

Wolter Hoppenberg | Postfach 2773 | 59017 Hamm

Hamm, 04.06.2021

Per E-Mail: torsten.goepfert@kreis-unna.de

Marc Dewald

Rechtsanwalt

Kreis Unna
Herrn Torsten Göpfert
Friedrich-Ebert-Straße 17
59425 Unna

DE/ UK /D145/370-21
Sekretariat: Simone Köchling
Telefon: +49 2381 92122-470
Telefax: +49 2381 92122-7050
dewald@wolter-hoppenberg.de

Unser Zeichen: 1407/20 MD40

(bitte immer angeben)

Werkstatt im Kreis Unna

Hier: Möglichkeit von Inhouse-Beauftragungen durch das Jobcenter

Sehr geehrter Herr Göpfert,

in der oben genannten Angelegenheit nehme ich Bezug auf unsere gemeinsamen Video-Konferenzen, in denen wir uns schwerpunktmäßig mit der Frage der Inhouse-Fähigkeit einer künftigen Tochtergesellschaft des Kreises (im Folgenden „Kreisgesellschaft“ genannt), in welche Teile der Werkstatt überführt würden, gegenüber dem Jobcenter Unna auseinandergesetzt haben. Sie haben dabei jeweils betont, dass die Möglichkeit von Inhouse-Beauftragungen der Kreisgesellschaft durch das Jobcenter von zentraler Bedeutung für alle weiteren Überlegungen ist.

Die Zulässigkeit derartiger Inhouse-Beauftragungen hängt zum einen ganz entscheidend davon ab, inwieweit die neue Kreisgesellschaft noch Leistungen für Dritte erbringen soll; die maßgebliche Schwelle liegt hier bei 20 % des Gesamtgeschäftes. Wir hatten diesen Aspekt im Gespräch zunächst nicht weiter vertieft. Herr Dörmann hatte aber hierzu mitgeteilt, dass die Ausgestaltung der neuen Kreisgesellschaft durchaus so konzipiert werden kann, dass das Tätigkeitskriterium erfüllt wird.

Wolter Hoppenberg Rechtsanwälte Partnerschaft mbB • AG Essen PR 2914 • USt-IdNr. DE 125233481

Hauptstandort Hamm	Münsterstraße 1-3	59065 Hamm	Tel.: +49 2381 92122-0	Fax: +49 2381 92122-7000
Standort Berlin	Bernburger Str. 32	10963 Berlin	Tel.: +49 30 26390059-0	Fax: +49 30 26390059-655
Standort Münster	Hafenweg 14	48155 Münster	Tel.: +49 251 9179988-0	Fax: +49 251 9179988-855
Standort Osnabrück	Möserstraße 2-3	49074 Osnabrück	Tel.: +49 541 506967-0	Fax: +49 541 506967-699

Sparkasse Hamm
IBAN: DE4410500950000135525
BIC: WELADED1HAM

Sparkasse Münsterland Ost
IBAN: DE88400501500034175067
BIC: WELADED1MST

Commerzbank AG Hamm
IBAN: DE43410400180507495000
BIC: COBADEFF410

Die zweite problematische Voraussetzung ist das sog. Kontrollkriterium, also das Bestehen einer Kontrolle über die Kreisgesellschaft wie über eigene Dienststellen. Da die Kreisgesellschaft keine Tochtergesellschaft des Jobcenters sein wird, fällt eine unmittelbare Kontrolle des Jobcenters über die Kreisgesellschaft aus. In Betracht kommt allerdings eine Inhouse-Konstellation nach § 108 Abs. 3 GWB, wenn eine Kontrolle wie über eigene Dienststellen durch den Kreis Unna sowohl gegenüber der neuen Kreisgesellschaft als auch (gemeinsam mit der Bundesanstalt für Arbeit als weiterem Aufgabenträger) gegenüber dem Jobcenter besteht.

Da die neue Kreisgesellschaft als 100%-ige Tochter des Kreises Unna ausgestaltet werden soll, ließe sich im Verhältnis zwischen ihr und dem Kreis eine Beherrschung wie über eine Dienststelle durch entsprechende gesellschaftsvertragliche Regelungen ohne weiteres herstellen.

Problematisch ist dagegen, ob auch zwischen dem Kreis Unna und dem Jobcenter ein entsprechendes Beherrschungsverhältnis besteht. Nach § 108 Abs. 2 GWB wird die Ausübung einer entsprechenden Kontrolle vermutet, wenn der öffentliche Auftraggeber (hier der Kreis Unna) einen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der juristischen Person ausübt. Bei Einrichtungen, die von mehreren öffentlichen Auftraggebern gemeinsam kontrolliert werden, setzt eine gemeinsame Kontrolle nach § 108 Abs. 5 GWB voraus, dass sich die beschlussfassenden Organe aus Vertretern sämtlicher Teilnehmer der öffentlichen Auftraggeber zusammensetzen, die öffentlichen Auftraggeber gemeinsam einen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der juristischen Person ausüben können und die juristische Person keine Interessen verfolgt, die den Interessen der öffentlichen Auftraggeber zuwider laufen.

Bei den Jobcentern als gemeinsamen Einrichtungen im Sinne von § 44 b SGB II besteht eine Besonderheit darin, dass sich die Zuständigkeit der gemeinsamen Organe auf bestimmte Teilbereiche beschränkt, während die beiden Träger der gemeinsamen Einrichtung

(Agentur für Arbeit und kommunaler Träger) für die rechtmäßige und zweckmäßige Erbringung ihrer Leistungen verantwortlich bleiben, auch soweit sie sich zu deren Durchführung der gemeinsamen Einrichtung bedienen.

Nach § 44 b Abs. 3 SGB II haben die Träger in ihrem Aufgabenbereich nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 SGB II jeweils ein Weisungsrecht gegenüber der gemeinsamen Einrichtung. Dieses Weisungsrecht gilt nicht im Zuständigkeitsbereich der Trägerversammlung nach § 44 c SGB II. Allerdings beschränkt sich die Zuständigkeit der Trägerversammlung im Wesentlichen auf organisatorische, personalwirtschaftliche, personalrechtliche und personalvertretungsrechtliche Angelegenheiten (vgl. § 44 c Abs. 2 SGB II). Für die hier konkret in Rede stehenden Maßnahmen zur Eingliederungshilfe, die in den Aufgabenbereich der Agentur für Arbeit fallen, besteht dagegen gerade keine vorrangige Zuständigkeit der Trägerversammlung, so dass es insoweit beim alleinigen Weisungsrecht der Agentur für Arbeit nach § 44 b Abs. 3 SGB II verbleibt.

Dies bedeutet konkret, dass der Kreis Unna nicht gemeinsam mit der Agentur für Arbeit die strategischen Ziele und wesentlichen Entscheidungen maßgeblich beeinflussen kann, sondern nur die nach § 44 c SGB II der Trägerversammlung obliegenden Aufgaben und darüber hinaus die dem Kreis nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 SGB II als kommunalem Träger obliegenden Aufgaben. Gerade diejenigen Tätigkeitsbereiche aber, in denen die Kreisgesellschaft im Falle ihrer Gründung schwerpunktmäßig für das Jobcenter tätig werden soll, sind damit einer Kontrolle durch den Kreis Unna (ggf. gemeinsam mit der Agentur für Arbeit) entzogen.

Allerdings sieht § 44 b Abs. 4 SGB II die Möglichkeit vor, dass die gemeinsame Einrichtung (Jobcenter) einzelne Aufgaben auch durch ihre Träger wahrnehmen lassen kann. Auf diesem Wege wäre es prinzipiell denkbar, die vom Jobcenter wahrgenommenen Aufgaben, die gesetzlich in den Verantwortungsbereich der Agentur für Arbeit fallen, auch durch den kommunalen Träger wahrnehmen zu lassen. Unter der Voraussetzung einer derartigen Aufgabenübertragung wären wiederum Inhouse-Geschäfte zur Erfüllung dieser Aufgaben an eine künftige Kreisgesellschaft vergaberechtlich denkbar. Voraussetzung hierfür wäre

allerdings, dass eine solche Wahrnehmung von Aufgaben im Bereich der Eingliederungshilfen, die aus Mitteln der Agentur für Arbeit finanziert werden, durch den kommunalen Träger für die Agentur für Arbeit überhaupt eine denkbare Gestaltungsmöglichkeit wäre.

Auf Ihre entsprechende Anfrage hin hat die Agentur für Arbeit eine solche Aufgabenwahrnehmung durch den Kreis Unna bzw. die von ihr im Wege eines Inhouse-Auftrags zu beauftragende künftige Kreisgesellschaft **unmissverständlich abgelehnt**. Damit aber besteht die Möglichkeit von Inhouse-Beauftragungen an die künftige Kreisgesellschaft von vornherein nicht.

Wie Sie in unserer letzten Videokonferenz mitteilten, besteht damit keine Grundlage mehr für weitere Überlegungen zur Überführung der Werkstatt im Kreis Unna in eine Kreisgesellschaft. Vor diesem Hintergrund haben Sie uns mitgeteilt, dass die weitere Bearbeitung des uns erteilten Gutachtenauftrages entfällt, so dass dieser Auftrag für uns abgeschlossen ist.

Für etwaige Rückfragen im Vorfeld stehe ich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Marc Dewald
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Vergaberecht