen überhaupt keine normativen Grundlagen für Beauftragung und Finanzierung sozialer Dienste. Die „Vergabe“ von Leistungsaufträgen erfolgt hier auf Grundlage von faktischen, langfristigen Leistungsaustauschbeziehungen, von sozialplanerischen Befunden und sozialpolitischem Entscheidungskalkül. Zugleich weisen die Statutarstädte den höchsten Anteil an Subventionen (mit den in Kap. 1.4.5.1. erläuterten Defiziten) auf.

Grundsätzlich verfügen mehrere Statutarstädte (Graz, Linz, Salzburg) aber über Richtlinien für die mobilen Dienste (teilweise unveröffentlicht). EU-weit ausgeschrieben werden im Regelfall der Betrieb von Tageszentren, Tagesbetreuungscentren (Tagespflege) und anderen stationären Einrichtungen der sozialen Infrastruktur, welche freie Träger im Auftrag der Städte führen. Die Kommunen verfügen hierbei über „allgemeine Geschäftsbedingungen“, welche sowohl für das Beschaffungs-, Bau- als auch Sozialwesen Geltung besitzen.

3.3.4. Rechtsformenwahl

Wie bereits in Kap. 1.3. erläutert steht die jeweilige Rechtsformenwahl nicht im Belieben des öffentlichen Leistungsfinanciers. Zugleich handeln Länder, Gemeinden und AMS gegenüber den sozialwirtschaftlichen Unternehmen, was den Leistungsaustausch anbelangt, als Träger von Privatrechten, u. a. auch deshalb, weil der Kompetenztatbestand der Armenhilfe iSd Art 12 Abs 1 B-VG die sozialen Dienste auf Grundlage des Art 15 Abs 1 B-VG in die Regelungskompetenz der Länder verweist und die Länder nach Art 17 B-VG als Träger von Privatrechten diese sozialen Dienste im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung administrieren (*Antonioli-Koja* 1996,29). Dies betrifft ausdrücklich sowohl die Entstehung als auch die Durchsetzung wechselseitiger Rechte und Pflichten.

Ein vierter Aspekt von „good practice“ liegt daher in der Selbstverpflichtung der öffentlichen Hand, das Austauschverhältnis ausschließlich zivilrechtlich auszugestalten und abzuwickeln. Es ist für jeden Bewerber im Vergabeverfahren essentiell, mit Sicherheit davon ausgehen zu können, dass die Verwaltung nicht nach erfolgtem Vertragsabschluss einseitig auf hoheitlichem Wege die ‚Spielbedingungen‘ des Leistungsaustauschverhältnisses ändert, wie dies etwa in Salzburg im Rahmen der Jugendwohlfahrt-Wohnformenverordnung geschehen ist. Es ist zugleich zweckmäßig, sicherzustellen, dass dynamische Verweisklauseln in Leistungsverträgen nicht die mittelfristige Plan- und Kalkulierbarkeit von Leistungen auf Seiten der Leistungserbringer unterlaufen.

3.3.5. Pflichten der Leistungserbringer

Ein fünfter Aspekt liegt in der weitest möglichen standardisierten Regelung der Pflichten freier Wohlfahrtsträger. Auch dies kann als Element der Rahmenbedingungen eines gesteuerten Wettbewerbs verstanden werden.

Die meisten Bundesländer (anders das AMS) verfügen über ein breites Spektrum unterschiedlicher Vertragsformen – sogar innerhalb ein- und desselben Hilfesystems. Ein fünfter Aspekt von „good practice“ im Vergabewesen ist daher zweifellos, worauf etwa das Land Oberösterreich im Bereich der Jugendwohlfahrt derzeit hinarbeitet, den freien Trägern gleichförmige Vertragspflichten im Sinne Allgemeiner Geschäftsbedingungen des Landes im Bereich sozialer Dienste zu überbinden.

Zu diesen Pflichten könnten etwa folgende gezählt werden:

- Die Leistungserbringer haben eine ordnungsgemäße Geschäftsführung je nach juristischer Konstruktion zu gewährleisten;

- Die Leistungserbringer haben für die Professionalität der Leitung (formeller Qualifikationsnachweis) zu sorgen;
- Der Leistungserbringer hat Maßnahmen der Qualitätssicherung (Controlling, Fallkonferenzen, Supervision) nachzuweisen;
- Der Leistungserbringer hat die Transparenz seiner Organisationsstruktur zu gewährleisten (Organigramm; Aufbau- und Ablauforganisation; Eigentümerstrukturen);
- Der Leistungserbringer hat seine Leistungen auf der Grundlage einer „Dienstleistungsbeschreibung“ zu erbringen, die gegebenenfalls mit den Dienstleistungs- oder Produktbeschreibungen des Landes/der Gemeinde zu akkordieren ist;
- Der Leistungserbringer hat erbrachte Leistungen (Fallberichte, Pflegedokumentation) nach transparenten Kriterien einheitlich zu dokumentieren;
- Der Leistungserbringer hat MitarbeiterInnen nur auf Grundlage von Auswahl- bzw. Objektivierungsverfahren einzustellen;
- Der Leistungserbringer hat für eine bedarfsdeckende Aus- und Fortbildung sämtlicher MitarbeiterInnen angemessen Sorge zu tragen;
- Der Leistungserbringer hat ein Berichtswesen (jährlicher Tätigkeitsbericht) zu führen, welches nicht nur dem Auftraggeber/Financiers einen systematischen Vergleich mit der Qualitäts- und Kostenstruktur anderer Anbieter ermöglicht, sondern auch den interkommunalen/interregionalen Vergleich ermöglicht;
- Der Leistungserbringer steht nicht unter Kontraktionszwang; d.h. es besteht keine Verpflichtung, bestimmte KlientInnen zu beraten oder zu betreuen;
- Der Leistungserbringer bilanziert nach Maßgaben des Handelsrechts und sorgt für die regelmäßige professionelle Überprüfung seiner wirtschaftlichen Ergebnisse (Wirtschaftstreuhänder / Steuerprüfer).

3.3.6. Pflichten der Auftraggeber

Zum sechsten entsprechend synallagmatisch den Pflichten der einen Seite in einem Vertrag auch Gegenpflichten der anderen, die im konkreten Falle vor allem die kontinuierliche Finanzierung der Dienste und Einrichtungen betreffen.

Auf Grundlage der vorstehenden Ausführungen versteht es sich von selbst, dass die öffentlichen Auftraggeber im Rahmen der Vergabe öffentlich finanzierter Dienstleistungen bestimmte Pflichten treffen, welche bestehende Defizite und Lücken im System der Vergabe sozialer Dienstleistungen vermeiden müssen.

Diese Pflichten wurden bislang im Vergabe- und Leistungsvertragsgeschehen dramatisch unterbelichtet. Ein wie auch immer „partnerschaftliches“ Umgang zwischen Financiers und nicht-gewinnorientierten sozialwirtschaftlichen Leistungserbringern setzt jenseits allgemein geltender zivilrechtlicher Verpflichtungen nicht nur wechselseitiges Vertrauen voraus, sondern auch eine spezifische ‚Gratifikation‘ der Leistungserbringung.

Soll das Vergabeverfahren die Erbringung sozialer Dienstleistungen rationalisieren (aber auch: stabilisieren, erleichtern und verbessern), so sollte die vergebende Einrichtung die Position der sozialwirtschaftlichen Unternehmen zumindest für den Zeitraum der Beauftragung wie folgt sicherzustellen:

- Sicherung der Liquidität des sozialwirtschaftlichen Unternehmens für den Zeitraum der Leistungserbringung;
- Erfolgt der Zuschlag zum Abschluss eines mehrjährigen Rahmenvertrages, so hat sich der öffentliche Träger zu verpflichten, binnen Monatsfrist nach Einlangen der Kostenkalkulation für das jeweils folgende Kalenderjahr (=Geschäftsjahr) derselben entweder förmlich zuzustimmen oder die Verhandlung darüber im Rahmen der gesetzlichen Rahmenbedingungen und bereits getroffenen vertraglichen Vereinbarungen zu eröffnen;
- Selbstverpflichtung des Auftraggebers, bei Übernahme oder Bezuschussung der Kosten von Leistungen an die Hilfeempfänger von Diensten und Einrichtungen, diese direkt und binnen Zwei-Wochen-Frist nach Erbringung der bewilligten Leistung mit dem die Leistung erbringenden freien Wohlfahrtsträger zu verrechnen. Für den Fall nicht-rechtzeitiger Begleichung offener Forderungen sollten die Kosten der alternativen Kapitalbeschaffung in Rechnung gestellt werden können;
- Gewährleistung des öffentlichen Auftraggebers und Financiers, Entscheidungen über Leistungsansprüche von KlientInnen, welche zugleich KlientInnen der beauftragten freien Wohlfahrtsträger sind, binnen Frist (4 Wochen) nach Stellung eines vollständigen Antrags zu treffen;
- Selbstverpflichtung des Auftraggebers, auf Grundlage einer Differenzierung zwischen Strukturkosten (Fixkosten) und Leistungskosten (je nach Fallzahlen) Strukturkosten bis spätestens 5. des jeweiligen Monats zu acontieren.

3.3.7. Preisfestsetzungsverfahren

Zum siebten besteht ein Element von „good practice“ in der Vorsorge für Konfliktvermeidung und Konfliktaustragung in längerfristigen Vertragsbeziehungen (Dauerschuldverhältnissen mit unbekanntem Kostenfaktoren).

Werden Verträge mit mehrjährigen Laufzeiten ausgeschrieben, so ist absehbar, dass es bei der Fortschreibung über Leistung und Entgelt über mehrere Jahre hinweg aufgrund der nicht wägbaren Entwicklung zu Auffassungsunterschieden zwischen den Akteuren kommt. Eine Möglichkeit, mit derartigen Konflikten umzugehen, besteht im Einbau einer „Alternative Dispute Resolution“ bzw. einer Mediation. Kommt es etwa zu keiner Einigung vor Beginn eines Kalenderjahres, so können die Vertragsteile vereinbaren, ein dreiköpfiges Mediatorenngremium zu bestimmen oder das jeweilige Arbeits- und Sozialgericht als Schiedsstelle zu bestimmen. Die Vertragsteile hätten sich dem Spruch der vereinbarten Schiedsstelle 'ab initio' zu unterwerfen. In einigen Bundesländern wurden und werden derartige Modelle angedacht.

3.3.8. Von der Objekt- zur Subjektförderung - Gebietsschutz

Zum achten erfordert die sukzessive Umstellung von der Objektförderung des Trägers bzw. Leistungserbringers auf die Subjektförderung, d.h. die Leistungsbzuschussung der einzelnen hilfebedürftigen Person einen entsprechenden Risikoausgleich. Gänzlich klar ist, dass ein konsequent zu Ende gedachtes Modell der Subjektförderung die Marktposition sozialwirtschaftlicher Unternehmen in einer unverantwortbaren Weise desorganisieren würde. Es wäre undenkbar, das bestehende Gefüge bestehende aus Zuweisungen von KlientInnen, geplanten Auslastungsmargen und kalkulierten langfristigen Unterbringungen in einen offenen Markt mit Laufkundschaft zu verwandeln. Einerseits würden weder KlientInnen noch sozialwirtschaftliche Unternehmungen davon profitieren; andererseits würden damit erhebliche Risiken der Qualitätssicherung evoziert. Zum dritten würde die öffentliche Hand selbst ständig ein erhebliches Investitionsvolumen ohne nachvollziehbaren guten Grund auf's Spiel setzen. Würden doch Einrichtungen, die jahrelang Investitionskostenzuschüsse in Form von Subventionen erhalten haben oder Investitionskostenanteile in Form von Tagsätzen verrechnet haben, gegebenenfalls unwirtschaftlich (ineffizient) oder gar nicht (Insolvenz; Einrichtungsschließung) genutzt werden. Diese Perspektive erscheint angesichts stet knapper werdender Mittel gänzlich abstrus. Dessen ungeachtet ist wie erwähnt die Umstellung von Objekt- auf Subjektförderung im Rahmen der sozialen Dienste bereits seit mehreren Jahren im Gange.

Anzumerken ist indes, dass diese Umstellung in keinem Zusammenhang mit einem Übergang zur Anwendung von Vergaberecht bei der Beauftragung sozialer Dienste. Denn die Erwägungen, auf Subjektförderung umzustellen, datieren bereits aus der zweiten Hälfte der 1990er Jahre. Die Motive für diese Umstellung sind mehrschichtig: zum einen wird darin ein Übergang zu verstärkter Konsumentensouveränität gesehen (vergleichbar dem Pflegegeld-Modell), zum anderen geht es auch darum, den durch die freie Wohlfahrt verursachten Kostenaufwand sukzessive zu minimieren oder zumindest die Kostenwachsdynamik erheblich zu dämpfen.

In den meisten Kommunen haben sich nunmehr Modelle herausgebildet, in denen sichergestellt wird, dass die freien Träger auch dann, wenn grundsätzlich auf Subjektförderung umgestellt wurde, nicht auf „Laufkundschaft“ angewiesen sind. Vielmehr sind jeweils KlientInnenzahlen, Bedürfnisse/Nachfrage, Kosten, Qualitätsstandards und mittelfristige Entwicklungsparameter für bestimmte Dienstleistungen bekannt. Deshalb ermöglicht es etwa die regionale (bezirksweise) Gliederung, in einer Art „Bereichsschutz“ oder „Gebietsschutz“ Märkte aufzuteilen. „Bereichsschutz“ meint, dass bestimmte Träger bestimmte Dienstleistungen verrichten bzw. anbieten dürfen. So sind etwa im Land Salzburg im Bereich der Behindertenhilfe bestimmte Aufgaben bestimmten Trägern zugedacht. Neue Angebote, die sektorenbezogen Konkurrenzverhältnisse etablieren, werden nur selten seitens der Landes Salzburg (dann auch nicht immer nach sachlichen Erwägungen) zugelassen. „Gebietsschutz“ meint, dass bestimmte Träger regionale Bereiche zugewiesen erhalten, also etwa jeweilige Gebirgstäler oder Bezirke zu versorgen haben.

Dem entspricht in den Bundesländern die beschränkte Zulassung von Akteuren/Leistungserbringern am Markt. Wenn etwa das Land Nö fünf große Träger im Bereich mobiler Dienste zulässt, liegen dieser Zulassung eine mittelfristige Nachfrageentwicklung, die Sicherstellung einer flächendeckenden Versorgung, Auslastungs(soll)vorgaben sowie budgetäre Entwicklungsannahmen zugrunde. Damit kann gewährleistet werden, dass weder Überkapazitäten entstehen noch die absehbar bestehende Nachfrage nicht befriedigt wird. Zugleich ist die überschaubare Anzahl von Trägern/Leistungserbringern auch Voraussetzung für eine effiziente Wahrnehmung der Fachaufsicht und entsprechende Maßnahmen der Qualitätskontrolle und –sicherung. Denn auch die Kontrollressourcen der öffentlichen Hand sind nicht unbegrenzt verfügbar.

Die Erbringung sozialer Dienstleistungen erfolgt im Modell „Subjektförderung/Gebietsschutz“ auf jene Weise, dass einerseits der/die NutzerIn direkte

EmpfängerIn der Zuschussleistung ist, andererseits die Klientel den jeweiligen Financier ermächtigt, ihre Ansprüche gegenüber dem jeweiligen Leistungserbringer wahrzunehmen. Dies ermöglicht ein direktes Qualitätscontrolling vor Ort im Namen und Auftrag der LeistungsbezieherInnen.

3.3.9. Eingeschränkter Wettbewerb und Marktregulierung

Wie bereits in Kap. 1.2. erläutert bedarf der „Sozialmarkt“ regulierender Interventionen im Sinne der Etablierung einer „gesteuerten Konkurrenz“, die wohl nicht als Kosten-, sondern nur als Qualitätswettbewerb unter (relativ) strikten staatlichen Vorgaben verstanden werden kann. Auch wenn Qualität, Kosten (Preis) und Formen der Leistungen festgelegt sind, so lässt sich der Markt, wenn schon nicht für Kostenwettbewerb, so doch eingeschränkt für den Qualitätswettbewerb sowie noch eingeschränkter für den Innovationswettbewerb nutzen.

Insgesamt betrachtet kann das Instrument der Leistungsverträge als geeignet angesehen werden, auch das fragile Gleichgewicht einer gesteuerten Konkurrenz zu äquilibrieren. Dies wird aber nur dann möglich sein, wenn Leistungsverträge die spezifischen Bedingungen des Sozialmarktes (unschlüssige Tauschbeziehungen, Compliance, Multidimensionalität der Qualität sozialer Dienstleistungen) angemessen abbilden.

Das Vergaberecht erhöht demgegenüber die Steuerungsqualität des Sozialmarktes nicht. Es wird von der überwiegenden Mehrheit der Befragten (und die hierbei angeführten Argumente sind schlüssig) als administrative Belastung denn als Werkzeug wahrgenommen, die Qualität sozialer Dienste auch kostenbezogen effizient zu regulieren.

Daneben stellt eine Reihe von Ländervertretern die Anwendbarkeit des Vergaberechts für die sozialen Dienste mit dem Hinweis darauf, dass es sich dabei um „besondere Dienstleistungen“ (welche Länder und Gemeinden ebenso gut auch selbst erbringen können) handelt, für die das Vergaberecht nicht anwendbar ist, überhaupt in Frage.

Vor allem Leistungs-, aber auch Mantel- und Rahmenverträge werden demgegenüber als besser geeignet angesehen, die Austauschbeziehungen zu sozialwirtschaftlichen Unternehmen zu regulieren. Dies entspricht auch dem gegenwärtigen Trend. Während bis zur Mitte der 1990er Jahre oft noch mündliche Vereinbarungen den Leistungsaustausch zwischen öffentlicher Hand und freien Trägern regelten, wird nunmehr der schriftliche Leistungsvertrag in Ländern (und Statutarstädten) Norm. Dabei müssen, so etwa die Regelungen in der Stmk, 'pro futu-

ro` alle bestehenden Einrichtungen und Dienstleister, so sie noch keinen Vertrag abgeschlossen haben, selbigen abzeichnen. Die Selektionskriterien, nach denen die Länder mit sozialwirtschaftlichen Unternehmen Verträge abschließen, folgen im Wesentlichen vier Erwägungen:

- Vorgaben der Bedarfs- und Entwicklungspläne (im Regelfall über Planungsreferate aufbereitet);
- Erhobene Bedürfnisse und Bedarfe (nach Ergebnissen der Sozialplanung)
- Qualität (beurteilt nach Referenzen, langjährigen Austausch Erfahrungen, Akzeptanz- und Zufriedenheitsstudien)
- Budgetäre Vorgaben.

So man davon ausgeht, dass das Vergaberecht für die sozialen Dienste überhaupt anwendbar ist, wird man im Sinne der Marktregulierung, worauf eine ganze Reihe von InterviewpartnerInnen hingewiesen hat, hinkünftig stärker den Marktzugang beschränken. Ohnehin aber waren bzw. sind die Bundesländer in den letzten Jahren dem Vernehmen nach bei der Zulassung neuer Anbieter bzw. Einrichtungen äußerst restriktiv. Zugleich geht die Tendenz dahin, nicht mehr nur stationäre Einrichtungen und Pflegedienste, sondern etwa im Bereich der Behindertenhilfe jegliche Dienstleistungserbringung von einer bescheidförmig (hoheitlichen) Anerkennung abhängig zu machen. Damit werden die Hürden beim Marktzugang entschieden erhöht. In der Stmk etwa müssen seit 2004 Träger neuer Einrichtungen erhebliche Betriebsbewilligungskosten erlegen, um überhaupt perspektivisch in die Position zu gelangen, mit dem Land einen Tagsatz verhandeln zu können.

4. Schlussbemerkung

Die vorliegende Studie konnte einige Hinweise darauf geben, dass das geltende Vergaberecht im Rahmen der gegenwärtigen Entwicklung der Beziehung zwischen Financiers und sozialwirtschaftlichen Leistungserbringern kaum oder gar nicht genutzt wird. Vielmehr wird dieses Verhältnis von Leistungs-, aber auch Mantel- und Rahmenverträgen geprägt. Wenn überhaupt gelangt das Vergaberecht bei der Ausschreibung der Führung von stationären Einrichtungen zur Anwendung. Zugleich aber überwiegt die Figur des Leistungsvertrags (aber auch: Rahmenvertrags), in dem auf Basis einschlägiger gesetzlicher Grundlagen Pflichten (mitunter auch: Rechte) überbunden werden. Diese Leistungsverträge ver-

drängen sukzessive die herkömmliche Subventionskultur, aber auch das traditionell diffuse Verhältnis zwischen öffentlicher Hand und freien Trägern, in denen mündliche Kostenzusicherungen und Vereinbarungen gleichberechtigt neben schriftlichen Vereinbarungen standen.

Ein set von „good practices“ für das Vergaberecht lässt sich im Feld der österreichischen sozialen Dienste der Wohlfahrt der Länder und Gemeinden derzeit (noch) nicht absehen. Demgegenüber verfügt das AMS über eine stabile Rechtsanwendungspraxis des Vergaberechts, wobei sich im Vergleich der AMS-Landesgeschäftsstellen keine „good practice“ herausarbeiten lässt, da den Ergebnissen der Befragung zufolge die internen Richtlinien des AMS in sämtlichen Bundesländern einheitlich zur Anwendung gelangen. Während das AMS also über ein kohärentes Vergabeprofil verfügt, bleibt die Vergabe- und Leistungsvertragspraxis der Bundesländer und Statutarstädte eher opak.

Anders verhält es sich beim Leistungsvertragsrecht. Hier zeigt sich ein breites Spektrum von Varianten, welche beiden Seiten Rechts-, Planungs- und Bestandssicherheit vermitteln. Überdies bestehen bereits in mehreren Bundesländern Mantel- bzw. Rahmenverträge, welche in längerfristiger Perspektive Austauschbeziehungen oftmals unter Anwendung von Normkostenmodellen regeln.

Dem Vernehmen nach wird derzeit eine Novelle zum BVergG vorbereitet, welche eventuell die sozialen Dienstleistungen von der Ausschreibungs- bzw. Vergabepflicht ausnehmen könnte. Dies wäre im Lichte der vorstehenden Ausführungen ausdrücklich zu begrüßen. Das gegenwärtige Sozialrecht der Bundesländer reicht in Verbindung mit den bereits durchgesetzten Standards und Regulativen der Marktsteuerung durch Verträge im Wesentlichen hin, um den einschlägigen Anforderungen gerecht zu werden. Defizitär ist (mit wenigen Ausnahmen) nicht die Rechtslage, sondern die Implementation bereits bestehenden Rechts sowie die Anwendung einschlägiger, allgemein geltender vertragsrechtlicher Grundsätze.

Abkürzungsverzeichnis

BVergG = Bundesvergabegesetz

SH = Sozialhilfe

BH = Behindertenhilfe

JWF = Jugendwohlfahrt

ABGB = Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch

Verzeichnis der verwendeten Literatur

- Adamovich/Funk: Allgemeines Verwaltungsrecht³, Wien 1987.
- Aegerter: Umstellungen auf Leistungsverträge in der privaten Behindertenhilfe erfolgreich angelaufen; in: Soziale Sicherheit 6/2001, S. 336 ff.
- Aichreiter: Österreichisches Verordnungsrecht, 2 Bde, Wien 1988.
- Andersen/Reichard: Kommunale Dienstleistungen im Wettbewerb; in: Cox (Hrsg.): Ausschreibungswettbewerb bei öffentlichen Dienstleistungen, Baden-Baden 2003, S. 13 ff.
- Antoniolli/Koja: Allgemeines Verwaltungsrecht³, Wien 1996.
- AWO: Soziale Leistungen der Daseinsvorsorge - Solidardienste in öffentlichem Interesse, Bonn 2003
- Ax/Schneider/Bischoff: Wege aus dem Vergaberecht, Neckargemünd, o.Jg.
- Backhaus-Maul/Olk: Von Subsidiarität zu ‚Outcontracting‘. Zum Wandel der Beziehungen von Staat und Wohlfahrtsverbänden; in: Streeck (Hrsg): Staat und Verbände, Opladen 1994, S. 100 ff.
- Bernert,A: Öffentliche Aufträge in Europa, hektographiert, München 2001.
- Binder: Der Staat als Träger von Privatrechten, Wien 1980.
- Bogumil/Holtkamp: Liberalisierung und Privatisierung kommunaler Aufgaben – Auswirkungen auf das kommunale Entscheidungssystem; in: Libbe/Tomerius/Trapp (Hg): Liberalisierung und Privatisierung kommunaler Aufgabenerfüllung. Soziale und umweltpolitische Perspektiven im Zeichen des Wettbewerbs, Berlin 2002, S. 71 ff.
- Bogumil: Modernisierung lokaler Politik. Entscheidungsprozesse im Spannungsfeld zwischen Parteienwettbewerb, Verhandlungszwängen und Ökonomisierung, Baden-Baden 2001.
- Böhm: Zuckerbrot ... Leistungsbeziehungen zwischen öffentlicher Hand und sozialen DienstleisterInnen im Bundesland Salzburg, Salzburg 2004.

- Bönker/Wollmann: Reform der sozialen Dienste zwischen kommunaler Sozialstaatlichkeit und Verwaltungsmodernisierung; in: Reis/Schulze-Böing (Hg): Planung und Produktion sozialer Dienstleistungen. Die Herausforderung neuer Steuerungsmodelle, Berlin 1998, S. 35 ff.
- Brauns: Die Wohlfahrtsverbände müssen ihre Orientierung am Staat aufgeben. Finanzierungsstrukturen prägen Organisationsformen – Was sich ändern muss; in: Blätter der Wohlfahrtspflege Nr.9 (1994), S. 161 ff.
- Brönker/Wollmann: Reform der sozialen Dienste zwischen kommunaler Sozialstaatlichkeit und Verwaltungsmodernisierung; in: Reis/Schulze-Böing (Hg): Planung und Produktion sozialer Dienstleistungen, Berlin 1998, S. 35 ff.
- Bull: Aufgabenentwicklung und Aufgabenkritik; in: König/Siedentopf (Hg): Öffentliche Verwaltung in Deutschland², Baden-Baden 1997, S. 343 ff.
- Burmeister: Fundraising – Entwicklungen und Tendenzen bei der Mittelbeschaffung sozialer Organisationen; in: Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit 1/1998, S. 22 ff.
- Bydlinski: Kontrahierungszwang und Anwendung allgemeinen Zivilrechts; in: JZ 1980, S. 378 ff.
- Bydlinski: Zum Kontrahierungszwang der öffentlichen Hand; in: Adamovich (Hrsg): Auf dem Weg zur Menschenwürde und Gerechtigkeit. Festschrift Klecatsky, Wien 1980, S. 129 ff.
- Dimmel: Aushandeln von Standards sozialer Dienstleistungen; in: Rottleuthner (Hrsg): Armer Rechtsstaat. Beiträge zur Jahrestagung der Vereinigung für Rechtssoziologie in Innsbruck 8.-9. Mai 1998, Baden-Baden 2000, S. 177 ff.
- Eichhorn: Freie Wohlfahrtspflege in Europa aus betriebswirtschaftlicher Sicht Bd I, Länderstudien Frankreich, Großbritannien und Italien, Baden-Baden 1996.
- Eichhorn: Freie Wohlfahrtspflege in Europa aus betriebswirtschaftlicher Sicht Bd II, Länderstudien Niederlande, Österreich, Schweden und Spanien, Baden-Baden 1998.
- Eifert: Regulierte Selbstregulierung und die lernende Verwaltung; in: Berg (Hrsg): Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungs-

staates. Ergebnisse des Symposiums aus Anlass des 60. Geburtstages von Wolfgang Hoffmann-Riem, Berlin 2001, S. 137 ff.

Ettel/Nowotny: Rechtliche Gestaltungsformen für NPO's; in: Badelt (Hrsg): Handbuch der Nonprofit Organisation³, Stuttgart 2002, S. 225 ff.

Färber: Instrumente und Bedingungen für eine wirksame Aufgabenkritik; in: Jann et.al. (Hg): Politik und Verwaltung auf dem Weg in die transindustrielle Gesellschaft. Carl Böhret zum 65. Geburtstag, Baden-Baden 1998, S. 189 ff.

Fouarge: Costs of Non-Social Policy. Towards an Economic Framework of Quality Social Policies –and the Costs of Not Having Them. Report for the Employment and Social Affairs DG, Tilburg 2003.

Funk: Der Verwaltungsakt im österreichischen Rechtssystem, Wien 1978.

Gallfuß: Rechtliche Problemfelder sozialer Unternehmen im Dritten System, hektographiert, Heidelberg 1999.

Gast: Das österreichische Vergaberecht, Wien 2002.

Gruber/Pallinger: Kommentar zum Bundespflegegeldgesetz, Wien 1994.

Gschnitzer; in: Klang (Hrsg): Kommentar zum ABGB, Wien 2000, Bd 2, IV/1, 26.

Gutknecht: Das Bundesvergabegesetz; in: Ecollex 1993, S. 858 ff.

Hahnl: Bundesvergabegesetz 2002, Graz 2002.

Halfar: Finanzierungsarten und Finanzierungsformen in der sozialen Arbeit; in: Halfar (Hrsg): Finanzierung sozialer Dienste und Einrichtungen, Baden-Baden 1999, S. 43 ff.

Hauer/Leukauf: Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens⁵, Wien 1996.

Heinze/Schmid/Strünck: Zur politischen Ökonomie der sozialen Dienstleistungsproduktion. Der Wandel der Wohlfahrtsverbände und die Konjunkturen der Theoriebildung; in: KZfSS 2 (1997), S. 242 ff.

Hoffmann-Riem: Modernisierung von Recht und Justiz –Herausforderung des Gewährleistungsstaates. Frankfurt 2001.

Hogwood/Peters: The Pathology of Public Policy, Oxford 1985.

- Holoubek: Vergabekontrolle zwischen effektivem Rechtsschutz und Vergabeeffizienz; in: Fuchs/Horvath (Hg): Wirtschaftsstandort Österreich. Von der Theorie zur Praxis, Wien 2001, S. 250 ff.
- Kessler/Otto: Entstaatlicht? Die neue Privatisierung personenbezogener sozialer Dienstleistungen; in: Neue Praxis No 2/2002, S. 122 ff.
- Klicpera/Gasteiger-Klicpera: Soziale Dienste. Anforderungen, Organisationsformen, Perspektiven³, Wien 1997.
- Knorr/Scheppach: Kontraktmanagement. Finanzierungsformen, Leistungsverträge, für freie Wohlfahrtsverbände, soziale Dienstleister und Sozialverwaltungen, Regensburg 1999.
- Kodolitsch: Liberalisierung und Privatisierung und der institutionelle Wandel in den Kommunen; in: Libbe/Tomerius/Trapp (Hg): Liberalisierung und Privatisierung kommunaler Aufgabenerfüllung. Soziale und umweltpolitische Perspektiven im Zeichen des Wettbewerbs, Berlin 2002, S. 39 ff.
- König/Reichel-Holzer: Bundesvergabegesetz 2002, Wien 2003.
- Koppensteiner: Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Privatrechtssubjekte, Wien 1973.
- Korinek/Holoubek: Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung, Graz 1993.
- Koziol/Welser: Grundriß des bürgerlichen Rechts¹⁰, Wien 1996.
- Krejci: Privatrecht, Wien 1993.
- Krejci: Rechtsgutachten über Fragen der Rechtsbeziehungen zwischen dem Land Salzburg, dem Salzburger Hilfswerk und den Hilfesuchenden im Hinblick auf die Verrichtung sozialer Dienste im Sinne des Salzburger Sozialhilfegesetzes, Wien 28.5.1996.
- Leichsenring/Stadler: Persönliche soziale Dienstleistungen - Qualität der Dienstleistung und Qualität der Arbeitsbedingungen, Wien 2000.
- Mödlagl: Auswirkungen von Leistungsverträgen auf die Angebotsstruktur von Nonprofit-Organisationen im sozialen Dienstleistungsbereich, Univ.Dipl.Ar., Wien 2003.

- Moss-Kanter/Summers: Doing Well While Doing Good. Dilemmas of Performance Measurement in Nonprofit Organizations and the Need for a Multiple-Constituency Approach; in: McKeivitt/Lawton (eds): Public Sector Management. Theory, Critique and Practice, London 1994, S. 220 ff.
- Neumann,V./D.Nielandt/A.Phillip: Erbringung von Sozialleistungen nach Vergaberecht? Gutachten im Auftrag des Deutschen Caritasverbandes und des Diakonischen Werkes der EKD, Köln 2003
- Nottenbohm: Fördermodelle lokaler Beschäftigungspolitik im dritten Sektor. Europäische Beispiele und Möglichkeiten; in: Heinrich Böll Stiftung (Hg): Öffentliche Beschäftigungsförderung in den neuen Bundesländern – Wege in die Zukunft ?, Dresden 1999, S. 41 ff.
- Öhlinger: Verfassungsrecht⁵, Wien 2002.
- OÖ-LReg (Amt der oö. Landesregierung): Richtlinien zur Förderung professioneller sozialer und medizinischer Dienste in Oberösterreich. Hauskrankenpflege: Mobile Hilfe und Betreuung, Linz 1994.
- Ossenbühl /Gallwas: Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private; in: Simson /Kriele /Ossenbühl (Hg): Das demokratische Prinzip im Grundgesetz, Berlin 1971, S. 256 ff.
- Ostheim: Zur Haftung für „culpa in contrahendo“; in: JBL 1980, S. 522 ff.
- Pabst: Privatisierung sozialer Dienstleistungen; in: Arnold/Maelicke (Hg): Lehrbuch der Sozialwirtschaft², Baden-Baden 2003, S. 81 ff.
- Pallinger/Gruber: 10 Jahre Pflegevorsorge – Rückblick und Standortbestimmung; in: Soziale Sicherheit 5/2003, S. 209 ff.
- Raschauer: Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien 1998.
- Raschauer: Daseinsvorsorge als Rechtsbegriff; in: ÖZW 1980, S. 75 ff.
- Reichard: Governance öffentlicher Dienstleistungen; in: Budäus /Schauer/Reichard (Hg): Public und Nonprofit Management. Neuere Entwicklungen und aktuelle Problemfelder, Linz 2002, S. 27 ff.
- Reichard: Kommunale Wirtschaft unter Anpassungsdruck; in: Eichhorn et.al. (Hg): Kommunale Wirtschaft im Wandel – Chancen und Risiken, Baden-Baden 2000, S. 15 ff.

- Reidlinger: Neue Entwicklungen im österreichischen Vergaberecht, Wien 2003.
- Reis/Schulze-Böing: Neue Steuerungsmodelle für die Produktion sozialer Dienstleistungen ? Folgerungen aus einem produktiven Missverständnis; in: Reis/Schulze-Böing (Hg): Planung und Produktion sozialer Dienstleistungen, Berlin 1998, S. 9 ff.
- Reischauer; in: Rummel (Hrsg): Kommentar zum ABGB, Wien 2000, zu § 918 Rz 18ff.
- Riese: Vergaberecht. Grundlagen – Verfahren- Rechtsschutz, Wien 1988.
- Ringhofer: Die österreichische Bundesverfassung, Wien 1977.
- Ringhofer: Die österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze I, Wien 1987.
- Ristock: Von der Zuwendungs- zur Leistungsfinanzierung; in: Maelicke (Hrsg): Freie Wohlfahrtspflege im Übergang zum 21.Jahrhundert, Baden-Baden 1998, S. 81 ff.
- Rogge: Staatliche Finanzkontrolle freier Wohlfahrtspflege, Berlin 2001.
- Rummel; in: ders. (Hrsg): Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³, Bd. 1/3, Wien 2000, zu § 881 Rz 2.
- Schellhorn: Neubestimmung des Verhältnisses zwischen öffentlichen und freien Trägern; in: Maelicke (Hrsg): Freie Wohlfahrtspflege im Übergang zum 21.Jahrhundert, Baden-Baden 1998, S. 43 ff.
- Scherm: Soziale Dienste und Rechtsanspruch - dargestellt am Beispiel des Salzburger Sozialhilfegesetzes, broschiert, Wien 1997.
- Schlitz,E.: Was passiert im Jahr der Menschen mit Behinderung? To BHG or not to BHG?; in: Lebenshilfe 1/2003, S. 10 ff.
- Schmid: NPOs in Westeuropa: Wenig Profit und viel Macht ? – das Beispiel Wohlfahrtsverbände aus Sicht der vergleichenden Politikforschung; in: Schauer/Anheier/Blümle (Hg): Der Nonprofit-Sektor im Aufwind – zur wachsenden Bedeutung von Nonprofit-Organisationen auf nationaler und internationaler Ebene, Linz 1997, S. 157 ff.
- Schmid: Regulierung im Wohlfahrtsstaat. Das Beispiel Behindertenpolitik; in: Voigt (Hrsg): Recht als Instrument der Politik, Opladen 1986, S. 158 ff.

- Schmid: Wohlfahrtsverbände in modernen Wohlfahrtsstaaten - Soziale Dienste in historisch-vergleichender Perspektive, Opladen 1996.
- Schuppert: Der moderne Staat als Gewährleistungsstaat; in: Schröter (Hrsg): Empirische Policy- und Verwaltungsforschung. Lokale, nationale und internationale Perspektiven, Opladen 2001, S. 399 ff.
- Schuppert: Geändertes Staatsverständnis als Grundlage des Organisationswandels öffentlicher Aufgabenwahrnehmung; in: Budäus (Hrsg): Organisationswandel öffentlicher Aufgabenwahrnehmung, Baden-Baden 1998, S. 19 ff.
- Smith/Lipsky: Non-Profits for Hire – The Welfare State in the Age of Contracting, New York 1995.
- Technisches Büro für Informatik: Öffentliche Beschaffung über elektronische Netze. Studie im Auftrag der österreichischen Akademie der Wissenschaften, Wien 2003.
- Trapp: Gemeinwohlsicherung als Herausforderung – kommunale Steuerungspotentiale in der „Gewährleistungskommune“. Beitrag zur Tagung „Stand und Perspektiven der politikwissenschaftlichen Verwaltungsforschung“ der Sektion Staatslehre und politische Verwaltung der DVPW vom 23.- 25.09.2004 an der Universität Konstanz, Berlin 2004.
- Trute: Gemeinwohlsicherung im Gewährleistungsstaat; in: Schuppert/Neidhardt (Hg): Gemeinwohl - auf der Suche nach Substanz, Berlin 2002, S. 329 ff.
- Verhandlungsgruppe Leistungspreise (Lerchbacher/Sussitz/Wögerer): Normkostenmodell. Preisfestsetzung für Leistungen nach dem BHG in der Steiermark, Graz 8.11.2002 (Powerpoint-Präsentation).
- Walter/Mayer: Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts⁹, Wien 2000.
- Walter/Thienel: Die österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze, Bd 1, Wien 1998.
- Wenger/Peter (Hg): Förderungsverwaltung, Wien 1973.
- Wenger: Zur Problematik der österreichischen Selbstbindungsgesetze; in: FS Korinek – Wirtschaft und Verfassung in Österreich, Wien 1972, S. 195 ff.

Anhang

1. Fragebogen AMS

1. Das AMS tritt im Rahmen seines Aufgabenbereichs als Träger und Financier (ambulanter) sozialer Dienste und (stationärer) Einrichtungen der aktiven und innovativen Arbeitsmarktpolitik auf, wobei private Dienstleistungs- bzw. freie Wohlfahrtsträger vertraglich mit der Erbringung dieser Dienstleistungen beauftragt werden. In welcher Form werden diese Dienste und Einrichtungen finanziert? Bitte geben Sie den Anteil der jeweiligen Finanzierungsform in Prozent an.

Finanzierungsform sozialer Dienste und Einrichtungen	In %
Subventionen/Förderungen	
Entgelte für Einzelleistungen	
Tagsätze	
Andere Formen	

2. Subventionen zur Finanzierung von Diensten und Einrichtungen werden entweder als Objektförderung (Zuschuss an den Leistungserbringer) oder als Subjektförderung (individuelle Zuschüsse an Begünstigte als Träger von Privatrechten) gewährt. Bitte geben Sie in Prozentwerten an, auf welche Weise Sie die Erbringung sozialer Dienste und Einrichtungen subventionieren.

Alle Subventionen	100%
davon:	

Zuschuss an Leistungserbringer	
Zuschuss an Leistungsempfänger	

3. Schließt das AMS als Träger und Financier, sofern private Leistungserbringer (freie Wohlfahrtsträger) in Form von Tagsätzen oder Einzelleistungsentgelten finanziert werden, schriftliche Verträge mit diesen private Leistungserbringern (freien Wohlfahrtsträgern) ? Welcher Art sind diese Verträge (mittelfristige Rahmenvereinbarungen mit darauf aufbauenden kurzfristigen Leistungsverträgen oder kurzfristige Leistungsverträge oder andere) ? Bitte geben Sie Prozentwerte an.

Alle Verträge	100%
davon:	in %
Rahmenvereinbarungen und Leistungsverträge	
Leistungsverträge	
Andere Vertragsformen	

4. Wenn Rahmenvereinbarungen bzw. Leistungsverträge befristet werden, wie lange währt im Regelfall die Vertragsdauer ? Bitte geben Sie die Laufzeit in Monaten an:

Durchschnittliche Vertragsdauer	In M o
Rahmenverträge	
Leistungsverträge	

5. Findet das österreichische Vergaberecht (Bundesvergabegesetz 2002 einschließlich des jeweiligen Landesvergabegesetzes) bei der Beauftragung privater Träger mit der Erbringung sozialer Dienste/Einrichtungen durch das AMS Anwendung? Bitte Angabe in Prozent aller Auftragsvergaben, bei denen das Vergaberecht (überhaupt) Anwendung findet:

Anwendung Vergaberecht	In %
Anteil Vergabeverfahren bei Leistungsverträgen	

6. Erfolgt die Auftragsvergabe zur Erbringung/Führung von sozialen Diensten und Einrichtungen unter Anwendung des österreichischen Vergaberechts im ober- oder unter-schweligen Bereich (200.000.- €)? Bitte um Angabe in Prozent der Vergaben im Oberschwellen- und Unterschwellenbereich.

Vergabe von Aufträgen	In %
Im Oberschwellenbereich	
Im Unterschwellenbereich	

7. Welche Verfahrensart gelangt, wenn im Rahmen der Auftragsvergabe an soziale Dienstleistungserbringer und Einrichtungsträger österreichisches Vergaberecht angewendet wird, im **Oberschwellenbereich** zur Anwendung ? Bitte um Angabe in Prozent entfallend auf die jeweilige Verfahrensart:

Verfahrensarten oberschwellig	In %
Offenes Verfahren (einstufig; öffentliche Ausschreibung)	
nicht-offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung (zweistufig; beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb)	
Verhandlungsverfahren (mit/ohne vorheriger Bekanntmachung; mit Teilnahmewettbewerb)	

8. Welche Verfahrensart gelangt, wenn im Rahmen der Auftragsvergabe an soziale Dienstleistungserbringer und Einrichtungsträger österreichisches Vergabe-

recht angewendet wird, im **Unterschwel**lenbereich zur Anwendung ? Bitte um Angabe in Prozent entfallend auf die jeweilige Verfahrensart:

Verfahrensarten unterschwellig	In %
Offenes Verfahren (einstufig; öffentliche Ausschreibung)	
nicht-offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung (zweistufig; beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb)	
Verhandlungsverfahren (mit/ohne vorheriger Bekanntmachung; mit Teilnahmewettbewerb)	
Direktvergabe (nicht offenes Verfahren ohne Vergabebekanntmachung)	
Elektronische Auktion	
Rahmenvereinbarungen	

9. Gelangt bei der Vergabe das Best- oder Billigstbieterprinzip zur Anwendung ? Bitte Angabe in Prozentwerten gemessen an der Gesamtzahl der Vergaben auf Grundlage des Vergaberechts.

Prinzip	In %
Billigstbieterprinzip	

Bestbieterprinzip	
-------------------	--

10. Sind Standards bzw. Qualitätsmerkmale, auf deren Grundlage eine Ausschreibung zur Auftragsvergabe erfolgt, gesetzlich, im Verordnungs- oder im Erlasswege (Richtlinien) festgelegt oder nicht ? Bitte Zutreffendes ankreuzen (X) sowie um Angabe einer etwaigen Fundstelle (Kurz kennzeichnung).

Festlegung von Standards	X	Kurz kennzeichnung, zB § 12 XY SHG
Per Gesetz		
Per Verordnung		
Per Erlass (Richtlinien)		
Keine Festlegung		

2. Fragebogen Bundesländer

1. Ihr Bundesland tritt im Rahmen des Landeswohlfahrtsrechts als Träger und Finanzier (mobiler und ambulanter) sozialer Dienste und (stationärer) Einrichtungen der Sozialhilfe, Behindertenhilfe und Jugendwohlfahrt, welche durch freie Wohlfahrtsträger erbracht bzw. geführt werden, auf. In welcher Form werden diese Dienste und Einrichtungen finanziert ? Bitte geben Sie den Anteil der jeweiligen Finanzierungsform in Prozent an.

Finanzierungsform sozialer Dienste und Einrichtungen	In %
Subventionen/Förderungen	
Entgelte für Einzelleistungen	
Tagsätze	
Andere Formen	

2. Subventionen zur Finanzierung sozialer Dienste und Einrichtungen werden entweder als Objektförderung (Zuschuss an den Leistungserbringer) oder als Subjektförderung (individuelle Zuschüsse als Träger von Privatrechten) gewährt. Bitte geben Sie in Prozentwerten an, auf welche Weise Sie die Erbringung sozialer Dienste und Einrichtungen subventionieren.

Alle Subventionen	100%
davon:	
Zuschuss an Leistungserbringer	
Zuschuss an Leistungsempfänger	

3. Schließt das Land als Träger und Financier von Landeswohlfahrtsleistungen, sofern freie Träger in Form von Tagsätzen oder Einzelleistungsentgelten finanziert werden, schriftliche Verträge mit diesen freien Wohlfahrtsträgern ? Welcher

Art sind diese Verträge (mittelfristige Rahmenvereinbarungen mit darauf aufbauenden kurzfristigen Leistungsverträgen oder kurzfristige Leistungsverträge oder andere) ? Bitte geben Sie Prozentwerte an.

Alle Verträge	100%
davon:	in %
Rahmenvereinbarungen und Leistungsverträge	
Leistungsverträge	
Andere Vertragsformen	

4. Wenn Rahmenvereinbarungen bzw. Leistungsverträge befristet werden, wie lange währt im Regelfall die Vertragsdauer ? Bitte geben Sie die Laufzeit in Monaten an:

Durchschnittliche Vertragsdauer	In M o
Rahmenverträge	
Leistungsverträge	

5. Findet das österreichische Vergaberecht (Bundesvergabegesetz 2002 einschließlich des jeweiligen Landesvergabegesetzes) bei der Beauftragung freier Wohlfahrtsträger mit der Erbringung sozialer Dienste bzw. dem Betrieb stationärer Einrichtungen Anwendung ? Bitte Angabe in Prozent aller Auftragsvergaben, bei denen das Vergaberecht (überhaupt) Anwendung findet:

Anwendung Vergaberecht	In %
Anteil Vergabeverfahren bei Leistungsverträgen	

6. Erfolgt die Auftragsvergabe zur Erbringung/Führung von sozialen Diensten und Einrichtungen unter Anwendung des österreichischen Vergaberechts im ober- oder unter-schwelligen Bereich (200.000.- €) ? Bitte um Angabe in Prozent der Vergaben im Oberschwellen- und Unterschwellenbereich.

Vergabe von Aufträgen	In %
Im Oberschwellenbereich	
Im Unterschwellenbereich	

7. Welche Verfahrensart gelangt, wenn im Rahmen der Auftragsvergabe an soziale Dienstleistungserbringer und Einrichtungsträger österreichisches Vergaberecht angewendet wird, im **Ober**schwellenbereich zur Anwendung ? Bitte um Angabe in Prozent entfallend auf die jeweilige Verfahrensart:

Verfahrensarten ober-schwellig	In %
Offenes Verfahren (einstufig; öffentliche Ausschreibung)	
nicht-offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung (zweistufig; beschränkte Ausschreibung mit	

Teilnahmewettbewerb)	
Verhandlungsverfahren (mit/ohne vorheriger Bekanntmachung; mit Teilnahmewettbewerb)	

8. Welche Verfahrensart gelangt, wenn im Rahmen der Auftragsvergabe an soziale Dienstleistungserbringer und Einrichtungsträger österreichisches Vergaberecht angewendet wird, im **Unterschwel**lenbereich zur Anwendung ? Bitte um Angabe in Prozent entfallend auf die jeweilige Verfahrensart:

Verfahrensarten unterschwellig	In %
Offenes Verfahren (einstufig; öffentliche Ausschreibung)	
nicht-offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung (zweistufig; beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb)	
Verhandlungsverfahren (mit/ohne vorheriger Bekanntmachung; mit Teilnahmewettbewerb)	
Direktvergabe (nicht offenes Verfahren ohne Vergabebekanntmachung)	
Elektronische Auktion	
Rahmenvereinbarungen	

9. Gelangt bei der Vergabe das Best- oder Billigstbieterprinzip zur Anwendung ?
Bitte Angabe in Prozentwerten gemessen an der Gesamtzahl der Vergaben auf Grundlage des Vergaberechts.

Prinzip	In %
Billigstbieterprinzip	
Bestbieterprinzip	

10. Sind Standards bzw. Qualitätsmerkmale, auf deren Grundlage eine Ausschreibung zur Auftragsvergabe erfolgt, gesetzlich, im Verordnungs- oder im Erlasswege (Richtlinien) festgelegt oder nicht ? Bitte Zutreffendes ankreuzen (X) sowie um Angabe einer etwaigen Fundstelle (Kurzkenzeichnung).

Festlegung von Standards	X	Kurzkenzeichnung, zB § 12 XY SHG
Per Gesetz		
Per Verordnung		
Per Erlass (Richtlinien)		
Keine Festlegung		

3. Fragebogen Städte

1. Ihre Statutarstadt tritt im Rahmen ihrer Gemeindeautonomie bzw. Selbstverwaltung als Financier (mobiler und ambulanter) sozialer Dienste und (stationärer) Einrichtungen [etwa: Essen auf Rädern, Hauskrankenpflege, Kontaktbesuchsdienste, Jugendzentren, Familienberatungsstellen, Eltern-Kind-Zentren etc], welche durch freie Wohlfahrtsträger erbracht bzw. geführt werden, auf. In welcher Form werden diese Dienste und Einrichtungen finanziert ? Bitte geben Sie den Anteil der jeweiligen Finanzierungsform in Prozent an.

Finanzierungsform sozialer Dienste und Einrichtungen	In %
Subventionen/Förderungen	
Entgelte für Einzelleistungen	
Tagsätze	
Andere Formen	

2. Subventionen zur Finanzierung sozialer Dienste und Einrichtungen werden entweder als Objektförderung (Zuschuss an den Leistungserbringer) oder als Subjektförderung (individuelle Zuschüsse als Träger von Privatrechten) gewährt. Bitte geben Sie in Prozentwerten an, auf welche Weise Sie die Erbringung sozialer Dienste und Einrichtungen subventionieren.

Alle Subventionen	100%
davon:	
Zuschuss an Leistungserbringer	
Zuschuss an Leistungsempfänger	

3. Schließt Ihre Stadt (vertreten durch das Ressort) als Financier von Landeswohlfahrtsleistungen, sofern freie Träger in Form von Tagsätzen oder Einzelleistungsentgelten finanziert werden, schriftliche Verträge mit diesen freien Wohlfahrtsträgern ? Welcher Art sind diese Verträge (mittelfristige Rahmenvereinbarungen mit darauf aufbauenden kurzfristigen Leistungsverträgen oder kurzfristige Leistungsverträge oder andere) ? Bitte geben Sie Prozentwerte an.

Alle Verträge	100%
davon:	in %
Rahmenvereinbarungen und Leistungsverträge	
Leistungsverträge	
Andere Vertragsformen	

4. Wenn Rahmenvereinbarungen bzw. Leistungsverträge befristet werden, wie lange währt im Regelfall die Vertragsdauer ? Bitte geben Sie die Laufzeit in Monaten an:

Durchschnittliche Vertragsdauer	In M o
Rahmenverträge	
Leistungsverträge	

5. Findet das österreichische Vergaberecht (Bundesvergabegesetz 2002 einschließlich des jeweiligen Landesvergabegesetzes) bei der Beauftragung freier Wohlfahrtsträger mit der Erbringung sozialer Dienste bzw. dem Betrieb stationärer Einrichtungen Anwendung ? Bitte Angabe in Prozent aller Auftragsvergaben, bei denen das Vergaberecht (überhaupt) Anwendung findet:

Anwendung Vergaberecht	In %
Anteil Vergabeverfahren bei Leistungsverträgen	

6. Erfolgt die Auftragsvergabe zur Erbringung/Führung von sozialen Diensten und Einrichtungen unter Anwendung des österreichischen Vergaberechts im ober- oder unterschwelligen Bereich (200.000.- €) ? Bitte um Angabe in Prozent der Vergaben im Oberschwellen- und Unterschwellenbereich.

Vergabe von Aufträgen	In %
Im Oberschwellenbereich	
Im Unterschwellenbereich	

7. Welche Verfahrensart gelangt, wenn im Rahmen der Auftragsvergabe an soziale Dienstleistungserbringer und Einrichtungsträger österreichisches Vergaberecht angewendet wird, im **Oberschwellenbereich** zur Anwendung ? Bitte um Angabe in Prozent entfallend auf die jeweilige Verfahrensart:

Verfahrensarten oberschwellig	In %
Offenes Verfahren (einstufig; öffentliche Ausschreibung)	
nicht-offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung (zweistufig; beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb)	
Verhandlungsverfahren (mit/ohne vorheriger Bekanntmachung; mit Teilnahmewettbewerb)	

8. Welche Verfahrensart gelangt, wenn im Rahmen der Auftragsvergabe an soziale Dienstleistungserbringer und Einrichtungsträger österreichisches Vergaberecht angewendet wird, im **Unterschwellenbereich** zur Anwendung ? Bitte um Angabe in Prozent entfallend auf die jeweilige Verfahrensart:

Verfahrensarten unterschwellig	In
--------------------------------	----

	%
Offenes Verfahren (einstufig; öffentliche Ausschreibung)	
nicht-offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung (zweistufig; beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb)	
Verhandlungsverfahren (mit/ohne vorheriger Bekanntmachung; mit Teilnahmewettbewerb)	
Direktvergabe (nicht offenes Verfahren ohne Vergabebekanntmachung)	
Elektronische Auktion	
Rahmenvereinbarungen	

9. Gelangt bei der Vergabe das Best- oder Billigstbieterprinzip zur Anwendung ?
Bitte Angabe in Prozentwerten gemessen an der Gesamtzahl der Vergaben auf Grundlage des Vergaberechts.

Prinzip	In %
Billigstbieterprinzip	
Bestbieterprinzip	

10. Sind Standards bzw. Qualitätsmerkmale, auf deren Grundlage eine Ausschreibung zur Auftragsvergabe erfolgt, gesetzlich, im Verordnungs- oder im Erlasswege (Richtlinien) festgelegt oder nicht ? Bitte Zutreffendes ankreuzen (X) sowie um Angabe einer etwaigen Fundstelle (Kurz kennzeichnung).

Festlegung von Standards	X	Kurz kennzeichnung, zB § 12 XY SHG
Per Gesetz		
Per Verordnung		
Per Erlass (Richtlinien)		
Keine Festlegung		