

Vorbemerkung

Seit Jahren sind die Gemeinden in Niedersachsen mit der Umsetzung stetig anwachsender Aufgaben und Regularien im Bereich der Kindertagesbetreuung beschäftigt. Dabei stellt sich das Zusammenspiel von Regelungen im SGB VIII, Nds. KiTaG und Umsetzung durch den öffentlichen Träger vermehrt als unübersichtlich dar.

Die folgende Darstellung soll, unter anderem vor dem Hintergrund der aktuellen Entscheidungen aus dem Jahr 2021, die wiederkehrenden Fragestellungen im Bereich und Umfeld der Förderpflicht von Kindern in Kindertageseinrichtungen, die das dritte Lebensjahr vollendet haben, in der Beratungspraxis knapp darstellen und beantworten.

Fragestellungen:

- 1. Ab wann besteht ein Anspruch auf Förderung in einer Kindertageseinrichtung für dreijährige Kinder?**
 - 2. Welchen (zeitlichen) Umfang hat der Förderungsanspruch in einer Kindertageseinrichtung für dreijährige Kinder?**
 - 3. Besteht alternativ auch ein Anspruch von dreijährigen Kindern auf Förderung in der Kindertagespflege?**
 - 4. Falls auf einen Platz in einer Tageseinrichtung geklagt wird, wer ist Klagegegner?**
 - 5. Welcher Rechtsweg ist für Einforderung des Anspruches auf einen Betreuungsplatz in einer Kindertageseinrichtung eröffnet?**
 - 6. Besteht ein Anspruch auf Übernahme der Kosten eines selbstbeschafften Betreuungsplatzes gegen den örtlichen Träger der Jugendhilfe, falls der Anspruch nach § 24 Abs. 3 Satz 1 SGB VIII nicht erfüllt wird?**
 - 7. Besteht ein Anspruch auf Schadensersatz in Form des Verdienstausfalles der Eltern gegen den öffentlichen Träger der Jugendhilfe, falls der Anspruch nach § 24 Abs. 3 Satz 1 SGB VIII nicht erfüllt wird?**
 - 8. Besteht ein Anspruch auf Beförderung des Kindes zur Kindertagesstätte? Sind die entsprechenden Fahrtkosten seitens der Jugendhilfeträgers zu übernehmen?**
 - 9. Unterfällt die Auftragserteilung zum Bau und Betrieb einer weiteren Kindertagesstätte dem Anwendungsbereich des Vergaberechts?**
 - 10. Besteht aufgrund der Förderungspflicht der freien Träger der Jugendhilfe eine subsidiäre Betreiberpflicht des öffentlichen Trägers (Subsidiarität)? In welchem Umfang begründet diese eine Tätigkeitssperre für den Träger der öffentlichen Jugendhilfe?**
-

1. Ab wann besteht ein Anspruch auf Förderung in einer Kindertageseinrichtung für dreijährige Kinder?

Gem. § 24 Abs. 3 S. 1 SGB VIII hat ein Kind, welche das dritte Lebensjahr vollendet hat, bis zum Schuleintritt Anspruch auf Förderung in einer Tageseinrichtung (Kindergartenplatz).

Inhalt des Anspruches ist der Nachweis eines Betreuungsplatzes in einer Tageseinrichtung. Ein Anspruch auf einen Platz in einer bestimmten Tageseinrichtung besteht nicht.

Der Anspruch steht nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und umfassender weiterer Rechtsprechung in Niedersachsen und anderen Bundesländern nicht unter einem Kapazitätsvorbehalt und wird daher durch eine behauptete Kapazitätserschöpfung nicht berührt. Der Anspruch nach § 24 Abs. 3 SGB verpflichtet den Jugendhilfeträger dazu, eine ausreichende Zahl von Betreuungsplätzen selbst zu schaffen oder durch geeignete Dritte bereitzustellen. Es handelt sich insoweit um eine unbedingte Bereitstellungs- bzw. Gewährleistungspflicht; etwa BVerfG, Urteil vom 21.11.2017 – 2 BvR 2177/16).

Dem Anspruch eines Kindes auf Förderung in einer Kindertageseinrichtung steht nicht entgegen, dass Erziehungsberechtigte nicht zivilrechtlich gegen die von der Kindertagesstätte ausgesprochene Kündigung eines zuvor bestehenden Betreuungsvertrags vorgegangen sind, OVG Lüneburg 10. Senat, Beschluss vom 15.12.2021, 10 ME 170/21. Der Anspruch lebt wieder auf.

2. Welchen (zeitlichen) Umfang hat der Förderungsanspruch in einer Kindertageseinrichtung für dreijährige Kinder?

Zum Umfang des Förderungsanspruch enthält § 24 Abs. 3 S. 1 SGB VIII keine konkreten Ausführungen.

Unter Würdigung der einschlägigen Rechtsprechung in Niedersachsen, umfasst der Anspruch eines dreijährigen Kindes aus § 24 Abs. 3 S. 1 SGB VIII die Förderung in einer Tageseinrichtung in einem Umfang von 6 Stunden täglich an 5 Tagen in der Woche.

Hatte das OVG die Frage noch offengelassen, ob der Betreuungsumfang 4 oder 6 Stunden unter Wertung des § 22 Abs. 2 Nr. 3 SGB VIII zu bemessen sei (OVG Lüneburg vom 19.12.2018 – 10 ME 395/18), geht es nun weiter als die nach § 7 Abs. 4 S. 1 NKiTaG vorgesehene Regelung, welche eine Betreuungszeit zur Kernzeit von mindestens vier Stunden vorsieht. Das OVG begründet dies mit den geänderten Anforderungen des Arbeitsmarktes und in der Betreuungszeit von 4 Stunden bislang nicht berücksichtigten Wegestrecke vom Arbeitsplatz beider berufstätiger Elternteile zur Einrichtung. Der Senat hat dabei auch eine differenzierende Lösung zwischen berufstätigen und nicht berufstätigen Eltern abgelehnt. Eine individuelle Beurteilung des Betreuungsbedarfes sei unter systematischen Gesichtspunkten nicht vorzunehmen, da der Förderanspruch nach § 24 Abs. 3 SGB VIII nicht wie diejenigen nach Abs. 2 und Abs. 4 auf § 24 Abs. 1 S. 3 SGB VIII verweist, wonach Umfang der täglichen Förderung sich nach dem individuellen besonderen Bedarf beurteilt (OVG Lüneburg 10. Senat, Beschluss vom 15.12.2021, 10 ME 170/21, Rn. 13).

Ein Anspruch auf Ganztagsbetreuung besteht dagegen nicht (OVG Lüneburg vom 19.12.2018 – 10 ME 395/18).

Der Anspruch erstreckt sich entsprechend der Wertung des § 20 Abs. 1 S. 3 NKiTaG auf einen wohnortnahen Platz in einer Kindertagesstätte, wobei ohne Besonderheiten des Einzelfalls eine Entfernung von 30 Minuten pro Weg seitens des OVG Lüneburg noch als zumutbar angesehen wird (OVG Lüneburg Beschluss vom 24.07.2019 – 10 ME 154/19).

3. Besteht alternativ auch ein Anspruch von dreijährigen Kindern auf Förderung in der Kindertagespflege?

Ein Anspruch auf Förderung in einer Kindertagespflege für Kinder ab drei Jahren alternativ zum Anspruch auf Förderung in der Kindertagesstätte besteht aufgrund der Wertung in §§ 23 Abs. 1, 24 Abs. 3 S. 3 SGB VIII nicht. Der Gesetzgeber ist der damaligen fachlichen Forderung gefolgt, für Kinder ab dem dritten Lebensjahr die Tageseinrichtung zur primären Förderungsform auszubauen (etwa Wiesner/Struck, SGB VIII, § 24 Rn. 64). Eine ergänzende Förderung für dreijährige Kinder in der Kindertagespflege obliegt dem Ermessen des Jugendhilfeträgers (OVG Lüneburg, Beschluss vom 19.12.2018, 19 ME 395/18).

Damit unterscheidet sich der Anspruch zum Anspruch auf frühkindliche Bildung (< 3 Jahre) nach § 24 Abs. 2 S. 1 SGB VIII. Bei diesem haben die Erziehungsberechtigten grundsätzlich ein Wahlrecht (§ 5 SGB VIII), ob das Kind in die Tageseinrichtung oder Kindertagespflege gegeben werden soll.

4. Falls auf einen Platz in einer Tageseinrichtung geklagt wird, wer ist Klagegegner?

Richtiger Klagegegner in solchen Fällen ist der jeweilige Landkreis bzw. die jeweilige kreisfreie Stadt als örtlicher Träger der Jugendhilfe, welcher nach § 2 Abs. Nr. 3 SGB VIII Angebote zur Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und in Tagespflege zu leisten hat. Als Rechtsträger ist dieser nach § 78 Abs. 1 Nr. 1 dann richtiger Klagegegner.

Dies gilt auch dann, wenn die jeweilige Gemeinde die Aufgaben der örtlichen Jugendhilfe im Einvernehmen mit dem Landkreis und der kreisfreien Stadt nach § 13 Abs. 1 Nds. AG SGB VIII übernommen hat. Entgegen der Rechtsprechung in anderen Bundesländern hat das OVG Lüneburg mit Beschluss vom 22.12.2008 – 4 ME 326/08, BeckRS 2009, 30135 klargestellt, dass bei einer derartigen Vereinbarung – meist durch öffentlich-rechtlichen-Vertrag – lediglich die verwaltungsmäßige Abwicklung der Aufgaben der öffentlichen Jugendhilfe geregelt werde. Nach Ausführungen des Oberverwaltungsgerichts sei damit jedoch keine Verlagerung von Kompetenzen (Delegation) in dem Sinne verbunden, dass nunmehr die jeweilige Gemeinde als örtliche Trägerin der Jugendhilfe handle und der Anspruch auf einen Kindergartenplatz ihr gegenüber geltend zu machen sei. Eine solche Kompetenzverlagerung wäre auch mit § 13 Abs. 1 und 3 Nds. AG SGB VIII (§ 13 AG KJHG) und § 69 Abs. 6 SGB VIII nicht vereinbar. Aus diesen Regelungen gehe nach Auffassung des Senates eindeutig hervor, dass nur eine Beteiligung der Gemeinden an der verwaltungsmäßigen Durchführung der dem Landkreis obliegenden Aufgaben der öffentlichen Jugendhilfe ermöglicht werden solle, während die Gesamtverantwortung für die Erfüllung der Aufgaben und damit auch die Zuständigkeit beim Landkreis als örtlichem Träger der Jugendhilfe verbleibe.

5. Welcher Rechtsweg ist für Einforderung des Anspruches auf einen Betreuungsplatz in einer Kindertageseinrichtung eröffnet?

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit ist in diesen Fällen zuständig, § 40 Abs. 1 VwGO. Insbesondere liegt keine abdrängende Sonderzuweisung zur Sozialgerichtsbarkeit vor. Denn der Anspruch auf Förderung in einer Kindertageseinrichtung bzw. Kindertagespflege nach § 24 SGB VIII unterliegt keiner der in § 51 SGG abschließend geregelten Sonderzuweisungen.

6. Besteht ein Anspruch auf Übernahme der Kosten eines selbstbeschafften Betreuungsplatzes gegen den örtlichen Träger der Jugendhilfe, falls der Anspruch nach § 24 Abs. 3 Satz 1 SGB VIII nicht erfüllt wird?

Ein derartiger Anspruch besteht unter den Voraussetzungen des § 36a Abs. 3 SGB VIII analog. Danach besteht ein entsprechender Anspruch, wenn der Träger der örtlichen Jugendhilfe über den Bedarf informiert war, die Voraussetzungen des Anspruchs auf einen Platz in einer Tageseinrichtung erfüllt waren und bis zur Erfüllung des Anspruches durch den Träger der örtlichen Jugendhilfe nicht abgewartet werden konnte.

Die Eltern müssen den Anspruch rechtzeitig gegenüber dem zuständigen Träger der öffentlichen Jugendhilfe geltend machen. Bei verspäteter Geltendmachung sind Aufwendungen für einen selbstbeschafften Platz in einer privaten Kindertagesstätte nicht zu erstatten (VG Gelsenkirchen Urteil vom 12.02.2014 – 10 K 1643/12, BeckRS 2014, 50873). Wird der Antrag auf einen Platz in einer Tageseinrichtung bei einem nicht zuständigen Sozialleistungsträger oder Gemeinde gestellt, muss der Antrag unverzüglich an den zuständigen Träger der örtlichen Jugendhilfe weitergeleitet werden (BeckOK SozR/Winkler SGB VIII § 24 Rn. 46).

7. Besteht ein Anspruch auf Schadensersatz in Form des Verdienstaufalles der Eltern gegen den öffentlichen Träger der Jugendhilfe, falls der Anspruch nach § 24 Abs. 3 Satz 1 SGB VIII nicht erfüllt wird?

Die einschlägige höchstrichterliche Rechtsprechung die sich mit dieser Thematik befasst, hat ausschließlich den Förderanspruch von 1 – 3-jährigen im Bereich der Kindertageseinrichtung oder der Kindertagespflege nach § 24 Abs. 2 SGB VIII zum Gegenstand. Da der Betreuungsanspruch nach § 24 Abs. 2 SGB VIII wie auch der des § 24 Abs. 3 Satz 1 SGB VIII beide eine Verpflichtung für den Träger der Jugendhilfe zur Bereitstellung eines entsprechenden Betreuungsangebots normiert und auch der BGH in seiner Entscheidung auf die allgemeinen Fördergrundsätze des § 22 Abs. 2 SGB VIII abstellt, welche für alle Ansprüche in diesem Kapitel gelten, dürfte die Rechtsprechung aber auf den Fall des § 24 Abs. 3 Satz 1 übertragbar sein.

Nach dieser Rechtsprechung ist ein Schadensersatz in Form des Verdienstaufalles unter den Voraussetzungen der Amtshaftung (§ 839 Abs. 1 Satz 1 BGB in Verbindung mit Artikel 34 Satz 1 GG) möglich. Die Nichterfüllung des Anspruchs nach § 24 Abs. 2 SGB VIII auf frühkindliche Förderung in einer Tageseinrichtung oder in Kindertagespflege trotz rechtzeitiger Bedarfsanmeldung durch den örtlich und sachlich zuständigen Träger der öffentlichen Jugendhilfe stellt eine Amtspflichtverletzung dar (BGH, Urteil vom 20.10.2016 - III ZR 278/15 - NJW 2017, 397).

Die weiteren Voraussetzungen der Amtshaftung umfassen stets ein fahrlässiges oder vorsätzliches Verschulden des jeweiligen Amtsträgers und einen erstattungsfähigen Schaden. Ein Verschulden wird durch die Rechtsprechung grundsätzlich angenommen, soweit der Betreuungsplatz trotz Bedarfsanzeige nicht zur Verfügung steht (Anscheinsbeweis), d.h. die Behörde müsste den Beweis erschütternde Umstände vortragen. Kapazitätsengpässe sind dabei kein tauglicher Grund (s. o). Bei der Schadensdarstellung gilt es wie in jedem Fall des Schadensrechts, dass der Anspruchsteller diesen darlegen und beweisen muss, etwa durch die Vorlage von Verdienstnachweisen.

Weiter kann der Anspruch auch gem. § 839 Abs. 3 BGB ausgeschlossen sein. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der jeweilige Erziehungsberechtigte es vorsätzlich oder grob fahrlässig unterlassen hat, den Schaden abzuwenden. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der Erziehungsberechtigte nicht um verwaltungsgerichtlichen Eilrechtsschutz nachgesucht hat, als absehbar war, dass der beantragte Betreuungsplatz nicht zur Verfügung steht. (OLG Brandenburg, Urteil v. 21.01.2021 – 2 U 104/20).

8. Besteht ein Anspruch auf Beförderung des Kindes zur Kindertagesstätte? Sind die entsprechenden Fahrtkosten seitens der Jugendhilfeträgers zu übernehmen?

Anders als in anderen Bundesländern (vgl. etwa § 20 KiTaG RP) besteht in Niedersachsen keine Regelung zum Anspruch auf Beförderung und damit korrespondierend zur Übernahme von Beförderungskosten. Dieser ist dem NKiTaG nicht zu entnehmen. Auch kann ein entsprechender Anspruch aus dem Förderungsanspruch § 22 SGB VIII abgeleitet werden.

Anders als die im Bereich der Schule besteht keine Pflicht, sein Kind in die Tagesstätte oder Tagespflege zu geben. Insoweit fühlte sich der Gesetzgeber, anders als im Schulbereich (vgl. § 114 NSchG) nicht verpflichtet, einen korrespondierenden Anspruch zu schaffen.

Ein solcher Anspruch ist auch nicht dem Regelungssystem des SGB II (Grundsicherung) zu entnehmen. Insbesondere § 28 Abs. 4 S. 1 SGB II stellt lediglich auf Schülerinnen und Schüler ab, anders als § 28 Abs. 2 S. 2 SGB II aber nicht auf Kinder in Tageseinrichtungen oder Kindertagespflege.

9. Unterfällt die Auftragserteilung zum Bau und Betrieb einer weiteren Kindertagesstätte dem Anwendungsbereich des Vergaberechts?

Nachdem die Rechtslage in diesem Bereich länger ungeklärt war, vertreten wir nunmehr die Auffassung, dass bei der Erteilung des Bau- und oder Betriebsauftrages einer Kindertagesstätte regelmäßig dem vergaberechtlichen Verfahren unterliegen, § 103 Abs. 1 GWB. Etwas anderes kann gelten, wenn der jeweilige Träger nur mit Zuschüssen begünstigt werden soll, d.h. keine Dienstleistung für die jeweilige Kommune übernehmen soll. Der Betrieb von Kindertagesstätten unterfällt nach Rechtsprechung entlang der unionsrechtlichen Vorgaben auch keiner vergaberechtlichen Privilegierung, §§ 107, 130 GWB. Grundlage für diese Einschätzung sind die Entscheidungen: OLG Jena Beschluss vom 09.04.2021 – Verg 2/20 ZfBR 2021, 688 und des OVG Lüneburg vom OVG Lüneburg Beschl. v. 29.10.2018 – 10 ME 363/18, NVwZ 2019, 656 04.07.2019 – 10 OA 74/19, NVwZ-RR 2020, 373). Einer anderen Bewertung der Bundesregierung ausweislich einer Antwort vom 23.07.2007 auf eine kleine Anfrage (BT-Drucks. 16/5347) dürfte aufgrund der ergangenen gerichtlichen Entscheidungen damit nicht mehr zu folgen sein.

10. Besteht aufgrund der Förderungspflicht der freien Träger der Jugendhilfe eine subsidiäre Betreiberpflicht des öffentlichen Trägers (Subsidiarität)? In welchem Umfang begründet diese eine Tätigkeitssperre für den Träger der öffentlichen Jugendhilfe?

Ein solche Subsidiarität besteht lediglich unter den Voraussetzungen des § 4 Abs. 2 SGB VIII. Danach soll die öffentliche Jugendhilfe von eigenen Maßnahmen zur Jugendhilfe absehen, soweit geeignete Einrichtungen, Dienste und Veranstaltungen von anerkannten Trägern der freien Jugendhilfe betrieben werden oder rechtzeitig geschaffen werden können. Die hiernach abgeleitete sog. „Funktionssperre“ ist auf eine historische Entwicklung im Sozialrecht zurückzuführen.

Unter diesen Voraussetzungen ist die jeweilige Kommune vor Annahme einer Funktionssperre nach § 4 Abs. 2 SGB VIII insbesondere zur Prüfung angehalten, ob aus Sicht eines potenziellen Benutzers benötigte Leistungsangebot tatsächlich durch den freien Träger dargestellt ist (Geeignetheit) und zum anderen, ob ein atypischer Fall vorliegt, der die Funktionssperre entfallen lässt (Ausnahme/Soll-Vorschrift). Letzteres dürfte nach einschlägiger Kommentierung etwa dann der Fall sein, wenn die Schaffung eigener gleich geeigneter Einrichtungen finanziell wesentlich günstiger ist als eine Initiative der freien Träger (Wiesner, SGB VIII, § 4 Rn. 22f., 28, verweisend auf OVG Lüneburg NVwZ-RR 1999, 127, 128).

Ein genereller, bedingungsloser, „grundsätzlicher“ Vorrang besteht damit nicht (BVerfG Urteil v. 18.97.1967 2 BvR 139, 140, 334, 335/62, BVerfGE 22, 180) zuletzt etwa auch VG Hamburg, Beschluss v. 8.11.21 – 5 E 4201/21). Die Letztzuständigkeit unter dem Gesichtspunkt, was in der Jugendhilfe geschehen soll, hat das Bundesverfassungsgericht den hoheitlichen Trägern zugesprochen, wonach die Gesamtverantwortung bei den Gemeinden bleibt und die Regelung nur die Aufgaben zwischen Gemeinden und privaten Trägern abgrenzt, die lediglich eine vernünftige Aufgabenverteilung und eine möglichst wirtschaftliche Verwendung der zur Verfügung stehenden öffentlichen und privaten Mittel sicherstellen soll. Eine etwaig aus dem Subsidiaritätsprinzip herzuleitende Tätigkeits- respektive Betreibersperre im Falle geeigneter und rechtzeitiger Maßnahmen der öffentlichen Jugendhilfe darf auch nicht überspannt werden. So hat etwa das VG Hamburg in seiner Entscheidung festgestellt, dass nach dem oben genannten Prinzip zwar bei der Finanzierung einer Kindertagesstätte in freier Trägerschaft eine Mitwirkungspflicht besteht, dagegen keine Verpflichtung, dem freien Träger ein im Eigentum der Gemeinde stehende Grundstück zum Betrieb einer entsprechenden Einrichtung zur Verfügung zu stellen (VG Hamburg, ebenda, Rn. 55). Einer solchen Begründung schließen wir uns ausdrücklich an.