

Abschrift

VG 18 L 43.18



VERWALTUNGSGERICHT BERLIN

BESCHLUSS

In der Verwaltungsstreitsache

Antragstellers,

Verfahrensbevollmächtigte(r):
Rechtsanwältin Loreena Melchert,
Kuhberg 26, 25355 Barmstedt,

g e g e n

das Land Berlin,
vertreten durch das Bezirksamt Friedrichshain-Kreuzberg von Berlin
Rechtsamt,
Frankfurter Allee 35/37, 10247 Berlin,

Antragsgegner,

hat die 18. Kammer des Verwaltungsgerichts Berlin
durch

den Richter am Verwaltungsgericht Dr. Fischer
als Einzelrichter

am 21. Februar 2018 beschlossen:

Der Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes wird zurückgewiesen.

Der Antragsteller trägt die Kosten des Verfahrens.

Gründe

Zur Entscheidung war aufgrund Übertragungsbeschlusses der Kammer vom 16. Februar 2018 gemäß § 6 Abs. 1 VwGO der Berichterstatter als Einzelrichter berufen.

Dem sinngemäßen Antrag des Antragstellers,

den Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, ihm vorläufig den nächsten verfügbaren Betreuungsplatz zur frühkindlichen Förderung entsprechend seinem Betreuungsbedarf in einer Kindertageseinrichtung in Kreuzberg zuzuweisen,

fehlt bereits das Rechtsschutzbedürfnis. Der Antragsgegner hat in seinem Schriftsatz vom 9. Februar 2018 zugesichert, dem Begehren des Antragstellers zu entsprechen und ihm im Rahmen seiner Gewährleistungspflicht nach § 24 SGB VIII bei nachträglich bekannt gewordenen Kapazitäten einen freien Platz anzubieten, sobald ein solcher verfügbar ist.

Der Hilfsantrag des Antragstellers,

dem Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung aufzugeben, ihm vorläufig bis zur Entscheidung in der Hauptsache einen Betreuungsplatz zur frühkindlichen Förderung entsprechend seinem Betreuungsbedarf in einer wohnortnahen Kindertageseinrichtung zuzuweisen,

hat ebenfalls keinen Erfolg. Der gemäß § 123 VwGO statthafte Antrag ist zulässig, jedoch unbegründet. Nach § 123 Abs. 1 Satz 2 der VwGO sind einstweilige Anordnungen zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn diese Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Nach § 123 Abs. 3 VwGO in Verbindung mit §§ 920 Abs. 2, 294 Abs. 1 ZPO sind dabei die tatsächlichen Voraussetzungen des geltend gemachten Anspruchs (Anordnungsanspruch) in gleicher Weise glaubhaft zu machen wie die Gründe, die die Eilbedürftigkeit der gerichtlichen Entscheidung bedingen (Anordnungsgrund). Mit der begehrten Verpflichtung des Antragsgegners auf Zuweisung eines Betreuungsplatzes würde hier nicht lediglich ein Zustand vorläufig geregelt, sondern die in der Hauptsache erstrebte Entscheidung in grundsätzlich unzulässiger Weise vorweggenommen. Nur ausnahmsweise ist eine solche Vorwegnahme der Hauptsache mit Rücksicht auf die verfassungsrechtliche Garantie effektiven Rechtsschut-

zes (Art. 19 Abs. 4 GG) geboten, wenn nämlich ein Obsiegen in der Hauptsache bereits bei der im einstweiligen Rechtsschutzverfahren anzustellenden, bloß summarischen Prüfung mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist und dem Rechtsschutzsuchenden schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Nachteile entstünden, zu deren nachträglicher Beseitigung die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr in der Lage wäre.

Gemessen an diesen Voraussetzungen hat der Antragsteller bereits einen Anordnungsanspruch nicht hinreichend glaubhaft gemacht. Dabei verkennt die Kammer nicht, dass der Antragsteller gem. § 24 Abs. 2 SGB VIII gegenüber dem Antragsgegner als Träger der öffentlichen Jugendhilfe einen einklagbaren, nicht unter dem Vorbehalt ausreichender Kapazität stehenden Anspruch auf Nachweis eines bedarfsgerechten Betreuungsplatzes hat (siehe hierzu unter a). Gleichwohl läuft aufgrund der vollständigen Belegung der vorhandenen Plätze zur frühkindlichen Förderung der Anspruch des Antragstellers vorliegend leer, da neue Kapazitäten durch den Antragsgegner kurzfristig nicht geschaffen werden können (siehe hierzu unter b).

a) Nach § 24 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII hat ein Kind, das das erste Lebensjahr vollendet hat, bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres einen Anspruch auf frühkindliche Förderung in einer Tageseinrichtung oder in Kindertagespflege. Die örtlich (§ 86 SGB VIII) und sachlich (§ 85 Abs. 1 SGB VIII) zuständigen Träger der Jugendhilfe haben dabei sicherzustellen, dass für jedes Kind, das einen Rechtsanspruch (§ 24 Abs. 2 SGB VIII) besitzt und für das einen entsprechenden Bedarf gemäß § 24 Abs. 5 Satz 2 SGB VIII geltend macht, auch tatsächlich ein Platz zur Verfügung steht (BVerwG, Urteil vom 26. Oktober 2017 – 5 C 19.16 -, juris Rn. 26 ff.). Diese Verpflichtung ergibt sich aus § 79 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII, wonach ein dem Bedarf in qualitativer und quantitativer Hinsicht gerecht werdendes Angebot an Fördermöglichkeiten in Tageseinrichtungen und in der Kindertagespflege vorzuhalten ist; gegebenenfalls sind die vorhandenen Kapazitäten so zu erweitern, dass sämtlichen anspruchsberechtigten Kindern ein ihrem Bedarf entsprechender Betreuungsplatz nachgewiesen werden kann. Aus dieser unbedingten Garantie- und Gewährleistungshaftung folgt, dass dem Rechtsanspruch aus § 24 Abs. 2 SGB VIII der Einwand der Kapazitätserschöpfung nicht entgegengehalten werden kann (BVerwG, a.a.O., Rn. 34 f.).

Der einjährige Antragsteller hat danach einen auf frühkindliche Förderung gerichteten Rechtsanspruch gegenüber dem Antragsgegner. Seinen Anspruch hat er im August 2017 an das Bezirksamt Friedrichshain-Kreuzberg als zuständigen Jugendhilfeträger (vgl. §§ 85 Abs. 1, 86 Abs. 1 SGB VIII i.V.m. § 2 Abs. 2 des Gesetz zur Förderung von Kindern in

Tageseinrichtungen und Kindertagespflege – KitaFöG i.V.m. § 4 Abs. 1 S. 2 Allgemeines Zuständigkeitsgesetz) herangetragen und gem. § 24 Abs. 2 S. 2 in entsprechender Anwendung von § 24 Abs. 1 S. 3 SGB VIII und § 4 Abs. 1 S. 2 KitaFöG den zeitlichen Umfang der Förderung - ab dem 1. Februar 2018 maximal fünf Stunden täglich - benannt. In Anlehnung an § 24 Abs. 1 Satz 3 SGB VIII und § 7 Abs. 5 KitaFöG hätte der Antragsgegner dem Antragsteller also einen Betreuungsplatz ab dem 1. Februar 2018 nachweisen müssen, der von den Eltern und dem Kind in zumutbarer Weise zu erreichen ist (BVerwG, Urteil vom 26. Oktober 2017 – 5 C 19/16 –, juris Rn. 43)

Dieser Verpflichtung ist der Antragsgegner nicht nachgekommen. Dies beruht aber nicht auf dem fehlenden Willen des Antragsgegners. Vielmehr stehen in den vom Antragsteller gewünschten Einrichtungen B_____ sowie denen allen anderen im Bezirk Friedrichshain-Kreuzberg ansässigen Kitaträgern einschließlich der Eigenbetriebe des Landes Berlin (vgl. § 20 Abs. 1 KitaFöG) zurzeit keine freien Plätze für frühkindliche Förderung zur Verfügung. Der Antragsgegner hat in seinem Schriftsatz vom 9. Februar 2018 dargelegt, dass die Kindertagesstätten gemäß Betriebserlaubnis aktuell eine Kapazität von 15307 Plätzen haben. Aufgrund von Fachkräftemangel sowie laufenden Aus- und Umbaumaßnahmen könnten aber diese Plätze nicht in vollem Umfang vergeben werden, es seien lediglich 14.504 Plätze verfügbar, die jedoch bereits vergeben seien. Alle Plätze in Kindertagespflegestellen seien ebenfalls belegt.

Hiergegen ist bei summarischer Prüfung nichts zu erinnern. Soweit der Antragsteller in diesem Zusammenhang einwendet, der Antragsgegner habe eine Kapazitätserschöpfung nicht belegt, steht dies bereits in gewissem Widerspruch zu seinem eigenen Vortrag, dass sich seine Mutter „verzweifelt“, aber erfolglos um Betreuungsplätze bemüht habe (vgl. E-Mail der Kindesmutter vom 6. Dezember 2017 an die Einrichtung B_____). Auch der Hinweis auf einen Beschluss des Verwaltungsgerichts Münster vom 20. Juli 2017 (6 L 1177/17 -, bestätigt durch Beschluss des Oberverwaltungsgerichts Münster vom 18. Dezember 2017 - 12 B 930/17 –, beide zit. nach juris), wonach der Jugendhilfeträger den Nachweis der Kapazitätserschöpfung nur bei einem sachgerecht ausgestalteten und durchgeführten Verfahren zur Vergabe der (städtischen) Kindergartenplätze führen könne, lässt den Schluss auf freie Kapazitäten nicht zu. Eine ggf. fehlerhafte Belegung vorhandener Kita-Plätze steht der Kapazitätswirksamkeit der bisherigen, die Kapazität auslastenden Maßnahmen nämlich nicht entgegen. Dies zeigt schon folgende Überlegung: Mit dem Begehren, einen Betreuungsplatz zu erhalten, tritt der Antragsteller gewissermaßen in Konkurrenz zu den von den freien Jugendhilfeträgern einschließlich der Eigenbetriebe des Landes Berlin ausgewählten Bewerbern. Voraussetzung für den Erfolg seines Begeh-

rens bei ausgeschöpfter Kapazität wäre also, dass es ihm - bei unterstellter Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens - gelingt, einen der ausgewählten Bewerber gleichsam „zu verdrängen“. Dies ist aber schon deswegen unmöglich, weil der Antragsgegner mangels Trägerschaft rechtlich nicht die Möglichkeit hat, einem bereits betreuten Kind den Platz zu entziehen und diesen dem Antragsteller zuzuteilen. Vor dem Hintergrund der - auch vom Antragsteller nicht substantiiert bestrittenen - Auslastung der Kapazitäten und der fehlenden Einwirkungsmöglichkeit hat auch der weitere Hilfsantrag des Antragstellers keinen Erfolg, den Antragsgegner vorläufig zu verpflichten, durch eine in sein Ermessen gestellte Maßnahmen sicherzustellen, dass die wohnortnahen freien Träger der öffentlichen Jugendhilfe ihm vorläufig einen Platz zuteilen.

b) Ist mithin davon auszugehen, dass die Kapazität erschöpft ist und dass der Antragsgegner vor diesem Hintergrund dem Antragsteller keinen Betreuungsplatz zuweisen kann, so trifft den Antragsgegner gleichwohl nach dem oben unter a) Ausgeführten im Rahmen seiner unbedingten Garantie- und Gewährleistungshaftung die Pflicht, neue Dienste sowie Einrichtungen zu schaffen und damit das vorgehaltene, unzureichende Angebot zu erweitern. Dies lässt sich aber nicht so kurzfristig sicherstellen, dass der Antragsteller davon profitieren und ihm - umgehend - ein Betreuungsplatz zugewiesen werden könnte. Dabei verkennt die Kammer nicht, dass das OVG Bautzen in einem Beschluss vom 7. Juni 2017 – 4 B 100.17 – bei Kapazitätserschöpfung ein subjektives Recht auf Neuschaffung von Kapazitäten angenommen (so wohl auch Kunkel/Kepert/Pattar, SGB VIII 6. Aufl., § 24 Rn. 12) und einen Jugendhilfeträger im einstweiligen Rechtsschutzverfahren verpflichtet hat, dem anspruchsberechtigten Kind bis zur Entscheidung in der Hauptsache einen Betreuungsplatz zur frühkindlichen Förderung in einer Kindertageseinrichtung oder einer Kindertagespflege zur Verfügung zu stellen. Die insoweit tragende Erwägung des OVG Bautzen, dass die vollständige Belegung der vorhandenen Plätze zur frühkindlichen Förderung nicht mit einer zivilrechtlichen zur Unmöglichkeit und teilweisen Leistungsbefreiung führenden Fallkonstellation vergleichbar sei, lässt aber unberücksichtigt, dass vorliegend nicht allein die – durch Zuweisung von Geldern ausräumbaren – finanziellen Engpässe der öffentlich-rechtlichen Träger bei der Bereitstellung eines bedarfsgerechten Angebotes an Betreuungsplätzen in Streit stehen. Vielmehr geht es auch um einen - nicht kurzfristig zu beseitigenden - Fachkräftemangel, der bedingt, dass in Berlin schon jetzt rund 2000 Kitaplätze nicht belegt werden können. Viele Kitaträger nehmen daher weniger Kinder auf, als sie baulich dürften (vgl. Bericht des Tagesspiegels vom 16. Februar 2018 <http://www.tagesspiegel.de/berlin/paedagogen-mangel-in-berlin-jeder-vierte-bricht-erzieher-ausbildung-ab/20973238.html>). Vor diesem Hintergrund kann der Antragsgegner als Träger der öffentlichen Jugendhilfe, anders als dies das OVG Bautzen meint, zur Be-

seitigung der Kapazitätsengpässe z.B. auch keine eigenen Interimseinrichtungen und ad hoc eingerichtete Übergangsgruppen einrichten. Würde man dies anders sehen wollen, würde dies bedeuten, dass in unzulässiger Weise eine auf etwas Unmögliches gerichtete einstweilige Anordnung erlassen werden müsste (so wohl auch OVG Koblenz, Urteil vom 25. Oktober 2012 - 7 A 10671/12 -, juris Rn. 37).

Damit steht der Antragsteller aber nicht gänzlich schutzlos. Vielmehr wandelt sich - wenn wie hier der Rechtsanspruch gemäß § 24 Abs. 2 SGB VIII leer läuft - der Primäranspruch in einen Sekundäranspruch auf Aufwendungsersatz in Form der Kostenerstattung für eine selbstbeschaffte Hilfe um (vgl. VGH München, Beschluss vom 22. Juli 2016 – 12 BV 15.719 -, juris Rn. 49; VGH Mannheim, Urteil vom 8. Dezember 2016 – 12 S 1782.15 -, juris Rn. 35 ff; Schellhorn/Fischer/Mann/Kern, SGB VIII, 5. Aufl. § 24 Rn. 34), oder der Antragsteller als Leistungsberechtigter kann unter Umständen Schadensersatzansprüche aus Amtspflichtverletzung geltend machen (BGH, Urteil vom 20. Oktober 2016 – III ZR 302/15 –, juris).

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Das Verfahren ist gerichtskostenfrei (§ 188 Satz 2 VwGO).

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss ist die Beschwerde an das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg zulässig.

Die Beschwerde ist bei dem Verwaltungsgericht Berlin, Kirchstraße 7, 10557 Berlin, schriftlich oder in elektronischer Form gemäß § 55a der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) einzulegen. Die Frist für die Einlegung der Beschwerde endet zwei Wochen nach Zustellung dieses Beschlusses.

Die Beschwerde ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses schriftlich oder in elektronischer Form zu begründen. Die Begründung ist, sofern sie nicht bereits mit der Beschwerde vorgelegt worden ist, bei dem Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Hardenbergstraße 31, 10623 Berlin, einzureichen. Sie muss einen bestimmten Antrag enthalten, die Gründe darlegen, aus denen die Entscheidung abzuändern oder aufzuheben ist und sich mit der angefochtenen Entscheidung auseinandersetzen.

Vor dem Oberverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für die Einlegung der Beschwerde. Als Bevollmächtigte sind Rechtsanwälte und Rechtslehrer an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz mit Befähigung zum Richteramt zugelassen. Darüber hinaus kön-

nen auch die in § 67 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 bis 7 VwGO bezeichneten Personen und Organisationen auftreten. Ein als Bevollmächtigter zugelassener Beteiligter kann sich selbst vertreten. Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse können sich durch Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt vertreten lassen; das Beschäftigungsverhältnis kann auch zu einer anderen Behörde, juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem der genannten Zusammenschlüsse bestehen. Richter dürfen nicht vor dem Gericht, ehrenamtliche Richter nicht vor einem Spruchkörper auftreten, dem sie angehören.

Dr. Fischer