

DOMBERTRECHTSANWÄLTE

DOMBERTRECHTSANWÄLTE Part mbB · Postfach 60 05 03 · 14405 Potsdam

Qualitätsanforderungen an den Betrieb von Notunterkünften in Berlin

Gutachten

DOMBERTRECHTSANWÄLTE PartmbB

vorgelegt von

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Prof. Dr. Matthias Dombert, Potsdam

Richter des Verfassungsgerichts des Landes Brandenburg, a.D.

und

Rechtsanwältin Laura Scharfenberg, Potsdam

1. Problemstellung

Die gestiegenen Flüchtlingszahlen haben die Bundesländer vor Probleme bei der Bereitstellung von Unterkünften gestellt; ob zurückgehende Zahlen an diesem Befund etwas ändern, braucht an dieser Stelle nicht problematisiert zu werden. Nach wie vor organisiert in Berlin jedenfalls das Landesamt für Gesundheit und Soziales (kurz: LAGeSo) die Akquisition, die Errichtung, den Betrieb, die Belegung und die Schließung von Aufnahmeeinrichtungen und Gemeinschaftsunterkünften für Flüchtlinge.

Partnerschaft mit beschränkter
Berufshaftung

Prof. Dr. Matthias Dombert ^P
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Janko Geßner ^P

Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Dr. Margarete Mühl-Jäckel, ^P
LL.M. (Harvard)

Dr. Helmar Hentschke ^P

Prof. Dr. Klaus Herrmann ^P
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Dr. Daniela Schäfrich ^P

Dr. Jan Thiele

Dr. Konstantin Krukowski

Dr. Susanne Weber

Dr. Dominik Lück

Dr. Konrad Asemissen

Dr. Hans Christian Wilms

Dr. Benjamin Grimm, LL.M. (Dublin)

P - Partner i.S.d. PartGG

Mangerstraße 26
14467 Potsdam
Telefon 0331 / 620 42 70
Telefax 0331 / 620 42 71
post@dombert.de
www.dombert.de

Bankverbindung
Mittelbrandenburgische Sparkasse
IBAN DE20 1605 0000 3503 0130 90
BIC WELADED1PMB

Fremdgeldkonto
IBAN DE61 1605 0000 1000 8433 23
BIC WELADED1PMB

Partnerschaft mit beschränkter
Berufshaftung
Sitz Potsdam, AG Potsdam PR 119

Das LAGeSo schließt in diesem Zusammenhang mit Privaten – etwa Vereinen oder Personengesellschaften – Verträge über den Betrieb von Aufnahmeeinrichtungen und Gemeinschaftsunterkünften und bezeichnet diese Einrichtungen als „vertragsgebundene Unterkünfte“¹. So werden über die Internetseite des LAGeSo „neue und engagierte Betreiber“² gesucht. Möchte eine Privatperson Betreiber werden, ist auf der Internetseite des LAGeSo das Verfahren für die Einreichung von Angeboten veröffentlicht.³ Für alle Interessenten sind Leistungsbeschreibung und Angebotsbögen sowie ein Mustervertrag mit der Anlage „Qualitätsanforderungen für vertragsgebundene Unterkünfte“ bereitgestellt.

Die Leistungsbeschreibung für Betreiber enthält dabei eine ausführliche allgemeine Aufgabenbeschreibung, die auf den Mustervertrag Bezug nimmt. Die Anforderungen an die Unterbringung und Betreuung wird dargestellt, beispielsweise Zimmergröße, Grundausstattung der Räumlichkeiten, Reinigungsrythmus, Ausgestaltung der Verpflegung, Betreuung und Beschäftigungsmaßnahmen und Umfang des einzusetzenden Personals. Zuletzt wird der Betreiber verpflichtet, spätestens vier Wochen nach Bezug ein Einrichtungskonzept vorzulegen. Dieses soll Angaben zum Betreiber, eine Beschreibung der Einrichtung, eine Aufstellung des beschäftigten Personals, eine Beschreibung der Verfahren für Ein- und Auszug, Umgang mit Beschwerden sowie Abmahnungen/Hausverbote sowie ein Sicherheits- und Versorgungskonzept enthalten.

Dem Abschluss eines „Betreibervertrages“ geht eine „Absichtserklärung“⁴ zwischen Betreiber und LAGeSo voraus, in der sich die Parteien verpflichten, einen Vertrag auszuhandeln. Aufgrund der länger andauernden Kalkulation der Tagessätze für Bewohner bleibt die Verhandlung meist lange auf dieser Stufe stehen, so dass die Unterkünfte dauerhaft auf der Grundlage von Absichtserklärungen betrieben werden.⁵

¹ vgl. Internetseite des LAGeSo: <https://www.berlin.de/lageso/soziales/asyl-aussiedler/berliner-unterbringungsleitstelle/> (abgerufen am 20.04.2016).

² Alle Unterlagen abrufbar unter <https://www.berlin.de/lageso/soziales/asyl-aussiedler/berliner-unterbringungsleitstelle/informationen-zu-betreiber-und-immobilienangeboten/> (abgerufen am 20.04.2016.)

³ <https://www.berlin.de/lageso/soziales/asyl-aussiedler/berliner-unterbringungsleitstelle/informationen-zu-betreiber-und-immobilienangeboten/> (abgerufen am 20.04.2016).

⁴ abrufbar unter: <http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/Vorvertrag-Anonym.pdf> (abgerufen am 20.04.2016).

⁵ vgl. dazu die Berichterstattung der Presse mit entsprechenden Bestätigungen durch die Sprecherin des LAGeSo, Silvia Kostner: <http://www.taz.de/!5262329/> (abgerufen am 20.04.2016).

Diese Praxis trifft auf die Kritik, dass die Qualitätsanforderungen an vertragsgebundene Unterkünfte in Berlin nicht eingehalten würden. Ihr wird mit dem Hinweis begegnet, es bestehe kein Vertrag mit dem jeweiligen Betreiber, die üblichen Qualitätsanforderungen würden damit nicht gelten.⁶ Der kommissarische Leiter des LAGeSo hat dementsprechend im Berliner Abgeordnetenhaus darauf hingewiesen, zwischen LAGeSo und Betreibern bestünden aufgrund der notwendigen komplexen Kalkulation der Abrechnung lediglich Absichtserklärungen, die Qualitätsstandards seien noch nicht definiert.⁷ Man wolle künftig einen strukturierten Prozess der Neuausschreibung einzelner Unterkünfte mit verankerten Qualitätsstandards schaffen.

Diese so eingeräumte Praxis schafft den Anlass für diese Bewertung. Sie geht der Frage nach, ob direkt nach Aufnahme des Betriebs – also nach Unterzeichnung der Absichtserklärung – Qualitätsanforderungen gelten.

Dabei folgt die nachstehende (naturgemäß knappe) Untersuchung folgendem Aufbau: Nach Wiedergabe der Ergebnisse wird in einem ersten Schritt das Berliner Unterbringungssystem dargestellt. Sodann wird die Rechtsnatur der Aufgabenübertragung an die Betreiber untersucht und die Regelungen des Vergaberechts dargestellt. Nach einem Überblick über die Rechtsnatur der „Absichtserklärung“ wird geprüft, ob die Qualitätsanforderungen der Leistungsbeschreibung und des Mustervertrages unmittelbar nach Aufnahme des Betriebes gelten.

2. Zusammenfassung

- 2.1. Im einstufigen Unterbringungssystem Berlins ist das LAGeSo für die Errichtung und den Betrieb von Erstaufnahmeeinrichtungen, Gemeinschaftsunterkünften und Notunterkünften zuständig.**
- 2.2. Der Betrieb von Unterkünften durch Private stellt schlichte Verwaltungshilfe dar. Die Letztentscheidungsbefugnis liegt beim LAGeSo, der Betreiber arbeitet weisungsgebunden.**

⁶ Vgl. Bericht der Bürgerinitiative „Kreuzberg hilft“: <http://kreuzberg-hilft.com/wp-content/uploads/2016/03/20160308-Pressmitteilung-Kreuzberg-hilft-zu-Betreiber-LAGeSo.pdf> (abgerufen am 20.04.2016).

⁷ vgl. Abgeordnetenhaus Berlin, Inhaltsprotokoll GesSoz vom 22.02.2016, 17/72, S. 9f.

- 2.3 Das LAGeSo muss als öffentlicher Auftraggeber vor Abschluss eines solchen Vertrages ein den gesetzlichen Vorschriften genügendes Vergabeverfahren durchführen. Aufgrund der besonderen Dringlichkeit bei der Unterbringung von Flüchtlingen kann diese Vergabe im freihändigen Verfahren, also ohne Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb, erfolgen.
- 2.4 Die unterzeichnete Absichtserklärung stellt den vergaberechtlichen Zuschlag dar. In ihr wird der Gegenstand des Betriebs, also die konkrete Unterkunft, benannt.
- 2.5 Mit Aufnahme des Betriebes gelten die vom LAGeSo formulierten Qualitätsanforderungen des Mustervertrages und der Leistungsbeschreibung. Es kommt nicht darauf an, ob schon ein schriftlicher Betreibervertrag abgeschlossen wurde. Durch den Betrieb der Notunterkunft ist dieser bereits konkludent zustande gekommen.
- 2.6 Darüber hinaus bestimmt die Leistungsbeschreibung den Inhalt der geschuldeten Leistung im Vergabeverfahren. Aufgrund dieser Beschreibung hat sich der Betreiber beworben, so dass er sich auch an den dort formulierten Anforderungen messen lassen muss.

3. Unterbringungssystem im Land Berlin

Bevor der Frage nach der Geltung von Qualitätsanforderungen nachgegangen werden kann, ist das System der Unterbringung von Flüchtlingen im Land Berlin darzustellen. Davon hängt ab, welche Stelle für den Betrieb welcher Unterkunft zuständig ist.

a. Gesetzliche Verpflichtung und Abgrenzung der Unterkunftsformen

Die Verpflichtung der Bundesländer zur Einrichtung von Unterkünften ergibt sich aus §§ 44, 47 AsylVfG. Danach müssen die Länder die erforderlichen Aufnahmeeinrichtungen für die Unterbringung Asylbegehrender schaffen. §§ 53, 47 AsylVfG sieht eine Unterbringung in Gemeinschaftsunterkünften vor. In den Aufnahmeeinrichtungen nach § 44 AsylVfG – den Erstaufnahmeeinrichtungen – sollen die Asylbewerber bis zu sechs Wochen und maximal sechs Monate nach Asylantragstellung wohnen. Nach Ablauf dieser Frist und für den Fall, dass über den Asylantrag noch nicht entschieden wurde, sind Asylbewerber noch nicht frei in der Bestimmung ihres Wohnorts. Sie sind nach § 53 AsylVfG vielmehr weiter in dezentralen Gemeinschaftsunterkünften der Länder unterzubringen.

Notunterkünfte sind gesetzlich nicht vorgesehen, werden aber vielfach aufgrund der hohen Ankunfts zahlen der Unterbringung in einer Aufnahmeeinrichtung vorgeschaltet⁸: Die Flüchtlinge sollen in einer Notunterkunft verbleiben, bis der Asylantrag gestellt wurde und klar ist, in welchem Bundesland der Flüchtling Aufnahme findet.

b. Einstufiges Unterbringungssystem im Land Berlin

Anders als in Flächenstaaten – wo Flüchtlinge aus den Erstaufnahmeeinrichtungen der Länder auf die kommunalen Gebietskörperschaften verteilt werden – ist in Stadtstaaten das Unterbringungssystem einstufig, die Verantwortung für die weitere Unterbringung liegt bei der Landesregierung.

Nach dem Berliner Landesämtererrichtungsgesetz (LAmtErG) ist das LAGeSo für die Unterbringung zuständig. Davon umfasst sind gemäß Anlage 1 Nr. 13 zu § 2 Abs. 1 LAmtErG

„Errichtung, Betrieb, Belegung und Schließung von Erstaufnahmeeinrichtungen und Gemeinschaftsunterkünften sowie Beschaffung von Heim- und Wohnplätzen für Asylbewerber, Kontingentflüchtlinge und Flüchtlinge aus Kriegs- und Bürgerkriegsgebieten, die vorübergehend Schutz in der Bundesrepublik Deutschland erhalten, durch Verträge mit Dritten“.

Das LAGeSo ist unmittelbar der Senatsverwaltung für Gesundheit und Soziales untergeordnet. Innerhalb des LAGeSo ist die Abteilung „Berliner Unterbringungsleitstelle“ (BUL) zuständig, die mit Privaten Verträge über den Betrieb von Unterkünften abschließt. Betreiber können neben Vereinen auch Personengesellschaften, etwa eine GmbH, sein. Die Berliner Bezirke sind an der Verwaltung nicht beteiligt.

Eine strikte Trennung der Aufgabe der Stellung von Gemeinschaftsunterkünften und Erstaufnahmeeinrichtungen erfolgt in Berlin nicht, weil der Senat aufgrund des einstufigen Aufbaus ohnehin für beides zuständig ist. So kann nach § 1 Abs. 2 des Mustervertrags eine Gemeinschaftsunterkunft ohne weiteres eine Aufnahmeeinrichtung werden. Die Kosten für die Unterbringung und Verpflegung übernimmt der Senat. Nach § 4 des Mustervertrages wird ein Tagessatz für jede zugewiesene Person errechnet.

⁸ vgl. Heusch, in: Kluth/Heusch, BeckOK Ausländerrecht, AsylVfG, § 44, Rn. 9.

4. Rechtsnatur der Übertragung

Die Frage der Geltung von Qualitätsanforderungen hängt von der Frage der Rechtsnatur der als „Betreibervertrag“ bezeichneten Übertragung der Aufgabe des Unterkunftsbetriebs auf Dritte ab. Wird eine hoheitliche Aufgabe von Privaten durchgeführt, stellt sich regelmäßig die Frage, wie diese „Indienstnahme“ zu kategorisieren ist. Herkömmlicherweise wird hierbei zwischen Formen der Privatisierung und der schlichten Verwaltungshilfe unterschieden, abhängig vom Grad der staatlichen Einflussmöglichkeiten.

a. Materielle Privatisierung und Beleihung

Von einer Privatisierung kann im konkreten Fall nicht ausgegangen werden. Weder entledigt sich der Staat – in Form der sogenannten materiellen Privatisierung⁹ – der Flüchtlingsunterbringung als Aufgabe völlig, noch wird in Gestalt der Beleihung¹⁰ ein bestimmter privater Akteur ermächtigt, die Flüchtlingsunterbringung in eigenen Namen durchzuführen. Die Privatisierung einer Aufgabe muss zudem stets durch Gesetz erfolgen¹¹, hier aber erfolgt die Übertragung bezüglich einzelner Unterkünfte durch Vertrag.

b. Verwaltungshilfe auf Vertragsbasis

Bei der Zusammenarbeit auf Vertragsbasis im Einzelfall ist von schlichter Verwaltungshilfe auszugehen, bei der Private vorbereitend und unterstützend einzelne Teilleistungen innerhalb einer Staatsaufgabe erbringen. Der Verwaltung steht es nach dem Grundsatz der organisatorischen Wahlfreiheit zu, sich zur Erfüllung ihrer gesetzlich vorgesehenen Aufgaben privater Verwaltungshelfer zu bedienen.¹²

Von Verwaltungshilfe wird gesprochen, wenn der Private als verlängerter Arm der Verwaltung agiert, also lediglich als Werkzeug der Verwaltung eingesetzt wird, mit der Fol-

⁹ vgl. Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, 7. Aufl. 2010, § 90 Rn. 17.

¹⁰ Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, 7. Aufl. 2010, § 90, Rn. 19.

¹¹ vgl. Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, 7. Aufl. 2010, § 90 Rn. 47.

¹² vgl. Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, 7. Aufl. 2010, § 91 Rn. 32.

ge, dass die Verwaltung Herrin der Schlussentscheidung bleibt.¹³ Die Verwaltung darf sich freilich nicht durch eine „Flucht ins Privatrecht“ ihren öffentlich rechtlichen Bindungen entziehen. Häufig anzutreffendes Beispiel für einen „klassischen“ Verwaltungshelfer ist der Abschleppunternehmer, der im Auftrag der Polizei einen PKW umsetzt oder der Schülerlotse, der im Auftrag der Schule den Verkehr vor der Schule regelt.

Die Verwaltungshilfe muss nicht durch Gesetz übertragen werden, eine vertragliche Vereinbarung zwischen der Verwaltung und ihrem privaten Erfüllungsgehilfen ist ausreichend. Wird die Grenze der Verwaltungshilfe überschritten, indem der Private selbständig tätig wird und so eine Zuständigkeitsverlagerung auf ihn stattfindet, muss eine Beleidigung auf gesetzlicher Grundlage stattfinden.¹⁴ Kurz gesagt: Behilft sich die Verwaltung bei der Erfüllung ihrer Aufgaben eines Privaten allein auf vertraglicher Grundlage, muss sie in der Verantwortung bleiben und insbesondere die Entscheidungsbefugnis und Aufsicht innehaben. Alles, was darüber hinausgehen soll, müsste der Gesetzgeber erst ermöglichen.

Die vertragliche Grundlage ist im konkreten Zusammenhang ein entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag nach § 675 BGB. Ein solcher Vertrag ist dadurch gekennzeichnet, dass der Geschäftsbesorger in grundsätzlichen Belangen weisungsgebunden ist. Er wird gerade für den Geschäftsherrn tätig und hat sein Handeln an dessen Interessen auszurichten.¹⁵

Der Mustervertrag beschreibt genau eine solche Weisungsgebundenheit des Betreibers: Das Land bestimmt, ob die Unterkunft eine Aufnahmeeinrichtung oder eine Gemeinschaftsunterkunft sein soll (§ 1 Abs. 2), wie belegt und abgerechnet wird (§ 1 Abs. 3) und legt die Kapazität fest (§ 3 Abs. 5). Zudem schreibt das Land den Personalschlüssel (§ 5 Abs. 1), die Ausgestaltung der Dienstpläne (§ 5 Abs. 4) und die Heimordnung (§ 6 Abs. 2) vor.

Die Letztentscheidung bezüglich wichtiger Punkte der Zusammenarbeit liegt allein auf Seiten des Landes: Es hat umfangreiche Prüfungs- und Kontrollrechte mit dem einseitigen Recht zur Festsetzung von Vertragsstrafen (§ 5 Abs. 5). Dem Land steht ein fristloses außerordentliches Kündigungsrecht zu, wenn der Betreiber eine Verpflichtung aus

¹³ vgl. Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, 7. Aufl. 2010, § 91 Rn. 2.

¹⁴ vgl. Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Aufl. 2014, § 1, Rn. 251.

¹⁵ vgl. zu alledem: Heermann, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 675, Rn. 3ff; zur besonderen Ausformung des Betriebsführungsvertrags: BGH NJW 1982, 1817.

dem Vertrag schuldhaft verletzt. (§ 9 Abs. 3). Auf der anderen Seite kann das Land allein die Laufzeit des Vertrages verlängern (§ 9 Abs. 2).

Der Betreiber kann außerdem nur eingeschränkt darüber bestimmen, wer sich in der Unterkunft aufhält: Die Bewohner werden vom Land zugeteilt. Außerdem muss der Betreiber die Gemeinschaftsräume migrationspolitisch engagierten Initiativen für Maßnahmen zur Verfügung zu stellen (§ 6 Abs. 13). Über Verwarnungen muss das Land informiert werden, beabsichtigte Hausverbote müssen dem Land gar vor Erteilung mitgeteilt werden (§ 8 Abs. 3).

All diese Einschränkungen der selbständigen Entscheidungshoheit des Betreibers zeigen, dass dieser schlicht als Verwaltungshelfer tätig wird, das LAGeSo weisungsbefugt ist und der Betreiber für das LAGeSo – gleich eines „Hausmeisters“ – lediglich ein eingeschränktes Hausrecht ausübt.

5. Vergabesystem

Ist damit klar, dass der Betreiber als schlichter Verwaltungshelfer tätig wird, stellt sich die Frage nach der Form der Auswahl des Vertragspartners durch das LAGeSo, insbesondere nach der Rechtsnatur der Absichtserklärung.

a. Regelungen des Vergaberechts

Vergibt ein öffentlicher Auftraggeber einen entgeltlichen Auftrag, sind die Regelungen des Vergaberechts einzuhalten. Gemäß §§ 100 Abs. 1, 127 Nr. 1 GWB¹⁶ und §§ 2, Nr 2, 4 VgV¹⁷ ist ein öffentliches Vergabeverfahren durchzuführen, wenn der Wert des öffentlichen Dienstleistungsauftrages im Jahr 207.000 Euro übersteigt. Die Ausführungsvorschriften der LHO¹⁸ Berlin verweisen für Ausschreibungen über dem Schwellenwert ausdrücklich auf die Vorgaben des GWB, der VgV und des VOL/A (§ 55 Nr. 1.1 AV LHO Berlin). Aber auch bei Unterschreitung dieses Schwellenwertes gilt nach § 55 Nr. 2.2 AV LHO Berlin, dass eine Ausschreibung nach der VOL/A stattfinden muss.

¹⁶ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

¹⁷ Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge.

¹⁸ Landeshaushaltsordnung.

Ein solches Vergabeverfahren umfasst häufig mehr als sechs Monate.¹⁹ Bei unmittelbar notwendigen Erstversorgung sind solche Verfahrenslaufzeiten meist zu lang, so dass das Vergaberecht in § 3 VOL/A im Falle der Dringlichkeit Möglichkeiten der Beschleunigung vorsieht.²⁰ So kann eine freihändige Vergabe ohne Teilnahmewettbewerb (auch Direktvergabe genannt) erfolgen: Potentielle Anbieter können direkt angesprochen werden, um Angebote einzuholen um daraufhin sofort Aufträge zu vergeben.

Die Anforderungen an die Dringlichkeit sind hoch: Es muss eine akute Gefahrensituation oder eine unvorhersehbare Situation vorliegen, in der eine Verletzung von Rechtsgütern droht und die die Einhaltung der Fristen unzumutbar macht. Der Auftraggeber muss ohne eigenes Verschulden nicht in der Lage gewesen sein, vorzusehen, dass Unterbringungspflichten auf ihn zukommen würden.²¹

Bei der Unterbringung von Flüchtlingen ist diese Dringlichkeit im Regelfall zu bejahen. Das stellt der Berliner Senat in einem Beschluss vom 08.09.2015²² fest:

"Der Senat sieht in Fällen der Vergabe von Lieferungen, Dienst- und Bauleistungen im Zusammenhang mit der Flüchtlingsproblematik, insbesondere der Unterbringung, der Versorgung einschließlich der Versorgung mit sozialen Dienstleistungen, der Herrichtung von bestehenden baulichen Objekten, einschließlich Verwaltungsbauten und des Transports grundsätzlich die Voraussetzungen für eine Ausnahme vom Grundsatz der Öffentlichen Ausschreibung nach § 55 Abs. 1 LHO als gegeben an. Die gegenwärtigen besonderen Umstände rechtfertigen insoweit eine freihändige Vergabe im Einzelfall."

Diese Ausnahme nutzt das LAGeSo, wenn einem privaten Anbieter durch die Unterzeichnung der Absichtserklärung der Betrieb einer Notunterkunft übertragen wird.

b. Interessenbekundungsverfahren

Der Annahme einer Direktvergabe steht nicht entgegen, dass das LAGeSo auf seiner Internetseite generell den Betrieb von Flüchtlingsunterkünften ausschreibt. Dieses Ver-

¹⁹ vgl. Ewer/Mutschler-Siebert: Die Unterbringung von Flüchtlingen – Bau-, ordnungs- und vergaberechtliche Aspekte, NJW 2016, 11, 17.

²⁰ Verdingungsordnung für Leistungen.

²¹ vgl. Ewer/Mutschler-Siebert: Die Unterbringung von Flüchtlingen – Bau-, ordnungs- und vergaberechtliche Aspekte, NJW 2016, 11, 14ff.

fahren zur Gewinnung potentieller Betreiber stellt ein Interessenbekundungsverfahren dar. Dadurch kann das LAGeSo sicherstellen, über eine Auswahl von Bewerbern zu verfügen, an welche es dann direkt die Führung einer Notunterkunft vergeben kann.

Ein solches Verfahren ist in § 7 Abs. 2 LHO Berlin vorgesehen, wonach privaten Anbietern die Möglichkeit zu geben ist, dazulegen, ob und inwieweit sie staatliche Aufgaben oder öffentlichen Zwecken dienende wirtschaftliche Tätigkeiten erbringen können. Grundlage des Interessenbekundungsverfahrens ist eine Leistungsbeschreibung, die hinsichtlich des potentiellen Vertragsgegenstands noch unkonkret ist. Vorliegend sind – abgesehen von der Benennung eines konkreten Objekts und der Anzahl der unterzubringenden Personen – alle Informationen in der Leistungsbeschreibung enthalten. Eine Form ist für die Leistungsbeschreibung nicht vorgesehen. Ihr kann insbesondere ein Mustervertrag beigelegt werden.²³

In § 7 Nr. 3.1 AV LHO Berlin heißt es, dass das Interessenbekundungsverfahren nicht das Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge ersetzt, sondern nach Prüfung der Interessenbekundungen ein Vergabeverfahren durchzuführen ist. Davon unbenommen bleibt aber die Möglichkeit, die auf die Interessenbekundung folgende Vergabe im freihändigen Verfahren durchzuführen. Der Anbieter erhält den Zuschlag für den Betrieb einer Notunterkunft auf der Grundlage der Interessenbekundung.

c. Zuschlag

Entscheidend für die Geltung von Qualitätsanforderungen ist die rechtliche Einordnung der unterzeichneten Absichtserklärung. Sie stellt den Abschluss des Vergabeverfahrens in Bezug auf den Betrieb einer konkreten Unterkunft dar. Diese Bewertung geht von einer Verwaltungspraxis aus, bei der nach Sichtung der Interessenbekundungen ein potentieller Anbieter kontaktiert und bei Inbetriebnahme einer Notunterkunft mit diesem eine Absichtserklärung getroffen wird.

Die Unterzeichnung der Absichtserklärung stellt damit den für den Abschluss einer Vergabe notwendigen Zuschlag dar. Auf diesen kann auch bei einer Direktvergabe nicht

²² Senatsbeschluss Nr. S-531/2015, S. 1.

²³ vgl. Müller, Vergabewesen im öffentlichen Bereich – Grundlagen, Fragestellungen und Anforderungen an einen modernen Einkauf, vV 2012, 392, 407.

verzichtet werden, wie die Regelungen des § 18 VOL/A (für Aufträge unter dem Schwellenwert) und § 21 EG VOL/A (für Aufträge über dem Schwellenwert) klarstellen.

Dabei ergibt sich im freihändigen Verfahren die Besonderheit, dass die geschuldete Leistung vor Erteilung des Zuschlags noch nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann und muss. Zur Beweissicherung wird der Inhalt der Leistung in einem schriftlichen Vertrag zusammengefasst und von beiden Seiten unterzeichnet. Dieser Vertrag stellt den Zuschlag dar.²⁴ Ein Vertragsverhältnis im Sinne der Ausschreibung besteht damit zwischen den Parteien unmittelbar durch Erteilung des Zuschlags.

Genauso liegt der Fall hier: Die Absichtserklärung konkretisiert die Leistungsbeschreibung des Interessenbekundungsverfahrens auf ein konkretes Objekt. Mit Unterzeichnung durch das LAGeSo und dem Betreiber ist diesem der Zuschlag für den Betrieb der konkreten Notunterkunft erteilt. Das gilt auch dann, wenn mit dem Zuschlag eine spätere urkundliche Festlegung des Vertrages vorgesehen ist.²⁵

5. Geltung von Qualitätsanforderungen direkt nach der Aufnahme des Betriebs

Steht damit fest, dass bereits die Absichtserklärung den vertraglich festgelegte Zuschlag für den Betrieb einer bestimmten Notunterkunft darstellt, muss untersucht werden, ob und welche Qualitätsanforderungen mit Aufnahme des Betriebes, also im Zeitraum zwischen Zuschlag und Abschluss eines schriftlichen Betreibervertrages, gelten.

a. Konkludenter Abschluss eines Betreibervertrages

Art und Umfang der geschuldeten Leistung ergeben sich grundsätzlich aus dem Vertrag selbst. § 2 Abs. 1 der Absichtserklärung²⁶ regelt, dass Verhandlungen zur Begründung eines Vertragsverhältnisses geführt werden und dass zum Betrieb der Notunterkunft der Abschluss eines Betreibervertrages zwischen den Parteien notwendig ist. Die Absichts-

²⁴ vgl. zum Zuschlag im freihändigen Verfahren: Lamm/Ley/Weckmüller, VOL-Handbuch, Stand: Mai 2012, Erl. B.4.18.

²⁵ vgl. Schaller, Vergabe- und Vertragsverordnung für Leistungen, 5. Aufl. 2014, § 18 VOL/A, Rn. 19.

²⁶ abrufbar unter: <http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/Vorvertrag-Anonym.pdf> (abgerufen am 20.04.2016).

erklärung sieht demnach als zeitlichen Ablauf vor, dass mit dem Betrieb einer Unterkunft nicht vor Abschluss des Betreibervertrages begonnen wird. Der Abschluss eines Betreibervertrages mitsamt den Qualitätsanforderungen wird für den Betrieb vorausgesetzt.

Beginnt der Betreiber schon vor Unterzeichnung einer schriftlichen Vereinbarung mit dem Betrieb der Unterkunft, so kann er sich dieser in der Absichtserklärung statuierten Verpflichtungen nicht entziehen. Der Betreibervertrag bedarf nämlich gerade nicht der Schriftform, er kann auch durch schlüssiges Verhalten geschlossen werden.²⁷ Durch die Aufnahme des Betriebs und der Duldung desselben haben die Parteien konkludent einen Betreibervertrag geschlossen. Offen bleibt, laut LAGeSo, lediglich die Kalkulation der Abrechnung.

Geschuldet sind dann die Leistungen des Mustervertrages bezogen auf die konkrete Unterkunft. Der Inhalt eines Vertrages ist nämlich stets nach dem Sinn der Vereinbarung auszulegen.²⁸ Der Vereinbarung liegt hier zu Grunde, dass der Betreiber eine Unterkunft nach den üblichen Standards des LAGeSo führen soll.

Das Herauszögern der Verschriftlichung des Betreibervertrages kann hieran nichts ändern. Bedient sich die Verwaltung zur Erfüllung ihrer Aufgaben Privater, so muss sie dafür sorgen, dass die Ausführung so erfolgt, als würde sie die Aufgabe selbst durchführen. Wäre das Land vorliegend selbst Betreiber einer Notunterkunft, wäre es unmittelbar mit Aufnahme des Betriebs an die selbstgesetzten Qualitätsstandards gebunden. Diesen Standards kann sich die Verwaltung nicht durch eine „Flucht ins Privatrecht“ entziehen.

Das LAGeSo irrt damit, wenn es meint, im Stadium der Absichtserklärung keine Handhabe für die Einhaltung von Qualitätsstandards zu haben. Es ist dafür auch nicht notwendig, den Prozess neu zu strukturieren, um verankerte Qualitätsstandards zu schaffen.²⁹ Die heute beschriebenen Qualitätsstandards gelten für jeden Betrieb einer Unterkunft, unabhängig von der Unterzeichnung eines schriftlichen Vertrages.

²⁷ vgl. nur Fischer, in: Bamberger/Roth, BeckOK BGB, Stand: 01.08.2015, § 662, Rn. 2.

²⁸ vgl. Busche, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2015, § 157, Rn. 6.

²⁹ siehe Fußnote 7.

b. Geltung der Leistungsbeschreibung

Neben der zivilrechtlichen Begründung aufgrund des konkludenten Abschlusses eines Betreibervertrages, ergibt sich die Geltung der Qualitätsanforderungen aber auch direkt aus der Leistungsbeschreibung im Vergabeverfahren. Sie beschreibt Art und Umfang der Leistung und gilt auch für den Betrieb ohne schriftlichen Betreibervertrag.

Die Leistungsbeschreibung samt Mustervertrag und den Qualitätsanforderungen im Anhang des Mustervertrages sind nach § 7 VOL/A wesentlicher Bestandteil der Vergabeunterlagen und beschreiben gemäß § 12 Abs. 3 VOL/A auch im freihändigen Vergabeverfahren den Vertragsgegenstand. Die Vergabeunterlagen dienen gerade dazu, dass ein potentieller Betreiber darüber entscheiden kann, ob er ein Angebot abgeben möchte.³⁰ Mit anderen Worten: Durch die Vergabeunterlagen kann sich ein potentieller Bewerber ein Bild davon machen, was von ihm im Falle eines Zuschlages erwartet wird. Entscheidet er sich auf Grundlage dieser Erwartung dazu, ein Angebot zu machen und erhält er daraufhin den Zuschlag, gelten diese Erwartungen sofort bei der Erbringung der Leistung. An diesem Maßstab muss der Betreiber sich auch dann messen lassen, wenn nachfolgend kein schriftlicher Betreibervertrag abgeschlossen wird.

Wenn sich die Behörde ernsthaft darauf beruft, die Geltung von Qualitätsanforderungen sei von der Leistung einer Unterschrift abhängig, handelt sie treuwidrig: Den formulierten Standards liegt erkennbar zu Grunde, den Bewohnern – auch in einer Notsituation – ein Minimum an menschenwürdiger Unterbringung zu sichern. Diesem Anspruch auf menschenwürdige Behandlung kann die öffentliche Hand nicht mit einem derart formellen Argument begegnen.

c. Ausnahme bei Notbelegung?

Auch für den Fall, dass es zu einer Notbelegung kommen würde, gilt im Ergebnis nichts anders. In § 2 Abs. 2 der Absichtserklärung sowie § 2 Abs. 2. S. 4 des Mustervertrages ist zwar vorgesehen, dass der Betreiber Qualitätsanforderungen nach und nach umzusetzen hat, wenn diese bei Notbelegungen nicht erfüllt werden. Hieraus kann aber nicht geschlossen werden, dass Qualitätsanforderungen bei einer Notbelegung grundsätzlich nicht gelten oder dass gar eine Ermächtigung zur Abweichung von Qualitätsanforderungen bestehe.

Angesprochen ist durch die genannten Bestimmungen lediglich das Verfahren im Falle einer Nichteinhaltung der Standards. In einem solchen Fall ist der Betreiber gehalten, gemeinsam mit dem LAGeSo eine schrittweise Umsetzung zu planen. Ersichtlich geht es darum, organisatorische Eigenmächtigkeiten bei der „Ertüchtigung“ der Unterkunft zu verhindern; eine Regelung, die zeigt, dass die Behörde gerade in einem solchen (Ausnahme-)Fall auf die Einhaltung bindender Standards hinwirken soll.

Potsdam, 20.04.2016



Prof. Dr. Dombert



Scharfenberg
Rechtsanwältin

³⁰ Lamm/Ley/Weckmüller, VOL-Handbuch, Stand: Mai 2012, Erl. B.4.8.