



## Verwaltungsgericht Hamburg

# Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

Prozessbevollmächtigte(r):

- Antragstellerin -

g e g e n

die Freie und Hansestadt Hamburg,  
vertreten durch die Behörde für Arbeit, Gesundheit, Soziales, Familie und  
Integration -Amt für Zentrale Dienste-  
Rechtsangelegenheiten,  
Hamburger Straße 47, 22083 Hamburg,

Beigeladen:

- Antragsgegnerin -

hat das Verwaltungsgericht Hamburg, Kammer 5, am 8. November 2021 durch

**beschlossen:**

X. wird beigeladen.

Der Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz wird abgelehnt.

Gerichtskosten werden nicht erhoben. Die außergerichtlichen Kosten der Hauptbeteiligten trägt die Antragstellerin, diejenigen des Beigeladenen dieser selbst.

**Rechtsmittelbelehrung:**

Die Beiladung ist unanfechtbar (§ 65 Abs. 4 Satz 3 VwGO).

Gegen diesen Beschluss steht hinsichtlich der Entscheidung über den Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz den Beteiligten und sonst von der Entscheidung Betroffenen die Beschwerde an das Hamburgische Oberverwaltungsgericht zu. Sie ist innerhalb von zwei Wochen nach Bekanntgabe des Beschlusses schriftlich oder nach Maßgabe des § 55a der Verwaltungsgerichtsordnung - VwGO - in elektronischer Form beim Verwaltungsgericht Hamburg, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, einzulegen.

Die Beschwerdefrist wird auch gewahrt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist beim Hamburgischen Oberverwaltungsgericht, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, schriftlich oder in elektronischer Form (s.o.) eingeht.

Die Beschwerde ist innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe der Entscheidung zu begründen. Die Begründung ist, sofern sie nicht bereits mit der Beschwerde vorgelegt worden ist, bei dem Hamburgischen Oberverwaltungsgericht, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, schriftlich oder in elektronischer Form (s.o.) einzureichen. Sie muss einen bestimmten Antrag enthalten, die Gründe darlegen, aus denen die Entscheidung abzuändern ist oder aufzuheben ist, und sich mit der angefochtenen Entscheidung auseinandersetzen.

Eine Beschwerde in Streitigkeiten über Kosten, Gebühren und Auslagen ist nur zulässig, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200,00 EUR übersteigt.

Der Beschwerde sowie allen Schriftsätzen sollen - sofern sie nicht in elektronischer Form eingereicht werden - Abschriften für die Beteiligten beigelegt werden.

Vor dem Hamburgischen Oberverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten, außer im Prozesskostenhilfverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Hamburgischen Oberverwaltungsgericht eingeleitet wird. Als Bevollmächtigte sind Rechtsanwälte oder Rechtslehrer an einer der in § 67 Abs. 2 Satz 1 VwGO genannten Hochschulen mit Befähigung zum Richteramt zugelassen. Ferner sind die in § 67 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 bis 7 VwGO bezeichneten Personen und Organisationen als Bevollmächtigte zugelassen. Ergänzend wird wegen der weiteren Einzelheiten auf § 67 Abs. 2 Satz 3, Abs. 4 und Abs. 5 VwGO verwiesen.

## Gründe

### I.

Die Antragstellerin begehrt vorläufigen Rechtsschutz nachdem sie erfolglos an einem Auswahlverfahren für den Abschluss eines Erbbaurechtsvertrags an einem Grundstück der Antragsgegnerin zum Betrieb einer Kindertagesstätte teilgenommen hat.

Die Antragsgegnerin ist Trägerin der öffentlichen Jugendhilfe nach § 69 Abs. 1 SGB VIII i.V.m. § 1 AG SGB VIII. Sie hielt in einer „Bedarfsanalyse zum IBV A.“ vom 22. Februar 2021 (Sachakte Bl. 24 f.) fest, dass der Stadtteil B. aufgrund einer unzureichenden Versorgung mit Kindertagesstätten-Plätzen auf der Liste der herausfordernden Stadtteile der Senatskommission stehe. Die unbebaute Grundstücksfläche am A. (Flurstück ..., Gemarkung ...) sei als einziger potentieller zusätzlicher Kindertagesstätte-Standort identifiziert, um die Versorgungssituation im Stadtteil zu verbessern.

Die Antragsgegnerin veröffentlichte eine „Aufforderung zur Abgabe einer Interessenbekundung ...“ (Anlage AST 1, Sachakte Bl. 26 ff.) zum Abschluss eines Erbbaurechtsvertrags für dieses Grundstück. Sie wies (Punkt 1) darauf hin, dass das bekundete Interesse die Bereitschaft zum Bau und zur Trägerschaft einer Kindertagesstätte einschließe und das Grundstück ausschließlich für eine Nutzung durch eine Kindertagesstätte vorgesehen sei. Die vollständigen Bewerbungsunterlagen seien bis spätestens 6. Juni 2021 einzureichen. Sie teilte (Punkt 2) die Rahmenbedingungen für die Kindertagesstätte mit sowie (Punkt 3) Informationen zum Grundstück und Erbbauzins und (Punkt 4) den einzureichenden Unterlagen, darunter ein „vollständig, ausführlich und wo gefordert standortbezogen ausgefülltes Bewerbungsformular“. Das Auswahlverfahren (Punkt 5) wurde dahingehend beschrieben, dass die Ausführungen zum pädagogischen Konzept laut Bewerbungsformular jeweils mit Punkten bewertet würden und die Auswahlentscheidung auf die Interessenbekundung mit dem besten Bewertungsergebnis falle; aus der Teilnahme an dem Interessenbekundungsverfahren ließen sich „keine Verpflichtungen der FHH“ herleiten. Ansprüche, insbesondere wegen der Nichtberücksichtigung von Bewerbungen sowie Änderung bzw. Beendigung des Interessenbekundungsverfahrens, seien ausgeschlossen. Der Ausschluss vom Verfahren (Punkt 6) bei unvollständigen, nicht fristgemäßen oder nicht unterzeichneten Interessenbekundungen, das weitere Verfahren nach Auswahlentscheidung (Punkt 7)

sowie die Phase des Abschlusses eines Erbbaurechtsvertrags (Punkt 8, fälschlich erneut Punkt 6) wurden beschrieben.

Das in Bezug genommene Bewerbungsformular (Sachakte Bl. 32 f.) sieht vor, dass der Bewerber ausführt (Buchstabe a) zum Träger, (Buchstabe b) zum Sozialraum im Quartier und (Buchstabe c) zum einrichtungsbezogenen pädagogischen Konzept, wozu erläutert ist:

„Bitte reichen Sie Ihr pädagogisches Trägerkonzept ein und machen Sie zu den nachfolgenden Punkten ausführliche und konkrete **standortbezogene** [Hervorhebung im Original] Ausführungen unter Berücksichtigung sozialräumlicher Besonderheiten: [...]

Bitte machen Sie konkrete Ausführungen zur Partizipation von Kindern und Eltern. Stellen Sie diese anhand konkreter alltäglicher Beispiele dar. [...]

Bitte machen Sie konzeptionelle Ausführungen zum Schwerpunkt Inklusion (besonderer Förderbedarf der Kinder im Rahmen von Eingliederungshilfe, Inklusion als ein umfassendes Bildungskonzept für alle, auch im Hinblick auf die öffentlich[-] rechtliche Unterkunft C.). [...]

Beschreiben Sie genau, wie das Thema Inklusion in Ihrer Einrichtung umgesetzt werden soll und auf welche Bereiche es sich im Alltag beziehen soll (z.B. räumliche Voraussetzungen, Außengelände, Elternarbeit, Fortbildungen, Form und Durchführung von Angeboten, Zusammenarbeit mit externen Institutionen). [...]

Die Antragstellerin, eine anerkannte Trägerin der freien Jugendhilfe nach § 75 SGB VIII, bekundete ihr Interesse. Dazu legte sie das von ihr ausgefüllte „Bewerbungsformular“ (AST 2) sowie die von ihr erstellten Dokumente „Trägerkonzept“, „Finanzierung“, „Erklärungen“, „Pädagogik“, „Qualitätsstandards“, „Referenzobjekte“ und „Bauplanung“ (AST 3) vor.

Die Antragsgegnerin entschied sich ausweislich eines „Vermerks über das Auswahlergebnis im Interessenbekundungsverfahren A. ...“ am 6. September 2021 (Sachakte Bl. 73 ff.) für den Beigeladenen. Sie schrieb die Antragstellerin unter dem 16. September 2021 (AST 4, Sachakte Bl. 87) unter der Überschrift

„Interessenbekundungsverfahren - A.  
Mitteilung zum Abschluss des Auswahlverfahrens  
Kennziffer ...“

an und führte aus:

„Leider muss ich Ihnen mitteilen, dass Ihre Bewerbung nicht die höchste Punktzahl erreicht hat. Die Auswahlentscheidung ist daher nicht auf Ihre Interessenbekundung gefallen.“

Im Bewerbungsformular wurden Sie aufgefordert ausführliche und konkrete standortbezogene Aussagen zu treffen und diese mit konkreten Beispielen aus der Praxis zu untermauern.

Diese Anforderungen werden nicht bei allen Antworten ausreichend erfüllt.

Bei Ihren Ausführungen zur Partizipation gehen Sie zwar ausführlich auf die Kinder ein, verpassen es aber sich zur Partizipation der Eltern zu äußern.

Die Ausführungen zum Schwerpunkt Inklusion und der Umsetzung in der neuen Kita sind ebenfalls unzureichend.“

Die Antragstellerin wandte sich dagegen mit Schreiben vom 25. September 2021 (AST 5) an die Antragsgegnerin und erklärte, sie erhebe Widerspruch.

Die Antragstellerin hat beim Verwaltungsgericht Hamburg am 1. Oktober 2021 um vorläufigen Rechtsschutz nachgesucht. Zur Begründung bringt sie vor: Es handele sich beim sogenannten Interessenbekundungsverfahren um ein schlichtes Bewerbungsverfahren. Sie habe Anspruch auf ein transparentes und faires Auswahlverfahren unter Beachtung des Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG. Vorliegend handele es sich um eine Konkurrenzsituation in Bezug auf eine „Zuwendung/Subvention“ an den Betreiber einer Kindertageseinrichtung. Die Antragsgegnerin trage durch die Überlassung des streitgegenständlichen Grundstücks an einen Dritten zum Zwecke der Nutzung als Kindertageseinrichtung ihrer Gesamtverantwortung als Trägerin der öffentlichen Jugendhilfe nach §§ 79 f. SGB VIII Rechnung und sei an §§ 3, 4 SGB VIII gebunden. Das durchgeführte Verfahren halte den rechtlichen Anforderungen nicht stand. Ausweislich des Bewerbungsformulars würden „konkrete Ausführungen zur Partizipation von Kindern und Eltern“ verlangt. Auch hier sei vollkommen unklar, nach welchen Kriterien die Ausführungen des Bewerbers bewertet werden sollten. Die Ausführungen in der Mitteilung vom 16. September 2021 bestätigten die Intransparenz und die Unzulässigkeit der angewendeten Kriterien. Die Feststellung der Antragsgegnerin, die Antragstellerin habe es verpasst, „sich zur Partizipation der Eltern zu äußern“ sei offenkundig falsch. Der Kritikpunkt, die „Ausführungen zum Schwerpunkt Inklusion und Umsetzung in der neuen Kita“ seien „ebenfalls unzureichend“ lasse eine sachgerechte Auseinandersetzung der Antragsgegnerin mit diesen Ausführungen nicht im Ansatz erkennen. Zu einer Bewertung eines pädagogischen Konzepts eines Trägers der freien Jugendhilfe als Grundlage für eine „Auswahl-/Subventionsentscheidung“ sei die Antragsgegnerin nach § 4 Abs. 2 SGB VIII nicht berechtigt. Eine Trägersauswahl nach Maßgabe einer inhaltlichen Bewertung einer Konzeption eines freien Trägers verletze das Subsidiaritätsgebot und das

Kooperationsgebot. Der Antragsgegnerin gehe es um die Auswahl eines der öffentlichen Hand pädagogisch genehmen Trägers. Die Auswahl von Trägern der mittelbaren Staatsverwaltung sei unzulässig. Der erstplatzierte Beigeladene sei gemäß Satzung (AST 6) und die zweitplatzierte D. sei gemäß Gesellschaftervertrag (AST 7) von der Antragsgegnerin beherrscht und ihnen sei es verwehrt, „in Konkurrenz zu (wirklichen) anerkannten Trägern der freien Jugendhilfe zu treten“. Der Subsidiaritätsgrundsatz des § 4 Abs. 2 SGB VIII beinhalte eine bedingte Tätigkeitssperre für die öffentliche Jugendhilfe. Einzige Bedingung sei die Eignung und Rechtzeitigkeit der Maßnahmen der freien Jugendhilfe. Die Tätigkeitssperre setze nicht voraus, dass die Finanzierung aus eigenen Mitteln des anerkannten Trägers der freien Jugendhilfe gesichert sei.

Die Antragstellerin beantragt,

1. der Antragsgegnerin im Wege einer einstweiligen Anordnung vorläufig zu untersagen,
  - a) auf Grundlage des Interessenbekundungsverfahrens ... mit Dritten einen Erbbaurechtsvertrag betreffend das Flurstück ... der Gemarkung ... des Bezirks ... abzuschließen und/oder dieses Flurstück einem Dritten anderweitig für die Planung, die Errichtung und/oder den Betrieb einer Einrichtung der Kindertagesförderung zu überlassen/anhandzugeben, und
  - b) das Flurstück ... der Gemarkung ... des Bezirks ... dem Beigeladenen und/oder der D. für die Planung, die Errichtung und/oder den Betrieb einer Einrichtung der Kindertagesförderung zu überlassen/anhandzugeben.
2. festzustellen, dass der Widerspruch der Antragstellerin gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 16. September 2021 aufschiebende Wirkung hat und die Antragsgegnerin vorläufig für die Dauer des Widerspruchsverfahrens verpflichtet ist, den Abschluss eines Erbbaurechtsvertrages betreffend das Flurstück ... der Gemarkung ... des Bezirks ... vorläufig zu unterlassen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Zur Begründung führt die Antragsgegnerin aus: Es fehle an einem hinreichend konkreten und streitigen Rechtsverhältnis zwischen den Hauptbeteiligten. Mit dem Schreiben vom 16. September 2021 sei die Herbeiführung einer Information, nicht eines rechtlichen Erfolgs beabsichtigt. Die Antragstellerin habe nicht glaubhaft gemacht, dass die von ihr gerügten Verletzungen subjektiver öffentlicher Rechte „tatsächlich“ bestünden. Ein Interessenbekundungsverfahren sei nach geltender Rechtslage für den öffentlichen Träger der Jugendhilfe eine mögliche Methode, um „den Markt“ zu erforschen, denn als Ergebnis des Interessenbekundungsverfahrens sei ersichtlich, wie eine Leistung bzw. andere Aufgaben der Jugendhilfe durch freie Träger in fachlicher und wirtschaftlicher Hinsicht erfüllt werden könnten. Dieser Befund könne dann mit einer Leistungserbringung bzw. Aufgabenwahrnehmung durch den öffentlichen Träger verglichen werden. Es könne sich daher nicht um die „Vergabe von Zuwendungen“ i.S.d. § 74 SGB VIII handeln. Eine willkürliche Auswahl werde vermieden, indem zumindest Interessenbekundungsverfahren durchgeführt würden, die sich inhaltlich an den Maßstäben des Vergabeverfahrens (Transparenz, Nichtdiskriminierung, Wettbewerb) orientierten. Selbstverständlich dürften aber weitere Auswahlkriterien aufgestellt werden, die gerade an dem Standort für die neue Kindertagesstätte neben den allgemeinen Bedingungen für eine Kindertagesstätte erfüllt werden müssten. Dies sei Ausfluss der Jugendhilfeplanung nach § 80 SGB VIII. Die Antragstellerin habe im Hinblick auf die standortbezogenen Ausführungen Praxisbeispiele verwendet, die sich nicht zwangsläufig auf den ausgeschriebenen Standort bezögen. Dem (von der Antragstellerin ausgefüllten) Bewerbungsformular seien keine Ausführungen zur Partizipation (der Eltern) zu entnehmen und es sei auch kein Verweis auf das Trägerschutzkonzept erfolgt. Diese Ausschlussgründe seien (von der Antragsgegnerin) dargelegt und begründet worden. Die Entscheidung sei transparent anhand der bekannten Ausschreibungskriterien und nicht willkürlich erfolgt.

Bei der Entscheidung hat eine Sachakte vorgelegen. Für die Einzelheiten wird auf diese und die Schriftsätze verwiesen.

II.

Der im Interessenbekundungsverfahren erstplatzierte Bewerber wird nach § 65 Abs. 1 Alt. 2 VwGO beigeladen, weil seine rechtlichen Interessen durch die Entscheidung zumindest berührt werden.

III.

Der Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz hat weder im Antrag zu 1. (hierzu unter 1.) noch im Antrag zu 2. (hierzu unter 2.) Erfolg.

1. Der Antrag zu 1. ist zulässig (hierzu unter a)), aber unbegründet (hierzu unter b)).

a) Der Antrag zu 1. ist zulässig, insbesondere ist das angerufene Gericht zuständig (hierzu unter aa)) und ist der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung statthaft (hierzu unter bb)).

aa) Das angerufene Verwaltungsgericht Hamburg ist zur Entscheidung über den Antrag zu 1. zuständig. Der Verwaltungsrechtsweg ist nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben, soweit die Streitigkeiten nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind. Diese Voraussetzungen des Verwaltungsrechtswegs sind erfüllt. Die Streitigkeit gründet im öffentlichen Recht. Nicht entscheidend ist, dass die Antragstellerin die Antragsgegnerin insbesondere verpflichten will, den Abschluss eines - nach dem zivilrechtlichen Erbbaurechtsgesetz zu beurteilenden - Erbbaurechtsvertrags zu unterlassen. Dies ist nur das von der Antragstellerin erstrebte Sicherungsmittel. Maßgebend ist vielmehr, dass die Antragstellerin wegen ihrer erfolglosen Teilnahme am Interessenbekundungsverfahren um vorläufigen Rechtsschutz nachsucht und dieses Auswahlverfahren den öffentlich-rechtlichen Beziehungen der Beteiligten zuzuordnen ist. Im Einzelnen:

Zwar ist es nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung für die Bestimmung des Rechtswegs bei einer Vergabe öffentlicher Aufträge unerheblich, ob die öffentliche Hand auch - zumindest mittelbar - öffentliche Aufgaben wahrnimmt und dass die öffentliche Hand im Vergabeverfahren öffentlich-rechtlichen Bindungen unterliegt, die für Privatpersonen nicht in entsprechender Weise gelten (BVerwG, Beschl. v. 2.5.2007, 6 B 10/07, BVerwGE 129, 9, juris Rn. 8 ff.). Doch setzt diese Rechtsprechung eine Vergabe öffentlicher Aufträge



voraus, d.h. dass der Staat als Nachfrager am Markt tätig wird, um einen Bedarf an bestimmten Gütern und Dienstleistungen zu decken, und sich in dieser Rolle als Nachfrager nicht grundlegend von anderen Marktteilnehmern unterscheidet (BVerwG, Beschl. v. 2.5.2007, a.a.O., Rn. 6). Daran fehlt es hier.

Die Antragsgegnerin beabsichtigt, zugunsten des Beigeladenen ein zivilrechtliches Erbbaurecht an ihrem Grundstück zu bestellen. Dieses Vorgehen ist aber eingebettet in den durch das öffentliche Kinder- und Jugendhilferecht (SGB VIII) geprägten Lebenssachverhalt. Die Antragsgegnerin deckt durch den Abschluss eines Erbbaurechtsvertrags nicht wie andere Marktteilnehmer einen Bedarf an bestimmten Gütern und Dienstleistungen. Insbesondere kauft sie vom zivilrechtlichen Vertragspartner nicht unmittelbar wie ein marktteilnehmender Elternteil Kinderbetreuungsleistungen ein. Vielmehr soll der Vertragspartner auf dem Grundstück eigenständig eine Kindertagesstätte betreiben und damit Kinderbetreuungsleistungen am Markt anbieten. Damit will die Antragsgegnerin ihrer gemäß §§ 79 f. SGB VIII öffentlich-rechtlichen Gesamtverantwortung als Trägerin der öffentlichen Jugendhilfe nach § 69 SGB VIII i.V.m. § 1 AG SGB VIII nachkommen. Die Antragsgegnerin hat in ihrer Bedarfsanalyse vom 22. Februar 2021 das in Rede stehende Grundstück als einzigen potentiellen zusätzlichen Kindertagesstätten-Standort identifiziert, um die unzureichende Versorgungssituation des Stadtteils B. mit Kindertagesstätten-Plätzen zu verbessern.

Insbesondere der dem Abschluss eines Erbbaurechtsvertrags vorgelagerte, von der Antragsgegnerin als Interessenbekundungsverfahren bezeichnete Verwaltungsvorgang, dient der Auswahl eines nach den Maßstäben des Kinder- und Jugendhilferechts besten Bewerbers. Die Auswahl erfolgt nicht ohne Rücksicht auf eine noch nach §§ 45, 45a SGB VIII bei der Antragsgegnerin zu beantragende Erlaubnis für den Betrieb einer Kindertagesstätte. Nach Punkt 1 der „Aufforderung zur Abgabe einer Interessenbekundung ...“ schließt das bekundete Interesse die Bereitschaft zum Bau und zur Trägerschaft einer Kindertagesstätte ein. Bei dem Auswahlverfahren handelt sich nicht um ein bloßes Interessenbekundungsverfahren i.S.d. § 7 Abs. 3 LHO. Nach dieser Vorschrift ist in geeigneten Fällen privaten Anbietern die Möglichkeit zu geben, darzulegen, ob und inwieweit sie staatliche Aufgaben oder öffentlichen Zwecken dienende wirtschaftliche Tätigkeiten „ebenso gut oder besser“ erbringen können und wird dies als Interessenbekundungsverfahren definiert. Der sich für eine Beurteilung des „ebenso gut

oder besser“ i.S.d. § 7 Abs. 3 LHO aus der Paragrafenüberschrift ergebende allgemeine Maßstab der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit wird vorliegend durch besondere inhaltliche Aspekte des in Aussicht stehenden Betriebs einer Kindertagesstätte zumindest konkretisiert, wenn nicht verdrängt.

Eine abdrängende Sonderzuweisung an den Sozialrechtsweg findet sich in § 51 SGG nicht.

bb) Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist nach § 123 Abs. 1 VwGO die statthafte Form vorläufigen Rechtsschutzes. Denn ein Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO, der gemäß § 123 Abs. 5 VwGO vorrangig wäre, ist seinerseits unstatthaft. Zwar ist in dem Fall, dass die Behörde die aufschiebende Wirkung des einen Verwaltungsakt anfechtenden Rechtsbehelfs (Widerspruch oder Klage) missachtet, der Antrag auf gerichtliche Feststellung der aufschiebenden Wirkung des Anfechtungsrechtsbehelfs analog § 80 Abs. 5 VwGO statthaft, da diese Vorschrift die verwaltungsaktspezifische Form vorläufigen Rechtsschutzes in der Anfechtungssituation regelt. Doch setzt die Statthaftigkeit eines Antrags analog § 80 Abs. 5 VwGO zweierlei voraus, woran es hier fehlt. Im Einzelnen:

Zum einen muss die Feststellung einer aufschiebenden Wirkung im Ansatz geeignet sein, vorläufigen Rechtsschutz zu gewähren. Dies ist selbst bei Vorliegen eines Verwaltungsaktes grundsätzlich nur in der Anfechtungssituation der Fall. Die aufschiebende Wirkung eines Verwaltungsaktes führt dazu, dass vorläufig niemand aus dem angefochtenen Verwaltungsakt Folgerungen ziehen darf. Aufgrund der aufschiebenden Wirkung ist die Vollziehung des angefochtenen Verwaltungsaktes gehemmt (BVerwG, Urt. v. 28.1.1992, 7 C 22/91, BVerwGE 89, 357, juris Rn. 15). Wäre das Schreiben vom 16. September 2021 keine bloße Mitteilung, sondern eine verbindliche Versagung einer Auswahl der Antragstellerin in Form eines Verwaltungsaktes, dann wäre diese Versagung der Auswahl keiner Vollziehung zugänglich. Eine aufschiebende Wirkung eines (Verpflichtungs-)Widerspruchs ginge ins Leere und wäre der Antragstellerin nicht von Nutzen.

Zum anderen muss überhaupt ein Verwaltungsakt vorliegen. Bereits daran fehlt es. Das Schreiben der Antragsgegnerin vom 16. September 2021 ist kein Verwaltungsakt, durch den der Antragstellerin eine Auswahl verbindlich versagt würde, sondern die schlichte Mitteilung, dass eine Auswahl der Antragstellerin unterlassen wird. Verwaltungsakt ist nach § 31 SGB X jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine

Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist. Die vorausgesetzte Außenwirkungsfinalität („zur Regelung“) fehlt dann, wenn die Behörde nicht die Herbeiführung einer Rechtsfolge intendiert, sondern nur einer Information. Ob ein Verwaltungsakt vorliegt (und welchen Inhalt er hat), ist nach den für Willenserklärungen allgemein geltenden Auslegungsgrundsätzen zu bestimmen und § 133 BGB entsprechend anzuwenden (Stelkens, in Stelkens/Bonk/Sachs, 9. Aufl. 2018, VwVfG, § 35 Rn. 71 m.w.N.). Maßgebend ist danach der erklärte Wille, wie ihn der Adressat oder der durch die Erklärung Begünstigte oder Betroffene einschließlich eines Drittbetroffenen von seinem Standpunkt aus bei verständiger Würdigung verstehen konnte. Bei der Auslegung, ob im konkreten Fall ein Verwaltungsakt oder eine sonstige Erklärung vorliegt, können von Bedeutung sein (Stelkens, a.a.O., Rn. 72 f.) die äußere Form der Maßnahme, insbesondere hinsichtlich Beifügen oder Fehlen einer Rechtsbehelfsbelehrung und Fehlen oder Vorhandensein eines optisch abgehobenen Entscheidungssatzes (Tenors) sowie der Kontext der behördlichen Aussage und zunächst die Entscheidungskompetenz der Behörde oder offensichtlich fehlende Verwaltungsaktbefugnis (vgl. BVerwG, Urt. v. 23.5.2012, 6 C 8/11, NJW 2012, 2901, juris Rn. 14; VG Hamburg, Gerichtsbescheid v. 30.9.2020, 1 A 2533/20, juris Rn. 23). Keines dieser Auslegungskriterien verweist darauf, dass es sich bei dem Schreiben der Antragsgegnerin an die Antragstellerin vom 16. September 2021 um einen Verwaltungsakt handeln würde. Die äußere Form des Schreibens spricht nach ihrer Überschrift „Mitteilung“, nach dem Fehlen einer Rechtsbehelfsbelehrung oder eines optisch hervorgehobenen Tenors gegen das Vorliegen eines Verwaltungsaktes. Kontext des Schreibens ist ein Interessenbekundungsverfahren, das nicht (bereits) als Verwaltungsverfahren i.S.d. § 8 SGB X auf die Prüfung der Voraussetzungen, die Vorbereitung und den Erlass eines Verwaltungsaktes oder auf den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages gerichtet gewesen ist. Dies wäre dem Verfahren auf Erteilung einer Betriebserlaubnis für die Kindertagesstätte nach §§ 45, 45a SGB VIII vorbehalten. Zwar genügt es, wenn sich eine Verwaltungsaktbefugnis dem Gesetz im Wege der Auslegung entnehmen lässt (OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 19.3.2021, OVG 6 B 4/21, juris Rn. 28; strenger noch OVG Weimar, Urt. v. 16.12.2009, 3 KO 343/07, juris Rn. 34). Doch sieht das Gesetz im vorliegenden Kontext nicht den Erlass eines Verwaltungsaktes vor. Es gibt keine vom Fachrecht vertypete Rechtsfolge (vgl. VG Hamburg,

Gerichtsbescheid v. 30.9.2020, a.a.O.), die mit dem Schreiben hätte ausgesprochen werden können.

b) Der Antrag zu 1. ist unbegründet. Nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO kann auf Antrag das Gericht, auch schon vor Klageerhebung, eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Der Antragsteller muss nach § 123 Abs. 3 i.V.m. § 920 Abs. 3 ZPO die tatsächlichen Voraussetzungen sowohl eines Anordnungsgrundes, der insbesondere die Eilbedürftigkeit der vorläufigen Regelung begründet, als auch eines Anordnungsanspruchs, mithin des materiellen Anspruchs, für den er vorläufigen Rechtsschutz sucht, glaubhaft machen. Diese Voraussetzungen sind nicht gegeben. Zum Teil fehlt es an einem Anordnungsgrund (hierzu unter aa)), insgesamt fehlt es an einem Anordnungsanspruch (hierzu unter bb)).

aa) Ein Anordnungsgrund, der die umfangreich erstrebten Verpflichtungen der Antragsgegnerin auf Unterlassung tragen könnte, fehlt. Die Antragsgegnerin beabsichtigt eine Überlassung des in Rede stehenden Grundstücks nur auf Grundlage des durchlaufenen Interessenbekundungsverfahrens und durch Erbbaurechtsvertrag und nur an den Beigeladenen. Es ist nicht glaubhaft gemacht, dass eine Überlassung des Grundstücks an weitere Dritte oder außerhalb des Interessenbekundungsverfahrens oder der Abschluss eines Erbbaurechtsvertrages mit weiteren Dritten drohen würde.

bb) Ein Anordnungsanspruch fehlt insgesamt. Die Antragstellerin hat kein in der Hauptsache bestehendes subjektives öffentliches Recht glaubhaft gemacht, das insbesondere dadurch zu schützen wäre, die Antragsgegnerin zu verpflichten, den Abschluss eines Erbbaurechtsvertrags mit und eine Überlassung des Grundstücks an den Beigeladenen zu unterlassen. Die Antragstellerin dürfte weder einen Anspruch darauf haben, für den Abschluss des Erbbaurechtsvertrags für das Grundstück am A. ausgewählt zu werden, noch einen Anspruch darauf, dass das Auswahlverfahren zumindest unter ihrer Beteiligung fortgesetzt wird. Die ihr unter dem 16. September 2021 mitgeteilte Nichtauswahl der Antragstellerin dürfte deren subjektiven Rechte nicht verletzen.

Subjektive Rechte setzen eine Rechtsgrundlage in einem Rechtsbindungswillen erfordernden Rechtsgeschäft oder in einem Rechtsakt voraus.

In Bezug auf den A. liegen weder ein Verwaltungsakt nach § 31 SGB X noch ein öffentlich-rechtlicher Vertrag nach § 53 SGB X vor, die als Grundlage für Rechte der Antragstellerin in Betracht kämen. Eine auf den Standort bezogene Betriebserlaubnis nach §§ 45, 45a SGB VIII besteht für die Antragstellerin nicht. Eine Zusicherung nach § 34 SGB X liegt ebenso wenig vor.

Nicht als Rechtsgrundlage geeignet ist dabei die von der Antragsgegnerin veröffentlichte „Aufforderung zur Abgabe einer Interessenbekundung ...“. Ihren fehlenden Rechtsbindungswillen hat die Antragsgegnerin unter Punkt 5 bekundet. Die darin zugleich geäußerte Rechtsauffassung, dass die Antragsgegnerin gegenüber Teilnehmern des Interessenbekundungsverfahrens keine Verpflichtungen trage, dürfte jedoch fehlgehen. Etwaige aus einem als Rechtsgrundlage dienenden Rechtsakt wegen der Teilnahme an dem Interessenbekundungsverfahren herzuleitende Rechte hat die Antragsgegnerin durch die benannte Aufforderung nicht ausschließen können.

Antragstellerin und Antragsgegnerin sind hingegen durch die einschlägigen gesetzlichen Regeln verbunden in ihrem Verhältnis als freie Trägerin der Jugendhilfe nach § 75 SGB VIII einerseits und als Trägerin der öffentlichen Jugendhilfe nach § 69 Abs. 1 SGB VIII i.V.m. § 1 AG SGB VIII andererseits. Dieses allgemeine Verhältnis hat durch die Teilnahme der Antragstellerin an dem als Interessenbekundungsverfahren bezeichneten Auswahlverfahren eine Konkretisierung erfahren.

Allerdings kann die Antragstellerin zumindest keinen Anspruch darauf herleiten, ausgewählt zu werden. Die Antragsgegnerin ist bereits nicht verpflichtet, überhaupt einen Interessenten positiv auszuwählen und einen Erbbaurechtsvertrag mit ihm zu schließen.

Insbesondere verpflichtet das Subsidiaritätsprinzip des § 4 Abs. 2 SGB VIII die Antragsgegnerin als Trägerin der öffentlichen Jugendhilfe nicht dazu, einem freien Träger das antragsgegenständliche Grundstück zur Verfügung zu stellen, damit er dort eine Kindertagesstätte betreibt. Nach dieser Vorschrift soll die öffentliche Jugendhilfe von eigenen Maßnahmen absehen, soweit geeignete Einrichtungen, Dienste und Veranstaltungen von anerkannten Trägern der freien Jugendhilfe betrieben werden oder rechtzeitig geschaffen werden können. Diese Vorschrift begründet unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (Urt. v. 18.7.1967, 2 BvF 3, 4, 5, 6, 7, 8/62; 2 BvR 139, 140, 334, 335/62, BVerfGE 22, 180, juris Rn. 82 ff. zur Vorgängervorschrift

§ 5 Abs. 2 JWG) keinen bedingungslosen, „grundsätzlichen“ Vorrang der freien Träger (Münder/Meysen/Trenczek, Frankfurter Kommentar SGB VIII, SGB VIII § 4 Rn. 15). Die Letztzuständigkeit unter dem Gesichtspunkt, was in der Jugendhilfe geschehen soll, hat das Bundesverfassungsgericht (Urt. v. 18.7.1967, a.a.O., Rn. 94) den hoheitlichen Trägern zugesprochen, wonach die Gesamtverantwortung bei den Gemeinden bleibt und die Regelung nur die Aufgaben zwischen Gemeinden und privaten Trägern abgrenzt, die lediglich eine vernünftige Aufgabenverteilung und eine möglichst wirtschaftliche Verwendung der zur Verfügung stehenden öffentlichen und privaten Mittel sicherstellen soll. Eine etwaig aus dem Subsidiaritätsprinzip herzuleitende Tätigkeitssperre im Falle geeigneter und rechtzeitiger Maßnahmen der öffentlichen Jugendhilfe greift darüber hinaus hier bereits deshalb nicht, weil das für die Einrichtung einer Kindertagesstätte in Rede stehende Grundstück keinem freien Träger eigen ist, sondern der Antragsgegnerin. Die Antragsgegnerin müsste zwar bei der bloßen Finanzierung einer Kindertagesstätte in freier Trägerschaft mitwirken. Es besteht aber keine Verpflichtung, das Grundstück einem freien Träger zur Verfügung zu stellen.

Zwar soll nach § 4 Abs. 3 SGB VIII die öffentliche Jugendhilfe die freie Jugendhilfe nach Maßgabe dieses Gesetzbuches fördern und dabei die Beteiligung von Kindern, Jugendlichen und Eltern stärken. Es handelt sich um einen Programmsatz durch den die Förderung der freien Jugendhilfe durch Zuwendungen und Subventionen oder eine Finanzierung durch Kostenvereinbarungen zulässig ist, wie auch die kostenlose Überlassung von Räumen, Büromaschinen, Telefon, Fortbildung (Herbe, BeckOGK, 1.10.2021, SGB VIII § 4 Rn. 23). Doch begründet die Norm keinen Anspruch auf eine bestimmte Förderung. Denn trotz § 4 Abs. 3 SGB VIII entscheidet nach § 74 Abs. 3 SGB VIII über die Art und Höhe der Förderung der Träger der öffentlichen Jugendhilfe im Rahmen der verfügbaren Haushaltsmittel nach pflichtgemäßem Ermessen (Herbe, a.a.O., Rn. 24).

Innerhalb der durch das gesetzliche Kinder- und Jugendhilferecht geprägten Sonderbeziehung könnte die Antragsgegnerin der Antragstellerin allenfalls dazu verpflichtet gewesen sein, ermessensfehlerfrei entsprechend § 74 Abs. 3 SGB VIII und nicht ohne sachlichen Grund nach Art. 3 Abs. 1 GG die Auswahl eines anderen Bewerbers als der Antragstellerin zu begründen.

Dabei dürfte das Gesetz keinen Anhalt für die von der Antragstellerin erstrebte grundsätzliche Bevorzugung ihrer selbst vor solchen Trägern der freien Jugendhilfe bieten, die wie der erstplatzierte Beigeladene oder die zweitplatzierte D. nach Satzung oder Gesellschaftervertrag mit der Antragsgegnerin verbunden sind. Es gibt anerkannte Träger der freien Jugendhilfe, aber nicht darüber hinaus „wirklich anerkannte Träger der freien Jugendhilfe“. Die Verbundenheit zwischen einzelnen Trägern der freien Jugendhilfe und dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe steht auch keinem Grundprinzip der Jugendhilfe entgegen. Denn, wie bereits ausgeführt, liegt die Gesamtverantwortung ohnehin beim Träger der öffentlichen Jugendhilfe und besteht kein grundsätzlicher Vorrang freier Träger.

Unabhängig davon dürfte die Nichtauswahl der Antragstellerin sich aus den mitgeteilten Gründen tragen. Begründet hat die Antragsgegnerin den Ausschluss der Antragstellerin in ihrer Mitteilung vom 16. September 2021 damit, dass die nach dem Bewerbungsformular gestellten Anforderungen nicht bei allen Antworten ausreichend erfüllt seien. Substantiiert hat die Antragsgegnerin dies zum einen dahin, dass die Antragstellerin sich nicht zur Partizipation der Eltern geäußert habe, zum anderen dahin, dass die Ausführungen zum Schwerpunkt Inklusion und Umsetzung in der neuen Kindertagesstätte ebenfalls unzureichend seien. Diese beiden Kritikpunkte dürften im Lichte der „Aufforderung zur Abgabe einer Interessenbekundung ...“ sowie des Bewerbungsformulars nachvollziehbar sein. Die Aufforderung verweist unter Punkt 3 auf die einzureichenden Unterlagen, darunter ein „vollständig, ausführlich und wo gefordert standortbezogen ausgefülltes Bewerbungsformular“. Die insoweit gestellten Anforderungen dürften in dem in Bezug genommenen Bewerbungsformular transparent gemacht sein. Danach sind „ausführliche und konkrete **standortbezogene** [Hervorhebung im Original] Ausführungen unter Berücksichtigung sozialräumlicher Besonderheiten“ zu erbringen. Die Antragstellerin hat standortbezogene konkreten Ausführungen zur Partizipation der Eltern gänzlich vermissen lassen. Der nunmehr von der Antragstellerin schriftsätzlich erbrachte Hinweis auf außerhalb des Bewerbungsformulars stehende Unterlagen dürfte nicht verfangen, da dort gerade keine konkreten standortbezogenen Ausführungen zu finden sind. Entsprechend dürfte die Antragsgegnerin der Antragstellerin auch zu Recht vorgehalten haben, dass es an standortbezogenen Ausführungen zum Thema Inklusion und ihrer Umsetzung gemangelt hat. Zu den besonderen Herausforderungen des Standorts, etwa im Hinblick auf die Unterkunft C., hat die Antragstellerin sich nicht verhalten.

2. Der Antrag zu 2. ist unzulässig. Der Antrag zielt auf die gerichtliche Feststellung (erster Teil) einer aufschiebenden Wirkung eines etwaigen Widerspruchs gegen einen etwaigen Verwaltungsakt vom 16. September 2021 und (zweiter Teil) auf sich aus einer etwaigen aufschiebenden Wirkung während eines etwaigen Widerspruchsverfahrens folgenden Unterlassungspflicht. Zwar ist das angerufene Gericht auch insoweit zuständig, der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO eröffnet. Die Streitigkeit ist öffentlich-rechtlich, weil die streitentscheidende Norm § 80 VwGO dem öffentlichen Recht zu entnehmen ist. Nach dieser beurteilt sich, ob das Schreiben vom 25. September 2021 ein Widerspruch ist, dem mit der Folge einer Unterlassungspflicht aufschiebende Wirkung zukommt. Doch ist der Antrag vorliegend nicht statthaft, da das Schreiben der Antragsgegnerin vom 16. September 2021 bereits nach § 31 SGB X kein Verwaltungsakt ist und eine aufschiebende Wirkung der Antragstellerin nicht von Nutzen wäre (s.o. 1. a) bb)).

#### IV.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 188 Satz 2, 154 Abs. 1, 162 Abs. 3 VwGO.