

Vorab per E-Mail am 01.10.2019

## **000. Übertragung der Trägerschaft für einen Kindergarten**

Die NSGB-Landesgeschäftsstelle ist in den letzten Jahren vermehrt mit der Frage einer möglichen Ausschreibung für die Übertragung der Trägerschaft für einen Kindergarten konfrontiert worden.

Nach unserer bisher vertretenen Auffassung haben wir die Notwendigkeit einer Ausschreibung für die Übertragung der Trägerschaft eines Kindergartens auf einen freien Träger der Jugendhilfe mit folgender Argumentation abgelehnt:

Soweit ersichtlich ist die Frage, ob die Übertragung des Kindergartenbetriebes auf einen anderen Träger ausschreibungspflichtig ist, gerichtlich noch nicht abschließend geklärt worden. Das Verwaltungsgericht Osnabrück hat die Frage, ob sich aus wettbewerbsrechtlichen Gründen eine Ausschreibungspflicht für den hier in Streit stehenden Bereich gibt, offen gelassen (VG Osnabrück, Beschl. V. 11.12.2003 – 6 B 41/03). Wir sehen uns in unserer Auffassung allerdings zum einen durch eine Antwort der Bundesregierung auf eine kleine Anfrage (BT-Drucks. 16/5347) bestätigt. Danach werden im Leistungserbringungsrecht der Kinder- und Jugendhilfe „Aufträge“ nicht durch den öffentlichen Träger der Jugendhilfe vergeben. Vielmehr nehmen die Leistungsberechtigten im Rahmen des Wunsch- und Wahlrechts nach § 5 SGB VIII die entsprechenden Einrichtungen und Dienste in Anspruch. Eine Ausschreibung bzw. ein Vergabeverfahren kann daher nicht stattfinden. Das Instrument der Ausschreibung und die damit verbundene Vergabe von Leistungen an einen bestimmten Anbieter sind – so die Bundesregierung weiter – mit den Strukturprinzipien der Kinder- und Jugendhilfe nicht vereinbar.

Zum anderen stützen wir unsere Auffassung auch auf eine Stellungnahme der Monopolkommission. Eine ausdrückliche Verpflichtung zur Ausschreibung besteht auch hiernach nicht. Aufgrund fehlender höchstrichterlicher Rechtsprechung ist die Anwendung des Vergaberechts auf die Kinder- und Jugendhilfe zweifelhaft und somit eine Ausschreibung nicht zwingend erforderlich.

Die von uns vertretene Auffassung wurde gerichtlich noch nicht widerlegt und auch die Bundesregierung hat bisher keine gegenteilige Antwort auf eine Ausschreibungspflicht für die Übertragung des Kindergartenbetriebes herausgegeben.

Allerdings werden vermehrt Rechtsansichten vertreten, die eine Ausschreibungspflicht für die Übertragung der Trägerschaft eines Kindergartens bejahen:

Grundsätzlich sind die Kommunen als öffentlicher Auftraggeber den Vorgaben des Vergaberechts unterworfen. Die Reichweite der Ausschreibungspflicht richtet sich nach der Art der zu erbringenden Leistung sowie dem Auftragswert.

Es ist somit entscheidend, ob der Betrieb einer Kindertagesstätte als öffentlicher Auftrag i.S.d. § 103 GWB einzustufen ist. Gem. § 103 GWB sind öffentliche Aufträge entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die die Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben. Die Trägerschaft für eine Kindertagesstätte einschließlich des Betriebs beinhaltet, dass der Träger Dienstleistungen mittelbar für die Kommunen erbringt, denn die Kommune kommt mithilfe des freien Trägers ihrer Verpflichtung nach, ausreichend Betreuungsplätze zur Verfügung zu stellen. Entscheidend ist nun, welcher Vertrag zwischen der Kommune und den freien Trägern geschlossen werden soll.

- Dienstleistungskonzession  
Gem. § 105 Abs. 1 GWB unterfallen Dienstleistungskonzessionen dem Vergaberecht. Eine Trägerschaft ist allerdings nicht unbedingt als Dienstleistungskonzession einzu-  
stufen, da eine Kommune dem freien Träger typischerweise nur den Ausgleich etwaiger  
Verluste zusichert.
- Zuwendungsvertrag oder vergaberechtlicher Dienstleistungsvertrag  
Fraglich ist, ob die Trägerschaft ein vergaberechtlicher Dienstleistungsauftrag oder  
eine haushaltsrechtliche Zuwendung darstellt.

Nach der Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofs ist entscheidend, ob der  
Auftragnehmer direkt oder indirekt die Verpflichtung zur Erbringung der Leistungen,  
die Gegenstand des Auftrags sind, übernimmt und dass es sich um eine einklagbare  
Verpflichtung handelt (EuGH, Urteil vom 25.03.2010 – C-451/08).

Ob ein Zuwendungsvertrag oder ein vergaberechtlicher Dienstleistungsvertrag ge-  
schlossen wird, hängt maßgeblich von der rechtlichen Ausgestaltung des Vertrages  
ab. Wenn der Vertrag zwar einen Verwendungszweck vorsieht, eine Regelung über  
eine Leistungspflicht des freien Trägers nicht getroffen wird, handelt es sich grund-  
sätzlich um einen Zuwendungsvertrag, der dem Vergaberecht nicht unterliegt. Hierzu  
zählt u.a. ein Defizitvertrag zwischen den Parteien.

Ein vergaberechtlicher Dienstleistungsvertrag würde hingegen zu bejahen sein, wenn  
die Kommune einen einklagbaren Anspruch auf die Durchführung der geforderten  
Maßnahme (Betrieb der Kindertagesstätte) hat.

Zu beachten bei einem Zuwendungsvertrag ist unbedingt, dass auch hier Ausschrei-  
bungspflichten bestehen könnten. So kann die reine Gewährung von Fördermitteln im  
Einzelfall eine unzulässige Umgehung vergaberechtlicher Ausschreibungspflichten  
bedeuten. In diesem Fall können aus Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art 12 GG vergaberechts-  
ähnliche Ausschreibungspflichten folgen, um die Gleichbehandlung einzelner Bewer-  
ber zu gewährleisten.

Vermeint wurde auch immer die Auffassung vertreten, dass die Anwendung des GWB-  
Vergaberechts aufgrund der Eigenart des „sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses“ aus Trä-  
ger, Kommune und Eltern gesperrt ist. Verträge im Geltungsbereich des SGB VIII sind je-  
doch ausschreibungspflichtige öffentliche Aufträge i.S.d. GWB. Dies ist im Sozialrecht inzwi-  
schen anerkannt und auch der Bundesgerichtshof hat bereits mehrfach entschieden, dass,  
sofern alle Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen, nur dort Ausnahmen vom Vergaberecht  
greifen, wo dies im GWB ausdrücklich vorgesehen ist (BGH, Beschluss vom 01.12.2008 – X  
ZB 31/08 (Rettungsleistungen); BGH, Beschluss vom 08.02.2011 – X ZB 4/10 (Eisenbahn-  
verkehr)). Daher kann die bisher überwiegend vertretene Auffassung, dass im Sozialbereich  
der Rückgriff auf das Vergaberecht aufgrund des Dreieckverhältnisses sowie der Besonder-  
heiten des Sozialrechts gesperrt sei, nicht mehr vollumfänglich überzeugen. Aus den neuen  
Strukturen des Vergaberechts, in der Vergabeordnung (VgV) wurde ein eigener Abschnitt für  
besondere Vorschriften für die Vergabe von sozialen und anderen besonderen Dienstlei-  
stungen (§§ 64 bis 66 VgV) eingeführt, geht hervor, dass soziale Dienstleistungen grundsätz-  
lich auch dem Vergaberecht unterliegen.

In einem Beschluss des OVG Lüneburg vom 04.07.2019 – 10 OA 74/19 – wurde zwar nicht  
direkt über die Vergabe der Trägerschaft entschieden. Das angewandte Vergaberecht wurde  
allerdings auch nicht bemängelt.

Nach den eben geschilderten Rechtsansichten ist es daher mittlerweile fraglich, ob die bisher von uns vertretene Meinung vor Gericht standhalten würde.

***ED-NSGB Nr. --- vom - Az. 51 15 10-le***