

## Arbeits- und Sozialrecht

### Ein Kita-Platz für jedes Kind!?

#### Handlungsmöglichkeiten

##### Der Rechtsanspruch

Am 01.08.2013 tritt die Neufassung des § 24 Abs. 2 SGB VIII in Kraft (Gesetzestext siehe Anhang). Ab diesem Zeitpunkt besteht für ein- und zweijährige Kinder bundesweit ein individueller Anspruch auf frühkindliche Förderung in einer Tageseinrichtung oder in Kindertagespflege. „Tageseinrichtungen“ werden landläufig als Kindertagesstätten (Kitas) bezeichnet, mit „Kindertagespflege“ sind Tagesmütter bzw. -väter gemeint.

Für Kinder vor der Vollendung des ersten und ab Vollendung des dritten Lebensjahres bleibt es bei den bisherigen Regelungen (§ 24 Abs. 1, 3 u. 4 SGB VIII): sie haben weiterhin einen bedingten Anspruch auf frühkindliche Förderung.

##### Was ändert sich durch die gesetzliche Neuregelung?<sup>1</sup>

**Bis zum 31.07.2013** kann der Antrag der Eltern<sup>2</sup> von den Trägern der öffentlichen Jugendhilfe (Jugendamt)<sup>3</sup> noch mit den Behauptungen abgelehnt werden, dass die Kommune einen bedarfsgerechten Ausbau ein Kinderbetreuung (noch) nicht erreicht habe, weshalb weder ein Kita-Platz noch eine Tagespflegeperson zur Verfügung stehen oder mit dem gleichen Ergebnis: dass die vorgesehene (fiktive) Quote an Plätzen bereits vergeben sei, weshalb kein Platz mehr vergeben werden könne.

**Ab dem 01.08.2013** haben die Jugendämter nicht nur darauf hinzuwirken, dass ein bedarfsgerechtes Angebot an Ganztagsplätzen zur Verfügung steht und vorzuhalten ist. Die gesetzliche Neuregelung

---

<sup>1</sup> Siehe auch Peter Klenter, „Der neue Rechtsanspruch auf einen Kita-Platz für Ein- und Zweijährige“ in Soziale Sicherheit, Heft 5/2013

<sup>2</sup> Mit Eltern sind hier auch die Alleinerziehenden gemeint, bei denen das Kind seinen Lebensmittelpunkt hat und die deshalb antragsberechtigt sind.

<sup>3</sup> In den meisten Bundesländern sind die Jugendämter Träger der öffentlichen Jugendhilfe, weshalb im Folgenden diese Bezeichnung verwendet wird. In Zweifelsfällen kann bei den Kommunen (z. B. den Bürgerämtern) erfragt werden, wer Träger der öffentlichen Jugendhilfe ist.

---

#### Unser Team

##### Helga Nielebock

Martina Perreng

##### Robert Nazarek

Ralf-Peter Hayen

Torsten Walter

##### Peter Klenter

Leiterin der Abteilung Recht ( V.i.S.d.P)

Referatsleiterin Individualarbeitsrecht

Referatsleiter Sozialrecht (Red.)

Referatsleiter Recht

Referent Rechtsprechung

Referatsleiter Individualarbeitsrecht (Red.)

##### Sekretariat:

Helga Jahn 030 – 24060-265

Michaela Görner 030 – 24060-720

Gabriel Betge 030 – 24060-720

Infos unter: [www.dgb.de/recht](http://www.dgb.de/recht)

Zum **Abbestellen** des NEWSLETTERS senden Sie bitte eine E-Mail mit dem Betreff „NEWSLETTER abbestellen“ an:

[Helga.Jahn@dgb.de](mailto:Helga.Jahn@dgb.de)

zwingt die Jugendämter, einen subjektiven Anspruch auf eine Sozialleistung – den benötigten Kita-Platz bzw. die benötigte Tagespflege – zu erfüllen.

Nach entsprechenden Berechnungen werden ab 01.08.2013 zur Erfüllung des Rechtsanspruchs 780.000 neue Plätze benötigt. Ein ausreichendes Angebot wird daher mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht zur Verfügung stehen.<sup>4</sup> Die Jugendämter werden also nicht jeden Anspruch erfüllen können. Auseinandersetzungen scheinen deshalb absehbar.

### Was können Eltern tun?

Eltern als gesetzliche Vertreter ihrer Kinder, haben folgende Möglichkeiten zur Geltendmachung und Durchsetzung des Anspruchs auf einen Kita-Platz oder eine Tagesmutter bzw. einen Tagesvater.

Grundsätzlich besteht bei Nichterfüllung des Antrages die Möglichkeit der gerichtlichen Durchsetzung des sich aus dem Gesetz ergebenden individuellen Anspruchs auf den Kita-Platz (Primäranspruch) und/oder eines etwaigen Ersatz- oder Schadenersatzanspruchs (Sekundäranspruch), falls die Kinderbetreuung nicht zum beantragten Zeitpunkt zur Verfügung gestellt wird. Nach einer Ablehnung oder bei Untätigkeit ist eine Klage vor dem örtlich zuständigen Verwaltungsgericht gegen das Jugendamt, nicht gegen die Träger der Kitas, die eine Aufnahme des Kindes in die Einrichtung verweigert haben, zu erheben.

Für das Verständnis der nachfolgenden Hinweise ist zu beachten, dass sich diese nur auf die neue Regelung für Kinder **ab Vollendung des ersten bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres** beziehen (§ 24 Abs. 2 SGB VIII). Sie können auch nur allgemeine Grundsätze beinhalten, ohne dass damit Anspruch auf eine abschließende und vollständige Auskunft erhoben wird. Eine Beurteilung des Einzelfalles kann nur anhand der Besonderheiten dieses Einzelfalles mit seinen individuellen Sachverhalten und aufgrund der regionalen Gegebenheiten vor Ort erfolgen. Gerade deshalb ist es für die betroffenen Eltern dringend erforderlich, rechtzeitig eine umfassende **Rechtsberatung** in Anspruch zu nehmen, wenn absehbar ist, dass das Jugendamt die beantragte Leistung nicht zur Verfügung stellen wird. Dies gilt im Besonderen vor einer (kostenverursachenden) Selbstbeschaffung als möglichem Sekundäranspruch.

Die Bewilligung eines Kita-Platzes bzw. einer Tagesmutter / eines Tagesvaters erfordert die **Antragstellung** beim örtlich zuständigen Jugendamt – also dem Jugendamt, in dessen

---

<sup>4</sup> Daten des Statistischen Bundesamtes vom Nov. 2012 (demnach fehlen rd. 220.000 Plätze), der 3. Zwischenbericht zur Evaluation des Kinderförderungsgesetzes der Bundesregierung 2012 und die aktuellen Erhebungen des Deutschen Jugendinstituts ergeben, dass es beim Ausbau starke regionale Unterschiede gibt und der Bedarf insgesamt, vor allem in den Großstädten, höher ausfallen wird.

Einzugsbereich das Kind seinen Wohnsitz hat. Anspruchsinhaber des Primäranspruchs ist das betreffende Kind, dessen Eltern stellen den Antrag im Namen des Kindes.

Das Gesetz (SGB VIII) sieht für diese Antragstellung keinerlei weitere Vorgaben vor, die bei der Beantragung zu berücksichtigen wären<sup>5</sup>. Die Rechtsprechung hatte sich jedoch bereits in der Vergangenheit mehrfach mit dem Anspruch auf einen Kita-Platz für Kinder ab dem vollendeten dritten Lebensjahr bzw. aufgrund länderspezifischer Gesetze zu befassen. Aus dieser Rechtsprechung lassen sich **weitere Vorgaben** entnehmen, die bei der Antragstellung auf jeden Fall beachtet werden sollten, um die Erfolgsaussichten einer ggf. erforderlichen Klage nicht zu schmälern (siehe auch Musterantrag):

## I. Die Antragstellung beim Jugendamt

### a. Die Form und der Zeitpunkt

- Der Antrag kann zwar formlos, sollte aber schriftlich gestellt werden.
- Wesentlich für den Erfolg einer möglichen späteren Auseinandersetzung ist, dass der Träger der Jugendhilfe bereits **sehr frühzeitig**, wenn möglich **vor** der Anspruchsentstehung, über den zukünftigen Bedarf und den Zeitpunkt der Inanspruchnahme **in Kenntnis gesetzt** wird, um seine Planungen und Maßnahmen zu dessen Realisierung danach ausrichten zu können.
- Der Antrag beim Jugendamt auf Zuweisung eines Kita-Platzes oder einer Tagespflege sollte so früh wie möglich gestellt werden – also sobald absehbar ist, dass ein Kita-Platz bzw. eine Tagespflege benötigt wird (siehe <sup>5</sup>).
- Die Antragsstellung sollte bei bekanntem Bedarf bereits vor dem Inkrafttreten der gesetzlichen Regelung am 1. August 2013 gestellt werden. Wichtig ist der Hinweis, dass der Antrag hilfsweise zum 1. August als gestellt anzusehen ist (siehe <sup>5</sup>).
- Unerheblich für die Antragstellung ist, ob das Kind zum Zeitpunkt der Antragstellung bereits das erste Lebensjahr vollendet hat oder nicht. Formal entsteht der Anspruch erst mit Vollendung des ersten Lebensjahres des Kindes. Dies hindert jedoch keineswegs an einer frühzeitigen Antragstellung nach der Geburt des Kindes. Der Antrag kann (und sollte) mehrere Monate vor dem Zeitpunkt gestellt werden, ab dem die Kinderbetreuung beginnen soll (siehe <sup>5</sup>).

---

<sup>5</sup> Zu beachten bleiben spezielle Regelungen der Bundesländer und/oder Kommunen, nach denen Fristen für den Antrag vor Inanspruchnahme gelten. Die Regelungen können sowohl gegenüber dem Jugendamt als auch gegenüber den **Kita- und Tagespflegeanbietern für die Aufnahme des Kindes in die Kita bzw. für die Tagespflege gelten**. Welche speziellen landesrechtlichen Regelungen existieren kann bei den zuständigen Jugendämtern erfragt werden.

- Ist der Beginn der Betreuung für die Eltern planbar, wird dringend empfohlen, den Antrag zum Zeitpunkt der Entscheidung jedoch mindestens vier Monate vor dem beabsichtigten Beginn der Betreuung zu stellen (siehe S. 1 Fn <sup>5</sup>).
- In Fällen kurzfristigen unvorhergesehenen und somit nicht planbaren Bedarfs (z. B. wegen eines kurzfristigen Arbeitsangebots; wegen einer Trennung, durch die ursprüngliche Überlegungen zur Kinderbetreuung nicht mehr umsetzbar sind, usw.), ist der Antrag möglichst unverzüglich – d. h. binnen weniger Tage ab dem Zeitpunkt der Notwendigkeit des Bedarfs – zu stellen. Für diese Konstellation ist die gleichzeitige Inanspruchnahme einstweiligen Rechtsschutzes (sogenannter Eilantrag bei Gericht) anzuraten, damit ein Zögern nicht die für dieses Verfahren notwendige Eilbedürftigkeit entfallen lässt (siehe hierzu unter VII. Besondere Eilbedürftigkeit).
- Der frühzeitige Antrag ist unabhängig vom planbaren oder kurzfristigen Bedarf deshalb besonders wichtig für eine etwaige Inanspruchnahme einstweiligen Rechtsschutzes. Hierfür muss sich die Eilbedürftigkeit aus dem Sachverhalt ergeben. Eine vom Antragsteller durch eigenes Verschulden herbeigeführte Eilbedürftigkeit (z. B. durch unterlassene oder zu späte Information des Jugendamtes über den Bedarf und den Termin) führt zwangsläufig zum Scheitern des Antrages (siehe hierzu unter VII).

#### b. Die Erneuerung des Antrages

- Ein vor Vollendung des ersten Lebensjahres bereits gestellter Antrag sollte mit Vollendung des ersten Lebensjahres erneut gestellt werden, damit der formalen Entstehung des Anspruchs Rechnung getragen wird.
- Auch wenn der Antrag vor dem 1. August 2013 gestellt wurde, sollte er nochmals gestellt werden, um Ablehnungen aus rein formalen Gründen zu vermeiden.

#### c. Der Mindestinhalt des Antrages

- Folgende Angaben sind dem Jugendamt zwingend mitzuteilen:
  - welche Art der Leistung (Kita-Platz **oder** Tagesmutter/-vater) in Anspruch genommen werden soll,
  - der Beginn der Leistung (Zeitpunkt),
  - der zeitliche Umfang (ganztägige Betreuung oder halbtägige Betreuung, bei halbtägiger Betreuung: vormittags oder nachmittags).

- Falls die Eltern von ihrem Recht, zwischen mehreren Einrichtungen mit unterschiedlichen pädagogischen Konzepten zu wählen, Gebrauch machen wollen (§ 5 Abs. 1 i.V.m. § 9 Ziff. 1 SGB VIII), ist dies im Antrag ebenfalls mitzuteilen. Das Wahlrecht der Eltern ist vom Jugendamt zu berücksichtigen, soweit keine unverhältnismäßigen Mehrkosten verursacht werden.

#### d. Ergänzende Hinweise im Antrag

- Das Jugendamt ist mit dem Antrag und jedem weiteren Anschreiben aufzufordern, seine Entscheidung über den Antrag **schriftlich** mitzuteilen.
- Der Antrag sollte den **Hinweis** enthalten, dass vom Jugendamt verlangt wird, bei den Trägern der Kitas darauf hinzuwirken, die Gruppengröße in den bereits bestehenden und in die Auswahl einzubeziehenden Einrichtungen zu erhöhen und die erforderliche Ausnahmegenehmigung beim Jugendamt einzuholen.
- Dem Jugendamt sollte der Hinweis gegeben werden, dass beabsichtigt ist, von der Möglichkeit einer Ersatzbeschaffung (§ 25 SGB VIII) und Geltendmachung der damit verbundenen Kosten Gebrauch zu machen, falls der Anspruch durch das Jugendamt nicht bzw. nicht zu dem gewünschten Termin erfüllt werden kann (§ 36 a SGB VIII). Gleichzeitig sollte um entsprechende Information und Beratung gebeten werden.

## II. Der Antrag beim Träger der Kindertagesstätte oder Tagespflege

- Zur Entkräftung etwaiger Einwände des Jugendamtes, dass ein Platz in einer Kita oder für Tagespflege nicht zur Verfügung steht, empfiehlt es sich dringend, nicht nur einen Antrag beim Jugendamt zu stellen, sondern **gleichzeitig schriftlich bei allen infrage kommenden Kita- und Tagespflegeanbietern formell die Aufnahme des Kindes in die Kita bzw. für die Tagespflege zu beantragen (siehe S. 1 Fn 5)**.
- Im Land Berlin wurde z. B. angekündigt, dass das Land eine zentrale Warteliste für Kita-Plätze einrichten will und die Kitas keine eigenen Wartelisten mehr führen sollen. Überall dort, wo es ähnliche Regelungen gibt, ist bei der zuständigen Stelle, die in den Kommunen (z. B. den Bürgerämtern) zu erfragen ist, der Antrag auf Aufnahme des Kindes in die zentrale Warteliste zu stellen.
- Auch für diesen Antrag gilt, dass er Bedeutung bei der Beurteilung der Eilbedürftigkeit im Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung erlangen kann und daher unbedingt zu empfehlen ist (siehe auch unter VII u. S. 1 Fn 5).

### III. Die Entscheidung des Jugendamtes

Das Jugendamt muss über den Antrag entscheiden. Es kann die beantragte Leistung zu dem Zeitpunkt und in dem beantragten Umfang bewilligen. Es kann aber auch den Antrag insgesamt ablehnen oder die Leistung erst zu einem späteren Zeitpunkt bewilligen oder eine von der beantragten Leistung abweichende Leistung bewilligen.

### IV. Das Widerspruchsverfahren

Im Fall der Ablehnung oder der vom Antrag abweichenden Bewilligung schließt sich an den entsprechenden Bescheid des Jugendamtes in den Bundesländern Baden-Württemberg, Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Hessen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen, Schleswig-Holstein und Thüringen ein verbindliches Widerspruchsverfahren an.

Der Widerspruch ist binnen eines Monats ab Zustellung des Bescheides zu erheben. Zu beachten ist, dass eine gesetzliche Fiktion des Zugangs des Bescheides am dritten Werktag (Mo. bis Sa.), ausgehend vom Datum des Bescheides, gilt. Der Widerspruch muss spätestens am letzten Tag der Frist beim Jugendamt eingegangen sein.

Im Widerspruchsverfahren kann dem Widerspruch stattgegeben und dadurch Abhilfe geschaffen werden. Oder der Widerspruch wird zurückgewiesen, dann schließt sich das Klageverfahren an (siehe V).

In den **oben nicht genannten Bundesländern** ist sofort die Möglichkeit der gerichtlichen Klärung durch Erhebung der Klage eröffnet.

### V. Das Gerichtsverfahren

Entfällt nach einer Ablehnung durch Bescheid Notwendigkeit des Widerspruchsverfahrens (siehe IV) bzw. wurde der Widerspruch durch Widerspruchsbescheid zurückgewiesen, kann der Rechtsanspruch gerichtlich nur gegen das Jugendamt, nicht gegen die Träger der Kitas, die eine Aufnahme des Kindes in die Einrichtung verweigert haben, weiter verfolgt werden.

- Der (Widerspruchs-)Bescheid des Jugendamtes muss eine Rechtsmittelbelehrung enthalten, aus der sich die Frist für die Klageerhebung und das zuständige Verwaltungsgericht ergeben.
- Die Klage ist vor dem örtlich zuständigen Verwaltungsgericht zu erheben (siehe Rechtsmittelbelehrung).
- Die Klagefrist beträgt einen Monat ab Zugang des Widerspruchsbescheides. Zu beachten ist, wie schon zum Widerspruchsverfahren erläutert, dass eine gesetzliche Fiktion des Zugangs des Widerspruchsbescheides am dritten Werktag (Mo. bis Sa.), ausgehend vom Datum des Widerspruchsbescheides, gilt. Die Klage muss spätestens am letzten Tag der Frist beim Verwaltungsgericht eingegangen sein. Die Klagefrist läuft auch, wenn die Ablehnung bereits mehr

als einen Monat vor Vollendung des ersten Lebensjahres des Kindes zugegangen ist und der Anspruch formal noch nicht entstanden ist.

- Findet sich in der schriftlichen Mitteilung des Jugendamtes keine Rechtsmittelbelehrung kann die Klage unabhängig von der Monatsfrist erhoben werden.
- Klägerin oder Kläger ist das Kind, gesetzlich vertreten durch seine Eltern bzw. den Erziehungsberechtigten. Das Kind ist Inhaber des Anspruchs (§ 24 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII: „Ein Kind...“). Dies gilt für den Primär- und Sekundäranspruch.
- In der Rechtsprechung wird die Auffassung vertreten, dass der Sekundäranspruch neben dem Kind auch den Eltern zusteht (OVG Koblenz, Urteil 25.10.2012 -7 A 10671/12, juris). Das OVG führt hierzu aus, dass der gesetzgeberische Zweck der "Betreuung" neben dem Kind zugleich die Sorgeberechtigten begünstige, die insoweit zum Teil von ihren Aufgaben gegenüber dem Kind entlastet werden. Es wäre angesichts der heutigen Lebensverhältnisse und der demografischen Entwicklung lebensfremd anzunehmen, der Rechtsanspruch auf einen Kindergartenplatz diene nicht auch der beruflichen Entfaltung der Eltern und der Vereinbarkeit von beruflicher Betätigung mit der Wahrnehmung der Elternverantwortung in der Familie (aaO., Rn 41). Auch wenn nicht vorhersagbar ist, ob sich diese Auffassung in der Rechtsprechung durchsetzt, kann es sinnvoll sein, dass der Erziehungsberechtigte bzw. die Eltern neben dem Kind als weitere Kläger auftreten.
- Gerichtsgebühren werden für diese Verfahren nicht erhoben (§ 188 VwGO). Kosten fallen jedoch im Fall des Unterliegens im Verfahren für die eigene Rechtsvertretung und die der Gegenseite an (§ 154 Abs. 1 VwGO). Dies gilt auch bei Rücknahme der Klage, des Antrages auf einstweiligen Rechtsschutz etc. (§ 155 Abs. 2 VwGO)

## VI. Die Untätigkeitsklage

Es kann vorkommen, dass der Antrag bzw. der Widerspruch vom Jugendamt gar nicht oder nicht so zügig bearbeitet wird, dass rechtzeitig vor dem Beginn der Leistung ein Bescheid bzw. Widerspruchsbescheid vorliegt.

Sollte sich nach Rückfragen beim Jugendamt, ob und wann mit einer Entscheidung über den Antrag zu rechnen ist, der Eindruck einer nicht termingerechten Entscheidung verdichten, kann eine sogenannte Untätigkeitsklage erhoben werden (§ 75 VwGO). Die Untätigkeitsklage gegen das Jugendamt ist ebenfalls vor dem Verwaltungsgericht zu erheben.

Sie ist zulässig, wenn über den Antrag oder den Widerspruch nach drei Monaten kein Bescheid bzw. kein Widerspruchsbescheid erteilt worden ist. Vor der Erhebung einer Untätigkeitsklage sollte man aus Kostengründen eine Rechtsberatung wahrnehmen.

## VII. Die besondere Eilbedürftigkeit

Üblicherweise wird der Bedarf auf Zuweisung eines Kita-Platzes oder auf Tagespflege für das Kind mit einem konkreten Termin verbunden sein. Wird der Antrag abgelehnt oder erfolgt keine rechtzeitige Entscheidung des Jugendamtes, ist der Termin meist nicht mehr weit. Auch mit einer Klage wird in der Regel bis zum Termin keine Klärung möglich sein. Selbst bei Vorliegen aller Voraussetzungen kann bereits wegen der üblichen Verfahrensdauer nicht mit einer Klärung des Anspruchs zum begehrten Termin gerechnet werden.

Einziger Ausweg zur Anspruchsdurchsetzung des Primäranspruchs ist in dieser Situation die Inanspruchnahme einstweiligen Rechtsschutzes. Dafür bedarf es eines Antrages auf Erlass einer einstweiligen Anordnung.

- Eine Voraussetzung hierfür ist, dass der Rechtsanspruch bereits besteht (Anordnungsanspruch). Der Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz kann bereits vor Vollendung des ersten Lebensjahres gestellt werden. Eine Entscheidung durch das Gericht kann jedoch frühestens am Tag der Vollendung des ersten Lebensjahres getroffen werden.
- Daneben muss die Eilbedürftigkeit gegeben sein (Anordnungsgrund).
- Die Eilbedürftigkeit darf sich ausschließlich aus dem Sachverhalt ergeben. Eine vom Antragsteller durch eigenes Verschulden herbeigeführte Eilbedürftigkeit (z. B. durch unterlassene oder zu späte Information des Jugendamtes über den Bedarf und den Termin) führt zwangsläufig zum Scheitern des Antrages.
- Entsteht der Bedarf unvorhergesehen und kurzfristig – etwa wegen eines nicht vorhersehbaren, kurzfristigen Arbeitsangebotes – kann es sich empfehlen, den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung sofort nach Kenntniserlangung des Arbeitsangebotes zu stellen. Jede schuldhaftige Zeitverzögerung bei der Antragstellung geht im einstweiligen Anordnungsverfahren zu Lasten des Antragstellers bzw. der Antragstellerin.
- Die bereits gegebene Empfehlung, den Antrag auf Zuweisung nicht nur beim Jugendamt zu stellen, sondern gleichzeitig bei allen infrage kommenden Kita-Anbietern formell die Aufnahme des Kindes zu beantragen, kann hier nur wiederholt werden. Eine diesbezügliche Untätigkeit könnte anderenfalls ebenfalls gegen eine Eilbedürftigkeit sprechen.

## VIII. Hinweise zu den Anspruchsarten

### a. Der Primäranspruch

Der sich direkt aus dem Gesetz ergebende Anspruch auf die zu erfüllende Sozialleistung der frühkindlichen Förderung in einer Tageseinrichtung oder in Kindertagespflege ist der sogenannte

Primäranspruch. Nur wenn dieser vom Jugendamt nicht erfüllt wird, können sich Sekundäransprüche ergeben (siehe VIII.b).

Die Klage richtet sich beim Primäranspruch auf die Verpflichtung des Jugendamtes, den Anspruch auf einen Kita-Platz oder Tagespflege zu erfüllen. Klageziel ist die gerichtliche Verpflichtung des Jugendamtes, in einer vom Gericht festgesetzten Frist einen Platz zuzuweisen bzw. zu schaffen.

Folgende Probleme sind aus der Rechtsprechung bekannt:

- Das Gericht kann die Auffassung vertreten, dass ein Platz in einer bestimmten Einrichtung dann nicht beansprucht werden kann, wenn er dort tatsächlich (noch) nicht zur Verfügung steht (so OVG Schleswig, Beschluss v. 1.11.2000 – 2 M 32/00, juris). Nach anderer Auffassung begründet jedoch die Gewährleistungspflicht des Jugendamtes einen Rechtsanspruch, der bei geklärten Vorfragen zur Verpflichtung des Jugendamt durch Zusprechung eines Kita-Platzes und zur Übernahme ungeklärter anteiliger Personalkosten führte (OVG Saarland Urteil v. 16.12.1997 - 8 W 6/97, juris).
- Das Gericht kann das Jugendamt auch verpflichten, den Trägern der Kitas aufzugeben, die Gruppengröße zu erhöhen bzw. diesen die erforderliche Ausnahmegenehmigung hierfür zu erteilen (OVG Lüneburg, Beschluss v. 24.01.2003 - 4 ME 596/02, juris).
- Sollte mit der Klage die Zuweisung eines bestimmten Kita-Platzes begehrt werden, muss es sich, sofern auch andere Kitas im örtlichen Umfeld infrage kommen, nicht um den am nächsten liegenden handeln. Die Kita muss sich jedoch in einem angemessenen Entfernungsbereich befinden. Hierfür kann kein genereller Wert angegeben werden. Die Umstände des Einzelfalls sind dafür maßgeblich, was unter „angemessener Entfernung“ zu verstehen ist. Deutliche Unterschiede ergeben sich hier bereits im städtischen und ländlichen Bereich.
- Die Klage kann sich auf die Verpflichtung zur Zuweisung eines Kita-Platzes oder alternativ eine Tagespflege richten. Ebenso kann sie auf nur eine der beiden Möglichkeiten beschränkt werden. Gibt es keine ausreichenden Plätze in einer Kita, kann es ggf. ausreichend sein, wenn das Jugendamt den Rechtsanspruch durch eine Förderung in Kindertagespflege erfüllt und umgekehrt. Sind für beide Möglichkeiten Kapazitäten vorhanden, dürfte je nach Auslegung der gesetzlichen Regelung durch die Gerichte ein Wahlrecht bestehen.
- Es besteht nach der gesetzlichen Konzeption das Elternrecht, zwischen Einrichtungen und Diensten verschiedener Träger zu wählen und Wünsche zu äußern. Die Leistungsberechtigten sind auf dieses Recht hinzuweisen (§5 SGB VIII). Problematisch könnte sein, dass nach dem Gesetzestext nur innerhalb einer Leistungsart zwischen verschiedenen Trägern gewählt werden kann und es sich bei einem Platz in der Kindertagesstätte und der Tagespflege um zwei verschiedene Leistungsarten eines Trägers handelt.

## b. Der Sekundäranspruch

Nur wenn der primäre Anspruch aus dem Gesetz nicht erfüllt wird, kommt die Geltendmachung sekundärer Ansprüche in Betracht. Aus dem Gesetz ergeben sich keine sekundären Ansprüche. Bei diesen handelt es sich um von den Gerichten durch Rechtsprechung entwickelte Ansprüche. Gerade deshalb ist es besonders schwierig, hierzu Voraussagen zu treffen.

- Sofern Sekundäransprüche entstanden sind und gerichtlich geltend gemacht werden, wird angeraten, den Primäranspruch ebenfalls geltend zu machen. Bisher ist von der Rechtsprechung noch nicht abschließend geklärt, ob der Versuch einer gerichtlichen Durchsetzung des Primäranspruchs Anspruchsvoraussetzung für den Sekundäranspruch ist (entbehrlich angesehen vom OVG Koblenz, aaO).
- Zu den sekundären Ansprüchen gehört z. B. die Geltendmachung von Erstattungsansprüchen bei ersatzweise selbst beschaffter Betreuung, sei es in der Tageseinrichtung einer Elterninitiative oder einer Kindertagespflege durch eine freiberufliche Tagesmutter oder Verwandte.
- Für die Ersatzbeschaffung und die dafür entstehenden Kosten ist das Gebot der Wirtschaftlichkeit zu beachten. Der Vergleich zwischen mehreren Angeboten ist daher unbedingt anzuraten. Die Kosten müssen sich im Rahmen sogenannter Angemessenheitsgrenzen bewegen. Höhere Kosten der selbst beschafften Maßnahme gegenüber einem „normalen“ Kita-Platz oder einer Tagespflege sind aber nicht unbedingt gleichbedeutend mit unangemessenen Kosten. Hierzu sind jedoch keine grundsätzlichen Aussagen möglich, da dies immer von individuellen Besonderheiten des Einzelfalls abhängt.
- Eine selbst beschaffte Kinderbetreuung ist nicht automatisch mit einem Kita-Platz oder einer Kindertagespflege gleichzusetzen. Die selbst beschaffte Kinderbetreuung muss u. U. die gesetzlichen Anforderungen an eine frühkindliche Förderung erfüllen, damit der Sekundäranspruch durchgesetzt werden kann. Nur dann, wenn es gar keine Angebote für eine qualifizierte selbst zu beschaffende Maßnahme gibt, kommen auch Alternativen in Betracht, die den gesetzlichen Ansprüchen (vorläufig) nicht genügen. Dies kann z. B. die Übernahme einer Tagespflege durch Verwandte sein.
- Letztlich gehört zum Sekundäranspruch auch ein möglicher Verdienstausschlag, weil die Arbeitsaufnahme zum vereinbarten Termin durch die Nichterfüllung des Anspruchs verhindert wurde. Hierzu gibt es allerdings noch gar keine von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze. Es kann allerdings davon ausgegangen werden, dass die Rechtsprechung an solche Schadenersatzforderungen hohe Anforderungen stellen wird, die z. B. die frühe Kenntnis der Mitteilung des Bedarfs an das Jugendamt (siehe I.a u. VII) beinhalten.

- Im Rahmen der Kostenerstattung für die Ersatzbeschaffung werden nach der Rechtsprechung die Kosten, die bei Erfüllung des Rechtsanspruchs zu tragen gewesen wären, auf den Erstattungsbetrag angerechnet. Dies wird auch für die Erstattung entgangenen Verdienstes anzunehmen sein. In diesem Fall werden andere erhaltene Leistungen (Eltern- oder Betreuungsgeld) angerechnet werden.

Die Erfolgsaussichten auf Durchsetzung eines Primär- und/oder Sekundäranspruchs mittels Klage oder einstweiligem Rechtsschutz lassen sich nicht vorhersagen. Wesentlich sind die individuellen Sachverhalte, also durchaus auch das Verhalten der Erziehungsberechtigten im Vorfeld der gerichtlichen Geltendmachung und die örtlichen Gegebenheiten. Das Bundesverwaltungsgericht hat zwar zwischenzeitlich geklärt, dass ein Anspruch auf Erstattung der Kosten für einen selbst beschafften Kitaplatz (Sekundäranspruch) bestehen kann (BVerwG, Urteil 12.09.2013 -5 C 35.12, juris), bis zur abschließenden Klärung weiterer grundsätzlicher Rechtsfragen durch das Bundesverwaltungsgericht, wird die Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte in den Bundesländern jedoch noch unterschiedlich ausfallen.

## Anlage

### SGB VIII

§ 24 (Fassung ab 01.08.2013)

Anspruch auf Förderung in Tageseinrichtungen und in Kindertagespflege

(1) Ein Kind, das das erste Lebensjahr noch nicht vollendet hat, ist in einer Einrichtung oder in Kindertagespflege zu fördern, wenn

1. diese Leistung für seine Entwicklung zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit geboten ist oder
2. die Erziehungsberechtigten
  - a) einer Erwerbstätigkeit nachgehen, eine Erwerbstätigkeit aufnehmen oder Arbeit suchend sind,
  - b) sich in einer beruflichen Bildungsmaßnahme, in der Schulausbildung oder Hochschulausbildung befinden oder
  - c) Leistungen zur Eingliederung in Arbeit im Sinne des Zweiten Buches erhalten.

Lebt das Kind nur mit einem Erziehungsberechtigten zusammen, so tritt diese Person an die Stelle der Erziehungsberechtigten. Der Umfang der täglichen Förderung richtet sich nach dem individuellen Bedarf.

(2) Ein Kind, das das erste Lebensjahr vollendet hat, hat bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres Anspruch auf frühkindliche Förderung in einer Tageseinrichtung oder in Kindertagespflege. Absatz 1 Satz 3 gilt entsprechend.

(3) Ein Kind, das das dritte Lebensjahr vollendet hat, hat bis zum Schuleintritt Anspruch auf Förderung in einer Tageseinrichtung. Die Träger der öffentlichen Jugendhilfe haben darauf hinzuwirken, dass für diese Altersgruppe ein bedarfsgerechtes Angebot an Ganztagsplätzen zur Verfügung steht. Das Kind kann bei besonderem Bedarf oder ergänzend auch in Kindertagespflege gefördert werden.

(4) Für Kinder im schulpflichtigen Alter ist ein bedarfsgerechtes Angebot in Tageseinrichtungen vorzuhalten. Absatz 1 Satz 3 und Absatz 3 Satz 3 gelten entsprechend.

(5) Die Träger der öffentlichen Jugendhilfe oder die von ihnen beauftragten Stellen sind verpflichtet, Eltern oder Elternteile, die Leistungen nach den Absätzen 1 bis 4 in Anspruch nehmen wollen, über das Platzangebot im örtlichen Einzugsbereich und die pädagogische Konzeption der Einrichtungen zu informieren und sie bei der Auswahl zu beraten. Landesrecht kann bestimmen, dass die erziehungsberechtigten Personen den zuständigen Träger der öffentlichen Jugendhilfe oder die beauftragte Stelle innerhalb einer bestimmten Frist vor der beabsichtigten Inanspruchnahme der Leistung in Kenntnis setzen.

(6) Weitergehendes Landesrecht bleibt unberührt.