

OBERVERWALTUNGSGERICHT

DES LANDES SACHSEN - ANHALT



4 M 130/18
7 B 172/18 HAL

B e s c h l u s s

in der Verwaltungsrechtssache

der am (...) 2012 geborenen **A.**,
gesetzlich vertreten durch ihre Mutter, (N.),
A-Straße, A-Stadt,

**Antragstellerin und
Beschwerdegegnerin,**

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte B.,
B-Straße, B-Stadt,

g e g e n

die **Stadt Landsberg**,
vertreten durch den Bürgermeister,
Köthener Straße 2, 06188 Landsberg,

**Antragsgegnerin und
Beschwerdeführerin,**

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte C.,
C-Straße, B-Stadt,

w e g e n

Kindergartenrechts
- vorläufiger Rechtsschutz (Beschwerde) -.

Das Obergerverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt - 4. Senat - hat am
23. Juli 2018 **beschlossen**:

Auf die Beschwerde der Antragsgegnerin wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts Halle - 7. Kammer - vom 12. Juni 2018 geändert. Die Antragsgegnerin wird auf den Hilfsantrag der Antragstellerin dazu verpflichtet sicherzustellen, dass der Antragstellerin in der Kita „(W.)“ bei einer allergischen Reaktion infolge einer Nahrungsaufnahme 30 Tropfen Fenistil bzw. 10 ml Infekto Dexta Krupp Saft verabreicht und bei schwerwiegenden Reaktionen (anaphylaktischer Schock) der für die Antragstellerin bereitstehende Notfallpen Jext 150 µg angewandt wird. Der Hauptantrag der Antragstellerin wird abgelehnt. Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens beider Rechtszüge werden gegeneinander aufgehoben. Gerichtskosten (Gebühren und Auslagen) werden nicht erhoben.

G r ü n d e :

Die statthafte Beschwerde der Antragsgegnerin ist nur teilweise erfolgreich.

Ihre Einwände gegen die Entscheidung des Verwaltungsgerichts, auf deren Prüfung der Senat beschränkt ist (vgl. § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO), geben zu einer Änderung der erstinstanzlichen Entscheidung Anlass, soweit das Gericht dem Hauptantrag der Antragstellerin stattgegeben hat (1.). Der Hilfsantrag der Antragstellerin hat dagegen Erfolg (2.).

1. Der Hauptantrag der Antragstellerin festzustellen, dass ihr Widerspruch vom 31. Mai 2018 gegen den Bescheid vom 22. Mai 2018 aufschiebende Wirkung hat, ist schon unzulässig. Bei der mit der Überschrift „Gabe von Notfallmedikamenten in den Kindertageseinrichtungen“ überschriebenen E-Mail der Fachbereichsleiterin Innere Verwaltung der Antragsgegnerin an die Kindertageseinrichtungsleiterinnen im Stadtgebiet vom 22. Mai 2018 handelt es sich im Verhältnis zur Antragstellerin nicht um einen Verwaltungsakt i.S.d. § 1 VwVfG LSA i.V.m. § 35 Satz 1 VwVfG. Denn es fehlt im Gegensatz zur Auffassung des Verwaltungsgerichts insoweit an der erforderlichen Außenwirkung. Unmittelbare Rechtswirkung nach außen i.S.d. § 35 Satz 1 VwVfG entfaltet eine Maßnahme, wenn sie hierzu unabhängig von ihren tatsächlichen Auswirkungen ihrem objektiven Sinngehalt nach bestimmt ist, wenn dies also nicht nur tatsächliche Folge der Maßnahme, sondern deren Zweckbestimmung ist (vgl. Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. A., § 35 Rdnr. 147, m.w.N.). Adressaten der E-Mail waren aber allein die Einrichtungsleiterinnen und es wird darin lediglich um „Unterrichtung der betroffenen Elternschaften und den Erzieher/-innen“ gebeten. Zwar kommt eine Außenwirkung einer internen Nachricht in Betracht, wenn durch den Adressaten mit Wissen und Willen der erlassenden Behörde eine Weiterleitung an einen außenstehenden Dritten erfolgt, um diesem gegenüber unmittelbare Rechtswirkungen zu erzielen. Eine solche Weiterleitung ist vorliegend jedoch weder ersichtlich noch substantiiert geltend gemacht. Vielmehr hat die Antragstellerin im Antragsverfahren erklärt, ihrer Mutter sei

am 28. Mai 2018 im Auftrag der Leiterin der Kita von einer Erzieherin ein Ausdruck der E-Mail gegeben worden. Damit kam die Leiterin also lediglich der in der E-Mail geäußerten Bitte um Unterrichtung von betroffenen Eltern nach. Daraus folgt aber nicht, dass die Antragsgegnerin gegenüber der Antragstellerin eine unmittelbare Rechtswirkung der E-Mail erzielen wollte. Soweit die Antragsgegnerin in ihrer Antragsbegründung ausführt, „die Antragsgegnerin“ habe „den E-Mail Ausdruck an die Mutter der Antragstellerin zur Kenntnisnahme weitergegeben“, handelt es sich um einen unschädlichen Rechtsirrtum.

Es kann danach offen bleiben, ob es sich bei der E-Mail ohnehin nicht lediglich um einen - wofür auch eine entsprechende Bezeichnung in der Nachricht spricht - Hinweis handelt, mit dem die Rechtslage geklärt werden soll.

2. Der hilfsweise gestellte Antrag der Antragstellerin auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO hat dagegen Erfolg.

Das Gericht kann zur Regelung eines vorläufigen Rechtszustands in Bezug auf ein Streitiges Rechtsverhältnis einstweilige Anordnungen treffen, wenn die Regelung - etwa um wesentliche Nachteile abzuwenden - nötig erscheint (§ 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO). Dabei sind die besondere Eilbedürftigkeit (Anordnungsgrund) und das Bestehen des zu sichernden Rechtes (Anordnungsanspruch) glaubhaft zu machen (§ 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. § 920 Abs. 2, § 294 ZPO). Maßgeblich sind die rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts.

Auszugehen ist dabei von dem Grundsatz, dass eine einstweilige Anordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO lediglich der Sicherung, nicht aber der Befriedigung von (glaubhaft gemachten) Rechten dient. Sie darf eine Entscheidung in der Hauptsache grundsätzlich nicht vorwegnehmen. Sie dient nicht dazu, einem Hilfesuchenden schneller, als es in dem Hauptsacheverfahren möglich ist, zu seinem Recht zu verhelfen. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz der Unzulässigkeit der Vorwegnahme der Hauptsache gilt im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG lediglich dann, wenn eine bestimmte Regelung zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes unabweisbar notwendig ist, weil andernfalls eintretende Nachteile für den Antragsteller schlechterdings unzumutbar wären und ein hoher Grad an Wahrscheinlichkeit für einen Erfolg im Hauptsacheverfahren spricht. Unzumutbarkeit im vorgenannten Sinne ist insbesondere dann anzunehmen, wenn eine - voraussichtlich zu Gunsten des Antragstellers ausfallende - Entscheidung in der Hauptsache zu spät käme, die inzwischen eingetretenen Nachteile und Schäden also irreparabel wären (vgl. Sodan/Ziekow, VwGO, 4. A., § 123 Rdnr. 80f.).

Daran gemessen hat die Antragstellerin einen Anordnungsgrund und einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht.

a) Der Anordnungsgrund folgt daraus, dass es in der Kita jederzeit durch eine unerkannte erdnusshaltige Kontamination von - mitgebrachten oder dort ausgegebenen -

Nahrungsmitteln zu einer allergischen Reaktion der Antragstellerin kommen kann, die auf Grund eines möglichen anaphylaktischen Schocks lebensbedrohend für sie wäre.

b) Ein Anordnungsanspruch ist ebenfalls gegeben.

(1) Zwar ergibt sich der Anordnungsanspruch nicht aus § 10 Nr. 5 Satz 2 und 3 der Kindertagesstättensatzung der Antragsgegnerin vom 25. Januar 2018 - KitaS 2018 -, die am 1. April 2018 in Kraft getreten ist (§ 15 KitaS 2018). Gemäß § 10 Nr. 5 Satz 1 KitaS 2018 werden Arzneimittel nicht in der Einrichtung verabreicht. Eine Ausnahme hiervon sind nach § 10 Nr. 5 Satz 2 und 3 KitaS 2018 chronische Krankheiten, wobei die Arzneimittel (Dauermedikament) nur nach ärztlicher Verordnung dem Kind verabreicht werden und eine aktuelle schriftliche Einverständniserklärung sowie eine Enthaltungserklärung der Personensorgeberechtigten vorliegen muss.

Bei der (Erd)nussallergie der Antragstellerin handelt es sich um einen dauerhaft bestehenden Zustand, der als chronische Krankheit anzusehen ist. Allerdings unterscheidet die Satzung in § 9 Nr. 1 KitaS 2018 ausdrücklich zwischen chronischen Krankheiten und Allergien und auch aus der näheren Bezeichnung der zu verabreichenden Arzneimittel als Dauermedikament in § 10 Nr. 5 Satz 2 KitaS 2018 ergibt sich, dass § 10 Nr. 5 Satz 2 und 3 KitaS 2018 lediglich solche chronischen Krankheiten erfassen soll, die eine ständige Verabreichung von Medikamenten erfordern. Allergien, die den Einsatz von Medikamenten nur in einem Notfall notwendig machen, sind danach keine chronische Krankheit i.S.d. § 10 Nr. 5 Satz 2 und 3 KitaS 2018.

Eine entsprechende Anwendung des § 10 Nr. 5 Satz 2 und 3 KitaS 2018 kommt nicht in Betracht. Jede Art der richterlichen Rechtsfortbildung (hier die Analogie) setzt eine Gesetzeslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes voraus. Hat der Gesetzgeber eine eindeutige Entscheidung getroffen, dürfen die Gerichte diese nicht aufgrund eigener rechtspolitischer Vorstellungen verändern oder durch eine judikative Lösung ersetzen. Ob eine Gesetzeslücke vorliegt, ist danach zu beurteilen, ob die vom Regelungsprogramm des Gesetzgebers erfassten Fälle in den gesetzlichen Vorschriften tatsächlich Berücksichtigung gefunden haben. Sie ist zu bejahen, wenn festzustellen ist, dass der Wortlaut der Vorschrift nicht alle Fälle erfasst, die nach dem Sinn und Zweck der Regelung erfasst sein sollten (so BVerwG, Urt. v. 12. September 2013 - 5 C 35.12 -, zit. nach JURIS, m.w.N.) bzw. wenn der Anwendungsbereich der Norm wegen eines versehentlichen, mit dem Normzweck unvereinbaren Regelungsversäumnisses des Normgebers unvollständig ist (so BVerwG, Urt. v. 25. April 2013 - 6 C 5.12 -, zit. nach JURIS, m.w.N.). Nach diesen Maßgaben liegt schon keine Regelungslücke vor, da ein versehentliches Regelungsversäumnis des Satzungsgebers nicht anzunehmen ist.

(2) Ein Anordnungsanspruch ergibt sich vorliegend vielmehr nach der im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nur summarisch möglichen Prüfung aus dem zwischen

der Mutter der Antragstellerin und der Antragsgegnerin bestehenden Betreuungsvertrag, auf den sich auch die Antragstellerin berufen kann.

Schon unter Geltung der Kindertagesstättensatzung der Antragstellerin vom 27. Juni 2013 - KitaS 2013 - war unstreitig eine Zusatzvereinbarung vom 1. November 2017 zu dem Betreuungsvertrag geschlossen worden, wonach der Antragstellerin bei einem Notfall 30 Tropfen Fenistil und/oder 10 ml Infekto Dexa Krupp Saft verabreicht bzw. der Jext 150 Mikrogramm Fertipen angewandt werden soll. § 13 Abs. 1 Satz 4 KitaS 2013 hatte ebenfalls vorgesehen, dass Arzneimittel nicht verabreicht würden, mit Ausnahme von chronischen Krankheiten, wobei die Arzneimittel nur nach ärztlicher Verordnung dem Kind zu verabreichen seien.

Im Gegensatz zur Rechtsansicht der Antragsgegnerin lässt sich der Anordnungsanspruch nach § 123 VwGO auch auf die Zusatzvereinbarung in Verbindung mit der einschlägigen materiellrechtlichen Rechtsgrundlage stützen und die Antragstellerin muss sich nicht darauf verweisen lassen, aus dem Vertrag zu vollstrecken. Ohne gerichtlichen Titel ist dies nicht möglich. Ob es sich vorliegend um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag oder einen privatrechtlichen Vertrag handelt, kann dahinstehen. Das Gericht, das über ein Rechtsmittel gegen eine Entscheidung in der Hauptsache entscheidet, prüft gem. § 17a Abs. 5 GVG nicht, ob der beschrittene Rechtsweg zulässig ist, und das Gericht des zulässigen Rechtsweges entscheidet nach § 17 Abs. 2 Satz 1 GVG den Rechtsstreit unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten.

Es ist weiterhin weder hinreichend geltend gemacht noch sonst ersichtlich, dass die Vereinbarung wegen veränderter Umstände gekündigt worden ist oder von vornherein unwirksam war. Ohne Erfolg trägt die Antragsgegnerin vor, bei der Antragstellerin kämen in einem Notfall mehrere Medikamente in Betracht, deren Einsatz völlig in das Ermessen des ungeschulten pädagogischen Fachpersonals gestellt würde, und die Setzung eines Notfallpens sei ein über das Erlaubte hinausgehender körperlicher Eingriff, der im Übrigen des Einsatzes einer medizinischen Fachkraft bedürfe. Es liegt eine ärztliche Verordnung zur Verabreichung der Allergiemedikamente vor und zudem hat die Antragstellerin unwidersprochen geltend gemacht, dass im Jahr 2017 vereinbart worden sei, dass alle infrage kommenden Erzieherinnen der Kita von der behandelnden Kinderärztin eine Einweisung hinsichtlich des Notfallpens erhalten und erst daraufhin die Zusatzvereinbarung geschlossen worden sei. Zu Recht hat das Verwaltungsgericht darauf hingewiesen, dass bei Zweifeln, welches Mittel geeignet und ausreichend sei, eine Anwendung des bereitstehenden Notfallpens angezeigt sein dürfte. Soweit die Antragsgegnerin im Antragsverfahren auf ein Gespräch mit der Kinderärztin zur Verwendung des Pens hingewiesen hat, nach dem der Gebrauch ungeschulter Personen untersagt sei, fand dieses Gespräch im August 2016 und damit vor dem Abschluss der Zusatzvereinbarung und der von der Antragstellerin dargelegten Einweisung statt. Auch der Einwand, es sei den Erzieherinnen als medizinischen Laien unmöglich, bei einer allergischen Reaktion adäquat zu reagieren, ist nicht durchgreifend. Die Antragsgegnerin ist ausweislich der Zusatzvereinbarung selbst davon ausgegangen, dass die

Erzieherinnen dazu fähig sind. Ihr Hinweis auf die sozialgerichtliche Rechtsprechung trägt nicht, da dort ausdrücklich ausgeführt wird, dass bestimmte Tätigkeiten (u.a. Injektionen) auch von medizinischen Laien durchgeführt werden können (LSG Thüringen, Beschl. v. 16. Mai 2017 - L 6 KR 1571/15 B ER -, zit. nach JURIS) und lediglich für das Verabreichen von Insulininjektionen regelmäßig medizinisches Fachpersonal erforderlich sein soll (BSG, Beschl. v. 16. März 2017 - B 3 KR 43/16 B -, zit. nach JURIS).

Das Gericht sieht keinen Anlass, die - mit dem Hilfsantrag unbeschränkt begehrte - Anordnung in ihrer Geltung zeitlich zu begrenzen. Der Senat hat sich dabei von der Erwägung leiten lassen, dass mit diesem Vorgehen gegebenenfalls die erneute Inanspruchnahme einstweiligen Rechtsschutzes vermieden werden kann und dass es die Antragsgegnerin andererseits in der Hand hat, auf eine gerichtliche Hauptsacheentscheidung hinzuwirken (§ 123 Abs. 3 VwGO i. V. mit § 926 Abs. 1 ZPO).

Es kann danach offen bleiben, ob sich unmittelbar aus dem Betreuungsauftrag der Kindertageseinrichtung (vgl. § 5 Abs. 1 Satz 1 KiföG LSA, § 3 Nr. 1 KitaS 2018; vgl. auch § 45 Abs. 2 Nr. 2 SGB VIII) eine Pflicht des Trägers der Tageseinrichtung ergibt, bei einem in der Tageseinrichtung aufgenommenen Kind, eine Medikamentenvergabe bei Allergie-Notfällen sicherzustellen.

Abschließend wird die Antragsgegnerin darauf hingewiesen, dass ihre auf § 10 Nr. 5 Satz 1 KitaS 2018 gestützte Ansicht, die Erzieher müssten der Antragstellerin in einem Allergie-Notfall nur eine (beschränkte) Erste Hilfe leisten und keine ausdrücklich für einen solchen Fall vorgesehenen Notfallmedikamente verabreichen, angesichts des Umstandes, dass die Antragstellerin tatsächlich in einer Kita der Antragsgegnerin betreut wird, kaum überzeugt, und im Übrigen - worauf schon das Verwaltungsgericht hingewiesen hat - mit den jedermann treffenden Handlungspflichten in einem Notfall, die strafrechtlich bewehrt sind (vgl. § 323c StGB), nur schwerlich in Übereinstimmung steht.

Die Kostenentscheidung folgt aus den §§ 154 Abs. 2, 159 Satz 2, 188 Satz 2 VwGO.

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

Schmidt

Schneider

Dr. Bechler