

AZ: 51.50.30 mx-zö

Kiel, 12.12.2013

Rundschreiben Nr. 133/2013

Vergaberecht im Zusammenhang mit der Kindertagesbetreuung

In letzter Zeit sind bei der Geschäftsstelle vermehrt Anfragen hinsichtlich der Anwendbarkeit des Vergaberechts bei der Auswahl von Trägern für Kindertageseinrichtungen eingegangen. Die rechtliche Prüfung der Geschäftsstelle kommt zu dem Ergebnis, dass weder das nationale noch das europäische Vergaberecht auf den Bereich der Suche/Auswahl nach freien Trägern für die Kinderbetreuung anzuwenden ist.

Sinn und Zweck des GWB und des Europäischen Wettbewerbsrechts ist die Förderung des Wettbewerbs auf öffentlichen Beschaffungsmärkten. Ziel ist der gleiche Marktzugang für alle und die Begrenzung der Kosten durch die Auswahl des günstigsten Marktbewerbers. Das SGB VIII vertritt dagegen eine andere Zielrichtung. Vorrang hat hier das Prinzip der Trägerpluralität, das auch aus dem Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsempfänger herrührt. Es soll somit nicht das wirtschaftlichste Angebot ermittelt werden, sondern es soll für den Bürger eine breit gestreute Auswahl nach Kriterien wie weltanschauliche Ausrichtung, Bildungskonzept, Inhalte und Arbeitsformen entstehen.

Bisher ist das Sozialrecht allerdings nicht per se vom Vergaberecht ausgenommen. Erforderlich ist nach dem GWB ein öffentlicher Auftrag für eine Dienstleistung an einen Unternehmer. Zwar stellen nach der Rechtsprechung des EuGH auch freie Träger von Sozialdienstleistungen solche Unternehmen dar, da sie entgeltorientiert arbeiten. Jedoch liegt speziell in der Kinderbetreuung kein öffentlicher Auftrag im Sinne des Europarechts vor. Erforderlich wäre gemäß § 99 GWB ein entgeltlicher Vertrag zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Unternehmen über eine unmittelbar vergütete Dienstleistung. Eine solche vergütete Dienstleistung mit einem konkreten Leistungs- und Gegenleistungsverhältnis liegt hier aber nicht vor.

Die Finanzierung von Kindertageseinrichtungen ist nach § 74 a SGB VIII Ländersache. In Schleswig-Holstein ist diese Finanzierung in § 25 KiTaG speziell geregelt. Es handelt sich dabei um eine Betriebskostenfinanzierung, die zwar grundsätzlich abhängig ist von der Anzahl der betreuten Kinder, die aber keine Finanzierung einzelner Betreuungsverhältnisse ist. Dafür spricht auch der Finanzierungsanteil der Einrichtungsträger - die Eigenleistung - der im jugendhilferechtlichen Dreiecksverhältnis entsprechend § 77 ff. SGB VIII so nicht möglich ist. Dort wird die volle und einzelfallbezogene konkrete Betreuungsleistung des Trägers mit allen

durch die Dienstleistung entstehenden Kosten abgerechnet, was einem entgeltlichen Vertrag entspricht.

Die abstrakte Finanzierungsweise in der Kinderbetreuung über Betriebskosten entspricht daher in ihren Grundzügen vielmehr der Finanzierung über Sozialsubventionen entsprechend § 74 SGB VIII, wo auch die Eigenleistung möglich ist.

Bei Übertragung der Grundsätze des § 74 SGB VIII ist außerdem festzuhalten, dass freie und öffentliche Träger partnerschaftlich zusammenarbeiten sollen (§ 4 SGB VIII). Ziel ist eine plurale Trägerlandschaft (§ 3 Abs. 1 SGB VIII). Daher sollen auch die öffentlichen Träger gemäß § 4 Abs. 2 SGB VIII und die Gemeinden nach § 8 Abs. 1 S. 2 KiTaG die Leistungserbringung vorrangig freien Trägern überlassen. Nach den Grundsätzen des § 74 Abs. 1 S. 1 SGB VIII sollen die Träger der öffentlichen Jugendhilfe und über die Landesgesetze vermittelt auch die Gemeinden die freiwillige Tätigkeit von Trägern auf dem Gebiet der Jugendhilfe „anregen“ und „fördern“. Zielrichtung ist also keine Auftragsvergabe, sondern ein Anregen und Gewährenlassen der freien Träger in unbestimmter Zahl. Eine Auswahl eines oder mehrerer Träger sieht das SGB VIII nicht vor, vielmehr kann sich jeder freie Träger auch ohne Auftrag in der Kinderbetreuung auf eigenes Wirtschaftsrisiko engagieren und hat Anspruch auf die finanzielle Unterstützung. Schließlich besteht auch eine Rückgriffsfunktion der Gemeinde. Findet sich nämlich kein freier Träger, der freiwillig die Kinderbetreuung zu einem Teil übernimmt, tritt die originäre Betreuungsplatzschaffungspflicht der Gemeinde wieder ein, sie errichtet dann eigene kommunale Einrichtungen.

Bei einer Sozialsubvention ähnlich des § 74 SGB VIII ist das Vergaberecht somit nicht anwendbar, da die öffentliche Hand mittels der Förderung keine marktmäßige Gegenleistung erhält (von Boetticher, Mündler/Wiesner/Meysen, aaO, Nr. 1.6.3.3 Rn. 33).

Beihilfen und Subventionen unterfallen aber als Art der negativen oder positiven Gewährung wirtschaftlicher Vorteile grundsätzlich dem Beihilferecht der EU. Solche Wirtschaftshilfen sind wegen ihrer den Wettbewerb verzerrenden Wirkung nur zulässig, wenn sie vorher bei der Europäischen Kommission angemeldet und von dieser genehmigt werden.

Nach Rechtsprechung des EuGH (Altmark-trans-Entscheidung des EuGH, Az.: C-280/00) unterfällt das Kinderbetreuungsrecht allerdings nicht dieser Pflicht. Danach liegt ein wettbewerbsrechtlicher Vorteil dann nicht vor, wenn eine staatliche finanzielle Maßnahme als Ausgleich anzusehen ist, der die Gegenleistung für Leistungen bildet, die von den Unternehmen, denen die Maßnahme zugutekommt, zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen erbracht werden.

Dies ist bei der Kinderbetreuung durch freie Träger der Fall. So sind freie Träger mit der gemeinwirtschaftlichen Aufgabe der öffentlichen Kinderbetreuung betraut. Sie stellen die Betreuungsplätze, zu deren Schaffung die Gemeinden gesetzlich verpflichtet sind. Da - wie oben dargestellt - die Träger über die Teilfinanzierung der Betriebskosten bezahlt werden, stellt dies nur einen Ausgleich für tatsächlich zur Erfüllung der öffentlichen Aufgabe aufgewendete Kosten dar. Eine marktmäßig rentable Kinderbetreuung ohne Finanzierung durch die öffentliche Hand wäre ohne eine finanzielle Überlastung der Eltern wirtschaftlich auch nicht möglich.

Ein angemessener Gewinn des freien Trägers ist nach der Rechtsprechung auch bei dieser gemeinwirtschaftlichen Beihilfe unschädlich.

In Folge des Urteils hat die Europäische Kommission verschiedene Auslegungsleitfäden herausgegeben, in denen sie sogenannte DAWI, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, in Bezug auf das Beihilferecht gemäß Art. 106 Abs. 2 AEUV erläutert. Zu den DAWIs gehört danach auch die öffentliche Kinderbetreuung, bei denen der Staat einen Dienstleister mit einer spezifischen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung betraut. Ausgleichsleistungen in diesem Bereich sind nach dem Willen der Kommission von der Pflicht zur Anmeldung und Genehmigung ausgenommen.

Fazit:

Auch wenn es bisher nicht ausdrücklich geregelt ist, unterfällt weder die Suche nach freien Trägern in der Kinderbetreuung dem europäischen Vergaberecht noch deren Finanzierung dem Beihilferecht. In Zukunft wird es aber auch speziell hinsichtlich der öffentlichen Kinderbetreuung Änderungen im europäischen Recht geben, entsprechende Richtlinienvorschläge sind bereits in Arbeit. Diese sollen dann bei Vergaben im Sozialbereich eine bessere Berücksichtigung der sozialen und personenbezogenen Komponenten ermöglichen.

Anzuraten ist schließlich bei der Suche nach freien Trägern (auch ohne das Vergaberecht) ein Interessenbekundungsverfahren, wie es beispielsweise in München durchgeführt wird. Dieses kann weitgehend formlos vollzogen werden, es sollten aber zumindest Aktenvermerke über die Anfragen und die Ergebnisse angefertigt werden. Ein solches Vorgehen entspräche auch den Vorschlägen der Kommission für zukünftige Vergaben im Sozialbereich, nach denen auch bei bloßen Finanzierungen im Sozialbereich die Grundprinzipien von Transparenz und Nichtdiskriminierung zu beachten sind.

Hinweis zum Download der Rundschreiben und anderer Mitteilungen:

Für alle Mitgliedskörperschaften stehen die Rundschreiben im "Mitgliederservice" auf der Homepage des Städteverbandes Schleswig-Holstein als Datei zur Verfügung.