

Anmerkungen und Kommentierung zum Entwurf des Betreibervertrages für die Flüchtlingsunterbringung vom 24.05.2016 (Arbeitsvorlage)

Grundsätzliche Bewertung

Seit 14 Tagen liegt der Entwurf des Mustervertrages für Flüchtlingsunterkünfte den Berliner Wohlfahrtsverbänden vor.

Der Vertragsentwurf weist für die Betreiber erhebliche Risiken auf und ist aus Sicht der Liga der Spitzenverbände der Freien Wohlfahrtspflege nicht tragbar. Deshalb hat die Liga den Mitgliedsorganisationen der Wohlfahrtsverbände empfohlen, die Unterzeichnung des Vertrages in der jetzigen Fassung zu überprüfen (siehe Ligaschreiben vom 06.06.2016). Dies gilt auch für die Bewerbung für die bereits ausgeschriebenen Flüchtlingsunterkünfte (Containerdörfer).

Der Vertragsentwurf wird in seinen Regelungen nicht dem im § 2 Abs. 1 postuliertem Grundsatz der partnerschaftlichen Zusammenarbeit gerecht. Er bürdet dem Betreiber erhebliche Risiken und Verantwortungen auf und stellt das Land Berlin auf der anderen Seite von vielen Verpflichtungen und Haftungen frei. Kein Träger ohne andere Zwänge kann oder sollte einen solchen Vertrag unterzeichnen, da sich daraus unkalkulierbare Risiken ergeben.

Im Rahmen der Betreibertreffen wurde mit dem Land Berlin vereinbart, dass die Kompetenzen und die Erfahrungen der Betreiber und der Wohlfahrtsverbände in die Entwicklung des Mustervertrages für neue Flüchtlingsunterkünfte einfließen. Dazu wurde eine Fokusgruppe mit Betreibern, der Liga, dem Verband Berliner Flüchtlingsheimbetreiber und dem LAGeSo gebildet, um Grundlagen für den Vertrag zu entwickeln. Die Zusammenarbeit lief sehr konstruktiv und es konnten wichtige Standards und Qualitätsanforderungen gemeinsam entwickelt werden. Jedoch wurde zu keiner Zeit trotz mehrfacher Nachfrage der Entwurf des Mustervertrages zur Verfügung gestellt.

Am 24.05.2016 erhielt die „Fokusgruppe“ einen Entwurf des Mustervertrages mit 63 Seiten Vertrags- und Anlagentext zuzügl. Vol/B und deren Anlagen durch das LAGeSo. Die Übersendung des Mustervertrages wurde mit der Erwartung verknüpft, dass nach „zwei bis drei Wochen“ ein einheitliches und gemeinsames Feedback gegeben wird. Andernfalls wäre eine angemessene Prüfung aus Kapazitätsgründen kaum möglich. Gleichwohl wurde mitgeteilt, dass diese Verträge Grundlage der ersten Ausschreibungen werden.

Mit der Ausschreibung sind der Vertragsentwurf rechtlich verbindlich und kann nicht mehr substantiell für diese Verfahren verändert werden. Damit wurde die Betreuung und Begleitung von über 4000 Personen in Flüchtlingsunterkünften auf einer Vertragsbasis ausgeschrieben, die verhindert, dass qualitätsorientierte Betreiber diese Verträge unterzeichnen können. Es ist davon auszugehen, dass dem Land Berlin ein Vielfaches der üblichen Kosten für die Flüchtlingsunterbringung entsteht, weil die Bewerber, die sich auf dieses Vertragskonstrukt einlassen, ihre Risiken durch wesentlich höhere Tagessätze absichern müssen.

Die LIGA-Geschäftsführer haben dem LAGeSo in einem Gespräch mit Herrn Dr. Muschter und Herrn Dr. Mauntel am Freitag, 03. Juni, eine grundsätzliche Einschätzung gegeben und diese in dem Ligaschreiben vom 06.06.2016 dem LAGeSo und der Senatsverwaltung für



Gesundheit und Soziales sowie dem Staatssekretär für Flüchtlingsangelegenheiten zur Verfügung gestellt.

Am 06.06.2016 erhielten die Mitglieder der Fokusgruppe die Aufforderung, bis zum Mittwoch ihre Anmerkungen zum Entwurf des Mustervertrages einzureichen, damit dieser am Montag, 13.06.2016 in der Fokusgruppe abschließend besprochen werden kann. Am 20.06.2016 soll die Ausschreibung der nächsten Tranche der Containerdörfer erfolgen.

Diese kurze Frist ermöglicht keine umfassende Stellungnahme zu dem umfangreichen Vertragswerk. Deshalb handelt es sich im Folgenden um Anmerkungen und Kommentierungen inhaltlicher und rechtlicher Art. Aus Sicht der Liga muss der Vertrag grundsätzlich überarbeitet werden, damit er eine stabile Basis der Zusammenarbeit zwischen dem Land Berlin und den Betreibern darstellen kann. Auf Grund der kurzen Frist ist eine Bewertung und Kommentierung der Anlagen nicht möglich. Die Kommentierungen und Anmerkungen wurden aus den Rückmeldungen der Wohlfahrtsverbände zusammengestellt und konnten aus zeitlichen Gründen aufgrund der Frist nicht mehr abgestimmt werden. Es handelt sich um eine Arbeitsvorlage.

Eine Bearbeitung des Vertragsentwurfes und Klärung der Kritikpunkte und Änderungsbedarfe in einer zweistündigen Fokusgruppe am Montag, 13.06.2016 ist nicht möglich. Es besteht das Risiko, dass das sehr unzureichende Vertragswerk auch für die zweite Tranche rechtlich verbindlich wird. Dies kann nicht im Interesse der Beteiligten und des Landes Berlins sein. Deshalb wird um einen überarbeiteten Verfahrensvorschlag für die Weiterentwicklung des Betreibervertrages gebeten, der eine seriöse Überprüfung und Überarbeitung des Entwurfes ermöglicht.

Anmerkungen und Kommentierungen zum Vertragsentwurf (Haupttext)

Zur Präambel:

Die Präambel spricht von einer gemeinsamen Zielsetzung vom Land Berlin und dem Betreiber in der Verantwortung für die Unterbringung und Betreuung geflüchteter Menschen. Diese gemeinsame Zielsetzung kann jedoch nicht erreicht werden, wenn der Betreiber nur Erfüllungsgehilfe des Landes Berlin ist und kaum Gestaltungsmöglichkeiten hat. Der Vertragsentwurf widerspricht einem paritätischen Vertragsverhältnis, wo Rechten und Pflichten beider Seiten vereinbart und verbindlich festgelegt sind. Es sind keinerlei Pflichten des Landes zur Betreiberkommunikation vorgesehen und kaum Regelungen, welche Folgen eintreten, wenn das Land seine Pflichten nicht nachkommt. In den letzten 12 Monaten war jedoch das Land Berlin vielfach nicht in der Lage, seine Pflichten zu erfüllen (z.B. Bezahlung von Rechnungen, Nachverhandlungen). Wie wird der Betreiber davor geschützt?

In der Präambel wird von Schutzsuchenden gesprochen. Dieser Begriff ist unpräzise, weil er eine Parallelität zu dem Begriff der besonders schutzbedürftigen Personen aufweist. Im Vertrag wird außerdem zu wenig auf die besonders schutzbedürftigen Personen eingegangen und ihre Rechts- und Schutzansprüche nicht genannt und auch nicht festgelegt.

Zu § 1 Vertragsgegenstand:

Zwar sichert der Vertrag unter § 2 Abs. 1 eine „partnerschaftlich und vertrauensvoll sowie in gegenseitiger Unterstützung und Rücksichtnahme“ beabsichtigten Zusammenarbeit zu, aber gemäß § 1 Abs. 7 und 8 ist dem gegenüber Berlin berechtigt, einseitig nachträgliche Änderungen

- der Art, der Größe, der Kapazität und der Lage der Unterkunft



sowie

- der Leistungen, Qualitätsanforderungen und / oder Rahmenbedingungen vorzunehmen und die Betreiber werden zur unverzüglichen Umsetzung verpflichtet.

Entsprechendes soll bei der Änderung der Gesetzeslage erfolgen und die Betreiber sollen auch selbstständig die Entwicklungen und Pläne von Berlin beachten und diese auf Abforderung - also selbstständig - umsetzen.

Diese Formulierungen entsprechen eher in der Praxis behördlichen Anordnungen - hier jedoch ohne Rechtsgrundlage - die mit dem vorliegenden Entwurf erst geschaffen würde.

Bei der Art, der Größe, der Kapazität und der Lage der Unterkunft handelt es sich um wesentliche Vertragsgegenstände, die nicht ohne eine Abstimmung geändert werden dürfen. Eine „unverzügliche Umsetzung“ ist zudem unrealistisch.

Unpassend ist für einen „Vertrag“, dass die Betreiber „selbstständig die Entwicklungen und Pläne von Berlin beachten“ und umsetzen sollen. Ein Vertrag setzt übereinstimmende Willenserklärungen voraus und nicht die selbstständige Beachtung von Entwicklungen und Plänen von Berlin.

Zwar wird in einem gewerblichen Vertrag, wie im vorliegenden Vertrag ein weitgehendes Leistungsbestimmungsrecht bzw. das Procedere dazu grundsätzlich zulässig sein, aber eine derartige weitgehende Verpflichtung ist den Betreibern nicht zumutbar. Diese Klauseln müssen so angepasst werden, dass eine Umsetzung nicht unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern, sondern in „einem angemessenen Zeitraum“ erfolgen können.

Es soll nach Abs. 8 eine einvernehmliche Regelung der Gegenleistung für die Änderung der Leistung des Betreibers angestrebt werden, aber die Regelung räumt Berlin neben der vorstehenden Regelung ausdrücklich das - alleinige - Leistungsbestimmungsrecht nach § 315 BGB ein und lässt dem Betreiber lediglich ein Sonderkündigungsrecht. Dies ist im Hinblick auf die Vorleistung, die ein Betreiber eingehen muss, um ein Heim betreiben zu können, sachlich und rechtlich problematisch und nicht vertretbar.

Eine derart weitgehende Regelung engt den Spielraum der Betreiber in unzumutbarer Weise ein und ist daher zu ändern. Ein Konfliktlösungsmechanismus oder ein gestuftes Konfliktlösungsverfahren ist vorzusehen, in dem die Interessen beider Seiten zur Geltung kommen können. Als „ultima ratio“ könnte am Ende eines solchen Verfahrens ein Leistungsbestimmungsrecht von Berlin stehen.

Da z.B. ein Schlichtungsverfahren bei Konfliktlagen zu zeitaufwändig ist, sollte daran gedacht werden, z.B. ein Mediationsverfahren mit bereits zuvor bestimmten Mediatoren festzulegen, dass ad hoc eingesetzt werden könnte. Dies ist unter anderem bei größeren Bauprojekten, bei dem auch schnelle Entscheidungen getroffen werden müssen mittlerweile gebräuchlich.

Es ist in Abs 1. und 4. zu klären, wer die Personen sind, die von Berlin für die Unterbringung vorgesehen sind. Die leistungsrechtliche Zuständigkeit ist zu klären und die Frage, ob der Tagessatz dann für alle Personengruppen gültig ist (siehe Problem Statuswechsler).

Völlig unklar bleibt in § 1 Abs. 3 wie Freihalteplätze finanziert werden und wie schnell frei gehaltene Plätze belegt werden sollen und können. Das finanzielle Risiko ist für Betreiber nicht tragbar.



§ 1 Abs 6. „Es gelten die Vertragsbedingungen Berlins.“ Dieser Satz ist unklar. Wenn der Vertrag geschlossen wird, ist er für beide Vertragspartner bindend.

Zu § 2 Allgemeine Rechte und Pflichten der Vertragspartner

Abs. 1 dieser Regelung ist im Hinblick auf partnerschaftlich und vertrauensvollen Umgang sowie gegenseitiger Unterstützung und Rücksichtnahme und der Suche nach einvernehmlichen und möglichen Lösungen bei Meinungsverschiedenheiten nicht zu beanstanden, wird aber durch die folgenden Regelungen relativiert:

Abs. 2 und 3 wiederholen Selbstverständliches.

Wie der Betreiber gemäß Abs. 4 ein Konzept umsetzen soll, wenn er nach Abs. 4 Satz 2 nicht einmal die „Raumaufteilung, Verfügbarkeit und Raumnutzung“ selbst bestimmen kann, ist nicht nachvollziehbar und ist zu klären.

Die übrigen Regelungen dieses Paragraphen sind ebenfalls klarstellungsbedürftig.

So ist in Abs. 5 nicht nachvollziehbar, welche „Interessen“ von Berlin oder der Untergebrachten berechtigen sollen, das Hausrecht an sich zu ziehen. Eine so offene formulierte Regelung mutet „willkürlich“ an. Es bedarf eine Präzisierung ggfs. durch Definitionen oder Beispiele.

Abs. 6 bis 9 wiederholen Selbstverständliches. In Abs. 6. muss auch auf das Brandschutzkonzept und die Auflagen aus der Bau- und Betriebsgenehmigung eingegangen werden.

Abs. 10 durchbricht die in Abs. 1 formulierten Grundsätze des Umgangs und der Kommunikation und unterwirft die Betreiber undifferenziert den Weisungen von Berlin uneingeschränkt. Über welche Maßnahmen rechtzeitig zu informieren ist und welche Verträge so rechtzeitig zu übersenden sind, dass Berlin von seinem Weisungsrecht „effektiv“ Gebrauch machen kann, ist schlicht unverständlich und bedarf der Präzisierung. Dieser Abs. ist grundsätzlich überarbeitungsbedürftig.

Abs. 11 dieser Vorschrift dürfte selbstverständlich sein, begründet aber wahrscheinlich auch keinen Anspruch, da in Krisensituationen selbstverständlich besondere Regelungen gelten wie in Notsituationen. Es muss vertraglich geregelt werden, wie mit zusätzlichen Kosten bei Krisensituationen umgegangen wird. Dieser Abs. ist unpräzise und muss klargestellt werden. Krisensituationen müssen genauer definiert werden.

Zu § 3 Vertragsdauer

Die Wirksamkeit des Vertrages, der Belegungsbeginn, die Laufzeit und die Bezahlung sind nachvollziehbar zu synchronisieren.

Nach den vertraglichen Regelungen beginnt der Betrieb bereits vor der Belegung, da der Betreiber entsprechende Vorkehrungen vor der Belegung treffen muss und auch ein „Probetrieb“ durchgeführt werden müsste. Die Formulierungen sind insoweit unpräzise und klarzustellen. Die Nichtabdeckung von Vorhaltekosten und der Vorkehrung ist nicht tragbar. Das Risiko trägt laut Vertragsentwurf der Betreiber allein. Die Anzeige des Belegungsbeginns durch das Land Berlin vier Wochen vorher in Abs. 2 ist u.a. im Hinblick auf Personalverträge zu kurz.



Die Frist für den Widerspruch gegen eine Verlängerung der Laufzeit von weiteren sechs Monaten erscheint mit vier Monaten knapp und sollte in jedem Falle verlängert werden.

Für den Fall der Fortsetzung des Betriebes muss vom Land Berlin der Aufwand ersetzt werden, wenn der Weiterbetrieb aus Gründen stattfindet, die der Betreiber nicht veranlasst oder zu vertreten hat. Es ist unüblich, dass keine stillschweigende Verlängerung vorgesehen ist (Abs. 4.)

Für NUKs erscheint eine Laufzeit von 2 Jahren zu lang, für GUs ist die maximale Laufzeit zu kurz – v.a. da nach 2 Jahren eine Entfristung der Personalverträge erfolgt. Der Beginn muss fest definiert werden.

Zu § 4 Leistungsumfang und Ausführung

§ 4 des Vertrages wirkt von den Formulierungen her schwammig und unpräzise.

So dürfte die Hauptleistungspflicht aus dem Vertrag der Betrieb eines Flüchtlingsheims und nicht „die Sozialbetreuung und Förderung der Integration“ nach Abs. 1 sein. Dies sind eher die Aufgaben staatlicher Institutionen. Eine Präzisierung oder eine Streichung wäre sinnvoll.

Was die Formulierung zu Abs. 2 „hinsichtlich der Sicherstellung der Unterbringung in einer gewaltfreien Umgebung“ soll, bleibt unklar und wirkt sprachlich missglückt. Darüber hinaus wird die „Sicherstellung“ schon dadurch beeinträchtigt, dass nach dem Entwurf des Vertrages weitgehende Weisungsrechte von Berlin bestehen, für deren Folgen die Betreiber nicht verantwortlich sein können. Die Belegung erfolgt durch das Land Berlin. Die BUL muss die Voraussetzungen für eine gewaltfreie Umgebung schaffen, sonst kann der Betreiber diese nicht sicherstellen. Für die Folgen können nicht die Betreiber die Verantwortung tragen.

Unklar ist auch, welche „Umgebung“ gemeint ist. So könnte sich die Formulierung auf die örtliche Umgebung im jeweiligen Bezirk, aber auch auf die räumliche Umgebung innerhalb des Heims beziehen. Sowohl hinsichtlich der örtlichen Umgebung, wie auch der räumlichen Umgebung im Heim, ist eine Sicherstellung problematisch. Was soll der Betreiber machen, wenn in einer an sich ruhigen örtlichen Umgebung plötzlich Demonstrationen von Gegnern von Flüchtlingseinrichtungen oder anderen politischen Organisationen durchgeführt werden? Hinsichtlich der räumlichen Aufteilung innerhalb des Heims hat sich Berlin auch entsprechende Weisungsrechte (s.o.) vorbehalten, die eine Sicherstellung durch den Betreiber schon ausschließen.

Die Formulierung hinsichtlich der Unterbringung nach „nationalen, ethnischen, kulturellen und religiösen Besonderheiten“ wird durch den Zusatz „nach Möglichkeit“ sprachlich relativiert und hat bestenfalls deklaratorischen Charakter und ist folglich nicht verpflichtend. Diese Formulierung ist zu präzisieren, da Sinn und Zweck nicht klar erkennbar sind.

Die Klausel unter Abs. 7 wirkt angesichts der von Berlin vorbehaltenen Weisungsrechte unpräzise und inhaltslos. Wer weitreichenden Weisungen unterworfen ist, handelt nicht in „eigener Verantwortung“. Daran ändert auch nichts die Formulierung, dass Berlin „beratend zur Seite steht“, wenn Berlin die Befugnis hat, entsprechende Weisungen zu erteilen.

Abs 8. stellt auch einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Rechte der Bewohner dar. So führt das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung BVerfG vom 26.02.2008 -1 BvR 1602/07; 1 BvR 1606/07 und 1 BvR 1626/07 - NJW 2008, 1793 aus: „In räumlicher Hinsicht gehört zur Privatsphäre ein Rückzugsbereich des Einzelnen, der ihm insbesondere im häuslichen, aber auch im außerhäuslichen Bereich die Möglichkeit des Zu-Sich-Selbst-Kommens



und der Entspannung sichert (vgl. BVerfGE 101, 361 <382 ff.>) und der das Bedürfnis verwirklichen hilft, „in Ruhe gelassen zu werden“ (vgl. BVerfGE 27, 1 <6 f.>; vgl. ferner <zu Art. 13 GG> BVerfGE 32, 54 <75>; 51, 97 <107>). Die Grenzen der geschützten Privatsphäre lassen sich nicht generell und abstrakt festlegen (vgl. BVerfGE 101, 361 <384>). Ein weitergehender Schutz kann sich aus der von Art. 6 Abs. 1 und 2 GG gebotenen Verstärkung des Persönlichkeitsschutzes in Situationen des Beisammenseins von Eltern mit ihren minderjährigen Kindern im öffentlichen Raum ergeben (vgl. BVerfGE 101, 361 <385>; Beschluss des Ersten Senats vom 13. Juni 2007-1 BvR 1783/05 NJW2008, S. 39 <41>).“

Im Lichte dieser verfassungsrechtlichen Wertentscheidung erscheint es unververtretbar, jede „Bettenbewegung“ geflüchteter Menschen in „Echtzeit“ an den Staat zu übermitteln (§ 4 Abs. 8). Dabei ist spezifisch für das Land Berlin und die geflüchteten Menschen auch auf den Tätigkeitsbericht 2015 der Berliner Datenschutzbehörde zu verweisen. Dort ist ausgeführt, dass offenkundig sei, dass die große Zahl von Flüchtlingen in der Hauptstadt "zu erheblichen Problemen auch für den Datenschutz und die Privatsphäre geführt hat".

Eine solche Regelung steht auch zu den Vertragspflichten im Widerspruch, die nur erreicht werden können, wenn es dem Betreiber und seinen Mitarbeitern gelingt, ein Vertrauen zu und unter den Bewohnern der Einrichtung aufzubauen. Eine solche voraussetzungslose Überwachungs- und Meldepflicht des Betreibers in „Echtzeit“, die auch noch gem. § 22 Abs. 4 mit einer Vertragsstrafe von 5.000,00 EURO bewehrt sein soll, und die gleichsam bis in das einzelne Bett des geflüchteten Menschen hineinreicht, ist verfassungsrechtlich unverhältnismäßig und steht auch in Widerspruch zu den dem Betreiber auferlegten Pflichten gegenüber den Bewohnern der Einrichtung. Außerdem ist zu klären, ob das Land Berlin eine entsprechende Software zur Verfügung stellt und auch wartet.

Die Förderung der Integration (Abs. 1) ist im beigefügten Leistungskatalog nicht vorgesehen.

Abs. 10 ist inakzeptabel – allenfalls mit dem Zusatz „...sofern dies dem Betreiber möglich ist und auf Kosten Berlins.“

Die Klausel unter Abs. 11 wirkt nichts sagend und überflüssig, da genau das was in diese Formulierung zu sagen scheint, Gegenstand des Vertrages ist.

Zu § 5 Daten, Verschwiegenheit, Meldebehörde

In Abs. 1 ist zu ergänzen: „Sämtliche Verpflichtungen des Betreibers bestehen nur insoweit, als sie mit diesen Gesetzen in Einklang stehen.“

Problematisch ist in § 5 Abs. 2 der Bezug auf den Begriff der „zuverlässigen Mitarbeiter“ für die Erfassung der Daten nach dem Bundesdatenschutzgesetz. Wer soll das sein?

Der letzte Satz in Abs. 3 ist entbehrlich, da Näheres in der Anlage geregelt ist. Außerdem ist dieser sprachlich auch nicht geglückt, da dessen Aussage nicht nachvollziehbar ist. Was bedeutet genau An- und Abwesenheit am gleichen Tag?

Problematisch hingegen ist die Verpflichtung zum Stillschweigen über Informationen gemäß Abs. 5, die der Betreiber im Zusammenhang mit der Durchführung des Vertrages erlangt und die Verpflichtung von dessen Mitarbeitern sowie die Durchsetzung. Welche Maßnahmen außer der Verpflichtung der Mitarbeiter zur Verschwiegenheit dies sind, bleibt im Unklaren. Die Überprüfung von Verstößen würde quasi zur Selbstanzeige gegenüber Berlin führen, was mit dieser Regelung nicht gemeint sein sollte und wozu der Betreiber nicht verpflichtet



werden kann. Unklar bleibt was gemeint ist. Die Regelung sollte konkretisiert oder gestrichen werden.

Abs. 6 wirkt wie eine Worthölse, da der Betreiber sicherlich seine Mitarbeiter anweisen kann, keine Erklärung gegenüber den Medien abzugeben. Wenn aber jemand sich an diese wendet, ist dieser als „Quelle“ nach den presserechtlichen Vorschriften geschützt. Der Betreiber muss gar nicht erfahren, wer von seinen Mitarbeitern gegen diese Regelung verstößt und kann daher auch keine Mitteilung an Berlin machen. Außerdem stellt sich die Frage, warum Organisationen als Betreiber so eingeschränkt werden sollen, dass sie sich nicht frei gegenüber der Presse äußern dürfen. Welche Intention verfolgt damit das Land Berlin?

Abs. 7 ist überflüssig, da nach dem Datenschutzgesetz von Berlin eine Anzeigepflicht für die Installation von Videoüberwachungsanlagen gegenüber dem Datenschutzbeauftragten des Landes Berlin besteht.

Zu § 6 Kooperation mit Ehrenamtlichen, Spenden

Nicht akzeptabel ist, dass wie in Abs. 3 Hausverbote an Ehrenamtliche nur erteilt werden können, wenn die schriftliche Zustimmung des Landes Berlin vorliegt.

Ad absurdum wird jedoch der Charakter von Spenden geführt, wenn im letzten Abs. 4 eine verpflichtende Anzeigepflicht von Spenden für Hygieneartikel pp und eine Verrechnung gegenüber Berlin vorgesehen wird. Allein der buchhalterische Aufwand der dem Betreiber dafür aufgebürdet wird, erscheint unverhältnismäßig. Hier fällt die Mischung zwischen Zuwendungs- und Entgeltlogik auf, die den Vertrag prägt. Wie soll der Wert von Spenden berechnet werden? Müssen Spender Quittungen einreichen? Hier ergeben sich auch steuerrechtliche Fragen.

Zu § 7 Personal

In Abs. 1 werden Selbstverständlichkeiten ausgeführt, die auf ein Mindestmaß reduziert werden sollten. Was bereits in der Anlage 7 geregelt ist, muss im vorderen Teil nicht wiederholt werden. Entsprechendes gilt umgekehrt. Die Anzeige von Personalwechsel im Vornerein ist eine Bestimmung aus dem Zuwendungsrecht, entspricht nicht der Vertragslogik und ist nicht praktikabel.

Wenn Berlin dem Personalbesatz der Betreiber zustimmen muss, gilt dies selbstverständlich auch für sämtliche Änderungen daran hinsichtlich der Qualität und der Einsatzzeiten. Hier sind klarstellende Kürzungen möglich.

Die Formulierung unter Abs. 2 in Bezug auf „fest angestelltes Personal“ geht zu weit, da es dem Betreiber freigestellt sein muss, eigenverantwortlich auch mit dem Einsatz von qualifizierten zeitweilig eingesetzten Arbeitskräften zu disponieren, die in der Regel nicht einmal preiswerter eingesetzt werden können, als eigenes Personal. Die Tarifbindung ergibt sich aus dem Gesetz und muss nicht vertraglich in Abs. 3 wiederholt werden.

Die Kontroll-, Überwachungs- und Qualitätssicherungsrechte von Berlin und die Verpflichtung der Betreiber z. B. zur Führung von Dienstplänen etc. in Abs. 4 ff. wirken überbordend und wie Wiederholungen obligatorischer arbeitsrechtlicher Verpflichtungen. Ob und wie Berlin den dort reservierten Aufwand an Kontrollen leisten will, dürfte zumindest fraglich sein. Auch datenschutzrechtliche Klärungen müssen erfolgen (Abs 4.). In Abs. 3 ist zu ergänzen: „Tariferhöhungen sind im Kostensatz zum Zeitpunkt der Wirkung der Erhöhung für den Betreiber nachzuverhandeln“.



Abs. 7 hat deklaratorischen Charakter (s.o.). Wenn Berlin ohnehin bei der Personalauswahl mitbestimmen (s.o.) kann, hat es selbstverständlich auch ein Recht Personal in begründeten Einzelfällen abzulehnen. Ob dies jedoch in einem Vertrag extra geregelt werden muss, ist zumindest fraglich.

Abs. 8 ist in einem Betreibervertrag entbehrlich, da sich Verpflichtungen dazu bereits aus den Arbeitnehmerschutzrechten ergeben.

Zu § 8 Beauftragung von Dritten, Sicherheitsdienstleistungen (Wachschutz)

Die Regelungen hierzu stehen in keinem Verhältnis zum Leistungsgegenstand und sollten deutlich gekürzt werden. Abs 1.: Diese Bedingung erscheint für den Wachschutz unabdingbar, nicht aber für andere Drittleistungen wie z.B. Reinigung. Es ist auch eine Frage des Verwaltungsaufwandes.

Wenn Berlin einen derartigen starken Einfluss auf die Auswahl und den Einsatz von Externen wünscht, dann wäre es zweckmäßig deren Beauftragung direkt zu übernehmen und dem jeweiligen Betreiber ein entsprechendes Weisungsrecht einzuräumen sowie es ab Abs. 5 a für Sicherheitsdienstleistungen bzw. Wachschutzdienstleistungen ohnehin vorgesehen ist. Es fehlt die Verknüpfung von Wach- und Brandschutz.

Die Wiederholung des aktuell geltenden Ausschreibungsrechtes in Abs. 3 erscheint nicht erforderlich. Ein allgemeiner Hinweis darauf wäre ausreichend.

Der Ausschluss des gesetzlichen Rechtes - in Abs. 4 - sich im Falle einer sorgfältigen Auswahl des Personals, nach § 831 BGB, von der Haftung zu exkulpieren, ist nicht hinnehmbar, da der Betreiber nicht mehr als die sorgfältige Auswahl des Personals sicherstellen kann. Eine darüber hinaus gehende Haftung belastet die Betreiber mit einem nicht übersehbaren Risiko. Welche Bedeutung der letzte Satz dieses Absatzes haben soll, ist unklar.

Grundsätzlich gilt im deutschen Recht, dass jeder die Verantwortung für eigenes und nur sehr eingeschränkt für fremdes Handeln hat und dafür haftet.

Was ist mit „umfassenden Prüf- und Hinweispflichten“ gemeint? Anlage 6 bietet dazu keine Hinweise. Es stellt sich auch die Frage, ob diese Aufgabe in der Tagessatzkalkulation vorgesehen ist. Der § ist grundsätzlich überarbeitungsbedürftig und die jeweiligen Rollen der Akteure müssen präzisiert werden. Es bleibt unklar, welche Weisungsrechte der Betreiber hat.

Zu §§ 9-10

Die in § 9 Abs. 1 Einreichung der Angaben bis zum 6. Werktag des Folgemonats ist nicht praktikabel, da sie abhängig ist von Dritten.

Die in §§ 9-10 für die hier vorliegende Regelungssituation vorhandenen Risiken sind nicht angemessen verteilt. Der Betreiber hat nach dem Entwurf-Betreibervertrag alle Risiken abzusichern betreffend das genutzte Objekt sowie durch das ständige Vorhalten stets überwachten, geschulten und immer weiter zu schulenden Personals. Die Belegung erfolgt allein durch das Land Berlin. Es steuert auch die Auslastungsquote und überlässt den Betreibern das Risiko.



Eine Anpassung höchstens einmal jährlich wie in Abs 5. vorgesehen, ist nicht tragbar. Es gibt u.a. teilweise mehrfache Tarifsteigerungen im Jahr. Für solche und unvorhersehbare Kosten, die ohne Verschulden des Betreibers entstehen und dem ordnungsgemäßen Betrieb der Einrichtung dienen, müsste eine zeitnahe Änderungsmöglichkeit oder gesonderte Abrechnungsmöglichkeit geschaffen werden.

Trotz dieses Umstands ist betreffend die Vergütung als Gegenleistung des Betreibers für die Erbringung seiner ständigen Vorhalteverpflichten im Entwurf-Betreibervertrag z.B. Folgendes vorgesehen:

- in § 9 Abs. 1 Satz 1 wird auf „jede zugewiesene und anwesende Person“ abgestellt
- nach § 9 Abs. 1 S. 2 soll eine angemessene Auslastungsquote zu berücksichtigen sein
- in § 9 Abs. 7 heißt es: „Der Betreiber hat keinen Anspruch auf Vollbelegung.“
- gem. § 10 Abs. 3 sollen der erste und der letzte Aufenthaltstag als ein Tag gelten
- gem. § 10 Abs. 4 soll bei vom Betreiber nicht zu vertretenden Sachverhalten wie Krankheit oder Urlaub - auch unabhängig, ob es um ein abwesendes Familienmitglied geht - der Tagessatz drei Tage gelten.

Der Betreiber soll nach dem Entwurf-Betreibervertrag alle Risiken absichern betreffend das genutzte Objekt sowie durch das ständige Vorhalten stets überwachten, geschulten und immer weiter zu schulenden Personals. Davon ausgehend widerspricht es der gebotenen Vertragsparität, dem Betreiber „Abwesenheitsrisiken“ oder „Nichtbelegungsrisiken“ im Ergebnis finanziell aufzubürden.

Hier sind Fristen aufzunehmen, die bezogen auf die von den Betreibern zu gewährleistende grundsätzliche Vollbelegung „belegungsneutral“ sind, in denen also Schwankungen in der Belegung nach unten keine Kostenrelevanz entfalten. Als Orientierung für die Regelung der Länge dieser Fristen können die Reaktionsmöglichkeiten auf Änderungen des Leistungsbedarfs herangezogen werden, also z.B. die arbeitsvertraglichen Kündigungsfristen.

Es muss in § 10 vorgesehen werden, dass die Geschäftsführung die notwendigen Unterschriften auch an eine dritte Person delegieren kann. Sonst ist es nicht praktikabel. Die Formulierungen zur Abrechnungen sind unklar. Was ist mit Abwesenheiten gemeint?

Zu § 12 Nutzungsüberlassung

Mit den §§ 12 bis 17 werden Regelungen getroffen, die üblicherweise in gewerblichen Miet- oder Pachtverträgen geregelt werden hier auf eine unentgeltliche Nutzungsüberlassung angewendet werden. Dies drückt sich auch in der Formulierung des Abs. 3 letzter Satz aus, wonach der Betreiber dem Land Berlin - wie ein Mieter - für den Erhalt des Vertragsobjektes einsteht.

Nach Abs. 7 kann das Land Berlin das Vertragsobjekt während der Vertragslaufzeit ändern oder austauschen. Ebenso wie § 17 Abs. 3, durch den das Land Berlin einseitig bauliche Veränderungen vornehmen kann, sind die weiteren Regelungen, durch die das Land Berlin weitgehend voraussetzungslos und ohne klare Kriterien einseitig Rechte regelt, die ohne Abstimmung mit dem Betreiber ausgeübt werden können.

Bezüglich solcher Regelungen ist die Ergänzung aufzunehmen, dass die Ausübung von Änderungsrechten im vorherigen Einvernehmen mit dem Betreiber, unter Mitwirkung des Betreibers und unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen der Bewohner und insbesondere auch der Familien (Art. 6 GG) zu erfolgen hat.



Zu § 13 Instandhaltung, Instandsetzung, Schönheitsreparaturen

Es gibt sehr viele Unklarheiten bezüglich der Rolle und den Pflichten der BIM und denen des Betreibers. Diese Unklarheiten führen für den Betreiber zu einem unkalkulierbaren Risiko.

Zu § 14 Erstausrüstung, Ersatzbeschaffung

Die Qualität der Erstausrüstung ist nicht definiert, dies ist aber für Ersatzleistungen entscheidend.

Zu § 15 Verkehrssicherungspflicht

Der Betreiber kann nicht Eigentümerpflichten übernehmen.

Zu § 18 Haftung und Versicherung

Die vorgenannten Regelungen zu den §§ 13-18 entsprechen gewerberechtlichen Miet- und Pachtverträgen mit denen die Verpflichtung und Haftungsrisiken weitgehend dem Nutzer aufgebürdet werden. Es ist nicht tragbar, dass der Betreiber die Kosten für die Schäden bei der Erstausrüstung durch untergebrachte Personen tragen muss. Dies wäre nur möglich, wenn für jede Person eine entsprechende Haftpflichtversicherung abgeschlossen wird. Dies müsste im Tagessatz abgebildet werden.

Ob die daraus resultierenden Kosten in der Kalkulation der Vergütung enthalten sind, ist unter betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten zu prüfen. Abs 5 zu den Schönheits- und Instandhaltungsmaßnahmen stellt bei vielen Gebäuden ein nicht kalkulierbares Risiko dar (z.B. ICC). Es muss im Tagessatz abgebildet sein.

Zu § 19 Erfüllung / Beweislast, Pflichtverletzungen

Die im Vertragsentwurf konstituierte Rechtsposition des Landes Berlin stellt einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Rechte des Betreibers dar. Zu den bereits erörterten unverhältnismäßigen Störungen der Vertragsparität im Rechtsverhältnis Land Berlin und Betreiber kommen im Zuge der gebotenen Gesamtbetrachtung und Gesamtbewertung und

Unabhängig von der Frage der Wirksamkeit der Beweislastregelung für dieses Rechtsverhältnis noch dazu:

- Die Kombination der in § 19 Abs. 1 vom Land Berlin gewollten vollständigen Beweislast zuungunsten des Betreibers mit Kündigungsrechten (§ 20)
- Die Kombination der in § 19 Abs. 1 vom Land Berlin gewollten vollständigen Beweislast zuungunsten des Betreibers mit Zurückbehaltungsrechten des Landes Berlin (§19 Abs. 3)
- Die Kombination der in § 19 Abs. 1 vom Land Berlin gewollten vollständigen Beweislast zuungunsten des Betreibers mit Kündigungsrechten Vertragsstrafen (§ 22)
- Unabhängig von § 19 Abs. 1 die Voraussetzungen der Kündigungsrechte (§ 20), der vertraglichen Zurückbehaltungsrechte (§ 19 Abs. 3) und der Vertragsstrafen (§ 22).

In Abs. 3 stellt sich die Frage nach Kriterien für die Überprüfbarkeit. Infolge der Regelung in Abs. 5 können dem dem Betreiber Mängelleistungen der BIM angelastet werden.

Zu § 20 Kündigung, Sonderkündigungsrecht



Abs. 1 dieses Abschnitts bedeutet, dass der Betreiber für den Fall der Nichterteilung der für den Betrieb erforderlichen behördlichen Genehmigungen möglicherweise auf den Kosten sitzen bleibt, die vor der Belegung bereits anfallen. Dies ist dem Betreiber nicht zuzumuten. Es muss eine Regelung für den Fall des Eintritts dieses Falles im Hinblick auf die entsprechenden Vorlaufkosten geschaffen werden.

Abs. 2 dieses Abschnitts betrifft die Frist von vier Monaten für ein Sonderkündigungsrecht, falls es zu keiner Einigung in Bezug auf die nach § 1 Abs. 7 und Abs. 8 dieses Vertrages über die „Änderung der Leistung und / oder Qualität“ kommen sollte. Regelungsbedürftig ist jedoch noch, welche Leistungen oder Qualitäten innerhalb der viermonatigen Kündigungsfrist zu erbringen und zu vergüten sind. Da das Leistungsbestimmungsrecht nach § 1 bei Berlin läge, wäre der Betreiber gezwungen den Weisungen Folge zu leisten. Welchen Sinn dann ein Sonderkündigungsrecht hat, ist nicht einleuchtend.

Die in Abs. 3 vorgesehenen Kündigungsrechte von Berlin sind nachvollziehbar, ergeben sich aber grundsätzlich aus den gesetzlichen Vorschriften oder der Rechtsprechung dazu. Welche Sonderkündigungsrechte der Betreiber gegenüber Berlin hat, bleibt unerwähnt, sodass hier „nur“ die gesetzlichen Regelungen eingreifen. Nahe liegend wäre, die Erwähnung von Sonderkündigungsrechte im Vertrag auf ein Mindestmaß zu beschränken.

Die in Abs. 4 vorgesehene Verhandlungsklausel ist zweckdienlich. Ungeklärt ist, was im Falle geschieht, wenn keine Einigung erzielt wird. Wer trägt die Kosten im Falle einer Unterbelegung bis zur Beendigung des Vertrages? Vermutlich soll der letzte Satz in diesem Absatz bedeuten, dass der Betreiber diesen Fall in seinen Geschäftsverhältnissen zu berücksichtigen hätte, was nichts anderes bedeutet, dass dieser die Kosten ohne Vergütungsanspruch zu tragen hätte. Dieses Ergebnis ist unzumutbar und daher zu klären.

Zu § 21 Abwicklung des Vertrages

Abs. 1 und 3 enthalten übliche Regelungen für die Beendigung eines Nutzungsvertrages.

Abs. 2 enthält eine Verpflichtung der Betreiber nach Beendigung des Vertrages oder bei einer außerordentlichen Kündigung die „weiteren Betreuung und Versorgung der untergebrachten Personen bis eine neue Betreiberin / ein neuer Betreiber die Betreuung und Versorgung übernimmt“ sicherzustellen.

Fraglich und ungeklärt ist, ob mit dieser Regelung eine Verlängerung des Vertrages gemeint ist oder eine gesonderte vertragliche Regelung begründet wird, auf die die übrigen Regelungen des beendeten Vertrages bis zur Übernahme durch einen neuen Betreiber angewendet werden sollen.

Ungeklärt ist ebenfalls, was in dem Falle geschieht, wenn es keinen neuen Betreiber gibt und der Betrieb als solcher ausläuft bzw. beendet wird. Es bedarf also der Klarstellung für die genannten Fälle.

Zu § 22 Vertragsstrafen und Belegungsstopp

Abs 2. Ist problematisch angesichts der ungeklärten Zuständigkeiten der BIM. Abs 6.: Vertragsstrafen dürfen nicht viel höher sein als der kalkulatorische Gewinn – sonst können Betreiber (aufgrund von Kleinigkeiten) faktisch in den Konkurs getrieben werden.

Vor dem Hintergrund der besonderen Situation und der kaum sicher kalkulierbaren zukünftigen Entwicklung erscheint die Vereinbarung von Vertragsstrafen wenig sinnvoll. Eine Ver-



tragsstrafe macht nur dann Sinn, wenn der Vertragspartner damit zu einer ordnungsgemäßen Leistung angehalten wird und um Schaden für den anderen Vertragspartner - hier Berlin - zu vermeiden.

Die Betreiber haben aber gar kein Interesse keine ordnungsgemäße Leistung zu erbringen und es erscheint auch fraglich, ob und in welchem Umfange dem Land Berlin ein Schaden entstehen würde, wenn die Unterbringung von Flüchtlingen nicht oder nicht vertragsgemäß erfolgen würde.

Für den Fall, dass Leistungen nicht oder nicht in vertragsgemäßer Weise erbracht würden, würde ohnehin der Vergütungsanspruch entfallen.

Ob eine Vertragsstrafe nach dem in Abs. 2 formulierten Berechnungsmodus daher sinnvoll ist, ist zumindest fraglich.

Die Anknüpfung einer weiteren Vertragsstrafe nach Abs. 3 daran, dass der Betreiber Personal nicht in dem geschuldeten Leistungsumfang einsetzt, ist schwer nachvollziehbar. Wenn Personal nicht eingesetzt wird, hat Berlin das Recht Vergütungen zu kürzen, da nur erfüllte Leistungen bezahlt werden müssen.

Unklar ist auch, welcher Leistungsumfang im Falle einer wie auch immer gearteten Unterbelegung geschuldet ist und absehbar ist, dass weniger Personal eingesetzt werden müsste.

Ob nach Abs. 3 eine zusätzlich Vertragsstrafe von „150 Prozent des Wertes, der in der Kalkulation dem Bruttopersonalkostenansatz der nicht bzw. teilweise nicht besetzten Personalstelle entspricht“ angemessen ist, ist für die Fälle der Unterbelegung eher unangemessen und zumindest fraglich.

Wichtiger als eine Vertragsstrafen- Regelung wäre - wie bereits erwähnt – ein System für Konfliktmanagement, das in diesem Vertrag fehlt.

09.06.2016
Prof. Dr. Ulrike Kostka
Vorsitzende

Christian Thomes
Leiter Gesundheits- und Sozialpolitik

