

Zentrale Steuerung - Fachbereich OPR -
105.4

Norderstedt, den 13.02.2013

Herr Struckmann
Amt für Familie und Soziales
- im Hause -

Betreff:
Interessenbekundungsverfahren
Offene Kinder- und Jugendarbeit in der Region Harksheide

Sie haben mich um Prüfung gebeten, ob die Übertragung der Wahrnehmung der offenen Kinder- und Jugendarbeit in der Region Harksheide auf einen freien Träger dem Vergaberecht unterliegt.

Nach Prüfung der Sach- und Rechtslage komme ich zu dem Ergebnis, dass bei der Übertragung der Aufgabenwahrnehmung das Vergaberecht Anwendung findet.

Begründung:

1. Im Bereich des Abschlusses von Leistungsvereinbarungen (*Anmerkung der Unterzeichnerin: bei rechtsanspruchsgesicherten Leistungen*) mit freien Jugendhilfeträgern geht die Rechtsprechung überwiegend davon aus, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens weder erforderlich noch zulässig ist.

Begründet wird dies vorwiegend mit der Konstruktion des "jugendhilferechtlichen Dreiecksverhältnisses" nach den Bestimmungen des SGB VIII.

Eine Seite dieses jugendhilferechtlichen Dreiecksverhältnisses bildet als Grundverhältnis die öffentlich-rechtliche Rechtsbeziehung zwischen dem Leistungsberechtigten als Gläubiger und dem öffentlichen Träger als Schuldner des sozialrechtlichen Anspruchs, welcher die Anspruchsberechtigung durch den Erlass eines Bewilligungsbescheids feststellt und konkretisiert. Auf der Grundlage dieses Verwaltungsakts werden Rechtsbeziehungen zwischen dem Leistungsberechtigten und dem nichtstaatlichen Leistungserbringer in Form eines privatrechtlichen synallagmatischen Vertrags begründet. Vertragsgegenstand ist insoweit die Erbringung der Leistung im Einzelfall gegen die Zahlung eines Entgeltes. Schuldner des Zahlungsanspruches ist als Vertragspartner des nichtstaatlichen Trägers allerdings nur der Leistungsberechtigte.

Kommt es dann zu vertraglichen Beziehungen zwischen Leistungserbringer und öffentlichem Träger, wird das Dreieck geschlossen. Im Rahmen dieser Vereinbarungen werden die Leistungsangebote gleichsam für die Leistungsberechtigten definiert und die im Fall der berechtigten Inanspruchnahme durch den Hilfebedürftigen vom Leistungsträger zu übernehmenden Entgelte festgelegt. Der sozialrechtliche Anspruch des Leistungsberechtigten wird durch Erteilung der Kostenzusage befriedigt, also durch bewilligenden Verwaltungsakt.

Das Fehlen eines öffentlichen Auftrags begründen das OVG Münster und das OVG Berlin (OVG Münster, Beschl. v. 18.03.2005 - AZ: 12 B 1931/04; OVG Berlin, Beschl. v. 04.04.2005 - AZ: OVG 6 S 415.04) mit dem Wahlrecht des Leistungsberechtigten (vgl. § 5 Abs. 1 SGB VIII). Darüber hinaus stehe dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe losgelöst vom konkreten Hilfefall nicht das Recht zu, eine Auswahl unter den in Betracht kommenden verschiedenen Trägern der freien Jugendhilfe vorzunehmen.

Auch die Vergabekammer Hamburg ist der Überzeugung, dass Leistungsvereinbarungen auf dem Gebiet der Jugendhilfe nicht der Vergabepflicht unterfallen (Beschl. v. 03.08.2004 - AZ: VgK FB 4/04). Es fehle am Vorliegen einer Marktleistung, weil das Rechtsverhältnis zwischen öffentlichem Träger und freien Trägern der Jugendhilfe nicht auf einen gegeneinander gerichteten Wettbewerb, sondern auf Zusammenarbeit bei der Bewältigung der gemeinsamen Aufgabe angelegt sei.

2. Im vorliegenden Fall soll jedoch keine Leistungsvereinbarung in Bezug auf eine rechtsanspruchsgesicherte Leistung abgeschlossen, sondern die Wahrnehmung der Jugend- und Sozialarbeit in Harksheide gem. §§ 11, 13 auf einen freien Träger übertragen werden.

Jugendarbeit ist keine individuelle oder individualisierbare Dienstleistung. Hinsichtlich des „Wie“ besteht ein weiter kommunaler Gestaltungsspielraum. Es besteht in diesem Bereich kein einklagbarer Anspruch auf eine konkrete Leistung. Auftraggeber ist nicht der Jugendliche als Leistungsberechtigter, sondern der Jugendhilfeträger. Daher besteht auch kein jugendhilferechtliches Dreiecksverhältnis. Das Wunsch- und Wahlrecht gem. § 5 SGB VIII greift aufgrund des Fehlens eines Anspruchs auf Gewährung einer konkreten Leistung nicht ein.

Allein die Argumentation der Vergabekammer Hamburg könnte daher auch auf den Bereich der Jugendarbeit übertragen werden. Das Nichtvorliegen einer Marktleistung wegen der Zusammenarbeit bei der Bewältigung der gemeinsamen Aufgabe vermag jedoch nicht zu überzeugen. Denn eine solche Basis der Zusammenarbeit findet sich genauso in anderen, dem Vergaberecht unterfallenden Konstellationen.

Auch in der mir vorliegenden Kommentarliteratur (vgl. Wiesner, SGB VIII, 4. Auflage 2011, § 77 Rn. 13; Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, 6. Auflage 2009, § 77 Rn. 9) wird die Auffassung vertreten, dass es sich bei dem Abschluss von Austauschverträgen zwischen Trägern der öffentlichen Jugendhilfe und privaten Anbietern im Bereich der *nicht rechtsanspruchsgesicherten Leistungen* regelmäßig um Beschaffungsverträge im Sinne des § 97 GWB handelt und Vergaberecht Anwendung findet.

3. Obwohl die Schwellenwerte überschritten sein dürften, müssen gem. § 4 Abs. 2 Ziff. 2 der Vergabeverordnung bei Aufträgen, die Dienstleistungen nach Anlage 1 Teil B (Gesundheits-, Veterinär- und Sozialwesen) zum Gegenstand haben (allein) die Bestimmungen des § 8 EG VOL/A, § 15 EG Absatz 10 VOL/A und § 23 EG VOL/A sowie die Bestimmungen des ersten Abschnitts der VOL/A mit Ausnahme von § 7 VOL/A angewendet werden.

4. Die rechtliche Konstruktion einer zuwendungsrechtlichen Förderung des freien Trägers scheidet meines Erachtens schon daran, dass wir die Wahrnehmung der Jugendarbeit in Harksheide als eigene Aufgabe ansehen. Andernfalls wäre kein Interessenbekundungsverfahren durchgeführt worden. Zudem müssten bei dieser Konstruktion neben dem Vorliegen der Voraussetzungen des § 74 SGB VIII auch die Regelungen des EU-Beihilfenrechts beachtet werden. (Vogel)

(Vogel)