


Gericht:	OVG Lüneburg 10. Senat
Entscheidungsdatum:	29.10.2018
Aktenzeichen:	10 ME 363/18
ECLI:	ECLI:DE:OVGNI:2018:1029.10ME363.18.00
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	
Normen:	Art 3 Abs 1 GG, § 24 SGB 8, § 74a SGB 8, § 74 SGB 8, § 40 VwGO
Zitiervorschlag:	OVG Lüneburg, Beschluss vom 29. Oktober 2018 - 10 ME 363/18 -, juris

Vergaberechtliche Auswahlentscheidung betreffend Bau und Betrieb einer Kindertagesstätte

Leitsatz

1. Für eine Streitigkeit um die Vergabe einer Konzession für den Bau und Betrieb einer Kindertagesstätte im so genannten Unterschwellenbereich ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.(Rn.5)

2. Bei unterschwelligen Ausschreibungen im Vergaberecht ist der Primärrechtsschutz nicht ausgeschlossen, wenn der erfolglose Bieter rechtzeitig von der Vergabe erfährt. Grenze des Primärrechtsschutzes ist allerdings der wirksam erteilte Zuschlag. Insofern kommt es auf die Umstände des Einzelfalles an.
(Rn.16)

3. Auch bei unterschwelligen Konzessionsvergaben im Kindertageseinrichtungsrecht beschränkt sich das Recht des Mitbewerbers auf den Anspruch auf Gleichbehandlung aus Art. 3 Abs. 1 GG.(Rn.21)

Orientierungssatz

Zu Leitsatz 3 vergleiche: BVerfG, Beschluss vom 13. Juni 2006 - 1 BvR 1160/03 -(Rn.21)

Verfahrensgang

vorgehend VG Braunschweig, 6. September 2018, 3 B 339/18, Beschluss
Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung

Vergleiche BVerfG 1. Senat, 13. Juni 2006, 1 BvR 1160/03

Tenor

Die Beschwerde der Antragsteller gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Braunschweig - 3. Kammer - vom 6. September 2018 wird zurückgewiesen.

Die außergerichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens, mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen, die dieser selbst trägt, tragen die Antragsteller gesamtschuldnerisch. Gerichtskosten werden nicht erhoben.

Gründe

- 1 Die Beschwerde der Antragsteller gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Braunschweig vom 6. September 2018 hat keinen Erfolg.
- 2 Die zulässige Beschwerde ist unbegründet. Das Verwaltungsgericht hat den Antrag der Antragsteller, der Antragsgegnerin „vorläufig bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache zu untersagen, mit dem Beigeladenen einen Vertrag über den Betrieb/und oder die Finanzierung der Kindertagesstätte A. in B. sowie über die Überlassung des für den Betrieb vorgesehenen Grundstücks A. zu schließen“, zu Recht abgelehnt. Die von den Antragstellern dargelegten Beschwerdegründe, auf deren Prüfung der Senat nach § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO beschränkt ist, greifen nur teilweise durch. Zwar ist, was in dem angegriffenen Beschluss offengelassen worden ist, für das von den Antragstellern angestrebte Eilverfahren der Verwaltungsrechtsweg gemäß § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO zulässig. Auch ist entgegen der Auffassung der 1. Instanz die Gewährung von Eilrechtsschutz noch nicht ausgeschlossen. Die begehrte einstweilige Anordnung erscheint jedoch nicht im Sinne von § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder aus sonstigen Gründen nötig. Im Ergebnis hat das Verwaltungsgericht zu Recht angenommen, dass die Antragsteller den nach § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO erforderlichen Anordnungsanspruch nicht glaubhaft gemacht haben.
- 3 1. Für den von dem Verwaltungsgericht zutreffend als Streitigkeit um die Vergabe einer Konzession für den Bau und Betrieb einer Kindertagesstätte im sogenannten Unterschwellenbereich eingeordneten Eilantrag ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.
- 4 Die Zulässigkeit des Rechtswegs ist als Prozessvoraussetzung von Amts wegen (als erstes) zu prüfen (W.-R. Schenke/Ruthig in Kopp/Schenke, VwGO, 24. Aufl. 2018, Anh § 41 Rn. 7 i.V.m. Vorb § 40 Rn. 17 f.). Dies gilt vorliegend auch für den erkennenden Senat als Beschwerdegericht, denn eine Bindung nach § 173 Satz 1 VwGO i.V.m. § 17a Abs. 5 GVG analog (zur entsprechenden Anwendung der Bestimmungen über das besondere Zwischenverfahren der Rechtswegverweisung (§§ 17 bis 17b GVG) im einstweiligen Rechtsschutzverfahren BVerwG, Beschluss vom 15.11.2000 - 3 B 10.00 -, juris Rn. 4; ebenso schon Niedersächsisches OVG, Beschluss vom 21.05.1997 - 11 M 2469/97 -, juris Rn. 24) ist nicht eingetreten. § 173 Satz 1 VwGO i.V.m. § 17a Abs. 5 GVG, wonach das Gericht, das über ein Rechtsmittel gegen eine Entscheidung in der Hauptsache entscheidet, nicht prüft, ob der beschrittene Rechtsweg zulässig ist, findet nur dann Anwendung, wenn nach einer Entscheidung über den Rechtsweg eine Entscheidung in einer Sachfrage erfolgt (Hamburgisches OVG, Beschluss vom 02.08.2017 - 4 Bs 124/17 -, juris Rn. 6 m.w.N.). Das Verwaltungsgericht aber hat die zwischen den Beteiligten umstrittene Frage des Rechtswegs - nach Auffassung von Antragsgegnerin und Beigeladenen sind für das Rechtsschutzbegehren der Antragsteller (allenfalls) die Zivilgerichte zuständig - nicht einmal inzident bejaht (vgl. dazu OLG München, Beschluss vom 23.05.2017 - 15 U 4594/16 -, juris Rn. 12 ff., insb. Rn. 15), sondern ausdrücklich offengelassen. Hiernach kommt es nicht mehr darauf an, ob das Verwaltungsgericht nicht ohnehin auf das ausdrückliche Bestreiten des beschrittenen Rechtsweges durch Antragsgegnerin und Bei-

geladenen eine Vorabentscheidung nach § 173 Satz 1 VwGO i.V.m. § 17a Abs. 3 Satz 2 GVG analog hätte treffen müssen, was einer Rechtswegbindung nach § 17a Abs. 5 GVG ebenfalls entgegenstehen würde (vgl. Sächsisches OVG, Beschluss vom 15.04.2015 - 4 A 657/13 -, juris Rn. 18 ff. m.w.N., insbesondere unter Verweis auf BVerwG, Beschluss vom 28.01.1994 - 7 B 198.93 -, juris Rn. 5).

- 5 Eine Verweisung des Rechtsstreits gemäß § 173 Satz 1 VwGO i.V.m. § 17a Abs. 2 Satz 1 GVG analog an das zuständige Gericht des Zivilrechtsweges ist allerdings nicht geboten. Die von § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO für die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges aufgestellten Voraussetzungen sind sämtlich erfüllt. Dass der Weg vor die Verwaltungsgerichte nicht bereits entsprechend des zweiten Halbsatzes der Norm durch Sonderzuweisung gemäß § 156 Abs. 2 GWB ausgeschlossen ist, hat das Verwaltungsgericht noch im Einzelnen dargelegt. Davon sind auch alle Beteiligten ausgegangen. Ein Rechtsstreit verfassungsrechtlicher Art im Sinne des ersten Halbsatzes von § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO (vgl. zum Erfordernis der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit Ruthig, in Kopp/Schenke, a.a.O., § 40 Rn. 32) liegt ersichtlich nicht vor. Schließlich ist mit den Antragstellern davon auszugehen, dass die Streitigkeit öffentlich-rechtlicher Natur ist. Dies ergibt sich im Einzelnen wie folgt:
 - 6 a) Die von Antragsgegnerin und Beigeladenen vertretene Ansicht, es sei durch die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bereits geklärt, dass für Rechtsschutzbegehren gegen unterschwellige Konzessionsvergaben allein die Zivilgerichte zuständig seien, überzeugt nicht.
 - 7 In dem in Bezug genommenen Beschluss vom 2. Mai 2007 hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass für Streitigkeiten über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen mit einem Auftragswert unterhalb der in der Vergabeverordnung genannten Schwellenwerte nicht der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten, sondern der ordentliche Rechtsweg gegeben ist, wobei es in den Gründen einschränkend heißt, dies gelte jedenfalls dann, wenn bei der Entscheidung über die Vergabe eines öffentlichen Auftrags keine gesetzliche Verpflichtung zu bevorzugter Berücksichtigung eines bestimmten Personenkreises zu beachten sei (BVerwG, Beschluss vom 02.05.2007 - 6 B 10.07 -, juris LS und Rn. 5). Um die Vergabe eines öffentlichen Auftrags im Sinne von §§ 103 f. GWB handelt es sich vorliegend aber nicht. Das von der Antragsgegnerin im Dezember 2017 eingeleitete Interessenbekundungsverfahren betraf den Bau und nach Fertigstellung die Übernahme der Trägerschaft der Kindertagesstätte A.. Zur Umsetzung sollen nach den Erläuterungen der Antragsgegnerin im gerichtlichen Verfahren mit dem ausgewählten Bewerber ein Erbbaurechtsvertrag und eine Finanzierungsvereinbarung abgeschlossen werden. Vergeben werden soll mithin eine Konzession im Sinne von § 105 GWB, bei der entsprechend des die Abgrenzung zur Vergabe öffentlicher Aufträge regelnden Absatzes 2 der Vorschrift das Betriebsrisiko für die Nutzung des Bauwerks und für die Verwertung von Dienstleistungen auf den Konzessionsnehmer übergeht. Antragsgegnerin und Beigeladener sprechen auch selbst von einer Konzessionsvergabe. Die zur Begründung des Zivilrechtsweges herangezogenen Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts, bei der Vergabe öffentlicher Aufträge werde der Staat als Nachfrager am Markt tätig, um einen Bedarf an bestimmten Gütern und Dienstleistungen zu decken, in dieser Rolle als Nachfrager unterscheide er sich nicht grundlegend von anderen Marktteilnehmern, die von der öffentlichen Hand abgeschlossenen Werk- und Dienstverträge gehörten ausschließlich dem Privatrecht an, das gleiche gelte für das dem Abschluss des Vertrages vorausgehende Vergabeverfahren, das der Auswahl der öffentlichen Hand zwi-

schen mehreren Bietern diene (BVerwG, Beschluss vom 02.05.2007, a.a.O., Rn. 6), greifen daher hier nicht.

- 8 Auch der Bundesgerichtshof hat sich unter ausdrücklichem Anschluss an den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. Mai 2007 nicht gehindert gesehen, für Streitigkeiten aus der Vergabe einer Konzession für Rettungsdienstleistungen den Verwaltungsrechtsweg als eröffnet anzunehmen (BGH, Beschluss vom 23.01.2012 - X ZB 5/11 -, juris Rn. 18). Hierzu hat der Bundesgerichtshof ausgeführt, dass für die Zuordnung des streitigen Rechtsverhältnisses zum öffentlichen oder zum bürgerlichen Recht nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, der der Senat beitrete, nicht das Ziel, sondern die Rechtsform staatlichen Handelns maßgeblich sei. Sei diese - wie in dem vom Bundesverwaltungsgericht mit Beschluss vom 2. Mai 2007 entschiedenen Fall - privatrechtlich, sei es grundsätzlich auch die betreffende Streitigkeit. Umgekehrt sei prinzipiell der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, wenn sich das staatliche Handeln in den Bahnen des öffentlichen Rechts vollziehe (BGH, Beschluss vom 23.01.2012, a.a.O., Rn. 20). Im Ergebnis hat der Bundesgerichtshof überzeugend festgestellt, dass bei Vergabe der (unterschweligen) Dienstleistungskonzession in den Formen des Privatrechts für die vergaberechtliche Nachprüfung die ordentlichen Gerichte zuständig seien, bei Vergabe in den Formen des öffentlichen Rechts - in dem der Entscheidung des Bundesgerichtshofs zugrundeliegenden Fall ein gesetzlich (durch Art. 13 Abs. 4 BayRDG) vorgeschriebener öffentlich-rechtlicher Vertrag - hingegen der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sei (BGH, Beschluss vom 23.01.2012, a.a.O., Rn. 21-22).
- 9 b) Nach diesem Maßstab ist der vorliegende Rechtsstreit öffentlich-rechtlich. Denn die Vergabe der Konzession zum Bau und zur Übernahme der Trägerschaft der Kindertagesstätte A. wird prägend (vgl. dazu Tegethoff in Kopp/Ramsauer, VwVfG, 19. Aufl. 2018) in den Formen des öffentlichen Rechts erfolgen. Zwar weist die Antragsgegnerin zu Recht darauf hin, dass der Erbbaurechtsvertrag, den sie mit dem Beigeladenen schließen will, privatrechtlicher Natur ist. Das zugrundeliegende Erbbaurechtsgesetz ist kein Sonderrecht des Staates (vgl. dazu Ruthig in Kopp/Schenke, a.a.O., § 40 Rn. 11), sondern gehört dem Zivilrecht an. Der Erbbaurechtsvertrag ist bei der Konzessionsvergabe jedoch nachrangig. Nach dem von der Antragsgegnerin beispielhaft vorgelegten Vertragsentwurf ermöglicht das mit ihm eingeräumte Erbbaurecht lediglich die Errichtung der Kindertagesstätte auf dem im Eigentum der Antragsgegnerin stehenden Grundstück und dessen Nutzung für die Dauer von 25 Jahren gegen Zahlung des Erbbauzinses. Der Erbbaurechtsvertrag würde daher ohne die Vereinbarung über die (anteilige) Finanzierung der Kindertagesstätte durch einen Zuschuss der Antragsgegnerin zu den Betriebskosten nicht abgeschlossen werden. Demgegenüber könnte die Finanzierungsvereinbarung auch - bei einem bereits vorhandenen Grundstück des Vorhabenträgers - isoliert oder neben einem Grundstückskaufvertrag stehen. Die Antragsgegnerin selbst hatte im Interessenbekundungsverfahren alternativ die Möglichkeit des Erwerbs des für die Kindertagesstätte vorgesehenen Grundstücks durch den Vorhabenträger in den Raum gestellt. Im Vordergrund der Konzessionsvergabe steht mithin die Finanzierungsvereinbarung. Diese aber ist öffentlich-rechtlicher Natur (so auch - zu einer ähnlichen bei Übernahme der Trägerschaft für einen Kindergarten abgeschlossenen Vereinbarung - VG Ansbach, Urteil vom 12.02.2015 - AN 6 K 14.00992 -, juris Rn. 28). Nach dem von der Antragsgegnerin ebenfalls beispielhaft vorgelegten Vertragsentwurf handelt es sich bei der Finanzierungsvereinbarung, davon gehen die Antragsteller zu Recht aus, um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag und zwar gemäß § 53 Abs. 1 SGB X. Das Sozialgesetzbuch X gilt gemäß seinem § 1 Abs. 1 Satz 1 für die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit der Antragsgegnerin

nach dem für das vorliegende Verfahren maßgeblichen Sozialgesetzbuch VIII einschließlich einer auf den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages gerichteten Tätigkeit (vgl. BeckOK SozR/Westphal, 50. Ed. 01.09.2018, SGB X § 1 Rn. 3).

- 10 Die Finanzierungsvereinbarung, die die Antragsgegnerin mit dem Beigeladenen als von ihr ausgewählten Bewerber schließen will, begründet im Sinne von § 53 Satz 1 SGB X zwischen beiden ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts. Das Rechtsverhältnis betrifft nämlich das Kindertageseinrichtungsrecht der §§ 24, 74a SGB VIII sowie das dazugehörige niedersächsische Landesrecht, im Einzelnen das Niedersächsische Gesetz zur Ausführung des Achten Buchs des Sozialgesetzbuchs und zur Niedersächsischen Kinder- und Jugendkommission (Nds. AG SGB VIII) vom 5. Februar 1993 (Nds. GVBl. 1993, S. 45; zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 20. Juni 2018, Nds. GVBl. S. 113), das Gesetz über Tageseinrichtungen für Kinder (KiTaG) in der Fassung vom 7. Februar 2002 (Nds. GVBl. S. 57, zuletzt geändert durch das Gesetz vom 22. Juni 2018, Nds. GVBl. S. 124) einschließlich der beiden auf seiner Grundlage erlassenen Durchführungsverordnungen (Verordnung über Mindestanforderungen an Kindertagesstätten (1. DVO-KiTaG) vom 28. Juni 2002, Nds. GVBl. 2002, S. 323, und Verordnung über Mindestanforderungen an besondere Tageseinrichtungen für Kinder sowie über die Durchführung der Finanzhilfe (2. DVO-KiTaG) vom 16. Juli 2002, Nds. GVBl. 2002, S. 353) sowie die Satzung der Antragsgegnerin über die Aufnahme und Betreuung von Kindern in städtischen Kindertagesstätten.
- 11 Ausweislich der Präambel des Vertragsentwurfs nimmt die Antragsgegnerin gemäß § 13 Nds. AG SGB VIII i.V.m. der durch den Landkreis Gifhorn abgeschlossenen „Vereinbarung über die Wahrnehmung von Aufgaben im Bereich der öffentlichen Jugendhilfe - Kinderbetreuung“ die Aufgabe des örtlichen Trägers der Kindertagesstätten im Auftrag und Namen des Landkreises Gifhorn wahr. Ihr obliegt damit nach § 3 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII i.V.m. § 12 Abs. 1 Satz 3 KiTaG die Gewährung der durch § 24 SGB VIII i.V.m. § 12 KiTaG statuierten Ansprüche auf Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen. Durch den Abschluss der Finanzierungsvereinbarung bedient sich die Antragsgegnerin nicht nur zur Erfüllung dieser durch Normen des öffentlichen Rechts geregelten öffentlichen Aufgabe eines (anerkannten) Trägers der freien Jugendhilfe. Sie überträgt auf diesen auch die hierbei bestehenden öffentlich-rechtlichen Bindungen und Berechtigungen (ähnlich VG Ansbach, Urteil vom 12.02.2015, a.a.O.; vgl. zur Abgrenzung zum privatrechtlichen Vertragsgegenstand auch Tegethoff in Kopp/Ramsauer, VwVfG, 19. Aufl. 2018, § 54 Rn. 30 f.; v. Wulffen/Schütze/Engelmann, 8. Aufl. 2014, SGB X § 53 Rn. 13).
- 12 So hat der Träger nach § 1 Abs. 1 Satz 2 des Vertragsentwurfs die Betreuungsleistung unter Beachtung der Vorschriften des SGB VIII und der 1. und 2. Durchführungsverordnung zum KiTaG zu erbringen. Nach § 2 Abs. 1 des Vertragsentwurfs hat der Träger die Satzung über die Aufnahme und Betreuung von Kindern in Kindertagesstätten der Stadt Gifhorn in der jeweils geltenden Fassung zu akzeptieren und anzuwenden. Durch die Anerkennung der Satzung ist gemäß § 2 Abs. 3 Satz 1 des Vertragsentwurfs die Anwendung der städtischen Elternbeitragsstaffel bindend. Auch ermächtigt § 2 Abs. 3 Satz 2 des Vertragsentwurfs den Träger, die Einkommensverhältnisse (der Eltern) zu überprüfen und die von der Kommune festgelegten Elternbeiträge festzusetzen. Schließlich wird der Träger durch § 2 Abs. 4 des Vertragsentwurfs verpflichtet, die Kinder entsprechend den Vorgaben des § 21 KiTaG beitragsfrei zu stellen.

- 13 Insoweit unterscheidet sich die hier zu beurteilende Vereinbarung auch von dem von der Antragsgegnerin zur Stützung ihrer Rechtsauffassung angeführten Fall, über den das OVG Nordrhein-Westfalen mit Urteil vom 23. Mai 1990 befand. Durch die Entscheidung wurde der Vertrag zwischen einer juristischen Person des Zivilrechts und der Kommune über die Errichtung und den Betrieb eines Krankenhauses, Schwesternheimes und Altenheimes als zum Zivilrecht gehörend eingeordnet (OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 23.05.1990 - 13 A 1342/88 -, juris Leitsatz und Rn. 11 ff.). Anders als dort beziehen sich die durch den vorliegenden Vertragsentwurf auferlegten Handlungspflichten und -rechte auf einen Sachverhalt, der maßgeblich vom öffentlichen Recht geregelt wird. Im Hinblick darauf, dass § 3 Abs. 2 Satz 2 SGV VIII i.V.m. § 12 Abs. 1 Satz 3 KiTaG den (örtlichen) Träger der öffentlichen Jugendhilfe zur Erfüllung der durch § 24 SGB VIII i.V.m. § 12 KiTaG gewährten Ansprüche auf Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen verpflichtet, könnte auf Seiten der Antragsgegnerin auch keine Privatperson stehen. Im Übrigen hat das OVG Nordrhein-Westfalen ausdrücklich in Abgrenzung zu dem von der Antragsgegnerin zitierten Urteil durch Beschluss vom 23. Juni 1997 entschieden, dass der Verwaltungsrechtsweg für eine Klage auf Gewährung eines Zuschusses zum Betrieb eines Kindergartens auch dann gegeben ist, wenn dieser Anspruch auf einen materiellen Vertrag gestützt wird, den eine Kirchengemeinde bei der Übernahme eines kommunalen Kindergartens mit der Kommune geschlossen hatte (OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 23.06.1997 - 16 E 1201/96 -, juris Leitsatz und Rn. 7 ff.).
- 14 Schließlich wird die Einordnung des Vertragsgegenstandes des vorgelegten Vertragsentwurfs als öffentlich-rechtlich auch dadurch bestätigt, dass die gewählte Vertragsform ersichtlich eine Alternative zum Erlass eines Verwaltungsakts darstellt. Es wäre der Antragsgegnerin auch möglich, den in § 4 des Vertragsentwurfs geregelten Zuschuss zu den Betriebskosten der Kindertagesstätte als Verwaltungsakt im Sinne von § 31 SGB X zu erlassen und diesem als Nebenbestimmungen nach § 32 Abs. 2 SGB X die dargestellten vertraglichen Verpflichtungen des Trägers beizugeben.
- 15 2. Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts ist die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes noch möglich.
- 16 Zwar treffen die erstinstanzlich zugrunde gelegten Prämissen zu. Für die hier streitgegenständliche unterschwellige Konzessionsvergabe gibt es keinen einfachgesetzlich gestalteten Primärrechtsschutz, der nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Vergaberecht verfassungsrechtlich auch nicht zwingend geboten ist (BVerfG, Beschluss vom 13.06.2006 - 1 BvR 1160/03 -, juris Leitsätze 2 und 3, Rn. 53 ff., insb. Rn. 71, 74). Das Verwaltungsgericht nimmt zudem in den Blick, dass nach Ansicht des Niedersächsischen OVG im Beschluss vom 12. November 2014 der Primärrechtsschutz bei unterschweligen Ausschreibungen im Vergaberecht allerdings auch nicht ausgeschlossen ist, wenn der erfolglose Bieter rechtzeitig von der Vergabe erfährt (Niedersächsisches OVG, Beschluss vom 12.11.2014 - 7 ME 85/14 -, nicht veröffentlicht, Seite 3 des Beschlussabdrucks). Schließlich wird ebenfalls zu Recht vor dem Hintergrund des Prinzips des deutschen Vergaberechts, dass abgeschlossene Verträge zu erfüllen sind und nachträgliche Eingriffe in diese Verträge unterbleiben sollen (Antweiler in Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band I: GWB 4. Teil (Hrsg. Burgi/Dreher), 3. Auflage 2017, § 168 Rn. 49), als Grenze des Primärrechtsschutzes der wirksam erteilte Zuschlag angesehen, weil dadurch ein etwaiger Unterlassungsanspruch untergeht (vgl. dazu auch

Pietzcker, Defizite beim Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte, NJW 2005, S. 2881, S. 2882).

- 17 Die daraufhin in dem angegriffenen Beschluss erfolgte Schlussfolgerung, im streitgegenständlichen Vergabeverfahren sei der Zuschlag durch den Ratsbeschluss der Antragsgegnerin vom 18. Juni 2018 wirksam erteilt worden und könne im Wege des Eilrechtsschutzes nicht wieder rückgängig gemacht werden, überzeugt allerdings, ungeachtet des Umstandes, dass sich die von den Antragstellern erstrebte einstweilige Anordnung nicht auf den Ratsbeschluss bezieht, sondern auf die vorläufige Untersagung des Abschlusses des Erbbaurechtsvertrags und der Finanzierungsvereinbarung mit dem Beigeladenen richtet, nicht.
- 18 Zuschlag im Sinne des deutschen Vergaberechts ist die vom öffentlichen Auftraggeber erklärte Annahme des Angebots eines Bieters zum Abschluss eines Vertrages (Antweiler in Beck'scher Vergaberechtskommentar, a.a.O., Rn. 51). Der Zuschlag setzt hiernach denotwendig das Angebot eines Bieters voraus, wie es regelmäßig in einem Vergabeverfahren nach § 97 GWB erfolgt. Ein solches Vergabeverfahren, zu dem auch keine rechtliche Verpflichtung bestand, hat die Antragsgegnerin aber nicht durchgeführt. Die Antragsgegnerin hat vielmehr im Dezember 2017 ein (vorgehendes) Interessenbekundungsverfahren (vgl. zum Begriff § 7 Abs. 2 Satz 3 BHO sowie zur Veranschaulichung das Rundschreiben des BMF vom 24. September 2012 - II A 3 - H 1005/07/0002 - 2012/0864353 -, juris) eingeleitet, wobei sie in dem diesbezüglichen - erstinstanzlich als Anlage K2 vorgelegten - an die Antragstellerin zu 1. gerichteten Schreiben vom 7. Dezember 2017 sogar ausdrücklich darauf hingewiesen hat, dass es sich dabei um kein Vergabeverfahren nach VOL oder VOF handele. Demgemäß haben die Antragsteller und der Beigeladene auch keine Angebote zum Abschluss eines Vertrags, sondern, wie auch der - erstinstanzlich als Anlage B1 vorgelegten - Verwaltungsvorlage vom 4. Mai 2018 zu entnehmen ist, Interessenbekundungen abgegeben. Es ist auch nicht ersichtlich, dass im Weiteren die Abgabe eines Angebots durch den Beigeladenen erfolgt wäre. Nach dem genauen Wortlaut des - im Beschwerdeverfahren als Anlage B1 vorgelegten - Ratsbeschlusses der Antragsgegnerin vom 18. Juni 2018 wurden der Neubau der Kindertagesstätte am A. sowie die Übernahme der Trägerschaft dieser Kindertagesstätte auf der Grundlage der Interessenbekundung vom 15. März 2018 an den Beigeladenen vergeben. Demgemäß liegt in dem Ratsbeschluss keine Annahmeerklärung, durch die bereits ein Vertrag zwischen Antragsgegnerin und Beigeladenen zustande gekommen wäre. Der Beschluss ermächtigt lediglich die Verwaltung, die Finanzierungsvereinbarung mit dem Beigeladenen abzuschließen.
- 19 Schließlich gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass die Antragsgegnerin die zur Umsetzung der Dienstleistungskonzessionsvergabe erforderlichen Verträge jedenfalls zwischenzeitlich mit dem Beigeladenen abgeschlossen hätte. Hierzu weisen die Antragsteller auch zu Recht darauf hin, dass der Erbbaurechtsvertrag gemäß § 11 Abs. 2 Erbbaurechtsgesetz i.V.m. § 311b Abs. 1 BGB der notariellen Beurkundung und die Finanzierungsvereinbarung nach § 56 SGB X zumindest der Schriftform bedarf. Die Antragsgegnerin hat bislang aber nur entsprechende Vertragsentwürfe vorgelegt. Auch das Verwaltungsgericht ist offenbar davon ausgegangen, dass die Antragsgegnerin vor Abschluss der beiden Verträge den Ausgang des vorliegenden Eilverfahrens abwartet. Denn es hat seine Billigkeitsentscheidung nach § 162 Abs. 3 VwGO maßgeblich auf die vom Beigela-

denen wegen des Antrags auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes hinzunehmende Verzögerung des Bauvorhabens gestützt.

- 20 3. Den nach § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO erforderlichen Anordnungsanspruch haben die Antragsteller allerdings nicht glaubhaft gemacht. Es ist nicht hinreichend wahrscheinlich, dass ihnen gegenüber der Antragsgegnerin der geltend gemachte Anspruch auf Unterlassung des Abschlusses des Erbbaurechtsvertrags und der Finanzierungsvereinbarung mit dem Beigeladenen tatsächlich zusteht. Denn es lässt sich nicht feststellen, dass die Antragsteller durch die Entscheidung der Antragsgegnerin, die Konzession für den Bau und den Betrieb der Kindertagesstätte A. an den Beigeladenen zu vergeben, in ihren Rechten verletzt sind.
- 21 Nach der überzeugenden Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Vergabe von Aufträgen, die den maßgeblichen Schwellenwert nicht erreichen, beschränkt sich das Recht des Mitbewerbers auf den Anspruch auf Gleichbehandlung aus Art. 3 Abs. 1 GG (BVerfG, Beschluss vom 13.06.2006 - 1 BvR 1160/03 -, a.a.O., Rn. 64). Insoweit wird ausgeführt, dass der Schutzbereich der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG nicht berührt sei. Das Grundrecht umfasse keinen Anspruch auf Erfolg im Wettbewerb und auf Sicherung künftiger Erwerbsmöglichkeiten (a.a.O., Rn. 59 f.). Jede staatliche Stelle habe (allerdings) bei ihrem Handeln, unabhängig von der Handlungsform und dem betroffenen Lebensbereich, die in dem Gleichheitssatz niedergelegte Gerechtigkeitsvorstellung zu beachten. Dieses Handeln sei anders als die in freiheitlicher Selbstbestimmung erfolgende Tätigkeit eines Privaten stets dem Gemeinwohl verpflichtet. Eine willkürliche Ungleichbehandlung könne dem Gemeinwohl nicht dienen. Der staatlichen Stelle, die einen öffentlichen Auftrag ver gebe, sei es daher verwehrt, das Verfahren oder die Kriterien der Vergabe willkürlich zu bestimmen. Darüber hinaus könne die tatsächliche Vergabep raxis zu einer Selbstbindung der Verwaltung führen. Aufgrund dieser Selbstbindung könne den Verdingungsordnungen als den verwaltungsinternen Regelungen über Verfahren und Kriterien der Vergabe eine mittelbare Außenwirkung zukommen. Jeder Mitbewerber müsse eine faire Chance erhalten, nach Maßgabe der für den spezifischen Auftrag wesentlichen Kriterien und des vorgesehenen Verfahrens berücksichtigt zu werden. Eine Abweichung von solchen Vorgaben könne eine Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG bedeuten. Insofern verfüge jeder Mitbewerber über ein subjektives Recht (a.a.O., Rn. 64 f.).
- 22 Gründe, aus denen heraus bei der vorliegenden unterschweligen Konzessionsvergabe etwas Anderes zu gelten hätte, sind nicht zu erkennen. Auch sind hier keine zu dem Gleichbehandlungsanspruch hinzutretende einfachgesetzliche Rechte der Antragsteller ersichtlich. Das Niedersächsische Gesetz zur Sicherung von Tariftreue und Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Niedersächsisches Tariftreue- und Vergabegesetz - NTVergG) vom 31. Oktober 2013 (Nds. GVBl. S. 259, geändert durch Gesetz vom 8. Juni 2016, Nds. GVBl. S. 103) findet, darauf weist die Antragsgegnerin zu Recht hin, nach seinem § 2 Abs. 2 Nr. 1 auf Konzessionen im Sinne von § 105 GWB von vornherein keine Anwendung. § 74 SGB VIII ist entgegen der Auffassung der Antragsteller ebenfalls nicht einschlägig (vgl. zum (verdrängenden) Verhältnis von § 74 SGB XIII und § 74a SGB VIII BVerwG, Urteil vom 21.01.2010 - 5 CN 1.09 -, juris Rn. 17 ff., Beschluss vom 28.05.2014 - 5 B 4.14 -, juris Rn. 7). Denn die auf der Grundlage von § 74a SGB VIII getroffene Regelung des Niedersächsischen Landesgesetzgebers zur Finanzierung von Tageseinrichtungen ist abschließend (so auch VG Oldenburg, Urteil vom 06.08.2010 - 13 A 2512/08 -, juris Leitsatz und Rn. 25 ff.).

- 23 Eine Verletzung des Gleichbehandlungsanspruchs der Antragsteller liegt nicht vor. Dass der Ratsbeschluss der Antragsgegnerin vom 18. Juni 2018 nicht auf der Grundlage eines durch Art. 3 Abs. 1 GG geforderten transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens (vgl. - den von den Antragstellern angeführten - Beschluss des OLG Düsseldorf vom 13.12.2017 - I-27 U 25/17 - juris Leitsatz 1 und Rn. 41) getroffen worden wäre, lässt sich nicht feststellen. Für den von den Antragstellern geltend gemachten (weitergehenden) Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung findet sich keine Grundlage. Der angeführte § 74 Abs. 3 Satz 2 SGB VIII ist, wie dargelegt, nicht einschlägig. Auch weist die Antragsgegnerin zu Recht darauf hin, dass mit einer fehlerhaften Ermessensausübung nicht zwangsläufig eine willkürliche Ungleichbehandlung verbunden ist.
- 24 Entgegen der Auffassung der Antragsteller war das von der Antragsgegnerin zur Vorbereitung ihrer Auswahlentscheidung durchgeführte Interessenbekundungsverfahren nicht intransparent und willkürlich:
- 25 Zunächst sind in dem Interessenbekundungsaufforderungsschreiben der Antragsgegnerin vom 7. Dezember 2017 die Bewertungskriterien, nach denen die Vergabe erfolgen sollte, mit 1. Merkmale des Investors und zukünftigen Trägers, 2. Merkmale der zu bauenden und zu betreibenden Kindertagesstätte und 3. Finanzierung mitgeteilt worden. Alle drei Bewertungskriterien sind erläutert und die dazu einzureichenden Unterlagen im Einzelnen aufgeführt worden. Mitgeteilt worden ist auch, dass die Merkmale je zu einem Drittel in das Gesamtergebnis einfließen werden. Aufgrund der Nachfragen der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 26. April 2018 zu der Konzeption der Antragsteller und auch im Rahmen der am 30. Mai 2018 durchgeführten Projektpräsentation wurde den Antragstellern Gelegenheit gegeben, den Inhalt ihrer Interessenbekundung weiter zu erläutern und Unstimmigkeiten auszuräumen. Dass die Erklärungen der Antragsteller (und auch des Beigeladenen) berücksichtigt wurden, ergibt sich aus den in der Bewertungsmatrix farblich markierten Änderungen, auf die die Antragsteller selbst hingewiesen haben. Die dem Ratsbeschluss vom 18. Juni 2018 zugrunde gelegte Bewertungsmatrix, nach der der Beigeladene mit 11,93 Punkten ein (etwas) besseres Gesamtergebnis erreicht hat als es die Antragsteller mit 11,69 Punkten erhalten haben, enthält sowohl die drei benannten Bewertungskriterien als auch deren Gewichtung zu je einem Drittel. Verstöße gegen Art. 3 Abs. 1 GG ergeben sich hiernach nicht und werden von den Antragstellern auch nicht dargelegt.
- 26 Warum, wie die Antragsteller meinen, die Antragsgegnerin verpflichtet gewesen sein sollte, auch die von ihr für die Bewertungsmatrix gebildeten Unterkriterien mitzuteilen, ergibt sich nicht. Die Unterkriterien halten sich im Rahmen des jeweiligen Bewertungskriteriums (Träger: pädagogisches Konzept, Versorgungskonzept, Personalkonzept, Referenzen und Synergien; Bau: Raumkonzept und Bauzeitenplan; Finanzierung: Investitionskosten und laufende Betriebskosten) und sind ebenso wie diese nicht willkürlich. Die genannten Aspekte ergaben sich im Übrigen schon weitgehend aus den Erläuterungen im Interessenbekundungsaufforderungsschreiben. Rechtlich nicht erheblich ist auch, dass das Bewertungskriterium 1 fünf Unterkriterien hat, die Bewertungskriterien 2 und 3 dagegen jeweils nur zwei Unterkriterien haben, was zu einer unterschiedlichen Wertigkeit der Unterkriterien (1/15 bzw. 1/6) für das Gesamtergebnis führt. Denn eine gleiche Gewichtung der Unterkriterien war weder angekündigt noch aus Sachgründen geboten.
- 27 Es ist auch nicht zu erkennen, dass die mittels der Bewertungsmatrix vorgenommene Bewertung unter dem Blickwinkel von Art. 3 Abs. 1 GG zu beanstanden wäre. Die um

zwei Punkte höhere Punktvergabe an den Beigeladenen bei dem Unterkriterium Personalkonzept hat die Antragsgegnerin damit erläutert, dass dessen Konzept den Einsatz von Erziehern auch für die Zweitbesetzung vorsieht. Die faktische Umsetzung dieser Zusage, die die Antragsteller aufgrund der Arbeitsmarktlage im Bereich Gifhorn nicht für möglich halten, ist Sache des Beigeladenen. Warum, wie die Antragsteller weiter vortragen, es für die Antragsgegnerin nicht möglich sein sollte, dieses Detail des Konzeptes des Beigeladenen vertraglich verbindlich zu machen, erschließt sich nicht. Soweit die Antragsteller monieren, dass sie bei dem Unterpunkt Raumkonzept nur neun von 15 möglichen Punkten erhalten haben, ist ebenfalls keine willkürliche Bewertung ersichtlich. Die Antragsgegnerin hatte die Antragsteller bereits mit Schreiben vom 26. April 2018 darauf hingewiesen, dass sie dem von ihnen vorgelegten Raumprogramm keine Schlafräume für die Krippengruppen und Ganztagskindergruppe entnehmen könne. Es werde gebeten, Schlafräume im zeichnerischen Entwurf zu berücksichtigen. Auch wurde gebeten, die Größe der Küche zu überdenken, die zu klein erscheine, wenn das Mittagessen in der Kindertagesstätte zubereitet werden solle. Den während der Präsentation erfolgten Hinweis der Antragsteller, dass die Kleingruppenräume (auch) als Schlafräume genutzt werden sollten, hat die Antragsgegnerin ausweislich der Verwaltungsvorlage vom 4. Mai 2018 bei der Auswertung des Interessenbekundungsverfahrens aufgenommen und an den Anforderungen von § 1 1. DVO-KiTaG gemessen. Geänderte Zeichnungen hatten die Antragsteller nicht vorgelegt. Die aufgestellte Flächenberechnung ist erst - als Anlage K15 - im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht eingereicht worden und weist im Übrigen, worauf die Antragsgegnerin zu Recht hinweist, weiterhin nur Kleingruppenräume, aber keine Schlafräume aus. Schließlich hat die Antragsgegnerin auch anhand des errechneten höheren Quadratmeterbetrages erläutert, woher die um einen Punkt bessere Bewertung des Beigeladenen bei dem Unterpunkt Investitionskosten rührt; bei den Betriebskosten wurden Antragsteller und Beigeladener gleich beurteilt.

- 28 4. Die Gerichtskostenfreiheit folgt aus § 188 Satz 2 1. HS VwGO. Es bestimmt sich nach dem jeweiligen materiellen Recht, welche Verfahren den in § 188 Satz 1 VwGO angesprochenen Sachgebieten unterfallen (Niedersächsisches OVG, Beschluss vom 21.05.1999 - 12 O 1998/99 -, juris Rn. 2 ff.). Der vorliegende Rechtsstreit entspringt dem Kindertageseinrichtungsrecht der §§ 24 f., 74a SGB VIII und gehört damit dem Sachgebiet der Jugendhilfe an (vgl. zur Zuschussgewährung für Kindertageseinrichtungen OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 17.01.2017 - 7 A 10057/16 -, juris Leitsatz 3 und Rn. 52).
- 29 Im Übrigen beruht die Kostenentscheidung auf §§ 154 Abs. 2, 159 Satz 2 und 162 Abs. 3 VwGO. Es entspricht nicht der Billigkeit im Sinne des § 162 Abs. 3 VwGO, den mit ihrem Rechtsmittel erfolglosen Antragstellern auch die außergerichtlichen Kosten des notwendig Beigeladenen gesamtschuldnerisch aufzuerlegen. Denn der Beigeladene hat im Beschwerdeverfahren auf die Stellung eines eigenen Antrags verzichtet und sich daher auch keinem eigenen Kostenrisiko nach § 154 Abs. 3 VwGO mehr ausgesetzt.