

## Riedel, Nadja

---

**Von:** Sitzungsdienst  
**Betreff:** WG: 23/00376: Oestrich-Winkel/ Beratung VI (Vergaberecht – Kita nördlich des Bürgerzentrums in Oestrich) – Neue Entscheidungen  
**Anlagen:** 7\_L\_1857\_23\_DA\_EILBESCHLUSS\_18B45B08FF68444D94EA68338AC597C4\_anonym.pdf; Hessischer\_Verwaltungsgerichtshof\_8\_B\_1502-23\_LARE240000041.pdf; Scan\_HSGB.pdf; 23\_00376\_Aktenvermerk\_SZK\_07022024.pdf

**Von:** "Sinß, Carsten" <[carsten.sinss@oestrich-winkel.de](mailto:carsten.sinss@oestrich-winkel.de)>

**Datum:** 2. März 2024 um 16:00:59 MEZ

**An:** Thomas Wiczorek <[thomas.wiczorek89@gmail.com](mailto:thomas.wiczorek89@gmail.com)>, [marius@fdp-rtk.de](mailto:marius@fdp-rtk.de), Ingrid Reichbauer <[ingrid.reichbauer@yahoo.de](mailto:ingrid.reichbauer@yahoo.de)>, [almut-hammer@t-online.de](mailto:almut-hammer@t-online.de), "Busch, Sebastian" <[sebastianbusch@outlook.de](mailto:sebastianbusch@outlook.de)>

**Betreff:** Wtr: 23/00376: Oestrich-Winkel/ Beratung VI (Vergaberecht – Kita nördlich des Bürgerzentrums in Oestrich) – Neue Entscheidungen

Verteiler  
Fraktionsvorsitzende, SVV

Liebe Kolleginnen und Kollegen,

bitte nehmen Sie für Ihre Beratungen betr.

TOP Kita Kunterbunt noch unten stehenden Schriftverkehr zur Kenntnis und leiten ihn ggf. auch vorab an Ihre Fraktionen weiter. Ich werde Frau Riedel bitten ihn am Montag auch ergänzend ins RIM einzustellen.

Beste Grüße

Carsten Sinß

Anfang der weitergeleiteten Nachricht:

**Von:** "Sinß, Carsten" <[carsten.sinss@oestrich-winkel.de](mailto:carsten.sinss@oestrich-winkel.de)>

**Datum:** 14. Februar 2024 um 17:19:00 MEZ

**An:** "Björn Sommer ([bjoern.sommer@oestrich-winkel.de](mailto:bjoern.sommer@oestrich-winkel.de))"

<[bjoern.sommer@oestrich-winkel.de](mailto:bjoern.sommer@oestrich-winkel.de)>, Erich Herbst

<[Erich.Herbst@erlenbacher.de](mailto:Erich.Herbst@erlenbacher.de)>, "Laube, Roland" <[laube@notarlaube.de](mailto:laube@notarlaube.de)>, Thomas

Speth <[thomas.speth@gmail.com](mailto:thomas.speth@gmail.com)>, Stefan Englert <[stefan@englert.net](mailto:stefan@englert.net)>, Karlheinz

Winkel <[ritakarlheinz\\_winkel@gmx.de](mailto:ritakarlheinz_winkel@gmx.de)>, "Mielke, Renate"

<[hdmrm69@familiekaeser.de](mailto:hdmrm69@familiekaeser.de)>, Felix Bleuel <[bleuel.felix@posteo.de](mailto:bleuel.felix@posteo.de)>, Franz Miltner

<[franz\\_miltner@outlook.com](mailto:franz_miltner@outlook.com)>

**Betreff:** WG: 23/00376: Oestrich-Winkel/ Beratung VI (Vergaberecht – Kita nördlich des Bürgerzentrums in Oestrich) – Neue Entscheidungen

Liebe Magistratskollegen,

ich möchte Ihnen unten stehende Mitteilung des städtischen Rechtsbeistands, der auch die zwei Gutachten zur rechtlichen Bewertung der Ausschreibung zu verantworten hat, zur Kenntnis weiterleiten.

Im Wesentlichen besagt diese, dass aufgrund zweier aktueller gerichtlicher Entscheidungen nun doch die grundsätzliche Möglichkeit besteht, auf eine Ausschreibung der Trägerschaft zu verzichten. Die Stadt, würde sie sich zum Wechsel der Trägerschaft entscheiden, kann/darf dann aber keinen Einfluss darauf nehmen, in welcher Form der Kita-Bau zu erfolgen hat und hat, auch zu einem späteren Zeitpunkt, keinen einklagbaren Anspruch diesbezüglich.

Wir haben den Sachverhalt heute in der fachbereichsübergreifenden Arbeitsgruppe bewertet und sind zu dem Entschluss gekommen, dass es an unserer grundsätzlichen Einschätzung nichts ändert, weil mögliche Vorteile des Trägerwechsels die damit verbundenen Risiken wie auch insgesamt die Vorteile einer städtischen Trägerschaft nicht überwiegen, wir Ihnen dies aber gleichwohl nicht vorenthalten wollen. Mehr dazu dann am 26. Februar.

Beste Grüße

**Carsten Sinß**

Bürgermeister

Telefon: 06723 992 111

E-Mail: [carsten.sinss@oestrich-winkel.de](mailto:carsten.sinss@oestrich-winkel.de)

web: [www.oestrich-winkel.de](http://www.oestrich-winkel.de)

Magistrat der Stadt  
Oestrich-Winkel im Rheingau  
Paul-Gerhardt-Weg 1  
65375 Oestrich-Winkel

**Informationen zur Datenverarbeitung**

Informationen zum Schutz personenbezogener Daten bei deren Verarbeitung durch die Stadt Oestrich-Winkel nach Artikel 13 und 14 der Europäischen Datenschutz-Grundverordnung finden sich auf der Internetseite der Stadt

Oestrich-Winkel unter <https://www.oestrich-winkel.de/datenschutz>. Auf Wunsch betroffener Personen übersenden wir diese Information auch in Papierform.

Immer was los in Oestrich-Winkel: <https://www.oestrich-winkel.de/tourismus-freizeit/veranstaltungen/>

Öffentliche Sitzungstermine der städtischen Gremien:

<https://rim.ekom21.de/oestrich-winkel/termine>

---

**Von:** Waldmann, Joerg <[joerg.waldmann@oestrich-winkel.de](mailto:joerg.waldmann@oestrich-winkel.de)>

**Gesendet:** Donnerstag, 8. Februar 2024 06:34

**An:** Sinß, Carsten <[carsten.sinss@oestrich-winkel.de](mailto:carsten.sinss@oestrich-winkel.de)>

**Betreff:** WG: 23/00376: Oestrich-Winkel/ Beratung VI (Vergaberecht – Kita nördlich des Bürgerzentrums in Oestrich) – Neue Entscheidungen

**Priorität:** Hoch

z.K.

Mit freundlichen Grüßen

Im Auftrag

**Joerg Waldmann**

Fachbereichsleiter Bauen

Magistrat der Stadt  
Oestrich-Winkel im Rheingau  
Paul-Gerhardt-Weg 1  
65375 Oestrich-Winkel

Telefon 06723 992 127  
Telefax 06723 992 129

Email: [joerg.waldmann@oestrich-winkel.de](mailto:joerg.waldmann@oestrich-winkel.de)  
Web: [www.oestrich-winkel.de](http://www.oestrich-winkel.de)

**Informationen zur Datenverarbeitung**

Informationen zum Schutz personenbezogener Daten bei deren Verarbeitung durch die Stadt Oestrich-Winkel nach Artikel 13 und 14 der Europäischen Datenschutz-Grundverordnung finden sich auf der Internetseite der Stadt Oestrich-Winkel unter <https://www.oestrich-winkel.de/datenschutz>  
Auf Wunsch betroffener Personen übersenden wir diese Information auch in Papierform.

---

**Von:** Jochen Zweschper <[zweschper@rechtsanwaeltesk.de](mailto:zweschper@rechtsanwaeltesk.de)>  
**Gesendet:** Mittwoch, 7. Februar 2024 18:38  
**An:** Kappenberger, Michael <[michael.kappenberger@oestrich-winkel.de](mailto:michael.kappenberger@oestrich-winkel.de)>  
**Cc:** Waldmann, Joerg <[joerg.waldmann@oestrich-winkel.de](mailto:joerg.waldmann@oestrich-winkel.de)>; Luisa Ehrmann <[ehrmann@rechtsanwaeltesk.de](mailto:ehrmann@rechtsanwaeltesk.de)>  
**Betreff:** AW: 23/00376: Oestrich-Winkel/ Beratung VI (Vergaberecht – Kita nördlich des Bürgerzentrums in Oestrich) – Neue Entscheidungen  
**Priorität:** Hoch

Sehr geehrter Herr Kappenberger,  
sehr geehrter Herr Waldmann,

ich möchte Sie heute auf 2 aktuelle Entscheidungen und eine damit einhergehende geänderte Rechtslage in Hessen bezüglich der Ausschreibung von (reinen) Kita-Betreiberleistungen hinweisen. Ich übersende Ihnen in den 4 Anhängen den aktuellen Beschluss des Verwaltungsgerichts Darmstadt vom 13.10.2023, den Beschluss des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs vom 29.11.2023, die Einschätzung des HSGB zu diesen Entscheidungen mit Datum vom 09.01.2024 sowie den heutigen Aktenvermerk meiner Kollegin, Frau Rechtsanwältin Ehrmann (siehe in CC), zu Ihrer weiteren Beachtung (Hintergrund ist, dass wir derzeit mehrere gleichgelagerte Kita-Vergabesachen bearbeiten, sodass sich Frau Ehrmann in diese aktuellen Entscheidungen und in die zugrunde liegende rechtliche Problematik eingearbeitet hat, sodass auch Sie hiervon nun profitieren).

Wie Sie diesen Anlagen entnehmen können, gehen das VG Darmstadt und der Hessische VGH (nunmehr) davon aus, dass die Betriebsführung für einen Kindergarten nicht dem Vergaberecht unterliege und die Durchführung eines diesbezüglichen Vergabeverfahrens unzulässig sei. Es handelt sich zwar lediglich um eine Eilentscheidung (d. h. die Hauptsache ist noch nicht entschieden; insoweit ist unklar, wann dies der Fall sein wird). Allerdings wurde die Sach- und Rechtslage von den Gerichten mehr als nur summarisch geprüft.

Gemäß der Einschätzung des HSGB (3. Anhang, dort Seite 2) gehe die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zwar trotzdem davon aus, dass in den Fällen, in denen sich mehrere freie Träger um die Durchführung von Jugendhilfe-Maßnahmen bemühen, diese einen Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung und chancengleiche Teilnahme an einem Bewerbungsverfahren hätten. Unserer Ansicht nach wird ein solcher Anspruch durch die Durchführung eines Vergabeverfahrens gerade gewährleistet. Gleichwohl bleibt es dabei, dass das VG Darmstadt und der Hessische VGH ausdrücklich die Durchführung eines Vergabeverfahrens in diesen Fällen sogar für unzulässig halten. Nach der Einschätzung der Geschäftsstelle des HSGB (3. Anhang, dort ebenfalls auf Seite 2) sei eine andere Ansicht (wie

die des OLG Jena) gerade im Hinblick auf den Vorrang des EU-Vergaberechts zumindest vertretbar. Auch wird die Empfehlung gegeben (dort auf Seite 3), die Absicht der Kommune, einen Kita-Betreibervertrag schließen zu wollen, auf der städtischen Homepage zu publizieren, um dem Transparenzgrundsatz Genüge zu tun. Gemäß den dortigen Ausführungen stehe zwar die höchstrichterliche Klärung dieser Rechtsfrage noch aus. Allerdings sei (nach derzeitiger Rechtslage) in Hessen davon auszugehen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens für die Ausschreibung von (bloßen) Kita-Betreiberleistungen eben unzulässig sei.

Aufgrund dieser aktuellen (und gegenüber unseren früheren Einschätzungen geänderten) Rechtslage können Sie sich bei Ihrer im Betreff genannten Angelegenheit sowie auch bei sämtlichen weiteren Kita-Sachen Ihrer Kommune, bei denen ausschließlich Betreiberleistungen „vergeben“ werden sollen, auf die vorgenannte Rechtsprechung des VG Darmstadt und des Hessischen VGH berufen, ohne ein Vergabeverfahren über die Kita-Betreiberleistungen durchzuführen. Aufgrund der vorgenannten Entscheidungen wären auch meine Ausführungen in meinem Kurzgutachten vom 20.10.2023 sowie aus meiner Stellungnahme vom 02.06.2023, soweit hiervon die (reinen) Kita-Betreiberleistungen betroffen sind, hinfällig (da der reine Kita-Betrieb aufgrund der beiden vorgenannten aktuellen Entscheidungen nicht mehr als öffentlicher Dienstleistungsauftrag im Sinne des Vergaberechts zu qualifizieren wäre). Ob Sie zuvor ein beschränktes „Bekundungsverfahren“ durchführen und noch 2 weitere Bieter anschreiben, wie dies noch aus Ihrem Grundsatzbeschluss vom 16.03.2023 hervorging, bliebe Ihnen überlassen. Jedenfalls folgt keine solche Verpflichtung aus dem Vergaberecht (sondern allenfalls aus dem Haushaltsrecht und seinen Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit).

Allerdings gilt es zu beachten, dass Sie aufgrund dieser aktuellen Entscheidungen eben nur kein Vergabeverfahren für die Findung eines geeigneten Trägers für die Kita-Betreiberleistungen durchführen müssen. Damit würde zwar der bisherige Schwerpunkt/Hauptgegenstand Ihres Gesamtauftrags in vergaberechtlicher Hinsicht entfallen. Grundsätzlich blieben jedoch die notwendigen Planungs- und Bauleistungen „übrig“. Mit dem Träger kann dann zwar auch ein Betreibervertrag (ohne Vergabeverfahren) geschlossen werden, der auch beinhalten kann, dass der Träger sich die notwendigen Planungs- und Bauleistungen für die Errichtung der Kita selbst „einkauft“. Wenn hierbei dem Betreiber keine strikten Vorgaben seitens Ihrer Stadt gemacht werden, wie die Planung und der Bau der Kita auszusehen hat, wären die Planungs- und Bauleistungen von Ihnen ebenfalls nicht auszuschreiben, zumal Auftraggeber dieser Planungs- und Bauleistungen stattdessen der Träger selbst (und nicht Ihre Kommune) wird.

Um bezüglich der Planung und des Baus der Kita tatsächlich kein Vergabeverfahren durchführen zu müssen, wären allerdings nach wie vor die weiteren Vorgaben aus meiner an Sie gerichteten Stellungnahme vom 02.06.2023 (soweit sich diese nicht auf den Kita-Betrieb beziehen) zu beachten, d. h. die Stadt dürfte dem Träger keine verbindlichen Vorgaben für die Planung und dem Bau der Kita machen und die Stadt dürfte keinen entscheidenden Einfluss auf Art und Planung sowie auf den Bau der Kita nehmen (siehe insbesondere die Seiten 5-10 meiner Stellungnahme vom 02.06.2023). Ob allerdings solche lediglich unverbindliche Vorgaben der Stadt in Ihrem Interesse liegen (bei denen es sich um keine einklagbaren Verpflichtungen des Trägers handeln würde), wäre vorher noch zu entscheiden.

Sollten demgegenüber verbindliche Verpflichtungen des Trägers im Verhältnis der Stadt zur Planung und zum Bau der Kita gewünscht sein, würde dagegen ein sogenannter „Bestellbau“ und damit ein öffentlicher Bauauftrag nach dem Vergaberecht vorliegen (siehe insbesondere Seite 10 oben meiner Stellungnahme vom 02.06.2023). In diesem Fall wäre dann doch Ihre Kommune als Auftraggeber der notwendigen Planungs- und Bauleistungen für die Errichtung der Kita anzusehen. Es würde dann jedoch gegebenenfalls keine GU-Vergabe durchgeführt werden müssen, wenn tatsächlich sämtliche erforderlichen Planerleistungen vom Träger gestellt werden (siehe oben). Sofern dies nicht der Fall wäre, dürften die Planung und der Bau der Kita wohl (ausnahmsweise) zusammen – als Bauvergabe – ausgeschrieben werden, da die von Ihnen gewünschte Modulbauweise eine große Chance für die Zulässigkeit einer solchen Gesamtvergabe bietet (siehe mein Kurzgutachten vom 20.10.2023, welches insoweit

noch immer aktuell wäre). Da der aktuelle EU-Schwellenwert für Bauleistungen derzeit (seit dem 01.01.2024) bei 5,538 Mio. € netto liegt und gemäß Ihren Schätzungen dieser Schwellenwert nicht erreicht werden würde (voraussichtlicher Auftragswert für Planung und Bau: 4,728 Mio. €), wäre demnach lediglich eine nationale Bauvergabe von Ihnen durchzuführen (möglicherweise auch erst, nachdem die (Ausführungs-)Planung – gegebenenfalls: Funktionalausschreibung – des Planers Ihres Trägers vorliegt).

Aufgrund der erheblichen Auswirkungen der beiden vorgenannten aktuellen Entscheidungen auf Ihr hiesiges Projekt war es mir wichtig, Ihnen diese Informationen schnellstmöglich an die Hand zu geben. Wir bitten allerdings um Verständnis, dass die vorgenannten Entscheidungen teilweise noch gar nicht veröffentlicht waren, sodass wir diese erst beschaffen und sodann auch prüfen und rechtlich bewerten mussten.

Zwar hatten Sie mitgeteilt, dass die Beratungen Ihres HFA bereits Ende Januar durchgeführt werden sollten. Auch muss von Ihren Gremien ja erst noch eine Entscheidung über die Auslagerung der Kita-Trägerschaft getroffen werden. Jedoch war eine frühere Information Ihrerseits durch uns eben leider nicht möglich, sodass ich Ihnen empfehlen möchte, Ihren Gremien sowie auch der ZVS unsere aktuellen Informationen nochmals zukommen zu lassen.

Ich lege die Akte nun zunächst auf (erneute) Wiedervorlage. Bitte lassen Sie uns zu gegebener Zeit die Beschlüsse bzw. die Ergebnisse der Beratungen Ihrer Gremien zukommen und teilen Sie mir bitte auch mit, ob Ihre Zentrale Vergabestelle sich zwischenzeitlich zum hiesigen Projekt geäußert hat.

Abschließend sei noch mitgeteilt, dass selbst wenn komplett auf die Durchführung eines Vergabeverfahrens verzichtet werden würde, noch immer Gespräche mit dem bzw. den in Betracht kommenden Träger zu führen wären. Hierbei müsste auch ein Betreibervertrag (einschließlich der „Verpflichtung“ des Trägers zur Erbringung bzw. zum „Einkauf“ der Planungs- und Bauleistungen) mit dem Träger geschlossen werden. Daher gehe ich davon aus, dass in Ihrem hiesigen Projekt nach wie vor Bedarf für unsere weitere anwaltliche Unterstützung bestehen wird.

Für Rückfragen bzw. zur Rücksprache stehen Frau Ehrmann und ich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

**Jochen Zweschper**

Rechtsanwalt / Partner

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

rechtsanwälte<sup>szk</sup>

**Büro Wiesbaden (Hauptsitz):** Bahnhofstraße 38, 65185 Wiesbaden

Fon: +49 (0)611 50 40 63-40 | Fax +49 (0)611 50 40 63-41

**Büro Darmstadt (Zweigstelle):** Bad Nauheimer Straße 4, 64289 Darmstadt

Fon: +49 (0)6151 734 75-940 | Fax +49 (0)6151 734 75-150

E-Mail: [zweschper@rechtsanwaeltesz.de](mailto:zweschper@rechtsanwaeltesz.de)

Internet: [www.rechtsanwaeltesz.de](http://www.rechtsanwaeltesz.de)

**Rechtsanwälte SZK - Stapelfeldt Zweschper Krumb - Partnerschaft mbB**

**Registergericht: Amtsgericht Frankfurt a. M., PR 1530**

**Kindertagesstätten**

1.2 Dr.R./Rau/Bü/Hö/Ju

---

**Verwaltungsgerichte: Betriebsführung  
für einen Kindergarten unterliegt nicht dem Vergaberecht**

---

Muss eine Gemeinde die Betriebsführung durch einen nicht-kommunalen Träger in einer von ihr errichteten Kindertagesstätte ausschreiben? Das hatte das Oberlandesgericht Jena in einer Entscheidung vom 09.04.2021 in Anwendung der Regelungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) bejaht (Az.: Verg 2/20 – juris). Das OLG argumentiert im Wesentlichen, dass Ausnahmen vom Vergaberecht in §§ 107 ff. GWB, anknüpfend an die europarechtlichen Vorgaben, abschließend normiert seien. Eine Ausdehnung der Ausnahmen in weitere Bereiche auch durch gesetzliche Bestimmungen außerhalb des Vergaberechts durch Bundes- oder Landesgesetzgeber, stehe der Vorrang des Europarechts entgegen. § 130 GWB in Verbindung mit Anhang XIV der Richtlinie 2014/24 EU gäbe zu erkennen, dass öffentliche Aufträge über soziale und andere besondere Dienstleistungen grundsätzlich von dem Anwendungsbereich des Vergaberechts erfasst würden; insoweit bestünden allein einige Sonderregelungen (OLG Jena a.a.O., Rn. 21).

**Standpunkt in der deutschen Gesetzgebung**

In der Gesetzgebung wird hingegen seit Langem die Auffassung vertreten, dass Vergaberecht in Zusammenhang mit der Leistungserbringung auf sozialrechtlicher Grundlage nicht einschlägig sei (vgl. die Antwort der Bundesregierung auf eine kleine Anfrage betreffend Vergaberecht für Kommunen in der Jugend- und Sozialhilfe, Bundestagsdrucksache 16/5347; aber auch Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts – Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG aus dem Jahr 2015, BT-Drucks. 18/6281 S. 114 f.).

**Aktuelle Entscheidungen des VG Darmstadt und des HessVGH**

Das Verwaltungsgericht Darmstadt hat durch Beschluss vom 13.10.2023 (Az.: 7 L 1857/23.DA, noch unveröffentlicht) einer südhessischen Gemeinde aufgegeben, ein Vergabeverfahren betreffend Betreiberleistungen einer Kindertagesstätte vorläufig abubrechen und die Zuschlagerteilung vorläufig zu unterlassen. Den Antrag hatte ein potenzieller nicht-kommunaler Kita-Träger gestellt. Aus § 30 Abs. 4 des Hessischen Kinder- und Jugendhilfegesetzbuchs (HKJGB) ergebe sich dieser Anspruch auf Unterlassen des Zuschlags. Nach § 30 Abs. 4 HKJGB sollen die Gemeinden von eigenen Maßnahmen absehen, soweit geeignete Angebote von Trägern der freien Jugendhilfe betrieben oder rechtzeitig geschaffen werden können. Nach Auffassung des VG Darmstadt liegt bereits der für die Anwendbarkeit des Vergaberechts nach §§ 97 ff. GWB erforderliche öffentliche Auftrag im Sinne des § 103 Abs. 1 GWB nicht vor. Gegenstand des

Vergabeverfahrens sei nicht die Beschaffung von Dienstleistungen gegen ein Entgelt, sondern die Festlegung der Bedingungen für die Leistungsabwicklung im sozialhilferechtlichen Dreiecksverhältnis zwischen dem Leistungsträger (der Gemeinde), dem Leistungserbringer (dem zukünftigen Betreiber) und den Leistungsberechtigten (Kindern bzw. Eltern). Der Leistungserbringer habe einen Entgeltanspruch gegen dem Leistungsberechtigten. Nur aufgrund eines Schuldbeitritts werde der Leistungsträger Mitschuldner eines zivilrechtlichen Entgelts. Bei den Verlustabdeckungszahlungen, die die Gemeinde voraussichtlich leisten werde, handele es sich lediglich um eine Förderung nach § 30 Abs. 3 HKJGB in Verbindung mit § 74 Abs. 1-5 Sozialgesetzbuch Achtes Buch (SGB VIII). Das Verwaltungsgericht betonte (S. 8 des Umdrucks), dass es an die Prognose der Erfolgsaussichten in der Hauptsache besondere Anforderungen gestellt habe, weil der Erfolg der Erlass einer einstweiligen Anordnung die Hauptsache im Wesentlichen vorwegnehme. Das erklärt den relativ großen Umfang der rechtlichen Ausführungen im Beschluss. In zweiter Instanz hat der Hessische Verwaltungsgerichtshof (HessVGH) die Entscheidung des VG Darmstadt durch Beschluss vom 29.11.2023 (Az.: 8 B 1502/23, unveröffentlicht) bestätigt. Ein ähnlicher Beschluss liegt für Bayern vor (Bayrischer Verwaltungsgerichtshof – BayVGH, Beschluss vom 06.12.2021, Az.: 12 CE 21.2846 – juris).

Auch die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung geht trotz dort vertretener Unanwendbarkeit des Vergaberechts allerdings davon aus, dass in Fällen, in denen sich mehrere freie Träger um die Durchführung von Jugendhilfemaßnahmen bemühen, diese einen Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung und chancengleiche Teilnahme an einem Bewerbungsverfahren zusteht (BayVGH a.a.O., Rn. 2). Die zentralen Grundsätze aus dem Sozialrecht für die Förderung nicht-kommunaler Träger haben wir im Überblick in unserer Meldung HSGB Kompakt Nr. 196/2023 vom 12.12.2023 dargestellt (unter der Zwischenüberschrift „Sozialrecht gilt: Zweckentsprechende und wirtschaftliche Mittelverwendung und angemessene Eigenleistung“).

### **Einschätzung der Geschäftsstelle**

Der Bundesgesetzgeber hat bei einer größeren GWB-Novelle noch einmal hervorgehoben, dass nach dortiger Auffassung soziale Dienstleistungen weiterhin in einer Weise organisiert werden dürfen, die nicht mit der Vergabe öffentlicher Aufträge verbunden ist, beispielsweise durch die bloße Finanzierung solcher Dienstleistungen (vgl. die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für einen Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts, Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – Bundestagsdrucksache 18/6281, S. 114 f.). Mit diesen Erwägungen des Bundesgesetzgebers, der seinerseits sich mit den europarechtlichen Vorgaben auseinandersetzt, argumentiert maßgeblich die einschlägige verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung. Die zitierte Entscheidung des OLG Jena zeigt allerdings, dass es mit Blick auf die europarechtlichen Vorgaben und den Vorrang des Europarechts eine andere rechtliche Beurteilung mindestens vertretbar ist. Auch überzeugt die vom Verwaltungsgericht vorgenommene Auslegung des § 30 Abs. 4 HKJGB nicht, der seinem Wortlaut nach eher das Verhältnis kommunaler Tätigkeit zu nicht-kommunaler Trägerschaft betrifft und zumindest im Wortlaut nichts darüber besagt, wie unter mehreren nicht-kommunalen „Anbietern“ ausgewählt werden kann.

Auch für das Sozialrecht ist übrigens anerkannt, dass beispielsweise kommunale und kirchliche Kindergärten nicht als – so das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) wörtlich – „closed shop“ verstanden werden dürften (so das Bundesverwaltungsgericht – BVerwG, Urteil vom 25.11.2004, Az.: 5 C 66/03 – juris=NVwZ, S. 825, 826). Die Vergabe von Fördermitteln für die Kita-Betriebskosten muss demnach ebenfalls eine ausreichende Bekanntmachung gewährleisten und den Grundsätzen der Transparenz und Nichtdiskriminierung genügen (so auch die Gesetzesbegründung zum VergRModG BT-Drucks. 18/6281 S. 115 f.; zu den rechtlichen Bindungen bei der Vergabe von Fördermitteln bereits VG Darmstadt, Urt. vom. 21.10.2009 Az. 9 K 1230/07.DA = HSGZ 2010 S. 118 ff.). Konkret dürfte Bürgermeister Peppone also nicht ohne Herstellung von Transparenz die Kita-Trägerschaft auf die Kirchengemeinde von Pfarrer Don Camillo übertragen. Vielmehr müsste die Absicht, einen Kita-Betriebsvertrag zu schließen oder einschlägige Fördermittel per Verwaltungsakt zu vergeben im Vorhinein publiziert werden, z.B. auf der Internetseite der Gemeinde.

Wie sich Vergabe- und Sozialrecht zueinander verhalten, ist bislang durchweg allein Gegenstand von obergerichtlichen Entscheidungen gewesen; eine höchstrichterliche Klärung steht aus. Im Verwaltungsprozess ergibt sich die starke Rolle der zweiten Instanz daraus, dass die Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes grundsätzlich letztinstanzlich von den Oberverwaltungsgerichten entschieden werden (§ 152 Abs. 1 der Verwaltungsgerichtsordnung, VwGO). Eine höchstrichterliche Klärung wäre mithin lediglich über ein Hauptsacheverfahren und damit wahrscheinlich frühestens in einigen Jahren zu erreichen und zu erwarten.

Für die Rechtslage in Hessen ist einstweilen festzuhalten, dass im Verwaltungsrechtsweg rechtskräftig geklärt ist, dass ein Vergabeverfahren in Anwendung des GWB bezüglich der Betriebsführung einer Kindertagesstätte nicht zulässig sein soll.

Wir bitten um Kenntnisnahme.



**Gericht:** Hessischer Verwaltungsgerichtshof 8. Senat  
**Entscheidungsdatum:** 29.11.2023  
**Aktenzeichen:** 8 B 1502/23  
**ECLI:** ECLI:DE:VGHE:2023:1129.8B1502.23.00  
**Dokumenttyp:** Beschluss  
**Quelle:**



---

Verfahrensgang

vorgehend VG Darmstadt, 13. Oktober 2023, 7 L 1857/23.DA, Beschluss

### Tenor

Die Beschwerde der Antragsgegnerin gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Darmstadt vom 13. Oktober 2023 - 7 L 1857/23.DA - wird verworfen.

Die Antragsgegnerin hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen.

Der Streitwert wird auch für die Beschwerdeinstanz auf 5.000,- € festgesetzt.

### Gründe

- 1 Die Beschwerde, der das Begehren der Antragstellerin zugrunde liegt, die Fortführung eines von der Antragsgegnerin bereits begonnenen Vergabeverfahrens zu unterbinden, bleibt ohne Erfolg. Die Beschwerde ist zwar fristgerecht eingelegt und gemessen an §§ 173 Satz 1 VwGO, § 222 Abs. 1 und 2 ZPO, 187 Abs. 1, 188 Abs. 2, 1. Alt. BGB auch fristgerecht begründet.
- 2 Sie ist aber nach § 146 Abs. 4 Satz 2, 2. Alt., Satz 3 VwGO zu verwerfen, denn ihr mangelt es an der Darlegung der Gründe, aus denen die erstinstanzliche Entscheidung abzuändern oder aufzuheben ist. Das Darlegungserfordernis in § 146 Abs. 4 Satz 3 VwGO verlangt von dem Beschwerdeführer, konkret zu erläutern, aus welchen Gründen der angegriffene Beschluss fehlerhaft und daher abzuändern oder aufzuheben ist. Die Beschwerdebegründung hat sich mit der Argumentation des Verwaltungsgerichts auseinanderzusetzen.
- 3 Diesen Anforderungen genügt der Vortrag der Antragsgegnerin nicht. Sie hat es nicht vermocht darzulegen, dass das Verwaltungsgericht zu Unrecht von einem im Wege der einstweiligen Anordnung sicherungsfähigen Anspruch der Antragstellerin auf Unterlassen des von der Antragsgegnerin durchgeführten Vergabeverfahrens ausgegangen ist.
- 4 Soweit die Antragsgegnerin ausführt, das Verwaltungsgericht habe zu Unrecht nicht berücksichtigt, dass die Antragstellerin keine Zugriffsrechte auf das im Eigentum der Antragsgegnerin stehende Kindertagesstättegebäude im X...weg ... besitze und weitere ihrer Ansicht nach unzureichende Tatsachenfeststellungen des Verwaltungsgerichts rügt, legt sie nicht dar, inwiefern daraus ihre eigene Berechtigung zur Durchführung eines Vergabeverfahrens folgen sollte. Streitgegenstand ist vorliegend nicht etwa ein Besitz- oder Eigentumsanspruch der Antragstellerin hinsichtlich des von der Antragsgegnerin errichteten Kindertagesstättegebäudes, sondern der von der Antragstellerin geltend

gemachte Unterlassungsanspruch hinsichtlich des auf die Betreiberleitungen gerichteten Vergabeverfahrens.

- 5 Auch der Hinweis, dass die Antragstellerin nicht in der Lage sei, Räumlichkeiten für eine Kindertagesstätte zur Verfügung zu stellen, verkennt den Gegenstand dieses Verfahrens. Die Antragstellerin begehrt vorliegend nicht etwa die Berechtigung, eine eigene Kindertagesstätte eröffnen zu dürfen oder eine ihrer bislang im Gemeindegebiet der Antragsgegnerin betriebene Kindertagesstätten in das Gebäude im X...weg zu verlegen. Sie begehrt vielmehr, das bereits begonnene Vergabeverfahren vorläufig zu unterlassen.
- 6 Für die Entscheidung des Rechtstreits kann dahinstehen, dass - so die Ansicht der Antragsgegnerin - kein vorrangiges Betätigungsrecht der Antragstellerin verletzt sei, da sie (zumindest ab 2024) kein eigenes Gebäude zum Betrieb einer Kindertagesstätte zur Verfügung hat. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist ausschließlich der geltend gemachte Unterlassungsanspruch der Antragstellerin, der die Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens voraussetzt. Dass aus dem nach Ansicht der Antragsgegnerin fehlenden Betätigungsrecht der Antragstellerin die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens folgt, hat die Antragsgegnerin nicht dargelegt.
- 7 Die Antragsgegnerin vertritt weiter die Ansicht, der Antragstellerin stehe entgegen der erstinstanzlichen Entscheidung kein Rechtsschutzinteresse zur Seite, da der Subsidiaritätsgrundsatz des § 30 Abs. 4 HKJGB mangels eigener Räume der Antragstellerin nicht verletzt sein könne. Mit dieser Argumentation übersieht die Antragsgegnerin allerdings, dass das Verwaltungsrecht das Rechtsschutzinteresse der Antragstellerin in der Gefahr der Verwirklichung irreversibler Fakten sieht, da bei abgeschlossenem Vergabeverfahren Primärrechtsschutz ausgeschlossen sei (Seite 7, letzter Absatz des amtlichen Beschlussumdrucks). Diese Annahme stellt die Antragsgegnerin mit ihren Ausführungen nicht in Frage.
- 8 Weiter trägt die Antragsgegnerin vor, aufgrund des erfolglos verlaufenen, dem Bau der Kindertagesstätte im X...weg vorgelagerten Interessebekundungsverfahrens zur Errichtung einer neuen Kindertagesstätte durch einen freien Träger bestehe ihre eigene Verpflichtung zur Deckung des unstreitig bestehenden Betreuungsbedarfs. Diese Verpflichtung ist vorliegend allerdings nicht streitig. Streitig ist lediglich, ob die Antragsgegnerin sich zur Erfüllung ihrer Verpflichtung eines Vergabeverfahrens bedienen darf.
- 9 Soweit die Antragsgegnerin auf Seite 5 ihres Schriftsatzes vom 16. November 2023 ausführt, die zu treffende Auswahlentscheidung zwischen den Bewerbern rechtfertige - anders als in dem dem Urteil des BSG vom 17. Mai 2023 - B 8 SO 12/22 - zugrundeliegenden Fall - ein Vergabeverfahren, behauptet sie dies lediglich, legt es aber nicht dar. Sie führt zwar aus, vorliegend gehe es nicht darum, dass sich Interessenten in einem „Pool“ registrierten und nebeneinander den Eltern der zu betreuenden Kindern ihre Leistungen anböten, sondern darum, dass nur ein Bewerber für den Betrieb der Kindertagesstätte im X...weg ausgewählt werden könne. Zur Begründung zitiert sie die Ausführungen des BSG a.a.O., wonach die Leistungserbringung im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis nicht generell vergabefrei ist, sondern vielmehr im Einzelfall zu prüfen ist, „ob der Leistungsträger nach der gesetzlichen Konzeption eine Auswahlentscheidung nach den oben genannten Kriterien trifft“.
- 10 Dass die vom BSG verlangte Prüfung vorliegend zu Gunsten der Antragsgegnerin ausgeht, legt sie allerdings nicht dar. Sie legt zudem nicht dar, dass die Entscheidung des

BSG auf den vorliegenden Fall übertragbar wäre. In der o.a. Entscheidung des BSG hatte ein Träger der Eingliederungshilfe zu Unrecht Leistungen der Eingliederungshilfe für sein Stadtgebiet im Vergabeverfahren ausgeschrieben, obwohl die gesetzliche Konzeption des Eingliederungshilferechts den Abschluss von Vereinbarungen zwischen Trägern der Eingliederungshilfe und geeigneten Leistungserbringungen nach den §§ 75 ff. SGB XII nach den Kriterien der Leistungsfähigkeit, Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit vorsieht. Vorliegend geht es allerdings gerade nicht um die grundsätzliche Vereitelung des Abschlusses von Trägervereinbarungen im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis durch eine Vergabe an einen Träger, sondern um eine dieser gesetzlichen Grundentscheidung nachgelagerte konkrete Auswahlentscheidung zwischen mehreren Trägern. Die in Bezug genommene Rechtsprechung des BSG hat allerdings lediglich die Zulässigkeit von Vergabeverfahren im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis bejaht, in denen bereits auf der Ebene der gesetzlichen Grundkonzeption eine Auswahlentscheidung zu treffen ist. Dass diese Rechtsprechung auch auf die hier streitgegenständliche nachgelagerte Entscheidungsebene zu übertragen ist mit der Folge, dass die im SGB IIX vorgegeben Kriterien von den vergaberechtlichen Auswahlkriterien verdrängt werden, hat die Antragsgegnerin nicht dargelegt.

- 11 Die von der Antragsgegnerin weiter aufgeworfene Frage, ob der Betreibervertrag einen öffentlichen Auftrag oder eine Dienstleistungskonzession im Sinne des GWB darstellt, ist für die Frage, ob sie ein Vergabeverfahren durchführen durfte, unerheblich. Auch der Umstand, dass der für Vergabeverfahren vorgesehene EU-Schwellenwert erreicht sei, beantwortet die Frage, ob die Antragsgegnerin sich entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts rechtfehlerfrei für eine Auswahlentscheidung im Vergabeverfahren entscheiden durfte, nicht.
- 12 Dass nach Ansicht der Beschwerde vorliegend der Anwendungsbereich des § 74 Abs. 1 SGB IIX nicht eröffnet und eine Förderpflicht nicht streitgegenständlich sei, hat für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Durchführung eines Vergabeverfahrens keine Bedeutung. Entsprechendes legt die Antragsgegnerin auch nicht dar.
- 13 Auch der Hinweis der Antragsgegnerin, dass das Vergabeverfahren ausschließlich auf freie Träger beschränkt ist, und daher deren Interessen berücksichtigt worden seien, legt die Rechtmäßigkeit einer Auswahl durch Vergabeverfahren nicht dar.
- 14 Die weitere Aussage der Beschwerde, ein EU-weites Vergabeverfahren sei die einzige ermessenskonforme Entscheidungsmöglichkeit, behauptet die Rechtmäßigkeit des Ergebnisses des Vergabeverfahrens, nicht aber die hier allein streitgegenständliche Frage nach der Zulässigkeit des Vergabeverfahrens in der vorliegenden Konstellation.
- 15 Soweit die Antragsgegnerin behauptet, die Vorgaben des HKJGB würden durch vorrangige europarechtliche Vorgaben überlagert, setzt sie wiederum die Zulässigkeit eines Vergabeverfahrens voraus, legt sie aber nicht dar.
- 16 Die Kostenentscheidung findet ihre Grundlage in § 152 Abs. 2 VwGO. Die Streitwertentscheidung beruht auf den §§ 47 Abs. 1 und 2, 43 Abs. 2 Abs. 1, 52 Abs. 2 GKG. Hinsichtlich der weiteren Begründung folgt der Senat der erstinstanzlichen Entscheidung.
- 17 Der Beschluss ist gemäß § 152 Abs. 1 VwGO, §§ 68 Abs. 1 Satz 5, 66 Abs. 3 Satz 3 GKG unanfechtbar.



## AKTENVERMERK

**Betreff:** Oestrich-Winkel/ Beratung VI (Vergaberecht - Kita nördlich des Bürgerzentrums in Oestrich; Akte 23/00376)

**Datum:** 07.02.2024

**Verfasserin:** RAin Ehrmann

---

### VG Darmstadt, Beschl. v. 13.10.2023 Az. 7 L 1857/23.DA

#### A. Sachverhalt

Die Gemeinde (Antragsgegnerin) sucht einen externen Betreiber für eine Kita in einem neu errichteten und gemeindeeigenen Gebäude für die Dauer von 10 Jahren (mit Verlängerungsoption). Aus diesem Grund hat sie das Vergabeverfahren im Juni 2023 veröffentlicht. Der Betreiber (= potenzieller Auftragnehmer) wird verpflichtet, bestimmte Betreiber-Leistungen zu erbringen. Die Rahmenbedingungen zum Betrieb der Kita (beispielsweise die Öffnungszeiten und die Anzahl der Kitaplätze) stammen von der Auftraggeberin (Gemeinde).

Der Betreiber zieht die Beiträge direkt bei den Erziehungsberechtigten der Kinder ein. Sofern kein auskömmliches Ergebnis für den Betreiber erzielt wird, kann dieser ein monatliches Entgelt durch die Gemeinde als „Förderung“ verlangen.

Die Antragsgegnerin beabsichtigte eine Zuschlagserteilung Mitte Oktober 2023. Die Antragsstellerin wandte sich daher an das Verwaltungsgericht, um den Zuschlag und die weitere Durchführung des Vergabeverfahrens zu verhindern. Sie selbst betreibt eine Kita im Gemeindegebiet und ist bereit, diese Einrichtung in einem anderen Gebäude weiterzubetreiben.

#### B. Verfahren

Es handelt sich um eine Entscheidung im einstweiligen Rechtsschutz gem. § 123 VwGO, d.h. um eine lediglich vorläufige Entscheidung. Das Gericht hat eine Sicherungsanordnung erlassen, mit der die Antragsgegnerin (Gemeinde) verpflichtet wird, das Vergabeverfahren vorläufig abubrechen und die Zuschlagserteilung vorläufig zu unterlassen.

Grundsätzlich schließt sich das Hauptsacheverfahren noch an. Dieses hat aber eine wesentliche längere Verfahrensdauer und dessen Ausgang bleibt daher abzuwarten.

Im vorläufigen Rechtsschutz erfolgt grundsätzlich nur eine summarische Prüfung, allerdings liegt im vorliegenden Fall die Besonderheit vor, dass die vorläufige Anordnung insoweit eine „Vorwegnahme der Hauptsache“ beinhaltet, sodass erhöhte Anforderungen an die Prüfung bzw. die Prognose der Erfolgsaussichten in der Hauptsache gestellt werden.

Der Entscheidung des VG lag daher folgender Prüfungsmaßstab zugrunde: Um den Antragsgegner zu einem Unterlassen zu verpflichten, war es erforderlich, dass gegen die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens ernsthafte Bedenken bestehen und der Anspruch des Antragsstellers mit überwiegender Wahrscheinlichkeit gegeben ist. Dies wurde vom Gericht letztlich bejaht.

Im Anschluss an die Entscheidung legte die Antragsgegnerin (Gemeinde) Beschwerde gegen den Beschluss des VG Darmstadt ein. Der VGH Kassel hat die Beschwerde jedoch mangels ausreichender Darlegung der Gründe, weshalb die erstinstanzliche Entscheidung aufzuheben bzw. abzuändern ist, verworfen (Hessischer Verwaltungsgerichtshof Beschluss v. 29.11.2023 - 8 B 1502/23).

### C. Inhalt der Entscheidung des VG Darmstadt

Das Gericht hat sich mit der Frage befasst, ob für die Beauftragung eines freien Jugendhilfeträgers zur Erbringung von Leistungen des erzieherischen Kinder- und Jugendschutzes nach § 14 Abs. 1 SGB VIII durch eine Gemeinde ein Vergabeverfahren durchgeführt werden kann.

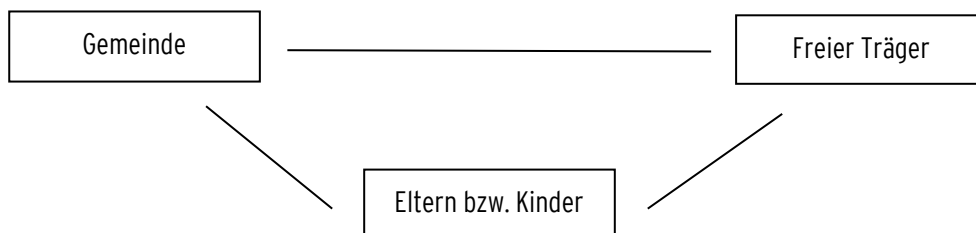
Die Entscheidung des Gerichts (Beschluss) beinhaltet folgende Aussagen:

- Es liegt bereits der für die Anwendbarkeit des Vergaberechts nach §§ 97 ff. GWB erforderliche „öffentliche Auftrag“ i. S. d. § 103 Abs. 1 GWB nicht vor.
- Wenn ein Vergabeverfahren gleichwohl vorgenommen wurde, so verstößt dieses gegen die Grundsätze des Jugendhilferechts und ist daher unzulässig. Es verstößt gegen das in § 30 Abs. 4 HKJGB verankerte Subsidiaritätsprinzip sowie gegen die besonders geschützte Selbstständigkeit der freien Träger aus § 3 Abs. 4 HKJGB. Zuletzt kam es im vorliegenden Fall nicht mehr auf einen Verstoß gegen das Prinzip der Angebots- und Trägervielfalt an.

#### I. Kein öffentlicher Auftrag im Sinne des § 103 Abs. 1 GWB

*Definition: Öffentliche Aufträge sind nach § 103 Abs. 1 GWB entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern oder Sektorenauftraggebern und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die die Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben.*

- Keine Vergütung des Betreibers durch die Gemeinde, mithin kein synallagmatischer Vertrag. Im Gegenzug ist der Betreiber auch nicht zur Erbringung der Betreiberleistung verpflichtet.
- Gegenstand des Vergabeverfahrens ist nicht die Beschaffung von Dienstleistungen gegen Entgelt, sondern die Festlegung der Bedingungen für die Leistungsabwicklung im sozialhilferechtlichen Dreiecksverhältnis.



- Vorliegend ist Vertragsgegenstand die Festlegung von Bedingungen für die Leistungsabwicklung im sozialhilferechtlichen Dreiecksverhältnis zwischen der Gemeinde, dem freien Träger und den Leistungsberechtigten (Eltern bzw. Kinder)
- Es besteht ein Entgeltanspruch des Leistungserbringers (freier Träger) gegenüber den Eltern/Kindern
- Im vorliegenden Fall wurde die Gemeinde nur aufgrund des Schuldbeitritts Mitschuldnerin des zivilrechtlichen Entgelts. Sofern das Ergebnis für den freien Träger nicht auskömmlich war, sollte die Gemeinde ein Entgelt leisten. Durch diesen Schuldbeitritt entsteht jedoch keine öffentlich-rechtliche Schuld. Zahlt die Gemeinde nur aufgrund dieses Schuldbeitritts kann dennoch kein direkter Leistungsaustausch zwischen der Gemeinde und dem freien Träger angenommen werden. Der Vertrag sieht daher keine zwingende Geldleistung an den Betreiber vor, sondern vielmehr nur für den Fall der fehlenden Bedarfsdeckung. Das potenzielle Entgelt ist daher als Förderung nach § 30 Abs. 3 HKJGB i. V. m. § 74 Abs. 1 bis 5 SGB VIII zu sehen.

## II. Rechtsprechung des Thüringer OLG (Beschl. v. 09.04.2021 - Verg 2/20) ist in Hessen nicht anwendbar.

In Thüringen werden die Kindertageseinrichtungen grundsätzlich von der Gemeinde betrieben, während in Hessen ein grundsätzlicher Betrieb durch die freien Träger erfolgen soll.

VG Darmstadt: Der Vertragsgegenstand sei keine Leistung, die ohne die Beauftragung eines konkreten Betreibers von der Gemeinde selbst erbracht werden müsste. Es liegt keine einklagbare Erfüllungspflicht vor. Denn anders als in Thüringen gibt es in Hessen und auf Bundesebene keine zu § 3 Abs. 3 Thüringer Kindergartengesetz (ThürKigaG) vergleichbare Norm.

### § 3 Abs. 3 ThürKigaG

Um ihre Verpflichtung nach Absatz 2 zu erfüllen, betreiben die Wohnsitzgemeinden eigene Kindertageseinrichtungen, soweit sie dies nicht einem der in § 6 Abs. 1 Nr. 1, 3 oder 4 genannten Träger übertragen. In diesem Fall schließen sie mit dem Träger Verträge, die insbesondere folgende Inhalte regeln: (...)

In Thüringen ist gesetzlich verankert, dass die Gemeinden eigene Kindertageseinrichtungen betreiben, soweit dies nicht einem Träger übertragen ist. Dies bedeutet, dass die Gemeinden Verträge mit den freien Trägern schließen, deren Inhalt in § 3 Abs. 3 S. 2 ThürKigaG vorgegeben ist.

In Hessen ist gerade nicht vorgesehen, dass die Gemeinden mit den freien Trägern Verträge über den Betrieb von Kindertageseinrichtungen schließen und mittels vertraglicher Vorgaben die Selbstständigkeit der Träger einschließen. In Hessen tragen die Gemeinden auch Sorge dafür, dass die im Bedarfsplan vorgesehenen Plätze vorhanden sind. Dennoch besteht in Hessen das Gebot den Betrieb durch freie Träger zu fördern und anzuregen. Sollten die Plätze auf diesem Weg geschaffen werden, so ist von eigenen Maßnahmen der Gemeinde abzusehen.

Ohne Ausschreibung wäre die Gemeinde in Hessen daher nicht in der Pflicht die Betreiberleistung selbst zu betreiben. Im Übrigen handeln die freien Träger nicht auf Weisung der Gemeinde, sie erfüllen nur eigene Pflichten aus dem Vertragsverhältnis zu den Leistungsempfängern.

Es handelt sich weder mittelbar noch unmittelbar um eine Erbringung der Leistung gegenüber der Gemeinde, sondern um eine unmittelbare Inanspruchnahme der Leistung durch die jeweiligen Bürger beim Träger der freien Jugendhilfe.

### **Zwischenergebnis:**

Die Gemeinde kauft nicht gezielt Leistungen ein, um sie den Leistungsberechtigten zur Verfügung zu stellen – wie es für die Anwendbarkeit des Vergaberechts erforderlich wäre. Daher werden auch keine öffentlichen Aufträge i.S.d. Wettbewerbsrecht erteilt. Die Tätigkeit der freien Träger wird vielmehr gefördert. Da es an einem öffentlichen Auftrag fehlt, besteht weder die Verpflichtung noch die gesetzliche Ermächtigung zur Durchführung eines Vergabeverfahrens.

## III. Unvereinbarkeit der Durchführung eines Vergabeverfahrens mit den Grundsätzen des Jugendhilferechts

Sollte dennoch ein Vergabeverfahren durchgeführt werden, so ist dieses mit den Grundsätzen des Jugendhilferechts unvereinbar.

1. Subsidiaritätsprinzip aus § 30 Abs. 4 HKJGB

### § 30 Abs. 4 HKJGB

(4) Soweit geeignete Angebote von Trägern der freien Jugendhilfe betrieben oder rechtzeitig geschaffen werden können, sollen die Gemeinden von eigenen Maßnahmen absehen.

Das Subsidiaritätsgebot beinhaltet auch ein Abwehrrecht der freien Träger gegen ein Tätigwerden der Gemeinde. Durch den vorliegend beabsichtigten Betreibervertrag wird dieses Gebot verletzt. Die Antragsstellerin als freie Trägerin ist bereit ihre

Kita in einem anderen Gebäude weiterzubetreiben. Insofern liegt der Verstoß in der Beauftragung eines externen Dienstleisters. Aus den Vergabeunterlagen ergibt sich auch nicht, dass nur freie Träger in Betracht kommen oder diese priorisiert werden. Doch selbst wenn der Zuschlag an einen freien Träger erfolgen würde, läge ein Verstoß gegen die besonders geschützte Selbstständigkeit vor (siehe weiter unten).

Die Verletzung ist auch nicht erst dadurch bedingt, dass die Gemeinde mit der Maßnahme die Deckung des allg. Bedarfs an Kita-Plätzen verfolgt. Die Gemeinde hat dieses Gebot bei jeder einzelnen Maßnahme zu prüfen.

2. Besonders geschützte Selbstständigkeit nach § 3 Abs. 4 HKJGB

§ 3 Abs. 4 HKJGB

(4) Die Träger der Jugendhilfe arbeiten partnerschaftlich zusammen; dabei ist die Selbstständigkeit der freien Jugendhilfe in Zielsetzung und Durchführung ihrer Aufgaben sowie in der Gestaltung ihrer Organisationsstruktur zu achten.

Ein Verstoß gegen diesen Grundsatz liegt aufgrund der strengen Vertragsvorgaben bereits vor. Der freie Träger ist in seiner Selbstständigkeit erheblich eingeschränkt.

3. Verletzung der Angebots- und Trägervielfalt

Zuletzt kommt ein Verstoß gegen dieses Prinzip in Betracht. Das VG Darmstadt hat sich in der vorliegenden Entscheidung jedoch nicht weiter damit befasst, da die vorgenannten Prinzipien bereits verletzt wurden. Im zugrundeliegenden Fall trug die Gemeinde hier jedoch vor, dass sie dieses Prinzip nicht verletze, da auch weitere freie Träger Kindertagesstätten im Gemeindegebiet betreiben könnten.

**IV. Beschwerdeverfahren vor dem VGH Kassel (HessVGH, Beschluss v. 29.11.2023 - 8 B 1502/23).**

Die Beschwerde der Antragsgegnerin (der Gemeinde) gegen die Entscheidung des VG Darmstadt wurde verworfen mit der Begründung, dass es an der Darlegung der Gründe, aus denen die erstinstanzliche Entscheidung abzuändern oder aufzuheben ist mangelt. Die Antragsgegnerin ist ihrer Darlegungspflicht nicht ausreichend nachgekommen. Einzelner Vortrag der Antragsgegnerin wird somit vom Senat abgetan. Der VGH führt insbesondere aus, dass es nicht auf die Zugriffsrechte des freien Trägers auf das gemeindeeigene Gebäude ankommt. Der VGH bestätigt die Verletzung des Subsidiaritätsgrundsatzes zudem durch die bestehende Gefahr der Verwirklichung irreversibler Fakten. Auch die vom Antragsgegner vorgetragene Entscheidung des Bundessozialgerichts, wonach ein Vergabeverfahren im Einzelfall durchzuführen ist, sei nicht ausreichend auf die vorliegende Situation angewandt worden und im Übrigen nicht übertragbar, da es sich um einen anderen Verfahrensstand handele. Zuletzt bemängelt der VGH, dass sich einzelne Begründungen nicht mit der Frage befassen, ob das Vergabeverfahren überhaupt durchgeführt werden dürfe, vielmehr befasse sich der Antragsgegner mit nachgelagerter Frage zu der konkreten Vergabe.

Die Entscheidung des VGH ist daher aufgrund der Verwerfung der Beschwerde wenig aussagekräftig, was den Inhalt der erstinstanzlichen Entscheidung angeht.

(Ehrmann)  
Rechtsanwältin



Aktenzeichen: 7 L 1857/23.DA

## VERWALTUNGSGERICHT DARMSTADT



### BESCHLUSS

In dem Verwaltungsstreitverfahren

der C., , ,  
C-Straße, C-Stadt,

Antragstellerin,

bevollmächtigt:

D.,,  
D-Straße, D-Stadt,  
- -

**gegen**

die Gemeinde A,  
A-Straße -, ---,

Antragsgegnerin,

bevollmächtigt:

B.,  
B-Straße, B-Stadt,

**wegen** Vergaberechts

hat das Verwaltungsgericht Darmstadt - 7. Kammer -

am 13. Oktober 2023 beschlossen:

**Die Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, das Vergabeverfahren „Z“ vorläufig abubrechen und die Zuschlagserteilung vorläufig zu unterlassen.**

**Die Kosten des Verfahrens hat die Antragsgegnerin zu tragen.**

**Der Streitwert wird auf 5.000,00 EUR festgesetzt.**

## **Gründe**

### **I.**

Die Antragstellerin begehrt als anerkannte Trägerin der freien Jugendhilfe den vorläufigen Abbruch eines Vergabeverfahrens durch die Antragsgegnerin.

Die Antragsgegnerin veröffentlichte im Juni 2023 das Vergabeverfahren „Z“. Hierbei sucht die Antragsgegnerin einen externen Betreiber für eine Kindertagesstätte in einem neu errichteten und gemeindeeigenen Gebäude für einen Zeitraum von zehn Jahren mit Verlängerungsoption. Mit dem im Wettbewerb stehenden Auftrag wird der zukünftige Betreiber verpflichtet, bestimmte Leistungen zu erbringen, wie die Kindergartenplätze in dem genannten Gebäude zu bestimmten Zeiten und unter bestimmten, von der Antragsgegnerin vorgegebenen Rahmenbedingungen vorzuhalten. Der zukünftige Betreiber zieht dabei die Elternbeiträge direkt bei den Erziehungsberechtigten der Kinder ein. Sofern die Kalkulation über die Kosten und Einnahmen kein auskömmliches Ergebnis für den Betreiber darstellt, kann dieser ein monatliches Entgelt für die Erbringung der geschuldeten Leistungen durch die Antragsgegnerin verlangen.

Die Zuschlags- und Bindungsfrist läuft am 30. November 2023 ab, während die Antragsgegnerin eine Zuschlagsentscheidung Mitte Oktober 2023 beabsichtigt. Der Leistungsbeginn soll am 1. Januar 2024 erfolgen.

An dem Vergabeverfahren ist die Antragstellerin beteiligt. Sie betreibt die Kindertagesstätte „Y“ im Gemeindegebiet der Antragsgegnerin und ist bereit, diese Einrichtung in einem anderen Gebäude weiterzubetreiben.

Die Antragstellerin hat das Gericht am 31. Juli 2023 um einstweiligen Rechtsschutz er-  
sucht. Sie vertritt insbesondere die Ansicht, das Vergabeverfahren verstoße gegen die  
Grundprinzipien des SGB VIII und verletze die Vorschriften des Hessischen Kinder- und  
Jugendhilfegesetzes (im Folgenden: HKJGB).

Die Antragstellerin beantragt,

der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung aufzugeben, das  
Vergabeverfahren vorläufig abubrechen und ihr zu untersagen, einem Teilneh-  
mer am Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen,

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Eilantrag vom 31. Juli 2023 zurückzuweisen.

Zur Begründung bezieht sich die Antragsgegnerin insbesondere auf eine Entscheidung  
des Thüringer Oberlandesgerichts (Beschluss vom 9. April 2021 – Verg. 2/20 –). Der  
Verwaltungsrechtsweg sei nicht eröffnet. Aufgrund des laufenden Vergabeverfahrens  
liege die ausschließliche Zuständigkeit der Vergabekammern des Regierungspräsidiums  
Darmstadt vor. Die Antragstellerin begehre vorliegend ein Unterlassen im Sinne des  
§ 156 Abs. 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (im Folgenden: GWB).  
Es mangle an einem Anordnungsgrund sowie einem Rechtsschutzinteresse, da die  
Antragstellerin ihre rechtlichen Interessen in dem Vergabeverfahren hinreichend vertre-  
ten könne. Der geplante Betrieb der Kindertagesstätte stelle unzweifelhaft einen öffentli-  
chen Auftrag im Sinne des § 103 Abs. 1 GWB in Form eines Dienstleistungsauftrags  
nach § 103 Abs. 4 GWB dar. Vorliegend sei ein synallagmatischer Vertrag gegeben, bei  
dem die Antragsgegnerin den zukünftigen Betreiber für die erbrachten Betreiberleistun-  
gen vergüte und der zukünftige Betreiber im Gegenzug die Erbringung der Betreiberleis-  
tungen schulde. Es gehe nicht um das Recht bzw. die Genehmigung, einen Kindergar-  
ten betreiben zu dürfen, sondern vielmehr um die Beauftragung und die daraus resultie-  
rende Verpflichtung, dies zu tun. Auch sei bei dem gegenständlichen Auftrag mit einem  
Wert über 2.000.000,00 EUR netto der Schwellenwert nach § 106 GWB überschritten

und es liege keine Ausnahme des Anwendungsbereichs vor. Die Antragstellerin verkenne, dass die Antragsgegnerin hier als Eigentümerin eines Kindergartengebäudes und nicht als Trägerin der Sozialhilfe auftrete. Es gebe vorliegend kein Widerspruch zum Sozialrecht. Die Antragsgegnerin übe Zurückhaltung aus, indem sie einen externen Dienstleister mit dem Betrieb der Kindertagesstätte beauftrage. Das Prinzip der Angebots- und Trägervielfalt werde nicht ausgehebelt. Es stehe der Antragstellerin offen, einen eigenen Kindergarten im Gemeindegebiet zu betreiben. Sie habe keinen Anspruch darauf, den Betrieb des Kindergartens im Gebäude der Antragsgegnerin vorzunehmen. Es ginge nicht um das allgemeine Angebot an Sozialleistungen gegenüber Leistungsempfängern und mithin die Deckung des allgemeinen Bedarfs an Kindergartenplätzen im Gemeindegebiet. Die Antragsgegnerin suche lediglich einen Betreiber für eine Kindertagesstätte in ihrem gemeindeeigenen Gebäude. Dabei komme nur ein und nicht mehrere Betreiber in Betracht.

Das Verfahren ist zunächst in der 2. Kammer des Verwaltungsgerichts Darmstadt eingegangen und zugewiesen worden. Mit Verfügung vom 13. September 2023 hat es die 7. Kammer in die eigene Zuständigkeit übernommen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands und des Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der Gerichtsakte des vorliegenden Verfahrens Bezug genommen.

## II.

Für das vorliegende Verfahren ist die hiesige 7. Kammer des Verwaltungsgerichts gesetzlicher Richter, da sie nach dem gerichtlichen Geschäftsverteilungsplan für das Sachgebiet „Vergaberecht“, Sachgebietsnummer 041401 zuständig ist. Unbeachtlich ist insoweit, dass es in dem Vergabeverfahren um Leistungen des Kinder- und Jugendschutzes geht, da sich die Antragstellerin gegen die Durchführung des Vergabeverfahrens an sich wendet. Streitentscheidende Normen sind solche des Vergaberechts (des

GWB). Es kommt maßgeblich darauf an, ob im vorliegenden Fall ein Vergabeverfahren durchzuführen ist.

Für den vorliegenden Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz ist der Verwaltungsweg nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO eröffnet. Es liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor, für die keine abdrängende Sonderzuweisung gegeben ist.

Bei der im Streit stehenden Frage, ob die Beauftragung eines freien Jugendhilfeträgers zur Erbringung von Leistungen des erzieherischen Kinder- und Jugendschutzes nach § 14 Abs. 1 SGB VIII durch eine Gemeinde im Vergabewege erfolgen kann, handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit.

In der Rechtsprechung ist geklärt, dass die Beziehung zwischen Leistungserbringer und Jugendhilfeträger im jugendhilferechtlichen Dreiecksverhältnis öffentlich-rechtlicher Natur ist.

Vgl. Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 19. Juni 2018 – 12 C 18.313 –, juris, Rn. 7.

Zwar ist die Antragsgegnerin als kreisangehörige Gemeinde kein örtlicher Träger der öffentlichen Jugendhilfe, vgl. § 5 Abs. 1 HKJGB, und auch nicht zu einem örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe nach § 5 Abs. 2 HKJGB bestimmt worden. Aber die Antragsgegnerin nimmt im vorliegenden Fall eine mit den öffentlichen Jugendhilfeträgern vergleichbare Rolle ein. Das Verhältnis zwischen den Beteiligten wird durch die Normen des HKJGB bzw. dem SGB VIII geregelt. Die hessischen Gemeinden sollen nach § 30 Abs. 4 HKJGB genauso wie die öffentliche Jugendhilfe gemäß § 3 Abs. 5 HKJGB von eigenen Maßnahmen absehen, soweit geeignete Maßnahmen von Trägern der freien Jugendhilfe betrieben oder rechtzeitig geschaffen werden können. Auch sollen die Gemeinden entsprechend den öffentlichen Trägern nach § 74 Abs. 1 bis 5 SGB VIII die freiwillige Tätigkeit auf dem Gebiet der Kindertagesbetreuung anregen und fördern, vgl. § 30 Abs. 3 HKJGB.

Im Übrigen dürfte sich der öffentlich-rechtliche Charakter der Streitigkeit auch daraus ergeben, dass die Antragstellerin die begehrte Unterlassung des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens insbesondere auf eine (potentielle) Verletzung des § 30 Abs. 4 HKJGB und des § 4 Abs. 2 SGB VIII stützt, mithin auf öffentlich-rechtliche Normen.

Eine abdrängende Sonderzuweisung nach §§ 155, 156 Abs. 1, 158 Abs. 2 GWB liegt entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin nicht vor.

Gemäß § 156 Abs. 2 GWB können zwar Rechte aus § 97 Abs. 6 GWB sowie sonstige Ansprüche gegen Auftraggeber, die auf die Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren gerichtet sind, nur vor den Vergabekammern (bei dem Regierungspräsidium Darmstadt, vgl. § 1 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung über die Vergabekammern vom 18. Juni 1999) und dem Beschwerdegericht (dem Oberlandesgericht B-Stadt als einziges Oberlandesgericht in Hessen nach § 171 Abs. 3 GWB) geltend gemacht werden. Vorliegend steht jedoch weder ein Anspruch der Antragstellerin auf Einhaltung von Bestimmungen über das Vergabeverfahren nach § 97 Abs. 6 GWB noch die Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren in Streit. Die Antragstellerin begehrt vielmehr – gestützt auf Bestimmungen des SGB VIII sowie die des HKJGB – die Unterlassung der Durchführung eines Vergabeverfahrens überhaupt.

Eine solche Feststellung indes lässt sich in einem Vergabenachprüfungsverfahren von vornherein nicht erreichen. Die Abwendung der Durchführung eines Vergabeverfahrens an sich ist kein Rechtsschutzziel, welches in einem vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren zulässiger Weise verfolgt werden könnte.

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 23. August 2021 – 12 CE 21.2141 –, juris, Rn. 4; vgl. auch: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. Mai 2015 – VII-Verg 38/14 –, juris, Rn. 30.

Ein vergaberechtlicher Anspruch, eine Auftragsvergabe durch Aufhebung der Ausschreibung zu verhindern, besteht nicht. Nachprüfungsverfahren haben allein den

Zweck, dass Aufträge – ordnungsgemäß – erteilt werden, nicht aber, dass die Auftragserteilung überhaupt verhindert wird.

Vgl. Brandenburgisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 3. November 2011 – Verg W 4/11 –, juris., m. w. N.

Die Ansicht der Antragsgegnerin, aufgrund des laufenden Vergabeverfahrens liege die ausschließliche Zuständigkeit der Vergabekammern vor und die Antragstellerin begehre vorliegend ein Unterlassen im Sinne des § 156 Abs. 2 GWB, würde dazu führen, dass die Antragstellerin angesichts der eindeutigen Rechtsprechung der Beschwerdegerichte rechtsschutzlos gestellt wäre. Dies würde gegen die Garantie effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG) verstoßen.

Vgl. Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 23. August 2021 – 12 CE 21.2141 –, juris, Rn. 5.

Anders als die Antragsgegnerin meint, liegt auch das erforderliche Rechtsschutzinteresse vor.

Ein in diesem Sinne qualifiziertes Rechtsschutzinteresse an der Gewährung vorbeugenden Rechtsschutzes wird angenommen, wenn die Gefahr besteht, dass irreversible Fakten geschaffen werden oder bereits die kurzfristige Hinnahme eines befürchteten Verwaltungshandelns geeignet ist, den Betroffenen in seinen Rechten in besonders schwerwiegender, nicht wiedergutzumachender Weise zu beeinträchtigen. Von der Annahme dieser Voraussetzungen ist zurückhaltend Gebrauch zu machen.

Vgl. Hessischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 27. Februar 2023 – 2 B 2156/22 –, juris, Rn. 25, m. w. N.

Nach diesen Maßstäben ist die Antragstellerin nicht auf das Vergabeverfahren zu verweisen. Ihr kann nicht zugemutet werden, die Vergabeentscheidung abzuwarten. Wird

der Zuschlag wie beabsichtigt erteilt, schließt dies den Primärrechtsschutz der Antragstellerin aus.

Vgl. OLG Frankfurt, Urteil vom 29. Januar 2013 – 11 U 33/12 –, juris, Rn. 63.

Der Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz nach diesem Zeitpunkt würde ins Leere laufen.

Der im Übrigen zulässige Antrag ist auch in der Sache begründet.

Die Voraussetzungen für den Erlass einer Sicherungsanordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO sind gegeben. Danach kann das Gericht eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Voraussetzung dafür ist neben einer besonderen Eilbedürftigkeit (Anordnungsgrund) ein Anspruch der Antragstellerin auf die begehrte Sicherung (Anordnungsanspruch). Anordnungsgrund und Anordnungsanspruch sind glaubhaft zu machen, vgl. § 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. §§ 920 Abs. 2, 294 ZPO.

Nimmt der Erlass einer einstweiligen Anordnung – wie hier mit dem vorläufigen Abbruch des Vergabeverfahrens bei einem gewollten Leistungsbeginn ab Januar 2024 begehrt – die Hauptsache im Wesentlichen vorweg, so sind an die Prognose der Erfolgsaussichten in der Hauptsache besondere Anforderungen zu stellen.

Vgl. Hessischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 24. Oktober 2007 – 7 TG 2131/07 –, juris, Rn. 4.

Es ist insofern erforderlich, dass gegen die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens ernsthafte Bedenken bestehen und der Anspruch mit überwiegender Wahrscheinlichkeit gegeben ist.



Der Antragstellerin ist es – gemessen an den dargelegten Maßstäben – gelungen, einen Anordnungsanspruch glaubhaft zu machen. Bei der im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens allein gebotenen und möglichen summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage hat die Antragstellerin gegen die Antragsgegnerin mit überwiegender Wahrscheinlichkeit einen Anspruch auf Unterlassen des Zuschlags und damit auf den Abbruch des Vergabeverfahrens aus § 30 Abs. 4 HKJGB.

Der Antragsgegner greift mit der Durchführung des Vergabeverfahrens rechtswidrig in das in § 30 Abs. 4 HKJGB verankerte Subsidiaritätsgebot und damit in die in Berufsfreiheit der Antragstellerin aus Art. 12 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 19 Abs. 3 GG als freie Jugendhilfeträgerin ein.

Es liegt bereits der für die Anwendbarkeit des Vergaberechts nach §§ 97 ff. GWB erforderliche „öffentliche Auftrag“ i. S. d. § 103 Abs. 1 GWB nicht vor.

Öffentliche Aufträge sind nach § 103 Abs. 1 GWB entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern oder Sektorenauftraggebern und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die die Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben.

Vorliegend ist – anders als die Antragsgegnerin meint – kein synallagmatischer Vertrag gegeben, bei dem die Antragsgegnerin den zukünftigen Betreiber für die erbrachten Betreiberleistungen vergütet und der zukünftige Betreiber im Gegenzug die Erbringung der Betreiberleistungen schuldet.

Gegenstand des vorliegenden Vergabeverfahrens ist nicht die Beschaffung von Dienstleistungen gegen ein Entgelt, sondern die Festlegung der Bedingungen für die Leistungsabwicklung im sozialhilferechtlichen Dreiecksverhältnis zwischen dem Leistungsträger (der Antragsgegnerin), dem Leistungserbringer (dem zukünftigen Betreiber) und dem Leistungsberechtigten (den Kindern bzw. deren Eltern). Der Leistungserbringer hat einen Entgeltanspruch gegen den Leistungsberechtigten. Nur aufgrund des Schuldbeitritts wird der Leistungsträger Mitschuldner des zivilrechtlichen Entgelts. Durch den

Schuldbeitritt wandelt sich die Forderung jedoch nicht in eine öffentlich-rechtliche Schuld. Zahlt der Leistungsträger das Entgelt an den Leistungserbringer allein aufgrund des Schuldbeitritts, kann ein direkter synallagmatischer Leistungsaustausch zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer durch den Abschluss der Leistungsvereinbarung nicht angenommen werden. Beim sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis handelt es sich um ein differenziertes Rechtsinstitut, das nicht zu einem lediglich zweiseitigen Auftragsverhältnis „uminterpretiert“ werden kann.

Vgl. Landessozialgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 23. März 2022 – L 12 SO 227/19 –, Rn. 68 f., juris, Rn. 69 m. w. N.

Der vorliegende Betreibervertrag sieht vor, dass der zukünftige Betreiber die Elternbeiträge direkt bei den Erziehungsberechtigten der Kinder einzieht und nur sofern die Kalkulation über die Kosten und Einnahmen kein auskömmliches Ergebnis für den Betreiber darstellt, ein monatliches Entgelt für die Erbringung der geschuldeten Leistungen durch die Antragsgegnerin erhält. In dem Vertrag ist damit bereits keine zwingende Geldleistung an den zukünftigen Betreiber vorgesehen, sondern nur für den Fall der fehlenden Bedarfsdeckung. Bereits aus diesem Grund ist ein synallagmatisches Verhältnis zu verneinen, obgleich eine fehlende Bedarfsdeckung zu erwarten sein wird. Des Weiteren soll der zukünftige Betreiber die Beiträge direkt bei den Leistungsberechtigten (und nicht bei dem Leistungsträger) einziehen. Das potentielle monatliche Entgelt durch die Antragsgegnerin ist dabei lediglich als eine Förderung entsprechend § 30 Abs. 3 HKJGB i. V. m. § 74 Abs. 1 bis 5 SGB VIII zu sehen.

Der von der Antragsgegnerin vorgenommene Verweis auf den Beschluss des Thüringer Oberlandesgerichts vom 9. April 2021 – Verg 2/20 – geht fehl. Vertragsgegenstand ist gerade keine Leistung, die ohne Beauftragung eines konkreten Betreibers von der Antragsgegnerin selbst erbracht werden müsste; eine einklagbare Erfüllungspflichtung fehlt.

Grund hierfür ist, dass eine mit § 3 Abs. 3 Thüringer Kindergartengesetz (im Folgenden: ThürKigaG) vergleichbare Norm im hessischen oder bundesrechtlichen Kinder- und Ju-

gendhilferecht nicht existiert. In § 3 Abs. 3 Satz 1 ThürKigaG ist explizit vorgesehen, dass die Gemeinden eigene Kindertageseinrichtungen betreiben, soweit sie dies nicht einem in § 6 Abs. 1 Nr. 1, 3 oder 4 genannten Träger (anerkannte Träger der freien Jugendhilfe, sonstige juristische Personen, deren Zweck das Betreiben einer Kindertageseinrichtung ist und deren Tätigkeit nicht auf Gewinnerzielung gerichtet ist, oder sonstige Träger, insbesondere Elterninitiativen und Betriebe) übertragen. In diesem Fall schließen sie mit dem Träger Verträge, deren Inhalt den Umfang der bereitzustellenden Plätze und deren Finanzierung (Nr. 1), das Verfahren des finanziellen Ausgleichs (Nr. 2), die Beachtung und Einhaltung der Qualitätsvorgaben des ThürKigaG und der auf seiner Grundlage erlassenen Verordnungen und sowie des SGB VIII hinsichtlich der Kindertagesbetreuung (Nr. 3), Fristen und Verfahren für die Bereitstellung von Daten und Informationen aufgrund dieses Gesetzes (Nr. 4) sowie Rechtsfolgen für die Fälle, in denen die Vertragsparteien die Bestimmungen des Vertrags oder des ThürKigaG nicht einhalten (Nr. 5) regelt, vgl. § 3 Abs. 3 Satz 2 ThürKigaG.

Es ist in Hessen gerade nicht vorgesehen, dass die Gemeinden mit freien oder anderen Trägern Verträge über den Betrieb von Kindertageseinrichtungen schließen und mittels vertraglichen Vorgaben die Selbständigkeit der Träger einschränken. Die Gemeinden tragen in Hessen nach § 30 Abs. 2 Satz 1 HKJGB auch in eigener Verantwortung dafür Sorge, dass die im Bedarfsplan vorgesehenen Plätze in Tageseinrichtungen zur Verfügung stehen. Nichtsdestotrotz sollen die hessischen Gemeinden die freiwillige Tätigkeit auf dem Gebiet der Kindertagesbetreuung anregen und fördern und soweit geeignete Angebote von Trägern der freien Jugendhilfe betrieben oder rechtzeitig geschaffen werden können, von eigenen Maßnahmen absehen, vgl. § 30 Abs. 3 und 4 HKJGB. Damit werden in Hessen Kindertageseinrichtungen – anders als in Thüringen – nicht grundsätzlich von den Gemeinden, sondern grundsätzlich von freien Trägern betrieben. Die Antragsgegnerin müsste die Betreiberleistung ohne Ausschreibung nicht selbst betreiben. Vielmehr könnte diese Aufgabe beispielsweise durch die Antragstellerin als freie Trägerin wahrgenommen werden. Eine einklagbare Erfüllungsverpflichtung ist insofern nicht ersichtlich.

Wie die öffentlichen Jugendhilfeträger kaufen die Gemeinden nicht gezielt Leistungen ein, um sie den Leistungsberechtigten zur Verfügung zu stellen, wie dies für die Anwendung des Vergaberechts erforderlich wäre; sie beschaffen nicht Leistungen gegen Entgelt auf einem „Markt für Jugendhilfeeinrichtungen“. Die Gemeinden erteilen deshalb keine „öffentlichen Aufträge“ i. S. d. Wettbewerbsrechts, sondern befördern und ermöglichen „lediglich“ die vorrangigen Tätigkeiten der freien Jugendhilfe; sie sorgen mit der Förderung der freien Jugendhilfe auch nicht für die Erfüllung eigener Aufgaben, sondern unterstützen „lediglich“ die freie Jugendhilfe bei der Erfüllung von Aufgaben, die diese sich selbst gestellt hat.

Vgl. zu öffentlichen Jugendhilfeträgern: Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 6. Dezember 2021 – 12 CE 21.2846 –, juris, Rn. 7, m. w. N.

Träger der freien Jugendhilfe, die gegenüber Hilfeempfängern eine Leistung erbringen, erfüllen ihre eigene Verpflichtung aus einem privatvertraglichen Schuldverhältnis mit diesen, handeln insoweit aber nicht im Auftrag und gemäß den Weisungen der Gemeinde. Vielmehr arbeiten die freien und öffentlichen Träger der Jugendhilfe partnerschaftlich zusammen, während die Selbstständigkeit der freien Jugendhilfe in Zielsetzung und Durchführung ihrer Aufgaben sowie in der Gestaltung ihrer Organisationsstruktur zu achten ist, vgl. § 3 Abs. 4 HKJGB. Bei der Leistungserbringung nach dem SGB VIII – wie der vorliegenden erzieherischen Leistung nach § 14 SGB VIII – handelt es sich deshalb weder unmittelbar noch mittelbar um eine Erbringung der Leistung gegenüber der Gemeinde, sondern um eine unmittelbare Inanspruchnahme der Leistung durch die jeweiligen Bürger beim Träger der freien Jugendhilfe selbst.

Vgl. zu öffentlichen Jugendhilfeträgern: Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 6. Dezember 2021 – 12 CE 21.2846 –, juris, Rn. 8, m. w. N.

Da es infolgedessen an einem „öffentlichen Auftrag“ fehlt, besteht weder eine Verpflichtung noch eine aufgrund von Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG erforderliche gesetzliche Ermächtigung für die Durchführung eines Vergabeverfahrens. Eine – wie hier – gleichwohl vor-

genommene vergaberechtliche Ausschreibung ist wegen Unvereinbarkeit mit den Grundsätzen des Jugendhilferechts unzulässig.

Durch die Erteilung des Zuschlags wird die Antragstellerin mit überwiegender Wahrscheinlichkeit in ihrem Recht aus § 30 Abs. 4 HKJGB verletzt. Danach sollen die Gemeinden von eigenen Maßnahmen absehen, soweit geeignete Angebote von Trägern der freien Jugendhilfe betrieben oder rechtzeitig geschaffen werden können.

Das in § 30 Abs. 4 HKJGB enthaltene bedingte Subsidiaritätsgebot vermittelt anerkannten Trägern der freien Jugendhilfe ein subjektives Abwehrrecht gegen ein Tätigwerden der Gemeinde.

Vgl. bezüglich öffentlichen Jugendhilfeträgern zum nahezu gleichlautenden § 4 Abs. 2 SGB VIII: D-Städtisches Oberverwaltungsgericht, Urteil vom 25. August 2022 – 4 Bf 19/21 –, juris.

Durch das Vergabeverfahren und den beabsichtigten Betreibervertrag wird das in § 30 Abs. 4 HKJGB verankerte Subsidiaritätsgebot verletzt. Die Antragstellerin ist bereit und imstande, ihren derzeit im Gemeindegebiet betriebene Kindertagesstätte „Y“ in einem anderen Gebäude weiterzubetreiben. Es ist nicht ersichtlich, dass die Antragsgegnerin – wie sie ausführt – das Subsidiaritätsprinzip berücksichtigt, indem sie einen externen Dienstleister mit dem Betrieb der Kindertagesstätte beauftragt. Weder ist in den Vergabeunterlagen ersichtlich, dass die Antragsgegnerin nur freie Jugendhilfeträger als Betreiber zulassen würde, noch ist den Unterlagen eine Priorität zu entnehmen. Gleichzeitig würde selbst bei einem Zuschlag zugunsten eines freien Jugendhilfeträgers dessen in § 3 Abs. 4 HKJGB besonders geschützte Selbstständigkeit aufgrund der strengen Vertragsvorgaben erheblich eingeschränkt. Aufgrund des Auftragsverhältnisses würde es sich im Ergebnis nicht um eine Tagesstätte in freier selbstständiger Trägerschaft handeln.

Die Antragsgegnerin dringt ferner nicht mit den Argumenten durch, das Prinzip der Angebots- und Trägervielfalt werde nicht ausgehebelt, da es der Antragstellerin offenstehe,

einen eigenen Kindergarten im Gemeindegebiet zu betreiben, sie, die Antragsgegnerin, suche lediglich einen Betreiber für eine Kindertagesstätte in ihrem gemeindeeigenen Gebäude.

Die Antragsgegnerin verkennt, dass durch ihr Handeln bereits das Subsidiaritätsgebot verletzt ist und es auf eine zusätzliche Verletzung des Prinzips der Angebot- und Trägervielfalt nicht mehr ankommt. Die Verletzung des Subsidiaritätsgebots erfordert nicht, dass die Maßnahme der Gemeinde der Deckung des allgemeinen Bedarfs an Kindergartenplätzen im Gemeindegebiet dient. Vielmehr hat die Gemeinde bei jeder einzelnen Maßnahme zu prüfen, ob geeignete Angebote der freien Jugendhilfeträger betrieben oder rechtzeitig geschaffen werden können und bejahendenfalls diesen den Vorrang einzuräumen.

Des Weiteren hat die Antragstellerin den Anordnungsgrund und damit die besondere Eilbedürftigkeit glaubhaft gemacht. Es ist der Antragstellerin nicht zuzumuten, eine etwaige Hauptsacheentscheidung abzuwarten. Der Zuschlag soll Mitte Oktober, spätestens am 30. November 2023 erfolgen und die Betreiberleistungen sollen bereits ab dem 1. Januar 2024 erbracht werden. Eine Hauptsacheentscheidung würde bis Leistungsbeginn nicht ergehen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Das Verfahren ist nicht nach § 188 VwGO gerichtskostenfrei. Zwar bezieht sich die Antragstellerin zur Verhinderung des Vergabeverfahrens auf kinder- und jugendhilferechtliche Vorschriften des SGB VIII und HKJGB, aber streitentscheidend sind insbesondere die Vorschriften des Vergaberechts, welchen keine Privilegierung hinsichtlich der Gerichtskosten zukommt.

Die Festsetzung des Streitwertes beruht auf §§ 63 Abs. 2, 53 Abs. 2 Nr. 1, 52 Abs. 2 GKG unter entsprechender Berücksichtigung von Nummer 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013. Da die hiesige Entscheidung aufgrund des bald vorzunehmenden Zuschlags und zu erfolgenden Leistungsbeginns die Hauptsache vorwegnimmt, wird von einer Reduzierung des Streitwerts abgesehen.