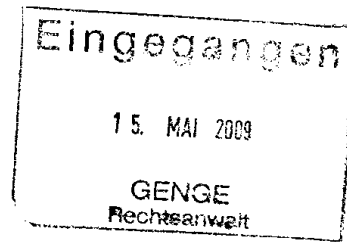


BESCHLUSS



**OBERVERWALTUNGSGERICHT  
BERLIN-BRANDENBURG**

**BESCHLUSS**

OVG 6 S 8.09 / OVG 6 M 10.09  
VG 18 L 10.09 Berlin

In der Verwaltungsstreitsache

des [REDACTED]

Antragstellers und Beschwerdeführers,

bevollmächtigt:

Rechtsanwalt Joachim Genge, Kreuzbergstraße 42 b, 10965 Berlin,

g e g e n

das Land Berlin, vertreten durch die Senatsverwaltung für Bildung, Wissenschaft und  
Forschung, Beuthstraße 6-8, 10117 Berlin,

Antragsgegner und Beschwerdegegner,

hat der 6. Senat durch den Vorsitzenden Richter am Obergericht  
Schultz-Ewert, den Richter am Obergericht Dr. Oerke und den Richter am  
Verwaltungsgericht Dicke am 12. Mai 2009 beschlossen:

Auf die Beschwerde des Antragstellers wird der Beschluss des Verwal-  
tungsgerichts Berlin vom 16. Februar 2009 geändert.

Es wird festgestellt, dass die am 13. Januar 2009 gegen den Bescheid  
der Senatsverwaltung für Bildung, Wissenschaft und Forschung vom  
8. Januar 2009 erhobene Klage (VG 18 K 11.09) aufschiebende Wir-  
kung hat.

Dem Antragsgegner wird aufgegeben, den Antragsteller vorläufig wieder in Obhut zu nehmen (§ 42 SGB VIII).

Der Antragsgegner trägt die Verfahrenskosten beider Rechtszüge.

### Gründe

#### I.

Der nach eigenen Angaben am 6. April 1995 geborene und angeblich die beninische Staatsangehörigkeit besitzende Antragsteller reiste unbegleitet in die Bundesrepublik Deutschland ein. Am 3. Januar 2009 nahm ihn die Erstaufnahme- und Clearingstelle (EAC) der Stiftung zur Förderung Sozialer Dienste Berlin (FSD-Stiftung) in Berlin-Zehlendorf auf und meldete dies der Senatsverwaltung für Bildung, Wissenschaft und Forschung mit der Bitte um weitere Veranlassung. Am 8. Januar 2009 wurde der Antragsteller von zwei Mitarbeiterinnen des Antragsgegners in Augenschein genommen und befragt. In Ermangelung von Identifikationspapieren schätzten sie aufgrund seines äußeren Erscheinungsbildes, dass er mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit spätestens am 31.12.1992 geboren sein müsse. Mit Bescheid vom selben Tage teilte ihm die Senatsverwaltung für Bildung, Wissenschaft und Forschung mit, dass sein Lebensalter mindestens 16 bis 17 Jahre betrage. Er könne daher „in dieser Phase nicht weiter in der Berliner Erstaufnahmeeinrichtung verbleiben (Beendigung der Inobhutnahme)“. Eine „Fortsetzung der Inobhutnahme gemäß § 42 des Kinder- und Jugendhilfegesetzes (Sozialgesetzbuch Teil VIII -SGB VIII-) bzw. eine Wiederaufnahme in der Berliner Erstaufnahmeeinrichtung“ könne nur erfolgen, falls ihn die Zentrale Aufnahmeeinrichtung des Landes Berlin für Asylbewerber (ZAA) dem Land Berlin zuweise. Mit Bescheid der ZAA vom 9. Januar 2009 wurde er im Rahmen der länderübergreifenden Verteilung dem Bundesland Sachsen zugewiesen und ihm wurde unter Androhung seiner zwangsweisen Verlegung aufgegeben, sich bei der „EAE Halberstadt“ zu melden. Am 11. Januar 2009 verließ er die EAC.

Am 13. Januar 2009 hat der Antragsteller „wegen der Beendigung der Inobhutnahme in einer Jugendhilfeeinrichtung und einem willkürlich festgelegten, fiktiven Geburtsdatum 31.12.1992“ Klage erhoben und um vorläufigen Rechtsschutz nachgesucht. Den Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes hat das Verwaltungsgericht mit Beschluss vom 16. Februar 2009 abgelehnt und die Bewilligung von Prozesskostenhilfe versagt. Es hat das vorläufige Rechtsschutzbegehren des Antragstellers sinngemäß als Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 VwGO ausge-

legt und diesem mangels Glaubhaftmachung von Anordnungsgrund und Anordnungsanspruch den Erfolg versagt. Entgegen der missverständlichen Formulierung im angefochtenen Bescheid „(Beendigung der Inobhutnahme)“ komme Eilrechtsschutz gemäß § 80 Abs. 5 VwGO nicht in Betracht. Der Antragsgegner habe die Inobhutnahme des Antragstellers mit Verfügung vom 8. Januar 2009 rechtlich gesehen nicht beendet, sondern abgelehnt. Die Inobhutnahme nach § 42 SGB VIII sei ein Verwaltungsakt, zu deren Erlass die FSD-Stiftung als privatrechtlich organisierter Träger der freien Jugendhilfe auch nicht aufgrund der Vereinbarung mit dem Land Berlin vom 15. April 2008 ermächtigt sei. Das Land habe der FSD-Stiftung lediglich die Ausführung der Aufgaben einer Erstaufnahme- und Clearingstelle für gemäß § 42 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB VIII in Obhut zu nehmende ausländische Minderjährige übertragen. Hiermit sei jedoch nicht die Berechtigung zum hoheitlichen Handeln verbunden. Die Entscheidung der Mitarbeiter der FSD-Stiftung, den Antragsteller aufzunehmen, stelle daher keine öffentlich-rechtliche Inobhutnahme dar. Der Antragsgegner habe sich erstmalig am 8. Januar 2009 mit dem Begehren des Antragstellers befasst und dessen Inobhutnahme abgelehnt.

II.

Die gegen den Beschluss vom 16. Februar 2009 gerichtete Beschwerde des Antragstellers ist zulässig und begründet. Das Verwaltungsgericht hat sein u.a. gegen die Beendigung der Inobhutnahme im Wege des Eilrechtsschutzes verfolgtes Begehren und den Antrag auf Prozesskostenhilfe zu Unrecht abgelehnt.

1. Entgegen der vom Verwaltungsgericht vertretenen Auffassung richtet sich das Begehren des Antragstellers auf Gewährung von Eilrechtsschutz nicht nach § 123 VwGO, sondern nach § 80 Abs. 5 VwGO. Der Bescheid des Antragsgegners vom 8. Januar 2009, die Inobhutnahme des Antragstellers zu beenden, stellt für diesen nach Inhalt und äußerer Form einen belastenden Verwaltungsakt im Sinne von § 31 Satz 1 SGB X dar, wogegen er zulässiger Weise mittels Anfechtungsklage vorgehen kann und auch vorgegangen ist. Die am 13. Januar 2009 zum Aktenzeichen VG 18 K 11.09 erhobene Klage hat nach § 80 Abs. 1 Satz 1 VwGO aufschiebende Wirkung, weil der Antragsgegner weder die sofortige Vollziehung nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO angeordnet hat noch ein Fall des § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 3 oder Satz 2 VwGO vorliegt. Der Antragsgegner beachtet die aufschiebende Wirkung der Klage nicht. Zur Vermeidung einer Rechtsschutzlücke ist deshalb in entsprechender Anwendung von § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO die gerichtliche Feststellung geboten, dass die Klage aufschiebende Wirkung entfaltet. Zwar hat der Antragsteller weder bei Einle-

gung der Beschwerde noch im Schriftsatz vom 20. März 2009 einen ausdrücklich auf § 80 Abs. 5 VwGO Bezug nehmenden Antrag formuliert; dennoch lässt sich seinem Gesamtvorbringen zur Antrags- und Beschwerdebegründung das eindeutig bestimm- bare Begehren entnehmen (vgl. § 88 VwGO), im Wege vorläufigen Rechtsschutzes nach § 80 Abs. 5 VwGO wieder in jugendhilferechtliche Obhut zu gelangen (vgl. zur Ermittlung des Beschwerdeantrags durch Auslegung Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl. 2007, § 146 Rn. 41). Ein dem so genannten Aussetzungsverfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO zuzuordnender Fall der faktischen Vollziehung (vgl. dazu Schoch in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Stand: Oktober 2008, § 80 Rn. 238 ff.; Schmidt in Eyermann, VwGO, 12. Aufl. 2006, § 80 Rn. 109 ff.; Kopp/Schenke, a.a.O., § 80 Rn. 181 ff. m.w.N.) läge im Übrigen auch dann vor, wenn die Behörde von der Vollziehbarkeit ihres Verwaltungsaktes ausgeht, weil sie rechtsirrig annimmt, sie habe dem Betroffenen die begehrte Rechtsposition erstmals versagt. Der Eilantrag bei so genannter faktischer Vollziehung ist unabhängig von der Rechtswidrigkeit des angegriffenen Verwaltungsakts begründet (vgl. Schoch, a.a.O., Rn. 238); auf die Richtig- keit der vom Senat nicht weiter zu prüfenden Erwägungen des Verwaltungsgerichts zum Anordnungsgrund und Anordnungsanspruch kommt es nicht an. Da der in seiner Wirkung suspendierte Bescheid vom 8. Januar 2009 durch die Entlassung des An- tragstellers am 11. Januar 2009 bereits vollzogen ist, war der Antragsgegner zudem, wie der Antragsteller sinngemäß beantragt hat (vgl. Antrag Nr. 3 der Antragsschrift vom 12. Januar 2009), in entsprechender Anwendung von § 80 Abs. 5 Satz 3 VwGO zu verpflichten, ihn vorläufig wieder in einer jugendgerechten Hilfeeinrichtung aufzu- nehmen; denn allein die Missachtung des Suspensiveffekts der Klage macht die Voll- ziehung der angefochtenen Verfügung rechtswidrig.

Bei der Erörterung der Frage, ob in dem Bescheid der Senatsverwaltung für Bildung, Wissenschaft und Forschung vom 8. Januar 2009 ein belastender Verwaltungsakt zu sehen ist, ist das Verwaltungsgericht - entgegen der Beschwerdebegründung - zwar (noch) rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass ein Träger der freien Jugendhilfe weder aus eigenem Recht zur selbständigen Wahrnehmung von „anderen Aufgaben“ im Sinne von § 2 Abs. 3 SGB VIII befugt ist, noch dass diese Befugnis durch öffent- lich-rechtliche Vereinbarung übertragen oder „ausgelagert“ werden kann (neben der vom Verwaltungsgericht zitierten Kommentarliteratur vgl. auch Papenheim in LPK- SGB VIII, 3. Aufl. 2006, § 76 Rn. 12, 16 m.w.N.). Zu den „anderen Aufgaben“ im Sinne von § 2 Abs. 3 SGB VIII gehört nach Abs. 3 Nr. 1 dieser Vorschrift auch die Inobhut- nahme nach § 42 SGB VIII. Die FSD-Stiftung war daher lediglich mit der tatsächlichen Durchführung der Inobhutnahme betraut. Hoheitliche Entscheidungen konnte sie dies- bezüglich nicht treffen. Allerdings folgt hieraus nicht, dass die bis zum Erlass der an-

gefochtenen Verfügung fünf Tage dauernde Versorgung und Betreuung des Antragstellers in der EAC ohne eine rechtliche Grundlage oder auf privatrechtlicher Grundlage erfolgt wäre. Hiergegen spricht, dass die Aufnahme des Antragstellers erkennbar demselben Zweck diene, der auch § 42 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB VIII zugrunde liegt, nämlich, der Hilflosigkeit eines alleinstehenden (hier mutmaßlich) minderjährigen Ausländers durch staatliche Inobhutnahme vorzubeugen und vorläufig eine kind- oder jugendgerechte Erstversorgung (Unterbringung, Grundversorgung, Betreuung, Orientierungshilfe usw.) sicherzustellen (vgl. Ziff. 3 Abs. 1 und 2 der Ausführungsvorschriften des Antragsgegners über die Gewährung von Jugendhilfe für alleinstehende minderjährige Ausländer vom 10. Juni 2008 - AV-JAMA -, Amtsbl. S. 2035; Wiesner, SGB VIII, Kinder- und Jugendhilfe, 3. Aufl. 2006, § 42 Rn. 16). Es ist insoweit davon auszugehen, dass die Senatsverwaltung für Bildung, Wissenschaft und Forschung als zuständiger Träger der öffentlichen Jugendhilfe im Kontext mit der zitierten Ausführungsvorschrift und der mit der FSD-Stiftung am 15. April 2008 geschlossenen Vereinbarung eine hoheitliche Entscheidung getroffen hat, auf deren Grundlage der Antragsteller wie auch andere unbegleitet eingereiste Jugendliche bis zu einer weiteren Überprüfung in Obhut genommen worden ist; denn eine Inobhutnahme im Sinne von § 42 SGB VIII ohne oder erst aufgrund nachträglicher Einschaltung des zuständigen Trägers der öffentlichen Jugendhilfe ist unzulässig. Freien Trägern ist es nicht gestattet, Kinder und Jugendliche selbst eingreifend in Obhut zu nehmen. Dies gilt auch für Minderjährige, die selbst um Obhut bitten (vgl. Gutachten im Auftrag des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge e.V. - G 35/04 - vom 7. März 2006, Ziff. 4 f. m.w.N.). Von dieser rechtlichen Konstellation ist ersichtlich auch der Antragsgegner ausgegangen, der sprachlich unmissverständlich die „Beendigung der Inobhutnahme“ des Antragstellers verfügt und eine „Fortsetzung der Inobhutnahme gemäß § 42 SGB VIII bzw. eine Wiederaufnahme in der Berliner Erstaufnahmeeinrichtung“ davon abhängig gemacht hat, dass dieser dem Land Berlin zugewiesen wird. Er wollte am 8. Januar 2009 nicht lediglich über die erstmalige Inobhutnahme des Antragstellers im Sinne des § 42 SGB VIII und damit über die Gewährung einer Begünstigung entscheiden, sondern dem Antragsteller eine bereits aufgrund hoheitlichen Handelns gewährte Begünstigung entziehen; allein diese Bewertung entspricht der Rechtslage nach dem SGB VIII, wobei es einer näheren Qualifizierung des (hoheitlichen) Handelns des Antragsgegners im Kontext mit der zitierten Ausführungsvorschrift und der mit der FSD-Stiftung geschlossenen Vereinbarung vom 15. April 2008 nicht bedarf.

2. Die Ablehnung von Prozesskostenhilfe war aus den unter 1. genannten Gründen ebenfalls rechtsfehlerhaft. Einer stattgebenden Entscheidung des Senats über den

Antrag auf Prozesskostenhilfe bedarf es jedoch wegen der getroffenen Kostenentscheidung nicht.

3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1, § 188 Satz 2 VwGO.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO).

Schultz-Ewert

Dr. Oerke

Dicke



**Ausgefertigt**

*Wunderlich*  
Wunderlich  
Justizhauptsekretärin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle