

HAMBURGISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

4 Bs 157/22
20 E 1200/22

4. Senat

Beschluss vom 9. Mai 2023

§ 4 Abs. 2 SGB VIII
§ 75 SGB VIII

1. Die Überlassung eines Grundstückes durch den Abschluss eines Erbbaurechtsvertrages, der an die Bedingung geknüpft ist, den Bau und die Trägerschaft einer Kindertagesstätte zu übernehmen, kann eine Maßnahme der Jugendhilfe i.S.d. § 4 Abs. 2 SGB VIII darstellen.
2. Ein anerkannter Träger der freien Jugendhilfe i.S.d. § 75 Abs. 1, Abs. 2 SGB VIII kann im Einzelfall aus § 4 Abs. 2 SGB VIII einen Anspruch auf Unterlassung des Abschlusses eines Erbbaurechtsvertrages durch einen Träger der öffentlichen Jugendhilfe mit einer Eigengesellschaft dieses Trägers geltend machen, wenn er selbst auf dem streitgegenständlichen Grundstück eine geeignete Einrichtung zu errichten und zu betreiben in der Lage ist.
3. Ist dem Abschluss eines mit der Bereitschaft zum Bau und dem Betrieb einer Kindertagesstätte verknüpften Erbbaurechtsvertrages ein „Auswahlverfahren“ vorgeschaltet, an dem sich mehrere anerkannte Träger der freien Jugendhilfe beteiligt haben, so besteht in einem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nach § 123 VwGO ein Anspruch auf Unterlassen des Abschlusses des Erbbaurechtsvertrages mit einem Dritten nur dann, wenn der Antragsteller zudem glaubhaft machen kann, dass seine Auswahl im Fall einer erneuten, fehlerfreien Durchführung des Auswahlverfahrens zumindest möglich erscheint.

Hamburgisches Oberverwaltungsgericht

4 Bs 157/22
20 E 1200/22

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

hat das Hamburgische Oberverwaltungsgericht, 4. Senat, am 9. Mai 2023 durch

den Vizepräsidenten des Oberverwaltungsgerichts
die Richterin am Oberverwaltungsgericht
die Richterin am Verwaltungsgericht

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 11. Oktober 2022 geändert und der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung vorläufig untersagt, auf Grundlage des Interessenbekundungsverfahrens ÖB 008/2021/FS34 mit der Beigeladenen oder einem Dritten einen Erbbaurechtsvertrag betreffend das Flurstück xx der Gemarkung Langenhorn des Bezirks Hamburg-Nord, G. , abzuschließen und/oder dieses Flurstück der Beigeladenen oder einem Dritten anderweitig für die Planung, die Errichtung und/oder den Betrieb einer Kindertagesstätte zu überlassen, bis über die Bewerbung der Antragstellerin unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut entschieden worden ist.

Gerichtskosten werden nicht erhoben. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des gesamten Verfahrens mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen, die diese selbst trägt.

Gründe

I.

Die Antragstellerin begehrt im Wege der Beschwerde vorläufigen Rechtsschutz gegen den Abschluss eines Erbbaurechtsvertrags zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen oder Dritten.

Die Antragstellerin ist eine nach § 75 SGB VIII anerkannte Trägerin der freien Jugendhilfe und betreibt, ebenso wie die Beigeladene, in Hamburg unter anderem mehrere Kindertagesstätten. Die Beigeladene verfügt nicht über eine Anerkennung nach § 75 SGB VIII, sie ist in der Form einer gGmbH organisiert und die Antragsgegnerin ist ihre alleinige Gesellschafterin. Laut Gesellschaftsvertrag bestimmt der Senat der Antragsgegnerin sechs von neun Mitgliedern des Aufsichtsrates. Die Antragsgegnerin ist örtliche und überörtliche Trägerin der öffentlichen Jugendhilfe nach § 69 Abs. 1 SGB VIII i.V.m. § 1 des Hamburgischen Gesetzes zur Ausführung des Achten Buches Sozialgesetzbuch – Kinder- und Jugendhilfe vom 25. Juni 1997, HmbGVBl. S. 273 (AGSGB VIII).

Die Antragsgegnerin stellte in einer Bedarfsanalyse fest, dass in dem Stadtteil Langenhorn eine unzureichende Versorgung mit Kindertagesstätten-Plätzen besteht. Sie forderte daraufhin in einer als „Interessenbekundungsverfahren in Anlehnung an § 7 Abs. 3 LHO“ bezeichneten Mitteilung unter dem Aktenzeichen ÖB 008/2021/FS34 interessierte Bewerber auf, bis zum 31. August 2021 eine Interessenbekundung zum Abschluss eines Erbbaurechtsvertrages für das Grundstück G. einschließlich der Bereitschaft zum Bau und zur Trägerschaft einer Kindertagesstätte abzugeben.

Beabsichtigt ist, dass die Antragsgegnerin zu einem jährlichen Erbbauzins i.H.v. 7.960,-- Euro mit dem erfolgreichen Bewerber einen Erbbaurechtsvertrag abschließt. Das Auswahlverfahren ist in den Punkten 4 bis 8 der Mitteilung näher ausgeführt und setzt unter anderem die Vorlage eines Trägerkonzeptes, eines Finanzierungsnachweises sowie das Ausfüllen eines Bewerbungsformulars voraus. Zudem wird festgelegt, dass die Ausführungen in dem Bewerbungsformular mit Punkten bewertet werden und der Erbbaurechtsvertrag mit dem Bewerber mit den meisten Punkten abgeschlossen wird, bei Punktgleichstand mehrerer Bewerber entscheidet das Los. Das Ausschreibungsverfahren sieht weiter vor, dass, sofern mit dem bestbewerteten Bewerber kein Erbbaurechtsvertrag geschlossen wird, der nächst Platzierte im Bewerbungsverfahren nachrückt. Die Antragstellerin bewarb sich ebenso wie die

Beigeladene und weitere Bewerber (insgesamt zwölf Bewerbungen erfüllten die Zugangsvoraussetzungen) um den Abschluss des Erbbaurechtsvertrages.

Mit Mitteilung vom 1. März 2022 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass deren Bewerbung nicht die höchste Punktzahl erreicht habe und die Auswahlentscheidung auf einen anderen Bewerber gefallen sei. Hiergegen erhob die Antragstellerin am 3. März 2022 Widerspruch, über den noch nicht entschieden worden ist. Ausgewählt wurde das Angebot der Beigeladenen, welches den Höchstwert von 83 von 100 möglichen Punkten erhielt. Das Angebot der Antragstellerin erhielt ausweislich der Bewertungsergebnisse der "Bewertungskonferenz IBV G." im Februar 2022 78 Punkte, ebenso wie das Angebot des „KJSH (Verbund für Kinder- Jugend- und Soziale Hilfen“), das Angebot der „Küstenkinder“ erhielt ebenso wie das von „Pedia“ 80 Punkte. Das Angebot von „Wabe“ (Wohnen arbeiten betreuen entwickeln) erhielt 83 Punkte, für dieses wurde das Finanzierungskonzept allerdings als sachlich nicht plausibel und unwirtschaftlich eingeschätzt und eine Auswahl ausgeschlossen. Das Angebot der Antragstellerin war demnach das gemeinsam mit dem Angebot des KJSH fünfplatzierte Angebot.

Am 14. März 2022 hat die Antragstellerin beim Verwaltungsgericht um vorläufigen Rechtsschutz nachgesucht und zur Begründung im Wesentlichen vorgetragen: Sie sei als Trägerin der freien Jugendhilfe gemäß § 4 Abs. 2 SGB VIII vorrangig gegenüber der Beigeladenen, die Teil der öffentlichen Jugendhilfe sei, auszuwählen. Zudem liege eine Verletzung ihres Bewerbungsverfahrensanspruches aus den Art. 12 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 GG vor, weil ihre Bewerbung inhaltlich besser sei als diejenige der Beigeladenen und sie daher hätte ausgewählt werden müssen. Dies gelte insbesondere bei der Beantwortung der Frage zur Förderung der Vereinbarkeit von Familie und Beruf und zu Besonderheiten aufgrund der nahegelegenen Wohnunterkunft, die durch die Antragstellerin ausführlich unter Hinweis auf deren maximale Flexibilität und unter anderem die Bereitschaft zum Angebot einer frühen und einer späten Gruppe für die Kinder mit einem 5-Stunden-Gutschein beantwortet worden sei. Die Antragstellerin habe hierfür nur fünf von zehn Punkten erhalten, die Beigeladene, deren Beantwortung objektiv schlechter gewesen sei, unter anderem weil sie vorsehe, das Angebot an 5-Stunden-Plätzen zu begrenzen, hingegen zehn Punkte. Dies sei objektiv nicht nachvollziehbar und damit willkürlich, die Antragstellerin müsse in diesem Punkt mindestens ebenso gut bewertet werden.

Das Verwaltungsgericht hat den Antrag mit Beschluss vom 11. Oktober 2022 abgelehnt. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Der Antrag sei zwar zulässig, insbesondere komme der Antragstellerin die erforderliche Antragsbefugnis in entsprechender Anwendung des § 42 Abs. 2 VwGO zu, da sie sich auf eine mögliche Verletzung ihres auf Art. 12 Abs. 1

GG gegründeten Bewerbungsverfahrensanspruchs berufen könne. Der Antrag sei aber unbegründet. Hinsichtlich der Überlassung des Grundstücks an einen anderen Dritten als die Beigeladene bestehe schon kein Anordnungsgrund, da die Antragsgegnerin sich im Interessenbekundungsverfahren darauf festgelegt habe, den Erbbaurechtsvertrag nur mit der Beigeladenen abzuschließen und für eine anderweitige Vergabe des Grundstücks überhaupt keine Anhaltspunkte bestünden. Im Übrigen fehle der erforderliche Anordnungsanspruch.

Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch folge nicht aus § 4 Abs. 2 SGB VIII, denn dieser finde keine Anwendung. Die Träger der freien Jugendhilfe könnten sich dann gegenüber dem öffentlichen Träger auf § 4 Abs. 2 SGB VIII berufen, wenn geeignete Einrichtungen der Träger der freien Jugendhilfe bereits vorhanden seien, die schon allein gewährleisten, dass die für die Jugendhilfe erforderlichen Einrichtungen ausreichend zur Verfügung stünden und darüber hinaus nach dem Grundsatz des sinnvollen Einsatzes finanzieller Mittel nicht zu befürchten sei, dass die Einrichtungen der Träger der öffentlichen Jugendhilfe schließen müssten, wenn sie die jeweiligen Hilfeleistungen nicht anbieten könnten. Diese Voraussetzung sei nicht erfüllt, weil es um die Schaffung einer neuen Kindertagesstätte gehe, um die in dem Stadtteil Langenhorn das gegenwärtige Angebot an Kindertagesbetreuungsplätzen übersteigende künftige Nachfrage überhaupt decken zu können. Das Interessenbekundungsverfahren diene zudem nur der Vorbereitung und Anbahnung einer etwaigen Jugendhilfeleistung, die das Subsidiaritätsgebot noch nicht zu tangieren vermöge, solange sie nicht sicher zur Umsetzung gelange.

Den Unterlassungsanspruch könne die Antragstellerin auch nicht darauf stützen, dass der Abschluss des Erbbaurechtsvertrages mit der Beigeladenen ermessensfehlerhaft sei und gegen § 74 SGB VIII verstoße. Denn diese Norm sei schon nicht anwendbar, weil die auf der Grundlage von § 74a SGB VIII getroffenen Regelungen des Hamburgischen Landesgesetzgebers zur Finanzierung von Tageseinrichtungen durch das Hamburgische Kinderbetreuungsgesetz vom 27. April 2004 i.V.m. den Vorschriften des Landesrahmenvertrages abschließend seien. Schließlich sei, was näher ausgeführt wird, auch eine Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs der Antragstellerin nicht ersichtlich.

Gegen den ihr am 11. Oktober 2022 zugestellten Beschluss hat die Antragstellerin am 25. Oktober 2022 Beschwerde erhoben, die sie am 8. November 2022 begründet hat.

Die zulässige Beschwerde hat auch Erfolg. Die mit der Beschwerde vorgetragenen Gründe erschüttern die tragenden Erwägungen des angefochtenen Beschlusses des Verwaltungsgerichts (hierzu unter 1.); nach der daraus folgenden, nicht mehr gemäß § 146 Abs. 4 VwGO beschränkten Prüfung durch das Beschwerdegericht, ist die Entscheidung zu ändern (hierzu unter 2.).

1. Die Antragsgegnerin hat mit ihrer Beschwerdebegründung, auf die gemäß § 146 Abs. 4 Sätze 3 und 6 VwGO abzustellen ist, die Richtigkeit der entscheidungstragenden Erwägungen des Verwaltungsgerichts erschüttert. Dieses hat ausgeführt, dass sich der streitgegenständliche Anspruch vorliegend nicht aus § 4 Abs. 2 SGB VIII ergeben könne, weil es um die Schaffung einer neuen Einrichtung gehe, um den bestehenden Bedarf an Einrichtungen der Jugendhilfe überhaupt erst decken zu können und weil das Interessenbekundungsverfahren nur der Anbahnung einer Jugendhilfeleistung diene. Daher sei das Subsidiaritätsgebot aus § 4 Abs. 2 SGB VIII vorliegend nicht tangiert. Diese tragende Erwägung hat die Antragstellerin vorliegend mit ihren Ausführungen ernsthaft in Zweifel gezogen, weil bereits der Gesetzestext des § 4 Abs. 2 SGB VIII ausdrücklich darauf abstellt, dass die öffentliche Jugendhilfe von eigenen Leistungen absehen soll, wenn geeignete Dienste, Einrichtungen oder Veranstaltungen durch die anerkannten Träger der freien Jugendhilfe rechtzeitig geschaffen werden können und somit ausdrücklich auch, wie vorliegend, erst künftig zu schaffende Einrichtungen in den Blick nimmt. Zudem ist in der Rechtsprechung des Senats anerkannt, dass das als Interessenbekundungsverfahren zum Abschluss eines Erbbaurechtsvertrages mit der gleichzeitigen Verpflichtung zur Errichtung und der Übernahme der Trägerschaft für eine Kindertagesstätte bezeichnete Verfahren kein (bloßes) Interessenbekundungsverfahren ist, sondern bereits ein Auswahlverfahren darstellt, dessen Gewinner die ausgeschriebene Leistung, hier den Abschluss des Erbbaurechtsvertrages und die Errichtung einer Kindertagesstätte mit 120 Plätzen, erhält (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 29.4.2022, 4 Bs 286/21, n.v., BA S. 13).

2. Die hiernach grundsätzlich zulässige vollständige Überprüfung der Sach- und Rechtslage durch das Beschwerdegericht führt zu einer Änderung der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung.

Nach dem wohlverstandenen Interesse der Antragstellerin ist ihr Antrag gemäß §§ 88, 122 Abs. 1 VwGO dahingehend auszulegen, dass sie auch die erneute Entscheidung über ihre Bewerbung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts begehrt. Denn die bloße Untersagung der Überlassung des Grundstückes an die Beigeladene oder einen Dritten ohne eine erneute Auswahlentscheidung der Antragsgegnerin, bei der die Auswahl der

Antragstellerin zumindest möglich ist, dürfte von ihr unter Berücksichtigung ihrer Ausführungen im Schriftsatz vom 10. November 2022 nicht begehrt werden und ein Rechtsschutzbedürfnis dürfte insoweit auch nicht bestehen (s.u.).

Der so verstandene Antrag hat Erfolg. Nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO kann das Gericht auf Antrag eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung eines Rechts der Antragstellerin vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Nach § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. §§ 920 Abs. 2, 294 ZPO hat die Antragstellerin glaubhaft zu machen, dass ihr der streitige Anspruch in der Hauptsache zusteht (sog. Anordnungsanspruch) und dessen vorläufige Sicherung nötig erscheint (sog. Anordnungsgrund). Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt.

a) Ein Anordnungsgrund setzt voraus, dass es der Antragstellerin unter Berücksichtigung ihrer Interessen unzumutbar ist, eine Entscheidung in der Hauptsache abzuwarten. Dies ist vorliegend der Fall, weil durch den Abschluss des Erbbaurechtsvertrages mit der Beigeladenen oder einem Dritten bereits ein endgültiger Zustand eintreten und der Antragstellerin die Übernahme der Kitaträgerschaft am beabsichtigten Standort unmöglich gemacht würde (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 29. April 2022, 4 Bs 286/21, n.v., BA S. 10; Beschl. v. 17.3.2008, 4 Bs 214/07, n.v., S. 5; vgl. auch VGH München, Beschl. v. 6.12.2021, 12 CE 21.2846, NVwZ-RR 2022, 221, juris Rn. 2 ff; allgemein zu einem Anordnungsgrund im Vorfeld des Abschlusses eines öffentlich-rechtlichen Vertrages mit einem Dritten, OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 30.11.2010, 1 S 107/10, NVwZ-RR 2011, 293, juris Rn. 8). Anders als in der Konstellation, die der Entscheidung des Senats im Verfahren 4 Bs 286/21 zugrunde lag, ist ein Anordnungsgrund vorliegend auch im Hinblick auf die Untersagung einer Zurverfügungstellung des Grundstücks an Dritte gegeben, da aus den nachfolgend genannten Gründen eine Vergabe des Grundstückes an die Beigeladene im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes rechtlichen Bedenken begegnet und nach der Ausschreibung dann, wenn der Erbbaurechtsvertrag mit dem ausgewählten Bewerber nicht abgeschlossen werden kann, der Nächstplatzierte nachrücken soll und somit konkrete Anhaltspunkte für eine Vergabe an die im Auswahlverfahren besser platzierten Bewerber als die Antragstellerin bestehen.

b) Die Antragstellerin hat vorliegend glaubhaft gemacht, dass ihr aus § 4 Abs. 2 SGB VIII ein Abwehrrecht und somit ein Anordnungsanspruch gegen eine Überlassung des Grundstücks an die Beigeladene zur Errichtung einer Kindertagesstätte zukommt (hierzu

unter aa) und dass ihre Auswahl im Falle einer erneuten, fehlerfreien Durchführung des Auswahlverfahrens zumindest möglich erscheint (hierzu unter bb).

aa) Ein Anordnungsanspruch folgt vorliegend nach der im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes angezeigten summarischen Prüfung aus § 4 Abs. 2 SGB VIII. Die Vorschrift des § 4 Abs. 2 SGB VIII findet vorliegend Anwendung, da sie ein tragendes Strukturprinzip der Jugendhilfe normiert, das in allen Handlungsfeldern der Jugendhilfe anzuwenden ist, unabhängig davon, ob auch die weiteren Vorschriften des SGB VIII, etwa § 74 SGB VIII, Anwendung finden oder der Vorrang des Landesrechts nach § 74a SGB VIII greift. Denn das Landesrecht vermag die Strukturprinzipien des bundesgesetzlich geregelten Jugendhilferechts nicht abzubedingen (vgl. BVerwG, Urt. v. 22.10.2009, 5 C 16. 08, BVerwGE 135, 150, juris Rn. 18; OVG Münster, Urt. v. 12.1.2021, 21 A 3824/18, juris Rn. 52; Luthe in: juris-PK SGB VIII, 3. Auflage 2022, § 4 Rn. 7). Der Anwendung des in § 4 Abs. 2 SGB VIII normierten bedingten Vorrangs der freien Träger der Jugendhilfe steht auch vorliegend, anders als durch das Verwaltungsgericht ausgeführt, nicht entgegen, dass das als „Interessenbekundungsverfahren in Anlehnung an § 7 Abs. 3 LHO“ bezeichnete Verfahren nur der Erforschung der Marktsituation dienen würde und noch keine Jugendhilfe im Sinne des SGB VIII darstelle. Vielmehr handelt es sich bei dem vorliegenden Verfahren gerade nicht um ein „bloßes“ Interessenbekundungsverfahren, sondern um das eigentliche Auswahlverfahren zum Abschluss eines untrennbar mit der Errichtung und dem Betrieb einer Kindertagesstätte verknüpften Erbbaurechtsvertrages (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 29.4.2022, 4 Bs 286/21, n.v., BA S. 13).

Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 4 Abs. 2 SGB VIII dürften erfüllt sein (hierzu unter aaa) und in der Rechtsfolge der Antragstellerin ein Anspruch auf Unterlassung des Abschlusses des Erbbaurechtsvertrages mit der Beigeladenen zukommen (hierzu unter bbb).

aaa) Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 4 Abs. 2 SGB VIII dürften vorliegend erfüllt sein. § 4 Abs. 2 SGB VIII lautet: „Soweit geeignete Einrichtungen, Dienste und Veranstaltungen von anerkannten Trägern der freien Jugendhilfe betrieben werden oder rechtzeitig geschaffen werden können, soll die öffentliche Jugendhilfe von eigenen Maßnahmen absehen.“ Die Antragstellerin ist unstreitig eine anerkannte Trägerin der freien Jugendhilfe gemäß § 75 Abs. 1, Abs. 2 SGB VIII. Bei der zu errichtenden Kindertagesstätte handelt es sich zudem um eine Einrichtung i.S.d. § 4 Abs. 2 SGB VIII. Unter dem Begriff der Einrichtungen versteht man die Erfüllung von Aufgaben unter Einsatz besonderer Sachmittel, insbesondere Gebäude, sächliche Ausstattung sowie personeller Mittel, dies umfasst unter

anderem die Errichtung einer Kindertagesstätte (vgl. nur Schindler/Elmayer in: Kunkel/Kepert/Pattar, LPK-SGB VIII, 8. Aufl. 2022, § 4 Rn. 38).

Die durch die Antragstellerin geplante Kindertagesstätte dürfte zudem eine geeignete Einrichtung sein, die rechtzeitig geschaffen werden kann. Dass das Projekt der Antragstellerin eine längere Realisierungsdauer hätte als die Projekte der Mitbewerber, ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, so dass die Einrichtung durch die Antragstellerin „rechtzeitig“ i.S.d. § 4 Abs.2 SGB VIII geschaffen werden kann. Geeignet nach dieser Vorschrift ist eine Einrichtung dann, wenn sie sowohl fachlichen (Mindest-) Standards als auch den Wünschen und Bedürfnissen der potentiellen Nutzer entspricht (vgl. Wapler in: Wiesner/Wapler, SGB VIII, Kinder und Jugendhilfe, 6. Auflage 2022, § 4 Rn. 22; Schindler/Elmayer in: Kunkel/Kepert/Pattar, SGB VIII, Kinder und Jugendhilfe, 8. Auflage 2022, § 4 Rn. 40; Nebendahl, Schleswig-Holsteinische Anzeigen 2018, S. 443 (447), m.w.N.). Die Antragstellerin erfüllt als Trägerin mehrerer Kindertagesstätten in Hamburg die geltenden und über den Abschluss entsprechender Vereinbarungen nach § 15 KibeG abgesicherten fachlichen Standards. Sie hat in ihrer Bewerbung für den Standort G., in der unter anderem Ausführungen zu der Nachfrage von Plätzen durch die Bewohner der nahegelegenen Wohnunterkunft und somit nach den Bedürfnissen der potentiellen Nutzer sowie die Partizipation von Eltern und Kindern zu machen waren, 78 von 100 Punkten erreicht und nur 5 Punkte weniger als die ausgewählte Bewerberin. Dass die durch die Antragstellerin geplante Einrichtung nicht geeignet wäre, die künftigen Interessen der Nutzer abzubilden, ist daher nicht ersichtlich.

bbb) Die Antragstellerin dürfte vorliegend einen Anspruch auf Unterlassung der Grundstücksüberlassung an die Beigeladene gegen die Antragsgegnerin herleiten können. § 4 Abs. 2 SGB VIII kann Trägern der freien Jugendhilfe, die über eine Anerkennung nach § 75 SGB VIII verfügen, bei Vorliegen seiner tatbestandlichen Voraussetzungen ein subjektives Abwehrrecht gegen ein Tätigwerden des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe vermitteln, sofern dieser gegen das dann aus der Norm folgende bedingte Subsidiaritätsgebot verstößt (vgl. OVG Hamburg, Urt. v. 25.8.2022, 4 Bf 19/21, juris Rn. 68 ff. unter Bezugnahme auf BVerfG, Urt. v. 18.7.1967, 2 BvF 3/62, BVerfGE 22, 180, juris Rn. 65 ff). Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 4 Abs. 2 SGB VIII sind vorliegend wie zuvor dargestellt erfüllt, zudem sind die Voraussetzungen des „bedingten“ Vorrangs des Trägers der freien Jugendhilfe – also der Antragstellerin – gegeben. Nach § 4 Abs. 2 SGB VIII „soll“ der Träger der öffentlichen Jugendhilfe unter anderem von eigenen Maßnahmen absehen, wenn geeignete Einrichtungen durch die anerkannten Träger der freien Jugendhilfe rechtzeitig geschaffen werden können. Anders als die Vorgängervorschrift des § 5 Abs. 3 Satz 2 JWG, die vorsah, dass von eigenen

Maßnahmen abzusehen „ist“, hat sich der Gesetzgeber bei Normierung des § 4 Abs. 2 SGB VIII ausdrücklich für den „bedingten“ Vorrang der freien Träger der Jugendhilfe entschieden, dies allerdings unter Berücksichtigung der insoweit maßgeblichen Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts im oben genannten Urteil vom 18. Juli 1967. Danach ist der „bedingte“ Vorrang der anerkannten Träger der freien Jugendhilfe dergestalt zu verstehen, dass das Jugendamt nur dann selbst Einrichtungen schaffen und Veranstaltungen vorsehen soll, wenn seine Anregungen und Förderungsmaßnahmen bei den Trägern der freien Jugendhilfe nicht zum Ziel führen, etwa weil der freie Träger keine angemessene Eigenleistung aufbringen kann. Ein Vorrang der Träger der freien Jugendhilfe umfasst beispielsweise auch nicht das Gebot für die Träger der öffentlichen Jugendhilfe, bestehende Angebote zugunsten der Träger der freien Jugendhilfe zu schließen, vielmehr soll ein sinnvoller Einsatz privater und öffentlicher wirtschaftlicher Mittel gewährleistet werden (vgl. BVerfG, Urt. v. 18.7.1967, 2 BvF 3/62, BVerfGE 22, 180, juris Rn. 65 ff). Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so besteht ein gerichtlich durchsetzbarer Unterlassungsanspruch des anerkannten Trägers der freien Jugendhilfe gegen den Träger der örtlichen Jugendhilfe dann, wenn ein konkretes „Konkurrenzverhältnis“ besteht (vgl. grundlegend OVG Hamburg, Urt. v. 25.8.2022, 4 Bf 19/21, juris Rn. 81 m.w.N.; Nebendahl, Schleswig-Holsteinische Anzeigen 2018, S. 443 (449)). So liegt es hier. Die Überlassung des streitgegenständlichen Grundstücks zur Errichtung einer Kindertagesstätte durch die Antragsgegnerin an die Beigeladene ist eine „eigene“ Maßnahme i.S.d. § 4 Abs. 2 SGB VIII. Die Beigeladene ist zwar privatrechtlich organisiert, sie dürfte aber der Antragstellerin als Trägerin der öffentlichen Jugendhilfe zuzurechnen sein (vgl. zur Abgrenzung von öffentlichen und freien Trägern der Jugendhilfe, OVG Hamburg, 4 Bf 19/21, Urt. v. 25.8.2022, juris Rn. 84 ff; vgl. hierzu auch OVG Weimar, Urt. v. 6.4.2006, 3 KO 237/05; Urt. v. 19.10.2004, 2 KO 385/03, jeweils juris; Janda in: Beck-Online Großkommentar, Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, Stand 1.3.2023, § 75 Rn. 11; Trésoret in: Schlegel/Voeltzke, jurisPK- SGB VIII, 3. Auflage 2022, § 75 Rn. 37). Die Beigeladene ist keine nach § 75 SGB VIII anerkannte Trägerin der öffentlichen Jugendhilfe. Sie dürfte auch nicht zu den freien Trägern der Jugendhilfe gehören. Das SGB VIII sieht eine Definition des freien Trägers der Jugendhilfe nicht vor. Aus den Vorschriften lässt sich aber ableiten, dass grundsätzlich als Träger der freien Jugendhilfe jede Personengruppe, Initiative und Personenvereinigung sowie jede juristische Person in Betracht kommt, die auf dem Gebiet der Jugendhilfe ohne gesetzliche Verpflichtung aufgrund eigener freier Entscheidung tätig wird (vgl. Schindler/Elmayer in: Kunkel/Kepert/Pattar, LPK SGB VIII, 8. Aufl. 2022, § 3 Rn. 16; Winkler in: BeckOK Sozialrecht, Rolfs/Giesen/Meßling/Udsching, 68. Edition, Stand 1.3.2023, § 75 Rn. 1). Dies dürfte vorliegend bei der Beigeladenen nicht gegeben sein, da sie nicht aufgrund eigener freier Entscheidung Leistungen der Jugendhilfe erbringt, sondern sich die Antragsgegnerin ihrer bedient, um ihre gesetzlichen Verpflichtungen u.a. aus § 79 SGB VIII zu

erfüllen. Denn die Beigeladene ist als Eigenbetrieb der Antragsgegnerin in Form einer gGmbH organisiert. Alleinige Gesellschafterin der Beigeladenen ist die Antragsgegnerin, diese hat auch das gesamte Stammkapital in Form einer Stammeinlage i.H.v. 35 Millionen Euro übernommen. Gemäß § 7 des Gesellschaftsvertrages besteht der Aufsichtsrat aus neun Personen, von denen sechs durch den Senat der Antragsgegnerin bestimmt werden und die unter anderem über die Ein- und Abberufung der Geschäftsführer bestimmen und deren Tätigkeit überwachen. Zudem unterliegen gemäß § 8 des Gesellschaftsvertrages eine Vielzahl von Geschäften, unter anderem auch der Abschluss von bestimmten Miet- und Pachtverträgen, der Zustimmungspflicht des Aufsichtsrates und kann nach § 16 des Gesellschaftsvertrages die zuständige Behörde der Antragsgegnerin die Recht- und Zweckmäßigkeit des „Geschäftsgebarens“ der Beigeladenen überprüfen. Allein dadurch, dass ein öffentlicher Träger der Jugendhilfe durch eine privatrechtlich organisierte Eigengesellschaft tätig wird, kann diese aber nicht zum freien Träger im Sinne des SGB VIII werden, sofern die wesentlichen Entscheidungen für die Einrichtung bei dem öffentlichen Träger verbleiben und sie diese über ihre Stellung als maßgebliche Gesellschafterin herbeiführen kann, wovon nach den vorherigen Ausführungen in Bezug auf die Beigeladene auszugehen ist (vgl. OVG Weimar, Urt. v. 19.10.2004, 2 KO 385/03, juris, 1. Leitsatz, Rn. 18; OVG Weimar, Urt. v. 6.4.2006, 3 KO 237/05, juris Rn. 54).

Es liegt auch ein konkretes Konkurrenzverhältnis vor, da nach den Bedingungen des Auswahlverfahrens der Abschluss des Erbbaurechtsvertrages untrennbar mit der Übernahme der Trägerschaft für die Kindertagesstätte verbunden ist. Es sind zudem keine Besonderheiten des Einzelfalls erkennbar, warum vorliegend die Kindertagesstätte am G. durch eine eigene Maßnahme der Antragsgegnerin erschaffen werden müsste. Hiergegen spricht schon die Durchführung des „Interessenbekundungsverfahrens“ unter grundsätzlich gleichrangiger Beteiligung der freien Träger der Jugendhilfe. Nach den Planungen der Antragsgegnerin besteht ein grundsätzlicher Bedarf für die Errichtung einer neuen Kindertagesstätte, weil im Stadtteil Langenhorn das bestehende Angebot nicht ausreichend ist und soweit ersichtlich auch nicht durch die Ausweitung bestehender Einrichtungen mit weniger wirtschaftlichem Aufwand gedeckt werden kann. Nach den im Auswahlverfahren eingereichten Finanzierungsplänen sollen die Kosten für den Bau der Kindertagesstätte durch den jeweiligen Träger aufgewendet werden, sodass ebenfalls nicht ersichtlich ist, dass die Durchführung der Maßnahme durch einen Träger der freien Jugendhilfe für den öffentlichen Träger wirtschaftlich belastender wäre als eine eigene Maßnahme. Wie oben dargestellt ist auch nicht ersichtlich, dass das Angebot der Antragstellerin den Bedürfnissen der potentiellen Nutzer nicht genügen würde oder ein anderer Grund vorliegen würde, ausnahmsweise von einem Vorrang der öffentlichen Jugendhilfe im Streitgegenständlichen Fall auszugehen. Die

Pluralität des Angebotes würde schließlich weder durch die Errichtung einer weiteren Einrichtung der Beigeladenen, noch der Antragstellerin erhöht, da beide bereits eine Vielzahl von Einrichtungen im Stadtgebiet betreiben.

bb) Die Antragstellerin hat auch glaubhaft gemacht, dass ihre Auswahl im Falle einer erneuten, fehlerfreien Durchführung des Auswahlverfahrens zumindest möglich erscheint. Dies ist vorliegend erforderlich, weil trotz der Verletzung des bedingten Vorrangs der Maßnahmen der freien Träger der Jugendhilfe aus § 4 Abs. 2 SGB VIII ein Rechtsschutzbedürfnis für eine Untersagung der Grundstücksüberlassung an die Beigeladene oder einen Dritten und mithin auch ein sicherungsfähiger Anspruch i.S.d. § 123 VwGO nur dann besteht, wenn die Auswahl der Antragstellerin selbst zumindest möglich erscheint (offen gelassen in OVG Hamburg, Beschl. v. 29.4.2022, 4 Bs 286/21, n.v., BA S. 10; vgl. zu einem entsprechenden Erfordernis für den Rechtsschutz im Vergabeverfahren nach dem GWB Horn/Hofmann in: Burgi/Dreher/Opitz, Vergaberecht, 4. Auflage 2022, § 160 GWB, Rn. 33; OLG Celle, Beschl. v. 12.10.2021, juris Rn. 78 m.w.N.; zum beamtenrechtlichen Bewerbungsverfahrenanspruch vgl. nur BverfG, Beschl. v. 25.11.2015, 2 BvR 1461/15, NJW 2016, 309, juris Rn. 19 m.w.N.).

Vorliegend hat das Angebot der Antragstellerin 78 Punkte erhalten, dasjenige der „Küstenkinder“ und von „pedia“ jeweils 80 Punkte. Eines dieser Angebote würde gemäß den Verfahrensbedingungen nach Durchführung eines Losverfahrens nachrücken, wenn der Erbbaurechtsvertrag mit der Beigeladenen aus den zuvor dargestellten Gründen nicht abgeschlossen werden kann. Ein sicherungsfähiger Anspruch liegt daher vorliegend nur vor, wenn die Antragstellerin zusätzlich glaubhaft machen kann, dass ihre Bewerbung bei erneuter fehlerfreier Durchführung des Auswahlverfahrens zumindest möglicherweise besser bewertet werden müsste, als das Angebot der „Küstenkinder“ sowie von „pedia“, wobei der Senat mangels gegenteiliger Anhaltspunkte unterstellt, dass beide Träger anerkannte Träger der freien Jugendhilfe i.S.d. § 75 SGB VIII sind.

Diese Anforderungen sind vorliegend erfüllt, denn die Antragstellerin hat glaubhaft gemacht, dass die Vergabe von nicht mehr als 78 von 100 möglichen Punkten im streitgegenständlichen Auswahlverfahren sie dadurch in ihrem Bewerbungsverfahrensanspruch aus Art. 12 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1, Art. 19 Abs. 3 GG verletzt und eine auf sie fallende Auswahlentscheidung bei fehlerfreier erneuter Durchführung des Verfahrens möglich erscheint, dass die Vergabe von fünf von zehn möglichen Punkten bei der Beantwortung der Frage zur Vereinbarkeit von Familie und Beruf sowie Berücksichtigung der besonderen Bedarfe der Eltern und Kinder aus der nagelegenen Wohnunterkunft nicht sachlich nachvollziehbar und unter Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG ergangen ist.

Bemühen sich mehrere freie Träger um die Durchführung von Jugendhilfemaßnahmen, so steht ihnen auf der Grundlage der aus Art. 12 Abs. 1 GG abzuleitenden Wettbewerbsfreiheit ein Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung und chancengleiche Teilnahme am Bewerbungsverfahren zu (vgl. VGH München, Beschl. v. 6.12.2021, 12 CE 21.2846, NVwZ-RR 2022,221, juris, Leitsatz 1, Rn. 18, m.w.N.; OVG Hamburg, 4 Bs 286/21, Beschl. v. 29.4.2022, n.v., BA S. 12). Dieser Anspruch beinhaltet zumindest einen aus Art. 3 Abs. 1 GG folgenden Gleichbehandlungsanspruch des Inhalts, dass die Bewertung der Bewerbungen der verschiedenen Anbieter anhand der gleichen Beurteilungsmaßstäbe in einem transparenten und fairen Verfahren vorgenommen wird (vgl. OVG Lüneburg, Beschl. v. 29.10.2018, 10 ME 363/18, NordÖR 2019, S. 86, juris Rn. 23 zu einem Anspruch auf eine Auswahlentscheidung unter Wahrung der Anforderungen des Art. 3 Abs.1 GG).

Dabei obliegt es dem Gericht nicht, die Vergabe der einzelnen Punkte inhaltlich zu bewerten und ein Angebot als besser oder schlechter zu beurteilen. Die am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG ausgerichtete gerichtliche Kontrolle umfasst aber, ähnlich dem beamtenrechtlichen Bewerbungsverfahrensanspruch, zumindest die Überprüfung, ob der Sachverhalt von der Antragsgegnerin unvollständig oder unzutreffend erfasst worden ist, sie selbst aufgestellte Beurteilungsvorgaben nicht beachtet hat oder sachwidrige oder gegen allgemeine Bewertungsgrundsätze verstoßende Erwägungen angestellt hat und ihre Wertung hierdurch fehlerhaft geworden ist (vgl. VG Hamburg, Beschl. v. 5.5.2021, 2 S 417/21, n.v., BA S. 12).

Das durch die Antragsgegnerin zur Erfüllung ihrer Gesamtverantwortung aus § 79 Abs. 1 SGB VIII für die Erfüllung der Aufgaben nach dem SGB VIII gewählte „Interessenbekundungsverfahren“ mit den einzelnen in den Bewerbungsunterlagen abgefragten Kriterien dürfte dabei nach summarischer Prüfung im vorliegenden Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nicht gegen die Prinzipien des chancengleichen und transparenten Verfahrens verstoßen. Die Auswahlkriterien sind zudem an den gesetzlichen Anforderungen der §§ 22 ff. SGB VIII zur Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen ausgerichtet und bezeugen keinen durchgreifenden Bedenken (vgl. bereits OVG Hamburg, Beschl. v. 29.4.2022, 4 Bs 286/21, n.v., BA S. 12).

Es erscheint aber zumindest möglich, dass die Bewerbung der Antragstellerin bei der Beantwortung der Frage *„Bitte machen sie konkrete Ausführungen zur Ermöglichung der Vereinbarkeit von Familie und Beruf in Hinblick auf z.B. Randzeitenbetreuung, einem Wechsel der Leistungsart, Bring- und Holzeiten etc. Bitte machen Sie konkrete konzeptionelle Ausführungen in welchem Umfang 5-Stunden-Plätze angeboten werden sollen, auch in*

Hinblick auf die Nachfrage aus den Wohnunterkünften (10 Punkte)“ unter Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz fehlerhaft nur mit fünf Punkten bewertet wurde, weil diese Bewertung sachlich nicht nachvollziehbar ist und die Vergleichbarkeit der angewendeten Beurteilungsmaßstäbe an unterschiedliche Bewerbungen nicht erkennen lässt. Die Antragstellerin hat im Hinblick auf die Nachfrage aus den Wohnunterkünften ausgeführt:

„Alle Kinder aus den nahe gelegenen Wohnunterkünften sind uns willkommen – Sternipark unterscheidet Kinder nicht nach Herkunft, Religion oder sonstigen Weltanschauungen. Ein Fokus muss darauf liegen, auch und gerade für diese Kinder einen guten Start ins deutsche Bildungssystem sicherzustellen. Da Sternipark mit 13 Kitas und 18 Sprachfachkräften am Bundesprogramm „Sprachkita“ partizipiert und hier über ein breites Erfahrungswissen verfügt, kann dieses zugunsten geflüchteter Kinder oder von Kindern mit Migrationshintergrund eingesetzt werden.“

Hierfür hat sie fünf von zehn Punkten erhalten. In der Mitteilung darüber, dass die Antragstellerin nicht ausgewählt worden sei, hat die Antragsgegnerin dargestellt, dass die Ausführungen eine „ausführliche Auseinandersetzung mit den Besonderheiten aufgrund der nahegelegenen Wohnunterkunft vermissen“ ließen. Im erstinstanzlichen Verfahren vor dem Verwaltungsgericht hat die Antragsgegnerin ihre Ausführungen dahingehend ergänzt, dass die Antragstellerin nicht ausführlich beschreibe, wie sie dem voraussichtlich erhöhten Bedarf an 5-Stunden-Plätzen aufgrund der nahegelegenen Wohnunterkunft zu entsprechen beabsichtige.

Die Beigeladene hat ausweislich der Sachakte in ihrer Bewerbung zur Beantwortung dieser Frage ausgeführt:

„Zugleich müssen wir zugunsten einer tragfähigen Personalausstattung und somit einer guten pädagogischen Arbeit den Anteil der 5-Stunden-Plätze in unseren Kitas auch begrenzen. Unser Betreuungsangebot ist entsprechend heterogen. Unsere Flexibilität bietet den Familien eine große Sicherheit, denn bei den Elbkindern einmal aufgenommen und eingewöhnt, verbleibt jedes Kind dauerhaft und sicher in seiner Kita, auch wenn sich eine veränderte Lebenssituation der Eltern auf ihren Kita-Gutschein auswirkt. Wir möchten, dass Eltern bei uns ein Angebot vorfinden, das ihrer Lebenssituation entspricht. Darüber hinaus möchten wir bei entsprechender Nachfrage gern ein passendes und bedarfsgerechtes Angebot für Kinder bereitstellen, die in Wohnunterkünften leben.“

Diese Ausführungen wurden mit zehn von zehn Punkten bewertet. Diese Bewertung lässt die Anwendung gleicher Bewertungsmaßstäbe nicht erkennen, da die Beigeladene zu der Nachfrage aus den Wohnunterkünften lediglich auf ein „passendes und bedarfsgerechtes Angebot“ und das auch nur „bei entsprechender Nachfrage“ verweist, ohne dies im Ansatz zu konkretisieren und ohne zu berücksichtigen, dass die Nachfrage wegen der vorhandenen Wohnunterkünfte bereits feststeht. Dies ist sachlich nicht nachvollziehbar mit den Anforderungen in Einklang zu bringen, die die Antragsgegnerin an das Angebot der Antragstellerin gestellt hat, nämlich eine ausführliche Auseinandersetzung mit den Besonderheiten aufgrund der nahegelegenen Wohnunterkunft vorzunehmen. Es bleibt danach zwar möglich, dass das Angebot der Beigeladenen in diesem Punkt fehlerhaft zu viele Punkte erhalten hat, ebenso möglich und somit für die Annahme einer möglichen Besserbeurteilung bei erneuter fehlerfreier Durchführung des Verfahrens ausreichend ist es aber, dass an das Angebot der Antragstellerin in diesem Punkt strengere Anforderungen auch als an dasjenige der besser platzierten Bewerber gestellt wurden.

Unbeachtlich sind hingegen die Einwendungen der Antragstellerin, soweit sie das Finanzierungskonzept der Beigeladenen betreffen, da eine Auswahlentscheidung, die auf die Beigeladene fällt, nach den vorstehenden Ausführungen bei einer Wiederholung des Auswahlverfahrens nicht mehr möglich ist. Gleiches gilt soweit die Antragstellerin die Beurteilung der Bewerbung hinsichtlich der Beschreibung des Sozialraumes rügt, da ihre eigene Bewerbung in diesem Punkt die maximale Punktzahl von zehn Punkten erreicht hat.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 154 Abs. 2, 162 Abs. 3, 188 Satz 2 VwGO.