



Verwaltungsgericht Hamburg

Urteil

Im Namen des Volkes

In der Verwaltungsrechtssache

hat das Verwaltungsgericht Hamburg, Kammer 7, aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 26. April 2024 durch

für Recht erkannt:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens trägt die Klägerin.

Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Berufung wird zugelassen.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen dieses Urteil steht den Beteiligten die Berufung an das Hamburgische Oberverwaltungsgericht zu. Sie ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des vollständigen Urteils bei dem Verwaltungsgericht Hamburg, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, einzulegen. Die Berufung muss das angefochtene Urteil bezeichnen.

Die Berufung ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des vollständigen Urteils zu begründen. Die Begründung ist, sofern sie nicht zugleich mit der Einlegung der Berufung erfolgt, bei dem Hamburgischen Oberverwaltungsgericht, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, einzureichen. Die Begründungsfrist kann auf einen vor ihrem Ablauf gestellten Antrag von dem Vorsitzenden des Senats verlängert werden. Die Begründung muss einen bestimmten Antrag enthalten sowie die im Einzelnen anzuführenden Gründe der Anfechtung (Berufungsgründe).

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.

Auf die Möglichkeit der Sprungrevision nach § 134 VwGO wird hingewiesen.

Tatbestand

Die Klägerin begehrt die Erteilung einer Baugenehmigung für die Errichtung und Nutzung einer Kindertagesstätte.

Die Klägerin ist eine Trägerin von Kindertageseinrichtungen. Am 6. Mai 2022 stellte sie einen Bauantrag im Baugenehmigungsverfahren mit Konzentrationswirkung für die Neuerrichtung einer Kindertagesstätte mit Lehrschwimmbecken für sechs Gruppen, davon vier für Krippenkinder und zwei für Elementarkinder auf dem Grundstück A-Straße. Die Kindertagesstätte soll nach den Angaben der Klägerin Platz für 119 Kinder bieten, die während der Kernzeit von 8:00 Uhr bis 16:30 sowie optional, ergänzend, während eines um 7:00 beginnenden Frühdienstes und um 19:00 Uhr endenden Spätdienstes betreut werden sollen.

Auf dem Vorhabengrundstück befindet sich derzeit ein an der Straße gelegenes mehrstöckiges Wohngebäude und im rückwärtigen Hofbereich ein ehemaliges, in Nord-Süd-Richtung ausgerichtetes Werkstattgebäude. Das beantragte Vorhaben soll ausgerichtet in Ost-West-Richtung als Neubau das ehemalige Werkstattgebäude ersetzen. Der Zugang zur Kindertagesstätte soll über den vorhandenen Durchgang des Vorderhauses erfolgen. Der Baukörper soll aus einem ersten und zweiten Untergeschoss, einem Erd-, 1. und 2. Obergeschoss sowie einer vollflächigen Dachterrasse bestehen. Das Lehrschwimmbecken ist im ersten und zweiten Untergeschoss des Gebäudes geplant. Auf dem geplanten Flachdach des Gebäudes sehen die Bauvorlagen eine Kinderspielfläche, zwei Treppenhausausgänge und einen Fahrstuhlschachtaufbau, auf dessen Dach der aus den unteren Stockwerken führende Abluftkanal in ein Abluftgerät mit einer Deflektorhaube mit einer Höhe von ca. 2 m übergehen soll, vor.

Das Vorhabengrundstück liegt im Geltungsbereich des Bebauungsplans B.. x vom ..., der für den hinteren Bereich des Flurstücks ..., in dem die Kindertagesstätte errichtet werden soll, u.a. folgende Festsetzungen enthält: Allgemeines Wohngebiet, Anzahl der Vollgeschosse: Zwei. Der Bebauungsplan setzt zudem eine Baugrenze fest, die durch das geplante Vorhaben in östlicher Richtung überschritten wird.

Mit Schreiben vom 10. Juni 2022 forderte die Beklagte die Klägerin auf, diverse Unterlagen, insbesondere einen die Kinderspielflächen darstellenden Lageplan, nachzureichen. Am 15. September 2022 teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass die ausgewiesene Außenspielfläche lediglich eine Maximalbelegung von 83 Kindern zulasse und forderte diese zugleich auf, für die geplante Belegung einen zusätzlichen geeigneten Spielplatz nachzuweisen. Am 11. Oktober 2022 informierte die Klägerin die Beklagte, dass sie sich um eine Ausnahmegenehmigung zur Mitbenutzung eines öffentlichen Spielplatzes bemühe. Mit Schreiben vom 13. Oktober 2022 hörte die Beklagte die Klägerin zur beabsichtigten Ablehnung ihres Bauantrages an, da u.a. lediglich Außenspielflächen im Umfang von 502 m² nachgewiesen seien und es für eine Anzahl von 119 Kinderbetreuungsplätzen einer Außenspielfläche von 714 m² bedürfe. Am 1. November 2022 teilte die Klägerin der Beklagten mit, dass sie sich um Spielflächen in der Nachbarschaft bemühe, um die Kinderbetreuungsplatzanzahl von 119 erreichen zu können. Unter Hinweis auf die gesetzliche Fiktion einer Rücknahme des Bauantrages gemäß § 70 Abs. 3 Satz 2 HBauO forderte die Beklagte die Klägerin mit Schreiben vom 14. Dezember 2022 auf, bis zum 11. Januar 2023 Unterlagen nachzureichen. Im Wortlaut heißt es hierzu auszugsweise in dem Schreiben:

„Folgende Unterlagen fehlen:

1. Lageplan mit Darstellung der Außenspielflächen für 119 Kinder (§ 10 Abs. 6 BauVorlVO)

Hinweis:

Das eingeplante Außenspielgelände lässt eine Maximalbelegung von 83 Kindern zu. Für die geplante Belegung mit 119 Kindern ist zusätzlich ein geeigneter Spielplatz nachzuweisen.“

Mit Schreiben vom 22. Dezember 2022 stellte die Klägerin beim Fachamt Bauprüfung der Beklagten „unter Vorbehalt“ einen Antrag auf Sondernutzung eines in der A-Straße vorhandenen öffentlichen Spielplatzes mit dem Hinweis, dass nach ihrer Auffassung eine Sondernutzungserlaubnis für die Nutzung eines öffentlichen Spielplatzes durch in einer Kindertagesstätte betreute Kinder rechtlich nicht haltbar sei, sie sich zur Erreichung einer positiven Bescheidung des Bauantrags durch die Beklagte aber gezwungen sehe, einen Sondernutzungsantrag zu stellen.

Die Klägerin übersandte am 10. Januar 2023 unter Bezug auf die Nachforderung der Beklagten vom 14. Dezember 2022 einen Freiflächenplan mit der Darstellung der Außenspielflächen für das Bauvorhaben auf dem Vorhabengrundstück. Dieser weist u.a. auf dem Grundstück eine Dachfläche mit 177 m², eine Fläche mit Fallschutzsand von 86 m² und Spielsand von 60 m², eine Rasenfläche mit 66 m², eine unterbaute Holzterrasse mit 44 m² und eine Pflasterfläche mit 91 m² – insgesamt 524 m² – aus.

Mit Schreiben vom 12. Januar 2023 teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass ihr Bauantrag als zurückgenommen gelte und weder der unter Vorbehalt gestellte Antrag auf Sondernutzung vom 22. Dezember 2022 noch die am 10. Januar 2023 nachgereichten Unterlagen der letztmaligen Nachforderung vom 14. Dezember 2022 entsprechen würden.

Am 16. Januar 2023 erhob die Klägerin Widerspruch gegen das Rücknahmefiktionsbestätigungsschreiben vom 12. Januar 2023.

Mit Schreiben vom 27. Februar 2023 beantragte die Klägerin beim Zentrum für Wirtschaftsförderung, Bauen und Umwelt (Fachbereich Sondernutzung) der Beklagten die Sondernutzung des Kinderspielplatzes „A-Straße“ für eine Spielfläche von ca. 230 m² für 38 der geplanten 119 Elementarkinder, für die keine eigenen Außenspielflächen zur Verfügung stehen würden. Die Beklagte lehnte diesen Antrag mit Bescheid vom 10. Oktober 2023 ab. Eine Bescheidung des gegen diesen Ablehnungsbescheid erhobenen Widerspruchs der Klägerin durch die Beklagte steht derzeit aus.

Mit Widerspruchsbescheid vom 24. April 2023 wies die Beklagte den Widerspruch gegen das Rücknahmefiktionsbestätigungsschreiben als unzulässig zurück.

Die Klägerin hat am 5. Mai 2023 Klage erhoben.

Zur Begründung führt die Klägerin aus, dass die Klage als Verpflichtungsklage statthaft sei, da sie Rechtsschutz dagegen begehre, dass über ihren Baugenehmigungsantrag nicht entschieden worden sei. Die Voraussetzungen einer Rücknahmefiktion seien nicht gegeben, da der von der Beklagten verlangte Nachweis einer ausreichenden Außenspielfläche für die zu errichtende Kindertagesstätte keine gesetzliche Grundlage habe und sie am 22. Dezember 2022 – unter Vorbehalt – einen Antrag auf Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis gestellt habe. Aufgrund weiterer rechtlicher Streitigkeiten zwischen ihr und der Beklagten sei hinreichend klar, dass sich dieser Vorbehalt auf die

Frage nach der Notwendigkeit einer Sondernutzungserlaubnis beziehe. Die Beklagte habe willkürlich die Rücknahmefiktion ausgesprochen und damit einen Fall der Untätigkeit gemäß § 75 VwGO Satz 1 begründet. Die Klage sei auch begründet bzw. entscheidungsreif, da sie alle erforderlichen Unterlagen eingereicht habe. Es sei rechtlich wie auch nach einer Folgenbetrachtung verfehlt, schematisch und allgemein einen bestimmten Flächenanteil je Kind zur Bestimmung des Erfordernisses einer Außenspielfläche zu fordern. Rechtlich ergebe sich dies bereits aus dem Umstand, dass § 45 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII die einzelnen Anforderungen nur „in der Regel“ stelle. Maßgeblich sei vielmehr die Schlüssigkeit des jeweiligen Betriebskonzepts. Das schematische Erfordernis einer Außenspielfläche von 6 m² je Kind verfehle den Regelungsgehalt von § 45 Abs. 2 SGB VIII, da die Norm als Gefahrenabwehrrecht zu verstehen sei, weshalb die Anforderungen nur als darauf ausgerichtet auszulegen seien, dass es darum gehe, Schäden von den Kindern abzuhalten. In die Folgenbetrachtung sei einzustellen, dass der Bedarf an Kinderbetreuungsplätzen stark gestiegen sei und weiter zunehme und dass in der Großstadt Hamburg ein Mangel an privaten Außenflächen herrsche. Die historisch neue Forderung von 6 m² Außenspielfläche je Kind müsse sich vor dem Umstand rechtfertigen lassen, dass viele Kindertagesstätten in Hamburg genehmigt worden seien und betrieben würden, die über keine oder nur eine geringe eigene Außenspielfläche verfügen würden. Würde die Beklagte ihre Flächenanforderung als gewichtigen Aspekt des Kindeswohls konsequent vertreten, so müsste sie nunmehr eine Vielzahl von Kindertagesstätten schließen. Der Beklagten gehe es in der Sache nicht darum, den betreuten Kindern konkret bestimmte Flächen zu sichern. Vielmehr versuche sie über die formale Begründung gebührenbelasteter Sondernutzungsverhältnisse auszugleichen, dass sie sich in dem Rahmenvertrag über die Bemessung der Betreuungsentgelte zu einem pauschalen Entgeltanteil für Gebäude bzw. Grundstücksflächen verpflichtet habe, so dass Betreiber ohne eigenen Außenflächenanteil trotz geringeren finanziellen Aufwands das gleiche Entgelt beanspruchen könnten wie Betreiber, die mit tatsächlichen Kosten für eigene Außenspielflächen belastet seien. Für die Genehmigungspraxis zwischen 1990 und 2020 habe es im Übrigen ausgereicht, auf die Erreichbarkeit öffentlicher Spielplätze zu verweisen. So habe sie, die Klägerin, auch im Rahmen des vorliegenden Verfahrens eine Außenspielfläche nachgewiesen, indem sie darauf hingewiesen habe, einen öffentlichen Spielplatz in der A-Straße nutzen zu wollen. Dieser sei für den Betrieb der Kindertagesstätte besonders geeignet, weil er sich in Sichtweite der Kindertagesstätte befinde, sodass nach dem Betriebskonzept der Kindertagesstätte vor dem Aufbruch dorthin geklärt werden könne, ob genügend Fläche frei sei. Einer Sondernutzungserlaubnis bedürfe es darüber hinaus nicht. Das Hamburgische Obergericht habe eine Sondernutzungserlaubnis nur im Hinblick auf eine

exklusive Nutzung des Spielplatzes für erforderlich erachtet, vorliegend sei jedoch nur die Mitnutzung des Spielplatzes durch Kinder der Kindertagesstätte bezweckt und auch ausreichend. Wenn ein öffentlicher Spielplatz durch Kinder aus einer Kindertagesstätte genutzt werde, bleibe dies innerhalb der Grenzen des Gemeingebrauchs. Das Verlangen einer Sondernutzungserlaubnis für eine Baugenehmigung zum Betrieb einer Kindertagesstätte sei zudem im Hinblick auf die daraus resultierende Gebührenerhebung verfassungsrechtlich bedenklich, da eine solche einer „Spielplatzsonderabgabe“ ohne rechtliche Grundlage gleichkomme.

Die Klägerin beantragt,

die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin auf ihren Baugenehmigungsantrag vom 06.05.2022 eine Bau- und Nutzungsgenehmigung für das Vorhaben in der A-Straße .. (Errichtung einer Kindertagesstätte mit Lehrschwimmbecken für 6 Gruppen, davon 4 für Krippenkinder und 2 für Elementarkinder, insgesamt 119 Kinder) unter Aufhebung des Bescheides der Beklagten vom 12.01.2023 und des Widerspruchsbescheides vom 24.04.2023 zu erteilen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte führt im Wesentlichen aus, dass die Klage bereits unzulässig sei. Der Klägerin fehle das Rechtsschutzbedürfnis, da durch den Eintritt der Rücknahmefiktion kein Antrag mehr für die Erteilung einer Baugenehmigung vorliege. Jedenfalls mangle es an einem ordnungsgemäß durchgeführten Vorverfahren, da der Bauantrag weder beschieden noch Gegenstand eines Widerspruchsverfahrens gewesen sei. Ein Fall der Untätigkeit gemäß § 75 Satz 1 VwGO sei nicht zu erkennen, da aufgrund der Rücknahmefiktion kein zu bescheidender Antrag mehr existiere. Zugleich sei die angemessene Frist des § 75 Satz 1 VwGO nicht in Gang gesetzt worden, da der Bauantrag nicht alle erforderlichen Unterlagen und Nachweise enthalten habe. Trotz mehrmaliger Aufforderung habe die Klägerin einen entsprechenden Nachweis der Außenspielfläche nicht erbracht. Der Antrag auf Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis vom 22. Dezember 2022 sei nicht als anforderungsgemäße Antragstellung zu sehen. Es sei auch nicht ersichtlich, welche Rechtsfolge aus einem unter Vorbehalt gestellten Antrag resultiere. Der Nachweis einer Außenspielfläche im Genehmigungsverfahren werde nicht bereits durch die bloße

Antragstellung, sondern erst durch die Vorlage der Sondernutzungserlaubnis erbracht. Werde die Beschaffung der erforderlichen Unterlagen und Nachweise erst parallel zum Baugenehmigungsverfahren betrieben, so liege die rechtzeitige Beibringung insoweit in der Risikosphäre der Klägerin als Bauherrin. Die gesetzliche Rücknahmefiktion sei ausschließlich deshalb eingetreten, weil die Klägerin einen nach der Rechtsprechung des Hamburgischen Obergerichtes erforderlichen Nachweis für eine Außenspielfläche trotz angemessener und wiederholter Fristsetzung nicht erbracht habe und der Bauantrag deshalb an einem erheblichen Mangel leide. Jedenfalls sei die Klage unbegründet. Die Forderung von 6 m² Außenspielfläche je Kind sei sachgerecht und im Bundesvergleich eher gering. § 45 SGB VIII sei nicht nur im Sinne einer gefahrenabwehrrechtlichen Regelung zu verstehen, sondern sei auch Ausdruck der Schutz- und Fürsorgepflicht des Staates. Sofern der Nachweis einer hinreichenden Außenspielfläche nicht – wie hier – durch zur Disposition der Klägerin stehende Flächen, sondern durch die Inanspruchnahme öffentlicher Spielplätze erfolge, sei hierfür eine Sondernutzungserlaubnis erforderlich, die die Klägerin nicht nachgewiesen oder erhalten habe. Die Einordnung als Sondernutzung sei auch verfassungsrechtlich mit Blick auf eine etwaige damit verbundene Gebührenpflichtigkeit unbedenklich, da die Klägerin im Vergleich zur Konkurrenz, die auf eigene Fläche zurückgreife, erhebliche wirtschaftliche Vorteile durch die Beanspruchung öffentlicher Ressourcen erhalte.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Gerichtsakte und die zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemachten Sachakten und gerichtlichen Verfahrensakten zu den Sachen 9 E 1395/20 und 2 Bs 218/20 Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

I.

Die Klage ist überwiegend zulässig (hierzu unter 1.), aber unbegründet (hierzu unter 2.).

1.

Die Klage ist zulässig, soweit die Klägerin die Verpflichtung der Beklagten zur Erteilung der am 6. Mai 2022 beantragten Baugenehmigung begehrt (hierzu unter a)). Im Übrigen ist sie unzulässig (hierzu unter b)).

a)

Die auf die Verpflichtung der Beklagten zur Erteilung der am 6. Mai 2022 beantragten Baugenehmigung gerichtete und als Verpflichtungsklage gemäß §§ 42 Abs. 1 Alt. 2, 88 VwGO statthafte Klage ist zulässig. Insbesondere liegt der für die Zulässigkeit der Verpflichtungsklage erforderliche Antrag auf Erteilung der begehrten Baugenehmigung weiterhin vor.

Die Zulässigkeit einer Verpflichtungsklage ist davon abhängig, dass der Kläger den klageweise verlangten Erlass des Verwaltungsakts in dem vorangegangenen Verwaltungsverfahren ohne Erfolg beantragt hat. Diese Zulässigkeitsvoraussetzung ergibt sich aus § 68 Abs. 2, § 75 Satz 1 VwGO („Antrag auf Vornahme“) und stellt eine Ausprägung des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Gewaltenteilung dar, nach dem es zunächst Sache der Verwaltung ist, sich mit Ansprüchen zu befassen, die an sie gerichtet werden (st. Rspr. des BVerwG, Beschl. v. 12.5.2020, 6 B 54/19, juris, Rn. 23 m.w.N; R.P. Schenke in: Kopp/Schenke, VwGO, 28. Auflage 2022, § 42, Rn. 6).

Der hiernach erforderliche und durch die Klägerin am 6. Mai 2022 gestellte (und im weiteren Verlauf des Verwaltungsverfahrens konkretisierte) Antrag auf Erteilung der begehrten Baugenehmigung gilt vorliegend nicht gemäß § 70 Abs. 3 Satz 2 HBauO als zurückgenommen, da die Rücknahmefiktion – entgegen der Ansicht der Beklagten – nicht eingetreten ist.

§ 70 Abs. 3 HBauO bestimmt, dass ein Bauantrag als zurückgenommen gilt, wenn der Antrag erhebliche Mängel aufweist und die Bauaufsichtsbehörde die Bauherrin zur Behebung der Mängel innerhalb einer angemessenen Frist auffordert und die Bauherrin diese Mängel nicht innerhalb der Frist behebt. Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt. Es ist weder ein erheblicher Mangel des Bauantrags i.S.d. § 70 Abs. 3 HBauO gegeben noch hat die Beklagte durch das Schreiben vom 14. Dezember 2022 eine angemessene Frist i.S.d. § 70 Abs. 3 HBauO gesetzt.

Bei einem „erheblichen Mangel des Bauantrags“ i.S.d. § 70 Abs. 3 HBauO handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der vollumfänglich durch das Gericht überprüfbar und dessen Inhalt im Wege der Auslegung zu ermitteln ist. Der Wortlaut der Norm deutet in Ermangelung einer näheren Beschränkung des Mängelbegriffs zwar darauf hin, jedwede negative Abweichung von dem formal zu Erwartenden sowie von dem (inhaltlich) materiell-rechtlich Erforderlichen als Mangel des Bauantrags zu qualifizieren. Ein derartiges

Verständnis steht jedoch im Widerspruch zu dem sich u.a. aus der Gesetzesbegründung ergebendem Sinn und Zweck des § 70 Abs. 3 HBauO sowie zu höherrangigem Bundesrecht. Denn nach der Begründung zum Neuerlass der Hamburgischen Bauordnung vom 5. Juli 2005 (vgl. Drs. 18/2549, Seite 67) ist ein erheblicher Mangel i.S.d. § 70 Abs. 3 HBauO nur dann anzunehmen, wenn der Bauantrag sachgerecht nicht bearbeitet werden kann:

*„Absatz 3 entspricht § 63 Absatz 2 a. F. sowie § 69 Absatz 2 MBO. Absatz 3 trifft Regelungen zu mangelhaften Unterlagen. Dass die entsprechend der Benennung in der Bauvorlagenverordnung vollständigen Unterlagen in ihrem Inhalt Mängel aufweisen, kann gelegentlich erst bei der inhaltlichen Bearbeitung entdeckt werden. Soweit die Mängel so erheblich sind, **dass der Bauantrag sachgerecht nicht bearbeitet werden kann**, fordert die BAB die Bauherrin oder den Bauherrn zur Beseitigung innerhalb einer angemessenen Frist auf. Bauanträge, die in angemessener Frist nicht nachgebessert werden, gelten als zurückgenommen.“* (Hervorhebungen nur hier)

Schon hieraus folgt, dass die Bauaufsichtsbehörde nur dann von der Möglichkeit eines den Anforderungen des § 70 Abs. 3 HBauO gerecht werdenden Aufforderungsschreibens Gebrauch machen darf, d.h. ein erheblicher Mangel des Bauantrags i.S.d. der Norm nur dann besteht, wenn eine Entscheidung in der Sache anhand der eingereichten Bauvorlagen nicht sinnvoll möglich ist, so insbesondere wenn das Antragsziel bzw. das Bauvorhaben aufgrund fehlender oder widersprüchlicher Angaben in den Bauvorlagen bereits nicht hinreichend bestimmt werden kann. Ist dagegen die Bestimmung des Bauvorhabens möglich bzw. das Antragsziel klar erkennbar und hält die Bauaufsichtsbehörde lediglich materielle – gegebenenfalls durch entsprechende Unterlagen nachzuweisende – Anforderungen für nicht gegeben, bestehen also Meinungsverschiedenheiten zwischen der Behörde und dem Bauherrn darüber, welche materiellen Anforderungen an das Bauvorhaben zu stellen und wie diese zu erfüllen sind, kann der Bauantrag durchaus sachgerecht bearbeitet, nämlich darauf geprüft werden, ob der Rechtsansicht des Bauherren zu folgen oder bei entsprechender Verneinung der Antrag abzulehnen ist.

Die letztgenannte Vorgehensweise, d.h. ein Ausschluss einer Anwendung von § 70 Abs. 3 HBauO auf diese Konstellation, in der es nicht um Unklarheiten, sondern um von der Behörde für angezeigt gehaltene Inhaltsänderungen geht, entspricht dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes gemäß Art. 19 Abs. 4 GG, konkretisiert durch das bundesrechtliche Verwaltungsprozessrecht. So ist der Verwaltungsgerichtsordnung – insbesondere mit Blick auf § 75 VwGO – zu entnehmen, dass dem Antragsteller ein

Anspruch auf Bescheidung, jedenfalls aber auf Rechtsschutz gegen negative bzw. eine unterbliebene Bescheidung seines Antrags (mit dem von ihm gewählten Begehrt) zusteht. Wäre die Forderung nach einer bestimmten Ausgestaltung des Bauvorhabens möglicher Gegenstand einer Fristsetzung gemäß § 70 Abs. 3 HBauO, so hätte ein Bauherr keine Möglichkeit, sein von der Rechtsansicht der Beklagten abweichendes Konzept gerichtlich durchzusetzen: Nähme danach der Bauherr die Anpassung nicht vor und träte infolge dessen die Rücknahmefiktion ein, so fehlte ihm für gerichtlichen Rechtsschutz das erforderliche Ausgangsverfahren. Passte der Bauherr dagegen, zur Vermeidung einer Rücknahmefiktion, seinen Antrag gemäß der Forderung der Bauaufsichtsbehörde inhaltlich an (und erhielt daraufhin die dem angepassten Bauantrag entsprechende Baugenehmigung), so fehlte ihm für gerichtlichen Rechtsschutz die Beschwer bzw. das Rechtsschutzbedürfnis, eben weil er dann seinem Genehmigungsantrag (in der angepassten Form) gemäß beschieden worden wäre.

Hieran gemessen liegt kein „erheblichen Mangel des Bauantrags“ i.S.d. § 70 Abs. 3 HBauO vor. Für die Beklagte war das Bauvorhaben der Klägerin anhand der eingereichten Unterlagen hinreichend bestimmbar und auch ersichtlich, dass die Klägerin an ihrer – im hiesigen Verfahren und in weiteren Verfahren zwischen den Beteiligten (insbesondere im Vorverfahren zu der Sache 7 K 1413/22) – vertretenen Auffassung, dass für den Nachweis einer hinreichenden Außenspielfläche der Hinweis auf die Möglichkeit der Mitnutzung eines in der Nähe gelegenen öffentlichen Spielplatzes genüge, festhalten wollte. Es handelte sich damit nicht um einen Fall der bis dahin unzureichenden Information der Beklagten über das Bauvorhaben, sondern es bestanden zwischen der Beklagten und der Klägerin lediglich Meinungsverschiedenheiten darüber, welche materiellen Anforderungen an den Nachweis der Außenspielfläche zu stellen sind.

Im Übrigen fehlt es an einer den Anforderungen des § 70 Abs. 3 HBauO gerecht werdenden Fristsetzung bereits deshalb, weil aus dem Schreiben der Beklagten vom 14. Dezember 2022 für die Klägerin nicht hinreichend erkennbar war, welche Unterlagen diese innerhalb der bis zum 11. Januar 2023 gesetzten Frist zur Verhinderung der kraft Gesetz eintretenden Rücknahmefiktion nachreichen sollte, obwohl eine widerspruchsfreie, präzise Bezeichnung der konkret geforderten Unterlagen vor dem Hintergrund der gravierenden Rechtsfolge des § 70 Abs. 3 Satz 2 HBauO zwingend erforderlich gewesen wäre. Denn die Beklagte forderte formal unter der Überschrift „*Folgende Unterlagen fehlen:*“ allein die Vorlage eines Lageplans mit der Darstellung einer Außenspielfläche für 119 Kinder, führt zugleich aber in dem darauffolgenden Absatz unter der Überschrift „*Hinweis:*“ aus, dass das eingeplante

Außenspielgelände lediglich eine Maximalbelegung von 83 Kindern zulasse und für die geplante Belegung mit 119 Kindern zusätzlich ein geeigneter Spielplatz nachzuweisen sei. Der hieraus resultierende Widerspruch zwischen dem ausdrücklich Geforderten (Vorlage eines Lageplans i.S.d. § 10 Abs. 6 BauVorIVO) einerseits und andererseits dem inhaltlich (offenbar) Bezweckten (Nachweis eines geeigneten (öffentlichen) Spielplatzes für die verbleibenden 36 Kinder), konnte durch die Klägerin als Adressatin des Nachforderungsverlangens nicht aufgelöst werden, da der Nachweis der Nutzung eines geeigneten (öffentlichen) Spielplatzes jedenfalls – insoweit zwischen den Beteiligten auch unstreitig – nicht durch die Vorlage eines Lageplans erbracht werden konnte. Die infolge dessen verbleibenden Unklarheiten und Mehrdeutigkeiten des Nachforderungsschreibens gehen zu Lasten der Beklagten.

Schließlich ist die gesetzte Frist von vier Wochen bis zum 11. Januar 2023 zudem unangemessen kurz. Welche Fristlänge im Sinne des § 70 Abs. 3 HBauO angemessen ist, hat sich daran zu orientieren, welche Handlungen seitens des Bauherrn zur Behebung der Mangelhaftigkeit seiner Antragsunterlagen erforderlich bzw. welche Antragsunterlagen nachzureichen sind. Je aufwendiger die Erstellung der nachzureichenden Unterlagen ist, beispielsweise im Falle notwendiger umfangreicher Gutachten, desto länger ist die Frist zu bemessen. Hieran gemessen erweist sich bezogen auf die im Klageverfahren bestimmte – vermeintlich bereits bei Fristsetzung erkennbare – Forderung der Beklagten, für 36 Kinder eine Sondernutzungserlaubnis nachzuweisen, als unangemessen kurz. Denn die Erwirkung einer Sondernutzungserlaubnis innerhalb dieser vier Wochen erscheint bereits aufgrund der innerhalb dieser Frist liegenden Weihnachtsfeiertage und des Neujahresfeiertags praktisch ausgeschlossen. Die Beklagte könnte auch im Übrigen nicht darauf verweisen, dass eine derartige Sondernutzungserlaubnis in ihrer Praxis in aller Regel kurzfristig zu erhalten sei – so hat sie über den Sondernutzungsantrag der Klägerin am 10. Oktober 2023 und damit (selbst wenn eine wirksame Antragstellung erst am 27. Februar 2023 unterstellt werden würde) erst mehrere Monate nach Antragstellung über den Sondernutzungsantrag der Klägerin entschieden.

Der Zulässigkeit der Klage steht ferner nicht entgegen, dass hinsichtlich der begehrten Erteilung der Baugenehmigung kein Widerspruchsverfahren gemäß § 68 Abs. 1, Abs. 2 VwGO durchgeführt worden ist. Das fehlende Vorverfahren kann der Klägerin bereits deshalb nicht entgegengehalten werden, weil die Beklagte von einer Bescheidung des Baugenehmigungsantrags der Klägerin abgesehen hat und daher in Ermangelung eines Ausgangsbescheids schon keine Widerspruchserhebung möglich war. Insoweit entspricht

die vorliegende Konstellation Fällen, in denen die Behörde irrtümlich einen Antrag nicht als solchen erkannt und behandelt hat (vgl. hierzu: W.-R. Schenke in: Kopp/Schenke, VwGO, 28. Auflage 2022, § 75, Rn. 15) oder in denen die Behörde sich weigert, in der Sache zu entscheiden (vgl. hierzu: W.-R. Schenke in: Kopp/Schenke, VwGO, 28. Auflage 2022, § 75, Rn. 12).

b)

Soweit die Klage überdies auf die Aufhebung des vermeintlichen Bescheids der Beklagten vom 12. Januar 2023 sowie des dazugehörigen Widerspruchsbescheids vom 24. April 2023 im Sinne eines – wie die Klägerin in der mündlichen Verhandlung klargestellt hat – unselbstständigen Aufhebungsbegehrens gerichtet ist, ist sie unzulässig. Denn das Schreiben zur Bestätigung des Eintritts der Rücknahmefiktion vom 12. Januar 2023 stellt, weil die Rechtsfolge unmittelbar gemäß § 70 Abs. 3 Satz 2 HBauO kraft Gesetzes eintritt (so auch: Niere in: Alexejew, HBauO, 26. Lfg., Stand August 2010, § 70, Rn. 42), keine Regelung dar. Es kann auch nicht als ein die Erteilung der beantragten Baugenehmigung versagender Bescheid ausgelegt werden, eben weil der Antrag als nicht mehr zu bescheiden bewertet wird. Ebenso unternimmt es der Widerspruchsbescheid nicht, eine der Erteilung der Baugenehmigung entgegenstehende Regelung zu treffen; vielmehr beschränkt er sich auf die zutreffende – in Bezug auf den vorliegend von der Klägerin geltend gemachten Anspruch auf Aufhebung eines inhaltlich den Baugenehmigungsanspruch versagenden Bescheides aber unerhebliche – Aussage, dass der gegen das Rücknahmefiktionsbestätigungsschreiben erhobene Widerspruch unzulässig ist.

2.

Die Klage ist unbegründet.

Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Erteilung der beantragten Baugenehmigung gemäß §§ 72 Abs. 1, 62 HBauO der Hamburgischen Bauordnung vom 14. Dezember 2005 (HmbGVBl. 2005, S. 525; HBauO – zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 13. Dezember 2023 (HmbGVBl. 2023, S. 443, 455) zur Errichtung einer Kindertagesstätte für sechs Gruppen, davon vier für Krippenkinder und zwei für Elementarkinder (insgesamt 119 Kinder). Dies ergibt sich schon daraus, dass die Klägerin den erforderlichen Nachweis für die räumlichen Voraussetzungen für den Betrieb der Kindertagesstätte gemäß § 45 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB VIII nicht erbracht hat.

Die Bauaufsichtsbehörde hat im Baugenehmigungsverfahren mit Konzentrationswirkung gemäß §§ 72 Abs. 1 Satz 1, 62 Abs. 1 Nr. 3 HBauO zu prüfen, ob die Kindertageseinrichtung die „räumlichen Voraussetzungen“ des § 45 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB VIII erfüllt, d.h. ob diese über eine ausreichend große Außenspielfläche verfügt (hierzu unter a)). Diesen Nachweis hat die Klägerin weder auf den zur eigenen Verfügung stehenden Flächen (hierzu unter b)) oder durch den Verweis auf die Erreichbarkeit und die beabsichtigte Mitnutzung des öffentlichen Spielplatzes in der A-Straße (hierzu unter c)) noch durch die (bloße) Stellung eines Antrags auf Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis für diesen Spielplatz erbracht (hierzu unter d)).

Aus diesen Gründen kann im Übrigen offenbleiben, ob insbesondere die eingereichten Antragsunterlagen den rechtlichen Anforderungen der Bauvorlagenverordnung (BauVorlVO) entsprechen oder ob ein Anspruch auf Erteilung planungsrechtlicher Befreiungen nach § 31 Abs. 2 BauGB für das Überschreiten der Zahl der Vollgeschosse von 2 um 1 auf 3 Vollgeschosse sowie für die Überschreitung der im Bebauungsplan festgelegten Baugrenze besteht.

a)

Die Bauaufsichtsbehörde hat im Baugenehmigungsverfahren mit Konzentrationswirkung gemäß § 62 Abs. 1 Nr. 3 HBauO zu prüfen, ob die Kindertageseinrichtung die „räumlichen Voraussetzungen“ des § 45 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB VIII erfüllt, d.h. ob diese über eine ausreichend große Außenspielfläche verfügt.

Im Baugenehmigungsverfahren mit Konzentrationswirkung prüft die Bauaufsichtsbehörde gemäß § 62 Abs. 1 HBauO die Zulässigkeit nach den Vorschriften des BauGB und den auf Grund des BauGB erlassenen Vorschriften (Nr. 1), den Vorschriften der HBauO und den auf Grund der HBauO erlassenen Vorschriften (Nr. 2) sowie insbesondere nach anderen öffentlichen-rechtlichen Vorschriften, soweit diese für das Vorhaben beachtlich sind (Nr. 3). Maßgeblich für die Frage, ob eine Rechtsvorschrift als „andere öffentlich-rechtliche“ Vorschrift dem Baunebenrecht nach § 62 Abs. 1 Nr. 3 HBauO zugeordnet werden kann, ist, ob die Rechtsvorschrift Anforderungen an Errichtung, Benutzung und Betrieb der beantragten baulichen Anlage stellt (vgl. Niere in: Alexejew, HBauO, 26. Lfg., Stand August 2010, § 62, Rn. 35).

Gemäß § 45 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII ist die Erlaubnis für den Betrieb einer Kindertageseinrichtung dem Träger der Einrichtung zu erteilen, wenn das Wohl der Kinder

und Jugendlichen in der Einrichtung gewährleistet ist. Dies ist nach § 45 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB VIII in der Regel anzunehmen, wenn die dem Zweck und der Konzeption der Einrichtung entsprechenden räumlichen, fachlichen, wirtschaftlichen und personellen Voraussetzungen für den Betrieb erfüllt sind und durch den Träger gewährleistet werden. Soweit die Vorschrift des § 45 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII auf die zu gewährleistenden „räumlichen Voraussetzungen“ Bezug nimmt, zu denen auch die kindgerechte und zweckentsprechende Größe der genutzten Außenanlage gehört, handelt es sich in Bezug auf das „Ob“ (d.h. dem Vorhandensein derartiger Flächen) um eine anlagenbezogene Vorgabe des Baunebenrechts, die im Baugenehmigungsverfahren mit Konzentrationswirkung zu prüfen ist (so auch: OVG Hamburg, Beschl. v. 8.8.2013, 2 Bf 108/11, juris, Rn. 37), während die Frage nach dem „Wie“ (d.h. der konkreten Ausgestaltung und Beschaffenheit dieser Flächen) dem Verfahren zur Erteilung einer Betriebserlaubnis i.S.d. § 45 SGB VIII zuzuordnen ist. Hierfür spricht, dass die Baugenehmigung i.S.d. § 72 HBauO nicht nur die Errichtung, sondern auch die Nutzung der baulichen Anlage legitimiert, die wiederum maßgeblich durch die Zahl der Nutzer und deren besondere Bedürfnisse, d.h. insbesondere dem Bewegungs- und Entwicklungsbedürfnis der in einer Kindertagesstätte betreuten Kinder, geprägt wird. Zudem ist die Vorgabe zur Gewährleistung hinreichend großer Kinderspielflächen dem Bauordnungsrecht keineswegs fremd, sondern an die Rechtssphäre des Baurechts angebunden, vgl. §§ 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3, 10 Abs. 1 HBauO.

b)

Die Klägerin hat den Nachweis einer nach § 45 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB VIII erforderlichen und ausreichend großen Außenspielfläche für 119 Kinder auf eigenen Flächen nicht erbracht.

Unter Heranziehung des zuletzt vorgelegten Freiflächenplans vom 10. Januar 2023 kann hier zwar angenommen werden, dass – unter Zurückstellung der Fragen, die durch das Nebeneinander von Abluft- bzw. Abgasanlagen und Spielflächen auf der Dachterrasse aufgeworfen werden – die Klägerin zwar eine Außenspielfläche auf den eigenen Flächen der geplanten Kindertagesstätte von maximal 524 m² nachgewiesen hat. Eine Außenspielfläche von 524 m² für 119 Kinder, mithin gerundet 4,4 m² je Kind, entspricht jedoch nicht den nach § 45 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB VIII erforderlichen räumlichen Voraussetzungen zur Gewährleistung des Kindeswohls, die die Kammer insoweit, bezogen auf die Außenspielfläche, mit mindestens 6 m² je Kind bemisst.

Im Einzelnen:

Bei der Gewährleistung des Kindeswohls i.S.d. § 45 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB VIII handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der vollumfänglich durch das Gericht überprüfbar ist (vgl. VGH München, Beschl. v. 2.2.2017, 12 CE 17.71, BeckRS 2017, 101762, Rn. 31; VG Hamburg, Urt. v. 22.11.2023, 13 K 3303/21, n.v.; Wiesner in: Wiesner/Wapler, 6. Auflage 2022, SGB VIII, § 45 Rn. 47; Smessaert/Struck in: Mündler/Meysen/Trenczek, Frankfurter Kommentar SGB VIII, 9. Auflage 2022, § 45 Rn. 15). Dieser wird durch die in § 45 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII aufgeführten Regelbeispiele konkretisiert (Wiesner in: Wiesner/Wapler, 6. Auflage 2022, SGB VIII, § 45 Rn. 47).

Bei der Anforderung an die Erfüllung der „räumlichen Voraussetzungen“ handelt es sich ebenfalls um einen unbestimmten Rechtsbegriff (vgl. Wiesner in: Wiesner/Wapler, 6. Auflage 2022, SGB VIII, § 45 Rn. 58). Auf die Frage, ob die Beklagte die Anforderungen an die räumlichen Voraussetzungen durch die Richtlinie für den Betrieb von Kindertageseinrichtungen der Behörde für Arbeit, Soziales, Familie und Integration vom 1. August 2012 sowie der teilweisen Neufassung vom 15. Februar 2023 (dort Nummer 2.2) abschließend konkretisieren durfte, kommt es nicht an. Das Gericht ist an die von der Beklagten in dieser Richtlinie dargestellte Auslegung dahingehend, dass eine Außenspielfläche von mindestens 6 m² je betreutem Kind erforderlich sei, nicht gebunden. Diese ist als norminterpretierende Verwaltungsvorschrift (vgl. VG Hamburg, Beschl. v. 24. August 2020, 9 E 1395/20, BeckRS 2020, 37904, Rn. 29) mangels Normcharakters für die gerichtliche Prüfung nicht maßgeblich (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 20.9.2013, 2 Bs 272/13, n.v., unter Hinweis auf BVerwG, Beschl. v. 1.12.2009, 4 B 37.09, ZfBR 2010, 160 m.w.N.). Soweit es – wie im vorliegenden Fall – an konkreten Vorgaben des Gesetzgebers fehlt, werden im Streitfall die unbestimmten Rechtsbegriffe des § 45 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB VIII von den Gerichten ausgefüllt (vgl. VGH München, Beschl. v. 2.2.2017, 12 CE 17.71, juris, Rn. 38). Hinsichtlich der Bewertung der Größe der Außenfläche als eines der für das Wohl der Kinder zu gewährleistenden Kriterien ist dabei – entgegen der Ansicht der Klägerin – grundsätzlich auf eine typisierende Betrachtung abzustellen (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 1.7.2014, 4 Bf 212/12.Z, NordÖR 2015, 30, 33; VG Hamburg, Urt. v. 22.11.23, 13 K 3303/21, n.v.). Dabei sind die (räumlichen) Voraussetzungen i.S.d. § 45 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB VIII – anders als die Klägerin meint – nicht nur im Sinne einer gefahrenabwehrrechtlichen Regelung dahingehend auszulegen, dass es darum gehe, Schäden von den in einer Kindertagesstätte betreuten Kindern abzuwenden. Vielmehr spricht bereits der Wortlaut des § 45 Abs. 2 SGB VIII dafür, dass das Wohl des Kindes (u.a.

durch die Erfüllung der räumlichen Voraussetzungen) *gewährleistet* sein muss. Auf eine *Gefährdung* des Wohls des Kindes stellt der Wortlaut der Norm dagegen nur in Bezug auf eine Betriebserlaubnisaufhebung i.S.d. § 45 Abs. 7 Satz 1 SGB VIII ab.

Gemessen hieran erfüllt eine Außenspielfläche von weniger als 6 m² je betreutem Kind nicht die räumlichen Voraussetzungen zur Gewährleistung des Kindeswohls gemäß § 45 Abs. 2 Satz 1, 2 Nr. 2 SGB VIII (so im Ergebnis auch: VG Hamburg, Urt. v. 22.11.23, 13 K 3303/21, n.v.; VG Hamburg, Beschl. v. 24.8.2020, 9 E 1395/20, BeckRS 2020, 37904, Rn. 28 ff.). Der in der Richtlinie für den Betrieb von Kindertageseinrichtungen der Behörde für Arbeit, Soziales, Familie und Integration vom 1. August 2012 sowie der teilweisen Neufassung vom 15. Februar 2023 (dort Nummer 2.2) festgelegte Wert von 6 m² Außenspielfläche je Kind füllt den Begriff der „räumlichen Voraussetzungen“ in Bezug auf die erforderliche Außenspielfläche nach Einschätzung des Gerichts zutreffend aus. So erscheint eine Außenspielfläche von mindestens 6 m² je Kind sachgerecht und geboten, um den physischen und psychischen Ansprüchen der Kinder zu entsprechen. Denn bei der Bestimmung der erforderlichen Größe der Außenspielfläche ist im Ausgangspunkt zu berücksichtigen, dass ein höherer Wert als für den Flächenbedarf in Innenräumen anzusetzen ist, weil die Außenspielfläche nicht nur dem stationären Spielen der Kinder dient, sondern insbesondere auch deren Bewegungsbedürfnis Rechnung tragen muss. Dabei muss den Kindern eine Spannweite von Betätigungsmöglichkeiten im Freien geboten werden. Hierzu zählen insbesondere hinreichende Freiflächen, auf denen sich die Kinder gefahrlos frei bewegen („austoben“) können und Platz für größere Gruppenspiele (bspw. Ball-, Tanz- und Hüpfspiele) geboten wird. Daneben muss auch der Flächenverbrauch von etwaigen großflächigen Spielgeräten (bspw. Rutsche, Schaukel, Klettergerüst) in die Bewertung der erforderlichen Größe der Außenspielfläche einbezogen werden. Neben den fest installierten Spielgeräten muss für die Kinder ferner die Möglichkeit bestehen, auch eigenständige und kreative Spielformen (bspw. Fang- und Versteckspiele, Seilspringen) wahrnehmen zu können. Hinzu treten Ruhe- und Schutzbereiche wie etwa Sandspielflächen, in denen Kinder auch ungestört spielen und die Umgebung sowie die Natur beobachten können. Die Außenspielfläche muss darüber hinaus das Betreuungspersonal aufnehmen und diesem Bewegungsraum zwischen den Kindern zur Betreuung und Konfliktlösung belassen. Dementsprechend ist es sachgerecht, die Anforderung an die Außenspielfläche von 6 m² nicht auf Krippenkinder zu beschränken, sondern auch auf Elementarkinder zu erstrecken. Denn ältere Kinder haben aufgrund ihrer körperlichen Entwicklung einen größeren Bewegungsradius und -drang als jüngere Kinder.

Bei der Bewertung der Größe der Außenspielfläche muss zudem berücksichtigt werden, dass allen ganztagsbetreuten Kindern der Kindertageseinrichtung die Möglichkeit eingeräumt werden muss, die Außenspielflächen gleichzeitig zu nutzen (so auch: VG Hamburg, Urt. v. 22.11.23, 13 K 3303/21, n.v.). Der Auffassung der Klägerin, dass sich vorliegend die Größe der Außenspielfläche in Relation zu den gleichzeitig im Außenbereich zu betreuenden Kindern ergeben müsse und nicht anhand der in der Einrichtung maximal zulässigen Anzahl an Kindern zu bestimmen sei, da die in der Kindertagesstätte betreuten Gruppen zur Vermeidung von Unübersichtlichkeit ohnehin nie gleichzeitig auf die Außenflächen geführt werden würden, ist nicht zu folgen. Dies gilt bereits deshalb, weil die Klägerin weder im Baugenehmigungsverfahren noch im gerichtlichen Verfahren insoweit ein ausdifferenziertes Betriebskonzept vorgelegt hat, aus dem sich eine verbindliche und sachgerechte Aufteilung der Nutzungszeiten der eigenen Außenspielfläche durch die einzelnen Gruppen ergibt. Ungeachtet dessen ist zweifelhaft, ob ein derartiges Konzept – jedenfalls für ganztagsbetreute Kinder – überhaupt angesichts der parallelen Betreuungszeiten sowie der in praktischer Hinsicht bestehenden Abhängigkeit der Nutzbarkeit der Außenspielflächen von den äußeren Witterungsbedingungen hinreichend gewährleisten könnte, dass allen Gruppen die Außenspielfläche tatsächlich innerhalb der ihr zugewiesenen Nutzungszeit in ausreichendem Umfang zur Verfügung stünde.

Entgegen der Ansicht der Klägerin erscheint es nicht geboten bzw. vorliegend überhaupt zulässig, aufgrund einer Folgenbetrachtung von dem Erfordernis einer (typisiert bestimmten) Außenspielfläche von 6 m² je Kind abzuweichen. Die zutreffende Annahme, dass im großstädtischen Gebiet von Hamburg private Außenflächen nur sehr begrenzt zur Verfügung stehen, rechtfertigt für sich genommen nicht, bei der Bestimmung der Größe der erforderlichen Außenspielfläche i.S.d. § 45 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB VIII gleichsam kapazitätsbezogen eine Anpassung vorzunehmen, d.h. geringere Anforderungen zu stellen als in Flächenländern. Der bundesrechtliche Maßstab, das Wohl der Kinder zu gewährleisten, lässt keine Berechtigung zur Unterschreitung des Gebotenen abhängig von dem jeweiligen Wohnort des Kindes und der dort bestehenden Flächenverfügbarkeit erkennen. Der Einwand der Klägerin, dass in der Vergangenheit viele Kindertagesstätten in Hamburg genehmigt worden seien und betrieben würden, die über keine oder nur eine geringe eigene Außenspielfläche verfügen würden und infolge dessen viele Kindertagesstätten schließen müssten, sofern die Beklagte die 6 m² Außenspielfläche je Kind konsequent durchsetzen wolle, ändert hieran nichts. Bereits die Annahme, die mit bestandskräftigen Genehmigungen tätigen Kindertagesstätten müssten ihren Betrieb umgehend einstellen, erscheint unzutreffend, zumal durch § 45 Absatz 7 SGB VIII eine

Aufhebung der Erlaubnis nur für den Fall einer (akuten) Kindeswohlgefährdung vorgeschrieben ist. Zudem führt allgemein die (bisherige, teilweise) Nichtbeachtung einer Rechtsvorschrift nicht zu ihrer Unbeachtlichkeit. Überdies ist nicht zu erkennen, dass die Gewährleistung von 6 m² Außenspielfläche je Kind für Betreiber von Kindertagesstätten in Hamburg eine schlechthin unmöglich zu erbringende Anforderung darstellt. Weder ist ersichtlich, dass die Nutzung weiterer eigener Grundstücksflächen bzw. von Flächen anderer Grundstückseigentümer – jeweils geht es regelhaft allerdings um erhöhten Aufwand bzw. Mehrkosten, was jedoch hinzunehmen wäre – nicht ausgebaut werden könnte, noch, dass auf der Grundlage geeigneter Konzepte zur Aufteilung von Nutzungszeiten (ggfls. nach dem Maßstab von § 45 Abs. 7 SGB VIII), weitere Sonderrechte für öffentliche Flächen erteilt werden könnten. Selbst wenn insoweit die Vermutung der Klägerin zutreffen sollte, dass die Beklagte ihrerseits die Forderung nach einem Außenspielflächennachweis wesentlich deshalb stellt, weil sie davon ausgeht, dass neue Betriebe für diesen Nachweis auf gebührenpflichtige Sondernutzungserlaubnisse bezogen auf öffentliche Spielplätze zurückgreifen müssten, so wäre dies vorliegend – abgesehen davon, dass eine Gebührenpflichtigkeit als solche nicht von vorn herein rechtswidrig erschiene – bereits deshalb unerheblich, weil die Bemessung des erforderlichen Flächenanteils nicht zur Disposition der Beklagten steht (vgl. o.).

Für die Kammer ist im Übrigen nicht erkennbar, dass das Erfordernis von mindestens 6 m² Außenspielfläche außer Verhältnis zu anderen durch den Gesetz- oder Verordnungsgeber vorgegebenen Anforderungen an die Größe von Kinderspielflächen steht. Vielmehr erweist sich dieses Maß bereits als untere Grenze des Geforderten. So hat der hamburgische Gesetzgeber in Kenntnis der in Hamburg begrenzt zur Verfügung stehenden Flächen in § 10 Abs. 1 Satz 2 HBauO für Gebäude mit mehr als drei Wohnungen eine Kinderspielfläche von mindestens 10 m² je Wohneinheit, mindestens aber 100 m², vorgesehen. Selbst wenn hierbei ein Kind je Wohneinheit zugrunde gelegt werden würde, würde – vorbehaltlich der Mindestgesamtgröße von 100 m² – der Wert von 10 m² je Kind die vorliegend für Kindertagesstätten geforderte Außenspielfläche von 6 m² je Kind sogar deutlich überschreiten: Unter Berücksichtigung der Mindestgesamtgröße von 100 m² ergibt sich für ein Gebäude mit vier Wohnungen eine grundsätzlich erforderliche Kinderspielfläche von 25 m² je Wohneinheit, d.h. ggfls. mindestens 25 m² je Kind. Gemäß § 15 Abs. 1 Satz 3 des Thüringer Gesetzes über die Bildung, Erziehung und Betreuung von Kindern in Kindergärten, anderen Kindertageseinrichtungen und in Kindertagespflege als Ausführungsgesetz zum Achten Buch Sozialgesetzbuch (Thüringer Kindergartengesetz – ThürKigaG –) sind mindestens 10 m² Außengelände je Betreuungsplatz erforderlich. Die

Verordnung zur Durchführung des Niedersächsischen Gesetzes über Kindertagesstätten und Kindertagespflege (DVO-NKiTaG) sieht in § 4 DVO-NKiTaG eine Außenspielfläche von mindestens 12 m² je gleichzeitig anwesendem Kind vor. Zudem stellen auch die in anderen Stadtstaaten teilweise vorhandenen – die gerichtliche Prüfung gleichwohl nicht bindenden – Verwaltungsvorschriften höhere Anforderungen an die Größe der Außenspielfläche. So sollen gemäß Nr. 7.7 der Richtlinie für den Betrieb von Tageseinrichtungen für Kinder im Land Bremen (RiBTK) vom 4. Mai 2012 (zuletzt geändert durch Verwaltungsvorschrift vom 26. Januar 2023) ca. 10 m² eines beispielbaren und eingefriedeten Außengeländes je Kind angestrebt werden.

Es liegt auch kein Ausnahmefall vor, der eine Unterschreitung der erforderlichen Außenspielfläche von 6 m² je Kind genügen lassen würde. Zwar bestimmt § 45 Abs. 2 Satz 1 und 2 Nr. 2 SGB VIII, dass das Wohl der Kinder „in der Regel“ als gewährleistet anzusehen ist, wenn u.a. die dem Zweck und der Konzeption der Einrichtung entsprechenden räumlichen Voraussetzungen erfüllt werden, sodass es in atypischen Fällen möglich erscheinen kann, von der typisierenden Bestimmung der Außenspielfläche abzuweichen. Für einen atypischen Fall hat die Klägerin jedoch nichts vorgetragen und ist auch sonst nichts ersichtlich. Insbesondere verweist die Klägerin insoweit lediglich pauschal auf eine entsprechende Schlüssigkeit ihres Betriebskonzepts, dem (soweit vorgelegt) jedoch keine konkreten und für den Betrieb verbindlichen sowie von dem herkömmlichen Betrieb einer Kindertagesstätte abweichenden Maßnahmen zur Sicherung der Versorgung der Kinder mit Außenspielmöglichkeiten zu entnehmen sind.

c)

Die Klägerin hat den Nachweis einer nach § 45 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB VIII erforderlichen und ausreichend großen Außenspielfläche für 119 Kinder auch nicht durch den Verweis auf die Erreichbarkeit und die beabsichtigte Mitnutzung des öffentlichen Spielplatzes in der A-Straße als Außenspielfläche erbracht.

Zwar kann eine nach § 45 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB VIII erforderliche Außenspielfläche grundsätzlich auf einem anderen geeigneten Grundstück nachgewiesen werden, wenn eine hinreichende Außenspielfläche auf dem Vorhabengrundstück der Kindertagesstätte nicht realisiert werden kann (ähnlich bei Wohnbauvorhaben bzw. für Stellplätze gemäß §§ 10 Abs. 2, 48 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 HBauO). Erforderlich ist hierbei jedoch eine Gleichwertigkeit zu einer eigenen, unmittelbar an dem Gebäude der Kindertagesstätte gelegenen Außenspielfläche. Dies setzt voraus, dass die in der angemessenen Nähe der

Kindertagesstätte auf einem anderen Grundstück befindliche Spielfläche ohne erheblichen Zeitaufwand, zudem planbar und verlässlich innerhalb der für die Nutzung von Außenspielflächen üblichen Zeitfenster für die Kinder der Kindertagesstätte zugänglich ist.

Dies ist bei einem bloßen Hinweis auf die Erreichbarkeit und die beabsichtigte Mitnutzung eines in der Nähe befindlichen öffentlichen Spielplatzes durch die Kinder der Kindertagesstätte – wie vorliegend – nicht der Fall. Denn wenn der Spielplatz bereits durch andere Kinder besetzt oder zu Stoßzeiten bzw. bei besonderen Witterungsbedingungen überfüllt ist, konkurrieren die Kinder der Kindertagesstätte bei einer bloßen Mitbenutzung um die Spielfläche und die Spielgeräte auf dem öffentlichen Spielplatz mit allen anderen Kindern. Es besteht bei einer derartigen Benutzung eines öffentlichen Spielplatzes ohne jedwede Sonderrechte keinerlei Gewähr dafür, dass die Kinder der Kindertagesstätte die Spielplatzflächen tatsächlich nutzen können oder eine ausreichende Betreuungsqualität ermöglicht wird. Vielmehr bleibt die tatsächliche Nutzungsmöglichkeit des öffentlichen Spielplatzes abhängig von der konkreten Auslastung des Spielplatzes. So hat die Klägerin in der mündlichen Verhandlung selbst ausdrücklich ausgeführt, dass vor dem jeweiligen Besuch des öffentlichen Spielplatzes in der A-Straße aufgrund der geringen Entfernung kurzfristig geklärt werden könne, ob genügend Fläche auf dem Spielplatz verfügbar sei. Ein gleichwertiger Ersatz für die fehlende eigene Außenspielfläche wird dadurch nicht gewährleistet.

Soweit die Klägerin und die Beklagte ausführen, dass etwaige Sonderrechte für in der Kindertagesstätte betreute Kinder, bspw. durch eine den Kindern der Kindertagesstätte exklusiv zur Verfügung stehende (Teil-)Fläche des öffentlichen Spielplatzes, aus pädagogischer und praktischer Sicht verfehlt seien, da gerade der Kontakt zu anderen Kindern und das damit verbundene Lernen der sozialen Interaktion wertvoll sei und die Spielgeräte auf öffentlichen Spielplätzen oftmals weit über den gesamten Platz verteilt seien, überzeugt dies schon im Ansatz nicht, da damit ein wesentlicher Aspekt des Flächenerfordernisses, nämlich die Gewährleistung einer Schutzsphäre für die Kinder, nicht berücksichtigt würde. Eine derartige Betrachtung verkennt, dass die hier fragliche Nutzung des öffentlichen Spielplatzes insoweit als Kompensation der fehlenden eigenen und gemäß § 45 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 Nr. 2 SGB VIII erforderlichen Außenspielflächen erfolgt und diese als Maßstab für die Gleichwertigkeit der Außenspielfläche auf eigener Fläche heranzuziehen ist. Auch auf den eigenen Außenspielflächen einer Kindertageseinrichtung findet ausschließlich Kontakt zu Kindern derselben Kindertageseinrichtung statt. Sozialer Kontakt zu anderen Kindern, die nicht in derselben Kindertagesstätte betreut werden, wird

damit keineswegs ausgeschlossen, jedoch auf gesonderte Aktivitäten wie Ausflüge außerhalb der Kindertagesstätte verwiesen. Darüber hinaus würde eine auf einem öffentlichen Spielplatz exklusiv den Kindern der Kindertagesstätte zugewiesene Teilfläche keineswegs die Nutzung der restlichen Teilflächen des Spielplatzes durch diese ausschließen. Eine exklusive Fläche würde jedoch gewährleisten, dass den Kindern jederzeit innerhalb der üblichen Zeitfenster – d.h. auch bei maximaler Auslastung oder Überlastung des Kinderspielplatzes – eine hinreichende Außenspielfläche zur Gewährleistung der Anforderungen gemäß § 45 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB VIII zur Verfügung stünde.

Für das vorliegende Verfahren kann dementsprechend offenbleiben, ob die Benutzung eines öffentlichen Kinderspielplatzes durch eine Kindertageseinrichtung, die dadurch den Nachweis einer kindgerechten Außenspielfläche von zweckentsprechender Größe erbringen möchte, um die räumlichen Voraussetzungen des § 45 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB VIII zu erfüllen, zwingend erfordert, dass der Kindertageseinrichtung während der gesamten Betriebszeiten eine bestimmte Fläche des Kinderspielplatzes zur alleinigen, exklusiven Sondernutzung vorbehalten sein muss (so möglicherweise: OVG Hamburg, Beschl. v. 5.11.2020, 2 Bs 156/20, juris, Rn. 12) oder auch durch sonstige der Kindertagesstätte eingeräumte, auf bestimmte Zeiten eingeschränkte Sonderrechte an (Teil-)Flächen des öffentlichen Spielplatzes, ein gleichwertiger Ersatz einer Außenspielfläche auf eigener Fläche gewährleistet werden kann. Denn die Klägerin verfügt jedenfalls über keine in diesem Fall erforderliche Sondernutzungserlaubnis für die Nutzung des öffentlichen Spielplatzes in der A-Straße, die ihr andere Nutzungsinteressenten ausschließende Sonderrechte – gleich welchen Inhalts – zur Gewährleistung eines gleichwertigen Ersatzes der fehlenden Außenspielfläche einräumt.

d)

Die Klägerin hat in dem vorliegenden Baugenehmigungsverfahren gemäß § 62 HBauO trotz dessen Konzentrationswirkung einen Genehmigungsanspruch auch nicht dadurch erwirkt, dass sie im Rahmen des Verfahrens bei der Beklagten den Antrag auf Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis für den öffentlichen Spielplatz in der A-Straße gestellt hat, der im Rahmen des vorliegenden Verfahrens positiv zu bescheiden wäre. Das gilt bereits deshalb, weil sich die Konzentrationswirkung des Verfahrens – wie zwischen den Beteiligten auch unstreitig – nicht auf das Erwirken von Nutzungsrechten an öffentlichen Spielflächen erstreckt.

II.

Die Entscheidung über die Kosten ergibt sich aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 167 VwGO i.V.m. §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO.

Die Berufung wird gemäß §§ 124a Abs. 1 Satz 1, 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO zugelassen. Die Frage, welche konkreten Anforderungen an die im Baugenehmigungsverfahren mit Konzentrationswirkung gemäß §§ 62 Abs. 1 Nr. 3 HBauO, 45 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB VIII zu prüfenden räumlichen Voraussetzungen zur Gewährleistung des Kindeswohls für die Errichtung einer Kindertagesstätte zu stellen sind, hat grundsätzliche Bedeutung.