

Maria Pottmeyer

Der Rechtsanspruch auf Frühförderung in Tageseinrichtungen und Kindertagespflege Probleme bei der Umsetzung der „U3-Betreuung“

1 Einleitung

In der Folge des „Krippengipfels“, auf dem sich Bund, Länder und kommunale Spitzenverbände im Jahr 2007 darauf verständigten, bis 2013 „ein bedarfsgerechtes Betreuungsangebot für (...) Kinder unter drei Jahren aufzubauen“,¹ trat am 16.12.2008 das Kinderförderungsgesetz (KiföG)² in Kraft. Ab dem 1.8.2013 ergänzt es in § 24 Abs. 2³ SGB VIII die bisher objektiv-rechtliche Verpflichtung des Staates, für Kinder unter drei Jahren ein bedarfsgerechtes Betreuungsangebot vorzuhalten, um einen Rechtsanspruch für Kinder zwischen Vollendung des ersten und des dritten Lebensjahres „auf frühkindliche Förderung in einer Tageseinrichtung oder in Kindertagespflege“.

Auf der politischen Bühne ist der Rechtsanspruch für unter Dreijährige fester Bestandteil der Rhetorik: „Kein Kind zurücklassen“ und „Wer in Kinder investiert, investiert in Zukunft“ – so beschreibt etwa das Ministerium für Familie, Kinder, Jugend, Kultur und Sport des Landes Nordrhein-Westfalen seine „Leitmotive“ beim „U3 Ausbau“.⁴ Die Umsetzung dieser Ziele ist schwierig. Während man ursprünglich einen Bedarf an Betreuungsplätzen für bundesweit durchschnittlich 35% der Kinder unter drei Jahren erwartete,⁵ erhöhte sich die Quote zum Stichtag 1.3.2012 auf 39,4%.⁶ Die tatsächliche Versorgung belief sich im gleichen Zeitpunkt auf durchschnittlich 27,6%.⁷ Die rechtlichen Probleme der noch nicht voll bedarfsdeckenden Umsetzung gleichen denen der Umsetzung des Schwangeren- und Familienhilfegesetzes aus den 1990er Jahren, das seit

1 BT-Drs. 16/9299 S. 1.

2 Gesetz zur Förderung von Kindern unter drei Jahren in Tageseinrichtungen und in Kindertagespflege (Kinderförderungsgesetz – KiföG) vom 10.12.2008, BGBl I, 2403 (Nr. 57), Geltung ab 16.12.2008.

3 § 24 SGB VIII wird im Folgenden in der ab dem 1.8.2013 geltenden Fassung der Bek. vom 11.9.2012, BGBl I 2022, zugrundegelegt.

4 www.mfkjks.nrw.de/kinder-und-jugend/betreuung-fuer-unter-dreijaehrige.

5 BT-Drs. 16/9299 S. 1.

6 Henneke, H.-G., Zwischen Bedarfsweckung und Bedarfsdeckung, Stationen des Ausbaus der Kinderbetreuung, Landkreis 2012, S. 667; Schübel-Pfister, I.; Kindertagesbetreuung zwischen (Rechts-)Anspruch und Wirklichkeit, NVwZ 2013, S. 385 (385). Ausführlich zum Ausbaustand und Betreuungsbedarf am Stichtag 1.3.2012: Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Vierter Zwischenbericht zur Evaluation des Kinderförderungsgesetzes, 2013, S. 7. Innerhalb der Gruppe der Kinder unter drei Jahren variierte der Betreuungsbedarf nach Altersgruppen. Während für unter einjährige Kinder nur 8,3% der Eltern Betreuungsbedarf sehen, sind es bei den Eltern der Ein- bis Zweijährigen schon 46,9% und der Zwei- bis Dreijährigen 62,5%.

7 Dabei bestehen deutliche Unterschiede zwischen den einzelnen Bundesländern. Nordrhein-Westfalen wies mit einer Versorgung von 18,1% bei einem Bedarf von 33,9% die höchste Differenz zwischen Betreuungsquote und Betreuungsbedarf auf (15,8%), Sachsen-Anhalt mit einer Versorgung von 57,5% bei einem Bedarf von 60,8% die niedrigste (3,3%). Ausführlich: Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Vierter Zwischenbericht zur Evaluation des Kinderförderungsgesetzes, 2013, S. 7.

dem 1.1.1996 bereits für jedes Kind zwischen Vollendung des dritten Lebensjahres und Schulbeginn einen Anspruch auf einen Kindergartenplatz begründete^{8,9}

2 Anspruchsberechtigter

§ 24 Abs. 2 SGB VIII begründet nach seinem eindeutigen Wortlaut für Kinder vom vollendeten ersten bis zum Ende des dritten Lebensjahres einen subjektiv-rechtlichen Anspruch auf frühkindliche Förderung. Es handelt sich nicht etwa um einen Anspruch der Eltern auf Betreuung des Kindes, um Familien- und Erwerbsleben besser vereinbaren zu können.¹⁰ Dies zeigen sowohl der programmatische Titel „Kinderförderungsgesetz“ des Regelwerks, das den Rechtsanspruch eingeführt hat, als auch die Gesetzesmaterialien.¹¹ Zwar nimmt die Gesetzesbegründung neben der Situation der Kinder auch die der Eltern in den Blick. Sie stellt die Vereinbarkeit von Beruf und Familie aber in den größeren Zusammenhang der Verbesserung der Rahmenbedingungen für das Aufwachsen von Kindern, die quantitativ und qualitativ einen Ausbau des bisherigen Förderangebots für Kinder unter drei Jahren erfordere.¹² Sie hebt zwar den Anspruch des Kindes hervor,¹³ spricht aber nicht von einer eigenen Rechtsposition der Eltern. Systematisch steht § 24 Abs. 2 SGB VIII in engem Zusammenhang mit § 22, denn mit dem Begriff „frühkindliche Förderung“ betont § 24 Abs. 2 SGB VIII nicht nur den spezifischen Förderbedarf der Kinder unter drei Jahren, sondern stellt auch einen ausdrücklichen Bezug zu den Grundsätzen der Förderung nach § 22 SGB VIII her.¹⁴ Soweit danach Tageseinrichtungen und Kindertagespflege „den Eltern dabei helfen (sollen), Erwerbstätigkeit und Kindererziehung miteinander vereinbaren zu können“ (Abs. 2 Nr. 3), ist dies nur eine objektiv-rechtliche Vorgabe des Gesetzgebers, die sich schon durch die Fassung als Soll-Vorschrift¹⁵ von Anspruchsnormen wie § 24 Abs. 2 oder etwa § 27 Abs. 3 SGB VIII, dem Anspruch des Personensorgeberechtigten auf Hilfe zur Erziehung,¹⁶ unterscheidet.

Anspruchsberechtig und im Sinne des Prozessrechts aktivlegitimiert ist also allein das Kind, das nach § 1629 BGB durch die Eltern vertreten wird.¹⁷

3 Anspruchsverpflichteter

Dem Anspruch des Kindes entspricht eine Leistungsverpflichtung, die sich nach § 2 Abs. 2 Nr. 3 in Verbindung mit § 3 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII an den Träger der öffentlichen Jugendhilfe rich-

8 *Schübel-Pfister, I.* (Anm. 6), S. 386. Dazu ausführlich: *Georgii, H.*, Rechtsanspruch auf einen Kindergartenplatz, NJW 1996, S. 686.

9 Für die über Dreijährigen ist die Herausforderung inzwischen gemeistert: Die Betreuungsquote liegt im Bundesdurchschnitt bei 93,4%, der „Spitzenreiter“ Rheinland-Pfalz bietet 97,4%. *Henneke, H.-G.* (Anm. 6), S. 662.

10 *Schübel-Pfister, I.* (Anm. 6), S. 386; *Fischer L.* in: *Schellhorn W./Fischer L./Mann H./Schellhorn H./Kern, Ch.*, SGB VIII, Kinder und Jugendhilfe. Kommentar, 4. Aufl. 2012, § 24 Rn. 10; *Mayer, K.-G.*, „Kita-Plätze hat man zu haben“, VerwArch 104 (2013), S. 344 (347).

11 *Schübel-Pfister, I.* (Anm. 6), S. 386.

12 BT-Drs. 16/9299, S. 1.

13 BT-Drs. 16/9299, S. 15.

14 BT-Drs. 16/9299, S. 15.

15 Dazu: *Fischer, L.* (Anm. 10), § 22 Rn. 7.

16 Zur Systematik auch: *Schübel-Pfister, I.* (Anm. 6), S. 386.

17 *Fischer, L.* (Anm. 10), § 24 Rn. 20; *Rixen, St.*, Kein Kita-Platz trotz Rechtsanspruch?, NJW 2012, S. 2839 (2839); *Schübel-Pfister, I.* (Anm. 6), S. 386; *Struck, J.* in: *Wiesner, R.*, SGB VIII, Kommentar, 4. Aufl. 2011, § 24 Rn. 27.

tet.¹⁸ Die Träger der öffentlichen Jugendhilfe werden gemäß § 69 SGB VIII nach Landesrecht bestimmt. In der Regel sind es die Kreise und kreisfreien Städte. Die Aufgaben werden durch das Jugendamt wahrgenommen.¹⁹

Auf welche Weise der Träger der öffentlichen Jugendhilfe seine Pflicht zur frühkindlichen Förderung wahrnimmt, obliegt nach § 79 Abs. 1 SGB VIII seiner Verantwortung, einschließlich der Planungsverantwortung. In deren Wahrnehmung muss er „den Bedarf unter Berücksichtigung der Wünsche, Bedürfnisse und Interessen der jungen Menschen und der Personensorgeberechtigten für einen mittelfristigen Zeitraum ermitteln“ (§ 80 Abs. 1 Nr.2 SGB VIII) und das zur Befriedigung des Bedarfs Notwendige unter frühzeitiger Beteiligung der anerkannten Träger der freien Jugendhilfe rechtzeitig und ausreichend veranlassen (§ 79 Abs. 2, § 80 Abs. 3 SGB VIII). Dabei „soll“ nach § 4 Abs. 2 SGB VIII die öffentliche Jugendhilfe von eigenen Einrichtungen absehen, soweit geeignete Einrichtungen und Dienste von anerkannten Trägern der freien Jugendhilfe, seien es freie gemeinnützige oder freie gewerbliche Träger, betrieben oder rechtzeitig geschaffen werden können.²⁰ Dieses Gebot ist keine „Funktionssperre“²¹, vielmehr soll im Sinn einer „programmatischen Bedeutung“²² der Vielfalt von Trägern unterschiedlicher Wertorientierungen und den ebenso divergierenden Wertvorstellungen der Eltern durch ein plurales Angebot Rechnung getragen werden.²³ Der öffentliche Träger soll zwar den in § 4 Abs. 2 SGB VIII verankerten „Grundsatz des Funktionsschutzes der freien Jugendhilfe“²⁴ beachten, soweit freie Träger rechtzeitig und ausreichend Einrichtungen vorhalten, soll aber nicht ausnahmslos gehindert sein, eigene Tageseinrichtungen und Dienste zu betreiben.²⁵ Im Bedarfsfall muss er dies sogar, wenn es nicht genug Einrichtungen freier Träger oder kreisangehöriger Gemeinden gibt.²⁶

Der Einfluss, den der Jugendhilfeträger auf die Leistungserbringung der Einrichtungsträger hat, ist mit Rücksicht auf die nach § 4 SGB VIII zu achtende Selbstständigkeit der freien Jugendhilfe in Zielsetzung und Durchführung ihrer Aufgaben begrenzt.²⁷ Gesetzliche Ansprüche kann der Trä-

18 *Fischer, L.* (Anm. 10), § 24 Rn. 39; *Kern, Ch.* in: *Schellhorn, W./Fischer, L./Mann, H./Schellhorn H./Kern, Ch.*, SGB VIII, Kommentar, 4. Aufl. 2012, § 3 Rn. 13.

19 Zum Beispiel sind nach dem KJHG-AG NRW die Kreise und kreisfreien Städte Träger der öffentlichen Jugendhilfe (§ 1a Abs. 1). Große und mittlere kreisangehörige Gemeinden werden auf Antrag durch Rechtsverordnung der obersten Landesjugendbehörde zu örtlichen Trägern der öffentlichen Jugendhilfe bestimmt (§ 2 Satz 1). Kreisangehörige Gemeinden, die nicht örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe sind, können Aufgaben der Jugendhilfe wahrnehmen (§ 1a Satz 1). Zur Rechtslage in Bayern: *Schübel-Pfister, I.* (Anm. 6), S. 387 Anm. 25.

20 So waren im Erhebungszeitraum 2010/2011 bundesweit 68,2% der Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe in freigemeinnütziger Trägerschaft, 29,6% in öffentlicher und 2,2% in privat-gewerblicher. Von den bundesweit insgesamt zur Verfügung stehenden Betreuungsplätzen stellten im gleichen Zeitraum die Einrichtungen freier Träger 64,5%, die Einrichtungen öffentlicher Träger 34,3% und die privatgewerblich getragenen 1,3%. Dabei hat die Bedeutung der freien Träger seit 1990 kontinuierlich weiter zugenommen sowohl in Bezug auf die Einrichtungen (1990: 51,2%) als auch auf die Betreuungsplätze (1990: 44,0%). Das mag auch daran liegen, dass sich in diesem Zeitraum die Relationen in den ostdeutschen Bundesländern, die zunächst wenig freie Trägerschaften kannten, zunehmend den westdeutschen angenähert haben. Ausführlich: 14. Kinder- und Jugendbericht, Bericht über die Lebenssituation junger Menschen und die Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe in Deutschland, Januar 2013, BT-Drs. 17/12200, S. 284 ff.

21 So *Wiesner, R.* in: *Wiesner, R.*, SGB VIII, Kommentar, 4. Aufl. 2011, § 4 Rn. 15.

22 So *Kern, Ch.* (Anm. 18), § 4 Rn. 10.

23 *Kern, Ch.* (Anm. 18), § 3 Rn. 3.

24 Bundesrats-Drs. 503/89, S. 46.

25 *Kern, Ch.*, (Anm. 18), § 4 Rn. 10.

26 Soweit Letztere nicht Träger der öffentlichen Jugendhilfe sind, betreiben sie die Tageseinrichtungen entweder als freie Selbstverwaltungsaufgabe, so etwa in NRW, oder als kommunale Pflichtaufgabe. Dazu: *Schübel-Pfister, I.* (Anm. 6), 388; *Mayer, K.-G.* (Anm. 10), S. 350.

27 Welche Bedeutung der Gesetzgeber dem Gebot der Respektierung der Selbstständigkeit der freien Träger beimisst, macht die Entstehung des § 4 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII deutlich. Im Regierungsentwurf zunächst als Sollvorschrift for-

ger der öffentlichen Jugendhilfe gegenüber den freien Trägern nur eingeschränkt geltend machen. Zwar unterliegen auch die freien Träger nach den ergänzenden landesrechtlichen Regelungen gesetzlichen Pflichten.²⁸ Insbesondere hat der Jugendhilfeträger bei Erteilung der nach § 45 Abs. 1 SGB VIII erforderlichen Erlaubnis zum Betrieb einer Tageseinrichtung die Möglichkeit, durch Konkretisierung der in § 45 Abs. 2 SGB VIII normierten Erteilungsvoraussetzungen und durch Beifügung geeigneter Nebenbestimmungen (§ 45 Abs. 4 SGB VIII) Einfluss auf die konkrete Ausgestaltung der Förderung in der Tageseinrichtung zu nehmen. Entsprechendes gilt nach § 43 SGB VIII in Bezug auf die Erlaubniserteilung für eine Kindertagespflege. Weitere Einflussmöglichkeiten, zum Teil indirekter Art, hat er über die öffentliche Anerkennung als Träger der freien Jugendhilfe nach § 75 SGB VIII i. V. m. den ergänzenden landesrechtlichen Vorschriften²⁹ und über die finanzielle Förderung.³⁰ Den kommunalen Einrichtungsträgern gegenüber kann der Jugendhilfeträger, insbesondere wenn die Vorhaltung von Tageseinrichtungen – wie z. B. in Bayern – zu den Pflichtaufgaben gehört, von den Möglichkeiten der Kommunalaufsicht Gebrauch machen. Der Träger der öffentlichen Jugendhilfe hat aber keine gesetzliche Handhabe, um von einem freien Träger die Errichtung oder Übernahme einer Tageseinrichtung oder die Aufnahme eines Kindes in diese zu verlangen, sondern ist auf freiwillige Kooperation angewiesen.

Um das Risiko, das sich aus der Respektierung der Selbständigkeit der freien Träger ergibt, zu mindern, verbleibt nach § 79 Abs. 1 SGB VIII die „Gesamtverantwortung“ beim Träger der öffentlichen Jugendhilfe. Er hat Gewähr zu leisten, „dass die zur Erfüllung der Aufgaben nach diesem Buch erforderlichen und geeigneten Einrichtungen (...) den verschiedenen Grundrichtungen der Erziehung entsprechend rechtzeitig und ausreichend zur Verfügung stehen“ (§ 79 Abs. 2 SGB VIII). Wegen dieser „Garantenstellung“³¹ bleibt er dem Anspruchsberechtigten gegenüber für die Erfüllung der sich aus § 24 Abs. 2 SGB VIII ergebenden Verpflichtungen voll verantwortlich. Um das Betreiben von Tageseinrichtungen und die Übernahme von Diensten durch die freie Jugendhilfe und die kreisangehörigen Gemeinden sicherzustellen, trifft der örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe mit diesen sogenannte Leistungssicherstellungsvereinbarungen, aufgrund derer er ihnen gegenüber vertragliche Ansprüche erwirbt.³² Der Leistungsberechtigte kann seinen Anspruch nur ihm gegenüber, nicht gegenüber dem Einrichtungsträger geltend machen.³³

muliert, wurde das Gebot auf Verlangen des Bundesrates in eine strikte Verpflichtung der öffentlichen Träger geändert. Siehe: *Kern, Ch.* (Anm. 18), § 4 Rn. 12.

28 Im Kinderbildungsgesetz – KiBiz – NRW vom 30.10.2007 (GV NRW S. 462), zuletzt geändert durch Gesetz vom 25.7.2011 (GV NRW S. 385), hat das Land mit den Rahmenbestimmungen für die öffentliche Förderung in den §§ 6 ff. den Trägern nicht nur auf die Finanzierung bezogene Pflichten auferlegt, z. B. ein Diskriminierungsverbot (§ 7), das Gebot zur Zusammenarbeit mit den Eltern (§ 9), ein Fortbildungsgebot für die Erzieher (§ 11) und ein Evaluierungsgebot (§ 11).

29 Z. B. § 25 AG KJHG NRW vom 25.12.1990 (GV NW S. 664), zuletzt geändert durch Gesetz vom 14.2.2012 (GV NRW S. 97).

30 Z. B. §§ 18 ff. des Kinderbildungsgesetzes – KiBiz – NRW vom 30.10.2007 (GV NRW S. 462), zuletzt geändert durch Gesetz vom 25.7.2011 (GV NRW S. 385) und das Belastungsausgleichsgesetz Jugendhilfe – BAG NRW – vom 13.11.2012 (GV NRW S. 520) betreffend den finanziellen Ausgleich für den aufgrund des Gesetzes zur Förderung von Kindern unter drei Jahren in Tageseinrichtungen und Kindertagespflege vom 10.12.2008 (BGBl I S. 2403) notwendigen Ausbau der Kindertagesbetreuung.

31 *Wiesner, R.* (Anm. 21), § 79 Rn. 3.

32 *Lakies, Th.* in: *Münder J./Meysen Th./Trenczek Th.* (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar zum SGB VIII*, 7. Aufl. 2013, § 24 Rn. 13; *Struck, J.* (Anm. 17), § 24 Rn. 31.

33 *Kern, Ch.* (Anm. 18), § 3 Rn. 13. *Mayer, K.-G.* (Anm. 10), S. 349 f., spricht von einem „jugendhilferechtlichen Dreiecksverhältnis“, in dem der Jugendhilfeträger seine Verpflichtung gegenüber dem Leistungsberechtigten durch vertragliche Vereinbarung mit dem Einrichtungsträger erfüllt und Letzterem gegenüber weitgehend die Kosten übernimmt.

4 Unbedingte Gewährleistungspflicht

Die Gewährleistungspflicht gilt nach dem Wortlaut des § 24 Abs. 2 SGB VIII unbedingt. Außer an das Alter des Kindes vom vollendeten ersten bis dritten Lebensjahr ist sie an keine weitere Bedingung geknüpft. Dem Rechtsanspruch des Kindes auf Förderung können danach weder die Übernahme der Verpflichtung durch einen Dritten, etwa den Träger der Einrichtung, noch Kapazitätsgrenzen noch finanzielle Engpässe entgegengehalten werden. Bei Kapazitätserschöpfung beinhaltet der Anspruch auf einen Betreuungsplatz nach § 24 Abs. 2 SGB VIII einen Anspruch auf Kapazitätserweiterung.³⁴

Dem wird entgegengehalten, dass „öffentlich-rechtliche Anspruchspositionen, namentlich auf Nutzung von Einrichtungen, traditionell auf bestehende Kapazitäten (...) begrenzt“ seien.³⁵ Das spreche dafür, auch dem § 24 Abs. 2 SGB VIII eine implizite Begrenzung des Anspruchs auf vorhandene und verfügbare Kapazitäten zu entnehmen. Einer ausdrücklichen Begrenzung habe es nicht bedurft.³⁶

Für eine implizite Begrenzung des Verschaffungsanspruchs auf die jeweils verfügbare Kapazität lassen jedoch der Gesetzeswortlaut und die in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck kommende Absicht des Gesetzgebers bei der Neuformulierung des § 24 Abs. 2 SGB VIII keinen Raum. Ausweislich der Gesetzesbegründung sollen für die Inanspruchnahme der Förderung allein die Bedürfnisse und Wünsche des Kindes und der Eltern maßgeblich sein.³⁷ Der Gesetzgeber bekundet mehrfach die Absicht, „ein bedarfsgerechtes Betreuungsangebot“ für Kinder unter drei Jahren zu schaffen. Das Förderungsangebot müsse quantitativ und qualitativ so ausgebaut werden, dass „jedes Kind“ eine „realistische Chance“ auf Förderung habe.³⁸ Dieses Anliegen kommt auch in dem unbedingt formulierten Wortlaut zum Ausdruck. Weil man im Jahr 2008 davon ausging, einen hinreichenden Ausbau der erforderliche Kapazitäten nicht vor Ablauf von fünf Jahren zu erreichen, andererseits aber überzeugt war, bis dahin einen bedarfsdeckenden Ausbau gewährleisten zu können, wurde der Anspruch erst mit Wirkung zum 1.8.2013 begründet.³⁹ Dies zeigt den Willen, die frühkindliche Förderung nicht auf bestehende Kapazitäten zu beschränken, sondern im Gegenteil die Kapazitäten dem Bedarf anzupassen.

34 OVG Rheinl.-Pf., Urt. v. 25.10.2012 – 7 A 10671/12 – Juris, Rn. 33, 35; VG Köln, B. v. 18.7.2013 – 19 L 877/13 – Juris, Rn. 13; *Lakies, Th.*, Zum Rechtsanspruch auf einen Kindergartenplatz gemäß § 24 KJHG, ZfJ 1993, S. 271 (272); *Lakies, Th.* (Anm. 32), § 24 Rn. 14, 26, 67; *Georgii, H.* (Anm. 8), S. 686 (688); *Mayer, K.-G.* (Anm. 10), S. 351; *Meysen, Th.*, Anmerkung zum Beschluss des VG Köln vom 18.7.2013 – 19 L 877/13 –, Das Jugendamt 2013, S. 412 (413); *Klenter, P.*, Der neue Rechtsanspruch auf einen Kita-Platz für Ein- und Zweijährige, Soziale Sicherheit 2013, S. 176 (177); *Rixen, St.* (Anm. 17), S. 2840 f.; *Schübel-Pfister, I.* (Anm. 6), S. 387; *Schmitt, Th./Wohlrab, S.*, Ein Ende des Kita-Ausbaus durch Richterrecht?, KommJur 2013, S. 18 (19 f); *Struck, J.* (Anm. 17), § 24 Rn. 23: „Anspruch nicht auf Zuweisung eines vorhandenen Platzes begrenzt“; *Struck, J./Wiesner, R.*, Der Rechtsanspruch auf einen Kindergartenplatz, ZRP 1992, S. 452 (455). Ein Anspruch auf Kapazitätserweiterung wird abgelehnt von: OVG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 1.11.2000 – 2 M 32/00 – Juris Rn. 4; *Fischer, L.* (Anm.10), § 24 Rn. 19, 27; *Pauly, W./Beutel, H.*, Ersatzansprüche bei verwehrt Förderung in Kindertagesstätten, DÖV 2013, S. 445 (445, 447, 450 f).

35 *Pauly, W./Beutel, H.* (Anm. 34), S. 446 f.

36 *Pauly, W./Beutel, H.* (Anm. 34), S. 446 f., die im Ergebnis nicht zwischen der unbedingten Verschaffungspflicht aus § 24 Abs. 2 SGB VIII und dem auf verfügbare Plätze beschränkten Wunsch- und Wahlrecht nach § 5 SGB VIII unterscheiden, indem sie auch den Anspruch aus § 24 Abs. 2 SGB VIII auf verfügbare Plätze beschränken. Dazu weiter unten.

37 BT-Drs. 16/9299, S. 15.

38 BT-Drs. 16/9299, S. 1, 15: „Rechtsanspruch für jedes Kind.“

39 BT-Drs. 16/9299, S. 3: Der Rechtsanspruch müsse „auf einem verlässlichen Fundament gebaut sein. Diese Voraussetzung wird in der Ausbauphase bis zum Juli 2013 geschaffen.“

Im Übrigen mögen öffentlich-rechtliche Anspruchspositionen, namentlich solche auf Nutzung von Einrichtungen, grundsätzlich auf bestehende Kapazitäten begrenzt sein. Das gilt aber nicht ausnahmslos. Dort, wo eine Rechtspflicht der Verwaltung besteht, die Benutzung einer Anstalt zu gewährleisten und der Gesetzgeber den vorgesehenen Benutzern – wie hier nach § 24 Abs. 2 SGB VIII – einen korrespondierenden Anspruch eingeräumt hat, kann den Benutzern ein Anspruch auf Erfüllung der Rechtspflicht über die bestehende Kapazität hinaus nicht abgesprochen werden. Dies gilt gerade für das Bildungswesen, das der moderne Sozial- und Kulturstaat weitgehend zu seiner eigenen Aufgabe gemacht hat.

Es gehört zum Grundverständnis des Sozialstaats, dass „die Beteiligung an staatlichen Leistungen notwendige Voraussetzung für die Verwirklichung von Grundrechten ist.“⁴⁰ Der soziale Rechtsstaat trägt „von Verfassungen wegen Verantwortung für die Schaffung der sozialen Voraussetzungen grundrechtlicher Freiheit.“⁴¹ Deswegen kann es im freiheitlichen Rechts- und Sozialstaat nicht der Entscheidung der öffentlichen Verwaltung überlassen bleiben, „einen Teil der Staatsbürger von den Vergünstigungen auszuschließen“, auf die nach dem Willen des in erster Linie zur Verwirklichung des Sozialstaats berufenen Gesetzgebers alle gesetzlich Begünstigten einen Rechtsanspruch haben.⁴² Reicht die Kapazität, die zu schaffen der Gesetzgeber der Exekutive aufgegeben hat, nicht aus, kann dem „nachhaltig nur durch Erweiterung der Kapazitäten begegnet werden“.⁴³ Im Numerus-clausus-Urteil stellt das Bundesverfassungsgericht die verbreitete Auffassung in Frage, dass das Zulassungsrecht zu Bildungseinrichtungen von vornherein und ausschließlich auf einen Anspruch auf Teilhabe an den vorhandenen Ausbildungsmöglichkeiten beschränkt sei.⁴⁴ Die Frage bedurfte im Numerus-clausus-Urteil keiner Entscheidung. Das Bundesverwaltungsgericht kam aber schon 1964 zu dem Ergebnis, dass die in der staatlichen Schulaufsicht (Art. 7 Abs. 1 GG) begründete staatliche Organisationshoheit über die Schule ihre Grenzen in dem Recht der Eltern und dem Recht des jungen Menschen auf Bildung und Erziehung finde.⁴⁵ Auch im Schulrecht ist, selbst wenn es keinen Anspruch des Kindes oder seiner Eltern auf eine bestimmte Schule gibt, nie in Zweifel gezogen worden, dass zumindest für die Dauer der Schulpflicht jedem Kind der Besuch einer zumutbar erreichbaren Schule ermöglicht werden muss.⁴⁶ Es ist also nicht so, dass es ein im Anstaltsbenutzungsrecht allgemein und ausnahmslos geltendes oder einhellig anerkanntes Prinzip gäbe, wonach ein Zulassungsrecht fraglos auf die verfügbare Kapazität begrenzt wäre.

Dabei mag dem § 24 Abs. 2 SGB VIII durchaus ein Vorbehalt des Möglichen, so wie ihn das Bundesverfassungsgericht versteht, nämlich als eine Beschränkung auf das, „was der Einzelne

40 BVerfG, Urt. v. 18.7.1972 – 1 BvL 32/70 – BVerfGE 33, 303 (332).

41 *Böckenförde, E.-W.*, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation. Erstmals veröffentlicht in NJW 1974, S. 1529 – 1538, hier wiedergegeben nach: ders., Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, Frankfurt 1991, S. 115 (144).

42 BVerfG, Urt. v. 18.7.1972 – 1 BvL 32/70 – BVerfGE 33, 303 (332).

43 BVerfG, Urt. v. 18.7.1972 – 1 BvL 32/70 – BVerfGE 33, 303 (333).

44 BVerfG, Urt. v. 18.7.1972 – 1 BvL 32/70 – BVerfGE 33, 303 (332 f.): „Würde sich die verfassungsrechtliche Betrachtung von Anfang an auf die Teilhabe am Vorhandenen verengen, ginge sie (...) am Kern der Schwierigkeiten vorbei.“

45 BVerwG, Urt. v. 31.1.1964 – VII C 65.62 – BVerwGE 18, 40 (42) zum Besuch einer Volksschule; ebenso *Forsthoff, E.*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts. 7. Aufl. 1966, S. 390, unter Bezugnahme auf die Entscheidung des BVerwG.

46 Zum Anspruch auf schulische Bildung, Erziehung und individuelle Förderung und der korrespondierenden Verpflichtung der Schulträger heute siehe etwa §§ 1 und 78 ff. Schulgesetz für das Land NRW vom 15.2.2005 (GV NRW S. 102), zuletzt geändert durch Gesetz vom 25.10.2011 (GV NRW S. 540): Nach § 79 SchulG NRW sind die Schulträger verpflichtet, die für einen ordnungsgemäßen Unterricht „erforderlichen“ Schulanlagen bereitzustellen. Sie sind nach § 78 Abs. 4 SchulG NRW verpflichtet, Schulen zu errichten und fortzuführen, wenn in ihrem Gebiet ein Bedürfnis dafür besteht.

vernünftigerweise von der Gesellschaft beanspruchen kann⁴⁴⁷, zugrunde liegen. Darüber, was der Einzelne vernünftigerweise beanspruchen darf, entscheidet in erster Linie der Gesetzgeber.⁴⁸ Dass die Beanspruchung eines Betreuungsplatzes in einer Tageseinrichtung oder in Kindertagespflege über das hinausgeht, was der Einzelne vernünftigerweise beanspruchen kann, ist nicht zu erkennen. Der demokratisch legitimierte Gesetzgeber hat mit großer Mehrheit die öffentliche Verwaltung verpflichtet, die frühkindliche Förderung binnen einer Frist von mehr als fünf Jahren in einer den Bedarf deckenden Weise auszubauen und hat in der Erwartung, innerhalb dieser Frist werde das Angebot an Plätzen den Bedarf decken, den Begünstigten einen korrespondierenden Anspruch eingeräumt.

5 Gegenstand des Anspruchs, Aufgabe und Ziel der Förderung

5.1 Bundes- und landesrechtliche Vorgaben

Zum Inhalt des Anspruchs auf frühkindliche Förderung, zu Aufgabe und Ziel der Förderung heißt es in § 24 Abs. 2 SGB VIII nur, dass ein Kind von einem bis zu drei Jahren Anspruch auf Förderung in einer Tageseinrichtung oder in Kindertagespflege hat. Der Anspruch richtet sich grundsätzlich nicht auf Verschaffung eines Platzes in einer bestimmten Einrichtung, kann sich aber im Einzelfall durch berechtigte Anforderungen an Ausstattung, Öffnungszeiten, Erreichbarkeit und spezifisches Profil sowie unter Berücksichtigung des Wahl- und Wunschrechts nach § 5 Abs. 1 SGB VIII zu einem Anspruch auf eine bestimmte Einrichtung verdichten.⁴⁹ Ziel und Aufgabe der Förderung lassen sich unter Rückgriff auf die in § 22 SGB VIII formulierten Grundsätze der Förderung, auf die in § 22a SGB VIII für Tageseinrichtungen und in § 23 SGB VIII für die Kindertagespflege enthaltenen Direktiven sowie auf die in § 1 Abs. 3 SGB VIII formulierten allgemeinen Ziele und Aufgaben der Kinder- und Jugendhilfe näher bestimmen. Auch die in §§ 79 und 80 SGB VIII normierten Anforderungen an die Planung und das in § 5 SGB VIII eingeräumte Wunsch- und Wahlrecht als Ausdruck der die Kinder- und Jugendhilfe kennzeichnenden Pluralität lassen erkennen, welchen Ansprüchen die Tageseinrichtungen und die Kindertagespflege genügen sollen. Weitergehende Konkretisierungen zum inhaltlich-qualitativen Verständnis des Anspruchs auf frühkindliche Förderung der Kinder und der entsprechenden Aufgaben der Tageseinrichtungen und Kindertagespflege nimmt der Bundesgesetzgeber nicht vor, überlässt dies vielmehr in § 26 Satz 1 SGB VIII dem Landesrecht. Inzwischen haben alle Länder die Aufgaben und Ziele, die Grundsätze der Bildungs- und Erziehungsarbeit ebenso wie in Ergänzung von § 74 ff. SGB VIII die Finanzierung der Tageseinrichtungen und der Kindertagespflege in eigenen Gesetzen und Verordnungen geregelt.⁵⁰

47 BVerfG, Urt. v. 18.7.1972 – 1 BvL 32/70 – BVerfGE 33, 303 (333).

48 BVerfG, Urt. v. 18.7.1972 – 1 BvL 32/70 – BVerfGE 33, 303(333).

49 *Struck, J.* (Fn. 17), § 24 Rn. 23 f; *Schübel-Pfister, I.* (Fn. 6), S. 387; *Pauly, W./Beutel, H.* (Fn. 34), S. 446.

50 Z. B. in NRW durch das Gesetz zur frühen Bildung und Förderung von Kindern – Kinderbildungsgesetz (KiBiz) – vom 30.10.2007 (GV NRW S. 462), zuletzt geändert durch Gesetz vom 25.7.2011 (GV NRW S. 385). Für die Gesetzgebungsbefugnis der Länder zu diesen ergänzenden Regelungen hätte es des § 26 SGB VIII nicht bedurft. Mit der Regelung der Kinder- und Jugendhilfe in SGB VIII hat der Bund im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung nach Art. 72 Abs. 1 GG von der Bedarfskompetenz nach Art. 72 Abs. 2 i. V. m. Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG Gebrauch gemacht. Nach Art. 72 Abs. 1 GG haben die Länder in diesen Fällen eine eigene Gesetzgebungsbefugnis, soweit der Bund von seiner Kompetenz keinen abschließenden Gebrauch macht (*Fischer, L.* <Anm.10>, § 26 Rn. 1; *Struck, I.* <Anm. 17>, § 26 Rn. 1.) Weitergehende Bedeutung hat § 26 SGB VIII aber insoweit, als über § 26 Satz 1 SGB VIII als „Brückennorm“ (so *Rixen, St.* <Anm.17>, S. 2840) oder „Scharniernorm“ (so *Schübel-Pfister, I.* <Anm. 6>, S. 388) die ergänzenden landesrechtlichen Regelungen „in den Anspruchsinhalt des § 24 Abs. 2 SGB VIII“ eingehen (*Rixen,*

5.2 Aufgabe und Ziel der Tageseinrichtungen und der Kindertagespflege

Nach § 22 Abs. 1 SGB VIII sind Tageseinrichtungen dazu bestimmt, dass sich die Kinder darin für einen Teil des Tages oder ganztägig aufhalten können und dabei in Gruppen gefördert werden. Der Förderauftrag umfasst nach § 22 Abs. 3 SGB VIII „Erziehung, Bildung und Betreuung des Kindes und erstreckt sich auf die soziale, emotionale, körperliche und geistige Entwicklung des Kindes. Er schließt die Vermittlung orientierender Werte und Regeln ein“. Ziel ist dabei nach § 22 Abs. 2 SGB VIII, durch Unterstützung und Ergänzung der familiären Erziehung und Bildung „die Entwicklung des Kindes zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit zu fördern“. Eine bloße Verwahrung der Kinder genügt diesem Anspruch nicht.⁵¹

Durch das Tagesbetreuungsausbaugesetz von 2004⁵², das Kinder- und Jugendhilfeweiterentwicklungsgesetz von 2005⁵³ sowie das Kinderförderungsgesetz von 2008⁵⁴ wurde die Kindertagespflege als Alternative zur Förderung in Tageseinrichtungen neu geregelt. Ziel der Neuregelung war, diese Betreuungsform aufzuwerten und „im Hinblick auf ihre zeitliche Flexibilität, die familiäre Atmosphäre, die feste Bezugsperson und die kleine Kindergruppe“⁵⁵ für Kinder unter drei Jahren eine Alternative zum Besuch der Tageseinrichtung zu schaffen. Außerdem wollte der Gesetzgeber der bisweilen geringen Bevölkerungsdichte in ländlichen Regionen Rechnung tragen, da dort der Betrieb von Tageseinrichtungen häufig aus wirtschaftlichen Gründen nicht sinnvoll sei.⁵⁶ Für die Kindertagespflege gelten nunmehr die Grundsätze und Ziele nach § 22 Abs. 2 SGB VIII in gleicher Weise wie für Tageseinrichtungen. Auch die Länder haben in ihren ergänzenden Ausführungsgesetzen die Kindertagespflege den Tageseinrichtungen weitgehend gleichgestellt.⁵⁷

5.3 Plurales Angebot

Entsprechend der nach § 3 Abs. 1 SGB VIII die Kinder- und Jugendhilfe kennzeichnenden „Vielfalt von Trägern unterschiedlicher Wertorientierungen“ sollen die Tageseinrichtungen und Dienste nach § 79 Abs. 3 SGB VIII die verschiedenen Wertorientierungen widerspiegeln und auf diese Weise ein Angebot bereithalten, das der gesellschaftlichen Pluralität Rechnung trägt.⁵⁸ Dem entspricht, dass der verantwortliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe nach § 80 Abs. 3 SGB VIII frühzeitig und in allen Phasen der Planung die anerkannten Träger der freien Jugendhilfe zu beteiligen hat.

St., <Anm. 17>, S. 2840). Auch auf diese landesrechtlichen Regelungen kann sich der Anspruchsinhaber zur Geltendmachung seines Rechts auf Förderung berufen.

51 *Fischer, L.* (Anm. 10), § 22 Rn. 9.

52 Vom 27.12.2004 (BGBl I S. 3852) – TAG.

53 Vom 8.9.2005 (BGBl S. 2729) – KiCK.

54 Vom 10.12.2008 (BGBl S. 2403) – KiföG.

55 BT-Drs.15/3676, S. 33. Dazu auch: *Fischer, L.* (Anm. 10), § 23 Rn. 3.

56 BT-Drs. 16/9299, S. 10.

57 So gelten z. B. nach 17 KiBiz NRW die Grundsätze für die Bildungs- und Erziehungsarbeit in den Tageseinrichtungen für die Kindertagespflege entsprechend.

58 VG Münster, Urt. v. 18.08.2004 – 9 L 970/04 – Juris, Rn. 14.

5.4 Wahl- und Wunschrecht des Leistungsberechtigten

5.4.1 Das Wahlrecht nach § 5 Abs. 1 SGB VIII

Dem Auftrag, für ein plurales Angebot zu sorgen, korrespondiert das in § 5 Abs. 1 SGB VIII dem Anspruchsinhaber eingeräumte Wahlrecht, zwischen Einrichtungen und Diensten verschiedener Träger zu wählen. Ungeachtet des Wortlauts, der nur vom Wahlrecht zwischen verschiedenen Trägern spricht, entnehmen Rechtsprechung und Schrifttum dem § 5 Abs. 1 SGB VIII auch ein Wahlrecht zwischen verschiedenen Einrichtungen desselben Trägers⁵⁹. Diese Auslegung entspricht dem Sinn der Vorschrift, das „gesamte Spektrum vorhandener Angebote“⁶⁰ wählbar zu machen. Ausgewählt werden kann zwischen Einrichtungen öffentlicher Träger und frei gemeinnütziger sowie frei gewerblicher Träger. Die Wahl eines freien Trägers kommt vor allem dann in Betracht, wenn es den Eltern um eine bestimmte weltanschauliche oder religiöse Prägung oder um eine spezifische pädagogische Profilierung (z. B. Waldorf- oder Montessori-Pädagogik) geht.⁶¹ Die Betreuerinnen und Betreuer in der Tageseinrichtung eines Trägers der öffentlichen Jugendhilfe sind nämlich unbeschadet des Rechts, sich auch als Mitarbeiter einer Einrichtung in öffentlicher Trägerschaft zu ihren eigenen religiösen oder weltanschaulichen Überzeugungen zu bekennen, gehalten, sich in ihrer Arbeit einer werbenden Weitergabe und Vermittlung ihrer religiös-weltanschaulichen Einstellung zu enthalten. Das gebietet die dem Staat und den unterstaatlichen öffentlichen Körperschaften und damit deren Beschäftigten obliegende Pflicht zu religiös-weltanschaulicher Neutralität.⁶²

Dem Sinn und Zweck des § 5 Abs. 1 SGB VIII, eine Vielfalt von Trägern zur Wahl zu stellen, entspricht, dass nicht nur Einrichtungen im Zuständigkeitsbereich des für den Wohnort der Familie örtlich zuständigen Jugendamtes, sondern auch Einrichtungen im Bereich eines der benachbarten Jugendämter gewählt werden können. Es dürfte nämlich unmöglich sein, in jedem Jugendamtsbezirk alle nachgefragten Einrichtungen mit einem spezifischen Profil vorzuhalten.⁶³ Die Notwendigkeit eines internen Kostenausgleichs zwischen den Jugendhilfeträgern schließt das Wahlrecht nicht aus.⁶⁴

Das Wahlrecht nach § 5 Abs. 1 SGB VIII bezieht sich anders als der Verschaffungsanspruch nach § 24 Abs. 2 SGB VIII nur auf vorhandene Tageseinrichtungen und tatsächlich verfügbare Plätze. § 5 Abs. 1 SGB VIII gibt keinen Anspruch auf eine Kapazitätserweiterung und damit auf Schaffung neuer Plätze.⁶⁵ Dafür spricht schon der Wortlaut. Eine Wahl bezieht sich – im Unter-

59 VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 19.08.1997 – 7 L 1638/97 – Juris, Orientierungssatz, betreffend die Wahl des Kindergartens; *Wiesner, R.* (Anm. 21), § 5 Rn. 9; *Fischer, L.* (Anm. 10), § 24 Rn. 16.

60 *Wiesner, R.* (Anm. 21), § 5 Rn. 9.

61 VG Münster, Urt. v. 18.8.2004 – 9 L 970/04 – Juris, Rn. 20.

62 BVerfG, Urt. v. 24.9.2003 – 2 BvR 1436/02 – BVerfGE 108, 282 (300 f.) in Bezug auf das religiöse Bekennen und Praktizieren von Lehrern in öffentlichen Schulen. Die Gründe können auf die Betreuer in öffentlichen Tageseinrichtungen übertragen werden. Siehe auch *Pottmeyer, M.*, Religiöse Kleidung in der öffentlichen Schule in Deutschland und England, Tübingen 2011, S. 44 ff., 213, 220.

63 *Fischer, L.* (Anm. 10), § 24 Rn. 17; *Struck, J.* (Anm. 17), § 24 Rn. 21; *Rixen, St.* (Anm. 17), S. 2839; *Lakies, Th.* (Anm. 32) § 24 Rn. 24.

64 *Lakies, Th.* (Anm. 32), § 2 Rn. 24 auch zur Problematik dadurch entstehender unverhältnismäßiger Mehrkosten. Der für den Wohnort des in einer außerhalb seines Bezirks liegenden Einrichtung betreuten Kindes zuständige Träger der öffentlichen Jugendhilfe wird dann für die ihm nach § 74 SGB VIII obliegende Förderung auch des außerhalb seines Bezirks liegenden Betreuungsplatzes zuständig, wenn er damit dem Kind aus seinem Bezirk die ihm diesem gegenüber obliegende Verschaffungspflicht erfüllt, so BVerwG, Urt. v. 25.4.2002 – 5 C 18/01 – BVerwGE 116, 226 (230).

65 OVG Hamburg, Beschl. v. 24.10.1994 – Bs IV 144/94 – Juris, Rn. 6, 9; Anspruch nur auf Einrichtungen, deren Finanzierbarkeit gesichert ist; OVG NRW, Beschl. v. 14.8.2013 – 12 B 793/13 – Juris, Rn. 10; *Kern, Ch.* (Anm. 18), § 5 Rn. 9; *Fischer, L.* (Anm. 10), § 24 Rn. 17; *Wiesner R.* (Anm. 21), § 5 Rn. 9; *Schübel-Pfister, I.* (Anm. 6), S. 389; *Rixen, St.* (Anm. 17), S. 2839; *Münder, J.*, in: *Münder, J./Meysen, Th./Trenseck, Th.* (Hrsg.), Frankfurter Kommentar

schied zum Wunsch, der sich auch auf Unerfüllbares richten kann – in aller Regel nur auf verfügbare, tatsächlich wählbare Angebote. Auch nach seinem Sinn und Zweck, dem Anspruchsinhaber die Vielfalt der oft spezifisch profilierten Tageseinrichtungen zu erschließen, kann sich das Wahlrecht nur auf verfügbare Einrichtungen beziehen, weil der zuständige Träger der öffentlichen Jugendhilfe die freien Träger, die die Vielfalt repräsentieren, nicht zur Vorhaltung von Plätzen zwingen kann. Er kann nötigenfalls zwar neue Plätze in eigenen Einrichtungen bereitstellen, aber nicht ein Angebot auch weltanschaulich vielfältig spezifisch orientierter Einrichtungen garantieren.

Umstritten ist, ob § 5 Abs. 1 SGB VIII auch ein Wahlrecht zwischen den Betreuungsformen Tageseinrichtung und Kindertagespflege einräumt. Auf der einen Seite wird aus der Gleichwertigkeit beider Betreuungsformen geschlossen, dass der für die Verschaffung eines Betreuungsplatzes verantwortliche öffentliche Jugendhilfsträger Eltern, die sich für einen Platz in einer Tageseinrichtung entschieden haben, mit befreiender Wirkung auch einen freien Platz in einer Kindertagespflege anbieten kann.⁶⁶ Das Wahlrecht nach § 5 Abs. 1 SGB VIII ermögliche nur eine Wahl „innerhalb derselben Leistungsart“⁶⁷. Auf der anderen Seite wird hervorgehoben, der Wortlaut der §§ 5 Abs. 1 und 24 Abs. 2 SGB VIII schließe ein Wahlrecht nicht aus. Der Sinn der Regelung, wie er sich aus den Gesetzesmaterialien ergebe, rechtfertige den Schluss auf ein Wahlrecht auch zwischen den Betreuungsformen. Nach der Gesetzesbegründung sei auch für diese Wahl „ausschließlich der Wille der Eltern maßgeblich“⁶⁸.

Weder der Wortlaut des § 24 Abs. 1 SGB VIII⁶⁹ noch die Gesetzesmaterialien sind auf den ersten Blick eindeutig. Die Materialien lassen einerseits erkennen, dass den Wünschen der Familien großes Gewicht beigemessen werden sollte,⁷⁰ andererseits sollte der Kindertagespflege aber auch aus wirtschaftlichen Gründen Gleichrangigkeit zukommen.⁷¹

Daraus ist zu folgern, dass überall dort, wo in beiden Betreuungsformen in geeigneter und zumutbarer Weise ein Platz zur Verfügung steht, die Wahl der Eltern ausschlaggebend ist, grundsätzlich also das Wahlrecht auch in Bezug auf die Betreuungsform gilt. Steht nur eine der Betreuungsformen zur Verfügung, so folgt allein aus der Gleichrangigkeit nach dem Gesetz noch nicht, dass der Jugendhilfsträger durch das Angebot dieser Betreuungsform den Anspruch erfüllt. Angesichts der Bedeutung, die das Gesetz in den §§ 3, 4 und 5 SGB VIII der Wahlmöglichkeit der Leistungsberechtigten zumisst, bestimmt sich die Gleichrangigkeit prinzipiell auch nach der Wertung der Eltern, aus deren Sicht die Betreuung durch jede Tagespflegeperson der Förderung in

zum SGB VIII, 7. Aufl. 2013, § 5 Rn. 11 f. *Münders* Ausführungen sind insoweit missverständlich, als er das Wunsch- und Wahlrecht einerseits (Rn. 11) auf vorhandene Einrichtungen und Angebote begrenzt, andererseits (Rn. 12) als weder durch Haushaltsaspekte noch durch Planungsentscheidungen des öffentlichen Trägers begrenzt bezeichnet.

66 OVG NRW, Beschl. v. 14.8.2013 – 12 B 793/13 – Juris, Rn. 8; *Schübel-Pfister*, I. (Anm. 6), S. 389.

67 *Schübel-Pfister*, I. (Anm. 6), S. 389.

68 VG Köln, Beschl. v. 18.7.2013 – 19 L 877/13 – Juris, Rn. 17, 18; *Lakies*, Th. (Anm. 32), § 24 Rn. 67; *Riehle*, E., Einige Anmerkungen zum Rechtsanspruch auf einen Kita-Platz für zwei- und dreijährige Kinder, ZKJ 2013, S. 341 (341, 344); *Mayer*, K.-G. (Anm. 10), S. 350.

69 So auch VG Köln, Beschl. v. 18.7.2013 – 19 L 877/13 – Juris, Rn. 15.

70 So hat die seinerzeit zuständige Ressortministerin bei der Zweiten Lesung des Entwurfs ausgeführt: „Wir wollen (...) eine echte Wahlfreiheit für die Eltern herstellen. (...) Sie sollen selbst organisieren, wie sie den Alltag mit Kindern leben, ob zu Hause, (...) in einer Krippe oder der Kindertagespflege. (...) Das liegt allein im Ermessen der Eltern.“ (BT-Pl.Pr. 16/180, S. 19236 (D)). Im gleichen Sinn heißt es in der Begründung des Tagesbetreuungsausbaugesetzes, Tageseinrichtungen und Kindertagespflege bildeten ein „Netz (...), aus dem Eltern die für sie und ihr Kind passende Betreuungsform aussuchen“ (BT-Drs. 15/3676, S. 31). Auch wiedergegeben bei: *Rixen*, St. (Anm. 18), S. 2844.

71 So heißt es in der Gesetzesbegründung der Fraktionen von CDU und SPD, der Qualifizierung der Kindertagespflege komme besondere Bedeutung zu, weil gerade in ländlichen Bezirken aus wirtschaftlichen Gründen der Betrieb einer Tageseinrichtung oft nicht sinnvoll sei (BT-Drs. 16/9299, S. 1).

der Tageseinrichtung nicht gleichwertig sein muss. Da das Wahlrecht aber generell nur zur Geltung kommt, wenn die bevorzugte Betreuungsform auch verfügbar ist, kommt es bei Nichtverfügbarkeit einer der beiden Formen auf die Präferenz der Eltern nicht an. Der Träger der öffentlichen Jugendhilfe erfüllt den Anspruch des Leistungsberechtigten dann durch das Angebot der zur Verfügung stehenden Form.⁷²

5.4.2 Das Wunschrecht nach § 5 Abs. 1 SGB VIII

Das Wunschrecht nach § 5 Abs. 1 SGB VIII betrifft, wie schon der Wortlaut deutlich macht, nur die Modalitäten der frühkindlichen Förderung in der Einrichtung, in der dem Kind ein Platz verschafft wurde.⁷³ Die Modalitäten betreffen in der Regel die spezifischen Besonderheiten, die freie Träger bieten können. Um sie den Leistungsberechtigten zugänglich machen zu können, muss sie der Träger der öffentlichen Jugendhilfe bereits zum Gegenstand der Leistungssicherungsvereinbarungen gemacht haben.

Damit möglicherweise verbundene Mehrkosten sind grundsätzlich Teil der durch den Träger der öffentlichen Jugendhilfe nach § 74 SGB VIII und den ergänzenden landesrechtlichen Vorschriften zu fördernden Kosten. Den Wünschen soll nach § 5 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII aber nur insofern entsprochen werden, als dies nicht mit unverhältnismäßigen Mehrkosten verbunden ist. Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Mehrkosten, ein gerichtlich voll nachprüfbarer unbestimmter Rechtsbegriff, ist von den durchschnittlichen Kosten auszugehen, die bei Betreuung und Förderung eines Kindes unter drei Jahren in der gewählten Einrichtung entstanden wären, ohne dass der Wunsch geäußert worden wäre. Auch sind nur die Kosten zugrunde zu legen, die der Träger der öffentlichen Jugendhilfe übernehmen muss.⁷⁴

5.5 Zeitlicher Umfang der täglichen Förderung und Erreichbarkeit der Einrichtung

Nach §§ 22, 22a, 23 und 24 Abs. 2 SGB VIII muss die Förderung der Kinder vom vollendeten ersten bis dritten Lebensjahr nicht nur inhaltlich-qualitativen Anforderungen genügen, sie muss sich auch, so § 22a Abs. 3 SGB VIII, „organisatorisch an den Bedürfnissen der Kinder und ihrer Familien orientieren“. Sie soll nach § 22 Abs. 2 Nr. 3 SGB VIII den Eltern helfen, Kindererziehung und Erwerbstätigkeit besser miteinander vereinbaren zu können.

72 Ebenso *Meysen, Th.* (Anm. 34), S. 413 f. A. A.: *Mayer; K.-G.* (Anm. 10), S. 350: Das Kind brauche sich nicht auf die andere Einrichtungart verweisen lassen, wenn die gewählte nicht zur Verfügung stehe.

73 *Oehlmann-Austermann, A.*, Rechtsanspruch auf Kindergartenplatz vor der Haustür – oder was ?, *ZfJ* 1996, S. 7 (8); *Kern, Ch.* (Anm. 18), § 5 Rn. 6; *Wiesner, R.* (Anm. 21), § 5 Rn. 3, 7a, 8.

74 BVerwG, Urt. v. 11.2.1982 – 5 C 85/80 – BVerwGE 65, 52 (56); VG Darmstadt, Urt. v. 16.4.2010 – 5 K 550/08.DA – Juris, Rn. 40 (20% über dem Durchschnittswert der ortsüblichen Kosten); *Kern, Ch.* (Anm. 18), § 5 Rn. 22; *Wiesner, R.* (Anm. 21), Rn. 11c, 12. Näher zur Ermittlung der Mehrkosten und zur Frage ihrer Unverhältnismäßigkeit: *Münder, J.* (Anm. 65), § 5 Rn. 15 f., 24; aus dem älteren Schrifttum zu § 3 Abs. 2 BSHG a. F.: *Neumann, V.*, Leistungserbringungsverträge im Einrichtungsbereich der Sozialhilfe, *RsDE* 33 (1996) S. 124, insbesondere zu Mehrkosten durch Betreuung in nicht geförderten Einrichtungen und zur Frage der Kostenermittlung (S. 145). Die Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände hat sich schon 2010 dafür ausgesprochen, das Wort „Mehrkosten“ durch das Wort „Kosten“ zu ersetzen. Wiedergegeben nach *Kern, Ch.* (Anm. 18), § 5 Rn. 21.

5.5.1 Bedarfsgerechte Öffnungszeiten

§ 24 Abs. 3 SGB VIII, der in Satz 1 Kindern über drei Jahre einen Rechtsanspruch auf Förderung in einer Tageseinrichtung gibt, verpflichtet in Satz 2 den Träger der öffentlichen Jugendhilfe, darauf hinzuwirken, dass für diese Altersgruppe ein bedarfsgerechtes Angebot an Ganztagsplätzen zur Verfügung steht. Daraus folgt, dass mit dem Rechtsanspruch auf Förderung in einer Tageseinrichtung nicht schon per se ein Anspruch auf Ganztägigkeit der Förderung gegeben ist.⁷⁵ Wenn schon Kinder über drei Jahre keinen Rechtsanspruch auf ganztägige Förderung haben, gilt dies erst recht für Kinder unter drei Jahre, für die erfahrungsgemäß seltener eine Ganztagsbetreuung gewünscht wird.⁷⁶ Da sich andererseits nach § 24 Abs. 2 Satz 3 i. V. m. § 24 Abs. 1 Satz 3 SGB VIII der Umfang der täglichen Förderung nach dem individuellen Bedarf zu richten hat, muss der Jugendhilfeträger dafür sorgen, dass auch Kinder unter drei Jahre auf Wunsch im Einzelfall ganztägig betreut werden können.⁷⁷ Im Übrigen muss jede Tageseinrichtung, wenn sie Kindererziehung und Erwerbstätigkeit der Eltern erleichtern soll, mindestens sechs Stunden täglich unter Einschluss der Mittagsmahlzeit geöffnet sein.⁷⁸ Die Kindertagespflege kann in der Regel flexibler auf Wünsche der Eltern eingehen.

5.5.2 Erreichbarkeit der Einrichtung

Um die Vereinbarkeit von Kindererziehung und Erwerbstätigkeit von Eltern zu erleichtern, müssen Tageseinrichtungen und Kindertagespflege zumutbar erreichbar sein. Davon geht auch das Gesetz aus, wenn es in § 24 Abs. 5 SGB VIII dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe zur Pflicht macht, die Eltern über das Platzangebot „im örtlichen Einzugsbereich“ zu informieren und in § 80 Abs. 2 Nr. 1 SGB VIII verlangt, Einrichtungen und Dienste so zu planen, dass Kontakte in der Familie und im sozialen Umfeld erhalten und gepflegt werden können.⁷⁹ Bei der Beurteilung der Zumutbarkeit sind das Kind und der Elternteil, der es befördert, zu berücksichtigen. Die Kommunalen Spitzenverbände und die Landesjugendämter in NRW gehen in ihrem „Gemeinsamen Papier zum Rechtsanspruch für Kinder vom vollendeten 1. bis 3. Lebensjahr“ von einer zumutbaren Entfernung von fünf Kilometern im städtischen Raum aus, die im ländlichen Raum geringfügig größer sein dürfe.⁸⁰ Der Zeitaufwand sollte zwanzig bis dreißig Minuten nicht überschreiten.⁸¹ Letztlich kommt es für die Zumutbarkeit von Weg und Zeit auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an.⁸²

75 VG Stuttgart, Beschl. v. 16.9.2013 – 7 K 3093/13 – Juris, Rn. 9; *Fischer, L.* (Anm. 10), § 24 Rn. 12; *Lakies, Th.* (Anm. 32), § 24 Rn. 18; *Riehle, E.* (Anm. 68), S. 342.

76 *Schübel-Pfister, I.* (Anm. 6), S. 389.

77 VG Köln, Beschl. v. 18.7.2013 – 19 L 877/13 – Juris, Rn. 2; *Schübel-Pfister, I.* (Anm. 6), S. 389; *Fischer, L.* (Anm. 11), § 24 Rn. 43; *Riehle, E.* (Anm. 68), S. 343.

78 *Fischer, L.* (Anm. 10), § 24 Rn. 12; *Struck, J.* (Anm. 17), § 24 Rn. 1; *Lakies, Th.* (Anm. 32), § 24 Rn. 17.

79 VG Köln, Beschl. v. 18.7.2013 – 19 L 877/13 – Juris, Rn. 8.

80 Gemeinsames Papier der kommunalen Spitzenverbände und der Landesjugendämter in NRW zum Rechtsanspruch für Kinder vom vollendeten 1. bis 3. Lebensjahr, 2013, abrufbar unter: <https://dom.lvr.de>; so auch VG Köln, Beschl. v. 18.7.2013 – 19 L 877/13 – Juris, Rn. 10. Das VG Göttingen, Beschl. v. 21.8.1998 – 2 B 2297/98 – NVwZ-RR 1999, S. 130 (131), hält einen 10 km entfernten Kindergarten für 4 bis 6 Jährige auch im ländlichen Raum für unzumutbar; ebenso *Oehlmann-Austermann A., ZfJ* 1996, 7 (9), für 4-Jährige. VG Frankfurt, Beschl. v. 30.8.2013 – 7 L 2889/13 F – Juris, Pressemitteilung, hält einen 30-minütigen Weg im öffentlichen Nahverkehr mit einmaligem Umsteigen für ein 1½-jähriges Kind und seine Mutter für zumutbar. Ausführlich zur Frage der Erreichbarkeit: *Lakies, Th.* (Anm. 32), § 24 Rn. 21.

81 *Schübel-Pfister, I.* (Anm. 6), S. 389.

82 So auch OVG NRW, Beschl. v. 14.8.2013 – 12 B 793/13 – Juris, Rn. 17.

6 Nichterfüllung des Verschaffungsanspruchs

Auch wenn Bund, Länder und Kommunen seit 2007 große Anstrengungen unternommen haben, konnten die Träger der öffentlichen Jugendhilfe nicht allen Kindern im Alter von einem bis drei Jahren zum 1.8.2013 einen Betreuungsplatz verschaffen. Selbst wenn in näherer Zeit bundesweit Plätze in ausreichender Zahl zur Verfügung stehen sollten, wird es aller Voraussicht nach weiterhin Städte und Regionen geben, in denen das Angebot die Nachfrage nicht voll befriedigen kann.

Da der dargestellte Anspruch des Kindes auf Förderung in einer Tageseinrichtung oder in Kindertagespflege jedoch an eine begrenzte Altersspanne gebunden ist, wird seine Erfüllung beginnend mit der unteren Grenze der Altersspanne mit Zeitablauf entweder vorübergehend bis zur Verschaffung eines Platzes oder endgültig und vollständig unrealisierbar, wenn bis zum Ablauf der Altersspanne keine Zuweisung erfolgt.⁸³ Aufgrund der Unbedingtheit des Anspruchs aus § 24 Abs. 2 SGB VIII fragt sich, ob der primär auf Verschaffung eines Betreuungsplatzes gerichtete Anspruch sich für den Zeitraum, in dem die Altersspanne ohne Zuweisung eines Betreuungsplatzes abgelaufen ist, in einen sekundären Anspruch auf eine Ersatzleistung, hier auf Übernahme der Kosten für einen selbstbeschafften Betreuungsplatz oder auf Schadensersatz, wandelt.⁸⁴ Im Wesentlichen geht es entweder um die Erstattung von Fremdbetreuungskosten bei Selbstbeschaffung eines Betreuungsplatzes oder um Ersatz für den Verdienstausschlag bei Betreuung durch einen für diese Zeit nicht berufstätigen Elternteil.

7 Ersatzansprüche bei Nichterfüllung des Anspruchs auf frühkindliche Förderung

7.1 Sozial- und jugendhilferechtlicher Kostenübernahmeanspruch

§ 36a Abs. 3 SGB VIII verpflichtet den Träger der öffentlichen Jugendhilfe in Bezug auf die im Vierten Abschnitt des Zweiten Kapitels des Gesetzes geregelten Leistungen, dem Leistungsberechtigten abweichend vom Regelfall, in dem die Hilfe nur aufgrund einer Entscheidung des Jugendhilfeträgers und nach Maßgabe eines Hilfeplans gewährt wird, die erforderlichen Aufwendungen für eine Selbstbeschaffung der Hilfe auch ohne vorherige Entscheidung des Jugendhilfeträgers und ohne Erstellung eines Hilfeplans zu erstatten. Voraussetzung für den Erstattungsanspruch ist, dass die Voraussetzungen für die Gewährung der beschafften Hilfe vorlagen, der Leistungsberechtigte den Jugendhilfeträger vorab über den Hilfebedarf informiert hatte und die Inanspruchnahme der Hilfe keinen Aufschub bis zu einer Entscheidung des Jugendhilfeträgers oder bis zu einer Entscheidung über ein Rechtsmittel gegen eine zu Unrecht abgelehnte Leistung duldete.

§ 36a Abs. 3 SGB VIII gilt unmittelbar nur für die Leistungen nach dem Vierten Abschnitt, für die Hilfe zur Erziehung und die Eingliederungshilfe. Das Bundesverwaltungsgericht wendet die

83 VG Köln, Beschl. v. 18.7.2013 – 19 L 877/13 – Juris, Rn. 20; VG Mainz, Urt. v. 10.5.2012 – 1 K 981/11.MZ – Juris, Rn. 30; *Rixen*, St. (Anm. 17), S. 2841; *Schübler-Pfister*, I. (Anm. 6), S. 390.

84 So OVG Rheinl.-Pfalz, Urt. v. 25.10.2012 – 7 A 10671/12 – Juris, Rn. 33; VG Mainz, Urt. v. 10.5.2012 – 1 K 981/11 MZ – Juris, Rn. 21 f; *Mayer*; *K.-G.* (Anm. 10), S. 365; *Meysen*, Th., in: *Münder*; *J./Meysen*, Th./*Trenscek*, Th., Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, 7. Aufl. 2013, § 36a Rn. 4 f.

Regelung entsprechend auch bei der Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und Kinder-tagespflege nach dem Dritten Abschnitt des Zweiten Kapitels des SGB VIII an.⁸⁵

Danach ist ein Anspruch auf Erstattung der Kosten für den selbstbeschafften Betreuungsplatz gegeben, wenn das Kind ein bis drei Jahre alt war, der Antrag auf Beschaffung eines Platzes rechtzeitig⁸⁶ beim Jugendamt gestellt wurde, das Jugendamt bis zum Beginn des Bedarfs keinen Platz vermitteln konnte und die Beschaffung des Platzes keinen Aufschub duldete. Dafür reicht aus, dass beide Elternteile zur fraglichen Zeit berufstätig waren.⁸⁷

Schon bevor § 36a im Jahr 2005 in seiner heutigen Fassung in das SGB VIII eingefügt wurde, hatte das Bundesverwaltungsgericht in ständiger Rechtsprechung dem Sozial- und Jugendhilfe-recht für solche Fälle, in denen das Gesetz – so wie hier § 24 Abs. 2 SGB VIII – einen subjektiven Anspruch auf Gewährung von Hilfe einräumt, einen Anspruch auf Übernahme der Kosten selbstbeschaffter Leistungen der Sozial- oder Jugendhilfe entnommen, auch wenn der Träger der öffentlichen Jugendhilfe über diese noch nicht entschieden hatte oder sie nicht verschaffen konnte, die Voraussetzungen für die Hilfeleistung aber vorlagen und diese keinen Aufschub duldete.⁸⁸ In späteren Entscheidungen hat das Bundesverwaltungsgericht die Voraussetzungen des Kostenübernahmeanspruchs dahin präzisiert, dass der Leistungsberechtigte vor der Selbstbeschaffung einen Antrag auf Gewährung der Hilfe beim Träger der Jugendhilfe gestellt, diesen zumindest von dem Hilfebedarf in Kenntnis gesetzt haben muss.⁸⁹ Die gesetzliche Grundlage des Kostenübernahmeanspruchs sah das Bundesverwaltungsgericht letztlich in der den Primäranspruch begründenden gesetzlichen Regelung.⁹⁰ Dies zeigt die Feststellung, dass in den Fällen einer Selbstbeschaffung „der Anspruch auf die Hilfe sich nicht in der Weise erledigt, dass nunmehr keinerlei Verpflichtungen des Jugendamtes mehr bestünden. Lagen die gesetzlichen Voraussetzungen für die Gewährung öffentlicher Jugendhilfe vor, kann und muss der Jugendhilfeträger vielmehr noch nachträglich diese Hilfe leisten, indem er die Kosten der bereits durchgeführten Maßnahmen über-

85 BVerwG, Urt. v. 12.9.2013 – 5 C 35/12 –. Bis zum Abschluss dieses Beitrags lag nur die Pressemitteilung des Gerichts vom 12. 9. 2013, Nr. 66/2013, vor (zuletzt abgefragt am 6.12.2013).

86 Das Gemeinsame Papier der kommunalen Spitzenverbände und der Landesjugendämter in NRW zum Rechtsanspruch für Kinder vom vollendeten 1. bis 3. Lebensjahr (Anm. 80) hält mindestens drei, besser sechs Monate für angemessen.

87 OVG Rheinl.-Pfalz, Urt. v. 25.10.2021 – 7 A 10671/12 – Juris, Rn. 39.

88 BVerwG, Beschl. v. 25.8.1987 – 5 B 50/87 – FEVS 37, 133-138 = Juris Rn. 5: „der Senat hat seiner bisherigen Rechtsprechung sowohl zum Jugendhilferecht (vgl. BVerwGE 74, 206) als auch zum Sozialhilferecht (vgl.: BVerwGE 35, 287; 70, 121) (...) stets zugrundegelegt, dass der Jugendhilfe- oder der Sozialhilfeträger zur Übernahme der Kosten bereits durchgeführter Hilfsmaßnahmen verpflichtet sein kann. (...) Zwar sind die Jugendämter in erster Linie gehalten, die erforderliche Hilfe (...) originär zu gewähren. Geschieht dies jedoch nicht und wird dem Minderjährigen die notwendige (...) Hilfe anderweitig zuteil, (...) hat sich damit der Anspruch auf (...) Hilfe nicht in der Weise erledigt, dass nunmehr keinerlei Verpflichtungen des Jugendamtes mehr bestünden. Lagen die gesetzlichen Voraussetzungen für die Gewährung öffentlicher Jugendhilfe vor, kann und muss der Jugendhilfeträger vielmehr noch nachträglich diese Hilfe leisten, indem er die Kosten der bereits durchgeführten Maßnahmen übernimmt. (...) D)er Anspruch auf die Übernahme bereits durchgeführter Hilfe ist in derselben Weise vom Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen abhängig wie die primäre Verpflichtung des Jugendamtes, erzieherische Jugendhilfe als «Sachleistung» zu gewähren.“

89 BVerwG, Urt. v. 28.9.2000 – 5 C 29/99 – BVerwGE 112, 98 (105). Von dem vom BSG entwickelten sozialrechtlichen Herstellungsanspruch unterscheidet sich der vom BVerwG für das Sozial- und Jugendhilferecht entwickelte Kostenübernahmeanspruch schon durch den Anspruchsinhalt. Er ist darauf gerichtet, in Fällen von Pflichtverletzungen eines Sozialleistungsträgers denjenigen Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn die Pflicht aus dem Sozialleistungs-Rechtsverhältnis ordnungsgemäß erfüllt worden wäre. BSG, Urt. v. 12.10.1979 – 12 RK 47/77 – BSGE 49, 76 (79).

90 So auch *Meysen*, Th. (Anm. 84), § 36a Rn. 4: Der Primäranspruch wandle sich in einen Sekundäranspruch auf Kostenerstattung.

nimmt.⁹¹ Wie das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz⁹² überzeugend darstellt, entwickelte das Bundesverwaltungsgericht mit diesem Kostenübernahmeanspruch „den Gedanken der Folgenbeseitigung in bereicherspezifischer Weise“ mittels einer Rechtsanalogie aus sozial- und jugendhilferechtlichen Grundsätzen weiter. Diesem Ansatz folgte das Oberverwaltungsgericht.⁹³ Das Bundesverwaltungsgericht selbst zieht nun im Urteil vom 12.9.2013 § 36a Abs. 3 SGB VIII analog heran und gibt damit – nach Inkrafttreten des § 36a Abs. 3 SGB VIII – der Gesetzesanalogie den Vorrang vor der Rechtsanalogie.⁹⁴

Gegen eine analoge Anwendung der Vorschrift sprechen sowohl ihre systematische Stellung in dem Unterabschnitt „Gemeinsame Vorschriften für die Hilfe zur Erziehung und die Eingliederungshilfe“ als auch ihre Entstehungsgeschichte. Der Gesetzgeber reagierte mit der Normierung auf eine partielle Fehlentwicklung speziell bei der Erziehungs- und Eingliederungshilfe. Gerade dieser sollte begegnet werden.⁹⁵ Es war aber nicht beabsichtigt, den in der Rechtsprechung zu sozial- und jugendhilferechtlichen Leistungen allgemein entwickelten Kostenübernahmeanspruch in Bezug auf alle übrigen im SGB VIII geregelten Leistungen auszuschließen.⁹⁶ Für eine analoge Anwendung des § 36a Abs. 3 SGB VIII spricht aber, dass die Interessenlagen bei der Selbstbeschaffung einer beantragten Erziehungshilfe nach dem Vierten Abschnitt und der frühkindlichen Förderung nach dem Dritten Abschnitt des Gesetzes gleich sind und beide Anspruchsgrundlagen sich in den Voraussetzungen und dem Inhalt des Anspruchs weitgehend decken. Bei der Normierung des § 36a Abs. 3 SGB VIII orientierte sich der Gesetzgeber an dem richterrechtlich entwickelten Kostenübernahmeanspruch. Die Vorschrift ist nichts anderes als die gesetzliche Formulierung des bereits zuvor von der Rechtsprechung entwickelten, auch ohne ausdrückliche Normierung anerkannten Rechtsanspruchs.⁹⁷ Angesichts dessen dürfte sich die analoge Anwendung des § 36a Abs. 3 SGB VIII, nachdem sich inzwischen auch das Bundesverwaltungsgericht dafür entschieden hat, zur Begründung des Kostenübernahmeanspruchs trotz rechtsdogmatischer Einwände durchsetzen.

Der Anspruch auf Kostenübernahme – sei es nach § 36a Abs. 3 SGB VIII analog, sei es in Anwendung der richterrechtlich entwickelten Grundsätze – umfasst nur die tatsächlich gemachten Aufwendungen für die Beschaffung eines Betreuungsplatzes. Dabei müssen sich die Eltern einen etwa eingesparten Elternbeitrag nach § 90 SGB VIII anrechnen lassen. Nicht zu den übernahmefähigen Aufwendungen gehört der Verdienstaussfall eines die Betreuung des eigenen Kindes selbst übernehmenden Elternteils. Der Verdienstaussfall ist keine Aufwendung für eine in Anspruch genommene fremde Hilfe.

91 Siehe Anm. 88. Ebenso *Mayer, K.-G.* (Anm. 10), S. 372.

92 OVG Rheinl.-Pfalz, Ur. v. 25.10.2012 – 7 A 10671/12 – Juris Rn. 25.

93 In erster Instanz hatte das VG Mainz (Ur. v. 10.5.2012 – I K 981/11 MZ – Juris) dem Anspruch auf Erstattung der Kosten für die selbstbeschaffte Betreuung auf der Grundlage des allgemeinen Folgenbeseitigungsanspruchs in Form des Folgenbeseitigungsentschädigungsanspruchs stattgegeben. Dabei bezieht es sich auf Rechtsprechung des BVerwG, die – über den anerkannten Anspruch auf Folgenbeseitigung (BVerwG, Ur. v. 19.7.1984 – 3 C 81/82 – BVerwGE 69, 366 <370 f>) hinaus – für den Fall, dass die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands unmöglich ist, nicht ausschließt, dass an die Stelle des Restitutionsanspruchs ein Geldanspruch tritt (BVerwG, Ur. v. 14.4.1989 – 4 C 34/88 – BVerwGE 82, 24 <28>).

94 Für eine analoge Anwendung des § 36a Abs. 3 SGB VIII auch: *Meysen, Th.* (Anm. 84), § 36a Rn. 5, 6; *Fischer, L.* (Anm. 10), § 24 Rn. 28; *Rixen, St.* (Anm. 17), S. 2843; *Mayer, K.-G.* (Anm. 10), S. 371; dagegen: *Pauly, W./Beutel, H.* (Anm. 34), S. 448.

95 OVG Rheinl.-Pf., Ur. v. 25.10.2012 – 7 A 10671/12 – Juris, Rn. 28; *Meysen, Th.* (Anm. 84), § 36a Rn. 2.

96 OVG Rheinl.-Pf., Ur. v. 25.10.2012 – 7 A 10671/12 – Juris, Rn. 31, 32; *Meysen, Th.* (Anm. 84), § 36a Rn. 5 f.

97 Ausführlich: OVG Rheinl.-Pf., Ur. v. 25.10.2012 – 7 A 10671/12 – Juris, Rn. 28, 29; *Meysen, Th.* (Anm. 84), § 36a Rn. 4 f., 39, 44.

7.2 Kostenübernahmeanspruch nach § 25 SGB VIII

Nach § 25 SGB VIII sollen Mütter, Väter und andere Erziehungsberechtigte, die die Förderung von Kindern selbst organisieren wollen, beraten und unterstützt werden. Die Vorschrift konkretisiert für die frühkindliche Förderung den in § 4 Abs. 3 SGB VIII normierten Auftrag an die Träger der öffentlichen Jugendhilfe, neben den anerkannten Trägern der freien Jugendhilfe auch die verschiedenen Formen der Selbsthilfe zu stärken.⁹⁸ Mit der seit 1991 unverändert gebliebenen Vorschrift reagierte der Gesetzgeber auf die schlechte Versorgung mit Betreuungsplätzen in den alten Bundesländern. Diese hatte die Bildung zahlreicher Elterninitiativen zur Folge, die in Selbsthilfe verschiedene Formen organisierter frühkindlicher Förderung entwickelten.⁹⁹ Die Vorschrift verpflichtet in Form einer Soll-Vorschrift den Träger der öffentlichen Jugendhilfe, Selbstinitiativen von Eltern und anderen Erziehungsberechtigten – die Eltern und andere Erziehungsberechtigten also nicht isoliert als solche, sondern als Mitglieder oder Mit-Organisatoren einer Initiative – unter nicht näher bestimmten Voraussetzungen zu unterstützen. Einen individuellen Anspruch gewährt sie nicht.¹⁰⁰ Das ergibt sich nicht nur aus dem Charakter als Soll-Vorschrift und dem Fehlen einer näheren Regelung zu Anspruchsvoraussetzungen und Rechtsfolgen, sondern auch aus dem Wortlaut des § 4 Abs. 3 SGB VIII, der als Adressaten einer etwaigen Beratung und Förderung nur die „verschiedenen Formen der Selbsthilfe“ nennt.

Seit Einführung des Rechtsanspruchs auf frühkindliche Förderung in Tageseinrichtungen und Kindertagespflege hat die Vorschrift nur noch Bedeutung für das Verhältnis zwischen den in irgendeiner Weise organisierten Selbstinitiativen, soweit sie (noch) nicht den qualitativen und organisatorischen Anforderungen der §§ 22 ff. SGB VIII genügen, und dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe. Das Verhältnis des einzelnen Kindes und seiner Eltern zum Jugendhilfeträger bestimmt sich nach § 24 Abs. 2 SGB VIII und nach etwaigen Regelungen über Ersatzansprüche für den Fall einer Nichterfüllung des Anspruchs aus dieser Vorschrift.¹⁰¹

7.3 Schadensersatzanspruch nach § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG

Folgt man der hier vertretenen Auffassung, dass nach § 24 Abs. 2 SGB VIII ein Verschaffungsanspruch des ein bis drei Jahre alten Kindes besteht, der nötigenfalls auch einen Anspruch auf Kapazitätserweiterung beinhaltet, kommt auch ein vor dem Landgericht geltend zu machender Schadensersatzanspruch nach Amtshaftungsgrundsätzen in Betracht.¹⁰²

Die Bereitstellung eines Betreuungsplatzes durch den Träger der öffentlichen Jugendhilfe erfolgt in Wahrnehmung eines öffentlichen Amtes nach den §§ 24 Abs. 2, 26 SGB VIII i. V. m. den zuständigkeitsbegründenden landesrechtlichen Vorschriften.¹⁰³ Wegen der unbedingten Verpflichtung, dem Kind einen geeigneten und zumutbaren Betreuungsplatz zu verschaffen, verletzt die Nichterfüllung eine Amtspflicht. Dies geschieht auch in Ausübung, nicht nur gelegentlich der Amtsausführung. Die verletzte Amtspflicht ist dazu bestimmt, den Interessen des Kindes zu dienen. Sie soll sein Recht auf Förderung in einer Tageseinrichtung oder in Kindertagespflege durch-

98 Fischer, L. (Anm. 10), § 25 Rn. 1; Struck, J. (Anm. 17), § 25 Rn. 1.

99 Dazu: Fischer, L. (Anm. 10), § 25 Rn. 1; Lakies, Th. (Anm. 32), § 25 Rn. 1; Struck, J. (Anm. 17), § 25 Rn. 2.

100 Fischer, L. (Anm. 10), § 25 Rn. 4; Lakies, Th. (Anm. 32), § 25 Rn. 3.

101 Lakies, Th. (Anm. 32), § 25 Rn. 1.

102 So auch Pauly, W./Beutel, H. (Anm. 34), S. 450; Lakies, Th. (Anm. 32), § 24 Rn. 27.

103 In NRW z. B. durch § 1a AG-KJHG NRW vom 12.12.1990 (GV NRW S. 664), zuletzt geändert durch Art. 4 des Gesetzes vom 14.2.2012 (GV NRW S. 97).

setzen. Fraglich ist, ob sie auch die Eltern schützen soll, die gegebenenfalls Ersatz ihrer Aufwendungen für eine selbstbeschaffte Fremdbetreuung ihres Kindes oder für den Verdienstausfall eines Elternteils verlangen, der die Betreuung selbst übernommen hat. Für einen Drittschutz der Eltern maßgebend ist der Schutzzweck der verletzten Amtspflicht.¹⁰⁴ Die Zuweisung eines Betreuungsplatzes für das Kind soll nach § 22 Abs. 2 Nr. 3 SGB VIII den Eltern helfen, Kindererziehung und Erwerbstätigkeit besser vereinbaren zu können. Durch die bessere Vereinbarkeit beider Tätigkeiten soll zwar vor allem die Entwicklung des Kindes gefördert werden. Daneben verfolgt die gesetzliche Regelung aber ausweislich der Gesetzesbegründung auch „mehr Geschlechtergerechtigkeit“. Der oft ausgeprägte Wunsch nach einer Erwerbstätigkeit nichterwerbstätiger Mütter werde häufig nur deshalb nicht realisiert, weil geeignete Betreuungsplätze für Kinder fehlten.¹⁰⁵ Die Amtspflicht aus § 24 Abs. 2 SGB VIII dient damit auch einer Erleichterung der Erwerbstätigkeit der Mütter von Kleinkindern und damit der Ermöglichung eines höheren Erwerbseinkommens der Familien. Sie ist auch dazu bestimmt, den durch Mehraufwendungen oder Verdienstausfall eintretenden Schaden zu verhindern. Beide Positionen fallen damit auch in den sachlichen Schutzbereich der Amtspflicht.¹⁰⁶

Der nicht rechtzeitige Nachweis eines Betreuungsplatzes ist wegen Verletzung der Amtspflicht auch rechtswidrig. Ob die verantwortlichen Amtsträger des örtlichen Trägers der öffentlichen Jugendhilfe auch ein Verschulden trifft, hängt von den Umständen des Einzelfalls, insbesondere vom prognostizierten Platzbedarf, der finanziellen Lage des Jugendhilfeträgers sowie den finanziellen Hilfen des Landes und des Bundes ab. Von Bedeutung wird sein, ob die jeweils zuständigen Amtsträger eine rechtzeitige und den zu erwartenden Bedarf berücksichtigende Bedarfsplanung nachweisen können. Zweifelhaft ist, ob allein die seit dem „Krippengipfel“ im Jahr 2007 verstrichene Zeit reicht, um von einem persönlichen Verschulden der Amtsträger zu sprechen.¹⁰⁷

Der Ersatzanspruch aus Amtspflichtverletzung geht in der Regel auf Geldersatz. Der Betroffene ist so zu stellen, als hätte sich der Amtsträger pflichtgemäß verhalten. Abzuziehen sind auch hier etwa eingesparte Elternbeiträge. Wegen der Schadensabwendungspflicht nach § 839 Abs. 3 BGB müssen die Eltern außerdem zuvor versucht haben, den Verschaffungsanspruch im Rahmen eines Verfahrens nach § 123 Abs. 1 VwGO gegen den Träger der öffentlichen Jugendhilfe vor dem zuständigen Verwaltungsgericht durchzusetzen. Ein Verfahren auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes ist trotz der mit einem Erfolg verbundenen Vorwegnahme der Hauptsache zulässig, weil das Warten auf eine Entscheidung im Hauptsacheverfahren wegen des anspruchvernichtenden Zeitablaufs nicht zuzumuten ist.¹⁰⁸

7.4 Aufwendungsersatzanspruch aus öffentlich-rechtlicher Geschäftsführung ohne Auftrag

Gelegentlich wird ein Anspruch auf Kostenersatz für eine selbstbeschaffte Ersatzlösung auf eine öffentlich-rechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag gestützt, die die Eltern des anspruchsberechtigten Kindes für den Träger der öffentlichen Jugendhilfe besorgen.¹⁰⁹

104 *Sprau, H.* in: *Palandt*, BGB, 77. Aufl. 2012, § 839 Rn. 44 f.

105 BT-Drs. 16/9299, S. 10–12.

106 *Sprau, H.* (Anm. 105), § 839 Rn. 44, 77: zu ersetzen ist nur der Schaden, dessen Eintritt durch die Erfüllung der Amtspflicht verhindert werden soll (sachlicher Schutzbereich).

107 So aber *Rixen, St.* (Anm. 17), S. 2843; *Mayer, K.-G.* (Anm. 10), S. 381.

108 So auch VG Köln, Beschl. v. 18.7.2013 – 19 L 7877/13 – Juris, Rn. 20; *Meysen, Th.* (Anm. 34) S. 413.

109 *Georgii, H.* (Anm. 8), S. 690.

Als öffentlich-rechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag wird die Besorgung von Geschäften der öffentlichen Verwaltung durch einen Privaten wegen der damit verbundenen Durchbrechung der gesetzlichen Zuständigkeitsregelungen nur für Notfälle anerkannt, die über die private Sphäre des Handelnden hinaus wichtige Interessen der Allgemeinheit berühren.¹¹⁰ Außerdem fehlt es hier an der weiteren Voraussetzung, dass es sich für einen Geschäftsführer um ein wenigstens überwiegend fremdes Geschäft handeln muss. Die Betreuung und Erziehung des Kindes ist aber in erster Linie Aufgabe der Eltern (Art. 6 Abs. 2 GG, § 1631 Abs. 1 BGB), bei deren Wahrnehmung die öffentliche Jugendhilfe die Eltern lediglich unterstützen soll.¹¹¹

8 Ausblick

Eine die Nachfrage quantitativ und qualitativ befriedigende Erfüllung des Anspruchs auf frühkindliche Förderung gemäß § 24 Abs. 2 SGB VIII wird den für die öffentliche Jugendhilfe in erster Linie verantwortlichen Kommunen auch künftig Probleme bereiten. Diese resultieren aus der Notwendigkeit und Schwierigkeit einer rechtzeitigen und realistischen Bedarfsermittlung sowie aus den hohen gesetzlichen Anforderungen an die zu leistende Förderung. Auch wenn bundesweit gesehen die Zahl der Betreuungsplätze bald ausreichen dürfte – die demographische Entwicklung wird das erleichtern –, wird es in einzelnen Städten und Regionen immer wieder Engpässe bei den zur Verfügung stehenden Betreuungsplätzen und bei der Zahl gut qualifizierter Betreuer/Innen und Erzieher/Innen geben. Die damit verbundenen Rechtsfragen werden Verwaltung und Gerichte noch länger beschäftigen. Dennoch war die Einführung des Anspruchs auf frühkindliche Förderung für jedes Kind nicht falsch, im Gegenteil. Wäre der schon zuvor bestehenden objektiv-rechtlichen Verpflichtung nicht durch die Einführung des subjektiven Rechts auf frühkindliche Förderung zum 1.8.2013 erst die erforderliche Dringlichkeit gegeben worden, wäre es in den alten Bundesländern noch auf lange Zeit bei der eklatant schlechten Versorgungslage geblieben.

Verf.: Dr. Maria Pottmeyer, LL.M (Cambridge), Richterin¹¹², Verwaltungsgericht Gelsenkirchen, Bahnhofsvorplatz 3, 45879 Gelsenkirchen, E-Mail: maria.pottmeyer@cantab.net.

110 Pauly, W./Beutel, H. (Anm. 34), S. 449; Lakies, Th. (Anm. 32), § 24 Rn. 28.

111 Mayer, K.-G. (Anm. 10), S. 368.

112 Die Verfasserin war bis zum 31.7.2013 Akademische Rätin an der Westfälischen Wilhelms Universität Münster und Leiterin des Freiherr-vom-Stein Instituts, der Wissenschaftlichen Forschungsstelle des Landkreistags NRW. Der Beitrag wurde teilweise während dieser Tätigkeit verfasst.