

Zur Bedeutung des Vergaberechts für den Abschluss von Verträgen über den Betrieb von Kindertageseinrichtungen

Gutachten vom 30. Oktober 2024 – G 5/23



Deutscher Verein

für öffentliche und
private Fürsorge e.V.

- 1. Betreiberverträge, die die Gewährung von Zuwendungen oder von sonstigen Fördermitteln regeln, ohne dass sie den Einrichtungsträgern eine einklagbare Erfüllungsverpflichtung zum Betrieb einer Kindertageseinrichtung auferlegen, unterliegen keiner Vergabepflicht gemäß §§ 97, 103, 105 GWB.**
- 2. Dasselbe gilt für Leistungs-, Entgelt- und Qualitätsentwicklungsvereinbarungen über die Erbringung von Leistungen nach § 24 SGB VIII, wenn das länderspezifische Finanzierungsrecht auf die §§ 78b ff. SGB VIII verweist oder diesen Vorschriften nachempfunden ist und der Abschluss von derartigen Vereinbarungen damit im Grundsatz allen Leistungserbringern offensteht, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen.**
- 3. Eine Pflicht zur Durchführung eines Vergabeverfahrens ist demgegenüber lediglich dann anzunehmen, wenn das Landesrecht ausnahmsweise hinsichtlich des Betriebs von Kindertageseinrichtungen den Abschluss von exklusiven Austauschverträgen vorsieht oder gestattet.**

–**hos**– Auf Anfrage eines freien Trägers der Kinder- und Jugendhilfe hat der Deutsche Verein folgendes Gutachten erstellt:

1. Das vorliegende Gutachten befasst sich mit der Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen Verträge, die den Betrieb von Kindertageseinrichtungen zum Gegenstand haben, einer Vergabepflicht nach §§ 97, 103, 105 GWB unterliegen. Hintergrund ist ein Beschluss des Thüringer Oberlandesgerichts vom 9. April 2021, in welchem der erkennende Vergabesenat entschieden hat, dass eine solche Verpflichtung für die nach dem Thüringer Kindergartengesetz (ThürKigaG) abzuschließenden Betreiberverträge besteht.¹ In anderen Bundesländern hat dieser Beschluss zu einer gewissen Rechtsunsicherheit geführt, denn es ist nicht leicht abzuschätzen, ob sich die in der Entscheidung gezogene Schlussfolgerung auf Sachverhalte außerhalb von Thüringen übertragen lässt.² Die Schwierigkeit besteht insoweit darin, dass die Finanzierungssysteme von Kindertageseinrichtungen gemäß § 74a SGB VIII von den Ländern ausgestaltet werden und in der Folge von einer sehr großen Diversität geprägt sind.³ Damit erfüllen auch die Verträge, die den Betrieb von Kindertageseinrichtungen zum Gegenstand haben, in Abhängigkeit von der Grundkonzeption des jeweiligen Landesrechts unterschiedliche Funktionen und weisen abweichende Regelungsgehalte auf. Diesen Umstand berücksichtigend arbeitet das Gutachten die wesentlichen Kriterien heraus, anhand derer zu beurteilen ist, ob eine Verpflichtung zur Durchführung eines Vergabeverfahrens besteht und wendet sie überblicksartig auf die verschiedenen landesrechtlichen Grundkonzeptionen zur Finanzierung von Kindertageseinrichtungen an.

2. Der Deutsche Verein erstellt satzungsgemäß Gutachten zu allgemeinen Grundsatzfragen des Sozialrechts und angrenzender Rechtsgebiete, ohne zur Bearbeitung von Einzelfällen Stellung zu nehmen.

Gutachter:
Hans Hosten

¹ Thüringer OLG, Beschluss vom 9. April 2021 – Verg 2/20 –, juris Rdnr. 21.

² Vgl. etwa HSGB Kompakt, Meldung 7/24 vom 9. Januar 2024, S. 2.

³ Vgl. Busch, in: SGB 2019, 332–339 (333); Münder, in: RdJB 2014, 87–99 (89).

3. Der vierte Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) setzt das in mehreren Richtlinien kodifizierte europäische Vergaberecht in nationales Recht um.⁴ Die darin enthaltenen Vorschriften sehen – unter der Voraussetzung, dass der geschätzte Auftrags- oder Vertragswert den jeweils festgelegten EU-Schwellenwert erreicht oder überschreitet – die Vergabepflichten für Verträge vor, die als öffentliche Aufträge oder Konzessionen zu qualifizieren sind (§ 97 GWB).

4. Zunächst gilt es festzuhalten, dass Verträge über den Betrieb von Kindertageseinrichtungen bzw. über die Erbringung von Förderleistungen nach § 24 SGB VIII nicht allein deswegen aus dem Anwendungsbereich des Vergaberechts herausfallen, weil diese sich auf Dienstleistungen beziehen, die einen sozialen Zweck verfolgen. Zwar erstreckt sich der Anwendungsbereich des Vergaberechts nur auf Leistungen, die marktförmig erbracht werden (dazu a). Der soziale Zweck von Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe bzw. speziell von Förderleistungen nach § 24 SGB VIII schließt deren marktförmige Erbringung allerdings nicht aus (dazu b).

a) Die Richtlinien der Europäischen Union über die öffentliche Auftrags- und Konzessionsvergabe verfolgen das Ziel, die primärrechtlichen Grundsätze des freien Warenverkehrs, der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit sowie die sich daraus ableitenden Grundsätze wie Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung, gegenseitige Anerkennung, Verhältnismäßigkeit und Transparenz zu verwirklichen⁵ und hierdurch einen europäischen Binnenmarkt zu errichten bzw. dessen Funktionsfähigkeit zu gewährleisten.⁶ Die Richtlinien sind im Lichte dieser Grundsätze auszulegen,⁷ was zur Folge hat, dass sie, wie der EuGH unter Hinweis auf den Begriff der Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV angenommen hat, lediglich „wirtschaftliche Tätigkeiten“ betreffen.⁸ Eine wirtschaftliche Tätigkeit besteht nach gefestigter Rechtsprechung darin, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten.⁹

b) Diese Marktbezogenheit des europäischen Vergaberechts führt allerdings nicht dazu, dass eine allgemeine vergaberechtliche Bereichsausnahme für soziale Dienstleistungen bzw. speziell für den Rechtskreis des SGB VIII anzunehmen wäre.¹⁰

Zwar wird argumentiert, es gäbe keinen Markt der Kinder- und Jugendhilfeleistungen,¹¹ weil freie und öffentliche Träger der Kinder- und Jugendhilfe aufgrund vielfältiger rechtlicher Vorgaben des SGB VIII nicht wie Unterneh-

⁴ Maßgeblich sind im hiesigen Zusammenhang die Richtlinie 2014/24/EU vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe sowie die Richtlinie 2014/23/EU vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe.

⁵ Vgl. EG (1) RL 2014/24/EU.

⁶ So ist die RL 2014/24/EU ausweislich der einleitenden Bemerkung insbesondere gestützt auf Art. 114 AEUV, welcher der funktionalen Gestaltung des Binnenmarktes dient, vgl. Calliess/Ruffert/Korte, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 114 Rdnr. 2.

⁷ EuGH, Urteil vom 2. Juni 2016, Dr. Falk Pharma, C-410/14, ECLI:EU:C:2016:399, Rdnr. 34.

⁸ EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022, ASADE, C-436/20, ECLI:EU:C:2022:559, Rdnr. 59.

⁹ EuGH, Urteil vom 12. Dezember 2000, Pavlov u.a., C-180/98 bis C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428, Rdnr. 75.

¹⁰ Statt vieler Schweigler, in: JAMt 2019, 290–294 (292); rechtsgebietsübergreifend bereits Münder/von Boetticher, Objektförderung als verbotene Beihilfe nach europäischem Recht, in: Köbl/Brünner, Abschied von der Objektförderung? Die Finanzierung der Investitionskosten von Einrichtungen nach SGB IX und BSHG, 1. Aufl. 2004, S. 37 f.

¹¹ Vgl. zuletzt Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 6. Dezember 2021 – 12 CE 21.2846 –, juris, Rdnr. 7.

men der Privatwirtschaft in freier Weise am Markt auftreten könnten, sondern nach genau definierten Regelungen gesetzliche Aufgaben im sozialen Bereich wahrnehmen.¹² Es sei deswegen abzulehnen, die Erbringung von Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe als wirtschaftliche Tätigkeit einzustufen.¹³ Im Lichte mittlerweile gefestigter EuGH-Rechtsprechung zu sozialen Dienstleistungen kann dem jedoch in dieser Pauschalität nicht gefolgt werden.¹⁴ So bekräftigt der EuGH zuletzt ausdrücklich, dass die Verfolgung eines sozialen Zwecks oder die Berücksichtigung des Solidaritätsprinzips bei der Erbringung einer Dienstleistung für sich genommen einer Einstufung dieser Dienstleistung als wirtschaftliche Tätigkeit nicht entgegensteht.¹⁵ Vielmehr ist nach dem EuGH ungeachtet dieser Gesichtspunkte von einer wirtschaftlichen Tätigkeit dann auszugehen, wenn die Leistungen nicht dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind und sie normalerweise gegen Entgelt erbracht werden.¹⁶ Liegen diese Voraussetzungen vor, ist es für die Annahme einer wirtschaftlichen Tätigkeit unschädlich, wenn die Einrichtung, die die Tätigkeit ausübt, keinen Erwerbszweck verfolgt und die Dienste im allgemeinen Interesse liegen.¹⁷ Da die Erbringung von Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe nicht zwingend mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist und das Leistungserbringungsrecht des SGB VIII bzw. des § 74a SGB VIII auch die entgeltliche Beschaffung von Leistungen nicht grundsätzlich ausschließt (hierzu sogleich), kann der Anwendungsbereich des Vergaberechts bei einer entsprechenden Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen den öffentlichen und freien Trägern der Kinder- und Jugendhilfe durchaus eröffnet sein.

5. Verfehlt wäre es auf der anderen Seite aber auch, den Anwendungsbereich des Vergaberechts mit Blick auf die Leistungserbringung im Rechtskreis des SGB VIII grundsätzlich für eröffnet zu halten. Eine solch weitgehende Annahme folgt insbesondere nicht aus § 130 GWB, der zur Umsetzung von Art. 74 ff. RL 2014/24/EU besondere Regelungen für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen über soziale Dienstleistungen formuliert.¹⁸ Zwar können von dieser Norm ausweislich Anhang XIV der Richtlinie 2014/24/EU, auf den § 130 Abs. 1 Satz 1 GWB verweist, u.a. auch öffentliche Aufträge über Kinder- und Jugendfürsorgeleistungen (CPV-Code 85311300-5), über die Betreuung in Tagesstätten (CVP-Code 85312100-0) sowie über Betreuungsleistungen in Kinderkrippen (CPV-Code 85312110-3) erfasst sein. Allerdings definiert § 130 GWB nicht den vergaberechtlichen Anwendungsbereich, sondern setzt dessen Eröffnung voraus,¹⁹ wie insbesondere an Erwägungsgrund 114 der RL 2014/24/EU deutlich wird. Dort heißt es im Hinblick auf Dienstleistungen im Sozial-, im Gesundheits- und im Bildungsbereich, den Mitgliedstaaten und

¹² Vgl. etwa Wabnitz, in: NDV 2003, 141–146 (146); Meysen/Reiß/Beckmann/Schindler, in: SRa 2015, 56–63 (61); für das Sozialhilferecht VG Münster vom 22. Juni 2004, 5 L 756/04, juris Rdnr. 51 ff; VK Hamburg, Beschluss vom 3. August 2004, VgK FB 4/04, Vergabe-News 2004, 99.

¹³ Vgl. etwa Wabnitz, in: NDV 2003, 141–146 (144).

¹⁴ So auch Schweigler, in: JAm 2019, 290–294 (292).

¹⁵ EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022, ASADE, C-436/20, ECLI:EU:C:2022:559, Rdnr. 65.

¹⁶ Ebda., Rdnr. 60.

¹⁷ Ebda., Rdnr. 62 f.

¹⁸ Für Konzessionen über soziale und andere besondere Dienstleistungen (§ 153 GWB i.V.m. Anhang IV der Richtlinie 2014/23/EU) gilt entsprechendes, vgl. EG (56) RL 2014/23/EU.

¹⁹ Missverständlich insoweit Luthe, in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 6. Aufl. 2022, § 130 (Stand: 27. März 2023) Rdnr. 35.

Behörden stehe es auch nach Inkrafttreten der Richtlinie frei, diese Dienstleistungen selbst zu erbringen oder soziale Dienstleistungen in einer Weise zu organisieren, die nicht mit der Vergabe öffentlicher Aufträge verbunden ist. Für Konzessionen über soziale und andere besondere Dienstleistungen (§ 153 GWB i.V.m. Anhang IV der Richtlinie 2014/23/EU) gilt entsprechendes, vgl. EG (56) RL 2014/23/EU. Folglich ist mit Blick auf die betreffenden sozialen Dienstleistungen jeweils zu prüfen, ob mit deren Organisationsform die Vergabe von öffentlichen Aufträgen oder Konzessionen einhergeht.

6. Bei öffentlichen Aufträgen handelt es sich nach § 103 Abs. 1 GWB um 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. Konzessionen werden in § 105 Abs. 1 GWB als entgeltliche Verträge definiert, mit denen ein oder mehrere Konzessionsgeber ein oder mehrere Unternehmen mit der Erbringung von Bauleistungen (Baukonzession) oder mit der Erbringung und der Verwaltung von Dienstleistungen (Dienstleistungskonzession) betrauen, dabei besteht die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung des Bauwerks bzw. der Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung. Da der Betrieb einer Kindertageseinrichtung bzw. die Erbringung von Förderleistungen gegenüber den in der Einrichtung betreuten Kindern nicht als Lieferung von Waren anzusehen ist und auch die Ausführung von Bauleistungen in der Regel nicht im Vordergrund steht,²⁰ kann sich die nachfolgende Prüfung auf die Frage beschränken, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen diesbezügliche Vereinbarungen als Dienstleistungsaufträge i.S.v. § 103 Abs. 4 GWB oder als Dienstleistungskonzessionen i.S.v. § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB einzustufen sind.

7. Sowohl ein Dienstleistungsauftrag als auch eine Dienstleistungskonzession setzen begrifflich voraus, dass zwischen einem öffentlichen Auftraggeber bzw. einem Konzessionsgeber (hierzu a) und einem (oder mehreren) Unternehmen (hierzu b) ein Vertrag geschlossen wird (hierzu c). Diese Tatbestandsvoraussetzungen stellen sich im hiesigen Kontext als unproblematisch dar.

a) Als öffentliche Auftraggeber sowie als Konzessionsgeber werden von § 99 Nr. 1 GWB bzw. von § 101 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 99 Nr. 1 GWB u.a. Gebietskörperschaften erfasst. Das Tatbestandsmerkmal kann damit ohne Weiteres als erfüllt angesehen werden, wenn ein Vertrag über den Betrieb einer Kindertageseinrichtung von einem Kreis, einer kreisfreien Stadt oder einer kreisangehörigen Gemeinde als öffentlicher Träger der Jugendhilfe oder als zur Aufgabenwahrnehmung herangezogene Gemeinde²¹ abgeschlossen wird.²²

²⁰ Zu Sonderkonstellationen, in denen die Vereinbarung über den Betrieb einer Kindertageseinrichtung mit der Überlassung eines Grundstücks und dem Bau eines geeigneten Gebäudes verbunden wird, siehe etwa OVG Lüneburg, Beschluss vom 29. Oktober 2018 – 10 ME 368/18 –, juris; VG Hamburg, Beschluss vom 8. November 2021 – 5 E 4201/21 –, juris; OVG Hamburg, Beschluss vom 9. Mai 2023, 4 Bs 157/22 – juris.

²¹ So z.B. nach § 3 Abs. 1 Satz 1 KiTaG BW.

²² Thüsing/Forst, Europäisches Vergaberecht und nationales Sozialversicherungsrecht, Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht Bd. 299, Berlin 2011, S. 126; vgl. auch Banafsche, Die Leistungsvergabe im Recht der Kinder- und Jugendhilfe in Form der Sozialraumvergabe, in: ZKJ 2010, 227–236 (228); zum Teil wird angenommen,

b) Der Begriff des Unternehmens i.S.v. §§ 103, 105 GWB bezeichnet grundsätzlich alle Einrichtungen, die Leistungen auf einem Markt anbieten, vgl. Art. 1 Abs. 2 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Nr. 10 RL 2014/24/EU bzw. Art. 1 Abs. 2 i.V.m. Art. 5 Nr. 2 RL 2014/23/EU. Ohne Bedeutung ist es dabei, ob die Einrichtung selbst ein öffentlicher Auftraggeber ist, ob sie gewinnorientiert oder unternehmerisch strukturiert ist oder ob sie ständig auf dem Markt tätig ist.²³

Im Hinblick auf die freien Träger der Jugendhilfe i.S.v. § 3 Abs. 2 SGB VIII ist zu berücksichtigen, dass sie zumindest gegenüber den Leistungsberechtigten, mit denen sie privatrechtliche Betreuungsverträge abschließen, als Einrichtungen auftreten, die Leistungen auf einem Markt anbieten. Dies könnte bereits ausreichen, um sie als Unternehmen i.S.v. §§ 103, 105 GWB einzustufen. Ferner sind in den meisten Bundesländern neben gemeinnützigen Trägern auch privat-gewerbliche Träger tätig, woraus sich nach einer verbreiteten Auffassung die Unternehmenseigenschaft für alle Akteure ergibt.²⁴ In jedem Fall sind freie Träger aber dann von dem Begriff des Unternehmens erfasst, wenn der Betrieb von Kindertageseinrichtungen bzw. die Erbringung von Förderleistungen nach § 24 SGB VIII marktförmig organisiert ist (hierzu sogleich) und sie auf dem betreffenden Markt auftreten.

c) Der Begriff des Vertrags ist funktional zu verstehen und verlangt im Kern das Einvernehmen zweier rechtsfähiger Personen.²⁵ Ausgenommen sind damit Rechtsverhältnisse, die durch einseitige Hoheitsakte zustande kommen.²⁶ Insbesondere kann die Beleihung durch Verwaltungsakt nicht als Vertrag i.S.v. §§ 103, 105 GWB angesehen werden, solange damit nicht die Umgehung der vergaberechtlichen Vorgaben bezweckt wird.²⁷ Ferner fallen auch Rechtsbeziehungen, die allein auf gesetzlichen Bestimmungen oder Verordnungen beruhen, nicht unter den Begriff des Vertrages.²⁸ Unerheblich ist es im Rahmen von §§ 103, 105 GWB demgegenüber, ob ein Vertrag als privat-rechtlich oder öffentlich-rechtlich zu qualifizieren ist.²⁹

Im Hinblick auf den Betrieb von Kindertageseinrichtungen lassen sich die in der Praxis anzutreffenden Verträge, die durch Einvernehmen zustande kommen, grob in zwei Gruppen unterteilen.

Zum einen finden sich Verträge, die sich am Modell der §§ 78b ff. SGB VIII orientieren, weil die landesgesetzlichen Regelungen auf diese Vorschriften verweisen³⁰ oder ihnen zumindest nachempfunden sind.³¹ Sie setzen sich – bei zum Teil abweichender Terminologie – aus Leistungs-, Entgelt- und Qualitätsentwicklungsvereinbarungen zusammen und legen u.a. die wesentlichen Leistungsmerkmale, insbesondere Art, Ziel und Qualität des Leistungsangebots, den in der Einrichtung zu betreuenden Personenkreis, die erforderliche sächliche und personelle Ausstat-

dass sämtliche Sozialleistungsträger öffentliche Auftraggeber i.S.v. § 99 GWB sind, vgl. Schweigler, in: JAMt 2019, 290–294 (291); Höfer/Nolte, in: NZS 2015, 441–447 (442).

23 EuGH, Urteil vom 13. Juli 2013, Piepenbrock, C-386/11, ECLI:EU:C:2013:385, Rdnr. 29.

24 Münder/von Boetticher, in: Köbl/Brünner (Hrsg.), Abschied von der Objektförderung, S. 40.

25 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. Oktober 2019 – Verg 43/18 –, juris Rdnr. 80.

26 Zeiss, in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl., § 103 (Stand: 1. Oktober 2016), Rdnr. 27 ff.

27 BGH, Beschluss vom 1. Dezember 2008 – X ZB 31/08 –, BGHZ 179, 84–94, juris Rdnr. 17; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. Oktober 2019 – Verg 43/18 –, juris Rdnr. 80.

28 Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2021, § 103 Rdnr. 11.

29 EuGH, Urteil vom 12. Juli 2001, Ordine degli Architetti u.a., C-399/98, ECLI:EU:C:2001:401, Rdnr. 73.

30 So § 24 Abs. 1 Satz 2 KiföG M-V; § 11a Abs. 1 KiföG SA.

31 Vgl. §§ 7, 15–21 KibEG Hamburg.

tung, die Qualifikation des Personals sowie die betriebsnotwendigen Anlagen der Einrichtung sowie die Höhe von Entgelten fest. Beispielhaft sei dazu verwiesen auf das Mecklenburg-Vorpommerische Kindertagesförderungsgesetz (KiföG M-V). Im Hinblick auf die Finanzierung der Kindertagesförderung finden hiernach im Wesentlichen die Vorschriften §§ 78b bis 78e SGB VIII entsprechende Anwendung, vgl. § 24 Abs. 1 Satz 2 KiföG MV.

Daneben finden sich in der Praxis sog. Betreiberverträge oder Betriebsführungsverträge, die gesetzlich in den Landesgesetzen überwiegend nicht näher geregelt sind und deren Inhalt stark von den Besonderheiten des jeweiligen Finanzierungssystems abhängt. Sie kommen z.B. – aber nicht nur – dort zum Einsatz, wo die Finanzierung der Einrichtungen über die Gewährung von Zuwendungen oder sonstigen Fördermitteln erfolgt.³² Solche Zuwendungs- bzw. Förderverträge können beispielsweise Regelungen darüber enthalten, dass bei der Erhebung von Elternbeiträgen die gemeindliche Elternbeitragssatzung anzuwenden ist.³³ Außerdem wird darin bisweilen das Leistungsangebot des Einrichtungsträgers beschrieben und die Fördersumme ausgewiesen.

8. Ein Vertrag zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Unternehmen über den Betrieb einer Kindertageseinrichtung kann nur dann als öffentlicher Dienstleistungsauftrag oder als Dienstleistungskonzession eingestuft werden, wenn er das Tatbestandsmerkmal der „Entgeltlichkeit“ erfüllt, vgl. §§ 103 Abs. 1, 105 Abs. 1 GWB (a). Darüber hinaus muss der öffentliche Auftraggeber mit dem Vertragsschluss eine Auswahlentscheidung zwischen verschiedenen Unternehmen vornehmen (b).

a) Laut dem EuGH bezeichnet das Wort „entgeltlich“ nach der gewöhnlichen rechtlichen Bedeutung einen Vertrag, mit dem sich jede Partei verpflichtet, eine Leistung im Gegenzug für eine andere zu erbringen.³⁴ Dies setzt zunächst voraus, dass durch den Vertrag überhaupt Leistungspflichten für beide Parteien begründet werden, die in einer synallagmatischen Beziehung zueinander stehen.³⁵ Darüber hinaus verlangt der EuGH – was im vorliegenden Zusammenhang von besonderer Bedeutung ist –, dass die Erfüllung der Leistungspflichten eingeklagt werden kann.³⁶ Die Höhe des „Entgelts“, die ein Auftragnehmer im Gegenzug für eine Leistung erhält, ist für den Begriff der Entgeltlichkeit hingegen nicht maßgeblich. So ist es nach dem EuGH unschädlich, wenn die vorgesehene Vergütung auf den teilweisen Ersatz der Kosten beschränkt ist, die durch die Erbringung der vereinbarten Dienstleistung entstehen.³⁷ Nur für den Fall, dass der Vertrag überhaupt keine durch den öffentlichen Auftraggeber zu erbringende Vergütung bzw. geld-

32 Zur Abgrenzung von Zuwendungen und sonstigen Förderungen, vgl. Luthé/Palsherm, in: Luthé/Palsherm, Fürsorgerecht: Grundsicherung und Sozialhilfe, 3. Aufl. 2013, D. Grundzüge der Finanzierung von Leistungserbringern, Rdnr. 723.

33 Vgl. hierzu etwa OVG Lüneburg, Urteil vom 30. Mai 2018 – 9 KN 125/17 –, juris Rdnr. 6.

34 EuGH, Urteil vom 18. Oktober 2018, IBA Molecular, C-606/17, ECLI:EU:C:2018:843 = BeckRS 2018, 25245, Rdnr. 28; EuGH, Urteil vom 25. März 2010, Helmut Müller, C 451/08, ECLI:EU:C:2010:168 Rdnr. 60; zuvor bereits BGH, Beschluss vom 1. Februar 2005 – X ZB 27/04, BGHZ 162, 116.

35 EuGH, Urteil vom 10. September 2020, Tax-Fin-Lex, C367/19, ECLI:EU:C:2020:685. Rdnr. 25.

36 EuGH, Urteil vom 25. März 2010, Helmut Müller, C 451/08, ECLI:EU:C:2010:168, Rdnr. 62; EuGH, Urteil vom 10. September 2020, Tax-Fin-Lex, C367/19, ECLI:EU:C:2020:685 Rdnr. 26.

37 EuGH, Urteil vom 18. Oktober 2018, IBA Molecular, C-606/17, ECLI:EU:C:2018:843 = BeckRS 2018, 25245, Rdnr. 29 m.w.N.

werte Gegenleistung vorsieht, kann nicht mehr von Entgeltlichkeit gesprochen werden.³⁸

b) Der Begriff des öffentlichen Dienstleistungsauftrags bzw. der Dienstleistungskonzession setzt zusätzlich voraus, dass der Vertrag mit Ausschließlichkeit vergeben wird. Hierfür spricht aus der Sicht des EuGH, dass das europäische Vergaberecht insbesondere darauf abzielt, die Gefahr einer Bevorzugung einheimischer Bieter oder Bewerber bei der Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber auszuschließen. Diese Gefahr ist nach dem Gerichtshof dann zu vernachlässigen, wenn der öffentliche Auftraggeber bereit ist, Verträge mit allen Wirtschaftsteilnehmern einzugehen, die Leistungen unter vorgegebenen Bedingungen anbieten wollen.³⁹ Der Unionsgesetzgeber hat diese Rechtsprechung, die ursprünglich zum älteren Vergaberecht ergangen ist, ausweislich der Erwägungsgründe zu den Richtlinien 2014/23/EU und 2014/24/EU für zutreffend erachtet und bestätigt.⁴⁰ So wird in Erwägungsgrund 114 der Vergaberichtlinie als eine Organisationsform von Sozialleistungen, die nicht mit der Vergabe von öffentlichen Aufträgen verbunden ist, auf die Möglichkeit abgestellt, Lizenzen oder Genehmigungen – ohne Beschränkungen oder Festsetzung von Quoten – für alle Wirtschaftsteilnehmer zu erteilen, die die vom öffentlichen Auftraggeber vorab festgelegten Bedingungen erfüllen. Noch deutlicher wird Erwägungsgrund 13 der Konzessionsrichtlinie. Darin heißt es, Regelungen, nach denen ohne gezielte Auswahl alle Wirtschaftsteilnehmer, die bestimmte Voraussetzungen erfüllten, berechtigt seien, eine bestimmte Aufgabe wahrzunehmen, sollten nicht als Konzessionen gelten, was auch für Regelungen gelte, die auf einer rechtsgültigen Vereinbarung zwischen der Behörde und den Wirtschaftsteilnehmern beruhten. Derartige Systeme beruhten typischerweise auf der Entscheidung einer Behörde, mit der transparente und nicht-diskriminierende Voraussetzungen für den kontinuierlichen Zugang von Wirtschaftsteilnehmern zur Erbringung bestimmter Dienstleistungen, wie sozialer Dienstleistungen, festgelegt würden, wobei den Kunden die Wahl zwischen den Anbietern freistehe.

9. Unter Berücksichtigung dieser beiden Voraussetzungen greifen die vergaberechtlichen Verfahrenspflichten zum einen dann nicht, wenn im Rahmen des landesrechtlichen Systems zur Finanzierung von Kindertageseinrichtungen lediglich Zuwendungs- oder sonstige Förderverträge abgeschlossen werden, die keine einklagbaren Verpflichtungen zum Betrieb der Einrichtung enthalten (a). Zum anderen sind die vergaberechtlichen Vorgaben auch dann zu vernachlässigen, wenn die landesrechtlichen Finanzierungsregelungen auf die §§ 78b ff. SGB VIII verweisen oder diesen Vorschriften nachempfunden sind, weil es in diesem Fall an der erforderlichen Ausschließlichkeit fehlt (b). Damit ist das Vergaberecht nur dort von Relevanz, wo das Landesrecht ausnahmsweise – wie in Thüringen – den Abschluss von entgeltlichen und exklusiven Austauschverträgen vorsieht oder gestattet (c).

38 EuGH, Urteil vom 10. September 2020, *Tax-Fin-Lex*, C-367/19, ECLI:EU:C:2020:685 Rdnr. 27 f.

39 EuGH, Urteil vom 2. Juni 2016, *Dr. Falk Pharma*, C-410/14, ECLI:EU:C:2016:399, Rdnr. 35 ff.; EuGH, Urteil vom 1. März 2018, *Trikkonen*, C-9/17, ECLI:EU:C:2018:142, Rdnr. 26 ff.

40 Vgl. EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022, *ASADE*, C-436/20, ECLI:EU:C:2022:559, Rdnr. 68.

a) Nach ganz herrschender Auffassung erfüllen reine Zuwendungsverträge das Merkmal der Entgeltlichkeit, wie es vom EuGH verstanden wird, nicht.⁴¹ Zwar werden auf der Grundlage solcher Verträge staatliche Mittel für einen bestimmten Zweck gewährt. Den Empfänger trifft jedoch keine einklagbare Verpflichtung, den mit den Mitteln bezweckten Erfolg tatsächlich zu verwirklichen. Vielmehr hat der Zuwendungsgeber bei einer nicht zweckentsprechenden Verwendung der Mittel lediglich die Möglichkeit, die Mittel vom Zuwendungsempfänger zurückzufordern.⁴² Für die Annahme eines entgeltlichen Vertrages reicht die darauf gestützte Prognose, dass der Empfänger den angestrebten Erfolg wahrscheinlich verwirklichen wird, nicht aus, wie es das Oberlandesgericht Düsseldorf mit Blick auf Zuwendungen entschieden hat, die für die soziale Betreuung von Flüchtlingen gewährt worden waren.⁴³ Das Gericht wies zur Begründung seiner Entscheidung insbesondere auf den 4. Erwägungsgrund der RL 2014/24/EU hin, wonach „die Vorschriften für die öffentliche Auftragsvergabe [...] in der Regel nicht [gelten] für die bloße Finanzierung, insbesondere durch Finanzhilfen, von Tätigkeiten, die häufig mit der Verpflichtung verbunden ist, erhaltene Beträge bei nicht bestimmungsgemäßer Verwendung zurückzuzahlen.“⁴⁴

Auch für den Rechtskreis der Kinder- und Jugendhilfe wird überwiegend davon ausgegangen, dass Zuwendungsverträge, die auf der Grundlage von § 74 SGB VIII geschlossen werden, keiner Vergabepflicht unterliegen.⁴⁵ Dasselbe muss für Verträge über den Betrieb von Kindertageseinrichtungen gelten, die auf der Grundlage des landesrechtlichen Finanzierungsrechts lediglich die Gewährung von Zuwendungen oder von sonstigen Fördermitteln regeln, ohne dass den Einrichtungsträgern eine einklagbare Erfüllungsverpflichtung zum Betrieb der Kindertageseinrichtung bzw. zur Bereitstellung und Erbringung von Betreuungsleistungen auferlegt wird.

Beispielhaft lässt sich dies am Hessischen Kinder- und Jugendhilfegesetzbuch (HKJGB) aufzeigen. Der Betrieb von Tageseinrichtungen wird danach im Wesentlichen durch Teilnahme- und Kostenbeiträge (§ 31 HKJGB), durch gesetzlich vorgesehene jährliche Zuwendungen aus Landesmitteln (§ 32 HKJGB) sowie durch Fördermittel der Standortgemeinden finanziert (§ 30 Abs. 3 HKJGB). Letztere werden entsprechend § 74 Abs. 1 bis Abs. 5 SGB VIII gewährt und setzen damit grundsätz-

41 Siehe nur Müller/Richter/Ziekow, in: Müller/Richter/Ziekow, *Handbuch Zuwendungsrecht*, 1. Aufl. 2017, E. Rdnr. 56; Hüttinger, in: Burgi/Dreher/Opitz, *Beck'scher Vergaberechtskommentar*, Bd. 1, 4. Aufl. 2022, § 103 Abs. 1 Rdnr. 73; Stoye, in: Goede/Stoye/Stolz, *Handbuch des Vergaberechts*, 2. Aufl. 2021, Kap. 3, Rdnr. 7; kritisch Fandrey, in: NZBau 2019, 362–364 (363).

42 Müller/Richter/Ziekow, in: Müller/Richter/Ziekow, *Handbuch Zuwendungsrecht*, 1. Aufl. 2017, E. Rdnr. 56.

43 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Juli 2018 – VII-Verg 1/18 –, juris Rdnr. 39, dem OLG Düsseldorf sind gefolgt: BAG, Urteil vom 20. November 2018 – 9 AZR 328/18 –, juris Rdnr. 20; Thüringer Oberlandesgericht, Beschluss vom 9. April 2021 – Verg 2/20 –, juris Rdnr. 23; VG München, Beschluss vom 28. Oktober 2021 – M 18 E 21.2712 –, BeckRS 2021, 40090 Rdnr. 68; VK bei der Bezirksregierung Münster, Beschluss vom 2. Juli 2019 – VK 1 – 17/19 –, juris Rdnr. 87 f.; VK Rheinland Düsseldorf, Beschluss vom 29. April 2020 – VK 4/20 – L –, juris Rdnr. 63 f.; VK Rheinland Düsseldorf, Beschluss vom 28. Juni 2022 – VK 39/21 – L –, juris Rdnr. 45 f.; speziell für die Förderung von Kindertageseinrichtungen Koriath/Müller, NVwZ 2019, 1065–1070 (1067).

44 Für Konzessionen ebenso EG (12) der RL 2024/23/EU.

45 Vgl. AGJ, *Vergaberecht in der Kinder und Jugendhilfe*, AGJ Experten Workshop am 18. April 2016, im Internet unter: https://www.agj.de/fileadmin/files/international/iagj/160418_AGJ-Workshop-Vergaberecht_Ergebniszusammenfassung.pdf (zuletzt abgerufen am 30. Oktober 2024), S. 2 f.; Wiesner, in: Wapler/Wiesner, 6. Aufl. 2022, SGB VIII § 74 Rdnr. 54; Hermann/Grimm, in: LKV 2019, 433–439 (437); DiJuF-Rechtsgutachten vom 13. Februar 2018 – SN_2017_1193 Bm/Bn, JAmT 2018, 502–505 (502); Meysen/Reiß/Beckmann/Schindler, in: *Sozialrecht aktuell* 2015, 56–63 (59); in diese Richtung bereits Wabnitz NDV 2003, 141–146 (146); kritisch allerdings Rixen, in: Burgi/Dreher/Opitz/Rixen, *Beck'scher Vergaberechtskommentar*, Bd. 1, 4. Aufl. 2022, § 130 Rdnr. 29.

lich die Erbringung einer angemessenen Eigenleistung voraus, vgl. § 74 Abs. 1 Nr. 4 SGB VIII. Schließt die Standortgemeinde mit dem Träger der Einrichtung auf der Grundlage dieser Bestimmung einen Betreibervertrag ab, in dem u.a. die Höhe der Förderung sowie die Höhe der Eigenleistung bestimmt werden, dem Einrichtungsträger aber keine einklagbare Verpflichtung zum Betrieb der Tageseinrichtung auferlegt wird, handelt es sich hierbei nicht um einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag oder eine Dienstleistungskonzession im Sinne des Vergaberechts.⁴⁶

b) Im Hinblick auf landesrechtliche Finanzierungssysteme, die sich an den §§ 78b ff. SGB VIII orientieren oder ihnen nachempfunden sind, erscheint es demgegenüber zwar nicht unvertretbar, dass die damit verbundenen Verträge durch eine entgeltliche Struktur gekennzeichnet sind (hierzu aa). Für das Vorliegen eines Dienstleistungsauftrags oder einer Dienstleistungskonzession fehlt es insoweit jedoch regelmäßig jedenfalls an einer Auswahlentscheidung des öffentlichen Auftraggebers (hierzu bb).

aa) Anders als bei Zuwendungs- oder sonstigen Fördervereinbarungen kann der entgeltliche Charakter von Verträgen, die im Rahmen eines an den §§ 78b ff. SGB VIII orientierten Systems abgeschlossen werden, nicht ohne Weiteres verneint werden.⁴⁷

Hiergegen wird zwar insbesondere vorgebracht, dass sich der gegen den Leistungsträger gerichtete Vergütungsanspruch des Leistungserbringers nicht unmittelbar aus einem solchen Vertrag ergibt. Vielmehr schuldet der Leistungsträger dem Leistungserbringer die Vergütung aufgrund eines Beitritts zur zivilrechtlichen Schuld des Leistungsberechtigten, der im Rahmen der Leistungsbewilligung erfolgt. Die Leistungs-, Entgelt- und Qualitätsentwicklungsvereinbarung ist damit nicht der Rechtsgrund des Vergütungsanspruchs, sondern bildet lediglich eine Tatbestandsvoraussetzung für den auf Kostenübernahme gerichteten Sachleistungsverschaffungsanspruch des Leistungsberechtigten.⁴⁸ Vor diesem Hintergrund wird angenommen, dass es an der nach §§ 97, 103, 105 GWB erforderlichen synallagmatischen Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung im Vertrag fehlt.⁴⁹

Allerdings ist fraglich, ob nicht insoweit eine an Sinn und Zweck des EU-Vergaberechts orientierte „funktionale Betrachtungsweise“ angezeigt ist.⁵⁰ Hiernach könnte allein der Umstand maßgeblich sein, dass sich die Verpflichtung des Leistungserbringers, eine Einrichtung zu betreiben (vgl. hierzu § 78c Abs. 1 Satz 2 SGB VIII), und die Vergütungsverpflichtung des Leistungsträgers im Ergebnis in wechselseitiger Abhängigkeit gegenüberstehen und wirtschaftlich als Leistung und Gegenleistung verstanden werden können. Darüber hinaus ließe sich argu-

⁴⁶ So im Ergebnis auch VG Darmstadt, Beschluss vom 13. Oktober 2023 – 7 L 1857/23.DA –, juris Rdnr. 49.

⁴⁷ Auch das Bundessozialgericht geht davon aus, dass die Leistungserbringung im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis nicht generell vergabefrei ist, vgl. BSG, Urteil vom 17. Mai 2023, B 8 SO 12/22 R –, juris Rdnr. 17.

⁴⁸ Vgl. allgemein zu den Begrifflichkeiten im Dreiecksverhältnis BSG, Urteil vom 28. Oktober 2008, B 8 SO 22/07 R – juris Rdnr. 15 ff.; Gottlieb/Kepert/Dexheimer, in: Kunkel/Kepert/Pattar, 8. Aufl. 2022, SGB VIII § 78a Rdnr. 10.

⁴⁹ VG Münster, Beschluss vom 22. Juni 2004, 5 L 756/04 –, juris Rdnr. 40; Schindler, in: Münder/Meysen/Trenczek, Frankfurter Kommentar SGB VIII, 9. Aufl. 2022, § 77 Rdnr. 14; Ganske, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht Kommentar, 4. Aufl. 2018, § 103 Rdnr. 215; dagegen offenbar OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. Mai 2015 – VII-Verg 38/14.

⁵⁰ Vgl. VK Bund, 18. März 2024 – VK 2-19/24 –, juris Rdnr. 78; Hagenbruch, Das Verhältnis von Beihilfen und Vergaberecht, 1. Aufl. 2020, S. 114.

mentieren, dass in der Möglichkeit des Leistungserbringers, mit den Leistungsberechtigten Verträge abzuschließen, die im Rahmen der Leistungsbewilligung berücksichtigungsfähig sind, die Einräumung eines „Rechts zur Verwertung der Dienstleistungen“ und damit eine für eine Dienstleistungskonzession hinreichende Gegenleistung zu sehen ist.⁵¹

bb) Diese Problematik muss hier jedoch keiner Lösung zugeführt werden. Denn bei Vertragssystemen des sozialrechtlichen Leistungserbringungsrechts fehlt es regelmäßig zumindest an der für einen Dienstleistungsauftrag bzw. für eine Dienstleistungskonzession erforderlichen Ausschließlichkeit (hierzu aaa). Dabei ergeben sich für das Kinder- und Jugendhilferecht keine Besonderheiten (hierzu bbb).

aaa) Die Literatur geht bereits seit längerer Zeit ganz überwiegend davon aus, dass es bei Vertragssystemen des sozialrechtlichen Leistungserbringungsrechts, durch die alle Leistungsanbieter, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen, zur Erbringung von Leistungen im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis zugelassen werden, regelmäßig an der erforderlichen Ausschließlichkeit fehlt.⁵² Dem hat sich auch die Bundesregierung in ihrer Gesetzesbegründung zum Vergaberechtsmodernisierungsgesetz, das der Umsetzung der EU-Richtlinien aus 2014 diene, angeschlossen.⁵³ Zwar ist an dieser Auffassung vereinzelt auch Kritik geäußert worden. So argumentiert Luthé, dass im sozialrechtlichen Leistungserbringungsrecht kein einfaches Zulassungssystem zu sehen sei, da Verträge individuell ausgehandelt würden und somit die Gefahr einer Benachteiligung ausländischer Anbieter bestehe.⁵⁴ Mittlerweile hat aber auch das Bundessozialgericht in einem Urteil aus dem Jahr 2023 dargelegt, dass die Leistungserbringung im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis (zwar nicht generell aber) jedenfalls dann vergabefrei ist, wenn der Leistungsträger nach der gesetzlichen Konzeption keine Auswahlentscheidung nach einem Kriterium trifft, das dazu dient, die zulässigen Angebote vergleichen und ordnen zu können.⁵⁵ In der Zulassung von Dienstleistungserbringern im eingliederungshilferechtlichen Dreiecksverhältnis sah das Bundessozialgericht keine solche Auswahlentscheidung, da Grundlage für die Vereinbarungen lediglich die Kriterien der Leistungsfähigkeit, Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit seien und andere Kriterien, insbesondere Bedarfsgesichtspunkte, bei der Entscheidung über den Abschluss der vorgesehenen Vereinbarungen keine Rolle spielen dürften.⁵⁶ Unter Berücksichtigung des gesetzlich verankerten Wunsch- und Wahlrechts der Leistungsberechtigten hinsichtlich der Auswahl eines Leistungserbringers schlussfolgerte das Bundessozialgericht sodann, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens nicht nur nicht vorgegeben, sondern sogar unzulässig sei.⁵⁷

bbb) Diese Annahmen gilt es auf das Leistungserbringungsrecht der Kinder- und Jugendhilfe zu übertragen. Denn die §§ 78b ff. SGB VIII entsprechen im Wesentlichen den Regelungen zum eingliederungshilferechtlichen Dreiecksverhältnis. Sie sehen keine Auswahlentscheidung zwischen verschiedenen Leistungserbringern

51 Ganske, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht Kommentar, 4. Aufl. 2018, § 103 Rdnr. 215.

52 Luthé, in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 6. Aufl. 2022, § 130 (Stand: 27. März 2023) Rdnr. 35.

53 BT-Drucks. 18/6281, S. 73.

54 Luthé, in: SGB 2018, 206–2012 (208).

55 Vgl. BSG, Urteil vom 17. Mai 2023, B 8 SO 12/22 R, juris Rdnr. 17.

56 Ebda. Rdnr. 18.

57 Ebda. Rdnr. 20 ff.

vor, sondern legen lediglich Voraussetzungen für die Zulassung zur Leistungserbringung im kinder- und jugendhilferechtlichen Dreiecksverhältnis fest.⁵⁸ Eine Angebotssteuerung durch Bedarfsprüfung ist dabei grundsätzlich unzulässig.⁵⁹ Dies hat zur Folge, dass Leistungs-, Entgelt- und Qualitätsentwicklungsvereinbarungen über die Erbringung von Förderleistungen nach § 24 SGB VIII keiner Vergabepflicht unterliegen, wenn die landesrechtlichen Finanzierungsregelungen auf die §§ 78b ff. SGB VIII verweisen oder diesen Vorschriften nachempfunden sind.⁶⁰

Etwas anders gilt insbesondere auch dann nicht, wenn die öffentlichen Träger der Jugendhilfe oder andere öffentliche Auftraggeber nach der gesetzlichen Konzeption den Leistungserbringern nicht nur Entgelte gewähren, sondern diese daneben – unter der Berücksichtigung von Bedarfs Gesichtspunkten – auch mit öffentlichen Fördermitteln subventionieren.

Ein Beispiel für ein solches gemischtes Finanzierungssystem findet sich im Sachsen-Anhaltinischen Kinderförderungsgesetz (KiFöG LSA).⁶¹ Nach § 11a Abs. 1 KiFöG LSA schließen die örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe mit den Trägern von Tageseinrichtungen zwar Vereinbarungen über den Betrieb der Tageseinrichtungen nach den §§ 78b bis 78e SGB VIII ab. Allerdings erfolgt die Finanzierung der Leistungsangebote in der Regel nicht ausschließlich dadurch, dass die Entgelte im jugendhilferechtlichen Dreieck übernommen werden. Vielmehr leitet der örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe an die Träger von Tageseinrichtungen auch im Gesetz festgelegte Landeszuweisungen weiter und gewährt darüber hinaus weitere Zuweisungen für jedes betreute Kind aus eigenen Mitteln, vgl. § 12a Abs. 1 KiFöG LSA. Dabei ist nach § 12a Abs. 5 KiFöG LSA eine Voraussetzung für die Weiterleitung der Zuweisungen, dass die Träger der Tageseinrichtung in die Bedarfsplanung des örtlichen Trägers der öffentlichen Jugendhilfe aufgenommen sind.

Es ließe sich zwar argumentieren, dass im Rahmen eines derartigen dualen Finanzierungssystems eine mittelbare Auswahl zwischen verschiedenen Leistungserbringern nach Bedarfs Gesichtspunkten erfolgt und nicht alle Leistungserbringer gleichberechtigt die Möglichkeit erhalten, ihre Leistungen den Leistungsberechtigten anzubieten.⁶² Dem ist jedoch zum einen entgegenzuhalten, dass gemäß § 11a Abs. 1 Satz 1 KiFöG LSA i.V.m. § 78c Abs. 2 Satz 3 SGB VIII Förderungen aus öffentlichen Mitteln auf die Vergütung anzurechnen sind und damit tatsächlich keinen wettbewerbsverzerrenden Charakter haben.⁶³ Außerdem bilden Fördermittel nur in Ausnahmefällen Bestandteil eines entgeltlichen Vertrages.⁶⁴ Eine etwaige wettbewerbsverzerrende Wirkung wäre daher am Maßstab des europäischen Beihilferechts zu messen.⁶⁵

58 Vgl. Ganske, in: Reidt/Stickler/Glahs, *Vergaberecht Kommentar*, 4. Aufl. 2018, § 103 Rdnr. 220; Rixen, in: *Beschaffungen von Sozialleistungen durch Vergabe*, 2011, SDSRV 60, S. 69–83 (76); vgl. außerdem Bieback, in: ZESAR 2019, 263–271 (267); Luthe, in: Heiermann/Zeiss/Summa, *jurisPK-Vergaberecht*, 6. Aufl. 2022, § 130 (Stand: 27. März 2023) Rdnr. 35.

59 Schön, in: Wiesner/Wapler, *SGB VIII*, 6. Aufl. 2022, § 78b, Rdnr. 24.

60 So bereits Rixen, in: *Beschaffungen von Sozialleistungen durch Vergabe*, 2011, SDSRV 60, 69–83 (72).

61 Hierzu ausführlich Busch, *SGB 2019*, 332–339 (333 ff.).

62 Vgl. hierzu Cremer/Goldschmidt/Höfer, *Soziale Dienstleistungen*, 1. Aufl. 2013, S. 127; Münder/von Boetticher, in: Köbl/Brünner (Hrsg.) *Abschied von der Objektförderung*, S. 45.

63 Vgl. Banafsche, in: Hauck/Noftz, *SGB VIII*, 1. Ergänzungslieferung 2024, § 78c SGB VIII, Rdnr. 25.

64 Vgl. zu einer solchen Konstellation EuGH, Urteil vom 21. Dezember 2016, Remondis GmbH & Co. KG Region Nord, C-51/15, ECLI:EU:C:2016:985, Rdnr. 37.

65 In diese Richtung offenbar auch Münder/von Boetticher, in: Köbl/Brünner (Hrsg.), *Abschied von der Objektförderung*, S. 40 ff.

c) Da der Großteil der landesrechtlichen Finanzierungssysteme einer der beiden bis hierher beschriebenen Varianten unterfällt,⁶⁶ kommt es auf das Vergaberecht im Rahmen der Finanzierung von Kindertageeinrichtungen regelmäßig nicht weiter an. Die Pflicht zur Durchführung eines Vergabeverfahrens kann allerdings dann bestehen, wenn das Landesrecht (ausnahmsweise) den Abschluss von exklusiven Austauschverträgen vorsieht oder gestattet.

Das Thüringer Kindergartengesetz stellt hierfür ein Beispiel dar, wobei eine vergleichbare Konstellation – vorbehaltlich einer näheren Prüfung – etwa in Sachsen besteht. Denn das ThürKigaG statuiert weder ein einfaches, den §§ 78b ff. SGB VIII entsprechendes Zulassungssystem, noch gibt es, zumindest für die Betriebskosten,⁶⁷ eine Kostendeckung mittels Zuwendungen oder sonstigen Fördermitteln vor. Vielmehr regelt § 3 Abs. 1 Satz 1 ThürKigaG, dass die Wohnsitzgemeinden, die nach § 3 Abs. 2 Satz 1 ThürKigaG grundsätzlich dazu verpflichtet sind, die erforderlichen Plätze in Kindertageeinrichtungen bereitzustellen, diese Aufgabe vertraglich auf anerkannte Träger der freien Jugendhilfe und weitere potenzielle Leistungsanbieter übertragen können. In den betreffenden Verträgen sind nach § 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 ThürKigaG u.a. der Umfang der bereitzustellenden Plätze und deren Finanzierung im Wege eines Betriebskostenausgleichs zu regeln. Bereits aus der weniger eindeutigen Vorgängervorschrift hat die Rechtsprechung abgeleitet, dass den Einrichtungsträgern im Rahmen dieser auch im neuen Recht beibehaltenen⁶⁸ Grundkonzeption eine vertragliche Verpflichtung zur Bereitstellung der Plätze aufzuerlegen ist, sodass die Verträge die rechtliche Grundlage für wechselseitige Ansprüche der Beteiligten schaffen.⁶⁹ Diese Lesart hat das Thüringer Oberlandesgericht für § 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 ThürKigaG übernommen und konnte – unter Berücksichtigung dieser Besonderheit – davon ausgehen, dass der vorgesehene Betriebskostenausgleich keinen bloßen Zuschuss darstellte und somit ein exklusiver und entgeltlicher Austauschvertrag vorlag.⁷⁰

⁶⁶ Münder, in: RdJB 2014, 87–99 (89).

⁶⁷ Eine ergänzende Förderung hinsichtlich der Investitionskosten ist allerdings auf der Grundlage des § 74 SGB VIII möglich, vgl. Thüringer Oberverwaltungsgericht, Urteil vom 27. September 2023, 4 KO 101/18, juris Rdnr. 78.

⁶⁸ Vgl. Thüringer Oberverwaltungsgericht, Urteil vom 27. September 2023, 4 KO 101/18, juris Rdnr. 68.

⁶⁹ So ausdrücklich Thüringer Oberverwaltungsgericht, Urteil vom 10. Juli 2015 – 3 KO 565/13 –, juris Rdnr. 95.

⁷⁰ Thüringer Oberverwaltungsgericht, Urteil vom 9. April 2021 – Verg 2/20, juris Rdnr. 23.

Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V. – seit über 140 Jahren das Forum des Sozialen

Der Deutsche Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V. ist das gemeinsame Forum von Kommunen und Wohlfahrtsorganisationen sowie ihrer Einrichtungen, der Bundesländer, der privatgewerblichen Anbieter sozialer Dienste und von den Vertretern der Wissenschaft für alle Bereiche der Sozialen Arbeit, der Sozialpolitik und des Sozialrechts. Er begleitet und gestaltet durch seine Expertise und Erfahrung die Entwicklungen u.a. der Kinder-, Jugend- und Familienpolitik, der Sozial- und Altenhilfe, der Grundsicherungssysteme, der Pflege und Rehabilitation sowie der Migration und Integration.

Hauptgutachter im Deutschen Verein:

Hans Hosten

Tel. 030 62980 211

E-Mail hosten@deutscher-verein.de

Impressum

Herausgeber:

Deutscher Verein für öffentliche und
private Fürsorge e.V.

Dr. Verena Staats, Vorständin

Michaelkirchstr. 17/18

10179 Berlin

www.deutscher-verein.de

E-Mail info@deutscher-verein.de

Gefördert vom:



Bundesministerium
für Familie, Senioren, Frauen
und Jugend