

7 A 10671/12.OVG

1 K 981/11.MZ



OBERVERWALTUNGSGERICHT RHEINLAND-PFALZ

URTEIL

IM NAMEN DES VOLKES

In dem Verwaltungsrechtsstreit

1.,

2.,

- Klägerinnen und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte zu 1 - 2: Rechtsanwälte Rohwedder & Partner,
Kaiserstraße 74, 55116 Mainz,

g e g e n

die Stadt Mainz, vertreten durch den Oberbürgermeister, Kaiserstraße 3 - 5,
55116 Mainz,

- Beklagte und Berufungsklägerin -

w e g e n Kindergartenrechts

hat der 7. Senat des Oberverwaltungsgerichts Rheinland-Pfalz in Koblenz aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 25. Oktober 2012, an der teilgenommen haben

Richter am Oberverwaltungsgericht Dr. Holl
Richter am Oberverwaltungsgericht Wolff
Richter am Oberverwaltungsgericht Dr. Stahnecker
ehrenamtlicher Richter Kaufmann Henchel
ehrenamtliche Richterin Hauswirtschaftsmeisterin Kämmerer

für Recht erkannt:

Die Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens hat die Beklagte zu tragen.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

Die Klägerinnen erstreben den Ausgleich der Kosten für den Platz für die Klägerin zu 2), den diese in der Krippe der privaten Elterninitiative "B. e.V." für den Zeitraum vom 8. April 2011 bis 15. Oktober 2011 in Anspruch genommen hat. Es handelt sich dabei um den Zeitraum ab Vollendung des zweiten Lebensjahres der am ... 2009 geborenen Klägerin zu 2) bis zum Zurverfügungstellen eines Kindergartenplatzes durch die Beklagte ab Mitte Oktober 2011 nach Einleitung eines Klageverfahrens beim Verwaltungsgericht Mainz. Die monatlichen Kosten beliefen sich auf 347,00 € zuzüglich 50,00 € Verpflegungskosten, ab Oktober 2011 auf 397,00 € pro Monat.

Die Klägerin zu 1) hatte bereits erstmals am 4. Dezember 2009 bei der Beklagten die Zuteilung eines Krippen- bzw. Kindergartenplatzes beansprucht. Ab dem 12. Juli 2010 brachte sie ihr Kind in der genannten privaten Einrichtung in M. unter, da sie bis dahin keine Reaktion von der Beklagten erhalten hatte. Einen Antrag vom 14. Oktober 2010 auf Übernahme des Betrags für die Unterbringung in der privaten Krippe lehnte die Beklagte mit Bescheid vom 12. Juli 2011 ab, weil das Einkommen der Eltern über den maßgeblichen Einkommensgrenzen gelegen habe und im Übrigen auch keine Einrichtung im Sinne des § 24 Abs. 1 Nr. 3 SGB

VIII besucht worden sei. Der Bescheid wurde nicht mit Rechtsbehelfen angefochten.

Mit am 22. September 2011 bei Gericht eingegangenem Schriftsatz hat die Klägerin zu 1) Klage auf Zuweisung eines Kindergartenplatzes sowie Kosten-erstattung der für die Unterbringung in der Elterninitiative aufgewendeten Kosten ab dem 8. April 2011 erhoben. Nachdem sich die Klage auf Zurverfügungstellung eines Kindergartenplatzes infolge der Zuteilung durch die Beklagte erledigt hatte, beschränkte die Klägerin zu 1) ihr Begehren auf die Übernahme der Kosten der privaten Einrichtung für die Zeit ab der Versäumung der Erfüllung des Rechtsan-spruchs auf einen Kindergartenplatz. Die weiterführende Unterbringung in der privaten Einrichtung sei wegen der Berufstätigkeit der Eltern erforderlich und dringlich gewesen, wie sie insbesondere auch mit Schreiben vom 26. Februar und 1. März 2011 nochmals klargestellt habe.

In die Klage ist zusätzlich die Klägerin zu 2) mit Einwilligung der Beklagten ein-bezogen worden.

Die Klägerinnen haben beantragt,

die Beklagte zu verpflichten, an sie einen Betrag in Höhe von 2.244,34 € zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie ist dem geltend gemachten Anspruch mit rechtlichen Erwägungen zu denk-baren Anspruchsgrundlagen entgegengetreten.

Ein Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen für eine Maßnahme zur Selbstbeschaffung einer Jugendhilfeleistung gemäß § 36a Abs. 3 SGB VIII scheidet aus, weil die Bestimmung sich aufgrund der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung nur auf Leistungen nach dem Vierten Abschnitt des Zweiten Kapitels des SGB VIII beschränke, nämlich Maßnahmen der Hilfe zur Erziehung und

Eingliederungshilfen; dazu gehöre die Inanspruchnahme des Rechtsanspruchs auf den Besuch von Kindertageseinrichtungen nach § 24 Abs. 1 SGB VIII nicht.

Eine analoge Anwendung der Bestimmung komme aus systematischen Gründen nicht in Betracht, weil keine Regelungslücke bestehe und der Bundesgesetzgeber bei der Novelle des Sozialgesetzbuches Achten Buch durch Gesetz vom 8. September 2005 in Kenntnis der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts die Notkompetenz in § 36a SGB VIII auf die in diesem Abschnitt geregelten Fallgestaltungen beschränkt habe. Im Übrigen sei es nach § 24 Abs. 6 SGB VIII insoweit Sache der Länder, nähere Regelungen im Bereich der Kindertagesstätten zu treffen. Auch eine gewohnheitsrechtliche Regel für einen solchen Aufwendungsersatz sei daher nicht anzuerkennen.

Der richterrechtlich anerkannte Folgenbeseitigungsanspruch gebe eine entsprechende Rechtsfolge nicht her, da danach bloß im Wege der Restitution in natura der status quo ante wiederherzustellen sei; Geldersatz komme nur in Betracht, wenn die Statusverletzung des Betroffenen gerade in einem finanziellen Verlust bestehe. Vorliegend sei auch das sogenannte Unmittelbarkeitserfordernis für den Folgenbeseitigungsanspruch nicht erfüllt, da die Aufwendungen nicht durch die Versagung des Anspruchs selbst entstanden seien, sondern mittelbar erst durch den Vertragsabschluss der Eltern mit der privaten Elterninitiative. Hoheitliches Unterlassen mit Blick auf die Versagung eines sozialrechtlichen Leistungsanspruchs könne im Übrigen einen Folgenbeseitigungsanspruch nicht auslösen; ein Entschädigungsanspruch als Kompensation sei der Folgenbeseitigung nicht immanent, weil sonst die Grenzen zu einem in Betracht kommenden, indessen vom Verschulden abhängigen Amtshaftungsanspruch nach § 839 BGB i.V.m. § 34 GG verwischt würden.

Das Verwaltungsgericht Mainz hat der Klage mit Urteil vom 10. Mai 2012 in Höhe von 2.187,77 € stattgegeben und dabei dem Klageantrag entsprochen, soweit nicht Verpflegungskosten betroffen waren. Zur Begründung ist im Wesentlichen ausgeführt: Die Klage sei im Blick auf beide Klägerinnen zulässig, insbesondere sei auch der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 VwGO eröffnet, da ein Folgenbeseitigungsanspruch geltend gemacht werde, der im allgemeinen Verwaltungsrecht wurzele. Im Hinblick auf beide Klägerinnen liege ein Eingriff in ihre subjektiv-öffentlichen Rechte durch die Versagung des Rechtsanspruchs auf einen

Kindergartenplatz (§ 5 Abs. 1 Satz 1 KitaG) vor; deshalb könnten sie im Wege der Geltendmachung von sekundärrechtlichen Ansprüchen Folgenbeseitigung in der Form einer Geldentschädigung verlangen, die der Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes entspreche. Wenn dieser im Wege des Primärrechtsschutzes nicht mehr gewährleistet werden könne, greife der Ersatzanspruch in der Form der Gewährleistung eines Kompensationsanspruchs als Geldentschädigung ein. Die Gewährleistungspflicht des Trägers der Jugendhilfe folge dem Kind gegenüber aus §§ 5 Abs. 1 Satz 1, 9 Abs. 1 Satz 1 KitaG und wegen der Beitragsfreiheit für die Eltern ihnen gegenüber aus § 13 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Abs. 2 Satz 1 sowie Abs. 3 Satz 5 KitaG. Wenn der Folgenentschädigungsanspruch nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung bei Unzumutbarkeit der Wiederherstellung anerkannt werde, so müsse dies erst recht gelten, wenn wie hier infolge Zeitablaufs die Zuerkennung eines rechtzeitig zu gewährenden Kindertagesstättenplatzes unmöglich geworden sei. Der Anspruch umfasse die aufgewandten Kosten für einen ersatzweise in Anspruch genommenen Platz in der privaten Elterninitiative, nicht aber wegen der gesetzlich ohnehin vorgesehenen gesonderten Belastung der Eltern mit den Kosten des Mittagessens (gesonderter Beitrag nach § 13 Abs. 1 Satz 2 KitaG) auch die Verpflegungskosten.

Mit der dagegen vom Verwaltungsgericht zugelassenen Berufung hält die Beklagte an ihrer Rechtsauffassung fest, dass den Klägerinnen kein im Verwaltungsrechtsweg zu verfolgender Anspruch auf Entschädigung wegen der Vorenthaltung eines Kindertagesstättenplatzes zustehe. Gegen die Heranziehung eines Folgenentschädigungsanspruchs bestünden insoweit erhebliche rechtliche Bedenken, weil das Verwaltungsgericht damit weit über die in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts anerkannten Fallgruppen des Folgenbeseitigungs- bzw. Folgenentschädigungsanspruchs hinausgehe und im Gegensatz zu dieser Rechtsprechung einen allgemeinen öffentlich-rechtlichen Entschädigungsanspruch im Wege richterrechtlicher Rechtsfortbildung schaffe. Es bestünden im übrigen Recht der öffentlich-rechtlichen Ersatzleistungen keine unzumutbaren Regelungslücken, wenn gegebenenfalls auf im Zivilrechtsweg zu verfolgende Amtshaftungsansprüche verwiesen werde. Es fehle aber auch schon an einem Eingriff in eine subjektiv rechtliche Rechtsposition der Klägerinnen durch Unterlassen, weil die Klägerin zu 2) gerade vorher nicht im Besitz eines Kindergarten-

platzes gewesen sei. Die Kosten für einen Ersatzplatz stellten schließlich auch keine unmittelbaren Folgen der Versagung des Rechtsanspruchs dar, weil sie auf weiteren Handlungen Dritter, nämlich der Ersatzbeschaffung durch die Eltern beruhten. Eine Versagung einer sozialrechtlichen Leistung sei noch kein Eingriff im Sinne des Folgenbeseitigungsanspruchs. Aufwendungsersatz für eine solche Selbstbeschaffung werde gesetzlich nicht gewährleistet, weil entsprechende Regelungen im Jugendhilferecht nach § 36a SGB VIII ausdrücklich auf die Hilfen nach dem Vierten Abschnitt des Zweiten Kapitels des Gesetzes begrenzt seien.

Die Beklagte beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Verwaltungsgerichts Mainz vom 10. Mai 2012 die Klage in vollem Umfang abzuweisen.

Die Klägerinnen beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie treten der Rechtsauffassung des Verwaltungsgerichts bei und machen ergänzend geltend, die Beklagte habe trotz Anmeldung des Kindes 1 1/2 Jahre vor dem Entstehen des Rechtsanspruchs nie einen Platz angeboten, im Übrigen auch deutlich gemacht, dass sie infolge Platz- und Personalmangels nicht in der Lage gewesen sei, sämtliche angemeldeten Kinder aufzunehmen; erst einige Zeit nach Erhebung der Untätigkeitsklage sei ein Platz zur Verfügung gestellt worden. Die Aufwendungen für den Besuch der privaten Ersatzeinrichtung seien auch als unmittelbare Folgenbeseitigung anzusehen. Es müsse mit praktischen und rechtlichen Konsequenzen verbunden sein, wenn der Primäranspruch nicht rechtzeitig erfüllt werde. Im Übrigen anerkenne die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts im Jugendhilferecht seit jeher im Falle des sogenannten Systemversagens und einer Eilbedürftigkeit sowie rechtzeitiger Geltendmachung des Anspruchs die Übernahme der Kosten für die Selbstbeschaffung. Dies werde auch in der Literatur bei Versagung des Rechtsanspruchs auf einen Kindertagesstättenplatz befürwortet. § 36a SGB VIII stelle insoweit keine diese Rechtsprechung verdrängende gesetzliche Regelung dar, sondern betreffe nur den engeren Bereich der im Vierten Abschnitt des Zweiten Kapitels geregelten Ansprüche.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die von den Beteiligten gewechselten Schriftsätze sowie die beigezogenen Verwaltungsakten Bezug genommen, die sämtlich Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind.

Entscheidungsgründe

Die Berufung der Beklagten hat keinen Erfolg.

Im Ergebnis zu Recht hat das Verwaltungsgericht den Klägerinnen einen Anspruch darauf zuerkannt, dass die Beklagte die ab dem Zeitpunkt der Vollen-
dung des zweiten Lebensjahres der Klägerin zu 2) entstandenen Kosten für den
Besuch des Kindes in einer privaten Elterninitiative übernimmt. Der Anspruch kann
auch neben dem Kind zugleich von der Mutter als Personensorgeberechtigter
geltend gemacht werden.

1. Der vom Verwaltungsgericht herangezogene sogenannte Folgenbeseitigungs-
anspruch in der Form eines Folgenentschädigungsanspruchs trägt allerdings nach
Auffassung des Senats die Klageforderung nicht. Nach der ständigen Recht-
sprechung des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. Urteil vom 26. August 1993,
4 C 24.91, NVwZ 1994, 275) muss ein hoheitlicher Eingriff vorliegen, der ein
subjektives Recht des Betroffenen verletzt. Für den Betroffenen muss dadurch ein
rechtswidriger Zustand entstanden sein, der andauert. Dabei kommt es nicht nur
auf die Vollzugsfolgen eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes an, vielmehr kann
der Anspruch bei allen Amtshandlungen bestehen, die rechtswidrige Folgen nach
sich gezogen haben (vgl. BVerwG, Urteil vom 19. Juli 1984, 3 C 81.82, NJW 1985,
817, 818). Allerdings ist die Rechtsfolge des Anspruchs dadurch beschränkt, dass
der Folgenbeseitigungsanspruch allein auf die Beseitigung der rechtswidrigen
Folgen eines Tuns oder Unterlassens der vollziehenden Gewalt gerichtet ist und
nur einen Ausgleich in natura gewährt, die vollziehende Gewalt mithin zur
Herstellung des Zustands verpflichtet ist, der bestünde, wenn sie die rechts-
widrigen Folgen nicht herbeigeführt hätte. Eine Restitution in Geld ist bei dieser

Ausgangslage nur in besonderen Fallkonstellationen zuerkannt worden, etwa wenn die rechtswidrige Folge unmittelbar in einem Geldverlust besteht, bei Unzumutbarkeit der anderweitigen Wiederherstellung des status quo ante bzw. bei der Unmöglichkeit einer anderen Quotierung als in Geld wegen Unteilbarkeit der Leistung (vgl. BVerwG, Urteil vom 19. Juli 1984, a.a.O.; BVerwGE 1994, 100, 104 = NVwZ 1994, 275; BVerwGE 140, 34, 37 = NVwZ 2011, 1388, 1389).

Es spricht daher bereits vieles dagegen, dass bei bloßer Versagung eines sozialrechtlichen Primäranspruchs auf die Leistungen der Jugendhilfe im Sinne des Zweiten Kapitels des SGB VIII (hier: Bereitstellung eines Kindertagesstättenplatzes) als Wiederherstellung des status quo ante die Übernahme der Kosten für eine Ersatzbeschaffung verlangt werden kann. Der Anspruch scheitert aber schon daran, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (Urteil vom 19. Juli 1984, a.a.O.) nicht diejenigen weiteren rechtswidrigen Folgen einer Amtshandlung erfasst werden, die erst infolge eines Verhaltens des Betroffenen eingetreten sind, das auf seiner eigenen Entscheidung beruht. Die Kosten, deren Übernahme hier in Frage steht, sind indessen erst durch das Verhalten der Personensorgeberechtigten entstanden, eine Ersatzbeschaffung vorzunehmen und einen die Kosten auslösenden Vertrag mit der privaten Elterninitiative zu schließen. Das Bundesverwaltungsgericht hat die entsprechende Begrenzung der Rechtsfolgen des Folgenbeseitigungsanspruchs damit begründet, dass die Ausdehnung des Folgenbeseitigungsanspruchs auf solche Folgen sich schwerlich aus der Verfassung (Art. 20 Abs. 3 GG) herleiten lasse und durch die Begrenzung eine sonst nicht mehr eindämmbare Ausuferung des Folgenbeseitigungsanspruchs vermieden werde, die zugleich zu einer Verwischung der Abgrenzung dieses Anspruchs von dem vom Verschulden abhängigen Schadensersatzanspruch aus § 839 BGB, Art. 34 GG führen würde.

2. Der hier streitige Anspruch ist allerdings auf spezieller sozialrechtlicher Grundlage herzuleiten, die den Gedanken der Folgenbeseitigung in bereichsspezifischer Weise durch Übernahme von Kosten der Selbstbeschaffung verwirklicht (vgl. zu weiteren bereichsspezifischen Ausprägungen des rechtsstaatlichen Kompensationsgedankens im Sozialrecht BVerwGE 140, 103, 108 - sozialrechtlicher Herstellungsanspruch). In der Rechtsprechung des Bundesverwaltungs-

gerichts zum Jugendwohlfahrts- und Jugendhilferecht ist seit jeher anerkannt, dass die Kostenübernahme vom Jugendhilfeträger verlangt werden kann, wenn die Leistung zu Recht verlangt werden konnte und ohne Vermittlung des Jugendhilfeträgers in Anspruch genommen werden musste. In dem Beschluss vom 25. August 1987, 5 B 50.87, NVwZ-RR 1989, 252, heißt es insoweit: "... auch die ... aufgeworfene Frage, ob sich aus dem Jugendwohlfahrtsgesetz Ansprüche auf Übernahme der Kosten bereits anderweitig gewährter erzieherischer Hilfe ergeben könne, ist zu bejahen. Der Senat hat in seiner bisherigen Rechtsprechung sowohl zum Jugendhilferecht (vgl. BVerwGE 74, 206 = NJW-RR 1987, 581) als auch zum Sozialhilferecht (vgl. BVerwGE 35, 287; 70, 121; BVerwG, Buchholz 436.0 § 39 BSHG Nr. 3 und BVerwG, NVwZ 1987, 412 = Buchholz 436.0 § 39 BSHG Nr. 5) stets zugrunde gelegt, dass der Jugendhilfe- oder Sozialhilfeträger zur Übernahme der Kosten bereits durchgeführter Hilfemaßnahmen verpflichtet sein kann. Der vom Berufungsgericht angeführte Charakter des Jugendwohlfahrtsgesetzes als Erziehungsgesetz hat nicht zur Folge, dass die Leistungen der Jugendhilfe auf erzieherische Hilfen in der Form von Sachleistungen beschränkt wären. Zwar sind die Jugendämter in erster Linie gehalten, die erforderlichen Hilfen ... 'originär' zu gewähren. ... 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 Maßnahme übernimmt. ... Hierdurch wird nicht die Gefahr geschaffen, dass der Jugendhilfeträger von den Personensorgeberechtigten vor vollendete Tatsachen gestellt werden könnte und auf diese Weise Maßnahmen finanzieren müsste, für die er sonst nicht aufzukommen hätte. Denn der Anspruch auf die Übernahme der Kosten bereits durchgeführter Hilfe ist in derselben Weise vom Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen abhängig wie die primäre Verpflichtung des Jugendamtes ...".

Nach dieser Rechtsprechung setzt sich die "Primärverantwortung" des für die Gewährleistung verantwortlichen Jugendhilfeträgers "sekundär" in der Verantwortung für die Übernahme der Kosten fort, wenn die geschuldete Leistung anderweitig beschafft werden musste.

Der Rechtsgedanke ist in der weiteren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts aufrechterhalten worden (vgl. BVerwG, Urteil vom 13. Juni 1991, 5 C 27.88, NJW 1991, 3165, 3166), wenn er auch mit Blick auf besondere Entwicklungen in speziellen Bereichen eine weitere Ausformung erfahren hat. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 28. September 2000, 5 C 29.99, BVerwGE 112, 98, NJW-RR 2001, 763, nimmt die genannte Rechtsprechung ausdrücklich in Bezug und ergänzt insoweit lediglich, dass die Auffassung der Vorinstanz zurückzuweisen sei, dass die Leistungsverpflichtung des Trägers der Jugendhilfe nicht einen Hilfeantrag des Leistungsberechtigten vor Beginn der auf den Hilfebedarf gerichteten Maßnahme voraussetze. Das SGB VIII, das insoweit keine ausdrückliche Regelung treffe, enthalte nicht wie § 5 BSHG eine Vorschrift über eine schon aufgrund der Kenntnis der Behörde antragsunabhängig einsetzende Hilfe.

Insbesondere sind - anders als die Beklagte annehmen will - die aufgezeigten Rechtsgrundsätze auch nicht durch später erfolgte Gesetzgebung in Frage gestellt worden. Zwar ist ausweislich der Gesetzesbegründung zu § 36a SGB VIII durch das Gesetz vom 8. September 2005 auf diese Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts Bezug genommen worden (vgl. BR-Drs. 586/04). Dort heißt es (S. 45): "Zum anderen versuchen auch manche Eltern durch unmittelbare Kontaktaufnahme mit Leistungserbringern die Entscheidungszuständigkeit der Jugendämter zu unterlaufen und sie zu einem bloßen 'Kostenträger' zu reduzieren. Dies gilt in besonderer Weise für die Inanspruchnahme von Hilfen nach § 35a SGB VIII. ... Eine solche Verfahrensweise steht jedoch nicht im Einklang mit den Prinzipien des Sozialleistungsrechts. Auch das Bundesverwaltungsgericht hat in Abkehr von der früheren Rechtsprechung betont, dass der Träger der öffentlichen Jugendhilfe Leistungs- und nicht bloßer Kostenträger ist (BVerwGE 112, 98); ... gleichzeitig hat das Bundesverwaltungsgericht in ständiger Rechtsprechung Fallgruppen entwickelt, in denen eine sogenannte Selbstbeschaffung zulässig ist. Diese Rechtsprechung soll nunmehr im Interesse der Rechtssicherheit und der Rechtsklarheit eine positiv-rechtliche Grundlage erfahren."

In der Einzelbegründung (dort S. 67) heißt es zu Nr. 13 (§ 36a): "Diese Praxis ... (Anmerkung: der Inanspruchnahme des Jugendamtes als bloße Zahlstelle) steht im Widerspruch zur Systematik des SGB VIII, das dem Jugendamt die

Funktion eines Leistungsträgers zuweist, der die Kosten grundsätzlich nur dann trägt, wenn er selbst vorab auf der Grundlage des SGB VIII und dem dort vorgesehenen Verfahren über die Eignung und Notwendigkeit der Hilfe entschieden hat (vgl. auch BVerwGE, 112, 98). Um diesem Prinzip praktisch Geltung zu verschaffen und dem Jugendamt wieder zu seinem Entscheidungsprimat zu verhelfen, erscheint eine klarstellende Regelung im SGB VIII notwendig. ... Um aber auch künftig bei ambulanten Hilfen wie insbesondere der Erziehungsberatung den niedrighschwelligem Zugang zu erhalten, kann der örtliche Träger in Vereinbarung mit den betroffenen Diensten, in denen die Voraussetzungen zu regeln sind, die unmittelbare Inanspruchnahme zulassen."

Dementsprechend heißt es auch in dem Ausschussbericht (BT-Drs. 15/5610) zu Nr. 15: "... in vielen Stellungnahmen der kommunalen Praxis ... sowie dem Bericht des Landes Rheinland-Pfalz zur Praxis der Umsetzung von § 35a SGB VIII wird beklagt, dass die Jugendämter ... als bloße Zahlstelle für von dritter Seite angeordnete oder selbst verschaffte Leistungen missbraucht werden ... Diese Praxis steht im Widerspruch zur Systematik des SGB VIII. ... Nur in bestimmten von der Rechtsprechung vorgegebenen Ausnahmefällen, die in Absatz 3 geregelt sind, kann der Leistungsberechtigte vom Träger der öffentlichen Jugendhilfe die Übernahme seiner Aufwendungen für von ihm selbst beschaffte Leistungen verlangen. Die Möglichkeit der unmittelbaren Inanspruchnahme von ambulanten Hilfen, insbesondere Erziehungsberatung, ist durch die Regelung in Absatz 2 sichergestellt".

Daraus ergibt sich, dass an eine einschränkende Voraussetzung vor allem im Hinblick auf die im Vierten Abschnitt des Zweiten Kapitels des SGB VIII geregelten und sonstige Hilfen gedacht war, die dadurch besonders gekennzeichnet sind, dass der Hilfestellung die Antragstellung sowie ein durch komplexe Erwägungen interdisziplinärer Art gekennzeichnetes Planungsverfahren (z.B. Hilfeplan nach § 36 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII) vorausgehen. Für davon nicht erfasste "niedrighschwellige" Leistungen gelten solche Erwägungen ausweislich der Gesetzesbegründung nicht. Die Auffassung der Beklagten, die Regelung im Vierten Abschnitt des Zweiten Kapitels des Gesetzes sei eine gesetzliche Regelung, die den Grundsatz der Kostenübernahme bei Selbstbeschaffung mit

der Wirkung regele, dass außerhalb von Leistungen dieses Abschnitts die Selbstbeschaffung gänzlich ausgeschlossen werde, vermag vor dem Entstehungshintergrund der gesetzlichen Regelung sowie der systematischen Stellung der Vorschrift des § 36a SGB VIII nicht zu überzeugen. Vielmehr liegt es danach eher nahe, anzunehmen, dass vor dem Hintergrund der besonderen Problemstellung des komplexen Hilfeplanverfahrens eine Sonderregelung für die Hilfen des Vierten Abschnitts und vergleichbare Hilfen geschaffen werden sollte, während im Übrigen, insbesondere bei niedrighschwelligem Angeboten sowie für solche Angebote, die als Rechtsanspruch ausgestaltet sind und keine Fragen eines Ermessens- oder Beurteilungsspielraums aufwerfen, die in der Rechtsprechung herausgestellten Grundsätze nicht berührt werden. Im Übrigen spricht gegen eine entsprechende Ausschlusswirkung auch die rechtssystematische Überlegung, dass die Einschränkungen der Selbstbeschaffung, wie sie in § 36a SGB VIII geregelt sind, die hergebrachten Grundsätze nur verhältnismäßig geringfügig berühren, indem hauptsächlich der bereits in der Rechtsprechung postulierte Grundsatz gesetzlich verankert wird, dass der Träger der öffentlichen Jugendhilfe über den Hilfebedarf in Kenntnis gesetzt wird (§ 36a Abs. 3 Nr. 1 SGB VIII). § 36 Abs. 2 Nr. 3 SGB VIII betont lediglich die anerkannte Voraussetzung, dass die rechtlichen Voraussetzungen für die Gewährung der Hilfe vorgelegen haben müssen, das heißt ein Anspruch auf die Gewährung bestand. Zusätzlich erforderlich ist im Sinne des § 36a Abs. 3 Nr. 3 SGB VIII lediglich eine gewisse Dringlichkeit, gegebenenfalls dass die Deckung des Bedarfs bis zu einer Entscheidung über ein Rechtsmittel nach einer zu Unrecht abgelehnten Leistung keinen zeitlichen Aufschub geduldet hat.

Dass es angesichts dieser verhältnismäßig geringfügigen gesetzgeberischen Eingriffe in die von der Rechtsprechung herausgearbeiteten Rechtsgrundsätze Wille des Gesetzgebers gewesen wäre, für die übrigen Gebiete der Leistungen der Jugendhilfe außerhalb des Vierten Abschnitts des Zweiten Kapitels des Sozialgesetzbuches Achten Buch, gar in Fällen von Angeboten, für die ein Rechtsanspruch gegeben ist, die in der Rechtsprechung entwickelten Kompensationsansprüche in der Form der Kostenübernahme ersatzlos zu streichen, kann nicht angenommen werden. Dafür spricht im Übrigen auch, dass im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 28. September 2000, das gleichsam

mit Auslöser für die Gesetzesänderung war, im Blick auf die Herleitung einschränkender Kriterien zwar auch (a.a.O. juris Rn. 13) von der Selbstbeschaffung eines Kinderkrippenplatzes die Rede ist, indessen bei der dort in Bezug genommenen Rechtsprechung (BVerwG, Urteil vom 27. Januar 2000, 5 C 19.99, DVBl. 2000, 1212) explizit auf den Unterschied zwischen einer Planung nach Bedarf nach Einschätzung des verantwortlichen Trägers der Jugendhilfe und einem im Gegensatz dazu stehenden, der Bedarfsplanung nicht zugänglichen "subjektiven" Anspruch eines Kindes auf ein bestimmtes Angebot wie im Falle des Anspruchs auf den Besuch einer Kindertagesstätte nach § 24 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII unterschieden wird.

Damit schlägt für den Fall, dass der für die Gewährleistung des Rechtsanspruchs verantwortliche Jugendhilfeträger - wie hier die Beklagte - nach Antragstellung den Anspruch nicht rechtzeitig erfüllt, seine Primärverantwortung in die sekundäre Verantwortung um, die Kosten für eine Ersatzbeschaffung zu übernehmen (vgl. dazu auch Rixen, NJW 2012, 2839, 2843).

3. Die im Einzelnen für einen solchen Übernahmeanspruch erforderlichen Voraussetzungen sind vorliegend des Weiteren gegeben.

An der entsprechenden Antragstellung fehlt es hier nicht. Die Anmeldung gegenüber dem Jugendamt für den Wunsch zur Aufnahme des Kindes in eine Kindertagesstätte erfolgte bereits im Dezember 2009. Soweit es sich zu diesem Zeitpunkt indessen noch nicht um die Geltendmachung eines Rechtsanspruchs handelte, weil ihr Kind noch keine zwei Jahre alt war, wurde spätestens mit erneuten Schreiben der Klägerin zu 1) als Personensorgeberechtigter vom 26. Februar und 1. März 2011 klargestellt, dass nunmehr die Erfüllung des Rechtsanspruchs angestrebt werde. Der Erfüllungsanspruch besteht zwar nicht im Hinblick auf eine bestimmte Einrichtung und wird als solcher auch nicht gegenüber einem Einrichtungsträger unmittelbar geltend gemacht, sondern besteht in einem Verschaffungsanspruch durch den für die Gewährleistung verantwortlichen Träger der Jugendhilfe, der Einrichtungen gewöhnlich nicht selbst unterhält, sondern lediglich die Aufgabe der Planung und Förderung wahrnimmt. Die Geltendmachung eines Anspruchs ist vorliegend dann auch nicht lediglich gegenüber der Beklagten als Träger bestimmter Kindertagesstätten, sondern

gegenüber dem Jugendamt in der genannten Verantwortung geltend gemacht worden.

Der Anspruch besteht auf einen Platz für das Kind ab Vollendung des zweiten Lebensjahres "in zumutbarer Entfernung" (§ 5 Abs. 1 KitaG). Nach Absatz 2 der Bestimmung erstreckt sich die Verpflichtung und damit der Anspruch auf ein Angebot vor- und nachmittags. Es ist nicht ersichtlich, dass sich die angemeldeten Wünsche der Personensorgeberechtigten vorliegend außerhalb dieses zeitlichen und örtlichen Rahmens bewegt hätten, da die Klägerin zu 1) mehrere Einrichtungen der Beklagten in Innenstadtnähe akzeptiert hatte, indessen wegen zu großer Entfernung periphere Einrichtungen in vertretbarer Weise abgelehnt hatte.

Der Anspruch kann im Übrigen nicht deshalb in Abrede gestellt werden, weil die Sorgeberechtigten nicht von Anfang an versucht haben, die Ansprüche im Verwaltungsrechtsweg "primär" durchzusetzen. Zwar gilt als allgemeiner Rechtsgrundsatz, dass Primäransprüche an sich vorrangig vor Sekundäransprüchen geltend zu machen sind. Dies gilt indessen nur, soweit die Inanspruchnahme von Primärrechtsschutz als zumutbar angesehen werden kann, insbesondere eine Abhilfe dadurch überhaupt erwartet werden kann (vgl. BGHZ, 128, 346, 357 = NJW 1995, 365, 368). Dies ist hier nicht der Fall. Da der für die Inanspruchnahme auch im Hinblick auf den Primärrechtsschutz zuständige Träger der Jugendhilfe als solcher gewöhnlich nicht über die Plätze in den Einrichtungen verfügt, könnte selbst im Fall des Obsiegens in einem Eilverfahren nach § 123 Abs. 1 VwGO auf Erlass einer einstweiligen Anordnung (Verschaffensverpflichtung) nicht abzusehen sein, wann die Erfüllung tatsächlich möglich ist, insbesondere wenn wie vorliegend die Erfüllung abgelehnt wird, weil kein Platz verfügbar sei.

Die Kostenübernahme kann auch nicht in Frage gestellt werden, weil der in Anspruch genommene Dienst nicht dem Leistungsinhalt des Rechtsanspruchs entsprochen hätte. Der Senat kann insoweit dahingestellt sein lassen, welche qualitativen Voraussetzungen insoweit bei der Inanspruchnahme eines Krippenplatzes in einer privaten Elterninitiative (§ 25 SGB VIII) erforderlich wären. Die Geeignetheit der vorliegend für die Ersatzbeschaffung herangezogenen Einrichtung kann schon deswegen nicht in Frage gestellt werden, da die Beklagte die

Inanspruchnahme solcher Plätze selbst mit einem den Elternbeiträgen entsprechenden Betrag pro Monat gefördert hat.

Schließlich kann offen bleiben, ob analog der Regelung in § 36a Abs. 3 Nr. 3 SGB VIII erforderlich war, dass die Selbstbeschaffung keinen zeitlichen Aufschub geduldet hat, denn an einer solchen Dringlichkeit fehlte es bis zur Abhilfeentscheidung auf das von der Klägerin zu 1) ergriffene Rechtsmittel der Untätigkeitsklage hin nicht. Die Deckung des Bedarfs duldete keinen Aufschub, weil die Eltern beide berufstätig waren und eine anderweitige Betreuung des Kindes nicht sichergestellt werden konnte.

Die Höhe der Kosten für den in Anspruch genommenen Ersatzplatz in der Elterninitiative war schließlich nicht unangemessen, wobei zu berücksichtigen ist, dass Maßstab nicht der Elternbeitrag für ein Kindergartenplatz sein kann, sondern die hohen Subventionskosten für einen solchen Platz im Blick auf Investitionen für die Einrichtung sowie die Personalkosten (vgl. zum Kostenvergleich Schindler, in Kunkel [Herausgeber], SGB VIII, 4. Auflage, § 5 Rn. 12). Über den sogenannten Mehrkostenvorbehalt hinaus ist bei der Angemessenheit hier ohnehin zu berücksichtigen, dass es nicht um die Berücksichtigung eines besonderen Wunsches der Sorgeberechtigten geht, sondern die Verweigerung der Erfüllung des Rechtsanspruchs mit ihren Folgen abgewendet wird.

4. Der Kostenanspruch steht neben dem Kind, der Klägerin zu 2), auch der sorgeberechtigten Klägerin zu 1) zu. Es ist auf den Anspruchsinhaber des Primäranspruchs abzustellen. Nach der gesetzlichen Lage steht der Rechtsanspruch auf einen Kindertagesstättenplatz zunächst dem Kind zu, wie sich aus dem Wortlaut in § 24 Abs. 1 SGB VIII und § 5 Abs. 1 KitaG ergibt ("Kinder haben vom vollendeten zweiten Lebensjahr bis zum Schuleintritt Anspruch auf Erziehung, Bildung und Betreuung im Kindergarten"). Der Anspruch steht nach der gesetzlichen Konzeption nach Auffassung des Senats aber ebenso auch den Sorgeberechtigten zu. Zwar dürfte dafür nicht der vom Verwaltungsgericht herausgestellt Umstand ausschlaggebend sein, dass nach § 13 Abs. 3 KitaG ab dem 1. August 2010 in Rheinland-Pfalz der Besuch des Kindergartens für Kinder vom vollendeten zweiten Lebensjahr an beitragsfrei ist. Eine solche Entlastung kommt zwar den Eltern zusätzlich zugute. Im Vordergrund ihrer Begünstigung

steht aber ohnehin nicht die Befreiung von dem verhältnismäßig geringen Anteil an den Personalkosten in der Form des Elternbeitrags (§ 13 Abs. 2 KitaG, 17,5 v.H.), sondern die Begünstigung durch die Inanspruchnahme einer durch öffentliche Mittel hochsubventionierten Einrichtung. Für die zugleich gesetzlich beabsichtigte Förderung der Eltern und nicht nur für eine reflexhafte Begünstigung spricht der in verschiedenen gesetzlichen Bestimmungen zum Ausdruck kommende Förderungszweck. Zwar gilt die "Erziehung und Bildung" im Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 1 KitaG den Kindern selbst. Der Zweck der "Betreuung" begünstigt aber zugleich die Sorgeberechtigten, die insoweit zum Teil entlastet werden. Im Übrigen spricht auch § 24 Abs. 4 SGB VIII davon, dass der Träger der öffentlichen Jugendhilfe Eltern, die Leistungen unter anderem nach § 24 Abs. 1 "in Anspruch nehmen wollen", zu informieren und zu beraten hat. Schließlich hat der Gesetzgeber die Ziele und Zwecke der Jugendhilfeplanung, die für die Gewährleistung des vorliegend fraglichen Angebots verantwortlich ist, in § 80 Abs. 2 Nr. 4 SGB VIII dahin bestimmt, dass "Einrichtungen und Dienste" so geplant werden sollen, dass insbesondere (u.a. Nr. 4) "Mütter und Väter Aufgaben in der Familie und Erwerbstätigkeit besser miteinander vereinbaren können". Darin kommt zum Ausdruck, dass es angesichts der heutigen Lebensverhältnisse und der demografischen Entwicklung lebensfremd wäre, anzunehmen, der Rechtsanspruch auf einen Kindergartenplatz diene nicht zuletzt auch der beruflichen Entfaltung der Eltern und der Vereinbarkeit von beruflicher Betätigung mit der Wahrnehmung der Elternverantwortung in der Familie.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO.

Die Revision war gemäß § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache zuzulassen, insbesondere weil sie dem Revisionsgericht Gelegenheit zur Fortentwicklung seiner Rechtsprechung im Hinblick auf die Kostenübernahme bei der Selbstbeschaffung von Jugendhilfeleistungen gibt.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil steht den Beteiligten die **Revision** an das Bundesverwaltungsgericht zu.

Die Revision ist bei dem **Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz**, Deinhardpassage 1, 56068 Koblenz, **innerhalb eines Monats** nach Zustellung dieses Urteils schriftlich oder in elektronischer Form einzulegen. Die elektronische Form wird durch eine qualifiziert signierte Datei gewahrt, die nach den Maßgaben der Landesverordnung über den elektronischen Rechtsverkehr mit den öffentlich-rechtlichen Fachgerichtsbarkeiten vom 9. Januar 2008 (GVBl. S. 33) zu übermitteln ist.

Die Revisionsfrist ist auch gewahrt, wenn die Revision innerhalb der Frist bei dem Bundesverwaltungsgericht schriftlich oder in elektronischer Form nach Maßgabe der Verordnung der Bundesregierung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesverwaltungsgericht und beim Bundesfinanzhof vom 26. November 2004 (BGBl. I S. 3091) eingelegt wird. Die Revision muss das angefochtene Urteil angeben.

Die Revision ist **innerhalb von zwei Monaten** nach Zustellung des Urteils zu begründen. Die Begründung ist bei dem Bundesverwaltungsgericht (Simsonplatz 1, 04107 Leipzig/Postfach 10 08 54, 04008 Leipzig) schriftlich oder in elektronischer Form einzureichen. Die Revisionsbegründung muss einen bestimmten Antrag enthalten, die verletzte Rechtsnorm und, soweit Verfahrensmängel gerügt werden, die Tatsachen bezeichnen, die den Mangel ergeben.

Die Einlegung und die Begründung der Revision müssen durch einen Rechtsanwalt oder eine sonstige nach Maßgabe des § 67 VwGO vertretungsbefugte Person oder Organisation erfolgen.

gez. Dr. Holl

gez. Wolff

gez. Dr. Stahnecker