# Rahmenbedingungen und Handlungsspielräume in Leistungsverträgen der Kinder- und Jugendhilfe

Nikolaus Dimmel Inno.Sozial Salzburg Zentrum für Sozialwirtschaft Graz (ZfSW)

# Überblick Rechtliche Rahmenbedingungen (1)

- Vorgaben aus KRK 1992, Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern 2011 (Vorrangigkeit des Kindeswohls)
- Ansatzpunkt: Art 15 a Vereinbarung 2019 überlässt Ländern Weiterentwicklung der KJH (Sozialrecht); kein Bundesgrundsatzgesetz mehr
- Leistungen sind gem. BVergG AUSZUSCHREIBEN, sobald Leistungen vom öffentlichen Träger zugekauft werden (öffentliches Wirtschaftsrecht)
- Private Kinder- und Jugendhilfeeinrichtungen können vom Kinder- und Jugendhilfeträger mit der Erbringung bestimmter Leistungen beauftragt werden, wenn dies im Sinne der Grundsätze und Ziele zweckmäßig ist und sie zur Erbringung dieser Leistungen geeignet sind.
- Auswahlkriterium: Eignung und Bewilligung; Private Kinder- und Jugendhilfeträger sind bei Vorliegen der Eignungsvoraussetzung mit Bescheid anzuerkennen (Bewilligung), Fachaufsicht ist auszuüben (Hoheitsverwaltung)
- Ökonomische, personelle, räumliche, konzeptionelle Prüfkriterien in Gesetz / Verordnung
- Ausübung der Fachaufsicht (Auskunfts-, Dokumentationspflichten etc.)

# Überblick Rechtliche Rahmenbedingungen (2)

- Abschluss eines Leistungsvertrags auf Grundlage §§ 1151 ff ABGB ("Innominatkontrakt"); Dienstleistungsvertrag = Werkvertrag (**Zivilrecht**)
- Vertragsinhalt: Bedingungen der Struktur- und Personalqualität; Platzzahl;
  Vertragsdauer; ansonsten strikte Outputorientierung;
- Schwerpunkt im Verträgen: Tagsatz/Normkostenmodellierung; Grundlagen der Bemessung; Deckelung von Overhead, Lohnkosten und Management-Gehältern
- Überwiegend KEINE Definition von Outcome, Prozess- und Beziehungsqualität in SDL der Kinder- und Jugendhilfe
- Grundsatz: KEINE Vertragstypen, Gestaltungsfreiheit
- Grenzen der Vertragsgestaltung: Sittenwidrigkeit, Missbräuchliche Nutzung einer marktbeherrschenden Stellung (Monopson-Konstellation; s.u.)

# Überblick Ökonomische Marktbedingungen

- Ausgangspunkt für die zivil- und wirtschaftsrechtliche Beurteilung =
   MONOPSON: öffentliche Hand alleiniger Nachfrager; Preise qua
   Normkostenmodell oder qua binnenwirksamer Verordnung "festgelegt",
   regulierter, kein freier Markt
- Problematischer Ausgangspunkt Zulässigkeit der MARKTREGULIERUNG: öffentliche Hand im Bundesland regelt Marktzugang und Preis; faktisches Auftrittsverbot nationaler Träger in anderen Bundesländern im Ggs zu Zwang zu EU-weiten Ausschreibungen im Oberschwellenbereich des BVergG
- bislang weitgehend ungeklärt => einseitige Vorgabe von Vertragsinhalten rechtswidriger Eingriff in die betriebswirtschaftliche Gestion von Unternehmen ? (siehe Jud. VfGH zu Gelegenheitsverkehr, Konzessionen, Gebietsschutzkartellierungen bei Apotheken etc.)
- Möglw. Grundrechtsverletzung: Eingriff in die Erwerbsfreiheit Art 6 StGG (s.u.)

# Politische Strategien: Kritik & Föderalisierung

- Kritik an uneinheitlicher Aufsicht bei Fremdunterbringung sowie der Qualitätsstandards für Pflege und Unterbringung
- Kritik am Fehlen bundesweiter Standards und Vorgaben im Hinblick auf Personalqualifikation, Betreuungsschlüssel, Gruppengröße, Partizipation, Beginn und Verlängerung von Maßnahmen nach dem 18. Lebensjahr
- Krititk an Spannungsverhältnis zwischen UN-KRK und fehlendem Rechtsanspruch auf Leistung
- Kritik der KIJA an Rechtsunsicherheit, Rechtsunkenntnis, Handlungsunsicherheit aller Akteure im Feld

### Hoheitsrechtliche Aspekte

### Rahmenbedingungen: Marktzulassung privater KJH-Einrichtungen

- Grundsatz: sozialpädagogische/stationäre Einrichtungen dürfen nur mit Bewilligung betrieben werden; alle anderen Leistungsformen: unterschiedliche Regelungen
- Regelung: NUR Marktzulassung KiJu-Hilfe = hoheitlich (abgesehen von Polizeifunktionen/ Gesundheitsamt, Gewerbebehörde etc.), kein Anspruch auf Leistungsvertrag
- Bindung: etwa § 21 Sbg-KJHG (LBGI 32/2015 idF 29/2020): Bewilligung ist auf Antrag mit Bescheid zu erteilen, soweit die Eignung zum Betrieb gegeben; gleichartig: § 22 Trl-KJHG; ANDERS: § 26 Nö-KJHG: Feststellung der Eignung vom Bedarf abhängig
- Grundsatz: Leistungen dürfen nur von privaten Kinder- und Jugendhilfeeinrichtungen erbracht werden, sofern sie nach ihrer sachlichen und personellen Ausstattung zur Erfüllung dieser Aufgaben geeignet sind (§ 7 StKJHG) Eignungskriterien per G und VO definiert; anders § 22 TKJHG: Bewilligungspflicht nur für sozialpädagogische Einrichtungen; anders § 9, 20, 21, 22, 24 OöTKJHG: Kinderschutzzentren, Betreuungsmöglichkeiten für Kinder und Jugendliche bei familiären Krisensituationen und sozialpädagogische Einrichtungen mittels Bescheid zu bewilligen
- Über das Vorliegen der Eignung privater Kinder- und Jugendhilfeeinrichtungen ist mit **Bescheid** zu entscheiden.
- Kriterien der Eignungsfeststellung sind: fachlich fundiertes Konzept; Fach- und Hilfskräfte in der jeweils erforderlichen Anzahl; geeignete Räumlichkeiten; ausreichende wirtschaftliche Voraussetzungen verfügt (unbestimmte Rechtsbegriffe; Ermessen)

### Rechtliche Ausgangssituatiom

- Gesetz und Verordnung richten sich an die öffentliche Hand/Sozialverwaltung (im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung); d.h. Bindung NUR der öffentlichen Hand
- Ergo: Marktzulassung nur dann wenn Bedingungen (Gesetz/Verordnung) erfüllt sind; breiter Spielraum bei bescheidförmigen Auflagen / Bedingungen
- Faktisch bedeutet das: Leistungsverträge nur dann, wenn sich Träger den von öffentlichen Hand diktierten Bedingungen unterwerfen

### Vergaberechtliche Aspekte

### Rahmenbedingungen: Auschreibungskriterien

- Vergaberecht gilt für Dienstleistungaufträge; d.h.: öffentliche Hand kauft Leistungen zu
- Relevant: Ober- und flexibleres Unterschwellenverfahren; Schwelle liegt bei 750.000 € (Zusammenrechnung von Losen)
- Direkte Vergabe im Dienstleistungsbereich NUR bis zu Wert von 100.000
  € an geeignete, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen möglich
- Allgemeine Grundsätze: Diskriminierungsverbot, Grundsätze des freien und lauteren Wettbewerbs, Gleichbehandlung aller BewerberInnen/Bieterinnen
- Drei wesentliche Kriterien zur Steuerung des Verfahrens sowie d Leistungsverträge:
  - Eignungskriterien
  - Auswahlkriterien
  - Zuschlagskriterien

### Rahmenbedingungen: Auswahlkriterien

- Auswahlkriterien= nicht diskriminierende, unternehmerbezogene Kriterien
- Praktische Anwendungbereich = zweistufiges Verfahren (nicht offenes Verfahren, Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung, elektronische Auktion mit beschränkter Teilnehmeranzahl, nicht-offener Wettbewerb).
- Ziel: Auswahl der Bewerber an Hand bewerteter Kriterien in Reihenfolge
- Mögliche Auswahlkriterien (beliebig erweiterbar):
  - Referenzen (Projekterfahrung)
  - Konzept
  - Qualifikation des Schlüsselpersonals
  - personelle Ressourcen
  - technische Ressourcen

### Rahmenbedingungen: Eignungskriterien

- Eignungskriterien = nicht-diskriminierende K.O. Kriterien, welche die Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit des Unternehmers beschreiben
- Eignungskriterien in Gesetz und VO
- Eignungskriterien = Mindestanforderungen an das Bieter-Unternehmen
- Nichterfüllung von Eignungskriterien hat Ausschluss vom Wettbewerb zur Folge

# Rahmenbedingungen: Zuschlagskriterien

- Zuschlagskriterien = nicht-diskriminierende, mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängende Kriterien, nach welchen das sozialpolitisch und wirtschaftlich günstigste Angebot (Bestbieter- & Billigstprinzip kombiniert) ermittelt wird.
- Nur dann, wenn die **Ausnahmeregelung für das Billigstbieterprinzip** zur Anwendung kommt, ist als einziges Zuschlagskriterium der Preis zulässig.
- Mögliche Zuschlagskriterien im Bereich der KJH
  - Qualität (Struktur, Personal, Prozess, Beziehung, Ergebnis)
  - Preis
  - Output
  - Outcome
  - Zweckmäßigkeit
  - Umwelteigenschaften
  - Fristen/Dauer
- Vergabefremde Kriterien (Nachhaltigkeit, Ökologische Aspekte, Qualität der Beschäftigung, Beschäftigung benachteiligter Gruppen)

### Zivilrechtliche Aspekte

### Leistungsvertrag

- Grundsatz: es herrscht Vertragsfreiheit und Formfreiheit
- Rechtsgrundlage: §§ 1151-1174 ABGB; ERGO: Dienstleistungsvertrag zwischen freiem Wohlfahrtsträger und öffentlichem Kinder- und Jugendhilfeträger = Werkvertrag als "Konsensualvertrag" und "Innominatkontrakt"
- Rahmen Materielles Sozialrecht: Über die Leistungserbringung durch geeignete private Kinder- und Jugendhilfeeinrichtungen können Leistungsverträge abgeschlossen werden, in denen unter anderem Art, Umfang und sonstige Bedingungen der Leistungserbringung sowie die Leistungsentgelte geregelt werden können (B-KJHG; Art 15 a B-VG Vereinbarung 2020)
- Rechtsdogmatisch: Leistungsverträge sind regelhaft "Innominatkontrakte" (Mischung aus Werkvertrag, Mietvertrag, Beherbergungsvertrag/Hotel-Leistung, Kaufvertrag)
- Für die Träger gilt: zwingende Berücksichtigung von Vereins-, Unternehmens-, Handels-, Steuer-, Arbeits-, Miet-, Bankenrecht etc.

### Gesetzliche Vorgaben zu Leistungsverträgen

- § 10 BKJHG 2013: Die Erbringung von Leistungen kann auch privaten Kinder- und Jugendhilfeeinrichtungen übertragen werden, sofern es sich nicht um hoheitliche Tätigkeiten handelt oder die Leistung dem öffentlichen Träger explizit vorbehalten ist. Die Entscheidung darüber treffen die Kinder- und Jugendhilfeträger nach fachlichen, organisatorischen und wirtschaftlichen Überlegungen. Ein – wenn auch nur allgemein formulierter – Vorrang privater Einrichtungen besteht nicht mehr (Verstaatlichungs-Option; siehe Tirol Soziale Dienste GmbH)
- § 11 Abs 3 BKJHG 2013: Über die Leistungserbringung durch geeignete private Kinder- und Jugendhilfeeinrichtungen können Leistungsverträge abgeschlossen werden, in denen unter anderem Art, Umfang und sonstige Bedingungen der Leistungserbringung sowie die Leistungsentgelte geregelt werden können.

# Inhaltliche Ausgestaltung der Leistungsverträge

- Länder erlassen Verordnungen/Richtlinien für den Betrieb von privaten Kinderund Jugendhilfeeinrichtungen (Bspw. Trl LGBL 168/2014); Problematik der gesetzesersetzenden Verordnungen
- Länder (Bspw. Sbg) fixieren Kostenabgeltung auf jährliche Periode.
- Grund dafür: Leistungsvertrag = Privatwirtschaftsverwaltung gem. Art 17 B-VG; hoheitlicher Eingriff in die Vertragsfreiheit wäre verfassungswidrig und kartellrechtswidrig, weil relevanter Eingriff in die Vertragsfreiheit bzw. verfassungsrechtlich relevanter Eingriff in die Erwerbsfreiheit der Unternehmen
- Daher: Fachaufsicht kann nur Eignung der Träger (Konzept, Fach- und Hilfskräfte, Räumlichkeiten, wirtschaftliche Voraussetzungen) prüfen, aber NICHT, ob Kostenabgeltungen sparsam, wirtschaftlich und zweckmäßig verwendet wurden; derlei Vorgaben durch Gesetz und/oder Verordnung addressieren NUR die öffentliche Verwaltung intern
- https://www.salzburg.gv.at/politik /Documents/LRH/lrhbericht referat KJH.pdf

### Wirtschaftsrechtliche-Aspekte

### Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

- Begründung für Anwendung § 5 (1) Kartellgesetz: Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ist verboten. Der MISSBRAUCH besteht
- in der Durchsetzung von nicht-kostendeckenden Dienstleistungspreisen oder von Geschäftsbedingungen, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem (offenem) Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden, wobei Verhaltensweisen von Unternehmern auf vergleichbaren Märkten mit wirksamem Wettbewerb zu berücksichtigen sind
- in der Einschränkung der Erbringung, des Absatzes oder des möglichen Absatzmarktes von Sozialdienstleistungen zum Schaden der KlientInnen
- in der Benachteiligung von Vertragspartnern im Wettbewerb durch Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen

#### Normative Grenzen

# Normative Grenzen des Leistungsvertrags (1)

- Art 5 StGG: Unverletzlichkeit des Eigentums und Art 6 StGG: Freiheit der Erwerbsbetätigung (Folge: Grundrechtseingriff)
- § 1 UWG: unlautere Geschäftspraktik oder unlautere Handlung auch im Dienstleistungsbereich, die geeignet ist, den Wettbewerb zum Nachteil von Unternehmen nicht nur unerheblich zu beeinflussen (Folge: Unterlassung und bei Verschulden auf Schadenersatz); UWG gilt auch für UWG auf juristische Personen des öffentlichen Rechts
- § 1 a UWG: Geschäftspraktik gilt als aggressiv, wenn sie geeignet ist, die Entscheidungs- oder Verhaltensfreiheit des Marktteilnehmers in Bezug auf das Produkt durch Belästigung, Nötigung, oder durch unzulässige Beeinflussung wesentlich zu beeinträchtigen
- Sittenwidrigkeit gem. § 879 ABGB (Folge: Schadenersatz, Rückabwicklung, richterliches Mäßigungsrecht, laesio enormis)
- Arglist gem. § 870 AGBG: Der Vertragschließende wird durch die Vorspiegelung falscher Tatsachen in Irrtum geführt oder durch Unterdrückung wahrer Tatsachen in seinem Irrtum belassen oder bestärkt und dadurch zum Vertragsabschluss bestimmt.

### Normative Grenzen des Leistungsvertrags (2)

- Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gem. Art. 101 und 102 AEUV sowie §§ 1,5 KartellG: Verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen (Land im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung) und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken
- § 105 StGB Nötigung: Drohung mit einer Verletzung am Vermögen durch Zugänglichmachen, Bekanntgeben oder Veröffentlichen von Tatsachen

Handlungsspielräume für ein "Verhandeln auf Augenhöhe"

### Generelle Herausforderungen

- Bislang: Leistungsverträge als rigide kontrollierte buchhalterische Vereinbarung; KJH-Recht muss demgegenüber an **Outcome** und **Qualität** festmachen; Zielsetzung: Outcome- bzw. Wirkungsorientierung als Messkriterium
- Umsetzung: Verankerung eines mehrdimensionalen Qualitätskonzeptes.
  Gegenwärtig nur Struktur- und Personalqualität rubriziert. Es fehlen:
  Prozessqualität, Beziehungsqualität und Ergebnisqualität
- Sicherung der Träger setzt Sicherung der Klientel voraus: nach wie vor KEIN Rechtsanspruch auf Leistungen der KJH; kein Rechtsschutz; auch: KEIN Antragsrecht mündiger Minderjähriger in BMS bzw. Sozialhilfe NEU; Ziel: Sicherstellung des Leistungszugangds
- Konzeptionelle Innovation: KEINE Beendigung der KJH-Leistungen 'grosso modo' mit Erreichen der Volljährigkeit: analog schwedisches Modell
- Strategie: Subjektförderung statt Objektförderung bei gleichzeitig integrierter Kinder- und Jugendhilfeplanung

# Perspektiven im Vergaberecht

- Ansatzpunkt EP/EU-Kommission: Vergaberecht eben KEINE generalisierbare (und auch nicht probate) Alternative zum bisherigen Mix aus Subjektförderung, Objektförderung und Subvention im Rahmen des Beihilfenregimes (oder: Konzession)
- Folge der Neuordnung 24/2014 = Gleichstellung der (bisher)
  primären Zwecke des Vergaberechts (Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit
  und des freien und lauteren Wettbewerbs) und (bisher) sekundären
  Zwecke des Vergaberechts; "vergabefremde" Aspekte seit 2014
  auch unabhängig vom Auftragsgegenstand anwendbar.
- Etablierung vergabefremder, sozialer Aspekte bei Eignungs- und Zuschlagskriterien = als Qualitätskriterien von Organisation und Leistung definiert

### Perspektiven im Leistungsvertragsrecht

- Einstieg: Ein sozialwirtschaftliches Unternehmen ist auch nur ein Friseur; Overhead nach Marktpreisen kalkulieren (7% Overhead wie in Trl schlicht unrealistisch für kleinere und mittlere Träger wenn Personal nach SWÖ-LV entlohnt werden soll)
- Wirtschaftlichkeit: Mehrjährige Finanzierungsperspektive; langjährige Leistungsverträge;
  Kreditkostenrisiko BASEL 3 vermeiden; Planbarkeit sicherstellen >>
- Planungssicherheit: Einpreisung SWÖ-KV im Tagsatz auf Basis eines indexierten Normkostenmodells
- Handlungsspielräume: Sistierung des administrativen Verbots der Rücklagen- und Rückstellungsbildung; denkbar: Innovationsquote (%-Satz gemessen am Umsatz; Mitsubishi => 8% Innovationsbudget); Experimentalbudgets; Reallabore zur Entwicklung neuer SDL; Gewinne als SPO müssen reinvestiert werden dürfen (aber nicht: ausgeschüttet)
- Berücksichtigung der Grenzen der Sittenwidrigkeit § 879 ABGB: einseitiges Diktat nicht kostendeckender Tarife/Tagsätze unzulässig
- Monopson: Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ausschließen oder gerichtsanhängig machen
- Perspektive: Kartellierung der Träger durch Bildung von Holdings; Tagsatzverhandlungen auf Dachverbands-Basis

### Anhang

### Vergabe Leitfaden Kommission "Sozialorientierte Beschaffung" (2010)

- Festlegung des Dienstleistungsauftrags: behindertengerechte Arbeitsplätze;
  Berücksichtigung sozialer Belange in Herstellungs- und Bearbeitungsverfahren;
  Berücksichtigung von Beschäftigungschancen, Einhaltung arbeitsrechtlicher und sozialer
  Bestimmungen, Chancengleichheit, Barrierefreiheit, Berücksichtigung von
  Nachhaltigkeitskriterien, Einbeziehung von fairem Handel, freiwillige Selbstverpflichtung der
  Unternehmen zu sozialer Verantwortung.
- Auswahl der Leistungserbringer: Verfügbarkeit von Know How, Nachweis formaler Qualifikationen des Personals, Verfügbarkeit von Infrastruktur, Kapital, Gebäuden (Bieterausschluss wg Nichtzahlung von Sozialbeiträgen);
- Auftragsvergabe: frei gestaltbar, so lange Bezug zum Vertragsgegenstand, ausdrücklich bekanntgemacht und nicht im Widerspruch zu Grundprinzipien (Transparenz; Gleichbehandlung);
- Vertragserfüllung: Beschäftigung von Lehrlingen, Langzeitarbeitslosen,
  Ausbildungsmaßnahmen; ILO-Compliance; antidiskriminatorische Maßnahmen; ethnische
  Vielfalt im Unternehmen; gleichberechtigter Zugang zu Behinderten; Compliance mit Verbot der Kinder- und Zwangsarbeit; Beachtung von ILO-Kernarbeitsnormen

### Mittelfristiges Subventionsregime

- Grundlage: MaterienG oder Förder-RL (Bund, Land, Gemeinde)
- Förderungen werden ohne (!) Gegenleistung gewährt. Stattdessen wird ein Verhalten oder eine Verhaltensänderung alimentiert. Direkte Förderungen weisen gem.§ 30 Abs. 5 BHG 2013 (haushaltsrechtlicher Förderbegriff) keine unmittelbare angemessene geldwerte Gegenleistung aus.
- Förderzweck = Erfolgszweck = "soziale Inklusion"; Zuwendungszweck = bestimmtes Verhalten
- Fördergeber unterliegt **Diskriminierungsverbot**
- Fördergeber muss Chancengleichheit der Antragsteller einer Förderung wahren, darf nur aus sachlichen Gründen differenzieren (Fiskalgeltung von Grundrechten -Bindung an den Gleichheitssatz) OGH 26.01.1995, 6 Ob 514/95)
- Staatliche Förderungsmaßnahmen nach EU-Beihilfenrecht genehmigungspflichtig, wenn sie eine "Beihilfe" darstellen
- "Beihilfe" = staatlicher Mitteltransfer, selektive Unternehmensbegünstigung, Wettbewerbsverfälschung.
- Schwelle: "De-Minimis-Verordnung" VO Nr. 1407/2013, ABI. L 352 vom 24.12.2013 = 200.000 Euro über Zeitraum von 3 Jahren