

# Kostenübernahme durch den örtlichen Jugendhilfeträger bei der Selbstbeschaffung von Jugendhilfeleistungen

Vor kurzem hat sich *Rixen*<sup>1)</sup> mit der gegenwärtig intensiv diskutierten Frage des Aufwendungsersatzes bei selbst organisierter Kinderbetreuung befasst und eingangs herausgearbeitet, dass dem subjektiv-öffentlichen Recht des Kindes aus § 24 Abs. 2 S. 1 SGB VIII eine unbedingte Gewährleistungspflicht des örtlich zuständigen Trägers der öffentlichen Jugendhilfe entspricht. Dies ist im Regelfall im kreisangehörigen Bereich der Landkreis, je nach landesrechtlicher Ausgestaltung<sup>2)</sup> ggf. aber auch eine zum örtlichen Träger bestimmte kreisangehörige Gemeinde. **Der jeweilige örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe hat ab 1.8.2013 eine Verschaffungspflicht hinsichtlich eines Kita-platzes für ein- bis dreijährige Kinder.** Wie der Träger der öffentlichen Jugendhilfe diese Gewährleistungspflicht umsetzt, obliegt seiner Planungsverantwortung, wobei er nach dem Pluralitäts- und Kooperationsgebot dafür sorgen muss, dass bei öffentlichen und bei freien Trägern genügend Kitaplätze vorhanden sind<sup>3)</sup>. Finden sich genügend freie Träger, die Kitaplätze vorhalten, trifft den Träger der öffentlichen Jugendhilfe eine **Auffängerfüllungsverantwortung**, was bedeutet, dass die real benötigten Plät-

---

Von Prof. Dr. Hans-Günter Henneke, Berlin

---

ze jedenfalls in kommunalen – in der Regel gemeindlichen – Einrichtungen verfügbar sein müssen<sup>4)</sup>. Was das bedeutet, formuliert *Rixen*<sup>5)</sup> eindringlich:

„Da der Rechtsanspruch ein unbedingter ist, zählt der Einwand der Kapazitätserschöpfung nicht. Die Kita-Infrastruktur ist demnach aktiv so lange zu schaffen, bis der ab 1.8.2013 erwartbare bzw. sich einstellende Bedarf an Kita-Plätzen gedeckt werden kann. Denkbare ‚Entschuldigungen‘ (kein Geld, kein Personal, alles so schwierig; das Land/der Bund lässt uns allein, die freien Träger ziehen nicht mit) mögen politisch verständlich sein, rechtlich sind sie irrelevant.“

Nach ab 1.8.2013 geltendem, bereits 2008 geschaffenem Recht hat *Rixen* Recht. Kann den **Ansprüchen** nicht bedarfsentsprechend Rechnung getragen werden, **erledigen sie sich durch Zeitablauf**, da sich die Realisierung hinsichtlich der konkret betroffenen Kinder nicht verschieben, „die Uhr nicht zurückdrehen“ lässt. Daher richtet sich der Blick für diesen Fall auf die **Erstattung der Aufwendungen selbst organisierter Kinderbetreuung**. Im Föderalismus-Labo-

ratorium des Wettbewerbs um die besten Lösungen gibt es dazu bereits jetzt ein konkretes **Testfeld**, nämlich **Rheinland-Pfalz**, das gegenwärtig bereits in § 5 KitaG geregelt hat:

„Kinder haben vom vollendeten zweiten Lebensjahr bis zum Schuleintritt Anspruch auf Erziehung, Bildung und Betreuung im Kindergarten. Das Jugendamt hat zu gewährleisten, dass für jedes Kind rechtzeitig ein Kindergartenplatz in zumutbarer Entfernung zur Verfügung steht.“

In § 13 Abs. 3 Satz 5 KitaG heißt es zu den Elternbeiträgen:

---

<sup>1)</sup> *Rixen*, NJW 2012, 2839.

<sup>2)</sup> In vier Flächenländern sind ausschließlich die Landkreise und kreisfreien Städte zu örtlichen Trägern der öffentlichen Jugendhilfe bestimmt worden (Art. 15 Abs. 1 AGSG Bay; § 1 Abs. 1 KJHG-OrgG MV; § 1 Abs. 1 SächsJHG; § 1 ThürKJHG). In den anderen neun Ländern sind die Landkreise und kreisfreien Städte i. d. R. örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe. In Einzelfällen können geeignete kreisangehörige Gemeinden bzw. große kreisangehörige Städte zu örtlichen Trägern der öffentlichen Jugendhilfe bestimmt werden (§ 1 Abs. 1 LKJHG BW; § 1 AG-KJHG Bbg; § 4 Abs. 1 KJHG HE; § 1 Abs. 1, 2 Nds AG-KJHG; § 1a Abs. 1, 2 AG-KJHG NW, § 2 Abs. 1 AG-KJHG RhPf; § 1 Abs. 1 Saarl AG-KJHG; § 1 KJHG LSA; § 47 Abs. 1 JuFöG SH). Dies ist nur in BW, HE, Nds, NW und RhPf geschehen.

<sup>3)</sup> *Rixen*, NJW 2012, 2839 (2840).

<sup>4)</sup> *Rixen*, NJW 2012, 2839 (2840).

<sup>5)</sup> *Rixen*, NJW 2012, 2839 (2840 f.).

„Ab dem 1.8.2010 ist der Besuch des Kindergartens für Kinder vom vollendeten zweiten Lebensjahr an beitragsfrei.“

Das Land Rheinland-Pfalz geht also über das Bundesrecht mehrfach hinaus, indem es

- bereits jetzt für mindestens zwei Jahre alte Kinder einen Anspruch auf einen Kindergartenplatz einräumt und
- dieser beitragsfrei ist.

Das VG Mainz hatte dazu mit Urteil vom 10.5.2012<sup>9)</sup> eine aufsehenerregende Entscheidung getroffen, die vom OVG Koblenz<sup>7)</sup> mit Urteil vom 25.10.2012 im Ergebnis bestätigt wurde. Während *Rixen* in seinem eingangs erwähnten Beitrag noch in Frage gestellt hatte, ob sich § 36a Abs. 3 SGB VIII auf die Selbstbeschaffung aller Leistungen des SGB VIII bezieht oder nur auf bestimmte Leistungen, zu denen die Tageseinrichtungen und die Kindertagespflege nicht gehören, ist das OVG Koblenz von einem **sozialrechtlichen Herstellungsanspruch** ausgegangen, der durch § 36a SGB VIII nicht ausgeschlossen wird. Im Kern hat es wie folgt argumentiert:

„1. Der vom Verwaltungsgericht herangezogene sogenannte **Folgenbeseitigungsanspruch** in der Form eines Folgenerschädigungsanspruchs **trägt die Klageforderung nicht**. Die Rechtsfolge des Anspruchs ist 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 rechtswidrigen Folgen nicht herbeigeführt hätte.

Der **Anspruch scheidet** schon daran, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (NJW 1985, 817, 818) 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.

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 Bundesverwaltungsgerichts 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**.

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.

Die Auffassung der Bekl., die Regelung<sup>8)</sup> im Vierten Abschnitt des Zweiten Kapitels des Gesetzes sei eine gesetzliche Regelung, die den Grundsatz der Kostenübernahme bei Selbstbeschaffung mit der Wirkung regelt, 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 im Übrigen, insbesondere **bei niedrigschwelligen Angeboten sowie für solche Angebote, die als Rechtsanspruch ausgestaltet sind** und keine Fragen eines Ermessens- oder Beurteilungsspielraums aufwerfen, die in der Rechtsprechung herausgestellten Grundsätze (= entwickelte **Kompensationsansprüche in der Form der Kostenübernahme**) **nicht berührt werden**.

Damit schlägt für den Fall, dass der für die Gewährleistung des Rechtsanspruchs verantwortliche Jugendhilfeträger – wie hier die Bekl. – 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.

Die Geltendmachung eines Anspruchs ist vorliegend nicht lediglich gegenüber der Bekl. 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).

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, 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**. Die Kostenübernahme kann auch nicht in Frage gestellt werden, weil der in Anspruch genommene Dienst nicht dem Leistungsinhalt des Rechtsanspruchs entsprochen hätte.

Die Deckung des Bedarfs duldet **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.

4. 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. Der Anspruch steht nach der gesetzlichen

Konzeption aber **ebenso** auch **den Sorgeberechtigten** zu. Im Vordergrund ihrer Begünstigung steht 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. Angesichts der heutigen Lebensverhältnisse und der demografischen Entwicklung wäre es lebensfremd 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 Revision war 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.“

Nunmehr wird also das BVerwG zu entscheiden haben, ob es der Argumentation des OVG Koblenz folgt. Die Politik in Bund und Ländern ist ähnlich wie die örtlichen Jugendhilfeträger aufgerufen, die Entscheidung des OVG Koblenz ernst zu nehmen, statt vom BVerwG eine Rechtsprechungswende zu erwarten. Das bedeutet für die örtlichen Jugendhilfeträger, der Verpflichtung aus § 24 SGB VIII bis zum 1.8.2013 nachzukommen. Sollte sich in naher Zukunft erweisen, dass der Anspruch aus § 24 SGB VIII in einer Reihe von Kommunen allen beachtlichen Anstrengungen zum Trotz dennoch nicht zum 1.8.2013 bedarfsgerecht erfüllt werden kann, ist der **Gesetzgeber zur Prüfung** aufgerufen, wie die sog. **Wahlrechtsregelung** auszulegen ist und wie ggf. gegen den örtlichen Jugendhilfeträger gerichtete **Schadenersatzansprüche**, die nicht allein auf die Kostenübernahme bei der Selbstbeschaffung von Jugendhilfeleistungen gerichtet sind, **abzuwenden** sind. □

Prof. Dr. Hans-Günter Henneke,  
Hauptgeschäftsführer des Deutschen  
Landkreistages, Berlin

<sup>9)</sup> 1 K 981/11.MZ.

<sup>7)</sup> 7 A 10671/12.OVG.

<sup>8)</sup> § 36a SGB VIII.