

## Zuwendung oder Auftrag, das war hier die Frage

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat entschieden, dass die Stadt Düsseldorf die soziale Betreuung von Flüchtlingen nicht europaweit ausschreiben muss, sondern diese Aufgabe den örtlichen Wohlfahrtsverbänden überlassen kann und diesen dafür finanzielle Zuwendungen gewähren darf (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.7.2018, VII-Verg 1/18). Der Vergabesenat änderte damit eine anderslautende Entscheidung der Vergabekammer Rheinland und gab der Stadt Düsseldorf und dem Sozialdienst katholischer Frauen und Männer Düsseldorf e.V. (SKFM) Recht, die gegen die Entscheidung der Vergabekammer sofortige Beschwerde eingelegt hatten.

### Sachverhalt:

Die Stadt Düsseldorf (nachfolgend Antragsgegnerin) betreibt seit Beginn der Flüchtlingskrise im Jahr 2015 die Flüchtlingsunterkünfte auf ihrem Stadtgebiet in eigener Verantwortung. Lediglich bei der sozialen Betreuung der Flüchtlinge bedient sie sich der Unterstützung der örtlichen Wohlfahrtsverbände. Diese haben sich in einer Arbeitsgemeinschaft, der Liga X, zusammengeschlossen. Der SKFM, ein religiöser Verein, wird in der Liga durch den Caritasverband E. vertreten.

Die Einbindung der Wohlfahrtsverbände beruht auf einem „Konzeptpapier“ der Antragsgegnerin, in dem es heißt:

*Ziel ist eine Beauftragung des Trägers im Rahmen des Zuwendungsrechts. Ein Leistungsaustausch im Sinne des Vergaberechts ist nicht geplant. Für eine Beauftragung kommen daher nur Träger in Frage, die über eigenständige Strukturen zur Flüchtlingsbetreuung verfügen, die durch eine Zuwendung zur Betreuung von Flüchtlingen in Unterkünften wirkungsvoll ergänzt werden können. Dadurch entsteht sowohl für den Träger als auch die Kommune ein Mehrwert, der sich in erster Linie durch entsprechende Vernetzung und Synergieeffekte ergibt. Beteiligte Träger bringen weitere Angebote und Dienste als Eigenleistung in die Flüchtlingsbetreuung in den Sammelunterkünften ein.*

Im März 2017 weihte die Antragsgegnerin eine neue Flüchtlingsunterkunft ein. Die soziale Betreuung der Flüchtlinge übernahm dort der SKFM, der dafür eine Förderung beantragt und mit Bescheid der Antragsgegnerin vom 29.3.2017 auch bewilligt bekommen hatte. In dem Bescheid (= Verwaltungsakt) war u.a. vorgesehen, dass die Zuwendung vom Empfänger zu erstatten ist, wenn sie nicht oder nicht mehr für den vorgesehenen Zweck verwendet wird.

Die Antragstellerin, die Betreuungsleistungen für Flüchtlinge kommerziell anbietet, erfuhr über die Presseberichterstattung von der Einweihung der neuen Flüchtlingsunterkunft. Sie fragte die Antragsgegnerin, ob die Leistung der Betreuung der Flüchtlinge ausgeschrieben werde. Diese teilte hierauf mit, dass sie alle Unterkünfte selbst betreibe und die soziale Betreuung der Flüchtlinge von den ortsansässigen Wohlfahrtsverbänden eigenverantwortlich wahrgenommen werde. Eine Förderung erfolge im Rahmen des Zuwendungsrechts.

Die Antragstellerin rügte daraufhin gegenüber der Antragsgegnerin, dass diese die Leistung der sozialen Betreuung von Flüchtlingen in den städtischen Unterkünften nicht ohne förmliches Vergabeverfahren vergeben dürfe. Die Antragsgegnerin wies diese Rüge zurück.

Die Antragstellerin stellte am 19.5.2017 einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer Rheinland mit dem Ziel, festzustellen, dass der zwischen der Antragsgegnerin und der SKFM geschlossene Vertrag zur sozialen Betreuung von Flüchtlingen in der neuen Unterkunft unwirksam sei.

**Der Nachprüfungsantrag hatte vor der Vergabekammer Rheinland Erfolg.** Mit Beschluss vom 19.12.2017 stellte diese fest, dass die am 29.3.2017 durch Zuwendungsbescheid zustande gekommene Vereinbarung zwischen der Antragsgegnerin und dem SKFM als öffentlicher Auftrag zu qualifizieren sei und nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB („De-facto-Vergabe“) von Anfang an unwirksam sei. Zur Begründung führte die Vergabekammer aus, dass es sich bei dem Beschaffungsvorgang der Antragsgegnerin um einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag nach § 103 Abs. 4 GWB handele. Der Begriff des öffentlichen Auftrags sei funktional und weit auszulegen. Die Gewährung von Fördermitteln sei im vorliegenden Fall auf ein konkretes Projekt, nämlich die soziale Betreuung von Flüchtlingen in der neuen Unterkunft, bezogen. Damit stehe der Erbringung der Leistung durch die SKFM eine Gegenleistung der Antragsgegnerin gegenüber. Die Fördermittel seien daher funktional als Entgelt einzuordnen. Der für den Auftrag maßgebliche Schwellenwert – hier 750.000,- € für soziale Dienstleistungen – werde überschritten. Da die Voraussetzungen für eine Vergabe im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nach § 65 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV wegen der Reduzierung des Flüchtlingsstroms Anfang 2017 nicht mehr vorgelegen hätten, sei der Nachprüfungsantrag auch begründet.

Gegen den Beschluss der Vergabekammer haben die Antragsgegnerin und die beigeladene SKFM jeweils am 2.1.2018 **sofortige Beschwerde beim OLG Düsseldorf** eingelegt. Beide sind der Ansicht, dass der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin nicht statthaft sei, da es sich bei der für die soziale Betreuung der Flüchtlinge geleisteten Zuwendung nicht um einen öffentlichen Auftrag handele.

### **Entscheidung:**

Das **OLG Düsseldorf gab den Beschwerdeführern Recht** mit der Folge, dass die Entscheidung der Vergabekammer aufgehoben und der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückgewiesen wurde.

Zunächst wies das Gericht darauf hin, dass sich das von der Antragstellerin eingeleitete **Nachprüfungsverfahren** mit Ablauf des 31.12.2017 gemäß § 168 Abs. 2 S. 1 GWB **erledigt** habe. Der von der Antragstellerin angegriffene Zuwendungsbescheid vom 29.3.2017 habe nur den Zeitraum bis Ende 2017 betroffen. Eine Chance auf einen Zuschlag für diesen Zeitraum, die mit dem Antrag nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB gewahrt werden soll, bestehe nach Ablauf des 31.12.2017 nicht mehr.

Der von der Antragstellerin zuletzt gestellte (**Fortsetzungs-)Feststellungsantrag** nach § 178 S. 3 und 4 GWB i.V.m. § 168 Abs. 2 S. 1 GWB sei zwar zulässig, aber unbegründet.

Das für einen Feststellungsantrag nach § 178 S. 3 und 4 GWB vorausgesetzte **Feststellungsinteresse der Antragstellerin** ergebe sich hier aus der von ihr dargelegten **Wiederholungsgefahr**.

Der Feststellungsantrag sei jedoch nicht begründet. Der von der Antragstellerin zum Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses verfolgte Nachprüfungsantrag sei unzulässig (weil nicht statthaft) gewesen. Der Vergaberechtsweg zur Vergabekammer und zum Vergabesenat sei nicht eröffnet. Die Antragsgegnerin habe mit dem Zuwendungsbescheid vom 29.3.2017 keinen öffentlichen Auftrag vergeben. Sie sei zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags im Sinne des Vergaberechts auch nicht verpflichtet.

Öffentliche Aufträge seien nach § 103 Abs. 1 GWB entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen. Der Begriff des öffentlichen Auftrags setze – in Übereinstimmung mit der allgemeinen Wortbedeutung des entgeltlichen Vertrags – voraus, dass dadurch eine **einklagbare Erfüllungsverpflichtung des Auftragnehmers** begründet werde. Unter Geltung der Richtlinie 2014/24/EU und des GWB in der Fassung des Vergaberechtsmo-

dernisierungsgesetzes werde die Richtigkeit dieses Auftragsverständnisses durch die Ausführungen in Erwägungsgrund 4 der Richtlinie bestätigt. Dort werde die öffentliche Auftragsvergabe abgegrenzt von der nicht der Richtlinie unterfallenden bloßen Finanzierung von Tätigkeiten, die mit der Verpflichtung verbunden sein kann, erhaltene Beträge bei nicht bestimmungsgemäßer Verwendung zurückzuzahlen. Damit werde vom Richtliniengeber eine Handlungsform angesprochen, der im deutschen Recht die Zuwendung entspricht. Wie sich auch aus den Ausführungen in Erwägungsgrund 4 der Richtlinie 2014/24/EU ergebe, sei für solche Handlungsformen kennzeichnend, dass der Finanzierungsempfänger keine selbstständig durchsetzbare Verpflichtung eingehe, einen bestimmten Erfolg zu erzielen, sondern erhaltene Gelder bei nicht bestimmungsgemäßem Gebrauch allenfalls zurückzahlen müsse.

Nach alledem seien hier mit dem Zuwendungsbescheid der Antragsgegnerin keine Erteilung eines öffentlichen Auftrags und damit keine unzulässige De-facto-Vergabe verbunden gewesen. Es fehlte an einer für den öffentlichen Auftrag erforderlichen Verpflichtung des SKFM zu einer Primärleistung. Mit dem Zuwendungsbescheid der Antragsgegnerin sei zwar die Erwartung verbunden gewesen, dass sich der SKFM zuwendungskonform verhält. Erzwingen ließe sich die von der Antragsgegnerin gewünschte Leistung der sozialen Betreuung der Flüchtlinge aufgrund des Zuwendungsbescheids aber nicht. Sollte der SKFM die von ihm übernommene Aufgabe nicht erfüllt haben, bliebe der Antragsgegnerin nach dem Inhalt des Zuwendungsbescheids nur die einer **Einklagbarkeit der Leistung nicht entsprechende Rückforderung der Zuwendung**.

Diesem Ergebnis stehe nicht entgegen, dass mit einer Zuwendung typischerweise primär die Erfüllung fremder Aufgaben gefördert werde und sie nur mittelbar den staatlichen Interessen diene, während mit dem öffentlichen Auftrag ein unmittelbarer eigener wirtschaftlicher Bedarf des Staates gedeckt werden solle. Zum einen spiele diese in der Literatur herangezogene Abgrenzung in der Rechtsprechung des EuGH zum Begriff des öffentlichen Auftrags keine Rolle. Zum anderen fördere die Antragsgegnerin mit der Zuwendung ungeachtet einer sie auch selbst treffenden Pflicht zur sozialen Betreuung der Flüchtlinge zugleich fremde Aufgaben. Bei der SKFM handele es sich um einen religiösen Verein, dessen Tätigkeit durch Art. 4 Abs. 1 und 2 GG geschützt wird. Dieser habe im Nachprüfungsverfahren geltend gemacht, mithilfe der Zuwendung – nunmehr verstärkt – einem eigenen karitativen Auftrag nachzukommen, den er bereits zuvor wahrgenommen habe.

Aus Sicht des Gerichts seien auch keine Gründe ersichtlich, dass die Antragsgegnerin das Instrument der **Zuwendung zur systematischen Umgehung des Vergaberechts** einsetze, was möglicherweise eine andere Bewertung zur Folge haben könnte.

Die Antragsgegnerin sei schließlich auch nicht verpflichtet gewesen, soziale Betreuungsleistungen für Flüchtlinge nach den Vorschriften des Kartellvergaberechts auszuschreiben. Ob ein öffentlicher Auftraggeber einen durch einen öffentlichen Auftrag zu deckenden Beschaffungsbedarf habe, entscheide er allein. Erst wenn eine Entscheidung zugunsten der Erteilung eines öffentlichen Auftrags gefallen sei, sei der Anwendungsbereich des Vergaberechts eröffnet.

### Bewertung:

Die Entscheidung des OLG Düsseldorf stößt in eine **Grauzone des Vergaberechts**. In der Praxis stehen die Verantwortlichen häufiger vor der Frage, was das richtige und geeignete Rechtsinstrument bei der Einbindung Externer in die Aufgabenerfüllung der öffentlichen Hand ist. Hier stößt die öffentlich-rechtlich geprägte Zuwendung auf den privatrechtlichen Vertrag (auch wenn dieser als „öffentlicher“ Auftrag betitelt wird). Zur Abgrenzung dieser beiden Rechtssysteme werden in der Praxis diverse Kriterien herangezogen, die allerdings im Einzelfall immer noch einen erheblichen Beurteilungsspiel-

raum lassen (siehe Anlage zur VV Nr. 1.2.4 zu § 23 BHO <http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/BMF-IIA3-20180425-H-05-01-2-SF-A001.htm>).

Das OLG Düsseldorf stellt nun mit der **Einklagbarkeit der Hauptleistungsverpflichtung** ein Kriterium ins Zentrum der Abgrenzung. Rein rechtlich vermag die Argumentation des OLG Düsseldorf zu überzeugen. Die Entscheidung darf jedoch nicht als Freibrief verstanden werden, Auftragssachverhalte durch den Kniff des Verzichts auf die Einklagbarkeit der Primärleistung dem Vergaberecht zu entziehen. Dieses Risiko hatte erstinstanzlich auch die Vergabekammer Rheinland gesehen:

*„Die Gewährung der Fördermittel ist zwar in der Form eines Verwaltungsaktes erfolgt. Dies ist für die funktionale Betrachtung des Auftragsbegriffs jedoch unerheblich, da ansonsten die einfachste Form der Umgehung des Vergaberechts darin bestehen würde, statt eines Vertrages einen vorher einvernehmlich ausgehandelten Pflichtenaustausch in die Form eines Verwaltungsaktes zu gießen.“*

Das OLG Düsseldorf hat sich mit diesem Einwand nicht vertieft auseinandergesetzt, allerdings auch darauf hingewiesen, dass der Nachweis einer **systematischen Umgehung des Vergaberechts** es ausnahmsweise gebieten könne, von dem Erfordernis einer einklagbaren Erfüllungsverpflichtung des Auftragnehmers als Merkmal eines öffentlichen Auftrags abzusehen. Dazu sei aber im konkreten Fall nichts Substanzielles vorgetragen worden.

Für die Praxis bedeutet dies, dass selbstverständlich im konkreten Einzelfall jeweils dezidiert geprüft werden muss, ob die **haushaltsrechtlichen Voraussetzungen einer Zuwendung** (z.B. § 23 BHO) erfüllt sind. Hier muss davor gewarnt werden, diese Voraussetzungen kreativ „hinzubiegen“. Sonst setzt man sich in einem Vergabenachprüfungsverfahren doch dem Vorwurf der gezielten Umgehung des Vergaberechts aus.

Verfasser: Rudolf Ley