

Freie Fahrt für neue Kitas

Bund bestellt, NRW zahlt, Kommunen jubeln!

(BS/Ute Jasper/Jens Biemann) Kommunen in Nordrhein-Westfalen können aufatmen: Die geforderten Kitas zahlt das Land. Nordrhein-Westfalen muss die Kommunen für die finanziellen Mehrbelastungen entschädigen, die ihnen durch den Ausbau der Kleinkindbetreuung entstehen, so der Verfassungsgerichtshof NRW in seinem auch in anderen Bundesländern mit Interesse gelesenen Urteil vom 12.10.2010 (Az. VerFGH 12/09). Damit können die Kommunen ihren Wunsch nach mehr Kita-Plätzen ungebremst umsetzen.

Hintergrund des Urteils ist, dass der Bund Ende 2008 mit dem "Gesetz zur Förderung von Kindern unter drei Jahren in Tageseinrichtungen und in Kindertagespflege" beschlossen hat, dass ab dem 1. August 2013 jedes Kleinkind einen Rechtsanspruch auf einen Kita-Platz haben wird. Die Kosten für die notwendigen Einrichtungen hat das Land NRW per Gesetz auf die Kommunen geschoben. Dagegen haben 23 Kommunen gemeinsam Verfassungsbeschwerde eingereicht – mit Erfolg. Die Richter in Münster sehen in der Überbürdung der Mehrbelastungen einen Verstoß gegen das in der Landesverfassung verankerte Konnexitätsprinzip. Demgemäß darf das Land als Gesetzgeber keine neuen Aufgaben auf die Kommunen verlagern oder bisherige Aufgaben stark verteuern, ohne einen Ausgleich dafür zu schaffen.

Investorenmodell für Kitas

Mit finanziell gestärktem Rücken können sich die



Sie denken noch nicht darüber nach, ob ihr Obst vom Bund, vom Land oder von der Kommune bezahlt wird.

Foto: BS/AOK-Mediendienst

Städte und Gemeinden nun an die Realisierung der erforderlichen Kitas machen. Nachdem der Bund ihnen bereits die Entscheidung über das "Ob" der Schaffung neuer Kinderbetreuungsplätze genommen hat, können die Kommunen beim "Wie" allerdings verschiedene Wege einschlagen. Bei der Umsetzung ei-

nes Investorenmodells gibt es gewissermaßen einen öffentlichen Kindergarten mit privater Finanzierung. Der Investor baut für den Träger der Einrichtung das gewünschte Gebäude, welches dieser dann vom Investor langfristig mietet.

Vorteil dieses Modells ist zweifelsohne, dass der Investor nach den Vorstellun-

gen des Auftraggebers auf eigene Rechnung plant, baut, finanziert und unterhält. Der Träger der Kita setzt sich quasi ins gemachte Nest. Die Kehrseite der Medaille sind die zumeist höheren Kosten für die öffentliche Hand. Denn während eine Kommune in den Genuss günstiger Kommunalkredite kommen

kann, muss ein privater Investor in der Regel ein Bankdarlehen zu schlechteren Konditionen aufnehmen. Da aber regelmäßig mit einem Investorenmodell ein Grundstücksgeschäft, nämlich die Übertragung des Grundstücks vom Auftraggeber auf den Investor, verbunden ist, entstehen zusätzliche Transaktionskosten in teils beträchtlicher Höhe.

Ausschreibungspflicht?

Bei den Wörtern "Grundstücksgeschäft" und "Investor" hätten wahrscheinlich vor einem Jahr bei jeder Kommune die Alarmglocken geläutet. Verschreckt durch die "Ahlhorn"-Rechtsprechung stockte so manchem Bürgermeister nicht nur der Atem. Es wurden auch vielversprechende Bauprojekte auf die lange Bank geschoben. Die in den meisten Fällen sogar völlig unbegründete Angst vor der Anwendung des Vergaberechts bremste so manches Investorenprojekt aus. Die Erlösung brachte der Europäische Gerichtshof erst im Frühjahr dieses Jahres (Urteil vom 25.03.2010, Rs. C-451/08).

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes liegt nur dann ein ausschreibungspflichtiger Bauauftrag vor, wenn die Bauleistung dem öffentlichen Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute kommt. Dieses wirtschaftliche Interesse des Auftraggebers liegt natürlich dann vor, wenn er Eigentümer der Kita wird. Aber auch ein späteres Nutzungsrecht des Auftraggebers, wie zum Beispiel bei einem Mietvertrag über eine noch zu errichtende Kita, begründet ein wirtschaftliches

Interesse. Wenn der Auftraggeber allerdings lediglich seine städtebauliche Regelzuständigkeit ausübt, führt dies nicht zur Ausschreibungspflicht.

Unterhalb des EU-Schwellenwertes

Der Europäische Gerichtshof schränkt die Ausschreibungspflicht für öffentliche Grundstücksverkäufe sogar noch weiter ein. Nur wenn der Auftragnehmer direkt oder indirekt die Verpflichtung zur Bauleistung übernimmt und diese auch einklagbar ist, liegt ein öffentlicher Bauauftrag vor. Im Ergebnis dürfen damit Kommunen bei Grundstücksverkäufen mit einem Investor ausschreibungsfrei Rahmenbedingungen vereinbaren, zum Beispiel zur Nutzungsart, solange diese Pflichten nicht einklagbar sind und ihnen nicht unmittelbar wirtschaftlich zugute kommen. Die genannten Grundsätze gelten, wohlgemerkt, oberhalb des EU-Schwellenwertes von derzeit 4,845 Millionen Euro. Nachdem diese Rechtsprechung bereits bis ins kleinste Detail juristisch analysiert wurde, fragt sich so mancher Praktiker: Wie ist die Rechtslage eigentlich unterhalb des EU-Schwellenwertes?

In vielen Fällen wird die Investitionssumme den EU-Schwellenwert nicht überschreiten. Denn auch bei Kitas wird eine Kommune voraussichtlich nicht auf zentrale Groseinrichtungen setzen, sondern vielmehr den Eltern ortsnahe und überschaubare Anlagen bieten. Insoweit wird sich der öffentliche Aufgabenträger mit der Frage der Ausschreibungspflicht befassen müssen.

Grundstücksgeschäfte

In der vergaberechtlichen Rechtsprechung spielten Grundstücksgeschäfte mit Bauverpflichtung unterhalb des EU-Schwellenwertes bis dato keine Rolle. Da der Vierte Teil des GWB auf diese Geschäfte bereits auf Grund des niedrigen Auftragswertes nicht anwendbar ist, konnte ein potenzieller Kläger nicht die Vergabekammern anrufen. Denn ein effektiver Rechtsschutz besteht bisher – trotz aktueller Bestrebungen zur Novellierung des vergaberechtlichen Rechtsschutzsystems – nur oberhalb der EU-Schwellenwerte.

Obwohl dies noch nicht durch die Rechtsprechung bestätigt wurde, sprechen aber erhebliche Gründe für eine Ausschreibungsfreiheit von Grundstücksgeschäften mit Bauverpflichtung unterhalb des EU-Schwellenwertes. Kommunen sind zwar auch bei diesen Auftragswerten regelmäßig an das nationale Vergaberecht und damit an die VOB/A aufgrund der haushaltsrechtlichen Vorschriften gebunden. Jedoch liegt bei einem Grundstücksverkauf mit Bauauftrag keine Bauleistung im Sinne der VOB/A vor. Nach § 1 VOB/A sind Bauleistungen Arbeiten jeder Art, durch die eine bauliche Anlage hergestellt, in stand gehalten, geändert oder beseitigt wird.

Haushaltsrecht – nicht Wettbewerb

Die VOB/A geht daher von einem unmittelbaren Beschaffungsvorgang seitens des öffentlichen Auftraggebers aus. An einem solchen fehlt es aber, wenn die öffentliche Hand lediglich ein

Grundstück verkauft – und sei der Verkauf mit einer Bauverpflichtung verbunden. Da der Auftraggeber am Ende nicht Eigentümer der Bauleistung wird, ist der Anwendungsbereich der VOB/A nicht eröffnet. Der Unterschied zwischen dem europarechtlich geprägten Bauauftragsbegriff des § 99 Abs. 3 GWB und dem engeren Bauleistungsbegriff des ersten Abschnitts der VOB/A privilegiert in diesen Fällen Unterschwellenvergaben. Für diese Ansicht spricht auch der Sinn und Zweck des Haushaltsrechts einschließlich der dort vorgesehenen Ausschreibungspflichten.

Diese Vorschriften sollen eine sparsame und wirtschaftliche Haushaltsführung gewährleisten. Damit wird jedoch keine wettbewerbliche Zielsetzung verfolgt. Das Haushaltsrecht dient auch nicht der Einrichtung einer bestimmten Wettbewerbsordnung für das Nachfrageverhalten des Staates. Die wettbewerblichen Aspekte sollen lediglich einen wirtschaftlichen Einkauf gewährleisten. Soweit bei einem Grundstücksverkauf der Marktpreis erzielt wird, steht die wirtschaftliche und sparsame Haushaltsführung aber grundsätzlich nicht infrage.

Ein Verkauf unter dem Marktpreis könnte zudem gegen die beihilferechtlichen Bestimmungen des europäischen Unionsrechts verstoßen. Wenn die Kommunen dies jedoch beachten, können sie Investorenmodelle für Kitas ausschreibungsfrei und erfolgreich umsetzen.

Rechtsanwältin Dr. Ute Jasper, Rechtsanwalt Jens Biemann, Düsseldorf