

<b>Gericht:</b>	Thüringer Oberlandesgericht Vergabesenat
<b>Entscheidungsdatum:</b>	09.04.2021
<b>Aktenzeichen:</b>	Verg 2/20
<b>Dokumenttyp:</b>	Beschluss
<b>Quelle:</b>	
<b>Normen:</b>	§ 97 GWB, § 103 Abs 1 GWB, § 103 Abs 4 GWB, § 105 Abs 1 GWB, § 105 Abs 2 GWB ... mehr
<b>Zitiervorschlag:</b>	Thüringer Oberlandesgericht, Beschluss vom 09. April 2021 - Verg 2/20 -, juris

---

### Tenor

1. Die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin gegen den Beschluss der Vergabekammer des Freistaats ... vom 28.10.2020 - Az.: ...-...-.../...-...-... - wird zurückgewiesen.
2. Die Antragsgegnerin hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen außergerichtlichen Kosten der Antragstellerin zu tragen.
3. Der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren wird auf 47.000 € festgesetzt.

### Gründe

- I.
  - 1 Die Beteiligten streiten darüber, ob der Betrieb eines kommunalen Kindergartens durch einen Dritten auf vertraglicher Grundlage dem Vergaberecht unterfällt.
  - 2 Die Antragsgegnerin errichtete in einer ihr zugehörigen Ortschaft ein neues Gebäude, das als Kindergarten genutzt werden soll. Hinsichtlich des Betriebs ab 1.1.2021 führte sie Anfang 2020 – explizit außerhalb des Vergaberechts – ein Interessenbekundungsverfahren durch, an dem sich u.a. die Antragstellerin und die Beigeladene beteiligten.
  - 3 Die Teilnahmebedingungen sahen u.a. vor, dass die Anforderungen des ThürKitaG (seit 1.1.2018: ThürKigaG) zu erfüllen seien und der Betreiber Arbeitgeber der Mitarbeiter sein solle, wobei die Leitung im Einvernehmen mit der Antragsgegnerin zu besetzen sei. Des Weiteren sei ein pädagogisches Konzept vorzulegen. In finanzieller Hinsicht sei der Betreiber verpflichtet, "unmittelbar alle Personal-, Sach- und Betriebskosten, die für die Unterhaltung und den Betrieb des Gebäudes sowie die Betreuung der Kinder erforderlich sind", zu tragen. Auch seien die Benutzungs- und Verpflegungsentgelte von diesem einzuziehen. Der Entwurf des abzuschließenden Betreibervertrags sah eine Übernahme der erforderlichen Betriebskosten durch die Antragsgegnerin nach § 18 Abs. 4 ThürKitaG

(= § 21 Abs. 4 ThürKigaG) vor, soweit diese nicht durch Elternbeiträge und den Eigenanteil des Trägers gedeckt seien (§ 1 Abs. 3). Letztere werden in Anknüpfung an § 18 Abs. 1 ThürKitaG (= 21 Abs. 1 ThürKigaG) gekennzeichnet als "u.a. nicht monetäre Leistungen wie z.B. ehrenamtliches Engagement bei Malerarbeiten und Gestaltung des Außengeländes und/oder sachbezogene Spenden, Eigenmittel des Trägers unter Ausschöpfung von Zuschüssen für Projekte und Maßnahmen, Engagement für das kulturelle und soziale Leben der Stadt etc." (§ 9 S. 2). Hinsichtlich der Betriebskostenerstattung war unter Verweis auf die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit vorgesehen, dass die Antragsgegnerin gemäß § 18 Abs. 8 ThürKitaG (= § 22 ThürKigaG) die angemessenen Personal- und Sachkosten, die für den Betrieb eines Kindergartens erforderlich sind", erstattet und eine "Verwaltungskostenpauschale für die anteilige Deckung der Kosten der Geschäftsstelle des Trägers in Höhe von 6 % der Personalkosten für das gemäß § 14 ThürKitaG (= 16 ThürKigaG) pädagogisch notwendige Personal" zahlt (§ 10). Für den Vertrag ist eine Laufzeit von einem Jahr vorgesehen. Er "verlängert sich um ein weiteres Jahr, soweit eine der Parteien 6 Monate vor Ablauf des Jahres die Verlängerung des Vertrages schriftlich beantragt und die andere Partei binnen 2 Monate nach Antragstellung der Verlängerung zustimmt. Der ausdrücklichen Zustimmung steht ein Schweigen gleich" (§ 11). Die jährliche Höhe der Betriebskostenzuschüsse wird auf Grundlage von Vorerfahrungen von der Antragsgegnerin wirtschaftlich mit 86.000 € bei Gesamtbetriebskosten von 235.000 € und Einnahmen von 149.000 € veranschlagt. Eine Auftragswertschätzung liegt jedoch nicht vor.

- 4 Die Beigeladene wurde nach Vorstellung der Betriebskonzepte vom Stadtrat am 29.6.2020 als künftiger Betreiber ausgewählt. Dies wurde der Antragstellerin, am 30.6.2020 auf Nachfrage von der Antragsgegnerin mitgeteilt. Am 21.7.2020 wurde ihr unter Hinweis auf das Fehlen einer Rechtsmittelfrist der Beschluss des Stadtrats übersendet. Die Antragstellerin beanstandete daraufhin das Fehlen der Mitteilung eines offiziellen Ergebnisses des Interessenbekundungsverfahrens mit entsprechender Rechtsmittelfrist. Am 24.7.2020 rügte sie nach erstmaliger anwaltlicher Beratung das Verfahren gegenüber der Antragsgegnerin als vergaberechtswidrig, da kein förmliches Vergabeverfahren durchgeführt wurde. Überdies seien bei der Auswahlentscheidung zuvor nicht veröffentlichte Kriterien berücksichtigt worden. Mangels Vorabinformation sei ein ggf. erteilter Zuschlag nach § 135 GWB unwirksam. Nachdem die Antragsgegnerin daraufhin erneut auf den Stadtratsbeschluss verwies, stellte die Antragstellerin am 11.8.2020 einen Nachprüfungsantrag. Die Vergabekammer gab diesem mit Beschluss vom 28.10.2020 statt, da die Antragsgegnerin verpflichtet gewesen wäre, ein Vergabeverfahren durchzuführen. Dessen Unterlassung verletze die Antragstellerin in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht sei die Antragsgegnerin daher verpflichtet, ein förmliches Vergabeverfahren durchzuführen. Ausgehend von den Personal- und Sachkosten für die Betreuung von 50 Kindern schätzte die Vergabekammer den Auftragswert auf mindestens 360.000 € jährlich.
- 5 Hiergegen wendet sich die Antragsgegnerin mit ihrer am 11.11.2020 erhobenen sofortigen Beschwerde. Sie ist der Auffassung, dass der Nachprüfungsantrag bereits unzulässig sei, da der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sei. Es handele sich um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag in Gestalt einer (Unterschwel-)Dienstleistungskonzession, dessen Überprüfung nicht im Vergabenachprüfungsverfahren erfolge. Es fehle auch am Beschaffungscharakter. Bei den vertraglich vorgesehenen Betriebskostenerstattungen handle es sich um Zuwendungen. Ein Betriebsrisiko sei jedenfalls bei Misswirtschaft des Betreibers gegeben und schlage sich außerdem aufgrund der arbeitsrechtlichen und arbeits-

marktspezifischen Rahmenbedingungen in einem Personalrisiko nieder. Bei einer Qualifikation als Dienstleistungsauftrag handle es sich jedenfalls um eine solche über soziale Dienstleistungen bzw. nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, die nicht vom Vergaberecht erfasst würden, wie insbesondere Erw. 4 Richtlinie 2014/4/ EU zeige. Die Antragstellerin sei nicht antragsbefugt, da eine Ungleichbehandlung nicht erfolgt sei und ihr wegen Gemeinnützigkeit mangels Zulässigkeit der Gewinnerzielung kein wirtschaftlicher Schaden entstehen könne. Sie komme als potenzieller Träger auf Grundlage des ThürKigaG nicht in Betracht und habe überdies kein Interesse am Auftrag, sondern wolle vor dem Hintergrund anderer Streitigkeiten mit der Antragstellerin ein Exempel statuieren. Schließlich sei sie präkludiert bzw. sei Verwirkung eintreten, da die Antragsgegnerin von Anfang an deutlich gemacht habe, dass sie das Verfahren außerhalb des Vergaberechts durchführe. Schließlich habe es Überlegungen gegeben, eine Rekommunalisierung des Kindergartens vorzunehmen, wie ein - undatiertes, von "Ende 2019/2020" stammendes - Schreiben an die Stadträte im Vorfeld der Entscheidung zur Trägerschaft für den Kindergarten zeige; diese seien zunächst nicht weiterverfolgt worden, aber unverändert aktuell.

- 6 Die Antragsgegnerin beantragt:
- 7 Der Beschluss der Vergabekammer des Freistaats Thüringen vom 28.10.2020, Az: ...-...-.../...-...-... wird aufgehoben.
- 8 Die Anträge der Antragstellerin vom 11.8.2020 gemäß Ziffer 1, 2 und 4 werden abgelehnt.
- 9 Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin zu tragen.
- 10 Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.
- 11 Die Antragstellerin, beantragt,
- 12 die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.
- 13 Gegenstand der Vergabe sei ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag i.S.v. § 103 Abs. 1 und 4 GWB. Eine Überschreitung der Schwellenwerte sei gegeben, da der Auftragswert ausgehend von den Personal- und Sachkosten mindestens 360.000 € jährlich betrage. Überdies sei die Antragstellerin aufgrund der Gesamtumstände von einer mehr als einjährigen Dauer des Betreiberverhältnisses ausgegangen. Hinsichtlich des möglichen Schadens dürften die Anforderungen nicht überspannt werden. Eine Präklusion oder Verwirkung sei nicht eingetreten, da sie die Vergaberechtsproblematik vor Inanspruchnahme anwaltlicher Beratung nicht habe erkennen können. Ein Interesse am Auftrag liege weiterhin vor; dies zeige auch gerade die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens. Auch erfülle die Antragstellerin die Anforderungen an Betreiber nach § 6 Abs. 1 ThürKigaG.
- 14 Die Beigeladene hat sich am Verfahren nicht beteiligt.
- 15 Der Senat hat am 27.1.2021 mündlich verhandelt. Die Parteien haben anschließend ergänzend vorgetragen und einer Entscheidung ohne erneute mündliche Verhandlung zugestimmt.

II.

- 16 Der Senat ist in zweiter Instanz für die Entscheidung über die Streitigkeit zuständig. Dass das Kindergartenrecht öffentlich-rechtlich geprägt ist, steht dem nicht entgegen und begründet nicht die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Vorliegend streiten die Beteiligten über die Auswahl des Betreibers eines Kindergartens. Wenn es sich um einen vergaberechtlich relevanten (Auswahl-)Vorgang handelt, wie nachfolgend dargelegt wird, folgt die ausschließliche Zuständigkeit der Vergabenachprüfungsinstanzen aus § 156 Abs. 2 GWB (vgl. näher Reider, in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 156 GWB Rn. 4 ff.). Unerheblich ist auch, ob der zu erteilende Auftrag als privat- oder öffentlich-rechtlicher Vertrag zu qualifizieren ist (siehe nur Burgi, Vergaberecht, 3. Aufl. 2021, § 10 Rn. 2). Im letzteren Falle bildet die Zuweisung zu den Vergabenachprüfungsinstanzen eine abdrängende Sonderzuweisung i.S.v. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO (siehe nur Reimer, in: Posser/Wolff, BeckOK VwGO, § 40 Rn. 48b; ThürOVG, Beschl. v. 26.2.2020 – 3 VO 517/17, NVwZ-RR 2020, 1122 Rn. 4).
- 17 Die sofortige Beschwerde wurde fristgemäß erhoben und ist auch im Übrigen zulässig. Sie ist jedoch nicht begründet.
- 18 Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zulässig. Sie ist antragsbefugt. Ein Interesse am Auftrag liegt zweifelsfrei vor. Eine Verletzung von bieterschützenden Bestimmungen des Vergaberechts, konkret das Absehen von der Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens, wird geltend gemacht und ist nicht ausgeschlossen. Der Möglichkeit eines Schadens steht nicht das Gewinnerzielungsverbot als Voraussetzung der Gemeinnützigkeit entgegen. Diesbezüglich sind keine strengen Anforderungen zu stellen; insbesondere ist nicht erforderlich, dass der Antragsteller im Sinne einer darzulegenden Kausalität nachweisen kann, dass er bei korrekter Anwendung der Vergabevorschriften den Auftrag erhalten hätte (BVerfG, Beschl. v. 29.7.2004 - 2 BvR 2248/03, NZBau 2004, 564, 565 f.). Vielmehr droht ein Schaden bereits dann, wenn die Aussichten auf die Erteilung des Auftrags zumindest verschlechtert worden sein können. Es genügt deshalb, wenn es nach dem Vorbringen des das Nachprüfungsverfahren betreibenden Bieters, auf dessen Motivlage es im Übrigen nicht ankommt, möglich erscheint, dass er ohne den behaupteten Vergaberechtsverstoß den Bedarf, dessentwegen die Ausschreibung erfolgt ist, gegen Entgelt befriedigen kann (BGH, Beschl. v. 10.11.2009 – X ZB 8/09, ZfBR 2010, 298, 300). Ob dies tatsächlich in Einzelfall mit einer Gewinnerzielung einherginge, spielt keine Rolle. Vielmehr ist es jedem Unternehmen als Teilnehmer an einem Vergabeverfahren unbenommen, seine Leistungen zum Selbstkostenpreis anzubieten, ohne dass dies Konsequenzen für seine Antragsbefugnis im Nachprüfungsverfahren haben könnte. Die Antragstellerin scheidet auch nicht per se als potenzieller Betreiber des Kindergartens aufgrund der Anforderungen nach § 6 Abs. 1 ThürKigaG, der durchaus einen – wenn auch beschränkten – Markt für potenzielle Betreiber begründet, aus und ist mit ihrem Vorbringen nicht präkludiert. Dem steht schon § 160 Abs. 3 S. 2 i.V.m. § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB entgegen. Dabei spielt die Durchführung des Interessenbekundungsverfahrens unter Beteiligung der Antragstellerin keine Rolle. Soweit bezogen auf die de facto-Vergabe angenommen wird, dass "ganz ausnahmsweise ... eine Rügeobliegenheit in diesem Fall dann sachgerecht sein [kann], wenn der Auftraggeber kein Vergabeverfahren durchführt, der Unternehmer über diesen Umstand seit langem fortlaufend unterrichtet ist und davon auszugehen ist, dass es aufgrund des insoweit geschaffenen Vertrauensverhältnisses ohne Weiteres zumutbar und möglich gewesen wäre, dies gegenüber der

Vergabestelle geltend zu machen" (Horn/Hofmann, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar I, 3. Aufl. 2017, § 160 GWB Rn. 62), fehlt es dem an einem normativen Anknüpfungspunkt. Jedenfalls lag aber vorliegend auch eine positive Kenntnis des geltend gemachten Vergaberechtsverstößes i.S.v. § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB bis zur erstmaligen Inanspruchnahme anwaltlicher Beratung nicht vor. In Anbetracht des Umstandes, dass Betreiberverträge wie der vorliegend im Streit stehende in der Praxis bislang regelmäßig ohne Beachtung vergaberechtlicher Anforderungen vergeben werden, konnte sich eine solche auch nicht mittels Parallelwertung in der Laiensphäre (vgl. Jaeger, in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht III, 2. Aufl. 2018, § 160 GWB Rn. 56) ergeben. Nach Erkenntnis des möglichen Verstoßes ist die Rüge innerhalb der Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB eingelegt worden.

- 19 Die Frage, ob daneben überhaupt Raum für die Annahme einer Verwirkung besteht, ist umstritten (dazu Nowak, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 160 GWB Rn. 89) und muss vom Senat nicht entschieden werden. Jedenfalls ist eine solche vorliegend nicht eintreten, zumal insoweit strenge Anforderungen zu stellen sind, die vorliegend nicht gegeben sind. Das OLG Düsseldorf (Beschl. v. 30.4.2008 - VII-Verg 23/08, NZBau 2008, 461 [464]) hat die Maßstäbe im Kontext des Vergabenachprüfungsverfahrens wie folgt formuliert: "Eine Verwirkung greift nur dann ein, wenn das betroffene Unternehmen keine Maßnahmen ergreift, obwohl ihm dies möglich war, durch sein derart langes Zuwarten mit der Rüge oder bei der Weiterverfolgung der Rüge bei der Vergabestelle das Vertrauen erweckt wird, das Unternehmen werde keine Schritte mehr unternehmen (Zeitmoment), und die Vergabestelle im Vertrauen darauf in dem Vergabeverfahren fortfährt (Umstandsmoment). Dass der Verwirkungszeitraum nicht klar bestimmt ist, hindert das Unternehmen an einer wirksamen Verfolgung seines Anspruchs nicht." Vorliegend ist die in Frage stehende Zeitspanne sehr überschaubar und kann allein in dem Umstand der Teilnahme am Interessenbekundungsverfahren nicht die konkludente Erklärung seiner Rechtmäßigkeit seitens der Antragstellerin oder ein wie auch immer gearteter Verzicht auf Rechtsmittel gesehen werden.
- 20 Die Begründetheit des Nachprüfungsantrags setzt voraus, dass die Vergabe des Betreibervertrages einen solchen im Anwendungsbereich des GWB-Vergaberechts betrifft. Dies setzt - in Anbetracht des Umstandes, dass der Schwellenwert für Konzessionsvergaben von 5.350.000 € zweifelsfrei nicht erreicht wird - voraus, dass kein vergaberechtlicher Ausnahmebereich betroffen ist und es sich um einen Dienstleistungsauftrag i.S.v. § 103 Abs. 4 GWB oberhalb der einschlägigen Schwellenwerte handelt.
- 21 Die Ausnahmen vom Vergaberecht werden in § 107 ff. GWB anknüpfend an die europarechtlichen Vorgaben abschließend normiert. Einer Ausdehnung der Ausnahmen in weitere Bereiche auch durch gesetzliche Bestimmungen außerhalb des Vergaberechts durch Bundes- oder Landesgesetzgeber steht der Vorrang des Europarechts entgegen. Dies gilt auch für das ThürKigaG, dessen § 3 Abs. 3 S. 2 ThürKigaG einige grundlegende Vorgaben über den Inhalt von Betreiberverträgen vorsieht, und sein Verständnis. Für die Vergabe von Verträgen über den Betrieb eines Kindergartens sieht das Vergaberecht - anders als für Rettungsdienstleistungen, vgl. § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB - keine Einschränkung seines Anwendungsbereichs vor. Vielmehr gibt § 130 GWB i.V.m. Anhang XIV der Richtlinie 2014/24/EU zu erkennen, dass öffentliche Aufträge über soziale und andere besondere Dienstleistungen grundsätzlich von seinem Anwendungsbereich erfasst werden; insoweit bestehen allein einige Sonderregelungen. Der Betrieb eines Kindergartens unterfällt dabei der Kategorie "Dienstleistungen des Gesundheits- und Sozialwesens

und zugehörige Dienstleistungen" (CPV-Codes 85312100-0 [Betreuung in Tagesstätten] und 85312110-3 [Betreuungsleistungen in Kinderkrippen]). Die zugehörigen Erläuterungen der EU-Kommission benennen diesbezüglich exemplarisch die "Kinderbetreuung in Tagesstätten" (CPV 2008 Erläuterungen, S. 43). Unabhängig von der Praxis der Vergabe von Betreiberverträgen für Kindergärten in Deutschland und der (empfundenen Un-) Geeignetheit der zur Verfügung stehenden Verfahren hat diese mithin unter Beachtung des Vergaberechts zu erfolgen, sofern dessen Anwendungsbereich im Übrigen eröffnet ist. Soweit die Antragsgegnerin der Auffassung ist, dass die Anwendung des Vergaberechts in den Bereichen der Daseinsvorsorge in das Belieben der EU-Mitgliedstaaten gestellt sei, geht dies fehl und übersieht zudem die gesetzliche Bestimmung des Anwendungsbereichs des GWB-Vergaberechts, vgl. § 115 i.V.m. § 103 GWB. Die Erwägungsgründe der Vergaberichtlinien stellen dies nicht in Frage, sondern erläutern gerade die Ausgestaltung und Hintergründe der verbindlichen Vorgaben des EU-Vergaberechts, denen jedoch allein rechtliche Maßstabswirkung zukommt.

- 22 Bei dem in Frage stehenden Betreibervertrag handelt es sich nicht um eine Dienstleistungskonzession i.S.v. § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB. Ein relevantes Betriebsrisiko i.S.v. § 105 Abs. 2 GWB ist aufgrund der Vertragsstruktur nicht ersichtlich. Ein rein abstraktes wirtschaftliches Risiko genügt insoweit nicht, wenngleich eine Beschränkung des Risikos durch den maßgeblichen Rechtsrahmen erfolgen kann (Wollenschläger, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar I, 3. Aufl. 2017, § 105 Rn. 82 ff.). Das erforderliche Betriebsrisiko fehlt, "wenn ... nach menschlichem Ermessen rote Zahlen während der Vertragslaufzeit ausgeschlossen werden können" (OLG Koblenz, Beschl. v. 10.7.2018 – Verg 1/18). Unter normalen Bedingungen sieht sich der Betreiber des Kindergartens nach Überzeugung des Senats keinem Risiko ausgesetzt, seine Kosten nicht decken zu können. Vielmehr werden seine Kosten vom Auftraggeber vollständig ausgeglichen, sofern sie sich als erforderlich qualifizieren lassen. Die potenziell schwankende Höhe der Einnahme aus Elternbeiträgen wirkt sich dabei auf den Betreiber wirtschaftlich nicht aus. Im Hinblick auf die Bestimmung der Erforderlichkeit der nach § 21 Abs. 4 ThürKigaG auszugleichenden Kosten verfügt der Träger nicht über weitgehende Entscheidungsspielräume, wie insbesondere die gesetzlichen Regelungen über die Personalausstattung einschließlich eines Personalschlüssels in § 16 ThürKigaG und über Fortbildungen des Personals in § 19 ThürKigaG verdeutlichen. Vielmehr handelt es sich bei der Erforderlichkeit um einen vollständiger gerichtlicher Kontrolle unterliegenden unbestimmten Rechtsbegriff (vgl. ThürOVG, Urte. v. 10.7.2015 – 3 KO 565/13, Rn. 103 ff. [juris]). Nach § 21 Abs. 4 S. 3 ThürKigaG soll überdies "der Gemeindeanteil ... in der Regel den Anteil nicht übersteigen, den die Gemeinde durchschnittlich für eine Kindertageseinrichtung in eigener Trägerschaft bereitstellt, abzüglich des Eigenanteils des Trägers." Es handelt sich dabei um eine Kappungsgrenze, die einer übermäßigen Inanspruchnahme öffentlicher Mittel entgegenstehen soll (ThürOVG, ebd., Rn. 106). Der vertraglich vorgesehene Eigenanteil des Betreibers beschränkt sich wiederum auf nichtmonetäre Leistungen, so dass auch daraus kein relevantes Betriebsrisiko folgt. Das Risiko einer "Misswirtschaft" ist schließlich ebenso wie dasjenige einer Fehlkalkulation und eine Berücksichtigung der arbeitsrechtlichen und arbeitsmarktspezifischen Rahmenbedingungen stets von Auftragnehmer zu tragen. Soweit eine Befristung von Arbeitsverträgen nicht erfolgen kann und auch deren Anpassung oder eine Versetzung der Arbeitnehmer bei Nachfragerückgang ausscheidet, bleibt jedenfalls die Möglichkeit der betriebsbedingten (Änderungs-)Kündigung. Auf diesem Wege kann auch eine Anpassung an Änderungen der Kindergartenbedarfsplanung erfolgen. Etwaige Schwierigkeiten beim Einzug der Beiträge der Eltern sind in Anbetracht deren – ggf. zwangsweise durchsetzbarer – Verpflichtung zur Zahlung hin-

sichtlich des wirtschaftlichen Risikos zu vernachlässigen. Soweit das Land die Kosten für beitragsfreie Kindergartenjahre übernimmt, § 30 Abs. 1 S. 1 ThürKigaG, können solche ebenfalls nicht bestehen.

- 23 Zugleich sind die begrifflichen Anforderungen an das Vorliegen eines Dienstleistungsauftrags i.S.v. § 103 Abs. 4 GWB gegeben. Es liegt zunächst ein Beschaffungscharakter und keine "open house"-Situation vor, in der jeder Interessierte seine Leistungen anbieten kann. Nach § 3 Abs. 2 S. 1 und 2 ThürKigaG sind "die Wohnsitzgemeinden ... verpflichtet, die erforderlichen Plätze in Kindertageseinrichtungen bereitzustellen. Die Gemeinden nehmen diese Aufgabe als Pflichtaufgabe im eigenen Wirkungskreis wahr." Hierzu betreiben sie nach § 3 Abs. 3 S. 1 ThürKigaG "eigene Kindertageseinrichtungen, soweit sie dies nicht einem der in § 6 Abs. 1 Nr. 1, 3 oder 4 genannten Träger übertragen", zu denen auch juristische Personen wie die Antragstellerin zählen, deren Zweck das Betreiben einer Kindertageseinrichtung ist und deren Tätigkeit nicht auf Gewinnerzielung gerichtet ist. Vertragsgegenstand ist mithin eine Leistung, die ohne Beauftragung eines konkreten Betreibers von den Gemeinden und damit auch der Antragsgegnerin selbst erbracht werden müsste. Die Übertragung dieser Verpflichtung auf diesen Betreiber und deren Durchsetzbarkeit ist unabdingbare Voraussetzung für ein "Freiwerden" der Gemeinde von der Notwendigkeit des eigenen Betriebs dem Bedarf entsprechender, vgl. § 2 Abs. 1 ThürKigaG, Kindertageseinrichtungen, so dass zugleich eine einklagbare Erfüllungsverpflichtung des Auftragnehmers als notwendiges Erfordernis für das Vorliegen eines öffentlichen Auftrags (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.7.2018 – VII-Verg 1/18, NZBau 2018, 628 Rn. 24) begründet wird. Die Entgeltlichkeit, die zugleich die Wirtschaftlichkeit der in Frage stehenden Dienstleistung von allgemeinem Interesse begründet (vgl. zur Abgrenzung Knauff, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, Art. 106 AE-UV Rn. 62 m.w.N.) wird durch den gesetzlich vorgesehenen und vertraglich konkretisierten Betriebskostenausgleich begründet, der Bestandteil des den Vertrag kennzeichnenden Leistungsaustauschverhältnisses ist. Nach der EuGH-Rechtsprechung sind hieran nur geringe Anforderungen zu stellen. So kann unter bestimmten Voraussetzungen sogar ohne eine unmittelbare Gegenleistung die Entgeltlichkeit einer Beauftragung gegeben sein (EuGH, Urт. v. 28.5.2020 – C-796/18, NZBau 2020, 461); jedenfalls kann "ein Vertrag nicht allein deswegen aus dem Begriff des öffentlichen Auftrags herausfallen, weil die darin vorgesehene Vergütung auf den Ersatz der Kosten beschränkt bleibt, die durch die Erbringung der vereinbarten Dienstleistung entstehen" (EuGH, Urт. v. 19.12.2012 – C-159/11, NZBau 2013, 114 Rn. 29; Urт. v. 11.12.2014 – C-113/13, NZBau 2015, 377 Rn. 37). Dass Verträge über den Betrieb von Kindertagesstätten stark öffentlich-rechtlich geprägt sind (hieran anknüpfend für die Begründung der Konzessionseigenschaft OVG Lüneburg, Beschl. v. 29.10.2018 – 10 ME 363/18, NVwZ 2019, 656), ist zutreffend, jedoch bei der gebotenen europarechtskonformen Auslegung des § 103 Abs. 4 GWB unerheblich, da das EU-Recht eine derartige Unterscheidung nicht kennt, vgl. Art. 1 Abs. 2 und 2, Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 und 9 Richtlinie 2014/24/EU (EuGH, Urт. v. 12.7.2001 – C-399/98, NZBau 2001, 512 Rn. 65 f.). Damit scheidet ein Verständnis des Betriebskostenausgleichs als bloßer Zuschuss aus und steht ein Dienstleistungsauftrag i.S.v. § 103 Abs. 4 GWB in Frage.
- 24 Der maßgebliche Schwellenwert beträgt nach § 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB i.V.m. Art. 4 lit. d Richtlinie 2014/24/EU 750.000 €. Dieser wird zweifelsfrei nicht auf Grundlage einer jährlichen Betrachtung überschritten. Jedoch sind bei der Schätzung des Auftragswerts nach § 3 Abs. 1 S. 2 VgV etwaige Optionen oder Vertragsverlängerungen zu berücksichtigen. Vorliegend kann die einjährige Laufzeit ohne Weiteres durch schriftliches und unwidersprochenes Verlangen einer Vertragspartei jeweils um ein weiteres Jahr verlängert wer-

den. Die Anforderungen an den Eintritt der Verlängerung sind als niedrig zu qualifizieren. De facto handelt es sich daher um einen Auftrag mit unbestimmter Laufzeit. Auch auf Grundlage der restriktiven Schätzung der – nach § 3 Abs. 1 S. 1 VgV maßgeblichen (vgl. Fülling, in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht III, 2. Aufl. 2018, § 3 VgV Rn. 3) – Gesamtbetriebskosten durch die Antragsgegnerin auf 235.000 € jährlich wird der Schwellenwert von 750.000 € nach § 3 Abs. 11 Nr. 2 VgV bei Zugrundelegung des 48-fachen Monatswertes überschritten. Die Überlegungen hinsichtlich einer etwaigen Rekommunalisierung des Kindergartenbetriebs sind über ein internes Vorbereitungsstadium nicht hinausgekommen und zu unspezifisch, als dass sie die Annahme begründen könnten, eine Beauftragung erfolge nur mehr für eine kurze Übergangszeit.

- 25 Da die Antragsgegnerin unterlegen ist, hat sie gemäß §§ 175 Abs. 2 GWB i.V.m. §§ 78 GWB die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen und der Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendigen Kosten zu erstatten.
- 26 Der Streitwert wurde gemäß § 50 Abs. 2 GKG festgesetzt. Dabei hat der Senat der Streitwertberechnung gemäß § 3 Nr. 11 VgV eine Laufzeit von 48 Monaten zugrunde gelegt und darauf aufbauend den Auftragswert auf 940.000 € geschätzt.