

## Submission im Sozial- und Gesundheitswesen

### Ist das sinnvoll und im Sinne der WTO und des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesens?

Grundsatzüberlegungen

von Regine und Andreas Manz<sup>1</sup>

Ob Teile des Sozialwesens dem Beschaffungsgesetz<sup>2</sup> zu unterstellen sind, bedarf einer breiten öffentlichen Diskussion. Die Frage ist von grundlegender politischer und sozialpolitischer Bedeutung und kann nicht von einzelnen Verwaltungsjuristen im Alleingang abgehandelt werden. Folgende Bedenken sollen dabei beachtet werden:

1. Das Beschaffungsgesetz wurde nicht im Hinblick auf das Sozialwesen ausgearbeitet. Der Gesetzgeber resp das Volk hat sich dabei nicht um eine beabsichtigte veränderte Dynamik im Verhältnis der gemeinnützigen privaten Trägerschaften und dem Staat gekümmert. Daher kann nicht mit einer singulär juristischen Auslegeargumentation Teile des Sozialwesens in den Submissionsprozess eingebunden werden, ohne die damit verbundenen Veränderungen im Verhältnis Staat / Private einer breiten Diskussion zu unterziehen. Es geht hierbei also nicht um eine Frage der formalen Gesetzesauslegung, sondern um die Frage, ob der Gesetzgeber das so gemeint und beabsichtigt haben konnte.
2. Das Beschaffungsgesetz beabsichtigt den Schutz des freien Wettbewerbes. Es beschneidet damit den Staat in seiner Autonomie, bei grösseren Investitionen oder wiederkehrenden Unterhaltsarbeiten so handeln zu können, wie dies ein privater Eigentümer könnte, der Arbeiten nach blossem Gutdünken vergeben kann. Es ist demnach ein Gesetz, das dem Staat gegenüber dem Privaten Sonderpflichten auferlegt. Es weist dem Staat klare Leitlinien in der Ausübung seiner Entscheidungsbefugnisse zu und schützt den privaten Anbieter davor, dass er sich durch eine Fraternisierung die Aufträge erschleichen muss.
3. 2001 hat der Regierungsrat die Volkswirtschafts- und Sanitätsdirektion des Kantons Baselland beauftragt, die ambulante Alkoholberatungsstellen im Kanton Baselland' öffentlich auszuschreiben. Das damals durchgeführte Verfahren brachte zu Tage, dass das Submissionsverfahren, angewandt auf den Sozialbereich, genau das Gegenteil bewirkt, als das Gesetz eigentlich beabsichtigt: statt den bestehenden Wettbewerb unter verschiedenen Anbietern zu fördern, unterbindet es ihn, indem die Anbieter entweder zur Bildung einer alles integrierenden Arbeitsgemeinschaft zwingt (dann ist

---

<sup>1</sup> Das Papier ist aus der Beobachtung heraus entstanden, dass ein Teil der Gestalter unserer Sozial- und Pflegehilfe sich anschickt, die Submissionsgesetzgebung so zu verstehen, dass private Leistungen öffentlich ausgeschrieben werden sollen. Wir haben uns in grundlegender Weise mit dem dahinter stehenden Anliegen auseinandergesetzt und diese Überlegungen zu Papier gebracht. **Liestal 21.12.2015**

<sup>2</sup> Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16.12.1994 (172.056.1)

nur noch ein Anbieter da) oder den gemeinnützigen Verein, der den Zuschlag verpasst, zerstört (dann ist ebenfalls nur noch ein Anbieter da). Das theoretische Ziel, dass alle 3 Jahre der Wettbewerb anlässlich der wiederkehrenden Ausschreibung stimuliert werde, wurde verfehlt, da bekanntlich Erfahrung und Verankerung einer qualifizierten und autorisierten Sozialhilfe nicht auf dem Reissbrett entstehen kann, sondern Folge einer jahrelangen Arbeit darstellt. Zudem lebt die Sozialhilfe von ihrer hohen Kontinuität. Würde nach 3 Jahren der Anbieter ausgewechselt, würden die laufenden Hilfebeziehungen auf einen Schlag zerstört und das Aufgebaute in Frage gestellt. Der Staat könnte vom neuen Anbieter nicht verlangen, dass er mit dem bestehenden therapeutischen Personals des Voranbieters weiterfahren würde. Sozialhilfe ist aber in erster Linie Beziehungsarbeit, die auf Kontinuität und nicht auf Wettbewerb aufbaut. Ohne Leistungsauftrag und Subventionen kann eine kantonsabdeckende Suchthilfe nicht aus dem Nichts zwecks Bewerbungseingabe aus dem Boden zu stampfen. Der einzige Anbieter muss also der einzige bleiben oder die Versprechungen, die in der Eingabe getätigt werden, sind nicht erfüllbar. Diese Erkenntnis führte 2001 dazu, dass der Regierungsrat nach dem Eingang von zwei Bewerbungen, das Verfahren abgebrochen hatte.

4. Auch die andere Absicht des Gesetzes, nämlich die Beschneidung staatlicher Gewalt, wird in einem Submissionsverfahren im medizinischen und sozialen Feld umgekehrt: Bisher gilt, dass Konzepte in der Sozialhilfe und der Behandlung von Kranken von Fachleuten auf einer breit abgestützten Diskussionsbasis ausgearbeitet werden. Private Organisationen beteiligen sich an der fachlichen und strategischen Diskussion und bringen ihre Erfahrung ein. So funktioniert seit Jahrzehnten unser gut eingespieltes Zusammenwirken von Eigenverantwortung, privater Initiative, gesellschaftlichen Prozessen und staatlichem Wirken. Der Begriff dazu ist derjenige der Subsidiarität. Der Staat greift nur dort ein, wo der Private keine Eigeninitiative in der Gestaltung unseres Sozialwesens ergreift. Er beteiligt sich an der Impulssetzung und Koordination. Ein Submissionsverfahren zwingt den Staat, Ausschreibungsunterlagen zu erarbeiten, die alle wesentlichen konzeptionellen Elemente enthalten müssen, nach denen das Gemeinwesen gestaltet werden soll. Das dahinterstehende Konzeptverfahren muss unter Ausschluss der Öffentlichkeit und namhafter Fachleuten geschehen, weil sonst diese an der Umsetzung nicht teilnehmen dürfen. Solche Konzepte können also gar nicht breit abgestützt sein und werden gezwungenermassen rein technokratische Verwaltungspapiere sein, die das Gemeinwesen gar nicht „von unten nach oben“ gestalten können. Die für unsere Gesellschaft zentrale Subsidiarität würde geopfert. Damit übernimmt der Staat aber eine neue Machtfülle, nämlich die des Konzeptgebers und des Konzeptwählers (er überträgt eigenständig den Auftrag an denjenigen Bewerber, der ihm das einleuchtendere Konzept vorgelegt hat, ohne aber dazu fachlich für eine solche Auswahl in der Lage zu sein). Die Privaten müssen davon

ausgeschlossen werden, da bei einer Sozialhilfe in einem kleinen Gebiet sinnigerweise die wesentlichen Anbieter miteinander personell stark vernetzt sind und allenthalben Befangenheit reklamiert werden müsste. Es bleibt also gar nichts anderes übrig, als dass der Staat sich eine Konzeptmacht nimmt, die er vorher nicht beansprucht hat. Die Absicht des Gesetzes der staatlichen Machtbeschneidung ist auch in diesem Punkt nicht erfüllt.

5. Diese Überlegungen illustrieren, dass ein Diskussionsbedarf um die verwaltungsjuristische Gesetzesinterpretation in aller Öffentlichkeit notwendig ist, bevor mittels dieser Gesetzesinterpretation das Verhältnis zwischen Staat und privaten Organisationen grundlegend umgekrempelt werden sollte. Die Grundordnung des bestehenden Subsidiaritätsprinzips soll daher eingehender beleuchtet werden:
6. Das Sozialwesen ist nach sehr langem sozialpolitischem Konsens auf das Subsidiaritätsprinzip aufgebaut. Das Prinzip der Subsidiarität hebt sich gegen einen staatlichen Zentralismus ab und geht von der Überlegung aus, dass das, was der Einzelne aus eigener Initiative leisten kann, ihm nicht entzogen und der Gemeinschaft übertragen werden darf, diese aber im Bedarfsfall zur Hilfeleistung (im Sinne ‚Hilfe zur Selbsthilfe‘) verpflichtet ist. Die Gesellschaftsidee ist ein Aufbau von unten nach oben, ausgehend von der Familie und den Primärgruppen. Darauf bauen sich Sekundärgruppen örtlicher oder funktionaler Art auf, getragen von Menschen, die sich über ihre eigene primäre Interessenlage hinaus für das Gemeinwohl einsetzen. Der Staat steht am Ende dieses Aufbaues und hilft dort, wo Sekundärgruppen die aufgegriffenen Probleme nicht alleine lösen können, vor allem mittels finanzieller Unterstützung. Der Staat wird aufgrund des Subsidiaritätsprinzips nicht als mächtiger Auftraggeber gesehen, sondern als Partner der Sekundärgruppen (v.a. Vereine), der mittels seiner finanziellen Unterstützung deren - auf Trägerschaftsebene meist in unentgeltlicher Weise gemeinnützig erbrachten - Arbeit ermöglicht und fördert. Diese Sichtweise schließt eine staatliche Kontrolle mit ein. Die Kontrolle erfolgt aber nicht aufgrund eines Oben-Unten-Prinzips, sondern aufgrund der Einsitznahme staatlicher Vertreter in den privaten Organisationen, also aufgrund einer guten Vernetzung mit den Vereinen. Diese persönliche Vernetzung von Staatsvertretern in soziale Organisationen ist aus praktischen Gründen nicht überall möglich. Sie wurde in den letzten 20 Jahren deswegen mehr und mehr durch umschriebene Leistungsaufträge ersetzt, die zugesprochen oder verweigert werden. Das hat zu einer merklichen Entfremdung der staatlichen Organe von den Leistungserbringern geführt.

Der Schutz der privaten Hilfe basiert auf dem Wissen, dass es bekanntlich weit mehr als Geld braucht, um in einer Sozietät wirken zu können. Die breite Sozialhilfe ist denn auch allermeist aus einer persönlichen Betroffenheit heraus entstanden und stellt keine Dienstleistung im kommerziellen Sinne dar, wie dies die Müllabfuhr oder die

Elektrizitätswerke sind. Das Wesentliche an der Sozialhilfe ist neben fachlichen Aspekten die persönliche Verbundenheit der Träger mit dem Handlungsfeld. Die Schwäche liegt oft in administrativen Belangen, die beispielsweise einem kommerziellen Ausschreibeverfahren nicht standhalten könnten.

7. Somit muss festgestellt werden: das sozialpolitische Grundprinzip der Subsidiarität, das den gültigen gesellschaftspolitischen Konsensus darstellt, steht im Widerspruch zum Submissionswesen <sup>3)</sup>, wo der Staat die auftragvergebende Macht darstellt. Es würde an diesem Gesetz zerbrechen. Das kann so nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein.
8. Nun gibt es auch eine ganz grundlegende Ebene zu betrachten: Damit der Staat ein gültiges Ausschreibeverfahren aufsetzen könnte, müsste er genaue Umschreibungen der Problemstellungen und Lösungsvorgaben anfertigen, die für den Leistungserbringer gelten sollen. Ein Ausschreibeverfahren ist zudem justiziabel. Die Ausschreibung muss daher in einklagbaren Worten formuliert werden. Wie schwierig dies ist, sehen wir bei komplexen Bauvorhaben. Es ist einfach, die Kriterien für die Müllabfuhr zu benennen. Schwieriger ist es bereits, wenn ein Tunnel gebaut oder ein Spitalneubau offeriert werden muss. Aber immerhin kann bei letzterem gelten, dass es klug und notwendig ist, eine solch komplexe Sache wie ein Spitalbau genau zu überlegen und in Worte zu fassen. Das Vorhaben scheitert oft dort, wo die Planer und Ausschreiber sich menschliche Abläufe vorstellen müssen. Deswegen fluchen die Spitalnutzer so oft über das Erbaute, weil das für teures Geld hingestellte Gebäude den tatsächlichen Anforderungen nur teilweise gerecht wird. Das hat nichts mit der Dummheit der Planer, sondern mit der Komplexität des Planungsgegenstandes zu tun. Es sind hier vor allem die weichen (ungenauen) Parameter, die die Sache so schwer bestimmbar machen. Sie entziehen sich einer zentralen Erfassbarkeit. Wo eine zentrale Planung deren Operationalisierung dennoch notwendig macht, sind die unbefriedigenden Resultate vorprogrammiert. Friedrich August Hayek, der Nobelpreisträger von 1974 (1899-1992) und Ökonom, hat sich intensiv mit der Struktur komplexer Phänomene befasst. Er legt in seinen Werken dar<sup>4)</sup>, dass die exakte Erfassung oder gar mathematische Berechnung komplexer Phänomene zu keinen wahren oder sinnvollen Resultaten führen könne, weil die erfassbaren Kriterien entweder gänzlich unbekannt seien oder so diffus und schwer eindeutig bestimmbar, dass sie nicht in allgemeingültige Worte und Formeln umsetzbar sind. Daher sei eine zentrale Planung komplexer Problemstellungen wenn immer möglich zu unterlassen. Zu den Fachgebieten, die aus komplexen Problemstellungen bestehen, zählt er neben der Ökonomie auch die Sozialwissenschaften. Er leitet daraus ab, dass es nicht Aufgabe des Staates oder anderer Gross-

---

<sup>3)</sup> das Submissionsgesetz hat denn auch keine grundlegende sozialpolitische Absicht.

<sup>4)</sup> Friedrich August Hayek: MISSBRAUCH UND VERFALL DER VERNUNFT, 1944 und Aufsatz DIE THEORIE KOMPLEXER PHÄNOMENE von 1961.

organisationen sein könne, solche Gebiete zentral zu regeln, weil die dazu notwendige Datengrundlage für eine solche Regelung fehle und daher der Erfolg der Regelung negativ ausfallen müsse. Solch komplexe Phänomene können am besten gelöst werden, wenn die eigene Betroffenheit der Probleme zu möglichst optimalen Lösungen zwingt. Der Staat habe hier die Aufgabe, eine liberale Gesellschaftsordnung zu beschützen, damit der Einzelne in einer Interesse gesteuerten Kleinräumigkeit die komplexen Probleme intuitiv lösen könne. Damit wurde F.A.Hayek zu einem der wichtigsten Stimmen des Liberalismus. Dass heute unter dem politisch falsch verstandenen Absicht einer liberalen Gesellschaftsordnung eine zentralistische Submission in unser Gemeinwesen eingeführt werden soll, entbehrt nicht einer gewissen Ironie.

9. Die WTO: Was will die WTO mit der Wettbewerbsbestimmung, die hinter den schweizerischen und kantonalen Submissionsgesetzen steht? Betrachten wir kurz die Geschichte dieser Organisation.....
10. Kehren wir nochmals zur Wettbewerbsfrage zurück und versuchen wir, die Frage pragmatisch, also ganz praktisch zu stellen. Unter welchen Umständen entsteht ein Wettbewerb im Sozial- und Gesundheitswesen und wo ist dieser eine ideologische Illusion? .....