

IBRRS 2023, 2340

Entscheidung im Volltext

Vergabe

Zum Auswahlverfahren bei Grundstücksüberlassung mit Bauverpflichtung

Fundstelle: NJW 2023, 2588

OVG Hamburg

Beschluss

vom 09.05.2023

4 [Bs](#) [157/22](#)

GG Art. 3 Abs. 1; LHO-HH § 7 Abs. 3; SGB VIII § 4 Abs. 2, § 75; VwGO § 123

1. Die Überlassung eines Grundstücks durch den Abschluss eines Erbbaurechtsvertrags, der an die Bedingung geknüpft ist, den Bau und die Trägerschaft einer Kindertagesstätte zu übernehmen, kann eine Maßnahme der Jugendhilfe darstellen.

2. Ein anerkannter Träger der freien Jugendhilfe kann im Einzelfall einen Anspruch auf Unterlassung des Abschlusses eines Erbbaurechtsvertrags 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 Erbbaurechtsvertrags ein "Auswahlverfahren" vorgeschaltet, an dem sich mehrere anerkannte Träger der freien Jugendhilfe beteiligt haben, so besteht in einem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ein Anspruch auf Unterlassen des Abschlusses des Erbbaurechtsvertrags 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.

OVG Hamburg, Beschluss vom 09.05.2023 - 4 [Bs](#) [157/22](#)

vorhergehend:

VG Hamburg, 11.10.2022 - 20 E 1200/22

Zum Sachverhalt

Die Ast. beehrte im Wege der Beschwerde vorläufigen Rechtsschutz gegen den Abschluss eines Erbbaurechtsvertrags zwischen der Ag. und der Beigel. oder Dritten.

Die Ast. ist eine nach § 75 SGB VIII anerkannte Trägerin der freien Jugendhilfe und betreibt, ebenso wie die Beigel., in Hamburg unter anderem mehrere Kindertagesstätten. Die Beigel. verfügt nicht über eine Anerkennung nach § 75 SGB VIII, sie ist in der Form einer gGmbH organisiert und die Ag. ist ihre alleinige Gesellschafterin. Laut Gesellschaftsvertrag bestimmt der Senat der Ag. sechs von neun Mitgliedern des Aufsichtsrats. Die Ag. ist örtliche und überörtliche Trägerin der öffentlichen Jugendhilfe nach § 69 I SGB VIII iVm § 1 des Hamburgischen Gesetzes zur Ausführung des Achten Buches Sozialgesetzbuch - Kinder- und Jugendhilfe vom 25.6.1997, HmbGVBl 1997, 273 (AGSGB VIII).

Die Ag. stellte in einer Bedarfsanalyse fest, dass in dem Stadtteil ### eine unzureichende Versorgung mit Kindertagesstätten-Plätzen besteht. Sie forderte daraufhin in einer als "Interessenbekundungsverfahren in Anlehnung an § 7 III LHO" bezeichneten Mitteilung unter dem Aktenzeichen ÖB 008/2021/FS 34 interessierte Bewerber auf, bis zum 31.8.2021 eine Interessenbekundung zum Abschluss eines Erbbaurechtsvertrags für das Grundstück G. einschließlich der Bereitschaft zum Bau und zur Trägerschaft einer Kindertagesstätte abzugeben.

Beabsichtigt ist, dass die Ag. zu einem jährlichen Erbbauzins iHv 7.960 EUR 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 Trägerkonzepts, 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 Nächstplatzierte im Bewerbungsverfahren nachrückt. Die Ast. bewarb sich ebenso wie die Beigel. und weitere Bewerber (insgesamt zwölf Bewerbungen erfüllten die Zugangsvoraussetzungen) um den Abschluss des Erbbaurechtsvertrags.

Mit Mitteilung vom 1.3.2022 teilte die Ag. der Ast. mit, dass deren Bewerbung nicht die höchste Punktzahl erreicht habe und die Auswahlentscheidung auf einen anderen Bewerber gefallen sei. Hiergegen erhob die Ast. am 3.3.2022 Widerspruch, über den noch nicht entschieden worden ist. Ausgewählt wurde das Angebot der Beigel., welches den Höchstwert von 83 von 100 möglichen Punkten erhielt. Das Angebot der Ast. 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. Das Angebot der Ast. war demnach das gemeinsam mit dem Angebot des KJSH fünftplatzierte Angebot.

Am 14.3.2022 hat die Ast. beim VG um vorläufigen Rechtsschutz nachgesucht und zur Begründung im Wesentlichen vorgetragen: Sie sei als Trägerin der freien Jugendhilfe gem. § 4 II SGB VIII vorrangig gegenüber der Beigel., die Teil der öffentlichen Jugendhilfe sei, auszuwählen. Zudem liege eine Verletzung ihres Bewerbungsverfahrensanspruchs aus den Art. 12 I, Art. 3 I GG vor, weil ihre Bewerbung inhaltlich besser sei als diejenige der Beigel. und sie daher hätte ausgewählt werden müssen.

Das VG Hamburg (Beschl. v. 11.10.2022 - 20 E 1200/22) hat den Antrag abgelehnt. Die Beschwerde der Ast. hatte Erfolg. Der Beschluss des VG Hamburg wurde geändert; der Ag. wurde im Wege der einstweiligen Anordnung vorläufig untersagt, auf Grundlage des Interessenbekundungsverfahrens mit der Beigel. oder einem Dritten einen Erbbaurechtsvertrag betreffend das betroffene Flurstück abzuschließen und/oder dieses Flurstück der Beigel. oder einem Dritten anderweitig für die Planung, die Errichtung und/oder den Betrieb einer Kindertagesstätte zu überlassen, bis über die Bewerbung der Ast. unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut entschieden worden ist.

Aus den Gründen

(...)

Die mit der Beschwerde vorgetragenen Gründe erschüttern die tragenden Erwägungen des angefochtenen Beschlusses des VG (hierzu unter 1); nach der daraus folgenden, nicht mehr

gem. § 146 IV VwGO beschränkten Prüfung durch das BeschwGer. ist die Entscheidung zu ändern (hierzu unter 2).

1. Die Ag. hat mit ihrer Beschwerdebeurteilung, auf die gem. § 146 IV 3 und 6 VwGO abzustellen ist, die Richtigkeit der entscheidungstragenden Erwägungen des VG erschüttert.

Dieses hat ausgeführt, dass sich der streitgegenständliche Anspruch vorliegend nicht aus § 4 II 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 II SGB VIII vorliegend nicht tangiert.

Diese tragende Erwägung hat die Ast. vorliegend mit ihren Ausführungen ernsthaft in Zweifel gezogen, weil bereits der Gesetzestext des § 4 II 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 Erbbaurechtsvertrags 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 Erbbaurechtsvertrags und die Errichtung einer Kindertagesstätte mit 120 Plätzen, erhält (vgl. OVG Hamburg 29.4.2022 - 4 Bs 286/21, BeckRS 2022, 50110).

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

Nach dem wohlverstandenen Interesse der Ast. ist ihr Antrag gem. §§ 88, 122 I 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 Grundstücks an die Beigel. oder einen Dritten ohne eine erneute Auswahlentscheidung der Ag., bei der die Auswahl der Ast. zumindest möglich ist, dürfte von ihr unter Berücksichtigung ihrer Ausführungen im Schriftsatz vom 10.11.2022 nicht begehrt werden und ein Rechtsschutzbedürfnis dürfte insoweit auch nicht bestehen (s. unten).

Der so verstandene Antrag hat Erfolg. Nach § 123 I 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 Zustands die Verwirklichung eines Rechts der Ast. vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Nach § 123 III VwGO iVm § 920 II, § 294 ZPO hat die Ast. 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 Ast. unter Berücksichtigung ihrer Interessen unzumutbar ist, eine Entscheidung in der Hauptsache abzuwarten. Dies ist vorliegend der Fall, weil durch den Abschluss des Erbbaurechtsvertrags mit der Beigel. oder einem Dritten bereits ein endgültiger Zustand eintreten und der Ast. die Übernahme der Kitaträgerschaft am beabsichtigten Standort unmöglich gemacht würde (vgl. OVG Hamburg 29.4.2022 - 4 Bs 286/21, BeckRS 2022, 50110; 17.3.2008 - 4 Bs 214/07, BeckRS 2008, 149104; vgl. auch VGH München **NVwZ-RR 2022**, 221 Rn. 2?ff.; allg. zu einem Anordnungsgrund im Vorfeld des Abschlusses eines öffentlich-rechtlichen Vertrags mit einem Dritten OVG Berlin-Brandenburg **NVwZ-RR 2011**, 293 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 Grundstücks an die Beigel. 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 Ast. bestehen.

b) Die Ast. hat vorliegend glaubhaft gemacht, dass ihr aus § 4 II SGB VIII ein Abwehrrecht und somit ein Anordnungsanspruch gegen eine Überlassung des Grundstücks an die Beigel. zur Errichtung einer Kindertagesstätte zukommt (hierzu unter aa) und dass ihre Auswahl im Fall 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 II SGB VIII. Die Vorschrift des § 4 II 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. **BVerwGE 135, 150 = NVwZ-RR 2010, 148**; OVG Münster 12.1.2021 - **21 A 3824/18, BeckRS 2021, 190** Rn. 52; jurisPK-SGB VIII/Luthe, 3. Aufl. 2022, SGB VIII § 4 Rn. 7). Der Anwendung des in § 4 II SGB VIII normierten bedingten Vorrangs der freien Träger der Jugendhilfe steht auch vorliegend, anders als durch das VG ausgeführt, nicht entgegen, dass das als "Interessenbekundungsverfahren in Anlehnung an § 7 III 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 Erbbaurechtsvertrags (vgl. OVG Hamburg 29.4.2022 - 4 Bs 286/21, BeckRS 2022, 50110).

19Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 4 II SGB VIII dürften erfüllt sein (hierzu unter aaa) und in der Rechtsfolge der Ast. ein Anspruch auf Unterlassung des Abschlusses des Erbbaurechtsvertrags mit der Beigel. zukommen (hierzu unter bbb).

aaa) Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 4 II SGB VIII dürften vorliegend erfüllt sein. § 4 II 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 Ast. ist unstreitig eine anerkannte Trägerin der freien Jugendhilfe gem. § 75 I, II SGB VIII. Bei der zu errichtenden Kindertagesstätte handelt es sich zudem um eine Einrichtung iSd § 4 II 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 LPK-SGB VIII/Schindler /Elmayer, 8. Aufl. 2022, SGB VIII § 4 Rn. 38).

Die durch die Ast. geplante Kindertagesstätte dürfte zudem eine geeignete Einrichtung sein, die rechtzeitig geschaffen werden kann. Dass das Projekt der Ast. eine längere Realisierungsdauer hätte

als die Projekte der Mitbewerber, ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, so dass die Einrichtung durch die Ast. "rechtzeitig" iSd § 4 II 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 potenziellen Nutzer entspricht (vgl. Wiesner/Wapler/Wapler, 6. Aufl. 2022, SGB VIII § 4 Rn. 22; LPK-SGB VIII/Schindler/Elmayer SGB VIII § 4 Rn. 40; Nebendahl Schleswig-Holsteinische Anzeigen 2018, 443 (447 mwN). Die Ast. 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 potenziellen Nutzer sowie die Partizipation von Eltern und Kindern zu machen waren, 78 von 100 Punkten erreicht und nur fünf Punkte weniger als die ausgewählte Bewerberin. Dass die durch die Ast. geplante Einrichtung nicht geeignet wäre, die künftigen Interessen der Nutzer abzubilden, ist daher nicht ersichtlich.

bbb) Die Ast. dürfte vorliegend einen Anspruch auf Unterlassung der Grundstücksüberlassung an die Beigel. gegen die Ag. herleiten können. § 4 II 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 25.8.2022 - 4 Bf 19/21, BeckRS 2022, 32097 Rn. 68 ff. unter Bezugnahme auf **BVerfGE 22, 180 = NJW 1967, 1795**). Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 4 II SGB VIII sind vorliegend wie zuvor dargestellt erfüllt, zudem sind die Voraussetzungen des "bedingten" Vorrangs des Trägers der freien Jugendhilfe - also der Ast. - gegeben.

Nach § 4 II 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 III 2 JWG, die vorsah, dass von eigenen Maßnahmen abzusehen "ist", hat sich der Gesetzgeber bei Normierung des § 4 II SGB VIII ausdrücklich für den "bedingten" Vorrang der freien Träger der Jugendhilfe entschieden, dies allerdings unter Berücksichtigung der insoweit maßgeblichen Vorgaben des BVerfG im oben genannten Urteil vom 18.7.1967. 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. **BVerfGE 22, 180 = NJW 1967, 1795**).

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. grdl. OVG Hamburg 25.8.2022 - 4 Bf 19/21, BeckRS 2022, 32097 Rn. 81 mwN; Nebendahl Schleswig-Holsteinische Anzeigen 2018, 443 (449)).

So liegt es hier. Die Überlassung des streitgegenständlichen Grundstücks zur Errichtung einer Kindertagesstätte durch die Ag. an die Beigel. ist eine "eigene" Maßnahme iSd § 4 II SGB VIII. Die Beigel. ist zwar privatrechtlich organisiert, sie dürfte aber der Ast. als Trägerin der öffentlichen Jugendhilfe zuzurechnen sein (vgl. zur Abgrenzung von öffentlichen und freien Trägern der

Jugendhilfe OVG Hamburg 25.8.2022 - 4 Bf 19/21 Rn. 84ff.; vgl. hierzu auch OVG Weimar 6.4.2006 - **3 KO 237/05**; 19.10.2004 - **2 KO 385/03**, BeckRS 2004, 19172; BeckOGK/Janda, 1.3.2023, SGB VIII § 75 Rn. 11; jurisPK-SGB VIII/Trésoret, 3. Aufl. 2022, SGB VIII § 75 Rn. 37). Die Beigel. 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. LPK-SGB VIII/Schindler/Elmayer SGB VIII § 3 Rn. 16; BeckOK SozR/Winkler, 68. Ed. 1.3.2023, SGB VIII § 75 Rn. 1). Dies dürfte vorliegend bei der Beigel. nicht gegeben sein, da sie nicht aufgrund eigener freier Entscheidung Leistungen der Jugendhilfe erbringt, sondern sich die Ag. ihrer bedient, um ihre gesetzlichen Verpflichtungen unter anderem aus § 79 SGB VIII zu erfüllen. Denn die Beigel. ist als Eigenbetrieb der Ag. in Form einer gGmbH organisiert. Alleinige Gesellschafterin der Beigel. ist die Ag., diese hat auch das gesamte Stammkapital in Form einer Stammeinlage iHv 35 Mio. EUR übernommen. Gemäß § 7 des Gesellschaftsvertrags besteht der Aufsichtsrat aus neun Personen, von denen sechs durch den Senat der Ag. bestimmt werden und die unter anderem über die Ein- und Abberufung der Geschäftsführer bestimmen und deren Tätigkeit überwachen. Zudem unterliegen gem. § 8 des Gesellschaftsvertrags eine Vielzahl von Geschäften, unter anderem auch der Abschluss von bestimmten Miet- und Pachtverträgen, der Zustimmungspflicht des Aufsichtsrates und kann nach § 16 des Gesellschaftsvertrags die zuständige Behörde der Ag. die Recht- und Zweckmäßigkeit des "Geschäftsgebarens" der Beigel. 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 Beigel. auszugehen ist (vgl. OVG Weimar 19.10.2004 - **2 KO 385/03**, BeckRS 2004, 19172 Ls. 1 u. Rn. 18; OVG Weimar 6.4.2006 - **3 KO 237/05** Rn. 54).

Es liegt auch ein konkretes Konkurrenzverhältnis vor, da nach den Bedingungen des Auswahlverfahrens der Abschluss des Erbbaurechtsvertrags 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 Ag. erschaffen werden müsste. Hiergegen spricht schon die Durchführung des "Interessenbekundungsverfahrens" unter grundsätzlich gleichrangiger Beteiligung der freien Träger der Jugendhilfe. Nach den Planungen der Ag. besteht ein grundsätzlicher Bedarf für die Errichtung einer neuen Kindertagesstätte, weil im Stadtteil #### 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, so dass 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 Ast. den Bedürfnissen der potenziellen Nutzer nicht genügen würde oder ein anderer Grund vorliegen würde, ausnahmsweise von einem Vorrang der öffentlichen Jugendhilfe im Streitgegenständlichen Fall auszugehen. Die Pluralität des Angebots würde schließlich weder durch die Errichtung einer weiteren Einrichtung der Beigel. noch der Ast. erhöht, da beide bereits eine Vielzahl von Einrichtungen im Stadtgebiet betreiben.

bb) Die Ast. hat auch glaubhaft gemacht, dass ihre Auswahl im Fall 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 II SGB VIII ein Rechtsschutzbedürfnis für eine Untersagung der Grundstücksüberlassung an die Beigel. oder einen Dritten und mithin auch ein sicherungsfähiger Anspruch iSd § 123 VwGO nur dann besteht, wenn die Auswahl der Ast. selbst zumindest möglich erscheint (offen gelassen in OVG Hamburg 29.4.2022 - 4 Bs 286/21, BeckRS 2022, 50110; vgl. zu einem entsprechenden Erfordernis für den Rechtsschutz im Vergabeverfahren nach dem GWB Burgi/Dreher/Opitz/Horn/Hofmann, 4. Aufl. 2022, GWB § 160 Rn. 33; OLG Celle 12.10.2021 Rn. 78 mwN; zum beamtenrechtlichen Bewerbungsverfahrensanspruch vgl. nur BVerfG **NJW 2016, 309** Rn. 19 mwN).

Vorliegend hat das Angebot der Ast. 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 Beigel. aus den zuvor dargestellten Gründen nicht abgeschlossen werden kann. Ein sicherungsfähiger Anspruch liegt daher vorliegend nur vor, wenn die Ast. 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 iSd § 75 SGB VIII sind.

Diese Anforderungen sind vorliegend erfüllt, denn die Ast. 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 I, Art. 3 I, Art. 19 III 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 I GG ergangen ist.

Bemühen sich mehrere freie Träger um die Durchführung von Jugendhilfemaßnahmen, so steht ihnen auf der Grundlage der aus Art. 12 I GG abzuleitenden Wettbewerbsfreiheit ein Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung und chancengleiche Teilnahme am Bewerbungsverfahren zu (vgl. VGH München **NVwZ-RR 2022, 221** Ls. 1 u. Rn. 18 mwN; OVG Hamburg, 29.4.2022 - 4 Bs 286/21, BeckRS 2022, 50110). Dieser Anspruch beinhaltet zumindest einen aus Art. 3 I 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 **NVwZ 2019, 656** Rn. 23 = **NordÖR 2019, 86** zu einem Anspruch auf eine Auswahlentscheidung unter Wahrung der Anforderungen des Art. 3 I 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 I GG ausgerichtete gerichtliche Kontrolle umfasst aber, ähnlich dem beamtenrechtlichen Bewerbungsverfahrensanspruch, zumindest die Überprüfung, ob der Sachverhalt von der Ag. 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 5.5.2021 - 2 S 417/21).

Das durch die Ag. zur Erfüllung ihrer Gesamtverantwortung aus § 79 I 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 begehen keinen durchgreifenden Bedenken (vgl. bereits OVG Hamburg 29.4.2022 - 4 Bs 286/21, BeckRS 2022, 50110).

Es erscheint aber zumindest möglich, dass die Bewerbung der Ast. bei der Beantwortung der Frage

"Bitte machen sie konkrete Ausführungen zur Ermöglichung der Vereinbarkeit von Familie und Beruf in Hinblick auf zB Randzeitenbetreuung, einem Wechsel der Leistungsart, Bring- und Holzeiten etc. Bitte machen Sie konkrete konzeptionelle Ausführungen in welchem Umfang Fünf-Stunden-Plätze angeboten werden sollen, auch in Hinblick auf die Nachfrage aus den Wohnunterkünften (zehn 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 Ast. 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 Ast. nicht ausgewählt worden sei, hat die Ag. dargestellt, dass die Ausführungen eine "ausführliche Auseinandersetzung mit den Besonderheiten aufgrund der nahegelegenen Wohnunterkunft vermissen" ließen. Im erstinstanzlichen Verfahren vor dem VG hat die Ag. ihre Ausführungen dahingehend ergänzt, das die Ast. nicht ausführlich beschreibe, wie sie dem voraussichtlich erhöhten Bedarf an Fünf-Stunden-Plätzen aufgrund der nahegelegenen Wohnunterkunft zu entsprechen beabsichtige.

Die Beigel. 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 Fünf-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 Beigel. 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 Ag. an das Angebot der Ast. gestellt hat, nämlich eine ausführliche Auseinandersetzung mit den Besonderheiten aufgrund der nahegelegenen Wohnunterkunft vorzunehmen. Es bleibt danach zwar möglich, dass

das Angebot der Beigel. 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 Ast. in diesem Punkt strengere Anforderungen auch als an dasjenige der besser platzierten Bewerber gestellt wurden.

Unbeachtlich sind hingegen die Einwendungen der Ast., soweit sie das Finanzierungskonzept der Beigel. betreffen, da eine Auswahlentscheidung, die auf die Beigel. fällt, nach den vorstehenden Ausführungen bei einer Wiederholung des Auswahlverfahrens nicht mehr möglich ist. Gleiches gilt soweit die Ast. 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.